

Visoki upravni sud Republike Hrvatske

Čović – Dika – Franić – Juričić
Kos – Maganić – Mamić Vuković – Mihelčić
Orlić-Zaninović – Otočan – Rajko – Šikić – Vidović
Urednik: Ante Galić

ZBORNİK RADOVA 6. SAVJETOVANJA

**NOVOSTI
U UPRAVNOM PRAVU
I UPRAVNOŠUDSKOJ PRAKSI**

 Organizator

Zagreb, 2018.

Dr. sc. Aleksandra Maganić, dipl. iur.*

Dr. sc. Mihajlo Dika, dipl. iur.**

MOGUĆNOST RJEŠAVANJA UPRAVNIH STVARI ARBITRAŽOM

1. UVODNO

Prepletanje građanskog procesnog i upravnog prava u rješavanju različitih vrsta sporova,¹ potaknuto potrebom istovremenog ostvarivanja i javnih i privatnih interesa, poticajno je za provođenje različitih oblika interdisciplinarnog upravno-građanskog ili građansko-upravnog istraživanja. Kompleksnost upravnih stvari, dugotrajnost postupaka pred upravnim sudovima i transformacija tradicionalne pozicije uprave utemeljene na nadređenosti u različite oblike suradnje uprave i građana pridonijele su rađanju ideje o tome da bi se određene kategorije sporova upravno-pravne naravi mogle rješavati i mimo sudova. Ove tendencije na međunarodnoj arbitražnoj sceni prate i ideje o proširenju granica arbitrabilnosti. Mogućnosti i prednosti arbitražnog rješavanja (međunarodnih) investicijskih sporova i više su nego evidentne.² Međutim, u radu se nećemo (osim možda samo granično) baviti pitanjima investicijske arbitraže, već granicama ar-

* Dr. sc. Aleksandra Maganić, dipl. iur., izvanredna profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

** Dr. sc. Mihajlo Dika, profesor emeritus Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

¹ Jedno od područja u kojima se isprepleću građanska i upravna metoda pravne zaštite, primjerice, zaštita je okoliša. Usp. Maganić, Aleksandra, Zaštita okoliša - upravni i građanski put pravne zaštite, u: Dominković *et al.*, Zbornik radova: Novosti u upravnom pravu i upravnosudskoj praksi, ur. Galić, Ante, Organizator, 2017., str. 27.-54. Pored toga, obje metode pogodne su i za pružanje pravne zaštite potrošačima.

² Prema 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration by the Scholl of International Arbitration at Queen Mary University of London, 66% ispitanika smatra da će investicijska arbitraža rasti u budućnosti, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey-report.pdf>, stanje od 15. studenog 2018.

bitrabilnosti u rješavanju različitih upravnih stvari. O kojim će se stvarima raditi, ovisit će o tome što se u pojedinim odabranim komparativnim sustavima smatra arbitrabilnim te kojim su se razlozima rukovodili zakonodavci ili pravna teorija u određivanju tih granica. Iako u europskoj procesnopravnoj teoriji ovo pitanje nije *novum*,³ zbog promijenjene paradigme o odnosu građana i uprave ono je postalo znatno zanimljivije, objektivno važnije, a zbog naglašene komparativne različitosti i istinski poticajnije.

Hrvatska se pravna teorija nije bavila problemom primjene arbitraže u upravnim stvarima, osim tek nekim osnovnim pitanjima.⁴ S obzirom na to da je u zakonodavnom smislu došlo do određenih promjena, koje su rezultirale i izmjenama u primjeni arbitraže, te da nedostaje sveobuhvatnija komparativa analiza prezentirane problematike, svrha je ovog rada prikazati neke komparativne modele i odrediti crtu razgraničenja između arbitrabilnih i nearbitrabilnih upravnih stvari u Hrvatskoj. Konačno, neovisno o tome što je svaki od prezentiranih nacionalnih sustava obilježen nizom specifičnih problema, cilj ovog rada je pokušati odgovoriti i na neka opća prethodna pitanja: - jesu li upravne stvari uopće prikladne za arbitražu; - koja je razlika između arbitraže u građanskim i upravnim stvarima; - koje bi tijelo i u povodu kojeg pravnog sredstva bilo ovlašteno preispitivati arbitražni pravorijek donesen u upravnim stvarima; jesu li odnosno trebaju li kontrolne ovlasti tih tijela biti šire u upravnim stvarima ili u "klasičnim" građanskim stvarima. Pritom će pojedini komparativni modeli biti prikazani kroz ključne judikate koji su u pojedinim od istraženih poredaka doneseni u vezi s naznačenim pitanjima.

Hrvatska pravna situacija bit će izložena nakon prikaza reprezentativnih komparativnih modela.

2. FRANCUSKA - JE LI RJEŠAVANJE UPRAVNIH STVARI ARBITRAŽOM RIZIČNO?

2.1. SLUČAJ *INSERM V. LETTEN*

Godine 1998. francuski *Institut National de la Santé et de la Recherche Médicale (INSERM)* i norevška zaklada *Letten F. Saugstätt* zaključili su sporazum kojim su se obje stranke obvezale na osnivanje istraživačke

³ Opširnije vidi Stumpf, Christoph A., *Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.

⁴ Turudić, Marko, *Javno-privatna arbitraža u hrvatskom pravnom poretku*, Hrvatska pravna teorija, 10/2015., str. 70.-75.

institucije u području neurobiologije. Stranke su ugovorile da će se u slučaju spora podvrgnuti arbitraži. Unatoč tome što je *Letten* odmah uplatio dva milijuna francuskih franaka (FRF), od ukupno 25 milijuna FRF koliko je iznosila ukupna vrijednost projekta, projekt je propao na samom početku. *INSERM* je pred Visokim sudom u Parizu⁵ protiv *Lettena* podnio tužbu radi isplate ostalih iznosa. Sud je prihvatio tužbu, iako je tuženik prigovorio da su stranke ugovorile arbitražu. U povodu izjavljene žalbe Apelacijski sud u Parizu oglasio se nenadležnim i uputio stranke da spor riješe u arbitražnom postupku. U arbitražnom postupku *INSERM*-u je naloženo da *Lettenu* isplati iznos od dva milijuna FRF i naknadi prouzročenu štetu. Godine 2007. Zemałjski sud u Parizu odredio je ovrhu arbitražnog pravorijeka. Međutim, *INSERM* je podnio dva pravna lijeka. Jednim se obratio Višem upravnom sudu u Marseilleu sa zahtjevom da se poništi arbitražni pravorijek i naloži zakladi *Letten* da isplati preostale iznose. Istovremeno podnesena je i žalba protiv odluke o egzekvaturi i zatraženo njezino ukidanje pred Apelacijskim sudom u Parizu, koji ju je odbio. Viši upravni sud u Marseilleu prosljedio je predmet Državnom savjetu,⁶ a on *Tribunalu des Conflits (TS)*.⁷ Odlukom TC-a određeno je da se pravni lijek protiv arbitražnog pravorijeka kojim je odlučeno u sporu zbog povrede ugovora zaključenog između pravne osobe francuskog upravnog prava i pravne osobe u inozemstvu, koji se trebao provesti na području Francuske, a odnosio se na interese međunarodne trgovine prema tadašnjem čl. 1505. (sada čl. 1519.) francuskog Zakonika o građanskom postupku,⁸ treba podnijeti pred žalbenim sudom u mjestu u kojem je pravorijek donesen. Ovo pravilo vrijedi neovisno o tome je li riječ o ugovoru koji prema francuskom pravu predstavlja upravni ugovor. Iz navedenog proizlazi da je prema francuskom pravu za pravni lijek protiv arbitražnog pravorijeka u predmetu *INSERM protiv Lettena* nadležan sud redovne nadležnosti, a ne upravni

⁵ Franc. *Tribunal de Grande Instance Paris*.

⁶ Franc. *Conseil d'État* u Francuskoj je najviši upravni sud, ali i posebno savjetodavno tijelo Vlade u pravnim pitanjima, [https://de.wikipedia.org/wiki/Conseil_d%27%80%99%C3%89tat_\(Frankreich\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Conseil_d%27%80%99%C3%89tat_(Frankreich)), stanje od 17. studenog 2018.

⁷ Franc. *Tribunal des Conflits* je sud kojim predsjedja ministar pravosuđa, sastavljen od pet predstavnika Kasacijskog suda (najvišeg građanskog suda) i pet predstavnika Državnog savjeta. Jedna od njegovih zadaća je rješavanje sukoba nadležnosti između građanskih i upravnih sudova. https://de.wikipedia.org/wiki/Tribunal_des_conflits, stanje od 17. studenog 2018., u daljnjem tekstu TC.

⁸ Code de Procedure Civile, <https://www.jus.uio.no/lm/france.arbitration.code.of.civil.procedure.1981/doc.html>, stanje od 17. studenog 2018., u daljnjem tekstu CPC.

sud. Ipak, u dijelu navedene odluke ovo je pravilo ograničeno stajalištem da će upravni sudovi, a ne sudovi opće nadležnosti, biti nadležni kada se pravni lijek odnosi na suglasnost arbitražnog pravorijeka s prisilnim propisima francuskog javnog prava. Pojmom prisilnih odredbi francuskog javnog prava obuhvaćeni su javno stvarno pravo, javna nabava, partnerski ugovori i ugovori kojima se povjeravaju javne djelatnosti.⁹

Nakon što je donesena odluka u predmetu *Letten v. INSERM*, smatralo se da je problem razgraničenja nadležnosti između građanskih i upravnih sudova u području arbitraže riješen. Međutim, dogodilo se upravo suprotno, jer su sporovi koji mogu proizaći iz upravnog ugovora, a koje Francuska zaključuje u međunarodnim okvirima, zbog iznimnog gospodarskog značenja od posebnog interesa za državu. Tako su iznimke od pravila prema kojem su građanski sudovi u pravilu nadležni odlučivati o pravnom lijeku protiv arbitražnog pravorijeka postale novi izvor stalne borbe između dviju grana francuske sudbenosti i postale Waterloo za tražitelje pravne zaštite.¹⁰ U skladu s tim prikazat ćemo nekoliko odluka francuskih sudova koje upućuju na to da je zaključenje arbitražnog ugovora u upravnim stvarima prilično rizično, jer često nije jasno tko će u povodu izjavljenog pravnog lijeka kontrolirati arbitražni pravorijek i koliko daleko sežu granice preispitivanja arbitražnih odluka donesenih u upravnim stvarima.

2.2. SLUČAJ *SMAC V. RYANAIR*

Regionalno društvo za poticanje razvoja zračnih luka *SMAC*, kao javno-pravna osoba, zaključilo je dva ugovora s *Ryanairom* o redovitoj avionskoj liniji za Angoulême u zapadnoj Francuskoj. Oba ugovora sadržavala su arbitražnu klauzulu koja je određivala nadležnost arbitražnog suda u Londonu. Zbog poteškoća u ispunjenju *Ryanair* je otkazao oba ugovora. Dok se *SMAC* pozivao na prestanak arbitražne klauzule i obratio se lokalnom upravnom sudu, *Ryanair* je podnio tužbu arbitražnom sudu u Londonu, koji je potvrdio svoju nadležnost i pravnu valjanost otkaza, osudivši *SMAC* da nadoknadi nužne troškove postupka *Ryanairu*. Lokalni upravni sud odbacio je tužbu *SMAC*-a zbog postojanja arbitražnog ugovora. Nakon

⁹ Niggemann, Friedrich; de Ligne, Frédéric Jonglez, Schiedsgerichtsbarkeit und Verwaltungsrecht in Frankreich: Die INSERM Entscheidung des französischen Tribunal des Conflits, Zeitschrift für Schiedsverfahren - SchiedsVZ, 2/2011., str. 80.-81.

¹⁰ Niggemann, Friedrich, Schiedsgerichtsbarkeit und Verwaltungsrecht in Frankreich - ein offener Konflikt zwischen den französischen Gerichten, SchiedsVZ, 4/2017., str. 177.

toga *Ryanair* je zatražio ovrhu arbitražnog pravorijeka u Francuskoj, koju je odredio Visoki sud u Parizu. Protiv te odluke *SMAC* je podnio žalbu i istovremeno pozvao Državni savjet, najviši upravni sud u Francuskoj, da ukine arbitražni pravorijek i *Ryanair* osudi na naknadu štete za koju je *SMAC* smatrao da ju je pretrpio zbog neovlaštenog otkaza ugovora. U odluci Državnog savjeta¹¹ utvrđeno je da su upravni sudovi nadležni odlučivati u povodu pravnog lijeka protiv arbitražnog pravorijeka donesenog u Francuskoj, ako je riječ o javnopravnim zahtjevima, u okviru kojih treba preispitati suglasnost toga pravorijeka s prisilnim propisima francuskog upravnog prava, ali da u slučaju u kojemu je riječ o stranom arbitražnom pravorijeku francuski upravni sudovi nisu nadležni. Zbog toga se Državni savjet oglasio nenadležnim. Međutim Državni savjet utvrdio je da su upravni sudovi nadležni za izdavanje potvrde ovršnosti te da neće odrediti ovrhu ako bi odluka bila protivna javnom poretku. Pozivajući se na navedenu odluku, žalbeni sud u Parizu oglasio se nenadležnim. Protiv te odluke *Ryanair* je podnio pravni lijek Kasacijskom sudu koji je odlučio da su za postupak egzekviture nadležni građanski sudovi. Pozivajući se na Njujoršku konvenciju,¹² istaknuo je da u okviru izdavanja potvrde ovršnosti nije moguće preispitivanje odluke u svim elementima (pravilnost činjeničnog stanja i primjena materijalnog prava) - *revision au fond*. Kasacijski sud ukinuo je odluku žalbenog suda u Parizu i vratio predmet na ponovno suđenje, a potom je pozvao *Tribunal des Conflits*. Konačno, *Tribunal des Conflits*, pridržavajući se odluke u predmetu *INSERM*, uputio je predmet upravnom sudu, jer su upravni sudovi nadležni za određivanja ovrhe arbitražnih pravorijeka u domeni javne nabave.¹³

2.3. SLUČAJ *FOSMAX*

U predmetu *FOSMAX* sporno je bilo to što je u vrijeme zaključenja ugovora *Gaz de France* bio u državnom vlasništvu, kojom je prilikom bio zaključen ugovor o izgradnji terminala za ukapljeni plin s jednim francusko-talijanskim konzorcijem. Godine 2005. *Gaz de France* je privatiziran, tako da je na njegovo mjesto s retroaktivnim učinkom u vrijeme zaklju-

¹¹ CE 19. 4. 2013., No. 352750, Syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC) c. société Ryanair, Rev. arb. 2013, 761 Anm. *Laazoui*; D. 2013, 1445 Anm. *Cassia*.

¹² Konvencija o priznanju i ovrši stranih arbitražnih pravorijeka iz 1958. (Službeni list SFRJ, MU, br. 11/81, Narodne novine, MU, br. 4/94).

¹³ Niggemann, op. cit. (bilj. 10), str. 178.

čenja ugovora stupilo društvo kći *FOSMAX*. *FOSMAX* je jednostavno dioničko društvo bez ikakvih upravnopravnih funkcija i prerogativa. 2011. iz konzorcija su istupili francuski članovi i ugovor je dopunjen arbitražnom klauzulom ICC-a¹⁴ kojom je predviđena nadležnost arbitražnog suda u Francuskoj. Odlučujući u povodu spora između *FOSMAX*-a i konzorcija, arbitražni sud je utvrdio da se radi o privatnom ugovoru. Pravorijekom je konzorcij osuđen na isplatu 68 milijuna eura *FOSMAX*-u, a *FOSMAX* na isplatu 128 milijuna eura konzorciju. Nakon toga *FOSMAX* je zatražio ukidanje arbitražnog pravorijeka od Državnog savjeta, koji je predmet prosljedio *Tribunalu des Conflits*. U svojoj odluci¹⁵ *Tribunal des Conflits* pozvao se na odluku u predmetu *INSERM*, s jednom značajnom razlikom - utvrdio je da se u prezentiranom predmetu radi o upravnom ugovoru jer se pravna priroda nekog ugovora prosuđuje s obzirom na vrijeme njegova zaključenja, neovisno o naknadnim izmjenama, do kojih je u ovom sporu nesporno došlo. Budući da ugovor koji je zaključen s konzorcijem služi ostvarivanju javnih interesa, ugovor pripada u upravnu domenu, zbog čega su za odlučivanje o pravnom lijeku protiv njega nadležni upravni sudovi. S obzirom na to da su upravni sudovi nadležni ispitati arbitražni pravorijek u postupku u povodu pravnog lijeka i u postupku u povodu određivanja ovrhe pravorijeka, postavlja se pitanje dokle sežu granice ovlasti upravnih sudova u preispitivanju arbitražnih pravorijeka.¹⁶

Nakon toga uslijedila je i odluka Državnog savjeta¹⁷ koji je utvrdio da u povodu zahtjeva za ukidanjem arbitražnog pravorijeka Državni savjet najprije preispituje valjanost zaključenog ugovora o arbitraži, odnosno primjenu pravila prema kome francuska uprava bez zakonom izriječkom određene dozvole ne može zaključiti arbitražni ugovor (čl. 2060. Građanskog zakonika). Nakon toga, kontrola Državnog savjeta proteže se i na ispitivanje suglasnosti arbitražnog pravorijeka s javnim poretkom. U okviru toga treba ispitati je li se arbitražni sud s pravom pozvao na svoju nadležnost, je li bio pravilno sastavljen od neovisnih i nepristranih arbitara, je li se pridržavao zahtjeva stranaka, je li u postupku ostvareno načelo saslušanja stranaka te je li pravorijek obrazložen. Smatra se da ispitivanje suglasnosti

¹⁴ Engl. *International Chamber of Commerce*, arbitražni sud Međunarodne trgovačke komore u Parizu.

¹⁵ TC 11. 4. 2016., No. 4043, Rev. arb. 2016, 1140 Anm. *Billemont; Laazouzi/Lemaire Cahiers arb.* 2016, 977; *Searglini JCP Chronique* 2016, 900.

¹⁶ Niggemann, op. cit. (bilj. 10), str. 179.

¹⁷ CE 9.11.2016., No. 388806; *Jurisdata Nr.* 2016-023504; Rev. arb 2017.

s javnim poretkom obuhvaća i pitanje dopuštenosti sadržaja ugovora i ispitivanje preduvjeta za zaključenje ugovora te je li arbitražni pravorijek uzeo u obzir pravila od kojih uprava ne može odstupiti, npr. od pravila o zabrani davanja bez naknade, pravila da se javne površine i zemljišta ne mogu prodavati, pravila o zabrani odricanja od povlastica koje upravi pripadaju zbog javnog interesa i, konačno, prisilne propise europskog prava. Ako bi ovakvo preispitivanje dovelo do ukidanja pravorijeka zato što u navedenim slučajevima uprava ne može zaključiti arbitražni ugovor, Državni savjet mogao bi predmet prosljediti nadležnom upravnom sudu ili sam o njemu odlučiti. O predmetu može odlučiti sam jedino ako su se stranke u postupku pred Državnim savjetom o tome suglasile.¹⁸

U konkretnom slučaju arbitražni sud zauzeo je drugačije stajalište o tome kakva je pravna priroda ugovora u povodu kojeg je došlo do spora između stranaka. Ipak, Državni savjet našao je da zbog toga što je arbitražni sud utvrdio da se radi o privatnom ugovoru, to ne znači da postoji razlog za ukidanje arbitražnog pravorijeka. S druge strane, tijekom ispitivanja je li arbitražni ugovor u suglasnosti s javnim poretkom, koji obuhvaća i prisilne propise francuskog upravnog prava, pa i određene povlastice koja uprava ima (*droits exorbitants*), arbitraži sud našao je da je zahtjev za naknadu društva kćeri protivan ugovoru, jer su ugovorne odredbe izriječkom dopuštale njegovo postavljanje tek ako bi ugovor prije toga bio (djelomično) otkazan. Međutim, francuski su sudovi ocijenili da su te ugovorne odredbe protivne načelima francuskog upravnog prava, jer uprava može u javnom interesu radi ubrzanja ostvarivanja cilja koji namjerava ostvariti, nakon opomene i obavijesti postaviti zahtjev za naknadu i bez prethodnog otkazivanja ugovora. Primjena toga načela je nužna. S obzirom na to da je arbitražni sud prednost dao ugovornim odredbama, umjesto da je upravi omogućio ostvarivanje njezinih prava, povrijedio je prisilne propise upravnog prava. Zbog toga je u dijelu pravorijeka kojim je odlučeno na navedeni način pravorijek arbitražnog suda ukinut.¹⁹

2.4. SLUČAJ *BROADBAND PACIFIC*

Odluka Državnog savjeta u ovom predmetu²⁰ zanimljiva je zbog toga što je riječ o sporu koji je proizašao iz ugovora o telefonskoj i internetskoj

¹⁸ Niggemann, op. cit. (bilj. 10), str. 179.

¹⁹ Ibid.

²⁰ CE 23.12.2015, *Bizard/de Kersauson Cahiers arb.* 2016, 429.

koncesiji u francuskim područjima Pacifika. Ugovor o koncesiji sadržavao je arbitražnu klauzulu, a nakon nastanka spora proveden je arbitražni postupak u kojem je upravno tijelo osuđeno. Državni savjet je u povodu pravnog lijeka koji je podnesen odlučio da se arbitražni ugovor ne temelji na zakonu i da pravorijek zbog toga treba ukinuti. Ključno u procesnom smislu bilo je da je upravno tijelo sudjelovalo u arbitražnom postupku, iako nije prigovorilo valjanosti arbitražnog ugovora, čime je počinjena povreda načela *estoppel* ili *venire contra factum proprium*, dakle načela prema kojemu se stranke ne mogu ponašati protivno svom prijašnjem ponašanju.

2.5. ZAKLJUČNO

Analizom prezentiranih odluka može se doći do sljedećih zaključaka. Prije svega, u francuskoj je teoriji i praksi bilo sporno koji su sudovi ili druga tijela ovlašteni odlučivati u povodu pravnih lijekova protiv arbitražnih pravorijeka kojima je odlučeno o upravnim stvarima. Iz prve analizirane odluke donesene u predmetu *INSERM* proizlazi da su građanski sudovi nadležni odlučivati o pravnom sredstvu protiv arbitražnog pravorijeka, osim ako se ne radi o pravnom sredstvu kojim se osporava suglasnost arbitražnog pravorijeka s prisilnim propisima francuskog javnog prava, u kojem su slučaju nadležni upravni sudovi. Međutim, kada je riječ o postupku ovrhe pravorijeka, o pravnom sredstvu ovlašteni su - prema stajalištu *Tribunal des Conflits* izraženom u predmetu *SMAC v. Ryanair* - odlučivati upravni sudovi ako se radi o predmetu iz područja javne nabave. Da su granice ispitivanja arbitražnog pravorijeka u povodu pravnog lijeka protiv odluke arbitražnog suda postavljene predaleko, proizlazi iz predmeta *FOSMAX*, u kojem je suglasnost pravorijeka s prisilnim odredbama francuskog prava obuhvaćala čak i povlastice koje ima uprava, zbog čijeg je neostvarivanja pravorijek ukinut. Konačno, procesnopravni aspekti postupanja jedne od stranaka u postupku koji se vodio pred arbitražnim sudom, u kojemu javnopravna stranka, protivno svom prijašnjem ponašanju, nije osporila valjanost zaključenog ugovora, čime je povrijeđen princip *venire contra factum proprium*, zbog čega je arbitražni pravorijek bio ukinut kao protivan pravu, upućuje na opasnu pravnu nesigurnost u rješavanju upravnih stvari arbitražom u Francuskoj. Tome pridonosi i vrlo složen sustav nadležnosti sudova ovlaštenih odlučivati o pravnim sredstvima protiv arbitražnih pravorijeka, odnosno ovlaštenih odlučivati o njihovoj ovrši.

U svim se navedenim slučajevima - neovisno o tome je li mjesto arbitraže u Francuskoj ili inozemstvu, neovisno o tome je li zahtjev za ispitivanjem odluke usmjeren na njezino ukidanje ili određivanje ovrhe, neovisno o tome radi li se o domaćem ili inozemnom pravorijeku - arbitražni pravorijek ispitivao u punom opsegu. Iako prezentirana sudska praksa pokazuje da je cilj provedene kontrole pravorijeka u upravnim stvarima bio osiguranje zakonitosti rada uprave, ta kontrola ne smije biti takva da dovodi do povrede prava drugog ugovornog partnera, jer će se tražitelji prava izgubiti u sporovima o nadležnosti, o kojima ovisi ostvarivanje njihovih prava.²¹

Iz prikazanih slučajeva proizlazi da je u francuskom pravu arbitraža prihvaćena kao medij za rješavanje sporova iz ugovora u kojima, s jedne strane, sudjeluje javnopravni subjekt, a, s druge strane, privatnopravna osoba, ali da mogućnost i razlozi preispitivanja donesenih pravorijeka ovise o spornim pitanjima koja je arbitražni sud trebao riješiti - je li riječ o pitanjima koja zadiru u domenu javnog poretka ili se tiču privatnopravne dimenzije ugovora.

3. PORTUGAL - RJEŠAVANJE POREZNIH STVARI ARBITRAŽOM

Dana 22. veljače 2002. portugalski je parlament donio Zakon br. 15/2002 koji je propisao arbitražu kao alternativni oblik rješavanja sporova u upravnim stvarima. Člankom 180. tog Zakona propisano je da je arbitraža kao mehanizam rješavanja sporova dopuštena u ugovorima između privatnih (fizičkih i pravnih osoba) i bilo kojeg tijela portugalske vlade, kod izvanugovorne odgovornosti javnih tijela, valjanosti upravnih odluka i ugovora o radu u javnim službama. Portugalska javna tijela nisu bila obvezna prihvatiti arbitražu kao način rješavanja spora, već su prema čl. 187. st. 2. bila ovlaštena odrediti vrstu spora i vrijednost u okviru kojih će prihvatiti arbitražu. Portugalsko Ministarstvo pravosuđa potaknulo je 2009. kreiranje Centra za administrativnu arbitražu u Portugalu²² (CAAD), arbitražnog sudišta za rješavanje upravnih stvari. Slijedeći mogućnost fleksibilnog određivanja vrijednosti spora u kojem će se odlučivati arbitražom, Ministarstvo kulture prihvatilo je arbitražu u sporovima do 15 milijuna eura, a Politehnički institut u Coimbri odredio je maksimalnu vrijednost

²¹ Cf. *ibid.*, str. 182.

²² *Centro de Arbitragem Administrativa*.

do 20.000 eura u sporovima intelektualnog vlasništva i 5.000 eura u ostalim vrstama sporova.²³

S obzirom na to da je portugalski sustav u rješavanja poreznih stvari bio često predmet kritika zbog sporosti, 2011. je novim poreznim zakonom strankama omogućeno da izaberu arbitražu kao oblik rješavanja poreznih stvari. Arbitražni sud u poreznim stvarima nije strukturiran kao trgovačka arbitraža jer svoje postojanje ne temelji isključivo na suglasnoj volji stranaka. Suprotno tome, arbitraža u poreznim stvarima u Portugalu temelji se na stalnoj ponudi portugalske Vlade svakome poreznom obvezniku da je prihvati kao oblik rješavanja tih stvari. Prihvatajući arbitražu kao način rješavanja spora, porezni obveznik gubi pravo obratiti se poreznom sudu. Prednosti koje arbitraža u poreznim stvarima ima su brzina odlučivanja i iskustvo arbitara - razuman stupanj prakse i iskustva. U pravilu se samo odvjetnici s više od deset godina iskustva u poreznom pravu nalaze na listi arbitara CAAD-a. Arbitražni sud može biti u sastavu od jednog ili trojice arbitara. Za sporove čija vrijednost ne prelazi iznos od 60.000 eura ili ako porezni obveznik nije izabrao arbitra, nadležan je arbitar pojedinac. Njega će uvijek imenovati Etičko vijeće CAAD-a s liste koja obuhvaća oko 220 arbitara. Ako vrijednost porezne stvari iznosi više od 60.000 eura, u sporu odlučuje vijeće sastavljeno od trojice arbitara. Svaka stranka bira arbitra, koji pak biraju predsjednika vijeća. Ako se arbitri ne mogu suglasiti o izboru predsjednika vijeća, izabrat će ga Etičko vijeće CAAD-a.²⁴

Specifičnosti su ove arbitraže da je pristojba koju stranka plaća viša ako u postupku sudjeluje arbitar kojeg je stranka izabrala, zatim da arbitri u poreznim stvarima, osim što moraju biti neovisni i nepristrani, moraju čuvati poreznu tajnu kao i službenici u poreznoj službi. Pored toga, arbitražni sud u poreznim stvarima nije ovlašten odlučivati na temelju pravičnosti, već samo na temelju zakona. Konačno, unatoč tome što se arbitražni sud u pravilu ne kvalificira kao sud ili tribunal države članice u smislu čl. 267. Ugovora o funkcioniranju Europske unije²⁵ 2014. godine, Sud Europske unije u predmetu *Ascendi* odlučio je da je u poreznim stvarima

²³ Müller, Werner; Henriques, Duarte, G., Tax Arbitration in Portugal, *SchiedsVZ* 6/2016, str. 318.-319.

²⁴ Cf. *ibid.*, 320.

²⁵ Pročišćene verzije Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o funkcioniranju Europske unije (2016/C, 202/01 od 7. lipnja 2016.).

arbitražni sud ustanovljen na temelju pravila CAAD-a sud ili tribunal u smislu te odredbe Ugovora o funkcioniranju Europske unije.^{26,27}

4. NJEMAČKA - PRAVA ILI NEPRAVA ARBITRAŽA

U njemačkoj pravnoj teoriji problem koji se veže uz arbitražu u upravnim stvarima polazi od razlikovanja prave (*echte Schiedsgerichtsbarkeit*) i neprave arbitraže (*unechte Schiedsgerichtsbarkeit*). Ključno je u tom smislu da se prava arbitraža temelji na volji stranaka da određenu pravnu stvar umjesto suda konačno riješi arbitražni sud, dok neprava arbitraža osnovu za rješavanje spora u arbitražnom postupku izvodi iz zakona. Pripada li neprava arbitraža judikativi ili egzekutivi, ovisit će o tome imaju li stranke mogućnost izbora arbitra i o njegovoj neovisnosti. Ako je riječ o stvarno neovisnom arbitru, neprava arbitraža pripada judikativi. S druge strane, ako arbitar nije neovisan, neprava arbitraža posredno ili neposredno pripada egzekutivi. U tom slučaju, strankama, kao i u drugim slučajevima kada odlučuju upravna tijela, na raspolaganju stoji sudski put pravne zaštite.²⁸

4.1. PRAVA ARBITRAŽA

Prava arbitraža u upravnim stvarima u Njemačkoj vrlo je rijetka. Unatoč tome, bilježi se nekoliko zanimljivijih slučajeva u vezi s kojima se postavlja niz, za privatnopravnu arbitražu netipičnih, pitanja. Jedan od tih slučajeva je spor između Savezne Republike Njemačke i poduzetnika sustava cestarina kamiona *Toll Collect*, u kojemu je Viši upravni sud (*Oberverwaltungsgericht*; OVG Berlin) fingirao kao arbitražni sud u okviru ugovora između saveza i zemalja (pokrajina) o uspostavi i financiranju Instituta za građevnu tehniku i odlučivao o pojedinim aspektima financiranja. Svakako je neobično da državni sud može biti arbitražni sud, što je izraz povjerenja u upravne sudove i skepse prema privatnim arbitražnim sudovima. Ono što je iznimno bitno napomenuti jest to da državni sud (OVG Berlin) nije nastupao kao državni sud, već je ovlast da odlučuje u

²⁶ Sud Europske unije tu je odluku donio na temelju kriterija permanentnosti, obvezatnosti i primjene zakona. Tako je Sud zaključio da je portugalski arbitražni sud za razliku od drugih arbitražnih sudova permanentan, da s obzirom na to da porezni obveznik iznosi svoj spor pred porezni arbitražni sud, on ima obveznu jurisdikciju te da u svom radu odluke donosi na temelju zakona, dok je donošenje odluke na temelju pravičnosti zabranjeno.

²⁷ Opširnije vidi Zunić Kovačević, Nataša, Upravnosudska kontrola u poreznim stvarima, *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 53, 1/2016., str. 290.-293.

²⁸ Stumpf, op. cit. (bilj. 3), str. 19.-20.

toj stvari crpio iz sporazuma stranaka. Dakle, radilo se o pravoj arbitraži. Drugi arbitražni postupak u kojem su se rješavale upravne stvari, a koji se ne svrstava u pravu arbitražu, odnosio se na spor između opskrbljivača energije *Vattenfalla* i hamburškog tijela nadležnog za razvoj grada i okoliš radi pribavljanja dozvole za izgradnju termoelektrane na kruto gorivo (ugljen), u povodu kojeg se, paralelno s postupkom koji se vodio pred višim upravnim sudom, provodio arbitražni postupak, koji je vodio međunarodni investicijski sud. Nadležnost arbitražnog suda u tom slučaju temeljila se na čl. 26. st. 3. Ugovora o energetskej povelji (Ugovor), multilateralnom sporazumu čija je svrha bila zaštita investicija u energetskom sektoru. Kao međunarodni sporazum, Ugovor je u Njemačkoj imao položaj običnog zakona, a omogućavao je investitorima pravnu zaštitu zbog povreda ugovorom preuzetih obveza pred državnim sudom, arbitražnim sudom ili kumulativno pred oba foruma. U ovom slučaju bitno je različito u odnosu na pravu arbitražu da za zasnivanje nadležnosti međunarodnog arbitražnog suda nije bila potrebna arbitražna klauzula, kojom bi stranke utvrdile njegovu nadležnost, već se arbitražni sporazum smatrao zaključnim ratificiranjem Ugovora od strane Njemačke.²⁹

4.2. NEPRAVA ARBITRAŽA

Neprava arbitraža, arbitraža koja nadležnost arbitražnog suda za postupanje u konkretnoj stvari ne temelji na sporazumu stranaka, već na zakonskom aktu, primjenjuje se u socijalnom pravu. Značenje takvih sudova imaju tzv. "arbitražna mjesta" (*Schiedsstelle*) za osiguranje njege prema § 76. Zakonika o socijalnim pravima XI,³⁰ koja odlučuju o pravu na socijalnu pomoć prema § 80. SGB XII,³¹ ali i o sporovima o visini naknade za nositelje socijalne pomoći. Konačno, tu dolaze u obzir i "arbitražna

²⁹ Möller, Kaspar Henrik, *Echte Schiedsgerichtsbarkeit im Verwaltungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014., str. 31.-32.

³⁰ Sozialgesetzbuch, Elftes Buch; Soziale Pflegeversicherung v 26. 5. 1994 (BGBl I S. 1014, 1015), das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 18. 7. 2017 (BGBl. I S. 2757) geändert worden ist, u daljnjem tekstu: SGB XI. Prema § 76. SGB-a, arbitražna mjesta sastavljena su od predstavnika fondova za njegu i predstavnika ustanova za njegu u jednakom broju, nestranačkog predsjednika vijeća i još dva nestranačka člana (st. 2.), a pravni nadzor nad njihovim radom obnavlja zemaljsko tijelo (st. 4.).

³¹ Sozialgesetzbuch, Zwölftes Buch; Sozialhilfe v 27. 12. 2003 (BGBl I S. 3022, 3023), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 10. 7. 2018 (BGBl. I S. 1117) geändert worden ist, u daljnjem tekstu: SGB XII.

mjesta" prema Zakonu o financiranju bolnica³² koja prema § 18.a odlučuju o stopama za njegu. Već iz same terminologije koju navedeni zakoni primjenjuju ("arbitražna mjesta") jasno je da se kod tih socijalnopravnih institucija ne radi o pravoj arbitraži, jer one svoje postojanje ne temelje na sporazumu stranka, već na zakonskom aktu. Unatoč tome što one nisu vezane uputama, arbitražna mjesta nisu neovisna jer podliježu kontroli zemaljskih tijela, a protiv njihovih je odluka otvoren put upravnopravne zaštite. Ovakva arbitražna mjesta zapravo su upravna tijela u smislu § 1. st. 4. VwVfG-a.³³ Zbog toga su ona modalitet, a ne supstitut državnog odlučivanja u sporovima.³⁴

Osim u propisima o socijalnom pravu, u javnom se pravu pronalaze i pojedinačne odredbe o arbitražnim sudovima prema § 83. Zakona o zdravlju životinja,³⁵ § 25. Zakona o uzgoju stoke,³⁶ § 38.a Zakona o imovini,³⁷ § 66.a Zakona o usklađivanju poljoprivrede.³⁸ Upućivanje na rješavanje sporova arbitražom prema tim odredbama, za razliku od onih koje su propisane pravilima socijalnog prava, nemaju obvezujući karakter. Stoga je pokretanje arbitražnog postupka prepušteno dispoziciji stranaka. One su ovlaštene, u slučaju daljnjeg spora, ponovo se obratiti sudovima. Zbog toga je riječ o odredbama deklaratorne naravi, koje ovlasti arbitražnih sudova u upravnim stvarima ne proširuju, pri čemu je njihova uloga u praktičnom smislu gotovo zanemariva.³⁹

³² Krankenhausfinanzierungsgesetz idF der Bekanntmachung vom 10. 4. 1991 (BGBl. I S. 886), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 17. 7. 2017 (BGBl. I S. 2581) geändert worden ist, u daljnjem tekstu: KHG.

³³ Prema § 1. st. 4. VwVfG-a tijelo u smislu ovog zakona je svako tijelo koje obavlja zadaće javne uprave.

³⁴ Möller, op. cit. (bilj. 29), str. 33.

³⁵ Tiergesundheitsgesetz v 22. 5. 2013 (BGBl. I S. 1324), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 14. 11. 2018 (BGBl. I S. 1850) geändert worden ist, u daljnjem tekstu: TierGesG.

³⁶ Tierzuchtgesetz vom 21. 12. 2006 (BGBl. I S. 3294), das zuletzt durch Artikel 132 des Gesetzes vom 29. 3. 2017 (BGBl. I S. 626) geändert worden ist, u daljnjem tekstu: TierZG.

³⁷ Vermögensgesetz idF der Bekanntmachung vom 9. 2. 2005 (BGBl. I S. 205), das zuletzt durch Artikel 17 des Gesetzes vom 21. 11. 2016 (BGBl. I S. 2591) geändert worden ist.

³⁸ Landwirtschaftsanpassungsgesetz idF der Bekanntmachung vom 3. 7. 1991 (BGBl. I S. 1418), das zuletzt durch Artikel 40 des Gesetzes vom 23. 7. 2013 (BGBl. I S. 2586, 2708) geändert worden ist.

³⁹ Möller, op. cit. (bilj. 29), str. 34.

4.3. PRAVNO UREĐENJE ARBITRAŽE U UPRAVNIM STVARIMA U NJEMAČKOJ

Razgraničenje arbitraže u upravnim stvarima od arbitraže u privatno-pravnim stvarima u njemačkom pravu nije samo pitanje pravnog puta u smislu § 40. st. 1. Zakonika o upravnim sudovima,⁴⁰ već i materijalnog razgraničenja između javnog i privatnog prava. Iako se razgraničenje pokušava provesti primjenom različitih kriterija - interesa, odnosa između stranaka i subjekata te teorija koje se na njima grade, nijedan od navedenih kriterija nije besprijekoran. Tako se teoriji interesa koja se temelji na razlikovanju javnog interesa koji je dominantan u javnom pravu i privatnog interesa, dominantnog u privatnom pravu, može prigovoriti da pravna pravila često služe ne samo ostvarenju privatnih već i javnih interesa, i obrnuto. To pravilo vrijedi i u slučaju u kojemu je riječ o arbitraži u upravnim stvarima u kojima se i javni i privatni interes isprepleću. Prema teoriji subordinacije, pravna pravila će se kvalificirati kao dio javnog prava kada uređuju odnose između podređenih i nadređenih. I toj se teoriji prigovara da se pojedini privatnopravni odnosi mogu temeljiti na odnosima podređenosti i nadređenosti, kao što su primjerice obiteljski i radni odnosi. Posebno se problematiziraju situacije kada do spora može doći između različitih nositelja javnopravnih ovlasti, pogotovo ako bi o tim stvarima trebalo odlučivati u arbitraži. Konačno, prema teoriji subjekta, obilježja pojedinih pravnih pravila (javnopravni ili privatnopravni karakter) određuju se na temelju subjekata koji u pravnim odnosima sudjeluju. Dakle, ako su pravna pravila adresirana na državu i čine njezina posebna prava, riječ je o javnom pravu. Ako se pak pravna pravila odnose na sve, što može biti i država, mogu se kvalificirati kao privatnopravna.⁴¹

U Njemačkoj zakonsku osnovu za arbitražu u upravnim stvarima čine odredbe VwGO-a i dZPO-a. § 173. VwGO-a propisuje da se, ako sam zakon nema posebnih odredbi o postupku, na odgovarajući način primjenjuju

⁴⁰ Verwaltungsgerichtsordnung idF der Bekanntmachung vom 19. 3. 1991 (BGBl. I S. 686), die zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 12. 7. 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist, u daljnjem tekstu: VwGO. Prema § 40. st. 1. VwGO-a u upravni put pravne zaštite pripadaju svi javnopravni sporovi koji nisu ustavnopravnog sadržaja, osim ako za te sporove nije saveznim zakonom izrijekom određeno da pripadaju u nadležnost nekog drugog suda. Javnopravni sporovi iz područja zemaljskog prava mogu se zemaljskim pravom dodijeliti u nadležnost nekog drugog suda.

⁴¹ Stumpf, op. cit. (bilj. 3), str. 23.-27.

pravila Zakonika o sudovima⁴² i dZPO-a zaključno s odredbama § 278. st. 5. i § 278., ako temeljne razlike između obaju postupovnih modela to ne isključuju. Kada se radi o sudjelovanju suda u arbitražnom postupku u smislu § 1062. dZPO-a,⁴³ nadležan je upravni sud, a o pravnom lijeku protiv te odluke sukladno § 1065. dZPO-a odlučuje viši upravni sud. Svakako je zanimljivo da je zakonodavac u odredbama VwGO-a uredio pitanja nadležnosti upravnih sudova i višeg upravnog suda u arbitražnom postupku u upravnim stvarima i na taj način isključio odredbe o nadležnosti koje inače za arbitražni postupak uređuje dZPO. Međutim, time nisu isključene druge odredbe dZPO-a o arbitraži (10. knjiga) te će se one na odgovarajući način primjenjivati u arbitraži u upravnim stvarima, s tim da će u slučajevima u kojima postoji nadležnost sudova, umjesto građanskih sudova biti nadležni upravni i viši upravni sudovi. S obzirom na to da su prema § 1030. st. 1. dZPO-a objektivno arbitrabilni imovinskopravni zahtjevi, u arbitražama u upravnim stvarima moglo bi se odlučivati o imovinskopravnim zahtjevima koji proizlaze iz zahtjeva za naknadu štete koju su počinili država ili njezina tijela, restitucijskim zahtjevima i zahtjevima za gašenje zaštitnog znaka, koji istovremeno pripadaju privrednom trgovačkom pravu (*Wirtschaftsverwaltungsrecht*).⁴⁴

Prema § 1030. st. 2. dZPO-a i neimovinski sporovi mogu biti predmet arbitraže, ako su stranke ovlaštene o tome zaključiti nagodbu. Time se implicira zaključak da stranke moraju biti materijalnim pravom ovlaštene na zaključenje sudske nagodbe. Ali ako se zaključenjem nagodbe dira u prava trećih ili općenito svih koji nisu sudjelovali u njezinu zaključenju, radi se o nearbitrabilnoj stvari. Ipak, moguće je da u zaključenju nagodbe sudjeluje više osoba ili da se valjanost neke nagodbe veže uz suglasnost trećeg, čijih se prava zaključenje nagodbe tiče.

⁴² Gerichtsverfassungsgesetz idF der Bekanntmachung vom 9. 5. 1975 (BGBl. I S. 1077), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 12. 7. 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist, u daljnjem tekstu: GVG.

⁴³ § 1062. ZPO-a propisuje nadležnost viših zemaljskih sudova u arbitražom postupku primjerice za imenovanje arbitra, izuzeće ili isključenje, utvrđenje dopuštenosti ili nedopuštenosti arbitražnog postupka, odlučivanje u povodu odluke arbitražnog suda o njegovoj nadležnosti, odluci o privremenim mjerama i sl.

⁴⁴ Stumpf, op. cit. (bilj. 3), str. 58.

Zakon o upravnom postupku⁴⁵ u §§ 54. i 55. propisuje opće pretpostavke za dopuštenost zaključenja javnopravnih ugovora (*öffentlich-rechtlicher Vertrag*). Tako pravni odnos u domeni upravnog prava može nastati, promijeniti se ili prestati (javnopravni ugovor), osim ako to nije protivno drugim propisima. Osobito, uprava može umjesto donošenja upravnog akta zaključiti javnopravni ugovor s osobom u odnosu na koju bi se inače donosio upravni akt. Osim toga, upravno tijelo može sa strankom zaključiti nagodbu, ako smatra da je to svrsishodno. Istovremeno, VwVfG propisuje i kada će se javnopravni ugovor smatrati ništetnim (§ 59.). U ovim odnosima ključno je da se pravima ne može raspolagati ako su njima tangirana i prava trećih. Naime, da bi se predmet u tom slučaju iznio pred arbitražu, bit će potreban i pristanak osobe čija su prava tangirana vođenjem postupka. Primjerice, ako spor o izdavanju građevinske dozvole postoji između upravnog tijela i vlasnika nekog građevinskog zemljišta, koji su odlučili svoj spor iznijeti pred arbitražu, a da pritom nisu uzeli u obzir da građevinska dozvola tangira interese trećega (vlasnika susjedne nekretnine), iako on nije dao svoj pristanak za izgradnju na tom zemljištu. Takve sporne upravne stvari nisu prikladne za zaključenje nagodbe (samo između nekih), kao ni za provođenje arbitraže.⁴⁶

Pored naglašenog javnog interesa koji je sveprisutan u arbitraži u upravnim stvarima, postoje i neki drugi problemi koji iziskuju da se barem iznesu. Jedan od njih je kako osigurati transparentnost postupanja javne uprave i njezine kontrole u arbitražnom postupku, koji se odvija “iza zatvorenih vrata”, dakle kako spojiti ta dva, potpuno suprotna postulata - načelo javnosti i načelo povjerljivosti. Bitan motiv stranaka koje ugovaraju arbitražu u pravilu je, pored vremena odlučivanja i kvalitete odluka, izbjegavanje javnosti u sudskom postupku. S druge strane, publicitetna funkcija u sudskom postupku ostvaruje različite ustavnopravno indicirane funkcije. Tako transparentnost treba osigurati objektivnost pravosuđenja i visoku kvalitetu odlučivanja. Treba spriječiti sud da bez ikakve kontrole javnosti donosi neutemeljene odluke. Istovremeno, načelo javnosti služi ostvarenju načela neovisnosti suca od prevelikog utjecaja države i spriječiti tajno pravosuđe. Na taj način ostvarenje načela javnosti, osim što štiti same stranke, ostvaruje i opće društvene ciljeve. Zbog toga sudionici u

⁴⁵ *Verwaltungsverfahrensgesetz* idF der Bekanntmachung vom 23. 1. 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 11 Absatz 2 des Gesetzes vom 18. 7. 2017 (BGBl. I S. 2745) geändert worden ist, u daljnjem tekstu: VwVfG.

⁴⁶ Stumpf, op. cit. (bilj. 3), str. 62.-63.

postupku njime ne mogu disponirati. Njemački savezni sud (*Bundesverfassungsgericht*) o ovoj je problematici zauzeo stajalište prema kojem načelo javnosti nema ustavnopravni rang, već ima poziciju obične zakonske procesne maksime.⁴⁷ U skladu s tim, na formalnoj razini može se zaključiti da ugovaranje arbitraže u upravnim stvarima nije protivno ustavu, s obzirom na rang koji ima, jer je uređeno jednostavnim zakonom. Osim toga, treba istaknuti da je načelo javnosti ustanovljeno kako bi se provela kontrola državnih sudova, zbog čega se zaštita tog načela ne proteže i na privatne sudove, odnosno arbitražu. Stoga, ako su stranke svojom voljom derogirale nadležnost državnih sudova i prorogirale nadležnost arbitražnih sudova te ako je takva opcija utemeljena na zakonu, arbitraža u upravnim stvarima nije isključena zbog neostvarivanja načela javnosti.⁴⁸

5. ARBITRAŽNO RJEŠAVANJE UPRAVNIH STVARI U REPUBLICI HRVATSKOJ

5.1. OPĆENITO

U Republici Hrvatskoj stranke mogu ugovoriti domaću arbitražu za rješavanje sporova o pravima kojima mogu slobodno raspolagati (čl. 3. st. 1. ZA-a).⁴⁹ U sporovima s međunarodnim obilježjem stranke mogu ugovoriti i arbitražu čije je mjesto izvan područja Republike Hrvatske, osim ako posebnim zakonom nije propisano da takav spor može rješavati samo sud u Republici Hrvatskoj (čl. 3. st. 2. ZA-a). Stranke se mogu sporazumjeti o tome da sporove iz stavka 1. ovog članka iznesu pred arbitražni sud bez obzira na to organizira li njegovo djelovanje arbitražna ustanova ili ne (čl. 3. st. 3. ZA-a).

Prema navedenim odredbama ZA-a, dvije su osnovne pretpostavke za ugovaranje arbitraže. Prva je od njih da se treba raditi o sporovima o pravima kojima stranke mogu slobodno raspolagati, a druga da su se stranke sporazumjele, posebnom klauzulom u glavnom ugovoru ili posebnim ugovorom (*arg. iz čl. 6. ZA-a*), da rješavanje određenog već nastalog spora ili određenih kategorija sporova povjere na rješavanje arbitražnom sudu koji će biti osnovan pri nekoj arbitražnoj instituciji (sudištu) ili koji će, mimo takvih institucija, biti osnovan za njegovo odnosno njihovo rješavanje (čl. 2. st. 1. t. 3. i 4. ZA-a).

⁴⁷ BVerfGE 4, 74 (94), 15, 303 (307), 103 (307); 103, 44 (63).

⁴⁸ Möller, op. cit. (bilj. 29), str. 87.-90.

⁴⁹ Zakon o arbitraži (Narodne novine, br. 88/01), u daljnjem tekstu: ZA.

Kad je riječ o arbitrabilnosti, zahtjev da mora biti riječ o sporu o pravima kojima stranke mogu slobodno raspolagati treba shvatiti u smislu da treba biti riječ o sporu o pravima kojim stranke u načelu mogu slobodno raspolagati - u granicama što ih tome postavljaju prisilni propisi,⁵⁰ zapravo takvi propisi koji se mogu smatrati propisima hrvatskog javnog poretka. Tome u prilog govori odredba prema kojoj se domaći arbitražni pravorijek može poništiti zato što je u suprotnosti s hrvatskim javnim poretkom (čl. 36. st. 2. t. 2.b), ali i odredba prema kojoj sud neće odobriti ovrhu domaćeg ili stranog pravorijeka ako utvrdi da je u suprotnosti s hrvatskim javnim poretkom (*arg. iz* čl. 39. st. 1., čl. 40. st. 2. ZA-a).

Zakonska odredba kojom bi bila utvrđena isključiva (nederogabilna) nadležnost suda ili upravnog tijela za rješavanje neke pravne stvari svakako bi isključivala mogućnost ugovaranja arbitraže. To bi vrijedilo i za pravne odnose koji bi bili dominantno prisilnopravnog karaktera, u kojima bi dostupibilna komponenta bila zanemariva.

U načelu bi arbitrabilne bile pravne stvari u kojima bi se mogao sklopiti upravni ugovor, ali i pravne stvari u kojima bi se stranke mogle nagoditi pred upravnim tijelom ili pred sudom u upravnom sporu, i to stoga šta bi mogućnost sklapanja nagodbe indicirala dostupibilnu (negocijabilnu, transaktabilnu) narav pravne stvari. Na takav zaključak upućuju široko postavljene granice koje su dopuštenosti ugovaranja arbitraže utvrđene u ZA-u.⁵¹

U prilog stavu da su i upravni sporovi, uz ispunjenje navedenih uvjeta, arbitrabilni, govori i okolnost da je i u nizu posebnih zakona izrijekom utvrđena mogućnost ugovaranja arbitražnog rješavanja sporova u određenim upravnim ugovorima, npr. u koncesijskim ugovorima, ugovorima u povodu javne nabave, ugovorima o javno-privatnom partnerstvu (*v. infra ad* 5.2. do 5.4.). O mogućnosti arbitražnog rješavanja poreznih sporova *v. infra ad* 5.6.

5.2. KONCESIJSKI SPOROVI

Koncesija je pravo koje se stječe ugovorom (čl. 3. st. 1. ZK-a).⁵² Vrste koncesija su (1) koncesija za gospodarsko korištenje općeg ili

⁵⁰ Usp. Dika, Mihajlo, Dostupibilnost predmeta spora kao pretpostavka arbitrabilnosti u hrvatskom pravu, *Pravo u gospodarstvu*, 2/2005., str. 113. i slj.

⁵¹ U tom smislu i Dika. Cf. *ibid.*, str. 119.-122.

⁵² Zakon o koncesiji (Narodne novine, br. 69/17), u daljnjem tekstu: ZK.

drugog dobra, (2) koncesija za radove i (3) koncesija za usluge (čl. 3. st. 2. ZK-a).⁵³

Kad je riječ o rješavanju sporova koji nastanu ili bi mogli nastati iz ugovora o koncesiji, isključivo je nadležan mjesno nadležan upravni sud prema sjedištu davatelja koncesije (čl. 97. st. 1. ZK-a). Međutim, stranke ugovora o koncesiji rješavanje sporova koji nastanu ili bi mogli nastati iz ugovora o koncesiji mogu podvrgnuti arbitraži, osim ako to posebnim zakonom nije drukčije uređeno (čl. 97. st. 2. ZK-a). Pritom mjesto takve arbitraže mora biti na području Republike Hrvatske, a u arbitražnom postupku isključivo je mjerodavno pravo Republike Hrvatske i jezik arbitraže je hrvatski jezik. Ako je ugovor o koncesiji napisan na hrvatskom jeziku i stranom jeziku, mjerodavna je inačica na hrvatskom jeziku (čl. 97. st. 3. ZK-a).

U ugovoru o koncesiji kojim se omogućava arbitraža mora se navesti obveza prethodnog obraćanja drugoj ugovornoj strani sa zahtjevom za mirno rješenje spora koji ne može biti kraći od tri mjeseca od dana dostave zahtjeva za mirenje (čl. 97. st. 4. ZK-a).

Pravila koncesijskog arbitražnog postupka određuju se u skladu sa zakonom kojim se uređuje arbitraža (*arg. iz* čl. 97. st. 5. ZK-a).

Iz prethodno navedenih odredaba ZK-a moguće je zaključiti:

- da strane koncesijskog ugovora mogu utvrditi arbitražno rješavanje svih ili samo nekih sporova koji bi mogli nastati u vezi s tim ugovorom.

⁵³ Ugovor o koncesiji za gospodarsko korištenje općeg ili drugog dobra jest upravni ugovor, u pisanom obliku, čiji je predmet gospodarsko korištenje općeg ili drugog dobra za koje je zakonom određeno da je dobro od interesa za Republiku Hrvatsku, a koje ne predstavlja izvođenje radova čl. 3. st. 4. ZK-a odnosno pružanje i upravljanjem uslugama iz čl. 3. st. 5. ZK-a (čl. 3. st. 3. ZK-a).

Ugovor o koncesiji za radove jest upravni ugovor, u pisanom obliku, kojim se ostvaruje financijski interes, a posredstvom kojeg davatelj koncesija ili više njih povjerava izvođenje radova jednom gospodarskom subjektu ili većem broju njih čija se naknada sastoji isključivo od prava na iskorištavanje radova koji su predmet ugovora ili od tog prava i plaćanja (čl. 3. st. 4. ZK-a). Ugovor o koncesiji za usluge jest upravni ugovor, u pisanom obliku, kojim se ostvaruje financijski interes, a posredstvom kojeg davatelj koncesija ili više njih povjerava pružanje i upravljanje uslugama koje nisu izvođenje radova iz čl. 3. st. 4. ZK-a jednom gospodarskom subjektu ili većem broju njih čija se naknada sastoji isključivo od prava na iskorištavanje usluga koje su predmet ugovora ili od tog prava i plaćanja (čl. 3. st. 5. ZK-a).

Davanje koncesije za radove ili koncesije za usluge uključuje i prijenos na koncesionara operativnog rizika u iskorištavanju tih radova ili usluga, koji obuhvaća rizik potražnje ili rizik poude ili oboje. Prijenos dijela operativnog rizika podrazumijeva stvarno izlaganje promjenama na tržištu tako da bilo kakav potencijalni procijenjeni gubitak koji je pretrpio koncesionar nije simboličan i zanemariv (čl. 3. st. 6. ZK-a). Operativnim rizikom smatra se rizik izloženosti koncesionara tržišnim uvjetima na način da koncesionaru od strane davatelja koncesije nije zajamčeno da će, u normalnim uvjetima rada, posredno ili neposredno, ostvariti povrat uloženi sredstava ili troškova nastalih u izvođenju radova ili pužanju usluga koje su predmet koncesije (čl. 3. st. 7. ZK-a).

One to mogu učiniti ili tako što će u taj ugovor unijeti posebnu arbitražnu klauzulu, ili tako što će (naknadno) sklopiti poseban arbitražni ugovor, prije ili nakon što je do spora došlo (čl. 6. ZA-a);

- da mjesto takve arbitraže mora biti u Republici Hrvatskoj, što znači da za takvu arbitražu mora biti mjerodavan ZA (*arg. iz* čl. 1. al. 1., čl. 2. st. 1. t. 2. ZA-a). Pritom, takvu arbitražu može administrirati i neka arbitražna institucija sa sjedištem u inozemstvu - važno je da je mjesto arbitraže u Republici Hrvatskoj;⁵⁴

- da odredba prema kojoj "u arbitražnom postupku isključivo je mjerodavno pravo Republike Hrvatske" može biti trojako protumačena: prvo, u smislu da i mjerodavno supstancijalno i mjerodavno postupovno arbitražno pravo mora biti hrvatsko pravo, drugo, u smislu da samo arbitražno postupovno pravo treba biti hrvatsko i, treće, u smislu da samo mjerodavno supstancijalno mora biti hrvatsko. Čini se, s obzirom na inzisanje ZK-a na hrvatskom obilježju konstitutivnih sastavnica ugovora o arbitraži, da bi prvo tumačenje odgovaralo intenciji zakonodavca;

- da jezik arbitraže mora biti hrvatski;

- da pravila koncesijskog "arbitražnog postupka treba odrediti u skladu sa zakonom kojim se uređuje arbitraža", dakle u skladu sa ZA-om. Ovaj bi zahtjev morale poštovati stranke prigodom kreiranja pravila arbitražnog postupka, ali i arbitri u granicama u kojima bi na to bili ovlašteni s obzirom na sadržaj ugovora o arbitraži i, eventualno, pravila o postupku arbitražne institucije čija je nadležnost ugovorena;

- da u ugovoru o koncesiji kojim se omogućava arbitraža mora biti utvrđena "obveza prethodnog obraćanja drugoj ugovornoj strani sa zahtjevom za mirno rješenje spora koji ne može biti kraći od tri mjeseca od dana dostave zahtjeva za mirenje" (čl. 97. st. 4. ZK-a). To znači da bi se stranka koja namjerava pokrenuti arbitražni postupak, prije nego što to učini, trebala obratiti protivnoj stranci i podnijeti joj zahtjev za mirno rješenje spora, eventualno preko neke odgovarajuće institucije, npr. Centra za mirenje pri Hrvatskoj gospodarskoj komori, i čekati da protekne rok od tri mjeseca.

⁵⁴ Stranke se mogu sporazumjeti o mjestu arbitraže (čl. 19. st. 1. ZA-a). Ako takvog sporazuma nema, mjesto arbitraže odredit će arbitražni sud vodeći računa o okolnostima spora, uključujući i pogodnost određenog mjesta za stranke (čl. 19. st. 2. ZA-a). Ako mjesto arbitraže nije određeno u skladu s prethodno navedenim odredbama, smatra se da je mjesto arbitraže ono mjesto koje je u pravorijeku označeno kao mjesto njegovog donošenja (čl. 19. st. 3. ZA-a). Ako se stranke o tome nisu drukčije sporazumjele, neovisno s prethodnim odredbama, arbitražni sud može se radi savjetovanja između svojih članova, saslušanja svjedoka, vještaka ili stranaka, radi pregleda robe ili isprava sastajati u bilo kome mjestu koje smatra prikladnim (čl. 19. st. 4. ZA-a).

O tome hoće li odredbe o arbitraži u ugovoru biti u skladu s navedenim zahtjevima ZA-a ovisila bi njegova pravna valjanost. Treba, naime, uzeti da su zahtjevi iz čl. 97. ZK-a u pogledu sadržaja ugovora o arbitraži postavljeni u javnom interesu i da čine sastavni dio hrvatskog javnog poretka. Ipak, iako bi, strogo po ZK-u, obveza prethodnog pokušaja mirnog rješenja spora morala biti ugrađena u ugovor o koncesiji, ako to ne bi bilo učinjeno, zakonski bi zahtjev bio ispunjen ako bi stranka koja namjerava pokrenuti arbitražni postupak prije nego što bi to učinila pozvala protivnu stranku da pokušaju mirno riješiti spor - u roku od tri mjeseca. Samo zato što ugovor o koncesiji koji ne bi sadržavao takvu odredbu ostale odredbe o arbitraži u tom ugovoru ne bi smjele izgubiti svoju pravnu relevantnost. Čini se pretjeranim zahtjev u pogledu jezika arbitraže, osobito u slučajevima u kojima se međunarodni tenderi raspisuju na stranim jezicima.

Mjerodavnost odredaba ZK-a o arbitraži ovisila bi i o tome bi li nekim multilateralnim ili bilateralnim sporazumom bilo što drugo predviđeno. Trebalo bi zapravo od slučaja do slučaja istražiti odnos navedenih odredaba ZK-a i odredaba pojedinih od tih sporazuma.

5.3. SPOROVI IZ UGOVORA O JAVNO-PRIVATNOM PARTNERSTVU

Javno-privatno partnerstvo (JPP), definirano Zakonom o javno-privatnom partnerstvu,⁵⁵ dugoročan je ugovorni odnos između javnog i privatnog partnera predmet kojeg je izgradnja i/ili rekonstrukcija i održavanje javne građevine, u svrhu pružanja javnih usluga iz okvira nadležnosti javnog partnera (čl. 2. st. 1. ZJPP-a). Ugovorno javno-privatno partnerstvo je model JPP-a u kojem se međusobni odnos javnog partnera i društva posebne namjene uređuje ugovorom o javno-privatnom partnerstvu (čl. 2. st. 4. ZJPP-a). Statusno javno-privatno partnerstvo je model JPP-a temeljen na članskom odnosu između javnog partnera i privatnog partnera u zajedničkom trgovačkom društvu, koje je nositelj provedbe projekta JPP-a (čl. 2. st. 5. ZJPP-a). Radi provedbe projekta JPP-a, javni i privatni partner sklapaju ugovor o JPP-u kojim uređuju međusobna prava i obveze (čl. 2. st. 6. ZJPP-a). Javni partner može dopustiti osnivanje prava građenja u korist privatnog partnera, i to bez plaćanja naknade. Sva pitanja vezana uz osnivanje odnosno prijenos prava građenja i davanje koncesije, uključujući

⁵⁵ Zakon o javno-privatnom partnerstvu (Narodne novine, br. 78/12, 152/14), u daljnjem tekstu: ZJPP.

i pitanje naknada, javni i privatni partner uređuju ugovorom (čl. 2. st. 7. ZJPP-a). Osnovna načela u pripremi i provedbi projekata JPP-a su načela javne nabave te načelo zaštite javnog interesa i načelo ekonomičnosti (čl. 2. st. 9. ZJPP-a).

Ugovor o javno-privatnom partnerstvu (u daljnjem tekstu: ugovor o JPP-u) ugovor je sklopljen između javnog i privatnog partnera, kojim se u svrhu provedbe projekta JPP-a uređuju prava i obveze ugovornih strana (čl. 3. t. 3. ZJPP-a). Koncesija u sklopu JPP-a podrazumijeva koncesiju za javne radove ili koncesiju za javne usluge u skladu s propisima kojima se uređuje područje koncesija (čl. 3. t. 4. ZJPP-a).

Javni partner (u odnosu JPP-a) jedno je ili više javnih tijela koje ili koja s privatnim partnerom sklapa ili sklapaju ugovor o JPP-u (čl. 3. t. 8.).

Ugovor o JPP-u sklapa se u pisanom obliku i na određeno razdoblje koje ne može biti kraće od tri niti duže od četrdeset godina, osim ako posebnim zakonom nije propisano duže razdoblje (čl. 4. st. 1. ZJPP-a). Ugovor o JPP-u mora sadržavati, između ostalog, odredbe kojima se uređuje postupak rješavanja sporova između ugovornih strana (čl. 4. st. 4. ZJPP-a). Ako se za provedbu projekta JPP-a daje koncesija, na sadržaj ugovora o JPP-u primjenjuju se i odredbe propisa kojima se uređuje područje koncesija (čl. 4. st. 7. ZJPP-a).

Za sporove između stranaka, koji nastaju na temelju ugovora o JPP-u, stranke mogu ugovoriti arbitražno rješavanje sporova ili mirenje (čl. 31. st. 1. ZJPP-a). U postupku arbitražnog rješavanja sporova mjerodavno je pravo Republike Hrvatske (čl. 31. st. 2. ZJPP-a). Ako stranke nisu ugovorile arbitražno rješavanje sporova ili mirenje, isključivo je nadležan trgovački sud na čijem se području nalazi nekretnina na koju se odnosi JPP (čl. 31. st. 3. ZJPP-a).

Na temelju prethodno izloženih odredaba koje uređuju rješavanje sporova u vezi s JPP-om bilo bi moguće zaključiti:

- da je arbitraža ne samo dopušten već i preporučen model rješavanja sporova iz odnosa JPP-a;

- da je strankama prepušteno koji će model organiziranja arbitražnog rješavanja sporova izabrati - model institucionalne ili *ad hoc* arbitraže;

- da iz odredbe prema kojoj je u "postupku arbitražnog rješavanja sporova mjerodavno pravo Republike Hrvatske" (čl. 31. st. 2. ZJPP-a) ne proizlazi sasvim određeno odnosi li se ta odredba i na supstancijalno i na arbitražno postupovno pravo koje bi bilo mjerodavno za takvo rješavanje

sporova ili samo na jedno od tih prava. Čini se da trebalo uzeti, analogno kao i u vezi s koncesijama, da se mislilo da oba ta prava (v. *supra ad 5.2.*);

- da bi u slučajevima u kojima odnos JPP-a ima i svoju koncesijsku dimenziju za arbitražno rješavanje sporova koncesijskopravne prirode bile mjerodavne odredbe koje vrijede za takvo rješavanje koncesijskih sporova (v. *supra ad 5.2.*).

5.4. SPOROVI O JAVNOJ NABAVI

Iako Zakon o javnoj nabavi⁵⁶ ne sadržava odredbe o rješavanju sporova u povodu provedbe postupka javne nabave pojedinim alternativnim oblicima rješavanja sporova, pa tako ni arbitražom, zanimljivo je da se u većem broju ugovora koji rezultiraju iz prethodno provedenog postupka javne nabave i uređuju odnos između naručitelja i ponuditelja nalaze arbitražne klauzule.⁵⁷ S obzirom na to da se arbitražne klauzule mogu nalaziti u okvirnom sporazumu ili ugovoru o javnoj nabavi, treba odrediti pojmove obaju instituta.

U ZJN-u, koji definira osnovne pojmove koji se u ZJN-u koriste, okvirni sporazum definiran je kao sporazum između jednog ili više naručitelja i jednog ili više gospodarskih subjekata čija je svrha utvrđivanje uvjeta pod kojima se dodjeljuju ugovori tijekom određenog razdoblja, posebno u pogledu cijene i, prema potrebi, predviđenih količina (čl. 3. t. 16.). Ugovor o javnoj nabavi definira se kao naplatni ugovor, sklopljen u pisanom obliku između jednog ili više gospodarskih subjekata i jednog ili više naručitelja, čiji je predmet izvođenje radova, isporuka robe ili pružanje usluga (čl. 3. t. 32. ZJN-a). U skladu s navedenim, okvirni sporazum u pravilu je temelj za sklapanje ugovora o javnoj nabavi.

Pravna zaštita koja se u postupku javne nabave pruža obuhvaća mogućnost podnošenja žalbe kao redovnog pravnog lijeka prema odredbama ZJN-a i Zakona o općem upravnom postupku (čl. 399. st. 1. ZJN-a). Tijelo koje je nadležno odlučivati u povodu izjavljene žalbe je Državna komisija

⁵⁶ Zakon o javnoj nabavi (Narodne novine, br. 120/16), u daljnjem tekstu: ZJN.

⁵⁷ ZJN propisuje da se njime utvrđuju pravila o postupku javne nabave koji provodi javni ili sektorski naručitelj, ili drugi subjekt u slučajevima određenim ovim Zakonom, radi sklapanja ugovora o javnoj nabavi robe, radova ili usluga, okvirnog sporazuma te provedbe projektnog natječaja. Javna nabava u smislu ovoga Zakona je nabava putem ugovora o javnoj nabavi robe, radova ili usluga koje nabavlja jedan ili više naručitelja od gospodarskih subjekata koje su ti naručitelji odabrali, bez obzira na to jesu ili roba, radovi ili usluge namijenjeni javnoj svrsi (čl. 1. st. 1. i 2.).

za kontrolu postupaka javne nabave⁵⁸ (čl. 398. st. 1. ZJN-a). U žalbenom postupku odlučuje se o zakonitosti postupaka, radnji, propuštanju radnje i odlukama donesenim u postupcima javne nabave te o zakonitosti ugovora o javnoj nabavi i okvirnih sporazuma sklopljenih bez provedbe postupaka javne nabave (čl. 399. st. 3. ZJN-a).

Prema čl. 434. st. 1. ZJN-a, sudska zaštita protiv odluke Državne komisije pruža se u upravnom sporu pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske. S obzirom na to da Državna komisija svoje odluke dostavlja javnom objavom na internetskim stranicama (čl. 432. st. 5. ZJN-a), rok za podnošenje tužbe počinje teći istekom roka od osam dana od dana javne objave. Odluka u upravnom sporu treba se donijeti u roku od 30 dana od dana podnošenja uredne tužbe (čl. 434. st. 2. ZJN-a). Ako Visoki upravni sud Republike Hrvatske poništi odluku Državne komisije, svojom će presudom odlučiti i o žalbi u postupku javne nabave, s tim da će odluku u upravnom sporu Državna komisija objaviti na svojim internetskim stranicama bez anonimizacije (čl. 434. st. 3. i 4. ZJN-a). U građanskopravnom postupku pravne zaštite mogu se realizirati zahtjevi za naknadu štete nastale zbog povrede odredbi ZJN-a pred nadležnim sudom prema općim propisima o naknadi štete (čl. 435.).

Ne postoji suglasnost o tome kakva je prava priroda ugovora o javnoj nabavi. Za razliku od autora koji misle da je ugovor o javnoj nabavi mješoviti ugovor javnog i građanskog prava, drugi pak smatraju da je riječ o javnim (upravnim) ugovorima.⁵⁹ Ugovor o javnoj nabavi koji se zaključuje između naručitelja, u pravilu javnopravnog tijela, i gospodarskog subjekta po svojoj je pravnoj prirodi upravni ugovor. Određenje pravne prirode određenog ugovora može uvjetovati i način pravne zaštite koja se u svezi s njim pruža.⁶⁰ Ako okvirni sporazum i kasniji ugovor o javnoj nabavi sadržavaju arbitražnu klauzulu, očigledno je da se radi o arbitrabilnoj stvari, pravoj arbitraži u upravnim stvarima, koja nije izrijeком propisana zakonom, kao što je to s ugovorom o koncesiji i ugovorom o javno-privatnom partnerstvu.

⁵⁸ U daljnjem tekstu: Državna komisija.

⁵⁹ Opširnije vidi Drmić, Anica, Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi, Croatian and Comparative Public Administration, god. 14., 2/2014., str. 493.-504.

⁶⁰ O problemu pravne prirode ugovora o koncesiji i ugovora o javnoj nabavi kao upravnih ugovora i oblika pravne zaštite koja se u povodu tih ugovora pruža vidi Staničić, Frane, Kontrola nad sklapanjem upravnih ugovora, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 53., 1/2016., str. 232.-252.

Budući da vrlo detaljna i opsežna dokumentacija u slučajevima javne nabave različitih naručitelja sadržava i arbitražne klauzule, ovdje će se prikazati samo neke od uobičajenih arbitražnih klauzula koje se koriste u praksi. Primjerice, Dokumentacija o nabavi građevinsko-obrtničkih i instalaterskih radova na sanaciji Ulaza 1 - Rastovača naručitelja javne ustanove Nacionalni park Plitvička jezera iz kolovoza 2017. određuje da *Ugovor o javnoj nabavi između Naručitelja i odabranog Ponuditelja (izvršitelja), pored uvjeta koji su propisani ovom Dokumentacijom o nabavi i prihvaćeni ponudom odabranog ponuditelja, sadržavat će, ali se neće ograničavati samo na njih, i sljedeće opće odredbe: "...Ugovorne strane će eventualni spor pokušati riješiti sporazumno, a ukoliko to ne bude moguće, ugovorne strane spor će riješiti arbitražom u skladu s važećim Pravilnikom o arbitraži pri Stalnom arbitražnom sudištu Hrvatske gospodarske komore (Zagrebačkim pravilima)".*⁶¹ Identičnu arbitražnu klauzulu sadržava i Dokumentacija otvorenog postupka javne nabave za usluge osiguranja Kliničkog bolničkog centra Rijeka iz prosinca 2016.⁶²

Nešto su opsežnije arbitražne klauzule sadržane u Dokumentaciji o nabavi za provedbu otvorenog postupka javne nabave velike vrijednosti Republike Hrvatske, Središnjeg državnog ureda za obnovu i stambeno zbrinjavanje, iz prosinca 2017.,⁶³ u kojoj je u obrazac Ugovora o javnim uslugama inkorporirana ova arbitražna klauzula *"Ukoliko ugovorne strane ne postignu sporazum iz st. 1. ovog članka Ugovora, sporovi koji proizlaze iz ovog Ugovora i u vezi s njim, uključujući i sporove koji se odnose na pitanja njegovog valjanog nastanka, povrede ili prestanka, kao i na pravne učinke koji iz toga proistječu, konačno će se riješiti arbitražom u skladu s važećim Pravilnikom o arbitraži pri Stalnom arbitražnom sudištu Hrvatske gospodarske komore (Zagrebačkim pravilima)."* Slične tome su i arbitražne klauzule sadržane u Dokumentaciji o nabavi u otvorenom postupku javne nabave velike vrijednosti Republike Hrvatske, Ministarstva financija, Središnjeg ureda carinske uprave, iz travnja 2017.⁶⁴ i Dokumentaciji o nabavi Republike Hrvatske, Ministarstva unutarnjih po-

⁶¹ https://np-plitvicka-jezera.hr/wp-content/uploads/2017/10/Dokumentacija-o-nabavi-MV-64-17_2.pdf?x92898, stanje od 23. studenog 2018.

⁶² http://kbc-rijeka.hr/wp-content/uploads/2016/05/263-16_dokumentacija.pdf, stanje od 23. studenog 2018.

⁶³ <http://www.sduosz.hr/wp-content/uploads/2017/12/Dokumentacija-o-nabavi-O-K-KM-27-17.pdf>, stanje od 23. studenog 2018.

⁶⁴ <https://carina.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti/Financije/Ponude//2-17-VV-2%20Nacr%20Dokumentacije%20o%20nabavi.pdf>, stanje od 23. studenog 2018.

slova, iz prosinca 2017.,⁶⁵ obje inkorporirane u obrazac okvirnog sporazuma koje navedene dokumentacije sadržavaju.

Očigledno korektne arbitražne klauzule koje se u prezentiranim dokumentacijama nalaze i koje su inkorporirane u obrasce ugovora o javnoj nabavi i okvirnih sporazuma ne isključuju mogućnost da se u dokumentacijama o nabavi kriju arbitražne klauzule na temelju kojih se u praksi neće moći postupati, jer su nerazumljive ili neodređene.⁶⁶ Tako npr. arbitražna klauzula iz Dokumentacije o nabavi u otvorenom postupku javne nabave male vrijednosti iz lipnja 2017. u okviru obrasca prijedloga ugovora o javnim uslugama u čl. 10. glasi: *“Ukoliko dođe do štete na šticenoj imovini, ugovorne stranke su suglasne da se odgovornost za nastalu štetu utvrdi objektivno, u roku od 24 sata, a po ovlaštenim osobama ugovornih stranaka. Najkasnije u roku od 24 sata Izvršitelj se obvezuje Naručitelju dostaviti pismeno izvješće o eventualno nastaloj šteti na šticenoj imovini, odnosno nestanku iste. U nemogućnosti utvrđivanja štete ugovorne stranke se obvezuju tražiti stručnu arbitražu nadležnih zakonskih organa.”*⁶⁷ Naime, iz prezentirane arbitražne klauzule nije jasno odnosi li se ona na tzv. tehničku arbitražu,⁶⁸ čiji bi zadatak bio utvrđivanje spornih činjenica važnih za donošenje odluke o sporu, a koja će se često odnositi na pojedina, uz stručna znanja vezana, pitanja na temelju kojih će se (ako imaju vezujući učinak) donijeti odluka o sporu. Istovremeno nije jasno o kakvoj se stručnoj arbitraži nadležnih zakonskih organa radi ni tko su nadležni zakonski organi. Na temelju takve arbitražne klauzule stranke neće moći rješavati svoje potencijalne sporove arbitražom, pa ni one koji bi se ticali utvrđenja štete na šticenoj imovini.

Neovisno o lošim primjerima tzv. patoloških arbitražnih klauzula, spoznaja o tome da se u upravnim stvarima uistinu primjenjuju korektno sročene arbitražne klauzule upućuje na to da ideja o arbitraži u upravnim stvarima nije tek teorijska utopija i da one višestruko mogu polučiti dobre rezultate. Prije svega, ovakav način rješavanja pojedinih upravnih stvari omogućuje

⁶⁵ <https://publisher.mup.hr/PublicData/ev-br-029-17-71a13302f2.pdf>, stanje od 23. studenog 2018.

⁶⁶ Opširnije vidi Sikirić, Hrvoje, Ugovor o arbitraži u praksi Stalnog izbranog sudišta pri HGK, Pravo u gospodarstvu, vol. 44, 2/2005., str. 9.-38.

⁶⁷ <http://www.cistoca-zadar.hr/repos/doc/DOKUMENTACIJA%20O%20NABAVI-ZASTITARSKE%20USLUGE%20OBJEKATA%20I%20OPREME%20DRUSTVA.pdf>, stanje od 23. studenog 2018.

⁶⁸ Opširnije vidi Maganić, Aleksandra, Tzv. tehnička arbitraža, Pravo u gospodarstvu, vol. 51, 4/2012., str. 983.-1025.

rasterećenje upravnih sudova, a u postupku javne nabave - Visoki upravni sud RH. S druge strane, nameće se i pitanje kontrole pravorijeka arbitražnog suda koju u povodu tužbe za poništaj mogu iz zakonom propisanih razloga preispitivati pojedini sudovi, odnosno trebaju li kontrolu pravorijeka iz upravnih stvari u povodu tužbe za poništaj arbitražnog pravorijeka provoditi prema postojećim pravilima određeni sudovi⁶⁹ ili Visoki upravni sud. U skladu s komparativnim iskustvima, čini se da bi zadaća te kontrole ipak trebala pripasti sudu specijaliziranom za određeno pravno područje. Naime, on bi svakako mogao bolje kontrolirati pravorijেকে donesene u upravnim stvarima. Ta ideja nije daleko od postojećeg pravnog okvira, u kojem je nadležnost za odlučivanje o tužbi za poništaj pravorijeka određena sukladno vrsti predmeta čija kontrola se provodi.

5.5. ARBITRAŽNO RJEŠAVANJE SLUŽBENIČKIH SPOROVA

Zakonom o državnim službenicima⁷⁰ uređen je radnopravni odnos između državnih službenika i države kao poslodavca, jedinstvena pravila koja reguliraju prijam u državnu službu, klasifikacija radnih mjesta državnih službenika, stručno osposobljavanje i usavršavanje državnih službenika, napredovanje u službi kao i druga pitanja od značaja za ostvarivanje prava i obveza državnih službenika te određena pitanja od značaja za uređivanje i ostvarivanje prava, obveza i odgovornosti namještenika (čl. 1. ZDS-a).

Prava, obveze i odgovornosti državnih službenika uređuju se zakonom i na temelju zakona donesenim propisima (čl. 4. st. 1. ZDS-a). Na pitanja koja nisu uređena ZDS-om ili posebnim zakonom, uredbama Vlade Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: Vlada) ili drugim propisima donesenim na temelju Ustava i zakona ili kolektivnim ugovorom, primjenjuju se opći propisi o radu (čl. 4. st. 2. ZDS-a). Kolektivnim ugovorom mogu se urediti materijalna i druga prava državnih službenika (čl. 10. st. 4. ZDS-a).

Prijam u državnu službu, raspored na radno mjesto, plaće, premještanje, stavljanje na raspolaganje, ocjenjivanje te prestanak državne službe upravna je stvar o kojoj odlučuje rješenjem čelnik tijela ili službena osoba

⁶⁹ Prema čl. 43. st. 1. ZA-a, u predmetima iz stvarne nadležnosti trgovačkih sudova nadležan je Trgovački sud u Zagrebu, a u ostalim predmetima Županijski sud u Zagrebu.

⁷⁰ Zakon o državnim službenicima (Narodne novine, br. 92/05, 140/05, 142/06, 77/07, 107/07, 27/08, 34/11, 49/11, 150/11, 34/12, 49/12, 37/13, 38/13, 1/15, 138/15, 61/17), u daljnjem tekstu: ZDS.

u čijem je opisu poslova rješavanje o upravnoj stvari, sukladno propisima o ustrojstvu državnog tijela (čl. 63. st. 1. ZDS-a). Na ostvarivanje prava i obveza iz državne službe, osim onih o kojima se odlučuje kao o upravnoj stvari, odgovarajuće se primjenjuju opći propisi o radu kojima se uređuje ostvarivanje prava i obveza iz radnog odnosa (čl. 63. st. 2. ZDS-a).

Protiv rješenja kojim se odlučuje o upravnim stvarima iz službeničkih odnosa (čl. 63. st. 1. ZDS-a) službenik može izjaviti žalbu Odboru za državnu službu u roku od 15 dana od dana dostave rješenja (čl. 63. st. 3. ZDS-a), a protiv rješenja Odbora za državnu službu državno tijelo i državni službenik mogu pokrenuti upravni spor (čl. 63. st. 5. ZDS-a). To znači da stranke ne bi mogle ugovoriti arbitražu o toj vrsti pravnih stvari.

Međutim, kad je riječ o sporovima koji bi se ticali ostalih prava i obveza iz službeničkog radnog odnosa, pravima i obvezama na koje se primjenjuju opći propisi o radu (čl. 63. st. 2. ZDS-a), bilo bi dopušteno njihovo arbitražno rješavanje. Pritom bi trebalo razlikovati arbitražno rješavanje individualnih radnih sporova od takvog rješavanja kolektivnih radnih sporova.

Rješavanje **individualnog radnog spora** ugovorne strane mogu sporazumno povjeriti arbitraži odnosno mirenju (čl. 136. st. 1. ZR-a),⁷¹ s time da se kolektivnim ugovorom može urediti sastav, postupak i druga pitanja važna za rad arbitraže odnosno mirenja.

Stranke spora mogu rješavanje **kolektivnog radnog spora** sporazumno povjeriti arbitraži (čl. 210. st. 1. ZR-a). Imenovanje arbitra ili arbitražnoga vijeća te druga pitanja arbitražnog postupka mogu se urediti kolektivnim ugovorom ili sporazumom stranaka sklopljenim nakon nastanka spora (čl. 210. st. 2. ZR-a).

U sporazumu o iznošenju kolektivnog radnog spora pred arbitražu stranke spora će odrediti pitanje koje iznose pred arbitražu (čl. 211. st. 1. ZR-a). "Arbitraža" (arbitražni sud) može odlučiti samo o pitanju koje su pred nju iznijele stranke spora (čl. 211. st. 2. ZR-a).

Ako se radi o sporu o primjeni zakona, drugog propisa ili kolektivnog ugovora, arbitraža će temeljiti svoju odluku na zakonu, drugom propisu ili kolektivnom ugovoru (čl. 212. st. 1. ZR-a), a ako se radi o sporu o sklapanju, izmjeni ili obnovi kolektivnog ugovora, arbitraža će temeljiti svoju odluku na pravičnosti (čl. 212. st. 2. ZR-a). Ako stranke spora u kolektivnom ugovoru ili sporazumu o iznošenju spora pred arbitražu ne odrede drukčije,

⁷¹ Zakon o radu (Narodne novine, br. 93/14, 127/17), u daljnjem tekstu: ZR.

arbitražna odluka mora biti obrazložena (čl. 212. st. 3. ZR-a). Protiv arbitražne odluke nije dopuštena žalba (čl. 212. st. 4. ZR-a). Ako se radi o sporu o sklapanju, izmjeni ili obnovi kolektivnog ugovora, arbitražna odluka ima pravnu snagu i učinke kolektivnog ugovora (čl. 212. st. 5. ZR-a).

Na temelju prethodno izloženih pravila ZDS-a i ZR-a moguće je zaključiti:

- da se sporovi iz službeničkih odnosa koji imaju značenje upravnih stvari ne mogu rješavati arbitražom (*arg. iz* čl. 63. st. 1. ZDS-a), a da su ostali sporovi iz tih odnosa, sporovi koji nemaju značenje upravnih stvari, arbitrabilni i da bi stranke, umjesto da njihovo rješavanje traže u postupku pred sudovima opće nadležnosti, radi njihova rješavanja mogle ugovoriti nadležnost arbitražnog suda;

- da su kolektivni službenički sporovi u načelu arbitrabilni;

- da bi se arbitražno rješavanje radnih sporova u načelu provodilo po općim pravilima o njihovu rješavanju, dakle po ZA-u.

5.6. ARBITRAŽNO RJEŠAVANJE POREZNIH SPOROVA

Komparativna iskustva pojedinih zemalja u načinu rješavanja upravnih stvari mogu biti poticaj za primjenu sličnih rješenja u domaćem pravnom sustavu. Razloga tomu je više. Okolnost da se mijenja odnos upravnih, uključujući i poreznih, vlasti prema građanima, u smislu sve naglašenije suradnje, koju između ostalog omogućavaju i upravni ugovori,⁷² uključujući i tzv. porezne nagodbe, otvorila je, između ostaloga, i pitanje treba li omogućiti rješavanje poreznih stvari alternativnim oblicima rješavanja sporova, između ostalog arbitražom. Dobri rezultati koje je u rješavanju poreznih stvari ostvario Centar za administrativnu arbitražu u Portugalu (*v. supra ad 3.*) mogu potaknuti razmišljanje bi li osnivanje takvog sudišta u Hrvatskoj bilo dopušteno i moguće te bi li se njime mogli ostvariti bolji rezultati u rješavanju poreznih stvari i time unaprijediti cijeli sustav.

Analiza odluka drugostupanjskog poreznog tijela koje u Hrvatskoj odlučuje o žalbama⁷³ pokazuje da se prihvaća mali broj izjavljenih žalbi te

⁷² Opći porezni zakon (Narodne novine, br. 115/16), u daljnjem tekstu: OPZ.

⁷³ O žalbi protiv poreznog akta koje je donijelo prvostupanjsko porezno tijelo odlučuje nadležno drugostupanjsko porezno tijelo određeno zakonom (čl. 183. OPZ-a). Nadležno drugostupanjsko porezno tijelo je Samostalni sektor za drugostupanjski upravni postupak, koji je ustrojstvena jedinica Ministarstva financija, <http://www.mfin.hr/hr/samostalni-sektor-za-drugostupanjski-upravni-postupak>, stanje od 19. studenog 2018.

da postupak traje relativno dugo (2,5 godina).⁷⁴ S obzirom na to da građani sudsku kontrolu odluka poreznih tijela očekuju u postupku pred upravnim sudovima i Visokim upravnim sudom, obveznom provedbom postupka u povodu žalbe protiv odluka prvostupanjskih upravnih sudova pred drugostupanjskim upravnim tijelom, postupak se dodatno produljuje i komplicira. U postupcima pred prvostupanjskim upravnim sudovima ostvaruju se tek nešto bolji rezultati. Udio poreznih stvari u ukupnom broju zaprimljenih predmeta iznosi između 20% i 25%, a na Visokom upravnom sudu 26,5%. Prihvaća se nešto veći broj žalbi, a postupak pred Visokim upravnim sudom u prosjeku traje 2,1 godinu.⁷⁵

Prikazano stanje nalagalo bi pronalaženje nekih novih oblika rješavanja poreznih stvari. Jedan od modaliteta suradnje građana i poreznih vlasti propisan novim OPZ-om jesu upravni ugovori. Tako čl. 101. OPZ-a propisuje da porezno tijelo i porezni obveznik mogu radi namirenja dospjelog poreznog duga sklopiti upravni ugovor (st. 1.), da upravni ugovor s poreznim obveznikom sklapa čelnik poreznog tijela (st. 2.), da se sklapa slobodnom voljom sudionika porezno-dužničkog odnosa, a ne smije biti protivan prinudnim propisima, javnom interesu, ne smije biti sklopljen na štetu trećih osoba niti smije biti protivan izreci rješenja kojim je utvrđena porezna obveza (st. 5.). Sklopljeni upravni ugovor ima učinak izvršnog rješenja donesenog u poreznom postupku (st. 6.). Porezno tijelo jednostra-

⁷⁴ Prema podacima Samostalnog sektora za drugostupanjski upravni postupak 2012. godine, od 19.034 riješene žalbe, čak ih je 16.068 odbijeno odnosno 84% (svega 13 odbačeno), dok su svega 2.953 (15%) žalbe prihvaćene. U 2013. godini udio odbačenih žalbi gotovo se ne mijenja i raste: od 17.346 riješenih žalbi, njih je 15.617 odbijeno (90%), a svega su 1.703 prihvaćene (9%). U 2014. godini nastavlja se takav razmjer, odnosno od 10.413 riješenih žalbi čak je 8.750 odbijenih žalbi (84%), a svega su 1.653 prihvaćene (15%). Dakle, u promatranom razdoblju od riješene 46.793 žalbe njih 40.435 su odbijene (86%), a svega 13% odnosno 6.309 prihvaćene. Usp. Zunić Kovačević, op. cit. (bilj. 27), str. 283.

⁷⁵ Na Upravnom su sudu u Zagrebu u promatranome razdoblju (od 1. siječnja 2012. do 31. kolovoza 2015.), od 3.611 poreznih predmeta u 678 predmeta tužbe su prihvaćene, što se odnosi na odluke kojima je tužba prihvaćena i predmet vraćen na ponovni postupak, ali i odluke u kojima je sud sam riješio stvar. Pred Upravnim sudom u Osijeku u istom je periodu riješeno 1.087 poreznih predmeta, s tim da je u 137 predmeta poništen osporavani upravni akt (12,60% predmeta), dok je u 113 predmeta poništen osporavani upravni akt i predmet vraćen na ponovni postupak (10,39% predmeta). Na Upravnom sudu u Rijeci na 1.154 riješena porezna predmeta u 295 poništen je upravni akt i predmet vraćen na ponovni postupak, dakle 25%. U istom razdoblju je na Upravnom sudu u Splitu donesena odluka u 1.324 porezna predmeta, od čega je u 542 predmeta poništen osporavani akt, što iznosi 40,93% ukupnog broja odluka donesenih u poreznim predmetima. Na Visokom upravnom sudu RH u navedenom je razdoblju potvrđeno 328 prvostupanjskih odluka, odnosno 46,2%, poništeno je 86 prvostupanjskih odluka (12,1%) te poništeno i vraćano na ponovni postupak 6 prvostupanjskih odluka, odnosno 0,8%. Cf. *ibid.*, str. 285.-286.

no će raskinuti upravni ugovor zbog nepoštovanja utvrđenih rokova plaćanja i načina namirenja poreznog duga (st. 13.), i to rješenjem protiv kojega se može pokrenuti upravni spor, a naplata obveze iz upravnog ugovora nastavit će se prema odredbama Općeg poreznog zakona i zakona kojim se uređuje stečajni postupak (st. 14.). Osim osnovnog normativnog okvira koji je određen OPZ-om, porezna uprava na svojim stranicama nudi i obrazac prijedloga za zaključenje upravnog ugovora.⁷⁶ Eventualni sporovi koji bi mogli nastati povodom upravnog ugovora rješavaju se u postupku pred upravnim sudom, a o žalbi protiv prvostupanjske odluke odlučuje Visoki upravni sud.⁷⁷

Arbitrabilnost nekih drugih upravnih ugovora u hrvatskom pravnom sustavu,⁷⁸ koja je uz ispunjenje određenih zakonom propisanih pretpostavki izrijeckom propisana zakonom, bila bi argument u prilog arbitrabilnosti i upravnih ugovora u poreznim stvarima, iako rješavanje tih stvari nije izrijeckom propisano OPZ-om. Naime, ako je svrha uvođenja upravnih ugovora u porezni sustav Hrvatske bila uspostaviti osobiti upravnopravni odnos između javne uprave i privatnih osoba koji se zasniva na njihovoj suglasnoj volji, a ne na autoritativnom i jednostranom upravnom aktu, te ako se na taj način želio ostvariti jedan od standarda europske javne uprave, koji zahtijeva aktivnu ulogu građana u odnosima s javnom upravom, njihovo aktivno sudjelovanje u upravnim poslovima u što većem broju upravnih područja,⁷⁹ voljni element (dispozicija stranaka) u odnosu na raspolaga-

⁷⁶ <https://www.porezna-uprava.hr/bi/Stranice/Upravni-ugovor.aspx>, stanje od 19. studenog 2018.

⁷⁷ Sukladno čl. 12. st. 2. t. 4. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, br. 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17), u daljnjem tekstu: ZUS, upravni sudovi odlučuju o tužbama protiv upravnih ugovora i izvršavanju upravnih ugovora, dok prema čl. 12. st. 3. t. 1. ZUS-a Visoki upravni sud odlučuje o žalbama protiv presuda upravnih sudova i rješenja upravnih sudova protiv kojih je dopuštena žalba.

⁷⁸ Čl. 3. ZK-a propisuje da je ugovor o koncesiji za gospodarsko korištenje općeg ili drugog dobra upravni ugovor, u pisanom obliku, čiji je predmet gospodarsko korištenje općeg ili drugog dobra za koje je zakonom određeno da je dobro od interesa za Republiku Hrvatsku, a koje ne predstavlja izvođenje radova iz stavka 4. odnosno pružanje i upravljanjem uslugama iz stavka 5. ovoga članka. Stranke ugovora o koncesiji rješavanje sporova koji nastanu ili bi mogli nastati iz ugovora o koncesiji mogu podvrgnuti arbitraži, osim ako to posebnim zakonom nije drukčije uređeno (čl. 97. st. 2. ZK-a).

⁷⁹ Obrazloženje Nacrta prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona, s konačnim prijedlogom Zakona, iz veljače 2015. kojim je u hrvatski pravni sustav uvedena mogućnost sklapanja upravnog ugovora između tijela porezne uprave i poreznog obveznika. <https://vlada.gov.hr/UserDocImages/Sjednice/2015/213%20sjednica%20Vlade/213%20-%202.pdf>, stanje od 17. studenog 2018.

nje dugom poreznog obveznika i način njegova ispunjenja trebao bi biti prisutan i u uređenju načina rješavanja njihovih međusobnih potencijalno spornih odnosa.

Osim upravnih ugovora koji bi iz navedenih razloga trebali biti arbitrabilni, jer je riječ o sporu o pravima kojima stranka može slobodno raspolagati,⁸⁰ svakako u granicama utvrđenim prisilnopravnim propisima, postoje i određena, za privatnopravne odnose koji se rješavaju arbitražom, nepoznata ograničenja. Naime, dok bi (relativno) slobodna raspoložba stranaka bila moguća i u okviru porezne nagodbe,⁸¹ porezna uprava ne bi se mogla odreći svoga zahtjeva, jer ima dužnost postaviti ga i ostvariti.⁸² Međutim, ograničenja koja obilježavaju porezno-dužnički odnos u smislu obveze porezne uprave da naplati porez, nisu takva da bi onemogućila rješavanje sporova koji mogu nastati između sudionika porezno-dužničkog odnosa (porezno tijelo, porezni obveznik i porezni jamac) arbitražom. Ovi predmeti bili bi arbitrabilni i prema kriterijima za određivanje arbitrabilnosti koji su prihvaćeni u pravilima nekih drugih arbitražnih sustava.⁸³

5.7. NADLEŽNI SUD

U propisima u kojima se predviđa mogućnost arbitraže u upravnim stvarima ili se općenito upućuje na propise koji uređuju arbitražno rješavanje sporova, dakle na Zakon o arbitraži, ili se samo utvrđuje takva mogućnost bez upućivanja na odgovarajuće izvore prava.

Zbog toga bi, u načelu, s aspekta važećeg hrvatskog pravnog uređenja trebalo, kad je riječ o sudovima koji bi obavljali određene poslove u vezi s pojedinim arbitražnim postupcima, zauzeti stajalište da bi za određivanje nadležnog suda bila mjerodavna odredba čl. 43. st. 1. ZA-a, prema kojoj je u

⁸⁰ Čl. 3. st. 1. ZA-a određuje da stranke mogu ugovoriti arbitražu za rješavanje sporova o pravima kojima mogu slobodno raspolagati.

⁸¹ Porezno tijelo i porezni obveznik mogu za novoutvrđene obveze u postupku poreznog nadzora do uručjenja zapisnika o obavljenom poreznom nadzoru sklopiti poreznu nagodbu. Predmet porezne nagodbe može biti: novoutvrđena porezna obveza u postupcima u kojima je porezna osnovica utvrđena procjenom, rok plaćanja novoutvrđenih obveza i smanjenje obveze na osnovi utvrđenih zatezних kamata. Uvjet za sklapanje porezne nagodbe je prihvaćanje novoutvrđene obveze u postupku poreznog nadzora od strane poreznog obveznika i njegovo odricanje od prava na korištenje pravnih lijekova.

⁸² Zunić Kovačević, op. cit. (bilj. 27), str. 288.

⁸³ Svaki imovinskopravni zahtjev prema § 1030. st. 1. njemačkog Zakonika o građanskom postupku (Zivilprozessordnung idF der Bekanntmachung vom 5. 12. 2005, BGBl. I S. 3202, 2006 I S. 431, 2007 I S. 1781, u daljnjem tekstu: dZPO) i § 582. st. 1. austrijskog Zakonika o građanskom postupku (Zivilprozessordnung, RGBl, 113/1895), u daljnjem tekstu: öZPO.

predmetima iz stvarne nadležnosti trgovačkih sudova nadležan Trgovački sud u Zagrebu, a u ostalim predmetima Županijski sud u Zagrebu. Za stav prema kojemu bi u arbitražama u upravnim stvarima bio nadležan Visoki upravni sud ili Upravni sud u Zagrebu nema izravnih uporišta u važećim propisima. Pored toga, "upravne stvari" koje se rješavaju u arbitražnim postupcima redovito su mješovite pravne prirode, pri čemu je njihova imovinskopravna dimenzija često naglašenija od upravnopravne. Zato bi prigodom zauzimanja odgovarajućeg stajališta *de lege ferenda* bilo potrebno pronaći odgovarajuće pravopolitičke, uključujući i sasvim pragmatične, argumente za svaku od mogućih opcija. Pritom bi trebalo uzeti u obzir i okolnost da hrvatska pravna tradicija nije u toj mjeri opterećena "dogmatiskim" razlozima za razgraničenje upravne od građanskopravne sfere sudovanja kao što je to slučaj s francuskom ili njemačkom.

6. ZAKLJUČNO

Premda je mogućnost arbitražnog rješavanja određenih upravnih stvari, ali i službeničkih sporova koji nemaju značenje upravnih stvari, široko otvorena u hrvatskom zakonodavstvu, valja konstatirati da se ona u pravilu primjenjuje samo u obrascima okvirnih sporazuma i ugovora o javnoj nabavi pojedinih tijela i ustanova. To treba, s jedne strane, pripisati nedovoljnom poznavanju i razumijevanju mogućnosti rješavanja upravnih sporova arbitražom, a, s druge strane, zaziranju potencijalnih korisnika od mogućih neugodnih iznenađanja.

Afirmacija arbitražnog rješavanja dostupibilnih upravnih stvari svakako bi imala, kako to pokazuju komparativna iskustva, značajne pozitivne učinke. Takvim bi se rješavanjem tih stvari ubrzalo njihovo rješavanje, ako zbog ničeg drugog, onda zato što protiv odluka arbitražnog suda nema žalbe i revizije, već je dopuštena samo tužba za poništaj arbitražnog pravorijeka, tužba koja se u praksi redovito ne prihvaća. Arbitražni pravorijeci odmah su ovršni i u praksi, barem kad je riječ o pravorijecima Stalnog arbitražnog sudišta pri Hrvatskoj gospodarskoj komori, nema problema s njihovim priznanjem i ovrhom. Povjeravanje rješavanja arbitrabilnih upravnih stvari rasteretili bi se državni sudovi, što bi pridonijelo općem povećanju pravne sigurnosti i razine pravne zaštite.

Budući da je Stalno arbitražno sudište pri Hrvatskoj gospodarskoj komori zapravo jedino afirmirano arbitražno sudište u Hrvatskoj, sudište s višedesetljetnom praksom i iskustvom, sudište koje raspolaže ekipiranim

i stručnim tajništvom i na čijoj se listi nalazi više od stotinu renomiranih pravnika, čini se razumnim preporučiti ugovaranje nadležnosti tog sudišta. Budući da lista arbitara tog sudišta nije zatvorena, stranke mogu slobodno imenovati za arbitre pojedince odnosno za članove arbitražnih vijeća i osobe izvan te liste. Nju bi, neovisno o tome, svakako valjalo proširiti i osobama koje su eksperti za pojedina područja upravnih stvari koje se već *de lege lata* mogu rješavati arbitražom.

U ovom ogledu upozoreno je na određene nedotjeranosti zakonskih odredaba koje se tiču arbitražnog rješavanja upravnih stvari ili s tim povezanim stvarima. Upravo bi zato, *de lege ferenda*, trebalo i na to obratiti odgovarajuću pažnju.

Dr. sc. Sanja Otočan, dipl. iur.*

NAČELO JEDNAKOSTI ORUŽJA U HRVATSKOM UPRAVNOM SPORU

UVOD

Jamstvo poštenog suđenja te mehanizmi njegove zaštite sadržani su u različitim pravnim aktima, među kojima posebno mjesto pripada Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (engl. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*; franc. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*; u daljnjem tekstu: Konvencija),¹ kao jednom od najznačajnijih međunarodnih pravnih akata, ne samo regionalnog već i globalnog značenja.

Iako je već "božićni" Ustav Republike Hrvatske² jamčio pravo na pošteno suđenje,³ ovom se pravu u Republici Hrvatskoj počela poklanjati

* Dr. sc. Sanja Otočan, dipl. iur., sutkinja Visokog upravnog suda Republike Hrvatske

¹ O Konvenciji opširno u: Omejec, Jasna, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasbourški acquis*, Zagreb, 2013.; Greer, Steven: *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge Studies in European Law and Policy, Cambridge, 2006.; Jacobs, Francis, Geoffrey; White, Robin C.A.; Ovey, Clare, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2006.

² Ustavom iz 1990. u Republici Hrvatskoj započeo je proces izgradnje vladavine prava. U tom je procesu iznimno važna uloga povjerena sudovima, koju oni, prema mišljenju mnogih autora, nisu ispunili. Opširnije o tome u: Bačić, Petar, *Konstitucionalizam i sudski aktivizam, Ustavna demokracija između zahtjeva za vladavinom većine i protuvećinskog argumenta*, doktorska disertacija, Zagreb, 2009., str. 326.-334.; Josipović, Ivo, *Reforma pravosuđa - Pretpostavka društvenog i ekonomskog razvoja hrvatskog društva i njegove europske budućnosti*, u: Kregar, Josip, et al. (ur.), *Hrvatska - Kako sada dalje?*, Zagreb, 2008., str. 34.; Uzelac, Alan, *Vladavina prava i pravosudni sustav: Sporost pravosuđa kao prepreka pridruživanju*, u: Ott, K. (ur.), *Pridruživanje Hrvatske Europskoj uniji - Izazovi institucionalnih prilagodbi*, Institut za javne financije & Friedrich Ebert Stiftung, Zagreb, 2003., str. 105.

³ Prije ratifikacije Konvencije Ustavni sud Republike Hrvatske davao je šire značenje ustavnoj odredbi članka 29. stavka 1. alineje 1. Ustava iz 1990. kojom je bilo zajamčeno pravo na pošteno suđenje, čijim bi se gramatičkim tumačenjem moglo zaključiti da je hrvatski ustavotvorac zajamčio