

Zagrebačka pravna revija



Elektronički časopis poslijediplomskih studija
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

Vol. 9 | Br. 3 | 2020

ČLANCI

Kontekst propisivanja autorskom srodnog prava
nakladnika informativnih publikacija u Direktivi (EU)
2019/790

Romana Matanovac Vučković, Ivan Begić

Uobičajeno boravište ostavitelja prema Uredbi o
nasljeđivanju

Dora Zgrabljic Rotar, Tena Hoško

Commercial Suborbital Flights - Air or Space Law?

Iva Savić, Nika Petić

Pravni i institucionalni okvir utvrđivanja financijskih
ispravaka rashoda koje u Republici Hrvatskoj financira
Europska unija

Ljiljana Mavračić Tišma

Zagreb Law Review
*e-Journal of Postgraduate Studies of
Faculty of Law, University of Zagreb*

ISSN: 1848-6118

ZAGREBAČKA PRAVNA REVIJA

**Elektronički časopis poslijediplomskih studija
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu**



revija.pravo.unizg.hr

Nakladnik / Publisher

Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu / Faculty of Law of the University in Zagreb

Glavni urednik / Editor-in-chief

doc. dr. sc. Zoran Burić

Izvršni urednik / Executive editor

Juraj Brozović

Tehnički urednik / Technical editor

Krunoslav Fučkor

Uredništvo / Editorial board

prof. dr. sc. Zlata Đurđević, izv. prof. dr. sc. Hano Ernst, izv. prof. dr. sc. Viktor Gotovac, izv. prof. dr. sc. Ivan Kosnica, izv. prof. dr. sc. Goranka Lalić Novak, izv. prof. dr. sc. Hrvoje Lisičar, izv. prof. dr. sc. Lana Ofak, izv. prof. dr. sc. Sunčana Roksandić, izv. prof. dr. sc. Ružica Šimić Banović, doc. dr. sc. Henrik-Riko Held, doc. dr. sc. Tena Hoško, doc. dr. sc. Tomislav Jakšić, doc. dr. sc. Barbara Preložnjak, doc. dr. sc. Iva Savić, dr. sc. Rutvica Rusan Novokmet

Međunarodno uredništvo / International editorial board

prof.dr.sc. Gordan Kalajdžiev, Pravni fakultet Justinijan Prvi, Sveučilište Sveti Kiril i Metodij u Skopju, Makedonija; prof.dr.sc. Barbara Kresal, Fakultet za socijalni rad, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; prof.dr.sc. Nele Matz-Luck, direktorica na Walther Schücking Institutu za međunarodno pravo, Sveučilište u Kielu, Njemačka; prof.dr.sc. Meliha Powlakić, Pravni fakultet, Sveučilište u Sarajevu, Bosna i Hercegovina; prof.dr.sc. Charles Szymanski, Pravni fakultet, Vytautas Magnus Sveučilište, Kaunas, Litva; prof.dr.sc. Katja Šugman Stubbs, Katja Šugman Stubbs, Pravni fakultet, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; associate prof. Polonca Kovač, Fakultet za javnu upravu, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; izv. prof. dr. sc. Vasilka Sancin, Pravni fakultet, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; doc.dr.sc. Miloš Živković, Pravni fakultet Sveučilišta u Beogradu, Srbija; dr.sc. Paul Cardwell, profesor prava, Sveučilište Strathclyde, Glasgow, Škotska; dr.sc. Mitja Grbec, Fakultet za pomorstvo i promet, Portorož, Slovenija; prof. dr. sc. Jurij Toplak, Sveučilište u Mariboru, Slovenija; dr.iur. Nataša Hadžimanović, Max Planck Institut, Hamburg, Njemačka.

Lektor / Copyeditor

prof. dr. sc. Petar Vuković

Lektor za engleski jezik / Copyeditor for English language

Mark Davies

Adresa uredništva / Editorial board contact address

Zagrebačka pravna revija
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu
Trg Republike Hrvatske 14, 10 000 Zagreb
E-mail: zoran.buric@pravo.hr

Izdavanje časopisa dijelom je financirano sredstvima Ministarstva znanosti, obrazovanja i sporta Republike Hrvatske

SADRŽAJ

ČLANCI

Romana Matanovac Vučković, Ivan Begić

Kontekst propisivanja autorskom srodnog prava nakladnika informativnih publikacija u
Direktivi (EU) 2019/790 190

Dora Zgrabljic Rotar, Tena Hoško

Uobičajeno boravište ostavitelja prema Uredbi o nasljeđivanju 208

Iva Savić, Nika Petić

Commercial Suborbital Flights - Air or Space Law? 230

Ljiljana Mavračić Tišma

Pravni i institucionalni okvir utvrđivanja financijskih ispravaka rashoda koje u Republici
Hrvatskoj financira Europska unija 251

CONTENTS

ARTICLES

Romana Matanovac Vučković, Ivan Begić

The context of regulating copyright and related rights of publishers of press publications in Directive (EU) 2019/790 190

Dora Zgrabljic Rotar, Tena Hoško

Habitual residence of the deceased under the Succession Regulation 208

Iva Savić, Nika Petić

Commercial suborbital flights - Air or Space Law? 230

Ljiljana Mavračić Tišma

The legal and institutional framework of determining financial corrections on expenditure in Croatia financed by the European Union 251

ČLANCI

KONTEKST PROPISIVANJA AUTORSKOM SRODNOG PRAVA NAKLADNIKA INFORMATIVNIH PUBLIKACIJA U DIREKTIVI (EU) 2019/790*

Izvorni znanstveni rad

UDK 347.78:004.7(4)EU

070:004.738.5(4)EU

339.923:061.1](4)EU

Primljeno: 2. travnja 2021.

Romana Matanovac Vučković**

Ivan Begić***

Iako su isprva mediji, uključujući posebno novinske nakladnike, prigrlili modele poslovanja medijskih agregatora i društvenih mreža, njihova ekspanzija, kao i njihovo ubrzano pretvaranje u „vratare“ (gatekeepere) kanala dostupnosti vijesti i informacija prema krajnjim korisnicima ugrozilo je održivost tradicionalnih medija. Velik udio krajnjih korisnika više ne dolazi do medijskih sadržaja putem web-stranica pojedinačnih nakladnika informativnih publikacija, već putem agregatora. Time se zaobilaze reklamni oglasi postavljeni na stranicama nakladnika, koji predstavljaju njihov praktički jedini izvor prihoda na internetu. Nakladnici informativnih publikacija u državama članicama nisu uspijevali ostvariti adekvatnu pravnu zaštitu putem autorskoga prava na svojim medijskim sadržajima u pregovorima i sudskim postupcima s medijskim agregatorima. Zato se tražio nov pravni model zaštite interesa nakladnika informativnih publikacija. Zakonodavne inicijative na nacionalnom nivou u Njemačkoj i Španjolskoj, iako u praksi neuspješne, prenijele su se na europsku razinu. U dugotrajnom zakonodavnom postupku, prožetom masovnim lobiranjem svih zainteresiranih strana, na razini Europske unije stvoreno je novo srodno pravo nakladnika informativnih publikacija u članku 15. Direktive (EU) 2019/790.

U ovome radu obradit će se razlozi koji su doveli do propisivanja novog srodnog prava nakladnika informativnih publikacija na razini Europske unije, nacionalni primjeri Njemačke i Španjolske, koji su tome prethodili, te zakonodavni postupak na europskoj razini, koji je bio vrlo dinamičan i osebujan budući da u povijesti Europske unije još nije zabilježeno da je neki propis izazvao toliko interesa u općoj populaciji i među zainteresiranim stranama kao proces donošenja Direktive (EU) 2019/790. Konačno, obradit će se i tekst članka 15. predmetne Direktive i pripadajući recitali, kojima se uređuje novo srodno pravo nakladnika informativnih publikacija.

Ključne riječi: srodno pravo nakladnika informativnih publikacija, Direktiva (EU) 2019/790

* Ovaj rad nastao je na temelju diplomskog rada Ivana Begića pod naslovom „Pravo izdavača informativnih publikacija prema Direktivi 2019/790 o autorskom i srodnim pravima na Jedinственном digitalnom tržištu“, obranjenog na Pravnom fakultetu u Zagrebu dana 25. rujna 2020. godine s ocjenom izvrstan.

** Romana Matanovac Vučković, izvanredna profesorica na Katedri za građansko pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

*** Ivan Begić, odvjetnički vježbenik u odvjetničkom društvu Tödting i partneri d.o.o.

1. UVOD

Zaštita autorskog i srodnih prava, koju je osiguravao dosadašnji europski i nacionalni zakonodavni okvir, u digitalnom okružju nije dostatna za vrijeme i okolnosti u kojima živimo. Svjesnost o problemima koji su time uzrokovani potaknula je prvo neke države članice Europske unije, a potom i institucije Europske unije, da pokrenu kotač promjena. Medijska industrija, posebno novinsko nakladništvo i profesionalno novinarstvo u gospodarskom smislu proživljavaju neke od najtežih trenutaka u povijesti. Četvrta industrijska revolucija u obliku i pojavi interneta te masovnog dijeljenja informacija umanjila je važnost do tada primarnih izvora medijskog sadržaja te desetkovala prihode medijske industrije. Tranzicija iz tiskanog u *online*-okružje spojena je s brojnim problemima i obilježava je trajno traženje održivog modela poslovanja profesionalnih medija.

Pojava posrednika u nekim je industrijskim granama i uslugama značajno pridonijela poboljšanju i dostupnosti roba i usluga, pa su tako platforme poput *eBaya*, *Bookinga*, *Ubera*, *Bolta* i *Glova* donijele revoluciju u dostupnosti roba i usluga istodobno ugrožavajući neke dotadašnje distribucijske kanale, poput turističkih agencija i tradicionalnih taksislužbi. S pozitivnim stranama svakako su spojene i negativnosti na razini propisa, poreznih pitanja te tržišnog natjecanja. Po jednakome modelu i u konzumaciji kreativnih, kulturnih i medijskih sadržaja pojavili su se posrednici – platforme za dijeljenje sadržaja poput *Youtubea*, digitalni glazbeni servisi poput *Deezer* i *Spotify*, društvene mreže poput *Facebooka*. U medijskoj industriji u ulozi posrednika u konzumiranju medijskih sadržaja posebno su se pojavili medijski agregatori poput *Google Newsa*, servisi za praćenje medija i slične platforme.¹ Iako je poslovni model djelovanja svih tih posrednika vrlo sličan, sadržaj koji posreduju bitno je različit. Naime cipele, hoteli, hrana i prijevoz nisu isto što i glazba, film te pogotovo ne medijski sadržaji. Kreativni, kulturni i medijski sadržaji nisu obična roba ili usluga – oni imaju jednu dodatnu, potpuno drugu dimenziju, koja značajno utječe na društvo u cjelini. Posebno je osjetljiva dimenzija medija, čime se u ovome radu i bavimo.

Iako su isprva mediji, uključujući posebno novinske nakladnike, prigrlili modele poslovanja medijskih agregatora i društvenih mreža, njihova ekspanzija i preuzimanje te koncentracija, koja mahom nije u skladu s načelima tržišnog natjecanja, kao i njihovo

¹ Vidi detaljno: Athey, S., Mobius, M. (2012) *The impact of news aggregators on internet news consumption: the case of localisation. Working Paper*, Microsoft Research. Dostupno na:

<https://www.gsb.stanford.edu/faculty-research/working-papers/impact-news-aggregators-internet-news-consumption-case-localization> (7. prosinca 2020.); Athey, S., Mobius, M., Pál, J. (2017) *The impact of aggregators on internet news consumption*. Stanford University Graduate School of Business Research Paper No 17-8. Dostupno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2897960 (7. studenoga 2020.).

ubrzano pretvaranje u „vratare“ (*gatekeepere*) kanala dostupnosti vijesti i informacija prema krajnjim korisnicima, ugrozilo je održivost tradicionalnih medija. Naime poslovni modeli medijskih agregatora i sličnih platformi sastoje se u tome da uzimaju dijelove sadržaja koji kreiraju novinski nakladnici i drugi nakladnici medija, sortiraju ih i tako sortirane nude krajnjim korisnicima te na postavljenim reklamnim oglasima zarađuju svome ulogu neproporcionalno visoke iznose novca, koje ne dijele s kreatorima medijskih sadržaja. Istodobno pojavom medijskih agregatora i sličnih platformi krajnji korisnici ne dolaze do sadržaja putem *web*-stranica pojedinačnih medijskih nakladnika, već putem agregatora. Time se zaobilaze reklamni oglasi postavljeni na stranicama nakladnika. Takvo stanje nije održivo u medijskoj industriji, zbog čega se „spas“ u jednome dijelu potražio na razini autorskog i srodnih prava. Iako tradicionalno medijska industrija nije toliko naslonjena na zaštitu autorskog i srodnih prava, taj oblik zaštite sada se čini kao jedan od najprikladnijih u odnosu prema medijskim agregatorima i sličnim platformama jer pruža poziciju isključivih prava – dopustiti ili zabraniti korištenje objekta prava te zahtijevati i dobiti za svako korištenje pravičnu naknadu.

Nove pravne modele, koji bi osigurali pravedniju pravnu, a posljedično i faktičnu, poziciju nakladnika informativnih publikacija, prvo su uvele Njemačka i Španjolska stvaranjem novog autorskom srodnog prava nakladnika informativnih publikacija. Inicijativa se ubrzo prenijela na europsku razinu te je u dugotrajnom zakonodavnom postupku, prožetom masovnim lobiranjem svih zainteresiranih strana, na razini Europske unije stvoreno novo srodno pravo nakladnika informativnih publikacija u Direktivi (EU) 2019/790 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. travnja 2019. o autorskom srodnim pravima na jedinstvenom digitalnom tržištu i izmjeni direktiva 96/9/EZ i 2001/29/EZ (dalje u tekstu: Direktiva (EU) 2019/790).² Člankom 15. te Direktive uređuje se novo srodno pravo nakladnika informativnih publikacija, čime se stvara obveza svim državama članicama Europske unije da takvo pravo, u sadržaju koji određuje članak 15. Direktive (EU) 2019/790, implementiraju u svoja nacionalna zakonodavstva. Cilj novog srodnog prava nakladnika informativnih publikacija jest postići održivost medijske industrije.

U ovome radu obradit će se razlozi koji su doveli do propisivanja novog srodnog prava na razini Europske unije, nacionalni primjeri Njemačke i Španjolske, koji su tome prethodili, te zakonodavni postupak na europskoj razini, koji je bio vrlo dinamičan i osebujan jer u povijesti Europske unije još nije zabilježeno da je neki propis izazvao toliko interesa u općoj populaciji i među zainteresiranim stranama kao proces donošenja Direktive (EU) 2019/790. Konačno, obradit će se i tekst članka 15. predmetne Direktive i pripadajući recitali, kojima se uređuje novo srodno pravo nakladnika informativnih publikacija.

² Direktiva (EU) 2019/790 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. travnja 2019. o autorskom srodnim pravima na jedinstvenom digitalnom tržištu i izmjeni direktiva 96/9/EZ i 2001/29/EZ, OJ L 130, 17. 5. 2019., str. 92–125.

2. PROBLEM – AKTIVNA LEGITIMACIJA NAKLADNIKA NOVINSKIH PUBLIKACIJA

Nakladnici informativnih publikacija u državama članicama Europske unije, a ni šire, u pravilu nemaju pravni okvir koji bi im dao izvorno autorsko pravo u odnosu na medijske sadržaje koje objavljuju. Njihova je pravna pozicija u dokazivanju stjecanja autorskih prava iskorištavanja na medijskim sadržajima različita u pojedinim državama članicama Europske unije. Tu valja kao prvo uočiti da nema jedinstvenog autorskog ni srodnog prava na području cijele Europske unije, već postoji 27 zasebnih nacionalnih autorsko-pravnih poredaka. Oni u jednome dijelu jesu harmonizirani, no to je jako daleko od jedinstvenog sustava. S druge strane sve ako je u nekoj državi članici Europske unije situacija u pogledu stjecanja autorskog prava na sadržaju koji objavljuju donekle povoljnija za nakladnike informativnih publikacija (zato što postoji, na primjer, predmnijeva o stjecanju prava na djelima stvorenim u radnom odnosu), u drugim državama to nije slučaj. U takvim državama dokazivanje stjecanja autorskog prava na medijskim sadržajima vezano je uz pokazivanje mnoštva pojedinačnih ugovora s pojedinačnim autorima – stvarateljima pojedinačnih autorskih djela koja su sadržana u informativnim publikacijama. Stoga nepostojanje samostalnog izvornog prava na koje bi se nakladnici mogli osloniti u pokušaju ostvarivanja povoljnije pregovaračke pozicije s internetskim platformama, kao i nepostojanje jedinstvenog pristupa u svim državama članicama predstavlja prvi i osnovni problem s kojim su se susretali nakladnici informativnih publikacija u pokušajima da na jedinstvenom digitalnom tržištu ostvare naknade za komercijalizaciju svojih medijskih sadržaja.

Ako se uzme za primjer Hrvatska, uočava se da je prema Zakonu o autorskom pravu i srodnim pravima (dalje u tekstu: ZAPSP)³ koji je u Hrvatskoj trenutačno na snazi pravni položaj nakladnika informativnih publikacija u pravnome smislu nezavidan kad je riječ o dokazivanju stjecanja autorskog prava u odnosu prema trećim stranama. Naime nakladnici informativnih publikacija stječu autorska prava od novinara ili od fotografa putem raznih ugovornih režima. Prvi način stjecanja autorskog prava bio bi putem ugovora o radu, u kojemu se mora izričito naznačiti stječe li poslodavac od zaposlenika pravo iskorištavanja te ako ga stječe, obvezna je naznaka opsega i trajanja prava iskorištavanja.⁴ Drugi način stjecanja autorskog prava ostvariv je putem nakladničkog (izdavačkog) ugovora, kojim nakladnik stječe pravo iskorištavanja pojedinačnog autorskog djela.⁵ Takvi se ugovori sklapaju u pisanom obliku, osim u slučaju malih nakladničkih ugovora, koji mogu biti neformalni.⁶ U praksi se takvi ugovori sklapaju na povremenoj bazi, s ciljem stjecanja prava za jednokratno objavljivanje pojedinog članka ili fotografije. Treći način stjecanja autorskog prava nakladnici ostvaruju putem ugovora

³ Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima, NN 167/03, 79/07, 80/11, 125/11, 141/13, 127/14, 62/17, 96/18, dalje u tekstu: ZAPSP. Dostupno na: <https://www.zakon.hr/z/106/Zakon-o-autorskom-pravu-i-srodnim-pravima> (23. 3. 2021.).

⁴ Članak 76. ZAPSP-a.

⁵ Članci 51. i 56. ZAPSP-a.

⁶ Članak 59. ZAPSP-a.

o djelu ili trajnog ugovora o suradnji s vanjskim suradnicima.⁷ Ta raznovrsnost pravnih osnova za stjecanje autorskih prava iskorištavanja na medijskim sadržajima koje objavljuju nakladnicima ne ide na ruku u pregovorima s digitalnim platformama.

Pred sudom u postupcima zaštite od povrede ili u drugim okolnostima zbog potrebe legitimacije prema trećima nakladnici moraju ugovorima dokazivati jesu li te u kojem opsegu stekli pravo na iskorištavanje autorskih djela koje objavljuju, tj. svakog pojedinačnog teksta i fotografije ili videouratka. Na primjer u jednom od sporova njemački nakladnik morao je prikupiti 22.000 ugovora sklopljenih s novinarima i fotografima u svrhu dokazivanja svoje aktivne legitimacije u tužbi pred sudom.⁸ Takva pravna pozicija usporava razvoj medija. Problem se pokazuje još većim ako se uzme u obzir da je puno članaka i fotografija u režimu tzv. malih nakladničkih ugovora, koji su usmeni.

3. POSLOVNI MODEL MEDIJSKIH AGREGATORA – POSREDNICI ILI KORISNICI?

Posebnu pozornost privlači problematika vezana uz sve veću snagu medijskih agregatora i internetskih platformi i posljedično sve slabiji položaj i pregovaračka snaga nakladnika informativnih publikacija. Tako je na primjer *Google News*, kao najzorniji prikaz medijskog agregatora, razvio poslovni model u kojem na svojoj platformi prikazuje velik broj isječaka medijskih sadržaja s raznih izvora, koje rangira koristeći se algoritmima i kodovima. Pri kliku na određeni sadržaj prikazuju se reklame koje naplaćuje i također organizira *Google News*. Time se zaobilazi ulazna *web*-stranica nakladnika informativnih publikacija i reklame koje je na svoj sadržaj inicijalno postavio nakladnik. S druge strane upravo reklame koje je sam nakladnik postavio, a koje su u modelu *Google Newsa* zaobiđene, nakladnikov su primarni izvor financiranja. Ulazak do željenog teksta putem medijskog agregatora i zaobilazanje „nakladnikovih“ reklamnih oglasa dovodi do financijske ugroze nakladnika i financijskog prosperiteta agregatora koji nije sudjelovao u stvaranju sadržaja, već samo u preuzimanju uloge *gatekeepera* u odnosu na već objavljene medijske sadržaje. Jedno istraživanje Europske komisije iz 2016. godine upozorilo je na nevjerojatan podatak da gotovo 47 % osoba koje koriste platforme poput *Google Newsa* nikad uistinu i ne klikne na sadržaj teksta, već se zadovolji kratkim isječkom, naslovom i viđenom fotografijom ili kratkim videom, čime se neposredno ugrožava poslovanje nakladnika informativnih publikacija.⁹

⁷ Predavanje Romana Matanovac Vučković: *Položaj novinskih nakladnika nakon Direktive (EU) 2019/790. Youtube* (video). Dostupno na: https://www.youtube.com/watch?v=_EX5EJH5Tew (6. kolovoza 2020.).

⁸ Bently, L., Kretschmer, M., Dudenbostel, T., Moreno, M. i Radauer, A. (2017) *Strengthening the Position of Press Publishers and Authors and Performers in the Copyright Directive*. Dostupno na: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596810/IPOL_STU\(2017\)596810_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596810/IPOL_STU(2017)596810_EN.pdf), str. 22 (10. kolovoza 2020.).

⁹ Flash Eurobarometer 437 (2016) *Internet users preferences for accessing content online*. Dostupno na: https://www.da-ra.de/dara/study/web_show?res_id=525091&lang=en&mdlang=en&detail=true (1. 9. 2020.), str. 58.

Pravna pozicija medijskih agregatora i sličnih platformi iz njihove perspektive počiva na razumijevanju da se njihova aktivnost sastoji samo u posredovanju u korištenju zaštićenih sadržaja između krajnjih točaka – nakladnika, i krajnjih korisnika pojedinaca – potrošača i trgovaca. Agregatori i slične platforme sebe ne smatraju korisnicima. S druge strane nositelji prava na medijskim sadržajima agregatore i slične platforme vide kao korisnike koji koriste njihov zaštićeni medijski sadržaj, bez odobrenja i bez plaćanja primjerene naknade. U tom razmimoilaženju korijen je problema u odnosu nakladnika informativnih publikacija i agregatora i sličnih platformi. I, naravno, u novcu koji se zarađuje od reklama koje se plasiraju uz zaštićeni medijski sadržaj.¹⁰

4. DIREKTIVA 2001/29/EZ BEZ ODGOVORA NA IZAZOVE SUVREMENOG DIGITALNOG TRŽIŠTA

Direktiva 2001/29/EZ o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu (dalje u tekstu: Direktiva 2001/29/EZ)¹¹ imala je zadatak urediti sadržaj autorskoga prava prilagođeno informacijskom društvu – prvenstveno internetu. Ona kroz svoja četiri poglavlja i petnaest članaka propisuje i definira autorsko pravo reproduciranja, distribuiranja i činjenja dostupnim javnosti (engl. *making available to the public*), koje svrstava u okrilje prava priopćavanja javnosti (engl. *communication to the public*). Već u vrijeme donošenja ta je Direktiva bila pomalo zastarjela, a razvojem interneta regulacija iz Direktive postala je nedostatna u današnjem vremenu informacijskog društva. Na primjer u Republici Hrvatskoj 2001. godine samo je 11,6 % populacije koristilo internet, dok je taj broj 2016. godine narastao na 74,2 %.¹² Samo ta činjenica pokazuje da su se životne, praktične i poslovne okolnosti uvelike promijenile te da se ne može očekivati da pravni okvir od prije dvadeset godina s uspjehom odgovori na izazove koji su uslijedili na digitalnom tržištu.

Direktivom 2001/29/EZ nastojao se stvoriti pravni okvir za zaštitu isključivih autorskih prava u digitalnom društvu, ali, na žalost, osim što je definirano novo isključivo pravo činjenja dostupnim javnosti (stavljanja na raspolaganje javnosti), kojim se pokrivaju interaktivna korištenja na internetu u okviru prava priopćavanja javnosti, ova Direktiva nije donijela puno više od toga, a pogotovo se nije predvidjelo kojim će smjerom krenuti poslovne prakse i poslovni modeli na internetu.

¹⁰ Vidi detaljno: Colangelo, G., Torti, V. (2019) *Copyright, online news publishing and aggregators: a law and economics analysis of the EU reform*. International Journal of Law and Information Technology 27, str. 75–90.

¹¹ Direktiva 2001/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 22. svibnja 2001. o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu, *OJ L 167*, 22. 6. 2001, str. 10–19.

¹² Internet live Stats (2016) *Internet Users in Croatia*. Dostupno na: <https://www.internetlivestats.com/internet-users/croatia/> (29. 8. 2020.).

5. NJEMAČKI MODEL PRAVA NAKLADNIKA INFORMATIVNIH PUBLIKACIJA

Kao što je već upozoreno, u pokušaju primjene isključivih autorskih prava pojavio se problem dokazivanja stjecanja prava iskorištavanja na strani nakladnika informativnih publikacija. U Njemačkoj na primjer nema zakonskog prijenosa autorskih prava iskorištavanja za stvaranje djela u radnom odnosu i po narudžbi, što u parnici za dokazivanje povrede i naknadu štete ili naknadu za korištenje stavlja nakladnika u krajnje nepovoljan položaj jer mora dokazivati stjecanje prava u odnosu na pojedinačna djela koja koristi u svojim informativnim publikacijama. Stoga se poglavito u Njemačkoj razvila i implementirala ideja posebnog, novog srodnog prava, koje bi pripalo nakladniku informativne publikacije po samome zakonu. U ožujku 2013. godine u njemački su Zakon o autorskom i srodnim pravima (*Urheberrechtsgesetz*)¹³ tako uneseni članci 87.f., 87.g. i 87.h. Nakladnici su time dobili jednogodišnje isključivo pravo čiji je sadržaj reproduciranje i priopćavanje javnosti u komercijalne svrhe, uz iznimku vrlo kratkih isječaka, tzv. *snippeta*, koji su ujedno i predstavljali najkontroverzniju stavku ove novele. Svaki oblik teksta koji prelazi granicu vrlo kratkih isječaka (a koja nije jasno definirana) mora biti licenciran uz naknadu.¹⁴ Autorima je pak jednom od odredaba zajamčena primjerena naknada te je time njihov položaj ostao netaknut. Te su zakonodavne intervencije bile usmjerene u prvome redu na uređenje odnosa između nakladnika informativnih publikacija i *Google Newsa*. Kao što je već prethodno opisano, višegodišnja praksa tog *Googleova* servisa sastoji se u objavljivanju kratkih isječaka vijesti s portala raznih medijskih kuća, najčešće uvodnih rečenica teksta i fotografija, uz koje se pojavljuju reklamni oglasi, od kojih nakladnici nisu dobivali naknadu za korištenje autorskih prava. Nakon niza neuspješnih pregovora i pokušaja uspostavljanja nekog sporazuma temeljem kojeg bi nakladnici ostvarili udio u zaradi *Google Newsa* od reklama, sudskih sporova i drugih nastojanja nakladnika, zaključilo se na državnoj razini da jedino uvođenje novog originarnog prava nakladnika može donekle poboljšati njihov pravni položaj u dokazivanju zastupanog sadržaja i ostvarivanju naknade od njegova korištenja. Taj niz neuspjeha bio je okidač za ovu ozbiljnu i jedinstvenu promjenu u Njemačkoj, koju nisu pratile druge države članice Europske unije, iako je o tome bilo govora i razmatranja i u Belgiji, Francuskoj te Italiji.¹⁵

Potez njemačkog zakonodavca, kao što se i očekivalo, interpretiran je kao „napad“ na *Google*, pa je tako jedan od najuglednijih tjednika na području ekonomije, britanski *The Economist*, okarakterizirao navedeni akt kao *Googlephobiju*.¹⁶ Njemački su nakladnici

¹³ *Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 26. November 2020 (BGBl. I S. 2568) geändert worden ist*, Dostupno na: <https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/> (22. 3. 2021.).

¹⁴ Vidi više: Calzada, J., Gil, R. (2018) What do news aggregators do? Evidence from Google News in Spain and Germany. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2837553 (22. studeni 2020.).

¹⁵ Rosati, E. (2016) *Neighbouring Rights for Publishers: Are National and (Possible) EU Initiatives Lawful?*, IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law 47, str. 572.

¹⁶ Tworek, H. i Buschow, C. (2014) History Lessons: Why Germany's "Google tax" won't work. *NiemanReports* (online). Dostupno na: <https://niemanreports.org/articles/history-lessons-why-germanys-google-tax-wont-work/> (21. kolovoza 2020.).

odlučili svoja nova autorskim srodna prava ostvarivati putem organizacije za kolektivno ostvarivanje prava *VG Media*. Važnu ulogu u donošenju odluka unutar te organizacije, s obzirom na tržišni udio među nakladnicima, ima velika medijska grupacija *Axel Springer*. *VG Media* za licenciranje sadržaja postavila je zahtjev za naknadom za sve publikacije koje zastupa u iznosu od 6 % bruto prihoda agregatora.¹⁷ *Google News* nije bio „raspoložen“ za pregovore te je odlučio uzvratiti „protunapadom“ – uputio je zahtjev njemačkim nakladnicima informativnih publikacija da se odreknu prava na naknadu ako žele da se njihov sadržaj prezentira na sučelju *Google Newsa*. Nakon neuspjelog pokušaja arbitraže pred Njemačkim zavodom za patente i žigove (*Deutsches Patent- und Markenamt – DPMA*) *VG Media* je podigla tužbu protiv *Googlea* u ljeto 2014. godine.¹⁸ *DPMA* je ipak uspješno riješio pitanje vrlo kratkih isječaka utvrđujući njihovu veličinu do najviše sedam riječi, drugim riječima, bilo kakav tekst iznad toga trebao bi biti licenciran.¹⁹

Kao „odgovor“ na tužbu *VG Medije Google* je objavio da će 23. listopada 2014. godine ukloniti sve kratke isječke i fotografije nakladnika koji su predstavljeni putem *VG Medije* te da će postavljati samo linkove i naslove tekstova. Prijetnja se nije odnosila samo na agregator – platformu *Google News* već i na sve druge stranice i platforme *Google Servicea*. Uslijed takva pritiska *VG Media* se „predomišlja“ i odobrava *Googleu* da koristi vrlo kratke isječke nakladnika koje zastupa, i to potpuno besplatno, navodeći kao razlog „ogromnu moć koju *Google* ima na tržištu“.²⁰ Dakle i bez obzira na novele njemačkog Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima i bez obzira na novo pravo nakladnika informativnih publikacija *VG Media* je do 2017. godine od svih ugovora u kojima je licencirala medijski sadržaj nakladnika informativnih publikacija koje zastupa uprihodila vrlo skromnih 714.540,00 eura.²¹

Da bi se taj pravni spor dalje usložio, Zemaljski sud u Berlinu povodom prigovora *Googlea* u tome postupku zastao je s postupkom i uputio zahtjev za prethodnom odlukom Sudu Europske unije 2017. godine.²² Sud Europske unije utvrdio je, među ostalim, da je novo autorskom srodno pravo ciljano uvedeno protiv medijskih agregatora te da se radi o tehničkom propisu u smislu članka 8. stavka 1. podstavka 1. Direktive 98/34/EZ,²³ koji je u svojem nacrtu trebao biti dostavljen Europskoj komisiji, a to je njemački zakonodavac propustio učiniti. Sukladno tome novo srodno pravo uvedeno u njemačko autorskopravno zakonodavstvo novelom iz 2013. godine postalo je neprimjenjivo i neprovedivo.

¹⁷ Bently, L., Kretschmer, M., Dudenbostel, T., Moreno, M. i Radauer, A., *op. cit.*, str. 31.

¹⁸ Tani, Tommaso (2018) *The "Link tax" in the Experiences of Germany, Spain and the Article 11 of the EC Proposal for the New Copyright Directive*. Dostupno na: <https://www.linkedin.com/pulse/link-tax-experiences-germany-spain-article-11-ec-proposal-tani> (21. kolovoza 2020.).

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Tworek, H. i Buschow, C., *op. cit.*

²¹ Bently, L., Kretschmer, M., Dudenbostel, T., Moreno, M. i Radauer, A., *op. cit.*, str. 31.

²² Presuda od 12. rujna 2019., *VG Media*, C-299/17, ECLI:EU:C:2019:716.

²³ Direktiva 98/34/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 22. lipnja 1998. o utvrđivanju postupka osiguravanja informacija u području tehničkih normi i propisa, OJ L 204, 21. 7. 1998, str. 37–48, izmijenjena i dopunjena Direktivom 98/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 20. srpnja 1998. o izmjeni Direktive 98/34/EZ o utvrđivanju postupka pružanja informacija u području tehničkih normi i propisa OJ L 217, 5. 8. 1998, str. 18–26.

Posljedično, *VG Media* je u lipnju 2020. godine povukla tužbu podnesenu protiv *Googlea*²⁴ te je tim činom privremeno završena „saga“ o njemačkom pokušaju uvođenja novog, autorskom pravu srodnog prava nakladnika informativnih publikacija. Ono je u konačnici postalo neizvršivo, tj. stavljeno je izvan snage zbog ovog formalnog tehničkog propusta u zakonodavnom procesu.

6. ŠPANJOLSKI MODEL ZAŠTITE PRAVA NAKLADNIKA INFORMATIVNIH PUBLIKACIJA

Španjolski je parlament, ponukan njemačkim primjerom, dodao u članak 32. Zakona o autorskom pravu²⁵ novi stavak 2., koji je stupio na snagu 1. siječnja 2015. godine, te je time uveo zaštitu nakladnika informativnih publikacija na potpuno različit način od onog koji je godinu dana ranije stupio na snagu u Njemačkoj. U toj „španjolskoj“ odredbi nije uspostavljeno novo autorskom srodno pravo, kao što je to bio slučaj u Njemačkoj, već se zaštita nakladnika informativnih publikacija propisala kao iznimka od isključivih autorskih prava. Medijski su agregatori, prema toj odredbi, dužni platiti naknadu nakladnicima za kratke isječke i linkove koje postavljaju na svojim platformama. Ta iznimka od isključivih prava propisana je na način da se mora obavezno kolektivno ostvarivati, bez mogućnosti odricanja na strani nakladnika informativnih publikacija. Drugim riječima, prema zakonu nije bila ostavljena mogućnost da se dogovori bilo kakav individualni aranžman između nakladnika informativnih publikacija i platforme poput *Google Newsa*.²⁶ Španjolska inicijativa protumačena je kao „napad“ na *Google*, a sama novela popularno je prozvana *Google tax*. Rješenje je oštro kritizirano i u znanstvenim krugovima.²⁷ Odgovor *Googlea* na to zakonsko rješenje uslijedio je i prije nego što je novela stupila na snagu. Dana 11. prosinca 2014. godine *Google* je najavio da će 16. prosinca ukloniti sve sadržaje španjolskih nakladnika informativnih publikacija s platforme *Google News* te da će se cijeli servis povući iz Španjolske.²⁸ Kako je najavljeno, tako je i učinjeno. Gašenjem platforme *Google News* u Španjolskoj stvorile su se jedinstvene pretpostavke za provedbu empirijskog istraživanja o utjecaju medijskih agregatora na poslovanje nakladnika informativnih publikacija te o gospodarskim učincima gašenja te platforme na prihode nakladnika. Iako je u početku došlo do naglog

²⁴ Furgal, Ula (2020) *EU Copyright Reform: Evidence on the Implementation of the Copyright in Digital Single Market Directive (Directive (EU) 2019/790)*. CREATE Centre: University of Glasgow & reCreating Europe. Dostupno na: <https://www.create.ac.uk/cdsm-implementation-resource-page/#academic-opinions> (18. kolovoza 2020.).

²⁵ *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (legislación consolidada)*. Dostupno na: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-8930-consolidado.pdf> (23. 3. 2021.).

²⁶ Tani, Tommaso, *op.cit.*

²⁷ Vidi na primjer Xalabarder, R. (2014) *The remunerated statutory limitation for news aggregation and search engines proposed by the Spanish government; its compliance with international and EU law*, IN3 Working Paper Series. Dostupno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2504596 (1. 12. 2020.).

²⁸ Richard Gingras, *Google News* (2014). Dostupno na: <https://europe.googleblog.com/2014/12/update-on-google-news-in-spain.html> (1. rujna 2020.).

pada prometa kod nakladnika i medijskih kuća, promet se nakon toga postupno povećavao. Na primjer *El País*, jedna od najvećih novinarskih kuća u Španjolskoj, imala je prosječan mjesečni broj posjetitelja na svojoj internetskoj stranici u listopadu 2014. godine (prije povlačenja *Google Newsa*) 8,5 milijuna, dok je u prosincu 2015. godine, godinu dana nakon povlačenja, broj mjesečnih posjetitelja porastao na 16,6 milijuna.²⁹ Održivost industrije ne može se dogoditi preko noći te je, sukladno tome, potrebno vrijeme za oporavak, koji se, sudeći po španjolskom empirijski dokazanom slučaju, događa kad se medijski agregator ukloni s tržišta, pa makar i svojevrijedno.

7. ZAKONODAVNE, POLITIČKE I LOBISTIČKE AKTIVNOSTI U PREDVEČERJE DONOŠENJA DIREKTIVE (EU) 2019/790

Već je krajem 2012. godine Europska komisija najavila reviziju Direktive 2001/29/EZ te je u tu svrhu krajem 2013. godine održana javna rasprava o stanju autorskopravne zaštite u Europskoj uniji. Na temelju rasprave i ostalih istraživanja i pokazatelja Europska komisija objavila je izvještaj o stanju autorskopravne zaštite u srpnju 2014. godine.³⁰ Taj se izvještaj može smatrati jednim od početnih službenih tekstova na razini Europske unije u kojem se počeo stvarati okvir za nadolazeću autorskopravnu reformu autorskoga prava na jedinstvenom digitalnom tržištu, uz uzimanje u obzir simultanih događaja u pojedinim državama članicama. Snažan motiv za autorskopravnu reformu bila je potreba za očuvanjem kreativnih i kulturnih industrija te industrije medija na internetu. Europska je komisija u prosincu 2015. godine izdala komunikaciju pod nazivom *Towards a modern, more European copyright framework*,³¹ a u rujnu 2016. godine iznijela je prvi nacrt prijedloga nove Direktive o autorskom i srodnim pravima na jedinstvenom digitalnom tržištu Europske unije.³²

²⁹ Munter, Johannes (2019) *Google News Shutdown in Spain Was Not as Bad as Google Would Have You Believe*. News Media Alliance. Dostupno na: <https://www.newsmediaalliance.org/google-news-shutdown-in-spain-not-as-bad-as-google-would-have-you-believe/> (1. rujna 2020.).

³⁰ Quintais, Joao Pedro (2019) *The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look*, str. 2. Dostupno na: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=828118110029109070122004103111008107103022085008058030022071124093114091111005067123123000020044011010011095081064093000067002123080054060038066087090084118123105075026059033114111027092096073064125092111064123064121120093081010008085099016126087030100&EXT=pdf> (20. kolovoza 2020.).

³¹ European Commission (2015) *Towards a modern, more European copyright framework*. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0192&from=EN> (2. rujna 2020.).

³² European Commission (2016) *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market*. Dostupno na: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-593-EN-F1-1.PDF> (2. rujna 2020.). Analizu i kritike vidi: Geiger, C., Bulayenko, O., Frosio, G. (2016) *Opinion of the CEIPI on the European Commission's copyright reform proposal, with a focus on the introduction of neighbouring rights for press publishers in EU law*. Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper No. 2016-01. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2921334 (4. prosinca 2020.).

Po uzoru na njemački model autorskom srodnog prava nakladnika informativnih publikacija u članku 11. tog prvog prijedloga nove Direktive sadržane su odredbe o novom srodnom pravu nakladnika informativnih publikacija. Prijedlog je stavljen na javnu raspravu i doživio je brojne kritike.³³ Vijeće Europske unije uskladilo je svoju poziciju te je predložilo amandmane na prijedlog Komisije 25. svibnja 2018. godine.³⁴ Vijeće se složilo s potrebom uvođenja novog autorskom srodnog prava nakladnika informativnih publikacija, ali je trajanje samog prava s prvobitno predloženih dvadeset godina skratilo na godinu dana te je predložilo iznimku od isključivih prava u pogledu „nebitnih“ dijelova teksta. Oni bi bili iznimka, čiju bi vrijednost odredile same države članice koristeći pritom kriterij originalnosti ili kriterij veličine samog dijela teksta, odnosno vrlo kratkih isječaka teksta.

Europski je parlament 12. rujna 2018. godine potrebnom većinom uspio izglasati svoju ažuriranu verziju amandmana na prvotni prijedlog Komisije.³⁵ Tim činom službeno je započet trijalog između Parlamenta, Komisije i Vijeća, koji će početkom 2019. godine rezultirati usvajanjem nove Direktive. I Europski parlament prihvatio je osnivanje novog autorskom srodnog prava nakladnika informativnih publikacija te je predložio trajanje isključivih prava pet godina. Amandmani Parlamenta uveli su još jedno ograničenje isključivih prava nakladnika informativnih publikacija za korištenje informativne publikacije u privatne i nekomercijalne svrhe te kao dodatnu iznimku uvrstili i linkove. Parlament je posebnu pozornost posvetio novinarima na način da se za njih osigura udio u naknadi koju na ime srodnog prava ostvare nakladnici informativnih publikacija.

Protivnici uvođenja novog autorskom srodnog prava nakladnika informativnih publikacija kao jedan od glavnih argumenata iznosili su tvrdnje da će biti manje informacija i medijskih sadržaja na internetu, da se ugrožava sloboda izražavanja kao temeljno ljudsko pravo, da će se narušiti položaj novinara i fotoreportera³⁶ te da novo pravo isključivo pogađa medijske agregatore, opetovano *Google News*, pa je sukladno tome i sam 11. članak u javnosti poznatiji kao *Link tax ili Google tax*.³⁷ Svoje nezadovoljstvo izrazilo je čak 145 raznih europskih institucija, nevladinih organizacija, novinara i knjižnica u zajedničkom otvorenom pismu njemačkom eurozastupniku *Axelu Vossu*,

³³ Vidi npr. Kretschmer, M., Dusollier, S., Geiger, C., Hugenholtz, P. B. (2016) *The European Commission's public consultation on the role of publishers in the copyright value chain: a response by the European Copyright Society*. *European Intellectual Property Review* [E.I.P.R.] 38 (10); str. 591-595.

³⁴ Council of the European Union, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market - Agreed negotiating mandate, 25 svibanj 2018. Dostupno na: <https://www.consilium.europa.eu/media/35373/st09134-en18.pdf> (2. rujna 2020.).

³⁵ European Parliament (2018) Parliament amendments text. Dostupno na: <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/printsummary.pdf?id=1552097&l=en&t=D> (2. rujna 2020.).

³⁶ Romana Matanovac Vučković: *Položaj novinskih nakladnika nakon Direktive, op.cit.*

³⁷ Senftleben, M., Kerk, M., Buiten, M., Heine, K. (2017) *New rights of new business models? An inquiry into the future of publishing in the digital era*. *IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law* 48, str. 538-561.

glavnom koordinatoru i izvjestitelju nacрта Direktive, zahtijevajući brisanje članka 11.³⁸ *Google* je pak tijekom 2018. godine preko svojeg investicijskog fonda *Digital News Initiative*, koji okuplja više od 160 nakladnika informativnih publikacija, ubrizgao više od 150 milijuna eura u razne projekte s molbom³⁹ prema korisnicima sredstava da lobiraju kod svojih europarlamentaraca⁴⁰ te time i javno još jednom pokazao kakav je odnos snaga na medijskom tržištu. Lobiranja su bila intenzivna, ne samo u pitanju uvođenja prava nakladnika informativnih publikacija već i u pogledu drugih dijelova prijedloga Direktive. Na primjer objavljen je podatak da je od 2014. do 2018. godine obavljeno 765 susreta između Komisije i lobista s obje strane⁴¹ te da su u lobiranju prednjačile kolektivne organizacije, predstavnici filmske i glazbene industrije te nakladnici informativnih publikacija. Među „top“ rangiranim lobistima po broju sastanaka s Komisijom jesu primjerice: IFPI – *Representing recording industry worldwide*, *Federation of European publishers*, *Universal Google Group Interational*, dok je *Google* kao tehnološki gigant ostao na sedmom mjestu. Koliki je pritisak bio i na samim članovima Europskog parlamenta, svjedoče podaci iz ureda parlamentarca *Maxa Anderssona*, koji je izjavio da je od svibnja do rujna 2018. godine, mjeseca u kojem je izglasan finalni tekst Direktive u Europskom parlamentu, primio više od 3000 e-poruka s pokušajima lobiranja s obje strane.⁴² Svoj protest novoj regulativi dale su i talijanska, španjolska i poljska verzija najpopularnije *online*-enciklopedije *Wikipedije*, tako da su u razdoblju od 3. do 5. srpnja 2018. godine „zacrnilo“, odnosno blokirali korištenje svoje stranice prikazujući time simboliku onoga što slijedi nakon usvajanja teksta Direktive.⁴³ Da je to najkontroverzniji tekst jednog dokumenta u Europskoj uniji u posljednjih nekoliko desetljeća, svjedoče i održani prosvjedi i peticije protiv usvajanja Direktive. Tako je na *web*-stranici za prikupljanje peticija *Change.org* prikupljeno više od 5.000.000 potpisa za inicijativu pod nazivom: „*Stop the censorship-machinery! Save the Internet!*“, što je čini jednom od najvećih peticija u povijesti Europske unije usmjerenih protiv donošenja nekog njezina službenog dokumenta.⁴⁴ Održani su prosvjedi diljem Europe, pretežito po gradovima Njemačke, gdje

³⁸ *Letter to Axel Voss* (2018) MEP. Dostupno na: <https://leistungsschutzrecht.info/sites/default/files/assets/dokumente/aktuelles/openletter-axelvoss-deletearticle11-english.pdf> (3. rujna 2020.).

³⁹ *Netzpolitik.org* (2018) *Full text of a request to lobby MEPs*. Dostupno na: <https://netzpolitik.org/wp-upload/2018/09/google-dni-email-on-copyright.pdf> (3. rujna 2020.).

⁴⁰ *Tech Transparency project* (2018) *Google's multi-million-dollar payments to media organizations are redefining journalism*. Dostupno na: <https://www.techtransparencyproject.org/articles/publishers-patron-how-googles-news-initiative-redefining-journalism> (3. rujna 2020.).

⁴¹ *Corporate Europe Observatory* (2018) *Copyright Directive: how competing big business lobbies drowned out critical voices*. Dostupno na: <https://corporateeurope.org/en/2018/12/copyright-directive-how-competing-big-business-lobbies-drowned-out-critical-voices> (3. rujna 2020.).

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Farell, James* (2018) *Italian, Spanish and Polish Wikipedia pages shut down ahead of controversial copyright law*. *SiliconAngle*. <https://siliconangle.com/2018/07/04/italian-spanish-polish-wikipedia-pages-shut-down-ahead-controversial-copyright-law/> (3. rujna 2020.).

⁴⁴ *Change. Org* (2018) *Stop the censorship-machinery! Save the Internet!* Dostupno na: <https://www.change.org/p/european-parliament-stop-the-censorship-machinery-save-the-internet> (3. rujna 2020.).

su prosvjednici dosegali i brojeve od 30.000 do 40.000 po prosvjedu.⁴⁵ Prvi put u povijesti angažirali su se građani na javnim prosvjedima u pogledu autorskog i srodnih prava. No sve te akcije i prosvjedi nisu urodili plodom. Skorim istjecanjem mandata tadašnjeg saziva Europskog parlamenta pritisak za izglasavanje Direktive prije njegova kraja bio je sve veći. Direktiva (EU) 2019/790 izglasana je 17. travnja 2019. godine s 348 glasova za i 274 glasa protiv.⁴⁶ Stupila je na snagu 7. lipnja 2019. godine, a države članice dobile su rok od dvije godine (do 7. lipnja 2021.) za njezinu transpoziciju u svoja nacionalna zakonodavstva.⁴⁷ S obzirom na dugotrajan i naporan legislativni postupak te brojne amandmane, konačan tekst Direktive gotovo je neusporediv s inicijalnim prijedlogom nacрта iz 2016. godine, koji je izložila Europska komisija. Tekst je bitno detaljnije uređen i unaprijeđen, a došlo je i do promjene u numeraciji članaka te je izvorno predloženi članak 11. o srodnom pravu nakladnika informativnih publikacija u konačnom tekstu numeriran kao članak 15.

Reakcije na usvajanje Direktive (EU) 2019/790 bile su, očekivano, podijeljene, kao, uostalom, i tijekom zakonodavnog procesa. Tako je na primjer *EiDMA*, europska organizacija koja zastupa *online*-platforme, na dan njezina donošenja izjavila da Direktiva nije prikladna za 21. stoljeće i da će uvođenje novog autorskom srodnog prava nakladnika informativnih publikacija dovesti do čestih sudskih postupaka između platformi i nakladnika predstavljenih organizacijama za kolektivno ostvarivanje prava.⁴⁸ Istog dana pristigle su reakcije *News Media Europe*, koja je na svojoj stranici izjavila da je napokon usvojena Direktiva prikladna za 21. stoljeće te naglasila važnost uvođenja novog autorskom srodnog prava, koje će doprinijeti održivosti i profesionalizmu u novinarstvu te poštenijim i korektnijim odnosom s medijskim agregatorima.⁴⁹ *POLITICO*, nakladnik koji se bavi političkim novinarstvom, u kolumni objavljenoj nakon usvajanja Direktive (EU) 2019/790 razmatrao je pobjednike i gubitnike te je, zanimljivo, naveo da je *Google* i pobjednik i gubitnik nove regulacije. Naveo je da je teško moguće da bi nova regulacija mogla naštetiti položaju tog tehnološkog giganta na tržištu jer bi se *Google* mogao odlučiti ne sklapati licencne ugovore s nekim nakladnicima informativnih publikacija i jednostavno ih ne prikazivati na svojim medijskim servisima.⁵⁰

⁴⁵ DW News (2019) *EU copyright bill: Protests across Europe highlight rifts over reform plans*. Dostupno na: <https://www.dw.com/en/eu-copyright-bill-protests-across-europe-highlight-rifts-over-reform-plans/a-48037133> (17. kolovoza 2020.).

⁴⁶ VoteWatchEurope (2019) *Copyright in the Digital Single Market*. Dostupno na: <https://term8.votewatch.eu/en/term8-copyright-in-the-digital-single-market-draft-legislative-resolution-provisional-agreement-amendment-.html###vote-tabs-list-1> (3. rujna 2020.).

⁴⁷ Čanak 29. Direktive (EU) 2019/790.

⁴⁸ EiDMA (2019) *EDiMA reaction: EU Copyright Directive is not fit for digital era*. Dostupno na: <https://edima-eu.org/news/edima-reaction-eu-copyright-directive-is-not-fit-for-digital-era/> (4. rujna 2020.).

⁴⁹ News Media Europe (2019) *European Parliament votes to adopt an EU Copyright Directive fit for the 21st century*. Dostupno na: <http://www.newsmediaeurope.eu/news/european-parliament-votes-to-adopt-an-eu-copyright-directive-fit-for-the-21st-century/> (4. rujna 2020.).

⁵⁰ Kayali, Laura (2019) *Winners and losers of Europe's copyright reform*. *Politico* (online). Dostupno na: <https://www.politico.eu/article/copyright-platforms-eu-google-winners-and-losers-of-europes-copyright-reform/> (18. kolovoza 2020.).

8. SADRŽAJ SRODNOG PRAVA NAKLADNIKA INFORMATIVNIH PUBLIKACIJA I NJEGOVA OGRANIČENJA

U sedam recitala Direktive (EU) 2019/790 obrazlaže se uvođenje novog srodnog prava nakladnika informativnih publikacija te njegov cilj i smisao.⁵¹ Pored toga što je cilj autorskom srodnog prava nakladnika informativnih publikacija ostvarivanje medijskih sloboda i pluralizma medija te poticanje kvalitetnog novinarstva, opisani su i glavni problemi s kojima se nakladnici informativnih publikacija susreću na internetu, poglavito vezano uz nepostojanje adekvatnih sustava licenciranja medijskog sadržaja koji proizvode zato što im pružatelji usluga informacijskog društva ne priznaju položaj nositelja autorskog prava na tome sadržaju. Novo autorskom srodno pravo trebalo bi pridonijeti održivosti medijskih industrija na jedinstvenom digitalnom tržištu Europske unije te se zato novo pravo priznaje samo onim nakladnicima koji imaju poslovni nastan u Europskoj uniji. Pojam nakladnika informativnih publikacija podrazumijeva nakladnike vijesti i novinske agencije, a pojam informativne publikacije podrazumijeva sve novinske publikacije na svim medijima, uključujući i tiskovine, kao što su dnevne, tjedne i mjesečne novine koju su posvećene općim i posebnim temama, časopise s pretplatom te informativne internetske stranice. Od zaštite su isključene publikacije ostvarene u akademske i znanstvene svrhe te blogovi i druge internetske stranice koje nemaju uredničku kontrolu i odgovornost, što definira medije kao takve. U recitalima se nadalje obrazlaže da se novo autorskom srodno pravo neće primjenjivati na radnje stavljanja poveznica (hiperlinkova) kao ni na same činjenice, a ostaju i iznimke koje su u Direktivi 2001/29 propisane vezano uz kritike i osvrte.⁵² Recital 58. Direktive (EZ) 2019/790 posvećen je jednom od najkontroverznijih dijelova novog autorskom srodnog prava – korištenju kratkih isječaka i individualnih riječi, koje bi trebale biti izuzete od primjene novog srodnog prava, s posebnim naglaskom na pravilno tumačenje kratkih isječaka, koje ne smije spriječiti efikasno izvršavanje novog autorskom srodnog prava te ne smije služiti zaobilaženju propisa. To su svojevrsni osigurači koji bi trebali postići balans u masovnom korištenju kratkih isječaka od strane medijskih agregatora, ali i pomoći sudovima ili drugim tijelima prilikom primjere konkretne norme. U recitalima se dalje objašnjava da je autorsko pravo ispred novog srodnog prava nakladnika informativnih publikacija, što je uobičajeni odnos autorskog i srodnih prava. Ne dirajući u prethodno sklopljene ugovore između nakladnika i autora, nakladnici bi trebali podijeliti dio naknade koji uprihode od pružatelja usluga informacijskog društva s autorima čija su djela uvrštena u informativne publikacije.

U normativnom dijelu Direktive (EU) 2019/790 članak 15. u cijelosti je posvećen novom autorskom srodnom pravu nakladnika informativnih publikacija, koje do sada u državama članicama Europske unije nije postojalo, osim u Njemačkoj i Španjolskoj. Dok je španjolski primjer nekonzistentan sa strane odnosa autorskog i srodnih prava jer nakladnike informativnih publikacija štiti kroz odredbu u kojoj se uređuje sadržajno

⁵¹ Recitali 54-60 Direktiva 2019/790.

⁵² Čanak. 5. stavak 3. Direktive 2001/29/EZ.

ograničenje autorskog prava putem iznimke citiranja, očigledno je njemački zakonski tekst o pravu nakladnika informativnih publikacija poslužio kao uzor za izradu prijašnjeg članka 11., odnosno konačnog članka 15. Direktive. Prema toj odredbi nakladnici informativnih publikacija imaju isključivo pravo reproduciranja (umnožavanja), pravo stavljanja na raspolaganje javnosti (činjenja dostupnim javnosti) te implicitno i pravo na priopćavanje javnosti tako da se pokrije svaki oblik iskorištavanja u *online*-okruženju.⁵³ Ta su prava derivirana iz članka 2. i članka 3. stavka 2. Direktive 2001/29/EZ. Novo autorskom srodno pravo, kako je već naglašeno u recitalu 55. Direktive (EU) 2019/790, primjenjuje se samo na nakladnike koji imaju poslovni nastan na teritoriju Europske unije te s rokom trajanja od 2 godine (kompromisno rješenje) od objave publikacije, s tim da rok počinje teći od 1. siječnja godine koja slijedi godinu objave publikacije.⁵⁴ Pravo nakladnika informativnih publikacija nema retroaktivni učinak i primjenjuje se samo na publikacije objavljene nakon 6. lipnja 2019. godine.⁵⁵

Nekoliko iznimaka od novog srodnog prava dobilo je svoj pravni temelj i ušlo u normativni dio teksta Direktive (EU) 2019/790 zajedničkim naporom svih zainteresiranih strana te željom za što kvalitetnijom regulacijom koja bi trebala olakšati kasniju implementaciju predmetnih odredbi. Prva iznimka odnosi se na privatna i nekomercijalna korištenja individualnih korisnika, koja su slobodna i time isključena iz opsega novog autorskom srodnog prava.⁵⁶ Drugi slučaj vezan je uz radnje dijeljenja poveznica (hiperlinkova), koje su također izuzete od primjene isključivih prava nakladnika informativnih publikacija.⁵⁷ Ako se koriste individualne riječi objavljenje u publikaciji, njihovo je korištenje također izuzeto od primjene isključivih srodnih prava nakladnika. Time dolazimo do četvrte iznimke u vidu vrlo kratkih isječaka teksta, koji su također isključeni od primjene isključivih prava nakladnika.⁵⁸ Tek će se vidjeti kako će države članice prenijeti i provesti osigurače iz 58. recitala Direktive (EU) 2019/790 koji su navedeni s ciljem ublažavanja sporova i s ciljem ostvarivanja balansa pri tom kontroverznom dijelu članka 15. Direktive (EU) 2019/790. Ostale iznimke odnose se na same činjenice objavljene u publikaciji, na kojima nitko ne može imati isključivo pravo, znanstvene i akademske časopise, blogove te druge internetske stranice koje se ne obavljaju pod kontrolom i odgovornošću urednika te na citiranje radi kritike i osvrta, kao što je ovdje već prethodno objašnjeno pri pojašnjavanju dometa i opsega recitala navedenih u preambuli Direktive (EU) 2019/790.

⁵³ Članak 15. stavak 1. Direktive (EU) 2019/790. Detaljno vidi: Czarny-Drozdzejko, E. (2020) *The subject-matter of press publishers' related rights under Directive 2019/790 on Copyright and Related Rights in the digital single market*. IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law 51, str. 624–641.

⁵⁴ Članak 15. stavak 4. točka 1. Direktive (EU) 2019/790.

⁵⁵ Članak 15. stavak 4. točka 2. Direktive (EU) 2019/790.

⁵⁶ Članak 15. stavak 1. točka 2. Direktive (EU) 2019/790.

⁵⁷ Članak 15. stavak 1. točka 3. Direktive (EU) 2019/790.

⁵⁸ Članak 15. stavak 1. točka 4. Direktive (EU) 2019/790.

9. ODNOS AUTORA I NAKLADNIKA INFORMATIVNIH PUBLIKACIJA

Slično kao što je i u važećem hrvatskom ZAPSP-u⁵⁹ propisano da se nijedno srodno pravo ne smije ostvarivati na štetu autorskog, tako je i u članku 15. stavku 2. Direktive (EU) 2019/790 propisano da prava nakladnika informativnih publikacija neće utjecati na prava autora i drugih nositelja prava u pogledu djela koja su uvrštena u publikaciju. Nakladnici se ne mogu pozvati na svoje pravo na štetu autora i drugih nositelja prava te im osobito ne smiju zabraniti daljnje iskorištavanje djela neovisno o nakladniku i publikaciji u kojoj je djelo ili drugi predmet zaštite objavljen. Nadalje, ako je djelo uvršteno u informativnu publikaciju na temelju neisključive licencije, nakladnici se ne mogu pozivati na svoje pravo radi zabrane korištenja drugim ovlaštenim korisnicima te se ne mogu pozivati na svoje isključivo pravo radi zabrane korištenja djela ili drugih predmeta zaštite za koje je istekla zaštita.

Posebno je zanimljiva i važna odredba prema kojoj autori djela koja su uvrštena u informativnu publikaciju imaju pravo na udio u naknadi koju nakladnik ostvari od pružatelja usluga informacijskog društva.⁶⁰ Time se pobijaju argumenti protivnika uvođenja novog srodnog prava nakladnika informativnih publikacija o tome da će ono naštetiti autorima – novinarima i fotoreporterima. Iako, ovo je prvi put da se na zakonodavnoj razini propisuje da autori imaju zakonom zajamčeno pravo u naknadama koje se ostvare s naslova autorskom srodnih prava. Pravnoteorijski, to nije dosljedno rješenje, no zbog pragmatičnih razloga i s ciljem osiguravanja boljeg položaja novinara i fotoreportera uvršteno je u Direktivu (EU) 2019/790.

10. ZAKLJUČAK

Iako se to na početku činilo „nemogućom misijom“, u srazu argumenata i lobiranja suprotstavljenih strana, u konačnom tekstu Direktive (EU) 2019/790 pronađen je dobar balans, s predviđenim iznimkama i ograničenjima od primjene isključivih prava nakladnika informativnih publikacija. Istodobno, osigurava se slobodno korištenje individualnim korisnicima, čija se pravna pozicija neće promijeniti. Položaj novinara i fotoreportera kao autora sadržaja informativnih publikacija nije pogoršan ni zaboravljen, tako da će i oni imati koristi od praktične primjene autorskom srodnog prava nakladnika informativnih publikacija naspram pružatelja usluga informacijskog društva. Tek će se vidjeti na koji će način države članice Europske unije implementirati članak 15. Direktive (EU) 2019/790 u svoje nacionalne propise, no ne očekuju se neka bitna odstupanja. Naime te su odredbe sa zakonodavne strane već „testirane“ u njemačkom primjeru budući da je na temelju tog nacionalnog propisa izrađen kostur odredaba članka 15. Direktive (EU) 2019/790 i ne čini se da bi u smislu pisanja nacionalnih propisa tu trebalo biti nekih posebnih odstupanja ili problema. No s obzirom na to da zakonodavni primjeri Njemačke i Španjolske, koji su prethodili donošenju Direktive (EU) 2019/790 kad je riječ o srodnom

⁵⁹ Članak 4. stavak 1. ZAPSP-a.

⁶⁰ Članak 15. stavak 5. Direktive (EU) 2019/790.

pravu nakladnika informativnih publikacija, nisu polučili željene rezultate u praksi, tek će se vidjeti hoće li nakon očekivano ujednačene transpozicije članka 15. te Direktive u nacionalna zakonodavstva država članica srodno pravo nakladnika informativnih publikacija uistinu zaživjeti u praksi i ostvariti ciljeve koji su proklamirani u recitalima preambule predmetne Direktive: održivost poslovanja nakladnika informativnih publikacija, profesionalno novinarstvo, pluralizam medija. Vijesti koje pristižu iz država članica u kojima se pristupilo pregovorima između platformi kojima operira *Google* i asocijacija nakladnika informativnih publikacija za sada nisu osobito obećavajuće, budući da izgleda kako se nude rješenja kojima se praktično zaobilazi provođenje prava nakladnika informativnih publikacija u praksi – no o tome u nekom budućem radu. Bilo bi protivno cilju Direktive (EU) 2019/790 i nastojanjima europskih institucija da se u praksi zaobiđu bit i ciljevi uvođenja tog novog srodnog prava. No ne treba donositi preuranjene zaključke i treba pričekati rezultate na razini država članica kako bi se vidjelo hoće li vrlo dobro izbalansirane odredbe članka 15. Direktive (EU) 2019/790 donijeti željeni gospodarski balans na jedinstvenom digitalnom tržištu.

THE CONTEXT OF REGULATING COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS OF PUBLISHERS OF PRESS PUBLICATIONS IN DIRECTIVE (EU) 2019/790

Although to begin with, the media, including publishers of press publications, embraced the business models of media aggregators and social networks, the expansion of the latter, as well as their speedy transformation into gatekeepers of channels providing access to news and information to end users, threatened the sustainability of the traditional media. A large proportion of end users has no longer been acquiring media content through the websites of individual publishers of press publications, but through those of news aggregators. In this way, the advertisements posted on publishers' pages, which are practically their only source of income on the internet, can be avoided. News publishers in Member States failed to acquire adequate legal protection of their media content through copyright in negotiations and court proceedings with the media aggregators. For this reason, a new legal model was found to protect the interests of the publishers of press publications. Legislative initiatives at the national level in Germany and Spain, even though unsuccessful, were transferred to the European level. In a long-lasting legislative procedure, permeated by mass lobbying by all interested parties, a new related right was introduced in Article 15 of Directive (EU) 2019/790 concerning the publishers of press publications.

This paper discusses the reasons that led to the regulation of the new related right of publishers of press publications at the EU level, the national examples of Germany and Spain that preceded it, and the legislative procedure at the European level, which was very dynamic and peculiar since a piece of legislation that caused so much interest in the general population and among the interested parties as the process of adopting Directive (EU) 2019/790 had never before been recorded in the history of the European Union. Finally, the text of Article 15 and the related Recitals of the Directive regulating the new related right of publishers of press publications is also examined.

Keywords: related right of publishers of press publications, Directive (EU) 2019/790

Romana Matanovac Vučković, PhD, Associate Professor, Faculty of Law of the University of Zagreb, Chair of Civil Law

Ivan Begić, trainee lawyer at Tödting i partneri d.o.o. law firm

UOBIČAJENO BORAVIŠTE OSTAVITELJA PREMA UREDBI O NASLJEĐIVANJU*

Izvorni znanstveni rad

UDK 351.755.3(4)EU

347.65(4)EU

341.95(4)EU

339.923:061.1](4)EU

Primljeno: 4. ožujka 2021.

Dora Zgrabljic Rotar **


Tena Hoško***

Uobičajeno boravište ostavitelja ključan je pojam Uredbe o nasljeđivanju i za određivanje nadležnog suda i za određivanje mjerodavnog prava. Taj pojam nije definiran odredbama Uredbe, već su u njezinoj preambuli dane smjernice nadležnim tijelima za utvrđivanje uobičajenog boravišta. Nedostatak definicije te poveznice omogućuje njezinu fleksibilnost te ostvaruje važno načelo međunarodnog privatnog prava – načelo najuže veze. Istovremeno taj se nedostatak može očitovati u nepredvidljivosti te manipulaciji poveznicom s ciljem ostvarenja primjene povoljnijeg prava. U fokusu razmatranja ovoga rada jest određivanje uobičajenog boravišta ostavitelja za potrebe Uredbe o nasljeđivanju. Ključna razmatranja odnose se na pitanje koliko praksa Suda EU-a razvijena u drugim područjima međunarodnog privatnog prava može biti primijenjena u kontekstu Uredbe o nasljeđivanju, kako je Sud EU-a odredio uobičajeno boravište u svojoj praksi koja se odnosi na Uredbu o nasljeđivanju te kako hrvatski sudovi određuju tu poveznicu.

Ključne riječi: Uredba o nasljeđivanju, uobičajeno boravište ostavitelja

1. UVOD

Snalaženje u šumi propisa međunarodnog privatnog prava sve je izazovnije jer uz nacionalne propise i međunarodne ugovore sve važnije postaje unificirano i izravno primjenjivo pravo EU-a. U nekim slučajevima ipak postojanje prava EU-a znatno olakšava izbor odgovarajućeg izvora jer svojom sveobuhvatnošću nameće svoju primjenu u maksimalnom broju slučajeva. Takav je slučaj s Uredbom o nasljeđivanju (Uredbom (EU) br. 650/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 4. srpnja 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i ovrsi odluka i prihvaćanju i ovrsi javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju),¹ koja gotovo u potpunosti zamjenjuje nacionalno međunarodno privatno pravo u predmetima

*  This paper was funded by the European Union's Justice Programme (2014-2020).

** Dora Zgrabljic Rotar, docentica na Katedri za međunarodno privatno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

*** Tena Hoško, docentica na Katedri za međunarodno privatno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

¹ Službeni list EU, L 201, 27. 7. 2012., str. 107-134.

nasljeđivanja. Dakako, ona ne zadire u primjenu međunarodnih ugovora, pri čemu je važno imati na umu Hašku konvenciju o pravu mjerodavnom za oblik oporučnih raspolaganja iz 1961. godine.²

Unifikacija prava EU-a sa sobom bi trebala donijeti i unifikaciju primjene prava jer Sud Europske unije ima ovlast tumačiti pravo EU-a te ta tumačenja obvezuju države članice. To je posebno korisno u slučaju pravnih pojmova koje nalazimo u unificiranom pravu, ali koji ondje nisu definirani i za koje bi Sud trebao dati autonomno tumačenje neovisno o nacionalnim pravima država članica. Jedan je takav pojam uobičajeno boravište, poveznica za mjerodavno pravo te nadležnost u gotovo svim područjima suvremenog međunarodnog privatnog prava. Njezina iznimna važnost vidljiva je i u Uredbi o nasljeđivanju, gdje se koristi i za određivanje supsidijarnog nasljednog statuta i nadležnosti. Ona u Uredbi nije definirana, no Preambula uredbe ipak pomaže nadležnim tijelima pojašnjavajući kako pristupiti utvrđivanju uobičajenog boravišta u problematičnim situacijama. Što je važnije, Sud EU-a imao je priliku odlučivati o tumačenju uobičajenog boravišta prema Uredbi o nasljeđivanju.

Cilj je ovoga rada proučiti važnost poveznice uobičajeno boravište u Uredbi o nasljeđivanju pritom analizirajući njezino tumačenje od strane Suda EU-a te primjenu pred hrvatskim sudovima. Na početku će biti analizirana poveznica uobičajeno boravište općenito u međunarodnom privatnom pravu EU-a, nakon čega slijedi prikaz Uredbe o nasljeđivanju te važnosti uobičajenog boravišta u Uredbi te njezina tumačenja u praksi Suda EU-a i hrvatskih sudova.

2. UOBIČAJENO BORAVIŠTE U MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU EUROPSKE UNIJE

2. 1. Općenito

Uobičajeno se boravište kao poveznica pojavljuje u gotovo svim izvorima međunarodnog privatnog prava EU-a i za određivanje mjerodavnog prava i nadležnosti.³ Ni u jednom od izvora uobičajeno boravište fizičke osobe (koja ne obavlja poslovnu djelatnost)⁴ nije definirano, već je njegovo utvrđivanje prepušteno nadležnim tijelima, a tumačenje Sudu EU-a, i to autonomno neovisno o pravnim porecima država članica. S druge strane Zakon

² Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 4/94.

³ Iznimku čini Uredba Bruxelles Ibis, u kojoj ključnu ulogu zadržava prebivalište. Za sustavan pregled svih propisa u kojima se uobičajeno boravište koristi kao poveznica vidi Hilbig-Lugani, Katharina, *Habitual residence* u Boele-Woelki, Katharina; Dethloff, Nina; Gephart, Werner (ur.) *European family law The Diversity, Coherence and Transparency of a Challenging Notion*, Intersentia, 2014, str. 250-251.

⁴ Ipak, Uredba Rim I o pravu mjerodavnom za ugovorene obveze te Uredba Rim II o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obveze uređuju pojam uobičajenog boravišta fizičkih osoba koje obavljaju poslovnu djelatnost. U skladu s čl. 19. st. 1. Uredbe Rim I te čl. 23. st. 2. Uredbe Rim II „uobičajenim boravištem fizičke osobe koja djeluje u sklopu svog poslovanja smatra se glavno mjesto poslovanja“.

o međunarodnom privatnom pravu (dalje: ZMPP) pruža definiciju te poveznice,⁵ no ona nije primjenjiva u kontekstu europskih izvora, već u području autonomnog hrvatskog prava, onoga koje potječe od hrvatskog zakonodavca.⁶

Do sada je Sud EU-a u najviše slučajeva razmatrao pojam uobičajenog boravišta djeteta prema Uredbi Bruxelles IIbis za određivanje nadležnosti za roditeljsku odgovornost.⁷ Pitanje je može li tumačenje Suda EU-a biti primjenjivo i u kontekstu drugih uredaba. Neki autori smatraju da je to moguće (*mutatis mutandis*),⁸ dok drugi ističu mogućnost različitih definicija uobičajenog boravišta ovisno o cilju pojedinog pravila i propisa u kojemu se nalazi, tj. pravila i cilja Uredbe o nasljeđivanju.⁹ Čak je i Sud EU-a u predmetu *A* ustanovio da praksa razvijena u kontekstu utvrđivanja uobičajenog boravišta u jednom pravnom području ne može biti direktno prenesena u kontekst Uredbe Bruxelles IIbis. U tom se slučaju radilo o praksi koja se tiče utvrđivanja uobičajenog boravišta u kontekstu prava iz socijalnog osiguranja, koja nije mogla biti direktno prenesena za potrebe Uredbe Bruxelles IIbis. No vjerojatnije je da će tumačenje uobičajenog boravišta kao poveznice u kontekstu različitih područja međunarodnog privatnog prava biti slično. U tom smislu spominju se dva različita bloka – obiteljskopravno te nasljednopravno područje čine jedan blok, a obveznopravno područje drugi blok.¹⁰

Kako je Sud EU-a odlučivao do sada u obiteljskopravnom području, postojeća praksa Suda trebala bi biti korištena, makar kao smjernica, za nasljednopravno područje međunarodnog privatnog prava.¹¹ Stoga praksa razvijena u kontekstu Uredbe Bruxelles IIbis može biti korisna pri razmatranju i definiranju uobičajenog boravišta u kontekstu Uredbe o nasljeđivanju. Štoviše, smatra se da ujednačeno tumačenje te poveznice u svim područjima pravosudne suradnje doprinosi pravnoj sigurnosti i olakšava slobodno

⁵ Čl. 5. ZMPP-a, Narodne novine, br. 101/2017: „U smislu ovoga Zakona, uobičajeno boravište je mjesto u kojemu fizička osoba pretežno živi bez obzira na to je li njezin boravak ili nastanjenje u tom mjestu registriran ili dozvoljen. Pri utvrđivanju uobičajenog boravišta valja osobito uzeti u obzir okolnosti osobne ili poslovne prirode koje ukazuju na trajne veze osobe s tim mjestom ili njezinu namjeru da takve veze uspostavi.“

⁶ Župan, Mirela, *Novi Zakon o međunarodnom privatnom pravu*, Hrvatska pravna revija, br. 2, 2018, str. 4.

⁷ Općenito o uobičajenom boravištu u kontekstu te Uredbe u Ruth Lamont, *Habitual residence and Brussels IIbis: developing concepts for European private international family law*, Journal of Private International Law, vol. 3, br. 2, 2007, str. 261-281.

⁸ Calliess, Graf-Peter, *Rome Regulations Commentary*, Wolters Kluwer, 2. izd., 2015, str. 877, 900; Oprea, Elena Alina, *Party Autonomy and the Law Applicable to the Matrimonial Property Regimes in Europe*, Cuadernos Derecho Transnacional, 2018, vol. 10, br. 2, str. 584.

⁹ Bergquist, Ulf *et al.*, *EU-Regulation on Succession and Wills: Commentary*, OttoSchmidt, 2015, str. 122; Poretti, Paula, *Nadležnost, nadležna tijela i postupci prema Uredbi (EU) br. 650/2012 o nasljeđivanju*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 37, br. 1, 2016, r. 565.

¹⁰ Vidi Hilbig-Lugani 2014, str. 253 i tamo navedeni izvori. Slično i Pfeiffer, Magdalena, *Legal certainty and predictability in international succession law*, Journal of Private International Law, vol 12, br. 3, 2016, str. 575, općenitije Re, Jacopo, *Where did they live? Habitual residence in the Succession regulation*, Rivista di diritto

internazionale privato e processuale, br. 4, 2018, str. 985-6.

¹¹ Burandt, Wolfgang; Schmuck, Stefan, *EuErbVO Art. 21 Allgemeine Kollisionsnorm* u Burandt, Wolfgang; Rojahn, Dieter (ur.), *Erbrecht*, C.H. Beck, 3. izd., 2019, Rn 4; Dutta, Anatol, *EuErbVO Art. 4 Allgemeine Zuständigkeit* u Säcker, Franz Jürgen *et al.* (ur.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 2020, 8. izd., Rn. 4.

kretanje osoba te sprječava atomizaciju poveznice uobičajeno boravište.¹² Moguće je da se za potrebe primjene pojedinog izvora različita važnost pridaje pojedinim okolnostima prilikom utvrđivanja uobičajenog boravišta, no malo je vjerojatno da će doći do razvoja potpuno različitih pojmova.¹³ Potrebno je stoga proučiti teorijska razmatranja te praksu Suda EU-a koji se tiču određivanja te poveznice općenito kako bismo ustanovili do koje je mjere to korisno u sferi međunarodnog privatnog prava nasljeđivanja.

2. 2. Uobičajeno boravište u pravnoj teoriji te praksi Suda EU-a

Uobičajenim boravištem smatra se mjesto u kojemu osoba ima središte životnih interesa, stoga se njegovo utvrđivanje mora temeljiti na okolnostima pojedinog slučaja.¹⁴ Mora se raditi o „mjestu koje odražava određeni stupanj integracije [djeteta] u društvenu i obiteljsku okolinu.“¹⁵ Ključno je da osoba boravi u određenoj državi.¹⁶ Boravak mora imati kriterij redovitosti,¹⁷ no duljina tog boravka ovisi o okolnostima slučaja.¹⁸ Stoga je Sud EU-a odlučio da se u pojedinim situacijama može raditi o vrlo kratkom periodu, pogotovo jer se radilo o djetetu niske kronološke dobi.¹⁹ U svakom slučaju, kraći odlasci u inozemstvo ne utječu na promjenu uobičajenog boravišta, primjerice na odmor, kao ni oni privremeni zbog polazanja nekog tečaja.²⁰

Pri procjeni je li boravak u određenoj državi uobičajen, prema praksi Suda EU-a, u obzir se mogu uzeti različiti čimbenici, posebice „trajanje, regularnost, uvjeti i razlozi boravka na području države članice i preseljenja obitelji u tu državu, državljanstvo [djeteta], mjesto i okolnosti školovanja, jezična znanja te obiteljski i društveni odnosi [djeteta] u

¹² Hilbig-Lugani 2014, str. 259-261; Fuchs, Angelika, *The new EU Succession Regulation in a nutshell*, ERA Forum, vol. 16, 2015, str. 120.

¹³ Bouček, Vilim, *Uobičajeno boravište u europskome međunarodnom privatnom pravu*, Pravo i porezi, br. 1, 2016, str. 46, Re 2018, str. 983; Makowsky, Mark, *EuErbVO Art. 4 Allgemeine Zuständigkeit* u Hüstege, Reiner; Mansel, Hans-Peter, *BGB, Rom-Verordnungen - EuErbVO - HUP*, 3. izd. 2019, Nomos, Rn. 26.

¹⁴ Kropholler, Jan, *Internationales Privatrecht*, Mohr Siebeck, 6. izd., 2006, str. 279. Baetge, Dietmar, *Habitual Residence* u Jürgen Basedow *et al.*, Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Oxford University Press, 2012, str. 813-814; Audit, Bernard, d'Avout, Luis, *Droit international privé*, Economica, 7. izd., 2013, str. 196-197, Hilbig-Lugani 2014, str. 252; Calliess 2015, str. 877; Bouček 2016, str. 44; Limante, Agne, *Establishing habitual residence of adults under the Brussels Ila regulation: best practices from national case-law*, Journal of Private International Law, vol 14, br. 1, 2018, str. 170; Makowsky 2019, Rn 33, te presude Suda EU-a: C-111/17 PPU OL protiv PQ od 8. lipnja 2017., ECLI:EU:C:2017:436, para. 42., C-499/15 W i V protiv X od 15. veljače 2017., ECLI:EU:C:2017:118, para. 60., C-376/14 PPU C protiv M od 9. listopada 2014., ECLI:EU:C:2014:2268, para. 51., C-497/10 PPU Barbara Mercredi protiv Richarda Chaffea of 22. prosinca 2010., ECLI:EU:C:2010:829, C-523/07 A od 2. travnja 2009., ECLI:EU:C:2009:225, para. 37.

¹⁵ OL protiv PQ, para. 42., W i V protiv X, para. 60., C protiv M, para. 51., Mercredi protiv Chaffea, para. 47., A, para. 44.

¹⁶ Stone, Peter, *The concept of habitual residence in private international law*, Anglo-American Law Review, vol. 29, 2000, str. 349, Hilbig-Lugani 2014, str. 252. Presuda Suda EU C-393/18 PPU, UD protiv XB od 17. listopada 2018., ECLI:EU:C:2018:835, para. 52.-53., OL protiv PQ, para. 51., W i V protiv X, para. 61.

¹⁷ UD protiv XB para. 45., 50., W i V protiv X, para. 60., C protiv M, para. 51., Mercredi protiv Chaffea, para. 49., A, para. 38.

¹⁸ Lamont 2007, str. 265.

¹⁹ Mercredi protiv Chaffea, para. 51.-56., C protiv M, para. 53.

²⁰ Limante 2018, str. 179.

navedenoj državi“.²¹ U teoriji se smatra da će za odraslu osobu umjesto školovanja relevantni biti „okolnost stalnog zaposlenja u toj državi“, ali i „najma stana na dulji rok, korištenja sustava socijalne i zdravstvene skrbi“.²²

Osim objektivnih čimbenika, za uspostavljanje uobičajenog boravišta nužan je i subjektivni element, namjera ili navika boravka.²³ Ipak, namjera se objektivizira, pa se boravak na određenom području može shvatiti kao očitovanje volje.²⁴ U svakom slučaju, namjera boravka na određenom mjestu ne može nadomjestiti nedostatak fizičkog boravka na tom mjestu.²⁵ Dakako, pri razmatranju namjere prilikom utvrđivanja uobičajenog boravišta djeteta važna je namjera roditelja, što nije slučaj prilikom utvrđivanja uobičajenog boravišta odrasle osobe.²⁶

Iz svega navedenog izvodimo zaključak da se prilikom utvrđivanja uobičajenog boravišta i djeteta i odrasle osobe sagledavaju sve okolnosti slučaja. Međutim prilikom utvrđivanja uobičajenog boravišta djeteta okolnosti koje su relevantne tipične su za dijete (vrtić, škola, izvannastavne aktivnosti) te se valorizira činjenica da utvrđivanje djetetova uobičajenog boravišta ipak ovisi o roditeljima te njihovim planovima i namjeri, pa posljedično i njihovu uobičajenom boravištu. U pravilu, što je dijete mlađe, to je utjecaj roditeljeva uobičajenog boravišta snažniji.²⁷

U svakom slučaju, praksa Suda EU-a koja se tiče uobičajenog boravišta djeteta, kao i općenita razmatranja u teoriji, mogu biti korisni prilikom utvrđivanja uobičajenog boravišta ostavitelja. Kvaliteta boravka koja se tiče redovitosti, „uobičajenosti“, svakako je relevantna i u tom slučaju. Jednako tako, većina čimbenika iz prakse Suda bit će primjenjiva i u kontekstu uobičajenog boravišta ostavitelja, kao i važnost procjene namjere preseljenja i boravka na određenom području. No utvrđivanje uobičajenog boravišta ostavitelja ipak sa sobom nosi određene posebnosti, koje se tiču činjenice da se utvrđuje posljednje uobičajeno boravište osobe koja se o tome ne može izjasniti te se može sagledavati samo prošlost, a ne i budućnost u smislu namjere i volje.²⁸ Baš zbog tih je razloga dobro da Preambula Uredbe o nasljeđivanju ipak daje smjernice nadležnim tijelima koja pomažu u određivanju uobičajenog boravišta.

²¹ OL protiv PQ, para. 44., C protiv M, para. 52., Mercredi protiv Chaffea, para. 48., 49., 56., A, para. 39., 44.

²² Župan, Mirela, *Novi Zakon o međunarodnom privatnom pravu*, Hrvatska pravna revija, br. 2, 2018, str. 4. Slično i Limante 2018, str. 172-173.

²³ Stone 2000, str. 349; Hilbig-Lugani 2014, str. 252; Bouček 2016, str. 45; Limante 2018, str. 170.

²⁴ Bouček 2016, str. 45.

²⁵ OL protiv PQ, para. 46.-51., UD protiv XB, para. 61.-63.

²⁶ Lamont 2007, str. 267.

²⁷ Bouček 2016, str. 47.

²⁸ N. b. da je u praksi nacionalnih sudova u pogledu buduće namjere prilikom utvrđivanja uobičajenog boravišta odraslih osoba prema Uredbi Bruxelles IIbis dana manja važnost. Limante 2018, str. 178.

3. O UREDBI O NASLJEĐIVANJU

3. 1. Sustavna kodifikacija međunarodnog privatnog prava nasljeđivanja u Europskoj uniji

Pravila međunarodnog privatnog prava nasljednih odnosa kodificirana su u pravu EU-a Uredbom o nasljeđivanju. Uredba se primjenjuje na nasljeđivanje osoba koje su umrle 17. kolovoza 2015. godine ili nakon tog datuma u svim državama članicama EU-a, uključujući i Republiku Hrvatsku, osim u Irskoj i Danskoj.²⁹

Uredba o nasljeđivanju jedno je od značajnijih postignuća u unifikaciji međunarodnog privatnog prava u EU-a od Ugovora iz Amsterdama iz 1997.³⁰ Pregovori za njezino donošenje bili su vrlo složeni,³¹ ponajprije zato što se Uredbom napušta nekoliko ključnih značajki kolizijskopavnog upućivanja u nasljednopravnim pitanjima prisutnima u većini pravnih sustava država članica EU-a. Uredbom se primjerice napušta poveznica državljanstva, koja je bila osnovna poveznica nasljednog statuta u mnogim državama članicama EU-a, uključujući i RH. Prema čl. 30 Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima iz 1991. (dalje: ZRSZ),³² koji se primjenjivao prije negoli je na snagu stupila Uredba o nasljeđivanju, za nasljedni statut opća je poveznica državljanstvo.

Uredbom se također u potpunosti napušta načelo podijeljene ostavine, koje su prihvaćale neke države članice. Prema tom je načelu nasljeđivanje nekretnina podvrgnuto pravu države u kojoj se nekretnina nalazi, pa je moguće da se na nasljeđivanje pokretnina primjenjuje pravo države koje je mjerodavno prema općem kolizijskom pravilu za nasljeđivanje, a na nasljeđivanje nekretnina pravo druge države ako se nekretnina nalazi u nekoj drugoj državi.³³ Uredbom je prihvaćeno tzv. načelo jedinstvene ostavine, prema kojemu je za nasljeđivanje pokretnina i nekretnina mjerodavno jedno pravo – pravo uobičajenog boravišta ostavitelja.³⁴ Iako načelo jedinstvene ostavine u mnogim državama

²⁹ Uredba o nasljeđivanju na snazi je u svim državama članicama osim u Danskoj, koja prema posebnom protokolu ne sudjeluje u suradnji u građanskim i trgovačkim predmetima (točka 83. preambule Uredbe o nasljeđivanju), te u Irskoj, koja prema drugom posebnom protokolu ima pravo, ako tako odluči, surađivati u pojedinom instrumentu iz tog područja integracije (tzv. *opt-in* opcija). U istom je položaju kao Irska bilo Ujedinjeno Kraljevstvo. Ni Irska ni UK nisu iskoristili *opt-in* pravo u pogledu Uredbe o nasljeđivanju (točka 82. preambule Uredbe o nasljeđivanju).

³⁰ Pravni temelj za unifikaciju kolizijskih pravila u Europskoj uniji donošenjem uredaba postavljen je u člancima 61. i 65. Ugovora iz Amsterdama iz 1997. (Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts – Final Act, Službeni list C 340, 10. 11. 1997., str. 115).

³¹ Calvo Caravaca, Alfonso-Luis; Davì, Angel; Mansel, Heinz-Peter (ur.), *The EU Succession Regulation, A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, str. 1-11.

³² Narodne novine, br. 53/1991.

³³ Takvo kolizijskopravno uređenje bilo je na snazi u Belgiji, Francuskoj, Irskoj, Luksemburgu, Malti i Velikoj Britaniji.

³⁴ Načelo jedinstvene ostavine i prije stupanja na snagu Uredbe o nasljeđivanju prihvaćale su Austrija, Danska, Grčka, Italija, Njemačka, Španjolska, Švedska, Portugal i RH.

članicama predstavlja revolucionarnu promjenu, u RH se pravilo o jedinstvu i prije primjenjivalo.³⁵

Uredba se razlikuje od većine drugih uređaba iz područja međunarodnog privatnog prava po tome što je sveobuhvatna – uređuje međunarodnu nadležnost, kolizijska pravila, priznanje i ovrhu sudskih odluka, javnih isprava i sudskih nagodbi te uvodi Europsku potvrdu o nasljeđivanju.³⁶ Uredba se također primjenjuje na sve građanskopravne aspekte nasljeđivanja s međunarodnim obilježjem, bilo ono dobrovoljno ili zakonsko.³⁷

Iako je sveobuhvatna, Uredba o nasljeđivanju neće se primjenjivati na sve aspekte nasljeđivanja. To proizlazi iz članka 75. Uredbe, prema kojemu Uredba ne utječe na primjenu međunarodnih konvencija čije su ugovornice jedna ili više država članica u trenutku donošenja Uredbe, a koje se odnose na pitanja uređena Uredbom. Posebno se to odnosi, istaknuto je u istoj odredbi, na Hašku konvenciju od 5. listopada 1961. o mjerodavnom pravu za oblik oporučnih raspolaganja, pa se ta Konvencija primjenjuje umjesto odgovarajućih odredaba Uredbe u državama koje su je ratificirale, a među kojima je i RH. Prema tome, mjerodavno pravo za oblik oporučnog raspolaganja u RH određivat će se, kao i prije stupanja Uredbe na snagu, u skladu s odredbama Haške konvencije o mjerodavnom pravu za oblik oporučnih raspolaganja od 5. listopada 1961., a na oblik oporučnog raspolaganja neće se primjenjivati članak 27. Uredbe o nasljeđivanju.³⁸

Međutim, prema istom članku Uredbe, Uredba će imati prednost u primjeni u odnosu na ugovore sklopljene isključivo između dviju ili više država članica u onoj mjeri u kojoj uređuju pitanja koja ulaze u polje primjene Uredbe. RH je temeljem sukcesije postala strankom niza dvostranih ugovora koje je sklopila SFRJ, a koji uređuju i pitanja koja se odnose na pravo mjerodavno za nasljeđivanje.³⁹ Najveći broj tih bilateralnih ugovora sklopljen je s državama koje danas jesu članice EU-a, pa one odredbe takvih ugovora koje ulaze u polje primjene Uredbe nisu više na snazi. Jedini bilateralni međunarodni ugovor koji se i dalje primjenjuje u RH, a sadrži kolizijska pravila nasljednog statuta, jest ugovor između RH i Ruske Federacije.⁴⁰

³⁵ Za nasljeđivanje je bilo mjerodavno pravo državljanstva ostavitelja.

³⁶ Prema točki 67. preambule Uredbe o nasljeđivanju Europska potvrda o nasljeđivanju izdaje se za korištenje u drugoj državi s ciljem brzog, skladnog i učinkovitog rješavanja nasljeđivanja s međunarodnim obilježjem, a omogućuje nasljednicima, legatarima, izvršiteljima oporuke i upraviteljima ostavinom lako dokazivanje statusa i prava.

³⁷ To proizlazi iz definicije nasljeđivanja iz čl. 3. Uredbe o nasljeđivanju.

³⁸ Na primjenu Haške konvencije o mjerodavnom pravu za oblik oporučnih raspolaganja iz 1961. godine upućuje i čl. 30. ZMPP-a.

³⁹ Medić, I., *Kolizijski aspekt nasljeđivanja s međunarodnim obilježjem*, Zbornik radova aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Mostar, br. 4, 2006, str. 357.

⁴⁰ Ugovor između FNRJ i SSSR o pravnoj pomoći u građanskim, obiteljskim i kaznenim stvarima od 24. veljače 1962. Detaljno o tom ugovoru vidi: Babić, D.; Hoško, T., *The External Relations of Croatia*, u: Dutta, A.; Wurmnest, W. (eds.), *European Private International Law and Member State Treaties with Third States – The Case of the European Succession Regulation*, Intersentia, Cambridge, 2019.

Uredba o nasljeđivanju, snagom prava EU-a, primjenjuje se u RH izravno,⁴¹ no ZMPP i izričito upućuje na njegovu primjenu za nasljedni statut.⁴² Odredba o primjeni Uredbe o nasljeđivanju deklaratorne je prirode i ima samo funkciju podsjetnika i pomoći u snalaženju u primjeni raznovrsnih propisa iz područja međunarodnog privatnog prava.⁴³ Također, zbog odredaba Uredbe u kojima se ističe potreba donošenja provedbenih propisa država članica donesen je i Zakon o provedbi Uredbe (EU) br. 650/2012 Europskog parlamenta i Vijeća o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju.⁴⁴ Zakonom se regulira mjesna nadležnost za odlučivanje o ostavini, nadležna tijela za postupanje i donošenje odluka te postupci u području primjene Uredbe.⁴⁵

Uredba o nasljeđivanju primjenjuje se univerzalno.⁴⁶ Kao pravo na koje upute kolizijske odredbe Uredbe primjenjuje se bilo ono pravo države članice ili pravo treće države.⁴⁷ Univerzalna ili *erga omnes* primjena Uredbe ima nekoliko značajnih posljedica. Posljedica univerzalne ili *erga omnes* primjene kolizijskih odredaba Uredbe o nasljeđivanju jest da više ne postoji potreba za nacionalnim kolizijskim pravilima o nasljednopravnim odnosima jer se odredbe Uredbe primjenjuju i onda kada se upućuje na pravo treće države.

Uredba kao još jednu novinu u europskom međunarodnom privatnom pravu uvodi široku definiciju pojma 'sud'. Zbog poštivanja različitih sustava uređenja pitanja nasljeđivanja⁴⁸ 'sud' se definira kao svako pravosudno tijelo i pravni stručnjak s nadležnošću u nasljednim stvarima koji izvršavaju pravosudne funkcije ili postupaju u skladu s prenesenim ovlastima od strane pravosudnog tijela ili postupaju pod nadzorom pravosudnog tijela, uz uvjet da takva druga tijela i pravni stručnjaci jamče nepristranost i pravo svih stranaka na saslušanje i uz uvjet da njihove odluke po pravu države članice u kojoj djeluju mogu biti predmet žalbe ili revizije od strane pravosudnog tijela i imaju

⁴¹ Bouček, V., *Europsko međunarodno privatno pravo u eurointegracijskom procesu i harmonizacija hrvatskog međunarodnog privatnog prava*, Vilim Bouček, Zagreb, 2009, str 23-46.

⁴² Čl. 29. ZMPP-a.

⁴³ Hoško, T., *Novo uređenje međunarodnog privatnog prava u Republici Hrvatskoj – Zakon o međunarodnom privatnom pravu*, Zakonitost, br. 1, 2019, str. 23.

⁴⁴ Narodne novine, br. 152/2014.

⁴⁵ Čl. 1. st. 2. Zakona o provedbi Uredbe (EU) br. 650/2012 Europskog parlamenta i Vijeća o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju.

⁴⁶ Načelo univerzalne primjene ne odnosi se na sve odredbe Uredbe o nasljeđivanju. Više u: Bonomi, Andrea; Wautelet, Patrick, *Le droit européen des successions, Commentaire du Règlement no 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, 4. izd, 2015, str. 31-34.

⁴⁷ Čl. 20. Uredbe o nasljeđivanju. Univerzalna primjena nije novost u europskom kolizijskom pravu – na jednak način primjenjuju se i Uredba Rim I o pravu mjerodavnom za ugovorene obveze, Uredba Rim II o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obveze i Uredba Rim III o provedbi pojačane suradnje u području prava mjerodavnog za razvod braka i zakonsku rastavu.

⁴⁸ Točka 20. preambule Uredbe o nasljeđivanju.

sličnu valjanost i učinak kao i odluka pravosudnog tijela o istoj stvari.⁴⁹ Izričito je istaknuto da su pojmom „sud“ obuhvaćeni i javni bilježnici te registarski uredi.⁵⁰

3. 2. Osnovne odredbe Uredbe o nasljeđivanju

Cilj koji se Uredbom želi postići jest sveobuhvatno i jednostavno uređenje nasljednopravnih odnosa s međunarodnim obilježjem u EU-u. To se ostvaruje odredbama koje omogućuju da, u najvećem broju slučajeva, međunarodno nadležan sud primjenjuje svoje materijalno pravo.⁵¹

Prema Uredbi, za nasljeđivanje u cijelosti opće su međunarodno nadležni sudovi uobičajenog boravišta ostavitelja u trenutku njegove smrti, a prema općem kolizijskom pravilu za nasljeđivanje u cijelosti bit će mjerodavno pravo uobičajenog boravišta ostavitelja u trenutku njegove smrti, tj. pravo nadležnog suda. Uz opće pravilo Uredbom su predviđene tek dvije iznimke u kojima sud neće primijeniti vlastito pravo.⁵² Prva se ostvaruje primjenom klauzule izuzeća, a druga izborom mjerodavnog prava koji je u ograničenom opsegu dozvoljen Uredbom. Prema tome za pravilnu primjenu odredaba Uredbe o nasljeđivanju te određivanje mjerodavnog prava na temelju Uredbe ključno je pravilno utvrditi uobičajeno boravište ostavitelja.

Prva iznimka od primjene prava uobičajenog boravišta ostavitelja, odnosno prava nadležnog suda, dozvoljena je ako je iz svih okolnosti slučaja jasno da je u trenutku smrti ostavitelj bio očigledno bliže povezan s državom koja nije država njegova uobičajenog boravišta.⁵³ U tom slučaju pravo mjerodavno za nasljeđivanje bit će pravo te druge države. Klauzula izuzeća uvodi određeni stupanj prilagodljivosti u onim iznimnim slučajevima u kojima bi primjena opće poveznice mogla dovesti do neželjenog rezultata⁵⁴ te se na taj način ostvaruje osnovni cilj kolizijskopravnog upućivanja – primjena najuže povezanog prava u svakoj konkretnoj situaciji. U praksi je vrlo važno primjenjivati klauzulu izuzeća restriktivno, a u preambuli Uredbe dodatno se naglašava kako se klauzuli izuzeća ne bi trebalo pribjegavati kao supsidijarnoj poveznici svaki put kada se utvrđivanje uobičajenog boravišta ostavitelja u vrijeme smrti pokaže složenim.⁵⁵ Pokazatelji očito uže veze s državom u kojoj ostavitelj nema uobičajeno boravište mogli bi primjerice biti da se

⁴⁹ Čl. 3 st. 2. Uredbe o nasljeđivanju.

⁵⁰ Točke 20. i 22. preambule Uredbe o nasljeđivanju.

⁵¹ Točka 27. preambule Uredbe o nasljeđivanju potvrđuje da su pravila te Uredbe zamišljena tako da se osigura da tijelo koje se bavi nasljeđivanjem u većini situacija primjenjuje svoje pravo.

⁵² Postoje još dvije odredbe, koje u vrlo ograničenom broju situacija mogu dovesti do neprimjene prava uobičajenog boravišta ostavitelja. Prva se odnosi na primjenu instituta *renvoi*, koji je, uz ograničenja, dozvoljen člankom 34. Uredbe o nasljeđivanju. Druga bi se situacija mogla pojaviti u slučaju primjene članka 35. Uredbe o nasljeđivanju, prema kojemu se primjena odredbe prava bilo koje države određene Uredbom može odbiti samo ako je takva primjena očigledno nespojiva s javnim poretkom (*ordre public*) države suda. Odredba o javnom poretku ima se vrlo restriktivno tumačiti.

⁵³ Članak 21. st. 2. Uredbe o nasljeđivanju.

⁵⁴ Sikirić, Hrvoje, *Zakon o međunarodnom privatnom pravu*, Tradicionalno XXXIII. savjetovanje – Aktualnosti Hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 25, Organizator, 2018, str. 85.

⁵⁵ Točka 25. preambule Uredbe o nasljeđivanju.

u toj drugoj državi nalazi ostaviteljeva imovina, obitelj, nasljednici, da je to vjerojatno i država njegova državljanstva, a najčešće i država u kojoj je imao uobičajeno boravište prije negoli je stekao uobičajeno boravište u državi posljednjeg uobičajenog boravišta.⁵⁶

Drugi slučaj u kojemu je prema Uredbi dozvoljeno odstupanje od primjene prava uobičajenog boravišta ostavitelja jest onaj u kojemu je ostavitelj izabrao mjerodavno pravo. Prema Uredbi o nasljeđivanju osoba može za pravo koje će u cijelosti urediti njezino nasljeđivanje izabrati pravo države čiji je državljanin u trenutku izbora ili u trenutku smrti.⁵⁷ Osoba koja ima više državljanstava može izabrati pravo bilo koje od tih država.⁵⁸ Prihvaćanje *professio juris* ne utječe na načelo o jedinstvu ostavine jer se prema Uredbi može izabrati samo jedno pravo za nasljeđivanje u cijelosti. Također, pri izboru prava primjenjuje se načelo univerzalnosti koje se odnosi na određivanje mjerodavnog prava prema Uredbi o nasljeđivanju općenito, pa ostavitelj može kao mjerodavno izabrati i pravo treće države ako je ostavitelj njezin državljanin.⁵⁹

Uvođenje stranačke autonomije kao primarne poveznice za nasljeđivanje novost je u većini pravnih sustava država članica, pa tako i u hrvatskom pravnom sustavu.⁶⁰ Ipak, budući da je stranačka autonomija jedno od osnovnih načela europskog međunarodnog privatnog prava i da je danas prihvaćena u svim njegovim dijelovima, odredba kojom se strankama daje mogućnost izbora prava kod nasljeđivanja ne iznenađuje.⁶¹

Izbor mjerodavnog prava za nasljeđivanje može biti učinjen izričito ili prešutno, odnosno mora proizlaziti iz odredaba o raspolaganju.⁶² Prešutni izbor mjerodavnog prava mora biti odraz stvarne volje ostavitelja, međutim iz tako formulirane odredbe Uredbe nije u potpunosti jasno kada će se smatrati da je ostavitelj prešutno izabrao pravo, a u poredbenom pravu postoje neslaganja oko toga koje pretpostavke moraju biti ispunjene da bi se smatralo da je takav izbor valjan.⁶³ Ipak, u dvije se situacije može razumno zaključiti da postoji prešutni izbor mjerodavnog prava: prvo, kada se ostavitelj u svojoj oporuci izričito poziva na neka pravna pravila ili pravne institute koji su inherentni pravu

⁵⁶ Popescu, D. A., *Guide on international private law in successions matters*, Magic Print, Alina Chițeală – Onești, 2014, str. 79-80.

⁵⁷ Prema prijelaznim odredbama Uredbe o nasljeđivanju izbor mjerodavnog prava učinjen prije stupanja Uredbe na snagu, odnosno prije 17. kolovoza 2015. godine, valjan je ako su ispunjeni uvjeti prema poglavlju Uredbe posvećenom mjerodavnom pravu ili ako je valjan prema kolizijskim odredbama države državljanstva ili uobičajenog boravišta ostavitelja. Prema tome izbor mjerodavnog prava za nasljeđivanje bit će valjan u RH ako je učinjen u skladu s odredbama Uredbe, čak i ako je izbor prava učinjen prije negoli je Uredba stupila na snagu.

⁵⁸ Čl. 22. Uredbe o nasljeđivanju.

⁵⁹ Calvo Caravaca *et al.* 2016, str. 336; Vassilakakis, Evangelos, *The Choice of the Law Applicable to The Succession Under Regulation 650/2012 – An Outline*, Anali Pravnog Fakulteta Univerziteta u Zenici, vol. 18, 2016, str. 224.

⁶⁰ Glavni argument za uvođenje stranačke autonomije kao primarne poveznice kod nasljeđivanja jest što se na taj način omogućava da ostavitelj podvrgne svoju ostavinu pravu za koje smatra da je najprimjerenije, a glavni argument protiv jest što se time omogućava zaobilaženje onog prava koje nekim nasljednicima osigurava određeni dio ostavine. (Vassilakakis 2016, str. 221).

⁶¹ Bonomi, Wautelet 2015, str. 298.

⁶² Čl. 22. st. 2. Uredbe o nasljeđivanju.

⁶³ Calvo Caravaca *et al.* 2016, str. 346.

države njegova državljanstva; drugo, kada ostavitelj u oporuci raspolaže ostavinom na način koji je dozvoljen prema pravu države njegova državljanstva, ali nije dozvoljen prema pravu države njegova uobičajenog boravišta.⁶⁴

U slučaju izbora mjerodavnog prava od strane ostavitelja, u cilju pojednostavljenja postupka, dopušta se određena korekcija nadležnosti.⁶⁵ Naime strankama na koje se odnosi nasljeđivanje dopušteno je sklapanje sporazuma o izboru sudova države članice čije je pravo izabrano ili pristanak na nadležnost suda države čije je pravo izabrano.⁶⁶ To je, dakako, moguće samo u slučaju kada ostavitelj kao mjerodavno izabere pravo države članice.

3. 3. Uobičajeno boravište prema Uredbi o nasljeđivanju

U Uredbi o nasljeđivanju uobičajeno boravište ostavitelja⁶⁷ zauzima vrlo važan položaj. Ono je osnovni kriterij opće nadležnosti, a prethodno uobičajeno boravište ostavitelja jedan je od čimbenika prilikom procjene suda ima li supsidijarnu nadležnost.⁶⁸ Slično kao i kod pravila o nadležnosti, europski zakonodavac propisao je ključnu ulogu uobičajenog boravišta ostavitelja prilikom određivanja mjerodavnog prava. Opći nasljedni statut počiva na uobičajenom boravištu ostavitelja, osim ako je ostavitelj izabrao mjerodavno pravo ili ako izbor nije učinjen, a sve okolnosti slučaja upućuju na primjenu prava s kojim je ostavitelj bio očito uže povezan od prava države njegova uobičajenog boravišta u trenutku smrti, tj. ispunjene su pretpostavke za primjenu klauzule izuzeća. Također, uobičajeno boravište ostavitelja jedna je od alternativnih poveznica za određivanje mjerodavnog prava za formalnu valjanost raspolaganja imovinom.⁶⁹ Sustavno tumačenje Uredbe o nasljeđivanju zahtijeva da svatko ima posljednje uobičajeno boravište jer nema podrednog upućivanja na mjerodavno pravo kaskadom poveznica.⁷⁰ S obzirom na to da se pravilima Uredbe o nasljeđivanju želi ostvariti da u što većem broju slučajeva sudovi

⁶⁴ Calvo Caravaca *et al.* 2016, str. 348; Bonomi Wautelet 2015, str. 323-324.

⁶⁵ Točke 27. i 28. preambule Uredbe o nasljeđivanju.

⁶⁶ Čl. 5. Uredbe o nasljeđivanju pruža strankama na koje se nasljeđivanje odnosi mogućnost izbora suda države čije je pravo ostavitelj izabrao, a čl. 7. t. c. omogućava sudu države čije je pravo izabrano da zadrži nadležnost ako stranke na koje se nasljeđivanje odnosi na to izričito pristanu.

⁶⁷ Važno je napomenuti da će u nekim slučajevima sudovi morati i utvrditi uobičajeno boravište nasljednika, tj. stranaka u postupku, no to nije obuhvaćeno temom ovoga rada. Vidi čl. 6., 13., 16., 27. st. 1. toč. d. te 28. Uredbe o nasljeđivanju.

⁶⁸ Čl. 10. st. 1. Uredbe: „Ako se uobičajeno boravište ostavitelja u trenutku smrti ne nalazi u državi članici, sudovi države članice u kojoj se nalazi imovina ostavine svejedno imaju nadležnost odlučivati o nasljeđivanju u cijelosti: (a)

ako je ostavitelj imao državljanstvo te države članice u trenutku smrti; ili, ako to nije slučaj, (b) ako je ostavitelj imao svoje prethodno uobičajeno boravište u toj državi članici, pod uvjetom da u trenutku kada je postupak pokrenut pred sudom nije proteklo više od pet godina od promjene tog uobičajenog boravišta.“

⁶⁹ Čl. 27. st. 1. toč. d. Uredbe o nasljeđivanju

⁷⁰ Dutta, Anatol, *Novo međunarodno nasljedno pravo Evropske unije – prvo čitanje Uredbe o nasljednom pravu*, Nova pravna revija, br. 2, 2013, str. 11; Re 2018, str. 1000.

primjenjuju svoje pravo, poveznicu uobičajeno boravište treba tumačiti na jednak način i u procesnim i kolizijskim odredbama.⁷¹

Razlog zbog kojega je uobičajenom boravištu dana prednost u Uredbi o nasljeđivanju pred drugim poveznicama, poput državljanstva i prebivališta, jest što se njome češće postiže primjena prava s kojim postoji najuža veza, a u pravilu je u tom mjestu i glavnina ostavine te nasljednici i vjerovnici.⁷² Ipak, određeni problemi vezuju se i uz poveznicu uobičajeno boravište, ponajprije jer njezino utvrđivanje pred nadležnim tijelima može biti neujednačeno, a moguće je da zbog pravne nepredvidljivosti mogu čak i obeshrabriti slobodno kretanje pojedinaca unutar EU-a, što je suprotno predvidljivosti i pravnoj sigurnosti kao ciljevima Uredbe.⁷³ Također se navode primjeri situacija u kojima je uobičajeno boravište neprimjerena poveznica ako ostavitelj u toj državi nema i nasljednike ili imovinu.⁷⁴ Stoga se čak pojavljuju mišljenja da bi bilo bolje da je kao temeljna poveznica odabrano državljanstvo kao lakše utvrdivo jer se prilikom utvrđivanja uobičajenog boravišta zakonodavac oslanja na praktičare koji „postaju novi detektivi kako bi utvrdili uobičajeno boravište ostavitelja, pojedinca kojeg pravnici vjerojatno nisu nikada ni upoznali“.⁷⁵

S druge strane državljanstvu kao poveznici može se prigovoriti što ne potiče ujedinjavanje na razini EU-a, već baš razlikovanje na temelju državljanstva.⁷⁶ Usprkos tome što određivanje ostaviteljeva uobičajenog boravišta u nekim slučajevima može predstavljati izazov, kako se uobičajeno boravište treba odrediti ovisno o okolnostima svakog pojedinog slučaja, tako se određivanjem poveznice uobičajeno boravište izbjegava nefleksibilnost koja se povezuje s državljanstvom i prebivalištem kao poveznicama.⁷⁷

U Uredbi o nasljeđivanju ne postoji definicija uobičajenog boravišta. No tako je i u drugim uredbama EU-a u kojima je uobičajeno boravište temeljna poveznica.⁷⁸ Iz perspektive cilja koji se želi postići uvođenjem uobičajenog boravišta kao temeljne poveznice za nasljeđivanje nedostatak definicije uobičajenog boravišta možemo promatrati kao prednost. Naime upravo se time postiže fleksibilnost u određivanju uobičajenog

⁷¹ Makowsky 2019, Rn. 29

⁷² Bergquist 2015, str. 30, Re 2018, str. 981-982.

⁷³ Atallah, Max, *The Last Habitual Residence of the Deceased as the Principal Connecting Factor in the Context of the Succession Regulation (650/2012)*, Baltic Journal of European Studies, vol. 5, br. 2, 2015, str. 134-135; Pfeiffer 2016, str. 573; Eichel, Florian, *Der „funktionsarme Aufenthalt“ und die internationale Zuständigkeit für Erbscheinverfahren*, RabelsZ, vol. 85, 2021, str. 92-93.

⁷⁴ Eichel 2021, str. 90.

⁷⁵ Devaux, Angélique, *The European Regulations on Succession of July 1012: A Path towards the End of the Succession Conflicts of Law in Europe, or Not*, International Lawyer, br. 47, 2013, str. 232-233.

⁷⁶ Iz tih razloga Atallah smatra da je uobičajeno boravište optimalna poveznica za Uredbu o nasljeđivanju, no da je treba definirati te predlaže definiranje uobičajenog boravišta za potrebe Uredbe: *The last voluntarily acquired main centre of a natural person's personal, social and economic life; in order to determine this place the nature of stay must show durable connections with that place or indicate an intention to create such connections* (Atallah 2015, str. 137-142).

⁷⁷ Calvo Caravaca et al. 2016, str. 301.

⁷⁸ U Uredbi o uzdržavanju, Uredbi Bruxelles Ibis, a u Uredbi Rim I i Uredbi Rim II definicija postoji za fizičke osobe koje obavljaju poslovnu djelatnost.

boravišta, a izbjegava se nemogućnost točnog definiranja mnogobrojnih i raznovrsnih situacija koje u praksi mogu nastati.⁷⁹

Međutim europski je zakonodavac u preambuli Uredbe iznio upute za nadležna tijela koje će im sigurno biti korisne prilikom utvrđivanja uobičajenog boravišta ostavitelja. „Radi utvrđivanja uobičajenog boravišta, tijelo koje se bavi nasljeđivanjem trebalo bi izvršiti ukupnu procjenu životnih okolnosti ostavitelja tijekom posljednjih godina njegovog života i u trenutku smrti, uzimajući u obzir sve relevantne činjenične elemente, posebno trajanje i stalnost prisutnosti ostavitelja u dotičnoj državi te uvjete i razloge za tu prisutnost. Tako utvrđeno uobičajeno boravište trebalo bi imati blisku i stabilnu vezu s dotičnom državom, uzimajući u obzir konkretne ciljeve ove Uredbe.“⁸⁰

Iz toga proizlazi da se zakonodavac ugledao na dosad razvijenu sudsku praksu Suda EU-a u pogledu određivanja uobičajenog boravišta – bliska i stabilna veza s državom, koja proizlazi iz ukupnosti životnih okolnosti, posebno uzimajući u obzir trajanje i stalnost prisutnosti, kao i uvjete i razloge, tj. objektivne i subjektivnu sastavnicu uobičajenog boravišta. Prilikom utvrđivanja svih relevantnih okolnosti nadležna tijela trebala bi moći koristiti sva dokazna sredstva koja im stoje na raspolaganju, čak i *sua sponte* ako posumnjaju u nedopuštena stranačka raspolaganja s ciljem manipulacije uobičajenim boravištem kao temeljem nadležnosti ili mjerodavnog prava.⁸¹ U teoriji se naime ističe potreba za oprezom prilikom utvrđivanja uobičajenog boravišta jer bi stranke mogle manipulirati tom poveznicom kako bi osigurale postupak pred željenim sudom te primjenu povoljnog prava.⁸²

U preambuli se dalje razmatraju slučajevi u kojima je utvrđivanje uobičajenog boravišta ostavitelja kompleksno – dana su dva primjera. U prvome se radi o osobi koja je odselila iz države zbog profesionalnih i ekonomskih razloga (tzv. pogranični radnici (*work commuters*), ali i studenti), ali je zadržala „blisku i stabilnu vezu sa svojom državom podrijetla“. U skladu s točkom 24. preambule Uredbe „moglo bi se i dalje smatrati, ovisno o okolnostima slučaja, da je ostavitelj imao svoje uobičajeno boravište u svojoj državi podrijetla, u kojoj je bilo središte interesa njegove obitelji i njegov društveni život“.

Iz ovoga proizlazi da važnost koju treba pridodati privatnim i obiteljskim prilikama ostavitelja u pravilu nadilazi onu koju treba pridodati profesionalnima i ekonomskim.⁸³

⁷⁹ Calvo Caravaca *et al.* 2016, str. 302. Detaljnije o tome vidi: Bouček, 2016, str. 45.

⁸⁰ Točka 23. preambule Uredbe o nasljeđivanju.

⁸¹ Arg ex čl. 181. st. 2. Zakona o nasljeđivanju ("Narodne novine" br. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15, 14/19): „Sud je ovlašten utvrđivati činjenice koje stranke u postupku nisu iznijele te izvesti i dokaze koje one nisu predložile, ako ocijeni da su te činjenice i ti dokazi važni za odlučivanje u skladu s ovim Zakonom.“ Aras Kramar, Slađana, *Nasljednopravna stvar s prekograničnim elementom i nadležnost u okviru Uredbe (EU) br. 650/2012 o nasljeđivanju – neka hrvatska i slovenska iskustva i dvojbe*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 41, br. 1, 2020, str. 101-102.

⁸² Krumiš, Toms, *Application of the EU Succession Regulation in practice: The case of Latvia and beyond*, Journal of Private International Law, vol. 15, br. 2, 2019, 372-373; Aras Kramar 2020, str. 101.

⁸³ Bergquist 2015, str. 68; Re 2018, str. 987; Rauscher, Thomas, *EU-ErbVO Art. 4 Allgemeine Zuständigkeit* u Münchener Kommentar zum FamFG, 3. izd., 2019, Rn 18; Dutta, 2020, Rn 6. Aras Kramar 2020, str. 100 ukazuje da to proizlazi i iz provedenog empirijskog istraživanja.

Upravo u tome se, moguće, razlikuje utvrđivanje uobičajenog boravišta prema Uredbi o nasljeđivanju u usporedbi s drugim uredbama, posebice onima koje uređuju obveznopravne odnose.⁸⁴

Drugi primjer koji je naveden u točki 24. preambule Uredbe odnosi se na ostavitelja koji naizgled ima jednaku vezu s nekoliko država – „ako je ostavitelj živio u nekoliko država naizmjenice ili ako je putovao iz jedne države u drugu, a da se nije stalno nastanio u bilo kojoj od njih“. Tada prevagu može donijeti državljanstvo jedne od tih država ili činjenica da se glavna imovina ostavitelja nalazi u nekoj od tih država. U skladu s preambulom, ti elementi „mogli bi biti poseban čimbenik u ukupnoj procjeni svih činjeničnih okolnosti“. Pritom treba imati na umu da vlasništvo imovine u određenoj državi može biti uzrokovano i poreznim razlozima te stoga ne mora biti tako snažna indikacija pri određivanju uobičajenog boravišta kao u slučaju da ostavitelj zadrži imovinu u državi podrijetla nakon preseljenja u inozemstvo.⁸⁵ Zapravo, što su činjenični elementi raspoređeni u više država, to vaganje posebnih činjeničnih okolnosti mora biti preciznije, jer je određivanje uobičajenog boravišta složenije.⁸⁶ U tom je smislu pomoć smjernica iz preambule dobrodošla jer upućuje koje činjenice imaju veći značaj.

U preambuli Uredbe ne razmatra se posebno kakav značaj treba dati namjeri ostavitelja prilikom određivanja uobičajenog boravišta, osim da treba, između ostalog, razmotriti i razloge boravka u određenoj državi. Jasno je da namjera trajnog nastana (*animus manendi*) nije ključna kao kod prebivališta.⁸⁷ Njezina prisutnost ipak može ubrzati stjecanje uobičajenog boravišta, kao što je i njezin nedostatak može oduljiti.⁸⁸ U teoriji se nalazi i mišljenje da je namjera zapravo središnji kriterij za određivanje uobičajenog boravišta jer odrasli rijetko postupaju bez namjere, odnosno teško se mogu socijalno integrirati, a da im to nije i namjera.⁸⁹

S obzirom na to da će se često raditi o osobama starije životne dobi, potrebno je razmotriti još jedan aspekt koji se tiče namjere – kada se utvrđuje uobičajeno boravište osobe koja zbog zdravstvenog stanja nije u mogućnosti izraziti volju. Ako se osoba preseli iz jedne države u drugu radi smještaja u dom za starije osobe ili kod obitelji, tada se može razmatrati problem njezina aktivnog sudjelovanja u donošenju odluke, tj. postojanja namjere za preseljenjem. No ako se radi o osobama koje su tako lošeg općeg stanja, kod njih će u pravilu nedostajati ključan element za stjecanje uobičajenog boravišta – socijalna integracija.⁹⁰ Neki autori smatraju da bi se u tom slučaju moglo smatrati da osobe prate uobičajeno boravište svojih skrbnika, baš kao što je Sud EU-a odredio za novorođenčad.⁹¹ To, naravno, ne znači samo po sebi da osoba koja je u domu za starije osobe ne može u

⁸⁴ Bergquist 2015, str. 68

⁸⁵ Makowsky 2019, Rn. 40.

⁸⁶ Re 2018, str. 989 ff.

⁸⁷ Bergquist 2015, str. 69.

⁸⁸ Makowsky 2019, Rn 36.

⁸⁹ Rauscher 2019, Rn 17.

⁹⁰ Bergquist 2015, str. 69; Rauscher 2019, Rn. 24.

⁹¹ Dutta 2020, Rn 10.

državi u koju se preselila u taj dom steći uobičajeno boravište ako je moguća socijalna integracija.⁹²

4. UOBIČAJENO BORAVIŠTE PREMA UREDBI O NASLJEĐIVANJU U PRAKSI SUDA EU-A

Kako uobičajeno boravište nije definirano Uredbom o nasljeđivanju, a mora se tumačiti autonomno, odluke Suda EU-a u kojima Sud daje smjernice za njegovo utvrđivanje iznimno su važne za primjenu Uredbe u praksi.

Prva odluka u kojoj je Sud EU-a tumačio kako se određuje uobičajeno boravište prilikom primjene Uredbe o nasljeđivanju, donesena u srpnju 2020. godine u predmetu *E. E.*, donijela je korisne smjernice.⁹³

Činjenične okolnosti dovele su u pitanje posljednje uobičajeno boravište ostaviteljice. Majka i sin (*E. E.*), litavski državljani, preselili su se iz Litve u Njemačku kako bi živjeli s majčinim novim suprugom. Majka je bila vlasnica stana u Litvi, koji je oporukom sastavljenom u Litvi ostavila svojem sinu kao jedinom nasljedniku. Nakon njezine smrti u Njemačkoj sin je tražio od javnog bilježnika u Litvi da izda Potvrdu o nasljeđivanju. Javni bilježnik to je odbio jer je smatrao da je posljednje uobičajeno boravište ostaviteljice, u smislu članka 4. Uredbe o nasljeđivanju, bilo u Njemačkoj. Suprug ostaviteljice *K.-D. E.* u spis je priložio izjavu da nema zahtjeva u vezi s ostavinom ostaviteljice te da pristaje na nadležnost litavskih sudova s obzirom na to da u Njemačkoj nije pokrenut nikakav ostavinski postupak. Nakon žalbenog postupka Vrhovni sud Litve uputio je Sudu EU-a šest prethodnih pitanja.

Za potrebe ovog rada razmotrit ćemo tri relevantne dvojbe koje sud pobliže tumači, a možemo ih sažeti u sljedeća tri pitanja: 1. Kako utvrditi je li situacija međunarodno obilježena?; 2. Kako utvrditi posljednje uobičajeno boravište ostavitelja?; 3. Kako utvrditi koje je pravo mjerodavno za oporuku sastavljenu prije stupanja Uredbe o nasljeđivanju na snagu?

4. 1. Kako utvrditi je li situacija međunarodno obilježena?

Na to naizgled vrlo bazično, ali uvijek aktualno, pitanje u međunarodnom privatnom pravu Sud EU-a daje naizgled vrlo bazičan odgovor.

Naime u toj Uredbi, kao ni u ostalim Uredbama iz područja međunarodnog privatnog prava, nije pojašnjeno kako se definira „međunarodno obilježje“ kao *conditio sine qua non* primjene kolizijskih pravila i pravila o međunarodnoj sudskoj nadležnosti.

⁹² Makowsky 2019, Rn. 34.

⁹³ Presuda Suda EU-a C-80/19 *E. E.* od 16. srpnja 2020., ECLI:EU:C:2020:569.

Sud počinje razlažući da je osnova za određivanje je li predmet međunarodno obilježen utvrditi ostaviteljevo posljednje uobičajeno boravište, a zatim jednostavno zaključuje da će međunarodno obilježje postojati ako se bilo koji drugi element koji se odnosi na nasljeđivanje nalazi u nekoj drugoj državi različitoj od države uobičajenog boravišta ostavitelja.⁹⁴

Pri tome se sud oslanja na tumačenje nezavisnog odvjetnika, koji u svojem mišljenju o ovom predmetu obrazlaže koji su to drugi elementi koji upućuju na postojanje međunarodnog obilježja.⁹⁵ Prema njegovu mišljenju može se raditi o situaciji u pogledu imovine, o nasljedniku, legataru ili drugom bliskom srodniku ostavitelja, kao i o njegovu državljanstvu.⁹⁶ Ta je lista, dakako, otvorenog tipa i te činjenice koje navodi nezavisni odvjetnik treba shvatiti kao primjere. Može se raditi o bilo kojoj okolnosti koja je vezana uz nasljeđivanje.

Zaključno, Sud zapravo tumači da je bilo kakva povezanost s državom koja nije država uobičajenog boravišta ostavitelja dovoljna da se utvrdi da postoji međunarodno obilježje te da se primijeni Uredba o nasljeđivanju. U predmetu E. E. radilo bi se o nasljeđivanju koje je međunarodno obilježeno ako Sud utvrdi da je ostaviteljica imala uobičajeno boravište u Njemačkoj jer se tada njezina imovina nalazi u drugoj državi, ali čak i ako sud utvrdi da je posljednje uobičajeno boravište ostaviteljice bilo u Litvi, jer jedan od zakonskih nasljednika (suprug ostaviteljice) ima uobičajeno boravište u Njemačkoj.

4. 2. Kako utvrditi posljednje uobičajeno boravište ostavitelja?

Sud je u odluci razložio hijerarhiju primjene relevantnih točaka preambule Uredbe (toč. 23., 24. i 25.) te potvrdio da se prilikom odlučivanja o uobičajenom boravištu treba provesti detaljna analiza svih okolnosti koje su prethodile smrti.

Prvo tumačenje Suda samo po sebi niti je novost niti nam pomaže pri određivanju uobičajenog boravišta ostavitelja. Naime sud polazi od toga da ostavitelj može imati samo jedno uobičajeno boravište. Takav je zaključak očekivan i nikakav drugačiji ne bi bio u skladu s dosadašnjim shvaćanjem poveznice uobičajeno boravište ni s dosadašnjom praksom Suda. No u ovom konkretnom predmetu radilo se o situaciji u kojoj je litavska državljanka imala vrlo jake i vrlo trajne veze s mjestom svojeg prethodnog uobičajenog boravišta. Ona je bila litavska državljanka, koja je u Litvi imala svoje uobičajeno boravište prije negoli se odselila u Njemačku, kao i jedinu nekretninu, koju je oporukom sastavljenom u Litvi ostavila svojem sinu, također litavskom državljaninu. Te okolnosti posebno su važne kad se uzme u obzir posljednja rečenica točke 24. preambule Uredbe, prema kojoj, ako je ostavitelj bio državljanin jedne od država u kojima je naizmjenice živio

⁹⁴ Predmet E. E., para. 36.

⁹⁵ Mišljenje nezavisnog odvjetnika Manuela Camposa Sánche Z-Bordone u predmetu C-80/19. E. E. od 26. ožujka 2020.

⁹⁶ Mišljenje nezavisnog odvjetnika u predmetu E. E., para. 35.

ili ako je imao svu svoju glavnu imovinu u jednoj od tih država, državljanstvo ili mjesto te imovine mogli bi biti poseban čimbenik u ukupnoj procjeni svih činjeničnih okolnosti.

U presudi se odgovornost utvrđivanja uobičajenog boravišta u ovom konkretnom predmetu prebacuje na nacionalne sudove, a Sud EU-a smatra da u spisu nema dovoljno informacija da bi se moglo nesporno utvrditi posljednje uobičajeno boravište ostaviteljice.⁹⁷ U svojem mišljenju nezavisni odvjetnik upozorava da se uobičajeno boravište mora utvrditi i da se pri tome, a to je i u samoj Uredbi izrijekom navedeno,⁹⁸ ne bi smjelo pribjegavati klauzuli izuzeća te tražiti očito užu vezu samo zato što je utvrđivanje uobičajenog boravišta složeno.⁹⁹

Presudom se utvrđuje kako činjenica da je osoba imala državljanstvo i nekretnine u mjestu svojeg prethodnog uobičajenog boravišta ne znači kako se može zaključiti da ta osoba nije promijenila mjesto svojeg uobičajenog boravišta. Uobičajeno boravište određuje se, prema točki 23. preambule, kao mjesto s kojim osoba ima blisku i stabilnu vezu. Tako obrazlaže i nezavisni odvjetnik u svojem mišljenju.¹⁰⁰ Nezavisni odvjetnik ipak još dodatno pojašnjava da je prvi element koji treba utvrditi je li ostavitelj imao stabilnu vezu s nekom državom, a ako se ne može utvrditi da je osoba imala stabilnu vezu s nekom državom, tek u tom slučaju treba uzeti u obzir je li zadržala vezu s državom svojeg državljanstva i/ili državom u kojoj se nalazi njezina imovina. U ovom predmetu nacionalni litavski sudovi trebali bi prvo tražiti dodatne informacije i elemente kako bi mogli utvrditi je li postojala stabilna veza s Njemačkom, a tek ako to ne mogu utvrditi ili ako ne uspiju dobiti dodatne informacije, opravdano mogu uzeti u obzir sve veze ostaviteljice s Litvom.

4. 3. Kako utvrditi koje je pravo mjerodavno za oporuku sastavljenu prije stupanja Uredbe o nasljeđivanju na snagu?

Za praksu je vrlo značajan dio presude onaj u kojem Sud odgovara na šesto pitanje postavljeno od strane litavskog Vrhovnog suda. Naime prema Uredbi o nasljeđivanju ostavitelj ima ograničenu slobodu izbora mjerodavnog prava, prema kojoj može izabrati pravo svojeg državljanstva kao mjerodavno za nasljeđivanje. Takav izbor može biti učinjen izričito u oporuci ili prešutno može proizlaziti iz odredaba oporuke. Ako ostavitelj izabere mjerodavno pravo, njegovi se nasljednici mogu sporazumjeti da sud čije je pravo izabrano ima isključivu nadležnost odlučivati o nasljeđivanju

No u ovom predmetu ostaviteljica niti je izričito izabrala mjerodavno pravo niti je iz oporuke proizlazilo da je ostaviteljica prešutno izabrala litavsko pravo kao mjerodavno, no njezini su nasljednici jednostranom izjavom pristali na nadležnosti litavskih sudova. Sud je ovdje po prvi put primijenio fikciju koja je dozvoljena temeljem prijelaznih odredaba Uredbe. Naime prema stavku 4. članka 83. Uredbe o nasljeđivanju, ako je

⁹⁷ Predmet E. E., para 44.

⁹⁸ Točka 25. preambule Uredbe o nasljeđivanju.

⁹⁹ Mišljenje nezavisnog odvjetnika u predmetu E. E., para. 59. i 62.

¹⁰⁰ Mišljenje nezavisnog odvjetnika u predmetu E. E., para. 47.-57.

raspolaganje imovinom za slučaj smrti izvršeno prije 17. kolovoza 2015. u skladu s pravom koje je ostavitelj mogao izabrati u skladu s ovom Uredbom, smatra se da je to pravo izabrano kao pravo mjerodavno za nasljeđivanje.

Sud je stoga odlučio da se slijedom toga smatra se da je to pravo, u skladu s kojim je navedena oporuka sastavljena, odabrano kao mjerodavno pravo za nasljeđivanje o kojem je riječ u glavnom postupku¹⁰¹ te da je nadležnost litavskih sudova prihvaćena u skladu s Uredbom o nasljeđivanju.¹⁰²

5. UOBIČAJENO BORAVIŠTE PREMA UREDBI O NASLJEĐIVANJU U PRAKSI HRVATSKIH SUDOVA

Dostupno je tek nekoliko odluka u kojima su hrvatski sudovi razmatrali poveznicu uobičajeno boravište u kontekstu Uredbe o nasljeđivanju. U svima su se njima prvostupanjski sudovi oglasili međunarodno nenadležnima jer ostavitelji nisu imali uobičajeno boravište u trenutku smrti u Republici Hrvatskoj, već u inozemstvu, tj. u nekoj drugoj državi članici EU-a. U svim predmetima nasljednici su podnijeli žalbu, no drugostupanjski su sudovi odlučili da žalbe nisu osnovane te da su prvostupanjski sudovi ispravno primijenili Uredbu te procijenili da je mjesto posljednjeg uobičajenog boravišta ostavitelja u inozemstvu.

U predmetu Gž-465/2016-2¹⁰³ žalitelji se pozivaju na pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje jer smatraju da je ostaviteljica imala uobičajeno boravište u Hrvatskoj, a ne u Njemačkoj, kako je zaključio sud prvog stupnja, pa smatraju da bi hrvatski sudovi trebali biti nadležni. Pozivaju se na preambulu Uredbe te ističu kako je ostaviteljica cijeli život živjela u Hrvatskoj te je samo formalno bila prijavljena u Njemačkoj, da je umrla u Njemačkoj uslijed kraćeg izbjivanja zbog posjeta sinu i da je imala hrvatsko državljanstvo. Žalbeni sud, razmatrajući žalbene navode, utvrđuje da je uobičajeno boravište ostaviteljice u trenutku smrti bilo u Njemačkoj te se prvostupanjski sud ispravno oglasio nenadležnim. Žalbeni sud kao odlučne činjenice prilikom utvrđivanja uobičajenog boravišta uzima ne samo adresu prijave na osobnoj iskaznici već i činjenice da je ostaviteljica sklopila brak u Njemačkoj te da je umrla u Njemačkoj, pa je stoga ostvarila „trajnu prisutnost te središte obitelji i društveni život“ u Njemačkoj. Također u Njemačkoj žive i njezin suprug i sin te je shvaćanje suda da činjenice da je ostaviteljica bila državljanka RH te imala imovinu u RH u konkretnom slučaju ne utječu na određivanje uobičajenog boravišta.

Žalitelji ističu i da je sud u pogledu utvrđivanja činjenica mogao saslušati susjede i prijatelje, no žalbeni je sud stava da nije bilo povrede pravila postupka jer žalitelji to nisu

¹⁰¹ Predmet E. E., para 94.

¹⁰² Predmet E. E., para 96.

¹⁰³ Rješenje Gž-465/2016-2 Županijskog suda u Šibeniku od 13. prosinca 2017.

istaknuli ranije, u prijedlogu za pokretanje postupka u skladu s člankom 15. Zakona o parničnom postupku.¹⁰⁴

U predmetu 23 Gž-1247/16-2¹⁰⁵ žalitelji ističu da je ostavitelj većinu života proveo u Hrvatskoj, gdje ima i nekretnine, te da je, iako je formalno bio prijavljen u Švedskoj, zapravo veći dio godine provodio u Hrvatskoj te je stoga imao uobičajeno boravište u tuzemstvu. Žalbeni je sud stava da žalitelji nisu dokazali da bi hrvatski sudovi bili nadležni, a da je vidljivo da ostavitelj nije u Hrvatskoj imao ni prebivalište ni boravište te je umro u Švedskoj.

U predmetu Gž 2067/2019-2¹⁰⁶ postupak je već bio započeo u Sloveniji, državi u kojoj je ostaviteljica imala posljednje uobičajeno boravište. Žalbeni sud, potvrđujući odluku suda prvog stupnja, utvrđuje da je uobičajeno boravište ostaviteljice u trenutku smrti zaista bilo u Sloveniji. Činjenice na kojima sud temelji svoj zaključak jesu život u staračkom domu u Sloveniji te liječenje u Sloveniji (i to zbog logističkih razloga, odnosno blizine, i hospitalizacija u bolnici), činjenica da je ostaviteljica posljednjih 6 mjeseci života provela u bolnici u Sloveniji, a da u Sloveniji žive i njezini nasljednici (suprug i dva sina), da je u Sloveniji primala mirovinu, a imala je i dvojno državljanstvo. Sud ističe i da je sam žalitelj u žalbi napisao da je istina da „žive u Sloveniji“ te prema mišljenju suda nije dokazao da je ostaviteljica imala uobičajeno boravište u Hrvatskoj.

U predmetu Gž 482/2018-2¹⁰⁷ drugostupanjski se sud detaljnije osvrnuo na razloge zašto ne postoji nadležnost prema drugim odredbama Uredbe o nasljeđivanju (članci 5., 6., 7. i 9.), dok je u pogledu uobičajenog boravišta samo zaključio da je u Italiji ostaviteljica imala posljednje prebivalište te ga njezini nasljednici i dalje imaju. No u tom je slučaju ostaviteljica ostavila nepokretnu imovinu u Hrvatskoj te je važno napomenuti da sud nije smatrao da ta okolnost utječe na određivanje uobičajenog boravišta.

U svojim odlukama sudovi u pravilu citiraju točke 23. i 24. preambule Uredbe, iz čega je vidljiva njihova važnost u osiguranju ujednačenog tumačenja te poveznice. Iako preambula nije dio obvezatnog teksta Uredbe, usmjerenje koje pruža nadležnim tijelima vrlo je korisno. Sudovi uglavnom razmatraju okolnosti koje se kao relevantne spominju i u pravnoj literaturi te se čini, iako to nije izričito napisano, da veću pozornost poklanjaju činjenicama koje se tiču obiteljskog i osobnog života (mjesto života, sklapanja braka, mjesto gdje žive nasljednici) od činjenica koje se tiču gospodarskog aspekta života (npr.

¹⁰⁴ „Sud ocjenjuje, po službenoj dužnosti, odmah poslije primitka tužbe, je li nadležan i u kojem je sastavu nadležan. To ocjenjivanje nadležnosti obavlja se na temelju navoda u tužbi i na temelju činjenica koje su sudu poznate. Ako se tijekom postupka promijene okolnosti na kojima je utemeljena nadležnost suda, sud koji je bio nadležan u vrijeme podnošenja tužbe ostaje i dalje nadležan i ako bi zbog tih promjena bio nadležan drugi sud iste vrste ili sud druge vrste, ako zakonom nije izrijekom drugačije određeno.“ Zakon o parničnom postupku ("Službeni list SFRJ" br. 4/77, 36/77, 36/80, 6/80, 69/82, 43/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, Narodne novine br. 53/91, 91/92, 112/99, 129/00, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 96/08, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11 - službeni pročišćeni tekst, 25/13, 89/14, 70/19).

¹⁰⁵ Rješenje 23 Gž-1247/16-2 Županijskog suda u Zadru od 13. studenog 2017.

¹⁰⁶ Rješenje 22 Gž 2067/2019-2 Županijskog suda u Rijeci od 19. prosinca 2019.

¹⁰⁷ Rješenje Gž 482/2018-2 Županijskog suda u Rijeci od 11. studenog 2019.

posjedovanje nekretnina). Vidljivo je i da neki sudovi detaljnije analiziraju relevantne činjenice, dok je pred drugim sudovima analiza manje detaljna, već općenitije stoji da su prvostupanjski sudovi ispravno odredili posljednje uobičajeno boravište te da žalitelji nisu dokazali suprotno.

6. ZAKLJUČAK

Poveznica uobičajeno boravište najvažnija je poveznica unificiranog međunarodnog privatnog prava Europske unije. No ni u jednom od europskih izvora uobičajeno boravište fizičke osobe koja ne obavlja poslovnu djelatnost nije definirano, već je njegovo utvrđivanje prepušteno nadležnim tijelima, a ključnu ulogu ima tumačenje Suda EU-a, koje mora biti autonomno, odnosno neovisno o pravnim porecima država članica.

Pravila međunarodnog privatnog prava nasljednih odnosa kodificirana su u pravu EU-a Uredbom o nasljeđivanju. Prema Uredbi za nasljeđivanje u cijelosti opće su međunarodno nadležni sudovi uobičajenog boravišta ostavitelja u trenutku njegove smrti, a prema općem kolizijskom pravilu za nasljeđivanje u cijelosti bit će mjerodavno pravo uobičajenog boravišta ostavitelja u trenutku njegove smrti, tj. pravo nadležnog suda. Prema tome poveznica uobičajeno boravište zauzima centralno mjesto u primjeni Uredbe o nasljeđivanju i bez njezina pravilnog utvrđivanja nema pravilne primjene Uredbe o nasljeđivanju.

Kako je Sud EU-a odlučivao do sada o primjeni poveznice uobičajeno boravište u obiteljskopravnom području, postojeća praksa Suda trebala bi biti korištena, makar kao smjernica, za nasljednopravno područje međunarodnog privatnog prava. Prva odluka u kojoj je Sud EU-a tumačio kako se određuje uobičajeno boravište prilikom primjene Uredbe o nasljeđivanju, donesena u srpnju 2020. godine u predmetu E. E., također donosi korisne smjernice.

Analizu uobičajenog boravišta za potrebe određivanja mjerodavnog prava i nadležnosti treba provesti u dva stupnja, dok se kod određivanja mjerodavnog prava dodaje još i treći stupanj. U prvom stupnju ocjenjuje se stabilnost bliske veze s mjestom uobičajenog boravišta kako je ona opisana u toč. 23. preambule Uredbe. Tek ako se ne može jednoznačno utvrditi postojanje bliske i stabilne veze, treba primijeniti odrednice iz toč. 24. preambule Uredbe, u prvom redu državljanstvo ostavitelja. Tek iznimno, i samo za potrebe utvrđivanja mjerodavnog prava te u skladu sa svim ciljevima Uredbe, kao i načelom pravne predvidljivosti, može se primijeniti načelo najuže veze, na što upućuje toč. 25. Uredbe, a ne primijeniti pravo uobičajenog boravišta, i to zbog okolnosti koje pokazuju da je osoba imala bliže veze s nekom drugom državom, a ne državom svojeg posljednjeg uobičajenog boravišta.

Hrvatski drugostupanjski sudovi do sada su odlučivali o poveznici uobičajeno boravište prilikom primjene Uredbe o nasljeđivanju u nekolicini predmeta. Iz dosadašnje prakse proizlazi razumijevanje uobičajenog boravišta kao poveznice te ideje o autonomnom tumačenju toga pojma. Ipak, do sada se hrvatski sudovi još nisu susreli s kompleksnijim

slučajevima, kakvih u praksi ima mnogo, a kada se to dogodi, pojašnjenja će moći potražiti u već postojećoj praksi Suda EU-a kako se ona analizira u ovom tekstu.

HABITUAL RESIDENCE OF THE DECEASED UNDER THE SUCCESSION REGULATION

Habitual residence of the deceased is a key notion of the Succession Regulation, both for determining the competent court and for determining the applicable law. This notion is not defined by the provisions of the Regulation, but, in its preamble, guidelines are given to the competent authorities for determining habitual residence. The lack of a definition of this connecting factor allows for flexibility and for an important principle of private international law – the principle of the closest connection. At the same time, this lack of definition can be manifested in legal uncertainty and manipulation of the connecting factor in order to achieve the application of the more favourable law. The focus of this paper is to determine the habitual residence of the deceased for the purposes of the Succession Regulation. The key considerations relate to the question of the extent to which the case law of the Court of Justice of the EU developed in other areas of private international law can be applied in the context of the Succession Regulation, how the Court of Justice of the EU has determined habitual residence in its case law under the Succession Regulation, and, finally, how Croatian courts determine this connecting factor.

Keywords: Succession Regulation, habitual residence of the deceased

Dora Zgrabljić Rotar, PhD, Assistant Professor, Faculty of Law of the University of Zagreb, Chair of Private International Law

Tena Hoško, PhD, Assistant Professor, Faculty of Law of the University of Zagreb, Chair of Private International Law

COMMERCIAL SUBORBITAL FLIGHTS - AIR OR SPACE LAW?

Izvorni znanstveni rad

UDK 338.48:629.78(4EU:73)

347.82(4EU:73)

347.85(4EU:73)

340.5

Primljeno: 14. svibnja 2021.

Iva Savić *

Nika Petić **

The concept of commercial suborbital flights cannot be established while we still lack two fundamental things: a definition of suborbital flight, and legal regulation of this phenomenon. When attempting to determine whether air or space law should govern commercial suborbital flights, due to the non-existent delimitation between airspace and outer space, we face several questions that need to be resolved. These questions are considered through both spatialist and functionalist approaches, which are further used to discern whether commercial suborbital flights fall under the scope of air or space law.

In this context, in this paper we aim to consider the broader picture, analysing existing regulation and the work of regulatory bodies in the EU and US.

In conclusion, we suggest a new sui generis approach to commercial suborbital flights in international law, possibly through the ICAO with the support of UNCOPUOS, and the creation of a separate convention to address commercial suborbital flights as a special category.

Ključne riječi: commercial suborbital flights, international air law, international space law, space tourism, delimitation of space

* Iva Savić, Assistant Professor, Faculty of Law of the University of Zagreb, Chair of Maritime and Transport law

** Nika Petić, lawyer trainee at the Law Firm ILEJ & PARTNERS LLC

List of abbreviations

ARHV	Airborne Reusable Hypersonic Vehicle
AST	The Office of Commercial Space Transportation
CSLAA	Commercial Space Launch Amendments Act
EASA	European Aviation Safety Agency
EPAS 2020-2024	European Plan for Aviation Safety (2020-2024)
EU	European Union
ESA	European Space Agency
FAA	Federal Aviation Administration
FAST20XX	Future High-Altitude High-Speed Transport 20XX
ICAO	International Civil Aviation Organization
NASA	National Aeronautics and Space Administration
UNCOPUOS	United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space
UNOOSA	United Nations Office for Outer Space Affairs
US	United States of America
SARPs	Standards and Recommended Practices
SoA	Suborbital Aeroplanes
SoWG	Suborbital Working Group
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union

*The one use of aerospace that strikes closest and most directly
to the heart of the general public is transportation ... The supersonic and
hypersonic transports will be followed eventually by routine flights in space.*

Dr. Edward C. Welsh, Executive Secretary of the National Aeronautics and Space Council,
Address before New York Academy of Sciences, 11 January 1965

1. INTRODUCTION

The development of space technologies is happening so fast that before we know it new purposes and applications of these technologies are discovered. But what is important for lawmakers and end users is that many of these purposes include the operation of commercial suborbital flights. Whether they are marketed as *space* tourism or simply as a new mode of transportation, their time is coming. And although we can distinguish different modes of suborbital flight, these should be irrelevant for the purpose of finding an applicable legal regime.¹ A particular problem is the lack of regulation regarding suborbital flight. The technology is on the verge of being used on a daily basis by certain companies, but legal provisions governing these operations are inconsistent and unclear, and what is more, non-existent for some related questions.

This is why this paper will attempt to address the problems facing lawmakers and regulatory bodies while considering the issue of suborbital flights, primarily the question of whether these kinds of flight fall under the scope of either air law or space law, or possibly both, since at the moment there is a complete lack of a special legal regime for this type of transport.

2. DEFINITION OF SUBORBITAL FLIGHTS

The International Civil Aviation Organization² (ICAO) Working Paper C-WP/12436 30/05/05, drawing on US legislation for some important elements of the definition, defined suborbital flight (in an untypical solution), as follows: “A sub-orbital flight is a flight up to a very high altitude which does not involve sending the vehicle into orbit. It should be noted that ‘sub-orbital trajectory’ is defined in the legislation of the United States as (49 U.S.C. § 70102 (20) (2004)) ‘The intentional flight path of a launch vehicle, re-entry vehicle, or any portion thereof, whose vacuum instantaneous impact point does not leave the surface of the Earth’”.³ The ICAO Working Paper has been reviewed by the Legal Subcommittee of the United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space (UNCOPUOS),⁴ after which no change in the regulation of commercial suborbital flights has been made. It is important to note that the definition provided here is not to be construed as a formal one to be observed by ICAO’s Member States.

¹ E.g. we can use suborbital flight for the transport of people from one point on Earth to another, but also for a short flight in which a passenger can experience zero gravity for a few minutes.

² ICAO is the United Nations specialized agency established by States in 1944 to manage the administration and governance of the Chicago Convention. Through its work, ICAO serves as an organization whose objective is to provide civil aviation with uniform standards and regulation in all issues related to international air navigation (see Art. 37 of the Chicago Convention, which does not contain a closed list of matters, but leaves it open to ICAO to adopt or amend also “other matters concerned with the safety, regularity, and efficiency of air navigation”).

³ ICAO Council, Concept of Suborbital flights, Working paper, C-WP/12436, 30/05/2005, at 2.

⁴ UNCOPUOS, Legal Subcommittee, Concept of Suborbital Flights: Information from the International Civil Aviation Organization (ICAO), Forty-ninth session 22 March -1 April 2010, A/AC.105/C.2/2010/CRP.9.

Many legal authors, while possibly agreeing with this definition, find it difficult to discern the important features to be able to formulate the legal conclusions required for the regulation of suborbital flights.⁵ While certain effort is being made at the international level to create a definition of suborbital flight, the European Union (EU) is still in the process of formulating one. The EU has so far postponed all work regarding the regulation of suborbital flights, finding this matter not to be “a priority in the rulemaking programme of EASA”⁶ only a couple of years ago.⁷ However, in the meantime, suborbital flights have become a reality with calls for regulation coming from private entities. Constantly reminded by EASA, the EU has become aware of this demand and recognizes it.⁸ Nevertheless, no work was done until recently, when EASA listed suborbital flights in its European Plan for Aviation Safety (EPAS 2020-2024)⁹ for the first time, prompting the EU to recognize their importance and the urgent need for their regulation. In 2019, at the European Higher Airspace Operations Symposium, more than 160 participants from 33 countries (including some non-EU countries) “considered inviting” EASA and EUROCONTROL with the support of national experts, the European Defence Agency and the SESAR Joint Undertaking, to launch preparatory work for definitions of the regulatory framework and the European concept of operations.¹⁰ In its latest, revised Plan (EPAS 2021-2025), EASA emphasizes this regulatory gap for operations in “higher airspace” (HA) again, calling for a definition of HA limits (upper and lower) as the most relevant at the moment, together with defining the concept of operations (in HA).¹¹

On the other side of the Ocean, in the United States of America (US), the situation is quite different. The US regulates this kind of activity and most companies which organize suborbital flights are based there. One of them is *Virgin Galactic* whose May 2020 test

⁵ Van Fenema, P., Suborbital Flights and ICAO, *Air and Space Law*, Vol. 30, Issue 6, 2005, pp. 396-411, at 397.

⁶ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions EU Space Industrial Policy releasing the potential for economic growth in the space sector, COM/2013/0108 final, at 14.

⁷ EASA’s primary mission is to achieve the highest common level of safety protection and environmental protection, a single regulatory and certification process among Member States, facilitate the internal aviation single market, and work with other international aviation organizations and regulators on these matters. EASA consists of the EU Member States and Switzerland, Norway, Iceland and Liechtenstein. Under the Basic Regulation, EASA drafts basic standards, which are then adopted by the European Commission as regulations. These govern design, production and maintenance of aircraft, operations of aircraft, air crew and licensing, traffic management, navigation services and airports and aerodromes. See Regulation 2018/1139, OJ L 212, 22.8.2018, pp. 1-122.

⁸ “Some European industry stakeholders are calling upon the EU to put in place a stricter regulatory framework, with adequate certification rules derived from aeronautic best practice, to better guarantee passenger safety. Industry representatives argue that the predictability of the regulatory framework is key for private investors, since it will drive the technology used and development activities. Other European stakeholders are calling upon the EU to put in place a more innovation-friendly regulatory framework.” Ibid.

⁹ EASA, European Plan for Aviation Safety (EPAS 2020-2024), 2019.

¹⁰ Symposium Conclusions, available at <https://www.eurocontrol.int/sites/default/files/2019-07/2019-04-09-ehao-symposium-conclusions.pdf> (last visited 28.2.2021).

¹¹ EASA recognizes the operations of several types of aircraft that will take place in the HA in the future, including balloons, airships and high-velocity vehicles, both manned and unmanned. See EASA, The European Plan for Aviation Safety (EPAS 2021-2025), Vol. 1, at 42, available at https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/epas_2021_2025_vol_one_final.pdf (last visited 28.2.2021).

flight demonstrated the huge progress made towards the goal of offering commercial services.¹² Another US-based company, *Blue Origin*, is already launching payloads of all sorts, mostly used by scientists, and performing suborbital flights on its ship called *New Shepard*. They expect to be able to provide commercial flights that will allow them to host passengers in the near future¹³ – the future now being “really close”.¹⁴ Many more are listed on the National Aeronautics and Space Administration (NASA)¹⁵ page as commercial suborbital providers.¹⁶ However, this list is not exhaustive, because it covers only US-based companies.

Although the EU lacks regulation for suborbital flights, attempts at carrying out flights are happening in Europe as well. One of them is a project called *The Student Aerospace Challenge*,¹⁷ which will involve several teams, including one for legal aspects. The project’s goal is to launch a vehicle from a commercial aircraft to the limits of space.¹⁸ But more than this, recent regulatory preparations and actions taking place throughout Member States show that the time for suborbital flights has come. Moreover, EASA has also submitted to the European Commission several options to allow suborbital flights in the EU.¹⁹

Although not one flight has actually been carried out, the potential value of the market for commercial suborbital flights has reportedly gone through the roof: by 2016, for example, Virgin Galactic alone had already sold 700 tickets at \$250,000 for such a flight.²⁰ So, what amount of investments and market range are we to expect once suborbital flights take off? In this context, one should consider the possibilities of the technological development of

¹² At first, it would be spaceflights as space tourism, and later travelling across the globe as a mode of transport. See Virgin Galactic, <https://www.virgingalactic.com/articles/virgin-galactics-spaceshiptwo-completes-first-flight-from-spaceport-america/> (last visited 28.2.2021).

¹³ Blue Origin, <https://www.blueorigin.com/fly-with-us/> (last visited 28.2.2021).

¹⁴ After launching a new model of Blue Shepard in January 2021, the company expects to fly people really soon. See Foust, Jeff, 'Blue Origin launches New Shepard vehicle intended for crewed flights', Space News (14 January 2021) at <https://spacenews.com/blue-origin-launches-new-shepard-vehicle-intended-for-crewed-flights/> (last visited 28.2.2021).

¹⁵ NASA is the United States Federal Government independent agency commissioned to execute space research, aeronautics and the civilian space programme. It was established in 1958 by the National Aeronautics and Space Act. NASA’s vision is to uncover and expand knowledge for the benefit of humanity.

¹⁶ NASA, <https://www.nasa.gov/directorates/spacetech/flightopportunities/flightproviders> (last visited 29.5.2020).

¹⁷ The Student Aerospace Challenge, <http://www.studentaerospacechallenge.eu/index.php/en/the-challenge/origins-of-the-vsh-project> (last visited 29.1.2021).

¹⁸ “‘Spaceplane’, the VSH student challenge project to develop a suborbital manned airborne 44 VSH project is part of the Aerospace Student Challenge, which allows teams of European students, through collaborative work, to participate in the development of the project by addressing various aspects of the VSH system: propulsion, avionics, flight simulation but also maintenance, management, legal aspects, etc. while complying with the overall technical framework of the VSH. The name stands for VEHR (Véhicule Hypersonique Réutilisable Aéroporté) Suborbital Habité, or Suborbital Manned ARHV (Airborne Reusable Hypersonic Vehicle), and the vehicle will be launched from a commercial aircraft, which will reach Mach 3.5 and an altitude of 100 km, the limits of space.” See EPAS 2020-2024, *supra* note 9.

¹⁹ See Ammeloot, J.-L.; Marciacq, J.-B., “Accommodating Sub-orbital and Orbital Aircraft (SOA) flights in the EU”, Briefings to the ICAO Air Navigation Commission (ANC) and ICAO Council, 21 October 2013, Montreal.

²⁰ Crane, K.W. et al., *Market Analysis of a Privately Owned and Operated Space Station*, Institute for Defense Analyses, 2017, at 16.

suborbital flights, and the amount of funding they can attract to continue further research and spacefaring. If we are to believe academics with economic or engineering backgrounds, it will finance itself through its growth.²¹

Suborbital flights could be used for space tourism or as a substitute for ultra-fast flights between two locations on Earth.²² However, these flights will probably be for both tourism and travel. As was emphasized by Atcliffe, senior lecturer in aeronautical engineering at the University of Salford, Manchester, one problem with suborbital flight is that “by its very nature, it’s tangled up with spaceflight, space tourism, hypersonic flight and so on, and it can be difficult to separate one from the other – if, indeed, they can be separated”.²³ Therefore, the need for obtaining answers and regulating matters with regard to commercial suborbital flights is only growing and should be properly addressed.

3. CURRENT REGULATION OF SUBORBITAL FLIGHTS

There is still no specific international regulation for suborbital flights, including commercial suborbital flights. Therefore, in this section we will consider both air law conventions and space law conventions to see if suborbital flights could fall under the scope of either of these.

Leaving aside the non-existence of international regulation, there are certain national legal orders in which the suborbital flight market is regulated, with the US being at the forefront. The US Congress has accepted the development of new technology that can be used for commercial human suborbital flights and has amended current regulation to enable its application. The Commercial Space Launch Amendments Act (hereinafter: CSLAA) was passed in 2004, and included some important updates, such as recognition of human space flight as an industry distinct from commercial payload launches; amended definitions on launch vehicles, re-entry, and flight participants; and licensing requirements for experimental and operational permits.²⁴ As a result of these amendments, the US has a law that governs all commercial space launch activities, with the particular inclusion of suborbital spacecraft and human flight activities.²⁵ It is notable

²¹ As Weinzerl puts it: “One can imagine a self-reinforcing virtuous cycle of development that would support the space economy. For example, cheaper and more frequent rocket launches might facilitate short-term tourism, along with industrial and scientific experimentation on suborbital and orbiting spacecraft. If these activities become routine, demand might rise for commercial habitats to support longer flights”. See Weinzerl, M., *Space, the Final Economic Frontier*, *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 32, No. 2, 2018, pp. 173-192, at 184.

²² “Previously the stuff of science fiction, sub-orbital flight would let you travel from one side of the planet to the other in less than an hour. On a London to Sydney trip, it would be difficult to squeeze in an in-flight meal, let alone a Hollywood action film” – excerpt from *Forget Supersonic, the Future of Super-Fast Flight Is Sub-Orbital*, *Wired*, 2018, available at: <https://www.wired.co.uk/article/sub-orbital-flight-virgin-galactic-blue-origin> (last visited 27.2.2021).

²³ *Ibid.*

²⁴ See Langston, S. M., *Suborbital Flights: A Comparative Analysis of National and International Law*, *Journal of Space Law*, vol. 37, no. 2, 2011, pp. 299-392, at 328. The Act was first enacted in 1984.

²⁵ See 51 U.S.C., Chapter 509 (Commercial Space Law Activities), 2012. For more on the regulation of spaceflights under the CSLAA, see Israel, A., *Reconsidering the Legal and Institutional Challenges: A New*

that ICAO decided to use some provisions of US law when creating the definition of suborbital flight.²⁶ Besides the US, regulatory work on suborbital flights is happening in the United Kingdom, where the Space Industry Act was enacted in 2018.²⁷ Some other states, including EU Member States like France, Germany, Netherlands, Spain, Sweden, as well as others including Australia, Canada, China, Japan, India, Brazil, etc., are also regulating space activities, but their rules are not being made directly applicable to suborbital flights.²⁸ Issues that mostly concern these lawmakers include the registration of space objects and the licensing of operations, as well as liability for damage and insurance matters. However, they do not touch upon the basic premise – defining a suborbital flight, which could help us solve jurisdictional problems of this type of transport operation.

3. 1. Execution of suborbital flights

A project called *Future High-Altitude High-Speed Transport 20XX* (hereinafter: *FAST20XX*) was part of the European Commission's Seventh Framework Programme, and run on behalf of the Commission by the European Space Agency (ESA).²⁹ The purpose of *FAST20XX* was to identify the technology crucial for suborbital vehicles, but it did not focus on the production of the technology itself. Aside from technical know-how, *FAST20XX* noted the most important issues for commercial suborbital flights – safety, environmental impact, medical impact on the human body, and legal issues.³⁰ *FAST20XX* described two concepts of suborbital flights – ALPHA and Space Liner – the former being a vehicle that is air-launched from a carrier plane before igniting a hybrid rocket motor to climb out of the atmosphere, and finally gliding back to Earth (like the well-known X-Prize winner SpaceShipOne),³¹ and the latter as an all-rocket powered design which would transport about 50 people across long distances in an extremely short time; this is seen as taking place in the longer term, in the second part of this century.³²

Apart from this, EASA has also reached some sort of definition of one of various suborbital technologies, namely suborbital aeroplanes (SoA).³³ EASA has established the Suborbital

Approach to Suborbital Flights (thesis, LL.M. in Space, Communication and Media Law, University of Luxembourg, Faculty of Law, Economics and Finance, 2019) at 10-12.

²⁶ See *supra* note 3.

²⁷ Space Industry Act 2018, 15 March 2018, available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/5/introduction> (last visited 28.02.2021).

²⁸ See Dempsey, P.S., *National Laws Governing Commercial Space Activities: Legislation, Regulation & Enforcement*, *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 36, no. 1, 2016, at p. 16 ff. For more on space law of EU Member States, see Israel, *supra* note 25, at 16-25.

²⁹ *FAST20XX*, ESA, available at http://www.esa.int/Enabling_Support/Space_Engineering_Technology/FAST20XX_Future_High-Altitude_High-Speed_Transport_20XX, (last visited 2.9.2020).

³⁰ Masson-Zwaan T., et al., *The Future Regulation of Suborbital Flight in Europe*, *Space Policy*, 2014, <http://dx.doi.org/10.1016/j.spacepol.2014.03.004>, at 1.

³¹ This concept is envisaged in the medium term of five to ten years. See *FAST20XX*, *supra* note 29.

³² *Ibid.*

³³ Suborbital Aeroplanes (SoA) are rocket-powered winged aeroplanes.

Working Group (SoWG) which is working on the application of a lighter approach to suborbital flights, mirroring the US solution. Therefore, the idea of EASA's competence to apply all its rules on commercial suborbital flights has been put on hold.³⁴ The only limit to the definition of SoA is the specific kind of technology used for ascent. This approach excludes unwinged, pure rockets, and thus all suborbital ventures using the concept of a vertical launch.³⁵ Henceforth, these kinds of flights will be difficult to define and discern one from another. With the progress in technology, the line could become even more blurred.

To understand this better, we need to consider the technical side of the story. Namely, suborbital flights may be executed through a few different technologies. Nowadays, it is possible to use an aircraft launch or rocket propelled launch for the operation of suborbital flights. Each of them has its own particularities, primarily because they take place in different environments.³⁶ Another complication in defining suborbital flights comes from the fact that both parts of the flight – ascent and descent – could be executed in two possible ways. As Sameh explains, ascent in suborbital vehicles involves two major types of horizontal (or ballistic) aerospace vehicles, or a vertical take-off (rocket propulsion). Similarly, there are two possibilities for descent: return of the vehicle to the location from where it started, or return of the vehicle to a different location on Earth (also known as point-to-point suborbital transportation).³⁷

Until now, there have been no suborbital flights which would fall under the scope of existing international law. However, as technological achievements progress, the situation might soon change. For example, during flights operated from certain, relatively smaller European countries, flight paths may traverse the airspace of neighbouring states, and incidents or accidents may happen across national borders.³⁸ This would lead to the application of international law, but the question remains as to *which* international law – would it mean the application of air or space law convention(s)? As Masson-Zwaan notes, the situation will change again once flights go further up, or when they ultimately develop into suborbital point-to-point flights. The choice of regime will have to be made: air law, space law, or a new *sui generis* regime.³⁹

³⁴ Masson-Zwaan, *supra* note 30, at 2.

³⁵ Moro-Aguilar, R., *National Regulation of Private Suborbital Flights: A Fresh View*, FIU Law Review, vol. 10, no. 2, 2015, at 693.

³⁶ Aircraft launch means that the vehicle will be carried by an aircraft until it reaches a certain altitude and then, after its release from the aircraft, the spacecraft ignites rocket engines in order to continue its suborbital flight. Suborbital flight can then be completed by the return of the spaceship to its departure point or to another location. The rocket-propelled launch is a single-stage-to-orbit rocket launch with a detachable capsule. This capsule is released at a certain altitude, which then enables the experience of microgravity, following the capsule's return to Earth. See Hobe, S., et al., *Space Tourism Activities - Emerging Challenges to Air and Space Law*, Journal of Space Law, vol. 33, no. 2, 2007, at 360.

³⁷ Sameh, S. M. M., *Suborbital Flights: Environmental Concerns and Regulatory Initiatives*, Journal of Air Law and Commerce, vol. 81, no. 1, 2016, at 67.

³⁸ See Masson-Zwaan, T., Moro-Aguilar, R., *Regulating Private Human Suborbital Flight at the International and European level: Tendencies and Suggestions*, Acta Astronautica 92, 2013, at 245.

³⁹ *Ibid.*

Another potential problem regarding this issue is the delimitation of the air and space area. At the present time, there is no official delimitation between these spaces in international law. Taking into account all the circumstances noted, this paper will analyse both space law and air law treaties in the sections below, and examine the issue of suborbital flights from the perspective of both these regulatory regimes.

3. 2. Space law regulation

The question of where space begins and airspace ends is both legal and technical. From the legal point of view, the need for such separation could be crucial⁴⁰ because it might enable us to distinguish which set of rules to apply to suborbital flights. Air and space law legal regimes are governed by entirely different principles and therefore create two legal worlds; thus, issues arise where these two worlds overlap.

3. 2. 1. The spatialist and functionalist approaches

What appears to have been agreed upon among commentators is that the area below the altitude of 80 km above sea level belongs to airspace, whilst that above 110 km belongs to outer space.⁴¹ However, this demarcation has not been approved in any international treaty, nor by the Legal Subcommittee of UNCOPUOS where it has been under discussion among its member states since 1959. But alongside this, even more ambiguous is the question of the area *between* these two altitudes, and the related question of its legal regulation (and activities taking place therein).

There are two different approaches, i.e. theories, to offering a solution: the "functionalist" approach, which concentrates on the criterion of the nature or purpose of a given activity, and the "spatialist" approach, which divides the applicable regime along the lines of a strict altitude boundary.⁴² Many agree that the limit of space should be at the level of the *Kármán line* (where aerodynamic lift under the influence of centrifugal force ceases), as suggested by spatialists.⁴³ In contrast, the functionalists' approach regards a fixed altitude boundary to be irrelevant to the issue, and is based merely on the purpose of the vehicle

⁴⁰ The question of the need for a legal delineation between airspace and outer space first appeared after Sputnik I. Interesting to note is the approach taken by Martin Menter (US Air Force, former President of US Members of the International Institute of Space Law) who believed that this is not so necessary considering that the 1967 Outer Space Treaty took the functional approach. See Martin Menter, *Relationship of Air and Space Law*, 19 Proceedings on the Law of Outer Space, vol. 19 (1976), at 8.

⁴¹ Hobe, *supra* note 36, at 362.

⁴² *Ibid.*

⁴³ For more, see *ibid.*, at 363.

or activity in question, basically asking “[w]hether the vehicle was classified as an aircraft or a spacecraft”.⁴⁴ This is the reasoning behind the conclusion offered by ICAO.⁴⁵

The United Nations Office for Outer Space Affairs (UNOOSA) Legal Subcommittee has formed a Working Group to answer these questions. This Working Group considers various matters related to the definition and delimitation of outer space.⁴⁶ We are hopeful that, in the light of new, looming technology, the long overdue answer to this question will be provided soon .

The responses to the delimitation issue again differ depending on the theory applied. From a spatialist viewpoint, there is no clear indication in international law on the delimitation of airspace and outer space that would permit a conclusion on the applicability of either air law or space law. However, if the argument is made from a functionalist viewpoint, the application of air law would prevail since airspace would be the main centre of activities of suborbital vehicles in the course of earth-to-earth transportation (any crossing of outer space being brief and only incidental to the flight). The Legal Subcommittee of the UN Committee on the Peaceful Uses of Outer Space (UNCOPUOS) is considering the question of possible legal issues with regard to aerospace objects but no final conclusion has yet been reached.⁴⁷

In regulating commercial suborbital flights, the US has opted for the use of space law. Moreover, with the application of the previously mentioned CSLAA of 2004, all commercial space launch activities conducted in the US or by US nationals are monitored by the Federal Aviation Authority’s Office for Commercial Space Transportation, with the accent placed on suborbital spacecraft and human flights.⁴⁸

Personally, we would lean towards suggesting the use of the functionalist approach here. In this regard, we propose that future regulation be more inclined towards the purpose of commercial suborbital flights.

⁴⁴ Balleste, R., *Worlds Apart: The Legal Challenges of Suborbital Flights in Outer Space*, New York University Journal of International Law and Politics, vol. 49, no. 4, 2017, at 1045; See also for other proposed demarcation theories.

⁴⁵ See more infra in ICAO Working paper, *supra* note 3 (ICAO Council, Concept of Suborbital flights, Working paper, C-WP/12436, 30/05/2005 p. 6, par. 5.2).

⁴⁶ For this purpose, the Working Group considers, among other things, information on national legislation and practice relating to the definition and delimitation of outer space, and reviews responses of States and international organizations to questionnaires on issues relating to the definition and delimitation of outer space, as well as on issues relating to suborbital flights for scientific missions and/or for human spaceflight. See UNOOSA, Working Group on the Definition and Delimitation of Outer Space of the Legal Subcommittee, <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/copuos/lsc/ddos/index.html> (last visited 5.6.2020).

⁴⁷ ICAO, *supra* note 3, at 8 (par. 6.2).

⁴⁸ Also see Langston, *Suborbital Flights: A Comparative Analysis of National and International Law*, *supra* note 24.

3. 2. 2. A space object

For a functionalist approach it would be useful to have a definition of a space object – since it seeks an answer to the question of applicable law based on the type of vehicle (and activity) that is being considered; however, this definition unfortunately does not exist in the space treaties. The first one to mention is the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies (Outer Space Treaty)⁴⁹ adopted by the UN General Assembly in 1966. The Outer Space Treaty provides the basic framework on international space law; however, it does not provide either a definition of a space object nor of a space activity. The same is true with the Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Objects Launched into Outer Space (Rescue Agreement),⁵⁰ the Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects (Liability Convention)⁵¹ and the Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies (Moon Agreement).⁵² Alone among space treaties in defining a space object is the Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space (Registration Convention).⁵³ Article II, in providing rules for the regulation of space objects, states: “When a space object is launched into earth orbit or beyond...”,⁵⁴ giving us, indirectly, criteria for defining a space object: in relation to its reach. From this provision, we can conclude that the launched object becomes a “space object” when it is (launched) into the Earth’s orbit, or beyond. As specified in Article I (c), a space object “includes component parts of a space object as well as its launch vehicle and parts thereof”. This, however, makes the provision dubious, since thereby suborbital vehicles are excluded from the definition (their purpose is not to enter Earth’s orbit). Therefore, suborbital vehicles ought not to be registered under the Registration Treaty.⁵⁵ Masson-Zwaan supports this approach using the case of SpaceShipOne, which the US Government did not include in its national registry of space objects; consequently, it did not provide the UN Register with the corresponding information about its flights. Although suborbital flights do not need to be registered formally under the Registration Treaty, this does not automatically imply that other space treaties will not be applicable to them as well, within their scope of

⁴⁹ Outer Space Treaty, General Assembly, resolution 2222 (XXI), opened for signature on 27 January 1967, entered into force on 10 October 1967, available at:

<https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties.html> (last visited 28.2.2021).

⁵⁰ Rescue Agreement, General Assembly, resolution 2345 (XXII), opened for signature on 22 April 1968, entered into force on 3 December 1968, available at:

<https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties.html> (last visited 28.1.2021).

⁵¹ Liability Convention, General Assembly, resolution 2777 (XXVI), opened for signature on 29 March 1972, entered into force on 1 September 1972, available at:

<https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties.html> (last visited 8.2.2021).

⁵² Moon Agreement, General Assembly, resolution 34/68, opened for signature on 18 December 1979, entered into force on 11 July 1984, available at:

<https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties.html> (last visited 8.2.2021).

⁵³ Registration Convention, General Assembly, resolution 3235 (XXIX), opened for signature on 14 January 1975, entered into force on 15 September 1976, available at:

<https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties.html> (last visited 8.2.2021).

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ The same approach is taken by Masson-Zwaan and Moro-Aguilar, see *supra* note 38, at 246.

application. But first we have to see if including them in the sphere of space law is justified, and, subsequently, if those treaties allow for this kind of interpretation under their provisions.

3. 2. 3. Non-existence of a commercial space regulation treaty

According to Takeuchi, space law could be applicable for that part of a suborbital flight that does not come under the jurisdiction of air law. However, he recognizes the problem of the lack of a clear definition of "space object" in the UN space treaties, for which reason the official interpretation will be decided by each State party, with no common understanding.⁵⁶

Starting with the Outer Space Treaty, we find its application to suborbital flights possible. As repeatedly stated by many authors, public international law does not expressly determine commercial suborbital flights as a space activity. This is because, as previously discussed, suborbital flights are not defined by international law. Neither are space activities themselves properly defined, but, nonetheless, it is possible to construe that the Outer Space Treaty could govern the activity which would fall under the scope of commercial suborbital flights. The Outer Space Treaty addresses reaching "outer space" as a geographical point of action and not as "orbiting", which is precisely required for commercial suborbital flights. Reaching orbit is also not a prerequisite for establishing international responsibility and liability for space activities. Therefore, suborbital flights could fall under Articles VI and VII of the Outer Space Treaty. These articles govern authorization and supervision by the responsible State and the international liability of the launching State.⁵⁷ As we can see, the sole basis for this type of applicability is State oriented, and further development under this law would be to regulate suborbital flights with national law provisions in order to stay away from State responsibility if they were to be subjected to space law.

If proper international regulation for suborbital flights were to happen under space law, in the current framework, presumably the responsible body would be UNCOPUOS. This idea is supported by many authors, highlighting the possibilities which UNCOPUOS enjoys through its legal and technical subcommittees to promote the requirements of the international community and technical conditions set forth by the industry.⁵⁸ However, so far UNCOPUOS has not shown willingness to address commercial suborbital flights. UNCOPUOS has, as mentioned above, reviewed the ICAO Working Paper and has taken no further steps. However, some claim that it could be possible for UNCOPUOS to formulate a convention to establish ground rules for "space tourism" and other suborbital activities.⁵⁹ Although the industry of "space tourism" is still nascent, both technology and

⁵⁶ Takeuchi, Yu, *Regulatory Regime for Tomorrow's Suborbital Space Flights: Point-to-Point International Flights*, Proceedings of the International Institute of Space Law, 57, 2014, at 492.

⁵⁷ See Masson-Zwaan; Moro-Aguilar, *supra* note 38, at 245.

⁵⁸ See Cf. *ibid.*, at 248.

⁵⁹ Masson Zwaan and Moro-Aguilar, see *supra* note 38.

regulatory work at State levels are happening fast, which might possibly also push the global regulator (UNCOPUOS and/or other suitable international organizations) in this direction in the near future.

3. 3. Air law regulation

Following the explanation of different theories regarding the potentially applicable law (legal regime), in this section we will look at the issue from the perspective of air law regulation.

3. 3. 1. Drawing a line between an aircraft and a spacecraft

Suborbital flights are executed through both air and space areas. Suborbital vehicles, used for the operation of suborbital flights, are designed in a particular way, having characteristics that resemble those of both aircraft and spacecraft.⁶⁰ Their designs reveal the intention that they perform equally well in airspace and outer space. For example, *SpaceShipOne* and *SpaceShipTwo* both have elements of a spacecraft, allowing them not to be supported by the reactions of air in the ballistic portion of the flight.⁶¹

Again, as noted above, the functionalist approach – which looks for an applicable regime based on the type of vehicle in question – would require the definition of aircraft to be stated unequivocally. The most obvious place to look would be the Convention on International Civil Aviation (Chicago Convention),⁶² which is the constitution of international public air law.⁶³ In Annex 7 to the Chicago Convention, aircraft are defined as "all machines which can derive support in the atmosphere from the reactions of the air".⁶⁴ This definition has also been adopted in some national air legislations, such as the

⁶⁰ According to the position taken by the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space of the International Association for the Advancement of Space Safety, spacecraft "should be capable of moving in outer space (either orbital or suborbital) without any support from the air, and should have a power source not dependent upon external oxygen". See *Suborbital Flights and the Delimitation of Air Space vis-à-vis Outer Space: Functionalism, Spatialism and State Sovereignty*, A Submission by the Space Safety Law & Regulation Committee of the International Association for the Advancement of Space Safety, prepared by Paul Stephen Dempsey and Maria Manoli, Vienna, 9-20 April 2018, at 16, available at https://www.unoosa.org/res/oosadoc/data/documents/2018/aac_105c_22018crp/aac_105c_22018crp_9_0_html/AC105_C2_2018_CRP09E.pdf (last visited 28.2.2021).

⁶¹ This is done due to the sparsity of air in the upper atmosphere, which hinders aerodynamic flight. See Hobe, *supra* at 35.

⁶² Convention on International Civil Aviation, signed 7 December 1944, entered into force 4 April 1947, available at: https://www.icao.int/publications/Documents/7300_cons.pdf (last visited on 8.06.2020).

⁶³ This was coined by Professor Havel, B.F. and Gabriel Sanchez, in their monograph *The Principles and Practice of International Aviation Law*, New York, 2014.

⁶⁴ Also found in Annexes 2, 6 and 8. Moreover, Annex 7 of the Chicago Convention also includes "gliders, balloons, helicopters, ornithopters, rotorcraft, and gyroplanes" within the definition of aircraft.

German, Austrian or Croatian ones,⁶⁵ as well as under the EU (EASA) rules on “Air Operations – OPS”.⁶⁶

It is interesting that German legislation considers spacecraft, missiles and similar projectiles to be aircraft as long as they are in airspace, even though they are rocket propelled.⁶⁷ Also, as found in the 2014 Review Report that preceded the British Space Industry Act 2018, spaceplanes equate to aircraft, an approach that can easily be found in many provisions of the Space Industry Act. However, in certain other jurisdictions, rockets are explicitly “not classifiable as aircraft”.⁶⁸ But cases where they are considered aircraft offer a valid argument for applying air law as the governing set of rules for suborbital flight, or at least the airborne part of it. Additionally, according to Hobe and Goh, a suborbital vehicle has all the characteristics of an aircraft, although it combines elements of the carrier aircraft and its attached spacecraft.⁶⁹ But when detached from the carrier aircraft, the suborbital vehicle – now a spacecraft – can no longer derive support in the atmosphere from the reactions of air, which is why it should be considered as a space object, and space law should be applied to it accordingly.⁷⁰

It should also be taken into consideration that suborbital flights will have an impact on airspace operations, which is why air operation regulation will have to take them into

⁶⁵ The Croatian air transport law – Zakon o zračnom prometu (NN 69/09, 84/11, 54/13, 127/13, 92/14) states “*zrakoplov*: svaka naprava koja se održava u atmosferi zbog reakcije zraka, osim reakcije zraka u odnosu na zemljinu površinu”; the German Air Traffic Code, Luftverkehrsgesetz (Luft VG) states: “(1) Die Benutzung des Luftraums durch Luftfahrzeuge ist frei, soweit sie nicht durch dieses Gesetz, durch die zu seiner Durchführung erlassenen Rechtsvorschriften, durch im Inland anwendbares internationales Recht, durch Rechtsakte der Europäischen Union und die zu deren Durchführung erlassenen Rechtsvorschriften beschränkt wird. (2) Luftfahrzeuge sind 1. Flugzeuge, 2. Drehflügler, 3. Luftschiffe, 4. Segelflugzeuge, 5. Motorsegler, 6. Frei- und Fesselballone, 7. (weggefallen), 8. Rettungsfallschirme, 9. Flugmodelle, 10. Luftsportgeräte, 11. sonstige für die Benutzung des Luftraums bestimmte Geräte, sofern sie in Höhen von mehr als dreißig Metern über Grund oder Wasser betrieben werden können. Raumfahrzeuge, Raketen und ähnliche Flugkörper gelten als Luftfahrzeuge, solange sie sich im Luftraum befinden. Ebenfalls als Luftfahrzeuge gelten unbemannte Fluggeräte einschließlich ihrer Kontrollstation, die nicht zu Zwecken des Sports oder der Freizeitgestaltung betrieben werden (unbemannte Luftfahrtsysteme)”; Austrian Aviation Statute, Bundesgesetz vom 2. Dezember 1957 über die Luftfahrt, StF: BGBl. Nr. 253/1957, Luftfahrtgesetz (LFG), BGBl. I S. 840 states: “(1) Luftfahrzeuge sind Fahrzeuge, die sich zur Fortbewegung von Personen oder Sachen in der Luft ohne mechanische Verbindung mit der Erde eignen, gleichgültig, ob sie schwerer als Luft (zum Beispiel Flugzeuge, Segelflugzeuge, Hänge- oder Paragleiter, Schwingenflugzeuge, Hubschrauber, Tragschrauber und Fallschirme) oder leichter als Luft (zum Beispiel Luftschiffe und Freiballone) sind. Für Flugmodelle und unbemannte Luftfahrzeuge sind die Begriffsbestimmungen gemäß den §§ 24c, 24f und 24g anzuwenden... (3) Als im Fluge befindlich gilt: a) ein Luftfahrzeug schwerer als Luft von dem Zeitpunkt an, in dem Kraft für die eigentliche Abflugsbewegung verwendet wird, bis zur Beendigung der eigentlichen Landungsbewegung, b) ein Luftfahrzeug leichter als Luft vom Zeitpunkt der Loslösung von der Erdoberfläche bis zur Beendigung des neuerlichen Festmachens auf ihr”.

⁶⁶ Under Annex I - Definitions for terms used in Annexes ii-viii, in relation to Commission Regulation 965/2012 “Aircraft” means a machine that can derive support in the atmosphere from the reactions of the air other than the reactions of the air against the earth’s surface.

⁶⁷ Furthermore, under Canadian law (Aeronautics Act, 1985), aircraft is defined as “any machine capable of deriving support in the atmosphere from reactions of the air, and includes a rocket”. See Dempsey and Manolli, *supra* note 60, at 35.

⁶⁸ E.g. Sweden and Finland. See Israel, *supra* note 25, at 22.

⁶⁹ Hobe, *supra* note 36, at 364.

⁷⁰ *Ibid.*

account and be adjusted accordingly. This adjustment might also include (partial) regulation of suborbital flights. Following this line, EASA has noted that the ATM system will need to be addressed in both the current airspace management and HA.⁷¹ Adjustments will also have to be made at some airports, which will require the installation of dedicated, protected areas used for the fuelling of suborbital aircraft (rockets).⁷²

3. 3. 2. ICAO and SARPs as a regulatory solution

If we follow this approach and line of interpretation, we can further suggest ICAO as a relevant and competent international institution, and SARPs⁷³ (or another, new regulatory framework) as the law governing a certain proportion of suborbital flights. The ICAO Secretariat is in favour of this approach. It takes the position that vehicles used for suborbital flights fit the Chicago Convention's definition of aircraft and that they will fly in airspace at least during their ascent and descent phases.⁷⁴

Moreover, if we are conscious of the purpose of suborbital vehicles, which in their commercial use is either the transport of passengers from one point to another, or space tourism, we could claim that ICAO would have jurisdiction over these arrangements if they were to include an international element (international transport). According to Article 44 of the Chicago Convention, “[t]he aims and objectives of the Organization are to develop the principles and techniques of international air navigation to foster the planning and development of international air transport so as to: a) Insure the safe and orderly growth of international civil aviation throughout the world...” and, among other things, “Meet the needs of the peoples of the world for safe, regular, efficient and economical air transport”.

Considering that each State has sovereignty over its airspace, and suborbital flights traverse airspace (to say the least), they should be internationally regulated in order to perform international suborbital flights. By taking this approach we could ensure a global, universal legal regime for suborbital air services. Supporting these views, Moro-Aguilar mentions how the Chicago Convention does not place restrictions on the authority of ICAO to encompass with its regulation aircraft which only traverse the upper reaches of Earth's atmosphere.⁷⁵ Furthermore, the drafters of the Chicago Convention acknowledged that new perspectives of international civil aviation, which they could not have foreseen at the time, would certainly emerge. This is clear from Article 44 of the Chicago Convention, which regulates the competences of ICAO, as well as Article 37, which provides for a legal framework covered by SARPs.⁷⁶ This kind of interpretation was used on many occasions

⁷¹ See EPAS 2021-2025, *supra* note 10, at 42.

⁷² *Ibid.*

⁷³ SARPs are adopted by the ICAO as envisaged in Article 37 of the Chicago Convention in order to standardize safety requirements, in coordination with State Parties and service providers.

⁷⁴ See Takeuchi, *supra* note 56, at 491-492.

⁷⁵ Moro-Aguilar, *supra* note 35, at 683.

⁷⁶ This view is shared by other authors as well, e.g. Dempsey and Manoli, *supra* note 60, at 35.

when other air law areas were emerging,⁷⁷ and it presents another reason for the presence of ICAO while addressing the problems regarding the regulation of commercial suborbital flights.

The regulation of commercial suborbital flights could be done through SARPs, which could be more suitable for the regulation of these types of flights because their creation and implementation process is faster and easier than, for example, possible amendments to the Chicago Convention.⁷⁸ Since not many States worldwide are, or are expected to be, involved in launching commercial suborbital flights in the near future, it is not realistic to change a historical air law instrument such as the Chicago Convention, or to expect huge interest in their international regulation overall. In this sense, SARPs appear a more suitable solution. Following the technical requirements of SARPs, States can choose to opt for a higher level of regulation, which will not jeopardize minimal unification and safety for all involved in commercial suborbital flights.

Returning to reasons in favour of implementing provisions regarding suborbital flights into international air law rules and regulations, air traffic control and air traffic management should be mentioned.⁷⁹ As already explained, for the greater part of their trajectory, suborbital flights travel through airspace. Clearly, among suborbital vehicles there is an abundance of aircraft in airspace every day. In order to maintain the safety of air transport and manage both types of flights when they are in the same space, the most practical and safe solution would be to place suborbital vehicles under the same rules as ATM.⁸⁰

However, some possible negative impacts of exclusive air law regulation have also to be taken into account. Moro-Aguilar stresses this issue, pointing to the fact that the air law regime, which has evolved over several decades as the aviation industry has matured, may be too demanding for the nascent industry of suborbital flights.⁸¹ For operators of suborbital flights, it would mean having to comply with numerous rules of air law which may negatively impact the new industry and create financial and other barriers that would challenge their further growth.

As mentioned above, the EU so far has not expressed any formal decision on commercial suborbital flight regulation. Moreover, the European Commission initially even refused,

⁷⁷ Such as recent issues of environmental protection (greenhouse gas emissions), or cybersecurity issues.

⁷⁸ Dempsey and Manoli suggest promulgating a new Annex 20 to the Chicago Convention – “Space Standards”. See *supra* note 60, at 35.

⁷⁹ Menter observed the issue of traffic control of space craft in the light of the delineation of air and space area, as follows: “For traffic control purposes any ‘incoming’ craft from outer space will have contacted Air Traffic Control and its Terminal Controller before it reaches the demarcation line”. See Menter, *supra* note 40, at 170.

⁸⁰ Same Dasgupta, U., *Legal Issues on Sub-Orbital Space Tourism: International and National Law Perspectives*, *Annals of Air and Space Law*, 38, 2013, pp. 237-281, at 250. See, also, Israel, explaining why ATM should take the lead over three identified phases of suborbital flights (the ascending phase, the suborbital phase, and the returning phase), *supra* note 25, at 64-65.

⁸¹ Moro-Aguilar, *supra* note 35, at 684.

after being asked, to provide EASA with a mandate to formulate provisions regulating this area,⁸² giving this explanation: "...the recent entry into force of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) has codified the competence of the EU in the field of space activities. Although the EU had been working in close cooperation with ESA since approximately ten years, there was no formal legal basis to do so until now. Looking at the specific articles that are relevant to determine the extent of this 'new' EU competence, it is rather questionable whether the EU could undertake specific action to regulate space tourism, that is, by enacting EU regulations in this field or by harmonizing national laws".⁸³ This problem hinges on the question of whether commercial suborbital flight is considered to be aviation or space activity.⁸⁴ Depending on how EU Member States might define winged suborbital vehicles – as aircraft or spacecraft – this could, in the case of the former, entail the application of the EU air transport *acquis*, as Member States have transferred their legislative powers in the area of air law to the EU.⁸⁵ Use of the existing Aviation Rulemaking, Certification, and Standardization processes under the existing aerospace regulations to SOA is being considered.⁸⁶ There are also certain provisions within ESA that imply that commercial suborbital flights are to be considered aviation. However, after these documents, ESA engaged in the previously mentioned FAST20XX project.⁸⁷

On the other hand, EASA could, if appointed by the Commission, become the main regulator for commercial suborbital flights in Europe. The objectives of EASA, as set forth in the Basic Regulation,⁸⁸ could also apply to commercial suborbital flights – among other things, especially to: "(i) promote research and innovation, inter alia, in regulatory, certification and oversight processes".⁸⁹ As stated in the Regulation itself, "[e]ventually, EASA could be given a larger role with regard to safety and licensing issues of suborbital vehicles operating in Europe, possibly through an amendment to the Basic Regulation (EC) 216/2008 in order to include suborbital flight in the mandate of the Agency. Alternatively, a separate Space Transportation Agency could be created in the European Union",⁹⁰ which could be used as a platform for the creation of a new *sui generis* regime in Europe. In the words of Masson-Zwaan, "[t]he tasks of this new agency or EASA department would be to grant authorization of private space flights (suborbital and

⁸² See *supra* note 6 and accompanying text.

⁸³ Masson-Zwaan, T., *Regulation of Sub-orbital Space Tourism in Europe: A Role for EU/EASA*, Air and Space Law, vol. 35, no. 3, 2010, pp. 263-272, at 267.

⁸⁴ For more about the competences of the EU regarding space, see *ibid.*, at 267-269.

⁸⁵ See also Masson-Zwaan, *supra* note 30, at 2; and AMMELOOT; MARCIACQ, *supra* note 19, pointing to eight different solutions for the regulatory approach that EASA has submitted to the European Commission.

⁸⁶ Ammeloot; Marciacq, *supra* note 19.

⁸⁷ See *supra* note 29.

⁸⁸ Regulation (EU) 2018/1139 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2018 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Union Aviation Safety Agency, and amending Regulations (EC) No 2111/2005, (EC) No 1008/2008, (EU) No 996/2010, (EU) No 376/2014 and Directives 2014/30/EU and 2014/53/EU of the European Parliament and of the Council, and repealing Regulations (EC) No 552/2004 and (EC) No 216/2008 of the European Parliament and of the Council and Council Regulation (EEC) No 3922/91, OJ L 212, 22.8.2018, p. 1-122.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*, at 3.

orbital) departing from European soil; harmonize safety standards for all private spaceflights carrying passengers; and serve as the EU point of contact for all topics of relevance concerning the regulation of these activities".⁹¹ This would comply with the prediction of economists, industry leaders and legal scholars who consistently claim that, in order to flourish, a new industry should not be overly regulated.

4. SOLVING THE JURISDICTIONAL PROBLEM BETWEEN AIR LAW AND SPACE LAW

One among several jurisdiction problems regarding suborbital flights is the question of the law that should govern their regulation. As we have seen throughout the analysis given, there are two different approaches to solving the issue. According to one (the spatialist approach), when the "aerospace object" is in airspace, aviation law should govern it; and when in outer space, space law should govern it. This approach focuses on the physical location of the "aerospace object".⁹² Conversely, the other (the functionalist approach) suggests that the object's purpose and the nature of its activity should be the key factors in determining the applicable legal regime.

Masson-Zwaan has set the discussed problem as a simple question and has offered a plausible method of resolving it, without the need to consider delimitation between airspace and outer space. According to her, the issue should be resolved by the functionalist approach, and hence air law would be applied if suborbital space tourism were regarded as aviation, and space law applied if it were treated as a space activity.⁹³ But how can it be determined to which type of activity these flights belong? And does it mean that different types of suborbital flights could (and should) be treated differently? The latter is exactly the approach which Israel chose when determining applicable law. He identified three different type of suborbital activities to which different regimes may apply: first, intercontinental point-to-point transportation, which, according to him, should be ruled by international aviation law; second, suborbital space missions, which do not demand that an alternative legal regime be envisaged and should be ruled by space law; and thirdly, space tourism, which lies between the other two categories.⁹⁴ This last, however, does demand a special legal regime to combine elements of both air and (outer) space law, and leaves us again with the issue unresolved.⁹⁵ Therefore, although this approach appears to be an overarching one that takes the functionalist approach a step further, it might not be the best, especially bearing in mind the change of technology and

⁹¹ Masson-Zwaan, *supra* note 30.

⁹² See Walker, M., *Suborbital Space Tourism Flights: An Overview of Some Regulatory Issues at the Interface of Air and Space Law*, *Journal of Space Law*, vol. 33, no. 2, 2007, at 391.

⁹³ See Masson-Zwaan, *supra* note 83, at 264.

⁹⁴ Israel, *supra* note 25, at 83.

⁹⁵ Israel suggests that "[i]f a sui generis legal regime were to be envisaged, elements of aviation – including national and outer space law – might very well be taken into account as insightful components". *Ibid.*

probable emergence of new types (characteristics) of suborbital flights that could – in the case of applying this approach – require yet another *sui generis* regime.

5. CONCLUSION

Commercial suborbital flights are in the process of development – both technological and regulatory. As can be concluded from the issues addressed in this paper, commercial suborbital flights are floating in the outer space of legal provisions. There are numerous issues to be resolved by public international law – first and foremost, a proper definition of suborbital flight, which is currently non-existent. This is one enormous obstacle preventing a decision on which regime could govern commercial suborbital flights. Another immensely relevant issue is the impossibility of ascertaining which legal regime – air or space – should be addressed primarily, which is principally due to the absence of an internationally acknowledged delimitation between airspace and outer space. These two issues are intertwined because parts of suborbital flights could be regulated by both air and space law. Furthermore, manifestations of these elements are not present equally in all suborbital flights, depending on the technology at hand, its usage and purpose, and also on whether aerodynamic lift or rocket-powered technology is used. Putting this technology to use might be problematic considering the non-existent provisions in space law regarding commercial transportation. Private companies which are executing suborbital flights have no responsibilities under international space law. A completely different regime is provided under the scope of international air law – this regime regulates every aspect of each commercial flight.

To conclude, we strongly support the argument for commercial suborbital flights to become properly regulated. The simple measure of finally establishing delimitation between air and space areas would make a difference and might at least direct us towards solving the jurisdictional problem. However, this would not preclude discussions on the purpose of these flights, which is not at all in question: the transport of people and goods. Following this line would lead us to the conclusion that it would be more suitable to regulate commercial suborbital flights under existing international air law.

Commercial suborbital flights present a challenge for international law. There are constant discussions among scholars proposing that commercial suborbital flights could come under air or space law, or perhaps certain portions of flights might be conducted under different regimes. What is undeniable at the present moment is that space law is ill-equipped to deal with commercial space transport, as there is no adequate international body focusing on the commercial aspects of space. Conversely, international air law governing commercial air transport is fully developed, regulating all aspects, including market access, standardization and liability.⁹⁶ What might appear the best

⁹⁶ Haslinger B., Stadlmeier S., *Public International Law - Text, Cases and Materials*, Linz, 2017, at 138.

solution currently is to establish a *sui generis* regime just for commercial suborbital flights. This regulation should be governed by the ICAO, bearing in mind how commercial development is foreign to the current international space law regime, where UNCOPUOS should be a supervisory body. UNCOPUOS is needed, nevertheless, to give its opinion regarding the commercial use of space if suborbital flights were to be considered as partly a space activity. The proposed regime would not entail all current ICAO regulation, but it should rather contain as little as possible, focusing on the special provisions granting safety, security, licensing, mandatory insurance and liability. All this should be done bearing in mind the possible unrestrained development of suborbital technology. Therefore, a possible convention regarding commercial suborbital flights is eagerly awaited.

Whatever approach the international community takes, it had better be sooner than later, and it should be thought through carefully, in order to create a suitable environment for the development of this new mode of transportation.

KOMERCIJALNI SUBORBITALNI LETOVI: ZRAČNO ILI SVEMIRSKO PRAVO?

Koncept komercijalnih suborbitalnih letova nije moguće jasno definirati dok nam nedostaju dvije temeljne stvari: definicija suborbitalnog leta i zakonska regulativa za tu vrstu letova. U pokušaju da razlučimo zračni i svemirski zakonski režim, koji bi potencijalno mogli urediti komercijalne suborbitalne letove, zbog nepostojećeg razgraničenja između zračnog i svemirskog prostora suočavamo se s nekoliko pitanja, na koja je potrebno pronaći odgovore. Ta pitanja moguće je razmotriti kroz dva različita pristupa – prostorni (engl. *spatial*) i funkcionalni (engl. *functional*), na temelju kojih je moguće utvrditi potpadaju li komercijalni suborbitalni letovi u područje zračnog ili svemirskog prava.

U tom kontekstu u ovom radu želimo sagledati širu sliku analizirajući postojeće zakonodavstvo i rad regulatornih tijela u EU-u i SAD-u. Zaključno, temeljem provedenog istraživanja i analize, u radu predlažemo novi, *sui generis* pristup za uređenje komercijalnih suborbitalnih letova, koji bi mogao biti realiziran u okviru zasebne konvencije, donesene od strane ICAO-a u suradnji s UNCOPUOS-om. Ona bi komercijalne suborbitalne letove tretirala kao posebnu kategoriju letova.

Keywords: komercijalni suborbitalni letovi, međunarodno zračno pravo, međunarodno svemirsko pravo, svemirski turizam, razgraničenje zračnog prostora

Iva Savić, docentica na Katedri za pomorsko i općeprometno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

Nika Petić, odvjetnička vježbenica u odvjetničkom društvu ILEJ & PARTNERI d. o. o.

PRAVNI I INSTITUCIONALNI OKVIR UTVRĐIVANJA FINACIJSKIH ISPRAVAKA NA RASHODE KOJE U REPUBLICI HRVATSKOJ FINANCIRA EUROPSKA UNIJA

Pregledni znanstveni rad

UDK 338.246.027(4)EU

347.998.85(497.5)

341.645.5(4)EU

339.923:061.1](4)EU

Primljeno: 26. lipnja 2020.

Ljiljana Mavračić Tišma *

U ovom radu analizira se pravna osnova slijedom koje Republika Hrvatska, kao i druge države članice koje djeluju u okviru podijeljenog upravljanja sredstvima proračuna Europske unije, utvrđuje nepravilnosti nastale kršenjem zadanih pravila pri korištenju bespovratnih sredstava Europske unije. Autorica prikazuje pravni okvir u kojem djeluje sustav upravljanja bespovratnim sredstvima, analizira sustav podijeljenog upravljanja te potom sustav Zajedničkih nacionalnih pravila kao nacionalnog pravnog okvira u kojem djeluje sustav upravljanja i kontrole bespovratnih sredstava, koji je kao obveza propisan pravom Europske unije i čije učinkovito djelovanje predstavlja preduvjet korištenja bespovratnih sredstava Europske unije. U posljednjem dijelu rada autorica iznosi analizu upravnosudske prakse u RH te pravna shvaćanja Suda Europske unije o institutu nepravilnosti i obvezi primjene financijskih korekcija na utvrđena postupanja protivna pravu EU-a i primjenjivom nacionalnom pravu kao upravnih mjera koje nadležna javnopravna tijela provode u sustavu upravljanja i kontrole radi zaštite proračuna Europske unije. Konačno, autorica iznosi vlastito shvaćanje obveze primjene Odluke EK pri tom utvrđenju.

Ključne riječi: podijeljeno upravljanje, zaštita proračuna, nepravilnost

1. UVOD

Već u fazi pregovora za ulazak u Europsku uniju Republika Hrvatska morala je prilagoditi nacionalni zakonodavni okvir i prihvatiti načela i standarde koji se tiču javne nabave,

* Ljiljana Mavračić Tišma, Ministarstvo regionalnog razvoja i fondova Europske unije, polaznica Poslijediplomskog sveučilišnog doktorskog studija javnog prava i javne uprave na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

odnosno iskazati spremnost za primjenu pravne stečevine Europske unije,^{1,2} te se samim preuzimanjem obveza iz kriterija za članstvo obvezala osigurati postizanje uvjeta za racionalnu i učinkovitu javnu potrošnju temeljenu na načelima tržišnog natjecanja, transparentnosti i jednakog pristupa.^{3,4,5}

Postavši punopravnom članicom Europske unije 1. srpnja 2013. godine, Republika Hrvatska preuzela je obvezu sudjelovanja u zajedničkom proračunu Unije, a slijedom te obveze i pravo korištenja strukturnih fondova koji su značajnih iznosa i nekoliko puta izdašniji od dotadašnjih pretpristupnih programa Europske unije. Ti su fondovi otvorili mogućnosti financiranja strateških i velikih projekata od općeg interesa, jačanja konkurentnosti hrvatskog poduzetništva te stvaranja potencijala pozitivnog utjecaja na razvoj hrvatskog gospodarstva i porast standarda svih hrvatskih građana. No u postupku dodjele bespovratnih sredstava, kao i u provedbi projekata, odnosno izvršenju obveza iz sklopljenih ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava, sve države članice moraju poštivati zakonodavstvo EU-a te osigurati da ta sredstva budu utrošena na pravilan i zakonit način.

Zbog kompleksne regulative i nedovoljnog poznavanja regulatornog okvira EU-a upravljanje sredstvima fondova EU-a dovodi do brojnih nepoznanica u primjeni zakonodavstva EU-a i nacionalnog zakonodavstva, stoga je svrha ovog rada prikazati regulatorni okvir upravljanja sredstvima proračuna Europske unije na kojem se temelji odgovornost za zaštitu proračuna u implementaciji dodijeljenih sredstava te obveze koje iz te odgovornosti proizlaze za sve dionike u nacionalnom sustavu podijeljenog upravljanja u smislu pravilnog i zakonitog korištenja sredstava tog proračuna.

Budući da u hrvatskoj znanstvenoj literaturi nije pronađen znanstveni rad koji bi se bavio istraživanjem nepravilnosti i sustava upravljanja i kontrole sredstava fondova EU-a, u ovom radu, korištenjem dostupne europske znanstvene literature, analizira se važeći pravni okvir te sustav utvrđivanja nepravilnosti i upravljanja posljedicama utvrđenih nepravilnosti u implementaciji ugovora sufinanciranih sredstvima EU-a koje se odnose na

¹ Potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica u Luksemburgu 29. listopada 2001. i njegovom ratifikacijom od strane država članica započeo je proces pridruživanja Republike Hrvatske europskim integracijama. U tom je postupku važna obveza Hrvatske bila prilagoditi svoj zakone i druge pravne propise zakonodavstvu Europske zajednice (*acquis communautaire*), i to poglavito zakonodavstvu koje se odnosi na tržište i područja vezana uz trgovinu. Posebni uglavci Sporazuma (čl. 72. – *Public contracts*) posvećeni su javnoj nabavi i kontroli njihova dosljednog poštivanja. Dostupno na: http://www.mvep.hr/files/file/publikacije/SSP-VERZIJA_ZA_WEB1.pdf, pristup 20. 12. 2019.

² Vidi više u Boris Ljubanović, Bosiljka Britvić-Vetma: Hrvatsko pravo javne nabave – usklađenost s pravom EU, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, Split, str. 408 i 409.

³ Vidi više u: Budak, Jelena, Korupcija u javnoj nabavi: trebamo li novi model istraživanja za Hrvatsku?, *Ekonomski pregled*, Zagreb, 2016, str. 310.

⁴ Vidi više u: Turudić, Marko, Novi regulatorni okvir Europske unije za javnu nabavu i hrvatski pravni sustav, *Hrvatska pravna revija*, Zagreb, 2016, str. 34-44.

⁵ Vidi više u: Regvar, Mato, Razlozi donošenja novog Zakona o javnoj nabavi, u: *Primjena novog Zakona o javnoj nabavi i podzakonskih propisa*, Inženjerski biro, Zagreb, 2008, str. 45.

kršenje odredbi iz područja javnonabavne regulative EU-a, uključujući i odredbe zakonodavstva EU-a i primjenjivog nacionalnog zakonodavstva.

Zbog kompleksnosti i širine teme fokus je ovog rada na Operativnom programu „Konkurentnost i kohezija“, stoga se u ovom radu analiziraju problemi primjene postojećih regulatornih rješenja u postupcima utvrđivanja nepravilnosti i primjene propisanih stopa financijske korekcije na iznose ugovorenih vrijednosti pojedinih Ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava u okviru tog programa u proračunskom razdoblju 2014.-2020.

Istraživanje provedeno u ovom radu jest teorijski-empirijsko. U radu su primijenjene različite metode, pa se uz pomoć teleološke metode pokušava utvrditi svrha određene pravne norme, pri čemu se koristi gramatička metoda, koja polazi od tumačenja značenja riječi, te sistemska, kojom se utvrđuje smisao odredbe iz cjeline u kojoj je smještena. U teorijskom dijelu dat će se prikaz i analiza pozitivnopravnog uređenja, dok se empirijsko istraživanje odnosi na analizu hrvatske upravnopravne prakse RH te prakse Suda EU-a.

Kako bi se odgovorilo na osnovna pitanja o obvezi tijela u sustavu upravljanja i kontrole da utvrđuju nepravilna postupanja i primjenjuju propisane stope financijskih korekcija, u ovom radu analizira se važeći pravni okvir te se daje usporedni prikaz postupanja hrvatskih javnopravnih tijela, upravnih sudova te Suda Europske unije u primjeni prava na konkretne situacije nepravilnosti. Zaključno se iznosi viđenje obveze postupanja i primjene financijskih korekcija kao upravnih mjera koje nadležna javnopravna tijela provode u sustavu upravljanja i kontrole radi zaštite proračuna Europske unije.

2. DEFINICIJA I ANALIZA SUSTAVA PODIJELJENOG UPRAVLJANJA FONDOVIMA EU-A

Strukturni fondovi i kohezijski fond Europske unije alati su za provedbu kohezijske politike kojom Europska unija nastoji umanjiti ekonomske, socijalne i teritorijalne nejednakosti koje postoje među regijama Europe. Kohezijska se politika odnosi na ujednačenost gospodarskog i društvenog razvoja te se njome nastoji postići, kao što to navodi Đulabić: „društvena i gospodarska kohezija i, u konačnici, veći stupanj gospodarskog i općedruštvenog napretka na cijelom području Europske unije.“⁶

Temeljni strateški dokument Europske unije za razdoblje od 2014. do 2020. godine jest Europa 2020,⁷ koji definira prioritete i ciljeve za daljnji razvoj Europske unije, dok se partnerskim sporazumima sklopljenima s pojedinim zemljama članicama utvrđuje nacionalna strategija za korištenje europskih strukturnih i investicijskih fondova sa svrhom implementacije sveobuhvatne i koherentne strategije za pojedinu zemlju članicu.

⁶ Vedran Đulabić, *Regionalizam i regionalna politika*, Suvremena javna uprava, Zagreb, 2007, str. 101.

⁷ Strategija Europa 2020, dostupno na stranici:

[https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//00%20Foto%20mobitel/Europski%20semestar/Dokumenti%20i%20publikacije//Europa%202020%20strategija%20\(engl.\).pdf](https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//00%20Foto%20mobitel/Europski%20semestar/Dokumenti%20i%20publikacije//Europa%202020%20strategija%20(engl.).pdf), pristup 22. 1. 2020.

Nacionalna strategija sadrži zajedničke europske ciljeve za rast i radna mjesta, no prenesene u specifični nacionalni kontekst.

Tako sadržaj Partnerskog sporazuma koji je Republici Hrvatskoj potvrdila Europska komisija dana 30. listopada 2014.⁸ opisuje na koji će način Republika Hrvatska pristupiti ispunjavanju zajedničkih ciljeva strategije Europa 2020 uz pomoć sredstava iz proračuna EU-a koja su joj dodijeljena kroz višegodišnji financijski okvir za razdoblje 2014.-2020. godine. Sporazum predstavlja strateški okvir za mjere za provedbu te strategije, a one su potom razrađene u operativnim programima kojima se detaljnije opisuju i razrađuju mjere i aktivnosti za učinkovitu provedbu i korištenje europskih strukturnih i investicijskih fondova (dalje u tekstu: ESI fondovi).⁹

Tako je Republika Hrvatska u okviru potpisanog Partnerskog sporazuma pripremila, a Europska komisija potom usvojila četiri operativna programa,¹⁰ dok je temeljni operativni program kojim se provodi kohezijska politika Europske unije i doprinosi cilju Ulaganje za rast i radna mjesta kroz poticanje ulaganja u infrastrukturne investicije i pružanje potpore razvoju poduzetništva i istraživačkih djelatnosti operativni program Konkurentnost i kohezija 2014.-2020. (dalje u tekstu: OPKK).¹¹

Slijedom usvojenih strateških i programskih dokumenata provedba sredstava iz fondova Europske unije prenosi se na države članice, koje zatim imenuju nacionalna ili regionalna upravljačka tijela te provode postupak upravljanja sredstvima proračuna Europske unije, koji se naziva podijeljeno upravljanje.

U okviru tog sustava podijeljenog upravljanja Europska komisija nadzire provedbu sredstava iz fondova, no država članica preuzima odgovornost za upravljanje tim sredstvima te odgovornost za funkcioniranje uspostavljenog pravnog okvira i osiguranje zakonite i pravilne upotrebe ESI fondova.

Naime sukladno odredbama Ugovora o funkcioniranju Europske unije¹² (dalje u tekstu: UFEU) Proračun Europske unije (dalje u tekstu: proračun) izvršava se u skladu s načelom zdravog financijskog upravljanja, a države članice surađuju s Europskom unijom kako bi osigurale da se proračunska sredstva koriste u skladu s tim načelom. Prema odredbama

⁸ Partnerski sporazum RH, dostupno na stranici:

https://razvoj.gov.hr/UserDocsImages//arhiva/EU%20fondovi//HR_PA_FINAL_ADOPTED_30_10_2014.pdf, pristup 22. 1. 2020.

⁹ Dostupno na stranici: https://ec.europa.eu/regional_policy/hr/policy/what/glossary/o/operational-programme, pristup 22. 1. 2020.

¹⁰ Sva četiri operativna programa vidljiva su na stranici: <https://strukturnifondovi.hr/eu-fondovi/esi-fondovi-2014-2020/>, pristup: 23. 1. 2020.

¹¹ Operativni program Konkurentnost i kohezija dostupan je na stranici:

<https://strukturnifondovi.hr/vazni-dokumenti-operativni-program-konkurentnost-i-kohezija/>, pristup 23. 1. 2020.

¹² Članak 310. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, Pročišćene verzije Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o funkcioniranju Europske unije, Službeni list Europske unije 2016/C/202/01 – dalje u tekstu UFEU.

UFEU-a¹³ određuje se, u kontekstu dijeljenog upravljanja, da je potrebno utvrditi uvjete koji bi trebali omogućiti Komisiji da osigura da države članice koriste ESI fondove na zakonit i pravilan način te u skladu s načelom dobrog financijskog upravljanja i koji bi trebali odgovarajuću pozornost prikloniti potrebi osiguravanja komplementarnosti i dosljednosti predmetnih intervencija Unije te poštovanju načela proporcionalnosti.

Stoga su države članice na odgovarajućoj teritorijalnoj razini, u skladu sa zadanim pravilima, svojim institucionalnim, pravnim i financijskim okvirom i strukturom tijela koja su odredile u tu svrhu odgovorne za pripremu i provedbu programa. Taj pravni okvir, temeljem odredbi Ustava Republike Hrvatske,¹⁴ čini sastavni dio nacionalnog pravnog poretka i neupitna je primarna obvezatnost njihove primjene¹⁵ ¹⁶ te bi kroz njega svaka država članica, pa tako i Republika Hrvatska, trebala osigurati sustav koherentnih pravila implementacije sredstava proračuna EU-a.¹⁷

3. KONCEPT FINACIJSKE ODGOVORNOSTI DRŽAVA ČLANICA ZA SREDSTVA PRORAČUNA EU-A

3. 1. Pravna regulacija korištenja sredstava proračuna Europske unije

Financijska uredba 2018/46 temeljni je dokument kojim su uspostavljena načela i postupci za izvršenje proračuna Europske unije i kontrolu nad financijama EU-a kroz utvrđena pravila za donošenje i izvršenje te financijsko izvještavanje i reviziju odgovarajuće računovodstvene dokumentacije. Prema odredbama te Uredbe¹⁸ Europska komisija izvršava proračun izravno („izravno upravljanje”)¹⁹ putem svojih službi, u okviru podijeljenog upravljanja s državama članicama („podijeljeno upravljanje”),²⁰ ili neizravno („neizravno upravljanje”).²¹

Kada Europska komisija izvršava proračun podijeljenim upravljanjem, zadaće koje se odnose na izvršenje proračuna prenose se na države članice, koje imaju obvezu poduzimati sve potrebne mjere, uključujući zakonodavne, regulatorne i administrativne za zaštitu financijskih interesa Unije. Države članice imaju i obvezu imenovati tijela odgovorna za upravljanje sredstvima Unije i njihovu kontrolu kako bi spriječile, otkrile i

¹³ Članak 317. stavak 1. točka a) UFEU-a.

¹⁴ Članak 5. stavak 2. Ustava Republike Hrvatske, Narodne novine broj: 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 258/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10 i 05/14.

¹⁵ Više o obvezatnosti prava EU-a vidi u: Arsen Bačić, Petar Bačić: KONSTITUCIONALIZAM I FEDERALIZAM: Određuje li klauzula o supremaciji federalni karakter Europske unije?, Europske studije, vol. 1, br. 1, 2015, str. 70-73.

¹⁶ Vidi više u: Rodin, Siniša: Pravo Europske unije i pravni poredak Republike Hrvatske nakon 20 godina hrvatskog Ustava, Zbornik HAZU, 2010, str. 3-12.

¹⁷ Vidi više u: Lysette Meuleman, Alex Brenninkmeijer: How to Deal with Legal Uncertainty: Managing and Audit Authorities in Cohesion Policy, EStIF 2/2017, str. 164-166.

¹⁸ Članak 62 Financijske uredbe.

¹⁹ Članci 125. do 156. Financijske uredbe.

²⁰ Članak 63. Financijske uredbe.

²¹ Članci 125. do 149. Financijske uredbe.

ispravile nedostatke i prijave te surađivale s drugim tijelima u skladu s tom Uredbom i sektorskim pravilima.

Kako bi zaštitile financijske interese Unije, države članice, istodobno poštujući načelo proporcionalnosti te postupajući u skladu s relevantnim sektorskim pravilima, provode različite vrste kontrole transakcija i/ili uzoraka transakcija koji se temelje na prethodnoj analizi rizika te moraju osigurati povrat nepropisno isplaćenih sredstava i, kad je to potrebno, pokrenuti pravne postupke osiguranja povrata. Nastavno na spomenuta sektorska pravila u odredbama te Uredbe, važno je naglasiti da su Uredbom 1303/2013²² utvrđena sektorska pravila za cijeli sustav ESI fondova u programskom razdoblju 2014.-2020. te su tako ta pravila primjenjiva na sva četiri usvojena programska dokumenta Republike Hrvatske.

Nadalje je istom Uredbom određeno da se, kako bi se državama članicama osigurala pravna sigurnost, mogu utvrditi posebni mehanizmi i postupci za financijske korekcije država članica i Komisije u odnosu na fondove i EFPR u skladu s načelom proporcionalnosti te da je nužno uspostaviti pravni okvir kojim se osigurava snažno upravljanje i sustavi kontrole na nacionalnoj i regionalnoj razini te primjerena raspodjela uloga i odgovornosti u kontekstu podijeljenog upravljanja.²⁴

3. 2. Definicija i analiza pojma nepravilnosti

Kako bi se utvrdila opća načela i pravila koja uređuju praćenje izvršenja proračuna i suprotstavljanje radnjama koje štete financijskim interesima Unije, još je dana 18. prosinca 1995. donesena Uredba br. 2988/95 od 18. prosinca 1995. o zaštiti financijskih interesa Europskih zajednica.²⁵ Budući da pravo Europske unije određuje Komisiji i državama članicama obvezu provjere trošenja proračunskih sredstva Europske unije na ono za što su i namijenjena te da je utvrđena potreba za usvajanjem zajedničkih pravila uz već postojeće odredbe, radi zaštite financijskih interesa Europske unije tom su Uredbom utvrđena opća pravila homogenih provjera te upravnih mjera i kazni za nepravilnosti u odnosu na pravo Europske unije.

Tako je tom Uredbom uređen institut nepravilnosti, koji je definiran kao povreda odredaba prava Europske unije koja proizlazi iz učinjene ili propuštene radnje od strane

²² Uredba (EU) br. 1303/2013 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. prosinca 2013. o utvrđivanju zajedničkih odredbi o Europskom fondu za regionalni razvoj, Europskom socijalnom fondu, Kohezijskom fondu, Europskom poljoprivrednom fondu za ruralni razvoj i Europskom fondu za pomorstvo i ribarstvo i o utvrđivanju općih odredbi o Europskom fondu za regionalni razvoj, Europskom socijalnom fondu, Kohezijskom fondu i Europskom fondu za pomorstvo i ribarstvo te o stavljanju izvan snage Uredbe Vijeća (EZ) br. 1083/2006, Službeni list EU L 347/320 od 20. 12. 2013. – dalje u tekstu Uredba 1303/13.

²³ Uobičajeni je naziv za tu Uredbu i CPR, odnosno Uredba o zajedničkim odredbama (Common Provisions Regulation).

²⁴ Točka 120. uvodnog dijela Uredbe 1303/13.

²⁵ Uredba Vijeća (EZ, Euroatom) br. 2988/95 od 18. prosinca 1995. o zaštiti financijskih interesa Europskih zajednica, Službeni list Europske unije, OJ L 312 – u daljnjem tekstu Uredba 2988/95.

gospodarskog subjekta, a što je dovelo ili je moglo dovesti u pitanje proračun Europske unije bilo smanjenjem bilo gubitkom prihoda iz vlastitih sredstava prikupljenih izravno u ime Europske unije, bilo neopravdanim izdacima. Primjena predmetnih mjera ograničava se na oduzimanje stečenih pogodnosti te se propisane upravne mjere i kazne^{26 27} mogu primijeniti na fizičke ili pravne osobe te ostale subjekte kojima nacionalno pravo dodjeljuje pravnu sposobnost, a počinili su nepravilnost. Također se mogu primijeniti na osobe koje su sudjelovale u nepravilnosti i one kojima je dužnost preuzimanje odgovornosti za nepravilnosti ili osiguravanje da se one ne počine.

Dakle ta Uredba propisuje niz načela koja potom treba poštovati u okviru pripreme sektorskih pravila te su potom, a u okviru sektorskih propisa koje je zakonodavac Unije utvrdio u skladu s predmetnim politikama, određena detaljna pravila koja uređuju decentralizirano upravljanje proračunom, pravila i načela koja se primjenjuju za nacionalne sustave upravljanja i kontrole, nepravilna postupanja, kao i upravne mjere i kazne.²⁸

Stoga definiciju nepravilnosti sadrži i Uredba 1303/13, pa je tako tom Uredbom „nepravilnost” definirana kao svako kršenje prava Unije ili nacionalnog prava u vezi s njegovom primjenom koje proizlazi iz djelovanja ili propusta gospodarskog subjekta uključenog u provedbu ESI fondova i šteti, ili bi moglo naštetiti, proračunu Unije tako da optereti proračun Unije neopravdanim izdatkom.²⁹ Uredba određuje i da države članice imaju prvu razinu odgovornosti za istraživanje nepravilnosti te za provođenje potrebnih financijskih korekcija i za postupke povrata sredstava.³⁰

Dakle iz navedenih definicija nepravilnosti, kao i iz prakse Suda EU-a, proizlazi da se radi o postupanju protivnom odredbama primjenjivog Europskog prava ili primjenjivog nacionalnog prava, a koje šteti ili bi moglo naštetiti proračunu Europske unije, odnosno što je dovelo ili je moglo dovesti u pitanje proračun Europske unije.³¹

U odnosu na definiciju nepravilnosti i pravila propisanih u Uredbi 2988/95 i Uredbi 1303/13, prema shvaćanju Suda EU-a, odnosno radnje treba ocijeniti s obzirom na Uredbu 1303/13, koja je, za razliku od Uredbe 2988/95, sektorski propis.^{32 33}

²⁶ Članak 7. Uredbe 2988/95.

²⁷ Vidi više u: Adrienne de Moor-Van Vugt, *Administrative Sanctions in EU law*, Review of European administrative law, Paris legal publishers, 2012, vol 5, br. 1, str. 5-41.

²⁸ Točka 3., 5. i 8. uvodnih odredbi te članak 2. stavak 3. Uredbe 2988/95.

²⁹ Članak 2. stavak 1. točka 36. Uredbe 1303/13.

³⁰ Članak 143. stavak 1. Uredbe 1303/13.

³¹ U presudi Baltlanta C-410/13 Sud EU-a u točki 48. utvrdio je da se pojam „nepravilnost” odnosi na „nezakonitu uporabu fondova Unije” koja može proizaći ne samo iz povrede pravnih pravila Unije nego jednako tako i iz kršenja odredbi nacionalnog prava.

³² Presuda Suda EU-a Somvao C-599/13.

³³ Mišljenje nezavisnog odvjetnika Vesa Bota izneseno 14. siječnja 2016. u spojenim predmetima C-260/14 i 261/14.

Stoga je nekoliko važnih elemenata koje je potrebno procjenjivati u svakom pojedinom slučaju utvrđivanja nepravilnosti. Prvenstveno je potrebno utvrditi radi li se o kršenju prava, a potom je bitno, i ključno, procijeniti učinak istog kršenja na proračun Unije, i to stvarni ili potencijalni učinak, te potom primijeniti stopu financijske korekcije.

Procjena tog utjecaja zadatak je tijela u sustavu podijeljenog upravljanja, kada država članica preuzima primarnu odgovornost za sredstva proračuna Europske unije, osobito kada se radi o kršenju, gdje je potrebno procijeniti potencijalni učinak na taj proračun. Tada tijela u sustavu upravljanja i kontrole, vodeći računa o zadanoj ulozi zaštite proračuna EU-a, provode svoj zadatak prevencije, detekcije i utvrđivanja financijskih ispravaka nepravilnih i neispravnih troškova kako bi se sva djelovanja uskladila s zadanim pravilima regulative EU-a.³⁴

Naime slijedom neupitnog cilja Europske unije da se putem strukturnih fondova i Kohezijskog fonda financiraju samo oni projekti koji su u cijelosti u skladu s pravom EU-a i primjenjivim nacionalnim pravom razvidno je da takvu povredu treba smatrati nepravilnošću samo u mjeri u kojoj kao takva može imati posljedice za proračun. No ne treba dokazati postojanje točno određene financijske posljedice, već Sud Europske unije zaključuje da povreda pravila postupka za javnu nabavu predstavlja nepravilnost ako se ne može isključiti mogućnost da je ta povreda utjecala na proračun uključenih Fondova.³⁵

Kada je riječ o mehanizmu financijskog ispravka, slijedom odredbi Uredbe 1303/13, ali i iz prakse Suda EU-a, razvidna je obveza država članica da u slučaju utvrđenja nepravilnosti izvrše financijski ispravak.^{36 37} Problemi se mogu pojaviti zbog složenosti opsežne i često nedorečene regulative na razini EU-a, ali i na nacionalnoj razini. Različita interpretacija istih pravila, osobito u području prava javne nabave,³⁸ može dovesti do različitih zaključaka o postupanju u postupcima javne nabave od strane kontrolnih i revizijskih tijela i na horizontalnoj i na vertikalnoj razini. To može dovesti do neujednačenih stopa financijskih korekcija, nejednakog pristupa i pravne nesigurnosti

³⁴ Vidi više u: Jacobine van den Brink: The significance of European Administrative Soft Law for the implementation of ESI Funds in the Member States, EStIF, 1/2016, str. 164-166.

³⁵ Presuda Suda EU-a Wrocław C-406/14.

³⁶ Članak 143. stavak 2. Uredbe 1303/13.

³⁷ U toj presudi Sud EU-a utvrđuje da, iako ta okolnost ne isključuje da se prvi koraci mogu poduzeti na temelju ljestvice koja je u skladu s načelom proporcionalnosti, pri utvrđivanju iznosa ispravka potrebno je voditi računa o svim posebnostima koje su svojstvene za utvrđenu nepravilnost u odnosu na elemente uzete u obzir pri sastavljanju te ljestvice, a koje mogu opravdati povećanje ili, nasuprot tomu, smanjenje ispravka. Iz istog razloga na konačni iznos financijskog ispravka koji treba primijeniti mogu utjecati okolnosti poput usklađenosti s nacionalnim zakonom odredbe, kao što je ona o kojoj je riječ u glavnom postupku, obveze izvršavanja vlastitim sredstvima određenog dijela ugovora i činjenice da je utvrđeno postojanje samo rizika za nastanak financijskih posljedica, i to potencijalno slabog.

³⁸ Pravo javne nabave EU-a uređeno je Direktivom 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/24/EZ te Direktivom 2014/25/EU od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ, dok je to u nacionalno zakonodavstvo transponirano Zakonom o javnoj nabavi, Narodne novine br. 120/16 i pripadajućim podzakonskim aktima.

korisnika i zato je potrebno voditi računa o usklađenom postupanju, načelu proporcionalnosti i zaštiti legitimnih očekivanja.^{39 40}

4. PRAVNI OKVIR UPRAVLJANJA FONDOVIMA EU-A U RH

4. 1. Sustav upravljanja i kontrole

Institucionalni okvir Republike Hrvatske za provedbu Operativnog programa Konkurentnost i kohezija, odnosno za korištenje ESI fondova u programskom razdoblju 2014. - 2020., i sustav upravljanja i kontrole za provedbu Uredbe 1303/2013 određeni su Zakonom o uspostavi institucionalnog okvira za provedbu europskih strukturnih i investicijskih fondova u Republici Hrvatskoj u razdoblju 2014.-2020.⁴¹

Institucije koje imaju ulogu tijela u sustavu korištenja ESI fondova određene su Uredbom o tijelima u sustavu upravljanja i kontrole⁴² te se tom Uredbom razrađuju funkcije tijela u sustavu, njihove zadaće i odgovornosti. Navedenim propisima određena su mjerodavna tijela i njihove funkcije te je propisano da institucionalni okvir čine sljedeća tijela: koordinacijsko tijelo (KT), tijelo ovjeravanja (TO), tijelo za reviziju (TR), upravljačko tijelo (UT), posredničko tijelo razine 1 (PT1) i posredničko tijelo razine 2 (PT2).

Prema odredbama Zakona o institucionalnom okviru Ministarstvu regionalnog razvoja i fondova EU-a (MRRFEU) dodijeljena je posebna uloga KT-a za sve ESI fondove, a prema Uredbi o tijelima to tijelo obavlja i funkciju UT-a za OPKK, dok su tijela mjerodavna za obavljanje funkcija u sustavu upravljanja i kontrole definirana odredbama Uredbe o tijelima, a njihove funkcije detaljnije su uređene sporazumima o obavljanju delegiranih funkcija potpisanim između UT-a i PT-a.

Funkcije UT-a propisane su i odredbama Uredbe 1303/2013⁴³ i Uredbe o tijelima⁴⁴ te je u skladu s navedenim odredbama to tijelo odgovorno za uspostavu i unaprjeđenje sustava upravljanja i kontrole te za provedbu operativnog programa. UT osigurava i postojanje mehanizama za provjeru pritužbi na fondove EU-a, ispituje žalbe koje su obuhvaćene područjem primjene tih mehanizama te obavještava EK o rezultatima takvih ispitivanja.

³⁹ Vidi više u: Aida Caldera Sanchez: Building stronger and more integrated Europe, Economics department working papers No. 1491, ECO/WKP (2018)39, str. 14-17.

⁴⁰ Vidi više u: Justyna Maliszewska-Nienartowitz: The principle of proportionality in the European Community law- the general characteristics and practical application, Pravni vjesnik, godina 24 (2008), 1, str. 91-94.

⁴¹ Zakon o uspostavi institucionalnog okvira za provedbu europskih strukturnih i investicijskih fondova u Republici Hrvatskoj u razdoblju 2014.-2020., Narodne novine broj: 92/14 – dalje u tekstu: Zakon o uspostavi institucionalnog okvira.

⁴² Uredba o tijelima u sustavima upravljanja i kontrole korištenja Europskog socijalnog fonda, Europskog fonda za regionalni razvoj i Kohezijskog fonda, u vezi s ciljem »Ulaganje za rast i radna mjesta«, Narodne novine broj: 107/14, 23/15, 129/15 I 15/17 – dalje u tekstu: Uredba o tijelima.

⁴³ Članak 125. Uredbe 1303/13.

⁴⁴ Članak 5. stavak 3. do 7. Uredbe o tijelima.

Sukladno odredbama Uredbe⁴⁵ UT donosi pravilnik (Zajednička nacionalna pravila) kojim se propisuju zahtjevi i uvjeti za prihvatljivost izdataka, smjernice kojima se utvrđuju uvjeti za pripremu i provedbu projekata, zahtjevi za revizijski trag, postupanja tijela u Sustavu pri programiranju i strateškom planiranju i uspostavi i unaprjeđenju sustava, odabiru i ugovaranju projekata, provjerama projekata, plaćanjima, ovjeravanjima, povratima, upravljanju nepravilnostima, provođenju revizija, korištenju tehničke pomoći, provođenju vrednovanja i zatvaranja programa, kao i drugim postupcima koji se odnose na upravljanje fondovima EU-a.

4. 2. Zajednička nacionalna pravila

Slijedom funkcija i ovlasti propisanih odredbom Uredbe o tijelima UT je donio Pravilnik o prihvatljivosti izdataka,⁴⁶ kojim se propisuju zahtjevi i uvjeti za prihvatljivost izdataka te pravila kojima se utvrđuju procedure za postupanje tijela u sustavu. Pravilnik i pravila čine Zajednička nacionalna pravila (ZNP), koje priprema i prati UT kao tijelo koje je odgovorno za uspostavu procedura i osiguravanje ujednačenog postupanja svih mjerodavnih tijela u sustavu upravljanja i kontrole za provedbu OPKK.

Sustav Zajedničkih nacionalnih pravila temeljni je sustav upravljanja i kontrole za OPKK, temeljem kojeg je uspostavljen institucionalni okvir i pravila funkcioniranja tijela u sustavu, procesa i odgovornosti. Ta pravila, između ostalih pravila kojima se regulira postupak u sustavu upravljanja i kontrole i koja primjenjuju tijela u sustavu, sadrže i Opće uvjete ugovaranja, u kojima se naglašava pravna osnova iz koje slijedi obveza zaštite proračuna EU-a i poštivanja zadanog pravnog okvira u dodjeli i provedbi Ugovora o bespovratnim sredstvima te tako i pravni temelj za povrat sredstava u slučaju kršenja primjenjivog prava u implementaciji istih ugovora.

Pravila sadrže i Pravila o primjeni financijskih korekcija, koja se temelje na Odluci Europske komisije o smjernicama za utvrđivanje financijskih ispravaka od 14. 5. 2019.,⁴⁷ a koja sadrže pravnu osnovu za utvrđivanje nepravilnosti u slučaju zadanih pravila o postupcima nabave, primjere najčešćih vrsta nepravilnosti te primjenjive stope financijskih ispravaka koji se imaju primijeniti.

Opći uvjeti i Pravila o primjeni financijskih korekcija javno su objavljeni⁴⁸ i ugrađeni u pozive za dodjelu bespovratnih sredstava te čine sastavni dio posljedično sklopljenih

⁴⁵ Članak 5. stavak 3. točka 2. i 3. Uredbe o tijelima.

⁴⁶ Pravilnik o prihvatljivosti izdataka, Narodne novine broj: 115/18 i 6/2020 – dalje u tekstu: Pravilnik o prihvatljivosti.

⁴⁷ Odluka Europske komisije o utvrđivanju smjernica za određivanje financijskih ispravaka koje u slučaju nepoštovanja primjenjivih pravila o javnoj nabavi Komisija primjenjuje na rashode koje financira Unija, Bruxelles, 14. 5. 2019. C(2019) 34452 final.

⁴⁸ Opći uvjeti koji se primjenjuju na projekte financirane iz europskih strukturnih i investicijskih fondova u financijskom razdoblju 2014.–2020. i Pravila o financijskim korekcijama, vidljivo na: <https://strukturnifondovi.hr/vazni-dokumenti-operativni-program-konkurentnost-i-kohezija/>, pristup 22. 2. 2020.

ugovora o dodjeli povratnih sredstava. Navedena pravila tako svoj izvor imaju u sklopljenom ugovoru o dodjeli bespovratnih sredstava, dok je s druge strane obveza država članica štititi proračun Europske unije i provoditi kontrolu, prevenirati i sankcionirati svako kršenje prava koje šteti ili bi moglo štetiti proračunu Unije.

Slijedom navedenog, iako u postupku dodjele bespovratnih sredstava tijela u sustavu upravljanja i kontrole potpisuju ugovor o dodjeli bespovratnih sredstava, pa bi to upućivalo na obveznopravni odnos ugovornih strana, razvidno je da su na implementaciju tog ugovora primjenjiva jasna pravila propisana odredbama prava EU-a i jasna pravila postupanja tijela u sustavu upravljanja i kontrole u zaštiti proračuna EU-a čija su sredstva predmet tog ugovora.

4. 3. Pravna priroda ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava

Slijedom odredbi Uredbe o tijelima u sustavu uređuju se okvir, funkcije i odgovornosti tijela koje čine sustav upravljanja i kontrole korištenja sredstava namijenjenih provedbi operativnih programa iz programskog razdoblja 2014.-2020 te se uspostavlja sustav tijela koja provode zadane funkcije implementacije operacija unutar tog programa.⁴⁹

Iz tih odredbi proizlazi da upravljačko tijelo, odnosno posredničko tijelo razine 1 i/ili posredničko tijelo razine 2 i korisnici bespovratnih sredstava iz fondova jesu strane ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava.⁵⁰ Dakle isti ugovor sklapa se s određenim javnopravnim tijelom po provedbi postupka dodjele bespovratnih sredstva koji se pokreće pozivom za dodjelu bespovratnih sredstava, a na temelju kojeg potencijalni korisnici dostavljaju svoje prijave projektnih prijedloga, koje se zatim ocjenjuju u skladu s kriterijima ocjenjivanja postavljenim u pozivu. Po završetku pojedine faze postupka evaluacije odabranim korisnicima dostavlja se obavijest o ishodu, dok se po konačnom odabiru donosi odluka o sufinanciranju.

Da bi se moglo odrediti koji će postupak biti primjenjiv u slučaju spora radi kršenja ugovora, potrebno je odrediti pravnu prirodu ugovora o bespovratnim sredstvima, odnosno radi li se o ugovoru građanskog ili upravnog prava.

Naime slijedom odredbi Zakona o obveznim odnosima⁵¹ ugovor je sklopljen kad su se ugovorne strane suglasile o bitnim sastojcima ugovora. Za sporove iz ugovora građanskog prava nadležni su sudovi opće nadležnosti, prema pravilima parničnog postupka, te se odredbe zakona koje se odnose na ugovore primjenjuju na sve vrste ugovora, osim ako za trgovačke ugovore nije izrijekom drukčije određeno. Kao neka od osnovnih načela

⁴⁹ Prema odredbama članka 2. stavka 1. točke 9. Uredbe 1303/13 „operacija” znači projekt, ugovor, aktivnost ili skupina projekata koje su odabrala upravljačka tijela dotičnih programa ili koji su pod njihovom odgovornošću te koji doprinose ostvarivanju ciljeva jednog ili više prioriteta na koje se odnose.

⁵⁰ Članak 6. stavak 6. Uredbe o tijelima.

⁵¹ Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine broj: 35/05, 41/08, 125/11, 78/15 i 29/18 – u daljnjem tekstu: ZOO.

obveznih odnosa Zakon određuje ravnopravnost sudionika te jednaku vrijednost činidaba.

S druge strane prema odredbama Zakona o općem upravnom postupku,⁵² da bi neki ugovor bio upravni ugovor, ugovorne strane moraju biti javnopravno tijelo i stranka. Ugovor se sklapa radi izvršenja prava i obveza utvrđenih u rješenju kojim je riješena upravna stvar te zakonom mora biti propisano sklapanje takva ugovora. Zbog neispunjavanja ugovornih obveza javnopravnog tijela stranka može izjaviti prigovor tijelu koje na temelju zakona obavlja nadzor nad javnopravnim tijelom s kojim je stranka sklopila upravni ugovor. Protiv rješenja o raskidu upravnog ugovora može se pokrenuti upravni spor, prigovorom se može tražiti i naknada štete nastale neispunjavanjem ugovora, a o njemu se odlučuje rješenjem, protiv kojeg se može pokrenuti upravni spor.

Također, ZUP navodi da se njegove odredbe na odgovarajući način primjenjuju na sklapanje upravnih ugovora i na svako drugo postupanje javnopravnih tijela iz područja upravnog prava koje ima neposredan učinak na prava, obveze ili pravne interese stranaka, ako zakonom nije drukčije propisano.

Već je iz prikaza osnovnih karakteristika građanskih i upravnih ugovora vidljiva razlika u odnosu ugovornih stranaka, a budući da u upravnom ugovoru stranka nije u jednakom položaju u odnosu na osobu javnog prava, njezin je položaj subordiniran u odnosu na drugu ugovornu stranu. Iz tog odnosa proizlaze i prava na strani javnopravnog tijela, poput mogućnosti jednostranog raskida ugovora.

Nastavno na karakteristike Ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava, vidljivo je da se radi o tripartitnom ugovoru koji sklapaju nadležna ministarstva kao PT1, tijela kojima su dodijeljene javne ovlasti, i u tom ih smislu možemo smatrati javnopravnim tijelima kao PT2, te korisnik dodijeljenih bespovratnih sredstava kao treća stranka istog ugovora.

U odnosu ugovornih strana istog ugovora vidljiva je značajna opsežnost i složenost obveza za korisnika koje proizlaze iz obveze zaštite proračuna EU-a, svih zadanih uvjeta i kriterija pravilnosti i zakonitosti te posljedica koje mogu nastati u slučaju nepoštivanja zadanih obveza kako su one prikazane u ovom radu i koje proizlaze iz kontrola različitih tijela sustava, stoga pozicija korisnika u odnosu na druge ugovorne strane evidentno upućuje na odnos subordiniranosti korisnika u odnosu na druge strane ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava.

No s druge strane zakonom za dodjelu bespovratnih sredstava nije propisano sklapanje upravnog ugovora. Jednako tako, iako se radi o javno objavljenom pozivu za dodjelu bespovratnih sredstava, u okviru kojeg se donosi Odluka o financiranju, zakonom nije propisan poseban postupak dodjele bespovratnih sredstava, slijedom kojeg bi se ta odluka donosila kao upravni akt i za čije bi izvršenje potom došlo do sklapanja upravnog ugovora. Jednako tako, općim uvjetimapojedinih ugovora određeno je da se sporovi među

⁵² Zakon o općem upravnom postupku, Narodne novine broj: 47/09 – u daljnjem tekstu: ZUP.

ugovornim stranama rješavaju ponajprije mirenjem, a što upućuje na odnos ravnopravnosti, a ne subordiniranosti između ugovornih strana.

Dakle evidentno je da nije jasno određena pravna priroda ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava, što dovodi do problema u implementaciji ugovora. No to upućuje i na elemente kršenja načela legitimnih očekivanja. Naime svakom korisniku bespovratnih sredstava kao ugovornoj strani trebalo je biti jasno naznačeno u kakav ugovorni odnos ulazi, koje su posljedice nepoštivanja odredbi tog ugovora i koji je pravni put zaštite u slučaju kršenja odredbi od strane javnopravnih tijela koja su druga ugovorna strana ugovora.

5. ODLUKA EK O PRIMJENI FINACIJSKIH ISPRAVAKA

Slijedom odredbi Uredbe (EU) br. 1303/2013⁵³ i odredbi Financijske uredbe⁵⁴ Europska komisija dužna je izvršiti financijske ispravke za države članice kako bi iz financiranja Unije isključila rashode nastale kršenjem primjenjivog prava. No slijedom odredbi iste Uredbe⁵⁵ države članice imaju prvu razinu odgovornosti za istraživanje nepravilnosti, za provođenje potrebnih financijskih korekcija i za postupke povrata sredstava.

Odlukom Europske komisije od 14. 5. 2019.,⁵⁶ kojoj je adresat prvenstveno isto tijelo, određuje se pravna osnova primjene te najčešće vrste nepravilnosti i stope financijskih ispravaka koji se imaju primijeniti u slučaju kršenja zadanih pravila o javnoj nabavi. Istom Odlukom obuhvaćeni su svi fondovi u sustavu podijeljenog upravljanja, što podrazumijeva sredstva proračuna Europske unije kojima upravljaju države članice i odgovornost država članica za upravljanje tim sredstvima.

U istoj Odluci navodi se da se njome utvrđuju smjernice, koje čine Prilog te Odluke, za utvrđivanje financijskih ispravaka koje u slučaju nepoštovanja primjenjivih pravila o javnoj nabavi treba primijeniti na rashode koje u okviru podijeljenog upravljanja financira Unija.⁵⁷ Kao svrha tih Smjernica navodi se povećanje pravne sigurnosti za države članice te osiguranje proporcionalnosti. Stoga Europska komisija naznačuje da je važno pojasniti okolnosti u kojima povrede primjenjivog prava Unije o javnoj nabavi ili nacionalnog prava koje se odnosi na njegovu primjenu mogu dovesti do toga da Komisija izvrši financijske ispravke te da je važno da Komisija pri odlučivanju o financijskom ispravku razmotri prirodu i težinu nepravilnosti te povezane financijske posljedice za proračun Unije.

⁵³ Članak 144. Uredbe 1303/2013.

⁵⁴ Članak 101. stavak 8. Financijske uredbe.

⁵⁵ Članak 143. stavak 1. i 2. Uredbe 1303/13.

⁵⁶ Odluka Europske komisije o utvrđivanju smjernica za određivanje financijskih ispravaka koje u slučaju nepoštovanja primjenjivih pravila o javnoj nabavi Komisija primjenjuje na rashode koje financira Unija, Bruxelles, 14. 5. 2019. C(2019) 34452 final.

⁵⁷ Vidi više u: Publications office of the EU, Special Report No 04, 2017., Protecting the EU budget from irregular spending, dostupno na: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6a97c63a-772b-11e7-b2f2-01aa75ed71a1/>, pristup 20. 2. 2020.

Iako se neupitno radi o aktu Komisije koji prema korisnicima nema izravnu obvezujuću snagu i ne bi mogao stvarati pravila koja su apstraktna i obvezujuća, u tumačenju obvezatnosti primjene morali bismo poći od pravne prirode financijskih ispravaka koje država članica ima obvezu primijeniti kada u izvršenju svoje obveze upravljanja i kontrole dodijeljenih bespovratnih sredstava utvrdi postupanje korisnika protivno pravu EU-a ili primjenjivom nacionalnom pravu.

Dakle kako bi osigurale da se strukturni fondovi upotrebljavaju na učinkovit i pravilan način, države članice dužne su uspostaviti djelotvorne sustave upravljanja i kontrole, koji mogu zajamčiti da je korisnik fondova ispunio obveze koje mu daju pravo na dobivanje predviđene financijske potpore u skladu s pravom Unije i mjerodavnim nacionalnim pravom. Upravljačko je tijelo pritom odgovorno za upravljanje operativnim programom⁵⁸ te za provođenje provjere da su izdaci koje korisnici prijavljuju u skladu s primjenjivim pravom.⁵⁹ Iz te odgovornosti slijedi prva razina odgovornosti za istraživanje nepravilnosti te za provođenje potrebnih financijskih korekcija, koje se sastoje od ukidanja dijela ili cijelog javnog doprinosa nekoj operaciji ili operativnom programu.⁶⁰

Iz tih uredbi kao izravno obvezujućih akata sekundarnog zakonodavstva Europske unije, temeljenih na odredbama Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o funkcioniranju Europske unije kao aktima primarnog zakonodavstva Europske unije, proizlazi temeljni zakonodavni okvir za primjenu ESI fondova i kontrolu zakonitosti i pravilnosti svih izdataka financiranih iz istog izvora.

Jasno je da u skladu s odredbama UEU-a svaka institucija djeluje u granicama ovlasti koje su joj dodijeljene u Ugovorima i u skladu s njima određenim postupcima, uvjetima i ciljevima⁶¹ te da Europska komisija nema opću zakonodavnu ovlast, pa tako nije ovlaštena donijeti opća i apstraktna obvezujuća pravila.^{62 63} No neupitno je da, radi transparentnosti i kako bi se osiguralo jednako postupanje i pravna sigurnost,⁶⁴ Europska komisija može objaviti akte *soft law* kao što su smjernice ili komunikacije. Iako se ne može smatrati da ta pravila imaju izravni obvezujući učinak jer bi se tako izbjegavao zakonodavni postupak iz Ugovora o FEU-u, takvi akti mogu imati neizravni obvezujući učinak jer se radi o mjerama koje proizlaze iz obvezujuće pravne osnove te u skladu s tim pravilima država članica ne može od njih odstupiti bez valjanog razloga.

Stoga se može zaključiti da bi postupanje protivno tim smjernicama u slučaju primjene stopa financijskih korekcija u slučaju kršenja odredaba o javnoj nabavi moglo dovesti do

⁵⁸ Članak 125. stavak 1. Uredbe 1303/13.

⁵⁹ Članak 125. stavak 4. točka a) Uredbe 1303/13.

⁶⁰ Članak 143. stavak 1. i 2. Uredbe 1303/13.

⁶¹ Članak 13. stavak 2. UEU-a.

⁶² Na temelju članka 109. UFEU-a samo je Vijeće ovlašteno donijeti sve odgovarajuće uredbe za primjenu članaka 107. i 108. UFEU-a, na prijedlog Komisije i nakon savjetovanja s Europskim parlamentom.

⁶³ Predmet Suda EU-a Kotnik i drugi C-526/14.

⁶⁴ Vidi više u: Daphne Barak-Erez: The doctrine of legitimate expectations and the distinction between the reliance and expectation interests, *European Public Law*, volume 11, issue 4, Kluwer Law International, 2005, str. 590-600.

povrede općih načela prava, poput jednakog postupanja ili zaštite legitimnih očekivanja, te da su i Europska komisija, a onda i zemlje članice u sustavu podijeljenog upravljanja, obvezane istim pravilima.

6. ANALIZA UPRAVNOSUDSKE PRAKSE RH

6. 1. Presuda Visokog Upravnog suda RH Usž-303/19-2

Predmet pred Visokim upravnim sudom vodio se povodom žalbe protiv presude Upravnog suda u Rijeci kojom je odbijen tužbeni zahtjev korisnika bespovratnih sredstava kao žalitelja, koji je tražio poništenje rješenja Ministarstva regionalnog razvoja i fondova EU-a kao tuženika, a kojim je odbijen prigovor korisnika izjavljen na postupanje Hrvatske agencije za malo gospodarstvo, inovacije i investicije kao posredničkog tijela razine 2.

Naime žalitelj kao korisnik bespovratnih sredstava sklopio je ugovor o dodjeli bespovratnih sredstava s Ministarstvom poduzetništva, gospodarstva i obrta kao posredničkim tijelom razine 1 te Hrvatskom agencijom za malo gospodarstvo, inovacije i investicije kao posredničkim tijelom razine 2, kojim se korisniku dodjeljuju sredstva iz ESI fondova iz financijskog razdoblja 2014.-2020. i sastavni dio kojega su i opći uvjeti koji se primjenjuju na ugovore financirane iz istog izvora financiranja.

Slijedom kontrole tog ugovora od strane tijela u sustavu upravljanja i kontrole, uključujući i kontrole podataka danih prilikom sklapanja ugovora, utvrđena je nepravilnost po osnovi koje je korisniku dostavljena obavijest o utvrđenoj nepravilnosti. Tom je prilikom on obaviješten o namjeri jednostranog raskida ugovora zbog postojanja pretpostavki za raskid ugovora.

Rješenjem Ministarstva regionalnog razvoja i fondova EU-a, koje je prvostupanjski sud potvrdio svojom presudom, odbijen je prigovor žalitelja na obavijest o utvrđenoj nepravilnosti u kojem se to tijelo poziva na odredbu članka 122. Zakona o općem upravnom postupku (Narodne novine broj 47/09). Tom je odredbom propisano da se prigovor izjavljuje čelniku tijela ako istim Zakonom nije drukčije propisano te da se protiv rješenja drugostupanjskog tijela o prigovoru može pokrenuti upravni spor.

Visoki upravni sud nije se složio sa stajalištem prvostupanjskog suda. Isti sud smatra da je u konkretnom slučaju žalitelj protiv navedene obavijesti o utvrđenoj nepravilnosti podnio podnesak pod nazivom prigovor te ga nije uputio čelniku tijela, već samom tijelu, koje prigovor nije riješilo, već ga je riješio čelnik toga tijela. Isti sud upućuje na članak 29. Općih uvjeta istog ugovora, iz kojeg proizlazi da je predviđeno mirno rješavanje spora, koji može pokrenuti bilo koja strana, međutim ukoliko postupak sporazumnog rješavanja spora nije uspio, prema stavku 2. istog članka svaka stranka može drugim strankama uputiti pisanu obavijest, a u slučaju neuspjeha tih postupaka svaka strana može pokrenuti spor pred nadležnim sudom u RH.

Predmetni Sud zaključno navodi da se u konkretnom slučaju ne radi o postupku povodom prigovora čelniku na obavijest u svezi s postupanjem upravnih tijela, već o postupku kojim jedna ugovorna strana obavještava drugu ugovornu stranu da ne ispunjava uvjete iz ugovora, zbog čega se isti ugovor mogao jednostrano raskinuti. Sud zaključuje da to nije predmet upravnog spora ni upravnih postupaka, već se rješava u postupku pred redovnim sudom, dok se prigovor žalitelja može rješavati u okviru postupka sporazumnog rješavanja spora, koji se ne rješava u upravnom postupku.

6. 2. Presuda Upravnog Suda u Rijeci 5 Usl-1540/2018-8

U predmetnom sporu osporavanim rješenjem Ministarstva regionalnog razvoja i fondova EU-a kao tuženika u ovom sporu odbijen je prigovor tužitelja izjavljen na postupanje Središnje agencije za financiranje i ugovaranje programa Europske unije povodom obavijesti o utvrđenim nepravilnostima.

Predmetni sud utvrđuje da među strankama nije sporno da je tužitelj kao korisnik bespovratnih sredstava sklopio ugovor o dodjeli bespovratnih sredstava sa Središnjom agencijom za financiranje i ugovaranje projekata Europske unije kao PT2 i Ministarstvom regionalnog razvoja i fondova EU-a kao PT1, na osnovi kojeg su mu iz Europskog fonda za regionalni razvoj trebala biti isplaćena bespovratna sredstava. Sud utvrđuje da je tim ugovorom obuhvaćeno i financiranje radova koji su bili predmet postupka javne nabave, da su sastavni dio tog ugovora opći uvjeti koji se primjenjuju na projekte financirane iz ESI fondova, da je PT2 proveo kontrolu podataka u vezi s predmetnom javnom nabavom, da je PT2 izvijestio tužitelja o utvrđenim nepravilnostima dostavom obavijesti te da je tužitelj protiv te obavijesti izjavio prigovor, o kojem je Ministarstvo regionalnog razvoja i fondova EU-a odlučilo pobijanim rješenjem, pri čemu se pozvalo na odredbu članka 122. Zakona o općem upravnom postupku (Narodne novine broj: 47/09).

U ovom je predmetu Upravni sud u Rijeci poništio rješenje Ministarstva regionalnog razvoja i fondova EU-a zaključivši da, sukladno pravnom shvaćanju Visokog upravnog suda zauzetom u presudi Usž-303/2019-2, iz predmetnog činjeničnog stanja proizlazi da se u konkretnom slučaju ne radi o postupku povodom prigovora čelniku na obavijest u svezi s postupanjem upravnih tijela, već o postupku kojim jedna ugovorna strana obavještava drugu da ne ispunjava uvjete iz ugovora, zbog čega bi se spor mogao jednostrano raskinuti, što nije predmet upravnih postupaka ni upravnog spora, već se rješava u postupku pred redovnim sudom, dok se prigovor tužitelja može rješavati u okviru postupka sporazumnog rješavanja spora, što se ne rješava u upravnom postupku.

7. ANALIZA PRAKSE SUDA EUROPSKE UNIJE

7. 1. Presuda Suda EU-a C-260/14 i C-261/14 - spojeni predmeti Județul Neamț i Județul Bacău EU

U predmetnom slučaju Sud EU-a naglasio je da se Uredbom br. 2988/95 utvrđuju samo opća pravila o provjerama i kaznama u svrhu zaštite financijskih interesa Unije te da vraćanje nepravilno korištenih sredstava treba izvršiti na temelju pravila obuhvaćenih važećom sektorskom Uredbom 1083/2006. Sud je utvrdio da uredbe br. 2988/95 i br. 1083/2006 čine dio istog sustava koji jamči dobro upravljanje sredstvima Unije i zaštitu njezinih financijskih interesa te da pojam „nepravilnost” u smislu članka 1. stavka 2. Uredbe br. 2988/95 i članka 2. točke 7. Uredbe br. 1083/2006 zahtijeva ujednačeno tumačenje.

Sud navodi da su zadaci upravljanja, praćenja i kontrole pojedinačno navedeni u glavi VI. Uredbe br. 1083/2006, dok su oni koji se odnose na financijsko upravljanje predmet odredbi u glavi VII. te Uredbe, pri čemu poglavlje 2. te glave uređuje financijske ispravke, te da iz njih proizlazi da države članice moraju na prvome mjestu, ovisno o slučaju, provesti zahtijevane financijske ispravke i tako nadzirati da su operacije sukladne svim važećim pravilima na razini Unije te na nacionalnoj razini. Sud EU-a smatra da je svrha pravila ustanovljenih u okviru te Uredbe prije svega osigurati pravilno i učinkovito upravljanje sredstvima iz strukturnih fondova radi zaštite financijskih interesa Unije te pojam „nepravilnost” iz članka 2. točke 7. Uredbe br. 1083/2006 i članka 1. stavka 2. Uredbe br. 2988/95 treba tumačiti na način da se odnosi i na povrede odredbi nacionalnog prava koje se primjenjuju na operacije financirane sredstvima iz strukturnih fondova.

Svojim drugim pitanjem Sud koji je uputio zahtjev pita treba li članak 98. stavak 2. prvi podstavak drugu rečenicu Uredbe br. 1083/2006 tumačiti na način da financijski ispravci država članica, u slučaju kad se oni primjenjuju na troškove koji se sufinanciraju iz strukturnih fondova zbog nepoštovanja odredbi o provedbi postupka javne nabave, predstavljaju upravne mjere u smislu članka 4. Uredbe br. 2988/95 ili, naprotiv, da predstavljaju upravne kazne u smislu članka 5. točke (c) navedene Uredbe.

Sud je prvo istaknuo da se financijski ispravci koje države članice moraju provesti kada uoče nepravilnosti u vezi s operacijama ili operativnim programima, sukladno tekstu članka 98. stavka 2. prvog podstavka Uredbe br. 1083/2006, sastoje od ukidanja cjelokupnog ili dijela javnog doprinosa za dotični operativni program. Nadalje, isti je sud utvrdio da iz samog teksta navedene odredbe, čitanog zajedno s člankom 4. stavkom 1. prvom alinejom Uredbe br. 2988/95, proizlazi da je cilj financijskih ispravaka koje države članice moraju provesti kada uoče nepravilnosti u vezi s operacijama ili operativnim programima, ostvarivanje povrata neosnovano stečene pogodnosti od dotičnih gospodarskih subjekata, osobito putem obveze naknade nepravilno isplaćenih iznosa.

Konačno, Sud utvrđuje da je već u više navrata pojasnio da obveza vraćanja pogodnosti koja je neosnovano stečena protupropisnim ponašanjem ne predstavlja sankciju, nego je jednostavno posljedica utvrđenja da traženi uvjeti za stjecanje pogodnosti koja proizlazi iz propisa Unije nisu bili ispunjeni, zbog čega je stečena pogodnost neosnovana. Stoga Sud zaključuje da članak 98. stavak 2. prvi podstavak drugu rečenicu Uredbe br. 1083/2006 treba tumačiti na način da su financijski ispravci država članica, u slučaju kad se oni primjenjuju na troškove koji se sufinanciraju iz strukturnih fondova zbog nepoštovanja odredbi o provedbi postupka javne nabave, upravne mjere u smislu članka 4. Uredbe br. 2988/95.

7. 2. Presuda Suda EU-a 408/16 - *Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România*

Prema shvaćanju Suda EU-a u predmetnom slučaju europski fondovi namijenjeni su samo financiranju operacija koje su usklađene s odredbama Ugovora i akata koji su doneseni u skladu s njima te je upravljačko tijelo dužno osigurati da operacije odabrane za financiranje budu u skladu s važećim pravilima Unije i nacionalnim pravilima tijekom cijelog razdoblja njihove provedbe, budući da se radi o pravilima sustava koji jamči dobro upravljanje sredstvima Unije i zaštitu njezinih financijskih interesa. Iz istog shvaćanja slijedi da je cilj Europske unije financirati putem svojih fondova samo projekte koji su u cijelosti u skladu s njezinim pravom, uključujući i pravila primjenjiva u području javne nabave.

U predmetnom slučaju Sud navodi da nije sporno da je u svrhu pretkvalifikacije ponuditelja javni naručitelj i korisnik bespovratnih sredstava poštovao pravila nacionalnog prava, pri čemu je primijenio pretkvalifikacijske kriterije strože od onih primjenjivih prema važećoj javnonabavnoj direktivi EU-a. No za postupak javne nabave poput onog o kojem je riječ u glavnom postupku, u okviru kojeg su primijenjeni stroži kriteriji od onih navedenih u važećoj Direktivi 2004/18, što upućuje na to da je njihov učinak bio taj da ograniče krug sudionika u postupku javne nabave o kojem je riječ u glavnom postupku, Sud EU-a zaključio je da se ne može smatrati da je taj postupak u potpunosti proveden u skladu s pravom Unije.

Nastavno na definiciju nepravilnosti koja je također bila predmet istog spora Sud EU-a zauzeo je shvaćanje da kršenje prava Unije predstavlja „nepravilnost” u smislu primjenjive odredbe sadržane u članku 2. točki 7. Uredbe br. 1083/2006 samo ako šteti ili bi moglo naštetiti općem proračunu Unije tako da tereti opći proračun neopravdanim izdatkom. Stoga je Sud presudio da takvu povredu treba smatrati nepravilnošću samo u mjeri u kojoj kao takva može imati posljedice za proračun. No nasuprot tomu ne treba dokazati postojanje točno određene financijske posljedice. Isti je Sud zaključio da povreda pravila postupka javne nabave predstavlja „nepravilnost” ako se ne može isključiti mogućnost da je ta povreda utjecala na proračun predmetnog Fonda. Kada je riječ o pitanju opravdava li navedena nepravilnost primjenu financijskog ispravka, Sud EU-a

istaknuo je da je na državama članicama da u slučaju utvrđenja nepravilnosti izvrše financijski ispravak.

8. ZAKLJUČAK

Usklađenost operacija koje su financirane iz strukturnih fondova s pravom Unije i primjenjivim nacionalnim pravom proizlazi kao temeljno načelo koje uređuje prihvatljivost operacije za financiranje iz europskih sredstava. To je razvidno iz općih pravila i načela Uredbe 2988/95, odredbi sektorskih pravila Uredbe 1303/13 te Financijske uredbe 1046/18, a isto načelo uključeno je i u odredbe sklopljenih ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava.

U skladu s istim načelom svaka operacija koja je financirana iz strukturnih fondova i svaki pripadajući izdatak moraju biti sukladni zakonodavstvu Unije i usklađeni s politikama i mjerama zakonodavca Unije i u skladu s primjenjivim nacionalnom zakonodavstvom.

Naime cilj tih pravila jest osigurati zakonsku i pravilnu uporabu strukturnih fondova na način da se s jedne strane zaštite financijski interesi Unije, a s druge strane zajamči učinkovita provedba operativnih programa. On se može ostvariti samo ako se bespovratna sredstva dodijeljena iz strukturnih fondova odnose na djelovanja i izdatke čija se zakonitost ne može osporiti ni prema pravu Unije ni prema nacionalnom pravu.

Iz istog razloga, ako u okviru provedbe sklopljenih ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava, kao izvršenja operacije koja je sufinancirana iz strukturnih fondova, korisnik fondova ne poštuje zadana pravila primjenjivog prava, isto djelovanje može predstavljati „nepravilnost” u smislu Uredbe 2988/95, a osobito Uredbe 1303/13.

Slijedom tih pravila, a kako bi osigurale da se strukturni fondovi upotrebljavaju na učinkovit i pravilan način, države članice dužne su uspostaviti djelotvorne sustave upravljanja i kontrole, koji mogu zajamčiti da je korisnik fondova ispunio obveze koje mu daju pravo na dobivanje predviđene financijske potpore u skladu s pravom Unije i mjerodavnim nacionalnim pravom.

Države članice stoga su dužne u cijelosti ili djelomično prekinuti financiranje iz europskih sredstava kada utvrde povrede u primjeni propisa Unije ili nacionalnog zakonodavstva, a obzirom na to da je usklađenost operacije s važećim odredbama EU-a i nacionalnim odredbama uvjet prihvatljivosti operacije za financiranje.

Financijski ispravci koje su države članice u tom smislu dužne utvrditi ujedno su namijenjeni ponovnoj uspostavi stanja gdje su svi izdaci koji su predmet zahtjeva za sufinanciranje iz strukturnih fondova zakoniti i pravilni te usklađeni s pravilima i propisima koji važe na nacionalnoj razini i razini Unije, te se sastoje u ukidanju cjelokupnog ili dijela javnog doprinosa, uzimajući u obzir prirodu i težinu nepravilnosti i financijski gubitak fondova.

Ima li država članica u tom kontekstu utvrđivati financijske korekcije samostalno ili je dužna pridržavati se Odluke Europske komisije o smjernicama s propisanim stopama financijskih korekcija, smatram da ne bi trebalo biti sporno.

Naime mjere imaju biti usklađene i moraju osigurati jednako postupanje, a isto proizlazi i iz odredbi primarnog zakonodavstva EU-a i iz Uredbi kao izravno primjenjivih akata sekundarnog zakonodavstva EU-a. To proizlazi i iz prakse Suda EU-a, koji je u više navrata upućivao na obvezu usklađenog djelovanja u osiguranju zdravog financijskog upravljanja i osiguranja da sva djelovanja financirana sredstvima EU-a budu sukladna primjenjivom pravu te da su države članice u prvom redu odgovorne za istu zaštitu.

Slijedom odredbi Ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava korisnik je upućen na poštivanje odredbi koje reguliraju njegove obveze u korištenju sredstava EU-a u odnosu na odredbe prava EU-a i primjenjivog nacionalnog prava te prava različitih tijela u sustavu da provode kontrolu radi provjere usklađenosti njegova postupanja u provedbi istog ugovora.

Da li se pritom, kod utvrđenja nepravilnih postupanja, radi o kršenju odredbi Ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava, odnosno obveza iz obveznopravnog odnosa s jasnim odnosima ugovornih strana, koje obveze korisnika počivaju na odredbama prava koje kroz odredbe istog ugovora reguliraju isto korištenje, ili se radi o postupanju javnopravnog tijela prema drugoj ugovornoj strani čije obveze proizlaze iz upravnog akta kojim su dodijeljena ista sredstva i mjerama koje je javnopravno tijelo temeljem svoje odgovornosti dužno primijeniti, pa je na temelju tih obveza odnos druge ugovorne strane ipak stavljen u odnos subordiniranosti, smatram da ipak ne bi trebalo biti sporno. No to zahtijeva izmjenu pravne regulacije istog pitanja.

Naime razvidno je da je Visoki upravni sud zauzeo shvaćanje da se prema odredbama ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava radi o ugovoru građanskog prava, kao i da se prema odredbama nacionalnog prava koje određuju pravni sustav upravljanja bespovratnim sredstvima taj ugovor ne može izrijeком odrediti kao upravni ugovor. No tumačenjem svrhe u ovom radu opisanih normi i odgovornosti sustava upravljanja i kontrole te funkcija i odgovornosti istih tijela kao ugovornih stranaka prema sadašnjem uređenju ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava pravna priroda tog ugovora ipak upućuje na elemente upravnog ugovora.

Stoga ista otvorena pitanja upućuju na potrebu zakonske regulacije postupka dodjele i jasnog određenja pravne prirode ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava, čemu bi trebalo prethoditi posebno znanstveno istraživanje isključivo teme upravnopravne i građanskopravne prirode ugovora i svih ključnih elemenata koji tu prirodu određuju.

Takvo jasno određenje pravne prirode ugovora nužna je pretpostavka i za jasno uređenje ugovornih odnosa i za ostvarenje učinkovite pravne zaštite korisnika kroz postupke koji su unaprijed određeni. To je nužno i za osiguranje načela zaštite legitimnih očekivanja i

pravne sigurnosti za korisnike bespovratnih sredstava u sustavu kompleksne regulative EU-a i nacionalnog prava te složenog sustava nacionalnih tijela s različitim ulogama i odgovornostima.

**THE LEGAL AND INSTITUTIONAL FRAMEWORK OF DETERMINING FINANCIAL
CORRECTIONS ON EXPENDITURE IN CROATIA
FINANCED BY THE EUROPEAN UNION**

This paper analyses the legal basis by which the Republic of Croatia, like other Member States that operate within the framework of the shared management of EU budget funds, identifies irregularities caused by violations of the given rules in using EU grants. The author presents the legal framework within which the grant management system operates, analyses the shared management system, as well as the system of Common National Rules as the national legal framework regulating the grants management and control system prescribed by EU law and whose efficient operation is a prerequisite for using EU grants. In the last part of the paper, the author presents an analysis of the administrative case law in the Republic of Croatia and of the legal opinions of the Court of Justice of the EU on the matter of irregularities and the obligation to apply financial corrections to procedures identified as contrary to EU law and to the applicable national law, as administrative measures that competent bodies governed by public law conduct as part of the management and control system to protect the EU budget. Finally, the author expresses her own views on the obligation of applying EC Decisions in this determination.

Keywords: shared management, protection of the budget, irregularity

Ljiljana Mavračić Tišma, Ministry of Regional Development and EU Funds, attending a postgraduate (doctoral) university study programme in Public Law and Public Administration at the Faculty of Law of the University of Zagreb