

Uredniki:

dr. Viktorija Žnidaršič Skubic, dr. Matija Damjan, Boštjan Koritnik

Avtorji:

mag. Nina Betetto, dr. Jaka Cepec, dr. Matija Damjan, dr. Gregor Dugar, dr. Miodrag Đorđević, dr. Aleš Galič, dr. Franc Grad, dr. Peter Grilc, dr. Marko Ilesič, dr. Miha Juhart, dr. Igor Kaučič, Boštjan Koritnik, dr. Jerca Kramberger Škerl, dr. Špelca Mežnar, dr. Damjan Možina, dr. Barbara Novak, dr. Marijan Pavčnik, dr. Nina Plavšak, dr. Klemen Podobnik, dr. Neža Pogorelčnik Vogrinc, dr. Krešo Puharič, dr. Ciril Ribičič, dr. Vesna Rijavec, dr. Franjo Štublar, dr. Lovro Šturm, dr. Alan Uzelac, dr. Ana Vlahek, dr. Dragica Wedam Lukič, Jan Zobec, dr. Viktorija Žnidaršič Skubic

Recenzenti:

prof. dr. Bojan Bugarič, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani
prof. dr. Ada Polajnar Pavčnik, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani
prof. dr. Matjaž Tratnik, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru

Izdala in založila:

Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani
za: Boštjan Koritnik, direktor Založbe Pravne fakultete
Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani
za: dr. Matija Damjan, generalni sekretar

Izdajateljski svet Pravne fakultete Univerze v Ljubljani:

predsednik: prof. dr. Miha Juhart, **člani:** prof. dr. Rajko Pirnat, prof. dr. Katja Škrubej, prof. dr. Franjo Štublar, prof. dr. Katja Šugman Stubbs, prof. dr. Vasilka Sancin, prof. dr. Saša Zagorc, prof. dr. Viktorija Žnidaršič Skubic, doc. dr. Aleš Novak, doc. dr. Luka Tičar, akad. prof. dr. Marijan Pavčnik, prof. dr. Igor Kaučič, prof. dr. Peter Grilc, as. Boštjan Koritnik

Tehnično urejanje: Boštjan Koritnik

Grafična priprava in tisk: Litteralis d.o.o.

Naklada: 150

Cena: 68 €

Datum in kraj izdaje: september 2016, Ljubljana

CIP - Kataložni zapis o publikaciji
Narodna in univerzitetna knjižnica, Ljubljana

342(082)
347(082)

IZBRANI vidiki ustavnega, civilnega in gospodarskega prava : liber amicorum Lojza Ude
/ [avtorji Nina Betetto ... [et al.] ; uredniki Viktorija Žnidaršič Skubic, Matija Damjan, Boštjan Koritnik]. - Ljubljana : Pravna fakulteta : Inštitut za primerjalno pravo, 2016

ISBN 978-961-6447-62-1 (Pravna fakulteta)
1. Betetto, Nina 2. Žnidaršič Skubic, Viktorija
286495744

Izbrani vidiki ustavnega, civilnega in gospodarskega prava

Liber amicorum

Lojze Ude



Univerza v Ljubljani,
Pravna fakulteta



Inštitut za
primerjalno pravo

Ljubljana 2016

Zoran Parać: Utjecaj otvaranja stečaja na pravne poslove, v: Privreda i pravo, št. 1-2/1988.

Nina Plavšak: Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji s komentarjem. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1997.

Nina, Plavšak, Saša Prelič, Živko Bergant: Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji s komentarjem – Zakon o finančnem poslovanju podjetij s komentarjem. Gospodarski vestnik, Ljubljana 2000.

Saša Preluč, Renato Vrenčur: Pravno varstvo oškodovanih upnikov, v: Podjetje in delo, št. 1/1995.

Saša Prelič: Stečajno pravo. Pravna fakulteta Univerze v Mariboru. Maribor 1999.

Franc Špendal: Prisilna likvidacija gospodarskih organizacij (Prikaz dejanskega in pravnega stanja in nekaterih vprašanj), v: Pravniki, št. 3-4/1957.

Lojze Ude: Predpisi o prisilni poravnavi in stečaju z uvodnimi pojasnili. Časopisni zavod Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1994.

Lojze Ude: Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji s komentarjem – Zakon o finančnem poslovanju podjetij s komentarjem. Gospodarski vestnik, Ljubljana 2000, Uvodna beseda k prvi izdaji.

UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency.

Mihajlo Velimirović: Pobijanje pravnih radnji preduzeća v: Godišnjak Pravnog fakulteta, Sarajevo 1972.

The World Bank: »Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems« (126. – Principle 15: Administration: fraudulent or preferential transactions), april 2001.

Srećko Zuglia: Prinudna likvidacija privrednih organizacija. Trgovinska komora NR Hrvatske, Zagreb 1956.

Je li uređenje predstečajnog postupka u Republici Hrvatskoj bilo sukladno s ustavom?

Post festum analiza više neriješenih procesnih i ustavnih problema¹

ALAN UZELAC

1. UVOD

Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnim nagodbama² bio je u Hrvatskoj predmet mnogih stručnih, političkih i javnih kontroverzi. Između ostaloga, taj je zakon izazvao i seriju inicijativa za preispitivanje njihove ustavnosti.³ Iako je riječ o inicijativama podnesenima dijelom krajem 2012., a dijelom u prvoj polovici 2013. godine, Ustavni sud Republike Hrvatske o njima nikad nije zauzeo meritoran stav. Indirektno, čini se da su javne kontroverze uzrokovale da država većim dijelom i bez odluke Ustavnog suda intervenira i promijeni uređenje, anticipirajući moguće odluke Ustavnog suda.⁴ Premda je Ustavni sud ovlašten donijeti odluku o neustavnosti zakona koji su prestali

Alan Uzelac, doktor pravnih znanosti, redoviti profesor na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

¹ Ovaj je rad izrađen u sklopu projekta Novi hrvatski pravni sustav, a njegove temeljne postavke bile su sadržane u stručnom mišljenju koje je autor bio izradio po pozivu hrvatskog Ustavnog suda.

² Narodne novine 108/2012, 144/2012, 81/2013, 112/2013, 78/2015, 71/2015 (u daljnjem tekstu: ZIFPPN).

³ Usp. predmete U-I-518/2012; U-I-2948/2013; U-I-3291/2013; U-I-4175/2013; U-I-4400/2013; U-I-4416/2013; U-I-4419/2013. Autori tih inicijativa bili su: sudac Mislav Kolakušić; odvjetnik Dario Čehić; trgovačka društva Cestar i Olma te više fizičkih osoba.

⁴ Vidi posebno odredbe novog Stečajnog zakona (NN 72/2015), posebno st. 2. i 3. čl. 445. kojima su stavljene izvan snage mnoge odredbe ZIFPPN te odgovarajuće druge odredbe toga propisa kojima su ukinute norme nadomještene drugačijim režimom u okviru stečajnog postupka.

važiti⁵, nije izvjesno da će o pitanjima koja su potaknutima tim inicijativama odluka ikada biti donesena.

Međutim, pitanja koja su bila postavljena u okviru navedenih inicijativa svakako su relevantna te zaslužuju svoj odgovor iz procesne i ustavnopravne perspektive. Ona se uskoro mogu ponovo pojaviti u sklopu nekog drugog propisa i pokušaja da se na sličan način pravno intervenira suočavajući se sa sličnim ili istim društveno-ekonomskim problemima. Zbog toga ćemo u ovom radu dati svoje viđenje osnovanosti navedenih inicijativa i ocijeniti jesu li one, u komparativnom i domaćem kontekstu, bile osnovane. U nastavku ćemo, dakle, analizirati pojedine argumente koji su se odnosili na uređenje predstečajnih nagodbi iz ZFPPN prije no što je ono intervencijama iz 2015. promijenjeno. Utoliko se i sve naredne referencije na ZFPPN odnose na uređenje prije njegovih izmjena i dopuna iz 2015. i integracije predstečajnih procedura u Stečajni zakon.

2. NAPOMENE O PREDSTEČAJNOM POSTUPKU IZ KOMPARATIVNO-PROCESNE PERSPEKTIVE

Globalna gospodarska kretanja, a osobito pojava snažnih ekonomskih i finansijskih kriza, potakle su niz država na preispitivanje pravnih postupaka kojima se nastoji odgovoriti na izazove prezaduženosti, nelikvidnosti i poteškoća u poslovanju gospodarskih subjekata. Uz reforme stečajnog postupka, česti su pokušaji uvođenja procedura koje bi trebale brže i fleksibilnije reagirati na insolventnost trgovačkih društava, omogućujući da se, prije no što su se stekli uvjeti za pokretanje stečajnog postupka, djeluje preventivno i omogući, tamo gdje je to moguće, reorganizaciju poslovanja i prevladavanje krize uz sanaciju dužnika umjesto njegova eliminiranja.

U pravnom uređenju reorganizacije radi izbjegavanja stečaja na svjetskom planu prednjačile su Sjedinjene Američke Države čiji je model reorganizacije potekao još iz 1970-tih (v. *US Bankruptcy Code*, 1978 – Poglavlje 11). U raznim državama je reorganizacija uklopljena u stečajni postupak. Međutim, ona se sve češće izdvaja u poseban postupak koji se provodi izvan i prije stečaja, a po mogućnosti i umjesto njega. Kao primjere takvih postupaka mogu se navesti

⁵ V. čl. 56a. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH.

nedavno doneseni ili izmijenjeni propisi koji uređuju predstečajne procedure najvećih europskih država, na primjer:

- njemački *Schutzschirmverfahren* (prema zakonu iz 2011.);
- francusku *procédure de sauvegarde* (posljednje noveliranu u ožujku 2011.);
- engleski *scheme of arrangement* (izmijenjen u 2006.);
- talijanski *accordo preventivo* (izmijenjen i dopunjen u 2012.);
- španjolske *acuerdos homologados* (čl. 71. Stečajnog zakona iz 2011.).

U Europskoj uniji, danas 15 od 28 država članica imaju uređene posebne predstečajne ili hibridne postupke radi sanacije gospodarskih subjekata.⁶ Slični zakoni postoje i u nekim drugim državama sljednicama bivše SFRJ (usp. *Zakon o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava* Republike Srbije, Sl. glasnik RS, 36/2011).

Međutim, čak i kod država slične pravne i gospodarske tradicije, predstečajni su postupci međusobno vrlo različiti, a uz to se i vrlo često mijenjaju i prilagođavaju aktualnim prilikama. Njihova je različitost tolika da se neki od njih i ne smatraju stečajnim postupcima (npr. engleski *scheme of arrangement* za sada još uvijek nije u području primjene Uredbe (EZ) br. 1346/2000 od 29. svibnja 2000. o stečajnom postupku).⁷

3. DEKLARIRANI CILJEVI PREDSTEČAJNOG POSTUPKA U RH U KONTEKSTU KOMPARATIVNIH TRENDOVA RAZVOJA STEČAJNOG PRAVA

I obrazloženje konačnog prijedloga ZFPPN-a iz kolovoza 2012. (Obrazloženje ZFPPN 2012) ističe da na području prava EU nema univerzalnih izvora prava na ovom području, osim Uredbe 1346/2000 o stečajnim postupcima, koja međutim ne propisuje kako treba urediti predstečajne postupke. U konte-

⁶ Usp. Thole, Ch., *Der Trend zur vorinsolvenzrechtlichen Sanierung*, KSzW, 3.2012, str. 286; Gottwald, P., *Insolvency proceedings and related claims*, materijali konferencije Međunarodne udruge za procesno pravo (IAPL), Atena, 11-14. rujna 2013., str. 10-11. Slični navodi nalaze se i u obrazloženju Prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama ZFPPN iz studenog 2013., hitni postupak, prvo i drugo čitanje, P.Z. br. 542 str. 5. Usp. <http://www.sabor.hr/fgs.axd?pid=26132>.

⁷ Zbog toga su u EU započele konzultacije o „novom europskom pristupu poslovnim promašajima i insolventnosti“, v. http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/130624_en.htm.

kstu nastajanja ZFPPN-a ističe se ipak određeni utjecaj uređenja predstečajnog postupka u Republici Sloveniji, koja je 2007. godine donijela *Zakon o finansijskom poslovanju, postupkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju* (Uradni list RS, 126/07, 40/09, 59/10, 106/10, 26/11, 47/11, 87/11, 23/12 (Odluka Ustavnog suda), 47/13 (proč. tekst)). Slovenski zakon, koji uređuje i stečajni postupak, u čl. 135. do 221. regulirao je postupak prisilne nagodbe na način koji ima određenu površnu sličnost s procesnim uređenjem sadržanim u ZFPPN, no uz mnoge važne razlike u pretpostavkama (opcionalnost postupka) i odlučivanju (odredbe o glasovanju vjerovnika) te bitno drugačiju organizacijsku i jurisdikcijsku podjelu uloga u postupku (nadležnost suda, a ne ministarstva financija, za utvrđivanje tražbina i prihvaćanje plana restrukturiranja).

Zbog toga, premda se sam poziva na „reorijentiranje europske stečajne legistative u smjeru američkog zakonodavstva“ te trendove na razini pojedinih članica EU da se „afirmiraju opcije rehabilitacije stečajnog dužnika“, može se reći da je hrvatski ZFPPN propis koji u svojem najvećem dijelu izvorno i bez neposrednih komparativnih modela i obrazaca uređuje predstečajni postupak i sva druga pitanja koja su s njime u vezi.

Predstečajni postupci u gotovo svim državama koji su ih uveli predstavljaju odgovor na nedostatnosti ili loše praktično funkcioniranje stečajnih procedura. Na takav način inicijalno je obrazloženo i donošenje ZFPPN, navodeći da je usprkos šest obuhvatnih promjena Stečajnog zakona praksa provođenja stečaja ostala jednako nezadovoljavajuća, čime se manifestirao i „očiti jaz između formalnog prava i stvarne pravne procedure“ (Obrazloženje ZFPPN 2012). Posebno se isticalo da se u Hrvatskoj provodi vrlo malo stečajnih planova, tako da stečaj u pravilu znači i nestanak pravne osobe. Upućivalo se i na to da istraživanje provedeno na svim trgovačkim sudovima u RH „daje porazne rezultate“ i da dosadašnja praksa dužniku ne daje mogućnost za nastavak poslovanja, čime se generiraju negativni učinci u gospodarstvu uz zabrinjavajući rast broja nezaposlenih.

Uz nedjelotvornost dotadašnjeg koncepta reorganizacije (preustroja) u stečaju, obrazloženje ZFPPN-a isticalo je i nedjelotvornost stečajnog postupka uopće. U njemu je citirano više podataka koji su potkrjepljivali tezu o nefunkcionalnosti, prekomjernom trajanju i nerazmjernim troškovima stečajnih postupaka vođenih na temelju insolventijskih propisa između 1996. i 2012., na primjer:

- da je 30. travnja 2012 bilo 72.401 poslovnih subjekata kojima su blokirani računi, od kojih su više od polovice činile pravne osobe, na koje je otpadalo preko 82,55% blokiranog iznosa od 43,47 milijardi kuna;
- da je na isti dan bilo 28.792 pravne osobe koje su se nalazile u blokadi računa koja je trajala više od 360 dana.

Deklarirana svrha ZFPPN-a bila je da se zaustavi praksa dugotrajne blokade koja stvara vrlo negativne posljedice na funkcioniranje cjelokupnog gospodarstva, i to tako da se uspostavi „učinkovit i djelotvoran pravni okvir za rješavanje finansijskih poteškoća dužnika radi njihovog ponovnog osposobljavanja za sudjelovanje u gospodarskim aktivnostima“, i to uzimajući u obzir potrebu hitnosti postupka, jer je „upravo vrijeme koje je potrebno za provedbu postupka često odlučujuće za postizanje učinkovitog rješenja“.

Kako se navodi, ta hitnost nije bila odlika stečajnih postupaka koje su po Stečajnom zakonu provodili trgovački sudovi: Obrazloženje ZFPPN 2012 navodi da „prema podacima raspoloživim u ovom trenutku, 89 stečajnih postupaka u Republici Hrvatskoj traje dulje od 10 godina, 166 postupaka traje dulje od pet godina, a njih 287 traje dulje od tri godine“. Upućuje se i na problem nepravilnosti, koje se pojavljuju „kako prije tako i poslije pokretanja samog stečajnog postupka“ te na studije Svjetske banke prema kojima po brzini i lakoći provođenja stečajnog postupka Hrvatska zauzima 94. mjesto od 183 zemlje.

Zbog toga, prema navodima iz obrazloženja, ZFPPN bi u „alternativnom insolventijskom postupku“ trebao uspostaviti „brži i troškovno učinkovitiji postupak“, u kojem se „pokušava prisiliti vjerovnike da u razumnom roku, relativno brzo, donesu ključne odluke o sudbini dužnika“. On bi trebao postati „značajan instrument u rješavanju krize nelikvidnosti i insolventnosti u gospodarskom sektoru“, i to tako da se „vjerovnicima osiguraju najpovoljniji uvjeti za namirenje njihovih tražbina te osiguraju uvjeti za restrukturiranje dužnika i pružanje nove prilike za nastavak poslovanja“. Kao glavne ciljeve ZFPPN navodi se: omogućavanje finansijskog restrukturiranja poduzetnicima; povećanje razine odgovornosti uprave trgovačkog društva prema vjerovnicima; povećanje vrijednosti imovine dužnika; osiguranje primjerene ravnoteže između prodaje imovine i finansijskog restrukturiranja dužnika; smanjenje udjela kredita pretvorbom tražbina u udjele u kapitalu; očuvanje radnih mjesta; osiguranje jednakog tretmana vjerovnika koji su u istom položaju prema dužniku; osiguranje postojećih prava vjerovnika i uspostavlja-

nje jasnih pravila za određivanje redoslijeda plaćanja tražbina (Obrazloženje ZFPPN 2012)⁸. Između ostaloga, doduše usputno i lapidarno, navedena je u obrazloženju nacrtu zakona i intencija da se brži, učinkovitiji i jeftiniji postupak ostvari uz korištenje upravnog postupka započetog na inicijativu dužnika (str. 48. t. 7.), vjerojatno umjesto skupljeg i dugotrajnijeg insolventijskog postupka kojeg provodi sud.

Deklarirani ciljevi ZFPPN te njihovo praktično ostvarenje u kontekstu globalnih trendova u razvoju insolventijskih procedura uzet će se u obzir pri evaluaciji pojedinih argumenata koji se odnose na ustavnost konkretnih rješenja u uređenju predstečajnog postupka.

4. ARGUMENTI KOJI SE ODOSE NA USTAVNOST POJEDINIH ELEMENATA UREĐENJA PREDSTEČAJNE NAGODBE

4.1. Metodološke napomene i pregled izlaganja

U narednom tekstu analizirat ćemo navode iz prijedloga za ispitivanje ustavnosti, nastojeći sintetizirati njihove navode i ekstrahirati pitanja koja čine sadržajnu cjelinu. Pitanja koja će se posebno obraditi jesu sljedeća:

- Je li i u kojoj mjeri podjela nadležnosti za provođenje postupka predstečajne nagodbe između Ministarstva financija i FINE, s jedne strane, te trgovačkog suda, s druge strane, sukladna pravu na postupak u kojem o spornim pravima raspravlja i odlučuje nezavisno i nepristrano tijelo? [*V. infra* 4.2.; analiza se odnosi na sukladnost s čl. 29. st. 1. Ustava te čl. 6. st. 1. Europske konvencije].
- Diskriminira li uređenje postupka predstečajne nagodbe koje se odnosi na dostavu pismena objavom na web-stranicama Financijske agencije stranke u tom postupku po osnovi imovine ili obrazovanja? [*V. infra* 4.3. – analiza se odnosi sukladnost s čl. 14. Ustava te čl. 29. st. 1. Ustava u odnosu na pravičnost kao ravnopravnost procesnih sredstava].
- Krše li odredbe koje uređuju položaj i prava vjerovnika u postupku predstečajne nagodbe njihova ustavna prava (posebno: odredbe o obvezatnom

⁸ Deklarirani *ratio legis* iz obrazloženja ZFPPN ovdje je parafraziran te naveden bez upućivanja na tiskarske i gramatičke pogreške u nacrtu kojih je bilo mnogo, kako u prvom čitanju (<http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=49294>) tako i u drugom čitanju P.Z.E. br. 138 (<http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=50031>).

pokretanju postupka; osporavanju/priznavanju tražbina vjerovnika i njihovim pravnim posljedicama; pravu glasa i glasovanju vjerovnika o planu financijskog restrukturiranja; prekidu postupka zbog sumnje na zlouporabu prava)? [*V. infra* 4.4. – analiza se odnosi suglasnost s pravima na procesnu i materijalnopravnu jednakost, vlasništvo, poduzetničku slobodu i jednak pravni položaj na tržištu i sl.].

4.2. Ustavnost odredbi o nadležnosti u postupku predstečajne nagodbe (sukladnost s pravom da o spornim pravima i obvezama građanske naravi odluči nezavisan i nepristran sud/tribunal)

Više inicijatora ocjene ustavnosti ZFPPN-a iznose da se uređenje predstečajne nagodbe protivi ustavnom pravu iz čl. 29. st. 1. prema kojem svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama. Sumnju u povredu navedenog ustavnog prava, koje je sadržano i u čl. 6. st. 1. Europske konvencije, na javnim su tribinama i u stručnim tekstovima iznosili i autori iz redova pravne prakse i znanosti⁹.

Ovi se navodi odnose na jedan od elemenata prava na pravično suđenje, tj. pravo da o predmetu odluči nezavisan i nepristran sud. U praksi Europskog suda za ljudska prava, koja bi prema mišljenju autora ovog teksta trebala biti mjerodavna za ustavnopravnu interpretaciju prava iz čl. 29. st. 1. Ustava, pravo na nezavisan i nepristran sud je ljudskopravno jamstvo za koje vrijede sljedeće pretpostavke i uvjeti (v. Uzelac, 2009)¹⁰:

1. Status nezavisnog i nepristranog suda (tribunala) zahtijeva da tijelo koje vodi postupak bude u supstancijalnom smislu slobodno od vanjskih utjecaja, zaštićeno od arbitrarnog zadiranja u njegovu slobodu odlučivanja te da ostavlja dojam nepristranosti („sud“ u materijalnom ili supstancijalnom smislu);

⁹ Tako npr. N. Marković navodi da „bi najprije trebalo ozbiljno razmisliti je li povjerenjem provedbe postupka predstečajne nagodbe Financijskoj agenciji... ugrožena građanskopravna zaštita vjerovnika pa i dužnika“. Usp. N. Marković, Pravni položaj vjerovnika u postupku predstečajne nagodbe, Rad i izlaganje na tribini HAZU „Promjene hrvatskog insolventijskog prava“, 14. studeni 2013., Zagreb, str. 16; vidi i M. Dika, O ustavnosti pravnog uređenja predstečajne nagodbe, *ibid.*

¹⁰ A. Uzelac, Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: nova praksa Europskog suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 60(1), str. 104-105, 110-

2. Jamstvo se odnosi samo na prava i obveze građanske naravi (*civil rights and obligations*), a značenje tog pojma autonomno se tumači u praksi Europskog suda za ljudska prava;
3. Jamstvo je ograničeno na slučajeve u kojima postoji *spor* o sadržaju prava i obveza (*des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil*);

Sukladno tome, a uzimajući u obzir narav predstečajne nagodbe i propisani postupak njenog sklapanja, radi ocjene navoda o protivnosti uređenja predstečajne nagodbe jamstvima iz čl. 29. st. 1. Ustava i čl. 6. Europske konvencije potrebno je potrebno je ispitati sljedeće: a.) odlučuje li se u postupku predstečajne nagodbe o građanskim pravima i obvezama; b.) postoji li u postupku predstečajne nagodbe „spor“; c.) je li pravo na nezavisan i nepristran sud osigurano u postupku pred tijelima predstečajne nagodbe iz čl. 32. ZFPPN? d.) je li pravo na nezavisan i nepristran sud osigurano po žalbi protiv odluka tijela predstečajne nagodbe? e.) ima li mogućnosti da se eventualni nedostatak prava na nezavisan i nepristran sud sanira u kasnijim stadijima i stupnjevima postupka, to jest: f.) postoji li mogućnosti sudske kontrole pune jurisdikcije u postupku pred upravnim sudovima, g.) je li osigurana sudska kontrola pune jurisdikcije u postupku pred trgovačkim sudom; h.) je li trgovački sud ovlašten kontrolirati suglasnost predstečajne nagodbe s prisilnim propisima i pravilima javnog morala; te i.) je li trgovački sud, i uz pretpostavku da je imao kontrolne ovlasti, mogao kroz postupak sklapanja nagodbe provoditi postupak pune jurisdikcije.

U ovom poglavlju obrađujemo samo pitanje primjenjivosti čl. 29. Ustava i čl. 6. Europske konvencije te navode inicijatora koji se odnose na pitanje udovoljavaju li tijela koja odlučuju tamo sadržanim jamstvima nezavisnosti i nepristranosti. O tome je li pojedinim sudionicima u postupku u kontekstu predstečajne nagodbe kao akta kojim se određuje sadržaj spornih prava i obveza u cijelosti uskraćeno njihovo pravo na pravnu zaštitu, pa time i pravo na sud, zbog toga što tijelima predstečajnog postupka i sudovima uopće nije moguće djelotvorno utjecati na sadržaj spornih utvrđenja, usp. *infra* 4.5.

- 4.2.1. Odlučuje li se u postupku predstečajne nagodbe o građanskim pravima i obvezama?

Što se tiče pretpostavaka u pogledu građanskih prava i spornog karaktera odlučivanja, nema dvojbi da su oba uvjeta ispunjena. Naime, u postupku

predstečajne nagodbe sklapa se nagodba o tražbinama vjerovnika koje su u pravilu imovinskopravne i privatnopravne naravi (najčešće je riječ o novčanim tražbinama). Za takve tražbine kontinuirano se smatra da je riječ o „građanskim pravima i obvezama“ u smislu sadržaja čl. 6. st. 1. Europske konvencije. Za sve vjerovnike predstečajna nagodba modificira uvjete naplate njihovih tražbina, umanjujući postotak namirenja, odgađajući rokove dospelosti ili na drugi način modificirajući tražbinu, što sve neposredno određuje sadržaj njihovih „građanskih prava i obveza“.

- 4.2.2. Postoji li u postupku predstečajne nagodbe „spor“?

Predstečajna nagodba, iako u ZFPPN-u nije formalno nazvana „prisilnom“, ipak ima u odnosu na sve vjerovnike, kako one koji nisu dali svoj glas za njeno prihvaćanje, tako i za one koji su glasali protiv, svojstvo prisilnosti – obvezuje ih bez obzira na njihovu volju, pa i protivno njoj. Takvo je heteronomno utvrđenje sadržaja prava vjerovnika svakako „sporno“, jer se njihov stav o prihvatljivom sadržaju predstečajne nagodbe razlikuje od sadržaja te nagodbe koji za njih stječe svojstvo obveznosti i ovršnosti.

Osim za vjerovnike čije su tražbine prijavljene te se namiruju u predstečajnom postupku, predstečajna nagodba utječe i na prava vjerovnika koji su prijavili tražbine koje im je u predstečajnom postupku dužnik osporio. Njima se uslijed osporavanja tražbine onemogućuje svako namirenje u predstečajnom postupku, iz čega proizlazi da bi oni svoje sporne tražbine trebali ostvarivati u nekom drugom postupku (v. o tome dalje 3.3.5.). I vjerovnici koji svoje tražbine nisu na vrijeme prijavili u predstečajnom postupku, a koji su prema zakonu prekludirani naknadno ostvarivati svoje tražbine, mogli bi faktički biti u poziciji osporavanja njihovog prava, bez obzira što ih ZFPPN tretira kao da su se svojih tražbina odrekli.

Zbog svih ovih razloga, valja uzeti da je postupak sklapanja predstečajne nagodbe u domašaju jamstava iz čl. 29. st. 1. Ustava te čl. 6. st. 1. Europske konvencije, i da bi u njemu trebalo omogućiti da o spornim pravima i obvezama odluči nezavisan i nepristran sud. Zato treba preispitati je li to jamstvo na odgovarajući način ostvareno u uređenju postupka predstečajne nagodbe prema ZFPPN.

4.2.3. Je li pravo na nezavisan i nepristran sud osigurano u postupku pred tijelima predstečajne nagodbe iz čl. 32. ZFPPN?

Predstečajni postupak provodio se u dva stadija, u kojima su postupala i odlučivala različita tijela, upravna i sudbena. Glavnina radnji poduzimala se u prvom stadiju, u postupku pred Financijskom agencijom. Sam ZFPPN pod tijelima u postupku predstečajne nagodbe spominjao je samo upravna tijela – nagodbeno vijeće i povjerenika predstečajne nagodbe. O drugom stadiju postupka, koji se provodi pred trgovačkim sudom, govorio je samo jedan članak (čl. 66).

Što se tiče statusa tijela koja djeluju u upravnom stadiju odlučivanja o predstečajnoj nagodbi, nije sporno da ona, na način koji su uređena u ZFPPN, ne zadovoljavaju uvjete „nezavisnog i nepristranog tribunala“.¹¹ Prema kontinuiranoj praksi Europskog suda za ljudska prava, izraženoj još u slučaju *Ringeisen protiv Austrije*, za supstancijalno zadovoljavanje uvjeta nezavisnosti potrebno je da tijelo koje odlučuje bude „nezavisno u odnosu na izvršnu vlast i stranke“. I hrvatski Ustavni sud je u predmetu U-I-745/1999 (odluka od 8.11.2000.) primijetio da zahtjevu neovisnosti tijela koja odlučuju o građanskom pravu odnosno obvezi upravna tijela u pravilu ne udovoljavaju, posebno ako su vezana za hijerarhijske upute viših tijela. U tom pogledu nema ni naznake da bi ZFPPN pokušao ostvariti drugačiji režim za nagodbeno vijeće ili povjerenika predstečajne nagodbe. Predsjednika i članove nagodbenog vijeća imenovao je ministar financija.¹² Trajanje mandata članova nagodbenog vijeća nije bilo određeno, tako da ih je ministar financija mogao u svako doba i razriješiti, ne navodeći za to razloge. Jednako tako, nagodbeno vijeće imenovalo je i razrješavalo povjerenika stečajne nagodbe.¹³

4.2.4. Je li pravo na nezavisan i nepristran sud bilo osigurano po žalbi protiv odluka tijela predstečajne nagodbe?

Zahtjeve nezavisnog i nepristranog tribunala nisu zadovoljavala ni viša tijela koja su sudjelovala u prvom stadiju odlučivanja o predstečajnoj nagodbi. O žalbi protiv rješenja nagodbenog vijeća kao meritorne odluke u upravnom

¹¹ O kritici upravne komponente kod sklapanja predstečajnih nagodbi v. Garašić, Jasnica, *Izmjene i dopune Stečajnog zakona iz 2012. motivirane institutom predstečajne nagodbe*, u: Barbić, Jakša (ur.), *Hrvatsko insolventno pravo, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti*, Zagreb, 2014., str. 32.

¹² V. čl. 33. ZFPPN.

¹³ Čl. 34. st. 3.; čl. 37. st. 1. ZFPPN.

postupku mogla se izjaviti žalba Ministarstvu financija, koje je o njoj bilo dužno odlučiti u roku od osam dana.¹⁴ Žalba u pravilu nije bila suspenzivna. Razvidno je da ni tijelo koje je odlučivalo o žalbi (drugostupanjsko tijelo unutar Ministarstva financija) nije udovoljavalo zahtjevima nezavisnosti, a ni postupak koji se pred njim provodi zbog pismenosti i hitnosti nije omogućavao potpuno preispitivanje svih relevantnih okolnosti koje su se odnosile na utvrđivanje spornih pitanja vezanih za tražbine vjerovnika.

Dakle, bez obzira na to što, prema praksi Europskog suda za ljudska prava, zahtjev „nezavisnog i nepristranog suda ustanovljenog zakonom“ ne zahtijeva da „sud“ bude „sud klasičnog tipa, integriran u standardni sustav sudbenih tijela u određenoj zemlji“¹⁵, što bi se prema mišljenju autora ovog teksta trebalo slijediti i u tumačenju čl. 29. st. 1. hrvatskog Ustava, u upravnom dijelu postupka sklapanja predstečajne nagodbe pravo na nezavisan sud u materijalnom smislu nije bilo ostvareno. Premda bi se moglo reći da su nagodbena vijeća osnovana zakonom te da u postupku zaključenja predstečajne nagodbe primjenjuju pravne norme i postupaju na propisan način, ona nisu zadovoljavala druge supstancijalne zahtjeve vezane uz nezavisnost tijela koje odlučuje, a koji se propituju „uzimajući u obzir način imenovanja, trajanje mandata te postojanje jamstava protiv vanjskih pritisaka, kao i sam izgled nezavisnosti“.¹⁶

Ranije navedeni elementi (hijerarhijska vezanost, ograničeni mandat itd.) dostatni su za zaključak o tome da tijela predstečajnog postupka iz čl. 32. ZFPPN nisu bila nezavisna tijela. Radi potpunog tumačenja ustavnih i konvencijskih jamstava nezavisnosti, potrebno je međutim ispitati još jedan element. Upravo što se izgleda nezavisnosti tiče, u osvrtima na uređenje predstečajne nagodbe upozoravalo se na specifičnu fuziju funkcija do koje je dolazilo kada o tražbinama za koje je zaduženo Ministarstvo financija odlučuje tijelo koje je imenovao ministar financija, o čijoj odluci po žalbi odlučuje posebno tijelo Ministarstva financija. Iako tražbine po osnovi poreza i drugih davanja ne pripadaju ministarstvu već proračunu RH, ovakav režim prema kojem tijela koja djeluju unutar iste institucije imaju i ulogu stranke, i suda, i žalbene instance,

¹⁴ Čl. 30. st. 4. i 6.

¹⁵ V. slučaj *Campbell i Fell protiv Velike Britanije*, presuda od 28.10.1984. Usp. van Dijk et al., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, str. 612 i d. Uzelac, op. cit., str. 110-111.

¹⁶ *Langborger protiv Švedske*, 11179/84, presuda od 22.6.1989., t. 32. Sporno je inače čak i to imaju li ona sama u postupku pune jurisdikcije priliku odlučivati o svim pravnim i činjeničnim aspektima relevantnim za utvrđenje sadržaja spornih prava i obveza građanske naravi (o ovom aspektu v. dalje pod 3.3.5.).

opravdano izaziva podozrenje. Naime, usprkos tome što nije neobično da o tražbinama države odlučuje tijelo iste te države, odsutnost jamstava nezavisnosti i suviše velika institucionalna vezanost tijela koje odlučuje za interese institucije o kojima odlučuje, kao i personalna i egzistencijalna ovisnost osoba koje odlučuju o proizvoljnim odlukama osoba koje zastupaju ili predstavljaju te interese, i bez obzira na to postoje li u konkretnim predmetima sumnje u pristranost, izaziva dojam (*appearance*) o zavisnosti te sljedstveno tome o pristranosti tijela koje odlučuje. U konkretnom slučaju ovaj dojam nije postojao samo na apstraktnoj i spekulativnoj osnovi (iako bi i ona bila dostatna da dovede u pitanje nezavisnost nagodbenog vijeća), nego je dodatno bio potkrijepljen izjavama visokih državnih dužnosnika (uključujući i čelnika resornog ministarstva) u kojima se manifestirao interes da konkretni postupci budu riješeni na određeni način.

U nastavku ćemo ispitati je li nedostatak koji se odnosi na prvi stadij postupka na primjeren način saniran u drugom stadiju postupka te u drugim mogućim vezanim postupcima.

4.2.5. Je li bilo mogućnosti da se eventualni nedostatak prava na nezavisan i nepristran sud sanira u kasnijim stadijima i stupnjevima postupka

Okolnost da u postupku zaključenja predstečajne nagodbe odluke u prvom dijelu postupka ne donosi tijelo koje se može smatrati nezavisnim i nepristranim u smislu čl. 6. st. 1. Europske konvencije i čl. 29. st. 1. Ustava još uvijek nužno ne implicira nesukladnost ovakvog pravnog režima s ustavnim i konvencijskim jamstvima. Ako u prvom stupnju ili stadiju odlučivanja odlučuje tijelo koje nije sud u materijalnom smislu, pravo na sud može se na zadovoljavajući način osigurati u kasnijim stupnjevima ili stadijima. Kao što je Europski sud za ljudska prava naveo u predmetu *Le Compte*, „zahtjevi fleksibilnosti i efikasnosti, koji su u cijelosti sukladni sa zaštitom ljudskih prava, mogu opravdati prethodno odlučivanje [o građanskim pravima ili kaznenoj odgovornosti] od strane upravnih ili profesionalnih tijela te, *a fortiori*, pravosudnih tijela koja ne zadovoljavaju u svakom smislu rečene zahtjeve [prava na nezavisan i nepristran sud]“¹⁷. Pravo na nezavisan i nepristran sud može se ostvariti na dva načina: „bilo tako da tijelo koje odlučuje samo zadovoljava

zahtjeve čl. 6. st. 1., ili tako da bude podložno naknadnoj kontroli od strane suda pune jurisdikcije koji zadovoljava zahtjeve čl. 6. st. 1.“¹⁸

Zbog toga je potrebno ispitati je li u postupku sklapanja predstečajne nagodbe bila osigurana naknadna kontrola pred nezavisnim i nepristranim sudom u postupku pune jurisdikcije, naime u postupku u kojem se mogu preispitati kako pravna, tako i činjenična utvrđenja relevantna za utvrđenje sadržaja spornih prava.

O eventualnoj naknadnoj kontroli moglo bi se govoriti na dvije razine. Naime, uređenje predstečajnih nagodbi prema ZFPPN predviđalo je razmjerno nestandardan i kompleksan sustav u kojem je sudjelovalo više tijela. Središnje mjesto u tom sustavu zauzimala su nagodbena vijeća koja su postupak provodila u regionalnim centrima Financijske agencije.¹⁹ Nakon što je nagodbeno vijeće provelo postupak, predstečajna se nagodba sklapala pred trgovačkim sudom nadležnim prema sjedištu dužnika. Obje komponente – djelovanje nagodbenog vijeća kao i postupak sklapanja nagodbe pred sudom – načelno bi trebale biti podložne kontroli.

U odnosu na rješenja koja donosi nagodbeno vijeće tijekom prvog stadija predstečajnog postupka postoji pravo na žalbu drugostupanjskom upravnom tijelu (*v. supra*). Kako se sukladno članku 31. ZFPPN u predstečajnom postupku analogijom primjenjuju odredbe Zakona o općem upravnom postupku, trebalo je uzeti (iako se o tome sam ZFPPN izrijekom ne izjašnjava) da se protiv konačnih rješenja nagodbenog vijeća može pokrenuti upravni spor, o kojem bi trebali odlučivati upravni sudovi.

S druge strane, i samo sklapanje predstečajne nagodbe pred trgovačkim sudom može se smatrati svojevrsnom kontrolom rješenja nagodbenog vijeća o prihvaćanju plana financijskog restrukturiranja.

Nije sporno da su i upravni sudovi, kao i trgovački sud, nezavisni i nepristrani sudovi koji zadovoljavaju institucionalna jamstva iz Europske konvencije. No, da bi se odgovorilo na postavljeno pitanje potrebno je utvrditi ne samo načelnu mogućnost obraćanja tim sudovima u kasnijim stadijima postupka, nego i to je li u tim stadijima bila omogućena adekvatna kontrola svih odluka iz

¹⁷ *Le Compte, Van Leuven and De Meyer*, 6878/75 i 7238/75, presuda od 23.6.1981., t. 51.

¹⁸ *Albert i Le Compte protiv Belgije*, 7299/75; 7496/76, presuda od 10.2.1983., t. 29.

¹⁹ Čl. 26. ZFPPN.

predstečajnog postupka kojima se odlučivalo o spornim pravima i obvezama stranaka iz tog postupka.

4.2.6. Postoji li mogućnosti sudske kontrole pune jurisdikcije u postupku pred upravnim sudovima?

Što se tiče kontrole u postupku pred upravnim sudovima, potrebno je primijetiti da se taj postupak može provoditi samo u odnosu na zakonitost rješenja kao upravnih akata te da bi stranke u tom postupku trebale biti osobe koje smatraju da su im prava povrijeđena (ovdje: vjerovnici ili predstečajni dužnik) kao tužitelji, te upravno tijelo koje je donijelo pojedinačnu odluku kao tuženik. Domašaj kontrole načelno bi se iscrpljivao u poništavanju ili oglašavanju ništavom rješenja nagodbenog vijeća donesenog u predstečajnom postupku (npr. rješenja o otvaranju predstečajnog postupka, rješenja kojim se utvrđuje prihvaćanje plana financijskog restrukturiranja). Iako ne bi trebalo isključiti mogućnost da bi u nekim slučajevima ovakva kontrola mogla dovesti do saniranja posljedica odluke kojom se (indirektno) determinirao sadržaj prava i obveza vjerovnika, u većini slučajeva upravnosudska kontrola nije djelotvoran i učinkovit način da se zajamči zaštita povrijeđenih prava vjerovnika.

Čak i kada bi upravni sudovi postupali iznimno brzo, i koristili sva svoja procesna ovlaštenja, vjerojatnost da bi njihova odluka pravodobno spriječila nepovoljne posljedice po prava vjerovnika iznimno je malena. U sadržajnom smislu, upravni se sudovi, raspravljajući o zakonitosti rješenja donesenih u predstečajnom postupku, koncentriraju na formalnu ispravnost donijetih odluka (postojanje valjanih ovršnih isprava, adekvatno očitovanje volje kod priznanja ili osporavanja), a da pritom ne ulaze u daljnje ispitivanje osnovnosti tražbina koje bi se provodilo kada bi o tome odlučivao sud u parničnom postupku (v. više *infra* u 3.3.5.). Ako nagodbena vijeća nisu mogla provjeravati tražbine koje su utvrđene u planu financijskog restrukturiranja, onda načelno ne bi bilo prilike ni da se u postupku povodom upravne tužbe te tražbine provjeravaju radi utvrđenja eventualne nezakonitosti rješenja o prihvaćanju plana financijskog restrukturiranja.

Kada bi u upravnom sporu sud i mogao preispitivati rješenja nagodbenog vijeća o postojanju prijavljenih tražbina (u sklopu kontrole zakonitosti rješenja o utvrđenju tražbina i prihvaćanju plana financijskog restrukturiranja), to ne bi imalo neposredan učinak na predstečajnu nagodbu sklopljenu na temelju

rješenja trgovačkog suda. Prema jednom shvaćanju, predstečajna bi nagodba kao nagodba koja je po svojim učincima izjednačena sa sudskom nagodbom (arg. iz čl. 66. i čl. 83. ZFPPN) imala prejudicijelan učinak i vezivala bi upravni sud u pogledu mogućnosti drukčijeg utvrđenja postojanja neke tražbine, jer se „sadržajno učinci glasovanja o planu financijskog restrukturiranja i rješenja koje nagodbeno vijeće donosi u povodu toga glasovanja nadomještavaju učincima sklopljene sudske nagodbe“²⁰.

Pod pretpostavkom prihvaćanja suprotnog stajališta (da predstečajna nagodba ne veže upravni sud), bilo bi potrebno da odluka u upravnom sporu postane pravomoćna da bi se u postupku pobijanja predstečajne nagodbe, koja se može pobijati pod istim pretpostavkama kao i sudska nagodba, istaklo da je upravni sud poništio rješenje koje je bilo logička premisa za potvrdu predstečajne nagodbe u postupku kod trgovačkog suda. Iako se ZFPPN u čl. 83. pozivao na „pretpostavke za pobijanje sudske nagodbe“, Zakon o parničnom postupku u tom je smislu vrlo oskudan, tako da je i to područje još uvijek predmet stručnih i akademskih prijedora. Prema stajalištu prevladavajućem u procesnoj doktrini, sudska bi se nagodba trebala pobijati specifičnom procesnom tužbom koja bi po svojim razlozima bila ograničena na pitanja koja se mogu isticati u žalbi protiv presude na temelju priznanja ili presude na temelju odricanja. U slučaju predstečajne nagodbe, upravnosudsko ukidanje rješenja koje je prejudicijelne naravi za sklapanje predstečajne nagodbe ne bi bilo među tim razlozima, jer ga kod sklapanja sudske nagodbe ni nema.²¹

Sveukupno, upravnosudska kontrola u slučaju povrede prava vjerovnika pogrešnim utvrđenjem sadržaja njihovih tražbina nije u ZFPPN uređena na način koji u ovoj specifičnoj situaciji zadovoljava zahtjeve pravne sigurnosti, izvjesnosti i određenosti pravnih normi, a mogućnost da nakon postupka pune jurisdikcije upravnosudska kontrola pruži djelotvornu pravnu zaštitu za povrede prava stranaka iz predstečajnog postupka jest samo teorijska i iluzorna.

Tome valja pridodati i okolnost da bi naknadno stavljanje izvan snage predstečajne nagodbe kao ovršne isprave temeljem koje su u cjelokupnom razdoblju od njenog donošenja do ukidanja (pretpostavljivo: tijekom više godina) deseci

²⁰ Usp. Dika, *O ustavnosti pravnog uređenja predstečajne nagodbe*, Rad i izlaganje na tribini HAZU „Promjene hrvatskog insolventnog prava“, 14. studeni 2013., Zagreb, str. 16, str. 7, t. 4.(4) i 4.(5).

²¹ V. o „gotovo potpuno onemogućenom“ pobijanju predstečajne nagodbe više u Maganić, A., *Pravna sredstva protiv predstečajne nagodbe*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 65:2015/3-4, str. 409-437.

ili stotine vjerovnika ostvarivali svoje tražbine dovelo do lančane reakcije i uzrokovalo „nezamislive gospodarske posljedice“.²²

Zbog svih tih razloga, ne može se smatrati da je kroz kontrolu zakonitosti postupanja u upravnom sporu u postupku sklapanja predstečajne nagodbe bila osigurana adekvatna i djelotvorna kontrola, te da je time sanirana povreda ustavnog prava da se o spornim pravima i obvezama presudi pred nezavisnim i nepristranim tijelom u postupku pune jurisdikcije.

4.2.7. Je li bila osigurana sudska kontrola pune jurisdikcije u postupku pred trgovačkim sudom

Ako kontrola u upravnom sporu nije bila djelotvorna, potrebno je ispitati je li djelotvorna bila kontrola u drugom dijelu predstečajnog postupka – u postupku sklapanja predstečajne nagodbe pred trgovačkim sudom.

Uvodno, potrebno je naglasiti da forma u kojoj je osigurana sudska kontrola odlučivanja o građanskim pravima i obvezama nije odlučna te da na načelnoj razini ništa ne priječi da se ona omogući i tako da se, umjesto postupka povodom pravnih lijekova, odluke iz prvog stadija predstečajnog postupka u drugom stadiju podnose na potvrdu tijelu koje zadovoljava supstancijalne uvjete nezavisnog i nepristranog suda (što se za trgovačke sudove po definiciji može kazati). Na vrlo površnoj razini, moglo bi se činiti da je to i slučaj kod ZFPPN, jer se sadržajno najvažnije rješenje nagodbenog vijeća – ono kojim se utvrđuje da su postignute odgovarajuće većine u glasovanju o usvajanju plana financijskog restrukturiranja – treba u kratkom roku podnijeti uz prijedlog predstečajne nagodbe nadležnom trgovačkom sudu pred kojim se predstečajna nagodba konačno sklapa.

Sporno je, međutim, upravo to je li trgovački sud prema ZFPPN-u imao ovlasti da na adekvatan način i u dostatnom obimu kontrolira rješenje i prijedlog predstečajnih nagodbi koje su mu bile podnošene radi odobrenja sklapanja predstečajne nagodbe.

Prema navodima iz zahtjeva za ocjenu ustavnosti koji je podnio sudac nadležnog trgovačkog suda, postupak sklapanja predstečajne nagodbe u drugom je stadiju postupka bio samo „puka formalnost“. Uloga trgovačkog suda u tom se stadiju svodila na potvrdu ispunjenja formalnih pretpostavaka, a u meri-

²² Dika, op. cit. t. 4(9).

tumu sud se mogao jedino očitovati o tome je li sadržaj nagodbe istovjetan rezultatu glasovanja utvrđenom u rješenju nagodbenog vijeća te o tome poklapa li se prijedlog predstečajne nagodbe s prihvaćenim planom financijskog restrukturiranja.

I u znanstveno-stručnim raspravama o novom uređenju stečajnog i predstečajnog postupka upozoreno je na mogućnost da se odredbe ZFPPN tumače u smislu da je „trgovački sud vezan rezultatima prethodnog postupka pred vijećem predstečajne nagodbe i da je samo dužan provjeriti rezultate glasovanja o predstečajnoj nagodbi u kome sudjeluju vjerovnici čije su tražbine utvrđene u rješenju o prihvaćanju plana financijskog restrukturiranja“.²³

Cjelokupan drugi dio ovakvog „hibridnog“, upravno-sudskog postupka (stadij koji se provodi pred trgovačkim sudom) bio je reguliran u samo jednom članku ZFPPN.²⁴ Iz njega se daje zaključiti da je postupak odobravanja predstečajne nagodbe u određenoj mjeri bio analogan postupku zaključenja sudske nagodbe, a u određenoj je mjeri izlazio iz tog okvira te se približavao procesu adjudikacije kao odlučivanja o spornim pitanjima koje svojom obvezatnošću veže, i bez obzira na njihovu volju, sudionike pravnih odnosa na čija se prava i obveze odluka odnosi.

Odnos između sudske nagodbe i predstečajne nagodbe potrebno je posebno razmotriti radi ispitivanja je li trgovački sud bio ovlašten kontrolirati je li predstečajna nagodba u skladu s prisilnim propisima i pravilima javnog morala (čl. 3. st. 3. ZPP).

4.2.8. Je li trgovački sud bio ovlašten kontrolirati suglasnost predstečajne nagodbe s prisilnim propisima i pravilima javnog morala?

Sličnosti i analogije s postupkom zaključenja sudske nagodbe proizlaze već iz kvalifikacije akta kao „nagodbe“ koja se zaključuje pred sudom, kao i iz par referencija kojima se u ZZFPN u kontekstu predstečajne nagodbe upućivalo na sudsku nagodbu (čl. 66. st. 9.; čl. 83.). Forma zaključenja nagodbe također je dijelom slična: i predstečajna nagodba i sudska nagodba sklopljene su kad stranke potpišu odgovarajući akt (čl. 322. st. 2. ZPP; čl. 66. st. 11. ZFPPN).

²³ Ibid., t. 4(7). Jednako i Marković, Ovlaštenje suda u okviru instituta predstečajne nagodbe, u: Barbić, Jakša (ur.), Hrvatsko insolventno pravo, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2014., str. 70.

²⁴ Izraz „hibridni postupak“ korišten je i u obrazloženju ZID ZFPPN iz listopada 2013., str. 5.

S druge strane, pojedini su elementi predstečajne nagodbe bitno različiti od sudske nagodbe. U supstancijalnom smislu, sudska je nagodba u cijelosti izraz autonomije volje stranaka, a svojim djelovanjem djeluje *inter partes*. Predstečajna nagodba, pak, obvezuje i one vjerovnike koji se sa njenim sadržajem ne slažu – ona „ima snagu ovršne isprave za sve vjerovnike čije su tražbine utvrđene“ (čl. 66. st. 13. ZFPPN).

Sudsku nagodbu trebaju potpisati sve stranke koje će njome biti obvezane, dok predstečajnu nagodbu trebaju potpisati samo vjerovnici čije tražbine čine potrebnu većinu (dakle ne i oni vjerovnici koji su ostali u manjini).

Sudska nagodba sklapa se pred sudom uz afirmaciju načela dispozitivnosti: stranka ili stranke koje žele sklopiti nagodbu daju inicijativu za njeno sklapanje tako da se, svojom slobodnom voljom, pojedinačno ili skupno obraćaju sudu koji će zakazati ročište radi pokušaja njenog zaključenja (arg. iz čl. 324. ZPP). S druge strane, ročište radi sklapanja predstečajne nagodbe dužan je sazvati trgovački sud – ono se dakle zakazuje po službenoj dužnosti, a ne na inicijativu stranaka.

Kod predstečajne nagodbe, za razliku od sudske nagodbe, obvezatnost postoji i u odnosu na vjerovnike koji su se izjasnili u prilog plana restrukturiranja te bi, sukladno tome, vjerojatno bili među vjerovnicima koji žele sklopiti i potpisati predstečajnu nagodbu. Naime, za razliku od vjerovnika koji su odbili plan restrukturiranja, vjerovnici koji su ga prihvatili dužni su, pod prijetnjom visokih novčanih kazni, pristupiti na ročište.²⁵

Posebne razlike, relevantne za analizu ovlasti trgovačkog suda o kojoj ovisi procjena je li riječ o postupku kontrole pune jurisdikcije, postoje u pogledu načina i presumiranog sadržaja sudskog ispitivanja predložene nagodbe. U postupku sklapanja sudske nagodbe, sud je ovlašten aktivno sudjelovati u postizanju sporazuma. On će pomoći strankama da nagodbu zaključe (čl. 321. st. 3.); kada stranke postignu nagodbu, on je ovlašten ispitati jesu li stranke zaključile nagodbu o pravima kojima ne mogu raspolagati, te posebnim rješenjem kojim se ne dopušta zaključenje nagodbe koja bi bila protivna prisilnim propisima ili pravilima javnog morala uskratiti pravo da se nagodba oblikuje kao sudska nagodba (čl. 321. st. 4. i 5. u vezi s čl. 3. st. 3. ZPP). Ako dopusti sklapanje sudske nagodbe, o tome sud neće donositi nikakvo rješenje,

već će „prešutno deklarirati njenu dopuštenost“ omogućujući da se nagodba unese u sudski zapisnik, čime se daje *nihil obstat* – „dopuštanje, a ne potvrđivanje ili odobravanje, zaključenog ugovora“²⁶.

S druge strane, u postupku zaključenja predstečajne nagodbe, trgovački sud „odobrava“ sklapanje predstečajne nagodbe posebnim rješenjem, za što su bile propisane i posebne pretpostavke.²⁷ Iako to izričito nije bilo navedeno u zakonu, prethodno odobrenje suda trebalo bi se smatrati pretpostavkom valjanosti predstečajne nagodbe koju sklope dužnik i vjerovnici čije tražbine čine potrebnu većinu (arg. iz čl. 66. st. 9., 11. i 12.). Bez odobrenja trgovačkog suda, nagodba koju bi oni potpisali ne bi smjela proizvoditi pravne učinke.

Mnogo je bitnije od forme odlučivanja bilo to što je ZFPPN ostavio otvorenim pitanje može li trgovački sud uskratiti odobrenje za sklapanje predložene predstečajne nagodbe i zbog drugih razloga od onih sadržanih u st. 9. članka 66. – poglavito zbog sumnje u zlouporabu prava ili oštećenje vjerovnika, odnosno zbog toga što bi iz drugih razloga smatrao da je prijedlog nagodbe protivan prisilnim propisima i pravilima javnog morala.

Jedan od autora inicijative za ispitivanje ustavnosti ZFPPN, sudac M. Kolakušić, smatrao je da su promjenama ZFPPN iz 2013. kojima je za sudski stadij postupka sklapanja predstečajne nagodbe propisana odgovarajuća primjena pravila izvanparničnog postupka trgovačkom sudu oduzete njegove rezidualne ovlasti da ne dopusti sklapanje predstečajne nagodbe zbog toga što smatra da je ista protivna čl. 3. st. 3. ZPP-a. Takvo je stajalište pogrešno. Naime, primjena pravila izvanparničnog postupka ne ograničava pravo suda da propituje je li predložena nagodba zaključena o pravima kojima stranke mogu slobodno raspolagati. Nesporno je da se u pitanjima koja nisu drugačije uređena, i u izvanparničnom postupku shodno primjenjuju pravila parničnog postupka. Čak i mimo ovog procesnog pravila, mogućnost da se izvan i prije parnice (a prema doktrini i nakon parnice te neovisno o njoj)²⁸ pred sudom zaključi nagodba sadržana je izravno u odredbama zakona koji regulira parnični postupak (v. čl. 324. ZPP). Vodeći komentarski priručnici taj tip sudske nagodbe upravo i nazivaju „izvanparničnom sudskom nagodbom“²⁹, a na njeno se sklapanje i ulogu suda pri njemu primjenjuju ista pravila kao i

²⁶ Triva/Dika, Gradansko parnično procesno pravo, str. 574.

²⁷ Čl. 66. st. 9. ZFPPN.

²⁸ V. Triva/Dika, Gradansko parnično procesno pravo, str. 571.

²⁹ Triva/Dika, Zakon o parničnom postupku i Zakon o arbitraži, XXIII. izdanje, str. 285.

²⁵ Obvezatnost pristupa ročištu nije propisana u normama koje reguliraju sklapanje predstečajne nagodbe, nego proizlazi iz prekršajnih odredbi (čl. 88. st. 1. t. 6.).

na nagodbu zaključenu u okviru parnice. Da i to nije slučaj, prema našem mišljenju bilo bi protuzakonito i neustavno odricati sudu kao tijelu državne sudbene vlasti koje sudi na temelju Ustava, zakona i drugih mjerodavnih izvora prava pravo da, bez obzira na narav procesnih propisa po kojima odlučuje, uzme u obzir očigledne nezakonitosti i zanemari svoju sumnju u to da stranke u postupku idu za tim da raspolažu pravima kojima ne mogu raspolagati.³⁰

Iz navedenih razloga smatramo da je trgovački sud, bez obzira na vrstu postupka po kojem odlučuje te bez obzira na to što takva ovlast nije bila izričkom sadržana u ZFPPN, imao pravo da, uz poziv na protivnost prisilnim propisima ili javnom moralu, odbije prijedlog za zaključenje predstečajne nagodbe. Naravno, naličje je njegove ovlasti i obveza da na odgovarajući način obrazloži svoju odluku, upućujući na činjenice koje ga navode na zaključak o postojanju nezakonitosti ili nemoralnosti.

4.2.9. Je li trgovački sud imao dostatne kontrolne ovlasti da bi se postupak sklapanja nagodbe mogao smatrati postupkom pune jurisdikcije?

Utvrđujući da je trgovački sud bio ovlašten kontrolirati predstečajnu nagodbu te je odbiti (i) zbog toga što bi bila protivna prisilnim propisima i pravilima javnog morala, još uvijek nije riješeno pitanje je li postupak pred trgovačkim sudom omogućavao dostatnu intervenciju nezavisnog i nepristranog tijela u postupku pune jurisdikcije koja bi mogla sanirati eventualna pogrešna utvrđenja građanskih prava i obveza iz ranijeg postupka pred Financijskom agencijom.

Prema mišljenju autora ovog teksta, iz cjeline pravnog uređenja sklapanja predstečajne nagodbe, kako u upravnom tako i u sudbenom stadiju postupanja, ipak proizlazi da, i usprkos rezidualnim ovlastima da u slučaju sumnje odbije predstečajnu nagodbu, i dalje nije bilo moguće kazati da je trgovački sud raspolagao dovoljnim stvarnim sredstvima i mogućnostima da reagira i u postupku pune jurisdikcije sanira propuste iz postupka koji nije udovoljavao jamstvima iz čl. 29. st. 1. Ustava i čl. 6. Europske konvencije.

Naime, da bi mogao na adekvatan način prosuditi o objektivnoj utemeljenosti utvrđenja i osporavanja tražbina vjerovnika, sud bi trebao imati pravo i stvar-

³⁰ Slično i Maganić, op. cit. (bilj. 21), str. 423-424. Suprotan stav izražen je, međutim, u jednoj neobjavljenoj odluci Visokog trgovačkog suda RH citiranoj u: *ibid.*, str. 323, bilj. 41 (odluka Pž-1872/14-3 od 19.5.2014).

ne mogućnosti da, barem na razini *prima facie* dokaza, utvrdi jesu li tražbine koje je dužnik u upravnom stadiju postupka priznao postojeće i realno iskazane, a također i pravo da uvaži ili ne uvaži dužnikovo osporavanje tražbina koje ne proizlaze iz ovršnih isprava ako smatra da je osporavanje poduzeto samo sa svrhom da se pojedini vjerovnik isključi iz glasovanja o usvajanju plana restrukturiranja. Umjesto toga, zakon je načelno prisiljavao suca da prihvati presumpcije o utvrđivanju tražbina iz čl. 60. st. 2. do 4., a k tome nije dopuštao da sudac reagira na eventualne uočene nezakonitosti na bilo koji drugi način osim uskratkom odobrenja sklapanja predstečajne nagodbe.

Iz fragmentarnog i nedorečenog uređenja sudskog sklapanja predstečajne nagodbe mogao se izvući zaključak da je jedini razlog da se nagodba formalno zaključivala pred sudom bio u želji da joj se tako priskrbi učinak konačnosti i ovršnosti kakav se inače pridaje sudskim nagodbama. Pri tome se zaboravljalo da predstečajna nagodba nije samo građanskopravni ugovor koji autonomno uređuje sporna prava i obveze, već da redovito utječe na prava i obveze onih vjerovnika koji je nisu prihvatili, a potencijalno i na širi krug osoba koje uopće nisu sudjelovale u postupku. Zato je odredbama o predstečajnoj nagodbi bio postavljen okvir neadekvatan za bilo kakvu objektivnu i primjerenu sudsku kontrolu utvrđenja tražbina iz predstečajne nagodbe te drugih pitanja relevantnih za utvrđenje prava i obveza iz prijedloga predstečajne nagodbe kao i njihovih eventualnih implikacija za prava i obveze drugih osoba. Polazeći od prava suda da posumnja u dopuštenost raspolaganja, dolazimo do zaključka da su odredbe ZFPPN otvarale iznimno malen prostor da se to pravo smisljeno koristi.

Za restrukturiranje gospodarskih subjekata i sam je predlagač ZFPPN smatrao da je riječ o „iznimno kompleksnom ekonomsko-pravnom procesu“, a planovi financijskog i operativnog restrukturiranja kod iole većih gospodarskih subjekata voluminozni su i zahtjevni dokumenti. Od nadležnog trgovačkog suda se međutim očekivalo da zakaže ročište za sklapanje predstečajne nagodbe u roku od 15 dana od dana podnošenja prijedloga, a da u međuvremenu propita na temelju dostavljenih isprava (kojih je moglo biti i više stotina stranica) jesu li ispunjene formalne pretpostavke za sklapanje nagodbe, te da sazove i oglasi održavanje ročišta na kojem bi se trebali okupiti svi vjerovnici koji su prihvatili plan restrukturiranja, a koji bi uz dužnika trebali potpisati predloženi tekst nagodbe. Kod većih gospodarskih predmeta, uz kratke rokove ide i povećana odgovornost i visoka očekivanja svih involviranih stra-

naka, pa i šire društvene zajednice. U tim je uvjetima iluzorno očekivati da će sud u propisanim rokovima i na temelju svojih tek impliciranih ovlasti biti u stanju provesti primjereno propitivanje svih relevantnih okolnosti. U bitnome, čini se da je opravdan osnovni prigovor koji kao podnositelj ističe sudac trgovačkog suda iz vlastitog sudačkog iskustva, naime da je sudu na ovaj način uskraćena njegova osnovna funkcija – pravo da u postupku *pre-sudi*. Iz cjelokupnog uređenja predstečajne nagodbe ne može se zaključiti da bi sud bio u stanju provesti u 15 dana postupak pune jurisdikcije u kojem bi mogao adekvatno provjeriti rezultate aktivnosti mnogobrojnih sudionika do kojih se došlo u 120 dana postupka pred Financijskom agencijom, pa i ranije, prije otvaranja postupka predstečajne nagodbe. Djelatnost suda u ovim se uvjetima pretvara u puko administriranje bez mogućnosti da se na adekvatan način pruži zaštita eventualno povrijeđenim ili ugroženim pravima sudionika pravnih odnosa. Stoga nije moguće kazati ni da je trgovački sud u postupku sklapanja predstečajne nagodbe u stvarnoj i djelotvornoj prilici da kao tijelo pune jurisdikcije odredi sadržaj odluke o spornim pravima i obvezama involviranih osoba.

Iz navedenih razloga, smatramo da uređenje predstečajne nagodbe sadržano u ZFPPN nije sukladno jamstvu prava na nezavisan i nepristran sud iz čl. 29. Ustava i čl. 6. Europske konvencije.

4.3. Ustavnost odredbi o dostavi u postupku predstečajne nagodbe (diskriminacija/uskrata prava na žalbu zbog internetske objave odluka)

U postupku pred Ustavnim sudom osporene su i odredbe ZFPPN-a o dostavi, tj. odredba čl. 28. prema kojem se pismena u postupku predstečajne nagodbe objavljuju na internetskim stranicama Financijske agencije te odredba čl. 30. prema kojima se rok za podnošenje žalbe računa od dana takve objave. Podnositeljica inicijative za ispitivanje ustavnosti je smatrala da nije realno očekivati da se baš svi predlagatelji u postupcima predstečajne nagodbe služe internetom te ističe da pojedinim osobama i u pojedinim krajevima dostup internetu nije ni moguć. Također ističe da je osobama koje iz bilo kojih razloga nisu u mogućnosti služiti se internetom opisani način dostave faktički oduzeo pravo na žalbu te smatra da su osobe koje iz imovinskih ili obrazovnih razloga nisu u stanju služiti se internetom po tim osnovama diskriminirane.

Stav o tome da dostava modernim komunikacijskim sredstvima *ipso iure* vrijeda ustavna prava već *prima facie* nije utemeljen. Što se tiče navoda o tome da Internet nije dostupan u pojedinim krajevima Hrvatske, ta je tvrdnja teško prihvatljiva. Osim mogućnosti pristupa internetu kroz fiksnu mrežu na neki od raznih načina (ADSL veza, kabelski pristup internetu, modemska veza i sl.), a koji se danas poklapa s proširenošću fiksne telefonije, građanima su pristupačne i usluge pristupa mobilnom internetu, pa tako većina operatera telekomunikacijskih usluga svojim mobilnim internetom pokriva cjelokupno područje Republike Hrvatske, uključujući i morski pojas te najudaljenije otoke. Zato, i bez obzira na zanimanje (ribar, frizer), svaki pravni subjekt u RH ima načelnu mogućnost da na gotovo bilo kojem mjestu ostvari uvid u javno objavljeni sadržaj na internetu. Pristup internetu moguć je ne samo preko računala, nego i preko drugih uređaja (netbook, tablet), te uz korištenje mobilnih telefona, čijih korisnika u Hrvatskoj ima znatno više negoli stanovnika (prema podacima HAKOM-a, u 2010. godini bilo je u Hrvatskoj 6,3 milijuna korisnika mobilnih telefona). Već pred više godina prevladane su tehnološke prepreke zbog kojih bi se objava putem web-stranica mogla smatrati neprikladnom ili načelno diskriminatornom.

Usporedbe radi, potrebno je istaknuti da se i po dosadašnjim odredbama Stečajnog zakona u insolventnom postupku objava nekih odluka, npr. oglasa o otvaranju stečajnog postupka, obavlja oglasom, i to isticanjem na oglasnoj ploči suda i objavom u „Narodnim novinama“ (čl. 64. st. 2. SZ). Takva objava smatra se dostatnom u odnosu na notifikaciju određenog kruga osoba (npr. u odnosu na vjerovnike), premda je u stečajnom postupku propisana i opcionalna mogućnost da stečajni sudac naloži stečajnom upravitelju da rješenje o otvaranju stečajnoga postupka dostavi vjerovnicima i dužnicima stečajnog dužnika čija je adresa poznata (čl. 65. st. 6. SZ). U odnosu na objavu oglašavanjem na oglasnoj ploči suda, koja je u pravilu fizički teško dostupna građanima, osobito onima koji se nalaze na udaljenijim lokacijama, objava na internetskim stranicama Financijske agencije je neusporedivo dostupnija znatno širem krugu građana, redovito čak i onima koji se nalaze u istom mjestu kao i sud.

Dostava objavljivanjem na internetu nije neuobičajeni način objavljivanja ni komparativno. U Saveznoj Republici Njemačkoj se npr. sve objave predviđene stečajnim zakonom (*Insolvenzordnung*) od rujna 2003. godine obavljaju na internetskim stranicama (v. <http://www.insolvenzbekanntmachungen.de>).

Stoga se može uzeti da načelno nije protivno Ustavu uređenje prema kojem se objava postupovnih obavijesti, uključujući i dostavu rješenja i drugih akata protiv kojih je dopuštena žalba, obavlja na internetu.

Međutim, premda je dostava uz korištenje interneta i drugih elektroničkih medija načelno prihvatljiva i čak preporučena radi ostvarenja procesne ekonomije i djelotvornosti postupaka, valja upozoriti da režim sadržan u ZFPPN ipak nosi sa sobom određene rizike u kontekstu ostvarenja prava na pravnu zaštitu i pravično suđenje. Naime, prema čl. 28. ZFPPN objava na internetskim stranicama zamjenjuje sve oblike dostavljanja u postupku sklapanja predstečajne nagodbe te dokida svaku obvezu obavljanja dostave na pojedinačnu adresu – fizičku ili elektroničku – bez obzira je li poznata dužniku i tijelima predstečajnog postupka. Time se u visokoj mjeri smanjuje vjerojatnost da će adresati biti upoznati sa sadržajem pismena koja im se upućuju, odnosno da će pravodobno uočiti da je objavljeno određeno rješenje od čije se objave na internetu računaju rokovi za žalbu.

Takvo je uređenje potrebno ispitati te ga podvrgnuti testu razmjernosti, radi ocjene je li u kontekstu gospodarske i ekonomske krize i zahtjeva hitnosti postupka ono opravdano, ili pretjerano i nepotrebno ugrožava mogućnost ostvarenja ustavnog prava na obranu i jednakost procesnih sredstava te bi li se jednak učinak mogao postići i blažim sredstvima (npr. obvezom da se neke odluke i rješenja dostavljaju osobno, ili barem da predstečajni dužnik ili tijela predstečajnog postupka uz objavu na internetskim stranicama vjerovnicima čija im je adresa poznata upute običan dopis klasičnom ili elektroničkom poštom).

U svakom slučaju, ako se i ne bude našlo da je uređenje sadržano u čl. 28. i 30. ZFPPN u načelu samo po sebi protivno Ustavu, smatramo da to ne bi isključilo mogućnost da ono proizvodi protuustavne učinke u odnosu na nerazmjerne zahtjeve koje za neke od postupovnih koraka nameće vjerovnicima, na kojima je u cijelosti teret konstantnog propitivanja je li u odnosu na nekog od njihovog dužnika otvoren predstečajni postupak, i to uz prijetnju prekluzije u slučaju propuštanja da se objava na internetskim stranicama FINE uoči.

Stoga, načelan stav o ustavnosti internetskog objavljivanja prema našem mišljenju ne priječi da se iz ustavne perspektive preispita razmjernost i prikladnost uređenja u kojem internetska objava u cijelosti zamjenjuje dostavu (uključujući i elektroničku), a ni to da se u konkretnim slučajevima usvoje

ustavne tužbe radi povrede ustavnog prava na obranu, pristup sudu i pravično suđenje, ako bude dokazano da se od konkretnih stranaka, s obzirom na konkretne okolnosti i u svjetlu do tada poduzetih aktivnosti radi upoznavanja javnosti s režimom dostave prema ZFPPN-u, nije moglo razborito očekivati da će na vrijeme uočiti objave na web-stranicama Financijske agencije, zbog čega su po njih nastupile štetne posljedice tj. nastupio gubitak prava na pravnu zaštitu. Ovdje osobito upućujemo na to da prema ZFPPN pravodobno propuštanje prijave tražbine onemogućuje vjerovnika da tražbinu o kojoj je riječ ostvari te da je efektivno izjednačeno s odricanjem od sudske zaštite prava – usp. *infra* pod 4.5.

I u praksi Europskog suda za ljudska prava zabilježeni su slučajevi u kojima je notifikacija odluke koja je utjecala na prava i obveze stranaka samo javnim oglašavanjem, bez pokušaja osobne dostave, uzrokovala povrede prava na pravično suđenje. Npr. u predmetu *Ceouffre de la Pradelle*³¹, odluka o proglašenju građevinskog zemljišta zaštićenom zonom bila je, usprkos legitimnim očekivanjima vlasnika zemljišta, bez pokušaja dostave adresatima samo objavljena u službenom listu, zbog čega su vlasnici propustili rok za priziv Državnom savjetu (*Conseil d'État*). U navedenom predmetu, Europski je sud utvrdio da je nedostatak pokušaja osobnog obavještanja adresata u konkretnom slučaju uskratio podnositelju zahtjeva njegovo pravo na pristup Državnom savjetu kao nezavisnom i nepristranom tijelu koje o predmetu odlučuje.³²

4.4. Ustavnost odredbi o utvrđivanju prava vjerovnika u postupku predstečajne nagodbe (pravo na jednakost i jednak pravni položaj na tržištu, pravo na vlasništvo, pravo na sud)

Više inicijativa pobijalo je ustavnost zakonskih rješenja kojima se u predstečajnom postupku uređivao položaj vjerovnika. Ako sažmemo na bitne odrednice navode iz inicijativa, uzimajući u obzir i neke navode iz stručnih rasprava o pravnom uređenju predstečajnog postupka, pitanja koja se postavljaju jesu:

– Je li u skladu s Ustavom uređenje prema kojem se, bez mogućnosti utvrđivanja i provjere u predstečajnom postupku, smatraju utvrđenima tražbine vjerovnika koje u predstečajnom postupku dužnik prizna? Je li u skladu s Ustavom uređenje prema kojem dužnikovo osporavanje vjerovnikovih traž-

³¹ *Ceouffre de la Pradelle protiv Francuske*, 12964/87, presuda od 16.12.1992.

³² *Ibid.*, t. 35.

bina dovodi do nemogućnosti sudjelovanja vjerovnika u glasovanju te ih onemogućuje u tome da budu dio predstečajne nagodbe? Jesu li time narušena prava vjerovnika na pravnu zaštitu (pravo na pristup pravosuđu odnosno „pravo na sud“), te time dovedeno u pitanje i njihovo pravo vlasništva?

- Jesu li u predstečajnom postupku određeni (u pravilu „mali“) vjerovnici stavljeni u nejednak položaj u odnosu na „velike“ (u prvom redu banke i financijske institucije) i na Republiku Hrvatsku kao vjerovnika poreznog duga? Postoji li pravična ravnoteža između svih kategorija vjerovnika, odnosno jesu li neki od njih (solidarni dužnici, jamci i povezane osobe; osobe protiv kojih je pokrenut postupak radi utvrđivanja zlorabe prava) stavljeni u neravnopravan položaj u odnosu na druge? Narušava li se time pravo na jednakost, jednak pravni položaj poduzetnika na tržištu i/ili pravo na vlasništvo?

Navedena pitanja traže kompleksnu pravnu, ekonomsku i socijalnu analizu. U podlozi svih tih pitanja je pitanje je li pravnim uređenjem predstečajne nagodbe uspostavljena pravična ravnoteža između interesa dužnika i interesa vjerovnika te je li takav način reakcije na gospodarsku krizu u općem interesu, a, ako i jest, narušava li nerazmjerno i/ili diskriminatorno prava i pravno zaštićene interese pojedinih subjekata na koje se odnose pravni učinci predstečajne nagodbe. Oko odgovora na ova pitanja ne postoji konsenzus.

S jedne strane, pobornici aktualnog uređenja predstečajnih nagodbi ističu da se kroz postupak uređen ZFPPN-om postižu pozitivni učinci na općem planu – smanjenje insolventnosti, očuvanje radnih mjesta te gospodarski razvitak. Tvrde da je aktualno uređenje predstečajnog postupka učinkovitije i djelotvornije negoli li prethodno, koje je sadržavalo kruta i neživotna pravila zbog kojih poduzetnicima u poslovnim poteškoćama nije preostajala druga opcija osim stečaja. Na razini ciljeva koji su prilikom reforme stečajnog prava i uvođenja predstečajnog postupka postavljeni nalaze se i ciljevi koji se odnose na poboljšanje položaja dužnika (omogućavanje restrukturiranja, povećanje vrijednosti njihove imovine), i ciljevi koji se odnose na poboljšanje položaja vjerovnika (osiguranje njihovih prava, jednakog položaja u postupku te omogućavanja povoljnijeg namirenja u usporedbi s uvjetima koje bi ostvario da je bio pokrenut stečajni postupak protiv dužnika)³³.

³³ Usp. određenje svrhe predstečajnog postupka u čl. 20. ZFPPN, koji najjasnije ocrta intenciju da se ostvare ciljevi koji idu i u prilog dužnika, i u prilog vjerovnika.

S druge strane, protivnici aktualnog uređenja predstečajnih nagodbi navode da je, kako u zakonskim odredbama, tako i u njihovoj praktičnoj provedbi, ravnoteža između interesa dužnika i interesa vjerovnika fundamentalno poremećena. Tvrde da su u prvom planu interesi da se na kratkoročnom planu očuva socijalni mir i zadrže radna mjesta te da se, u tom smislu, interesi dužnika preferiraju pred interesima vjerovnika, koje se tjera da vlastitim sredstvima, odricanjem od svojih zakonskih i legitimnih tražbina, saniraju insolventnog poslovnog partnera. Time se restrukturiranje jednog dijela gospodarskih subjekata, onih koji zbog lošeg poslovanja nisu mogli zadržati svoju likvidnost i solventnost, provodi na teret drugog dijela gospodarskih subjekata, koji su do uvođenja predstečajnih nagodbi dobro poslovali, a koje se upravo kroz predstečajne nagodbe uvodi u poslovne poteškoće. U krajnjem slučaju, privremeni oporavak pojedinih dužnika plaćen je *de facto* eksproprijacijom jednog dijela njihovih vjerovnika (npr. malih dobavljača). Oспорava se i jednakost položaja pojedinih vjerovnika u postupku te se tvrdi da su pojedine njihove skupine neopravdano stavljene u bolji položaj, a među njima u prvom redu banke i financijske institucije te sama država, koja je redovito jedan od najvećih vjerovnika.

Iz ustavnopravne perspektive tek je posredno relevantno je li prihvaćeni model predstečajnih nagodbi uspješan ili ne. Država ima obvezu poduzimati korake radi izlaska iz gospodarske krize i osiguranja gospodarskog razvitka, a mora uživati i slobodu procjene o tome kojim će mjerama te ciljeve pokušati postići, pa makar i po cijenu pogrešnog odabira. Pri tome je međutim dužna poštivati ustavna prava pravnih subjekata na koje djeluju njene mjere. Ograničenja ustavnih sloboda i prava dopuštena su samo u mjeri u kojoj to Ustav dopušta.

Na planu gospodarskih prava i sloboda, pravo vlasništva i poduzetničke slobode zauzimaju središnji položaj. Ona se mogu ograničiti ili oduzeti samo iznimno, u pravilu uz naknadu tržišne vrijednosti (čl. 50. Ustava). Poduzetnici koji djeluju na hrvatskom tržištu moraju biti u jednakom položaju (čl. 49. st. 2. Ustava). I u kontekstu insolventnijskih postupaka potrebno je osigurati poštivanje tih ustavnih prava. Istina, kada se pojedina trgovačka društva i drugi poduzetnici suoče s ekonomskim i financijskim poteškoćama, kategorije kao što su nepovredivost prava vlasništva i tržišna vrijednost do određene se mjere relativiziraju. Kada dužnici postanu insolventni i prezaduženi, izvjesno je da njihovi vjerovnici neće moći u cijelosti ostvariti svoje tražbine u punom iznosu, a često ih neće moći ostvariti uopće – njihova će imovinska prava i

interesi biti nepovratno izgubljeni. S druge strane, cijena gospodarskog neuspjeha za dužnika je također velika: on u kontekstu stečaja u pravilu prestaje postojati, a čak i kada to nije slučaj, njegova se vlasnička struktura mijenja.

Relativizacija prava vlasništva (koje ni inače nije apsolutno) u kontekstu insolventijskih postupaka ipak ne može biti potpuna. Postupak, promatran kao cjelina, treba na adekvatan i razmjeran način umanjivati imovinska prava sudionika u postupku. U temeljna načela stečajnog prava i postupka ubraja se i načelo razmjernog namirenja, modificirano načelom prioriteta za pojedine kategorije vjerovnika i tražbina koje zbog posebnih razloga imaju prednost. Uređenje insolventijskog postupka u kojem bi se arbitrarno umanjivalo, ograničavalo ili oduzimalo prava pojedinim vjerovnicima, u kojem bi se arbitrarno preferirali interesi vjerovnika pojedinih kategorija, ili u kojem bi bila fundamentalno poremećena ravnoteža i nerazmjerno ograničena imovinska prava i interesi vjerovnika u korist interesa dužnika (ili obratno), moglo bi se smatrati ustavnopravno neprihvatljivim i protivnim ustavnim pravima na vlasništvo i jednak tržišni položaj poduzetnika. Od ovih premisa krenut ćemo u analizi gore postavljenih pitanja o ustavnosti rješenja ZFPPN.

U postupku predstečajne nagodbe status vjerovnika, pravo glasa i utvrđenje tražbina vjerovnika u bitnome su ovisile isključivo o tome je li u ispitnom postupku dužnik priznao ili osporio tražbinu (arg. iz čl. 60. st. 2. i 3. i čl. 62. st. 4. ZFPPN). Mimo izjave volje dužnika, koja može biti ili suglasna (priznanje navoda određenog vjerovnika), ili jednostrana (navođenje u izvješću o financijskom stanju i poslovanju), svaka rasprava o postojanju ili nepostojanju tražbine svodila se samo na pitanje postoje li ovršne isprave kojima bi se dokazalo da tražbina postoji ili ne postoji. Ako takve ovršne isprave nema, vjerovnik neće moći sudjelovati u odlučivanju o sadržaju predstečajne nagodbe, iako će ona posredno utjecati i na njegove tražbine i mogućnost njihovog namirenja. Kako se slikovito izrazio jedan od komentatora, vjerovnici koji nemaju ovršne isprave za svoje tražbine „prepušteni su na milost i nemilost dužnika koji suvereno odlučuje o tome hoće li takve tražbine priznati ili osporiti, o čemu će ovisiti njihovo pravo glasa i time mogućnost da utječu na sadržaj prihvaćene nagodbe“.³⁴ S druge strane, ako vjerovnik posjeduje ovršnu ispravu, njegova će se tražbina smatrati utvrđenom, osim ako dužnik ne raspolaže javnom ili javno ovjerovljenom ispravom kojom dokazuje da je tražbina prestala (čl. 60. st. 2. ZFPPN).

³⁴ Dika, op. cit., 6.3.

Problem do kojeg je najprije dolazilo u stadiju postupka u kojem se utvrđuju tražbine vjerovnika (prvo ročište ispitnog postupka pred Financijskom agencijom), a koji se potom prenosio i u kasnije stadije postupka, bio je trojak:

- vjerovnici bez ovršnih isprava ne mogu u ispitnom postupku dovoditi u pitanje osporavanje njihove tražbine od strane dužnika;
- dužnici koji ne posjeduju javne ili javno ovjerovljene isprave ne mogu u ispitnom postupku dovoditi u pitanje postojanje tražbina vjerovnika za čije tražbine postoji ovršna isprava;
- drugi vjerovnici ne mogu dovoditi u pitanje utvrđenje (tj. priznanje) tražbina u odnosu na ostale vjerovnike u predstečajnom postupku, premda te tražbine posredno utječu i na njihovo pravo glasa, na to hoće li predstečajna nagodba biti prihvaćena ili ne, te na uvjete namirenja koje ona bude sadržavala.

Pojedini autori tvrde da je tim kategorijama osoba uopće bila uskraćena mogućnost da sudjeluju u postupcima u kojima će se odlučivati o njihovim tražbinama, čime bi im bilo uskraćeno pravo na pravnu zaštitu odnosno mogućnost da u sudskom postupku dokazuju postojanje svojih tražbina.³⁵

I u nekima od analiziranih zahtjeva i prijedloga upućuje se na inherentnu mogućnost zlorabaz sadržanih u ovakvom režimu. Tako sudac Kolakušić upozorava da je dužnik priznanjem nepostojećih tražbina, npr. priznajući fiktivne tražbine povezanih društava, mogao u potpunosti obezvrijediti tražbine stvarnih vjerovnika, a da se isti učinak može postići i arbitrarnim osporavanjem „pravih“ tražbina. Za to navodi i neke konkretne primjere iz vlastite pravne prakse. Ove primjere treba ozbiljno uzeti, jer pokazuju da koruptivni potencijali ovakvog uređenja nisu samo hipotetični, nego da ih uređenje predstečajne nagodbe sistemski potiče i izaziva – da su, dakle, zlorabaz nužna posljedica uređenja koje pati od sistemskih nedostataka, a ne samo iznimna i rijetka nuspojava koja se pojavljuje i u dobro uređenim procesnim sustavima.

Problem mogućih zlorabaz putem priznanja tražbina povezanih društava implicitno su priznali i predlagачi ZFPPN koji su izmjenama i dopunama iz lipnja 2013. u čl. 72.a st. 3. ZFPPN na općenit način uskratili pravo glasa onim solidarnim dužnicima, jamcima i osobama koje imaju pravo regresa, ako se pravno nalaze u položaju tzv. povezanih osoba. Time su, čini se, samo

³⁵ Ibid. Usp. i Marković, op. cit., 3.2., ad 1, gdje autorica smatra da se može opravdano očekivati da ovakvo uređenje dovede do zlorabaz postupka predstečajne nagodbe.

djelomično otklonjene mogućnosti zlouporaba, jer je jednaka mogućnost vicioznog priznanja ostala prema ostalim vjerovnicima, kod kojih nominalno nema formalne povezanosti, no koji jednako tako mogu biti u dosluhu s dužnikom. S druge strane, otvoreni su novi problemi.

Naime, ova je izmjena s druge strane uzrokovala reakcije pojedinih „povezanih osoba“ koje su smatrale da im je baš paušalnom uskratim prava glasa neopravdano i diskriminatorno uskraćeno njihovo pravo da punopravno sudjeluju u predstečajnom postupku, a time i njihova imovinska prava. Ističu se slučajevi u kojima ne samo da nema sumnje u zlouporabu, već je osobna povezanost kroz jamstvo osobnim instrumentima osiguranjima redovito bila uvjet pod kojim su banke odobravale financiranje nužno za poslovanje trgovačkog društva (usp. prijedlog Pandžić; prijedlog Jukić). U prilog tezi da su one povezane osobe koje postupaju *bona fide* tako stavljene u neravnopravan položaj govore i dvojbe izražene u stručnim krugovima.³⁶ Režim koji sve vjerovnike koje stoje u određenoj vezi s dužnikom *a priori* isključuje iz odlučivanja o predstečajnoj nagodbi, kako ističu i pojedini predlagatelji, protivi se i ustavnoj presumpciji nevinosti, a i zakonskim odredbama koje probijanje korporativne osobnosti i osobnu odgovornost vlasnika trgovačkog društva propisuju samo u iznimnim situacijama.

Čini se kao da je, tragajući za uravnoteženim rješenjem, i sam predlagatelj propisa lavirao između dvije krajnosti, od kojih obje stavljaju određene grupe vjerovnika u neravnopravan položaj u odnosu na druge. Uz ustavnopravno problematično i na činjenicama neutemeljeno stigmatiziranje određenih grupa vjerovnika, čija se imovinska prava na ovaj način dovode u pitanje, same po sebi takve nagle promjene u zakonskom režimu izazivaju pravnu nesigurnost i dovode u pitanje ostvarenje principa pravne države, koji traže predvidljivost i određenost propisa.

Ishodište takvih oscilacija u uređenju predstečajne nagodbe nahodi se u tome što se predlagatelj ZFPPN, u nastojanju da se oblikuje procedura koja bi bila maksimalno brza i ekonomična, odrekao cijelog niza kontrolnih instancija i jamstava koja inače postoje u stečajnom postupku, a koja štite od mogućih

³⁶ Marković, op. cit., 3.2, ad 4. „Postavlja se pitanje je li dio tih vjerovnika stavljen u neravnopravan položaj? ... Tako bi bliske osobe fizičke osobe, dužnika pojedinca koje su platile dug dužnika pojedinca imale pravo glasa o načinu namirenja vjerovnika predstečajne nagodbe, dok povezane osobe trgovačkog društva to pravo nemaju.“

grešaka i zlouporaba. Usporedba stečajnog i predstečajnog postupka to zorno pokazuje.

Tako, za razliku od stečajnog upravitelja, povjerenik predstečajne nagodbe nema mogućnost ni ispitivati ni osporiti tražbine vjerovnika (a dvojbena je i koliko one kontrolne ovlasti koje su mu date može djelotvorno obavljati)³⁷. Za razliku od stečajnog suda, nagodbeno vijeće nema pravo dovoditi u pitanje utvrđene tražbine te mu se ovlasti iscrpljuju u sastavljanju tablica u kojima se bilježe tražbine prema navodima dužnika i vjerovnika. Vjerovnici u postupku predstečajne nagodbe ne mogu osporavati tražbine drugih vjerovnika, niti dužnik može osporavati tražbine vjerovnika koje su utvrđene ovršnim ispravama. O ovlastima suda da kontrolira predstečajnu nagodbu prilikom njenog sklapanja i njihovoj iluzornosti usp. *supra* 3.3.2.

Sveukupno, nemogućnost preispitivanja dispozicija dužnika i (drugih) vjerovnika u postupku sklapanja predstečajne nagodbe u tom postupku nije omogućila djelotvornu zaštitu prava pojedinih skupina vjerovnika pred tijelima predstečajne nagodbe te trgovačkim sudom pred kojim se predstečajna nagodba sklapa.

Ako pravna zaštita takvim pravima nije bila zajamčena u postupku predstečajne nagodbe, to još uvijek ne znači da je ona bila u cijelosti odsutna, jer bi se prema nekim interpretacijama ona mogla osiguravati i naknadno, izvan predstečajnog postupka. U nastavku ćemo se stoga pozabaviti pitanjem je li, time što tijela predstečajne nagodbe (uključujući i trgovački sud pri sklapanju nagodbe) nisu ovlaštena i u mogućnosti pružiti pravnu zaštitu nekim vjerovnicima, njima u cijelosti oduzeto pravo na pravnu zaštitu. To se posebno odnosi na vjerovnike čije su tražbine osporene, kao i na one vjerovnike koji u predstečajnoj nagodbi nisu mogli osporiti tuđe tražbine.

U odnosu na vjerovnike čije je pravo osporeno, ZFPPN je izričito navodio da se, nakon sklopljene predstečajne nagodbe, mogu pokretati ili nastavljati parnični postupci u odnosu na tražbine ili dio tražbina koje su u postupku predstečajne nagodbe osporene (usp. čl. 70. ZFPPN). Nije, međutim, navedeno na kakav bi se način trebalo nakon predstečajne nagodbe postaviti tužbeni zahtjev, pa su oko toga mnoga pitanja ostala otvorena. Kako navodi

³⁷ O tome, iz perspektive povjerenika predstečajne nagodbe vidi D. Huljev, *Pravni položaj povjerenika u postupku predstečajne nagodbe*, Rad i izlaganje na tribini HAZU „Promjene hrvatskog insolventijskog prava“, 14. studeni 2013., Zagreb.

N. Marković³⁸, za razliku od stečajnog postupka, u kome se postavlja deklaratorni zahtjev na utvrđenje osnovanosti tražbine, i to samo na temelju osnove, u iznosu i u isplatnom redu kako je tražbina označena u prijavi ili na ispitnom ročištu (čl. 180. SZ), u postupku predstečajne nagodbe nema nikakvih posebnih naputaka s tim u vezi. Zato, postavlja se pitanje „nastavlja li se raspravljanje o kondemnatornom tužbenom zahtjevu, ili je vjerovnik dužan zahtjev uskladiti s predstečajnom nagodbom“.³⁹ Sporan je i učinak eventualne pravomoćne presude koja bi bila donijeta u vjerovnikovu korist. Kada bi pravomoćna presuda donesena u vjerovnikovu korist omogućavala kao ovršna isprava namirenje odmah i u punom iznosu, odstupilo bi se od pravila o jednakom postupanju prema vjerovnicima predstečajne nagodbe, te bi vjerovnici osporenih tražbina potencijalno bili u neopravdano boljem položaju od vjerovnika priznatih tražbina. Prema komentatorima, „očigledno da nedostaje rješenje prema kojem bi se u načinu i rokovima namirenja u jednakom položaju nalazili i vjerovnici utvrđenih tražbina i vjerovnici osporenih tražbina kada im se tražbina u posebnom postupku utvrdi.“⁴⁰

U svakom slučaju, ako vjerovnicima osporenih tražbina i stoji na raspolaganju naknadna sudska zaštita u parničnom postupku, podnormiranost propisa tjera nas na sumnju u njenu izvjesnost i djelotvornost. U nedostatku ikakve formirane sudske prakse, tužbe vjerovnika osporenih tražbina u velikoj mjeri imaju tek hipotetičko značenje, a tek će se s vremenom pokazati jesu li u stanju pružiti djelotvornu sudska zaštitu, i to na način koji ne dovodi do nejednakosti drugih vjerovnika koji se nalaze u usporedivom položaju. Obje moguće solucije dovode, čini se, do nekih ustavnopravno neprihvatljivih rezultata: ako se tražbine vjerovnika osporenih tražbina nakon utvrđenja u parničnom postupku mogu namirivati u punom iznosu, u nepovoljnijem su položaju slični vjerovnici čije su tražbine priznate; ako se pak tražbine vjerovnika osporenih tražbina nakon utvrđenja u parničnom postupku mogu namirivati samo u rokovima i pod uvjetima iz predstečajne nagodbe, ti su vjerovnici u odnosu na pravo da sudjeluju u glasanju i prihvaćanju (ili neprihvaćanju) predstečajne nagodbe stavljeni u nepovoljniji položaj u odnosu na one koji su kao vjerovnici priznatih tražbina dali svoj glas za nju. To bi posebno bilo relevantno ako se pokaže da je iznos osporenih, pa naknadno utvrđenih tražbina vjerovnika

toliki da bi glas vjerovnika osporenih tražbina, da je bio dan na ispitnom ročištu, bio presudan za prihvaćanje ili neprihvaćanje predstečajne nagodbe.

Što se tiče vjerovnika koji svoje tražbine nisu prijavili u postupku predstečajne nagodbe, ZFPPN je izričito isključio mogućnost pokretanja parničnih i drugih postupaka ako je vjerovnik propustio prijaviti tražbinu, a nije ju ni dužnik uvrstio u svoj popis obveza prema vjerovnicima. Na taj način propuštanje roka od 30 dana od objave oglasa na web-stranici za prijavu tražbina Financijskoj agenciji dobija značenje ne samo prekluzivnog roka za prijavu, već i roka nakon kojeg je prekludirana svaka mogućnost utvrđivanja i namirenja tražbine. Takvo je rješenje iznimno strogo, posebno u kontekstu načina notifikacije vjerovnika javnom objavom, bez ikakve obveze pokušaja osobnog kontaktiranja i dostave rješenja o otvaranju postupka predstečajne nagodbe vjerovnicima (usp. *supra* pod 3.3.3.), te je upitno može li se vjerovnicima koji su propustili uočiti objavu te zbog toga nisu prijavili tražbine imputirati presumirano odricanje od njihovih legitimnih tražbina.⁴¹

Za vjerovnike čije su tražbine u predstečajnoj nagodbi utvrđene, pa i za dužnika koji nije mogao osporiti tražbinu koja se zasniva na ovršnoj ispravi, pravo na pokretanje i vođenje redovitih parničnih postupaka radi utvrđenja da tražbine iz predstečajne nagodbe nisu ispravno utvrđene u pravilu je isključeno. Prema čl. 81. st. 1. ZFPPN, u odnosu na sve utvrđene tražbine dužnik se oslobađa obveze da isplati druge iznose i u drugim rokovima od onih prihvaćenih u predstečajnoj nagodbi. Dakle, svi oni vjerovnici koji su pri sklapanju predstečajne nagodbe bili protiv njenog prihvaćanja smatrajući da, na primjer, uvjeti namirenja ne stavljaju sve vjerovnike u isti položaj, ili da su zbog priznanja sumnjivih tražbina drugih vjerovnika uskraćeni za dio namirenja tražbine na koji bi inače imali pravo, neće moći redovnom tužbom usmjerenom protiv dužnika i/ili drugog vjerovnika podvrgnuti preispitivanju sporne uvjete ili tražbine drugih vjerovnika. Oni bi, međutim, mogli u sudskom postupku tužbom pobijati predstečajnu nagodbu „pod istim pretpostavkama koje su propisane za pobijanje sudske nagodbe“ (čl. 83. ZFPPN).

³⁸ N. Marković, op. cit., t. 3.4.
³⁹ Ibid.
⁴⁰ Ibid.
⁴¹ Teorijski, prema nekim autorima (Marković, op. cit., t. 3.5.), takva bi se tražbina mogla istaći od strane vjerovnika koji je propustio sudjelovati u predstečajnom postupku tako da isti pokrene protiv dužnika stečajni postupak. Takav zaključak (vjerojatno motiviran upravo pokušajem da se nađe pravično rješenje za „omekšavanje“ takve drastične zakonske prekluzije.) čini se, međutim, iskonstruiranim i artifičijelnim. Svrha i funkcija predstečajne nagodbe bila je upravo izbjegavanje stečaja, pa bi mogućnost da se on pokrene ako neki od vjerovnika zakasni s prijavom tražbine izgleda kao negacija samog koncepta predstečajne nagodbe.

Za tu tužbu već je ranije u ovoj analizi (usp. *supra*, 3.3.2. pod f.) utvrđeno da počiva na opasnim analogijama, koje njeno uređenje i pretpostavke, kao i praktičnu uporabu, u velikoj mjeri čine nesigurnima.

Sveukupno, iako bi se uz dosta interpretativnih poteškoća mogli konstruirati argumenti prema kojima su različitim klasama vjerovnika u postupku predstečajne nagodbe nakon njenog zaključenja do određene mjere na raspolaganju sredstva sudske zaštite, u visokoj je mjeri neizvjesno koliko bi njihovo korištenje moglo dovesti do praktične i djelotvorne pravne zaštite. Za sve praktične svrhe, vjerovnici koji su se protivili prihvaćanju predstečajne nagodbe bit će u pravilu prisiljeni prihvatiti njene uvjete, ma koliko nepovoljne, jer su alternativa dugotrajni, fragmentarno i kontradiktorno uređeni postupci s neizvjesnim ishodom, dvojbena efikasnošću i izvjesnim visokim troškovima postupka. U tom smislu, opravdano se može posumnjati koliko je u cjelokupnoj konstrukciji ZFPPN ostvareno proklamirano načelo jednakog postupanja prema vjerovnicima. Zbog nedostatka adekvatnih kontrolnih mehanizama u samom predstečajnom postupku koji bi omogućili pravodobnu intervenciju i osigurali uravnotežene uvjete nagodbe, barem dijelom se može prihvatiti navode iz prijedloga za ocjenu ustavnosti koji se odnose na stavljanje u nejednak položaj onih vjerovnika koji zbog nedostatne veličine svojih tražbina moraju uvijek prihvatiti uvjete koje svojim prijedlogom i glasovanjem o njemu nametnu dužnik i oni vjerovnici čije ih stvarne ili „utvrđene“ tražbine (čak i ako su dvojbene naravi) stavljaju u priliku da diktiraju uvjete predstečajne nagodbe.

Da bi se utvrdilo jesu li ove potencijalne nejednakosti u položaju vjerovnika u postupku predstečajne nagodbe u dostatnoj mjeri takve da dovode do nerazmjernog ograničavanja imovinskih prava sudionika u njemu, potrebno je još ispitati i jesu li, usprkos mogućim nejednakostima, u predstečajnom postupku vjerovnici ipak u povoljnijem položaju negoli bi bili da je protiv dužnika pokrenut stečajni postupak. Naime, kada bi i usprkos mogućem nejednakom položaju u postupku rezultat bio takav da je svatko u boljem položaju negoli bi bio bez toga, moglo bi se reći da su prava koja subjekti u takvom uređenju imaju manje ograničena negoli bi bila bez takvog uređenja, tako da ne bi bilo pravnog interesa za intervenciju u navedeno uređenje. Iako je ovaj argument hipotetičke naravi te bi mogao biti suprotstavljen protivnom argumentu, prema kojem bi, bez obzira na rezultat, ustavnopravna jednakost trebala biti bezuvjetno zajamčena, ipak ga je potrebno ozbiljno razmotriti, između ostaloga i zbog toga što je teza da se postupkom predstečajne nagodbe ostvaruje za

svakog više od onoga što bi ostvario da je bio pokrenut stečaj bila jedna od osnovnih motivacija za uređenje uspostavljeno ZFPPN-om.

Radi ispitivanja kakav je odnos onoga što bi pojedine kategorije vjerovnika mogle ostvariti u stečajnom postupku i onoga što su ostvarili, ili bi mogli ostvariti u predstečajnom postupku bilo bi potrebno provesti iscrpnije empirijsko i ekonomsko-socijalno istraživanje. Na normativnom planu, može se tek ustvrditi da je povoljnije namirenje vjerovnika navedeno među glavnim svrhama i principima postupka predstečajne nagodbe (usp. čl. 20. st. 1. t. 2.). U ZFPPN je sadržana i obveza da plan financijskog i operativnog restrukturiranja sadrži, unutar prijedloga predstečajne nagodbe, i „analizu tražbina prema veličini, kategoriji (...), razinu očekivanog namirenja i prijedloge rokova za njihovo namirenje, te usporedbu s očekivanim namirenjem u slučaju stečaja.“ (čl. 43. st. 1. t. 7. ZFPPN).

U izvornom tekstu ZFPPN bila je sadržana i obveza da se dužnikove navode o povoljnijem namirenju ocijeni u izvješću neovisnog revizora, koji je bio dužan da izrazi svoj stav o tome „hoće li i u kojoj mjeri provedba predstečajne nagodbe omogućiti vjerovnicima i kojoj kategoriji vjerovnika bolje uvjete namirenja njihovih tražbina od uvjeta koje bi imali od onih da je nad dužnikom pokrenut stečaj.“ (čl. 47. st. 3. t. 3. ZFPPN 2012). Stav „neovisnog revizora“ o tome je li i u kojoj mjeri vjerojatno da će predstečajna nagodba za vjerovnike biti uspješnija od stečaja nije se, međutim, mogao odraziti na dispozitiv mišljenja, jer je revizor trebao dati svoje pozitivno mišljenje na plan restrukturiranja ako utvrdi da postoji natpolovična vjerojatnost da će provedba plana omogućiti likvidnost i solventnost dužnika, bez obzira na to znači li to i povoljnije uvjete namirenja za vjerovnike. U daljnjim izmjenama ZFPPN otišlo se i korak dalje, tako da je ubrzo iz teksta propisa brisana svaka obveza revizora da se izradi usporedbu mogućeg namirenja u stečaju s ponuđenim uvjetima iz predstečajne nagodbe.⁴² Time je u predstečajnom postupku izostala svaka, makar koliko malena mogućnost da se iz neovisne i nepristrane perspektive uspoređi namirenje iz predstečajne nagodbe s hipotetičkim na-

⁴² Upitno je i koliko je revizor mogao objektivno usporediti namirenje vjerovnika u stečaju i u predstečajnoj nagodbi. Za djelovanje revizora u predstečajnoj nagodbi stručnjaci za reviziju i računovodstvo navode da se uloga revizije „pojavljuje u sasvim neobičnom kontekstu“, da „metodologija prema kojoj bi se revidirao plan financijskog i operativnog restrukturiranja ne postoji“, te da se u najbolju ruku kod takvih planova radi o „kontrolirajućim planovima“ koji moraju uključiti niz nepredvidivih poslovnih događaja. Usp. V. Brkanić, *Revizorski aspekti postupka predstečajne nagodbe*, Rad i izlaganje na tribini HAZU „Promjene hrvatskog insolventnog prava“, 14. studeni 2013., Zagreb, str. 1-3.

mirenjem iz stečajnog postupka, tako da je „načelo povoljnijeg namirenja“ u predstečajnom postupku ostalo tek na pukoj tvrdnji dužnika, bez mogućnosti da se ona provjeri ili dovede u pitanje od bilo kojeg od mnogobrojnih tijela koje sudjeluju u oblikovanju i sklapanju predstečajne nagodbe.

Sukladno tome, nije moguće bez zadržske prihvatiti tezu da je predstečajna nagodba za sve sudionike djelotvornija od stečajnog postupka te da u predstečajnom postupku vjerovnici redovito ostvaruju više od onoga što bi ostvarili da je bio otvoren stečaj nad dužnikom.

Zbog svih ovih razloga, smatram da je, usprkos deklariranim načelima iz ZFPPN – načelima dobrovoljnosti, jednakog postupanja prema vjerovnicima, postupanja u dobroj vjeri, te pravilu prema kojem je cilj predstečajne nagodbe vjerovnicima omogućiti povoljnije uvjete namirenja njihovih tražbina od uvjeta koje bi imali da je protiv dužnika pokrenut stečajni postupak – u cijelosti promatrano ZFPPN impostirao rješenje u kojem je fundamentalno poremećena ravnoteža u interesima između vjerovnika i dužnika, kao i ravnoteža u interesima pojedinih kategorija vjerovnika, i to u mjeri u kojoj je to ustavnopravno relevantno, te dovodi do kršenja ustavnog prava na jednakost pred zakonom iz čl. 14. Ustava, prava na jednak pravni položaj na tržištu iz čl. 49. st. 2. Ustava, pravo na vlasništvo iz čl. 48. st. 1. Ustava te pravo na pravnu zaštitu (pravo na sud) ili čl. 29. st. 1. Ustava Republike Hrvatske.

5. ZAKLJUČAK

Zaključci ove analize ustavnosti procesnog uređenja predstečajnih nagodbi sadržanog u Zakonu o financijskom poslovanju i predstečajnim nagodbama prije njegovih sadržajnih promjena i generalne abrogacije iz 2015. godine, mogu se sažeti na sljedeća utvrđenja:

- U predstečajnom postupku utvrđuje se sadržaj prava i obveza građanske naravi;
- Utvrđenja prava i obveza iz predstečajnog postupka za barem dio sudionika imaju element spornosti;
- Tijela predstečajnog postupka (nagodbeno vijeće i povjerenik predstečajne nagodbe) nisu nezavisani i nepristrani tribunal (sud) u smislu čl. 6. st. 1. Europske konvencije i čl. 29. st. 1. Ustava;

- Nedostatak prava na nezavisani i nepristrani tribunal (sud) nije moguće sanirati u postupku povodom žalbe protiv odluka tijela predstečajne nagodbe, kao ni u postupku povodom upravne tužbe;
- Odlučujući o sklapanju predstečajne nagodbe, trgovački sud ima ovlast ne uvažiti dispozicije koje smatra protivnim prisilnim propisima i pravilima javnog morala, ali nije u mogućnosti djelotvorno i u postupku pune jurisdikcije kontrolirati dispozicije dužnika i vjerovnika kojima se utječe na prava drugih osoba;
- Odredbe o javnom objavljivanju pismena u postupku predstečajne nagodbe nisu neprimjerene ni diskriminatorne, ali zbog toga što u cijelosti zamjenjuju dostavu korisnicima mogu dovesti do nerazmjernog tereta za vjerovnike, koji zbog neuočavanja javne objave predstečajne nagodbe na web-stranicama FINE mogu izgubiti pravo na namirenje;
- Odredbe ZFPPN-a prema kojima se smatraju utvrđenim, bez djelotvorne provjere u postupku predstečajne nagodbe, one tražbine vjerovnika koje dužnik navede ili prizna, ugrožavaju pravo na pravnu zaštitu i jednakopravnost drugih vjerovnika na čije uvjete namirenja takva utvrđenja djeluju te, u krajnjoj liniji, dovode do povrede njihovog prava na vlasništvo;
- Vjerovnicima kojima je dužnik osporio tražbine uskraćeno je u postupku predstečajne nagodbe njihovo pravo na sud, a naknadna mogućnost vođenja parničnog postupka nije jasno i nedvojbeno uređena te stoga ne može biti smatrana djelotvornim mehanizmom pravne zaštite;
- Pokušaj da se suzbiju zlouporabe paušalnim oduzimanjem prava glasa vjerovnicima koji imaju status povezanih osoba nerazmjerno ograničava njihova prava te stavlja takve vjerovnike, ako djeluju u dobroj vjeri, u nejednak položaj kršeći njihovo pravo na jednakost pred zakonom i jednakost poduzetnika na tržištu, kao i ustavnu presumpciju nevinosti.
- Odsutnost adekvatnih jamstava zaštite prava u predstečajnom postupku nije na odgovarajući način kompenzirana mogućnošću pobijanja predstečajne nagodbe tužbom uz analognu primjenu odredbi o pobijanju sudske nagodbe. Takav postupovni režim ne udovoljava minimalnim zahtjevima određenosti i pravne sigurnosti, pa se stoga ne može smatrati djelotvornim pravnim sredstvom za preispitivanje utvrđenja iz postupka predstečajne nagodbe.

Iz navedenih zaključaka proizlazi da je Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi postupak predstečajne nagodbe uredio na način koji je tražio bitnije preinake kako bi se uskladio s Ustavom. Poremećena ravnoteža u zaštiti prava i interesa vjerovnika i dužnika, te pojedinih kategorija vjerovnika, teško se mogla ponovo uspostaviti ukidanjem ili promjenom samo nekoliko zakonskih normi.

Zato, nije za čuditi da je u pogledu uređenja predstečajne nagodbe koncepcija ZFPPN napuštena. Prema našem mišljenju, to je bilo potrebno da bi uređenje uskladilo sa zahtjevima zaštite ustavnih prava, osobito prava na pravnu zaštitu, nezavisan i nepristran sud (tribunal), jednakost pred zakonom te pravom na vlasništvo. No, može se samo izraziti žaljenje da o tim pitanjima nije svoj autoritativan stav izrazio i Ustavni sud. To bi, u svakom slučaju, omogućilo da se saniraju posljedice takvog uređenja, koje su u razdoblju od 2012. do 2015. pogodile niz pravnih subjekata. Njihova prava, povrijeđena neuravnoteženim uređenjem predstečajnih nagodbi, bez odluke Ustavnog suda ostat će bez zaštite.

Neriješeno pitanje ustavnosti napuštenog režima predstečajnih nagodbi ima žrtve i na drugoj strani. Naime, bez pravorijeka Ustavnog suda, nije moguće jasno utvrditi granice nastojanja da se inovativnim zakonskim konstrukcijama i energičnim mjerama poduzetima radi ekonomske sanacije i restrukturiranja ostvari gospodarski razvitak i doprinese izlasku iz krize. Osnovna polazišta pri uvođenju predstečajnih nagodbi svakako nisu bila pogrešna. Mnogobrojne europske i izvanuropske države u posljednjih nekoliko godina pokušavaju krizu likvidnosti ublažiti uvođenjem predstečajnih procedura, uz vrlo raznovrsno uređenje i uvođenje novih, do sada nepoznatih instituta.

Točna je i ocjena iz obrazloženja ZFPPN-a da se Stečajni zakon nije pokazao djelotvornim i učinkovitim te da su trgovački sudovi koji su stečajne postupke provodili u velikoj mjeri iznevjerili očekivanja da će stečaj u primjerenom ili barem razumnom roku dovesti do preustroja ili likvidacije insolventnog i prezaduženog dužnika. Time možda nije dokazana apsolutna nemogućnost da redovni sudovi u redovitom sudskom postupku ostvare učinkovit i brz odgovor na izazov insolventnosti trgovačkih društava, ali je svakako prikupljeno dovoljno indicija da se insolventni pravo mora bitnije mijenjati i prilagođavati da bi na primjeren način reagiralo na ekonomsku krizu. Smatram da je to ujedno i dovoljan razlog da se opravda pokušaje uvođenja novih, specifičnih

procedura koje bi bile učinkovitije i djelotvorne. Kako ističe resorno ministarstvo koje je bilo nositelj pri donošenju ZFPPN-a i njegovih izmjena, dosadašnja primjena ZFPPN-a utjecala je na ukupno smanjenje insolventnosti u RH, i to u razdoblju od listopada 2012. do listopada 2013. za iznos od 9,8 milijardi kuna. Blokirano je 15.000 manje poslovnih subjekata, a spašeno je 15.000 radnih mjesta.⁴³ Iako je riječ o jednostranim podacima koji nisu verificirani na temelju solidne metodologije od strane objektivne i nepristrane institucije, ovi navodi svjedoče o potencijalima novog, „hibridnog“ postupka. Ako se tijekom vremena i bude pokazalo da rezultati nisu isključivo pozitivni te da se – kao što navode neki kritičari – privremena solventnost postignuta uz prisilna odricanja vjerovnika od tražbina ne može održati na duge staze, država ipak mora imati značajan prostor unutar kojeg će, po vlastitoj procjeni, pokušavati riješiti goruće ekonomske probleme.

Sama intencija da se kroz „hibridni“ postupak, u kojem u prihvaćanju i sklapanju predstečajne nagodbe sudjeluju posebna, upravno-sudska tijela, možda i nije bila promašena. Ona nije bila sama po sebi protivna ustavnim jamstvima nezavisnog i nepristranog suđenja. Praksa Europskog suda za ljudska prava, na koju se u ustavnopravnoj praksi oslanja i tumačenje pojedinih ustavnih instituta, ne zahtijeva nužno da nezavisan i nepristran sud bude „sud“ u formalnom smislu riječi. Kako je u predmetu *Olujić* upravo u odnosu na RH utvrdio strazburški sud, i tijela *sui generis* kao što su npr. Državno sudbeno vijeće, mogu biti „nezavisan i nepristran sud“ u kontekstu ljudskog prava na pravično (pošteno) suđenje.⁴⁴ Na sličan način, nije nezamislivo da bi, u skladu s Ustavom, moglo postojati i predstečajno uređenje koje bi, u hibridnom postupku provodilo i hibridno tijelo – no to bi tijelo moralo zadovoljavati supstancijalne zahtjeve koje članak 29. Ustava i članak 6. Europske konvencije postavljaju pred nezavisna i nepristrana tijela. Ako je ocjena predlagača propisa da sudovi „klasičnog tipa“ nisu u stanju udovoljiti specifičnim potrebama kriznog trenutka, i bez obzira na to je li taj stav točan ili ne, treba ostaviti i takvu mogućnost otvorenom – no pod uvjetima da se time ne krše procesna i materijalna ustavna prava. Promjenama organizacije predstečajnog postupka možda se i taj zahtjev moglo ispuniti unutar temeljnog koncepta na kojem je postupak počivao. Razne bi mogućnosti stajale na raspolaganju – od

⁴³ Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama ZFPPN iz studenog 2013., hitni postupak, prvo i drugo čitanje, P.Z. br. 542 str. 3-4. Usp. <http://www.sabor.hr/fgs.axd?id=26132>.

⁴⁴ *Olujić* protiv Hrvatske, 22330/05, presuda od 5.2.2009., t. 37-41.

izričitog davanja kontrolnih ovlasti nepristranom tijelu koje vodi postupak i/ili sudjeluje u sklapanju predstečajne nagodbe, do detaljnog i nedvoznačnog propisivanja procedura pred drugim nezavisnim tijelima ili sudovima koja bi, na djelotvoran i pravodoban način, mogla u postupku pune jurisdikcije osigurati naknadnu pravnu zaštitu. Razne kombinacije metoda (npr. sumarne provjere prijavljenih tražbina uz naknadnu mogućnost detaljnog preispitivanja u drugom postupku) također nisu isključene.

Sve te mogućnosti na koncu nisu bile ni razmatrane ni primijenjene. Izgleda da je šutnjom Ustavnog suda i ovdje zaustavljen napredak. U odsutnosti naputka o tome kako ostvariti brz, djelotvoran, učinkovit i jeftin postupak uz poštovanje ustavnih prava, hrvatsko se pravo vratilo na stara rješenja u okviru konvencionalnog stečajnog postupka. Koliko će ona biti djelotvorna i pomoći ostvarenju svrhe, ostaje za vidjeti. Dosadašnje iskustvo ne daje nam puno prava da budemo optimistični.

Pravni položaj pogodbenih strank pri pridržku lastninske pravice v stečajnem postopku

GREGOR DUGAR

1. SPLOŠNO

Pridržek lastninske pravice je posebna pogodbeni klavzula, s katero si prodajalec zadrži lastninsko pravico toliko časa, dokler kupec v celoti ne plača kupnine. Namen pridržka lastninske pravice je, da prodajalcu, ki kupnine za prodano stvar ne dobi takoj, zagotovi kar največjo stopnjo verjetnosti glede prihodnje izpolnitve obveznosti. Ekonomska funkcija pridržka lastninske pravice je zavarovanje poznejšega plačila kupnine z realnim zavarovanjem.¹ Za prodajalca pomeni pridržek lastninske pravice učinkovito sredstvo zavarovanja terjatve, za kupca pa je pomemben zato, ker dobi blago v svojo neposredno posest, še preden ga je v celoti plačal.² V zvezi s pridržkom lastninske pravice še velja opozoriti, da so lahko predmet pridržka lastninske pravice le premične stvari.³

Če si prodajalec pridržki lastninsko pravico na stvari, je lastninska pravica na stvari prenesena pod odložnim pogojem popolnega plačila kupnine.⁴ Položaja prodajalca in kupca sta v času do plačila kupnine specifična. Prodajalec je do izpolnitve pogoja plačila kupnine še vedno lastnik stvari, toda njegova lastninska pravica je pogojena z odložnim pogojem. Kupec z izročitvijo stvari postane neposredni posestnik, ne pridobi pa lastninske pravice, ampak le pri-

Gregor Dugar, doktor pravnih znanosti, docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

¹ Miha Juhart, nav. delo, str. 101, 102.

² Renato Vrenčur, nav. delo, 2005, str. 1366; Matjaž Tratnik, nav. delo, str. 72.

³ Določba prvega odstavka 520. člena Obligacijskega zakonika (OZ, Uradni list RS, št. 97/07).

⁴ H. G. Ganter, v: Hans-Peter Kirchhof, Horst Lidenmüller, Rolf Stürner, nav. delo, Band 1, § 47 Aussonderung, r. št. 54, 55.