

Original Scientific Paper - Originalan naučni rad

## UGOVOR O KONCESIJI - JAVNOPRAVNI UGOVOR SA ELEMENTIMA PRIVATNOG (GRAĐANSKOG) UGOVORA

Zoran Filipović

*Univerzitet PIM, Despota Stefana Layarevića bb, Banja Luka, BiH*  
*Komisija za koncesije Republike Srpske, Save Mrkalja 16, Banja Luka, Bosna i Hercegovina*  
[zoran.filipovic@univerzitetpim.com](mailto:zoran.filipovic@univerzitetpim.com)

### APSTRAKT

U savremenom kontinentalnom pravu uglavnom je prihvaćena podjela prava na javno i privatno. Istorijski korijen ove podjele nalazimo kod Ulpijana, a ona je u svom načelnom konceptu prisutna i u savremenim pravnim sistemima. To se odnosi i na oblast ugovornog prava. Tako se u pravnoj teoriji razlikuju ugovori javnog i privatnog prava. Iako oni imaju niz zajedničkih elemenata, između njih postoje bitne razlike, koje se odnose na njihov predmet, subjekte, njihova prava, obaveze i dr. Međutim, osnovna razlika je u njihovoj kauzi, odnosno cilju, koji je kod privatnopravnih ugovora prevashodno ostvarenje određenih privatnih interesa ugovornih strana, dok je kod javnopravnih ugovora dominantan javni, odnosno opšti interes. Autor u radu afirmiše tezu dijela pravne teorije da su koncesioni ugovori najčešće latentni upravni ugovori i to u onim pravnim sistemima čiji pozitivni sistem ne poznaje upravni ugovor kao poseban institut. Ugovori o koncesiji prema pozitivnom pravu Republike Srpske su po svojoj pravnoj prirodi javnopravni ugovori, ali sa određenim elementima privatnog (građanskog) ugovora.

**Ključne riječi:** ugovor o koncesiji, javno i privatno pravo, upravni ugovor.

### UVOD

Racionalna eksploatacija prirodnih resursa koja se najčešće vrši putem koncesija, važna je kako za sadašnje tako i za buduće generacije, jer naši potomci će naslijediti samo ono što im preostane iza nas. Tehničko-tehnološki razvoj danas dostigao je takav stepen da pored očigledne dobrobiti koju donosi čovječanstvu, nažalost u vrlo kratkom periodu, od svega nekoliko decenija, može pogrešnim pristupom ovu planetu učiniti nemogućom za život budućim generacijama. Ovakvom scenariju prije svega doprinosi neracionalna eksploatacija izvora neobnovljive energije, ekološke štete zbog izostanka adekvatne zaštite životne sredine, globalnog zagrijavanja planete i klimatskih poremećaja kao posljedica sveopšte gramzivosti za profitom po svaku cijenu. I kao što V. Gotovac kaže: “*Zanos za stvaranje materijalnih dobara pretvorio se u ludilo jer mu je zaboravljen smisao*”. Stoga je važno prilagoditi i politiku dodjele koncesija potrebama racionalnog iskorišćavanja prirodnih resursa, omogućiti uslove za održivi razvoj, ali i ostvarenje drugih, ekoloških ciljeva. Preduslov za to je stvaranje pravnog okvira u kom će opšti interes društva, javni interes biti ispred uskog interesa pojedinca ili krupnog kapitala i monopolizacije državnih resursa. Sve ovo se upravo na najtransparentniji način manifestuje u oblasti koncesija i u ugovoru o koncesiji kao krajnjem proizvodu koncesione procedure i jednom od najvažnijih pravnih akata u cjelokupnom procesu. Pravna priroda ugovora o koncesiji je predmet sporenja u pravnoj teoriji, posebno zbog istovremene egzistencije javnopravnih i privatnopravnih elemenata u njemu. Javnopravni i građanski (privatnopravni) ugovori sadrže niz istovjetnih elemenata, ali između njih postoje i značajne razlike. Tako je, na primjer, jedna od važnijih razlika kauza, odnosno cilj, koji je kod građanskih ugovora prevashodno ostvarenje privatnih interesa ugovornih strana, dok je kod javnopravnih ugovora dominantan opšti, odnosno javni interes. Pravna priroda ugovora o koncesiji u pravu Republike

Srpske nije bila predmet posebnih teorijskih razmatranja, iako je od njegovog uvođenja u pozitivni pravni sistem prošlo više od petnaest godina, i za to vrijeme je zaključeno više stotina ovih ugovora. Stoga je za teoriju ugovora, a naročito za praktičnu primjenu ugovora o koncesiji važno spoznati njegovu pravnu prirodu, odrediti njegov položaj u pozitivnom pravu kako domaćem, tako i uporednom, te moguća normativnopravna rješenja za njegovu modifikaciju radi ostvarenja proklamovanih ciljeva u oblasti koncesija.

## KONCEPCIJE O PODJELI PRAVA NA JAVNO I PRIVATNO

Pitanje podjele prava na javno i privatno je tema kojom se mnogo bavila pravna teorija i u svijetu i kod nas, međutim još uvijek pravna nauka nema odgovore na mnogobrojne nedoumice koje ova podjela izaziva. Ona spada u najstarije podjele prava, a svoje korijene vuče još iz antičkog perioda, tačnije iz rimskog prava. U teoriji se navodi da se podjela prava na javno pravo (*ius publicum*) i privatno pravo (*ius privatum*) pripisuje Ulpijanu (*Domintius Ulpianus*), jednom od posljednjih velikih rimskih pravnika klasičnog doba, a navedena je u čuvenim Justinijanovim Digestima i Institucijama. U Digestima je navedeno da se javno pravo odnosi na položaj rimske države, a privatno je ono koje se odnosi na interese pojedinaca, jer su neke stvari korisne za zajednicu, a neke za pojedince. Javno pravo se odnosi na uređenje pitanja svetkovina, sveštenstva, magistrata, dok je privatno tripartitno i sastoji se od odredaba prirodnog, opšteg i građanskog prava. (Pađen, 2007)

Oslanjajući se na Ulpijanov tekst pravna teorija izdvaja četiri različite odredbe javnog prava koje istovremeno predstavljaju četiri različita mjerila za razlikovanje javnog od privatnog prava i to po: 1) interesima kojima služi: javno pravo služi javnim interesima i razlikuje se od privatnog prava, koje „uređuje pojedince i odnose u kojima su oni subjekti“ (Vodinelčić, 1986); 2) stvaraočima: javno pravo je stvoreno od države i razlikuje se od privatnog, koje nije stvoreno od države; 3) predmetima: javno pravo koje uređuje državu i odnose u kojima je ona subjekt i razlikuje se od privatnog prava koje uređuje odnose u kojima su oni subjekti pojedinci (Vodinelčić, 1986); 4) obaveznosti: koje se sastoji od tzv. strogog prava (*ius strictum* ili *ius cogens*) stvorenog od države i obaveznog za sve pravne subjekte i koje se razlikuje od tzv. dispozitivnog prava (*ius dispositivum*) koje je takođe stvoreno od države, ali je obavezno za svoje adresate samo ako oni umjesto njega ne stvore drugačije, tj. autonomno pravo. (Pađen, 2007)

Teorije o kriterijumima podjele na javno i privatno pravo se zasnivaju na materijalnim i formalnim elementima, odnosno na razlikama između javne i privatne sfere i na stavu da određeni specifični elementi iz javne ili privatne oblasti prava imaju veći značaj od drugih. Tako određeni autori ističu pretežnost interesa subjekata u odnosu, drugi daju prednost formalnim kriterijumima kao što su razlike između subjekata u pravnom odnosu, dok treći u prvi plan stavljaju postojanje odnosa koordinacije ili subordinacije između subjekata. Između teorija o podjeli prava na javno i privatno postoje sličnosti, ali i značajne razlike koje, sa metodološkog aspekta, mogu poslužiti za teorijskopravno razgraničenje pojedinih pravnih instituta i određivanje njihovog mjesta u cjelokupnom pravnom sistemu. Ipak, između ovih različitih, a ponekad i suprotstavljenih teorijskih stavova, postoje i zajednički elementi koji pokazuju da se često javno i privatno prepliće, što ovu podjelu donekle relativizuje.

Dva velika srodna pravna sistema, a) romansko-germansko-slovenski (evropskokontinentalni) i b) angloamerički (anglosaksonski), koji preovladavaju u savremenom pravu imaju različite podloge. Podloga evropskog kontinentalnog pravnog sistema je recipirano rimsko pravo (*civil law*), a podloga angloameričkog pravnog sistema je običajno pravo (*common law*). Pravni sistemi koji ulaze u kontinentalni sistem preuzeli su najzačajnije pojmove, pravne principe i norme rimskog prava. (Petrović, Prica; 2013, str. 24) Na ovaj način je preuzeta i podjela na javno i privatno pravo (tabela 1).<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Da čvrsta podjela na javno i privatno pravo nije presudna za određeni pravni sistem najbolje se ogleda u upravo u zemljama anglosaksonskog prava gdje nema jasne granice između javnog i privatnog prava kao u evropskom kontinentalnom pravu, a ipak to nije prepreka za njegovo uspješno funkcionisanje.

Stoga se može reći da je ova koncepcija kao naslijeđe rimskog prava prisutna u svim zemljama kontinentalnog pravnog sistema. Međutim, neke od njih karakterišu različiti modaliteti. Tako pravna teorija i praksa država kao što su Njemačka i Francuska, razgraničavaju javno i privatno pravo na drugačije načine, ali i za jedne i za druge nesporno da je upravno pravo grana javnog, dok je građansko pravo grana privatnog prava. Ova podjela je od bitnog značaja za razumijevanje i imovinskog prava (stvarnog i obligacionog) kako privatnog tako i javnog prava, a u okviru toga i oblasti ugovornog prava.

Tabela 1. Odnos javnog i privatnog prava (Filipović, 2017).

R. br.	Opis	Javno pravo	Privatno pravo
1.	Stvaralac	Država	Privatni subjekt
2.	Predmet	Odnosi u kojima je država subjekt (izuzev kad istupa kao privatni subjekt)	Odnosi u kojima su subjekti pojedinci
3.	Interesi (preovlađujući)	Javni interesi	Privatni interesi
4.	Obaveznost normi	Imperativne - <i>ius cogens</i>	Dispozitivne - <i>ius dispositivum</i>
5.	Pretežan odnos subjekata	Subordinacija	Koordinacija
6.	Zaštita prava u odnosu	Javnopравни organi i upravni sudovi	Redovni sudovi opšte nadležnosti

## IMOVINSKO JAVNO I PRIVATNO PRAVO

Slijedeći dalje naučno metodološku sistematiku građanskog imovinskog prava, neki autori kao Petrović i Prica sličan pristup zauzimaju po pitanju imovinskopравnih odnosa javne uprave, odnosno definišu upravno imovinsko pravo. Ovaj pristup, obzirom na svoju originalnost i agrumentovanost daje kvalitetan uvid u odnos javnog i privatnog u imovinskom pravu. Tako privatno (građansko) i javno (upravno) imovinsko pravo obuhvata odnose imovinskog karaktera. Upravno imovinsko pravo razlikuje se od građanskopравnih odnosa imovinskog karaktera, a uslov za to su okolnosti koje moraju biti kumulativno ispunjene.

*“[...] Jedna strana u tom odnosu mora biti državni organ ili organizacija koja vrši javna ovlašćenja. Drugo, u pitanju su upravnopравni odnosi, što će reći da se oni sastoje od subjektivnih javnih prava i dužnosti. Naime, država kao pravno lice privatnoga prava, kao fiskus, može da zasniva imovinsko-pravne odnose, ali se u tom slučaju na njih primenjuju odredbe građanskog prava.”* (Petrović, Prica, 2012. str. 98.)

Autori upravno imovinsko pravo dijele na: 1) upravno stvarno pravo i 2) upravno obligaciono pravo. Upravno stvarno pravo obuhvata pre svega režim javnih dobara i režim upravnopравnih ograničenja prava svojine: eksproprijaciju, arondaciju i komasaciju, kao i administrativne službenosti. Uređuje pravni položaj pojedinih stvari i pravne odnose povodom tih stvari. Kratki istorijski osvrt na nastanak i razvoj privatnih i javnih imovinskih prava od rimskog do savremenog prava pokazuje da još u rimskom pravu postoje opšta dobra kao predmet javnog prava i ona se poistovjećuju sa stvarima van prometa – *res extra commercium*, dok su privatna dobra u prometu – *res in commercio*. U apsolutnoj monarhiji sva dobra koja pripadaju monarhu ulaze u javni domen i ujedno to su stvari van prometa. Nakon francuske revolucije i promjene režima opštih dobara i njihovog prevođenja u nacionalna dobra, ne postoji više istovjetnost dobara izvan prometa i javnih dobara.

*„Pritom se izdvajaju privatna dobra države koja predstavljaju predmet građanskog prava i u sporovima koji nastaju povodom tih dobara primjenjuju se pravila građanskog prava [...]. Država*

kao imalac privatnih dobara stupa u pravni saobraćaj kao i svaki drugi pojedinac s težnjom da izvuče korist.“ (Petrović, Prica, 2012. str. 98 i 99)

Za javna dobra, autori ističu da se razlikuju po svom karakteru i to su prema projektu Francuskog građanskog zakonika koji je ušao u sudsku praksu, dobra u javnoj upotrebi koja služe nekoj javnoj službi. Dobra koja služe javnosti su s jedne strane dobra u opštoj upotrebi (voda za piće, ulice, gradski trgovi, pijace, groblja, javne bolnice), a ona dobra koja služe ostvarenju neke javne službe su recimo željezničke pruge, lučka postrojenja, i dr. (Petrović, Prica, 2012. str. 99 i 100)

U savremenom pravu javna dobra koja služe za obavljanje neke javne službe mogu biti objekat posebne vrste ugovora javne uprave – upravnih ugovora. Ta javna dobra su najčešće regulisana zakonima koji regulišu oblast koncesija, i javnoprivatnog partnerstva, gdje zakon predviđa određena javna dobra, najčešće po oblastima i djelatnostima za koja se mogu dodijeliti koncesije, odnosno zaključiti ugovori o javnoprivatnom partnerstvu sa, ili bez elemenata koncesije. Ovi odnosi između ugovornih subjekata i međusobna prava i obaveze koji se zasnivaju u tom odnosu ulaze u domen upravnog obligacionog prava.

## UPRAVNO OBLIGACIONO PRAVO I UPRAVNI UGOVORI

Po samoj prirodi, svaki ugovor predstavlja saglasnu izjavu volja dva (ili više) subjekata prava kojom se postiže neko pravno dejstvo. Ovo je opšti pojam ugovora u komparativnom pravu, svojstven svim granama prava (Perović, 1990), u kojima je ugovor zastupljen i utemeljen na dva osnovna načela savremenog ugovornog prava – načelima slobode ugovaranja i konsenzualizma. Javna tijela (uprava) u vršenju svoje djelatnosti ne koriste samo svoju jaču volju formiranu u upravnim aktima, već i postupak saglasnosti volja, a posebno postupak zaključivanja ugovora. (Popović, 1993)

Upravno obligaciono pravo obuhvata pravne poslove koji potpadaju pod poseban režim upravnog prava, različit od režima opšteg građanskog prava, a to su u prvom redu javnopravni (upravnopravni) ugovori, na čelu sa ugovorom o koncesiji. (Petrović, Prica, 2012. str. 98. i 126). Ugovori uprave kao širi pojam obuhvataju sve vrste ugovora koje zaključuje uprava, kako ugovore privatnog prava, tako i upravne ugovore. Upravni ugovori su dakle, tek jedna vrsta ugovora uprave. Ugovor je dvostrani pravni posao jer, za razliku od jednostranih pravnih poslova, nastaje tek ako je došlo do saglasnog očitovanja volje dvije strane. Sve ovo se odnosi i na upravne ugovore, s tim da oni, imaju određene specifičnosti po kojima se razlikuju od ostalih vrsta ugovora. (Ljubanović, 2010) Što se specifičnosti upravnih ugovora tiče, francuski autori naglašavaju da se radi o ugovorima između nejednakih strana, jer tijelo javne vlasti nastupa s jačom pravnom voljom, te pri izvršavanju ugovora raspolaze nekim javnim ovlašćenjima. (Nicholas, 1992. str. 27)

Prema francuskom pravu kao (rodonačelniku upravnih ugovora – prim. aut.), razlika između ugovora privatnog prava u kojima je jedna strana javnopravno tijelo i upravnih ugovora, je u tome što predmet upravnog ugovora mora uvijek biti usmjeren na obavljanje javne službe, kao i da su posebna ovlašćenja data javnopravnom tijelu (*clauses exorbitantes du droit commun*). (Ljubanović, 2010) On navodi stav francuskog teoretičara Loubadera koji razlikuje dvije kategorije ugovora kod kojih je na jednoj strani javnopravno tijelo, a to su upravni ugovori (*contracts administratifs*) i ugovori građanskog prava (*contracts de droit commun, ou de droit prive*). (Laubadere, 1983. str. 126; Ljubanović, 2010)

Iz navedenog proizilazi da je pojam upravnog ugovora uži i njime su obuhvaćeni samo oni ugovori koji su specifični u pogledu: 1) subjekata, 2) cilja i 3) posebnih uslova. U pogledu subjekata, jedan od subjekata upravnog ugovora uvijek mora biti javni, odnosno javnopravno tijelo, tj. upravnim ugovorom ne može se smatrati ugovor između pojedinaca. Cilj upravnog ugovora jeste ispunjenje nekog šireg društvenog interesa, za razliku od ugovora građanskog prava, čiji je cilj (kauza) ostvarenje samo međusobnih interesa saugovarača, čak i onda kada je jedan od subjekata država. Pri sklapanju i izvršavanju upravnih ugovora važe posebni uslovi, koji su po pravilu predviđeni posebnim propisima i na koje se primjenjuje poseban postupak.

S druge strane, ključni element razlikovanja upravnih ugovora i ugovora privatnog prava u Njemačkoj jest sam predmet ugovora. Prema njemačkoj pravnoj teoriji, upravni ugovor uvijek stvara, mijenja ili ukida pravni odnos „u području javnoga prava“, dok drugi ugovori imaju jednake

učinke, ali u sferi privatnog prava. Prema tome, ako se pravni odnos koji ugovor stvara, mijenja ili ukida nalazi u području javnog prava, ugovor će prema pravnoj prirodi biti upravni ugovor. (Lange, 1983; prema: Aviani, 2013) Njemačka pravna teorija i zakonodavstvo poznaju institut upravnih ugovora ali koriste pojam „javnopravni ugovor“. Karakteristika ovih ugovora je "da su u potpunosti podložni pravnom režimu javnog prava, a pravna pravila, sudska praksa, te opšta načela privatnog prava na njih se primjenjuju samo supsidijarno.“ (Aviani, 2013)

Novi Zakon o opštem upravnom postupku uvodi upravni ugovor u pozitivno pravo Srbije definišući ga kao dvostrano obavezan pisani akt koji, kad je to posebnim zakonom određeno, zaključuju organ i stranka i kojim se stvara, mijenja ili ukida pravni odnos u upravnoj stvari.<sup>13</sup> Srpski autori o upravnom ugovoru kao novom institutu u upravnom pravu Srbije navode:

*„Kauza tih ugovora je ostvarenje nekog javnog interesa, stvaranje određene javne koristi za građane i pravna lica. U tome se i ogleda specifičnost ovih ugovora u odnosu na ugovore građanskog prava, jer se ovlašćenja javnopravnog subjekta, radi ostvarivanja javnog interesa, pojačavaju u odnosu na drugu stranu ugovornicu, dajući javnopravnom subjektu i ovlašćenje da pod određenim uslovima raskine upravni ugovor, dok druga strana ugovornica to pravo nema.“* (Urošević, 2017)

Kao drugu specifičnost ove vrste ugovora autorka vidi u činjenici da ovi ugovori ne deluju, prvenstveno između ugovornih strana (inter partes), nego su samo sredstvo da se postigne predviđena kauza, određeni javni interes, zbog čega oni i deluju prema svima (erga omnes). (Urošević, 2017) Ipak ugovor kao i način njegovog unošenja u pravni sistem Srbije se s pravom kritikuje, kao nedosledan i manjkav. Naime, u novom Zakonu o opštem upravnom postupku potpuno su izostale odredbe koje uređuju ništavost upravnog ugovora, a koje su bile predviđene u Nacrtu Zakona, njegovo zaključivanje, određena pitanja zaštite itd. Izostanak ovih odredbi zakonski režim ovog instituta čini skromnim i nedovršenim. Primerenije bi bilo upravni ugovor kvalitetnije urediti i to materijalnim zakonodavstvom. (Filipović, Golić, 2017)

Dakle, upravni ugovori, bilo pod nazivom „upravni“ (francuski model) ili pod terminom „javnopravni“ (njemački model), su ugovori javne uprave koji su po samoj svojoj prirodi različiti od privatnih ugovora, ali sa ovim ugovorima imaju zajedničkih elemenata koji su karakteristični za sve ugovore kako javne tako i privatne. U doktorskoj disertaciji, nakon sveobuhvatne analize različitih modela upravnog ugovora u uporednom pravu autor daje jednu opštu definiciju upravnog ugovora. Upravni ugovor je dvostrani pravni posao zaključen u pisanoj formi, između javnopravnog subjekta sa jedne i privatnopravnog lica sa druge strane, sa ciljem obavljanja neke djelatnosti ili aktivnosti od javnog interesa, a koji je regulisan posebnim pravnim režimom. (Filipović, 2017, str. 380)

## KONCESIJE I PRAVNA PRIRODA UGOVORA O KONCESIJI

Jedna od vrsta ugovora javne uprave je i ugovor o koncesiji čija je pravna priroda bila dugo predmet rasprava, posebno u francuskom pravu. Reč koncesija potiče iz latinske reči *concessio* - *concedere* što znači dozvoljavanje, opšte priznanje kazne. Ova je riječ ostala kao korijen u mnogim drugim jezicima. Engleska riječ *concession* znači popuštanje, dozvola, povlastica, dodjeljivanje, na njemačkom *konzession* označava odobravanje, dopuštanje. (Borković, 1995. str. 25) U francuskom jeziku pojam *concession* označava dopuštanje, dozvolu, povlasticu. Koncesije se u srednjevekovnom pravu vezuju za male regale - koji predstavljaju posebna prava vladara, i njegove imovine, putem kojih je kralj finansirao svoju djelatnost, i koje je mogao prenijeti na privatna lica, što je predstavljalo začetke koncesija. (Petrović, Prica, 2012. str. 266) Borković određuje koncesiju kao: dozvolu, određeno ovlašćenje, odobravanje, dopuštanje, koje javna vlast po pravilu dodjeljuje nekim posebnim aktom. Dajući određenje koncesije u sadržajnom smislu, on navodi da je koncesija posebni pravni instrument, kojim javna vlast dozvoljava određenom subjektu (fizičkom ili pravnom licu), domaćem državljaninu ili strancu iskorišćavanje određenih dobara, izvođenje određenih poslova ili

<sup>13</sup> Zakon o opštem upravnom postupku Službeni glasnik Republike Srbije broj, 18/2016. Upravni ugovor regulišu članovi od 22 – 26. Iako konceptualno slične, odredbe o upravnim ugovorima skromnije regulišu ovaj institut (prvenstveno u pogledu ništavosti ugovora) od Zakona o općem upravnom postupku Hrvatske Narodne novine 47/09 čl.150-154, i Zakona o upravnom postupku Crne Gore, Službeni list CG broj, 56/2014, 20/2015, 40/2016 i 37/2017, čl. 27-30.

obavljanje nekakve djelatnosti. (Borković, 1995. str. 26) Koncesijama u francuskom pravu se od samog početka daje različit smisao u pravnoj teoriji, naročito krajem XIX i početkom XX vijeka. Na ovo ukazuje znameniti francuski teoretičar Leon Digi dajući definiciju koncesije koja se prema samom autoru može uzeti kao opšte shvatanje koncesije u svim državama toga vremena s manjim razlikama u pojedinostima:

„*Koncesija u pravom smislu te riječi označava akt kojim jedno javnopravno tijelo, (država, pokrajina, opština, kolonija) stavlja - na osnovu njegovog pristanka - jednom pojedincu, obično nekom društvu, u dužnost osiguranje funkcionisanja jedne javne službe, pod određenim uslovima*”. (Digi, 1929. str. 134-135)

Pravna priroda koncesije i njeno različito shvatanje u francuskom pravu uzrok su značajnih sporenja u pravnoj teoriji. Ovi suprostavljeni stavovi naročito na početku procesa nastanka koncesija manifestovali su se prije svega u dva različita pogleda. Jedni su smatrali da akt o koncesiji ima isključivo ugovornu prirodu, dok za druge akt o koncesiji ima dvostruku prirodu – ugovornu i normativnu. Đerđa navodeći preovlađajuće stavove u francuskoj pravnoj teoriji, te praksu Državnog savjeta, iznosi stav da pravna priroda ugovora o koncesiji u francuskom pravu nije sporna i da se oni smatraju upravnim ugovorima, i to najtipičnijom kategorijom upravnih ugovora. (Đerđa, 2006. str. 112) Ovakav zaključak proizilazi iz činjenice da ugovor o koncesiji ispunjava dva ključna elementa upravnog ugovora. Prvi je da je kod ugovora o koncesiji uvek bar jedna ugovorna strana javnopravno lice, a drugi da se koncesioni ugovor zaključuje ponajprije s ciljem obavljanja javnih službi. Kao potvrdu ove tvrdnje navodi se da su upravo ta dva elementa opredijelila francuski Državni savjet da u slučaju *Epoux Bertin*<sup>14</sup> ugovor o koncesiji okarakteriše kao upravni ugovor. Maffei navodi da i druga obilježja ugovora o koncesiji pokazuju da je reč o upravnim ugovorima, kao što su pravni režim javnog prava, nadležnost upravnih sudova za rešavanje sporova, široka ovlašćenja subjektima uključujući i pravo na jednostrani raskid, ili izmenu ugovornih odredbi zbog javnog interesa. (Đerđa, 2006. str. 112 i 113)

Savremeni teoretičari (Šikić i Staničić, 2011), ističu stanovište koje zastupa i Borković, da danas u Francuskoj preovladava stav da akt o koncesiji ima mješovitu prirodu, tj. da ugovornu prirodu imaju odredbe koje se odnose na finansiranje službe i relacije prema subjektima, dok normativnu prirodu imaju odredbe koje utvrđuju funkcionisanje službe. U francuskoj se savremenoj teoriji govori o upravnim koncesijama kao o najširem pojmu koncesija - a koje se definiše kao „postupak koji dopušta upravi davanje određenog prava pojedincu ili drugoj pravnoj osobi pod određenim uslovima koji najčešće sadrži ugovor kojim se utvrđuju uslovi podjeljivanja prava.“, dok se posebno spominju još i koncesije za obavljanje javne službe, koncesije za javne radove, koncesije za rudnike itd. (Šikić, Staničić, 2011) Autori nakon iscrpne analize teorijskih stavova o pravnoj prirodi ugovora o koncesiji izvršili su poređenje zakonskih obilježja upravnog ugovora u Hrvatskoj sa ugovorom o koncesiji. Oni navode slijedeća obilježja koja su prema hrvatskom pozitivnom zakonodavstvu neophodna da bi se jedan ugovor mogao smatrati upravnim ugovorom: 1) jedan od subjekata ugovora mora biti javnopravno tijelo; 2) sklapanju upravnog ugovora mora prethoditi upravni postupak i donošenje rješenja o konkretnoj upravnoj stvari, 3) upravnim ugovorom mora se uređivati izvršenje prava i obaveza utvrđenih rješenjem, 4) sklapanje upravnog ugovora mora biti propisano zakonom. Autori navode da ostvarenje nekog šireg društvenog interesa, iako nije izričito navedeno u zakonu kao uslov za postojanje upravnog ugovora, ipak predstavlja bitan uslov za njegovo postojanje. Pri tome ističu da je rad javne uprave prvenstveno usmjeren ka ostvarenju javnog interesa pa samim tim javno tijelo pri zaključenju ugovora mora težiti ostvarenju nekog šireg društvenog interesa. (Šikić, Staničić, 2011) Nakon detaljne analize ugovora o koncesiji, zaključuju da ovaj ugovor u potpunosti zadovoljava kriterijume upravnog ugovora. Prema njihovom stavu ugovor o koncesiji zadovoljio je sve analizirane uslove koji ga čine upravnim ugovorom, a obavezu da se u zakonu izričito neki ugovor navede kao upravni, smatraju nepotrebnim insistiranjem na formalizmu, te zaključuju da je ugovor o koncesiji *ipso lege*, upravni ugovor. (Šikić, Staničić, 2011)

<sup>14</sup> Državni savjet je u odluci u predmetu „Epoux Bertin“, zaključio da je upravni ugovor, ugovor koji za predmet ima dodjeljivanje pojedincu vršenja javne službe u slučaju smještaja sovjetskih državljana koji su čekali repatrijaciju 1944. godine. (Guettier, str. 95)

Priklanjajući se ovom mišljenju, navodimo da je ovaj stav prihvaćen i u izvornom, francuskom modelu upravnog ugovora što najbolje potvrđuje praksa Državnog saveta, koji najveći broj ugovora određuje kao upravne, baš prema njihovim karakteristikama.

## UGOVOR O KONCESIJI U PRAVU REPUBLIKE SRPSKE

U pozitivnom pravu Republike Srpske koncesija se definiše kao pravo obavljanja privrednih djelatnosti korišćenjem javnih dobara, prirodnih bogatstava i drugih dobara od opšteg interesa kao i pravo na obavljanje djelatnosti od opšteg interesa, u skladu sa Zakonom o koncesijama (Zakon o koncesijama Republike Srpske [ZOK RS], 2019). Koncesija kao pravo obavljanja privrednih djelatnosti se ustupa koncesionaru na određeno vreme, pod uslovima propisanim navedenim zakonom, uz obavezno plaćanje koncesione naknade. Cilj dodjele koncesije je doprinos privrednom razvoju Republike Srpske stvaranjem stimulativnog pravnog okvira za privlačenje stranih i domaćih investicija, uz istovremeno unaprjeđenje transparentnosti postupka dodjele koncesije i povećanje efikasnosti i dugoročne održivosti koncesionih projekata, te odgovornog upravljanja prirodnim bogatstvima i javnim dobrima (Komisija za koncesije Republike Srpske, 2019).

Sprovođenje postupka dodjele koncesije zasniva se na načelima transparentnosti, nediskriminacije, tržišne konkurencije, jednakog tretmana, slobode kretanja robe i pružanja usluga, zaštite javnog interesa, efikasnosti, ekonomičnosti, proporcionalnosti, zaštite životne sredine, autonomije volje i ravnopravnosti ugovornih strana (ZOK RS, 2018). Zakon posebno određuje značenje osnovnih pojmova. Tako definiše da je „koncedent“ Vlada Republike Srpske, u ime Republike Srpske ili skupština jedinice lokalne samouprave, u ime jedinice lokalne samouprave. „Koncesionar“ je privredno društvo osnovano u skladu sa propisima Republike Srpske, sa kojim je koncedent zaključio ugovor o koncesiji. „Nadležni organ“ je ministarstvo nadležno za određenu oblast u koju spada predmet koncesije za čiju dodjelu je nadležna Vlada Republike Srpske, odnosno gradonačelnik ili načelnik opštine, za predmet koncesije iz nadležnosti jedinica lokalne samouprave. „Ponudač“ je svako, domaće ili strano, pravno ili fizičko lice, konzorcijum dva ili više ugovorom povezanih pravnih lica, koji je dostavio ponudu u postupku dodjele koncesije. „Studija opravdanosti dodjele koncesije“ je dokument o tehničkoj, finansijskoj, ekonomskoj, ekološkoj i pravnoj analizi opravdanosti dodjele koncesije. „Koncesiona naknada“ je naknada koju plaća koncesionar u skladu sa ugovorom koji uređuje koncesiju. „Ugovor o koncesiji“ je ugovor zaključen u pisanom obliku između koncedenta s jedne strane i koncesionara kao izabranog najpovoljnijeg ponuđača s druge strane, a sadrži odredbe o međusobnim pravima i obavezama ugovornih strana (ZOK RS, 2018). Predmeti koncesija mogu biti vrlo raznovrsni i obuhvataju mnogobrojne djelatnosti a) izgradnja, korišćenje i održavanje: puteva i pripadajućih infrastrukturnih objekata, željezničkih pruga, plovnih kanala i luka, aerodroma; b) korišćenje javnog vodnog dobra i vodnog zemljišta za: tehnološki proces u privredi, za hidroakumulacije, kupališta, ribnjake, realizaciju neke od privrednih delatnosti; za vađenje materijala iz vodotoka (šljunka, pijeska, kamena) [...]; v) izgradnja i korišćenje energetskih objekata osim zakonom predviđenih izuzetaka [...]; g) izgradnja ili rekonstrukcija i korišćenje naftovoda, gasovoda i objekata za skladištenje, transport i distribuciju nafte i gasa; d) istraživanje i eksploatacija mineralnih sirovina; [...]. (ZOK RS, 2018).

Ugovorom o koncesiji uređuju se međusobna prava i obaveze koncedenta i koncesionara u vezi sa predmetom dodijeljene koncesije, zaključuje se u skladu sa dokumentacijom za dodjelu koncesije, dostavljenom ponudom i rješenjem o izboru najpovoljnijeg ponuđača i dodjeli koncesije (ZOK RS, 2018).

Ugovor o koncesiji, zavisno od predmeta koncesije sadrži:

a) predmet koncesije, uključujući prirodu i obim radova koji će biti vršeni i usluga koje će biti pružene od koncesionara i lokaciju na kojoj će se obavljati koncesiona djelatnost, b) uslove i način korišćenja predmeta koncesije, v) koncesioni period, g) početak obavljanja koncesione djelatnosti, d) vlasnička prava nad imovinom povezanom sa obavljanjem koncesione djelatnosti, uključujući i prava nad zemljištem na kojem će se vršiti koncesiona djelatnost i definisanje vlasničkih odnosa po prestanku važenja ugovora, đ) imovinu koju na korišćenje daje koncedent, e) visinu, rokove i način plaćanja, kao i način promjene visine koncesione naknade za korišćenje, ž) način i rokove obezbjeđenja sredstava za finansiranje koncesione djelatnosti i dinamiku ulaganja, z) minimalne

standarde kvaliteta usluga, kriterijume i metode za određivanje cijena, odnosno tarifa za krajnjeg korisnike usluga, i) minimalne tehničke standarde koji će se primjenjivati u zaštiti životne sredine, j) sanaciju i rekultivaciju površina degradiranih obavljanjem koncesione delatnosti, k) pravo nadzora od koncudenta, l) obim i način izvještavanja o izvršenju ugovorenih obaveza, lj) pravo koncudenta da odobrava projektnu dokumentaciju, kao i ugovore koje sklapa koncesionar, posebno sa vlasnicima koncesionara ili drugim povezanim licima, m) vrstu, visinu i način obezbjeđenja garancije za izvršenje koncesionog ugovora, kao i polise osiguranja koje koncesionar mora održavati u periodu trajanja koncesije, n) pravna sredstva u slučaju neispunjavanja obaveza bilo koje od ugovornih strana, nj) opis događaja koji se smatraju promijenjenim okolnostima i višom silom, kao i uslove za izmjenu ili raskid ugovora u slučaju njihovog nastupanja, o) prava i obaveze ugovornih strana u vezi sa povjerljivim informacijama, p) prava na ustupanje ugovora o koncesiji i promjeni vlasničke strukture koncesionara, r) način izmjene ugovora o koncesiji, s) uslove za prestanak ugovora o koncesiji. t) način predaje nepokretnosti, uređaja i postrojenja koncudentu u stanju u kome se oni moraju predati po isteku koncesionog perioda, ć) način regulisanja međusobnih odnosa u slučaju raskida ugovora o koncesiji i u) ostale elemente bitne za predmet koncesije. Ugovor o koncesiji se zaključuje u pisanoj formi, a potpisuje ga ovlašćeno lice koncudenta i ovlašćeno lice koncesionara (ZOK RS, 2018). Ugovor o koncesiji može se ustupiti trećem licu ili finansijskoj organizaciji sa kojom je koncesionar zaključio ugovor o finansiranju u vezi sa koncesijom, u slučaju da koncesionar iz ekonomskih, organizacionih, finansijskih ili drugih opravdanih razloga ne može da ispuni ugovorne obaveze u rokovima i na način utvrđen ugovorom o koncesiji, odnosno u slučaju da koncesionar ne može da realizuje svoje obaveze na osnovu ugovora o finansiranju (ZOK RS, 2018). Koncesionar može, radi obezbjeđenja ispunjenja ugovornih obaveza, izvršiti promjenu vlasničke strukture u procentu većem od 50% ili promjenu vlasnika, uz prethodnu saglasnost Komisije za koncesije i odobrenje koncudenta (ZOK RS, 2018). Postupak ustupanja ugovora o koncesiji, odnosno promjene vlasničke strukture bliže je regulisan Pravilnikom koji donosi Komisija za koncesije.<sup>15</sup> Za rešavanje sporova koji nastanu u vezi sa ugovorima o koncesiji za nepokretnosti u Republici Srpskoj isključiva je nadležnost suda u Republici Srpskoj. Za rješavanje sporova koji nastanu u izvršavanju drugih međusobnih prava i obaveza, ugovorni subjekti mogu ugovoriti nadležnost domaće arbitraže, a ako je koncesionar strano lice i nadležnost međunarodne arbitraže. Subjekti koncesionog ugovora mogu ugovoriti i arbitražu Komisije za koncesije. Komisija za koncesije može vršiti posredovanje u mirnom rešavanju sporova koji nastanu iz ugovora o koncesiji (ZOK RS, 2018). Mjesna nadležnost suda kod sporova čiji su predmet prava na nepokretnostima regulisana je odredbama Zakona o parničnom postupku. Ugovorne strane su obavezne izuzetno precizno definisati nadležnost arbitraže ugovorom o koncesiji ili prihvatiti nadležnost domaćeg suda u svim sporovima koji proizilaze iz ugovora o koncesiji (Poslovnik o radu Komisije za koncesije Republike Srpske).

## ZAKLJUČAK

Ugovor o koncesiji u Republici Srpskoj ima elemente klasičnog građanskog ugovora, ali sa značajnim izuzecima. U osnovnim načelima Zakona o koncesijama između ostalog proklamovana je ravnopravnost ugovornih strana i autonomija volje, dakle osnovna načela građanskopravnih ugovora. Ipak navedeni izuzeci ukazuju da se ovdje radi o posebnoj vrsti javnopravnog ugovora. Ugovor o koncesiji u pravu Republike Srpske ima većinu obilježja koja su prema hrvatskom pozitivnom zakonodavstvu neophodna da bi se jedan ugovor mogao smatrati upravnim ugovorom i to da jedan

<sup>15</sup> Pravilnik o postupku ustupanja ugovora o koncesiji i promjeni vlasničke strukture koncesionara, Službeni glasnik RS broj 65/14 I 61/17, u daljem tekstu: "Pravilnik"; Komisija za koncesije u svojim izveštajima redovno upozorava da su zakonske odredbe o ustupanju ugovora o koncesiji finansijskoj organizaciji u koliziji sa propisima koji regulišu njihovo poslovanje jer se radi isključivo o djelatnosti finansijske prirode. (Komisija za koncesije Republike Srpske, 2019) Mogućnost ustupanja ugovora o koncesiji bez sprovođenja postupka javnog oglašavanja i dodjele koncesije najboljem ponuđaču, nije u skladu sa osnovnim načelima predviđenim Zakonom o koncesijama, načelom transparentnosti, nediskriminacije, tržišne konkurencije, jednakog tretmana i ravnopravnosti ugovornih strana), što značajno povećava mogućnost zloupotrebe. Ustupanje ugovora o koncesiji bila bi prihvatljiva samo u onim oblastima u kojima nema dovoljnog interesovanja potencijalnih investitora za ulaganje i to nakon što se to na adekvatan način nedvosmisleno utvrdi od strane nadležnih javnopravnih tijela. (prim. aut.)

od subjekata ugovora mora biti javnopravno tijelo; da sklapanju upravnog ugovora mora prethoditi upravni postupak i donošenje rešenja o konkretnoj upravnoj stvari, te da se upravnim ugovorom mora uređivati izvršenje prava i obaveza utvrđenih rješenjem. Iako upravni ugovor nije eksplicitno uveden u pravo Bosne i Hercegovine i Republike Srpske kao što je slučaj sa Hrvatskom, Srbijom i Crnom gorom, očigledna je njegova latentna prisutnost u ugovorima o koncesiji. Opstanak koncesionog ugovora je vezan za upravni akt koji donosi koncedent i ukoliko se njime raskida ugovor protiv ovog akta je dozvoljeno voditi upravni spor. Sa druge strane ugovor o koncesiji u potpunosti odgovara definiciji upravnog ugovora autora po kome je to dvostrani pravni posao zaključen u pisanoj formi (ugovor o koncesiji), između javnopravnog subjekta (koncedent) sa jedne i privatnopravnog lica sa druge strane ( koncesionar) sa ciljem obavljanja neke djelatnosti (koncesiona djelatnost) ili aktivnosti od javnog interesa (javni interes uslov za dodjelu koncesije), a koji je regulisan posebnim pravnim režimom (Zakon o koncesijama i podzakonski akti). Stoga možemo zaključiti da je ugovor o koncesiji u Republici Srpskoj posebna vrsta javnopravnog ugovora, koji ima određene elemente opšteg građanskog ugovora, ali preovladavaju elementi javnopravnog ugovora sa nizom posebnih klauzula koji ukazuju da po svojoj pravnoj prirodi najviše odgovara upravnom ugovoru.

Upravni ugovor bi konačno trebalo eksplicitno uvesti u pravni sistem Republike Srpske, te ugovor o koncesiji javnih službi, ali i druge ugovore o koncesiji koji sadrže najvažnije elemente upravnog ugovora, takvim i imenovati. Takođe je neophodno pri uvođenju upravnog ugovora u domaći pravni sistem eksplicitno definisati ostvarenje javnog interesa kao ključnog uslova i najvažnijeg cilja upravnog ugovora. Ovako definisan javni interes bi bio osnova za opravdano povlašćeni položaj javnopravnog subjekta u sukobu privatnog i javnog interesa, kako u sklapanju, izvršenju, ali i izmjeni i raskidu ugovora, uz obezbjeđenje adekvatne finansijske nadoknade drugoj ugovornoj strani ukoliko su izmjenjene ugovora ili raskid nastale bez njene krivice. Na ovaj način bi osim dominantnih elemenata njemačkog modela u domaćem pravu bio prihvaćen i jedan od najvažnijih principa francuskog modela upravnog ugovora uključujući i ugovor o koncesiji koji bi u potpunosti bio skladu sa osnovnim ciljem upravnih (koncesionih) ugovora – posebne zaštite javnog interesa društva.

## LITERATURA

- Aviani, D. (2013). Posebnosti upravnog ugovora i njegove sudske kontrole u hrvatskom pravu u: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50. 2/2013.
- Borković, I. (1995) Upravno pravo, Zagreb.
- Borković, I. (2002). Upravno pravo, Narodne novine, Zagreb.
- Guettier, Ch. (2008) *Droit des contrats administratifs*, Presses Universitaires de France, Paris.
- Digi, L. (1929). Preobražaji javnog prava, Geca Kon, Beograd.
- Filipović, Z. (2017). Upravni ugovor kao institut javne uprave. Doktorska disertacija. Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, Niš.
- Filipović, Z., Golić, D. (2017). Upravni ugovor kao novi institut u upravnom pravu Srbije, u: Zborniku radova Medjunarodne konferencije Ohrid.
- Komisija za koncesije Republike Srpske, (2019). Izvještaji, preuzeto 15. 09. 2019. sa <https://koncesije-rs.org/category/izvjestaj/>
- Lange, K. (1983). Die Abgrenzung des öffentlichrechtlichen Vertrages vom privatrechtlichen Vertrag, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht.
- Laubadere, (1983). Moderne, Delvolve.
- Ljubanović, B. (2010). Upravni ugovori i upravno sudovanje u: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu.
- Nicholas, B. (1992). French Law of Contract, Oxford.
- Pađen, I. (2007). Javno i privatno pravo: transfer pravnih teorija. U *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*: god.44, br. 3-4, str. (443 - 462). Split: Pravni fakultet
- Perović, S. (1990). Obligaciono pravo, Beograd.
- Petrović, M, Prica, M. (2012). Posebno upravno pravo sa međunarodnim upravnim pravom. SVEN, Niš.

- Petrović, M, Prica, M. (2013). Uvod u velike pravne sisteme. Pravni fakultet u Nišu.
- Popović, S. (1993). Specifičnosti upravnih ugovora u romanskom pravu, Pravni život, br. 11 – 12 Beograd.
- Šikić, M, Staničić, F. (2011). Pravna narav ugovora o koncesiji. U *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 48, 2. Split.
- Vodinić, V. (1986). Javno i privatno pravo. Doktorska disertacija. Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd.
- Urošević, R. (2017). Komentar najznačajnijih novina koje donosi Zakon o opštem upravnom postupku. Profi Sistem Com.
- Zakon o koncesijama Republike Srpske. (2018). Službeni glasnik RS broj: 59/13. i 16/18.

## CONCESSION CONTRACT – PUBLIC LAW CONTRACT WITH ELEMENTS OF PRIVATE (CIVIL) CONTRACT

Zoran Filipović

*University PIM, Faculty of Law, Banja Luka, Bosnia & Herzegovina, zoranfilip65@gmail.com  
Commission for concessions of the Republic of Srpska, Banja Luka, Bosnia & Herzegovina*

### ABSTRACT

In modern, continental law, division of law into public and private one is generally accepted. Historical root of that division can be found in Ulpian, and its principled concept is also present in modern law systems. That also applies to domain of contract law. Thus, legal theory distinguishes public law contracts and private law contracts. Even though they have a number of elements in common, there are important differences between them and they relate to their subject, subjects, their rights, obligations etc. However, the main difference is in their cause, i.e. goal; in private law contracts, the goal is primarily the realization of certain private interests of the contracting parties, while the public, i.e. general interest is dominant in public law contracts. In this work, the author affirms thesis of a part of legal theory that concession contracts are usually latent administrative contracts and in those legal systems whose positive system does not recognize administrative contract as a separate institute. In accordance with positive law of the Republic of Srpska, concession contracts are public law contracts by their nature, but with certain elements of private (civil) contract.

**Key words:** concession contract, public and private law, administrative contract.