

O POLOŽAJU NAGODBENOG VIJEĆA U POSTUPCIMA PREDSTEČAJNE NAGODBE IZ PERSPEKTIVE ČLANKA 6. EUROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA

Dr. sc. Sanja Grbić, viša asistentica
Mr. sc. Dejan Bodul, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Dr. sc. Ante Vuković, stečajni upravitelj, Split

UDK: 347.736::341.231.14(4)
Ur.: 29. siječnja 2013.
Pr.: 1. ožujka 2013.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Financijska agencija (FINA) partner je državi u nizu važnih projekata. Tako je sudjelovala 2002. u okviru mirovinske reforme; 2002. u okviru reforma platnog prometa; 2003. u okviru prodaje imovine stečajnog dužnika kao cjeline; 2005. u okviru servisa HITRO.HR; 2006. u okviru Upisnika sudskih i javnobilježničkih osiguranja; 2007. u okviru podrška sustavu e-Spisa; 2010. u okviru sustava Registra zaposlenih u javnom sektoru; 2011. u okviru provođenja postupka ovrhe na novčanim sredstvima te 2012. u okviru provođenja postupka predstečajnih nagodbi. Ipak ono na što će se autori orijentirati su neka pitanja o ulozi FINE u postupku predstečajne nagodbe. Naime, tijela u postupku predstečajne nagodbe su nagodbeno vijeće i povjerenik predstečajne nagodbe. Postupak se vodi u FINI u mjesno nadležnom regionalnom centru gdje se i nalazi nagodbeno vijeće koje vodi postupak. Nagodbeno vijeće sastoji se od dva člana i predsjednika vijeća koji donose odluke u postupku, a koje imenuje ministar financija. Uloga nagodbenog vijeća u postupku predstečajne nagodbe je formalno-pravne naravi budući da ono ne odlučuje hoće li nagodba na kraju biti sklopljena ili ne, niti odlučuje o međusobnim pravima i obvezama stranaka u postupku. Zakonska uloga vijeća je da vodi postupak, da pazi da se postupak odvija u zakonskim okvirima i da usmjerava stranke da dođu do sporazuma kojim će urediti međusobna prava i obveze. Ako dođe do sporazuma nagodba se ne sklapa pred nagodbenim vijećem, već pred mjesno nadležnim trgovačkim sudom prema sjedištu dužnika. Na ovaj je način, barem po riječima predlagača zakona i dijela pravne teorije, izbjegnuta je uloga vijeća kao tijela koje odlučuje o međusobnim pravima i obvezama dužnika i njegovih vjerovnika. Uloga nagodbenog vijeća postaje više uloga arbitra, odnosno miritelja među strankama. Ipak, autori ne mogu zaobići činjenicu da je Republika Hrvatska, kao stranka u postupku predstečajne nagodbe u pravilu najveći vjerovnik, pa se opravdano može postaviti pitanje objektivnosti i nepristranosti osoba koji

su članovi nagodbenog vijeća. Štoviše, članove nagodbenog vijeća imenuje jedna od stranaka u postupku, i to, nerijetko, vjerovnik s najvećim pravima na imovini predstečajnog dužnika. Iznesena teza dobiva na važnosti ako ulogu nagodbenog vijeća, kao subjekta u predstečajnoj nagodbi, analiziramo i kroz prizmu članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Rad se sastoji od dva dijela. Prvi dio analizira neka pitanja pravnog položaja nagodbenog vijeća u postupku predstečajne nagodbe. Drugi dio rada, uvažavajući činjenicu da mnogi pojmovi navedeni u Europskoj konvenciji imaju autonomno značenje, analizira pojam „nezavisnog i nepristranog suda“ koji je naveden u članku 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i objašnjen u praksi Europskog suda za ljudska prava. Cilj je utvrditi može li se pravni položaj nagodbenog vijeća u okviru FINE podvesti pod pojam „suda“ u skladu sa shvaćanjima Europskog suda za ljudska prava, i ako da, ima li potrebne karakteristike nezavisnosti i nepristranosti.

Ključne riječi: predstečajna nagodba, FINA, sud, nepristranost, nezavisnost, čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Analiza strukture poslovanja subjekata ukazuje da je postotak trgovačkih društava u blokadi, pretočeno u brojke, poražavajući.¹ Drugim riječima, stečajni postupci se najčešće pokreću nakon isteka zakonom predviđenog roka. Manji broj stečajnih postupaka pokrenut je u zakonskom roku od nastanka stečajnog razloga. Insolventnost gospodarskih subjekata nerijetko se mjeri godinama. Ovakva struktura zaključenih stečajnih postupaka uvjetovana je činjenicom da se uglavnom radi o poslovnim subjektima kojima je imovina u potpunosti obezvrijeđena do otvaranja stečajnog postupka ili o društvima s ograničenom odgovornošću koja

1 U Republici Hrvatskoj se trenutno vodi 1.639 stečajeva, s tim da im je broj u odnosu na prošlu godinu porastao za 250%, a od ukupnog broja blokiranih tvrtki njih čak 36 tisuća blokirano je duže od 60 dana, što znači da čak 96% njih ne pokreće (izbjegava) stečaj. Još je poraznije što je više od 27.000 tvrtki u blokadi više od 360 dana, a iznos blokade čini 82% ukupnog duga poslovnih subjekata u RH koji je 44 milijarde kuna. Službeni podaci dostupni na mrežnim stranicama FINA-e. Isti su prikazani i pri predstavljanju ZFPPN-a od strane nadležnog ministarstva. Podrobnije ŠVERKO GRDIĆ, Zvonimira, RADOLOVIĆ, Jasminka i BAGARIĆ, Lidija, Solventnost poduzeća u Republici Hrvatskoj i u Europskoj uniji, *Ekonomski pregled*, vol. 60, 2009., no. 5-6, str. 250. *et seq.* i SAJTER, Domagoj, Regionalna indiciranost stečajeva u Republici Hrvatskoj, *Ekonomski vjesnik*, Ekonomski fakultet u Osijeku, br. 1 i 2, 2007., str. 31-42. LESAR, Dragutin, Hrvatski sabor, Klub zastupnika: Hrvatskih laburista - Stranke rada, *Pregled podataka o stečajnim postupcima u tijeku pred Trgovačkim sudovima u Republici Hrvatskoj*, Zagreb, od 6.4.2012., kao i podatke koji su dostupni na mrežnim stranicama Ministarstva pravosuđa: <http://www.mprh.hr/Default.aspx> (12.11.2012.).

nemaju imovinu. U konačnici navedeno rezultira da se rijetko stečajni postupak završi stečajnim planom stečajnog dužnika.² Analizom poredbeno pravnih iskustava uočavamo da se teži reorganizaciji kao jednom od mogućih načina provođenja stečajnog postupka i jedinoj alternativni likvidacijskom stečaju.³ Promiče se stajalište po kojem je takav model determinanta ekonomskog ozdravljenja, a podredno i očuvanja radnih mjesta. Navedeno će zakonodavac pokušati postići Zakonom o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi.⁴ Cilj je postupkom predstečajne nagodbe i financijskog restrukturiranja potaknuti dužnike, koji su nelikvidni ili insolventni da poduzmu odgovarajuće korake kako bi uspostavili svoju likvidnost i solventnost, odnosno da se, ako je to moguće, restrukturiraju i nastave poslovanje.⁵

- 2 U obrazloženju Konačnog prijedloga ZFPPN se kao prvi razlog za uvođenje predstečajnog postupka navodi činjenica da tehnika provođenja stečaja nije dala pomake i da se u stečaj ide, u pravilu, bez plana restrukturiranja. Stoga je cilj ZFPPN-a predstečajnim postupkom omogućiti dužniku restrukturiranje i nastavak poslovanja. Dostupno na mrežnim stranicama Sabora Republike Hrvatske: <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=50031> (11.12.2012.).
- 3 THE WORLD BANK, Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems, 2001., str. 25.; INSOL International, The Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts, str. 15.; UNCITRAL, United Nations Commission on International Trade Law, Legislative Guide on Insolvency law, New York, 2005., str. 12.; Green Paper Entrepreneurship in Europe (presented by the Commission), Brussels, 21.1.2003., COM(2003) 27 final, str. 12. te Council Recommendation of 21 June 2002 on the Broad Economic Policy Guidelines of the Member States and the Community, 2002/549/EC, OJ L182, 11.07.2002. Navedeni trend su u svoja zakonodavstva uključile i susjedne zemlje. Tako slovenski Zakon o financijskom poslovanju, postupcima povodom insolventnosti i prisilnom prestanku (slov. *Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju*), Ur.l. RS, št. 40/09., 59/09., 52/10., 106/10.-ORZFPPIP21, 26/11., 47/11., 87/11.-ZPUOOD, 23/12., 48/2012. Odl.US: U-I-285/10-13., čl. 139.-167., odnosno čl. 168.- 221. U Republici Srpskoj donesen je Zakon o stečajnom postupku, Sl. glasnik Republike Srpske, br. 67/02. 72/02., 38/03., 96/03. i 68 /07. (čl. 148.-200.), a zakon s istovjetnim nazivom donijela je i Federacija Bosne i Hercegovine, Zakon o stečajnom postupku, Sl. novine Federacije BiH, br. 29/03., 32/04. i 42/06. (čl. 142.-194.). U Distriktu Brčko donesen je Zakon kojim se u jednom tekstu regulira materija stečaja, prinudnog poravnanja i likvidacije, Zakon o stečaju, prinudnom poravnanju i likvidaciji, Sl. glasnik Distrikta Brčko, br. 1/02. (čl. 114.-173.). U Srbiji postoji Zakon o stečaju. Sl. glasnik RS, br. 104/09. (čl. 155.-173.). Crnogorski Zakon o insolventnosti privrednih društava (Sl. list RCG, br. 6/02., 01/06. i 02/07.) također uređuje postupak reorganizacija (čl. 61.-79.).
- 4 NN, br. 108/12. i 144/12. - dalje u tekstu: ZFPPN. Od prvenstvenog značaja za ubrzanje i proces restrukturiranja, bilo je i noveliranje niza zakona, primjerice, Zakona o trgovačkim društvima (NN, br. 111/93., 34/99., 121/99., 52/00., 118/03., 107/07., 146/08., 137/09., 152/11. i 111/12.), Zakona o preuzimanju dioničkih društava (NN, br. 109/07., 36/09. i 108/12.), Zakona o kreditnim institucijama (NN, br. 117/08., 74/09., 153/09. i 108/12.), Ovršnog zakona (NN, br. 112/12.), Zakona o upravljanju državnom imovinom (NN, br. 145/10. i 70/12.), Zakona o sudovima (NN, br. 150/05., 16/07., 113/08., 153/09., 116/10., 122/10., 27/11., 57/11. i 130/11.) te Zakona o parničnom postupku (NN, br. 53/91., 91/92., 58/93., 112/99., 88/01., 117/03., 88/05., 02/07., 84/08., 123/08., 57/11., 148/11.).
- 5 U pravnoj teoriji se pored pojma reorganizacija koriste i drugi pojmovi istog ili vrlo sličnog značenja: restrukturiranje, preustroj, rehabilitacija i reorganizacija. U Stečajnom zakonu iz 1996. upotrebljavao se naziv „preustroj“ i određivao je kao skup mjera koje se poduzimaju prema stečajnom dužniku kako bi on nastavio s poslovanjem svog poduzeća i mogao stjecati

2. TIJELA POSTUPKA PREDSTEČAJNE NAGODBE

U postupku predstečajne nagodbe FINA, kao tijelo javne vlasti,⁶ ima značajnu ulogu.⁷ Naime, ZFPPN Financijsku agenciju određuje kao ovlaštenu osobu koja provodi postupak predstečajne nagodbe⁸ te kao podršku u razrješavanju dužničko-vjerovničkih odnosa⁹ u postupcima rehabilitacije dužnika i povoljnijih

prihod. Novelom Zakona iz 1999. naziv „preustroj“ zamijenjen je širim pojmom „stečajni plan“. Vidi BARBIĆ, Jakša, Preustroj dužnika u stečaju, u knjizi: Reforma ovršnoga i stečajnoga prava, Organizator, Zagreb, 1999., str. 232.

6 Popis tijela javne vlasti (NN, br. 19/10.).

7 ZFPPN je u značajnoj mjeri usvojio velik broj pravila iz stečajnog zakonodavstva. Jedno od njih, a na kojem je zapravo izgrađen cijeli koncept predstečajne nagodbe, je hitnost postupanja. Postupak je *hitan* (kao i stečajni postupak) i mora se dovršiti pred nagodbenim vijećem najkasnije u roku od 120 dana od dana njegova otvaranja. Dakle, upravni postupak traje najdulje 120 dana, a produljuje se za vrijeme trajanja sklapanja predstečajne nagodbe pred trgovačkim sudom kada sud rješenjem odobrava sklapanje predstečajne nagodbe na koju se *ne* može izjaviti žalba sukladno Zakonu o parničnom postupku u postupku pred trgovačkim sudovima. U pitanju je vrlo ambiciozan i optimističan rok zakonodavca u kojem dužnik i vjerovnici u biti nagodbom, kao i pri usvajanju stečajnog plana u stečajnom postupku mijenjaju svoj pravni položaj (usp. s čl. 217. SZ). Daljnja sličnost sa stečajnim postupkom pravila su koja propisuju da se prijedlozi, izjave i prigovori u postupku predstečajne nagodbe ne mogu davati, odnosno podnositi ako se propusti rok, odnosno izostane s ročišta na kojem ih je trebalo dati ili podnijeti (v. čl. 7., st. 6. SZ). FINA je, kako smo već istaknuli dužna u roku od 8 dana, bez obveze plaćanja pristojbi i troškova vezanih uz pokretanje stečajnog postupka, podnijeti prijedlog za pokretanje stečajnog postupka po službenoj dužnosti (*ex offio*) kada je postupak predstečajne nagodbe obustavljen. Čl. 39. SZ-a određuje da se stečajni postupak pokreće prijedlogom vjerovnika ili dužnika, ako zakonom nije drugačije određeno. ZFPPN je poseban zakon koji daje ovlaštenje FINA da može biti predlagatelj ako postoje stečajni razlozi iz čl. 4. SZ-a (nesposobnost za plaćanje i prezaduženost). Je li ovo zgodna prilika da dužnik bude, bez plaćanja troškova koji redovito prate pokretanje stečajnog postupka (minimalno 10.000,00 kuna), elegantno likvidiran?

8 Financijska agencija (FINA) je, po pravnom obliku druga pravna osoba za koju je upis propisan posebnim zakonom, a jedini osnivač je Republika Hrvatska. Poseban zakon po kojem je osnovana je Zakon o financijskoj agenciji (NN, br. 117/01., 60/04., 42/05., 98/05. i 106/12.), a osnovna djelatnost je financijsko posredovanje putem tržišnih aktivnosti (informatičko-tehnološke podrške državnim tijelima, statistike financijskih tokova i sl.). Operativni se poslovi obavljaju kroz sustav koji se sastoji od četiri regionalna centra (Zagreb, Split, Rijeka i Osijek), podružnica, poslovnica i ispostava koje su povezane suvremenom informatičkom tehnologijom i locirane tako da osiguraju klijentima lagan i brz pristup iz svakog dijela Hrvatske. Zanimljivo je da se u određenim okolnostima nad Financijskom agencijom može provesti stečajni postupak (čl. 19. Zakona o financijskoj agenciji), ali se ne može provesti postupak predstečajne nagodbe sukladno čl. 25.m, st. 2. ZFPPN-a, temeljem čl. 9. Zakona o kreditnim institucijama, NN, br. 117/08., 74/09., 153/09. i 108/12. U slučaju stečaja za obveze FINA solidarno ne odgovara RH kao osnivač prema čl. 3., st. 4. Stečajnog zakona (NN, br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 82/06., 116/10., 25/12. i 133/12. - dalje u tekstu: SZ). Dakle, FINA kao stečajni dužnik za obveze odgovara samo i isključivo svojom imovinom i stečajni vjerovnici će se moći namiriti samo iz zatečene i naknadno stečene imovine (čl. 67. SZ).

9 Postupak predstečajne nagodbe sastoji se od 2 stadija: 1.) upravnog kojim se vodi sam postupak te 2.) sudskog s kojim se stvaraju pravni učinci predstečajne nagodbe, upisi i

uvjeta namirenja vjerovnika od uvjeta koje bi vjerovnik ostvario da je protiv dužnika pokrenut stečajni postupak¹⁰ (v. odjeljak 2. *Opće odredbe o postupku*

troškovi (čl. 81.-86.). S druge strane, stečajni postupak je posebna vrsta izvanparničnog postupka s osobitostima koje ga razlikuju od parničnog postupka, ali i od izvanparničnih postupaka u užem smislu (ERAKOVIĆ, Andrija, *Stečajni zakon s komentarom i primjerima*, RRIF, Zagreb, 1997., str. 3.). Drugim riječima, nagodbeno vijeće vodi postupak predstečajne nagodbe prema pravilima ZFPPN-a uz podrednu primjenu Zakona o općem upravnom postupku, dok stečajni sudac vodi stečajni postupak prema SZ-u uz pomoćnu (supsidijarnu) primjenu ZPP-a. Daljnja razlika odnosi se na aktivnu legitimaciju za predlaganje postupka predstečajne nagodbe. Prihvaćeno je pravilo da se postupak predstečajne nagodbe pokreće isključivo na prijedlog dužnika koji je dužan podnijeti prijedlog ako se ispune sljedeći uvjeti: 1) ako dužnik u roku od 60 dana poduzetim mjerama financijskog restrukturiranja izvan postupka predstečajne nagodbe ne može uspostaviti stanje likvidnosti te 2) najkasnije 21 dan od nastanka insolventnosti što znači da će prijedlog upućen od strane vjerovnika dužniku nagodbeno vijeće odbaciti, iako se ne bi moglo tvrditi da vjerovnik nema pravni interes da se njegova stvar riješi u predstečajnoj nagodbi umjesto u likvidacijskom stečajnom postupku koji obvezno slijedi nakon neuspješne reorganizacije (v. čl. 39. SZ). Pitanje je kako će se miješanje upravnog sa sudskim postupkom odraziti na pretendirane ciljeve predstečajne nagodbe? Jesu li se željeni učinci ozdravljenja dužnika i boljeg namirenja vjerovnika mogli postići samo u upravnom postupku kao bitno jednostavnijem i bržem načinu rješavanja problematike dužničko-vjerovničkih odnosa? Jedini pravni lijek u postupku predstečajne nagodbe je žalba. Protiv rješenja nagodbenog vijeća može se izjaviti žalba u roku od 8 dana, osim ako ZFPPN-om nije drugačije određeno. Ako je ovim Zakonom određeno da se rješenje mora dostaviti određenim osobama, rok za podnošenje žalbe teče od dana dostave rješenja, a za ostala rješenja osmi dan od dana objave na web stranicama FINA-e. Žalba se podnosi prvostupanjskom tijelu koje je donijelo rješenje, a o žalbi odlučuje Ministarstvo financija, Samostalni sektor za drugostupanjski upravni postupak. Prvostupanjsko tijelo dužno je žalbu dostaviti drugostupanjskom tijelu u roku od tri dana od njezinog primitka, a drugostupanjsko tijelo dužno je odlučiti o žalbi u roku od 8 dana od primitka žalbe. Žalba protiv rješenja ne odgađa izvršenje rješenja, a protiv zaključka nije dopuštena žalba. U postupku predstečajne nagodbe ne može se tražiti povrat u prijašnje stanje niti podnositi prijedlog za obnovu postupka.

- 10) Pravilo je da do okončanja postupka predstečajne nagodbe nije dopušteno pokrenuti stečajni postupak (čl. 39., st. 3. ZFPPN). To znači da će stečajni sud rješenjem odbaciti svaki prijedlog vjerovnika koji predlaže pokretanje stečajnog postupka, a pred FINA-om je, na inicijativu dužnika već pokrenut postupak predstečajne nagodbe. Međutim, potencijalno je vrlo sporna odredba prema kojoj prijedlog za otvaranje postupka predstečajne nagodbe nije dopušten ako je nad dužnikom pokrenut stečajni postupak (čl. 39., st. 4. ZFPPN). Prema njoj, dužnik ne može pokrenuti postupak predstečajne nagodbe ako je vjerovnik već prije njega podnio nadležnom sudu prijedlog za stečaj. Pitanje je kako će dužnik saznati da na sudu postoji prijedlog vjerovnika budući da će relevantnu obavijest o tomu dobiti tek u pozivu suda da se očituje o prijedlogu vjerovnika, a koja će, zbog opterećenosti sudova u pravilu doći nekoliko mjeseci kasnije od trenutka podnošenja prijedloga. Nadalje, kako će se ponašati sam sud ako je, s jedne strane dužnik podnio prijedlog za predstečajnu nagodbu sukladno ZFPPN-u, dok je s druge strane vjerovnik prije stupanja na snagu ZFPPN-a podnio prijedlog za otvaranje stečajnog postupka i ustraje nadalje u svom prijedlogu bez obzira na aktivnost dužnika oko predstečajne nagodbe (čl. 39. SZ). U ovakvoj pravnoj situaciji sud ne može obustaviti postupak jer vjerovnik nije povukao svoj prijedlog, a niti može odbaciti prijedlog vjerovnika, jer je on aktivno legitimiran za podnošenje prijedloga za pokretanje stečajnog postupka. Čini se da je najelegantnije rješenje prekid sudskog postupka do donošenja odluke nagodbenog vijeća o prijavi dužnika, iako sud ne bi pogriješio ako bi otvorio stečajni postupak ako postoji

pred Financijskom agencijom i dr.).¹¹ Postupke predstečajne nagodbe provodi nagodbeno vijeće u sastavu od tri člana (čl. 33., st. 1. ZFPPN).¹² Predsjednika¹³ i članove vijeća¹⁴ imenuje ministar financija (čl. 33., st. 2. ZFPPN), pri čemu se ne traži da imaju položen stručni ispit. Dakle, kako nisu propisani uvjeti za obavljanje funkcije članova vijeća, odnosno postavljenja članova vijeća ovisi isključivo o diskrecijskoj ocjeni ministra financija, nema zapreke da navedene funkcije obavljaju i vježbenici u navedenim tijelima.¹⁵ O žalbi na rješenje nagodbenog vijeća u drugom

i koji od stečajnih razloga. Ovu spornu situaciju do kraja ne rješava nego dodatno komplicira čl. 89. ZFPPN-a prema kojem dužnik može prije otvaranja stečajnog postupka vjerovnicima predložiti sklapanje predstečajne nagodbe ako je protiv dužnika prije stupanja na snagu ovoga Zakona pokrenut (ali i ne otvoren) stečajni postupak. Drugim riječima, ako je nad dužnikom otvoren stečajni postupak ne dolaze u obzir nikakve predstečajne nagodbe te slijedi stečajni postupak.

- 11 Ovaj Zakon izrijekom obvezuje FINA-u, *inter alia* na podnošenje prijedloga za otvaranje stečajnog postupka nadležnom trgovačkom sudu ako je postupak predstečajne nagodbe obustavljen te kada je prijedlog dužnika za otvaranje postupka predstečajne nagodbe odbačen, osim ako je odbačen jer je nad dužnikom već otvoren stečajni postupak ili je prijedlog podnijela neovlaštena osoba (čl. 27., st. 4. i 5. ZFPPN).
- 12 Stvarna nadležnost FINA-e, kao i trgovačkog suda, određena je čl. 26. ZFPPN-a. Pravilo je da se postupak predstečajne nagodbe i skraćeni postupak predstečajne nagodbe provode u regionalnim centrima čija se mjesna nadležnost utvrđuje prema sjedištu dužnika (st. 1. i 2.), no, manje je prihvatljivo pravilo prema kojem je u postupcima predstečajne nagodbe, u kojima ukupan iznos obveza naveden u financijskom izvješću o stanju i poslovanju dužnika prelazi iznos od 10.000.000,00 kuna, isključivo nadležno nagodbeno vijeće regionalnog centra u Zagrebu. Je li to znači da su nagodbena vijeća u drugim regionalnim centrima (Split, Rijeka i Osijek) manje kvalificirana? Štoviše, u praksi se može dogoditi da upravo zbog koncentracije predmeta regionalni centar u Zagrebu bude relativno opterećen, dok drugi regionalni centri budu značajno manje. Sama predstečajna nagodba sklapa se pred trgovačkim sudom, mjesno nadležnim prema sjedištu dužnika. To znači da će nakon upravnog postupka, kao druga ključna komponenta u odlučivanju biti trgovački sud pred kojim se sklapa predstečajnu nagodbu sa svim svojim pravnim učincima (st. 4.). Potencijalni problem može nastati kada dužnik i vjerovnik nagodbu ugovaraju u Zagrebu (jer ukupan iznos obveza iznosi više od 10 milijuna kuna), dok samu nagodbu moraju sklopiti pred stvarno nadležnim trgovačkim sudom koji nije Trgovački sud u Zagrebu. Stoga se ovakvo zakonsko rješenje čini nepraktičnim pa bi trebalo odrediti da se postupak predstečajne nagodbe kao i sklapanje same nagodbe određuje jedinstveno prema sjedištu dužnika.
- 13 Predsjednik nagodbenog vijeća, izvan ispitnog postupka, brine se sam ili davanjem povjereniku predstečajne nagodbe odgovarajućih uputa o ispitivanju stanja sredstava i poslovanja dužnika, o pregledavanju popisa vjerovnika, popisa dužnika, prijavljenih tražbina i postupanju dužnika u skladu s ograničenjima u poslovanju (čl. 17. ZFPPN). Također, obavlja i druge poslove u vezi s pripremom ispitnog postupka, odnosno odluka nagodbenog vijeća (čl. 33., st. 3. ZFPPN).
- 14 Sva tri člana nagodbenog vijeća moraju biti hrvatski državljani sa završenim preddiplomskim i diplomskim sveučilišnim studijom ili integriranim preddiplomskim i diplomskim sveučilišnim studijom ili specijalističkim diplomskim stručnim studijem – pravne i ekonomske struke, dok predsjednik vijeća mora biti magistar prava (čl. 33., st. 2. ZFPPN).
- 15 Tako imenovano nagodbeno vijeće ima ovlast, između ostalog, staviti potvrdu ovršnosti na rješenje o troškovima i dostaviti ga FINI na izvršenje sukladno odredbama Zakona o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima (čl. 8., st. 4. Pravilnika o troškovima postupka predstečajne nagodbe, NN, br. 5/13.). Takve bi se ovlasti moglo pravdati načelom ekonomičnosti,

stupnju ponovno odlučuje Ministarstvo financija RH putem Samostalnog sektora za drugostupanjski upravni postupak. U trećem stupnju odluku donosi jedan od upravnih sudova RH temeljem upravne tužbe (čl. 120. Zakona o općem upravnom postupku),¹⁶ a na odluke upravnog suda može se izjaviti žalba Visokom upravnom sudu RH.¹⁷

Drugo tijelo postupka predstečajne nagodbe je povjerenik predstečajne nagodbe (čl. 34.-38.). Njega imenuje nagodbeno vijeće s liste stečajnih upravitelja (čl. 37., st. 3. ZFPPN), a uvjeti za njegovo imenovanje su jednaki kao i za stečajnog upravitelja (čl. 37., st. 2. ZFPPN). ZFPPN nije odredio da povjerenik zaprima prijave tražbina i on nema ovlasti izjašnjavati se o pristiglim tražbinama, što objektivno smatramo velikim nedostatkom ovoga Zakona.¹⁸

Prvenstveni predmet interesa autora nije bio propitati koliko su, ovako koncipirana, rješenja praktično pogodna za ostvarenje cilja funkcionalizacije stečajno pravne zaštite, već hoće li osigurati pravo na postupak odgovarajuće kvalitete, a da automatski ne ugroze druge konstitutivne elemente prava na pravičan

međutim, ne zadire li se time u sudsku nadležnost i ne dovodi li se na taj način u pitanje pravo na pravično suđenje? (v. *infra*).

16 NN, br. 47/09. - dalje u tekstu: ZOUP.

17 Ovo je izuzetno važno pitanje s obzirom na činjenicu da se o prijavama tražbina izjašnjava samo dužnik koji, šire gledajući, može osporiti svaku tražbinu koja nije utemeljena na ovršnoj ispravi. Stoga se i predstečajna nagodba može sklopiti bez njegovog sudjelovanja (nije sudjelovao u glasovanju), a on je isticao protivljenje toj nagodbi. Kao logičan zaključak nameće se da sudac trgovačkog suda neće u konačnici potvrditi niti jednu predstečajnu nagodbu u kojoj nisu rezervirana sredstva za vjerovnika čija je prijavljena tražbina osporena, a pokrenuo je postupke zaštite svojih prava u upravnom ili sudskom postupku. U stečajnom postupku stvar je drugačije koncipirana jer se vodi računa o interesu svakog sudionika postupka. Naime, prema čl. 178. SZ-a, osoba koja je upućena na parnicu dužna je u roku od 8 dana od primitka rješenja o upućivanju na parnicu, pokrenuti parnicu (tužbu radi utvrđenja osporene tražbine). Odugovlačenje postupka riješeno je odredbom da je žalba protiv rješenja o upućivanju na parnicu bez utjecaja na rok (nesuspeznost žalbe). Osoba koja uspije u parnici može tražiti ispravak tablice ispitanih tražbina. Pravomoćna odluka kojom se utvrđuje tražbina i ispladni red djeluje prema stečajnom dužniku i svim stečajnim vjerovnicima *erga omnes* (čl. 181. SZ). To je u skladu i s čl. 8. Zakona o obveznim odnosima (NN, br. 35/05., 41/08. i 125/11.) u pogledu zabrane prouzročenja štete drugome.

18 Zanimljivo je da ZFPPN ne pravi razliku između pojmov a ispitivanje tražbina i izjašnjenje o tražbinama. Naime, SZ izriječno navodi da je stečajni upravitelj dužan određeno se izjasniti priznaje li ili osporava svaku prijavljenu tražbinu (čl. 175., st. 2.). S druge strane, ZFPPN određuje da je povjerenik dužan ispitati vjerodostojnost dostavljene dokumentacije u pogledu poslovanja i imovine dužnika (čl. 35., t. 1.), pregledati prijavljene tražbine (čl. 35., t. 2.), te nakon izlaganja dužnika o prijedlogu izjašnjava se povjerenik predstečajne nagodbe (čl. 60., st. 9.). S treće strane, Pravilnik o troškovima postupka predstečajne nagodbe određuje “... a nakon što je povjerenik pristupio ispitivanju prijavljenih tražbina” (čl. 5.). Zaključno o prijavama tražbina vjerovnika povjerenik predstečajne nagodbe se ne izjašnjava (arg. čl. 35., st. 2. i čl. 60., st. 3. i 4.), nego ih samo pregledava u pogledu poslovanja i imovine ne ulazeći u njihov sadržaj (ističući primjerice, prigovor zastare potraživanja). Ovako problematičnoj regulaciji doprinosi i činjenica da je u stečajnom postupku dopuštena parnica radi utvrđenja osporenih tražbina, dok u postupku predstečajne nagodbe nema parnica pa je u najmanju ruku nedorečeno što se dalje događa s osporenim tražbinama.

postupak. Dakle, ne ulazeći detaljnije u pitanja koja su se otvorila oko donošenja ZFPPN-a i provedbe postupka predstečajne nagodbe,¹⁹ orijentirat ćemo se na ulogu nagodbenog vijeća u postupku predstečajne nagodbe, prvenstveno jer imenovanje nagodbenog vijeća od strane ministra, kao predstavnika izvršne vlasti, smatramo spornim (čl. 33. ZFPPN). Tu se pojavljuje problem čije će razmatranje biti predmet ovoga rada – predstavljaju li te odredbe kršenje ustavnog jamstva o pravu na nezavisan i nepristran sud (čl. 29., st. 1. Ustava RH²⁰ i članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda).²¹ Naime, članovi nagodbenog vijeća zaposlenici su Ministarstva financija RH i FINE, odnosno državni službenici zbog čega bi im se mogla pripisati neobjektivnost, odnosno pristranost u vođenju postupka predstečajne nagodbe budući da je Republika Hrvatska redovito na strani vjerovnika kao jedna od stranaka u postupku. Kako je nagodbeno vijeće tijelo koje odlučuje u okviru svojih nadležnosti propisanih zakonom i u okviru propisanog postupka, potpada pod pojam „suda“ u skladu s čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Štoviše, praksa pokazuje da tijelo ne mora biti dio uobičajenog sudskog aparata, čak može biti i savjetodavnog karaktera, ali mora posjedovati određene karakteristike.

3. POJAM „SUDA“ U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA

Europska konvencija u čl. 6.²² jamči pravo na pošteno suđenje kojim se između ostalog daje svakome pravo na zakonom ustanovljeni nezavisni i nepristrani sud. U predmetu *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije*²³ Europski sud je naveo:

19 Detaljnije BRKANIĆ, Vlado, Nerealna očekivanja od Zakona koji bi trebao otkloniti financijski nered, Povodom Prijedloga Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, RRIF, br. 9, 2012., str. 19-23.; PAVIČIĆ, Damir, Rokovi ispunjenja novčanih obveza prema odredbama Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, RRIF, br. 11, 2012., str. 9-23.; ŠIMUNEC, Nenad, Provedba revizije u postupku predstečajne nagodbe, RRIF, br. 11, 2012., str. 39-42.; GUZIĆ, Šime, Financijski učinci Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, RRIF, br. 11, 2012., str. 23-39.; BRKANIĆ, Vlado, Neki aspekti provedbe Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, RRIF, br. 11, 2012., str. 2-9.; ČUVELJAK, Jelena, O predstečajnoj nagodbi prema Zakonu o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, RRIF, br. 10, str. 21. *et seq.* i ĐURINOVAC, Vinka, Provedba predstečajne nagodbe, RRIF, br. 11, 2012., str. 23. *et seq.* i Savjetovanje o Zakonu o financijskom restrukturiranju i predstečajnoj nagodbi (NN, br. 108/12.), CRNIĆ, Ivica (ur.), Organizator, Zagreb, 2012.

20 NN, br. 56/90., 135/97., 8/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01., 55/01., 76/10. i 85/10.

21 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (NN-MU, br. 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06. i 2/10.) - dalje u tekstu: Europska konvencija ili Konvencija.

22 Čl. 6., st. 1.:

“Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni nezavisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. (...)”

23 *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije*, presuda, 23. lipnja 1981., Serija A, br. 43.

*"U skladu s praksom Europskog suda, korištenje izraza "sud/tribunal" može se jamčiti samo za tijelo koje zadovoljava sljedeće zahtjeve - nezavisnost od izvršne vlasti i od stranaka u postupku, trajnost dužnosti te postupovna jamstva - od kojih se nekoliko nalazi i u tekstu čl. 6., st. 1."*²⁴

Takvo stajalište Europskog suda rezultiralo je definicijom pojma sud u predmetu *Belilos protiv Švicarske*:²⁵

"... pojam "sud" određen je njegovom sudskom funkcijom što znači da on odlučuje o predmetu u okviru svoje nadležnosti, na temelju vladavine prava, a nakon provedenog postupka koji mora biti reguliran odgovarajućim propisima ... Pojam suda mora ispunjavati i sljedeće zahtjeve – nezavisnost, posebice od egzekutive; nepristranost; određeno vremensko trajanje mandata njegovih zaposlenika; postojanje postupovnih jamstava - od kojih se nekoliko nalazi i u tekstu čl. 6., st. 1."

Kada govorimo o samom radu suda potrebno je naglasiti da je bitno obilježje suda njegova nadležnost u donošenju pravno obvezujućih odluka. Sama mogućnost davanja preporuka i savjeta (koje iz toga proizlaze) nije dovoljna za njegovo uspješno djelovanje. Prema svom sastavu sud može biti sastavljen većinom ili u cijelosti od osoba koje nisu profesionalni suci. Javni službenici i pripadnici oružanih snaga mogu biti članovi upravnih i disciplinskih sudova.²⁶

Čl. 6. određuje kako mora postojati *"zakonom ustanovljeni"* sud što znači da organizacija sudstva mora biti regulirana zakonom. Dijelovi sudske organizacije, npr. posebna sudska tijela, mogu biti zakonski prepuštena izvršnoj vlasti putem delegiranja nadležnosti, pod uvjetom da se propišu odgovarajuća jamstva kako bi se spriječila proizvoljnost. Niti jedno pravo o kojemu se vodi postupak na redovnom sudu ne može se isključiti iz ove odredbe, pa i ako postoji pravna osnova za posebni sud.²⁷ U predmetu *Zand protiv Austrije*²⁸ bivša Europska komisija ustanovila je:

"Cilj i svrha odredbe u čl. 6., st. 1., kojom se zahtijeva da sudovi budu "ustanovljeni zakonom," je da organizacija sudstva u demokratskom društvu ne smije ovisiti o diskreciji izvršne vlasti nego mora biti regulirana zakonom koji dolazi iz parlamenta. Međutim, to ne znači da su delegirani propisi kao takvi neprihvatljivi u pitanjima koja se odnose na sudsku organizaciju. Čl. 6., st. 1. ne zahtijeva od zakonodavca reguliranje svakog detalja u ovom području putem zakona ukoliko zakonodavac postavi barem organizacijski okvir sudske djelatnosti."

Iz toga proizlazi kako svaki detalj vezan uz sudsku organizaciju ne mora biti uređen zakonom s tim da temeljne odredbe koje se odnose na ustrojstvo i nadležnost sudova moraju biti propisane zakonom. Pojedina pitanja mogu se delegacijom prenijeti na izvršnu vlast, s tim da ona moraju biti podložna sudskoj kontroli kako

24 MARIČIĆ, Domagoj, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Informator, br. 5423-5424, 2006., str. 21.

25 *Belilos protiv Švicarske*, presuda, 29. travnja 1988., Serija A, br. 132.

26 HARRIS, David John, *et al.*, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2009., str. 285-286.

27 *Ibid.*, str. 70.

28 *Zand protiv Austrije*, presuda, 16. svibnja 1977., br. 7360/76.

bi se izbjegla protupravna ili samovoljna djelovanja. Pojam "ustanovljen zakonom" znači ujedno i ustanovljen u skladu sa zakonom pa do povrede toga zahtjeva dolazi i ako sud ne djeluje u skladu s točno određenim zakonom kojim se propisuje njegovo djelovanje.²⁹

Zaključno možemo reći da pravo na pristup pravosuđu pretpostavlja da pravosudno tijelo kojemu je pristup osiguran ima u državi kojoj pripada svojstvo suda u smislu čl. 6., st. 1. To znači da je takvo tijelo nezavisan i nepristran sud ustanovljen zakonom. Nije dakle odlučno naziva li se to tijelo sud ili drukčije. U praksi tumačenja Europske konvencije, naglasak je stavljen na konkretna svojstva, a ne na apstraktni status takvog tijela. Izraz *tribunal*, preveden u Hrvatskoj kao sud, nužno ne implicira potrebu da osobe i tijela koje vode postupak formalno pripadaju državnoj sudbenoj vlasti ("sud" u formalnom smislu), ali se traži da u konkretnom slučaju ima svojstva nezavisnosti i nepristranosti te da njegovo ustrojstvo i rad budu propisani unaprijed određenim pravilima ("sud" u materijalnom smislu).³⁰ Europski je sud primjerice zauzeo gledište da se mogu smatrati nezavisnim i nepristranim sudom određena vojna ili zatvorska disciplinska tijela, profesionalni arbitražni sudovi, tijela nadležna za odobravanje ugovora o prodaji nekretnina, arbitražni sudovi nadležni za odlučivanje o naknadi u slučaju nacionalizacije itd.³¹

3.1. Nezavisnost suda

Zahtjevi nezavisnosti i nepristranosti međusobno su povezani do te mjere da Europski sud često zajednički odlučuje o oba postavljena zahtjeva. Možemo reći da ne postoji jasna granica između zahtjeva nezavisnosti i nepristranosti. Zbog toga su predmeti u kojima je Europski sud raspravljao o nezavisnosti sudova u velikoj većini doveli i do rasprave o njegovoj nepristranosti i obrnuto.

Većina prakse Europskog suda o zahtjevu nezavisnosti stvorena je u odlukama u kojima se raspravljalo o nezavisnosti upravnih i disciplinskih tijela. Također, nezavisnost je ispitivana i u predmetima u kojima su uobičajene sudske dužnosti povjeravane vojnim časnicima i tijelima koja mogu biti ovisna ili su usko vezana uz izvršnu vlast.³²

Uobičajeno je da se sudovi smatraju nezavisnim tijelima te se njihova nezavisnost rijetko ispituje. Nezavisnost se najčešće dovodi u pitanje kada se radi o odlučivanju nesudskih tijela. Takva tijela, također mogu odlučivati o građanskim

29 HARRIS, David John, *et al.*, *op. cit.*, str. 286.

30 UZELAC, Alan, Pravo na pošteno suđenje: opći i građanskopravni aspekti čl. 6., st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, u: Usklađenost hrvatskog zakonodavstva i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, ur. RADAČIĆ, Ivana, Centar za mirovne studije, Zagreb, 2010., str. 95.

31 V. npr. *Sramek protiv Austrije*, presuda, 26. siječnja 1984., Serija A, br. 84., *Ettl protiv Austrije*, presuda, 23. travnja 1987., Serija A, br. 117 i *Lithgow protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 8. srpnja 1986., Serija A, br. 102.

32 JANIS, Weston, Mark, *et al.*, *European Human Rights law, Text and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2008., str. 783.

pravima i obvezama ili o kaznenoj optužnici iz čl. 6. U predmetu *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*³³ Europski sud je naveo što uzima u obzir pri razmatranju zahtjeva nezavisnosti: "Pri odlučivanju je li tijelo nezavisno - konkretno od izvršne vlasti i stranaka u postupku - Europski sud ispituje način na koji se izabiru suci, trajanje njihovog mandata, postojanje zaštite od vanjskih pritisaka te doima li se takvo tijelo nezavisnim."³⁴

Stoga možemo reći kako Europski sud pri razmatranju je li sud nezavisan uzima u obzir: sastav suda i imenovanje sudaca, trajanje njihovog mandata, postojanje zaštite od vanjskih pritisaka i vanjski dojam nezavisnosti tijela koje odlučuje.³⁵

3.1.1. Sastav suda i imenovanje sudaca

Čl. 6., st. 1. ne navodi kakav točno sastav suda mora biti. On se može sastojati od sudaca, sudaca i porotnika, a postoje i druge kombinacije.³⁶

Općenito možemo reći, kao što je Europski sud i utvrdio u predmetu *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije*³⁷ da prisutnost sudaca ili pravno obrazovanih članova u sudskom tijelu najčešće predstavlja ispunjenje zahtjeva nezavisnosti. Nadalje, Europski sud je u predmetu *Langborger protiv Švedske*³⁸ utvrdio povredu čl. 6. Europske konvencije te naveo: "Kada su pojedinci kvalificirani za rješavanje pojedinog pitanja, i kada nema subjektivnih razloga za sumnju u njihov osobni integritet, važno je sačuvati izgled objektivne nezavisnosti i nepristranosti."

Taj kriterij poglavito zahtijeva da oni koji odlučuju o pojedinom pitanju ne smiju biti u vezi s bilo kojom od stranaka u postupku. Primjerice, u predmetu *Pescador Valero protiv Španjolske*³⁹ sudac je bio zaposlen i kod stranke u postupku, a u *Sigurdsson protiv Islanda*⁴⁰ suprug sutkinje bio je dužnik jedne od stranaka što je bio dostatan razlog Europskom sudu za utvrđivanje povrede čl. 6.⁴¹

Nadalje, činjenica da djelatnike suda ili sudskih tijela izabire izvršna vlast sama po sebi ne predstavlja povredu Europske konvencije, ona je dopuštena i uobičajena.⁴²

33 *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. lipnja 1984., Serija A, br. 80.

34 HARRIS, David John, *et al.*, *op. cit.*, str. 287.

35 PETTITI, Louis-Edmond, DECAUX, Emanuel, IMBERT, Pierre-Henri La Convention européenne des droits de l' homme, Commentaire article par article, Economica, Paris, 1999., str. 260.

36 GOMIEN, Donna, HARRIS, David, ZWAAK, Leo, Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1996., str. 169-170.

37 *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije*, presuda, 23. lipnja 1981., Serija A, br. 43.

38 *Langborger protiv Švedske*, presuda, 22. lipnja 1989., Serija A, br. 155.

39 *Pescador Valero protiv Španjolske*, presuda, 17. lipnja 2003., Reports of Judgments and Decisions 2003-VII.

40 *Sigurdsson protiv Islanda*, presuda, 10. ožujka 2003., Reports of Judgments and Decisions 2003-IV.

41 GOMIEN, Donna, Europska konvencija o ljudskim pravima, Naklada, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2007., str. 92.

42 V. primjerice, *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. lipnja 1984., Serija A, br. 80., *Belilos protiv Švicarske*, presuda, 29. ožujka 1988., Serija A, br. 132.

U predmetu *Zand protiv Austrije*⁴³ Europski sud zaključio je da je za povredu nezavisnosti sudaca iz čl. 6., zbog načina na koji se oni izabiru, potrebno dokazati da je: "način na koji je sudac izabran nezadovoljavajući u cijelosti ili da je sastav suda takav da bi mogao utjecati na donošenje odluke u konkretnom predmetu."⁴⁴

3.1.2. Trajanje mandata sudaca

Ako su suci ili osobe koje odlučuju u drugim sudskim tijelima izabrane na vremenski određeni mandat, takav postupak predstavlja jamstvo nezavisnosti. U predmetu *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije*⁴⁵ između ostalog Europski sud odlučio je da mandat članova Žalbenog vijeća u trajanju od šest godina predstavlja jamstvo nezavisnosti. U *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁴⁶ zatvorski odbor za posjetitelje birao se na tri godine. Iako je to relativno kratko vrijeme, Europski sud je uzeo u obzir činjenicu da je to neplaćeni posao te da je teško doći do volontera koji bi ga obavljali pa zbog toga nije došlo do povrede čl. 6.⁴⁷

3.1.3. Postojanje zaštite od vanjskih pritisaka

Odredba čl. 6., st. 1. o nezavisnosti i nepristranosti temelji se na načelu diobe vlasti, ali niti Europska konvencija niti Europski sud ne navode sredstva za ostvarenje tog zahtjeva. Međutim, očito je iz sudske prakse da se ni zakonodavna ni izvršna vlast ne smiju miješati u djelovanje sudova. U predmetu *Beaumont protiv Francuske*⁴⁸ postavljeno je pitanje podjele vlasti kada je *Conseil d'Etat* zatražio od ministra vanjskih poslova tumačenje ugovora i na temelju njega odbio tužbu. Europski sud je tu zaključio da je došlo do povrede podnositeljevog prava na pošteno suđenje jer to predstavlja povredu nezavisnosti: "Samo tijelo koje ima punu jurisdikciju i zadovoljava mnogobrojne zahtjeve, između kojih je i zahtjev nezavisnosti od izvršne vlasti, a i nezavisnost od stranaka u postupku, može se nazvati "sdom" u smislu čl. 6."

3.1.4. Vanjski dojam nezavisnosti tijela koje odlučuje

Pitanje doima li se tijelo koje odlučuje o predmetu nezavisnim odnosi se na tzv. objektivni kriterij koji je Europski sud postavio u predmetu *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.⁴⁹ Zahtjevi koji proizlaze iz takvog kriterija uglavnom su institucionalne naravi i traže odvojenost vlasti u okviru ustavnog uređenja države. Odvojenost sudske od izvršne vlasti nužno je za osiguranje njezine nezavisnosti, a za

43 *Zand protiv Austrije*, presuda, 16. svibnja 1977., br. 7360/76.

44 HARRIS, David John, *et al.*, *op. cit.*, str. 287.

45 *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije*, presuda, 23. lipnja 1981., Serija A, br. 43.

46 *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. lipnja 1984., Serija A, br. 80.

47 NUALA, Mole, HARBY, Catharina, *op. cit.*, str. 31.

48 *Beaumont protiv Francuske*, presuda, 24. studeni 1994. Serija A, br. 296-B.

49 *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. lipnja 1984., Serija A, br. 80.

to je potrebna i nezavisnost samih tijela koja provode sudsku vlast. Tu ključnu ulogu ima pozicija suca: ako vlada ili druga tijela vlasti mogu bilo kada smijeniti suce, njihova institucionalna nezavisnost bit će povrijeđena. Nadalje, u suprotnosti s čl. 6. je i situacija u kojoj su suci ili sudovi pod utjecajem ili nadzorom nesudskih tijela. Takva situacija odnosi se na nadzor nad plaćama sudaca, na mogućnost izdavanja uputa sudovima od strane drugih vlasti, ili prijetnje sucima da će ih se premjestiti na druga radna mjesta, ako njihove odluke ne budu sukladne s očekivanjima ili navedenim uputama.⁵⁰ Međutim, ako se tijelo koje odlučuje o građanskim pravima i obvezama⁵¹ ne može smatrati nezavisnim zbog povrede vanjskog dojma nezavisnosti onda ipak neće doći do povrede čl. 6., st. 1., ako njegove odluke preispituje sudsko tijelo koje ima punu jurisdikciju i potpada pod pojam suda prema sudskoj praksi Europskog suda.⁵²

U predmetu *Sramek protiv Austrije*⁵³ došlo je do povrede čl. 6. jer je član tribunala bio javni službenik čiji je nadređeni bio zastupnik vlade u ovom predmetu. Europski sud ovdje nije ispitivao nadležnost nadređenog člana tribunala u smislu ovlasti na izdavanje uputa za njegov rad, jer takva situacija sama po sebi predstavlja "legitimnu sumnju" o nezavisnosti člana tribunala u odnosu na stranke.⁵⁴ U *Procola protiv Luksemburga*⁵⁵ sudac je obavljao i savjetodavnu i sudsku dužnost u istom predmetu. U *McGonnell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁵⁶ sudac koji je predsjedao u žalbenom postupku koji se vodio zbog postupka planiranja, sudjelovao je i u usvajanju takvog razvojnog plana unutar parlamenta te je Europski sud i tu utvrdio povredu nezavisnosti. Nasuprot tomu u predmetu *Kleyn protiv Nizozemske*⁵⁷ nije došlo do povrede čl. 6., iako se radilo o sličnoj situaciji. Ovdje je sudac sudjelovao u dva postupka (savjetodavnom i sudskom), ali je njegova savjetodavna uloga bila puno značajnija od one koju je imao pri donošenju sudske odluke.⁵⁸

Zaključno možemo reći da Europski sud pri korištenju objektivnog kriterija u odlučivanju doima li se tijelo koje odlučuje nezavisnim detaljno ispituje činjenice svakog konkretnog slučaja i tek tada primjena objektivnog kriterija može dati potvrđan ili negativan odgovor u odnosu na nezavisnost toga tijela.

50 GOMIEN, Donna, HARRIS, David, ZWAAK, Leo, *op. cit.*, str. 169.

51 Prema čl. 6. prava i obveze građanske naravi moraju se tumačiti u skladu sa sudskom praksom Europskog suda. Tako pojam građanskog postupka u nacionalnim zakonodavstvima država ugovornica Europske konvencije ne možemo poistovjetiti s pojmom građanskog postupka prema Europskoj konvenciji.

52 LEACH, Philip, *Taking a Case to European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011., str. 289.

53 *Sramek protiv Austrije*, 22. listopada 1984., Serija A, br. 84.

54 HARRIS, David John, *et al.*, *op. cit.*, str. 288.

55 *Procola protiv Luksemburga*, presuda, 28. rujna 1995., Serija A, br. 326.

56 *McGonnell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 8. veljače 2000., Reports of Judgments and Decisions 2000-II.

57 *Kleyn protiv Nizozemske*, presuda, 6. svibnja 2003., Reports of Judgments and Decisions 2003-VI.

58 NUALA, Mole, HARBY Catharina, *The right to a fair trial, A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, No. 3., Council of Europe, Strasbourg, 2006., str. 288.

3.2. Nepristranost suda

Kada govorimo o nepristranosti smatra se da sud ne smije biti opterećen predrasudama u vezi s odlukom koju donosi. U sudnici ne smije biti pod utjecajem vanjskih informacija, stajališta javnosti ili kakvog drugog pritiska. Svoje mišljenje isključivo temelji na onome što je izneseno na suđenju.

Nepristranost pretpostavlja nepostojanje "predrasuda ili pristranosti" kao što je to utvrđeno u predmetu *Piersac protiv Belgije*.⁵⁹ U predmetu *Hauschildt protiv Danske*⁶⁰ Europski sud je utvrdio da je za nepristranost suda potrebno ispunjenje objektivnog i subjektivnog kriterija:⁶¹ "Postojanje nepristranosti u smislu čl. 6., st. 1. mora biti utvrđeno prema subjektivnom kriteriju, što znači na temelju osobnog uvjerenja suca koji odlučuje o predmetu, i na temelju objektivnog kriterija kojim se isključuje postojanje bilo kakve opravdane sumnje u njegovo takvo odlučivanje." Da bi se dokazala subjektivna nepristranost, Europski sud zahtijeva dokaze konkretne pristranosti. Osobna nepristranost sudaca pretpostavlja se dok se ne dokaže suprotno. Ovo je vrlo snažna pretpostavka i u praksi ju je vrlo teško dokazati.

Kada je riječ o objektivnom kriteriju, Europski sud je u predmetu *Fey protiv Austrije*⁶² izjavio:

"U okviru objektivnog kriterija mora se odrediti, u potpunosti odvojeno od osobnog ponašanja suca, postoje li činjenice koje mogu dovesti u sumnju njegovu nepristranost. U tom pogledu čak i dojam može imati izvjesnu važnost. Ono što je ovdje važno je povjerenje koje sudovi u demokratskom društvu moraju ulijevati javnosti ...".

Europski sud sasvim je jasno stavio do znanja, da se svaki sudac za kojeg postoji legitiman razlog za bojazan da nije nepristran, mora povući.⁶³

3.2.1. Različite uloge sudaca

Veliki broj predmeta iz sudske prakse u vezi s nepristranosti odnosi se na situacije kada sudac ima različite postupovne uloge tijekom postupka.⁶⁴ Ovdje je Europski sud većinom odlučivao o nepristranosti u kaznenim postupcima, ali ti kriteriji i načela protežu se i na građanske postupke. Također, Europski sud pod pojam građanskih postupka podvodi i upravne postupke.

59 *Piersac protiv Belgije*, presuda, 1. listopada 1982., Serija A, br. 53.

60 *Hauschildt protiv Danske*, presuda, 24. svibnja 1989., Serija A, br. 154.

61 *V. Driza protiv Albanije*, presuda, 13. studeni 2007., br. 33771/02.

62 *Fey protiv Austrije*, presuda, 24. veljače 1992., Serija A, br. 255 – A.

63 LOUCAIDES, Loukis, Judge Loukis Loucaides: an alternative view on the jurisprudence of the European Court of Human Rights: a collection of separate opinions (1998-2007), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2008., str. 121-122.

64 NUALA, Mole, HARBY, Catharina, Pravo na pošteno suđenje, IMTEC, Sarajevo, 2005., str. 66-67.

U predmetu *Piersack protiv Belgije*⁶⁵ sudac koji je sudio u postupku protiv podnositelja prije toga bio je član odjela koji je proveo istragu u tom predmetu i podnio tužbu protiv njega. Europski sud smatrao je da je time došlo do povrede čl. 6. i to na temelju povrede objektivnog kriterija: "ako pojedinac obavlja dužnosti u uredu državnog odvjetnika, a kasnije odlučuje o istom predmetu u ulozi suca onda je opravdan strah javnosti da takav sudac neće zadovoljiti zahtjeve nepristranosti." Stoga je zaključio kako nije zadovoljen zahtjev nepristranosti jer sastav suda koji je trebao odlučiti o optužbi ide u prilog tužiteljstvu.⁶⁶

U presudama koje su uslijedile nakon predmeta *Piersack* Europski sud je razmatrao utječe li prethodno sudjelovanje sudaca u razmatranju o predmetu na njegovu nepristranost povodom donošenja odluke u samom postupku. U svakom takvom predmetu, ispitivao je ulogu suca u stadiju postupka koji je prethodio samom suđenju. Tu je utvrđivao je li njegova uloga već u tom stadiju postupka dovela do stvaranja njegove odluke o podnositeljevoj krivnji.

U predmetu *De Cubber protiv Belgije*⁶⁷ jedan od triju sudaca koji je sudio podnositelju za prijevaru, prethodno je provodio istražne radnje u tom predmetu kao istražni sudac. Istražni sudac zadužen je prema belgijskom pravu za "pozivanje optuženog pred sud ili za određivanje njegovog pritvaranja, prisutnost optuženog na suđenju ili za njegovo uhićenje. Europski sud je smatrao da istražni sudac ima mnogo sličnih dužnosti kao i tužitelj i barem formalno je pod nadzorom državnog odvjetnika. U ovom je predmetu sudac čija se pristranost ispitivala obavljao takve dužnosti. Uz to, obavljao ih je i u tajnosti. Budući da je sudac bio već dobro upoznat s detaljima predmeta, bio je opravdan strah optuženoga da je taj sudac stvorio odluku o njegovoj krivnji ili nevinosti. Također, takav sudac nema uobičajeni utjecaj na donošenje odluke u postupku jer, između ostalog, mora ispitivati i svoje odluke koje je donio obavljajući dužnost istražnog suca. Dakle, zaključeno je da je povrijeđeno podnositeljevo pravo na nezavisan i nepristran sud.

Presuda u predmetu *De Cubber* stvorila je probleme sudskim sustavima u državama u kojima je uobičajeno da zbog ograničenog broja osoblja suci koji odlučuju o predmetu obavljaju različite dužnosti u različitim stadijima postupka. Predmet *Oberschlick br. 1 protiv Austrije*⁶⁸ odnosio se na postupak pred žalbenim sudom u kojemu su sudjelovala trojica sudaca, koji su ranije sudjelovali u donošenju odluke prvostupanjskog suda. Europski sud ustanovio je da to predstavlja povredu prava na nepristran sud. Nakon toga je razvio praksu po kojoj je rješavao takve predmete. U predmetu *Hauschildt protiv Danske*⁶⁹ Europski sud je utvrdio da danskog suca nisu spriječile u odlučivanju njegove prethodne odluke u kaznenom postupku, uključujući i odluku o pritvoru. U Danskoj, za razliku od Belgije ne postoji istražni

65 *Piersack protiv Belgije*, presuda, 1. listopada 1982., Serija A, br. 53.

66 BERGER, Vincent, PETITI, Luis-Edmond, *Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l' homme*, Paris, Sirey, 2007., str. 233.

67 *De Cubber protiv Belgije*, presuda, 26. listopada 1984., Serija A, br. 86.

68 *Oberschlick br. 1 protiv Austrije*, presuda, 23. svibnja 1991., Serija A, br. 204.

69 *Hauschildt protiv Danske*, presuda, 24. svibnja 1989., Serija A, br. 154.

sudac. Istragu i progon počinitelja kaznenih djela u potpunosti provodi policija i tužiteljstvo. Sudac u tom stadiju postupka odlučuje samo jesu li predloženi dokazi koji opravdavaju pritvaranje. Sve to ne navodi na isti zaključak koji je Europski sud donio u predmetu *De Cubber*. U predmetu *Hauschildt* sudac je nekoliko puta odlučivao o produženju pritvora na temelju "izričito utvrđene sumnje". Europski sud je iznio da su razlike između ove odluke i one koju je sudac morao donijeti u kaznenom postupku bile neznatne, te je došlo do povrede čl. 6.

U predmetu *Delcourt protiv Belgije*⁷⁰ podnositelj se žalio na sudjelovanje *Avocate generale*, člana državnog odvjetništva u Belgiji, u odluci o žalbi koju je donio belgijski Kasacijski sud u kaznenom postupku protiv podnositelja. *Avocate generale* podnio je svoje mišljenje o predmetu nakon saslušanja stranaka te je sudjelovao u odlučivanju tog suda. Europski sud je smatrao da takvo postupanje nije ugrozilo nezavisnost i nepristranost Kasacijskog suda. Utvrdio je da odjel ureda državnog odvjetnika koji je sudjelovao u odluci suda nije ovisio o odjelu tog ureda koji je bio zadužen za progon podnositelja. Kao takav bio je nepristran savjetnik sudu. Međutim 1991. takav belgijski postupak uspješno je osporen pred Europskim sudom u predmetu *Borgers protiv Belgije*.⁷¹

Stajalište koje je Europski sud zauzeo u predmetu *Borgers* prošireno je i na građanske predmete u *Lobo Machado protiv Portugala*.⁷² Tu je zamjenik državnog odvjetnika podnio Vrhovnom sudu prethodnu preporuku na žalbu i sudjelovao u odlučivanju povodom te žalbe. Postupak se vodio povodom tužbe zbog zapošljavanja koja je podnesena protiv državne firme.⁷³

Tako možemo zaključiti da sama činjenica da je sudac prethodno imao veze s podnositeljem nije dostatna sama po sebi da bi predstavljala povredu čl. 6. Potrebne su posebne pretpostavke, poput onih opisanih u gore navedenim predmetima koje predstavljaju odlučivanje na temelju činjenica koje se ne nalaze samo u spisu predmeta.

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Geneza pojma „sud“ potvrđuje tezu da je Europska konvencija živući instrument, odnosno da se praksa Europskog suda vezana uz čl. 6. i pojam suda postupno razvijala tijekom godina te da danas obuhvaća još uvijek rastući raspon sudskih postupaka.⁷⁴ Ipak nesporno je da za koncept nezavisnog i nepristranog suda

70 *Delcourt protiv Belgije*, presuda, 17. siječnja 1970., Serija A., br. 11.

71 *Borgers protiv Belgije*, presuda, 30. listopada 1991., Serija A, br. 214- B.

72 *Lobo Machado protiv Portugala*, presuda, 20. veljače 1996., Reports 1996-I.

73 JANIS, Weston, Mark, *et al.*, *op. cit.*, str. 769-774.

74 Primjerice, postavilo se pitanje potpada li stečajni postupak pod primjenu čl. 6. Europske konvencije u predmetu *Baćić protiv Hrvatske*, presuda, 19. lipnja 2008., br. 43595/06, Hrvatska Vlada je utvrdila da čl. 6., st. 1. Europske konvencije nije primjenjiv na stečajni postupak, budući da to nije sporni postupak i da u takvom postupku sudovi ne presuđuju o zahtjevima stranaka, već samo utvrđuje imovinu stečajnog dužnika. Kako se prava iz čl.

postoji široka i ustaljena sudska praksa u skladu s kojom možemo zaključiti da nagodbeno vijeće u okviru FINE, kao pravne osobe s javnim ovlastima, potpada pod pojam „suda“.⁷⁵ U ovom kontekstu pojam „sud“ u čl. 6., st. 1. ne treba nužno shvatiti kao sud u klasičnom smislu, koji je integriran u standardni sudski aparat određene zemlje (v. čl. 2. Zakona o sudovima),⁷⁶ već kao tijelo koje odlučuje o pitanjima u okviru svoje nadležnosti na temelju pravnih pravila i nakon postupka koji se sprovodi na način kao što je propisano. Dakle, tijela koja nisu sudovi mogu vršiti funkcije koje odlučujuće utječu na građanska prava. Taj koncept treba zadovoljiti i druge kriterije, prvenstveno kriterij nepristranosti i nezavisnosti. Lingvistička metoda analize ZFPPN-a ukazuje da o nagodbenom vijeću ne ovisi hoće li doći do predstečajne nagodbe. Cilj je zakonodavca da postupak u potpunosti ovisi o volji vjerovnika i dužnika, s obzirom na to da nagodbeno vijeće u cijelom postupku predstečajne nagodbe normativno ima tek formalnu ulogu. Ipak, indikativna metoda utvrđivanja činjenica, ali i desetljeće iskustva autora u stečajnim predmetima ukazuje na činjenicu da će vijeće imati veliku i odgovornu ulogu kao posrednik koji mora stvoriti uvjete da bi do dogovora između dužnika i vjerovnika došlo te voditi postupak u kojemu će dužnik i vjerovnik moći pregovarati i konačno postići dogovor. Dakle, iz takve perspektive treba promatrati ulogu nagodbenog vijeća u okviru FINE. Mišljenja smo da kriterij nepristranosti u konkretnom slučaju nije sporan, dok s druge strane pojam nezavisnosti, prvenstveno od izvršne vlasti i stranaka u predmetu, potencijalno može biti predmet rasprave. Postoji više razloga za to. Naime, kada odlučuje o tomu je li neki „sud nezavisan“, Europski sud uzima u obzir sljedeće kriterije:⁷⁷ način postavljanja njegovih članova; trajanje njihovog mandata; kako se „suci“ štite od vanjskog utjecaja te ostavlja li se dojam nezavisnog tijela.

Naveli smo da Europska konvencija daje jasne smjernice u odnosu na kriterije koji se primjenjuju pri imenovanju, međutim ne daju odgovor na pitanje koji bi državni organ u pravilu trebao imenovati suce i na koji način. Nesumnjivo proizlazi primarni zahtjev da se postupkom imenovanja mora osigurati nezavisnost i to primjenom objektivnog kriterija. U konkretnom slučaju činjenica da izvršna

6. ne odnose na sve sudske postupke na nacionalnoj razini, Europski sud je taj koji će u konačnici odlučiti na osnovi kriterija koje je sam odredio, radi li se o postupku koji potpada pod kategoriju građanskih prava i obveza. U pogledu potpadanja stečajnog postupka pod kategoriju građanskih prava i obveza judikatura je više puta utvrdila kao neupitno. V. *Arg. S.p.r.l. ANCA i ostali protiv Belgije*, odluka, 10. prosinca 1984., br. 10259/83, *Interfina and Christian della Faille d'Huyse protiv Belgije*, odluka, 4. svibnja 1987., br. 11101/84.; *Ceteroni protiv Italije*, presuda, 15. studeni 1996., Reports of Judgments and Decisions 1996-V; *Bassani protiv Italije*, presuda, 11. prosinca 2003., br. 47778/99; *Capital Bank AD protiv Bugarske*, presuda, 24. studeni 2005., br. 49429/99; te *Sukobljević protiv Hrvatske*, 2. studeni 2006., br. 5129/03.

75 *V. Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije*, presuda, 23. lipnja 1981., Serija A, br. 43, *Belilos protiv Švicarske*, presuda, 29. travnja 1988., Serija A, br. 132, *Zand protiv Austrije*, presuda, 16. svibnja 1977., br. 7360/76.

76 NN, br. 150/05., 16/07., 113/08., 153/09., 116/10., 122/10., 27/11., 57/11. i 130/11.

77 *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. lipnja 1984, Serija A, br. 80.

vlast, odnosno ministar financija, diskrecijski postavlja članove nagodbenog vijeća (čl. 33. ZFPPN) u predmetima gdje je Republika Hrvatska stranka, i u pravilu je najveći vjerovnik, predstavlja povredu čl. 6. Europske konvencije. Nagodbeno vijeće ne smije biti u podređenom položaju u odnosu na javnu vlast, odnosno predstavnik vlade hijerarhijski ne smije biti nadređen članovima nagodbenog vijeća prvenstveno jer načelo nezavisnosti sudstva proizlazi iz osnovnog načela podjele vlasti što po sebi podrazumijeva zabranu međusobnog uplitanja. Međutim, treba istaknuti da nezavisnost ne isključuje u potpunosti mogućnost izbora sudaca od strane izvršne vlasti. Ipak da bi se spriječio utjecaj političkih interesa i zaštita protiv pogrešno motiviranih imenovanja, takva imenovanja su moguća isključivo kada se postupak povjeri nezavisnom tijelu, što u konkretnom slučaju nije napravljeno. Osim što nisu osigurani transparentni elementi imenovanja i odabir članova nagodbenog vijeća (čl. 33. ZFPPN), nisu se uspostavila niti jasna pravila o razrješenju članova nagodbenog vijeća, odnosno njihovoj odgovornosti uslijed ozbiljnih nepravilnosti u radu, počinjenju disciplinskog ili kaznenog djela, kao i nesposobnosti za obavljanje navedene dužnosti. Dakle, opravdano se može postaviti pitanje nezavisnosti osoba koje su članovi nagodbenog vijeća. Nadalje, pitanje trajanja mandata članova nagodbenog vijeća također je sporno. Članovima nagodbenog vijeća odlukom o imenovanju nije osiguran, tzv. element stalnosti u vršenju svoje funkcije jer je obavljaju u okviru radnog mjesta djelatnika FINE. U praksi privremenost obavljanja funkcije implicira djelovanje pod uvjetom i stavlja članove nagodbenog vijeća u nezaštićen položaj i u odnosu na pritiske iz same FINE i na vanjske pritiske. Zaključno, iako međunarodni standardi⁷⁸ ne propisuju jedinstvenu metodu imenovanja osoba „sudaca“, ipak ukazuju na određene aspekte imenovanja na koje je neophodno obratiti posebnu pažnju, osobito one koji se odnose na ulogu izvršne i zakonodavne vlasti, te karakteristike tijela nadležnog za imenovanja. Štoviše, osim prethodno navedenih objektivnih kriterija, važnu ulogu u poštivanju načela nezavisnosti ima i subjektivni trenutak, odnosno dojam koje tijelo ostavlja. I tu možemo zaključiti da se ne pridonosi nezavisnosti nagodbenog vijeća. Naime, donošenjem ZFPPN-a uočljivo je postojanje opasnosti da će ovakva, u mnogome djelomična i nedorečena rješenja izazvati dodatnu zbrku i pojačati pravnu nesigurnost koja će se morati sanirati novim izmjenama i dopunama postojećih zakona. Stoga osim činjenice da pravna teorija izražava sumnje u ustavnost Zakona,

78 Tu ne mislimo samo na Europsku konvenciju, već i, primjerice, na Osnovna načela o nezavisnosti pravosuđa, (UN 1985.) (*U.N. Basic Principles on the Independence of the Judiciary Adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26 August to 6 September 1985 and endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985.*), Preporuku Odbora ministara Vijeća Europe br. R (94) 12 o nezavisnosti, efikasnosti i ulozi sudaca, Europsku povelja o statutu sudaca, Strasbourg, 8-10. srpnja 1998. Načelo nezavisnosti sudstva proizlazi iz osnovnog načela vladavine prava, dakle ono je inherentno i Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima (NN-MU, br. 12/93.), Prvi fakultativni Protokol od 1995. (NN-MU, br. 7/95.) i drugi fakultativni Protokol od 1995. (NN-MU, br. 11/95.).

ali i cilja koji se želi postići ZFPPN-om,⁷⁹ Vlada RH je, čini se zbog straha da dugo najavljivani ZFPPN ne doživi potpuni krah, odlučila, već nakon samo 70-ak dana od primjene temeljito intervenirati u zakon na način da je donijela Uredbu o izmjenama i dopunama Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (NN, br. 144/12. stupilo na snagu odmah, tj. 21.12.2012.). Očigledno je u pitanju bila velika hitnost, jer nije uobičajeno da se nižim pravnim aktom mijenjaju odredbe višeg pravnog akta kao što nije uobičajeno da Vlada donosi odluke iz nadležnosti Hrvatskog sabora. Konačno, nije uobičajeno da navedena Uredba ima 40 članaka, što je više od 40% od ZFPPN-a koji ima 93 članka.⁸⁰

79 DIKA, Mihajlo, Predstečajna nagodba: pretpostavke, pokretanje, tijela, sudionici, provedba postupka, učinci, stavljanje izvan snage, s. 54., u: Savjetovanje o Zakonu o financijskom restrukturiranju ...*cit.*

80 U rješavanju navedenog problema svakako može poslužiti slovensko iskustvo. Naime, cjelokupnu materiju financijskog poslovanja, kao i insolventijskog prava slovenski zakonodavac ugradio je u Zakon o financijskom poslovanju, postupcima povodom insolventnosti i prisilnom prestanku (slov. *Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju* - dalje: ZFPPIPP). On u 500 članaka regulira: financijsko poslovanje, postupke povodom insolventnosti pravnih i fizičkih osoba (postupak prisilne nagodbe i stečajne postupke) te postupke prisilnog prestanka pravnih osoba (brisanje iz sudskog registra bez likvidacije i prisilna likvidacija). Poglavlja su: a) opće odredbe (čl. 1.-26.), b) financijsko poslovanje društava i drugih pravnih osoba (čl. 27.-44.), c) zajednička pravila o postupcima povodom insolventnosti (čl. 45.-134.), d) postupak prisilne nagodbe (čl. 135.-221.), e) stečajni postupci (čl. 222.-418.), f) brisanje iz sudskog registra bez likvidacije (čl. 424.-444.), g) postupci povodom insolventnosti s međunarodnim elementom (čl. 445.-488.), h) kaznene odredbe (čl. 489.-492.) te i) prijelazne i završne odredbe (čl. 493.- 500.). Konceptijski plan financijske reorganizacije dio je prisilne nagodbe (slov. *postopek prisilne poravnave*) koja se može izvesti samo prije, odnosno izvan stečaja. Bitno je da je postupak financijske reorganizacije dužnika u isključivoj stvarnoj nadležnosti okružnog suda (Novela ZFPPIPP-C Ur.l. RS, št. 52/2010, koja važi od 01.09.2010.).

Summary

THE ROLE OF PRE-BANKRUPTCY COUNCIL IN THE PRE-BANKRUPTCY SETTLEMENT PROCEDURE FROM THE PERSPECTIVE OF ARTICLE 6 OF THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS

The Croatian Financial Agency (hereinafter: FINA) constitutes the key element in a number of important state projects. For instance, it participated in 2002 in the pension reform; 2002 in the payment system reform; 2003 in the sale of assets of the debtor as a whole; 2005 within the HITRO.HR reform; 2006 in the reform of Records of the Courts and Notarial insurance; 2007 in support of e-documents; 2010 within the system of Registry employees in the public sector; 2011 in the reform of the procedure for enforcement of the monetary funds and 2012 in the reform of the procedure for pre-bankruptcy settlement, to name but a few. The authors focus on questions concerning FINA's role within the pre-bankruptcy settlement, especially having in mind that the bodies in the proceeding of pre-bankruptcy settlements are the Pre-Bankruptcy Council and the trustee of the pre-bankruptcy settlement. The proceeding is conducted in FINA's regional centre where the Pre-Bankruptcy Council is appointed. The latter consists of two members and the President of the Council who deliver the decision in the proceeding and are appointed by the Minister of Finance. The role of the Pre-Bankruptcy Council in the pre-bankruptcy settlement procedure is a formal one, since it does not decide whether the settlement will be concluded at the end, nor does it decide on mutual rights and obligations of the parties to the proceeding. The Legislative Council's role is to run the proceeding, assure that proceeding is within the legal framework and to guide the parties to come to an agreement in order to regulate the mutual rights and obligations. The Pre-Bankruptcy Council's role is more a role of an arbitrator or conciliator between the parties. Nevertheless, in view of the fact that the Republic of Croatia, as a party to the pre-bankruptcy settlement accounts for the largest creditor, the authors bring the objectivity and impartiality of the persons who are members of the Pre-Bankruptcy Council into question. Moreover, members of the Council are appointed by one of the parties to the proceeding, that is, often the creditor with highest rights on debtor's property. These assumptions are even more important considering the role of the Pre-Bankruptcy Council as party in the pre-bankruptcy settlement through the lens of Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

This paper consists of two parts. The first part analyzes the issue of legal status of Pre-Bankruptcy Council in the pre-bankruptcy settlement. The second part is based on an analysis of the terms "independent and impartial tribunal" as set out in Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and explains the case law of the European Court of Human

Rights, bearing in mind that those terms have autonomous meaning. With this in mind, the main goal is to establish whether the Pre-Bankruptcy Council is a tribunal under the meaning of Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and if so, can it be called independent and impartial.

Key words: Pre-Bankruptcy Council, pre-bankruptcy settlement, independent and impartial tribunal, Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Zusammenfassung

ÜBER DIE POSITION DES AUSGLEICHsverFAHRENSRATES IN VORINSOLVENZlichen AUSGLEICHsverFAHREN AUS DER PERSPEKTIVE DES ARTIKELS 6 DER EUROPÄISCHEN KONVENTION ZUM SCHUTZE DER MENSCHENRECHTE UND GRUNDFREIHEITEN

Die Finanzagentur (FINA) ist dem Staat ein Partner bei zahlreichen wichtigen Projekten, so dass sie auch am Folgenden teilgenommen hat: im Jahr 2002 im Rahmen der Pensions- und der Zahlungsverkehrsreform, im Jahr 2003 im Rahmen des Verkaufs des Eigentums als Ganzheit des Insolvenzschuldners, 2005 im Rahmen des Dienstes HITRO.HR, 2006 im Rahmen des Registers für gerichtliche und notarielle Sicherung, 2007 im Rahmen der Unterstützung des elektronischen Aktensystems, 2010 im Rahmen des Systems des Registers von Angestellten im öffentlichen Dienst, 2011 im Rahmen der Durchführung von Vollstreckungsverfahren bei Geldmitteln und 2012 im Rahmen der Durchführung des vorinsolvenzlichen Ausgleichsverfahrens. Die Autoren werden sich aber auf manche Fragen über die Rolle von FINA im vorinsolvenzlichen Ausgleichsverfahren konzentrieren. Die Organe im vorinsolvenzlichen Ausgleichsverfahren sind nämlich der Ausgleichsverfahrensrat und der Gläubiger des vorinsolvenzlichen Ausgleichsverfahrens. Das Verfahren wird in FINA im örtlich zuständigen regionalen Zentrum geführt, wo auch der Ausgleichsverfahrensrat sitzt. Der Ausgleichsverfahrensrat besteht aus zwei Mitgliedern und einem Präsidenten, welche Entscheidungen im Verfahren treffen, und welche vom Minister für Finanzen ernannt werden. Die Rolle des Ausgleichsverfahrensrates im vorinsolvenzlichen Ausgleichsverfahren hat einen formal-rechtlichen Charakter, da er weder darüber entscheidet, ob der Ausgleich am Ende zu Stande kommt noch über gegenseitige Rechte und Verpflichtungen von Parteien im Verfahren. Die gesetzliche Rolle des Rats ist die Führung des Verfahrens, die Achtung, dass das Verfahren in gesetzlichen Rahmen durchgeführt wird und die Richtung der Parteien auf das Übereinkommen

über die Regelung gegenseitiger Rechte und Verpflichtungen. Im Falle, dass es zum Übereinkommen kommt, wird der Ausgleich nicht vor dem Ausgleichsverfahrensrat abgeschlossen, sondern vor dem örtlich zuständigen Handelsgericht gemäß dem Sitz des Schuldners. Auf diese Art und Weise hat man, wenigstens nach Worten des Gesetzesvorschlägers und eines Teils der Rechtstheorie, die Rolle des Rats als das über die gegenseitigen Rechte und Verpflichtungen des Schuldners und seiner Gläubiger entscheidende Organ vermieden. Die Rolle des Ausgleichsverfahrensrates wird mehr zur Rolle des Schiedsrichters beziehungsweise des Versöhners. Die Autoren können aber die Tatsache, dass die Republik Kroatien als Partei im vorinsolvenzlichen Ausgleichsverfahren in der Regel der größte Gläubiger ist, nicht vermeiden, so dass man rechtfertigend die Frage stellen kann, ob die Mitglieder des Ausgleichsverfahrensrates objektiv und unparteiisch sind. Vielmehr, die Mitglieder des Vergleichsrates werden von einer Verfahrenspartei ernannt, und diese Partei ist sehr oft der Gläubiger, welcher die größten Rechten auf Eigentum des Schuldners im vorinsolvenzlichen Verfahren hat. Die obige These gewinnt auch an Wichtigkeit, wenn wir die Rolle von FINA als Subjekt im vorinsolvenzlichen Ausgleichsverfahren durch den Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention analysieren. Die Arbeit besteht aus zwei Teilen. Der erste Teil analysiert manche Fragen der rechtlichen Position von FINA im vorinsolvenzlichen Ausgleichsverfahren. Der andere Teil der Arbeit, indem sie die Tatsache, dass manche in der Europäischen Konvention genannten Begriffe eine autonome Bedeutung haben, in Betracht zieht, analysiert den im Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention genannten und in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte erklärten Begriff des „unabhängigen und unparteiischen Gerichts“. Das Ziel ist die Feststellung, ob die rechtliche Position von FINA dem Begriff „Gericht“ im Einklang mit der Auffassung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zugeordnet werden kann, und wenn ja, ob sie die notwendigen Charakteristiken der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit besitzt.

Schlüsselwörter: *vorinsolvenzliches Ausgleichsverfahren, FINA, Gericht, Unparteilichkeit, Unabhängigkeit, Art.6 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten.*

Riassunto

IL RUOLO DEL CONSIGLIO PREFALLIMENTARE NEI PROCEDIMENTI DI ACCORDI PREFALLIMENTARI ALLA LUCE DELL'ART. 6 DELLA CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI

L'agenzia finanziaria (FINA) è partner dello stato in numerosi importanti progetti. Così, nel 2002 nell'ambito della riforma pensionistica; nel 2003 nell'ambito della riforma dei pagamenti; nel 2003 nell'ambito della vendita del patrimonio quale massa del debitore fallimentare; nel 2005 nell'ambito del servizio c.d. HITRO.HR; nel 2006 nell'ambito del registro delle assicurazioni giudiziali e notarili; nel 2007 nell'ambito del supporto al sistema e-Spis; nel 2010 nell'ambito del sistema del Registro dei dipendenti nel settore pubblico; nel 2011 nell'ambito del procedimento di esecuzione forzata sulle somme di denaro e nel 2012 nell'ambito del procedimento relativo agli accordi prefallimentari. Ad ogni modo, gli autori orienteranno le proprie ricerche verso alcune questioni che riguardano il ruolo dell'agenzia nel procedimento relativo agli accordi prefallimentari. Precisamente, gli organi nel procedimento relativo agli accordi prefallimentari sono il consiglio per la transazione ed il fiduciario preposto alla transazione. Il procedimento ha luogo presso l'agenzia nel centro competente per territorio, dove si trova anche il consiglio che segue il procedimento. Il consiglio è composto di due membri e di un presidente del consiglio, che decidono in merito al procedimento e che sono nominati dal Ministero delle Finanze. Il ruolo del consiglio di transazione nel corso della procedura prefallimentare è di natura formale e giuridica, ossia in sostanza non decide sull'effettiva realizzazione o meno dell'accordo; né decide dei reciproci diritti e doveri delle parti nel procedimento. Il ruolo legale del consiglio è di condurre il procedimento, di prestare attenzione che il procedimento abbia il suo corso legale e di indirizzare le parti verso il raggiungimento di un comune accordo mediante il quale definiranno reciproci diritti ed obblighi. Nel caso in cui si giunga ad un accordo, la transazione non si conclude dinnanzi al consiglio, bensì dinnanzi al tribunale commerciale del luogo in cui ha sede il debitore. In questo modo, secondo parte della dottrina, s'è evitato che il consiglio fosse deputato a decidere dei reciproci diritti e doveri delle parti. Il ruolo del consiglio di transazione è più simile alla funzione di un arbitro, ovvero di un conciliatore tra le parti. Tuttavia, gli autori non possono fare a meno di rilevare la circostanza che la Croazia, quale parte del procedimento relativo all'accordo prefallimentare, è il maggiore creditore; sicché si può manifestare qualche perplessità in merito all'obiettività ed all'imparzialità delle persone che sono membri del consiglio. Ancora, i membri del consiglio vengono nominati da una delle parti del procedimento e ciò non di rado il creditore che vanta i maggiori diritti sul patrimonio del debitore prefallimentare. La tesi illustrata aumenta di valore se si analizza il ruolo dell'Agenzia (FINA), quale soggetto della

transazione prefallimentare anche attraverso il prisma dell'art. 6 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il contributo si compone di due parti. La prima parte analizza alcune questioni attinenti al ruolo della FINA nel procedimento riguardante l'accordo prefallimentare. La seconda parte, tenuto conto del fatto che molte nozioni contenute nella Convenzione hanno una valenza indipendente, analizza il concetto di „*tribunale indipendente ed imparziale*“ indicato nell'art. 6 della Convenzione medesima e oggetto di numerosi giudicati della Corte sui diritti dell'uomo. Lo scopo è di accertare se la posizione giuridica della FINA può essere interpretata alla stregua di un'autorità giudiziaria secondo l'interpretazione della corte ed in caso affermativo indagare se ha le necessarie caratteristiche di indipendenza ed imparzialità.

Parole chiave: *accordo prefallimentare, FINA, tribunale, imparzialità, indipendenza, art. 6 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.*