

Godina XXIV

2022.

ISSN 1450-7986

UDK 34: 061.1(4)

REVIJA ZA EVROPSKO PRAVO

Godišnji časopis Udruženja za evropsko pravo

Glavni i odgovorni urednik

Jelena VUKADINOVIĆ MARKOVIĆ

Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac

Izdavač / Publisher

Udruženje za evropsko pravo, 34000 Kragujevac

Za izdavača / For the publisher

Akademik prof. dr Radovan D. Vukadinović

Redakcija / Editorial Board

Miloš Baltić (Beograd), prof. dr Aleksandar Ćirić (Pravni fakultet u Nišu), dr Duško Lopandić (Beograd), dr Miroslav Paunović (Beograd), prof. dr Vuk Radović (Pravni fakultet u Beogradu), prof. dr Maja Stanivuković (Pravni fakultet u Novom Sadu), akademik prof. emeritus dr Mirko Vasiljević (Pravni fakultet u Beogradu), prof. dr Slobodan Samardžić (Fakultet političkih nauka u Beogradu), akademik prof. dr Radovan D. Vukadinović (Pravni fakultet u Kragujevcu).

Međunarodna redakcija / International Editorial Board

Prof. dr Rajko Knez (Slovenija), prof. dr Nevenko Misita (Bosna i Hercegovina), akademik prof. dr Vitomir Popović (Republika Srpska), akademik prof. dr Zoran Rašović (Crna Gora), akademik prof. dr Joseph Straus (Nemačka), prof. dr Siniša Rodin (Hrvatska), prof. dr Allan Tatham (Engleska), prof. dr Darko Samardžić (Nemačka), prof. dr Takis Tridimas (Engleska).

Osnivač i počasni glavni urednik / Founder and honorary editor in chief

Akademik prof. dr Radovan D. Vukadinović

Glavni i odgovorni urednik / Editor in chief

doc. dr Jelena Vukadinović Marković, Institut za uporedno pravo u Beogradu

Urednik / Editor: doc. dr Jovan Vujičić, Pravni fakultet, Univerzitet u Kragujevcu

Sekretar / Secretary: Aleksandra Višekruna, Institut za uporedno pravo u Beogradu

Tiraž / Circulation: 300 primeraka

Štampa / Print: Interprint, Kragujevac

Prilozi objavljeni u časopisu referisani su u bazama / Abstracting and indexing:

Central and Eastern European Online Library (CEEOL), HeinOnline Law Journal Library, Kooperativni online bibliografski sistem i servisi (COBISS).

Adresa uredništva / Address of the Editorial Board

Milovana Glišića 13, 34000 Kragujevac, Srbija; e-mail: revija@pravoeu.org

Radovi podležu anonimnoj recenziji. Radovi svrstani u rubriku „članci“ se tretiraju kao izvorni naučni radovi, a oni svrstani u rubriku „prilozi“, kao stručni radovi.

Časopis izlazi jednom godišnje.

Časopis se objavljuje uz podršku Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

Predlog za citiranje: REP XXIV(2022).

U elektronskom formatu Revija je dostupna na: <http://www.revija.pravoeu.org>

REVIJA ZA EVROPSKO PRAVO

Godišnji časopis Udruženja za evropsko pravo

Godina XXIV

2022.

SADRŽAJ

ČLANCI

Duško Lopandić	Poljski izazov - načelo nadređenosti u pravu EU i praksa ustavnih sudova država članica	5
Marijana Mladenov Tamara Stuparski	Human rights approach to internet access with a special emphasis on the case-law of the European court of human rights	23
Vitimir Popović Njegoslav Jović	Nivo harmonizacije propisa Bosne i Hercegovine sa pravom Evropske unije i Svjetske trgovinske organizacije	39
Miloš Stanić	Sudski saveti u Holandiji i Belgiji	57
Milena Momčilov	Pravni režim osiguranja depozita u pravu Evropske unije - od ideje do (ne)realizacije	71
Aleksandra D. Višekruna	Pristup finansijskom tržištu Evropske unije putem režima ekvivalentnosti - novi pravci razvoja instituta u svetlu Brexit-a	99

REVIEW OF EUROPEAN LAW

Annual Review of the Association for European Law

Volume XXIV

2022

CONTENTS

ARTICLES

Duško Lopandić	Polish challenge – the principle of primacy in EU law and the practice of the constitutional courts of the Member States	5
Marijana Mladenov Tamara Staparski	Human rights approach to internet access with a special emphasis on the case-law of the European court of human rights	23
Vitomir Popović Njegoslav Jović	The level of harmonization of the regulations of Bosnia and Herzegovina with the law of the European Union and the World Trade Organization	39
Miloš Stanić	Judicial councils in the Netherlands and Belgium	57
Milena Momčilov	The deposit insurance system in the EU legislation – from idea to (non)realization	71
Aleksandra D. Višekruna	Access to the EU financial market via equivalence – new developments in the light of Brexit	99

ČLANCI I RASPRAVE

Duško Lopandić*

UDK 342.4(4-6EU)
str. 5-21.

POLJSKI IZAZOV – NAČELO NADREĐENOSTI U PRAVU EU I PRAKSA USTAVNIH SUDOVA DRŽAVA ČLANICA

Apstrakt

Načelo nadređenosti (provenstva, superiornosti) prava EU u odnosu na nacionalne norme predstavlja, uz načelo direktnog dejstva, jedno od glavnih načela pravnog sistema Evropske unije koje je razvijeno u praksi Suda Evropske unije. Primenom ovog načela obezbeđuje se pravna usklađenost i uravnotežena primena komunitarnog prava u svim državama Evropske unije. U članku se razmatra pitanje primene načela nadređenosti u praksi ustavnih sudova nekih država članica, a posebno Ustavnog suda Nemačke i Ustavnog suda Poljske. U zaključku članka se naglašava da trendovi u praksi ustavnih sudova idu u pravcu sve većeg relativizovanja, odnosno ograničavanja pitanja primene načela nadređenosti. Sve više ustavnih sudova država članica uslovljava primenu prava EU njegovom usklađenošću sa osnovnim načelima nacionalnih ustava. Ovo se pokazalo posebno drastično u nedavnoj presudi Ustavnog suda Poljske kojom je načelo nadređenosti prava EU praktično odbačeno i proglašeno neustavnim, što u širem smislu dovodi u pitanje i funkcionisanje i koherentnost celokupnog pravnog sistema EU, uključujući i pitanje vladavine prava.

Ključne reči: načelo nadređenosti, pravo EU, ustavni sudovi, Sud EU.

* Redovni profesor Univerziteta "Privredna akademija", Fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad, Srbija, e-mail: dulopand@yahoo.com.br.

Rad je primljen 30. avgusta 2022. godine, a prihvaćen za objavljivanje 6. septembra 2022. godine.

I Pojam i pravni razvoj načela nadređenosti u pravnom sistemu EU

Primenom ovog načela regulišu se odnosi između pravnih normi komunitarnog¹ prava, s jedne strane, i nacionalnih propisa država članica, s druge strane. Ove dve vrste normi deluju u jedinstvenom pravnom poretku država članica koji kontrolišu i tumače nacionalni sudovi, i čiji deo su i komunitarne norme koje postoje paralelno i "prožimaju" nacionalne pravne sisteme. Stoga se vrlo rano postavilo pitanje odnosa komunitarne i nacionalne norme u slučajevima kada dođe do njihove neusklađenosti, odnosno suprotstavljanja.

U čuvenom slučaju, *Costa v. ENEL* iz 1964. godine,² Sud je utvrdio doktrinu pravnog prvenstva, odnosno nadređenosti prava EEZ-a nad pravnim normama država članica: "*Za razliku od međunarodnih ugovora, Ugovor o EEZ-u je stvorio svoj vlastiti poredak koji je integrisan u nacionalne pravne poretke država članica od momenta kada je Ugovor stupio na snagu i, kao takav, on ima obavezujući efekat. Stvarajući Zajednicu neograničenog trajanja, koja ima svoje sopstvene organe, svoju pravnu ličnost i svoje pravne nadležnosti... države članice su ograničile svoja suverena prava i stvorile pravni poredak koji se primenjuje direktno na njihove državljane, kao i na njih same (...). Pravo nastalo iz ugovora, kao nezavisan izvor prava (...) ne može biti promenjeno nacionalnim propisima (...)*".

Iz načela o nadređenosti (primatu, prvenstvu) Sud EU je izveo i obavezu nacionalnih sudova da obezbede puno dejstvo pravila EU. To podrazumeva i obavezu i ovlašćenja nacionalnih sudova da po svojoj inicijativi odbiju primenu nekog nacionalnog propisa koji je suprotan normama EU, bez obzira da li je usvojen pre ili posle odgovarajućeg propisa Unije.³

Ovaj princip pravnog prvenstva kasnije je, presudom iz 1970. godine u slučaju *Internationale Handelsgesellschaft*, proširen i na odnos evropskog prava prema nacionalnim ustavima.⁴

¹ Pod komunitarnim pravom (od francuskog *communaute* - (evropska) Zajednica) podrazumevamo pravni poredak Evropske unije, odnosno ono što se u širem smislu naziva "*aquis communautaire*" - tj. pravne tekovine EU. Vid. V. Medović (ur.), *Pojmovnik EU, Delegacija EU*, Beograd 2018, 246.

² Case 6/64 *Costa v. ENEL* (1964), ECR 585 (1964).

³ R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac 2012, 156 i dalje.

⁴ Case 11/70, ECR 1125 (1972).

Presude *Costa v. ENEL, Internationale Handelsgesellschaft*, kao i prethodna presuda *Van Gend en Loos*,⁵ i one koje su sledile, predstavljale su revoluciju za pravnike, kao i za nacionalne pravne poretke država članica. Možda više nego bilo koja odluka Saveta ministara EU ili Komisije EU, presude Suda EU, odnosno način na koji je Sud tumačio odredbe Rimskih ugovora, *udahnule su život* u poredak EZ-a. Pravni poredak EZ-a nije predstavljao tek deo međunarodnog pravnog poretka. On je nešto novo i nešto drugo. Zahvaljujući sudijama iz Luksemburga, sistem EZ-a je postao *komunitarno pravo*⁶ – sistem specifičan, originalan, koji predstavlja istovremeno način na koji se regulišu odnosi među državama članicama, ali sadrži i pravna pravila koja *su deo nacionalnih pravnih poredaka*.

Presude Suda pravde su izazivale različite komentare, kritike ili kontroverze koje nisu sasvim prestale ni do danas. Države, odnosno njihove administracije nastoje da u međunarodnim odnosima u najvećoj mogućoj meri unapred kontrolišu obim obaveza koje preuzimaju, što u suštini nije slučaj u pravnom sistemu EU, kako zbog dinamičnog i evolutivnog karaktera procesa odlučivanja Evropske unije, tako posebno zbog posledica koje je tumačenje ugovora EU od strane Suda EU imalo na evoluciju komunitarnog prava.

Prilikom pregovora o Ugovoru o ustavu EU (koji nikada nije stupio na snagu) a zatim tokom pregovora o ugovoru o EU iz Lisabona (2009) pojavila se inicijativa da se prihvati kodifikacija osnovnih načela prava EU koja je proglasio Sud EU (poput direktnog dejstva i načela nadređenosti), odnosno da ova načela budu eksplicitno uključena u ugovor. Do toga ipak nije došlo usled rezervisanosti pojedinih država članica. Ipak, uz završni akt konferencije na kojoj je usvojen ugovor iz Lisabona (13. 12. 2007) priložena je deklaracija br. 17 o načelu nadređenosti (prvenstva, suprematije) u kojoj se kaže da "*Konferencija podseća na to da, u skladu sa ustaljenom sudskom praksom Suda pravde Evropske unije, Ugovori i pravo koje je Unija usvojila na osnovu*

Ugovorâ imaju suprematiju (prvenstvo) nad pravom država članica, pod uslovima utvrdjenim u pomenutoj sudskoj praksi". Uz ovaj stav, priloženo je i mišljenje pravne službe Saveta EU od 22. 6. 2007. godine u kome se kaže: "*Prema sudskoj praksi Suda pravde, suprematija (prvenstvo) prava EZ je osnovno načelo prava Zajednice. Prema mišljenju Suda, ovo načelo je svojstveno posebnoj prirodi Evropske zajednice (...)*".

⁵ Case 26/62, (1963) ECR 1.

⁶ L. Cartou, *Communautés européennes*, Dalloz, Paris 1979, 667.

Gornji slučaj potvrđuje da su države članice EU s jedne strane odustale od ideje da se osnovna načela koja je proklamovao SEU "uklešu u kamen", odnosno usvoje kao ugovorne obaveze, ali ih, s druge strane, ipak nisu suštinski dovele u pitanje. Treba ukazati da se ovo desilo u periodu (sredina prve decenije ovog veka) kada je federalistički dinamizam u razvoju Evropske unije došao u krizu, nakon neuspjeha u postupku usvajanja ugovora o Ustavu EU.⁷

Kada su u pitanju nacionalni sudovi, kako to ističe R. Vukadinović, oni nisu odmah i u potpunosti prihvatili proklamovano načelo nadređenosti prava EU u odnosu na nacionalne propise.⁸ Ove rezerve su bile posebno jake – a neke od njih su ostale sve do danas – u slučaju kolizije komunitarnog prava sa najvišim – ustavnim normama država članica, a posebno kada se radi o pitanjima kontrole poštovanja osnovnih ljudskih prava koja štiti nacionalni ustav. U tom smislu najviše sudske instance u pojedinim državama članicama, a u prvom redu ustavni sudovi poput Federalnog ustavnog suda Nemačke, a u novije vreme i Rumunije, Danske, Poljske i Mađarske, donosile su presude u kojima je u manjoj ili većoj meri odstupano od načela koja je proklamovao SEU. Kako je to istakla M. Klas (Claes): "*Apsolutna i bezuslovna verzija načela nadređenosti je samo verzija Evropske unije: to je stav koji proizlazi iz prava EU. Međutim, to nije bezuslovno prihvaćeno u državama članicama*".⁹

Decenije XXI veka predstavljaju period kada na razne načine (političke, ideološke i dr.) dolazi do preispitivanja suštine i ciljeva Evropske unije i odnosa i uloge država članica u okviru sistema EU. Pojava različitih "kriza", uključujući i izlazak jedne velike države članice iz EU (brexit Ujedinjenog Kraljevstva) uticala je u izvesnoj meri i na dinamiku prakse ustavnih sudova pojedinih država članica kada je u pitanju odnos prema načelu "nadređenosti" prava EU. Ovo načelo je posebno došlo u pitanje u presudama Ustavnog suda Poljske, a posebno u presudi K 3/21 od 7. 10. 2021.¹⁰ u kojoj je na posebno jasan način odbačeno ovo

⁷ Iako je ugovor o uspostavljanju ustava EU potpisan 29. 10. 2004. on nije nikada stupio na snagu nakon negativnih referenduma u Francuskoj i Holandiji, održanih u maju i junu 2005. godine.

⁸ R. Vukadinović, *op. cit.*, 156.

⁹ M. Claes, "The Primacy of EU Law in European and National Law" in *The Oxford Handbook of European Union Law* (ed. A. Arnulf, D. Chalmers), Oxford Press, 2015, 178.

¹⁰ Assessment of the conformity to the Polish Constitution of selected provisions of the Treaty on European Union, Ref. No. K 3/21, <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>.

načelo, kao i ustavnost pojedinih odredaba primarnog prava EU u odnosu na prevlađujuće norme poljskog ustava.

U nastavku ćemo ukazati na neka iskustva iz prakse ustavnih sudova pojedinih država članica kada je u pitanju primena načela nadređenosti propisa EU.

II EU i nacionalni ustavi - načelo nadređenosti i praksa ustavnih sudova pojedinih država članica EU: ustav kao "poslednja linija odbrane"

Za razliku od drugih nacionalnih sudova čiji se zadatak svodi, pojednostavljeno rečeno, na primenu, odnosno sprovođenje prava (bilo da se radi o nacionalnom ili komunitarnom pravu) ustavni sudovi su između ostalog nadležni da vode računa o usaglašenosti pravnih normi, uključujući one koje potiču iz međunarodnih pravila (pa time iz ugovora o EU) sa najvišim državnim aktom – ustavom.¹¹ Ustav jedne države uspostavlja politički i pravni poredak u državi. To je najviši pravni akt zasnovan na ideji nacionalnog suvereniteta i iz čije pravne snage proističu sve državne institucije i njihovi propisi. Ustav je taj koji u pravnom smislu potvrđuje i garantuje nacionalni suverenitet, kao osnov državnog poretka, uključujući položaj države kao nezavisnog i ravnopravnog entiteta u međunarodnoj zajednici, pa prihvatanje ideje da bilo kakva norma može biti "nadređena" ustavnoj normi predstavlja izuzetno osetljivo pitanje u praksi ustavnog sudstva.

Kada je u pitanju načelo nadređenosti prava EU, dobar deo ustavnih sudova država članica je utvrdio granice važenju ovog načela u pitanjima primene ustava, a u nekim, iako retkim slučajevima i potpuno odbacio ili ignorisao ovo načelo. U ovom procesu koji se komparativno posmatrano ne može smatrati posebno usklađenim (i u kome se praksa Ustavnog suda SRN pokazala posebno važnom) utvrđene su određene granice, odnosno rezerve u prihvatanju načela nadređenosti prava EU u odnosu na nacionalne ustave. U prvom periodu, ustavni sudovi su posebnu pažnju ukazivali zaštiti osnovnih (ljudskih) prava koja garantuje ustav. Osim toga, prema tumačenju nekih od ustavnih sudova, načelo nadređenosti prava EU ne može da utiče na tzv. "ustavni identitet", tj. na one suštinske elemente nacionalnog ustava koji garantuju vrhovni suverenitet nacije. Najzad, ustavni sudovi su često primenjivali i teoriju *ultra vires*, odnosno zasnivali svoj stav u nekim pitanjima koja su se ticala prava EU na zaključku da su institucije EU (uključujući u pojedinim slučajevima i Sud EU) prekršile granice svojih nadležnosti koje su im dodeljene ugovorom o EU od strane država članica.

¹¹ Vid., na primer, čl. 167 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021.

Posmatrano po državama članicama, Ustavni sud **Austrije** je prihvatio načelo nadređenosti prava EU, čak i u slučajevima kada se radi o sukobu normi sa odredbama austrijskog ustava.¹² Ipak, u austrijskoj pravnoj teoriji ističe se stav da načelo nadređenosti ne bi važno za pitanja koja obuhvataju tzv. "ustavni identitet" države.

U istom duhu Ustavni sud **Belgije**, u slučaju 62/2016 od 28. 4. 2016.¹³ istakao je da "član 34 Ustava Belgije nikako ne daje mogućnost da se na diskriminatoran način dovede u pitanje nacionalni identitet koji podrazumeva osnovne političke i ustavne strukture i osnovne vrednosti i koje su povezane sa zaštitom koju Ustav pruža pravnim subjektima". Ovaj načelni stav ne znači međutim, da belgijski ustavni sud dovodi u pitanje načelo nadređenosti prava EU, kako se to pokazalo u presudi 57/2021 od 22. 4. 2022. kojom je Sud poništio odredbe belgijskog zakona u vezi sa skupljanjem elektronskih podataka jer nije bio u skladu sa odgovarajućom presudom Suda EU.¹⁴

Stav Ustavnog suda **Češke** takođe sadrži, s jedne strane, prihvatanje načela nadređenosti prava EU, a s druge strane naglašava da ovo načelo ne može da utiče na "suštinu državnog suvereniteta Češke Republike ili na suštinske osobine demokratske države zasnovane na vladavini prava".¹⁵

Ustavni sud **Danske** je u više presuda naglasio da je prenos dela suvereniteta danske države na Evropsku uniju ograničen i da je u pitanjima kod kojih propisi EU ne poštuju granice prenesenih nadležnosti, Ustavni sud Danske, a ne Sud EU, taj koji će tumačiti pravo bez obzira da li je Sud EU već doneo presudu u pravnom pitanju koje razmatra Ustavni sud. U ovom slučaju radi se o primeni tzv. teorije *ultra vires* (tj. da institucije EU razmatraju pitanja za koja nisu nadležna). Ovo načelo Ustavni sud Danske je između ostalog ponovio u presudi koja se odnosila na Lisabonski ugovor o EU od 20. 2. 2013.¹⁶

¹² Prema N. Petersen, P. Waslicyk, *The primacy of EU Law and the Polish constitutional law judgment*, study, Directorate General for Internal Politics, European Parliament, June 2022, 38.

¹³ Cour constitutionnelle - arrêt n° 62/2016 du 28 avril 2016 - Strada lex.

¹⁴ N. Petersen, P. Waslicyk, *op. cit.*, 40.

¹⁵ Slučaj "kvote za šećer" Ustavnog suda Češke, br. 50/04 od 8. 3. 2006.

¹⁶ Presuda Ustavnog suda Danske br. 199/2012 od 20. 2. 2013. H. P. Olsen, *The Danish supreme Court's Decision on the Constitutionality of Denmark's ratification of the Lisbon Treaty*, *Common Market Law Review* 50(2013)5, 150.

U **francuskom** pravosudnom sistemu, dva vrhovna suda predstavljaju Ustavni sud (*Conseil constitutionnel*) – za redovne sudove – i Državni savet (*Conseil d'Etat*) – za upravne postupke. Državni savet dugo u praksi nije prihvatao načelo nadređenosti prava EU držeći se stava da upravni sudovi nemaju mogućnost da nadziru zakone koje je usvojila Nacionalna skupština. Državni savet je, s druge strane, odbio da razmatra presude Suda EU na osnovu načela *ultra vires*. Ustavni sud je, sa svoje strane, razvio koncept *ustavnog identiteta*, koji je prema nekim ocenama za sada ostao "načelan i nije često primenjivan u praksi".¹⁷ U slučaju presude Suda EU u vezi sa skupljanjem elektronskih podataka pozivajući se na činjenicu da Ustav sadrži obaveze sa ciljem "zaštite osnovnih nacionalnih interesa".¹⁸

Prihvatanje načela nadređenosti prava EU u **Italiji** je bilo nešto složenije. U početku je najviši italijanski sud odbio da prihvati nadređenost prava EU pa je tako izbegao da uputi prethodno pitanje Sudu EU pravdajući ovaj postupak tezom da su italijanski pravni poredak i poredak EZ nezavisni i paralelni pravni sistemi. Ipak, 1984. godine, italijanski Ustavni sud je presudio da, i pored toga što EU nema moć da poništava italijanske zakone, u slučajevima kada propisi EU i Italije regulišu istu oblast, italijanski sud treba da prihvati pravo EU.¹⁹

Možda je sudska praksa **nemačkog** Saveznog ustavnog suda (SUS) izazvala najviše interesa kada se radi o primeni konstitutivnih pravnih načela iz prakse SEU. Praksa SUS je imala određeni uticaj i na druge ustavne sudove nekih država članica.

Nemački Savezni ustavni sud (SUS) je prvobitno prihvatio da je SEU proglasio sistem EZ za "samostalni pravni sistem". Međutim, već 1974. godine ovaj sud je izjavio da u slučaju sukoba komunitarnog i nacionalnog prava Savezni ustavni sud SRN može odrediti granice nadležnosti prava EZ. U presudama *Solange I* i *II* iz 1974. i 1975. godine²⁰ Sud je naglasio da u pitanjima poštovanja ljudskih prava komunitarno pravo nije iznad odredaba nemačkog ustava, ali da je moguće prihvatiti evropsku zaštitu ovih prava ukoliko je ona u skladu sa nemačkim

¹⁷ N. Petersen, P. Waslicyk, *op. cit.*, 47.

¹⁸ C-511/18 *La Quadrature du Net*.

¹⁹ S. Hiks, *Politički sistem Evropske unije*, Službeni glasnik, Beograd 2007, 136.

ustavnim principima.²¹ U ključnoj presudi *Brunner* iz 1993. godine²² koja se odnosila na ustavnost ugovora iz Maastrichta, SUS je presudio da nemački Osnovni zakon ograničava prenos nadležnosti na EZ/EU, da je EU organizacija *sui generis*, a ne država zasnovana na demokratskim principima. SUS je stoga za sebe zadržao pravo da nadgleda obim nadležnosti EZ/EU i njihovu usklađenost u odnosu na Osnovni zakon SRN. Sud je ipak presudio da Nemačka može da ratifikuje ugovor iz Maastrichta, pošto nemački parlament zadržava pravo prenosa (i povlačenja) nadležnosti vlade SRN na organe EZ/EU. Ovo je još detaljnije razjašnjeno u presudi Ustavnog suda povodom ratifikacije ugovora iz Lisabona.²³ Zanimljivo je da je tom prilikom Sud hipotetično istakao da "Nemačka ne bi mogla da se uključi u Evropsku federalnu državu na osnovu Osnovnog zakona, nego bi morala da u takvom slučaju usvoji novi ustav".²⁴ SUS je ovom prilikom razradio tzv. teoriju "ustavnog identiteta" koji bi sadržao suštinska ustavna pitanja koja su otporna na efekte komunitarnog prava.

U poslednje vreme, Ustavni sud Nemačke je potvrdio stav iz svoje sudske prakse da je nadležan da ocenjuje legalnost primarnog i sekundarnog zakonodavstva EU, što predstavlja direktno suprotstavljanje stavovima SEU. Svojom presudom iz 2014. godine tokom finansijske krize, u pitanju koje se odnosilo na pitanje nadležnosti Evropske centralne banke - ECB (slučaj *OMT Program*)²⁵ Ustavni sud je istakao da program Evropske centralne banke "OMT" nije u skladu sa nadležnostima ECB. Ova presuda je obnovila široku debatu pravnih teoretičara u SRN i šire u EU na temu poštovanja načela nadređenosti komunitarnog prava, uključujući i isključivu nadležnost Suda EU da u krajnjoj instanci tumači propise EU.

U novijem slučaju iz 2020. godine (*dr Weiss* od 5. 5. 2020) došlo je do daljeg proširenja efekata pravnih stavova. SUS sud je u suštini objavio direktni "rat" Sudu EU, donoseći presudu koja formalno i sadržinski odstupa od komunitarnog

²¹ Prema C. White, *National Constitutional Courts and the EU The Evolution of the Conseil Constitutionnel and the Bundesverfassungsgericht*, Civitas, 2014, <https://www.civitas.org.uk/content/files/NationalConstitutionalCourtsandtheEU.pdf>.

²² BVerfG. Urteil vom 12. Oktober 1993, Az. 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155.

²³ BVerfGE 123, 267 - Lisbon Decision (Lissabon-Urteil).

²⁴ D. Grimm *et al.*, "European Constitutionalism and German Basic Law", in *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law* (ed. A. Albi, S. Bardutzky), Asser Press, Springer, Berlin 2019, 421.

²⁵ BVerfG - 2 BvR 2728/13.

prava. Presuda je naime objavljena nakon što je Sud EU usvojio prethodno mišljenje²⁶ koje je predstavljalo odgovor na pitanja od strane tog istog Saveznog ustavnog suda SRN. Slučaj se odnosio na praksu Evropske centralne banke tokom finansijske krize da uspostavi program otkupa državnih papira (*Public Sector Asset Purchase Programme – PSPP*)²⁷ u cilju stabilizacije finansijskog tržišta. U pomenutom prethodnom mišljenju SEU je zaključio da je ECB delovala u skladu sa svojim nadležnostima i ovlašćenjima i da nije bilo kršenja prava EU. Međutim, umesto da prihvati stav SEU, nemački Sud je zasnivajući se na stavu da je SEU delovao izvan svojih nadležnosti (*ultra vires*) doneo sopstvenu presudu u kojoj je usvojio suprotne zaključke: da je ECB delovala izvan ovlašćenja kao i to da Sud EU takođe nije na odgovarajući način tumačio pravo EU. Ovom presudom, nemački SUS je očigledno napravio iskorak od ranije prakse koja ipak nije tako drastično dovodila u pitanje pravne tekovine EU.²⁸

Evropska komisija je protumačila presudu iz slučaja *Weiss* Saveznog ustavnog suda u Karlsruheu (*Karlsruhe*) kao oblik kršenja odredaba ugovora o EU od strane Nemačke. U skladu sa ovim, pokrenula je redovni postupak protiv države članice koja ne poštuje propise Unije kako se to predviđa članom 258 Ugovora o funkcionisanju EU. Evropska komisija je u junu 2021. godine uputila "obrazloženo mišljenje", što predstavlja prvu fazu postupka iz člana 258.²⁹

Imajući u vidu da nemačka vlada ima vrlo ograničen uticaj na Savezni ustavni sud, ostaje otvoreno pitanje kako će se nastaviti ovaj otvoreni pravnički rat između dve visoke jurisdikcije. Nema sumnje da će ovaj spor imati šire posledice na stanje pravnog sistema, pa i na političku situaciju u Evropskoj uniji.³⁰ Kako je

²⁶ Case C-493/17 *Weiss* of 11 December 2018.

²⁷ Urteil vom 05. Mai 2020 - 2 BvR 859/15.

²⁸ U ovom smislu vid. zaključak P. Eleftheriadis, *The German Constitutional Court's Weiss judgment is a Failure of German Constitutionalism*, May 2020, Policy Brief No. 116/2020, ELIAMEP, Athens, https://www.eliamep.gr/wp-content/uploads/2020/05/NEW_PolicyPaper-No116-Pavlos-Eleftheriadis_REVISED-v-2-PE-15_05_20-.pdf. Za drugačiji stav zasnovan na teoriji "ustavnog pluralizma" vid. T. Capeta, *The Weiss/PSPP Case and the Future of Constitutional Pluralism in the EU* (October 1, 2020), <https://ssrn.com/abstract=3719419>; <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3719419>.

²⁹ June infringements package: key decisions, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_21_2743.

³⁰ German court ruling may mark the turning point towards EU's disintegration, <https://www.irishtimes.com/business/economy/german-court-ruling-may-mark-the-turning-point-towards-eu-s-disintegration-1.4252331>.

to istakao belgijski član Evropskog parlamenta *Guy Verhofstadt*: "Ako svaki ustavni sud svake države članice počne tumačiti šta Evropa može, a šta ne može, onda je to početak kraja."³¹

III Praksa Ustavnog suda Poljske – novi izazov za primenu načela nadređenosti u pravu EU

Za razliku od SUS Nemačke ili nekih drugih ustavnih sudova koji su načelo nadređenosti komunitarnog prava dovodili u pitanje u pojedinim konkretnim slučajevima, presuda Ustavnog suda Poljske od 7. 10. 2021. ide mnogo dalje jer u potpunosti odbacuje odredbe osnovnih ugovora o EU kao suprotne poljskom ustavu, kada je u pitanju tumačenje pravosudnih reformi u Poljskoj.

Ova presuda je donesena u kontekstu i kao posledica radikalnih promena u poljskom političkom i pravnom sistemu od 2015. godine, nakon dolaska na vlast desničarske i evroskeptične stranke "Zakona i pravde" (PiS). Poljska izvršna vlast je od tada sprovela niz pravosudnih reformi sa ciljem povećanja kontrole sudskih vlasti, posebno jačajući ulogu tzv. "disciplinskog odeljenja" ustavnog suda. Ove reforme su bile predmet razmatranja pred Sudom EU,³² koji je u nekoliko slučajeva zaključio da promene u Poljskoj utiču na nezavisnost i nepristrasnost sudova, čime se dovode u pitanje načela iz članova 2 i 19 Ugovora o EU (vladavina prava i obezbeđenje delotvorne pravne zaštite prava EU).³³ Ovim povodom SEU je usvojio i privremene mere čiji je cilj suspenzija odgovarajućih pravila o pravosuđu u Poljskoj. Imajući u vidu da Poljska nije primenila privremene mere, SEU je, na zahtev Evropske komisije, u oktobru 2021. godine usvojio odluku o finansijskim sankcijama protiv Poljske u iznosu od 1 milion evra dnevno.³⁴

³¹ Prema J. Tošić, Sud pravde EU kao poslednja nada za sunovrat vladavine prava u Poljskoj – poseban osvrt na pravosudnu reformu, *Evropsko zakonodavstvo*, XX(2021)75, 73.

³² Radi se o više slučajeva u periodu 2018-2021: Case C-441/17 *Commission v Poland (Białowieża Forest)*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17 April 2018; Case C-619/18 *Commission v. Poland (Independence of the Supreme Court)*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 June 2019; Case C-192/18 *Commission v. Poland (Independence of ordinary courts)*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 5 November 2019; Case C-791/19 *Commission v. Poland (Régime disciplinaire des juges)*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15 July 2021.

³³ Detaljnije o poljskim pravosudnim reformama vid. J. Tošić, *op. cit.*, 75-79.

³⁴ ECJ hits Poland with €1 million/day penalty for failing to comply with court order, <https://macmillan.yale.edu/news/ecj-hits-poland-eu1-millionday-penalty-failing-comply-court-order>.

Kao reakcija na presude Suda EU, predsednik Vlade Poljske je pokrenuo postupak pred poljskim Ustavnim sudom oko usklađenosti propisa EU sa poljskim ustavom. Mišljenjem o usklađenosti određenih odredbi Ugovora o EU sa poljskim Ustavom (K 3/21) Ustavni sud Poljske je istakao da su članovi 1 i 19 u vezi sa članovima 4 i 19 Ugovora o EU (na osnovu kojih je Sud EU izneo svoje stavove o određenim pravima i mogućnosti delovanja poljskih sudija) u suprotnosti sa Ustavom Poljske. Prema većini analiza, ova presuda poljskog Ustavnog suda predstavlja potpuno odbacivanje načela nadređenosti prava EU.³⁵

Navedena presuda Ustavnog suda Poljske predstavlja samo jedan od elemenata političko-pravnog nadmetanja koje se vodi između institucija EU u Briselu i Varšave još od 2015. godine i koja je imala trend eskalacije do momenta burnih geopolitičkih promena u Evropi, koje je uzrokovao rat u Ukrajini (24. februar 2022).

U reakciji od 7. 10. 2021. na presudu poljskog Ustavnog suda, Evropska komisija je ponovila da pravni poredak EU počiva na načelima nadređenosti komunitarnog prava i činjenici da su sve presude Suda EU obavezujuće za države članice, uključujući i za nacionalne sudove. Evropska komisija je potvrdila svoj institucionalni položaj "čuvara pravnih obaveza" koje proizilaze iz pravnih tekovina EU. U decembru 2021. godine Evropska komisija je pokrenula postupak protiv Poljske pred Sudom EU za nepoštovanje prava EU, kao posledicu presude Ustavnog suda Poljske.³⁶

Imajući u vidu drastičan pristup poljskog Ustavnog suda u presudi iz oktobra 2021. godine, ipak ne bi trebalo očekivati da ona ima onakav uticaj kakav je praksa nemačkog Saveznog ustavnog suda do sada imala na druge ustavne sudove, odnosno na proces uobličavanja evropskog pravnog sistema. U svom izveštaju o vladavini prava u državama članicama iz jula 2022. godine,³⁷ Evropska komisija je ponovo navela da Poljska nije uskladila strukturno pitanja nezavisnosti pravosudnog saveta (odnosno pitanje postavljanja i eventualnog sankcionisanja sudija) na koja su ukazali Sud EU i Sud za ljudska prava (Saveta Evrope) i da je i pored najava Poljske da će izvršiti određene promene u

³⁵ European Commission reaffirms the primacy of EU law, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_21_5142.

³⁶ EU starts legal steps against Poland over constitutional court ruling, <https://www.reuters.com/world/europe/eu-starts-legal-steps-against-poland-over-constitutional-court-ruling-2021-12-22/>.

³⁷ European Commission, 2022 *Rule of Law Report*, Luxembourg, 13. 7. 2022 COM(2022) 500 final.

pravosudnom sistemu, pitanje načina izbora i nadzora nad radom sudija i dalje sporno.

Spor između Evropske komisije i Poljske treba u prvom redu posmatrati u kontekstu ideološkog konflikta između zagovornika uloge država članica kao odlučujućih i krajnjih činilaca u procesu odlučivanja u EU, s jedne strane, i zagovornika daljeg procesa evropske integracije, s druge strane, koji u prvom redu insistiraju na "unitarnim" i vrednosnim aspektima EU, uključujući posebno i pitanje vladavine prava (onako kakvo je ono viđeno iz ugla klasičnog liberalizma i načela podele vlasti u državi, odnosno striktnog razdvajanja izvršne i zakonodavne od pravosudne vlasti). U ovom okviru, presuda poljskog Ustavnog suda K 3/21 predstavlja najdirektniji udar na klasične pravne temelje Evropske unije, onako kako ih tumače i zastupaju Sud EU, odnosno Evropska komisija. S druge strane, reakcije poljskih organa (Vlade, odnosno Ustavnog suda) mogu da se tumače kao i "poslednja linija odbrane" nacionalnog suvereniteta pred sve invazivnijim nastojanjem institucija EU da nadziru i utiču i na pitanja koja, načelno posmatrano, nisu direktno regulisana ugovorima o EU (poput npr. uređenja pravosudnog sistema država članica EU). U konkretnom slučaju, stavove evropskih institucija deli i većina drugih članica EU - a posebno onih starijih članica, poput SRN ili zemalja Beneluksa - što se takođe tumači ideološkim sukobom po liniji podele između "zapada" i "istoka" (zemlje Centralne i istočne Evrope) Evropske unije, odnosno otpora prema pojavi režima "neliberalne" demokratije.

IV Zaključak

Odavno je ukazano da je XXI vek postao vek različitih kriza Evropske unije koje su možda kulminirale sa brexitom - izlaskom Ujedinjenog Kraljevstva iz Unije. Pritisak krize je primetan i kada je u pitanju odnos prema nekim od glavnih okosnica evrointegracijskog projekta, poput evrozone (zaduženosti i privreda Italije i dr.), prihvatanja ideologije liberalnog političkog sistema i teme federalizacije EU (nasuprot populizmu i nacionalizmu, idejama neliberalne demokratije, pojavi političko-vrednosnih razlika između država članica po linijama zapad/istok), pravila o slobodi kretanja (funkcionisanje Šengenskog prostora tokom pandemije i odnos prema spoljnim migrantima), kao i odnosu prema pravnom sistemu EU, posebno u kontekstu primene načela nadređenosti prava EU.

Postavlja se pitanje da li je i funkcionisanje pravnog sistema EU, onako kako ga određuju ugovori EU i praksa Suda EU, došlo u krizu pod pritiskom naraslog nacionalizma u pojedinim državama članicama koji neminovno, osim političke sfere, prodiro i u druge državne institucije, uključujući i pravosuđe. U tom pogledu, posebno osetljivu ulogu imaju ustavni sudovi država članica, koji su,

više nego drugi delovi pravosudnog sistema posebno osetljivi i uticajni kada je u pitanju funkcionisanje državnog poretka, kao i artikulisanje nacionalnog pravnog sistema u kontaktu sa spoljnim činiocima.

Ne treba posebno isticati da pitanje primene načela nadređenosti prava EU ima suštinsku ulogu u održavanju koherencije celokupnog pravnog sistema Unije u svim njenim članicama. EU je specifična "zajednica prava". U ovom tekstu ukazali smo da postoje vrlo različite recepcije načela nadređenosti i primeri u praksi ustavnih sudova pojedinih država članica – od onih koji na neki način nastoje da usklade poštovanje najvišeg pravnog akta države sa primenom evropskih pravila, do ustavnih sudova koji na različite načine ograničavaju primenu načela nadređenosti (ustavna zaštita osnovnih prava, primena doktrine ustavnog identiteta, korišćenje načela *ultra vires* i sl.). Posebno je karakteristična praksa ustavnog suda SRN, koja ilustruje tendenciju promenjenog pristupa u primeni načela nadređenosti prava EU (uključujući i presude Suda EU).

Stoga se, posmatrano iz ugla prakse ustavnih sudova može zaključiti da u ovom momentu, u pitanjima odnosa komunitarnog prava i ustavnih normi ne postoji primena jedinstvenog načela nadređenosti, nego neka vrsta "pluralizma" u interpretacijama ovog načela od strane različitih ustavnih sudova.³⁸ Kako je istakla M. Klas, "*dok je načelo nadređenosti primenjeno u osnovnom nacionalnom zakonodavstvu u velikoj meri prihvaćeno, isto se ne može reći kada je u pitanju primena ustavnih pravila. U ovom slučaju, trendovi idu u suprotnom pravcu, pošto sve više država članica uslovljava primenu prava EU njegovom usklađenošću sa osnovnim načelima nacionalnih ustava.*"³⁹

Nedavna presuda Ustavnog suda Poljske otišla je međutim i mnogo dalje od bilo kog ustavnog suda drugih država članica. Njom je praktično u potpunosti odbačeno načelo nadređenosti prava EU, odnosno stavovi Suda EU kada je u pitanju njihov efekat na poljski pravosudni sistem. Ovim je poljski Ustavni sud uputio pravi izazov postojećem pravnom i institucionalnom sistemu EU. Ostaje da se vidi kako će biti razrešen ovaj vrlo ozbiljan političko-pravni sukob koji se razvio između institucija EU (Evropske komisije i Suda EU), s jedne strane i Vlade i Ustavnog suda Poljske, s druge strane, i koji bi mogao imati i mnogo šire efekte nego što je samo stanje u oblasti poljskog pravosuđa. Ipak, radikalnost presude poljskog Ustavnog suda u dobroj meri marginalizuje mogućnost

³⁸ Up. M. Claes, *op. cit.*, 186.

³⁹ *Ibid.*, 184.

njegovog šireg uticaja, za razliku od postojeće prakse Saveznog ustavnog suda SRN kada se radi o primeni načela nadređenosti prava EU.

Duško Lopandić*

Polish challenge – the principle of primacy in EU law and the practice of the constitutional courts of the Member States

Abstract

The principle of primacy (superiority) of EU law in relation to national norms represents, along with the principle of direct effect, one of the main principles of the legal system of the European Union, which has been developed in the practice of the Court of Justice of the European Union. Applying this principle ensures legal compliance and balanced application of law in all European Union states. The article examines the issue of the application of the principle of primacy in the practice of the constitutional courts of some member states, especially the Constitutional Court of Germany and the Constitutional Court of Poland. In the conclusion of the article, it is emphasized that the trends in the legal practice of constitutional courts are going towards increased relativization of the issue of the application of the principle of primacy. In fact, more and more constitutional courts of the member states condition the application of EU law on its compliance with the basic principles of national constitutions. This is particularly drastic in the recent ruling of the Constitutional Court of Poland, which virtually rejected the principle of primacy and declared it unconstitutional. This ruling in a broader sense calls into question the functioning and coherence of the entire EU legal system, including the issue of the rule of law.

Keywords: Primacy Principle, EU law, constitutional courts, EU Court.

* PhD, Full Time Professor, University Business Academy, Faculty of Law for Commerce and Judiciary in Novi Sad, Serbia.

Literatura

- Capeta, T. The Weiss/PSPP Case and the Future of Constitutional Pluralism in the EU (October 1, 2020), <https://ssrn.com/abstract=3719419>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3719419>.
- Cartou, L. *Communautés européennes*, Dalloz, Paris 1979.
- Medović, V. (ur), *Pojmovnik EU*, Delegacija EU, Beograd 2018.
- Claes, M. „The Primacy of EU Law in European and National Law“, in *The Oxford Handbook of European Union Law* (eds. A. Arnull and D. Chalmers), Oxford Press, 2015, 178-211.
- Grimm D. *et al.* „European Constitutionalism and German Basic Law“, in *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law* (eds. A. Albi and S. Bardutzky), Asser Press, Springer, Berlin 2019, 407-492.
- Eleftheriadis, P. The German Constitutional Court’s *Weiss* judgment is a Failure of German Constitutionalism, May 2020, Policy Brief No. 116/2020, ELIAMEP, Athens, https://www.eliamep.gr/wp-content/uploads/2020/05/NEW_PolicyPaper-No116-Pavlos-Eleftheriadis_REVISED-v-2-PE-15_05_20-.pdf.
- European Commission, *2022 Rule of Law Report*, Luxembourg, 13. 7. 2022 COM(2022) 500 final.
- Hiks, S. *Politički sistem Evropske unije*, Službeni glasnik, Beograd 2007.
- Lopandić, D. „Lisabonski ugovor i reforma Evropske unije“ u: *Vodič kroz pravo Evropske unije* (ur. B. Babić), IMPP, Službeni glasnik, Pravni fakultet, Beograd 2009.
- Lopandić, D. *Evropska integracija između nacije i globalizacije*, Arhipelag, Beograd 2018.
- Olsen, H. P. The Danish supreme Court’s Decision on the Constitutionality of Denmark’s ratification of the Lisbon Treaty, *Common Market Law Review* 50(2013)5, 1489-1504.
- Petersen, N., Waslicyk, P. The primacy of EU Law and the Polish constitutional law judgment, study, Directorate General for Internal Politics, European Parliament, June 2022, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2022\)734568](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2022)734568).

Tošić, J. Sud pravde EU kao poslednja nada za sunovrat vladavine prava u Poljskoj – poseban osvrt na pravosudnu reformu“, *Evropsko zakonodavstvo*, XX (2021)75, 73-89.

Vukadinović, R. *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac 2012.

White, C. *National Constitutional Courts and the EU The Evolution of the Conseil Constitutionnel and the Bundesverfassungsgericht*, Civitas, London 2014,
<https://www.civitas.org.uk/content/files/NationalConstitutionalCourtsandtheEU.pdf>.

Sudska praksa

Assessment of the conformity to the Polish Constitution of selected provisions of the Treaty on European Union, Ref. No. K 3/21,
<https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>

Cour constitutionnelle - arrêt n° 62/2016 du 28 avril 2016 - Strada lex.

BVerfG. Urteil vom 12. Oktober 1993, Az. 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155.

BVerfGE 123, 267 – Lisbon Decision (Lissabon-Urteil).

BVerfG - 2 BvR 2728/13.

Urteil vom 05. Mai 2020 - 2 BvR 859/15.

Case C-441/17 *Commission v Poland (Białowieża Forest)*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17 April 2018.

Case C-619/18 *Commission v. Poland (Independence of the Supreme Court)*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 June 2019

Case C-192/18 *Commission v. Poland (Independence of ordinary courts)*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 5 November 2019.

Case C-791/19 *Commission v. Poland (Régime disciplinaire des juges)*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15 July 2021.

Case 6/64 *Costa v. ENEL* (1964), ECR 585 (1964).

Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, ECR 1125 (1972).

Case 26/62 *Van Gend en Loos v Nederlandse Tariefcommissie*, (1963) ECR 1.

Case C-493/17 *Weiss* of 11 December 2018, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 11 December 2018.

Joined Cases C-511/18, C-512/18 and C-520/18 *La Quadrature du Net*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 October 2020.

Slučaj "kvote za šećer" Ustavnog suda Češke, br. 50/04 od 8. 3. 2006 (2006/03/08 - Pl. ÚS 50/04: Sugar Quotas III).

Presuda Ustavnog suda Danske br. 199/2012 od 20. 2. 2013.

Internet izvori

ECJ hits Poland with €1 million/day penalty for failing to comply with court order, <https://macmillan.yale.edu/news/ecj-hits-poland-eu1-millionday-penalty-failing-comply-court-order>.

EU starts legal steps against Poland over constitutional court ruling, <https://www.reuters.com/world/europe/eu-starts-legal-steps-against-poland-over-constitutional-court-ruling-2021-12-22/>.

European Commission reaffirms the primacy of EU law, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_21_5142.

German court ruling may mark the turning point towards EU's disintegration, <https://www.irishtimes.com/business/economy/german-court-ruling-may-mark-the-turning-point-towards-eu-s-disintegration-1.4252331>.

June infringements package: key decisions, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_21_2743.

Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021.

HUMAN RIGHTS APPROACH TO INTERNET ACCESS WITH A SPECIAL EMPHASIS ON THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Abstract

As one of the most important technological inventions, the internet has significant implications for human rights. These implications can be useful in terms of ensuring the protection of human rights. However, at the same time, advances in technical innovations raise major concerns about the possible influence on human rights. Concerning this fact, an additional challenge is referring to the question of whether it is necessary to address access to the internet as a human right. In 2011, the United Nations viewed internet access through the prism of human rights for the first time when the Human Rights Council adopted the Special Rapporteur's Report on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression. Since that moment, there has been an ongoing debate about whether we are witnessing the process of the recognition and operationalization of a new human right. Is the right to access the internet an autonomous right or it could be seen only as a part of existing human rights, primarily, in respect of freedom of expression? The paper will contribute to the ongoing discussion by providing analysis and insights into the main features related to the human rights approach to internet access with the special attention devoted to the framework of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The scope of the paper is to clarify whether the right to internet access can be assessed regarding effective protection primarily in front of the European Court of Human Rights.

* Associate Professor, Faculty of Law for Commerce and Judiciary in Novi Sad, Republic of Serbia,
e-mail: marijana.mladenov@privrednaakademija.edu.rs.

** Teaching Assistant, Faculty of Law for Commerce and Judiciary in Novi Sad, Republic of Serbia,
e-mail: tamara.staparski@pravni-fakultet.info.

Keywords: Internet access, human rights, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, freedom of expression.

I Introduction

Do you read this article in electronic or in the printed version of the journal? If you are reading online, do you consider the internet a privilege or a necessity? The answer to this question must be seen in the context of the fact that the COVID-19 pandemic has brought into perspective how luxury can turn into necessity overnight. Given the above fact, should access to the internet be seen as a universal entitlement that transforms the concept of this global medium from technology to a basic right?¹

The International Telecommunication Union of the United Nations estimates that approximately 3 billion people, or 37% of the global population, have never used the internet.² Even though the percentage of people who do not use the internet is not negligible, it still represents a primary mode of communication. Furthermore, as one of the most important technological inventions, the internet has significant implications for human rights. These implications can be useful in terms of ensuring the protection of human rights. However, at the same time, advances in technical innovations raise major concerns about the possible influence on human rights.³ Concerning this fact, an additional challenge is referring to the question of whether it is necessary to address access to the internet as a human right.

In the light of the above-mentioned facts, the article is divided into two main parts. The first part of the paper will provide an answer to the question of whether the right to internet access could be considered a human right? In addition, the second part will examine the current status of the protection of the right to internet access by the provisions of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter: ECHR) and based on standards provided by the jurisprudence of the European Court of

¹ M. Reglitz, *The Human Right to Free Internet Access*, *Journal of Applied Philosophy*, XXXVII (2020)2, 314-331.

² United Nation's International Telecommunication Union Development Sector, *Measuring digital development, Facts and Figures 2021*, <https://www.itu.int/itu-d/reports/statistics/facts-figures-2021/>, visited: 25. 4. 2022.

³ M. Mladenov, *Zaštita prava na privatnost u praksi Evropskog suda za ljudska prava*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, XLVII (2013)3, 576.

Human Rights (hereinafter: ECtHR). The scope of the paper is to clarify whether the right to internet access can be assessed regarding effective protection primarily in front of the European Court of Human Rights.

II Right to access the internet as a human right

There is no consensus in doctrine on whether internet access should be considered a human right. Some scholars support the concept of internet access as a basic human right following the principle of equal opportunity for all to participate in society and the fact that free of charge and public internet is necessary for the enjoyment of another human right.⁴ On the contrary, there is also a widely accepted thesis that the internet as a technological achievement "is not a right, but an enabler of rights".⁵ To provide a possible solution to the dilemma, it might be helpful to evaluate the right's effective formulation as well as its justiciability from international and constitutional perspectives.

In 2011, the United Nations acknowledged the human rights approach to internet access for the first time when the Human Rights Council adopted the Special Rapporteur's Report on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression. The Report viewed the internet access through the prism of human rights in the following manner:

"Given that the Internet has become an indispensable tool for realizing a range of human rights, combating inequality, and accelerating development and human progress, ensuring universal access to the Internet should be a priority for all States. Each State should thus develop a concrete and effective policy, in consultation with individuals from all sections of society, including the private sector and relevant Government ministries, to make the Internet widely available, accessible, and affordable to all segments of the population".⁶

Even though these remarks could be very significant from a theoretical and academic point of view, on the other hand, they have remained nothing more than a recommendation. Furthermore, the Human Rights Council adopted a

⁴ M. Reglitz, *op. cit.*, 314.

⁵ T. Oyedemi, Internet access as citizen's right? Citizenship in the digital age, *Citizenship Studies*, XIX(2015) 3-4, 2.

⁶ Special Rapporteur's Report on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, Frank La Rue, Human Rights Council, UN Doc. A/HRC/17/27, 16 May 2011, paragraph 85.

resolution in 2016 on the promotion, protection, and enjoyment of human rights on the internet, marking yet another significant step forward.⁷ The resolution did not, however, announce a new right; rather, it cited well-established rights, such as the right to freedom of expression, the right to freedom of peaceful assembly and association, and the right to education, for which the internet has become a vital means of realization.⁸ In this context, the recent resolution should be viewed as a step forward rather than a definitive declaration of a new right.

A similar perspective was adopted by the European Parliament in 2009.⁹ It saw the internet as an essential instrument for practicing freedom of expression as well as an important part of other fundamental rights, including respect for private life, freedom of association, freedom of the press, political expression and participation, non-discrimination, and education. In addition, the Universal Service Directive, known as Directive 2002/22 of the European Parliament and the Council, is one of the most comprehensive legal actions within the legal framework of the European Union on the subject.¹⁰ This Directive defines universal service as the provision of electronic telecommunications networks and the definition of a minimum set of high-quality, publicly available services to all end-users at a reasonable cost.¹¹ Directive 2002/22 was amended by the Directive 2009/136 which also defines the key substance of the right to internet access as a publicly available and affordable service. Furthermore, the European Electronic Communications Code (EECC) also includes standards relevant to the consideration of internet access as a human right. Article 100 of the EECC strives to prevent national restrictions on internet access or usage that restrict the enjoyment of the right provided by the Charter of Fundamental Rights of the European Union, while article 84 requires that all member states provide

⁷ UN General Assembly, The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet, 27 June 2016, A/HRC/32/L.20.

⁸ Ł. Szoszkiewicz, Internet Access as a New Human Right? State of the Art on the Threshold of 2020, *Adam Mickiewicz University Law Review*, 8(2018), 50.

⁹ Recommendation of 26 March 2009 to the Council on strengthening security and fundamental freedoms on the Internet, European Parliament, 2010 O.J. (C.117) E/206.

¹⁰ Council Directive 2002/21/EC, arts. 1 & 2, OJ L 108, 24. 4. 2002, p. 33-50 [hereinafter Universal Service Directive].

¹¹ Q. Qerimi, Bridge over Troubled Water: An Emerging Right to Access to the Internet, *International Review of Law*, (2017) 1, 18.

universal internet access.¹² This trend of imposing legal obligations to provide for universal internet access could be interpreted as an attempt to harmonize the implementation of a potential basic right to internet access at the EU level.

Internet access has already been proclaimed as a human right in some European countries such as Estonia, France, Greece, Spain, Finland, and Italy. The Estonian Parliament approved Telecommunications Act declaring internet access to be a fundamental human right in 2000.¹³ The French Constitutional Court concluded in June 2009 that internet connection is a fundamental right that may only be taken away by a court of law, while the same right was declared in Finland one year later.¹⁴ In 2015, the Declaration of Internet Rights was introduced in Italy, which explicitly recognized internet access as a fundamental right within Article 2 as follows: "access to the Internet is a fundamental right of all persons and a condition for their individual and social development".¹⁵ Even though this is a nonbinding document, it is generally seen as a positive development in the context of consecrating the human right to access the internet.

From the aforementioned examples, it appears that there is a trend in international law to view internet access as part of a right for all people to participate in the information society, which can be fulfilled by providing citizens with internet access. Finally, there is no clear justification for the existence versus the emergence of a universal human right to internet access under current practice.

III Right to internet access in the jurisprudence of the ECtHR

Due to the fact that the ECHR was adopted more than 70 years ago, it is quite understandable that it could not have taken into account the technological innovations of modern society. It is important to note that the ECHR contains broad norms and requirements that serve as a framework for governments to fill

¹² H. Mildebrath, Internet access as a fundamental right, Exploring aspects of connectivity, *European Parliamentary Research Service*, 2021, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU\(2021\)696170](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2021)696170), 37, visited 29. 4. 2022.

¹³ S. Tăbușcă, The internet access as a fundamental right, *Journal of Information Systems and Operations Management*, IV(2010) 2, 209.

¹⁴ *Ibid.*, 210.

¹⁵ T. Stephen, A human right to access the internet - problems and prospects, *Human Rights Law Review*, XIV (2014)2, 177.

in with their content. As a result, the challenges posed by technological advancements to the protection of human rights in the ECHR must be addressed by the ECtHR, whose mission, under Article 19, is to ensure adherence to the commitments made by the Parties in the Convention and Protocols. To respond to changes in legal or social concepts, ECHR rights must be assessed in the light of the notion that the ECHR is a living instrument that must be interpreted from the aspect of present-day conditions.

The following part of the paper will focus on the analysis of the main standards in the ECtHR case law regarding the right to internet access, outlining the specific nature of the implementation of classical rights in the above-mentioned context.

The jurisprudence of the ECtHR regarding access to the internet is mostly referring to the interpretation of Article 10 of the ECHR. In the first paragraph Article 10 provides freedom of expression in the following manner:

"Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include the freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises."¹⁶

The conditions under which the acknowledged rights may be subject to various limits and limitations are laid out in paragraph 2 of Article 10. The enjoyment of these rights may be subject to legal formalities, conditions, restrictions, or penalties that should be in accordance with the three-part-test of the ECtHR that includes the lawfulness of the interference, its legitimacy, and its necessity in a democratic society.¹⁷

¹⁶ The European Convention on Human Rights, Council of Europe, 1952, Strasbourg: Directorate of Information.

¹⁷ Article 10 paragraph 2:

"The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary".

Ibid.

1. Ahmet Yildirim v. Turkey

One of the landmarked cases in front of the ECtHR regarding the right to internet access is *Ahmet Yildirim v. Turkey* (2012).¹⁸ The case was referring to a criminal court judgment to restrict access to Google-hosted websites. The applicant was the owner and operator of a website, hosted by Google, where he posted his own material including his academic work. As a result of the decision by the Denizli Criminal Court, access to one Google site was blocked under the provisions of relevant domestic law as a preventive measure in the context of criminal proceedings, followed by the blocking of all access to Google sites. Therefore, the applicant was denied access to his own website, which is unrelated to the one that was blocked due to illegal material. In the light of the above-mentioned facts, the applicant claimed that the measure blocking access to his own website represents a violation of his right to receive and impart information and ideas under Article 10 of the ECHR.

The ECtHR stated that the restriction of all access to Google sites was at the heart of the issue, as was its impact on the Applicant, who owned another website hosted by Google. Although the blocking of the offending site was legitimate, it was evident that neither the applicant's site nor Google Sites were covered by the applicable law because there was no reason to think that their material was illegal. Even though Google Sites was held liable for the content of a website it hosted, the legislation did not allow for the service's complete blocking. In addition, the judicial review procedures for blocking internet sites did not meet the criterion for avoiding abuse since the internal law of the respondent state did not include any safeguards to ensure that blocking of access to specific sites was not used to block internet access in general. The ECtHR highlighted that the internet is one of the primary means for the enjoyment of the right to freedom of expression and information providing crucial instruments for involvement in activities and conversations about political and public-interest matters.

As a result, the ECtHR concluded that the facts of the case were sufficient to find that the restriction constituted a violation of Article 10 of the ECHR.

2. Akdeniz v. Turkey

In the case of *Akdeniz v. Turkey* (2014), the ECtHR provided the answer to the question of who could be a 'victim' of blocking access to the websites in the sense

¹⁸ *Ahmet Yildirim v. Turkey*, Application no 311/10, (ECtHR 18 December 2012).

of Article 34 of the ECHR.¹⁹ The media division of the respondent's public prosecutor's office ordered the restriction of access to the websites *myspace.com* and *last.fm* in June 2009, claiming that these sites were infringing on the copyright by disseminating musical works without permission. The user of the website submitted the application.

The ECtHR ruled that the application was inadmissible (incompatible *ratione personae*) since the applicant could not be considered a victim because he was not directly harmed by a blocking action. Despite the fact that the ECtHR recognized internet users' rights as very significant, the ECtHR noted that the two music-streaming websites in question had been blocked because they violated copyright laws. Furthermore, the ECtHR noted that the applicant had several options for accessing a variety of musical works without violating copyright laws.²⁰

3. Cengiz and Others v. Turkey

Moreover, the ECtHR was dealing with the blocking of access to YouTube, a service that allows users to send, view, and share videos in *Cengiz and Others v. Turkey* (2015).²¹ The Ankara court ordered the blocking of access to YouTube due to the fact that the post on this service infringed the criminal law of Turkey, which prohibits disrespecting the memory of Mustafa Kemal Atatürk. The applicants, academics from different universities, were active users of YouTube. They claimed that the impossibility of access to this platform represented a violation of their rights to receive and impart information and ideas.

The ECtHR noted that YouTube was a significant means for the applicants in exercising their right to receive and impart information and ideas over the internet. In contrast to the view regarding the platforms in *Akdeniz v. Turkey* case, the ECtHR noted that YouTube was a single platform that allowed for the broadcast of information of great importance, notably on political and social issues, as well as the emergence of citizen journalism. Moreover, the ECtHR observed that Turkey's legal system did not include provisions that allowed domestic courts to issue a blanket blocking order on access to YouTube due to one of its contents.

¹⁹ *Akdeniz v. Turkey*, Application no. 20877/10 (ECtHR, 11 March 2014).

²⁰ A. Wiśniewski, *The European Court of Human Rights and Internet-Related Cases*, *Bialystok Legal Studies*, XXVI(2021) 3, 118.

²¹ *Cengiz and Others v. Turkey*, Applications no 48226/10 and 14027/11 (ECtHR, 1 December 2015).

Finally, the ECHR concluded that the measures taken by the respondent state violated Article 10 of the ECHR.²²

4. *Kablis v. Russia*

In *Kablis v. Russia* (2019) the applicant claimed that his right under Article 10 of the ECHR was violated due to the fact that the local public authority ordered the blocking of the applicant's access to the networking blog site, *Vkontakte*, because it involved criticism of the authorities' decision to reject the applicant's request to organize a protest.²³ The purpose of the public event in question, according to the ECtHR, was to express a viewpoint on a significant public issue, notably the recent arrest of regional government officials. The ECtHR emphasized that, according to standards of its jurisdiction, the expression on subjects of public interest is entitled to strong protection, and that any restrictions must be justified by extremely legitimate reasons.

Since local authorities failed to advance any reasons for blocking access to the blog site, ECtHR ruled that Russia violated Article 10 of the ECHR. Similar conclusion the ECtHR reached in the case of *Dmitriyeva (Elvira Dmitriyeva v. Russia, 2019)*.²⁴

5. *Vladimir Kharitonov v. Russia, OOO Flavus and Others v. Russia, Bulgakov v. Russia, and Engels v. Russia*

Vladimir Kharitonov v. Russia, OOO Flavus and Others v. Russia, Bulgakov v. Russia, and Engels v. Russia are the most recent cases concerned blocking of websites in Russia.²⁵ The ECtHR decided cases on the same day, June 23, 2020, even though the applications were submitted between 2013 and 2015.

In the *Kharitonov* case, the applicant discovered his website's IP address had been blocked because the Russian Federal Drug Control Service intended to ban

²² Factsheet - Access to Internet and freedom to receive and impart information and ideas, European Court of Human Rights, March 2022, 2. https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Access_Internet_ENG.pdf, visited: 18. 5. 2022.

²³ *Kablis v. Russia*, Application no. 48310/16 and 59663/17 (ECtHR, 30 April 2019).

²⁴ *Elvira Dmitriyeva v. Russia*, Application no. 60921/17 and 7202/18 (ECtHR, 30 April 2019).

²⁵ *Vladimir Kharitonov v. Russia*, Application no. 10795/14 (ECtHR, 23 June 2020), *OOO Flavus and Others v. Russia*, Applications no 12468/15, 23489/15, and 19074/16 (ECtHR, 23 June 2020), *Bulgakov v. Russia*, Application no. 20159/15 (ECtHR, 23 June 2020), *Engels v. Russia*, Application no. 61919/16 (ECtHR, 23 June 2020).

access to another website with the same hosting provider and IP address. In the case of *OOO Flavus and Others*, the applicants' access to websites was blocked without a court order at the request of the Russian Prosecutor General. Russia was unable to identify the applicants of precise offensive information, preventing them from removing it and regaining access. Bulgakov's access was restricted due to a court order, as his website contained an electronic book in the extremist publication sector. Despite the fact that he deleted the given book, the Russian Court upheld its ruling, claiming that the block was a blanket ban, not just for the material. Because his website provided instructions on how to get around content restrictions, Engels was in a similar situation as Bulgakov.

In all the cases, the ECtHR unanimously found a violation of Article 10 of the ECHR and stated unequivocally that the proceedings lacked legitimacy because the provisions of Russia's Information Act used to block the websites had excessive and arbitrary effects and did not provide an adequate safeguard against abuse.²⁶

6. Wikimedia Foundation, Inc. v. Turkey

In the case of *Wikimedia Foundation, Inc. v. Turkey*, the ECtHR was dealing with the request by the Telecommunications and Information Technology Directorate for the removal of pages from the applicant foundation's website, as well as a subsequent order blocking access to the entire website due to the fact that blocking only certain pages was not technically feasible.²⁷ On the ground of Articles 6 (right to a fair hearing), 10 (freedom of expression) and 15 (derogation in time of emergency), the applicant claimed that limiting access to the full Wikipedia website was an unjustifiable restriction on its right to freedom of expression and that the judicial review system for blocking orders against websites was insufficient to avoid abuse. Moreover, the applicant claimed that under Turkish legislation, there was no effective remedy available and that its application to the Turkish Constitutional Court had been made ineffectual "since its activity consisted in publishing the content of its web pages in a timely manner".²⁸ In

²⁶ G. Gosztanyi, The European Court of Human Rights: Internet Access as a Means of Receiving and Imparting Information and Ideas, *International Comparative Jurisprudence*, VI (2020)2, 138.

²⁷ *Wikimedia Foundation, Inc. v. Turkey*, Application no. 25479/19, (ECtHR 24.03.2022).

²⁸ European Court of Human Rights, Factsheet – Access to Internet and freedom to receive and impart information and ideas, March 2022, 3, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Access_Internet_ENG.pdf, visited: 18. 5. 2022.

the meantime, the Constitutional Court held that there had been a violation of the applicant's right to freedom of expression.

ECtHR emphasized that in numerous situations involving freedom of expression, it had determined that an application to the Constitutional Court was to be treated as a remedy to be exhausted for the purposes of Article 35 1 (admissibility requirements) of the ECHR. In the light of the fact that the Constitutional Court had acknowledged the violation of freedom of expression and had provided appropriate and sufficient redress for the damage suffered by the applicant foundation, the applicant could not any longer claim victim status, hence the ECtHR declared the application inadmissible.²⁹

7. Concluding observations regarding the analyzed case

So far, ECtHR did not explicitly establish the autonomous right, based on which individuals may compel states to provide internet access by way of legal action. Instead, the protection of the enjoyment of internet access and online content against interferences is possible through the prism of the freedom of expression and information in accordance with Article 10 of the ECHR.

The crucial point that should be understood from the perspective of the above cases is that blocking internet sites, even if it constitutes prior restraint, is not inherently incompatible with the provisions of the ECHR. It must, on the other hand, meet specific conditions established by the case-law of the ECtHR. An adequate legal framework should be created, with precise and explicit regulations that allow domestic courts to reach a fair balance of the competing interests. Furthermore, in circumstances where restrictions on public debate and political speech are enforced, strong justifications must be stated.

The necessity test involving proportionality is very significant in deciding cases related to internet access in front of the ECtHR. Following the standards provided by the jurisprudence of the ECtHR, restriction of internet access is regarded as a considerable restriction of freedom of expression and should only be used as a last resort, backed up by very compelling reasons.

IV Concluding remarks

It is generally acknowledged that we are living in a new reality in which we rely on internet access to do basic everyday activities and to enjoy and express our

²⁹ *Ibid.*

human rights. On the other hand, there is a widely accepted view in the doctrine that the internet is a luxury and that consideration of internet access as a human right may seem exaggerated. This objection would be valid if the right to internet access was an entitlement or in other words if governments were required to provide citizens with laptop computers and wireless connections. Therefore, it seems more realistic, to consider internet access in the light of exercising the existing human right of freedom of expression as a means of receiving and imparting information and ideas.

Although the affirmative requirement to create this right has yet to be recognized, the understanding that illegal restrictions or unreasonable denial of internet access might affect or constitute a violation of other protected rights is moving to change. As a result, states are under a legal obligation to refrain from arbitrarily interfering with internet access; hence, a state's negative obligation to not interfere with or obstruct an individual's access to the internet is recognized.

There is a strong case to be made for a positive obligation to provide internet access on the right to freedom of opinion and expression which is further supported by the fact that the internet is already accessible and that it is widely acknowledged that denying or unjustifiably restricting such access is not in accordance with relevant international standards. A positive commitment, in addition to non-interference, could imply government affirmative action. Despite its existing limitations, indicators of the positive right's continued rise cannot be overlooked. Concerning this fact, the most authoritative global indication is offered by the Human Rights Council which states that parties should take all necessary steps to ensure access of individuals to the internet. The European Parliament adopted a similar approach.

The striking feature of ECtHR analysed case law is its acknowledgement of the internet's significant importance for the exercise of freedom of expression and, in particular, freedom to seek and obtain information. Despite the fact that the ECtHR considers the Internet to be a communication medium, it recognizes that it has unique characteristics that influence the exercise of rights protected by the Convention. According to ECtHR judgments, blocking internet access may be compatible with human rights if certain conditions are met. Even though all three parts of the ECtHR's test (legitimacy, necessity, and proportionality) should be carefully addressed, the respondent states discussed in this article frequently fail to meet the requirements of the necessary part of the above-mentioned test and/or the proportionality part of the above-mentioned test. Internet access related case law of the ECtHR is in the process of continuous development. The ECtHR has proved that it is capable of dealing with these kinds of cases based on the provisions of the ECHR and using its well-developed interpretation techniques.

What might be the best way to move forward? The recognition and operationalization of a new human right is a long process that necessitates international agreement, the academic and expert consensus in its design, and, last but not least, governments' willingness to commit to another human rights responsibility. It seems that in the context of internet access we are not there yet, but we are definitely along the right lines.

Marijana Mladenov*

Tamara Stuparski**

Pristup internetu iz perspektive ljudskih prava sa posebnim naglaskom na praksu Evropskog suda za ljudska prava

Apstrakt

Kao jedan od najvažnijih tehnoloških izuma, internet ima značajne implikacije u sferi ljudskih prava. Ove implikacije mogu biti korisne u smislu obezbeđivanja zaštite ljudskih prava, ali u isto vreme napredak u tehničkim inovacijama izaziva veliku zabrinutost povodom mogućeg uticaja na ljudska prava. U vezi sa navedenom činjenicom, dodatni izazov predstavlja i pitanje da li je pristup internetu potrebno tretirati kao ljudsko pravo. Sagledavanje pristupa internetu kroz prizmu ljudskih prava u okviru Ujedinjenih nacija je prvi put ustanovljeno na osnovu aktivnosti Saveta za ljudska prava, tačnije kroz odredbe Izveštaja specijalnog izvestioca o unapređenju i zaštiti prava na slobodu mišljenja i izražavanja. Od tog trenutka traje debata o tome da li smo svedoci procesa priznavanja i operacionalizacije novog ljudskog prava. Da li je pravo na pristup internetu autonomno pravo ili se može posmatrati samo kao deo postojećih ljudskih prava, pre svega u svetlu ostvarivanja slobode izražavanja? Rad pruža doprinos predmetnoj diskusiji kroz analizu osnovnih karakteristika koncepta pristupa internetu sa aspekta ljudskih prava, pri čemu je posebna pažnja posvećena sagledavanju istog u kontekstu primene Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. U okviru zaključnih razmatranja autori su predstavili tendencije razvoja pozitivnih i negativnih obaveza država u

* Vanredni profesor, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe u Novom Sadu, Republika Srbija.

** Asistent, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe u Novom Sadu, Republika Srbija.

procesu formiranja prava na pristup internetu kao posebnog ljudskog prava. Cilj rada se odnosi na jasnu procenu mogućnosti efektivne zaštite predmetnog prava prvenstveno pred Evropskim sudom za ljudska prava.

Ključne reči: pristup Internetu, ljudska prava, Evropska konvencija o ljudskim pravima, Evropski sud za ljudska prava, sloboda izražavanja.

References

- Gosztanyi, G. The European Court of Human Rights: Internet Access as a Means of Receiving and Imparting Information and Ideas, *International Comparative Jurisprudence* VI (2020)2, 134-140.
- Mladenov, M. Zaštita prava na privatnost u praksi Evropskog suda za ljudska prava, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* XLVII (2013)3, 575-593.
- Oyedemi, T. Internet access as citizen's right? Citizenship in the digital age, *Citizenship Studies* XIX(2015) 3-4 , 1-15.
- Qerimi, Q. Bridge over Troubled Water: An Emerging Right to Access to the Internet, *International Review of Law* (2017) 1, 1-22.
- Reglitz, M. The Human Right to Free Internet Access, *Journal of Applied Philosophy* XXXVII (2020)2, 314-331.
- Stephen, T. A human right to access the internet - problems and prospects, *Human Rights Law Review* XIV (2014)2, 175-196.
- Szoszkiewicz, Ł. Internet Access as a New Human Right? State of the Art on the Threshold of 2020, *Adam Mickiewicz University Law Review* 8(2018), 49-62.
- Tăbușcă, S. The internet access as a fundamental right, *Journal of Information Systems and Operations Management* IV(2010) 2, 206-212.
- Reglitz, M. The Human Right to Free Internet Access, *Journal of Applied Philosophy* XXXVII (2020)2, 314-331.
- Wiśniewski, A. The European Court of Human Rights and Internet-Related Cases, *Bialystok Legal Studies* XXVI(2021) 3, 109-133.

Case law

Ahmet Yildirim v. Turkey, Application no 311/10, (ECtHR 18 December 2012).

Akdeniz v. Turkey, Application no. 20877/10 (ECtHR, 11 March 2014).

Cengiz and Others v. Turkey, Applications no 48226/10 and 14027/11 (ECtHR, 1 December 2015).

Elvira Dmitriyeva v. Russia, Application no. 60921/17 and 7202/18 (ECtHR, 30 April 2019).

Kablis v. Russia, Application no. 48310/16 and 59663/17 (ECtHR, 30 April 2019).

Vladimir Kharitonov v. Russia, Application no. 10795/14 (ECtHR, 23 June 2020).

OOO Flavus and Others v. Russia, Applications no 12468/15, 23489/15, and 19074/16 (ECtHR, 23 June 2020).

Bulgakov v. Russia, Application no. 20159/15 (ECtHR, 23 June 2020).

Engels v. Russia, Application no. 61919/16 (ECtHR, 23 June 2020).

Wikimedia Foundation, Inc. v. Turkey, Application no. 25479/19, (ECtHR 24. 3. 2022).

Regulations

Council Directive 2002/21/EC, OJ L 108, 24. 4. 2002, p. 33–50.

Recommendation of 26 March 2009 to the Council on strengthening security and fundamental freedoms on the Internet, European Parliament, 2010 O.J. (C.117) E/206.

Special Rapporteur's Report on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, Frank La Rue, Human Rights Council, UN Doc. A/HRC/17/27, 16 May 2011.

The European Convention on Human Rights. Council of Europe, 1952, Strasbourg: Directorate of Information.

UN General Assembly, The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet, 27 June 2016, A/HRC/32/L.20.

Other sources

European Court of Human Rights, Factsheet - Access to Internet and freedom to receive and impart information and ideas, March 2022. https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Access_Internet_ENG.pdf, visited: 18. 5. 2022.

Mildebrath, H. Internet access as a fundamental right, Exploring aspects of connectivity, European Parliamentary Research Service, 2021,

[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU\(2021\)696170m](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2021)696170m), visited: 29. 4. 2022.

United Nation's International Telecommunication Union Development Sector, Measuring digital development, Facts and Figures 2021, <https://www.itu.int/itu-d/reports/statistics/facts-figures-2021/>, visited: 25. 4. 2022.

Vitomir Popović*
Njegoslav Jović**

UDK 340.137(497.6: 4-672EU)
339.52(100)WTO
str. 39-55.

NIVO HARMONIZACIJE PROPISA BOSNE I HERCEGOVINE SA PRAVOM EVROPSKE UNIJE I SVJETSKJE TRGOVINSKE ORGANIZACIJE

Apstrakt

Bosna i Hercegovina (BiH) je složena državna zajednica i spada u red takozvanih država "sui generis". U BiH danas postoji 13 Ustava i Statut Brčko Distrikta koji de iure nije Ustav, ali de facto to jeste. Upravo u tom kontekstu treba posmatrati i zakonodavnu vlast u BiH, odnosno Republici Srpskoj. Naime, zakonodavna vlast se na nivou BiH ostvaruje putem Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, u Republici Srpskoj zakonodavnu vlast vrši Narodna skupština, u Federaciji Bosne i Hercegovine zakonodavnu vlast vrši Skupština Federacije Bosne i Hercegovine i 10 kantonalnih Skupština, a u Brčko Distriktu Skupština Brčko Distrikta, zavisno od toga kako i na koji način je izvršena podjela nadležnosti između zajedničkih institucija u Bosni i Hercegovini, sa jedne strane i entiteta, odnosno Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine, sa druge strane.

Harmonizacija postojećeg zakonodavstva BiH odvijala se i odvija se na dva načina: u cilju stvaranja određenih uslova i pretpostavki za omogućavanje potpune slobode kretanja lica, roba, usluga i kapitala na cijeloj teritoriji BiH, u skladu sa Ustavom BiH, s jedne strane i istovremenim usaglašavanjem ovog zakonodavstva sa pravom Evropske unije u cilju stvaranja uslova za ulazak na ovo tržište, te usaglašavanjem sa pravom Svjetske trgovinske organizacije (STO).

Ključne riječi: pravo BiH, harmonizacija, pravo EU, pravo STO.

* Akademik, redovni profesor, Univerzitet u Banjoj Luci, Pravni Fakultet, vitomir.popovic@pf.unibl.org.

** Viši asistent, Univerzitet u Banjoj Luci, Pravni Fakultet, njegoslav.jovic@pf.unibl.org.

Rad je primljen 22. septembra 2022. godine, a prihvaćen za objavljivanje 29. septembra 2022. godine.

I Uvod

BiH nije članica EU, niti je članica STO, a članica je Savjeta Evrope od aprila mjeseca 2002. godine i potpisnik je Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju od 16. 6. 2008. godine. U cilju stvaranja određenih pretpostavki za izgradnju jedinstvenog ekonomskog prostora kao i ispunjavanja čitavog niza međunarodnih obaveza, odmah po stupanju na snagu Dejtonskog mirovnog sporazuma pristupilo se harmonizaciji zakonodavstava, kako na nivou Republike Srpske, tako i na nivou BiH, a naročito je dobio na intenzitetu potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju iz juna mjeseca 2008. godine, koji na određen način kao pravno-politička platforma za pridruživanje Evropskoj uniji zemalja Zapadnog Balkana predstavlja rezultat evolucije u spoljnoj politici Evropske zajednice (EZ) prema trećim državama, politike poznate kao politika širenja. Ovaj Sporazum, kao međunarodni ugovor javno-pravnog karaktera, postao je osnovni izvor međunarodnog prava na osnovu koga će se vršiti harmonizacija - usklađivanje propisa Republike Srpske, Bosne i Hercegovine, Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko Distrikta sa pravom Evropske unije i svim njegovim izvorima bilo primarnog ili sekundarnog karaktera poznatijeg kao *acquis communautaire*.¹

Pod pojmom usklađivanja se u naravi podrazumijeva pojam tzv. harmonizacije nacionalnih propisa država članica sa komunitarnim tekovinama.² Za ovaj proces se u Ugovoru o osnivanju koriste različiti izrazi kao što su: *harmonization*, *approximation*, *coordination*. Ovim trima varijantama u engleskom jeziku je trebalo odraziti različite stepene intenziteta integracionih procesa koji se njima ostvaruju između država članica. Tako je odredbama čl. 3(z) i 94. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, predviđeno usklađivanje (*harmonization*) zakonskih, podzakonskih i administrativnih mjera u obimu u kome je to potrebno za uspostavljanje ili funkcionisanje zajedničkog tržišta. Aproksimacija (*approximation*) carinskih propisa je bila predviđena odredbama bivšeg čl. 27. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, ali i "harmonizacija ili usklađivanje" poreza na promet i državne pomoći odredbama čl. 93. i 132(1) Ugovora o osnivanju EZ. Za neke propise je predviđena i "harmonizacija i aproksimacija",

¹ V. Popović, Harmonizacija prava Republike Srpske kao uslov pridruživanja Evropskoj uniji, u *Harmonizacija zakonodavstva Republike Srbije sa pravom Evropske unije* (ur. D. Dimitrijević, B. Miljuš), Institut za međunarodnu politiku i privredu, Hans Seidel fondacija, Beograd 2010, 39.

² N. Sheridan, Introduction to Approximation Tools and Instruments Developed by the EU, 1, http://www.envis.org/Microsoft_Word_-_EUtools-e.pdf.

kao što su na primjer propisi o socijalnim sistemima (čl. 136), dok je "koordinacija" zakonskih, podzakonskih i upravnih propisa predviđena u oblasti prava nastanjivanja (čl. 44(e) i 46(2)), priznavanja profesionalnih kvalifikacija (čl. 47(2)) i u monetarnim promjenama (bivši čl. 70).³

Usklađivanje je zbiran pojam i sastoji se iz tehnike donošenja odgovarajućih nacionalnih propisa i drugih mjera, pa je potrebno obezbijediti i odgovarajuće uslove za njihovo tumačenje i primjenu. U tom smislu se u stranoj teoriji navodi da on obuhvata tri elementa: transpoziciju (*transposition*), implementaciju (*implementation*), i primjenu (*enforcement*).⁴ Implementacija predstavlja praktičnu primjenu, odnosno ugradnju komunitarnih propisa od strane nadležnih nacionalnih vlasti u pojedinačne odluke ili njihovo unošenje u odgovarajuće planove i programe.

Pravo Evropske unije sadržinski oblikuju brojni politički, ekonomski, socijalni i kulturni tokovi, a njegov značaj prelazi geografske granice država članica. Ono je složena i dinamična pravna struktura, čiji elementi su prisutni na međunarodnom, nadnacionalnom i unutrašnjem pravnom planu država članica. Komunitarno pravo (*acquis communautaire*) čine propisi koje su donijeli organi Evropske zajednice/unije, propisi koje su donijele države članice u cilju njihovog provođenja, komunitarna pravna načela i odluke Suda pravde i Prvostepenog suda. Članice Evropske unije priznaju propise komunitarnog prava kao važeće pravo. Oni se direktno i neposredno primjenjuju i proizvode pravno dejstvo. Subjekti komunitarnog prava, države, preduzeće i pojedinci se mogu neposredno pozivati na njega i tražiti zaštitu i pred nacionalnim sudovima. Jasno je da komunitarno pravo ima jaču pravnu snagu, pa se u slučaju sukoba unutrašnjih i komunitarnih propisa mora primijeniti komunitarno pravo. Komunitarno pravo (*acquis communautaire*) obuhvata slobodno kretanje robe; slobodno kretanje ljudi; slobodno pružanje usluga; slobodno kretanje kapitala; kompanijsko pravo; politiku konkurencije; poljoprivredu; ribarstvo; politiku transporta; oporezivanje; ekonomsku i monetarnu uniju; statistiku; socijalnu politiku i zapošljavanje; energiju; industrijsku politiku; mala i srednja preduzeća; nauku i istraživanje; obrazovanje; telekomunikacije i informacionu tehnologiju; kulturu i audio-vizuelnu politiku; regionalnu politiku i koordinaciju strukturalnih instrumenata;

³ Vid. D. Lasok, *The Trade and Customs Law of the European Union*, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston 1998, 39-40. Isto: R. D. Vukadinović, *Kako usklađivati domaće propise sa pravom Evropske unije*, Centar za pravo Evropske unije, Kragujevac 2004, 55.

⁴ *Ibid.*

okolinu; zaštitu potrošača i zdravlja; saradnju u području pravosuđa i unutrašnjih poslova; carinsku uniju; vanjske odnose; zajedničku vanjsku i sigurnosnu politiku; finansijsku kontrolu; odredbe koje se odnose na finansije i budžet; institucije; i ostalo.⁵

II Faze harmonizacije propisa BiH sa pravom EU

Uslovi za prijem novih članova u EU su precizno definisani u Ugovoru o osnivanju Evropske unije i poznati su kao "Kopenhagenski kriterijumi". Shodno čl. 49. Ugovora o osnivanju Evropske unije, svaka država koja poštuje načela na kojima se zasniva Unija može da zatraži članstvo u Uniji. Zahtjev se podnosi Savjetu koji, poslije konsultacija sa Komisijom i nakon dobijanja saglasnosti Evropskog parlamenta o tome mora jednoglasno donijeti odluku. Evropski parlament svoju odluku donosi apsolutnom većinom članova koji ga čine. Uslovi za prijem su detaljno razrađeni na sastanku Evropskog savjeta održanog u Kopenhagenu 21-22. juna 1993. godine pa otuda i ranije pomenuti naziv "Kopenhagenski kriterijumi".

Kopenhagenskim kriterijumima je predviđeno da treća država mora, osim geografskog kriterijuma, odnosno činjenice da je evropska država, da ispuni tri grupe uslova:

1. političke: stabilnost ustanova koje obezbjeđuju demokratiju, vladavinu prava, poštivanje ljudskih prava i zaštitu manjina;
2. ekonomske: postojanje djelotvorne tržišne privrede i sposobnost domaćih preduzeća da izdrže pritisak jedinstvenog tržišta unutar Evropske unije, i
3. sposobnost prihvatanja pravnih tekovina Evropske unije i sposobnost preuzimanja ciljeva političke, ekonomske i monetarne unije.

Neophodno je proći put koji se u najkraćim crtama može opisati kao proces prilagođavanja državnih institucija, promjena institucionalnog i pravnog funkcionisanja i privrednog "popuštanja", tj. postepenog ukidanja trgovinskih barijera, carina, taksa i slično, a sve praćeno potpunim usvajanjem pravnih pravila Evropskog komunitarnog prava.

⁵ Vid. V. Popović, "Iskustva Republike Srpske u harmonizaciji prava sa pravom Evropske unije", *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva: zbornik radova sa Savetovanja pravnika, 8-12. jun 2009, Budva, Savez udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske, Beograd 2009, 201-202.*

BiH, u cilju ispunjavanja svojih međunarodnih obaveza i stvaranja opštih pretpostavki za izgradnju jedinstvenog ekonomskog prostora koji bi bio kompatibilan sa jedinstvenim tržištem u Evropskoj uniji, nastoji stvoriti određene uslove za nesmetanu prohodnost robe i usluga, ne samo na domaćem nego i na tržištu Evropske unije i time pobjeći sa kraja tabele nerazvijenih zemalja. Naravno, cilj Bosne i Hercegovine je punopravno članstvo u Evropskoj uniji što takođe nameće potrebu reforme zakonodavstva u skladu sa najvišim međunarodnim standardima. Potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, Bosna i Hercegovina je i *de facto* i *de iure* preuzela obavezu harmonizacije zakonodavstva sa pravom Evropske unije.

U političkom smislu, moguće je posmatrati proces harmonizacije kao dio pretpristupne strategije treće države, a u pravnom smislu kao dio ispunjavanja preuzetih obaveza koji se sastoji u procesu izmjene postojećih ili donošenju novih čija su rješenja usklađena sa komunitarnim propisima ili, u širem smislu, sa propisima koji se primjenjuju u državama članicama. U kontekstu ostvarivanja širih političkih ciljeva, usklađivanje se može vršiti u sklopu pretpristupne strategije i u sklopu stvaranja pogodne pravne klime za strane investicije ili uopštenije za stvaranje boljih uslova za slobodnu komunikaciju sa svijetom, a i nadajući se, s jedne strane, da će time poboljšati svoje šanse za punopravnim članstvom ili da će, s druge strane, ubrzati taj postupak.⁶ U kontekstu krajnjeg cilja koji se želi postići, ili kome se teži, usklađivanje nije samo po sebi cilj, već služi kao sredstvo za ostvarivanje drugih užih, pravno-tehničkih i, širih, političkih ciljeva.

Krajem 2002. godine Evropska komisija je saopštila da su smjernice Mape puta o približavanju EU uglavnom ispunjene, ali je tek krajem 2003. godine usvojen prijedlog izvještaja o spremnosti Bosne i Hercegovine za početak pregovora sa Evropskom unijom o Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju. Usvojena je takozvana Uslovna studija izvodivosti jer je Bosni i Hercegovini postavljeno šesnaest uslova koje bi trebalo da ispuni za početak pregovora.

Na bazi Studije izvodljivosti, Direkcija za evropske integracije Bosne i Hercegovine utvrdila je Program realizacije srednjoročnih prioriteta evropskog partnerstva za Bosnu i Hercegovinu. Evropsko partnerstvo predstavlja novi instrument pomoći Evropske unije osmišljen po uzoru na takozvano "pristupno partnerstvo" koje je korišteno za države centralne i istočne Evrope. Riječ je o definisanju kratkoročnih, srednjoročnih i dugoročnih prioriteta koje bi trebalo

⁶ R. Vukadinović (2004), 58-59.

ispuniti da bi se pristupilo pregovorima. Nakon što je Evropska komisija izdala zvanično saopštenje da su i ovi uslovi ispunjeni, Savjet ministara Bosne i Hercegovine objavio je datum početka pregovora sa Evropskom unijom o Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju i to sa danom 25. novembra 2005. godine. Ovi pregovori su urodili plodom potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju juna mjeseca 2008. godine, čime se Bosna i Hercegovina našla u direktnoj pretpristupnoj fazi. Nakon ispunjavanja uslova predviđenih Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju bilo bi moguće očekivati prelazak u drugu fazu, tzv. fazu pridruživanja i punopravnog članstva u Evropskoj uniji.

U decembru 2010. godine Savjet Evropske unije za pitanja pravde i unutrašnjih poslova donio je odluku o ukidanju viznog režima za građane Bosne i Hercegovine koji su od 15. decembra dobili mogućnost da slobodno putuju u zemlje potpisnice Šengenskog sporazuma. Vlasti u Bosni i Hercegovini su prije toga morale ispuniti 174 tehnička uslova. Mapa puta za zahtjev za članstvo BiH u EU uručena je 2012. godine.

EU je 2014. godine uspostavila novi Instrument pretpristupne pomoći (IPA II) za period 2014-2020. godine a prvom konferencijom u Berlinu počeo je Berlinski proces - međuvladina inicijativa čiji je cilj obnova multilateralnih veza Zapadnog Balkana i EU, kao i poboljšanje regionalne saradnje zemalja Zapadnog Balkana u razvoju ekonomije i infrastrukture (agenda za povezivanje - *Connectivity Agenda*).

U 2015. godini potpisan je Okvirni sporazum između Bosne i Hercegovine i Evropske komisije o aranžmanima za provođenje finansijske pomoći Unije Bosni i Hercegovini u okviru Instrumenta pretpristupne pomoći (IPA II), a 1. juna je stupio na snagu Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između EU i Bosne i Hercegovine.

U 2016. godini, u skladu sa članom 49. Ugovora o Evropskoj uniji, Bosna i Hercegovina je tokom holandskog predsjedavanja Savjetom EU podnijela Zahtjev za članstvo u EU. Evropska komisija i Bosna i Hercegovina parafirali su Protokol o adaptaciji Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (SSP). Protokolom su predviđena tehnička prilagođavanja trgovinskog dijela odredaba SSP-a, uzimajući u obzir pristupanje Hrvatske EU 2013. godine. Iste godine 20. septembra, Savjet Evropske unije pozvao je Evropsku komisiju da pripremi mišljenje o Zahtjevu Bosne i Hercegovine za članstvo u EU i dao nalog Evropskoj komisiji za pripremu Upitnika za Bosnu i Hercegovinu koji je u decembru uručen Bosni i Hercegovini.

BiH je pripremala odgovore na Upitnik Evropske komisije 2017. godine. U tome je učestvovalo gotovo 1.200 osoba. Održano je više od 70 sastanaka tijela u sistemu koordinacije procesa integrisanja. Pripremljeno je 20.037 stranica teksta, koje su na engleski prevela 143 prevodioca i u februaru 2018. godine su predati

odgovori na Upitnik Evropske komisije, a u martu 2019. godine su predati i odgovori na dodatna pitanja iz Upitnika Evropske komisije.⁷

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju koji je Zajednica zaključila sa zemljama Zapadnog Balkana, a koji je 2008. godine zaključila i Bosna i Hercegovina, predstavlja i ima za cilj uređivanje odnosa unutar same države kroz reformu i jačanje institucija, vladavine prava, demokratizacije društva i transformaciju privrede iz planskog u tržišno modelirani koncept. Kao primarni izvor komunitarnog prava, tretiran kao "neredovni" izvor, ali u potpunosti prihvaćen od Suda pravde kao "integralni dio komunitarnog prava", ovi sporazumi su prvenstveno u funkciji pripreme pridružene države i ispunjavanja određenih uslova kao pretpostavki za budući mogući prijem.⁸ Osnovni ciljevi ovog pridruživanja, prema čl. 1. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju sa Bosnom i Hercegovinom su:

- da podrži napore Bosne i Hercegovine u jačanju demokratije i vladavine prava;
- da doprinese političkoj, ekonomskoj i institucionalnoj stabilnosti u Bosni i Hercegovini, te stabilizaciji u regionu;
- da pruži prikladan okvir za politički dijalog, te time omogući razvoj bliskih političkih odnosa između strana;
- da podrži napore Bosne i Hercegovine u razvijanju ekonomske i međunarodne saradnje, između ostalog, i kroz usklađivanje njenog zakonodavstva sa zakonodavstvom Zajednice;
- da podrži nastojanja Bosne i Hercegovine da dovrši prelaz u funkcionalnu tržišnu ekonomiju, promoviše skladne ekonomske odnose, te postepeno razvija područje slobodne trgovine između Bosne i Hercegovine i Zajednice;
- da jača regionalnu saradnju sa svim područjima obuhvaćenim ovim Sporazumom.

⁷ Vid. Proces pristupanja, <https://www.dei.gov.ba/bs/accession-process>, posećena: 20. 8. 2022.

⁸ R. Vukadinović, *Pravo Evropske unije*, Banja Luka – Kragujevac 2006, 110.

Osnovne vrijednosti prema kojima ugovorne strane izražavaju svoju opredijeljenost sadržane su u preambuli Sporazuma, i to:

- uspostavljanje i konsolidacija stabilnog evropskog poretka baziranog na saradnji čije je glavno uporište Evropska unija, te saradnja kroz mehanizme Pakta stabilnosti;
- razvoj civilnog društva i demokratizacija, izgradnja institucija i reforma javne uprave, povećana trgovina i privredna saradnja, te saradnja na području pravosuđa i unutrašnjih poslova;
- veće političke i privredne slobode uz poštovanje ljudskih prava i vladavine prava, prava pripadnika nacionalnih manjina i demokratskih načela putem višestranačkog sistema sa slobodnim i poštenim izborima;
- pravo na povratak svih izbjeglica i raseljenih lica i zaštita prava koja im pripadaju;
- slobodna tržišna privreda i spremnost Evropske unije da doprinese privrednim reformama u Bosni i Hercegovini;
- slobodna trgovina u skladu sa pravima i obavezama koje proizilaze iz pravila Svjetske trgovinske organizacije (WTO);
- redovan politički dijalog o dvostranim i međunarodnim pitanjima od obostranog interesa, uključujući i regionalne aspekte, uzimajući u obzir zajedničku spoljnu i bezbjednosnu politiku Evropske unije;
- razvoj trgovine i ulaganja;
- usklađivanje zakonodavstva u relevantnim područjima sa *acquis-em*;
- sprovođenje reformi i obnove uz upotrebu svih postojećih oblika saradnje, kao i tehničke, finansijske i privredne pomoći.

Obaveza usklađivanja zakonodavstva je pravni kriteriji koji proizlazi iz kriterija iz Kopenhagena i, pored političkog i ekonomskog kriterija, predstavlja uslov za članstvo u Evropskoj uniji. Za proces usklađivanja propisa značajna je i sposobnost države za preuzimanje obaveze u širem kontekstu, a podrazumijeva jačanje administrativne sposobnosti i stvaranje efikasnog državnog sistema

uprave za provođenje *acquis*-a i drugih obaveza koje proizlaze iz članstva u Evropskoj uniji (administrativni kriterij iz Madrida).

SSP je stupio na snagu 1. juna 2015, a rok za ispunjavanje obaveze je do 1. juna 2021. godine.

Zavisno od predmeta regulisanja, ustavnih i zakonskih nadležnosti, jedan pravni akt EU može se preuzeti u jedan ili više propisa u BiH. Bez obzira na to kojim BiH propisom se preuzima pravni akt EU, mora se ispoštovati zahtjev usklađenosti u odnosu na pravni akt EU. To znači da se preuzimanje *acquis*-a treba vršiti na koordiniran i usklađen način, odnosno BiH propisi kojima se preuzima isti pravni akt EU trebaju biti usklađeni na jednak način i u istom obimu.

Odlukom o postupku usklađivanja zakonodavstva Bosne i Hercegovine sa pravnom tekovinom Evropske unije detaljno su propisane:⁹

- obaveze predlagača/obrađivača propisa BiH u postupku usklađivanja;
- obaveze Direkcije za evropske integracije (DEI);
- uputstva za izradu instrumenata za usklađivanje (tabela usklađenosti i izjava o usklađenosti).

U postupku izrade propisa obrađivač je dužan:

- izraditi instrumente za usklađivanje;
- izvršiti stručnu redakтуру termina u tabeli stručnih termina;
- u završnim odredbama propisa navesti nazive preuzetih pravnih akata EU.

Odluka o postupku usklađivanja zakonodavstva Bosne i Hercegovine sa pravnom tekovinom Evropske unije obavezuje obrađivače propisa i Direkciju za evropske integracije da u potpunosti prate proces usklađivanja, od izrade propisa do faze usvajanja i ulaganja amandmana propisa u zakonodavnim tijelima.

Cilj donošenja ove odluke je da osigura preduslove za vršenje pravilnog usklađivanja zakonodavstva BiH sa pravnom tekovinom EU, praćenje procesa

⁹ Službeni glasnik BiH, br. 75/16 i 02/18.

usklađivanja i izvještavanja o usklađenosti propisa, kao i dosljednu upotrebu stručnih termina prilikom prevođenja propisa BiH na engleski jezik.

Tabela usklađenosti predstavlja tabelarni prikaz podudarnosti odredaba nacrtu/prijedloga propisa sa sekundarnim izvorima prava EU.

Izjava o usklađenosti predstavlja tabelarni prikaz koji, pored osnovnih podataka o usklađenosti propisa sa svim izvorima prava EU, sadrži obavezu potpisa rukovodioca organa uprave kao obrađivača propisa kojim se potvrđuje tačnost navoda u izjavi o usklađenosti.¹⁰

BiH aktivno vrši harmonizaciju u oblasti zaštite ljudskih prava i sloboda i domaće vlasti su preuzele obavezu potpunog poštivanja Evropske konvencije o ljudskim pravima i slobodama, dajući joj prioritet u odnosu na domaće zakonodavstvo. Doneseni su novi Zakoni o parničnom postupku i usklađeni sa čl. 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima i slobodama o efikasnijem vođenju i završavanju parničnih postupaka. Istovremeno sa donošenjem Zakona o parničnom postupku izvršene su promjene i u oblasti izvršnog postupka, donošenjem novog Zakona o izvršnom postupku. Izvršeno je usklađivanje čitavog seta zakona iz oblasti krivičnog prava i krivičnog postupka kao i njegovo prilagođavanje sa Ženevskim konvencijama o zaštiti žrtava rata i sprečavanju i kažnjavanju genocida i drugim aktima iz ove oblasti. Doneseni su zakoni iz oblasti zaštite potrošača, o sistemu indirektnog oporezivanja, statistici, Agenciji za unaprijeđenje stranih investicija, Agenciji za osiguranje u BiH, javnim nabavkama, carinskoj politici BiH, porezu na dodatnu vrijednost (PDV), Agenciji za rad i zapošljavanje, zadrugama, osnivanju Izvožno-kreditne agencije BiH, porezu na promet proizvoda i usluga, akcizama u BiH, hrani, zalozima. Takođe, usvojen je set od osam zakona, i to četiri iz oblasti fitosanitarija (Zakon o fitofarmaceutskim sredstvima BiH) i četiri iz oblasti slobodnog kretanja roba, koji predstavljaju pravni okvir za uspostavljanje cjelokupne infrastrukture nadzora nad tržištem i u krajnjoj liniji vode liberalizaciji trgovine. Usvajanjem zakona koji se odnose na tehničke zahtjeve za proizvode i ocjenjivanje usklađenosti (Zakon o tehničkim zahtjevima za proizvode i ocjenjivanje usklađenosti), nadzor tržišta (Zakon o nadzoru nad tržištem u BiH), opšta sigurnost proizvoda i opšta sigurnost hrane (Zakon o opštoj sigurnosti proizvoda), u BiH je stvoren okvir za slobodno kretanje roba i garancija za njihovu sigurnost. BiH je, prije njihovog usvajanja, bila jedina evropska zemlja koja nije provodila propise i procedure o

¹⁰ Usklađivanje zakonodavstva, <https://www.dei.gov.ba/bs/instrumenti-za-uskladivanje-s-pravnom-tecevinom-eu>, posećena: 20. 8. 2022.

ocjenjivanju usklađenosti i bilo kakve sigurnosti domaćih i uvezenih proizvoda na njenom tržištu. Nepostojanje spomenute zakonske regulative bilo je ključna prepreka zbog koje BiH nije mogla koristiti prednost trgovinskih mjera Evropske unije, donesenih u septembru 2000. godine, prema kojim je zemlja formalno mogla izvoziti u EU gotovo sve proizvode bez količinskih i tarifnih barijera uz nekoliko izuzetaka.¹¹ BiH je posebno vodila računa u oblastima iz privredno-pravnih odnosa i to oblasti carina i carinskog sistema, spoljne trgovine, stranih ulaganja, banaka i bankarskog sistema i osiguravajućih organizacija kako na nivou BiH, tako i na nivou entiteta.¹²

BiH aktivno i dalje sprovodi harmonizaciju svojih propisa, prati izmjenu regulative EU i periodično se usklađuje sa njom kako bi se što lakše, po prijemu u punopravno članstvo, integrisala u sistem EU.

III Harmonizacije propisa BiH sa pravom STO

Svjetska trgovinska organizacija (STO, engl. *World Trade Organization* - WTO) spada u red tzv. univerzalnih međunarodnih organizacija ekonomskog i trgovinskog karaktera i jedan je od najznačajnijih subjekata međunarodnog trgovinskog prava uopšte. Njen nastanak je rezultat ubrzanja procesa globalizacije i proširivanja domašaja načela slobode trgovine na sistem "slobodnije trgovine", koji ima za cilj dalju internacionalizaciju i liberalizaciju procesa u međunarodnom protoku robe, usluga i kapitala, eliminisanjem netarifnih i postepeno tarifnih barijera.¹³ Ova Organizacija je fokusirana na diskusije, pregovore i razrješenje trgovinskih pitanja koja se odnose na promet robe, usluga i prava intelektualne svojine. Njene glavne funkcije su: regulisanje i primjena multilateralnih i plurilateralnih trgovinskih sporazuma koji su u njenom sastavu, djelovanje kao foruma za multilateralne trgovinske pregovore (*multilateral trade negotiations*), traženje načina da se razriješe trgovinski sporovi,

¹¹ Vid. V. Popović (2009), 209-210.

¹² Vid. V. Popović, Neki aspekti harmonizacije prava Republike Srpske sa Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju, *Budvanski pravnički dani*, Budva, 2010, 225-226.

¹³ A. Ćirić, *Međunarodno trgovinsko pravo: opšti deo*, Pravni fakultet, Centar za publikacije, Niš 2010, 278.

praćenje domaće trgovinske politike i saradnja sa ostalim međunarodnim institucijama uključenim u vođenje globalne ekonomske politike.¹⁴

Prijem u članstvo STO je regulisan čl. XII Sporazuma o osnivanju STO. U članstvo može pristupiti bilo koja država ili posebna carinska teritorija koja ima svoju autonomnu trgovinsku politiku. Članstvo u Svjetskoj trgovinskoj organizaciji je od velikog značaja za svaku državu i ono omogućava krupne integracione korake za učešće u modernim međunarodnim ekonomskim tokovima, s obzirom na to da ovaj veliki globalni ekonomski sistem pokriva 97% svjetske trgovine.

Bosna i Hercegovina nije član Svjetske trgovinske organizacije, ali je 15. jula 1999. godine dobila status posmatrača i teži njenom članstvu kao i članstvu u EU. Septembra mjeseca 2002. godine Sekretarijatu Svjetske trgovinske organizacije je dostavljen Memorandum o spoljnotrgovinskom režimu BiH, koga čine sedam poglavlja: 1. Uvod, 2. Privrede i ekonomske politike, 3. Ustavnopravni sistem, 4. Trgovina robom, 5. Trgovinski aspekti prava intelektualnog vlasništva, 6. Trgovina uslugama, 7. Ekonomski odnosi sa trećim zemljama. Uz Memorandum je dostavljen prevod 30 traženih zakona na nivou BiH. Do sada je provedeno više rundi pregovora na kojima su razmatrana brojna dostavljena pitanja zemalja koje učestvuju u pregovorima i dati odgovori, zatim su održani bilateralni sastanci na kojima su razmatrana pitanja koja putem pismenih odgovora nisu razjašnjena radi ispitivanja usklađenosti BiH zakonodavstva i prakse sa STO pravilima i identifikaciji razlika, kao i utvrđivanja obaveza u pogledu usklađivanja zakonodavstva i prakse sa STO pravilima, bilo kroz izmjenu postojećih ili donošenjem novih propisa.

Rezultati dosadašnjeg toka pregovora predstavljaju usvajanje većeg broja novih zakona i podzakonskih akata, kojima su regulisane pojedine oblasti predviđene pojedinačnim sporazumima STO, kao i usvajanje izmjena i dopuna postojećih propisa u cilju njihovog usklađivanja sa odredbama STO sporazuma prema utvrđenom planu.

Prema Memorandumu o spoljnotrgovinskom režimu BiH, koji se sastoji od sedam poglavlja, ali i prema preuzetim obavezama iz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju Evropskoj uniji, ona ima obavezu da svoje zakonodavstvo usaglasi sa sporazumima i standardima Svjetske trgovinske organizacije. Međutim, način usaglašavanja ovog zakonodavstva i ispunjavanja preuzetih obaveza treba

¹⁴ W. Goode, *Rečnik termina međunarodne trgovinske politike*, (prevod S. Zubić-Petrović, A. Raković, K. Jovović), Službeni list SCG, Ministarstvo za međunarodne ekonomske odnose Srbije i Crne Gore, Centar za evropsko pravo, Beograd - Kragujevac 2005, 407.

posmatrati kroz veoma specifičnu Dejtonsku strukturu Bosne i Hercegovine iz koje se ona sastoji: iz Republike Srpske, Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko Distrikta.

Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju Bosna i Hercegovina je preuzela obavezu da započne pregovore sa zemljama koje su već potpisale ovakvu vrstu Sporazuma, radi zaključenja bilateralnih konvencija o regionalnoj saradnji s ciljem povećanja obima saradnje sa tim zemljama, naročito vodeći računa o uspostavljanju područja slobodne trgovine između strana u skladu sa odgovarajućim odredbama Svjetske trgovinske organizacije - STO, zatim uzajamnih koncesija u pogledu kretanja radnika, prava osnivanja preduzeća, pružanja usluga, tekućih plaćanja, kretanja kapitala, itd.

Danom stupanja na snagu Sporazuma o trgovini između Bosne i Hercegovine i EU neće biti uvedene nove uvozne ili izvozne carine ili takse sa jednakim učinkom, niti će se, one koje se već primjenjuju, povećavati. Što se tiče zaštitnih klauzula, one se odnose na obavezu primjene odredbe čl. 19. GATT-a iz 1994. godine i STO Sporazuma o zaštitnim mjerama. Ovaj Sporazum, uporedo sa procesom liberalizacije propisuje da će Strane dopustiti i privremeno kretanje fizičkih lica kako to predviđaju njihove obaveze GATT-a, ali i mogućnost BiH da zavisno o situaciji i u skladu sa uslovima utvrđenim Sporazumom o osnivanju Svjetske trgovinske organizacije usvoji restriktivne mjere, uključujući i mjere koje se odnose na uvoz, koje će biti ograničenog trajanja, a koje ne mogu prekoračiti ono što je striktno potrebno, da bi se popravila situacija u platnom bilansu, a što podrazumijeva i obavezu obavještanja druge strane. U ovom kontekstu treba posmatrati harmonizaciju čitavog niza propisa BiH, odnosno Republike Srpske, Federacije BiH i Brčko Distrikta sa pravnim sistemom STO, naročito u oblasti carina i carinskog sistema BiH, spoljne trgovine, stranih ulaganja, banaka i bankarskog sistema, osiguravajućih organizacija, privrede, i d.¹⁵

Kao konačni rezultat pregovora, Bosna i Hercegovina treba pristupiti "Marakeškom sporazumu o osnivanju Svjetske trgovinske organizacije" uključujući njegove Aneксе. Sporazum o olakšavanju trgovine, koji je postao sastavni dio Aneksa 1A, stupio je na snagu 22. februara 2017. godine.

Pregovori za pristupanje Svjetskoj trgovinskoj organizaciji predstavljaju jedan jedinstven proces, ali se isti uslovno može podijeliti na tri zasebne oblasti:

¹⁵ Vid. V. Popović, J. Grahovac, „Harmonizacija propisa Svjetske trgovinske organizacije u Bosni i Hercegovini“, u *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (ur. S. Petrić), Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar 2014.

- pregovori u oblast trgovine robama;
- pregovori u oblasti trgovine uslugama; i
- pegovori u oblasti zaštite prava intelektualnog vlasništva.

Sa stanovišta načina vođenja pregovora, takođe, na tri cjeline:

1. Pregovori o spoljnotrgovinskom režimu BiH - faza multilateralnih pregovora sa svim članicama WTO Radne grupe za BiH (započeti 2002. godine dostavljanjem Memoranduma o spoljnotrgovinskom režimu BiH);
2. Bilateralni pregovori o pristupu tržištu sa zainteresiranim članicama WTO Radne grupe za BiH; i
3. Plurilateralni pregovori o domaćoj podršci poljoprivredi i izvoznim subvencijama.

Trenutno stanje pregovora vezano za Multilateralne pregovore o spoljnotrgovinskom režimu BiH:

- "Legislativni akcioni plan" realiziran u potpunosti;
- Sekretarijat WTO-a pripremio ažuriranu verziju Nacrta izvještaja o pristupanju (*Draft Working Paty Report - DWPR*) i dokumenti proslijeđeni članicama WTO Radne grupe za BiH, kao preduslov za zakazivanje XIII sjednice Radne grupe.

Bilateralni pregovori o pristupu tržištu u oblasti roba i usluga:

- Pregovori u ovoj oblasti su u potpunosti okončani sa četrnaest zemalja, bilateralni protokoli potpisani sa Kanadom, Norveškom, Japanom, Kinom, Švajcarskom, El Salvadorom, Hondurasom, Dominikanskom Republikom, EU, Indijom, Korejom, Meksikom, Ekvadorom i Panamom;
- Pregovori sa SAD su okončani, tekst bilateralnog Protokola usaglašen, očekuje se dogovor o datumu potpisivanja;
- Pregovori u ovoj oblasti još uvijek aktivni sa Brazilom, Ukrajinom i Ruskom Federacijom.

Plurilateralni pregovori o domaćoj podršci poljoprivredi:

- Zaključno sa XII sjednicom Radne grupe, pregovori u ovoj oblasti su završeni. Predstoji formalna verifikacija postignutih rezultata pregovora na XIII sjednici Radne grupe.¹⁶

IV Zaključak

BiH nije članica EU, niti STO. Potpisnik je Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, na osnovu kojeg ima obavezu usaglašavanja svog zakonodavstva sa pravom EU i pravom STO. U okviru STO ima svojstvo posmatrača. Ovo usaglašavanje prati složena unutrašnja struktura Bosne i Hercegovine, koju čine dva Entiteta: Republika Srpska i Federacija BiH, te Brčko Distrikt, kao posebna jedinica lokalne samouprave, i ustavna podjela nadležnosti između BiH i njenih Entiteta. Harmonizacija domaćeg zakonodavstva je u funkciji ispunjavanja čitavog niza preuzetih obaveza i stvaranja uslova za prijem u članstvo STO i EU.

Od datuma potpisivanja SSP iz 2008. godine sa EU (EZ), i dobijanja statusa posmatrača 1999. godine u STO, zakonodavstvo BiH se značajno uskladilo sa propisima prava EU i pravom STO, te je njegova harmonizacija kontinuirana. To će značajno olakšati integraciju BiH u članstvo EU i članstvo STO.

Vitomir Popović*

Njegoslav Jović**

The level of harmonization of the regulations of Bosnia and Herzegovina with the law of the European Union and the World Trade Organization

Abstract

Bosnia and Herzegovina (BiH) is a complex state union and belongs to the so-called "*sui generis*" states. In Bosnia and Herzegovina today, there are 13 Constitutions and the Statute of Brčko District, which *de iure* is not a Constitution, but *de facto* it is. It is in this context that the legislative power in Bosnia and

¹⁶ Vid. Bosna i Hercegovina i WTO, <http://www.mvteo.gov.ba/Content/Read/bih-i-wto?lang=bs>, posećena: 1. 9. 2022.

* Academician, Full Professor, University of Banja Luka, Faculty of Law.

** Senior assistant, University of Banja Luka, Faculty of Law.

Herzegovina, that is, the Republic of Srpska, should be viewed. Namely, legislative power at the level of BiH is exercised through the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina, in the Republic of Srpska legislative power is exercised by the National Assembly, in the Federation of Bosnia and Herzegovina legislative power is exercised by the Assembly of the Federation of Bosnia and Herzegovina and 10 Cantonal Assemblies, and in Brčko District by the Assembly of Brčko District, depending on how and in what manner the division of competences was carried out between the joint institutions in Bosnia and Herzegovina, on the one hand, and the entities, that is, the Republic of Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina, on the other hand.

The harmonization of the existing legislation of BiH took place and is taking place in two ways: with the aim of creating certain conditions and assumptions for enabling complete freedom of movement of persons, goods, services and capital throughout the territory of BiH, in accordance with the Constitution of BiH, on the one hand, and simultaneous harmonization of this legislation with the law of the European Union in order to create conditions for entering this market, and harmonization with the law of the World Trade Organization (WTO).

Keywords: BiH law, harmonization, EU law, WTO law.

Literatura

- Ćirić, A. *Međunarodno trgovinsko pravo: opšti deo*, Pravni fakultet, Centar za publikacije, Niš 2010.
- Goode, W. *Rečnik termina međunarodne trgovinske politike* (prevod S. Zubić-Petrović, A. Raković, K. Jovović), Službeni list SCG, Ministarstvo za međunarodne ekonomske odnose Srbije i Crne Gore, Centar za evropsko pravo, Beograd - Kragujevac 2005.
- Lasok, D. *The Trade and Customs Law of the European Union*, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston 1998.
- Popović, V. "Harmonizacija prava Republike Srpske kao uslov pridruživanja Evropskoj uniji", u *Harmonizacija zakonodavstva Republike Srbije sa pravom Evropske unije* (ur. D. Dimitrijević, B. Miljuš), Institut za međunarodnu politiku i privredu, Hans Seidel fondacija, Beograd 2010, 37-54.
- Popović, V. "Iskustva Republike Srpske u harmonizaciji prava sa pravom Evropske unije", u *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva: zbornik radova*

sa Savetovanja pravnika, 8-12. jun 2009, Budva, Savez udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske, Beograd 2009.

Popović, V. „Neki aspekti harmonizacije prava Republike Srpske sa Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju“, *Budvanski pravnički dani*, Budva 2010.

Popović, V., Grahovac, J. „Harmonizacija propisa Svjetske trgovinske organizacije u Bosni i Hercegovini“, u *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (ur. S. Petrić), Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar 2014.

Sheridan, N. Introduction to Approximation Tools and Instruments Developed by the EU, http://www.envnis.org/Microsoft_Word_-_EUtools-e.pdf.

Vukadinović, R. *Pravo Evropske unije*, Banja Luka – Kragujevac 2006.

Vukadinović, R. D. *Kako usklađivati domaće propise sa pravom Evropske unije*, Centar za pravo Evropske unije, Kragujevac 2004.

Internet izvori

Bosna i Hercegovina i WTO, <http://www.mvteo.gov.ba/Content/Read/bih-i-wto?lang=bs>, posećena: 1. 9. 2022.

Proces pristupanja, <https://www.dei.gov.ba/bs/accession-process>, posećena: 20. 8. 2022.

Usklađivanje zakonodavstva, <https://www.dei.gov.ba/bs/instrumenti-za-uskladivanje-s-pravnom-tecevinom-eu>, posećena: 20. 8. 2022

SUDSKI SAVETI U HOLANDIJI I BELGIJI

Apstrakt

U radu se nakon istorijskog dela, te dela koji se tiče akata međunarodnog javnog prava u Evropi, koji se tiču ove materije, istražuje položaj sudskih saveta u Holandiji i Belgiji. Istražuje se aspekt istorijskog razvoja saveta u ovim zemljama, kao i njihov sastav i nadležnosti. U radu se, pre svega, koristi normativni metod. Naučna i društvena opravdanost teme se nalazi u činjenici da je u Srbiji u toku reforma koja se odnosi na nezavisnost pravosuđa.

Ključne reči: sudski saveti, istorijat, sastav, nadležnosti, Holandija, Belgija.

I Kratko o razvitku sudskih saveta

Uporedno gledano, kada govorimo o evropskom kontinentu, primetićemo da postoje, u osnovi, tri pristupa upravljanja pravosuđem. To su model sudskog saveta, sudsko-menadžerski model, te model upravljanja preko ministarstva koje je nadležno za pravosuđe. U tom smislu, u 20. veku došlo je do značajne promene u načinu na koji su evropske zemlje do sada shvatale odnos između politike i sudskog sistema, jer je prvobitno upravljanje pravosuđem uglavnom bila nadležnost izvršne vlasti, a posebno ministarstva nadležnog za pravosuđe. Međutim, tamo negde od kraja Drugog svetskog rata, zabrinutost za nezavisnost pravosuđa, sudsku odgovornost i bolji učinak pravosuđa počela je da menja ovo shvatanje, te su ministarstva nadležna za pravosuđe izgubila monopol na upravljanje pravosuđem, a u mnogim zemljama su stvoreni posebni organi sa nadležnošću da se bave karijerom sudija ili upravljanjem pravosuđem.¹ Drugim rečima, u nakani da se sudstvo oslobodi političkog pritiska, pre svega, izvršne

* Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo u Beogradu, Srbija, e-mail: m.stanic@iup.rs.

Rad je primljen 7. juna 2022. godine, a prihvaćen za objavljivanje 27. juna 2022. godine.

¹ P. Castillo-Ortiz, The politics of implementation of the judicial council model in Europe, *European Political Science Review*, (2019)11, 503.

vlasti, odnosno da se ostvari princip nezavisnog sudstva, počeli su da nastaju sudski saveti koji su bili simbol i vesnik novih institucija demokratskih režima.²

Istorijski gledano, zemlja u kojoj je nastao prvi sudski savet je Francuska i to u devetnaestom veku. Razume se, od tada je u ovoj zemlji prošao brojne reforme, ali se "zametak" nije zadržao na francuskoj teritoriji, već se proširio Evropom. U dvadesetom veku je ponovo preteča Francuska gde je 1946. godine osnovan Visoki savet magistrature (*Conseil Supérieur de la Magistrature*). Nekoliko godine kasnije, Italija je postala prva zemlja koja je stvorila savet istog naziva (*Consiglio Superiore della Magistratura*) stvoren da potpuno ukloni celokupno pravosuđe iz političke kontrole, model koji je kasnije poslužio i za druga pravosuđa, koja su imala naum da pruže još jednu u nizu ustavnih garantija za očuvanje nezavisnosti sudstva. Kasnije su Španija i Portugalija formirale iste savete nakon raskida sa autoritarnim sistemom, kao važnu ustavnu garantiju kojom je trebalo učvrstiti vladavinu prava, odnosno nezavisno pravosuđe.³

Nakon ovih početnih koraka može samo da se "konstatuje da je prisutan evropski trend uspostavljanja pravosudnih saveta u državama koje su se tradicionalno oslanjale na ministarsko upravljanje sudovima, kao i budžetom",⁴ te se broj takvih zemalja uvećao višestruko za samo nekoliko decenija.⁵ Pogotovo je od 1989. godine i pada Berlinskog zida, Evropa postala svedok istinske ekspanzije sudskih saveta.⁶

Nakon pada Berlinskog zida, ovaj proces se dobrim delom odvijao pod direktnim ili indirektnim nadzorom Saveta Evrope, koji u svojoj Preporuci o nezavisnosti pravosuđa iz 1994. godine veli da "organ koji donosi odluku o selekciji i karijeri

² M. Urbániková, K. Šípulová, Failed Expectations: Does the Establishment of Judicial Councils Enhance Confidence in Courts?, *German Law Journal*, (2018)7, 2109.

³ V. Autheman, S. Elena, Global Best Practices: Judicial Councils, IFES Rule of Law White Paper Series, International Foundation for Electoral Systems, (2004), 1, <https://www.ency.eu/images/stories/pdf/judiciaries/authemaandelena2004judicialcouncilslessonslearnedeuropelatinamerica.pdf>; I. Pejić, Institucionalne garancije nezavisnog sudstva: Visoki savet sudstva, https://fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Irena_Pejic.pdf, 3; T. Ginsburg, N. Garoupa, The Comparative Law and Economics of Judicial Councils, *Berkeley Journal of International Law*, (2008)27, 57.

⁴ M. Matic, Netherlands council for the judiciary, *Strani pravni život*, (2013)1, 152.

⁵ N. Garoupa, T. Ginsburg, Guarding the guardians: Judicial councils and judicial independence, *The American Journal of Comparative Law*, (2009)1, 105.

⁶ M. Urbániková, K. Šípulová, *n. delo*, 2106.

sudija treba da bude nezavisan od vlade i uprave. Kako bi očuvao svoju nezavisnost, pravila treba da obezbede da, na primer, njegovi članovi budu birani od strane pravosuđa i da taj organ sam odlučuje o proceduralnim pravilima". Ipak, "u slučajevima gde ustavne i zakonske odredbe i tradicija dozvoljavaju da sudije budu imenovane od strane vlade, trebalo bi da postoje garantije koje će obezbediti da procedure imenovanja sudija u praksi budu transparentne i nezavisne i da na odluke ne utiču bilo koji razlozi osim onih koji se tiču prethodno pomenutih objektivnih kriterijuma". Drugim rečima, sve odluke koje se tiču profesionalne karijere sudija bi trebalo da budu zasnovane na objektivnim kriterijumima, a izbor i karijera sudija treba da se zasnivaju na zaslugama, imajući u vidu njihove kvalifikacije, integritet, sposobnost i efikasnost.⁷

Napori da se osmisle regionalne smernice za nezavisnost pravosuđa koje bi dopunile Preporuku Saveta Evrope kulminirale su usvajanjem Evropske povelje o statusu sudija od 1998. godine.⁸ Prema Memorandumu obrazloženja Evropske povelje, izraz "intervencija" nezavisnog organa označava mišljenje, preporuku ili predlog kao i stvarnu odluku.⁹ Konsultativno veće evropskih sudija, je kao savetodavno telo Saveta Evrope, povodom svoje desetogodišnjice usvojilo Magna kartu sudija. Navedenim dokumentom se, takođe, ustanovljava obaveza formiranja "organa za garantiju nezavisnosti", tj. sudskih saveta ili drugih tela – nezavisnih od zakonodavne i izvršne vlasti kome će se poveriti sve one nadležnosti koje su važne za organizaciju i rad sudova, a u čiji sastav će ulaziti ili samo sudije, ili značajna većina sudija, koje biraju njihove kolege. Međutim, naglašava se da se govoreći o nezavisnosti sudstva, ne može izgubiti iz vida i činjenica da sudije nisu "iznad zakona", tačnije činjenica da sudije treba da sude u skladu sa zakonom i da je, takođe, zakon granica koja važi i za sudije.¹⁰

⁷ Tekst Preporuke na: http://www.euromed-justice-iii.eu/system/files/20090123125232_recR%2894%2912e.pdf; V. Autheman, S. Elena, *n. delo*, 4; European Commission for democracy through law (Venice Commission) European standards on the independence of the judiciary a systematic overview, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JD\(2008\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JD(2008)002-e), 3.

⁸ V. Autheman, S. Elena, *n. delo*, 5; tekst Evropske povelje o statusu sudija, <https://rm.coe.int/16807473ef>.

⁹ European Commission for democracy through law (Venice Commission) Judicial appointments, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2007\)028.aspx](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2007)028.aspx), 5.

¹⁰ V. Petrović-Škero, Visoki savet sudstva status, izbor, razrešenje, mandat, članstvo, nadležnost, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, (2017) 3-4, 216; Lj. Blagojević, Visoki savet sudstva kao

Konsultativno veće evropskih sudija i Venecijanska komisija su izrazili svoje stavove o kriterijumima koje treba da ispunjavaju saveti za pravosuđe, koji su izgrađeni na temeljnom uverenju da je nezavisnost sudstva najbolji način da se dođe do vladavine prava u interesu svih građana.¹¹ Mišljenje br. 1¹² Veća o "standardima koji se tiču nezavisnosti pravosuđa i nesmenjivosti sudija" postavilo je osnovu za uvođenje "evropskog modela" nezavisnosti pravosuđa koji su operacionalizovali pravosudni saveti, pa u pogledu imenovanja članova ovih tela preporučuje se značajna sudska zastupljenost i te članove bi trebalo da demokratski biraju druge sudije. Svaka odluka koja se odnosi na imenovanje ili karijeru sudije bi trebalo da bude zasnovana na objektivnim kriterijumima ovog tela. Zanimljivo je da se ovaj pristup smatra sve relevantnijim uglavnom za bivše komunističke zemlje, koje nemaju dugo ukorenjene i demokratski dokazane sisteme i gde su formalne institucionalne zaštitne mere predviđanja strogo nepolitičkih tela za imenovanje, što je od suštinskog značaja za osiguranje nezavisnosti sudstva.

Mišljenje br. 10¹³ Veća o "Sudskom savetu u službi društva" dalje razvija stav u vezi sa ovim organima, pa kaže da "sudski savet može biti sastavljen isključivo od sudija ili imati mešoviti sastav sudija i nesudija. U oba slučaja mora se izbegavati percepcija sopstvenog interesa, samozaštite i kronizma." [...] Međutim, čak i kada je članstvo mešovito, funkcionisanje saveta za pravosuđe neće dozvoliti nikakav ustupak dejstvu parlamentarne većine i pritisku izvršne vlasti, i biće slobodno od bilo kakve podređenosti razmatranju političkih stranaka, tako da može da zaštiti vrednosti i osnovne principe pravosuđa".

Mišljenje br. 24 Veća prihvata činjenicu da ne postoji jedinstven model sudskih saveta. Svaki savet, međutim, bi trebalo da ima odgovarajuće nadležnosti radi odbrane nezavisnosti sudstva i sudija pojedinaca. Veće ponovo potvrđuje svoje

garant nezavisnosti pravosuđa u Republici Srbiji (U svetlu Nacionalne strategije za reformu pravosuđa – NSRP), https://fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Ljiljana_Bлагоjevic.pdf, 2.

¹¹ A. Sanders, L. von Danwitz, *Selecting Judges in Poland and Germany: Challenges to the Rule of law in Europe and Propositions for a new Approach to Judicial Legitimacy*, *German Law Journal*, 19(2018) 4, 789.

¹² Mišljenja Konsultativnog veća evropskih sudija i Magna Carta sudija, <https://rm.coe.int/1-coe-ccje-opinions-serbian/1680a11de1>; European Commission for democracy through law (Venice Commission) *European standards on the independence of the judiciary a systematic overview*, 3.

¹³ Mišljenja Konsultativnog veća evropskih sudija i Magna Carta sudija, <https://rm.coe.int/1-coe-ccje-opinions-serbian/1680a11de1>, 165-187.

mišljenje da bi pre raspravljanja u parlamentu ili preduzimanja aktivnosti u pogledu zakonodavstva u ovoj materiji trebalo da se konsultuje sudski savet po pitanju svih politika, uključujući i predloge ili nacрте zakona kojima bi moglo da se utiče na sudstvo (npr. na nezavisnost sudstva) ili kojima bi se mogle obesmisлити garantije kojima se građanima obezbeđuje pristup pravdi.¹⁴

Venecijanska komisija konstatuje da u Evropi postoji niz različitih sistema u ovoj materiji i da ne postoji jedinstven model koji bi važio za sve zemlje. Postoji očigledna saglasnost¹⁵ sa stavovima koje je Konsultativno veće evropskih sudija iskazalo u pogledu pristupa koji se promovіше radi garantovanja nezavisnosti pravosuđa. Naime, Venecijanska komisija preporučuje osnivanje sudskog saveta, koji bi trebalo da ima ustavne garantije svog sastava, nadležnosti i autonomiju. Pored toga, saveti bi trebalo da se sastoje od većine članova koje biraju njihove kolege iz sudstva, te bi trebalo da imaju presudan uticaj na imenovanje i napredovanje sudija i disciplinske mere protiv njih. Komisija smatra da najveću garanciju nezavisnosti, bilo da je "unutrašnja" ili "spoljna", mogu obezbediti pravosudni saveti.¹⁶

II Istorijat sudskog saveta u Belgiji

Visoki savet pravosuđa u Belgiji je formiran radi povećanja poverenja građana u pravosudni sistem, a u skladu sa čl. 151. Ustava, Zakonom koji je stupio na snagu novembra 1998. godine, dok je Savet počeo efektivno da dela od avgusta 2000. godine. U belgijskom Ustavu je naglašeno da Savet nije deo izvršne,

¹⁴ Konsultativno veće evropskih sudija (CCJE), Mišljenje CCJE broj 24 (2021): razvoj saveta sudstva i njihova uloga u nezavisnim i nepristrasnim sudskim sistemima, <https://www.sudije.rs/Dokumenta/DokumentaSudstva/2021%20Mi%C5%A1ljenje%20CCJE%20br%2024%20o%20razvoju%20Saveta%20sudstva%20i%20njihovoj%20ulozi%20u%20nezavisnim%20i%20nepristrasnim%20sudskim%20sistemima.pdf>.

¹⁵ D. Preshova, I. Damjanovski, Z. Nechev, The effectiveness of the 'European Model' of judicial independence in the Western Balkans: Judicial councils as a solution or a new cause of concern for judicial reforms, *CLEER Paper Series*, (2017) 1, 15; European Commission for democracy through law (Venice Commission) European standards on the independence of the judiciary a systematic overview, 3-4.

¹⁶ D. Preshova, I. Damjanovski, Z. Nechev, *n. delo*, 16; European Commission for democracy through law (Venice Commission), Report on the independence of the judicial system part I: The independence of judges, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)004-e); European Commission for democracy through law (Venice Commission), Compilation of Venice commission opinions and reports concerning courts and judges, <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI%282015%29001-e>.

zakonodavne ili sudske vlasti.¹⁷ Povod za njegovo formiranje je događaj iz sredine 90-ih godina prošlog veka, kada je izvršena otmica mladih Belgijanki, od kojih su četiri lišene života. Nakon ovih događaja, cirkulisalo je nekoliko predloga reformi pravosudnog sistema, sa fokusom na kvalitetniji, efikasniji, transparentniji i humaniji sistem, uz eliminaciju takozvanih "političkih imenovanja", na osnovu kojih je neko direktno postavljen za sudiju na osnovu svojih političkih preferencija, više nego na osnovu kapaciteta i podobnosti za obavljanje funkcije, te uvođenje spoljne kontrole pravosuđa.

III Sastav i način izbora članova sudskog saveta u Belgiji

Belgija je prvobitno konstituisana kao unitarna država, ali su tokom sedamdesetih godina prošlog veka započeli odgovarajući procesi, koji su rezultirali time da je ona nakon amandmana na Ustav 1993. godine, postala savezna država. U ovoj zemlji se do takvog ustavnog aranžmana došlo kroz spor i postepen proces koji je doveo do progresivne teritorijalne decentralizacije centralne vlasti.¹⁸ Grubo rečeno, ovu državu po strukturi stanovništva čine Valonci, koji govore francuski jezik, Flamanci, koji govore holandski jezik, te jedan, značajno manji, deo stanovništva koji govori nemački jezik. Međutim, i pored toga što je reč o federalnoj državi, Belgija ima unitarni pravosudni sistem i savezna vlast ima nadležnost u materiji građanskog, krivičnog, privrednog, radnog prava, kao i u organizaciji sudova, imenovanju sudija i upravljanjem nad zavodima za izvršenje krivičnih sankcija.¹⁹ Visoki savet pravosuđa Belgije sastoji se od četrdeset i četiri člana i pripada tipu pravosudnih saveta i za tužioce i za sudije. Sud ima flamansko odeljenje (sa dvadeset dva člana) i francusko odeljenje (takođe sa dvadeset dva člana),²⁰ što odražava institucionalni, pravni, sociološki i kulturni kontekst Belgije pri kojem se ova država vidno deli na dva dela, te svaka odluka koja se tiče organizacije zemlje odgovara na potrebu da se očuva

¹⁷ Vid. na https://www.ency.eu/images/stories/pdf/factsheets/hrj_csj_belgium.pdf.

¹⁸ A. Mastromarino, Linguistic Separation or Jurisdictional Communitarism? Reflective Judiciary in Belgium, (2018), <https://iris.unito.it/bitstream/2318/1681342/1/Fed.RJ.pdf>, 6; D. Bayır, The Judiciary in Autonomy Arrangements: Lessons for the Kurdish Case, in *Democratic Representation in Plurinational States*, Palgrave Macmillan, Cham, 2018, 195.

¹⁹ D. Bayır, *n. delo*, 195.

²⁰ W. J. M. Voermans, P. Albers, Councils for the Judiciary in EU Countries, Councils for the Judiciary in EU Countries, 2003, <https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/access/item%3A2866382/view>, 124.

postojanje dve glavne jezičke zajednice: flamanske i francuske.²¹ Drugim rečima, belgijski slučaj maksimalno osigurava prilagođavanje jezičke raznolikosti u javnom životu uopšte, kao i u pravosuđu.²²

Njihov mandat traje 4 godine, nakon čega se može obnoviti. Svako odeljenje se sastoji od 11 sudija i 11 lica koja nisu nosioci sudijske funkcije, kao i od 11 tužilaca i 11 lica koja nisu nosioci tužilačke funkcije. Nosiocice sudijske, odnosno tužilačke funkcije biraju njihove kolege, u skladu sa pravilima teritorijalne zastupljenosti i vrste sudova, odnosno tužilaštava, u skladu sa zakonom. Lica koja su nenosioci pravosudnih funkcija bira gornji dom parlamenta, belgijski Senat, dvotrećinskom većinom od ukupnog broja svojih članova. Od toga, moraju da budu najmanje 4 advokata, sa najmanje 10 godina radnog iskustva, 3 profesora sa najmanje 10 godina radnog iskustva i 4 člana sa najmanje 10 godina relevantnog (pravnog, ekonomskog, administrativnog, društvenog ili naučnog) iskustva. Belgijski ustavotvorac je želeo da stvori depolitizovanu instituciju sa jasnim jezičkim paritetom, podvlačeći da je belgijski pravosudni sistem (još uvek) federalna stvar, uz potpunu jednakost članova koji su nosioci pravosudnih funkcija i onih koji to nisu, čime se isključuje svaki oblik korporativizma. Minimalna zastupljenost svakog pola (najmanje 4 člana svakog pola) je osigurana među nepravosudnim članovima. Članovi Saveta ne podnose izveštaje nijednom spoljnom telu, već samo Generalnoj skupštini Saveta koju čine svi njegovi članovi. Skupština bira 4 člana koji čine Upravni odbor Saveta, koji je odgovoran za koordinaciju aktivnosti Saveta i odeljenja. Predsedništvo Visokog saveta se rotira, tako da svaki od 4 člana Odbora obavlja dužnost predsednika po jednu godinu. U okviru svakog odeljenja postoje dve komisije: Komisija za imenovanja, sastavljena od 14 članova od kojih 7 nosilaca funkcija i 7 nenosilaca, kao i Savetodavna i istražna komisija, sastavljena od 8 članova od kojih 4 nosioca i 4 nenosioca. Članovi obe Savetodavne i istražne komisije, dakle iz obe jezičke grupacije, čine Ujedinjenu savetodavnu i istražnu komisiju.²³

IV Nadležnosti sudskog saveta u Belgiji

Uopšteno gledano, Savet je odgovoran za razvoj standarda i kriterijuma kvaliteta pravosuđa, organizovanje obuke i razvoj programa obuke, kao i za davanje preporuka o imenovanjima sudija i tužilaca, uključujući njihovo premeštanje i

²¹ A. Mastromarino, *n. delo*, 6.

²² D. Bayır, *n. delo*, 196.

²³ Godišnji izveštaj Saveta, <https://csj.be/admin/storage/hrj/rapport-annuel-2020.pdf>, 3.

unapređenje, nadzor nad sudovima i rešavanje pritužbi na njihov rad. Inače, disciplinski postupak ne sprovodi Savet, već je nadležan za proučavanje tih predmeta i pripreme rasprave.²⁴ Nadležnosti Visokog saveta pravde navedene su u članu 151. stav 3. Ustava, ali na taj način da one nisu *numerus clausus*, pošto se zakonom mogu utvrditi i druge nadležnosti Saveta.

Nadležnosti se mogu podeliti u tri kategorije: imenovanje nosilaca pravosudnih funkcija, spoljna kontrola nad funkcionisanjem pravosuđa i savetodavna politika izvršnoj i zakonodavnoj vlasti radi poboljšanja funkcionisanja pravosudnog sistema. Izvršna vlast i dalje imenuje sudije i tužioce, ali je to zasnovano na objektivnim kriterijumima i preporukama Komisije za imenovanje Saveta, u okviru kojeg se organizuju i odgovarajući ispiti. Kada je o spoljašnjoj kontroli reč, Savetodavna i istražna komisija vrši eksternu kontrolu funkcionisanja pravosuđa, mimo postojećih internih mehanizama, centralizovanim sistemom žalbi, kao i opsežnim kratkim revizijama i posebnim istragama. Kada Savet proglašuje žalbu osnovanom, može uputiti nadležnim organima kao i ministru pravde svaku preporuku koja nudi rešenje za postavljeni problem i svaki predlog koji ima za cilj poboljšanje opšteg funkcionisanja pravosuđa. Mora se podvući da komisije Saveta nikada nemaju pravo da intervenišu u predmetima koji su u toku. Visoki savet pravde može da formuliše preporuke i predlaže radnje za unapređenje funkcionisanja pravosuđa kreatorima pravosudne politike.²⁵

V Istorijat sudskog saveta u Holandiji

U Holandiji Savet je osnovan 2002. godine kao rezultat velike modernizacije pravosuđa. Pre toga, ministar pravde je bio u potpunosti odgovoran za upravljanje i nadzor nad pravosuđem. Razume se, ministar nije imao ovlašćenja kada je u pitanju odlučivanje u pojedinačnim predmetima, jer je ovo bila isključiva odgovornost sudija. Ipak, kako političke grane vlasti, tako i samo pravosuđe smatrali su da je neophodno dodatno ojačati nezavisnu poziciju pravosuđa. Pored toga, Savet je osnovan sa ciljem da snosi punu odgovornost za budžet, koordinaciju i nadzor nad celokupnim sudskim sistemom, bez ovlašćenja, razume se, u pogledu odlučivanja u pojedinačnim predmetima. Navedenom reformom, više nije postojala direktna veza između ministra pravde i sudova.²⁶ Promena sudijske samouprave uticala je na nezavisnost holandskog

²⁴ W. J. M. Voermans, P. Albers, *n. delo*, 124.

²⁵ Godišnji izveštaj Saveta, *n. delo*, 2.

²⁶ Vid. na https://www.ency.eu/images/stories/pdf/factsheets/rodr_the_netherlands.pdf.

pravosuđa i njegovih pojedinačnih sudija u pravnom smislu, jer se pozitivnim smatralo jačanje pozicije sudstva u odnosu na izvršnu vlast kroz formiranje Saveta. Ideja je bila da Savet funkcioniše kao "tampon" između sudova i političkih vlasti, na primer, tako što će voditi računa o godišnjim pregovorima o budžetu sa ministrom pravde i bezbednosti.²⁷ Na kraju krajeva, kao rezultat, kaže se da je Savet mnogo postigao u relativno kratkom roku, na primer, u pogledu uspostavljanja i primene ciklusa planiranja i odgovornosti, uvođenja obračunskog računovodstvenog sistema i uvođenja sistema kvaliteta.²⁸

VI Sastav i način izbora članova sudskog saveta u Holandiji

Savet u skladu sa važećim Zakonom ima najmanje tri, a najviše pet članova. U slučaju sastava od tri ili četiri člana, dva bi trebalo da budu pravosudni službenici. U slučaju pet članova, tri bi trebalo da budu pravosudni službenici, a to su, prema slovu Zakona, lica odgovorna za upravljanje pravosuđem ili članovi Centralnog apelacionog suda ili Žalbenog suda za trgovinu i industriju odgovorni za upravljanje, koji obavljaju sudijsku funkciju na osnovu imenovanja u skladu sa Zakonom o pravosudnim službenicima (pravni status). Nesudski članovi su uglavnom lica sa iskustvom u javnoj upravi. Članovi Saveta se imenuju Kraljevskim ukazom na preporuku ministra pravde i bezbednosti sa liste od najviše šest kandidata, koju sačinjava ministar u saglasnosti sa Savetom. Preporuku bi trebalo da odobri komisija sastavljena od nosilaca pravosudnih funkcija. Funkcija u Savetu traje šest godina i može se jednom obnoviti na period od tri godine. Predsednik Saveta se imenuje iz reda sudija, takođe Kraljevskim ukazom, a na predlog ministra pravde i bezbednosti. U slučaju Saveta sastavljenog od četiri člana, predsedavajući ima odlučujući glas kako bi obezbedio prevlast "sudskog glasa" u donetim odlukama.²⁹ Ovakav sastav Saveta obezbedio je da druga društvena iskustva, kao i posebna znanja, na primer, iz oblasti finansija i ekonomije budu zastupljena u Savetu.³⁰ Takođe, u svakom prvostepenom i apelacionom sudu postoji sudski odbor sastavljen od tri člana,

²⁷ E. Mak, *Judicial Self Government in the Netherlands: Demarcating Autonomy*, *German Law Journal*, (2018)7, 1816.

²⁸ M. Matić, *n. delo*, 158.

²⁹ E. Mak, *n. delo*, 1806; M. Matić, *n. delo*, 162; Sekcija 91-96 Zakona o organizaciji pravosuđa, dostupno na https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Wet-op-de-Rechterlijke-Organisatie_EN.pdf.

³⁰ M. Matić, *n. delo*, 158.

uključujući i predsedavajućeg. On ima položaj predsednika suda. Savet mora da sasluša mišljenje odbora, uključujući i stav saveta zaposlenih u sudu, pre nego što da svoju preporuku. Savetu je na raspolaganju kancelarija koja mu pomaže u aktivnostima i koja zapošljava oko 135 lica.³¹

VII Nadležnosti sudskog saveta u Holandiji

Savet upravlja pravosuđem i preuzeo je od Ministarstva pravde nadležnost u mnogim oblastima. Ovi zadaci su operativne prirode i uključuju alokaciju budžeta, nadzor nad upravljanjem finansijama, kadrovsku politiku, informacione i komunikacione tehnologije, infrastrukturu. Savet pruža podršku sudovima u izvršavanju obaveza u navedenim oblastima, ali odnos između Saveta i sudova ne bi trebalo posmatrati kao hijerarhijski. Primarni cilj je pružanje podrške sudovima u ostvarivanju njihovih zadataka. Izdvajanje finansijskih sredstava za pravosudni sistem utvrđuje se zakonom o budžetu na godišnjem nivou. Savet je odgovoran ministru pravde povodom načina na koji se troše budžetska sredstva. Savet distribuira budžetske resurse između sudova. Svaki sudski odbor odlučuje o načinu na koji će ta sredstva biti korišćena u okviru svog suda. Odnos između sudskog upravnog odbora i Saveta za pravosuđe je definisan ciklusom planiranja i izveštavanja o godišnjim planovima, izveštajima o napretku (svakih četiri meseca) i godišnjem izveštaju o pravosudnom sistemu Holandije. Drugi glavni zadatak Saveta je da promoviše kvalitet u okviru sistema i da daje savete o novom zakonodavstvu koje se tiče njegovog upravljanja. Savet takođe deluje kao portparol sudstva na nacionalnom i međunarodnom nivou. Savet podržava aktivnosti u oblasti izbora i obuke nosilaca sudijskih funkcija i sudskog osoblja. Pored toga, Savet radi na povećanju transparentnosti.³²

Konkretno, prema zakonskim rešenjima, Savet je odgovoran za pripremu budžeta Saveta i sudova; dodeljivanje budžeta sudovima; podršku u radu sudova; nadzor nad izvršenjem budžeta od strane sudova; nadzor nad radom sudova; i aktivnosti širom zemlje koje se odnose na zapošljavanje, odabir, imenovanje i obuku sudskog osoblja. Podrška i nadzor nad radom sudova zahtevaju da se posebna pažnja posveti informacionim sistemima, smeštaju i obezbeđenju, kvalitetu administrativnih i organizacionih postupaka, kadrovskim pitanjima. U vršenju svojih poslova, Savet može izdavati opšta uputstva sudskim odborima u meri u kojoj je to neophodno za pravilan rad sudova, a zadatak je i

³¹ T. Ginsburg, N. Garoupa, *n. delo*, 78.

³² M. Matić, *n. delo*, 160-161.

pružanje podrške aktivnostima sudova u cilju unapređivanja jedinstvene primene prava i promovisanja kvaliteta pravosuđa. Savet takođe ima zadatak da savetuje Vladu i parlament o opšteobavezujućim propisima i politici koju bi ovi organi trebalo da vode u vezi sa pravosudnim sistemom. Savetodavna mišljenja Saveta se donose nakon konsultacija sa sudovima. U obavljanju navedenih poslova, Savet se obavezuje na tzv. "izuzetak nezavisnosti", što znači da se Savet ne može uključiti u proceduralne aspekte ili suštinsku ocenu ili odluku u konkretnom predmetu. Akti Saveta ne podležu nikakvoj kontroli.³³

Miloš Stanić*

Judicial councils in the Netherlands and Belgium

Abstract

In this paper, after the historical part, and the part concerning the acts of international public law in Europe, which concern this matter, the position of judicial councils in the Netherlands and Belgium is examined. The aspect of the historical development of councils in these countries, as well as their composition and competences, is examined. In the paper, above all, the normative method is used. The scientific and social justification of the topic is found in the fact that in Serbia, a reform related to the independence of the judiciary is ongoing.

Keywords: judicial councils, history, composition, competences, Netherlands, Belgium.

Literatura

Autheman, V. Elena, S. Global Best Practices: Judicial Councils, IFES Rule of Law White Paper Series, International Foundation for Electoral Systems, 2004, <https://www.ency.eu/images/stories/pdf/judiciaries/authemaandelena2004judicialcouncilslessonslearnedeuropelatinamerica.pdf>

³³ T. Ginsburg, N. Garoupa, *n. delo*, 78; Sekcija 91-96 Zakona.

* PhD, Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia.

- Bayır, D. The Judiciary in Autonomy Arrangements: Lessons for the Kurdish Case, in: *Democratic Representation in Plurinational States*, Palgrave Macmillan, Cham, 2018, 177-209. https://doi.org/10.1007/978-3-030-01108-6_9
- Blagojević, Lj. Visoki savet sudstva kao garant nezavisnosti pravosuđa u Republici Srbiji (U svetlu Nacionalne strategije za reformu pravosuđa – NSRP), https://fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Ljiljana_Blagojevic.pdf.
- Castillo-Ortiz, P. The politics of implementation of the judicial council model in Europe, *European Political Science Review*, (2019)11, 503-520. <https://doi.org/10.1017/S1755773919000298>
- European Commission for democracy through law (Venice Commission) European standards on the independence of the judiciary a systematic overview, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JD\(2008\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JD(2008)002-e).
- European Commission for democracy through law (Venice Commission) Judicial appointments, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2007\)028.aspx](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2007)028.aspx).
- European Commission for democracy through law (Venice Commission), Report on the independence of the judicial system part I: The independence of judges, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)004-e).
- European Commission for democracy through law (Venice Commission), Compilation of Venice commission opinions and reports concerning courts and judges, <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI%282015%29001-e>.
- Evropska povelja o statusu sudija, <https://rm.coe.int/16807473ef>.
- Garoupa, N., Ginsburg, T. Guarding the guardians: Judicial councils and judicial independence, *The American Journal of Comparative Law*, (2009)1, 103-134. <https://doi.org/10.5131/ajcl.2008.0004>
- Ginsburg, T., Garoupa, N. The Comparative Law and Economics of Judicial Councils, *Berkeley Journal of International Law*, (2008)27, 53-83.
- Godišnji izveštaj Saveta (Rapport Annuel Conseil Supérieur de la Justice), <https://csj.be/admin/storage/hrj/rapport-annuel-2020.pdf>.
https://www.ency.eu/images/stories/pdf/factsheets/hrj_csj_belgium.pdf.

https://www.ency.eu/images/stories/pdf/factsheets/rvdr_the_netherlands.pdf.

Konsultativno veće evropskih sudija (CCJE), Mišljenje CCJE broj 24 (2021): razvoj saveta sudstva i njihova uloga u nezavisnim i nepristrasnim sudskim sistemima,

<https://www.sudije.rs/Dokumenta/DokumentaSudstva/2021%20Mi%20C5%A1ljenje%20CCJE%20br%2024%20o%20razvoju%20Saveta%20sudstva%20i%20njihovoj%20ulozi%20u%20nezavisnim%20i%20nepristrasnim%20sudskim%20sistemima.pdf>.

Mak, E. Judicial Self Government in the Netherlands: Demarcating Autonomy, *German Law Journal*, (2018)7, 1801-1838.
<https://doi.org/10.1017/S2071832200023245>

Mastromarino, A. Linguistic Separation or Jurisdictional Communitarism? Reflective Judiciary in Belgium, 2018,
<https://iris.unito.it/bitstream/2318/1681342/1/Fed.RJ.pdf>.

Matić, M. Netherlands council for the judiciary, *Strani pravni život*, (2013)1, 151-163.

Mišljenja Konsultativnog veća evropskih sudija i Magna Carta sudija,
<https://rm.coe.int/1-coe-ccje-opinions-serbian/1680a11de1>

Pejić, I. Institucionalne garancije nezavisnog sudstva: Visoki savet sudstva,
https://fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Irena_Pejic.pdf.

Petrović-Škero, V. Visoki savet sudstva status, izbor, razrešenje, mandat, članstvo, nadležnost, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, (2017)3-4, 215-225.
<https://doi.org/10.5937/gakv1704215P>

Preshova, D., Damjanovski, I., Nechev, Z. The effectiveness of the 'European Model' of judicial independence in the Western Balkans: Judicial councils as a solution or a new cause of concern for judicial reforms, *CLEER Paper Series*, (2017)1, <https://ssrn.com/abstract=3118942>.

Sanders, A., von Danwitz, L. Selecting Judges in Poland and Germany: Challenges to the Rule of law in Europe and Propositions for a new Approach to Judicial Legitimacy, *German Law Journal*, 19(2018)4, 769-816.
<https://doi.org/10.1017/S2071832200022872>

Preporuka br. R (94) 12 Komiteta ministara Saveta Evrope državama članicama o nezavisnosti, efikasnosti i ulozi sudija, http://www.euromed-justice-iii.eu/system/files/20090123125232_recR%2894%2912e.pdf.

Urbániková, M., Šipulová, K. Failed Expectations: Does the Establishment of Judicial Councils Enhance Confidence in Courts?, *German Law Journal*, (2018)7, 2105-2136. <https://doi.org/10.1017/S2071832200023348>

Voermans, W. J. M., Albers, P. Councils for the Judiciary in EU Countries, Councils for the Judiciary in EU Countries, 2003, <https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/access/item%3A2866382/view>, 121-133.

Holandski Zakon o organizaciji pravosuđa, https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Wet-op-de-Rechterlijke-Organisatie_EN.pdf.

PRAVNI REŽIM OSIGURANJA DEPOZITA U PRAVU EVROPSKE UNIJE - OD IDEJE DO (NE)REALIZACIJE**

Apstrakt

Institut osiguranja depozita od velikog je značaja kako za deponente, tako i za stabilnost bankarskog sektora, te finansijsku sigurnost u globalu. Reč je o institutu koji omogućava deponentima namirenje čak i u uslovima kada im banke, usled nastupanja finansijskih problema, ne mogu izvršiti povraćaj deponovanog novca. U takvim okolnostima osiguranje depozita pruža zaštitu deponentima, omogućavajući im da se za namirenje obrate trećem licu – osiguravaču. Štiteći ih od rizika gubitka deponovanog novca, osiguranje depozita uspostavlja poverenje deponenata u bankarski sektor, te obezbeđuje finansijsku stabilnost. Nepostojanje adekvatno uređenog instituta osiguranja depozita povlači za sobom nepoverenje u banke, te povlačenje deponovanih novčanih iznosa, što rezultira nastupanjem finansijskih problema banaka, pa čak i njihovom likvidacijom ili stečajem. Sve učestalije finansijske krize okončane propašću banaka, u Evropskoj uniji stvorile su svest o značaju instituta osiguranja depozita. Ideja o uvođenju ovog mehanizma na području Evropske (ekonomske) zajednice prvi put je konkretizovana usvajanjem preporuke Evropske komisije 87/63/EEZ o uvođenju sistema osiguranja depozita u Zajednici. Kako preporuka nije uspela sa idejom da sve države članice uvedu institut osiguranja depozita, 1994. godine usvojena je Direktiva 94/19/EZ, koja se takođe ubrzo pokazala kao nedovoljno efikasna. U težnji za postizanjem željenih efekata, evropski zakonodavac nastojao je da eliminiše uočene manjkavosti Direktive od 1994. godine, što je rezultiralo usvajanjem Direktive 2009/14/EZ. Iako je unela značajne promene u odnosu

* Master pravnik, Istraživač pripravnik u Institutu za uporedno pravo, Beograd, Srbija, e-mail: m.momcilov@iup.rs.

Rad je primljen 19. jula 2022. godine, a prihvaćen za objavljivanje 29. jula 2022. godine.

** Članak predstavlja skraćenu i izmenjenu verziju doktorskog pristupnog rada na temu "Pravni režim osiguranja depozita kao instrumenta za očuvanje ekonomske stabilnosti", odbranjenog na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

na prethodno stanje, zbog brojnih neadekvatno uređenih i neuređenih pitanja, ispostavilo se da Direktiva od 2009. godine nije uspjela da odoli brojnim izazovima. Iz tog razloga, 2014. godine usvojena je Direktiva 2014/49/EU koja je još uvek na snazi. U ovom radu biće najpre prikazan opšti pojam i značaj instituta osiguranja depozita, dok će centralni deo rada biti posvećen analizi razvoja sistema osiguranja depozita u pravu Evropske unije – od ideje do realizacije, uz kritički osvrt na najznačajnija pravna pitanja, a u cilju pronalaženja najidealnijeg modela za uređenje ovog pravnog instituta.

Ključne reči: osiguranje depozita, deponent, zaštita deponenata, banka, finansijska stabilnost, limit pokrivenosti, saosiguranje, premija, Direktiva 2014/49/EU, Evropska unija.

I Uvodne napomene

Atraktivnost novčanog depozita, između ostalog, posledica je potrebe za štednjom. Polaganjem novčanih depozita kod banke, deponenti obezbeđuju sigurnost svojoj ušteđevini, štiteći je od potencijalnih rizika koji prate čuvanje novca u kućnim uslovima, što posledično doprinosi društvenom blagostanju. Nužna pretpostavka podsticanja deponenata na polaganje novčanih sredstava je uspostavljanje mehanizama jačanja njihovog poverenja u bankarski sektor.

Deponovanje novčanih sredstava značajno je ne samo za deponente, već i za banke, kao i za funkcionisanje i razvoj privrede u globalu. Finansiranje privrednih poduhvata, naročito u uslovima nedovoljno razvijenog tržišta kapitala, dominantno se zasniva na uzimanju kredita. Tako, sa jedne strane, zaključujući ugovore o kreditu, privredni subjekti dolaze do novca potrebnog za finansiranje planiranih privrednih poduhvata. Sa druge strane, banke, kao najčešći davaoci kredita, do novca koji stavljaju korisnicima kredita na raspolaganje primarno dolaze primanjem novčanih depozita svojih klijenata. Stoga je za razvoj i nesmetano funkcionisanje privrede važno neprekidno održavati potreban stepen atraktivnosti deponovanja novca kod banke, te poverenje deponenata u bankarski sektor. *A contrario*, pad popularnosti novčanih depozita negativno bi se odrazio na banke koje, zbog nedovoljnog stepena likvidnosti, ne bi mogle odgovarati zahtevima privrednih subjekata – korisnika kredita, što bi negativno uticalo i na privredu u globalu.

Poverenje svojih klijenata – deponenata, a samim tim i atraktivnost novčanog depozita, između ostalog, banke postižu dugogodišnjim bonitetnim poslovanjem na tržištu, upravljanjem rizicima na adekvatan način, te neupuštanjem u visokorizične plasmane. Ipak, čak i u takvim uslovima, potencijalni deponenti neretko osećaju neizvesnost u pogledu toga hoće li deponovani novac moći da povrate. U takvim okolnostima, korektiv

neminovnog nepoverenja deponenata u banke, između ostalog, predstavlja institut osiguranja depozita.

II Pojam i značaj osiguranja depozita

Osiguranje depozita je pravni institut koji omogućava deponentima da, čak i u slučaju nastupanja finansijske propasti banaka, povrate svoja deponovana sredstva tako što će se za namirenje obratiti trećem licu - osiguravaču.¹ Pojam osiguranja depozita treba razlikovati od pojma zaštite depozita. Naime, zaštita depozita je širi pojam i podrazumeva čitav niz mehanizama kojima se štite interesi deponenata i banaka, te na taj način obezbeđuje očuvanje ekonomske stabilnosti. Mehanizmi zaštite mogu se sastojati u kontroli poslovanja banaka, odnosno nadzora nad njima, subvencionisanju banaka od strane države radi sprečavanja bankarskih kriza, merama sanacije negativnih posledica krize i slično.² Nekada, međutim, pomenuti mehanizmi nisu dovoljni za očuvanje poverenja deponenata u bankarski sektor.³ Stoga je, kao odgovor na često nedovoljnu efikasnost ovih mehanizama zaštite, nastao institut osiguranja depozita. Ipak, ni osiguranje depozita ne treba posmatrati kao isključivi instrument za očuvanje ekonomske stabilnosti, već ga, umesto toga, treba kombinovati sa ostalim pomenutim i drugim merama zaštite.⁴

Kao moderan pravni institut, osiguranje depozita prvi put uvedeno je u periodu ekonomske krize u Sjedinjenim Američkim Državama tridesetih godina prošlog veka.⁵ Tako je, sa ciljem zaštite malih deponenata, 1933. godine, usvajanjem *Glass*

¹ O pojmu osiguranja depozita, vid. Đ. Ognjenović, Osnovna načela finansijskog plaćanja u *ex ante* sustavima osiguranja depozita, *Finansijska teorija i praksa*, 30(2006)4, 369.

² Zbog velikog značaja koji banke imaju za privredu, postoji potreba njihovog kontrolisanja na adekvatan način. Cilj regulisanja banaka je uspostavljanje stabilnog finansijskog sistema. Vid. B. Babić, Zaštita depozita u zakonodavstvu Evropske unije i Savezne Republike Jugoslavije, *Pravo i privreda*, 34(1997)(5-8), 404.

³ Detaljnije, vid. B. Krstić, J. Radojičić, Osiguranje depozita kao *ex ante* i *ex post* antikrizni mehanizam u bankarstvu, *Ekonomске teme*, 50(2012)4, 541.

⁴ S. Marinković, An incentive - Compatible System of Deposit Guarantees, Serbia and South - Eastern Europe, *Facta Universitatis, series, economics and organization*, 2(2004)2, 151.

⁵ B. Ž. Ljutić, Bankarske krize depozita na Kipru - sekvestracija, nacionalizacija, oporezivanje, konverzija depozita u akcije, *Pravo i privreda*, 50(2013)(1-3), 54. U Sjedinjenim Američkim Državama je u periodu od 1921. do 1929. godine u proseku propadalo oko 600 banaka na

– *Steagall* zakona, stvorena Federativna korporacija za osiguranje depozita (FDIC), čija se svrha sastojala u vršenju nadzora nad bankama i učestvovanju u rešavanju finansijskih problema.⁶

Značaj instituta osiguranja depozita se, u užem smislu, ogleda u zaštiti interesa deponenata.⁷ U širem smislu, značaj ovog instituta sastoji se u očuvanju stabilnosti čitavog finansijskog sistema.⁸ U uslovima nepostojanja instituta osiguranja depozita, deponenti bi, nastupanjem finansijske krize banke, imali mogućnost da svoja potraživanja namire isključivo u stečajnom, odnosno likvidacionom postupku odnosne banke.⁹ Kako je namirenje u ovim postupcima znatno otežano i u većoj meri neizvesno, uvođenjem osiguranja depozita nesumnjivo se poboljšava položaj deponenata utoliko što im se omogućava da se za namirenje obrate trećem licu – osiguravaču. U tom smislu, osiguranje depozita ima za cilj i uspostavljanje većeg stepena izvesnosti namirenja deponenata, pospešujući stepen njihovog poverenja u bankarski sektor, što ih posledično podstiče na polaganje svog novca kod banke. Takođe, osiguranje depozita pozitivno utiče i na likvidnost banaka tako što im omogućava da prikupljaju sredstva koja kasnije koriste u svom poslovanju.¹⁰ Drugim rečima, odvrćajući deponente od povlačenja deponovanog novca, osiguranje depozita u

godišnjem nivou. Vid. T. Galac, Treba li Hrvatskoj razlikovanje premije osiguranja štednih uloga?, Hrvatska narodna banka, 2004, 51.

⁶ Uvođenje Federativne korporacije za osiguranje depozita izazvalo je velike kontroverze. Detaljnije, vid. J. Maues, Banking act of 1933. (Glass - Steagall), više na <https://www.federalreservehistory.org/essays/glass-steagall-act>, posećena 10. 6. 2022.

⁷ I. S. Tošić, Razvoj sistema osiguranja depozita na nivou Evropske unije – izazovi i preporuke za unapređenje sistema, *Strani pravni život: teorija, zakonodavstvo, praksa*, 63(2019)2, 58; Seguro de deposito, <https://www.cemla.org/PDF/ensayos/pub-en-60.pdf>, 2, posećena 11. 6. 2022; T. Beck, The Incentive - Compatible Design of Deposit Insurance and Bank Failure Resolution - Concepts and Country Studies, *The World Bank, Development research group, Finance*, 2003, 4; J. Bigus, P. C. Leyens, Reform der Anlegerentschädigung und Einlagensicherung – Empfehlungen aus rechtsökonomischer Perspektive, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft ZBB*, (2008)5, 279.

⁸ N. Misita, "Elementi evropskog prava zaštite depozita", *Zbornik radova: Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Mostar 2007, 138; V. Colaert, Deposit Guarantee Schemes in Europe: Is the Banking Union in Need of a Third Pillar?, *European Company and Financial Law Review*, 12(2015)3, 374.

⁹ B. Krstić, J. Radojičić, *n. delo*, 536.

¹⁰ *Ibid.*

funkciji je očuvanja likvidnosti banaka.¹¹ Najzad, institut osiguranja depozita pospešuje i konkurentnost banaka. U uslovima nepostojanja ovog instituta, novoosnovane banke bi se *a priori* smatrale nesigurnim i neatraktivnim, te bi se mali broj subjekata odlučivao da baš kod njih deponuje svoj novac.¹²

Bez obzira na opisane prednosti, nužno je naglasiti da osiguranje depozita ima i svojih nedostataka na koje treba naročito obratiti pažnju prilikom regulisanja ovog pravnog instituta. Glavni nedostatak osiguranja depozita ogleda se u mogućnosti pojave moralnog hazarda.¹³ Moralni hazard se u kontekstu osiguranja depozita može ispoljiti na tri načina. Prvo, znajući da su osigurani, deponenti često mogu biti demotivisani da budu oprezni u izboru banke – depozitara, te da aktivno učestvuju u vršenju nadzora nad njima.¹⁴ Drugo, i banke se, u uslovima postojanja osiguranja depozita, neretko opuštaju, te otpočinju praksu upuštanja u visokorizične plasmane.¹⁵ Najzad, moralni hazard bi se mogao javiti i kod menadžera i supervizora banaka utoliko što bi ih osiguranje demotivisalo u opreznom donošenju poslovnih odluka.¹⁶

Imajući u vidu napred navedeno, valja zaključiti sledeće. S obzirom na opisane prednosti instituta osiguranja depozita, čini se da je njegovo uvođenje društveno i ekonomski prihvatljivo. Međutim, imajući u vidu da osiguranje depozita može imati i svoju negativnu stranu, prilikom regulisanja ovog instituta treba biti naročito oprezan. Drugim rečima, pravni režim treba biti ustrojen tako da verovatnoća pojave moralnog hazarda bude svedena na minimum, a da

¹¹ V. Todorović, Osiguranje depozita u sistemima bankarskih regulativa, *Institucionalne promene kao determinanta privrednog razvoja Srbije*, Univerzitet u Kragujevcu - Ekonomski fakultet, Kragujevac 2013, 388; I. S. Tošić, *n. delo*, 58-59.

¹² M. Protić, Osiguranje depozita i problem moralnog hazarda, primer nemačke šeme privatnog osiguranja depozita, *Industrija*, 30(2002)(1-4), 24.

¹³ M. Čavlin, Perspektive sistema zaštite finansijske stabilnosti i prevencije rizika bankarskog poslovanja, *Ekonomija: teorija i praksa*, 14(2021)3, 115.

¹⁴ Više kod M. Mićović, Pravila na kojima se zasniva sistem osiguranja depozita, *XXI vek, vek usluga i uslužnog prava*, knj. 8, Kragujevac 2017, 5-6; G. Krunic, Osiguranje depozita i moralni hazard, *Svarog*, (2012)4, 204; H. Markovinović, Osiguranje depozita – uređenje *de lege lata* i perspektive, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 61(2011)2, 791.

¹⁵ A. Kundid Novokmet, Kontroverze regulacije banaka kroz kapitalne zahtjeve, *Ekonomski pregled*, 66(2015)2, 156-157; B. Babić, *n. delo*, 404; S. Marinković, *n. delo*, 135.

¹⁶ M. Protić, *n. delo*, 25.

osiguranja depozita poseduje kapacitete potrebne za zaštitu interesa deponentata, te očuvanje finansijske stabilnosti u globalu.

III Razvoj sistema osiguranja depozita u pravu Evropske unije

1. Preporuka Evropske komisije 87/63/EEZ

Sve učestalije finansijske poteškoće banaka okončane njihovom propašću, te masovnim gubitkom poverenja deponentata u bankarski sektor, u evropskom okruženju stvorile su svest o važnosti pitanja osiguranja depozita. Ideja o potrebi uvođenja ovog instituta na području Evropske (ekonomske) zajednice prvi put je realizovana 1986. godine kada je Evropska komisija usvojila Preporuku 87/63/EEZ o usvajanju sistema osiguranja depozita u Zajednici. Bio je to prvi dokument koji je posvetio pažnju pitanju osiguranja depozita.

U vreme usvajanja Preporuke, situacija u Evropskoj (ekonomskoj) zajednici bila je takva da je, od (tada) ukupno dvanaest zemalja članica, svega jedna polovina poznavala ovaj pravni institut.¹⁷ Od ostalih zemalja članica, neke su regulisanje osiguranja depozita imale u planu,¹⁸ dok se kod ostalih takva ideja nije mogla ni nazreti.¹⁹ Evropska komisija je usvajanjem Preporuke želela ostvariti dvostruki cilj. Prvo, da sve zemlje članice uvedu institut osiguranja depozita u svoja nacionalna zakonodavstva. Drugo, da pravila koja uređuju sistem osiguranja depozita zadovolje određene standarde. U vezi sa prvim ciljem, Evropska komisija je državama članicama koje su uvođenje instituta osiguranja depozita imale u planu preporučila da predmetni plan realizuju, te da sistem osiguranja depozita uredi najkasnije do 31. decembra 1988. godine. Sa druge strane, državama članicama koje plan o uvođenju sistema osiguranja depozita nisu imale, sugerisala je da isti izrade, te da institut uvedu do 1. januara 1990. godine. U vezi sa drugim ciljem, Evropska komisija je svim državama članicama sugerisala da osiguranje depozita uredi tako da isti pruža zaštitu svim deponentima, uključujući i one sa sedištem u drugim državama članicama. Takođe, Komisija je Preporukom ukazala da u nacionalnim zakonodavstvima država članica treba razlikovati mere koje se preduzimaju pre nastupanja

¹⁷ Bile su to Belgija, Holandija, Nemačka, Španija i Ujedinjeno Kraljevstvo.

¹⁸ Italija, Irska, Portugalija.

¹⁹ Danska, Grčka, Luksemburg.

osiguranog slučaja od mera obeštećenja koje se preduzimaju nakon njegovog nastupanja. Najzad, državama članicama sugerisano je da propišu kriterijume za obeštećenja, kao i proceduru za ostvarivanje istih.²⁰

Osim navedenih standarda u formi sugestije, Preporuka nije posvećivala pažnju detaljnijem regulisanju instituta osiguranja depozita, tako da su brojna pitanja, poput visine pokrivenosti, roka isplate naknade deponentima, načina prikupljanja sredstava fonda i slično, ostala neuređena.²¹ Iz tog razloga, kao i zbog činjenice da Preporuka nije predstavljala dokument koji bi pravno obavezivao države članice, ista nije ostvarila željeni efekat, te nije uspela da ponovo uspostavi poverenje deponentata u bankarski sektor.

2. Direktiva 94/19/EZ

a) Načelne napomene

Kako je napred napomenuto, Preporuka Evropske komisije nije posedovala kapacitete potrebne za rešavanje suštinskog problema usled kojeg je potreba za osiguranjem depozita i nastala, te kao takva nije uspela da ostvari željene rezultate. Iz tog razloga se na nivou Evropske zajednice moralo nastaviti sa radom na pronalaženju adekvatnijeg mehanizma. Kao rezultat učinjenih napora, a u cilju podizanja nivoa stabilnosti bankarskog sektora i zaštite deponentata, 1994. godine usvojena je Direktiva 94/19/EZ o sistemima osiguranja depozita.

Kako je osiguranje depozita jedan od ključnih elemenata u uspostavljanju jedinstvenog tržišta i dopuna sistemu nadzora nad bankama, te kako počiva na principu solidarnosti banaka, Direktiva od 1994. godine predstavljala je korak napred u odnosu na stanje pre njenog usvajanja. U delu koji sledi biće analizirana najznačajnija rešenja sadržana u Direktivi, a u cilju sagledavanja pozitivnih i negativnih učinaka ostvarenih njenim usvajanjem.

b) Obavezno osiguranje depozita

Prvi nesumnjiv pomak postignut usvajanjem Direktive od 1994. godine tiče se uvođenja koncepta obaveznog osiguranja depozita. Načelno posmatrano, s

²⁰ Commission Recommendation of 22 December 1986 concerning the introduction of deposit-guarantee schemes in the Community OJ L 33 04.02.1987, p. 16, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31987H0063>.

²¹ V. Colaert, *n. delo*, 377.

obzirom na pitanje jesu li banke koje se bave delatnošću primanja novčanih depozita u obavezi da pristupe sistemu osiguranja depozita ili ne, pravi se razlika između sistema obaveznog i sistema dobrovoljnog osiguranja depozita. Obavezno osiguranje depozita ogleda se u tome da su sve banke koje se nameravaju baviti delatnošću primanja novčanih depozita u obavezi da sistemu osiguranja depozita pristupe.²² Drugim rečima, članstvo banke u sistemu osiguranja depozita ne zavisi od njene diskrecione volje, već je to bančina zakonom propisana obaveza (obaveza *ipso lege*). Sa druge strane, dobrovoljno osiguranje depozita podrazumeva sistem u kome je izbor hoće li pristupiti osiguranju depozita, ili, pak, to neće učiniti prepušten bankama.²³

Kako je već navedeno, Direktiva od 1994. godine uvodi sistem obaveznog osiguranja depozita. Konkretno, Direktiva propisuje da banke koje nisu u sistemu osiguranja depozita neće moći da se bave delatnošću primanja novčanih depozita.²⁴ Tumačenjem *argumentum a contrario*, jasno se može zaključiti da je pristup sistemu osiguranja depozita nužan uslov za primanje novčanih depozita, te da je, stoga, osiguranje depozita obavezno za banke.

Nesumnjivo je da je rešenje o obaveznom osiguranju depozita u službi ostvarivanja osnovne uloge ovog instituta. U uslovima dobrovoljnog osiguranja depozita, gde su banke slobodne da diskreciono odlučuju o pristupanju, odnosno nepristupanju sistemu, može se javiti problem nepravične manje konkurentnosti neosiguranih banaka. Već je pomenuto da osiguranje depozita, jačajući poverenje deponenata, podstiče na deponovanje novca kod banke. Iz tog razloga, dobrovoljno osiguranje depozita čini da banke koje se uzdrže od pristupanja sistemu postanu manje konkurentne, odbijajući potencijalne klijente uprkos visokom stepenu kvaliteta svog poslovanja.²⁵ Naime, bonitetne banke, nemajući obavezu da osiguraju depozite svojih klijenata, a istovremeno svesne kvaliteta svog poslovanja, u uslovima dobrovoljnog osiguranja često bi se uzdržavale od pristupanja sistemu. Ovo iz razloga što bonitetne banke znaju da je verovatnoća realizacije osiguranog rizika u njihovom slučaju mala, dok su, sa druge strane, premije osiguranja koje bi plaćale visoke. Drugim rečima,

²² H. Markovinović, *n. delo*, 797.

²³ *Ibid.*

²⁴ Vid. čl. 3, st. 1, Direktiva 94/19/EZ o sistemima osiguranja depozita od 30. maja 1994. godine.

²⁵ B. Krstić, J. Radojičić, *n. delo*, 542.

osiguranje depozita košta, te bonitetne banke računaju da bi sredstva koje bi inače plaćale na ime premije osiguranja mogle racionalnije iskoristiti u svrhu dodatnog unapređivanja kvaliteta svog poslovanja. Iako je nesporno da je tako opisan način kalkulisanja bonitetnih banaka donekle razumljiv, ipak bi takvo ponašanje stvorilo negativne posledice koje bi se ogledale u njihovoj manjoj konkurentnosti, što ne bi bilo pravično. Naime, potencijalni klijenti bi se, rukovođeni zaštitom koju im sistem osiguranja depozita pruža, mahom pre odlučivali da svoj novac deponuju kod banaka koje depozite svojih klijenata osiguravaju, bez obzira na visok stepen rizičnosti plasmana tih (odabranih) banaka, što ne bi bilo prihvatljivo. Otuda se obavezno osiguranje depozita čini prihvatljivijim rešenjem.²⁶ Na osnovu svega navedenog proizlazi da je rešenje Direktive od 1994. godine o obaveznom osiguranju depozita bio značajan korak u pravcu uspostavljanja sistema osiguranja koji bi mogao ostvariti svrhu svog uvođenja.

c) Limit pokrivenosti

Drugo pitanje regulisano Direktivom od 1994. godine, a koje će biti predmet analize ovog rada tiče se limita pokrivenosti osiguranih depozita (*coverage limit*). Limit pokrivenosti podrazumeva maksimalnu visinu naknade koju će osiguravač biti u obavezi da plati deponentu u slučaju realizacije osiguranog rizika.

U zavisnosti od pitanja da li je propisan maksimalan iznos do koga osiguravač pokriva negativne posledice osiguranog slučaja, ili ne, pravi se razlika između ograničenog i neograničenog sistema osiguranja depozita. Neograničen sistem osiguranja depozita podrazumeva da osiguravač ima obavezu da, kada nastupi osigurani slučaj, deponentima namiri celokupni iznos njihovog potraživanja prema banci pogođenoj osiguranim slučajem, koliko god to potraživanje iznosilo. Dakle, u ovom sistemu osigurani iznos jednak je iznosu potraživanja koje bi deponent imao prema banci u momentu nastupanja osiguranog slučaja. Sa druge strane, ograničeni sistem osiguranja depozita podrazumeva postojanje propisanog limita iznad koga osiguravač ne odgovara. Drugim rečima,

²⁶ Basel Committee on Banking Supervision, International Association of Deposit Insurers, Core Principles for Effective Deposit Insurance System, March 2009, princip 8, <https://www.bis.org/publ/bcbs151.pdf>, posećena: 11. 6. 2022.

propisivanje limita pokrića znači ograničavanje obaveze osiguravača prema deponentu.

U vreme usvajanja Direktive od 1994. godine, zemlje članice imale su različita pravila po pitanju limita pokrivenosti.²⁷ Usled toga, implementacijom odredaba Direktive, morale su izmeniti dotadašnja rešenja o limitu pokrivenosti tako što će postojeći limit povećati ili smanjiti do limita propisanog Direktivom. Naime, Direktiva od 1994. godine propisivala je pokrivenost u iznosu od 20.000 evra, s tim što je državama koje su u vreme njenog usvajanja poznavale drugi limit pokrivenosti bilo omogućeno da postojeći limit zadrže do 31. decembra 1999. godine pod uslovom da on nije bio niži od 15.000 evra.²⁸

Pitanje visine pokrića bilo je predmet brojnih kritika.²⁹ Naime, isticalo se da je limit pokrića u iznosu od 20.000 evra suviše nizak, te da isti neće uspeti da reuspostavi izgubljeno poverenje deponenata u bankarski sektor i sačuva finansijsku stabilnost. Čini se, međutim, da pitanje visine pokrića treba posmatrati u kontekstu okolnosti konkretnog slučaja, a naročito imajući u vidu ekonomske prilike i životni standard u posmatranoj državi. Dalje, prilikom koncipiranja pravila o limitu pokrivenosti treba voditi računa o tome ko su zaštićeni deponenti, odnosno kolika je, s obzirom na životne prilike u konkretnoj državi, očekivana maksimalna visina njihovih depozita. Takođe, treba voditi računa i o načinu na koji je uređeno pitanje finansiranja osiguranja depozita. U vezi sa poslednjim, valja napomenuti da je pitanje limita pokrivenosti usko povezano sa načinom prikupljanja sredstava fonda za osiguranje depozita. Drugim rečima, ukoliko je pitanje načina prikupljanja sredstava fonda uređeno tako da je formiranje fonda olakšano, utoliko se čini da je propisivanje višeg nivoa pokrića opravdanije. Takođe, pitanje visine pokrića treba posmatrati i sa aspekta negativnih posledica koje se mogu javiti usled previsoko ili prenisko postavljenog limita. Tako, ukoliko bi limit bio propisan previše nisko, postojala bi opasnost od javljanja nepoverenja u odnosima između banaka i deponenata. Sa druge strane, previsoko postavljen limit pokrivenosti mogao bi dovesti do pojave moralnog hazarda. Naime, ukoliko bi limit pokrića bio postavljen tako da gotovo u svim situacijama omogućava deponentima potpuno, ili barem

²⁷ Vid. I. S. Tošić, *n. delo*, 62.

²⁸ Vid. čl. 7, Direktiva 94/19/EZ o sistemima osiguranja depozita od 30. maja 1994. godine.

²⁹ I. S. Tošić, *n. delo*, 62.

namirenje u pretežnom delu, deponenti bi bili destimulirani da pažljivo razmotre kod koje će banke deponovati svoj novac, kao i da vrše adekvatan nadzor nad poslovanjem odabrane banke.

d) Saosiguranje

Treće pravilo sadržano u Direktivi od 1994. godine čija analiza može biti značajna jeste pravilo o saosiguranju. U kontekstu prava osiguranja depozita, saosiguranje podrazumeva učestvovanje deponenta u snošenju dela negativnih posledica nastalih usled realizacije osiguranog rizika. Pojam saosiguranja potrebno je razlikovati od pojma limitiranja pokrića. U tom smislu, saosiguranje podrazumeva učestvovanje deponenta u delu rizika nezavisno od toga da li potraživanje deponenta prema banci prelazi limit iznad koga osiguravač ne odgovara, ili, pak, to nije slučaj. To, drugim rečima, znači da potraživanje deponenta svakako neće biti namireno u celosti, već da će, čak i ukoliko je iznos depozita niži od propisanog limita, deo tereta u svakom slučaju pasti na deponenta.³⁰

Direktivom od 1994. godine propisano je da, u okviru propisanog limita, osiguravač pokriva 90% nastale štete, dok 10% štete snosi deponent.³¹ Opisano rešenje predmet je brojnih kritika koje se uglavnom svode na to da učešće deponenta u riziku deluje destimulativno, te odvraća deponente od polaganja novca kod banke. Takođe, ističe se da nekada ni učešće deponenta u riziku neće podstaći deponente da vrše nadzor nad bankom, već će se isti radije odlučiti da se "pomire" sa delom gubitka.³² Dalje, u literaturi se navodi da će deponenti, znajući da učestvuju u delu rizika, momentom naslućivanja opasnosti od nastupanja krize pohrliti za povlačenjem deponovanog novca, što negativno utiče na likvidnost banaka.³³

³⁰ B. Krstić, J. Radojičić, *n. delo*, 545.

³¹ Čl. 4, Direktiva 94/19/EZ o sistemima osiguranja depozita od 30. maja 1994. godine.

³² H. Markovinović, *n. delo*, 797. Sa druge strane, učešće deponenta u delu rizika podstiče iste da vrše nadzor nad bankom. T. Beck, *n. delo*, 5.

³³ Vid. I. S. Tošić, *n. delo*, 60. Uprkos tome, u mnogim zemljama je tokom krize pravilo o učešću deponenta bilo ukinuto. Takav je slučaj bio, na primer, sa Austrijom. Vid. B. Krstić, J. Radojičić, *n. delo*, 547. Države su to činile kako bi, koliko – toliko, uspele da povrate poverenje deponenta u bankarski sektor, te da spreče povlačenje novčanih depozita.

Uprkos navedenim kritikama, čini se da bi institut saosiguranja ipak trebalo naći mesto među pravilima o osiguranju depozita. Ne treba apstrahovati činjenicu da saosiguranje može sprečiti pojavu moralnog hazarda na strani deponenta. Znajući da snose deo rizika, deponenti će biti pažljiviji prilikom izbora banke, a i motivisaniji da vrše kontrolu nad njenim poslovanjem. Stoga, pravo je pitanje na koji način postaviti odnos učešća deponenta i osiguravača u osiguranom riziku. Drugim rečima, koji deo gubitka treba snositi osiguravač, a koliki teret treba prebaciti na deponenta? Čini se da srazmera treba biti postavljena tako da učešće deponenta, sa jedne strane, bude dovoljno visoko tako da oni budu motivisani da se bave nadzorom nad bankama, dok, sa druge strane, ne sme biti previsoko, jer bi u suprotnom deponenti pribegavali praksi masovnog povlačenja novca, a osiguranje depozita ne bi moglo ostvariti svoju svrhu.

e) Rok isplate osiguranih iznosa

Pravilo o roku otplate predviđeno Direktivom od 1994. godine predmet je brojnih diskusija. Dužina roka u kom su osiguravači dužni da isplate deponentima naknadu iz osiguranja predstavlja pitanje od velike važnosti za pravilno funkcionisanje instituta osiguranja depozita. Naime, adekvatno regulisanje ovog pitanja jedan je od uslova za reuspostavljanje poverenja deponenta u banke. Tako, propisivanje dužih rokova isplate deponentima nesumnjivo može stvoriti neizvesnost u pogledu namirenja.

Direktiva od 1994. godine propisivala je dužnost osiguravača da deponentima izvrši isplatu u roku od tri meseca od momenta kada nadležni organ donese odluku o osnovanosti i visini naknade.³⁴ U literaturi se smatra da je ovako postavljen rok isplate suviše dug, te samim tim nije u skladu sa svrhom instituta osiguranja depozita.³⁵ U vezi sa tim, iako duži rok isplate nesporno pogoduje osiguravačima i u funkciji je očuvanja kapaciteta i održivosti fonda, ipak se čini da je negativan stav teorije po pitanju dužine roka isplate opravdan. Štaviše, Direktiva je predviđala i mogućnost da se u pojedinim slučajevima propisani rok produži, što dodatno opravdava kritiku pravne teorije u pogledu ovog rešenja.

Naime, uslov očuvanja poverenja u bankarski sektor nije samo obezbeđenje namirenja deponentima, već i obezbeđenje tog namirenja u što kraćem roku. U

³⁴ Čl. 10, st. 1 Direktiva 94/19/EZ o sistemima osiguranja depozita od 30. maja 1994. godine.

³⁵ I. S. Tošić, *n. delo*, 62.

tom smislu, propisivanje suviše dugih rokova bi pre svega sa psihološkog aspekta negativno uticalo na deponente. Drugim rečima, znajući da će svoje namirenje morati da čekaju duži vremenski period, deponenti nesporno mogu stvoriti sumnju u pogledu mogućnosti namirenja, što narušava njihovo poverenje u banke, te ugrožava čitavu ideju instituta osiguranja depozita.

3. Direktiva 2009/14/EZ

a) Opšte napomene

Nakon implementacije rešenja iz Direktive od 1994. godine i početka njihove primene u državama članicama, uvidelo se da postoji mnoštvo manjkavosti u funkcionisanju sistema osiguranja depozita, te da Direktiva od 1994. godine nije uspeła da zadovolji postavljena očekivanja. Iz tog razloga, nije bilo sumnji da postojeće stanje iziskuje promenu. Kao odgovor na to, 2009. godine usvojena je Direktiva 2009/14/EZ kojom je prethodno važeća Direktiva revidirana sa ciljem reuspostavljanja usled krize narušenog poverenja deponenata.³⁶ Usvajanjem Direktive od 2009. godine učinjena je značajna izmena u odnosu na prethodno stanje. U delu koji sledi biće predstavljene najznačajnije karakteristike Direktive od 2009. godine. Konkretno, biće predstavljena analiza rešenja koja su uvela značajnije izmene u evropskom pravu osiguranja depozita, uz kritički prikaz pozitivnih i negativnih efekata do kojih su usvojena rešenja dovela.

b) Trend podizanja limita pokrivenosti

Kako je već pomenuto, rešenje Direktive od 1994. godine o limitu pokrivenosti u iznosu od 20.000 evra bilo je izloženo brojnim kritikama. Usled negativnih kritika kao i problema koje je pomenuto rešenje stvaralo na planu poverenja deponenata u bankarski sektor, shvatilo se da isto mora biti predmet izmena. Novousvojenom Direktivom od 2009. godine limit pokrivenosti je postavljen više, tako da je iznosio 50.000 evra po deponentu u konkretnoj banci. Pored toga, Direktiva je propisala i obavezu državama članicama da do 31. decembra 2010. godine prag pokrića dodatno podignu, tako da on iznosi 100.000 evra.³⁷ Iz

³⁶ A. Višekruna, Direktiva 2014/49/EU o sistemima osiguranja depozita, *Evropsko zakonodavstvo*, 52-53 (2015), 194.

³⁷ Vid. čl. 7, Direktiva 2009/14/EZ o izmeni Direktive 94/19/EZ u pogledu visine pokrića i roka isplate od 11. marta 2009. godine.

pomenutih odredaba može se nesumnjivo uočiti trend podizanja limita pokrivenosti osiguranih depozita.

c) Ukidanje saosiguranja

Još jedno rešenje iz Direktive od 1994. godine koje je bilo predmet izmena bilo je rešenje o saosiguranju. Naime, za razliku od Direktive od 1994. godine koja je propisivala da deo štetnih posledica nastupanja osiguranog slučaja snose deponenti, Direktiva od 2009. godine takvo rešenje nije sadržala.

Ukidanjem saosiguranja, Direktiva od 2009. godine nesporno je olakšala položaj deponenata. Usled toga, u situaciji kada bi iznos potraživanja deponenta prema banci bio niži od visine propisanog limita, deponenti bi ostvarili potpunu pokrivenost. Pored ukidanja saosiguranja, o značajno povoljnijem položaju deponenata govori i trend podizanja limita pokrivenosti o kojem je već bilo reči. Naime, ukidanje saosiguranja zajedno sa propisivanjem višeg nivoa pokrivenosti, dovodi do podizanja stepena verovatnoće potpunog namirenja deponenata. Iako opisana situacija nesporno pruža veću zaštitu deponentima, jačajući njihovo poverenje u sistem osiguranja depozita, činjenica je da ovo rešenje ima za posledicu pojavu moralnog hazarda, što pitanje opravdanosti analiziranog rešenja čini diskutabilnim.

d) Skraćivanje rokova isplate

Kako je već više puta napomenuto, jedan od ciljeva instituta osiguranja depozita je reuspostavljanje izgubljenog poverenja deponenata u banke. Nemajući poverenja u bankarski sektor, a usled nastupanja finansijskih poteškoća banaka, deponenti najčešće pribegavaju praksi povlačenja deponovanih iznosa. Takvi postupci deponenata negativno utiču na likvidnost banaka, dodatno uništavajući njihovu moć. Jedan od načina uspostavljanja poverenja u bankarski sektor je pružanje deponentima što veće izvesnosti u pogledu brzine i lakoće namirenja. Tako je pitanje rokova isplate postalo značajno i na terenu Evropske unije.

Kritike Direktive od 1994. godine koja je propisivala rok isplate od tri meseca, navele su evropskog zakonodavca na zaključak da se postojeće pravilo o roku nužno mora promeniti. U nastojanju da se uočena manjkavost otkloni, Direktivom od 2009. godine otpočet je trend skraćivanja roka isplate. Tako, prema Direktivi od 2009. godine osiguravač je bio u obavezi da deponentima izvrši isplatu u roku od dvadeset radnih dana od momenta kada nadležni organ

utvrdi osnovanost i visinu naknade.³⁸ Vidljivo je da je evropski zakonodavac novim pravilom o roku isplate učinio veliki pomak u odnosu na dotadašnje stanje. Ipak, i ovako postavljen rok isplate nije se ispostavio kao efikasan, te je bio predmet mnogih kritika. Naime, kritičari su isticali da je i Direktiva od 2009. godine propisivala suviše dug rok isplate, te da je isti neadekvatan i nepodoban da uspostavi traženu izvesnost i poverenje. Stoga je pitanje dužine roka isplate ostalo predmet interesovanja evropskog zakonodavca i prilikom donošenja naredne direktive, o čemu će kasnije biti reči.

4. Direktiva 2014/49/EU

a) Opšte napomene

Iako je nesumnjivo da je Direktiva od 2009. godine u mnogome izmenila dotadašnje stanje, ipak je i ona beležila brojne nedostatke koje je bilo potrebno korigovati. Takođe, kao ni Direktiva od 1994. godine, tako ni Direktiva od 2009. godine nije regulisala brojna pitanja važna za adekvatno funkcionisanje sistema osiguranja depozita. Kao rezultat potrebe da se opisano stanje promeni, 2014. godine usvojena je nova Direktiva 2014/49/EU koja je i dalje na snazi. Pravni režimi osiguranja depozita u zemljama članicama Evropske unije su se pre usvajanja Direktive od 2014. godine u mnogome međusobno razlikovali.³⁹ Prethodno važeće direktive imale su za cilj da uvedu minimum harmonizacije, dok je većina pitanja od značaja za ovaj pravni institut prepuštena nacionalnim zakonodavstvima država članica.⁴⁰

Direktivom od 2014. godine evropski zakonodavac nastojao je da uočene slabosti prevaziđe, te uspostavi sistem osiguranja depozita koji će uspeti da na području Evropske unije ostvari željene rezultate. Neke od najznačajnijih novina uvedene

³⁸ Čl. 10, Direktiva 2009/14/EZ o izmeni Direktive 94/19/EZ u pogledu visine pokrića i roka isplate od 11. marta 2009. godine.

³⁹ Rezultat toga ogledao se u nejednakom stepenu zaštite deponenata u različitim državama članicama. Vid. Commission staff working document - Impact Assessment - Accompanying document to the Proposal for a Directive .../.../EU of the European Parliament and of the Council on Deposit Guarantee Schemes [recast] and to the Report from the Commission to the European Parliament and to the Council Review of Directive 94/19/EC on Deposit Guarantee Schemes COM (2010) 368; COM (2010) 369; SEC (2010) 835, http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/guarantee/20100712_ia_en.pdf, 9-19, posećena: 24. 5. 2021.

⁴⁰ A. Višekruna, *n. delo*, 194.

Direktivom od 2014. godine su regulisane načina finansiranja sistema osiguranja depozita, uvođenje pravila o utvrđivanju premija osiguranja s obzirom na rizičnost poslovanja banaka, unapređivanje informisanosti deponentata, skraćivanje roka isplate.⁴¹ Cilj koji se ovim novinama želeo postići bio je podizanje stepena poverenja deponentata u bankarski sektor, što predstavlja okosnicu za očuvanje finansijske stabilnosti. Sa druge strane, Direktiva je u pogledu pojedinih relevantnih pitanja ostala neizmenjena u odnosu na prethodno važeću (obavezno osiguranje, limit pokrivenosti od 100.000 evra, nepostojanje saosiguranja i slično), tako da, iz razloga konciznosti, o ovim pitanjima neće ponovo biti reči. Umesto toga, u nastavku rada biće reči o najznačajnijim novinama uvedenim Direktivom od 2014. godine i izmenama u odnosu na dotadašnje uređenje.

b) Finansiranje sistema osiguranja depozita

Uporednopravno posmatrano, u zavisnosti od načina prikupljanja sredstava fonda, pravi se razlika između *ex ante*, *ex post* i mešovitog sistema osiguranja depozita. *Ex ante* sistem osiguranja depozita podrazumeva sistem u kome se sredstva fonda osiguranja depozita prikupljaju unapred, pre nastupanja osiguranog slučaja. Sa druge strane, *ex post* sistem podrazumeva sistem u kome se do sredstava potrebnih za isplatu deponentima dolazi tek pošto osigurani slučaj nastupi.⁴² Najzad, mešoviti sistem predstavlja kombinaciju prethodna dva opisana sistema.

Kako je već pomenuto, do donošenja Direktive od 2014. godine, pitanje načina prikupljanja sredstava fonda nije bilo regulisano. Predlog Direktive o sistemu osiguranja depozita sadržao je predlog državama članicama da uvedu mešoviti model prikupljanja sredstava fonda, pri čemu bi *ex ante* element imao dominantnu ulogu. Konkretno, predlagalo se da se 75% ukupnih sredstava fonda prikuplja pre nastupanja osiguranog slučaja (*ex ante*), a 25% po njegovom nastupanju (*ex post*) i to samo ako ukoliko je to potrebno, odnosno ukoliko *ex ante* prikupljena sredstva nisu dovoljna za pokriće osiguranog slučaja.

⁴¹ Najveći uzrok manjkavosti u funkcionisanju prethodno važeće Direktive od 2009. godine sastojao se upravo u tome što do usvajanja nove Direktive navedena pitanja nisu bila pokrivena.

⁴² O *ex ante* i *ex post* sistemima, vid. H. Markovinović, *n. delo*, 793.

Direktiva od 2014. godine predviđa da su banke u obavezi da premiju osiguranja plaćaju unapred, pre nastupanja osiguranog slučaja.⁴³ Iz toga proizlazi da Direktiva načelno prihvata rešenje o *ex ante* finansiranju. Međutim, ukoliko u trenutku nastupanja osiguranog slučaja prikupljena sredstva nisu dovoljna za njegovo pokriće, banke su u obavezi da plaćaju vanrednu premiju čiji iznos ne prelazi 0,5% njihovih osiguranih depozita po kalendarskoj godini.⁴⁴ Iako, kako je pomenuto, Direktiva načelno prihvata *ex ante* sistem osiguranja depozita, ipak se čini da navedeno pravilo o vanrednim premijama na mala vrata uvodi mešoviti sistem finansiranja, što treba smatrati prihvatljivim rešenjem.

Naime, *ex ante* i *ex post* sistem u svom čistom obliku imaju svojih kako prednosti, tako i mana. Prednost *ex ante* sistema ogleda se u većem stepenu izvesnosti da će deponenti moći da namire svoja potraživanja.⁴⁵ Pošto se sredstva fonda prikupljaju na vreme, pre nastupanja krize, izvesnije je da će se potrebna sredstva fonda prikupiti, te da će deponenti pogođeni krizom uspeti da ostvare potraživanja prema osiguravaču. Dalje, kako su deponenti svesni činjenice da se sredstva prikupljaju unapred, stepen njihovog poverenja u sistem osiguranja depozita je viši, što ih motiviše da svoj novac štede polažući ga kod banke.⁴⁶

Takođe, prednost *ex ante* modela ogleda se i u tome što se sredstva fonda prikupljaju obročno, što štiti likvidnost banaka.⁴⁷ Međutim, obročno prikupljanje sredstava ima i svoju negativnu stranu koja se ogleda u opasnosti od neadekvatnog upravljanja prikupljenim sredstvima, što može dovesti do pražnjenja fonda, te nemogućnosti namirenja deponenata.⁴⁸

Pristalice *ex post* sistema, sa druge strane, upravo u poslednjem pronalaze prednost prikupljanja sredstava nakon realizacije osiguranog slučaja, ističući da

⁴³ Vid. čl. 10, st. 1, Direktiva 2014/49/EU o sistemima osiguranja depozita od 16. aprila 2014. godine.

⁴⁴ Vid. čl. 10, st. 8, Direktiva 2014/49/EU o sistemima osiguranja depozita od 16. aprila 2014. godine.

⁴⁵ M. Mićović, *n. delo*, 8.

⁴⁶ Research and Guidance Committee - International Association of Deposit Insurers (IADI), *Funding of Deposit Insurance Systems, Guidance Paper*, 2009, 6; Đ. Ognjenović, *n. delo*, 371.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ M. Mićović, *n. delo*, 8.

je ovaj model manje naporan, a samim tim i jeftiniji, imajući u vidu da se jednokratnim plaćanjem izbegavaju visoki administrativni troškovi naplate premija i upravljanja portfolijom fonda.⁴⁹ Takođe, imajući u vidu da se osiguranje uopšte, pa i osiguranje depozita odlikuje aleatornošću u pogledu nastupanja osiguranog slučaja, može se zaključiti da banka, plaćajući premije, osiguravaču prenosi deo svoje imovine koju bi mogla koristiti u svom poslovanju, a da je pritom neizvesno hoće li se ikad preneti sredstva iskoristiti za sanaciju negativnih posledica te konkretne banke.⁵⁰ Pored prednosti, *ex post* sistem karakterišu i određeni nedostaci. Naime, nedostatak *ex post* sistema ogleda se u tome što naknadno prikupljanje sredstava, kako je rečeno, slabi poverenje deponenata u osiguranje depozita. Isto tako, kako *ex post* sistem podrazumeva prikupljanje sredstava odjednom, a ne obročno, može se desiti da banke, usled jednokratne isplate većeg novčanog iznosa, upadnu u finansijske teškoće, te da u cilju sanacije vrše pritisak na državu zahtevajući pružanje finansijske pomoći.⁵¹

Najzad, kombinovani sistem osiguranja depozita predstavlja kompromisno rešenje. Radi se o modelu koji podrazumeva prikupljanje jednog dela sredstava fonda pre, a drugog dela nakon što osigurani slučaj nastupi. Imajući u vidu da se samo deo sredstava prikuplja *ex ante*, bankama je omogućeno da deo sredstava, koja bi u uslovima čistog *ex ante* modela morala biti prebačena u fond unapred, racionalno iskoriste u svom poslovanju, te tako smanje verovatnoću nastupanja osiguranog slučaja.

Opisane prednosti mešovitog sistema osiguranja depozita važeće rešenje iz Direktive od 2014. godine čini prihvatljivim. U mešovitom sistemu osiguranja depozita, međutim, od velikog je značajno koliki će se deo sredstava plaćati *ex ante*, a koliki *ex post*. Prilikom uređenja ovog pitanja valjalo bi voditi računa o potrebi obezbeđenja adekvatne sigurnosti deponenata. Imajući to u vidu, čini se da bi se veći deo sredstava morao prikupljati unapred.

⁴⁹ Research and Guidance Committee - International Association of Deposit Insurers (IADI), 7.

⁵⁰ Đ. Ognjenović, *n. delo*, 371.

⁵¹ Research and Guidance Committee - International Association of Deposit Insurers (IADI), 8.

c) Rizik kao kriterijum za utvrđivanje visine premije

Značajnu novinu Direktive od 2014. godine predstavlja pravilo po kome se visina premije koju banke plaćaju osiguravaču utvrđuje s obzirom na stepen rizičnosti njihovog poslovanja (sistem osiguranja depozita sa varijabilnim premijama). Ovaj sistem osiguranja depozita podrazumeva da stopa pomoću koje se utvrđuje visina premije koje su banke dužne da plate nije ista za sve banke, već da zavisi od stepena rizičnosti njihovog poslovanja. Naspram takvog sistema utvrđivanja visine premije je sistem fiksnih premija koji podrazumeva da sve banke, nezavisno od stepena rizičnosti svojih plasmana, plaćaju premiju koja se utvrđuje polazeći od iste stope.

Nema sumnje da je sistem osiguranja kod koga visina premije zavisi od rizika kojem su banke izložene u svom poslovanju u skladu sa osnovnim principom prava osiguranja prema kom visina premije zavisi od stepena verovatnoće nastupanja osiguranog slučaja.⁵² Dalje, prednost ovog sistema ogleda se i u tome što isti stimuliše banke da budu opreznije u svom poslovanju.⁵³ Najzad, valja naglasiti da je sistem osiguranja depozita sa varijabilnim premijama i pravičniji.⁵⁴ Drugim rečima, u skladu je sa principom pravičnosti da viši iznos premije plaćaju banke koje imaju rizičnije plasmane i kod kojih je verovatnoća nastupanja osiguranog slučaja veća. U suprotnom, ukoliko bi sve banke plaćale premiju koja se utvrđuje polazeći od fiksnog iznosa stope, rizičnije banke bile bi nepravično privilegovane na račun manje rizičnih banaka, što bi ih dalje podstaklo da nastave sa upuštanjem u rizične plasmane.

Iako nesumnjivo adekvatniji, sistem osiguranja depozita sa varijabilnim premijama odlikuje se problemom utvrđivanja stepena rizičnosti poslovanja banaka. Kako bi se pomenuti problem otklonio, potrebno je utvrditi parametre relevantne za ocenu rizičnosti konkretne banke, kao što su visina profita koji banke ostvaruju, stabilnost plasmana, kvalitet imovine.⁵⁵

⁵² O prednostima sistema osiguranja depozita sa varijabilnom stopom za obračun premije, vid. U. Merbecks, G. Sondinger, *Einlagensicherungssysteme - Ökonomische Analyse unterschiedlicher institutioneller Ausgestaltungsformen*, 33, <http://www.fmpm.ch/docs/5th/Merbecks.pdf>, posećena 15. 6. 2022.

⁵³ B. Krstić, J. Radojičić, *n. delo*, 541.

⁵⁴ J. Bigus, P. C. Leyens, *n. delo*, 286.

⁵⁵ H. Markovinović, *n. delo*, 795.

U vezi sa tim treba naglasiti da Direktiva od 2014. godine propisuje smernice kojih bi države članice trebalo da se pridržavaju prilikom utvrđivanja stepena rizičnosti poslovanja banaka. Tako, Direktiva propisuje da se, rizičnost poslovanja banke procenjuje polazeći od adekvatnosti kapitala, vrednosti imovine, te likvidnosti konkretne banke.⁵⁶ Ova odredba pokazuje da je evropski zakonodavac imao u vidu teškoće utvrđivanja premije s obzirom na rizik, te da je propisivanjem smernica nastojao da državama članicama "olakša posao" i spreči da odredba o varijabilnim premijama ostane mrtvo slovo na papiru.

d) Dužnost informisanja deponenata

Usled potrebe unapređenja poverenja deponenata u banke, Direktiva od 2014. godine imala je za cilj obezbeđenje bolje informisanosti deponenata.⁵⁷ Iz tog razloga je značajan broj pravila posvetila ovom pitanju. Tako, Direktiva propisuje dužnost banaka da postojećim i potencijalnim deponentima stave na raspolaganje informacije potrebne za identifikaciju sistema osiguranja depozita, kao i da ih informišu o slučajevima kada rizik propasti banke neće biti pokriven osiguranjem.⁵⁸ Ideja ove odredbe sastoji se u upoznavanju deponenata sa svim rizicima sa kojima se mogu suočiti, ali i sa mogućnostima da zaštite svoje interese i domašaju pravne zaštite u slučaju finansijske propasti banke. Kako bi se osiguralo da deponenti dođu u posed ovih informacija, Direktiva predviđa da su banke dužne da im iste stave na raspolaganje u momentu zaključenja ugovora, te da su deponenti dužni da potvrde prijem tih informacija.⁵⁹ Informacije moraju biti saopštene na jeziku koji sporazumno određuju deponent i banka, ili, u nedostatku takvog sporazuma, na službenom jeziku države članice u kojoj banka ima sedište. Uređivanja načina saopštavanja odnosnih informacija prepušten je državama članicama.⁶⁰ Dalje, Direktiva od 2014. godine predviđa i obavezu banaka da deponentima blagovremeno (mesec dana unapred, uz izuzetnu mogućnost skraćivanja roka) saopšte svoju odluku o

⁵⁶ A. Višekruna, *n. delo*, 200.

⁵⁷ O značaju informisanja deponenata, vid. *Ibid.*, 198-199.

⁵⁸ Vid. čl. 16, st. 1, Direktiva 2014/49/EU o sistemima osiguranja depozita od 16. aprila 2014. godine.

⁵⁹ Čl. 16, st. 2, Direktiva 2014/49/EU o sistemima osiguranja depozita od 16. aprila 2014. godine.

⁶⁰ Čl. 16, st. 4, Direktiva 2014/49/EU o sistemima osiguranja depozita od 16. aprila 2014. godine.

sprovedenju postupka statusne promene (spajanja, pripajanja).⁶¹ Svrha obaveštavanja deponentata o navedenoj činjenici sastoji se u tome da će deponenti, nakon što budu obavješteni, moći da odluče hoće li deponovana sredstva povući ili preneti u drugu banku. Najzad, u slučaju da se banka povuče iz sistema osiguranja depozita, ili da iz istog bude isključena, o toj činjenici će takođe biti u obavezi da obavesti deponente u roku od mesec dana od momenta povlačenja, odnosno isključenja.⁶²

Navedene odredbe o dužnosti informisanja imaju za posledicu stvaranje osećaja sigurnosti kod deponentata. Drugim rečima, informisanje o navedenim činjenicama uspostavlja kod deponentata izvesnost, kao i mogućnost racionalnog sagledavanja stanja stvari, te donošenja odluka o delanju u svom najboljem interesu. Na taj način sistem osiguranja depozita obezbeđuje stabilnost bankarskog sektora, te finansijsku stabilnost u globalu.

e) Nastavak trenda skraćivanja roka isplate

Već više puta pominjan rok isplate deponentima bio je predmet interesovanja evropskog zakonodavca i prilikom usvajanja Direktive od 2014. godine. Kako se rešenje iz Direktive od 2009. godine koje je previđalo rok od 20 radnih dana nije pokazalo kao efikasno, evropski zakonodavac shvatio je da isto mora revidirati. Sledeći trend skraćivanja roka isplate, Direktiva od 2014. godine sadrži pravilo po kojem je osiguravač u obavezi da isplatu izvrši u roku od 7 radnih dana računajući od momenta utvrđivanja osnovanosti i visine deponentovog potraživanja. Iako, izolovano posmatrano, ovo pravilo navodi na zaključak o naglom skraćivanju roka, ipak je evropski zakonodavac imao na umu da naglo skraćivanje roka isplate može izazvati negativne posledice. Konkretno, naglo skraćivanje roka moglo bi predstavljati "šok" za osiguravača.

Iz tog razloga je Direktivom uvedeno pravilo o postepenom skraćivanju roka isplate, tako da se propisani rok od 7 radnih dana ne počne primenjivati odmah, već počev od 1. januara 2024. godine. Tako je, najpre, propisano da države članice do 31. decembra 2018. godine mogu zadržati do tada važeći rok od 20 radnih dana. Zatim, od 1. januara 2019. godine, do 31. decembra 2020. godine predviđeno je skraćivanje roka na 15 radnih dana. Najzad, Direktiva predviđa

⁶¹ Vid. čl. 16, st. 6, Direktiva 2014/49/EU o sistemima osiguranja depozita od 16. aprila 2014. godine.

⁶² Čl. 16, st. 7, Direktiva 2014/49/EU o sistemima osiguranja depozita od 16. aprila 2014. godine.

obavezu državama članicama da, u periodu od 1. januara 2021. godine do 31. decembra 2023. godine, rok isplate dodatno skrate, te ga svedu na 10 radnih dana.⁶³ Istovremeno, propisana je obaveza osiguravača da, ukoliko u periodu opisane "tranzicije" nisu u stanju da izvrše isplatu u odgovarajućem roku, obezbede deponentima u roku od 5 radnih dana sredstva potrebna barem za pokriće životnih troškova.⁶⁴ S obzirom na prethodno izloženo, valja zaključiti da su novousvojena pravila o roku isplate prihvatljiva i realna. Prihvatljiva, jer teže uspostavljanju poverenja deponenata u sistem osiguranja depozita. Realna, imajući u vidu potrebu postepenog skraćivanja roka zarad obezbeđenja dugoročne održivosti fonda.

IV Zaključna razmatranja

Ideja regulisanja instituta osiguranja depozita na nivou Evropske unije nastala je kao posledica ekonomskih kriza globalnih razmera koje su za sobom povlačile propast banaka, te gubitak poverenja deponenata u bankarski sektor. Stoga, institut osiguranja depozita postao je predmet interesovanja evropskog zakonodavca zarad potrebe pružanja zaštite deponentima i očuvanja finansijske stabilnosti. Da bi osiguranje depozita ostvarilo svoju svrhu, potrebno je obratiti naročitu pažnju na način njegovog regulisanja. Drugim rečima, regulativa ovog instituta mora, sa jedne strane, biti dizajnirana tako da se nastupanje njegovih negativnih posledica spreči, ili barem svede na minimum, a da se, sa druge strane, maksimizuju njegovi pozitivni efekti.

Čini se da je evropski zakonodavac, usvojivši Direktivu od 2014. godine učinio značajan pomak u odnosu na dotadašnje stanje. Regulisanjem načina finansiranja sistema osiguranja depozita, jačanjem zaštite deponenata kroz pravila o njihovom informisanju i skraćivanjem roka isplate, kao i uređenjem ostalih pitanja u vezi sa ovim institutom, Direktiva od 2014. godine učinila je krupan korak u pravcu prevazilaženja različitosti u rešenjima država članica i pojačavanja poverenja u bankarski sektor.

Kako bi se, međutim, mogao dati definitivni odgovor na pitanje da li je ovako regulisano osiguranje depozita prihvatljivo i održivo, čini se da Direktivi treba dati još vremena. Drugim rečima, kako bi se moglo sa sigurnošću tvrditi da je

⁶³ A. Višekruna, *n. delo*, 197.

⁶⁴ Čl. 8, st. 4, Direktiva 2014/49/EU o sistemima osiguranja depozita od 16. aprila 2014. godine.

Direktiva ostvarila pozitivan efekat, potrebno je da, kroz vreme i nastupanje različitih okolnosti i izazova, ista uspešno prođe određene testove. Ukoliko se, pak, pokaže da Direktiva nije u stanju da odoli izazovima, neminovno je da se tada treba razmišljati o promeni pojedinih rešenja. Ovo pogotovo iz razloga što se, protekom vremena, menjaju i okolnosti u kojima institut osiguranja depozita treba da funkcioniše.

Već je rečeno da ovaj pravni institut ne sme biti cilj samome sebi. Stoga, da bi osiguranje depozita ostvarilo svoju svrhu, neophodno je neprekidno analizirati društvene i ekonomske prilike u zemljama u kojima institut treba da funkcioniše, te regulativu posmatrati u tom, širem kontekstu. Jedino će na taj način osiguranje depozita moći da obezbedi zaštitu deponenata i očuvanje ekonomske stabilnosti, a njegove negativne posledice biti iskorenjene, ili barem svedene na minimum.

Milena Momčilov, M.A. *

The deposit insurance system in the EU legislation - from idea to (non)realization

Abstract

The Deposit Insurance System is of great importance for depositors, on the one hand, banking sector security and global financial stability on the other. It is a measure that allows depositors to settle their claims even in situations where banks, due to the financial crisis, are unable to refund deposited money. Under those circumstances Deposit Insurance is providing protection for depositors guaranteeing them settlement by a third party - the insurer. Protecting the depositors from the risk of losing deposited money, deposit insurance establishes depositors' trust in the banking system and financial stability. Inadequately regulated deposit insurance systems lead to depositors' lack of trust in the banking system, which can lead to withdrawal of the deposited money resulting in ongoing financial problems for banks ending in liquidation

* Research Assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade.

or bankruptcy. Frequent financial crises in the EU followed by bank bankruptcy or liquidation brought up the idea of the deposit insurance importance. The idea of introducing a deposit insurance system to the European (Economic) Community was first time concretized with adoption of the recommendation by European Commission 87/63/EEC. Considering that the idea behind the recommendation was not accepted and many countries did not implement deposit insurance systems, Directive 94/19/EC was adopted by the European Parliament in 1994, not having a great effect as well. Seeking to achieve highest results European legislators adopted a new Directive 2009/14/EC. Although some changes were evident, due to numerous inadequately regulated or unregulated questions, the 2009 Directive did not bring much success. Finally, Directive 2014/49/EU was adopted in 2014 and it is still in force. In this article we, firstly, discuss general notion and importance of the deposit insurance, following with analyses of development of the deposit insurance system in the EU legislation - from the idea to the its realization, with a critical view of the most important issues all in order to find an optimal model for this legal institute.

Keywords: deposit insurance, depositor, depositors' protection, bank, financial stability, coverage limit, co-insurance, insurance premium, Directive 2014/49/EU, European Union.

Literatura

- Babić, B. Zaštita depozita u zakonodavstvu Evropske unije i Savezne Republike Jugoslavije, *Pravo i privreda*, 34(1997)(5-8), 403-418.
- Beck, T. The Incentive - Compatible Design of Deposit Insurance and Bank Failure Resolution - Concepts and Country Studies, *The World Bank, Development research group, Finance*, 2003.
- Bigus, J., Leyens, P. C. Reform der Anlegerentschädigung und Einlagensicherung -Empfehlungen aus rechtsökonomischer Perspektive, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft ZBB*, (2008)5, 277-291.
- Colaert, V. Deposit Guarantee Schemes in Europe: Is the Banking Union in Need of a Third Pillar?, *European Company and Financial Law Review*, 12(2015)3, 372-424.

- Čavlin, M. Perspektive sistema zaštite finansijske stabilnosti i prevencije rizika bankarskog poslovanja, *Ekonomija: teorija i praksa*, 14(2021)3, 109-126.
- Galac, T. Treba li Hrvatskoj razlikovanje premije osiguranja štednih uloga?, Hrvatska narodna banka, 2004.
- Krstić, B., Radojičić, J. Osiguranje depozita kao *ex ante* i *ex post* antikrizni mehanizam u bankarstvu, *Ekonomске teme*, 50(2012)4, 535-554.
- Krunić, G. Osiguranje depozita i moralni hazard, *Svarog*, (2012)4, 204-218.
- Kundid Novokmet, A. Kontroverze regulacije banaka kroz kapitalne zahtjeve, *Ekonomski pregled*, 66(2015)2, 156-176.
- Ljutić, B. Ž. Bankarske krize depozita na Kipru - sekvestracija, nacionalizacija, oporezivanje, konverzija depozita u akcije, *Pravo i privreda*, 50(2013)(1-3), 46-56.
- Marinković, S. An incentive - Compatible System of Deposit Guarantees, Serbia and South - Eastern Europe, *Facta Universitatis, series, economics and organization*, 2(2004)2, 133-153.
- Markovinović, H. Osiguranje depozita - uređenje *de lege lata* i perspektive, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 61(2011)2, 785-819.
- Mićović, M. „Pravila na kojima se zasniva sistem osiguranja depozita“, u *XXI vek, vek usluga i uslužnog prava*, knj. 8, Kragujevac 2017, 3-13.
- Misita, N. „Elementi evropskog prava zaštite depozita“, u *Zbornik radova: Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Mostar 2007, 133-155.
- Ognjenović, Đ. Osnovna načela finansijskog plaćanja u *ex ante* sustavima osiguranja depozita, *Finansijska teorija i praksa*, 30(2006)4.
- Protić, M. Osiguranje depozita i problem moralnog hazarda, primer nemačke šeme privatnog osiguranja depozita, *Industrija*, 30(2002)(1-4), 23-31.
- Research and Guidance Committee - International Association of Deposit Insurers (IADI), *Funding of Deposit Insurance Systems, Guidance Paper*, 2009.
- Todorović, V. „Osiguranje depozita u sistemima bankarskih regulativa“, u *Institucionalne promene kao determinanta privrednog razvoja Srbije*, Univerzitet u Kragujevcu - Ekonomski fakultet, Kragujevac 2013, 387-401.

Tošić, I. S. Razvoj sistema osiguranja depozita na nivou Evropske unije – izazovi i preporuke za unapređenje sistema, *Strani pravni život: teorija, zakonodavstvo, praksa*, 63(2019)2, 57-69.

Višekruna, A. Direktiva 2014/49/EU o sistemima osiguranja depozita, *Evropsko zakonodavstvo*, 52-53(2015), 191-205.

Propisi i drugi akti

Basel Committee on Banking Supervision, International Association of Deposit Insurers, Core Principles for Effective Deposit Insurance System, March 2009, <https://www.bis.org/publ/bcbs151.pdf>, posećena: 11. 6. 2022

Commission Recommendation of 22 December 1986 concerning the introduction of deposit-guarantee schemes in the Community (OJ L 33 04.02.1987, p. 16, CELEX: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31987H0063>).

Commission staff working document - Impact Assessment - Accompanying document to the Proposal for a Directive .../.../EU of the European Parliament and of the Council on Deposit Guarantee Schemes [recast] and to the Report from the Commission to the European Parliament and to the Council Review of Directive 94/19/EC on Deposit Guarantee Schemes COM (2010) 368; COM (2010) 369; SEC (2010) 835, http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/guarantee/20100712_ia_en.pdf, 9-19, posećena 24. 5. 2021.

Direktiva 2009/14/EZ o izmeni Direktive 94/19/EZ u pogledu visine pokrića i roka isplate od 11. marta 2009. godine.

Direktiva 2014/49/EU o sistemima osiguranja depozita od 16. aprila 2014. godine.

Direktiva 94/19/EZ o sistemima osiguranja depozita od 30. maja 1994. godine.

Internet izvori

Maues, J. Banking act of 1933 (Glass - Steagall), <https://www.federalreservehistory.org/essays/glass-steagall-act>, posećena 10. 6. 2022.

Merbecks, U., Sondinger, G. Einlagensicherungssysteme – Ökonomische Analyse unterschiedlicher institutioneller Ausgestaltungsformen, <http://www.fmpm.ch/docs/5th/Merbecks.pdf>, posećena 15. 6. 2022.

Seguro de deposito, <https://www.cemla.org/PDF/ensayos/pub-en-60.pdf>, 2,
posećena 11. 6. 2022.

PRISTUP FINANSIJSKOM TRŽIŠTU EVROPSKE UNIJE PUTEM REŽIMA EKVIVALENTNOSTI - NOVI PRAVCI RAZVOJA INSTITUTA U SVETLU BREXIT-A

Apstrakt

Jedinstveno tržište Evropske unije (engl. Single Market) pruža učesnicima brojne mogućnosti u pogledu slobode pružanja usluga. Države koje nisu članice Evropske unije, niti članice Evropskog ekonomskog prostora mogu ostvariti pristup jedinstvenom tržištu pod određenim uslovima, ali taj pristup nikada neće biti u potpunosti izjednačen sa onim koji imaju kompanije iz država članica. Modaliteti pod kojima se odobrava pristup razlikuju se po uslovima koje kompanije moraju da ispune, kao i po širini prava koje garantuju nakon što se odobri pristup jedinstvenom tržištu. Mehanizam koji daje potencijalno najširi pristup podrazumeva utvrđivanje ekvivalentnosti između pravnog sistema države nečlanice i pravnog sistema Evropske unije. Ovaj režim postoji već dve decenije, ali je u poslednjih pet godina doživeo značajnu transformaciju. Jedan od motora promena bio je i izlazak Ujedinjenog Kraljevstva iz Evropske unije (Brexit).

Izlaskom iz Evropske unije, UK se nalazi u položaju "treće države" (engl. third country) i podleže primeni režima pristupa jedinstvenom tržištu koji važe za njih. Model uređenja odnosa između EU i ove države je ipak specifičan – za razliku od drugih država nečlanica, prati ga snažan dezintegracioni efekat – UK se povlači iz EU, ali praktične okolnosti nameću potrebu da se njihovi odnosi urede.

U radu će se prvo predstaviti geneza modela uređenja odnosa između EU i UK, osnovne karakteristike ekvivalentnosti koja se identifikuje kao mehanizam koji daje najšira prava pristupa finansijskom tržištu EU za treće države, a potom će se sagledati novi pravci razvoja ovog instituta pre svega u svetlu Brexita.

Ključne reči: Evropska unija, Brexit, finansijske usluge, ekvivalentnost, pristup jedinstvenom tržištu.

* Istraživač saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, Srbija, e-mail: a.visekruna@iup.rs.

Rad je primljen 17. avgusta 2022. godine, a prihvaćen 5. Septembra 2022. godine.

I Model uređenja odnosa Evropske unije i Ujedinjenog Kraljevstva nakon odluke o istupanju

1. O uređenju odnosa Evropske unije i Ujedinjenog Kraljevstva

Odnos Evropske unije i Ujedinjenog Kraljevstva već decenijama karakteriše specifičan režim. Tokom članstva, iako formalno deo Unije, UK se izborilo za pravo na izuzeće iz brojnih politika Evropske unije, kao što su ekonomska i monetarna unija ili Šengen, tako da se već godinama pre istupanja moglo govoriti o "postajanju EU u obliku dva koncentrična integraciona kruga".¹ Na referendumu u junu 2016. godine, građani su glasali za opciju da se napusti Evropska unija tako da je pokrenut postupak izlaska na osnovu čl. 50 Ugovora o Evropskoj uniji.² Član predviđa da postupak izlaska traje dve godine, ali kako se Brexit nije ostvario u zadatom roku, uveden je i prelazni period do kraja decembra 2020. godine kako bi se uredili odnosi dve strane.

Pitanje uređenja odnosa na relaciji EU-UK zaokupljalo je pažnju domaće i inostrane pravne teorije i iznošeni su brojni predlozi o načinu redefinisavanja njihovih odnosa. Na suprotnim krajevima nalazili su se istupanje iz članstva bez postojanja sporazuma koji bi uređivao buduće odnose (*hard Brexit*) i članstvo u Evropskom ekonomskom prostoru (*soft Brexit*).³ Između ove dve polarne suprotnosti razmatrali su se drugi modeli definisanja odnosa s državama nečlanicama – carinska unija, ugovor o stabilizaciji i pridruživanju, ugovor o slobodnoj trgovini, ekonomskom partnerstvu, ili o partnerstvu i saradnji,⁴ kao i

¹ D. Lopandić, Između integracije i krize: Evropska unija nije više ono što je bila?, *Revija za evropsko pravo*, 18(2016)2-3, 14.

² Consolidated version of the Treaty on European Union, OJ C 326, 26.10.2012, p. 43-44.

³ *Hard Brexit* bi podrazumevao da se odnosi UK i EU regulišu u okviru Svetske trgovinske organizacije, dok bi opredeljenje za *soft Brexit* model značilo mogućnost ostanka na jedinstvenom tržištu bez obaveze članstva, ali bi takođe podrazumevalo prihvatanje nadležnosti Suda pravde Evropske unije, prihvatanje slobode kretanja lica, bez prava na učešće u kreiranju zakonodavne politike Evropske unije, izuzev neformalnog uticaja. A. Višekruna, "Brexit i nova slika poslovnog sveta EU", u: *Globalizacija i glokalizacija: međunarodni tematski zbornik* (ur. U. Šuvaković, V. Čolović, O. Marković-Savić), Filozofski fakultet Univerziteta u Prištini, Srpsko sociološko društvo, Institut za političke studije, Kosovska Mitrovica-Beograd 2017, 152.

⁴ European Parliament – Directorate-general for International Policies, Implications of Brexit on EU Financial Services, 2017, 14-19, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/602058/IPOL_STU\(2017\)602058_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/602058/IPOL_STU(2017)602058_EN.pdf)

mogućnost primene koncepta kontinentalnog partnerstva.⁵ Svi postojeći modeli uređenja odnosa EU sa državama nečlanicama ocenjivali su se kao neadekvatni za uređenje složenih i isprepletanih odnosa sa UK.⁶ Iako se razmatrala i mogućnost zaključivanja osobenog sporazuma (engl. *bespoke agreement*) koji bi odražavao višedecenijsku povezanost ovih subjekata i uvažavao snažne ekonomske veze koje među njima postoje, Evropska unija to nije želela, jer bi to predstavljalo ozbiljan presedan.⁷

Uređenje odnosa je na kraju sprovedeno u formi Sporazuma o trgovini i saradnji (*Trade and Cooperation Agreement* – TCA). Evropska unija i Ujedinjeno Kraljevstvo postigli su sporazum 24. decembra 2020. godine, a on je stupio na snagu 1. maja 2021. godine nakon ratifikacije od strane obe ugovornice (od 1. januara 2021. godine primenjivao se provizorno). Usvajanje sporazuma je imalo značajne političke, ali i pravne konotacije. Uređenje odnosa dve ugovornice odvijalo se između koordinata koje su postavili Opšti sporazum o trgovini uslugama (GATS) koji predstavlja donju granicu (*GATS floor*) i prava koja garantuje Evropski ekonomski prostor što predstavlja gornju granicu za uređivanje odnosa (*EEA ceiling*).⁸ Sa jedne strane, Evropska unija i Ujedinjeno Kraljevstvo su članice Svetske trgovinske organizacije tako da je uređenje njihovih ekonomskih odnosa moralo da bude u okvirima koje postavlja ova organizacija, dok, sa druge strane, Evropska unija nije mogla da napravi presedan i garantuje više prava UK od onih koje garantuje drugim državama nečlanicama. Tako je zaključen sporazum

f, posećena: 5. 2. 2018. D. Lopandić, Zajednička trgovinska politika Evropske unije i nova generacija sporazuma o slobodnoj trgovini, *Revija za evropsko pravo*, 20(2018)1, 59.

⁵ J. Čeranić, M. Glintić, Evropska unija nakon Breksita – sa posebnim osvrtom na kontinentalno partnerstvo kao model za redefinisane odnosa između Ujedinjenog Kraljevstva i EU, *Pravni život*, (2017)12, 397-411.

⁶ *Ibid.*, 400.

⁷ U govoru koji je održao na Evropa institutu u Cirihi krajem marta 2021. godine, komesar Barnier (*Barnier*) je istakao da nije moguće odreći se obaveza koje nameće članstvo u EU i na jedinstvenom tržištu, napustiti sistem zajedničkih pravila, standarda i nadležnosti, a i dalje zadržati koristi i prednosti članstva u EU, na jedinstvenom tržištu i carinskoj uniji. M. Barnier, "Brexit: new realities and lessons learned for Europe", u: *Europa in turbulenten Zeiten Referate zu Fragen der Zukunft Europas 2020/21* (Hrsg. A. Kellerhals), EIZ Publishing, Zurich 2022, 85.

⁸ H. Berger, N. Badenhoop, Financial services and Brexit: navigating towards future market access, *European Business Organization Law Review*, 19(2018)4, 698.

morao da poštuje pravne granice koje postavlja GATS i političko-pravne granice koje postavlja EEP.⁹

2. Finansijske usluge u Sporazumu o saradnji i trgovini

Kada se analizira sadržina TCA u pogledu finansijskih usluga, uočava se da u tekstu sporazuma gotovo da ne postoji norma koja uređuje ovo pitanje¹⁰ pa se zaključuje da je u tom domenu u odnosima UK i EU nastupio *hard Brexit*, odnosno *no deal* scenario.¹¹ TCA je u domenu finansijskih usluga standardni trgovinski sporazum koji je EU zaključila i ne ide dalje od opštih pravila ustanovljenih pod okriljem STO za ovu vrstu sporazuma.¹²

Uređenje pitanja odnosa na relaciji EU-UK u oblasti finansijskih usluga spominje se u Aneksu TCA. Aneks sadrži Zajedničku deklaraciju o finansijskim uslugama (*Joint declaration on financial services regulatory cooperation between the European Union and the United Kingdom*). Međutim, reč je o neobavezujućem aktu kojim se ugovornice obavezuju da će potpisati memorandum o razumevanju (*Memorandum of Understanding establishing a framework for regulatory cooperation on financial services – MoU*) koji bi trebalo da predstavlja okvir za dijalog između EU i UK o tržištu finansijskih usluga. Iako su 26. marta 2021. godine završeni tehnički pregovori oko potpisivanja memoranduma, on još uvek nije potpisan, niti je stupio na snagu.¹³ Ocenjuje se da za sada sistem može da funkcioniše bez

⁹ *Ibid.*, 681-682.

¹⁰ Analize teksta sporazuma pokazuju da je samo šest od 1259 stranica teksta posvećeno finansijskim uslugama i da su pitanja koja se na njih odnose pokrivena u samo četiri člana. House of Lords European Affairs Committee, *The UK-EU relationship in financial services*, 10, fn 18, <https://committees.parliament.uk/publications/22728/documents/167235/default/>, posećena: 18. 7. 2022.

¹¹ N. Sowels, 'Ever Greater Divergence', but...: The Ongoing Saga of Brexit and Financial Services, *The Political Quarterly*, 93(2022)1, 121. N. Moloney, Financial services under the Trade and Cooperation Agreement: reflections on unfinished business for the EU and UK, *Brexit Institute Working Paper Series*, (2021)3, 2, <https://ssrn.com/abstract=3783135>, posećena: 2. 6. 2022; E. Năstega, Equivalence Decisions in the EU and UK Financial Services Sectors Post-Brexit, *European Business Law Review*, 33(2022)3, 465.

¹² N. Moloney (2021), 5.

¹³ U analizi trenutnog stanja koju je sproveo Komitet za evropske poslove Doma lordova (*European Affairs Committee House of Lords*), a koja je objavljena krajem juna 2022. godine, ističe se da je ovaj akt postao "kolateralna šteta tenzija između strana ugovornica". Vid. House of Lords European Affairs Committee, 31, par. 113. Smatra se da je nekoliko faktora doprinelo nezaključivanju MoU – spor oko implementacije protokola vezanog za Irsku i Severnu Irsku, pitanje ribarske

ovog akta, ali se smatra da bi on bio značajan mehanizam strateškog dijaloga tako da se preporučuje da bude zaključen.¹⁴ Njegov značaj će postati očigledniji u budućnosti kada (neminovno) dođe do značajnijeg razmimoilaženja u sadržini propisa između EU i UK.¹⁵ Važno je napomenuti da pored sveobuhvatnog MoU koji bi trebalo da uredi odnose EU-UK, već sada postoji niz zaključenih memoranduma između regulatornih i nadzornih tela u UK i tela u EU i državama članicama (*regulator-to-regulator MoUs*) kojim se za sada prevazilazi nedostatak opšteg okvira saradnje.¹⁶

Istupanje iz Evropske unije bez uređivanja odnosa u ovoj oblasti predstavlja ozbiljan udarac kako za UK, tako i za Uniju. Izlazak iz EU utiče na sve sfere poslovnog prava u UK, ali se najjači efekti i najdalekosežnije posledice osećaju upravo u oblasti finansijskih usluga.¹⁷ Ujedinjeno Kraljevstvo je bilo ne samo centar pružanja finansijskih usluga u Evropskoj uniji nego i šire. London je tokom istorije postao središte međunarodnih finansija gde su kompanije iz celog sveta (a pretežno iz SAD i Švajcarske) poslovale kako bi koristile pogodnosti režima pasoša.¹⁸ Sektor finansijskih usluga dugi niz godina predstavlja značajnu komponentu ekonomije UK – zapošljava oko 2.3 miliona lica i predstavlja jedan od sektora koji najviše doprinose fiskusu,¹⁹ dok u pogledu međunarodne trgovine čini 19.1% svih usluga koje UK izvozi.²⁰ Evropska unija je značajan partner UK u oblasti finansijskih usluga – statistike pokazuju da je ukupan izvoz ovih usluga prema EU tokom 2019. godine činio 37% izvoza svih finansijskih usluga iz UK.²¹

politike, afera "podmornica" i AUKUS – trilateralni bezbednosni pakt Australije, UK i SAD za oblast Indo-Pacifika. N. Sowels, *n. delo*, 128.

¹⁴ House of Lords European Affairs Committee, 4.

¹⁵ *Ibid.*, 33, par. 125.

¹⁶ *Ibid.*, 33, par. 126.

¹⁷ Za posledice Brexita po različite aspekte poslovnog prava EU vid. A. Višekruna (2017).

¹⁸ S. Van Kerckhoven, Post-Brexit leadership in European finance, *Politics and Governance*, 9(2021)1, 60.

¹⁹ House of Lords European Affairs Committee, 9. Procenjuje se da je doprinos finansijskog sektora oko 75 milijardi funti (oko 10% od ukupnih poreskih prihoda UK).

²⁰ *Ibid.*, 3.

²¹ *Ibid.*, 9. Analize su pokazale da se UK u poslednjih nekoliko godina sve više orijentiše ka novim tržištima tako da je u poslednje dve godine došlo do porasta izvoza prema ostatku sveta (tj.

Gubitak članstva znači i nemogućnost korišćenja sistema jedinstvenog pasoša (engl. *passporting*) koji podrazumeva da se dozvola za vršenje finansijskih usluga dobija u jednoj državi članici i na osnovu nje usluge mogu da se vrše u svim ostalim državama članicama bez potrebe da se zadovoljavaju regulatorni zahtevi u svakoj od njih.

Izlaskom sa jedinstvenog tržišta postaje upitna uloga Londona kao globalnog finansijskog centra. Kompanije registrovane u UK primorane su da traže alternativne načine pristupa jedinstvenom tržištu kroz niz operacionalnih i strukturnih promena kako bi mogle da nastave da posluju i na teritoriji EU.²² Istovremeno, istupanje iz Evropske unije podstaklo je kompanije iz UK da se prilagode ne samo u smislu ostvarivanja pristupa tržištu EU već da se okrenu i ka novim uslugama i tržištima. Tako London postaje centar islamskog bankarstva u Evropi, a i kompanije se sve više usmeravaju ka tržištima izvan EU (npr. SAD).²³

Ipak, ukazuje se da je britanska vlada relativno rano bila svesna da će izostati detaljno regulisanje pitanja finansijskih usluga tako da je sektor imao vremena da se pripremi za *no deal* scenario.²⁴ Takođe, uprkos početnim procenama (iz 2016. godine) da će preko 70 hiljada lica zaposlenih u sektoru finansijskih usluga u UK morati da napusti ovu državu, u praksi se pokazalo da je taj broj desetostruko manji i da iznosi nešto ispod 7 hiljada.²⁵ Početne procene bile su posledica velike neizvesnosti u pogledu budućih odnosa UK i EU, a kako su se oni vremenom (is)kristalisali, kompanije su u određenoj meri izmenile (smanjile) broj lica koja će morati da se relociraju.²⁶

državama koje ne pripadaju EU) za 5.24%, dok je izvoz finansijskih usluga prema EU u opadanju. *Ibid.*, 12, par. 24-25.

²² *Ibid.*, 11, par. 19.

²³ N. Sowels, *n. delo*, 126-127.

²⁴ House of Lords European Affairs Committee, 10, par. 16.

²⁵ *Ibid.*, 13, par. 27-28.

²⁶ EY Financial Services Brexit Tracker: Movement within UK financial services sector stabilises five years on from Article 50 trigger, https://www.ey.com/en_uk/news/2022/03/ey-financial-services-brex-it-tracker-movement-within-uk-financial-services-sector-stabilises-five-years-on-from-article-50-trigger, posećena: 2. 6. 2022. Suštinski, negativni efekti Brexita vidljivi su kod kompanija koje nisu preduzele mere kako bi se prilagodile promenama u regulatornom režimu na vreme. H. Berger, N. Badenhoop, *n. delo*, 689.

Brexit otvara pitanje ne samo budućnosti Londona, već i pitanje evolucije tržišta finansijskih usluga u Evropskoj uniji.²⁷ Uočava se da ne postoji jedinstveni finansijski centar u okviru EU u koji bi bila izvršena relokacija svih poslovnih aktivnosti što doprinosi fragmentaciji sektora finansijskih usluga na nivou EU.²⁸ To ukazuje da London nema stvarnog rivala na nivou EU, ali istovremeno doprinosi povećanju troškova i smanjenju likvidnosti za kompanije koje imaju poslovne aktivnosti u finansijskom sektoru i UK i EU.²⁹

II Ekvivalentnost i odnosi Ujedinjenog Kraljevstva i Evropske unije

1. Ekvivalentnost kao način pristupa tržištu Evropske unije

Kompanije koje su osnovane izvan Evropske unije ne mogu da koriste prednosti četiri osnovne slobode i da bi poslovale na njenoj teritoriji potrebno je da imaju prisustvo na teritoriji svake države članice ponaosob ili da ispune posebne uslove sadržane u sektorskim propisima na nivou EU.³⁰ Pristup za kompanije iz treće države u praksi znači decentralizovan model pojedinačnog odobrenja u svakoj državi članici ponaosob u kojoj kompanija želi da posluje.³¹ Kako bi se prevazišao

²⁷ S. Van Kerckhoven, *n. delo*, 62.

²⁸ House of Lords European Affairs Committee, 16, par. 42. Istraživanje koje redovno sprovodi kompanija *Ernst & Young* pokazalo je da je Dablin najpopularnija destinacija za relokaciju osoblja i otvaranje novih kancelarija (36 kompanija), potom Luksemburg (29), Frankfurt (23) i Pariz (21). Tu su još i Madrid (8), Amsterdam (8), Milano (7) i Brisel (6). Što se tiče relokacije lica, najviše zaposlenih se preselilo u Pariz, potom Frankfurt i Dablin. Vid. EY Financial Services Brexit Tracker: Movement within UK financial services sector stabilises five years on from Article 50 trigger. Istraživanja su pokazala da se ni sve finansijske usluge nisu skoncentrisale u jednom gradu, odnosno državi članici, već da su se pojedini gradovi iskristalisali kao centri određenih finansijskih usluga (npr. Frankfurt – bankarstvo, Amsterdam – trgovačke platforme i slično). Vid. S. Donnelly, Post-Brexit financial services in the EU, *Journal of European Public Policy* (2022), 9-13.

²⁹ House of Lords European Affairs Committee, 17, par. 48. Veliki broj finansijskih usluga zasniva se na principu ekonomije obima – što je veća ekonomska aktivnost, veći su podsticaji za kompanije da trguju na tom prostoru. Novonastala situacija stvara obavezu za kompanije da za svaku pojedinačnu državu u kojoj imaju poslovne aktivnosti zadovolje uslove koji su propisani u pogledu forme, kapitalizacije, likvidnosti, zaposlenih i slično, čime se dodatno uvećava trošak poslovanja.

³⁰ P. Böckli *et al.*, The Consequences of Brexit for Companies and Company Law, *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, 22(2017), 13, <https://ssrn.com/abstract=2926489>, posećena: 5. 9. 2017.

³¹ J. Armour, Brexit and Financial Services, 8, <https://ssrn.com/abstract=2892679>, posećena: 26. 9. 2017.

ovaj problem, kreirani su brojni mehanizmi koji omogućavaju širi pristup jedinstvenom tržištu, ali su ta pravila fragmentirana i sadržana u različitim sektorskim propisima.³² Može se identifikovati nekoliko modela pristupa, ali svaki od njih uprkos dobrim stranama, ne pruža potpun pristup jedinstvenom tržištu kao što to čini režim pasoša koji važi za kompanije iz država članica.³³

Modalitet koji pruža najširi pristup naziva se ekvivalentnost (engl. *equivalence*). Reč je o pravnom i proceduralnom mehanizmu koji se koristi da bi se uredio pristup tržištu kapitala EU za treće države (*access*) i način na koji učesnici sa tržišta EU posluju sa entitetima iz treće države (*export*).³⁴

Model pristupa tržištu putem odluke o ekvivalentnosti razvio se u polarizovanim odnosima između dve filozofije uređenja odnosa na finansijskom tržištu Evropske unije – sa jedne strane, Francuska i Nemačka su zastupale stav da treba zauzeti strog položaj prema kompanijama iz trećih država, dok je, sa druge strane, UK zastupalo stav da je potrebno otvoriti tržište i podsticati konkurentnost.³⁵

Preduslov za primenu režima ekvivalentnosti je da njeno odobravanje bude predviđeno u konkretnom aktu. Nakon toga Evropska komisija vrši procenu i priznaje pravni režim strane zemlje kao ekvivalentan usvajanjem odgovarajućeg akta (*implementing or delegated act*) (čl. 290 i 291 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije).

Postupak utvrđivanja ekvivalentnosti je zasnovan na ishodima (engl. *outcome based*) – zakonodavstvo treće države ne mora da bude identično režimu koji predviđa određeni akt EU, ali mora da postiže iste regulatorne i nadzorne

³² Ne postoje ni jedinstveni zahtevi koje uslove treba ispuniti, ali su to najčešće odluka Evropske komisije, reciprocitet, ispunjavanje uslova u pogledu nadzora i poreske saradnje, usaglašenost sa propisima o sprečavanju pranja novca i finansiranju terorizma.

³³ A. Višekruna, The access to the EU financial market for the companies from non-member states, *EU and comparative law issues and challenges series*, 2(2018), 669.

³⁴ N. Moloney, Brexit, the EU and Its Investment Banker: Rethinking 'Equivalence' for the EU Capital Market, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 5(2017), 13, https://eprints.lse.ac.uk/73429/1/WPS2017-05_Moloney.pdf, posećena: 6. 9. 2017.

³⁵ L. Quaglia, The Politics of 'Third Country Equivalence' in Post-Crisis Financial Services Regulation in the European Union, *West European Politics*, 38(2015)1, 168-172. Nemačka i Francuska se zbog zastupanja strožeg, manje liberalnog pristupa režimu ekvivalentnosti označavaju kao "tvrđava" (*fortress Europe*).

rezultate.³⁶ U osnovi procena ekvivalentnosti zasnovana je na principu proporcionalnosti i pristupu zasnovanom na proceni rizika.³⁷ Naime, regulatorni okviri svih država se ne tretiraju na jednak način, već se pravi razlika na osnovu uticaja koji ti propisi mogu imati na finansijsku stabilnost EU.³⁸

Iako je reč o režimu koji je od suštinskog značaja za pristup kompanija iz trećih država jedinstvenom tržištu, ovaj institut nije bez mana. Kritike koje se upućuju na račun režima su brojne – odluka je privremena, jednostrana i diskreciona, kriterijumi na kojima se zasniva njeno donošenje nisu precizno definisani, niti je postupak njenog donošenja transparentan.³⁹ Uočeno je da vrlo lako proces utvrđivanja ekvivalentnosti može da izađe izvan okvira tehničke operacije i pređe na teren političkih tenzija (opcion karakter usvajanja odluke implicira njenu političku prirodu).⁴⁰ Pozitivna odluka o ekvivalentnosti može da se ne donese iz bilo kog razloga, ne nužno samo na osnovu čisto tehničkih kriterijuma.⁴¹ Utvrđivanje ekvivalentnosti postaje nestalan i nepredvidiv politički proces što se pokazalo na primeru Švajcarske.⁴² Ovaj primer je pokazatelj da

³⁶ F. Pennesi, *Equivalence in the area of financial services: An effective instrument to protect EU financial stability in global capital markets?*, *Common Market Law Review*, 58(2021)1, 51. L. Bonacorsi, *Quo vadis the UK? The Future of Equivalence in Brexit Negotiations*, 10, <https://ssrn.com/abstract=3670623>, posećena: 25. 5. 2022. . Navodi se primer Bermuda koji su kao centar industrije osiguranja dobili punu ekvivalentnost u pogledu relevantnih članova Direktive Solventnost II iako njihov režim nije u potpunosti identičan pravilima koje predviđa Solventnost II. Ovakav ishod rezultat je višegodišnjeg truda tima eksperata koji je radio na postizanju ekvivalentnosti sa pravom EU.

³⁷ E. Năstega, *n. delo*, 469.

³⁸ F. Pennesi, *n. delo*, 52. Neki od relevantnih faktora su veličina finansijskog sektora treće države, nivo uzajamne povezanosti finansijskih sistema, geografska blizina EU i treće države.

³⁹ N. Moloney, *Reflections on the EU third country regime for capital markets in the shadow of Brexit*, *European Company and Financial Law Review*, 17(2020)1, 45.

⁴⁰ E. Wymeersch, "Some Aspects of the Impact of Brexit in the Field of Financial Services", u: *Capital Markets Union in Europe* (eds. D. Busch, E. Avgouleas, G. Ferrarini), Oxford University Press, Oxford 2018, par. 5-19.

⁴¹ House of Lords European Affairs Committee, 21, par. 64.

⁴² Švajcarska je 2017. godine zahtevala utvrđivanje ekvivalentnosti za Švajcarsku berzu. Ekvivalentnost je utvrđena na godinu dana, a njeno produžavanje bilo je uslovljeno ostvarivanjem napretka u uspostavljanju zajedničkog institucionalnog okvira (višegodišnji pregovori da se preko 100 bilateralnih sporazuma zameni jedinstvenim režimom). Pregovori su zapali u probleme 2019. godine tako da je krajnji ishod taj da je 1. jula 2019. godine odluka o ekvivalentnosti istekla i da kompanije iz EU više ne mogu da trguju na švajcarskoj berzi, niti švajcarske na teritoriji Unije. L. Bonacorsi, 12-13.

kvalitet zakonodavstva ne mora da bude sporan, već da se negativna odluka može manifestovati u političkim i institucionalnim aspektima.⁴³ Ova odluka se kritikovala kao vrlo sporna i restriktivna jer je zavisila od pitanja koja nemaju veze sa tržištem kapitala,⁴⁴ već je Komisija svoju odluku o davanju pristupa tržištu razmatrala kao deo širih odnosa sa Švajcarskom.⁴⁵

Uspostavljeni režimi su heterogeni i postoje značajne razlike u pogledu opsega aktivnosti koje su pokrivena.⁴⁶ Pravila o ekvivalentnosti su ograničenog dometa – ne odnose se na sve finansijske usluge (npr. ne primenjuju se na bankarske usluge, niti maloprodajne usluge u oblasti osiguranja),⁴⁷ niti na određene vrste klijenata (npr. primenjuju se samo na usluge za profesionalne klijente).

Kako nema harmonizovanog okvira koji uređuje ekvivalentnost, ispravnije je govoriti o "režimima ekvivalentnosti".⁴⁸ U praksi to znači da se ne može doneti jedna odluka kojom bi se odobrio pristup kompanijama iz treće države celokupnom finansijskom tržištu EU u svim oblastima, već je potrebno pribaviti odluku za svaku pojedinačnu finansijsku uslugu.⁴⁹

2. Odnosi UK i EU u domenu ekvivalentnosti

Imajući u vidu da je reč o jednostranim odlukama, pitanje ekvivalentnosti je izostavljeno iz pregovora EU i UK tako da nije bilo predmet uređenja u TCA.⁵⁰ U

⁴³ *Ibid.*, 13.

⁴⁴ N. Moloney (2020), 52.

⁴⁵ M. Hahn, The Day After: Access to the Single Market in Times of Brexit, Equivalence and Extraterritoriality, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 21(2018)4, 414.

⁴⁶ L. Bonacorsi, 8.

⁴⁷ N. Sowels, *n. delo*, 122.

⁴⁸ F. Pennesi, *n. delo*, 46.

⁴⁹ U Komunikaciji iz 2019. godine Evropska komisija je istakla da postoji oko 40 odredaba u propisima EU na osnovu kojih se može doneti odluka o ekvivalentnosti, što je i učinjeno u više od 280 slučajeva u korist preko 30 država. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Equivalence in the area of financial services*, COM(2019) 349 final, Brussels, 29. 7. 2019, 3, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:989ca6f3-b1de-11e9-9d01-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF.

⁵⁰ House of Lords European Affairs Committee, 21, par. 65.

odnosima UK i EU nakon Brexita postoji snažna diskrepanca u ustupcima koje su strane bile spremne da preduzmu u korist druge strane. Primetno je da u njihovim trenutnim odnosima u domenu tržišta finansijskih usluga izostaju odluke o ekvivalentnosti na strani EU, što se ocenjuje kao zapanjujući razvoj imajući u vidu da su na strani UK donete brojne odluke o ekvivalentnosti nakon izlaska iz EU, kao i da je reč o instrumentu koji se koristi u odnosu na druge "treće države" bez većih problema.⁵¹ Pristup koji UK zauzima u odnosu na institut ekvivalentnosti se razlikuje od pristupa EU. Ne samo da su usvojene odluke o utvrđivanju ekvivalentnosti za EU u 28 oblasti, već je i pristup UK u pogledu prestanka ekvivalentnosti drugačiji nego u EU – odluka o prestanku važenja ekvivalentnosti se vidi kao krajnja mera, a ne instrument političkog pritiska.⁵² UK je takođe uvelo i režim privremenih dozvola (engl. *temporary permissions regime*) koji dopušta da kompanije iz EU koje su koristile pasoš pre Brexita nastave da posluju u UK do decembra 2023. godine.⁵³ Ovi potezi pokazuju da UK ni u novim okolnostima ne odstupa od politike liberalizacije pristupa finansijskom tržištu koju je zastupalo i tokom članstva u Uniji.⁵⁴ Nasuprot tome, Evropska unija je trenutnim potezima stavila do znanja da će se u utvrđivanju ekvivalentnosti u odnosu na UK rukovoditi pre svega političkim interesima.

Imajući navedeno u vidu, Komitet za evropske poslove Doma lordova (*European Affairs Committee House of Lords*), smatra da strategija vlade UK u pogledu finansijskih usluga ne bi trebalo da bude bazirana na ekvivalentnosti, jer je reč o procesu koji UK ne može da kontroliše i koji trenutno nije plodonosan.⁵⁵ Trenutno postoji neravnoteža ne samo u pogledu odluka o ekvivalentnosti na relaciji EU-UK, već i u pogledu odluka koje je EU donela u odnosu na druge države sveta. Komitet, međutim, smatra da taj disbalans ne stavlja UK nužno u nepovoljniji položaj, jer je sektor pronašao načine da se prilagodi.⁵⁶ Kako se većina odluka o ekvivalentnosti donetih u korist drugih država ne odnosi na

⁵¹ *Ibid.*, 3.

⁵² *Ibid.*, 22, par. 69.

⁵³ *Ibid.*, 14, par. 31.

⁵⁴ N. Moloney (2021), 11.

⁵⁵ House of Lords European Affairs Committee, 3.

⁵⁶ *Ibid.*, 28, par. 102.

pristup tržištu, smatra se da dosadašnje postupanje EU nije imalo značajniji uticaj na konkurentnost UK.⁵⁷

Jedina oblast gde je doneta odluka o ekvivalentnosti u korist UK su središnje druge ugovorne strane (engl. *central counterparties*, CCPs).⁵⁸ Ova odluka je trebalo da važi do juna 2022. godine, ali je neposredno pred istek produžena za još tri godine (do juna 2025. godine).⁵⁹ Odluka o privremenoj ekvivalentnosti je usvojena jer je procenjeno da CCPs predstavljaju značajnu pretnju po finansijsku stabilnost tako da se ovim potezom ostavlja vreme evropskim tržištima da razviju mehanizme koji bi smanjili oslanjanje na CCPs iz Ujedinjenog Kraljevstva.⁶⁰ Iako je time EU sebi obezbedila dodatni rok da uspostavi adekvatan sistem za CCPs na jedinstvenom tržištu, u delu teorije izražava se sumnja da će u tome i uspeti.⁶¹ Razlog za donošenje ovakve odluke je to što se tri najvažnija CCPs nalaze u UK tako da se ovim merama privremeno ublažavaju negativni efekti Brexita.⁶²

Istovremeno, režim središnjih drugih ugovornih strana karakteriše postrožavanje uslova za budući pristup tržištu. Poslednjim izmenama EMIR-a,⁶³ uveden je

⁵⁷ *Ibid.*, 28, par. 103.

⁵⁸ Središnje druge ugovorne strane predstavljaju entitete koji se postavljaju između ugovornih strana na finansijskom tržištu u određenoj transakciji, postajući kupac za svakog prodavca i prodavac za svakog kupca, preuzimajući na sebe rizik (neuspeha) saldiranja date transakcije. Kako bi CCP izvan Unije mogao da obavlja poslove na njenoj teritoriji, potrebno je da bude ispunjeno nekoliko preduslova: utvrđena ekvivalentnost pravnog okvira za CCPs, dozvola za rad u državi porekla, postojanje ugovora o saradnji između nadzornog tela i *European Securities Market Authority* (ESMA) i postojanje sistema borbe protiv pranja novca i finansiranja terorizma u državi porekla koji je ekvivalentan onome u pravu EU. Čl. 25 EMIR (Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on OTC derivatives, central counterparties and trade repositories Text with EEA relevance OJ L 201, 27. 7. 2012, p. 1-59).

⁵⁹ ESMA je krajem 2021. godine podnela izveštaj u kome ukazuje na suštinski sistemski značaj CCPs koji potiču iz UK za finansijska tržišta u Evropskoj uniji i predložila da im se i dalje odobri pristup tržištu.

⁶⁰ N. Moloney (2021), 14. Autorka u prilog ovoj tvrdnji navodi da slična odluka za berze nije doneta čime se iskazuje stav da berze ne predstavljaju preveliku pretnju po finansijsku stabilnost EU, a što je rezultiralo premeštanjem aktivnosti berzanskog poslovanja na teritoriju EU.

⁶¹ N. Sowels, *n. delo*, 128.

⁶² N. Moloney (2020), 41, fn 17. To su ICE Clear Europe Ltd, LCH Ltd and LME Clear Ltd.

⁶³ Regulation (EU) 2019/2099 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 amending Regulation (EU) No 648/2012 as regards the procedures and authorities involved

sistem više koloseka (engl. *tiering*) gde se pravi razlika između sistemskih i nesistemskih CCPs iz trećih država.⁶⁴ Na CCPs koje nisu od sistemskog značaja (Tier 1) u osnovi se primenjuju ranije važeća pravila, dok se CCPs od sistemskog značaja (Tier 2) postavljaju dodatni uslovi kako bi mogli da pristupe tržištu EU. Takođe, ESMA dobija šira ovlašćenja da kontroliše CCPs iz trećih zemalja koje imaju sistemski značaj za jedinstveno tržište – uvodi se mogućnost direktnog nadzora (*on-site* inspekcije), nametanje sankcija, obavezna saradnja sa Evropskom centralnom bankom. Ukoliko se utvrdi da je CCP od suštinskog sistemskog značaja za EU (*substantial systemic importance*), ne postoji mogućnost da obavlja delatnost na osnovu režima koji važi za ostale CCPs iz trećih država i faktički on mora da premesti svoje poslovne aktivnosti u EU (da se osnuje kao CCP u Evropskoj uniji).

EMIR 2.2 je najbolji pokazatelj budućeg pravca razvoja zakonodavne aktivnosti u EU u pogledu kompanija iz trećih država. Reforme su prevashodno odraz straha usled nepostojanja nadzora od strane EU nad CCPs iz trećih država, ali ih je teško razdvojiti i od interesa da se kliring premesti iz UK u EU u svetlu Brexita.⁶⁵ Ideja da se kliring i saldiranje izmeste izvan teritorije UK u Uniju nije novina, jer i pre Brexita Evropska centralna banka (ECB) pokušala da te aktivnosti prebaci u evrozonu, ali je to rezultiralo sporom pred Sudom pravde Evropske unije koji je rešen u korist UK 2015. godine.⁶⁶ Međutim, kako UK više nije deo jedinstvenog tržišta, ova presuda se ne primenjuje i ECB može da zahteva relokaciju. Ipak, složenost finansijskih derivata, ekonomija obima i briga oko moguće finansijske nestabilnosti usled fragmentacije ovih tržišta glavni su razlozi zbog kojih u ovoj oblasti i nakon Brexita nije došlo do izmeštanja aktivnosti u EU.⁶⁷ Kliring bi u

for the authorisation of CCPs and requirements for the recognition of third-country CCPs PE/88/2019/REV/1 OJ L 322, 12.12.2019, p. 1–44. Deo Uredbe koji se odnosi na CCPs iz trećih država se u praksi i teoriji naziva i EMIR 2.2.

⁶⁴ Podela se vrši na osnovu prirode, obima i složenosti poslova koje CCP obavlja u Uniji i izvan nje, kao i efekata koje može da ima propast CCP ili poremećaji u njegovom radu na finansijska tržišta, finansijske institucije, finansijski sistem ili finansijsku stabilnost Unije ili jedne ili više država članica.

⁶⁵ N. Moloney (2020), 58.

⁶⁶ U julu 2011. ECB je pokušala da ograniči kliring derivata denominiranih u evrima na prostor EU usvajanjem *Eurosystem Oversight Policy Framework*, što je rezultiralo sporom UK i ECB (Case T-496/11, *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. European Central Bank*, ECLI:EU:T:2015:133) koji je presuđen u korist UK.

⁶⁷ N. Sowels, *n. delo*, 125.

osnovi trebalo da bude monopol ili oligopol malog broja globalnih CCPs pa bi izmeštanje ovih poslova iz ruku jednog ili nekolicine CCPs u ruke više manjih entiteta dovelo do fragmentacije, većih troškova i smanjenja likvidnosti.⁶⁸

Evropska komisija se u pogledu buduće lokacije CCPs opredelila za dobrovoljno premeštanje (engl. *market driven approach*), umesto prisilnog, odnosno naređenja da se kliring odvija na teritoriji EU.⁶⁹ Da bi se taj cilj ostvario, potrebno je da države članice aktivno rade na njegovom promovisanju, ali i da postoji volja kompanije da premesti svoje aktivnosti u EU.⁷⁰ Dodatni problem je taj što ni same članice nemaju jedinstveno stanovište u pogledu budućnosti finansijskih tržišta EU. Interesi država članica u pogledu privlačenja kompanija u određenim sektorima određiće u kojoj meri su voljne da prihvate liberalizaciju tržišta.⁷¹ Francuska i Nemačka već deceniju i po izražavaju stav da je potrebno premestiti finansijske aktivnosti na teritoriju EU, dok su druge članice za umereniji pristup ili nisu iskazivale stav po tom pitanju.

III Budući pravci razvoja instituta ekvivalentnosti i odnosa EU-UK

Istupanje Ujedinjenog Kraljevstva iz Evropske unije otvorilo je ne samo pitanje pristupa tržištu za kompanije iz UK, već i da li će i kako Brexit uticati na promene režima pristupa za treće države.⁷² Istupanjem UK došlo je do ironične situacije – Brexit je podstakao preispitivanje režima ekvivalentnosti, ali suprotno očekivanom učinio je proces strožim tako da je sada za UK teže da postigne ekvivalentnost i ostvari pristup jedinstvenom tržištu.⁷³ Brexit je pokrenuo i pitanje upravljanja rizicima koji nastaju kao posledica izloženosti finansijskom sistemu treće države.⁷⁴ Što je veći potencijalni uticaj stranog na tržište EU, to je detaljnija procena zakonodavnog režima.

⁶⁸ M. Lehmann, News from the EU-UK Battle over Derivatives Clearing, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/02/news-eu-uk-battle-over-derivatives-clearing>, posećena: 1. 6. 2022.

⁶⁹ S. Donnelly, *n. delo*, 15.

⁷⁰ *Ibid.*, 16.

⁷¹ N. Moloney (2020), 62-63.

⁷² *Ibid.*, 36.

⁷³ L. Bonacorsi, 15. Slično i N. Moloney (2020), 49.

⁷⁴ L. Bonacorsi, 14.

Ujedinjeno Kraljevstvo se nalazi u specifičnoj situaciji kada je reč o pristupu jedinstvenom tržištu putem režima ekvivalentnosti. Kod drugih "trećih zemalja" pitanje je da li je nacionalni poredak dovoljno usklađen sa pravom EU da bi se smatrao ekvivalentnim. Kod UK je usaglašenost propisa trenutno neupitna, ali neizvesno je kako će zakonodavni proces nastaviti da se odvija u budućnosti i da li to rađa rizik da EU povuče donetu odluku o ekvivalentnosti.⁷⁵ Smatra se da će pitanje divergencije režima biti u središtu budućih odnosa EU-UK.⁷⁶ Divergencija u zakonodavnim rešenjima EU i UK je neizbežna ukoliko UK pokuša da usvoji inovativna rešenja, skrojena po sopstvenoj meri.⁷⁷ Posebno se uočava mogućnost donošenja pravila u oblastima koje su nove i trenutno nedovoljno regulisane, kao što su finansijska tehnologija (*FinTech*) i zelene finansije.⁷⁸ Brexit otvara ne samo prostor za inovativna zakonodavna rešenja već i mogućnost razvoja dubljih trgovinskih odnosa sa državama izvan EU kao što su Švajcarska, Singapur i SAD. Blaži pristup i veća fleksibilnost u domenu finansijskih usluga bi povećali atraktivnost tržišta UK na globalnom nivou, ali bi to dovelo u pitanje priznanje propisa kao ekvivalentnih na nivou EU.⁷⁹ Konkurentnost pravnog poretka UK se vidi kao značajan pravac buduće regulatorne reforme u UK, ali se smatra da bi on trebalo da bude sekundaran u odnosu na stvaranje zdravog, stabilnog i otpornog tržišta i finansijskog sistema.⁸⁰

⁷⁵ *Ibid.*, 22.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ House of Lords European Affairs Committee, 4.

⁷⁸ *Ibid.*, 4-5. UK sve više preispituje svoju regulativu u oblasti finansijskih usluga (*Hill Listings Review* – kako učiniti London atraktivnijim za novi kapital; *Kalifa Review* – konkurentnost *FinTech* sektora). Nije u pitanju radikalna deregulacija, ali postoje određene promene koje predlažu, a koje će rezultirati time da UK odstupa od EU regulative u oblasti finansijskih usluga. Vid. S. Hall, M. Heneghan, *Despite the Memorandum of Understanding, uncertainty remains for the post-Brexit City*, <https://ukandeu.ac.uk/despite-the-memorandum-of-understanding-financial-services-remains-at-risk/>, posećena: 2. 6. 2022.

⁷⁹ K. Lannoo, "EU Financial Markets After Brexit", u: *After Brexit* (eds. N. da Costa Cabral, J-R. Gonçalves, N. Cunha Rodrigues), Palgrave Macmillan Cham 2017, 394. Evropska unija je iskazala zabrinutost da će doći do deregulacije u pravu UK i da propisi više neće biti usklađeni sa pravom Unije. Strahuje se od stvaranja "Singapura na Temzi" modela poslovanja koji podrazumeva da država sprovede deregulaciju i uvede poreske olakšice kako bi privukla strane kompanije i takmičila se sa EU. E. Năstega, *n. delo*, 471.

⁸⁰ House of Lords European Affairs Committee, 38, par. 145.

Smatra se da je ekvivalentnost kao način pristupa jedinstvenom tržištu suboptimalno rešenje za UK na više načina. Proces je izolovan (engl. *siloe*), delimičan i ne pokriva sve usluge koje UK želi da izvozi u EU. Proceduralno je složen i spor i ovlašćenja Komisije da pokrene postupak su gotovo uvek diskreciona, odnosno ne može se zahtevati da Komisija donese odluku.⁸¹ Najbolje rešenje bi bilo da se postigne sporazum u pogledu finansijskih usluga umesto da se UK oslanja na pristup koji EU primenjuje u odnosu na druge "treće zemlje".⁸² U teoriji se predlažu različite alternative postojećem režimu. Jedna je "*substituted compliance*" koja predviđa da treće države poštuju propise EU i budu podvrgnute nadzoru tela iz Unije, a ne da primenjuju svoje pravo. Druga (manje drastična) opcija bila bi harmonizacija različitih režima ekvivalentnosti koja bi bila zamena za trenutno stanje gde postoji niz pravila i procedura.⁸³

Divergentnost može biti posledica i pristupa koji EU neguje u poslednje vreme gde se akcent stavlja na uspostavljanje kontrole i lokaciju tržišta.⁸⁴ Pristup tržištu putem ekvivalentnosti može sa sobom doneti rizike po finansijsku stabilnost EU – inostrane kompanije koje obavljaju prekograničnu delatnost mogu postati faktori sistemskog rizika za tržište Evropske unije, što postaje posebno opasno zbog nedostatka uspostavljenih harmonizovanih standarda.⁸⁵ Imajući to u vidu, u poslednjih nekoliko godina, Evropska komisija je poslala više signala da će u budućnosti imati strog pristup u pogledu režima ekvivalentnosti. Jasan pokazatelj novog pristupa je nepopuštanje u vezi sa Švajcarskom koje je dovelo do isteka odluke o ekvivalentnosti i nemogućnosti švajcarskih kompanija da trguju na berzi u EU i obrnuto. Takođe, tokom 2019. godine došlo je do povlačenja niza odluka o ekvivalentnosti,⁸⁶ a iste godine usvojena je i Komunikacija Evropske komisije koja je jasno signalizirala budući stav. Komisija režim ekvivalentnosti posmatra kao proces koji je usmeren ka EU i koji je prevashodno kreiran da bi se očuvala finansijska stabilnost EU, a tek sekundarno se govori o pristupu tržištu.⁸⁷ Komisija ovim stavlja do znanja da u osnovi režima

⁸¹ N. Moloney (2021), 10.

⁸² L. Bonacorsi, 24.

⁸³ F. Pennesi, *n. delo*, 62-64.

⁸⁴ House of Lords European Affairs Committee, 4.

⁸⁵ F. Pennesi, *n. delo*, 49.

⁸⁶ On međutim nije bio uslovljen političkim pitanjima, već su države propustile da usklade svoje propise sa propisima EU.

⁸⁷ N. Moloney (2020), 45.

ekvivalentnosti leže strateški interesi Unije.⁸⁸ Ostaje se pri izolovanom, sektorskom pristupu u regulisanju ekvivalentnosti, naglašava značaj nadzora i zalaže se za snažniji direktni (*on-shore*) nadzor kompanija iz trećih država na teritoriji EU i pojačano ispitivanje sektora ili trećih država koji imaju "visok uticaj" na EU u pogledu finansijske stabilnosti, aktivnosti na tržištu i zaštite investitora.⁸⁹

IV Zaključna razmatranja

Jedinstveno tržište Evropske unije državama članicama pruža brojne mogućnosti u pogledu prekograničnog vršenja finansijskih usluga. Države koje nisu članice Evropske unije mogu da ostvare pristup tržištu pod strogo definisanim uslovima. Centralno mesto među ovim mehanizmima zauzima utvrđivanje ekvivalentnosti režima države koja želi da ostvari pristup ("treća država") i odgovarajućeg akta Evropske unije. Režim ekvivalentnosti ne zahteva da propisi budu potpuno identične sadržine, ali je potrebno da ishodi koji se njima postižu budu usklađeni.

Ekvivalentnost kao režim pristupa postoji već dve decenije, ali razvoj događaja u poslednjih nekoliko godina jasno pokazuje da ona dobija novo lice. Brexit se može prepoznati kao jedan od značajnih faktora koji je doveo do strožih pravila o pristupu jedinstvenom tržištu, ali i paralelno sa i nezavisno od istupanja Ujedinjenog Kraljevstva, odvija se proces transformacije instituta ekvivalentnosti. Sa jedne strane, Evropska unija se opredeljuje za strožu kontrolu nad entitetima iz trećih država koji žele da pružaju finansijske usluge na njenoj teritoriji svesna dalekosežnih posledica po finansijsku stabilnost svog tržišta, što je uslovljeno posledicama Brexita, ali vuče i dublje tragove koji se mogu pratiti do finansijske krize s početka XXI veka. Sa druge strane, u diskursu Evropske unije i odlukama koje povlači mogu se uočiti čisto politički elementi usmereni ka "borbi" protiv tržišta koja se nameću kao glavni konkurenti (npr. Londona, odnosno finansijskog tržišta Ujedinjenog Kraljevstva) ili radi ostvarivanja širih političkih ciljeva (poput institucionalizacije odnosa sa Švajcarskom).

Uprkos početnom optimizmu da će ekonomska logika odneti prevagu nad političkim previranjima, krajnji rezultat uređenja pružanja finansijskih usluga na relaciji UK-EU svedoči drugačije. Izlazak Ujedinjenog Kraljevstva iz Unije bez jasno definisanog pravnog okvira za uređenje odnosa u domenu finansijskih usluga ostavlja brojne posledice kako za UK, tako i za Uniju. Mnoge od njih nisu

⁸⁸ N. Moloney (2021), 13.

⁸⁹ *Ibid.*

uočljive na kratak rok i biće vidljive tek za nekoliko godina. Trenutni režim uređenja odnosa postavlja pred obe strane određene izazove. Evropska unija će morati da prevaziđe nepostojanje dovoljno snažnog finansijskog centra u kome su bile skoncentrisane sve ili većina finansijskih usluga (kao što je to bio slučaj sa Londonom) i posledičnu fragmentarnost tržišta. Ujedinjeno Kraljevstvo će morati da uspostavi ravnotežu između nastojanja da ostvari širi pristup tržištu Evropske unije i želje da izmenom i prilagođavanjem svojih propisa privuče kompanije iz ostatka sveta.

Aleksandra D. Višekruna*

Access to the EU financial market via equivalence - new developments in the light of Brexit

Abstract

Single Market grants its participants many opportunities for cross-border provision of services. Non-member states of the European Union can gain the access to the Single Market under certain conditions, but that access is far more limited than the Member States'. So far, several methods of access, varying in necessary prerequisites and granted rights, have been recognized. Determination of equivalence between the legal system of non-member states and the EU is recognized as a mechanism that potentially grants the widest set of rights (apart from passport which is granted only to companies from the Member States). This regime has been successfully applied for the past two decades, but in recent years it has gone through a significant transformation, partially but not entirely due to Brexit.

After Brexit, the United Kingdom has the status of a third country and is subject to the application of the single market access regime applicable to these parties. Nevertheless, unlike other "third countries", the UK was Member State for several decades and its relations with the EU are specific. They have a strong disintegration effect - the UK is withdrawing from the EU, but practical circumstances impose the need to regulate their relations.

* MA, Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia.

The paper provides an overview of models for regulating relations between the EU and the UK and the basic characteristics of equivalence, which is identified as a mechanism that grants the widest access rights to the EU financial market for third countries. Afterwards, the new directions of development of this institute will be reviewed primarily in the light of Brexit.

The results of the research show that equivalence has undergone a significant transformation with the EU introducing more stringent rules on Single Market access, which is partially due to Brexit, but it is also part of the wider policy agenda to protect financial stability and resilience of the Single Market. Withdrawal from the EU without a determined framework for future relations in the realm of financial services has posed significant challenges for both EU and the UK. EU has to establish financial markets' infrastructure that can match the London market, which has proven challenging in certain areas (e. g. central counterparties), whereas the UK has to balance the wish to gain Single Market access (hence aligning with the EU rules) and making its market more competitive through innovative legislative solutions (hence risking non-equivalence with the EU).

Keywords: European Union, Brexit, financial services, equivalence, Single Market access.

Literatura

- Armour, J. Brexit and Financial Services, 8, <https://ssrn.com/abstract=2892679>, posećena: 26. 9. 2017.
- Barnier, M. "Brexit: new realities and lessons learned for Europe", u: *Europa in turbulenten Zeiten Referate zu Fragen der Zukunft Europas 2020/21* (Hrsg. A. Kellerhals), EIZ Publishing, Zurich 2022, 83-99.
- Berger, H., Badenhoop, N. Financial services and Brexit: navigating towards future market access, *European Business Organization Law Review*, 19(2018)4, 679-714. <https://doi.org/10.1007/s40804-018-0124-4>
- Böckli P. *et al.*, The Consequences of Brexit for Companies and Company Law, *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, 22(2017), <https://ssrn.com/abstract=2926489>, posećena: 5. 9. 2017.
- Bonacorsi, L. Quo vadis the UK? The Future of Equivalence in Brexit Negotiations, <https://ssrn.com/abstract=3670623>, posećena: 25. 5. 2022.

- Case T-496/11, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. European Central Bank, ECLI:EU:T:2015:133.
- Ćeranić, J., Glinčić, M. Evropska unija nakon Breksita - sa posebnim osvrtom na kontinentalno partnerstvo kao model za redefinisiranje odnosa između Ujedinjenog Kraljevstva i EU, *Pravni život*, (2017)12, 397-411.
- Donnelly, S. Post-Brexit financial services in the EU, *Journal of European Public Policy* (2022), 1-20. <https://doi.org/10.1080/13501763.2022.2061579>
- European Parliament - Directorate-general for International Policies, Implications of Brexit on EU Financial Services, 2017, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/602058/IPOL_STU\(2017\)602058_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/602058/IPOL_STU(2017)602058_EN.pdf), posećena: 5. 2. 2018.
- Hahn, M. The Day After: Access to the Single Market in Times of Brexit, Equivalence and Extraterritoriality, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 21(2018)4, 409-420. <https://doi.org/10.5771/1435-439X-2018-4-409>
- House of Lords European Affairs Committee, The UK-EU relationship in financial services, <https://committees.parliament.uk/publications/22728/documents/167235/default/>, posećena: 18. 7. 2022.
- Lannoo, K. "EU Financial Markets After Brexit", u: *After Brexit* (eds. N. da Costa Cabral, J-R. Gonçalves, N. Cunha Rodrigues), Palgrave Macmillan Cham 2017, 385-396. https://doi.org/10.1007/978-3-319-66670-9_17
- Lopandić, D. Između integracije i krize: Evropska unija nije više ono što je bila?, *Revija za evropsko pravo*, 18(2016)2-3, 5-21.
- Lopandić, D. Zajednička trgovinska politika Evropske unije i nova generacija sporazuma o slobodnoj trgovini, *Revija za evropsko pravo*, 20(2018)1, 49-61.
- Moloney, N. Brexit, the EU and Its Investment Banker: Rethinking 'Equivalence' for the EU Capital Market, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 5(2017), https://eprints.lse.ac.uk/73429/1/WPS2017-05_Moloney.pdf, posećena: 6. 9. 2017.
- Moloney, N. Financial services under the Trade and Cooperation Agreement: reflections on unfinished business for the EU and UK, *Brexit Institute Working Paper Series*, (2021)3, <https://ssrn.com/abstract=3783135>, posećena: 2. 6. 2022. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3783135>
- Moloney, N. Reflections on the EU third country regime for capital markets in the shadow of Brexit, *European Company and Financial Law Review*, 17(2020)1, 35-71. <https://doi.org/10.1515/ecfr-2020-0002>

- Nästega, E. Equivalence Decisions in the EU and UK Financial Services Sectors Post-Brexit, *European Business Law Review*, 33(2022)3, 463-475. <https://doi.org/10.54648/EULR2022021>
- Pennesi, F. Equivalence in the area of financial services: An effective instrument to protect EU financial stability in global capital markets?, *Common Market Law Review*, 58(2021)1, 39-70. <https://doi.org/10.54648/COLA2021003>
- Quaglia, L. The Politics of 'Third Country Equivalence' in Post-Crisis Financial Services Regulation in the European Union, *West European Politics*, 38(2015)1, 167-184. <https://doi.org/10.1080/01402382.2014.920984>
- Sowels, N. 'Ever Greater Divergence', but...: The Ongoing Saga of Brexit and Financial Services, *The Political Quarterly*, 93(2022)1, 121-129. <https://doi.org/10.1111/1467-923X.13106>
- Van Kerckhoven, S. Post-Brexit leadership in European finance, *Politics and Governance*, 9(2021)1, 59-68. <https://doi.org/10.17645/pag.v9i1.3705>
- Višekruna, A. "Brexit i nova slika poslovnog sveta EU", u: *Globalizacija i globalizacija: međunarodni tematski zbornik* (ur. U. Šuvaković, V. Čolović, O. Marković-Savić), Filozofski fakultet Univerziteta u Prištini, Srpsko sociološko društvo, Institut za političke studije, Kosovska Mitrovica-Beograd 2017, 151-160.
- Višekruna, A. The access to the EU financial market for the companies from non-member states, *EU and comparative law issues and challenges series*, 2(2018), 656-671. <https://doi.org/10.25234/eclic/7131>
- Wymeersch, E. "Some Aspects of the Impact of Brexit in the Field of Financial Services", u: *Capital Markets Union in Europe* (eds. D. Busch, E. Avgouleas, G. Ferrarini), Oxford University Press, Oxford 2018. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198813392.003.0005>

Propisi i drugi akti

- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Equivalence in the area of financial services*, COM(2019) 349 final, Brussels, 29. 7. 2019, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:989ca6f3-b1de-11e9-9d01-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF.
- Consolidated version of the Treaty on European Union, OJ C 326, 26.10.2012, p. 43-44.

Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on OTC derivatives, central counterparties and trade repositories Text with EEA relevance OJ L 201, 27. 7. 2012, p. 1-59.

Regulation (EU) 2019/2099 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 amending Regulation (EU) No 648/2012 as regards the procedures and authorities involved for the authorisation of CCPs and requirements for the recognition of third-country CCPs PE/88/2019/REV/1 OJ L 322, 12.12.2019, p. 1-44.

Internet izvori

Lehmann, M. News from the EU-UK Battle over Derivatives Clearing, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/02/news-eu-uk-battle-over-derivatives-clearing>, posećena: 1. 6. 2022.

EY Financial Services Brexit Tracker: Movement within UK financial services sector stabilises five years on from Article 50 trigger, https://www.ey.com/en_uk/news/2022/03/ey-financial-services-brex-it-tracker-movement-within-uk-financial-services-sector-stabilises-five-years-on-from-article-50-trigger, posećena: 2. 6. 2022.

Hall, S., Heneghan, M. Despite the Memorandum of Understanding, uncertainty remains for the post-Brexit City, <https://ukandeu.ac.uk/despite-the-memorandum-of-understanding-financial-services-remains-at-risk/>, posećena: 2. 6. 2022.

CIP-Katalogizacija u publikaciji
Народна библиотека Србије, Београд

34:061.1(4)

REVIJA za evropsko pravo: godišnji časopis Udruženja za evropsko pravo = Review of European Law : annual Review of the Association for European Law / glavni i odgovorni urednik Jelena Vukadinović Marković. - God. 1, br. 1 (1999) . - Kragujevac : Udruženje za Evropsko pravo, 1999- (Kragujevac : Interprint). -24 cm

Godišnje. -Tekst na srp. i engl. jeziku.

ISSN 1450-7986 = Revija za evropsko pravo

COBISS.SR-ID 157199879