

U I M E R E P U B L I K E H R V A T S K E

P R E S U D A

Visoki upravni sud Republike Hrvatske u vijeću sastavljenom od sudaca toga suda, J. J., predsjednice vijeća, mr.sc. M. J. i L. R.-B., članica vijeća, te sudske savjetnice V. J., zapisničarke, u upravnom sporu tužitelja X. d.o.o. iz Z., kojeg zastupa M. R. odvjetnik iz Z., protiv rješenja tužene Hrvatske agencije za nadzor financijskih usluga iz Zagreba, Miramarska 24b, koju zastupa predsjednik uprave Ante Samodol, klasa: UP/I-041-02/10-08/18, urbroj: 326-322-11-23 od 13. siječnja 2011., radi redovnog nadzora, u nejavnoj sjednici vijeća održanoj 13. rujna 2012.

p r e s u d i o j e

Tužba se odbija.

Obrazloženje

Tuženo je tijelo točkom 1. dispozitiva osporenog rješenja naložilo društvu X. d.o.o. iz Z., ulaganje imovine zatvorenog investicijskog fonda s javnom ponudom za ulaganje u nekretnine Y. d.d. Z., uskladiti s odredbama Zakona o investicijskim fondovima te odredbama Statuta i Prospekta navedenog fonda s obzirom na ciljanu strukturu ulaganja do zaključno sa stanjem na dan 30. rujna 2012. godine na način da u imovini fonda Y. d.d. snižava relativni udio postojećih ulaganja u tvrtke koje svoje poslovanje baziraju na nekretninama kao platformi za ostvarenje poslovne strategije tako da:

- sa stanjem na dan 30. lipnja 2011. godine udio takve imovine u imovini fonda određenoj za ulaganje u nekretnine iznosi najviše 90%,
- sa stanjem na dan 31. prosinca 2011. udio takve imovine u imovini fonda određenoj za ulaganje u nekretnine iznosi najviše 80%,
- sa stanjem na dan 31. ožujka 2012. godine udio takve imovine u imovini fonda određenoj za ulaganje u nekretnine iznosi najviše 65 %,
- sa stanjem na dan 30. lipnja 2012. godine udio takve imovine u imovini fonda određenoj za ulaganje u nekretnine iznosi najviše 50%,
- sa stanjem na dan 30. rujna 2012. godine udio takve imovine u imovini fonda određenoj za ulaganje u nekretnine iznosi najviše 30%.

Kao dokaz o izvršenju naloženog Društvo je dužno Agenciji dostaviti izvješće o izvršenoj alokaciji sredstava sa stanjem na dan 30. lipnja 2011. godine, 31. prosinca 2011. godine, 31. ožujka 2012. godine, 30. lipnja 2012. godine i 30. rujna 2012. godine, u roku od 30 dana od dana isteka izvještajnoj dana a iz kojeg izvješća će biti razvidno od čega se sastoji imovina fonda određena za ulaganje u nekretnine.

Točkom 2. dispozitiva osporenog rješenja Društvu X. d.o.o. iz Z., zabranjuje se raspolaganje imovinom zatvorenog investicijskog fonda s javnom ponudom za ulaganje u nekretnine Y. d.d. Z., na način da se imovina Fonda predviđena za ulaganje u nekretnine koristi za dokapitalizaciju društva u kojima Fond već ima udio, a bez stjecanja većeg udjela Fonda u društvu.

Točkom 3. dispozitiva osporenog rješenja Društvo X. d.o.o. Z., dužno je prilikom izvještavanja o ulaganjima u udjele društva čiji je predmet poslovanja isključivo ili pretežito

stjecanje i prodaja, iznajmljivanje i zakup nekretnina te upravljanje nekretninama, a koji čine imovinu zatvorenog investicijskog fonda s javnom ponudom za ulaganje u nekretnine Y. d.d. Z., iste iskazati u financijskim i nadzornim izvještajima sukladno Međunarodnim standardima financijskog izvještavanja i poslovnim evidencijama Fonda.

Točkom 4. dispozitiva osporenog rješenja Društvo X. d.o.o. Z., obvezno je udjele u društvima koje priznaje kao imovinu zatvorenog investicijskog fonda s javnom ponudom za ulaganje u nekretnine Y. d.d. Z., evidentirati, priznavati i mjeriti sukladno Međunarodnim standardima financijskog izvještavanja.

Točkom 5. dispozitiva osporenog rješenja Društvo X. d.o.o. Z., nalaže se sa stanjem na dan 31. prosinca 2010. godine pa nadalje izrađivati sukladno odredbama Međunarodnih standarda financijskog izvještavanja konsolidirane financijske izvještaje zatvorenog investicijskog fonda s javnom ponudom za ulaganje u nekretnine Y. d.d. Z., koje uključuje financijske izvještaje Fonda i financijske izvještaje ovisnih društava pod kontrolom Fonda: M. d.o.o., Ž. d.o.o., I. d.o.o., K. d.o.o. i H. d.o.o.

Točkom 6. dispozitiva osporenog rješenja Društvo X. d.o.o. Z., obvezno je u roku od 60 dana od dostave ovog rješenja iz imovine zatvorenog investicijskog fonda s javnom ponudom za ulaganje u nekretnine Y. d.d., Z., ukloniti slijedeće financijske instrumente:

- obveznice izdavatelja M. d.d.,
- komercijalne zapise izdavatelja M. d.d.,
- obveznice izdavatelja H. d.o.o.;

te o istome odmah izvijestiti Agenciju.

Točkom 7. dispozitiva je određeno da se ovo rješenje neće objaviti u Narodnim novinama.

Tužitelj podnosi tužbu protiv osporenog rješenja iz razloga predviđenih u članku 10. stavku 1. Zakona o upravnim sporovima jer smatra da u njemu nije pravilno primijenjen materijalni propis, da se u postupku koji je prethodio rješenju nije postupilo prema pravilima postupka te da činjenično stanje nije pravilno utvrđeno, odnosno, da je iz utvrđenih činjenica izveden nepravilan zaključak u pogledu činjeničnog stanja.

U odnosu na materijalno pravna pitanja smatra da je tuženo tijelo pogrešno tumačilo odredbu članka 80. stavka 7. Zakona o investicijskim fondovima sa kojim pogrešnim tumačenjem je povezano i pogrešno tumačenje odredaba prospekta zatvorenog investicijskog fonda s javnom ponudom za ulaganje u nekretnine Y. d.d. glede vrste imovine u koju se ulaže i pogrešno tumačenje o obvezi ulaganja učinjenih temeljem iste odredbe zakona.

Ukazuje na pogrešno tumačenje odredbe prospekta zatvorenog investicijskog fonda s javnom ponudom za ulaganje u nekretnine Y. d.d. sadržanih u dijelu pod naslovom „Investicijski ciljevi i ciljana struktura portfelja“, a u vezi sa dijelom pod naslovom „Temeljni kapital - dionice“. Nadalje ukazuje na pogrešno tumačenje Međunarodnih računovodstvenih standarda u pogledu obveze izrade konsolidiranih i odvojenih financijskih izvješća, pogrešno tumačenje obveze sastavljanja izvješća po različitim propisima te pogrešnu primjenu odredaba o povezanim osobama.

U odnosu na povrede pravila postupka tužitelj smatra da tuženi nije postupio po načelu utvrđivanja materijalne istine jer je propustio utvrditi sve činjenice i okolnosti koje su bitne za zakonito i pravilno rješavanje stvari te nije odluku u pogledu stvari koju je ovlašten rješavati po slobodnoj ocjeni dokaza (postupanje s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i dobrim poslovnim običajima) donio u granicama dane ovlasti i sukladno svrsi radi koje je ovlast dana.

Vezano uz tumačenje odredbe članka 80. stavka 7. Zakona o investicijskim fondovima koja je temelj tužbe, tužitelj pojašnjava da se u konkretnom slučaju radi o zatvorenom investicijskom fondu s javnom ponudom za ulaganje u nekretnine kod kojega je propisano da najmanje 60% neto vrijednosti imovine fonda mora biti uloženo u nekretnine. Člankom 80. stavkom 3. istoga Zakona su propisana dobra u koja investicijski fond za ulaganje u nekretnine smije ulagati, a to su: stambene i/ili poslovne zgrade s pripadajućim zemljištem, zemljišta na

kojima se gradi, neizgrađena zemljišta, poljoprivredna zemljišta, te ostala ulaganja u nekretnine ako je to izričito predviđeno u Statutu ili Prospektu fonda.

Tužitelj posebno upire na „ostala ulaganja u nekretnine“ i smatra da ta odredba po nomotehničkom shvaćanju ne predstavlja niti jedno od ulaganja predviđeno u točki 1. - 4. stavka 3. članka 80. Zakona o investicijskim fondovima, a što nije tipično za odredbe Zakona o investicijskim fondovima koji prepušta društvu za upravljanje da u konkretnom Statutu ili Prospektu fonda predvidi tako navedena dodatna ulaganja. Ulaganja navedena kao „ostala ulaganja u nekretnine“, prema mišljenju tužitelja, valjana su samo pod uvjetom i tek kada ih odobri Agencija. Time je, smatra, dopuštena sloboda fondova odnosno društava za upravljanje u konačnici podvrgnuta kontroli nadležnog regulatora.

Nastavno tužitelj smatra daje zakonodavac odredbom stavka 7. članka 80. Zakona o investicijskim fondovima, u odnosu na opisana ostala ulaganja propisao posebnu fikciju jer da se ulaganja u takve udjele smatraju ulaganja u nekretnine, a sve kako bi mogao nastati pravni odnos predviđen stavkom 3. članka 80. Zakona o investicijskim fondovima.

Tužitelj ističe da se svako ulaganje u udjele ili dionice opisanih društava, ali samo u granicama Zakona o investicijskim fondovima, ima smatrati ulaganjem u nekretnine, pri čemu ističe da navedena odredba ne predstavlja neku dodatnu vrstu ulaganja nego, pod određenim pretpostavkama, primjenu odredaba o propisanim vrstama ulaganja. U tom smislu smatra da ista predstavlja poseban način stjecanja određenih prava na dionicama ili udjelima društva koji drže u vlasništvu nekretnine (vlasnički vrijednosni papiri) pa se njezino značenje prvenstveno ogleda u mogućnosti posrednog stjecanja prava na nekretninama odnosno nekretnina.

U tom smislu, prema mišljenju tužitelja, tako uređena fikcija ne predstavlja odredbu koja bi se mogla ispustiti ili ograničiti kao vrsta ulaganja u Statutu ili Prospektu pojedinog fonda, već se primjenjuje neovisno o sadržaju istoga i baš uvijek kada su ispunjene zakonske pretpostavke.

Smatra također da se radi o prisilnom propisu pa se navedena odredba ne može izmijeniti drugačijim ugovorima, prospektima ili statutima. Stoga u granicama primjene Zakona o investicijskim fondovima pa i u tumačenjima isprava koje su uređene istim, nije dopušteno tvrditi drugačije. Posljedično tužitelj smatra da sve i kada bi u bilo kojem od navedenih dokumenata pisalo drugačije navedena se odredba ima primijeniti bezuvjetno i neovisno o eventualnim voljama osoba koje su ispravu sastavljale, odobravale ili se u sadržaj iste pouzdavale prilikom ulaganja.

Tužitelj smatra da se ulaganjem na ovaj način, za razliku od izravnih ulaganja u nekretnine, ujedno ograničava odgovornost fonda za eventualnu štetu koja bi od takvog ulaganja mogla proisteći.

Napokon tužitelj ističe kao pozitivne strane ovakve vrste ulaganja porezni efekt budući da se kod kupnje udjela ne obračunava i ne plaća porez na promet nekretnina pa se kupnjom udjela u društvu koje je vlasnik nekretnine ostvaruje izravna i trenutna prednost za fond u smislu porezne optimizacije poslovanja. Tužitelj navodi da je upravo neplaćanje poreza na promet nekretnina očito postupanje u korist imovine fonda odnosno ulagatelja u skladu s člankom 30. stavkom 1. točkom 2. Zakona o investicijskim fondovima odnosno postupanje u skladu sa povećanom pažnjom, prema pravilima struke i dobrim poslovnim običajima.

Slijedom navedenog tužitelj predlaže Sudu da uvaži tužbu i osporeno rješenje poništi.

Tuženo tijelo u odgovoru na tužbu, podnijetom po predsjedniku uprave Anti Samodolu, osporava osnovanost tužbenih navoda i ostaje kod razloga navedenih u obrazloženju osporenog rješenja.

U vezi s člankom 80. stavkom 7. Zakona o investicijskim fondovima tuženo tijelo smatra pogrešnim zaključak tužitelja da bi istim bila propisana fikcija koja bi predstavljala „način ulaganja u nekretnine“ i da je kao takva prisilni propis koji se ne može izmijeniti ugovorima, prospektima ili statutima jer da nije riječ o prosudbi fikcijom već o asetornoj prosudbi. Navedena odredba, navodi tuženo tijelo, nije prisilni propis u smislu u kojem ističe

tužitelj pa da se Statutom i/ili Prospektom fonda ne bi moglo propisati da tužitelj imovinu fonda neće ulagati u takvu imovinu ili da će imovinu fonda do određene visine ulagati u takvu imovinu. Ističe daje upravo tužitelj, a što je smio učiniti, Prospektom fonda propisao strukturu ulaganja te ograničio predmetna ulaganja tako što je kao sekundarnu platformu propisao i mogućnost alokacije dijela imovine Fonda predviđenog za ulaganje u nekretnine u „tvrtke koje svoje poslovanje baziraju na nekretninama kao platformi za ostvarenje poslovne strategije“, i to u visini do 30% imovine Fonda određene za ulaganje u nekretnine.

Tuženo tijelo napominje da prema člancima 102. i 104. Zakona o investicijskim fondovima prospekt svakog investicijskog fonda s javnom ponudom pa tako i zatvorenog investicijskog fonda s javnom ponudom za ulaganje u nekretnine, predstavlja poziv na kupnju dionica u fondu te stoga isti mora sadržavati one informacije na osnovi kojih će ulagači moći stvoriti utemeljeni sud o investicijskom fondu s javnom ponudom i donijeti odluku o ulaganju, a posebice o vrsti imovine u koji je fondu dopušteno ulaganje te opis investicijskih ciljeva fonda i ciljane strukture portfelja, načina ostvarenja ciljeva fonda te rizika povezanih s ulaganjima i sa strukturom fonda. Slijedom navedenog tuženo tijelo odbacuje navode tužitelja da bi se ulaganje iz članka 80. stavka 7. Zakona moglo smatrati ulaganjem iz članka 80. stavka 3. Zakona o investicijskim fondovima koji se odnosi na stjecanje nekretnina.

Tuženo tijelo osporava tužiteljevo tumačenje odredbi Prospekta i zaključak da bi tuženo tijelo prerano prosuđivalo „o ispunjenju konačnog ciljanog portfelja“ jer isti nije dosegno ciljani iznos fonda od milijardu kuna jer smatra da portfelj Fonda u svakom trenutku treba biti unutar kvota koje su u relativnom iznosu određene u prospektu fonda, a koji je osnovni dokument na osnovu kojega ulagatelj može donijeti informiranu odluku o ulaganju u određeni fond.

Smatra apsurdnim tvrdnje tužitelja da bi se odredbama Prospekta koje je sam propisao mogla nadzirati propisana struktura Fonda i o istoj donositi odluke tek u trenutku kada Fond dosegne ciljanu veličinu. To bi značilo da, ako imovina fonda nikada ne dosegne iznos od milijardu kuna, poštivanje prospektom propisane strukture ulaganja fonda ne može biti predmet ocjene tuženog tijela. Tuženo tijelo smatra da su takva shvaćanja u cijelosti neprihvatljiva i bez ikakvog temelja bilo u pozitivnim propisima, običajima ili pravilima morala. Smatra nadalje da tužitelj od pojma ulaganja u nekretnine nevjerojatnim akrobacijama dolazi do „stjecanja prava nekretnina i ulaganja u udjele ili dionice društava koje se smatra ulaganjem u nekretnine“, što premošćuje prigodno iznađenom fikcijom koja to nije, pritom minorizirajući značaj odredbi Prospekta fonda kojeg je sam donio.

Tuženo tijelo osporava navode tužitelja da bi povrijedilo pravila postupka jer da je u osporenom rješenju razložno objašnjeno kako je, i temeljem čega, utvrđeno da tužitelj nije upravljao Fondom u skladu s proklamiranim ulagačkim ciljevima niti je u izvršavanju obveze društva za upravljanje postupao s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i dobrim poslovnim običajima te propisima Republike Hrvatske u smislu donošenja poslovnih odluka na temelju valjanih i potpunih informacija tako da bi bilo razumno vjerovati da je konkretna poslovna prosudba primjerena danim okolnostima i u najboljim interesima ne samo tužiteljeva fonda nego u ulagatelja.

S tim u vezi ističe kako održavanje usmene rasprave u smislu odredbi Zakona o općem upravnom postupku u konkretnom slučaju neposrednog nadzora u kojem nema dvije ili više stranaka s protivnim interesima, tijekom kojeg nadzora su tuženi i tužitelj bili u neprekidnom kontaktu te su komunicirali usmenim i pisanim putem, s tim da nije riječ o slučaju u kojem bi bio korisno odrediti usmenu raspravu niti ispitivati svjedoke, što ne bi moglo dovesti do drugačijeg rješenja ove upravne stvari. Posebice stoga što je tužitelj višekratno pozivan na očitovanja o činjenicama i okolnostima utvrđenim tijekom nadzora a sve sukladno članku 30. stavku 1. Zakona o općem upravnom postupku.

Osporavajući razloge tužbe tuženo se tijelo iscrpljuje u ponavljanju navoda iz obrazloženja osporenog rješenja i predlaže Sudu da tužbu odbije.

Tužba nije osnovana.

Prema odredbi članka 10. stavka 1. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, broj 53/91., 9/92. i 77/92.) koji se primjenjuje temeljem članka 90. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, broj 20/10.) upravni akt se može pobijati što u aktu nije nikako ili nije pravilno primijenjen zakon, propis utemeljen na zakonu ili drugi zakonito doneseni propis ili opći akt, što je akt donesen od nenadležnog tijela i što se u postupku koji je aktu prethodio nije postupilo prema pravilima postupka, a osobito što činjenično stanje nije pravilno utvrđeno ili što je iz činjenica izveden nepravilan zaključak u pogledu činjeničnog stanja.

Ovaj Sud nalazi da u predmetnoj upravnoj stvari ne postoji niti jedan od razloga iz citirane odredbe Zakona o upravnim sporovima zbog kojih bi Sud osporeno rješenje mogao ocijeniti nezakonitim.

Naime, tuženo je tijelo (Agencija), osporeno rješenje donijelo sukladno ovlastima koje proizlaze iz odredbi Zakona o Hrvatskoj agenciji za nadzor financijskih usluga (Narodne novine, broj 140/05., 154/11. i 12/12.), te Zakona o investicijskim fondovima (Narodne novine, broj: 150/05.).

Nije sporno da je tužitelj društvo za upravljanje, koje upravlja zatvorenim investicijskim fondom s javnom ponudom za ulaganje u nekretnine Y. d.d. iz Z.

Osnivanje i rad fondova i društava za upravljanje, te nadzor nad njihovim radom regulirani su odredbama Zakona o investicijskim fondovima (dalje ZIF).

Društva za upravljanje dužna su u vođenju poslova i izvršavanju obveza postupati sukladno odredbama Zakona o investicijskim fondovima, pored ostalih, i onih propisanih u članku 30. toga Zakona prema kojem je društvo u izvršavanju obveza dužno postupati s povećanom pažnjom, prema pravilima struke, dobrim poslovnim običajima te propisima Republike Hrvatske, a sve u skladu sa ulagačkim ciljevima fonda kojim upravlja.

Poslove nadzora nad poslovanjem otvorenih i zatvorenih fondova, s javnom ili privatnom ponudom, društava za upravljanje i depozitnih banaka, kao i pravnih osoba koje su ovlaštene za prodaju dionica ili udjela u investicijskim fondovima provodi nadzorno tijelo (Agencija).

Ako društvo za upravljanje ili zaposlenik društva u vezi sa upravljanjem fondom povrijedi odredbe ovog Zakona, Zakona o izdavanju i prometu vrijednosnim papirima ili pravilnike donesene na temelju tih Zakona, ako društvo upravlja fondom suprotno Statutu, Prospektu ili Ugovoru o upravljanju fondom, ili ako je društvo u postupku osnivanja fonda dalo neistinite podatke, nadzorno tijelo može: izdati nalog društvu za upravljanje da poduzme određene radnje, odnosno da upravljanje fondom uskladi sa propisima, te zabraniti raspolaganje imovinom fonda.

Osporenim rješenjem tužena Agencija je u smislu navedenih zakonskih odredbi naložila tužitelju da svoje poslovanje uskladi sa odredbama Zakona o investicijskim fondovima te odredbama Statuta i Prospekta fonda Y. d.d. s obzirom na ciljanu strukturu ulaganja do zaključno 30. rujna 2012. godine, na način da snižava udio postojećih ulaganja u tvrtke koje svoje poslovanje baziraju na nekretninama kao platformi za ostvarenje poslovne strategije, pobliže navedeno u dispozitivu tog rješenja.

Naime, uvidom u spis predmeta dostavljen Sudu u odgovor na tužbu proizlazi da je kod tužitelja proveden postupak redovnog nadzora nad poslovanjem o čemu je sačinjen zapisnik od 7. listopada 2010. godine i dodatak zapisniku od 18. studenog 2010. godine na koje je tužitelj dao iscrpno očitovanje. Iz navedenih zapisnika proizlazi da su u poslovanju tužitelja utvrđene nepravilnosti, odnosno, da tužitelj u svojem poslovanju nije postupao u skladu sa Statutom i Prospektom fonda kojim upravlja.

Nije sporno, kao što je već naprijed navedeno, da je tužitelj osnovan kao Društvo za upravljanje zatvorenim investicijskim fondom s javnom ponudom za ulaganje u nekretnine Y. d.d.

Zatvoreni investicijski fond s javnom ponudom definira se, sukladno članku 60. ZIF- a,

kao dioničko društvo sa sjedištem u Republici Hrvatskoj kojega, uz odobrenje Nadzornog tijela, osniva i njime upravlja društvo za upravljanje kojemu je predmet poslovanja prikupljanje novčanih sredstava javnom ponudom svojih neograničeno prenosivih dionica i ulaganjem tih sredstava, uz uvažavanje načela razdiobe rizika. Ulagateljski ciljevi investicijskog fonda s javnom ponudom moraju se utvrditi statutom.

Statut zatvorenog investicijskog fonda s javnom ponudom uređuje pravne odnose društva za upravljanje s dioničarima, prilaže se prospektu fonda i čini njegov sastavni dio, a sadržaj statuta propisan je člankom 112. ZIF-a.

Prospekt je, u smislu Zakona o investicijskim fondovima, poziv na kupnju udjela u otvorenom, odnosno dionica u zatvorenom investicijskom fondu, čiji je sadržaj propisan člankom 104. ZIF-a.

Ulaganja u nekretnine odnosno ograničenja ulaganja u nekretnine zatvorenog investicijskog fonda s javnom ponudom regulirana su u članku 80. ZIF-a.

Prema odredbi članka 80. stavka 1. ZIF-a isključivo zatvoreni investicijski fond s javnom ponudom kojemu je odredbama prospekta i statuta dopušteno ulaganje u nekretnine, odnosno koji namjerava najmanje 60% neto vrijednosti imovine fonda uložiti u nekretnine, smije stjecati nekretnine na način i prema uvjetima iz ovog Zakona.

Prema stavku 3. istoga članka Zakona, investicijski fond za ulaganje u nekretnine, prema svojem Statutu i Prospektu, smije stjecati nekretnine u Republici Hrvatskoj i inozemstvu na temelju reciprociteta, i to u slijedeća dobra:

1. stambene i/ili poslovne zgrade s pripadajućim zemljištem,
2. zemljišta na kojima se gradi ako građevinski plan odgovara uvjetima navedenim pod točkom 1. ovoga stavka i ako se prema objektivnim kriterijima može računati sa završetkom izgradnje u primjerenom roku te ako troškovi za zemljišta ne prelaze ukupno 20% neto vrijednosti imovine fonda,
3. neizgrađena zemljišta na kojima je prema važećim propisima lokalne i područne (regionalne) samouprave dozvoljena gradnja stambenih ili poslovnih zgrada, odnosno zgrada ili uređaja potrebnih za obavljanje određenih djelatnosti i stoga određena za skorbu vlastitu gradnju, u skladu sa odredbom točke 1. ovoga stavka,
4. poljoprivredna zemljišta,
5. ostala ulaganja u nekretnine ako je to izričito predviđeno u Statutu i Prospektu fonda.

Prema stavku 4. toga članka Zakona, imovina iz stavka 3. smije biti stečena samo ako je vještak prethodno procijenio predmetnu nekretninu i ako protuusluga ili cijena koju treba platiti ili treba obaviti za račun fonda ne prelazi, ili samo neznatno prelazi, procijenjenu vrijednost nekretnine.

Svaka pojedina nekretnina, prema stavku 5. članka 80. ZIF-a, ne smije u trenutku stjecanja prelaziti 20% neto vrijednosti imovine fonda. To vrijedi i za nekretnine koje se sastoje od više međusobno povezanih zemljišnih čestica.

Prema stavku 6. istoga članka navedenog Zakona, najmanje 50% neto vrijednosti imovine zatvorenog investicijskog fonda s javnom ponudom za ulaganje u nekretnine mora se sastojati od nekretnina smještenih u Republici Hrvatskoj osim ako se ne radi o ulaganjima iz stavka 7. ovoga članka.

Prema stavku 7. članka 80. Zakona, ulaganja u udjele ili dionice društava čiji je predmet poslovanja isključivo ili pretežito stjecanje i prodaja, iznajmljivanje i zakup nekretnina te upravljanje nekretninama, udjele ili dionice drugog fonda za nekretnine, ili druge vrijednosne papire, izvedenice ili certifikate koje propiše nadzorno tijelo, a čija se cijena temelji na nekretninama, smatraju se ulaganjem u nekretnine.

U smislu citiranog članka Zakona, u konkretnom slučaju Prospektom fonda Y. d.d. propisano je da će Fond najmanje 65% prikupljenih sredstava uložiti u nekretnine, od čega najmanje 60% u nekretnine u Republici Hrvatskoj.

Primarnu platformu ulaganja u nekretnine Fonda čini ulaganje:

1. do 50% u kupnju novih nekretnina različitih namjena s ciljem njihove eksploatacije realizacijom planiranih projekata s naglaskom na projekte turističko/stambene namjene,
2. do 40% u postojeće nekretnine turističke, stambene i komercijalne namjene s ciljem ostvarivanja prinosa od najma,
3. do 40% u kupnju građevinskih i poljoprivrednih zemljišta s ciljem eksploatacije.

Kao sekundarna platforma Prospektom su propisana ulaganja:

1. do 30% u tvrtke koje svoje poslovanja baziraju na nekretninama kao platformi za ostvarenje svoje poslovne strategije,
2. do 30% u nekretnine u sklopu infrastrukturnih projekata.

Tercijalnom platformom je predviđeno u Prospektu ulaganje do 35% u vrijednosne papire i novčane depozite.

Uvidom u dokumentaciju u spisu predmeta utvrđeno je da je tužitelj od ukupne neto vrijednosti imovine fonda od 258.233.300,00 kn (na dan 31. prosinca 2009. godine), iznos od 172.109.624,00 kn uložio u udjele društva M. d.o.o., Ž. d.o.o., I. d.o.o., K. d.o.o. i H. d.o.o. Također je utvrđeno u postupku da je na dan 30. lipnja 2010. godine od neto vrijednosti imovine fonda u iznosu od 261.510.012,00 kn iznos od 182.146.118,00 kn uložen u iste tvrtke, što na dan 30. lipnja 2010. godine predstavlja 70% od ukupne neto imovine fonda, a što je u suprotnosti sa odredbama Prospekta fonda kojim je ulaganje u udjele tvrtki koje svoje poslovanje baziraju na nekretninama ograničeno na 30% neto imovine predviđene za ulaganje u nekretnine.

Ovako utvrđeno činjenično stanje tužitelj u stvari niti ne osporava jer isto ne smatra nezakonitim.

Naime, tužitelj ne osporava da je Prospektom fonda određeno ulaganje u nekretnine u smislu članka 80. stavka 3. ZIF-a koja ulaganja su određena kao primarna platforma, te da je kao sekundarnu platformu ulaganja predvidio i ulaganja u tvrtke koje svoje poslovanje baziraju na nekretninama kao platformi za ostvarenje svoje poslovne strategije u smislu stavka 7. članka 80. ZIF-a, koje ulaganje je ograničeno na „do 30%“ imovine fonda za ulaganje u nekretnine.

Međutim, tužitelj smatra da se ulaganje predviđeno stavkom 7. članka 80. ZIF-a ima smatrati ulaganjem u nekretnine u smislu stavka 3. istoga članka Zakona. To stoga što smatra da je zakonodavac stavkom 7. članka 80. propisao fikciju da se ulaganja u udjele tvrtki čiji je predmet poslovanja baziran na nekretninama smatraju ulaganjem u nekretnine predviđene stavkom 3. članka 80. ZIF-a, pa da se navedena fikcija ima smatrati onakvim ulaganjem u nekretnine kakvo je opisano u članku 80. stavku 3. točki 1. do 5. ZIF-a.

Prema tumačenju tužitelja za primjenu ove fikcije potrebne su slijedeće pretpostavke:

1. da je riječ o ulaganju u udjele ili dionice trgovačkih društava i da je predmet poslovanja društava isključivo ili pretežno stjecanje i prodaja iznajmljivanje i zakup nekretnina te upravljanje nekretninama, ili
2. da je riječ o udjelima ili dionicama drugog fonda za nekretnine, ili
3. da je riječ o vrijednosnim papirima, izvedenicama ili certifikatima koje propiše nadzorno tijelo te kao
4. da se cijena istih temelji na nekretninama.

U tom smislu i pod tim pretpostavkama, smatra tužitelj, svako ulaganje u udjele ili dionice se ima smatrati ulaganjem u nekretnine što da ne pretpostavlja neku posebnu vrstu ulaganja nego predstavlja način ulaganja u nekretnine.

Sud ne prihvaća ovakav način tumačenja stavka 7. članka 80. Zakona o investicijskim fondovima jer je ono u suprotnosti sa odredbom stavka 1., 3. i 4. istog članka Zakona o investicijskim fondovima, a i samom svrhom i smislom zakona.

U tom kontekstu valja reći da se u pravnoj teoriji fikcijom smatra ona pravna činjenica za koju se zna da se uopće nije dogodila ili da se nikada neće dogoditi ali se uzima kao da se

dogodila da bi mogao nastati, promijeniti se ili prestati neki pravni odnos.

S obzirom da se u konkretnom slučaju radi o pravnim poslovima između dva ili više subjekata, usmjerenih na postizanje dopuštenih pravnih učinaka, za nastanak istih je potrebno pored suglasnosti volja, ispunjenje određenih pravnih činjenica - pretpostavki. Te pravne činjenice u poslovima ulaganja novčanih sredstava u nekretnine nikako se ne mogu smatrati fikcijama jer je fikcija nešto što se nije dogodilo i za što se zna da se nikada neće dogoditi pa je stoga fikcija imanentna takvoj vrsti pravnog posla.

U tumačenju volje zakonodavca treba polaziti od svrhe i cilja radi kojeg je zakon donesen. Naime, Zakonom o investicijskim fondovima propisuju se uvjeti osnivanja i rada fondova i društava za upravljanje, izdavanje i prodaja dionica i udjela te otkupa udjela, nadzor nad radom fondova, društava za upravljanje, depozitnih banaka i osoba koje obavljaju prodaju udjela i dionica. Zakonom su propisana prava i obveze te ograničenja sudionika u pravnim poslovima vezanim za tržište kapitala, a radi zaštite svih sudionika na tržištu, kako imatelja kapitala (ulagača) tako i šire društvene zajednice. Radi toga zakonodavac je predvidio posebno nadzorno tijelo čije su ovlasti i postupanje propisani posebnim zakonom.

U tom smislu ZIF je odredio da je najniži iznos temeljnog kapitala zatvorenog investicijskog fonda s javnom ponudom 5.000.000,00 kn (članak 62. stavak 1. ZIF-a).

Isključivo zatvoreni investicijski fond s javnom ponudom za ulaganje u nekretnine (najmanje 60% neto vrijednost imovine), smije stjecati nekretnine na način i prema uvjetima iz ovoga Zakona (stavak 1. članak 80.). Ulaganje imovine fonda u nekretnine radi stjecanja nekretnina precizno je uređeno stavkom 3. točkama 1. do 5. članka 80. ZIF-a i odvija se na dva načina: 1. ulaganjem u nekretnine radi stjecanja nekretnina (stavak 3. članka 80.), i ulaganjem u dionice ili udjele društava koja se bave nekretninama radi stjecanja udjela ili dionica društava (stavak 7. članak 80.).

Da se u slučajevima koje ima u vidu stavak 3. članka 80. radi o ulaganju koje ima za posljedicu stjecanje vlasništva nad nekretninama u smislu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, proizlazi i iz stavka 4. članka 80. ZIF-a koji propisuje da imovina iz stavka 3. ovoga članka može biti stečena samo ako je vještak prethodno procijenio predmetnu nekretninu i ako protuusluga ili cijena koju treba platiti ili treba obaviti za račun fonda ne prelazi ili samo neznatno prelazi procijenjenu vrijednost nekretnine.

U tom smislu valja tumačiti i odredbu stavka 5. članka 80. Zakona koji propisuje da svaka pojedina nekretnina ne smije u trenutku stjecanja prelaziti 20% neto vrijednosti fonda što vrijedi i za nekretnine koje se sastoje od više međusobno povezanih zemljišnih čestica.

Dakle, u tumačenju odredaba o ulaganju u nekretnine Sud smatra da se ulaganje u smislu stavka 3. članka 80. ZIF-a ima tumačiti kao kupnja/stjecanje nekretnina koje podliježe procjeni i s tim u vezi oporezivanju, bilo porezom na promet nekretnina ako se radi o kupnji postojećih nekretnina, bilo porezom na dodanu vrijednost ako se radi o kupnji/stjecanju novoizgrađenih nekretnina, posljedično stjecanjem kojih se stječe vlasništvo u smislu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

Da bi se ulaganje imovine fonda kako je to propisano stavkom 7. člankom 80. ZIF-a smatralo ulaganjem u nekretnine potrebno je da se ispune određene pravne činjenice - pretpostavke, a to su: da se radi o kupnji dionica ili udjela društava odnosno tvrtki čiji je predmet poslovanja isključivo ili pretežno poslovanje sa nekretninama, prodaja i iznajmljivanje, zakup te upravljanje nekretninama, da se stječu udjeli ili dionice drugoga fonda, da se stječu vrijednosni papiri, izvedenice ili certifikati koje propiše nadzorno tijelo a čija se cijena temelji na nekretninama.

Navedene pretpostavke, prema mišljenju Suda, ne moraju biti kumulativno ispunjene već je dovoljno da je ispunjena bilo koja od navedenih da bi se moglo smatrati da se radi o ulaganju u nekretnine u koje fond smije ulagati te da je takvo ulaganje predviđeno Prospektom.

Valja reći da se ulaganjem u dionice tvrtki koje se bave nekretninama, u dionice fondova i vrijednosne papire, ne stječe vlasništvo nad nekretninama u smislu Zakona o vlasništvu i



drugim stvarnim pravima te da takva ulaganja nisu podložna oporezivanju kao što je to u slučaju stjecanja nekretnina u smislu stavka 3. članka 80. ZIF-a.

U tom kontekstu treba tumačiti i volju zakonodavca kada je razlučio ulaganja u kupnju nekretnina koje podliježu oporezivanju od onih ulaganja koje oporezivanju ne podliježu.

Osim što se zbog različitog stupnja rizika kod ove dvije vrste ulaganja vodilo računa o zaštiti ulagača, nesporno je da se vodio računa o općem interesu odnosno o koristi koja se iz ulaganja u nekretnine putem oporezivanja očekuje i za zakonodavca samog.

U konkretnom slučaju, kako to proizlazi iz spisa predmeta, u Prospektu fonda Y. d.d. predviđeno je da će tužitelj sredstva Fonda ulagati na slijedeći način: primarno - u kupnju nekretnina i to do 50% u kupnju novih nekretnina, do 40% u kupnju postojećih nekretnina, do 40% u kupnju građevinskih i poljoprivrednih zemljišta, a sve sukladno članku 80. stavku 3. ZIF-a.

Nadalje, Prospektom je propisano sekundarno ulaganje do 30% imovine Fonda u tvrtke koje svoje poslovanje baziraju na nekretninama kao platformi za ostvarenje poslovne strategije sukladno stavku 7. članku 80. ZIF-a, a tercijarno do 35% imovine ulaganje u vrijednosne papire i novčane depozite također sukladno stavku 7. članka 80. ZIF-a.

Imajući u vidu navedeno nije sporno da je tužitelj u Prospektu fonda ulaganja u udjele tvrtki koje se bave nekretninama ograničio na 30% imovine Fonda predviđene za ulaganje, a da je u iste uložio preko toga iznosa, odnosno, gotovo cjelokupnu imovinu koja je predviđena za ulaganje u nekretnine uložio u udjele tvrtki, to i prema ocjeni ovog Suda takovo ulaganje nije sukladno Prospektu fonda pa je pravilno postupilo tuženo tijelo kada je tužitelju naložilo usklađenje na način naveden u dispozitivu osporenog rješenja.

Kraj takovog stanja stvari, niti ostali navodi tužbe ne mogu imati utjecaja na drugačije rješenje ove upravne stvari jer u njima nije istaknut niti jedan osnovani niti pravno odlučan razlog zbog kojega bi se dokazi u postupku ukazali manjkavim te time dovela u pitanje njihova vjerodostojnost kao i pravilnost utvrđenog činjeničnog stanja u postupku pa Sud nalazi da osporenim rješenjem uz obrazloženje kakovo je njime dano nije povrijeđen zakon tužitelju na štetu.

Trebalo je stoga temeljem članka 42. stavka 2. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, broj 53/91., 9/92. i 77/92.) u vezi s člankom 90. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, broj 20/10.) tužbu kao neosnovanu odbiti.

U Zagrebu 13. rujna 2012.

Zapisničarka

V. J., v.r.

Predsjednica vijeća

J. J., v.r.

Za točnost otpravka - ovlaštenu službenik

I. B.