

Godina XX

2018.

Broj 1.

ISSN 1450-7986

UDK 34: 061.1(4)

REVIJA ZA EVROPSKO PRAVO

Periodični časopis Udruženja za evropsko pravo

Glavni i odgovorni urednik

Radovan D. VUKADINOVIĆ

Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac

Izdavač

Udruženje za evropsko pravo
34000 Kragujevac

Redakcija

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), prof. dr Mirko Vasiljević (Pravni fakultet u Beogradu), prof. dr Slobodan Samardžić (Fakultet političkih nauka u Beogradu), prof. dr Radovan D. Vukadinović (Pravni fakultet u Kragujevcu).

Međunarodna redakcija

Prof dr Steven Blockmans (Holandija), prof. dr Rajko Knez (Slovenija), prof. dr Nevenko Misita (Bosna i Hercegovina), prof. dr Vitomir Popović (Republika Srpska), prof. dr Zoran Rašović (Crna Gora), 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).

Glavni i odgovorni urednik: Radovan D. Vukadinović
e-mail: radevuk@jura.kg.ac.rs

Urednik: Jelena Vukadinović Marković

Sekretar: Mirjana Glintić, **tehnički sekretar:** Jovan Vujičić

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 periodično

Tiraž: 300, **Štampa:** Interprint, Kragujevac.

Predlog za citiranje: REP., XX(2018) 1. U elektronskom formatu Revija je dostupna na: <http://www.pravo.eu.org>

Na osnovu mišljenja Ministarstva za nauku i tehnologiju broj 413-00-435/99-01, od 13. 01. 2000. godine, Revija je oslobođena poreza.

REVIJA ZA EVROPSKO PRAVO

Periodični časopis Udruženja za evropsko pravo

Godina XX	2018.	Broj 1.
-----------	-------	---------

SADRŽAJ

ČLANCI

Jürgen Basedow	Consistency in EU Conflict of Laws	5
Anita Petrović	Informiranje potrošača financijskih usluga o EKS-u i financijska (ne)pismenost	27
Duško Lopandić	Zajednička trgovinska politika Evropske unije i nova generacija sporazuma o slobodnoj trgovini	47
Mirela Župan Martina Drventić	Kindesentführung vor kroatischen Gerichten mit besonderer Rücksicht auf die aus Deutschland kommenden Anträge	61
Vedran Lopandić	Političke stranke u sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava	83

REVIEW OF EUROPEAN LAW

Periodical Review of the Association for European Law

Volume XX	2018	No 1
-----------	------	------

CONTENTS

ARTICLES

Jürgen Basedow	Consistency in EU Conflict of Laws	5
Anita Petrović	Informing Consumers of Financial Services on the APR and Financial (Il)literacy	27
Duško Lopandić	The Common Commercial Policy of the European Union and New Generation of Free Trade Agreement	47
Mirela Župan Martina Drventić	Kindesentführung vor kroatischen Gerichten mit besonderer Rücksicht auf die aus Deutschland kommenden Anträge	61
Vedran Lopandić	Political Parties in the European Court of Human Rights' Case-law	83

ČLANCI - ARTICLES

Jürgen Basedow*

UDK 341.018(4-672EU); 341.176(4-672EU)

UDK 341.9(4-672EU)

str. 5-27.

CONSISTENCY IN EU CONFLICT OF LAWS**

I. Consistency

In a spring 2014 Communication addressing the European Union's Justice Agenda for the years 2015 to 2020, the European Commission wrote:

"Codification of existing laws and practices can facilitate the knowledge, understanding and the use of legislation, the enhancement of mutual trust as well as consistency and legal certainty while contributing to simplification and

* Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard Univ.), Director emeritus at the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Professor at the University of Hamburg; *Membre, Institut de droit international*. basedow@mpipriv.de Paper received 13.01. 2018. Accepted 01.02. 2018.

** This paper was presented at the *Seminario de derecho internacional privado* organized by Professors José Carlos Fernández Rojas and Pedro de Miguel Asensio at the Universidad Complutense of Madrid on 15 May 2016. It has been adapted from a German contribution to a conference held at the University of Freiburg im Breisgau on 10 and 11 October 2014, see Jürgen Basedow, *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union – Eine einleitende Orientierung*, in: Jan von Hein/Giesela Rühl, eds., *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, Tübingen 2016, pp. 3 – 23.

the cutting of red tape. ... The EU should examine whether codification of existing instruments could be useful, notably in the area of conflict of laws."¹

Thus the guiding theme of future EU legal policy in the area of conflict of laws was announced. Compared to recent years, the Communication strikes a different tone. We no longer find at the foreground a desire to expand the conflict-of-law *acquis communautaire* through additional individual instruments, regarding for instance international property law, international company law or international family law. Similarly absent from the discussion is an articulated need to fill gaps in existing instruments, with efforts addressing, for example, the applicable law of tort for the protection of personality rights or the law of arbitration agreements. Instead, the expressed goal is the achievement of greater consistency in existing legislation, potentially by means of codification.² With this development, the topic of my present remarks is set.

As a character of a legal system, consistency represents a goal not only in terms of legal policy but also in the application of law, thus making it an aim concerning legal systematics (or *Rechtsdogmatik* as it is put in some Member States). Yet whether announced in case law or legislation, legal rules generally emerge independent of one another, both chronologically and in respect of content. Consequently, they tend to be products of the immediate problem at hand, reflecting the evolving possibilities for the problem's resolution. It is, as a result, the very nature of legal rules to be uncoordinated.

In turn, it becomes the task of legal commentators and codification projects to allow these rules to assume (once again) an appearance of coherency, as non-contradictory elements of an ordered whole.³ This is true of all legal systems, the continental civil law regimes as well as those of the common law. And whereas in speaking of the common law *Oliver Wendell Holmes* may have written that "[t]he

¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, The EU Justice Agenda for 2020 - Strengthening Trust, Mobility, and Growth within the Union, COM (2014) 144 final, p. 8; although the conclusions of the Council on this point are less explicit, they also identify the goal of consolidating existing instruments, see Extract from the 26-27 June 2014 European Council Conclusions concerning the area of Freedom, Security and Justice and some related horizontal issues, OJ 2014 C 240/13 no. 3.

² See on this point Rolf Wagner, *Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen – quo vadis?* *ZEuP* 2014, 1.

³ See most recently Christian Bumke, *Rechtsdogmatik*, *JZ* 2014, 641-650 (647).

life of the law has not been logic: It has been experience [...]"⁴ he did not go so far as to deny the goal of coherency. Indeed the legal principle of binding precedent clearly expresses the goal of consistency in common law countries. We observe merely a different accent: in common law jurisdictions the rule of precedent relates primarily to *vertical* consistency in a historical sense, whereas the European Commission would, in its Communication, seem to be striving for a *horizontal* consistency between various legal instruments.⁵ Ultimately, consistency in one and the other sense supports the legitimacy and acceptance of the law.⁶

The European Commission strives for consistency in the conflicts law of the European Union, i.e. with regard to rules relating to jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of foreign judgments. Accordingly, a first step is to review the existing legislation in this area, considering in the process the comprehensiveness of the present regime and inquiring into the usefulness of a codification (II, below). Uncertainty regarding the consistency of the current *acquis* emerges in many regards: within single regulations which sometimes use diverse connecting factors for related areas (e.g. in the legislation covering insurance contracts, consumer contracts and contracts for the carriage of passengers) and between the actual reference rules found in various conflict-of-law instruments in the strict sense (III, below); and between the rules of private international law and the rules on jurisdiction (IV, below). Yet the spectrum of consistency extends further. As logical and essential as it might be to strive for a cohesive and non-contradictory body of rules in an individual legal area, such limitation is no less problematic, something particularly true in cross-sectional material such as private international law and international civil litigation. A limitation of this nature would discount the significance of the individual areas for the whole. Accordingly, a subsequent section asks whether conflict-of-law legislation is consistent with the remaining legal framework encompassing European integration (V, below).

⁴ Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, ed. Mark DeWolfe Howe, Boston 1881, quoted here from the Boston edition, 1963, p. 5.

⁵ A conceptualization offered by Elizabeth Crawford/Janeen Carruthers, Connection and coherence between and among European instruments in the private international law of obligations, *ICLQ* 63 (2014) 1-29 (2).

⁶ See Bumke, Note 3, above, *JZ* 2014, 647.

II. The Conflict-of-Law *Acquis* - Reform through Codification?

1. An overview of the *acquis*

Explicit competence to pass legislation in the areas of conflict of laws and international civil procedure was first conferred to the European Union in the Treaty of Amsterdam.⁷ Under the new arrangement of the Founding Treaties, this basic competence is set down in Article 81 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).⁸ Pursuant to this provision, EU conflict-of-law rules serve to develop judicial cooperation in civil matters; for its part, such cooperation is, according to Article 67 TFEU, a component of the area of freedom, security and justice, which is in turn one of the primary goals of the European Union, see Article 4(2)(j) TFEU.

As is well known, the European Union has not been shy in exercising this new legislative competence. In part, the lawmakers' efforts have built on earlier public international law conventions. In the area of international civil litigation, a flurry of legislation inside a handful of years saw the enactment of Regulations on the service of documents,⁹ evidence,¹⁰ jurisdiction in civil and commercial matters¹¹ and in matrimonial matters.¹² By contrast, the Rome I Regulation governing

⁷ Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, signed at Amsterdam on 2 October 1997, OJ 1997 C 340, entry into force on 1 May 1999.

⁸ Consolidated version in OJ 2012 C 326/47.

⁹ Council Regulation (EC) No 1348/2000 of 29 May 2000 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters, OJ 2000 L 160/37; replaced by Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) No 1348/2000, OJ 2007 L 324/79.

¹⁰ Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters, OJ 2001 L 174/1.

¹¹ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ 2001 L 12/1 ("Brussels I Regulation"); replaced by Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), OJ 2012 L 351/1 ("Brussels I *bis* Regulation").

¹² Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses, OJ 2000 L 160/19; replaced by Council Regulation (EC) No 2201/2003

contractual obligations,¹³ the Rome II Regulation governing non-contractual obligations¹⁴ and the Rome III Regulation – legislatively a so-called enhanced cooperation enacted pursuant to Article 326 TFEU – on the law applicable to divorce and legal separation,¹⁵ are instances of conflict-of-law instruments in the strict sense. To this we can add mixed Regulations that address procedural questions as well as the law applicable to a dispute; here we have the Insolvency Regulation,¹⁶ measures regarding international maintenance obligations,¹⁷ the Succession Regulation¹⁸ and, after years of debate, Regulations on matrimonial property regimes¹⁹ and on property consequences of registered partnerships,²⁰ both acts again adopted in enhanced cooperation by a majority of Member States

of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, OJ 2003 L 338/1 ("Brussels II *bis* Regulation").

¹³ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ 2008 L 177/6.

¹⁴ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), OJ 2007 L 199/40.

¹⁵ Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, OJ 2010 L 343/10, now in force in 16 Member States.

¹⁶ Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, OJ 2000 L 160/1, replaced by Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council on insolvency proceedings, OJ 2015 L 141/19.

¹⁷ Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, OJ 2009 L 7/1; in the European Union, maintenance law is governed by the Hague Maintenance Protocol of 2007 which has not yet taken effect as an instrument of international law but has been declared applicable in the Member States of the EU, see Council Decision of 30 November 2009 on the conclusion by the European Community of the Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, OJ 2009 L 331/17.

¹⁸ Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, OJ 2012 L 201/107.

¹⁹ Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, OJ 2016 L 183/1.

²⁰ Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, OJ 2016 L 183/30.

under Art. 326 TFEU. Some of these Regulations have already been amended. Additional legal instruments relate to special proceedings, e.g. a European order for payment,²¹ a European enforcement order for uncontested claims,²² a European small claims proceeding,²³ and, recently, a European attachment order for debt recovery;²⁴ for our purposes these are of minimal significance.

The wide array of secondary EU legal instruments of course raises the question of how well they are coordinated with one another and whether it is possible to assemble them into a coherent whole. For that purpose *Stefan Leible* and *Hannes Unberath* coined the expression of a "Rome - 0 Regulation",²⁵ and *Paul Lagarde* even pressed ahead with a draft of a European code on private international law and international civil procedure.²⁶ Reflecting on one hand the aim of establishing consistency between the existing legislation, these efforts also signal a desire to enact rules that by and large can be allocated to a General Part of private international law and international civil procedure. The idea of a General Part of European PIL has also, it should be noted, been received quite favourably in European legal scholarship.²⁷

²¹ Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure, OJ 2006 L 399/1.

²² Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims, OJ 2004 L 143/15.

²³ Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure, OJ 2007 L 199/1.

²⁴ Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters, OJ 2014 L 189/59.

²⁵ See the comprehensive conference proceedings compiled by Stefan Leible/Hannes Unberath, eds., *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?* Jena 2013; see also Stefan Leible, *Auf dem Weg zu einer Rom 0-Verordnung? Plädoyer für einen Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, *Festschrift für Dieter Martiny*, Tübingen 2014, 429-448.

²⁶ Paul Lagarde, *Embryon de règlement portant Code européen de droit international privé*, *RabelsZ* 75 (2011) 673-676.

²⁷ See e.g. Karl Kreuzer, *Was gehört in den Allgemeinen Teil eines Europäischen Kollisionsrechts?* In: Brigitta Jud/Walter Rechberger/Gerte Reichelt, eds., *Kollisionsrecht in der Europäischen Union, Neue Fragen des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Wien 2008, 1-62; Christian Heinze, *Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts*, in: *Festschrift für Jan Kropholler*, Tübingen 2008, 105-128; see also a number of contributions in Leible/Unberath, note 25, above, as well as in Marc Fallon/Paul Lagarde/Sylvaine Poillot-Peruzzetto, eds., *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?* Bruxelles 2011.

2. Consistency, codification, General Part

How should these aims be evaluated? On posing this question, one needs to be clear in drawing three distinctions: First, as to the *goal of consistency*, it can be achieved by coordinating the specific legal instruments and does not necessarily demand a codification. Second, anyone contemplating *codification* should be mindful that in the legal practice of the European Union, the notion of codification should by no means be equated with the highly systematic and comprehensive coverage of a broad legal topic as seen, for instance, in the large civil codes. In accordance with the relevant inter-institutional agreements, codification merely means the repeal of certain legal instruments and their compilation in a new legislative text without any changes in content; it is nothing other than a repackaging of the law improving its accessibility.²⁸ Third, and last, the wish for a *General Part* is particularly ambitious, whether in the form of a separate Rome-0 or Brussels-0 Regulation presenting the existing Regulations and extracting some general rules from them, or in the form of a comprehensive code linking these Regulations together.

a) *Consistency* – The quest for consistency deserves support *de lege lata* as well as – in the context of revising existing legal instruments – *de lege ferenda*. Short of there being particular grounds justifying a deviation in the content of individual legal instruments, internal consistency and the absence of contradictory provisions are basic prerequisites of a system meant to ensure justice. As will be shown, the desire for consistency is even expressly stated in a number of the existing instruments.

b) *Codification* – As a long-term objective, a codification of European private international law and the law governing international civil litigation could indeed facilitate the pursuit for consistency. But is the time ripe for a codification project? Jurists who by codification mean a systematic and comprehensive regime of rules can hardly answer this question in the affirmative. We need only recall the gaps in European PIL: There are, for example, no rules on international property law, particularly as regards the choice of law in financial collateral arrangements, such choice being sometimes allowed in national codes²⁹ but

²⁸ See Rut Herten-Koch, *Rechtssetzung und Rechtsbereinigung in Europa*, Frankfurt am Main 2003, 168-174, with further references.

²⁹ See Article 10: 128 Burgerlijk Wetboek for the Netherlands and Article 2619 of Romania's new Civil Code.

frequently prohibited.³⁰ European Union rules are equally lacking in international company law. The divergence between Member States in their adoption of either the incorporation or real seat theory has not been diminished by the Court of Justice's *Centros* jurisprudence;³¹ illustrative here is Poland's renewed and express adoption of the real seat theory in its 2011 PIL Act.³² These gaps and the discrepancies which result in national conflict-of-law rules endanger the success of a European PIL codification. Private international law codifications generally tend to be successful when they limit themselves to the arrangement of existing material. Conversely, their success lies in doubt when it also falls upon them to navigate a course through uncharted policy waters. European lawmakers should take heed of this century-old experience and first enact specific instruments to cover presently unaddressed legal areas. Only then will the time for a codification have arrived.

This is doubly true in respect of international family law. Apart from the law on divorce, maintenance and property regimes, conflict-of-law rules are wholly absent. Central areas such as marriage, heterosexual and homosexual partnerships, parentage, adoption and parent-child relationships have in large part never been subjected to focused consideration. The prospect of eastern and western Member States reaching agreement over a topic as controversial as the legal status of same-sex relations would seem a most unlikely occurrence in the coming years if one has account of the fact that some Member States combat any discrimination on grounds of sexual orientation while others try to cement such discrimination by amendments to their constitutions.

c) *General Part* – Accordingly, the outlook for a comprehensive European codification of private international law does not appear promising. This does not, however, rule out the formulation of a General Part of European PIL in a special Rome-0 or Brussels-0 Regulation. But here as well the Union should take its time. A uniform regime for general questions should be developed only once there exists sufficient experience with the existing legal instruments. Yet thus far – when considering conflict of laws in the narrow sense – we can point to neither a comprehensive legal regime nor a sufficient number of Court of Justice interpretations of existing instruments.

³⁰ Where national codifications do regulate international property law, such as in Belgium or Germany, a choice of law is generally not recognized, at least not explicitly.

³¹ CJEU 9 March 1999, Case C-212/97 (*Centros*), ECR 1999, I-1459.

³² See Article 17 of the Polish PIL Act of 2011; a provision having regard for the CJEU's company law jurisprudence on the freedom of establishment is set down separately in Article 19 of the Act.

In European policy-making, compromises, once reached, cast a particularly long shadow. Subsequent consultations over quite unrelated objects will build on these compromises and rarely challenge their content or assumptions. It is for this reason all the more important to base such compromises on a broad and sturdy empirical foundation. With this background in mind, it would be wise to understand that wide-ranging and practical experience is a necessary precondition for a General Part on European private international law.

d) Institutional framework - A Rome-0 or Brussels-0 Regulation - much like a comprehensive codification - is problematic also from an institutional perspective. As is well known, legal instruments based on Article 81 TFEU are applicable in Denmark, Ireland and the United Kingdom only when these Member States submit a corresponding notification.³³ This has happened in some instances but, as illustrated by the Succession Regulation, not in others.³⁴ In the area of the law on divorce and matrimonial property, the relevant Regulations were enacted under the regime of enhanced cooperation pursuant to Article 326 TFEU. Would Article 81 TFEU allow the enactment of general rules in the nature of a Rome-0 Regulation - covering all areas of international private law and procedure - for countries in which special instruments such as the Succession Regulation have no legal effect? Could these countries then declare that their participation in the Rome-0 regime is limited to those special instruments which are in force for them? If it is the case that the special legislative process of Article 81(3) can be drawn upon for a general legal instrument, one also touching upon special family law instruments, then is the participation of the Parliament limited to a right of consultation with unanimity required of the Council? These questions raise doubts whether the Union's institutional framework is presently suited for the creation of comprehensive legislation on private international law and the law governing international civil litigation. Ambitious plans of this nature should for the moment be set aside, with attention turned instead to the threshold question of whether the EU law of conflict of laws is in fact characterized by notable inconsistencies.

³³ See for Ireland and the United Kingdom Protocol No 21 to the TFEU, OJ 2012 C 326/295; for Denmark see Protocol No 22 to the TFEU, OJ 2012 C 326/299 and the attached Annex at p. 302. In accordance with its internal laws Denmark does not make use of this opt-in possibility.

³⁴ See Recitals 82 and 83 of Regulation 650/2012.

III. Inconsistencies between Parallel Conflict-of-Law Rules in Various European Instruments

The conflict-of-law rules found in various European PIL instruments should be deemed inconsistent if they regulate, without compelling reasons, similar objects differently or, alternatively, if in practice the application of the rules results in overlaps, gaps or other discrepancies. Inconsistencies of the former variety have their roots in the texts of European instruments; the latter can be the product of different structural frameworks and legal conceptions in the Member States that are conducive to divergent interpretations of the EU texts.

1. Deviating regulation of similar issues – Aspects relating to choice of law

The ascertainment of inconsistencies is an ambitious endeavour, in actuality amounting to a broad research project in its own right. The effort requires undertaking comprehensive comparative inquiries in respect of numerous terms and principles found in the various legal instruments. This would include, for instance, specific topics such as the connecting factors of habitual residence, place of business and nationality, but it would also have need to consider general legal devices such as public policy (*ordre public*) clauses, overriding mandatory rules, *dépeçage*, the treatment of preliminary questions, choice-of-law mechanisms and characterization. This cannot be achieved in a single article. Nevertheless, a number of examples may serve to illustrate what is at issue.

a) *Tacit choice of law* – In principle, a choice of law is allowed in all of the Union's current conflict-of-law instruments. Yet if one examines the exact manner of exercising this right, the differences become quite profound. Both Article 3(1) Rome I as well as Article 14(1) 2nd sentence Rome II permit, alongside an express choice, also an implied choice of law. But why is it that the implied choice must be demonstrated "clearly" with regards to a contract yet only with "reasonable certainty" in a non-contractual setting? Nothing in the Regulation itself explains why international tort law is prepared to recognize a tacit choice of law on a showing short of unambiguity. In fact, there is only a historical reason: The more forgiving formulation contained in the 2007 Rome II Regulation was simply carried over from Article 3(1) of the 1980 Rome Convention.³⁵ One year later, however, while transforming this Convention into the Rome I Regulation, the standard was found to be somewhat vague and in all events too lax, particularly

³⁵ Rome Convention on the law applicable to contractual obligations 19 June 1980, OJ 1980 L 266/1, consolidated version in OJ 2005 C 334/1.

as concerns a tacit choice of law effected through a choice-of-court agreement.³⁶ As to this point, an amendment of Rome II should be oriented on the subsequently-adopted formulation found in the Rome I Regulation.

b) Timing of a choice of law – Also treated quite heterogeneously is the question of when the window for exercising a choice of law closes. Article 14 Rome II does not address the issue in any manner, while Article 3(2) Rome I allows the parties to make a choice of law "at any time", thus extending not only into the court process but – to the extent possible under the procedural law of the forum – even after the conclusion of the first instance proceedings, with an effect projecting into the court of next instance.³⁷ In divorce proceedings as well, the applicable law can pursuant to Article 5(2) Rome III be selected at any time, "but at the latest at the time the court is seized". *Kohler* has correctly observed that spouses and their legal representatives will often become aware of the applicability of a – seemingly burdensome – foreign law only after the commencement of the proceedings. In theory, a choice of law allows the parties to avoid such an undesired occurrence, but this is now, in practice, excluded by the Rome III Regulation.³⁸ There is no discernible reason for the different timelines for exercising a choice of law, what suggests an ungrounded inconsistency on this point as well. According to the Rome I formulation, which is also found in the Hague Maintenance Protocol,³⁹ the choice is as a matter of substantive (not procedural) law permissible "at any time". The same does not hold true in international succession law: here the death of the testator naturally sets the outer limit for a choice of law.

³⁶ See Recital 12 of the Rome I Regulation and Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), *RabelsZ* 71 (2007) 225-344, 243; Crawford/Carruthers, Note 5, above, *ICLQ* 63 (2014) 6, hold the difference in formulations to "almost certainly a matter of semantics".

³⁷ German case law adopts this position, as outlined by Martiny in the *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 10, 5. Auflage München 2010, Art. 3 Rom I-VO, Rz. 78 at Fn. 315-316.

³⁸ Christian Kohler, *L'autonomie de la volonté en droit international privé: Un principe universel entre libéralisme et étatsisme*, *Recueil des cours* 359 (2013) 285-478 (428 f.).

³⁹ See Article 8, Protocol of 23 November 2007 on the law applicable to maintenance obligations, available on the website of the Hague Conference: http://www.hcch.net/index_en_php→conventions.

c) *Choice of law and formal validity* – We encounter a variety of approaches also as regards a third aspect of choice of law, its formal validity. Whereas, here again, the Rome II Regulation is silent, Article 3(5) Rome I Regulation refers to the general Article 11 provisions on the formal validity of a contract. Accordingly, reference is alternatively had to the *lex causae* or the *lex loci celebrationis*. Owing to substantive considerations this liberal approach is, however, set aside for immovable property transactions and consumer contracts; here the *lex rei sitae* and the habitual residence of the consumer are respectively controlling.

The scheme in divorce law is quite different: Under Article 7 Rome III, the formal validity of a choice of law is primarily determined with regard to substantive-law considerations and not simply by reference to a national law. The agreement must be in written form and signed and dated by both spouses, although electronic communications are explicitly permitted as well. National law comes into play only to the extent it interposes additional formal requirements. This substantive-law approach can be explained by the fact that at the time of the Regulation's enactment, a choice of law was contemplated in only a handful of countries, with a paucity of national provisions being the result. Nevertheless, it is a rather astonishing fact that a choice of law for divorce matters can be the product of e-mail correspondence whereas many property transactions require notarial certification.⁴⁰ Does this accurately reflect the hierarchy of values in Europe?

If one undertakes a cross-sectional analysis of the European Union's legal instruments, combing through individual legislative topics in the process, an array of inconsistencies can be identified. Sometimes the nature of the particular issue justifies the discrepancies. In many cases, however, they are simply the result of different consultation processes and lack any substantive basis. As a consequence, the next step is, in each case, developing an overarching solution.

2. Divergence rooted in national law

Inconsistencies of various nature can result both from different national legal schemes as well as from conflicting national conceptions that precipitate in divergent characterizations. Particularly important in this regard are the different national procedural rules on the treatment of foreign law. While the relevant connecting factors – and the governing law that results – find application *ex officio* in many Member States, the courts in other Member States, especially England and Spain, employ the European conflict-of-law rules only where a party

⁴⁰ Kohler, note 38, above, *Recueil des cours* 359 (2013) 430.

requests as much.⁴¹ To the extent that the European conflict-of-law rules do not take their procedural implementation into account, they carry within them the seeds of an uneven and, in this sense, inconsistent application. Absent action at the Union level, the problem regarding the application of foreign law will not resolve itself.

Similar inconsistencies can result from different substantive conceptions. Illustrative here is *culpa in contrahendo*. In Germany, this legal doctrine has been developed in case law as a principle of contract law on account of the BGB's narrow rules on tortious liability. Yet other European legal regimes characterize faulty conduct in contractual negotiations as a matter of tort given that such behaviour occurs in the absence of (i.e. prior to) a contractual agreement. For the purposes of international jurisdiction, the Court of Justice of the European Union has adopted the latter view⁴² and endorsed a head of jurisdiction under Article 5 No. 3 of the Brussels Convention.⁴³

Such a definitive solution for *culpa in contrahendo* liability, however, made sense to only a limited degree. First, the Rome II Regulation – unlike the approach of the Brussels I Regulation with regards to jurisdiction – does not generally grant the claimant the choice between different national tort regimes, declaring instead a single law as being applicable, namely the law of the place where the harmful event occurred. Second, it is often the case that the liability resulting from *culpa in contrahendo* is purely financial in nature and can only arbitrarily be allocated to a specific place where the damage occurred. And third, contractual negotiations can often be linked to a – concededly hypothetical – contract whose connection with a specific legal order is far more readily ascertained. Thus, as is well known, Article 12 Rome II opted for an intermediary solution that primarily looks to the contract (regardless whether concluded or not) and only secondarily turns to specific connections under a tort perspective. An inconsistency between Rome I and Rome II was in this fashion avoided.

⁴¹ For a discussion on how courts have handled this issue in recent years, see the comprehensive comparative study by Clemens Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren*, Tübingen 2011, with in-depth analyses of Germany, p. 19 ff., England, p. 47 ff. and France, p. 79 ff. as well as an overview of other jurisdictions, p. 125 ff. See also the national reports in Carlos Esplugues Mota/José Luís Iglesias/Guillermo Palao, *Application of Foreign Law*, Munich 2011.

⁴² CJEU 17 September 2002, Case C-334/00 (*Tacconi ./.* HWS), ECR 2002, I-7383, para. 27.

⁴³ Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters of 27 September 1968, 1262 UNTS 153; see now Article 7(2) Brussels I *bis*.

Yet such an inconsistency can materialize in other contexts. Consider, for instance, the third-party liability of experts, e.g. auditors, lawyers or technical experts. German law conceptualizes this third-party liability as resulting from a contract with protective third-party effects, thus – once again – as a matter of contractual liability.⁴⁴ In other legal systems, such as under English common law or in French law, liability to third parties sounds in tort.⁴⁵ For the conflict of laws, the different conceptual approaches result in divergent approaches to the question of characterization. In Germany, national judges characterizing *lege fori* would turn to the Rome I Regulation. Their counterparts in England, by contrast, would look unhesitatingly to the Rome II Regulation.

When presented with the issue, the Court of Justice of the European Union would solve the problem by means of an autonomous interpretation; Recital 7 of the Rome I Regulation seemingly favours this approach, as the substantive scope and provisions of the Rome I Regulation should "be consistent" with the Rome II Regulation. A referral depends, however, on the problem being identified by the Member States' national judiciaries. Until that time, identical cases will be pigeonholed under the Rome I or Rome II Regulation depending on which country faces the issue, with the result that the two instruments assume different scopes of application in individual Member States. Thus, here as well consistency is lacking, though from a pan-European perspective and not in the application of legal instruments inside individual Member States.

IV. Consistency between Rules on Jurisdiction and Rules on Choice of Law

1. Convergence of jurisdiction and applicable law

According to Recital 7 of the Rome I Regulation, the "substantive scope and provisions of this Regulation" should "be consistent" not only with the Rome II Regulation but also with the Brussels I Regulation. The desire to coordinate the

⁴⁴ On the liability of an auditor to third parties, see eg BGH 2.4.1998, BGHZ 138/257, 261 as well as Jürgen Basedow/Wolfgang Wurmnest, *Die Dritthaftung von Klassifikationsgesellschaften*, Tübingen 2004, 35 ff.; recently also Jan de Bruyne/Cedric Vanleenhove, An EU Perspective on the Liability of Classification Societies: Selected Current Issues and Private International Law Aspects: *The Journal of International Maritime Law* 20 (2014) 103 – 120, which however does not identify the characterization problem addressed here.

⁴⁵ For England see *Marc Rich & Co. AG and others v. Bishop Rock Marine Co. Ltd. and others – The Nicholas H*, [1995] 3 All ER 307 (HL), commented on by Cane, *LMCLQ* 1995, 433 ff; in French law, the tort conception is not undisputed, see eg Cour d'Appel de Paris, 12.12.1968, DMF 1969, 223, 229 commented on by Le Clère; on the issue as a whole see Basedow/Wurmnest, preceding note, p. 13 ff., 26 ff.

Regulations and lay the groundwork for consistency is, in a certain way, an exercise seeking to align choice-of-law rules on the one hand and jurisdiction rules on the other. Upon initial glance, this may seem surprising. In the first place, access to court and the legal basis for a court's decision are quite different issues. Second, the methodology is different: while in many areas claimants are allowed to choose between a number of jurisdictions simultaneously designated competent, it is the role of choice-of-law rules to identify a single national law as being applicable independent of the competent court.

The coordination of rules on jurisdiction and choice of law is, however, essential in those instances where special rules on jurisdiction or the applicable law have been put in place on account of particular substantive concerns. Where, for example, exclusive jurisdiction has been designated in disputes relating to the validity of intellectual property rights or immovable property, the application of the *lex fori* should most certainly be ensured. Accordingly, the relevant conflict-of-law rules – pointing here to the law of the protecting country or to the *lex situs* – should align with the rules indicating the competent court. The same holds true when the general rules on jurisdiction are restricted and additional heads of jurisdiction are named in order to protect certain categories of persons (e.g. employees and consumers). Here as well the aim is to protect the relevant individuals by resort to competent courts and an applicable law to which they are closely connected, thereby achieving legal protection at a relatively low cost. In the field of private international law and international civil procedure, the aim identified here is generally described as convergence or congruence (also known under the German term *Gleichlauf*).⁴⁶

The aim of aligning rules on jurisdiction and choice of law played a significant role in the preparation of the Rome I Regulation. For its part, the European Commission initiated its own research project on the issue.⁴⁷ The traces of these efforts are visible in many locations, e.g. in relation to consumer contracts. After the special head of jurisdiction in Art. 15 of the Brussels I Regulation was extended to include cases in which the professional *directs* his commercial or professional activities to the consumer's Member State, the criterion was also adopted in the conflict-of-law rule for consumer contracts (Art. 6(1) Rome I). The establishment of convergence allows for the application of the *lex fori* in the

⁴⁶ For a detailed consideration of the theoretical underpinnings see Paul Heinrich Neuhaus, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2. Auflage Tübingen 1976, p. 428 ff.

⁴⁷ Johan Meeusen/Marta Pertegás/Gerd Straetmans, eds., *Enforcement of international contracts in the European Union – Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Antwerp 2004.

consumer's country and thus facilitates an efficient solution in the era of online commerce.⁴⁸

2. Gaps in convergence

This and other alignments of Brussels I, Rome I and Rome II have led *Crawford* and *Carruthers* to the conclusion that the triad of Regulations "constitutes an admirable body of law".⁴⁹ But coordination is not complete, see below a). Moreover, it is lacking in other areas, in particular as between the Brussels IIbis Regulation and the Rome III Regulation in respect of international divorces, see below b).

a) *Direct claims against insurers* – As a first and illustrative example of insufficient coordination between the Brussels I and Rome II Regulations, one can look to the law of indemnity. Pursuant to Art. 9(1)(b), policyholders, the insured and beneficiaries are presented with a *forum actoris* for claims against an insurer domiciled in a Member State. In 2007 the Court of Justice extended this *forum actoris* to direct claims brought by an injured party against civil liability insurers.⁵⁰ This interpretation is based on Article 11(2) Brussels I and naturally makes it easier for injured parties to raise their claims, especially in regards to traffic accidents. Under Art. 4 Rome II, the question of liability is generally subject to the law of the place where the damage occurred.

For traffic accidents, individuals involved in an accident occurring abroad had previously raised their claims against the foreign counterparty by means of an action initiated by a foreign lawyer practicing in the jurisdiction where the accident occurred, the claim being brought either at the court of the counterparty or the court of the liability insurer – both of which were usually located in the same foreign country. The result was a convergence of international jurisdiction and applicable law. Since the Court of Justice's *Odenbreit* judgment, however, domestic residents involved in an accident in a foreign country may now bring their claim against the insurance company in the courts of their country of domicile, which then, pursuant to Art. 4 Rome II, have to consider the claim

⁴⁸ For a closer consideration see Jürgen Basedow, Consumer contracts and insurance contracts in a future Rome I-Regulation, in Meeusen/Pertegás/Straetmans, preceding note, 269-294 (286-288).

⁴⁹ Crawford/Carruthers, note 5, above, ICLQ 63 (2014) 29.

⁵⁰ CJEU 13 December 2007, Case C-463/06 (*FBTO Schadeverzekeringen NV./ Jack Odenbreit*), ECR 2007, I-11323.

under the law of the place where the damage occurred. This means, in turn, that courts are obliged to ascertain and apply foreign law.

Recently, the number of inquiries made by German courts as to the content of foreign accident liability law has steadily increased, these queries typically being presented to university institutions as well as to the Max Planck Institute for Private Law. While such requests were relatively unknown only a few years ago, they now make up 20% of the expert opinions which the Max Planck Institute in Hamburg drafts for German courts every year. Consequently, claims valued at not more than several thousand euros generate costs matching or even surpassing the value of the claim since complicated questions inevitably incur time-intensive research on foreign law, inquiries considering, for instance, the calculation of damages for pain and suffering, the reimbursement of value-added tax, or the compensability of costs associated with a rental car to which a party was entitled ... but which it did not use. And if this were not enough, the defendants in these proceedings are foreign insurance companies which generally know the liability law of the place of accident in detail but which will, nevertheless, initially reject liability *in toto*. Only after confronting an expert opinion stating the contrary do they respond on the particular merits, thereby causing the courts to commission a second, supplementary expert opinion. This is plainly inefficient, and it unduly delays the making whole of injured parties. It can be asked whether it would not be wise to reinstitute convergence somehow.

b) Divorce under foreign law – In the area of divorce law, the effort to align the Brussels IIbis Regulation with the Rome III Regulation was less intent from the onset. Art. 3 Brussels IIbis affords the claimant a choice between numerous jurisdictions, in each of which the applicable divorce law would then be determined pursuant to the Rome III Regulation. Although the first connection affirmed in both Art. 3 Brussels IIbis and Art. 8 Rome III is the country in which both spouses are habitually resident, this jurisdiction is merely one of several options open to the petitioning spouse. The law of this country, by contrast, is necessarily applicable when it constitutes the habitual residence of both spouses; this holds true also when the application for divorce is made in a different Member State, particularly a shared country of origin.

Thus, where a German couple living abroad initiates divorce proceedings in a German court, the judge will often be obliged to apply the law of the foreign habitual residence. In many ways, this inconsistency can be interpreted as a lingering manifestation of the traditional understanding given to marriage in continental Europe, its being seen namely as a legal institute that should in all cases and in all countries be judged under the same national law. It may,

however, be questioned whether this view is in fact compatible with the emerging dominance of the habitual residence principle. As the law governing divorce becomes increasingly mutable – such amendment now readily accomplished under the aegis of the habitual residence principle – the substantive rules of divorce are of progressively less significance in configuring one's living circumstances. Transitioning to a general application of the *lex fori* would thus seem a wholly plausible alternative and but a small conceptual step.

In any event, the inconsistency described here has led to several European countries, these including the Netherlands, Sweden and the United Kingdom, not participating in the Rome III Regulation. These jurisdictions apply the *lex fori* to divorce proceedings either uniformly or with only limited exceptions.⁵¹ Establishing consistency, in the sense of convergence, would in this area mean a new conceptualization of the Rome III Regulation with an eye to application of the *lex fori*. The prospects of this occurring in the coming years are not particularly strong. However, it would seem that such a switch to the *lex fori* would entail a chance of more comprehensively unifying international divorce law than has been presently achieved by means of the enhanced cooperation.

The two examples demonstrate that an inconsistency between the rules on the competent court and rules on the governing law is not without its cost. While the synchronization of jurisdiction and the applicable law is concededly not the sole objective of private international law, the aim is of relatively greater significance in an era of open borders.

V. Consistency between the EU Conflict of Laws Regime and the Legal Framework Promoting European Integration

1. EU Conflict of Laws as a Catalyst of Integration

From a methodological perspective, the Union's conflict-of-law instruments are characterized by a basic approach which is conservative in nature. Many of them could – equally well – have been enacted as national laws; only a minority of the legal rules can be specifically identified as European. This is surprising if one considers two particularities of EU conflict-of-law rules: First, unlike national

⁵¹ See for the Netherlands Art. 10:56 Burgerlijk Wetboek and in this regard *K. Boele-Woelki/D. van Iterson*, The Dutch Private International Law Codification: Principles, objectives and opportunities, *Electronic Journal of Comparative Law* 14.3 (2010) 1-26 (20); for Sweden see *Michael Bogdan*, Sweden, *International Encyclopedia of Laws, Private International Law*, Alphen aan den Rijn 2012, p. 101, No. 233; for the English common law see *Cheshire/North/Fawcett*, *Private International Law*, 14th ed. Oxford 2008, p. 966.

conflict-of-law regimes, they do not serve to safeguard the Union's own substantive private law, which thus far is only a piecemeal collection of rules at the EU level in any event; instead the conflict-of-law rules allow the Union to act as a referee overseeing the interplay of rights asserted by the respective Member States. Second, the role of referee is not being taken on by the EU for the purpose of delineating national legislative competence; rather the role is assumed with an eye towards promoting integration, namely creating an area of freedom, security and justice, cf Article 67 TFEU and Article 3 para 2 TEU.⁵² As seen in the previous conflict-of-law rules established under Article 114 TFEU and antecedent instruments, the core issue is market integration, i.e. the creation of a single European market as envisioned in Article 3 para 3 TEU.

The existence of divergent legal regimes is only of secondary importance; the goal of integration remains paramount, and according to Article 7 TFEU "the Union shall ensure consistency between its policies and activities, taking all of its objectives into account ...". This means that Union conflict-of-law instruments promulgated under Article 81 TFEU are supposed to be consonant with the policies and legal framework put in place elsewhere in support of integration. Yet this is by no means always ensured.

2. EU Conflict of Laws and Substantive Principles of Primary Law

One is immediately struck by the various and discrepant references that exist in regards to primary Union law. Both the Rome III Regulation in its consideration of divorce law as well as the Succession Regulation include recitals that explicitly underscore each Regulation's conformity with the Charter of Fundamental Rights.⁵³ They do not, however, expressly declare conformity with other primary law principles such as the free movement of goods, workers, services and capital. In the area of international law of obligations, the recitals are silent as regards primary Union law, making reference to neither the Charter of Fundamental Rights nor any other provision of the Treaties except for the enabling provision of the Treaty. While the Commission's preliminary draft for the Rome II Regulation had indeed sought to include an express reference to the primacy of directly applicable Treaty provisions, it refrained from doing so in light of critical

⁵² Treaty on European Union, consolidated version in OJ 2012 C 326/13.

⁵³ See Recital 30 Rome III, where Art. 21 of the Charter of Fundamental Rights is explicitly named and reproduced in its full length; for the Succession Regulation, see the much more modestly phrased Recital 81 found in Regulation 650/2012.

comments contending that such a reference was redundant.⁵⁴ The above-mentioned recitals found in the Succession and Rome III Regulations consequently raise the question whether the Charter of Fundamental Rights has a different status or hierarchical position than the above-noted freedoms of movement and whether, in the absence of an explicit reference in the recitals, the latter can be disregarded in application of the two Regulations. While such declaratory recitals may occasionally be useful in legal practice, their selective appearance may also result in uncertainty.

It is generally acknowledged that the freedoms of movement articulated in the European Treaties allow a certain deference to the law of the country of origin. For our purposes it is of lesser importance whether this is a choice-of-law principle or merely a restriction of connecting factors established elsewhere. Under either interpretation, the Court of Justice has made clear that the freedoms of movement may include an obligation to recognize certain legal situations that have taken hold in the country of origin as a result of the application of the latter's law.⁵⁵ This can be seen in the 1990s case law on unfair competition⁵⁶ and also in the later rulings on both company law⁵⁷ and the law of names of individuals.⁵⁸

It is striking that this jurisprudence is not at all reflected in any of the secondary legislation thus far enacted in the field of conflict of laws. Admittedly there are no (secondary law) conflict-of-law rules in the areas of company law or the law of names. But what explains the legislation regarding unfair competition in Article 6(1) Rome II referring to the law of the market affected but not including an

⁵⁴ See Article 23 – Relationship with other provisions of Community law in the Draft Proposal for a Council Regulation on the law applicable to non-contractual obligations of 2002, printed with, in this regard, a critical assessment in Hamburg Group for Private International Law, Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the law applicable to non-contractual obligations, *RabelsZ* 67 (2003) 1-56 (53 f.).

⁵⁵ See the various essays collected and edited by Paul Lagarde, ed., *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris 2013.

⁵⁶ CJEU 7 March 1990, Case C-362/88 (*GB-INNO-BM* / *Confédération du commerce luxembourgeois*), ECR 1990, I-683; CJEU 18 May 1993, Case C-126/91 (*Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft* / *Yves Rocher*), ECR 1993, I-2384.

⁵⁷ CJEU 9 March 1999, Case C-212/97 (*Centros Ltd.* / *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*), ECR 1999, I-1484; CJEU 5 November 2002, Case C-208/00 (*Überseering B.V.* / *Nordic Construction Company Bau Management GmbH*), ECR 2002, I-9919 as well as a series of subsequent rulings.

⁵⁸ CJEU 2 October 2003, Case C-148/02 (*Carlos García Avello* / *Belgischer Staat*), ECR 2003, I-11635; CJEU 14 October 2008, Case C-353/06 (*Grunkin und Paul*), ECR 2008, I-7639.

exception for advertising activities that are legal in the country of origin under the rules of that State? Such a reservation can be readily derived from the case law of the Court of Justice. Moreover, given that the relevant judgments constitute primary Union law, their impact can hardly be circumvented by the subsequent enactment of the Rome II Regulation. Accordingly, the case law continues to project its effect, constituting an additional, unwritten layer in the conflict of laws regime beyond the Rome II Regulation itself. The operation of the regime is hardly simplified by such a multi-level weave of norms.

3. Conflicting Secondary Law Rules

Similar contradictory rules can be found in many areas of secondary Union law, at times even in the same legislative instrument. Famous – or infamous – is the contradictory Electronic Commerce Directive: On one hand the instrument unambiguously suggests its application to contracts, its Article 3(1) and 3(2) containing apparent references to the law of the country of origin; yet on the other hand it makes explicit in Article 1(4) that it is not establishing additional rules on private international law.⁵⁹ The Court of Justice, in turn, resolved the presented problem by developing a two-step conflict-of-law rule: After first determining the impact of the Rome I Regulation which may designate the law of the supplier's country of origin, the court must then ensure that the position of the provider resulting from the application of Rome I is not made worse by stricter requirements existing in the host Member State.⁶⁰

An example of conflicting provisions in *different* instruments is found as regards the contractual working conditions of posted workers. Pursuant to Article 8(2) Rome I, the law of the employment contract is determined with reference to the place of habitual performance of the work in question. The Court of Justice even went so far as to amplify this connecting factor: Where the work is habitually completed in different countries, the law of the contract is not determined by application of the subsidiary connection in Article 8(3) Rome II referring to the place of the business of the employer; instead one is to have account of the totality of the circumstances and identify that country where the employee

⁵⁹ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ("Directive on electronic commerce"), OJ 2000 L 178/1.

⁶⁰ CJEU 25 October 2011, Joined Cases C-509/09 and C-161/10 (*eDate Advertising GmbH und Martínez*), ECR 2011, I-10302.

habitually performs the majority of his obligations toward the employer.⁶¹ Under Article 8(2)(2) Rome I, this country also remains the same where the employer temporarily carries out his work in a different country.

But a different case is presented when the temporary work carried out abroad is the result of being posted in a different country. Here, pursuant to Art. 23 Rome I, the Directive on the posting of workers remains unaffected.⁶² The Posting of Workers Directive prescribes that numerous aspects of an employment relation – aspects otherwise governed by the law of the employment contract – are to be determined under the law of the host country "whatever the law applicable to the employment relationship".⁶³ Here as well, Union law has devised a two-step solution. As a threshold matter level, the law the employment contract is to govern; individual aspects of this contract may, however, be supplanted in the event of an employee posting. Each level of the analysis presents highly complex questions, these queries having engaged the Court of Justice already on many occasions. And while compromises reached in Brussels may indeed lend themselves to robust academic debate, the corollary is little legal certainty for the parties involved.

VI. Conclusion

The pursuit of consistency in European conflict of laws is fully understandable and of pressing importance. It demands a cross-sectional analysis of a comprehensive nature in order to align the various legislative instruments and synchronize their treatment of legal issues. In respect of the practical application of European law, attention needs to be paid to promoting a convergence of international jurisdiction and the applicable law. It is frequently the case that competing policy values face off, with the result being a multi-step legal inquiry that not only is overly complicated but is in fact outside the actual domain of conflict-of-law instruments. Here as well greater consistency is in order.

As a first and essential step, the numerous inconsistencies and contradictions must be the subject of detailed research. Only then can an earnest inquiry be undertaken as to how these shortcomings are best resolved; in part, the solutions

⁶¹ CJEU 15 March 2011, Case C-29/10 (*Heiko Koelzsch v. Grand Duchy of Luxembourg*), ECR 2011, I-1595.

⁶² Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, OJ 1997 L 18/1.

⁶³ See Art. 3 of the Directive, preceding note.

will lie in the application of legal tools and devices, such as characterization and mandatory rules, and in part a consolidation of existing instruments will be called for. The time for a comprehensive codification of European private international law, by contrast, is not yet ripe. Those striving for clarity would be advised to pursue the model of a "creeping (or expanding) codification" that initially only aggregates existing texts, e.g. the Rome I, Rome II and Brussels I Regulations. The effort, moreover, needs to be conceptualized as a form of open legislation, one capable of later absorbing additional elements such as general rules, a revised Rome III Regulation or rules in regard to maintenance.

INFORMIRANJE POTROŠAČA FINANCIJSKIH USLUGA O EKS-U I FINANCIJSKA (NE)PISMENOST

Apstrakt

Obaveza informiranja česta je tema u pravnoj književnosti evropskog ugovornog potrošačkog prava, s obzirom da direktive favoriziraju ovaj instrument zaštite potrošača. Kada su u pitanju maloprodajne finansijske usluge polazi se od pretpostavke da dobro informiran potrošač o svim karakteristikama finansijske usluge sposoban je zaštititi sam sebe. Temelj djelotvorne zaštite korisnika finansijskih usluga je zakonska obaveza pružanja informacija, međutim davatelji kreiraju i dobro poznaju svoje proizvode, raspoložu neusporedivo kvalitetnijim stručnim resursima što ipak i pored osnaživanja informacijama korisnike dovodi vrlo često u neravnopravan položaj, jer vrlo mali broj korisnika ima potrebna stručna znanja vezana za finansijske usluge.

Iz tog razloga ovaj rad se bavi obavezom informiranja potrošača, gledanu kroz prizmu informacije o efektivnoj kamatnoj stopi koja ima status ključne informacije kada je riječ o stvarnom koštanju pojedinih vrsta finansijskih usluga. Osim toga, neizostavno u radu se analizira problem finansijske pismenosti potrošača, a kako bi se dobila stvarna slika o tome koliko je zakonska obaveza informiranja nakon harmonizacije pozicionih propisa sa Direktivom 2008/48/EZ unaprijedila pregovaračku poziciju korisnika finansijskih usluga u

* Docent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Tuzli; anita.petrovic@untz.ba. Rad primljen 02.03.2018. Rad je prihvaćen 27.03.2018.

Bosni i Hercegovini provedeno je empirijsko istraživanje. Cilj istraživanja bio je utvrditi nivo upoznatosti korisnika finansijskih usluga sa informacijom o efektivnoj kamatnoj stopi u pojedinim fazama ugovornog procesa, te nivo razumijevanja ovog stručnog koncepta.

Ključne reči: finansijske usluge, potrošač, finansijska pismenost, efektivna kamatna stopa (EKS).

1. Uvod

Financijsko tržište pruža bogatu ponudu različitih finansijskih proizvoda, ipak nesporno je da su interesi potrošača usmjereni na *maloprodajne finansijske usluge*. To su usluge koje su neodvojiv dio života svakog pojedinca kao što je osiguranje, kredit, plaćanja, tekući i štedni računi i ostala maloprodajna ulaganja.¹ Kod potrošača vodeće mjesto imaju bankarske usluge i usluge osiguranja (imovina, život, zdravlje, osiguranje od auto odgovornosti), a notorna je činjenica da su određene bankarske usluge kao što je primjerice tekući račun toliko prisutne da je danas teško pronaći osobu koja ga nema.

Financijske usluge toliko su prisutne i neophodne da su vremenom postale i vrlo bliske potrošačima koji im zbog toga ponekad vrlo relaksirano i neoprezno pristupaju, a zahvaljujući novim tehnologijama i kanalima distribucije potrošači imaju priliku bez obzira na vrijeme i mjesto obavljati razne finansijske transakcije i susretati se sa novim finansijskim i platnim proizvodima.² Pri tome potrošači često zaboravljaju o kakvim zapravo proizvodima se radi, odnosno da su to apstraktni pravni proizvodi bestjelesne prirode³ koji nužno zahtijevaju određeni nivo stručnih, pravnih i finansijskih znanja i određeni nivo informiranosti. Mnogi ugovori o finansijskim uslugama su puno složeniji s ozbiljnijim pravnim posljedicama, nego je to primjerice tekući račun, i koje potrošači u većini slučajeva sklapaju samo jedanput u životu pa se i ne može očekivati da imaju odgovarajuća specijalna znanja, prethodno iskustvo i da raspolažu potrebnim informacijama. Osim toga, ako i raspolažu informacijama, jer suvremena paradigma informiranja kojom je obojeno pravo zaštite potrošača rješava kronični

¹ Zelena knjiga o maloprodajnim finansijskim uslugama-Bolji proizvodi, veći izbor i više mogućnosti za potrošače i poduzeća, COM(2015), 630 final, Bruxelles, 10.12.2015.

² Primjerice, mogućnost podizanja kredita slanjem sms poruke, plaćanje i slanje novca putem aplikacija za mobilne uređaje, beskontaktno plaćanje, mobilni novčanici i dr.

³ M. Ebers, Information and advising requirements in the financial services sector: Principles and Peculiarities in EC Law, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 8.2, 2004, p. 4. <http://www.ejcl.org/82/art82-2.PDF>.

problem informacijske asimetrije na način da se informacije pružaju u svim stadijima ugovaranja, malo je vjerovatno da ih potrošači znaju iskoristiti na pravi način odnosno staviti ih u funkciju racionalnog odlučivanja i donošenje informirane, odgovorne finansijske odluke.⁴

Prethodno potvrđuje da su ugovorne pozicije subjekata, davatelja finansijskih usluga i potrošača fundamentalno nejednake, i dok se u općem ugovornom pravu ugovorna ravnoteža stranaka pretpostavlja, dotle se u potrošačkim ugovorima (b2c) ona uspostavlja i štiti i to najčešće mjerama imperativnog karaktera,⁵ što nikako nije svojstveno općem ugovornom režimu koji karakterizira dispozitivnost i autonomija volje. Uslijed čega neekonomsko ili socijalno objašnjenje pravnu regulaciju b2c odnosa vidi kao način zaštite slabije ugovorne strane i postizanja ciljeva koji su povezani sa distributivnom pravdom.⁶

Kada se u relaciju stave finansijske usluge i njihovi korisnici potrošači najvažnije pitanje koje se javlja jeste položaj te zaštita prava i interesa potrošača. Potrošač finansijskih usluga (ili bolje rečeno korisnik koju terminologiju prihvaća i pozitivno pravo), u užem smislu, slijedeći *ratio* potrošačkog *acquisa* određen je kombinacijom *personalnog* - fizička osoba i *funkcionalnog kriterija* - osoba koja djeluje u svrhe koje su izvan njezine poslovne ili profesionalne djelatnosti.⁷ Na razini EU zaštita potrošača u oblasti finansijskih usluga osigurava se Direktivom 2002/65/EZ o prodaji finansijskih usluga na daljinu,⁸ Direktivom 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu,⁹ zatim novim direktivama Direktivom

⁴ Vid. Machteld de Hoon, V. Mak, Consumer Empowerment Strategies - A Rights-Oriented Approach Versus a Need-Oriented Approach, *TISCO Working Paper Series on Civil Law and Conflict Resolution Systems* No. 001/2011, April, 2011, pp. 5-6, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=19172700>.

⁵ N. Petrović Tomić, *Zaštita potrošača usluga osiguranja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015, str. 52.

⁶ P. Cartwright, The Vulnerable Consumer of Financial Services: Law, Policy and Regulation, *Financial Services research Form*, 2011, <http://www.nottingham.ac.uk/business/businesscentres/crbfs/documents/researchreports/paper78.pdf>.

⁷ N. Misita, Defining a consumer and the EU financial market, u T. Bourgoignie, T. Jovanić (ur.) *Strengthening consumer protection in Serbia/Jačanje zaštite potrošača u Srbiji*, Beograd, 2013, str. 117.

⁸ Direktiva 2002/65/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 23.9.2002. o trgovanju na daljinu finansijskim uslugama koje su namijenjene potrošačima, OJ 2002, L 271/16.

⁹ Direktiva 2008/48/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 23.4.2008. o ugovorima o potrošačkim kreditima, OJ L 133/66, 22.5.2008.

2014/17/EU o hipotekarnim kreditima,¹⁰ Direktivom 2014/92/EU o usporedivosti naknada povezanih s računima za plaćanje,¹¹ Direktivom (EU) 2015/2366 o platnim uslugama na unutarnjem tržištu¹² i dr. S tim da jezgro prava zaštite potrošača u oblasti finansijskih usluga predstavlja zakonodavstvo o potrošačkim kreditima. Usvajanjem direktiva i njihovim prenošenjem u nacionalna zakonodavstva konstantno se dopunjava pravna arhitektura kojom se štite potrošači u raznim oblastima, međutim u svemu ovome potrebno je zadržati mjeru kako ne bi došlo do tzv. *inflacije pravila protekcionističkog karaktera*.¹³

2. Finansijska pismenost *prosječnog potrošača*

2.1. Koncept prosječnog potrošača

Značajno je podsjetiti da pravnu zaštitu europski zakonodavac pruža samo *prosječnom potrošaču*, a to je prema vizuri Suda EU potrošač koji je *dobro informiran, razumno oprezan i pažljiv*.¹⁴ Drugim riječima, zaštitu uživaju jedino potrošači koji su dobro informirani i time aktivni na tržištu jer su racionalni, pažljivi, odgovorni i teško ih je dovesti u zabludu pa samim tim su i odgovorni za zaštitu vlastitih interesa. Iz ovog razloga ugovorno potrošačko pravo preplavljeno je imperativnim propisima o obavezi informiranja, a uslijed svog normativnog značaja paradigma informiranja postala je i veoma česta tema u pravnoj teoriji, gdje mnogi autori argumentirano ukazuju na njezine prednosti i ograničenja.¹⁵

¹⁰ Direktiva 2014/17/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 4.2.2014. o ugovorima o potrošačkim kreditima koji se odnose na stambene nekretnine i o izmjeni direktiva 2008/48/EZ i 2013/36/EU i Uredbe (EU) br. 1093/2010, OJ L 60/34.

¹¹ Direktiva 2014/92/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 23.7.2014. o usporedivosti naknada povezanih s računima za plaćanje, prebacivanju računa za plaćanje i pristupu računima za plaćanje s osnovnim uslugama, OJ L 257/214.

¹² Direktiva (EU) 2015/2366 Europskog parlamenta i Vijeća od 25.11.2015. o platnim uslugama na unutarnjem tržištu, o izmjeni direktiva 2002/65/EZ, 2009/110/EZ i 2013/36/EU te Uredbe (EU) br. 1093/2010 i o stavljanju van snage Direktive 2007/64/EZ, OJ L 337/35.

¹³ N. Petrović Tomić, *ibid.*, str. 50.

¹⁴ Vid. Predmet 210/96 *Gut Springenheide* [1998] ECR I-465, par. 31-32; Predmet 470/93 *Mars* [1995] ECR I-1923, par. 24; *Yves Rocher* [1993] ECR I-2361, *Schott-Zwiesel* [1994] ECR I-3879, *Sektkellerei Kessler* [1999] ECR I-513, *Lancaster* [2000] ECR I-117, *Cidrerie Ruwet* [2000] ECR I-8749.

¹⁵ T. Wilhelmsson, *European Rules on Pre-contractual Information Duties?*, ERA Forum, Vol. 6. Issue 1, 2005, p. 17 et seq; C. Garcia Porras, W. van Boom, *Information disclosure in the EU*

Obaveza informiranja epicentar je direktiva druge generacije, javlja se u predugovornom stadiju, prilikom sklapanja ugovora, ali postoji u određenoj mjeri i nakon što je ugovor sklopljen. Paradigma informiranja, kako mnogi autori označavaju obavezu informiranja, normativna je paradigma, koja se temelji na specifičnoj pretpostavci o ljudskom ponašanju i na pravnom sistemu koji je dizajniran kako bi se provodio ovaj koncept.¹⁶ Svrha informiranja je *osnaživanje potrošača* na način da im je na raspolaganju instrument koji ih može učiniti odgovornim i aktivnim, a ne pasivnim tržišnim učesnicima koje treba zaštititi od njih samih.¹⁷ Obaveza informiranja je jednostrana obaveza na strani davatelja, preventivnog je karaktera i njome se garantiraju prava potrošača prije ugovornog obvezivanja, jer davatelji kreiraju i dobro poznaju svoje proizvode, raspolazu neusporedivo kvalitetnijim stručnim resursima što korisnike dovodi vrlo često u neravnopravan položaj, jer vrlo mali broj korisnika ima potrebna stručna znanja vezana za finansijske usluge. Obaveza informiranja temelji se na pretpostavci da su potrošači sposobni čitati i razumjeti pružene informacije zbog čega postaju moćniji i sposobniji donositi pravilne finansijske odluke, čime se izjednačava njihova pregovaračka snaga sa snagom davatelja finansijskih usluga. No, je li ova pretpostavka potpuno održiva kada su u pitanju korisnici finansijskih usluga?

Naime, ako se ima u vidu da su potrošači određeni svojim osobnim svojstvima i preferencijama, odnosno intelektualnim i stručnim sposobnostima, finansijskom snagom, društvenim i ekonomskim položajem, uvjetima života, posebnim potrebama i dr. jasno je da su potrošači heterogena skupina,¹⁸ no bez obzira na tu činjenicu svim potrošačima pripada ista razina i opseg pravne zaštite. Imajući u vidu da svi potrošači finansijskih usluga nisu isti upitno je da li svima odgovara ista veličina skrojenog zaštitnog odijela? Bez imalo sumnje obaveza informiranja je potrebna i zbog složenosti finansijskih usluga nije čak lako ni reducirati broj relevantnih standardnih informacija,¹⁹ ali upravo zbog individualnih svojstava svakog potrošača obaveza informiranja sama po sebi neće osnažiti ih, ukoliko

Consumer Credit Directive: opportunities and limitations, in J. Devenney, M. Kenny (eds.), *Consumer credit, Debt and Investment in Europe*, Cambridge University Press, 2012, pp. 36-54.

¹⁶ H.-W. Micklitz, L. A. Reisch, K. Hagen, An Introduction to the Special Issue on "Behavioural Economics, Consumer Policy, and Consumer Law", (Editorial note) *Journal of Consumer Policy* (2011) 34:271-276.

¹⁷ C. Garcia Porras, W. van Boom, *ibid.*, pp. 24-25.

¹⁸ P. Cartwright, *ibid.*, p. 6.

¹⁹ M. Ebers, *ibid.*, pp. 8-9.

potrošač kao pojedinac nije sposoban i voljan koristiti pružene informacije. Time se dolazi do ključnog problema s kojim se u biti suočavaju korisnici finansijskih usluga a to je problem *financijske (ne)pismenosti*. Da bi potrošač imao korist od paradigme informiranja u smislu povećanja kvaliteta ugovornog izbora i donošenja racionalnih odluka neophodno je unaprijediti njegova znanja i podići svijest na višu razinu.²⁰

Bez obzira koliko informacije pisane razumljivim i jasnim jezikom ipak se radi o stručnim i složenim pojmovima koji da bi se ispravno razumjeli traže određeni nivo finansijske i pravne pismenosti,²¹ što se ne može očekivati od većine potrošača. Kako su informacije formulirane spram znanja, vještina i iskustva *racionalnog, odgovornog potrošača* to je teško očekivati da će svi potrošači imati očekivanu koristi od informacija koje se pružaju u predugovornoj (oglašavanje i ponuda) i ugovornoj fazi. Što znači da bez obzira na opseg i sadržaj informacija malo je vjerovatno da će potrošač zaista izabrati najpovoljniju ponudu ukoliko nema određeni nivo finansijske pismenosti. Međutim, čak i tada ostaje rizik izbora finansijskih proizvoda koji mogu izložiti potrošača ranjivosti na način da može zapasti u situaciju kada više neće moći uredno ispunjavati dospjele obaveze. Jedan od razloga je i taj što mnogi ugovori o finansijskim uslugama (npr. potrošački kredit, hipotekarni kredit, osiguranje i sl.) traju duže vrijeme i mogu se dogoditi nepredviđene okolnosti subjektivne i objektivne prirode npr. bolest, gubitak posla, razvod, smanjenje dohotka, promjene na finansijskom tržištu, inflacija, promjene deviznog tečaja i sl., koje mogu imati dalekosežne negativne posljedice. S druge strane, mada finansijske institucije koriste stručne metode procjena rizika što rezultira pružanjem usluga "po mjeri korisnika", ipak ponekad nije moguće predvidjeti i eliminirati sve negativne implikacije koje utječu na ispunjenje preuzetih obaveza. Dodaju li se ovome i nerijetka nastojanja davatelja finansijskih usluga da ponekad svjesno teže ostvariti ekstra zaradu prebacujući rizik na korisnika, postaje jasna potreba zaštite položaja potrošača. Tako primjerice, razorne posljedice promjena na finansijskom tržištu u posljednjoj deceniji posebno su pogodile potrošače čiji su krediti bili osigurani hipotekom na stambenim nekretninama, a neispunjenje obaveza dovodilo je do gubitka krova nad glavom, zbog čega Direktiva 2014/17/EU o hipotekarnim kreditima naglašava *financijsko obrazovanje*.

²⁰ H. Pauković, Nepoštene odredbe u ugovorima o osiguranju, u V. Tomljenović, S. Petrić, E. Mišćenić (ur.), *Nepoštene ugovorne odredbe, Europski standardi i hrvatska provedba*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2013, str. 83.

²¹ O razlozima koji potrošače finansijskih usluga čine slabijom ugovornom stranom opširnije vid. N. Petrović Tomić, *ibid.*, str. 127-134.

2.2. Determiniranje pojma financijska pismenost

Financijska pismenost u ekonomskoj i pravnoj literaturi nije jednoznačno određen pojam,²² riječ je o relativno novom konceptu koji je naročito došao do izražaja za vrijeme financijske krize 2007/2008 godine kada su se pokušali sagledati svi razlozi²³ koji su doveli do negativnih posljedica na potrošačkom kreditnom tržištu i uvjetovali prezaduženost potrošača.²⁴ Jedna od najčešće korištenih definicija jeste definicija *Organizacije za ekonomsku suradnju i razvoj* (OECD) koja pod financijskom pismošću podrazumijeva kombinaciju informiranosti, znanja, vještina, stavova i ponašanja potrebnih za donošenje ispravnih financijskih odluka za postizanje individualne dobrobiti.²⁵ Financijska pismenost uključuje znanje i razumijevanje složenih financijskih proizvoda i vještine za kretanje na financijskom tržištu.²⁶ Drugim riječima, financijska pismenost ukazuje koliko dobro pojedinci razumiju financijske koncepte i pokazuje njihovu sposobnost pravilnog interpretiranja financijskih informacija.²⁷ Financijska pismenost pojedinca bazirana je dakle na njegovom financijskom znanju i razumijevanju iz čega proizlazi i njegovo financijsko ponašanje i odnos prema trošenju novca, odnosno sposobnost upravljanja dugom. Stoga da bi osnaživanje potrošača pomoću obaveze informiranja imalo smisla osnovna pretpostavka jeste visok nivo financijske pismenosti²⁸ jer samo u tom slučaju potrošači mogu donositi odgovorne financijske odluke svjesni potencijalnih rizika. Mnogobrojne empirijske studije o financijskoj pismenosti provedene na

²² V. Mak, J. Braspenning, *Errare humanum est: Financial Literacy in European Consumer Credit Law*, *Journal of Consumer Policy* (2012)35: 316 et seq.

²³ Vid. t. 4. Direktive 2014/17/EU.

²⁴ O uvjetovanosti financijske pismenosti i prezaduženosti potrošača u UK vid. J. Gathergood, *Self-control, financial literacy and consumer over-indebtedness*, *Journal of Economic Psychology* 33(2012) pp. 591-602. Također, usporedi slično istraživanje provedeno u R Hrvatskoj V. Bahovec, D. Barbić, I. Palić, *Testing the effects of financial literacy on debt behavior of financial consumers using multivariate analysis methods*, *Croatian Operational Research Review*, 6(2015), pp. 362-370.

²⁵ OECD, *Improving Financial Literacy: Analysis of Issues and Policies*, Paris, 2005, p. 13.

²⁶ V. Mak, J. Braspenning, *ibid.*, p. 307.

²⁷ J. Gathergood, *ibid.*, p. 590.

²⁸ V. Mak, J. Braspenning, *ibid.*, p. 307.

različitim finansijskim tržištima i u različitim zemljama pokazale su da je nivo finansijske pismenosti potrošača generalno vrlo nizak.²⁹

Za dugoročno rješavanje problema informacijske asimetrije nužno je dakle pored obaveze informiranja poraditi na finansijskom obrazovanju potrošača, s tim da se otvara novo pitanje na koji način to učiniti?³⁰ Da bi potrošač mogao koristiti pružene informacije, pa čak i kada su složeni finansijski koncepti svedeni na jednostavne brojke kao što je primjerice slučaj sa efektivnom kamatnom stopom (EKS) koja u jednom broju iskazuje ukupne troškove kredita i omogućava lakšu usporedbu povoljnosti kreditnih ponuda, što je u fokusu trećeg dijela ovog rada, neophodno je unaprijediti finansijska znanja potrošača, odnosno potrebno je poraditi na finansijskoj edukaciji potrošača³¹ a time i generalnom unapređenju finansijske pismenosti što onda vodi informiranom izboru.

Koliki je značaj finansijske pismenosti potrošača potvrđuje i to što je ovoj problematici po prvi put posvećena izričita normativna pažnja u jednoj potrošačkoj direktivi i to Direktivi 2017/14/EU koja sadrži poglavlje pod nazivom "*Financijsko obrazovanje*". Naime, potrebu pružanja informacija i prosvjećivanja potrošača prepoznala je i Direktiva 2008/48/EZ koja iz tog

²⁹ Istraživanje Svjetske banke provedeno u svrhu utvrđivanja stupnja finansijske pismenosti potrošača potvrdilo je da većina ispitanika uopće ne razumije određene finansijske pojmove vid. World Bank, *Good Practices for Consumer Protection and Financial Literacy in Europe and Central Asia: A Diagnostic Tool*, ECSPF Working Paper No. 1, August 2010, Washington DC, http://siteresources.worldbank.org/INTECAREGTOPPRVSECDEV/Resources/GoodPractices_August2010pdf. Značajno je istaći da je OECD kreirao upitnik za ispitivanje finansijske pismenosti vid. OECD INFE, *Measuring Financial Literacy: Core Questionnaire in Measuring Financial Literacy: Questionnaire and Guidance Notes for conducting an Internationally Comparable Survey of Financial literacy*, Paris, 2011, <http://www.oecd.org/finance/financial-education/49319977.pdf>. Na bazi OECD-ovog upitnika kreiran je upitnik i provedeno istraživanje finansijske pismenosti u R Hrvatskoj vid. M. Vehovec, E. Rajh, I. Škreblin Kirbiš, *Financijska pismenost građana u Hrvatskoj, Privredna kretanja i ekonomska politika*, 1(136), 2015, str. 55-72.

³⁰ U svom Izvješčaju *Improving Financial Literacy: Analysis of Issues and Policies* iz 2005. godine OECD sažeto je prikazao svjetske programe koji se bave promoviranjem poboljšanja finansijske pismenosti. Vid. OECD, *Improving Financial Literacy: Analysis of Issues and Policies*, November 2005; Za države članice EU vid. European Commission, *Survey of Financial Literacy Schemes in the EU 27, VT Markt/2006/26H - Final Report*, Hamburg, November 2007, http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/capability/reportsurveyen.pdf.

³¹ Vid. Communication from the Commission, *Financial Education*, COM(2007) 808 final, Brussels, 18.12.2007, p. 7 et seq.; Također vid. OECD, *Recommendation on Principles and Good Practices for Financial Education and Awareness*, Recommendation of the Council, July 2005, <http://www.oecd.org/finance/financial-education/35108560.pdf>.

razloga naglašava odgovorno ponašanje tijekom svih faza kreditiranja.³² Zbog toga kao jedno od temeljnih načela Direktiva 2008/48/EZ naglašava načelo odgovornog kreditiranja koje se ostvaruje pružanjem predugovornih informacija o uvjetima, cijeni kredita i obavezama što uključuje i davanje odgovarajućih objašnjenja (predugovorno savjetovanje), te obavezi procjene kreditne sposobnosti potrošača. Direktiva 2014/17/EU u cilju očuvanja koherentnosti propisa u oblasti potrošačkih kredita usklađena je sa Direktivom 2008/48/EZ na način da, gdje je to bilo moguće, slijedi njezinu strukturu vezano za obavezu informiranja i postupke koje prethode sklapanju ugovora o kreditu, potom prihvaća osnovne definicije i koncepte kojim se u standardnim informacijama određuju financijska obilježja kredita.³³

Kao što je navedeno financijska pismenost potrošača po prvi put eksplicitno je regulirana u Direktivi 2014/17/EU, koja ovom pitanju nažalost ipak pristupa više na jedan deklaratoran i promovirajući nego stvarno učinkovit način. Odredbom čl. 6. st. 1. Direktive 2014/17/EU propisuje se *države članice promoviraju mjere koje podupiru obrazovanje potrošača u odnosu na odgovorno zaduživanje i upravljanje dugom, a posebno u odnosu na hipotekarne ugovore o kreditu. Radi usmjeravanja potrošača, a osobito onih koji po prvi puta uzimaju hipotekarni kredit, potrebna je dostupnost jasnih i općenitih informacija o postupku odobravanja kredita. Također su potrebne informacije o savjetovanju koje organizacije potrošača i nacionalna tijela mogu pružiti potrošačima.* Nadalje u st. 2. predviđena je obaveza Komisije da objavi procjenu financijskog obrazovanja dostupnog potrošačima u državama članicama i navede primjere najbolje prakse koji se mogu dalje razraditi radi povećanja financijske osviještenosti potrošača. Kao što se iz navedenog može vidjeti riječ je o odredbama okvirnog karaktera kojima se definiraju dugoročni ciljevi i težnje bez konkretnih mehanizama za podizanje financijske pismenosti. Temeljna svrha financijske edukacije potrošača u smislu financijske pismenosti jeste povećanje sposobnosti potrošača da donose informirane odluke o odgovornom zaduživanju, što znači da je financijska pismenost u funkciji načela odgovornog zaduživanja i upravljanja postojećim zaduženjima. Europski zakonodavac na taj način se i dalje u većoj mjeri zadržava na polju osnaživanja potrošača i eliminiranja informacijske asimetrije. Međutim, prebacivanje zaštite prava i interesa potrošača na njega samog u vidu "samozaštite" i "samoinformiranja" nikako nije dostatno kada su u pitanju financijske usluge, stoga potpuno se slažemo s autorima koji smatraju da jači naglasak treba biti na odgovornom kreditiranju i jačanju dužnosti kreditora na informiranju i pojašnjavanju financijskih rizika klijentima s

³² T. 26. preambule Direktive 2008/48/EZ.

³³ Vid. t. 19. preambule Direktive 2014/17/EU.

jedne strane, te suzbijanju nepoštene poslovne prakse i nepoštenih ugovornih odredaba, s druge strane.³⁴

3. Informiranje o efektivnoj kamatnoj stopi (EKS)

Budući da je fokus ovog rada paradigma informiranja kao jedno od temeljnih obilježja suvremenog prava zaštite potrošača sagledana i analizirana iz perspektive korisnika finansijskih usluga, posebice usluga potrošačkog kredita to će u nastavku rada pažnja biti usmjerena na ključnu informaciju o kojoj potrošači moraju biti informirani, a to je EKS. Osim toga, kroz empirijsko istraživanje bit će prikazan nivo stvarnog razumijevanja pružene informacije o EKS-u od strane potrošača, čime je ujedno testirana finansijska pismenost potrošača u Bosni i Hercegovini.

3.1. EKS - ključna standardna informacija

Kod ugovora o potrošačkom kreditu jedna od ključnih informacija za potrošača jeste informacija o EKS-u, zato što EKS omogućava usporedivost kreditnih ponuda različitih davatelja te izbor najpovoljnije. Status *ključne informacije* u ugovoru o potrošačkom kreditu EKS-u daje i Sud EU u predmetu *Pohotovosť*.³⁵ Tako izostavljanje navođenja EKS-a u ugovoru može biti odlučujući impuls nacionalnom sudu da po službenoj dužnosti cijeni je li ugovorna odredba o ukupnim troškovima kredita bez navođenja EKS-a nepoštena u kontekstu čl. 3. i 4. Direktive 93/13/EEZ. Osim toga, Sud EU ostavlja nacionalnom sudu da po službenoj dužnosti primjeni pravne posljedice iz nacionalnih pravila harmoniziranih sa Direktivom 87/102/EEZ na osnovu kojih izostanak navođenja EKS-a u ugovoru o potrošačkom kreditu smatra da je kredit odobren beskamatno i besplatno.

Od svih standardnih informacija pravi indikator povoljnosti kreditne ponude jeste EKS koji za dužnika predstavlja stvarnu cijenu pozajmljenog kapitala. Usporediva informacija o EKS-u pomaže potrošačima da sklapaju ugovore o kreditu orijentirajući se prema cijeni na isti način kako to čine kada kupuju bilo koji drugi proizvod.³⁶ Za razliku od EKS-a koji uključuje sve troškove povezane s

³⁴ E. Miščenić, *Novo evropsko uređenje hipotekarnih kredita*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, br. 14/2014, str. 128.

³⁵ Odluka Suda EU u predmetu C-76/10 *Pohotovosť s. r. o. v. Iveta Korčkovská* [2010] ECR I-11557, t. 3. presude, par. 71, 73, 74.

³⁶ S. G. Day, K. W. Brandt, Consumer Research and the Evaluation of Information Disclosure Requirements: The Case of Truth in Lending, *The Journal of Consumer Research*, 1:1/1974, p. 21.

kreditom koje potrošač mora platiti uključujući i nominalnu kamatnu stopu (NKS) i sve druge naknade i troškove, dotle NKS ne uključuje nikakve troškove pa prema tome visina ove stope nije odlučujući faktor povoljnosti kreditne ponude.³⁷ Kako bi se osigurala najveća moguća transparentnost i usporedivost kreditnih ponuda Direktiva 2008/48/EZ osigurava da se informacija o EKS-u proteže kroz sve stadije ugovaranja, te što je još važnije da se EKS izračunava primjenom iste metode u cijeloj EU i da se pri obračunu uključe istovjetni troškovi kredita.³⁸

Financijska transparentnost potrošačkog kredita i usporedivost ponuda započinje već u fazi oglašavanja kreditnih ponuda na način da kod *oglašavanja sa navođenjem brojki* - EKS je jedna od standardnih informacija u oglasu koja mora biti prikazana na jasan, sažet i vidljiv način putem reprezentativnog primjera,³⁹ nasuprot ovome kod *oglašavanja bez navođenja brojki* - EKS je jedina informacija koja mora biti prikazana u oglasu.⁴⁰ Nadalje, EKS je jedna od predugovornih informacija uključena u *Standardni europski informacijski obrazac o potrošačkom kreditu* (SECCI)⁴¹ te bitna informacija koju mora sadržavati ugovor o kreditu.⁴² Važno je dakle da potrošač prije sklapanja ugovora dobije numerički usporediv prikaz troškova kredita i informaciju o EKS-u u obliku reprezentativnog primjera.⁴³ Pri tome ovaj obračun EKS-a mora biti identičan onome koji je kasnije

³⁷ E. Čulinović-Herc, *Financijska transparentnost potrošačkog zajma-trendovi u europskom i hrvatskom pravu i praksi, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 42:3/2005*, str. 317 i dalje.

³⁸ T. 19. preambule Direktive 2008/48/EZ.

³⁹ Čl. 4. st. 2. sl. c) Direktive 2008/48/EZ.

⁴⁰ Čl. 4. st. 1. al. 2. Direktive 2008/48/EZ.

⁴¹ Čl. 5. st. 1. sl. g) Direktive 2008/48/EZ. U Izvještaju koji je Komisija podnijela Europskom Parlamentu i Vijeću o primjeni Direktive 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkim kreditima, COM(2014) 259 fin., Bruxelles, 14.5.2014, primijećen je problem financijske pismenosti potrošača. Na temelju iskustava potrošača u državama članicama nakon preuzimanja Direktive, konstatira se da iako je standardizacija informacija putem SECCI obrasca pozitivno utjecala na zaštitu potrošača, tj. potrošačima je omogućeno da usporede različite cijene i ponude. Ipak koristi od obrasca SECCI prema mišljenju nekih umanjene su činjenicom da mnogi potrošači nemaju dovoljno financijske pismenosti da u potpunosti razumiju informacije pružene u obrascu.

⁴² Čl. 10. st. 2. sl. g) Direktive 2008/48/EZ.

⁴³ Direktiva 2008/48/EZ ne sadrži definiciju pojma *reprezentativni primjer*, konkretnije pojašnjenje nalazi se u točki 19. preambule prema kojem svrha reprezentativnog primjera je da potrošačima ilustrira i tako učini jasnijim informacije o EKS-u i troškovima kredita koje se pružaju prilikom oglašavanja i u predugovornoj fazi, koji primjer potrošač može ponijeti kući i na miru analizirati.

uvršten u ugovor, osim ukoliko se obračun zasniva na podacima koji nisu bili poznati u vrijeme pružanja informacija.⁴⁴

3.2. Obračun EKS-a

Za zaštitu potrošača podjednako važno informiranju o EKS-u je i načina na koji se obračunava. Kako se obrazlaže u točki 43. preambule Direktive 2008/48/EZ postojao je problem usporedivosti EKS-a na unutarnjem tržištu, jer su države članice prilikom obračuna u obzir uzimale različite troškove, zbog čega je bilo potrebno jasno i sveobuhvatno definirati *ukupne troškove kredita za potrošača*⁴⁵ koji predstavljaju tzv. "troškovnu bazu" za obračun EKS-a. Prema čl. 3. sl. i) Direktive 2008/48/EZ "*efektivna kamatna stopa*" predstavlja ukupne troškove kredita za potrošača, izražene kao godišnji postotak ukupnog iznosa kredita [...].

Pri obračunu EKS-a u obzir se dakle uzimaju svi troškovi u vezi sa sklapanjem i ispunjenjem ugovora o kreditu koji su *poznati kreditoru* a koje treba cijeliti objektivno uzimajući u obzir kriterij profesionalne pažnje,⁴⁶ uključujući troškove sporednih usluga (ugovor o osiguranju, ugovor o otvaranju i vođenju tekućeg računa i dr.) pod pretpostavkom da su obavezan uvjet za odobravanje kredita. I za potonje troškove može se pretpostaviti da su poznati kreditoru jer se radi o proizvodu koji on nudi.⁴⁷ Ukupni troškovi kredita zajedno sa dodatnim

⁴⁴ U svojoj odluci u predmetu C-453/10 *Pereničová i Perenič*, EU:C:2012:144 od 15.3.2012. godine Sud EU zaključuje da navođenje u ugovoru o kreditu niže EKS od stvarne EKS mora se smatrati "zavaravajućom" poslovnom praksom u kontekstu čl. 6(1) Direktive 2005/29/EZ o nepoštenoj poslovnoj praksi u mjeri u kojoj takva praksa uzrokuje ili je vjerojatno da će uzrokovati kod prosječnog potrošača donošenje odluke o sklapanju ugovora koju inače ne bi donio.

⁴⁵ U čl. 3. sl. g) Direktiva 2008/48/EZ vrlo ekstenzivno definira "*ukupne troškove kredita za potrošača*" nastojeći tako obuhvatiti većinu troškova povezanih sa sklapanjem i ispunjenjem ugovora o kreditu.

⁴⁶ T. 20. preambule Direktive 2008/48/EZ.

⁴⁷ Ugovori o kreditu osigurani hipotekom isključeni su iz polja primjene Direktive 2008/48/EZ, ipak mnogi nacionalni zakonodavci da bi povisili stupanj zaštite potrošača nisu preuzeli ovo isključenje. Time su problemska pitanja vezano za hipotekarne ugovore o kreditu od strane nacionalnih a kasnije i od strane Suda EU rješavana shodno odredbama Direktive 2008/48/EZ i Direktive 93/13/EEZ o nepoštenim ugovornim odredbama. S tim u vezi Sudu EU u slučaju *Matei i Matei* postavljeno je prethodno pitanje: mogu li pojmovi "glavni predmet ugovora" i/ili "cijena" iz čl. 4. st. 2. Direktive 93/13/EEZ, pored elemenata koji čine protučinidbu potrošača u ugovoru o kreditu osiguranog hipotekom, obuhvatiti i EKS - koji se posebice sastoji od fiksne ili varijabilne NKS, bankarske provizije i drugih troškova koji su uključeni i definirani tim ugovorom, te sva ostala dugovanja koja ulaze u pojam ukupni trošak kredita za potrošača shodno čl. 3. sl. g) Direktive 2008/48/EZ? Analizirajući slučaj Sud EU je došao do zaključka da nacionalni sud u biti pita treba li čl. 4. st. 2. Direktive 93/13/EEZ tumačiti na način da pojmovi

pretpostavkama iz Aneksa I (Dio II) Direktive 2008/48/EZ predstavljaju osnovicu za obračun EKS-a, pa iz tog razloga ukupni troškovi trebaju biti kvantificirani, izraženi brojkama i kao takvi dostupni u reprezentativnom primjeru (prilikom oglašavanja, predugovornoj fazi, prilikom sklapanja ugovora).⁴⁸ Na taj način EKS je jedina standardna mjera koja omogućava potrošaču najpotpuniju usporedbu troškova koji prate kreditni posao. Prema čl. 19. st. 2. Direktive 2008/48/EZ u svrhu obračuna EKS-a određuju se ukupni troškovi kredita za potrošača, pri tome u obračun *ne ulaze* troškovi koji nastaju kao posljedica potrošačeva neispunjenja obaveze (npr. zatezne kamate, naknada štete, ugovorna kazna i dr.), kao i svi drugi troškovi koje je potrošač osim kupoprodajne cijene obavezan platiti za kupnju proizvoda ili usluge neovisno o tome radi li se o gotovinskom ili kreditnom poslu (npr. troškovi registracije ako je kredit odobren za kupovinu auta). Osim toga, obračun EKS-a temelji se na pretpostavci da će ugovor o kreditu ostati valjan tijekom ugovornog razdoblja te da će i kreditor i potrošač uredno ispuniti svoje obaveze prema uvjetima i

"glavni predmet ugovora" i "primjerenost cijene i naknade na jednoj strani, i isporučene usluge i robe na drugoj" obuhvaćaju i klauzule iz sklopljenog ugovora o kreditu osiguranog hipotekom temeljem kojih kreditor pod uvjetom da dođe do "znatnih promjena na tržištu novca" može jednostrano izmijeniti NKS, te ima pravo naplaćivati od potrošača tzv. "proviziju za rizik"? (par. 52) Naime, ako bi navedene ugovorne klauzule bile obuhvaćene navedenim konceptima iz čl. 4. st. 2. Direktive 93/13/EEZ samim tim bi bile izuzete od provjere eventualne nepoštenosti pod uvjetom da su napisane jasnim i razumljivim jezikom.

U konkretnom slučaju bračni par *Matei* 2008. godine sklopio je s *Volksbankom* dva ugovora o kreditu. Jedan gotovinski nenamjenski i drugi namjenski radi kupovine nekretnine koji je bio osiguran hipotekom na istoj. Ugovori su sadržavali standardne odredbe, prvu prema kojoj banka ima pravo jednostrano izmijeniti NKS u slučaju "značajnijih promjena na tržištu novca", te drugu o naplati "provizije za rizik" koja se obračunava na saldo kredita i koju korisnik kredita mjesečno plaća cijelo vrijeme trajanja ugovora, a koju je banka nakon harmonizacije nacionalnih propisa sa Direktivom 2008/48/EZ zamaskirala pod novim nazivom "provizija za upravljanje kreditom". Visina ove provizije u konkretnom slučaju dosegla je iznos od 1397,17€.

U svojoj izreci Sud EU odlučuje da čl. 4. st. 2. Direktive 93/13/EEZ treba tumačiti na način da koncepti "glavni predmet ugovora" i "primjerenost cijene i naknade na jednoj strani i isporučene usluge i robe na drugoj" načelno ne obuhvaćaju odredbe ugovora o kreditu koje kreditoru omogućavaju da pod određenim uvjetima jednostrano izmijeni kamatnu stopu i da naplaćuje "proviziju za rizik" (pa time one nisu izuzete od eventualne provjere nepoštenosti stoga mogu biti i ništave). Međutim, nacionalni sud dužan je provjeriti tu kvalifikaciju navedenih ugovornih odredaba s obzirom na narav, opću strukturu i odredbe predmetnih ugovora kao i činjenični i pravni kontekst tih odredaba. Odluka suda EU u predmetu C-143/13 *Bogdan Matei i Ioana Ofelia Matei v. SC Volksbank România SA*, EU:C:2015:127 od 26.2.2015. Također vidi i raniju odluku Suda EU u predmetu C-26/13 *Kásler i Káslerné Rábai*, EU:C:2014:282 od 13.4.2014.

⁴⁸ Smjernice o primjeni Direktive 2008/48/EZ u odnosu na troškove i efektivnu kamatnu stopu, SWD(2012) 128 fin., Bruxelles, 8.5.2012, str. 17.

datumima definiranima ugovorom.⁴⁹ Ako ugovor o kreditu sadrži klauzule o promjenjivoj NKS i promjeni troškova sadržanih u EKS-u koji se ne mogu odrediti u trenutku obračuna, onda se kalkulacija EKS-a zasniva na pretpostavci da će NKS i ostali troškovi ostati fiksni za vrijeme trajanja ugovora.⁵⁰ Direktiva 2008/48/EZ u Aneksu I. donosi novu jedinstvenu matematičku formulu (Dio I.) i dodatne pretpostavke za izračun EKS-a koje se mogu primijeniti ako je to potrebno (Dio II.), što je i učinjeno usvajanjem *Direktive 2011/90/EU o izmjeni Dijela II. Aneksa I. koji predviđa dodatne pretpostavke za obračun EKS-a*⁵¹ koja se u državama članicama primjenjuje od 1.1.2013. godine.

3.3. Primjer pozitivnog prava

Problem finansijske pismenosti realnost je s kojom se suočavaju potrošači u razvijenim zemljama, no ovaj problem još više je naglašen u post-tranzicijskim zemljama sa srednje visokim dohotkom i niskim stupnjem opće pismenosti (sposobnost čitanja i pisanja). Prema Dijagnostičkom pregledu Svjetske banke za BiH iz 2011. godine koji se bavio problematikom zaštite potrošača u bankarskom sektoru i finansijskom pismenošću potvrđen je nizak nivo finansijske pismenosti potrošača u BiH.⁵² Također, u izvještaju su dijagnosticirane sve slabosti i boljke pravnog sistema zaštite potrošača na maloprodajnom finansijskom tržištu te ukazano na potrebu harmonizacije sa Direktivom 2008/48/EZ. Veliki pomak ubrzo nakon toga dogodio se u RS-u izmjenama zakona u sektoru bankarstva na način da su interpolirana posebna poglavlja o zaštiti potrošača po uzoru na Direktivu 2008/48/EZ, a potom i u FBiH usvajanjem posebnog Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga.⁵³ S obzirom da su entitetska pravna rješenja zaštite korisnika finansijskih usluga u velikoj mjeri usklađena to ne postoji interlokalni sukob zakona, ali isto tako u određenoj mjeri entitetska finansijska tržišta su odvojena i samostalna i podliježu superviziji posebnih agencija za bankarstvo.

⁴⁹ Čl. 19. st. 3. Direktive 2008/48/EZ.

⁵⁰ Čl. 19. st. 4. Direktive 2008/48/EZ.

⁵¹ Direktiva 2011/90/EU od 14.11.2011. o izmjeni Direktive 2008/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća u dijelu II. Aneksa I koji predviđa dodatne pretpostavke za obračun efektivne kamatne stope, OJ L 296/35.

⁵² World Bank, *Bosnia and Herzegovina - Diagnostic Review of Consumer Protection and Financial Literacy in Banking Services*, Volume I (Key Findings and Recommendations) and Volume II (Comparison with Good Practices), April 2011.

⁵³ Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga FBiH, *Sl. novine FBiH*, br. 31/14, (dalje: Zakon).

Zakonom o zaštiti korisnika finansijskih usluga preuzeti su svi ključni mehanizmi zaštite koje propisuje Direktiva 2008/48/EZ, kao što je obaveza informiranja, obaveza procjene kreditne sposobnosti, pravo na odustanak i dr., te mada postoje i određena pravna rješenja gdje se europski i nacionalni zakonodavac razilaze,⁵⁴ ipak fokus će biti na obavezi informiranja korisnika kako bi se utvrdio njihov stvarni položaj nakon primjene novog pravnog okvira.

Obaveza predugovornog informiranja veliki je pomak u nacionalnom zakonodavstvu,⁵⁵ ako se uspoređi ranija netransparentna poslovna praksa finansijskih institucija prema korisnicima. Cilj je dakle prije sklapanja ugovora pružiti korisniku sve informacije kako bi mogao usporediti iste ili slične ponude na tržištu i izabrati onu koja odgovara njegovoj finansijskoj situaciji i potrebama. Iz tog razloga zakonom su precizno propisane informacije koje trebaju biti sadržane u oglasnim porukama koje sadrže kamatnu stopu ili drugi referentni podatak, a jedna od informacija je svakako i EKS.⁵⁶ Oglasne poruke već samo po sebi trebaju biti u velikoj mjeri informativne zbog toga insistiranje da reklama sadrži EKS koji će biti vidljiviji od ostalih informacija je potpuno opravdano.⁵⁷ Slijedeći korak je informiranje korisnika u pregovaračkoj fazi gdje se zakonom precizirane informacije pružaju putem standardnog informacijskog lista ilustrirane na reprezentativnom primjeru.⁵⁸ Nakon predugovornih informacija propisana je lista bitnih i imperativnih elemenata koje ugovor o kreditu i mikrokreditu mora sadržavati, dok kada se radi o finansijskom lizingu primjenjuje se poseban zakon.⁵⁹

Standardizacija predugovornih informacija bez sumnje ima mnoge prednosti, ali javlja se i dilema koliko je prosječan potrošač svjestan i razumije koje su informacije sa liste relevantne, odnosno je li svjestan da je primjerice informacija o EKS najrelevantnija jer iskazuje ukupne troškove kredita? Naznačavanje EKS-a pretpostavlja se vjerojatno će pomoći potrošaču samo ako je finansijski dovoljno pismen da uspoređi različite ponude i donese informiranu odluku.⁶⁰ Sastavni dio

⁵⁴ Mišljenja smo da bi radi postizanja koherentnosti nacionalnog sa europskim pravom ova odstupanja i razmimoilaženja trebalo što prije eliminirati.

⁵⁵ O tome više vid. A. Petrović, *Novo pravno uređenje finansijskih usluga u BiH-koliko su korisnici stvarno zaštićeni?*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 70, god. LIV, 2015, str. 807 i dalje.

⁵⁶ Čl. 13. st. 1. Zakona.

⁵⁷ Čl. 13. st. 3. Zakona.

⁵⁸ Čl. 15. Zakona.

⁵⁹ Čl. 17. Zakona.

⁶⁰ Pomenuto je konstatirano u Izvještaju o primjeni Direktive 2008/48/EZ, str. 8.

obaveze informiranja je zbog toga i obaveza savjetovanja korisnika,⁶¹ jer na taj način pružene informacije o finansijskim proizvodima se personaliziraju i prilagođavaju situaciji pojedinca. Informiranje je puko predstavljanje činjenica o sadržaju, dejstvima, pravima i obavezama, posljedicama, dok s druge strane savjetovanje je dvosmjerna komunikacija s korisnikom koja podrazumijeva pružanje objašnjenja o složenim i nejasnim konceptima i davanje stručne preporuke.⁶² Prema tome obaveza informiranja može ostvariti svoju ciljnu funkciju samo ako je dopunjena obavezom savjetovanja kada su u pitanju složene finansijske usluge.⁶³ Jedna od radnji koja prethodi sklapanju ugovora jeste i obavezna procjena kreditne sposobnosti⁶⁴ korisnika (i jemaca) što je zapravo odlučujući impuls za sklapanje ugovora s aspekta davatelja.

3.4. Ocjena stvarne upoznatosti i razumijevanja informacije o EKS-u od strane potrošača

U ovom dijelu rada kroz analizu rezultata empirijskog istraživanja prikazana je stvarna upoznatost i nivo razumijevanja korisnika finansijskih usluga informacije o EKS-u, odnosno testirana je njihova finansijska pismenost. Empirijsko istraživanje je provedeno kako bi se dobila stvarna slika o tome koliko je zakonska obaveza informiranja gledana kroz prizmu informacije o EKS-u unaprijedila pregovaračku poziciju korisnika i doprinijela donošenju odgovornije finansijske odluke. Istraživanje je provedeno na uzorku od 305 ispitanika, korisnika finansijskih usluga (potrošački kredit - nenamjenski, namjenski, prekoračenje po računu, mikrokredit, finansijski lizing s opcijom kupnje), metodom anketnog upitnika koncipiranog djelomično po uzoru na anketni upitnik za potrošače iz Studije o funkcioniranju tržišta potrošačkih kredita u Europi.⁶⁵

Struktura ispitanika prema spolu i stupnju obrazovanosti može se vidjeti u ovoj tabeli:

⁶¹ Čl. 12. Zakona.

⁶² M. Ebers, *ibid.*, p. 3.

⁶³ Opširnije vid. N. Petrović Tomić, *ibid.*, str. 202-204; T. Wilhelmsson, *ibid.*, p. 25.

⁶⁴ Čl. 16. Zakona.

⁶⁵ Vid. Annex 15 Study od the functioning of the consumer credit market in Europe, Final report, July 2013, p. 446. http://ec.europa.eu/consumers/archive/rights/docs/consumercreditmarket_study_en.pdf.

		Stupanj obrazovanosti ispitanika			
		NSS	SSS	VŠS	VSS
		Table N %	Table N %	Table N %	Table N %
Spol ispitanika	Ženski	1,3%	22,6%	14,8%	12,8%
	Muški	0,0%	27,9%	11,1%	9,5%

Rezultati do kojih se došlo pokazuju slijedeće:

- a) Kako bi se utvrdilo koji je za korisnika odlučujući kriterij kojim se rukovodi pri izboru najpovoljnije kreditne ponude od ispitanika je traženo da rangiraju po važnosti slijedeće kriterije: visina NKS, visina EKS-a, uvjeti osiguranja kredita (jemstvo, zaloga, hipoteka), iznos mjesečne rate, rok otplate te ostalo po izboru. Tako 23,04% ispitanika kao prvi kriterij navodi visinu NKS, za 19,66% ispitanika to je visina EKS-a, za 19,1% ispitanika su uvjeti osiguranja kredita, za 11,8% ispitanika to je iznos mjesečne rate, dok 5,37% ispitanika odlučilo se za rok otplate. Iz navedenog se može ocijeniti da većina korisnika odlučujućim, prvim kriterijem za ocjenu povoljnosti određene kreditne ponude ipak smatra informaciju o NKS, što s druge strane dokazuje i nizak nivo financijske pismenosti korisnika koji ne prepoznaju EKS kao kriterij koštanja financijske usluge. Međutim, donekle ohrabrujuće djeluje to što korisnici ipak informacije o kamatnim stopama po značaju odvajaju od svih ostalih kriterija.
- b) Kako bi se utvrdilo da li oglasne poruke vezano za promociju kreditnih ponuda koje potrošači imaju priliku vidjeti na (televiziji, internet stranicama, panoima, brošurama, letcima i sl.) sadrže jasno istaknutu informaciju o EKS-u koja je uočljivija od drugih informacija. Zanimljiv broj korisnika, odnosno svega 12,78% ispitanika je odgovorilo da je EKS u oglasima uočljiviji od ostalih informacija. Ovo je zapravo pokazatelj da oglasne poruke kojima financijske institucije promoviraju svoje kreditne ponude u velikoj mjeri ne ispunjavaju zakonske uvjete u pogledu potpunosti informacija i načina navođenja ključne informacije.
- c) Kako bi se utvrdilo da li su korisnici upoznati da su im davatelji dužni prije sklapanja ugovora pružiti standardni informacijski list koji sadrži sve relevantne informacije o financijskoj usluzi uključujući i informaciju o EKS-u na reprezentativnom primjeru koji mogu analizirati kod svoje

kuće. Većina ispitanika, njih 78,03% je svjesna predugovorne obaveze informiranja, odnosno postojanja i obaveze pružanja standardnog informacijskog obrasca, ali ne i njegove prave svrhe. Naime, ono što ne ohrabruje jeste da se korisnici ipak ne upuštaju u proces prikupljanja i usporedbe različitih ponuda prije samog ugovornog obvezivanja, tako više od polovine odnosno 56,31% ispitanika prije sklapanja ugovora prikupilo je samo jednu ponudu. Ovaj podatak dokazuje i to da se korisnici za nove usluge uglavnom obraćaju istom davatelju s kojima su već u nekom ugovornom odnosu, te da nisu skloni istraživati i mijenjati financijske institucije što svjedoči o određenoj lojalnosti korisnika prema davateljima.

- d) Kako bi se utvrdila upoznatost korisnika sa bitnim elementima ugovora koji su zaključili odnosno koliko su svjesni financijskih informacija iz vlastitih ugovora, malo više od polovine odnosno 52,78% ispitanika je znalo da li je EKS jasno naznačen u ugovoru (od toga 17,7% ispitanika je odgovorilo da u njihovom ugovoru EKS nije jasno naznačen), s tim da 47,2% ispitanika nije znalo ovu informaciju iz svog ugovora. Međutim, 86,18% ispitanika bilo je svjesno informacije o visini NKS, kao i to da li je fiksna ili promjenjiva za cijelo vrijeme trajanja ugovora. Ovaj podatak ponovno dokazuje da korisnici ako i čitaju ugovore koje su zaključili pažnju usmjeravaju na vrstu i visinu NKS za koju misle da je najrelevantnija informacija.
- e) Kako bi se utvrdio nivo financijske pismenosti korisnika odnosno nivo razumijevanja financijskog koncepta kao što je EKS od ispitanika je traženo da usporedbom dviju kreditnih ponuda odrede koja je povoljnija. U prvoj ponudi kamatna stopa je bila 3,44% a EKS 7,00%. U drugoj ponudi kamatna stopa je bila 4,00% a EKS 6,44%. Po svim ostalim uvjetima obje ponude su bile identične. Većina ispitanika njih 66,23% odlučilo se za prvu ponudu, a ostalih 33,77% ispitanika dalo je točan odgovor i tako prepoznalo drugu ponudu kao povoljniju. Ovo potvrđuje pretpostavku da je nivo financijske pismenosti korisnika prilično nizak, odnosno da korisnici ne razumiju informaciju o EKS-u i na koji način je treba koristiti, te kakav je odnos između NKS i EKS. Tome u prilog govore i rezultati provedenog istraživanja obzirom da su ispitanici ocjenom 3,24 u stvari pokazali da prosječno razumiju razliku između NKS i EKS. Stanje je nešto povoljnije kada je u pitanju razumijevanje razlike između fiksne i promjenjive NKS s obzirom da su ispitanici ovom elementu dodijelili nešto veću prosječnu ocjenu 3,59. Međutim, imajući u

vidu da je riječ o elementarnim stvarima sa kojima treba biti upoznat svaki potencijalni korisnik sa dobivenim rezultatima ne možemo biti zadovoljni. Dobiveni rezultati i dalje upućuju na zaključak da su potrošači finansijskih usluga ograničeno finansijski pismeni, zbog čega bi dodatnu pažnju trebalo usmjeriti na savjesno i pošteno te stručno predugovorno savjetovanje kao sastavni element obaveze informiranja.

4. Zaključak

Položaj potrošača finansijskih usluga javlja se kao neiscrpna i česta tema akademskih rasprava zbog činjenice da se svi pojedinci barem jednom u životu nađu u potrebi da sjednu za "pregovarački stol" sa davateljem finansijskih usluga kojom prilikom postoji povećan rizik da njihova prava i interesi neće biti zaštićeni na pravi način. Jedan od mehanizama zaštite i poboljšanja položaja potrošača je obaveza informiranja. Cilj ovog rada nije bio umanjivanje značaja koji ovaj institut ima, nego skretanje pažnje na to da koncept *prosječnog potrošača* kako ga vidi europski a potom i nacionalni zakonodavci prema kojem je i dizajnirana obaveza informiranja ne odgovara u potpunosti potrošačima u sektoru finansijskih usluga. Drugim riječima, pružanje zakonom propisanih informacija ujedno nije garancija da će se stvarno unaprijediti nivo znanja i razumijevanja potrošača o sadržaju, uvjetima i obavezama vezanim za finansijske usluge posebice one složenijeg karaktera.

Stvarna situacija je dakle mnogo složenija i pokazuje da većina prosječnih potrošača ima vrlo skromna stručna (finansijska, pravna i tehnička) znanja potrebna za donošenje ispravnih finansijskih odluka (rasprava i analiza ostalih razloga premašivala bi zadane okvire ovog rada). Finansijska pismenost potrošača je na prilično niskoj razini, to pokazuju mnoge studije kao i ovo istraživanje provedeno među korisnicima finansijskih usluga u BiH gdje je fokus bio na upoznatosti i razumijevanju informacije o efektivnoj kamatnoj stopi. Stoga imajući u vidu da su potrošači heterogena skupina, svi nisu isti tako ni ista mjera zaštite nema isti učinak prema svima, to i zakonodavac treba imati u vidu realan nedostatak finansijskog obrazovanja većine potrošača. Iz tog razloga kada je riječ o zaštiti potrošača finansijskih usluga potrebno je pažnju više usmjeriti na odgovorno, savjesno i pošteno postupanje davatelja finansijskih usluga, jer koliko god potrošač bio informiran u kvantitativnom i kvalitativnom smislu, te imao neophodna stručna znanja ipak donošenje odgovorne finansijske odluke spram njegovih potreba i mogućnosti više je u rukama davatelja nego samog potrošača.

Anita Petrović, Assistant Professor, Faculty of Law at University of Tuzla

Informing Consumers of Financial Services on the APR and Financial (II)Literacy

Summary

Information duty is a common topic in the legal literature of European consumer contract law because the directives favor this consumer protection instrument. When it comes to retail financial services, it is assumed that a well-informed consumer on all aspects of financial services is able to protect themselves. The basis for the effective protection of the users of financial services is the legal obligation to provide information, but providers create and know their products well, they have the most qualified professional resources, which despite the consumers empowerments often leads to an unequal bargaining position, while very small number of consumers have the necessary expertise related to financial services.

For this reason, this paper deals with the duty to inform, looking through the lens of the standard information on annual percentage rate that has the status of key information when it comes to the actual cost of consumer credit. In addition, the paper analyzes the problem of consumer financial literacy, also in order to obtain a real picture of the extent to which the legal obligation to inform, after the harmonization of positive regulations with Directive 2008/48/EC has improved the negotiation position of consumers in Bosnia and Herzegovina, empirical research was conducted. The aim of the research was to determine the level of consumer awareness of information on annual percentage rate and the level of real understanding of this complex financial concept.

Keywords: financial services, consumer, financial literacy, annual percentage rate (APR).

Duško Lopandić*

UDK 347.711(4-672EU)

UDK 347.719(4-672EU)

str. 49-61.

ZAJEDNIČKA TRGOVINSKA POLITIKA EVROPSKE UNIJE I NOVA GENERACIJA SPORAZUMA O SLOBODNOJ TRGOVINI

Apstrakt

U tekstu se analizira razvoj zajedničke trgovinske politike EU tokom poslednjih decenija. Veoma dinamične promene međunarodnog okruženja otvorile su nova pitanja u pogledu načina na koji EU reguliše svoje trgovinske i ekonomske odnose sa svetom. Imajući u vidu da je došlo do krize i zastoja u razvoju ekonomskog multilateralizma u okviru Svetske trgovinske organizacije, svedoci smo pojave novog talasa bilateralnih pregovora i zaključenja velikog broja trgovinskih sporazuma na regionalnom ili međukontinentalnom nivou, posebno pojave tzv. megaregionalnih sporazuma. S tim u vezi primetna je evolucija trgovinskih odnosa EU kao odraz širih kretanja u međunarodnim ekonomskim odnosima. Može se konstatovati intenziviranje i proširenje sporazuma o slobodnoj trgovini različitog tipa, koje EU sada zaključuje, ne samo sa zemljama u okruženju kao nekada (Evropa, Mediteran) nego i sa zemljama na drugim kontinentima. Posebna pažnja u tekstu posvećena je sporazumu EU i Kanade (CETA) kao i budućim trgovinskim odnosima EU i Ujedinjenog Kraljevstva, nakon izlaska ove zemlje iz Unije.

* Ambasador. Ministarstvo spoljnih poslova. Stavovi izneseni u tekstu predstavljaju lično mišljenje autora. dulopand@yahoo.com.br. Rad je primljen 17.04.2018. Rad je odobren za objavljivanje 30.04. 2018.

Ključne reči: zajednička trgovinska politika, EU, slobodna trgovina, mega-regionalni sporazumi, CETA, brexit.

1. Uvod

Zajednička trgovinska politika Evropske unije je uvek predstavljala jedan od ključnih stubova na kojim se, paralelno sa carinskom unijom, zasnivala celokupna ideja kao i razvoj evropske ekonomske integracije. Na širem svetskom planu, imajući u vidu da je došlo do krize i zastoja u razvoju ekonomskog multilateralizma u okviru Svetske trgovinske organizacije, tokom poslednje decenije svedoci smo pojave novog talasa regionalnih i bilateralnih pregovora i zaključenja velikog broja trgovinskih sporazuma na regionalnom ili međukontinentalnom nivou između vodećih trgovinskih sila, kao i drugih zemalja - uključujući i pregovore o tzv. "mega-regionalnim sporazumima". Slika regulisanja međunarodnih ekonomskih odnosa time je postala znatno složenija.¹ Ove dinamične promene međunarodnog okruženja, zatim *brexit* (izlazak Velike Britanije iz EU 2019. godine), kao i nova politika Trampove administracije u ovoj oblasti, otvorili su i nova pitanja u pogledu načina na koji EU reguliše svoje trgovinske i ekonomske odnose sa svetom. Evropska unija je tako tokom poslednjih godina zaključila značajne sporazume o slobodnoj trgovini (FTA), između ostalog, sa Kanadom (CETA - 2017), Japanom, Singapurom, Južnom Korejom, Ukrajinom, Gruzijom, Moldavijom i drugim, a najavila je i završetak dugotrajnih pregovora sa zemljama južnoameričke organizacije *Merkosura* (Argentina, Brazil, Paragvaj i Urugvaj) kao i sa Meksikom. Osim toga, posebno važno pitanje u okviru pregovora o izlasku Velike Britanije iz EU je i pitanje budućeg regulisanja ekonomskih, odnosno trgovinskih odnosa ove zemlje sa Unijom.

Pre nego što se posvetimo pregledu i sadržaju sporazuma EU zaključenih u poslednje vreme, ukazaćemo na osnovne elemente evropskog prava koje se odnosi na nadležnosti EU u oblasti spoljnoekonomskih i trgovinskih odnosa.

¹ V. WTO, *Recent developments in regional trade agreements*, January-June 2017, p. 3, https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/rtajan-june17_e.pdf, pristupljeno 20.5.2018. Peter-Tobias Stoll, "Mega regionals, Challenges, Opportunitites, and Research questions", in: Thilo Rensman, ed, *Mega Regional Trade Agreements*, Springer, 2017, pp. 3-27. Mario Telo, *L'Europe en crise et le monde*, EUB, 2016, p. 217. Vlatka Bilas, Sanja Franc, "The effects of mega regional trade agreements on the multilateral trading system", *Časopis za ekonomiju i tržišne komunikacije*, VI, br. II, 2016, str. 212-232. World Economic Forum, *Mega-regional trade agreements, Game-changer or costly distractions from the World Trading System?*, WEF, 2014, p. 50.

2. Nadležnosti i razvoj Evropske unije u pitanjima spoljnotrgovinskih odnosa

Zajednička trgovinska politika (ZTP) je jedna od najstarijih politika Evropske zajednice, predviđena još Rimskim ugovorom, kao prirodan nastavak formiranja carinske unije i zajedničkog tržišta između tadašnje "šestorice" članica EEZ-a.² Kao tržište koje predstavlja skoro trećinu svetske trgovine (ako tu računamo i interno tržište EU) EU se vrlo rano afirmisala u međunarodnim odnosima zaključivanjem serije različitih trgovinskih sporazuma – od preferencijalnih sporazuma sa susedima i sa zemljama u razvoju, do raznih multilateralnih aranžmana u okviru Svetske trgovinske organizacije, čija je EU punopravna članica (kao i sve države članice). Za razvoj ZTP-a posebno je bilo važno zaokruživanje zajedničke carinske tarife (1968. godine), kao i stvaranje "jedinstvenog tržišta" 1992. godine. ZTP predstavlja neku vrstu prirodnog produžetka carinske unije zemalja EU na međunarodnom nivou. Ona je jedna od retkih politika gde EU ima "isključivu nadležnost", što znači da su države članice prenele svoja suverena prava oko pregovaranja i zaključivanja međunarodnih trgovinskih aranžmana na Uniju. Drugim rečima, države članice nemaju nikakvu mogućnost da samostalno pregovaraju ili zaključuju carinske ili trgovinske sporazume sa trećim zemljama.³

U 2017. godini EU je izvezla i uvezla robe u vrednosti od ukupno 3.735 milijardi evra. U 2013. godini zabeležila je 523 milijarde evra stranih investicija (poreklom izvan EU). Glavni trgovinski partneri EU su SAD, Kina, Švajcarska, Rusija, Norveška, Japana i Južna Koreja.

Osnovni instrumenti ZTP-a su zajednička carinska tarifa, zaštitne mere (mere antidampinga i mere protiv subvencija), mere kojim se obezbeđuje bolji pristup tržištima trećih zemalja, kao i međunarodni bilateralni i multilateralni sporazumi. Nakon zaključenja *Lisabonskog ugovora* o EU (2007. godine) obim ZTP-a je proširen i na pitanja kao što su: pitanja direktnih stranih investicija i

² O istorijatu i razvoju ZTP v. Duško Lopandić, *Trgovinska politika Evropske unije i Jugoslavija*, Beograd, IEN, 1997, str. 182; Alasdair Young, "Trade Policy", in Eric Jones et al (ed), *The Oxford Handbook of the EU*, Oxford, 2012, pp. 422-444; Patrick Messerlin, Pierrwe Bourlanger, "La politique commerciale", in Rene Dehousse (ed), *L'Union européenne*, La Documentation française, Paris, 2014, pp. 289-301. Vladimir Međak i dr., *Vodič kroz evropske politike – Trgovina*, EPUS, Beograd, 2011, str. 198.

³ V. Radovan Vukadinović, *Uvod u institucije i parvo EU*, UEP, Karagujevac, 2012, str. 237 i dalje; Zoltan Horvath, Balint Odor, *The Union after Lisbon, The Treaty reform of the EU*, Hvgorac, Budapest, 2010, str. 223-227; Dominic McGoldrick, *International Relations Law of the EU*, Longman, London, 1997, p. 40 i dalje; Miroslav Jovanović, *Evropska ekonomska integracija*, Ekonomski fakultet, Beograd, 2004, str. 383-515.

određene usluge koje su pre toga bile isključene iz ZTP-a (usluge iz oblasti kulture i audiovizuelne usluge, usluge socijalnog karaktera, obrazovanje, zdravstvene usluge).

U toku poslednjih decenija, znatno se promenio međunarodni i nacionalni kontekst trgovinske politike. Ranije su pitanja uticaja visina carina ili necarinskih mera na promet roba bila glavna pitanja trgovinskih sporazuma. Tokom poslednjih decenija, međutim, usluge čine više od 70% BNP-a u EU i drugim razvijenim zemaljama, tako da su se fokus trgovinske politike i pitanja o kojima se pregovara znatno izmenili. Danas su razne mere regulatornog karaktera (uredbe o uslovima poslovanja, pristupa tržištu i slično, pravila o bezbednosti proizvoda, kao i hrane, standardi i tehnička pravila itd.) glavne prepreke razmene. Osim toga, od sredine prošle decenije došlo je do zastoja pregovora u okviru STO-a (Doha runda) tako da su se SAD, kao i EU i druge razvijene zemlje preorijentisale, pa su umesto multilateralnih sporazuma u STO-u, usmerile na pregovore o zaključenju bilateralnih sporazuma sa velikim, odnosno sa glavnim ekonomskim partnerima.⁴

Poslednja strategija Evropske komisije u oblasti trgovinske politike usvojena je krajem 2015. godine pod nazivom "*Trgovina za sve*".⁵ U dokumentu, EK ukazuje na značaj trgovine za privredni rast i obavezuje se na transparentnije informisanje tokom procesa priprema za pregovore i odlučivanja o trgovinskim sporazumima. EK, takođe, ukazuje da trgovinski pregovori u novijem periodu obuhvataju posebno i javne nabavke, pitanja konkurencije i državne pomoći, kao i sanitarne i fitosanitarne prepreke. Najavljuje se davanje većeg naglaska u pregovorima na trgovinu uslugama, digitalnu privredu, zaštitu intelektualne svojine (inovacija) i slično. U procesu priprema pregovora, i tokom pregovaranja, više će se uzimati u obzir stavovi Evropskog parlamenta, kao i civilnog društva. Posebno se naglašava uspeh sporazuma o slobodnoj trgovini sa Južnom Korejom (iz 2011. godine). Potvrđujući podršku EU nastavku pregovora u okviru STO-a, EK je, takođe, najavila veći naglasak na bilateralnim pregovorima, posebno sa: SAD-om (Transatlantski trgovinski sporazum - TTIP), Kanadom, Japanom (sporazum o slobodnoj trgovini), Kinom (sporazum o investicijama), zemljama

⁴ O novijem razvoju STO videti Bojana Todorović, *Zašto Srbija treba da uđe u STO*, FES, Beograd, jun 2017, str. 8. UNCTAD, *Evolution of the international trading system and its trends from a development perspective*, TD/B/64/5, Geneva 3 July 2017, p. 21. Stefan Griller, ed, *At the Crossroads, the World trading system and the Doha Round*, Springer, Wien New York, 2007, p. 407.

⁵ European Commission, *Trade for All, Towards a more responsible trade and investment policy*, Luxembourg, 2015, p. 36.

ASEAN-a, Tajvanom i Hong Kongom, Turskom, kao i sa zemljama Južne Amerike i Afrike.

Pregovori o TTIP-u sa SAD-om, najavljavani kao ključni projekt nove faze spoljnoekonomskih odnosa EU sa svetom,⁶ izazvali su, međutim, i dosta otpora i kontroverzi u javnosti EU, posebno u nekim zemljama članicama. Evropska komisija, kao glavni pregovarač, unapred je kritikovana da je spremna da u sporazum uključi i rešenja kojima će se na "mala vrata" na tržištu EU olakšati komercijalizacija američkih proizvoda, posebno prehrambenih, koji imaju niži stepen zaštite potrošača (genetički modifikovani organizmi, juneće meso tretirano hormonima i slično). Takođe, ukazivano je da bi rešenjima o arbitraži, velike svetske (odnosno američke) multinacionalne kompanije bile proceduralno izjednačene sa državama i da bi na neki način imale pravo veta na promene zakonodavstva u EU koje bi dovodilo u pitanje njihove profite. Veliki otpor prema TTIP-u, koji postoji iz drugih razloga i u SAD-u (protekcijonizam), usporio je pregovore i smanjio perspektivu zaključenja sporazuma. Nakon izbora predsednika SAD-a, Donalda Trampa, koji je u prvi plan stavio pitanja protekcijonizma i američkog deficita sa EU, pregovori o TTIP-u su praktično zamrznuti.

3. Pregled sporazuma Evropske unije u oblasti zajedničke trgovinske politike - preferencijalni i nepreferencijalni sporazumi

Međunarodni trgovinski sporazumi se u načelu dele na *nepreferencijalne* - sporazume koji su deo sistema STO (klauzula najvećeg povlašćenja) i *preferencijalne* - sporazume o slobodnoj trgovini (regionalni sporazumi) koji se takođe notifikuju u STO, ali koji bi u načelu trebalo da dobiju posebno odobrenje od STO, kao izuzeci od klauzule najvećeg povlašćenja (carinske unije, zone slobodne trgovine i sl.). Računa se da EU ima ukupno preko 700 različitih ekonomskih aranžmana (koji imaju indirektnu ili direktnu vezu sa trgovinom) zaključenih sa 168 zemalja i koji se ne mogu svrstati u jedinstvenu kategoriju, jer mnogi sporazumi pokrivaju i druga pitanja (politička, ekonomska saradnja i sl.)

⁶ O TTIP-u videti sajt EK: <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/about-ttip/>. Videti, takođe, E. Fabry, "Fear of TTIP, Globalisation or a Middle class downgrade?", *Tribune Viewpoint*, maj 2016, Notre Europe, J. Delors Institute, <http://www.institutdelors.eu/media/fear-ttip-fabry-jdi-maj16.pdf?pdf=ok>; "TTIP: Tout savoir sur le Traité de libre échange transatlantique", *Le Huffington Poste*, 19. maj 2014, http://www.huffingtonpost.fr/2014/05/19/ttip-traite-libre-echange-europe-etats-unis_n_5336832.html.

ili su samo sektorskog tipa (ribarstvo, transport, standardi i sl.).⁷ Većina uvoza u EU se obavlja pod preferencijalnim uslovima. Prema nekim procenama, EU ukupno ima 41 zaključen preferencijalni sporazum (uključujući one koji se primenjuju na privremenoj osnovi i sl.).

U okviru bilateralnih preferencijalnih sporazuma nalaze se sporazumi o pridruživanju sa: zemljama EFTA (Evropski ekonomski prostor), zemljama Zapadnog Balkana (sporazumi o stabilizaciji i pridruživanju), nekim zemljama istočne Evrope ("produbljeni i sveobuhvatni" sporazumi o slobodnoj trgovini sa Moldavijom, Ukrajinom, Gruzijom), mediteranskim zemljama (Meditranska unija), zemljama u razvoju itd.

Imajući u vidu šire kategorije, sporazume EU koji se odnose na pitanja zajedničke trgovinske politike, možemo svrstati na sledeći način:

Preferencijalni sporazumi koji obuhvataju stvaranje zone slobodne trgovine

Evropa

- Sporazum o evropskom ekonomskom prostoru (Norveška, Island, Lihtenštajn),
- Sporazum o zoni slobodne trgovine, sa dodatnim sporazumima koji se odnose na četiri slobode kretanja (Švajcarska),
- Sporazum o pridruživanju koji obuhvata i (delimičnu) carinsku uniju (Turska),
- Sporazumi o slobodnoj trgovini (SSP) zaključeni u okviru procesa stabilizacije i pridruživanja zemalja zapadnog Balkana (Srbija, Makedonija, Albanija, BiH, Crna Gora, specifičan SSP sa tzv. Kosovom),
- Sporazumi sa zemljama istočnog partnerstva koji obuhvataju i tzv. "duboku i sveobuhvatnu slobodnu trgovinu" (Moldavija, Ukrajina i Gruzija),
- Sporazumi (carinska unija) sa "mini zemljama" i teritorijama (Andora, San Marino, Monako, Farska ostrva).

Mediteran

⁷ House of Commons, *Continuing application of EU trade agreements after Brexit*, first session 2017-2019, HC 590, 7. March 2018. p. 9.

- Mediteranski sporazumi o pridruživanju (Alžir, Egipat, Izrael, Jordan, Liban, Maroko, Tunis, Palestinske vlasti),
- U toku su pregovori o produbljavanju slobodne trgovine putem "dubokih i sveobuhvatnih sporazuma o slobodnoj trgovini" (sa Marokom i Tunisom).

Afrika, Karibi, Pacifik (sporazumi o ekonomskom partnerstvu, sporazum iz Kotonua sa grupom od 78 država). U toku su pregovori o slobodnoj trgovini sa pojedinim regionalnim organizacijama u Africi i Latinskoj Americi.

Amerika

- Kanada (CETA -Sveobuhvatni ekonomski i trgovinski sporazum),
- Čile, Meksiko, Kolumbija, Ekvador, Peru, Centralna Amerika (sporazumi o slobodnoj trgovini),
- U toku su pregovori o slobodnoj trgovini sa Meksikom (novi sporazum) i zemljama Merkosura (Brazil, Argentina, Urugvaj i Paragvaj).

Azija i Australija

- Japan (sporazum o ekonomskom partnerstvu), Vijetnam, Singapur, Južna Koreja,
- U toku su pregovori o slobodnoj trgovini sa Indijom, zemljama ASEAN-a (Indonezija, Malezija, Tajland, Filipini),
- Najavljeni su pregovori o slobodnoj trgovini sa Australijom. U toku su pregovori sa Novim Zelandom.

Nepreferencijalni sporazumi (zasnovani na klauzuli (STO) "najvećeg povlašćenja")

- Sporazumi o saradnji i partnerstvu sa zemljama zone bivšeg SSSR (Rusija, Belorusija, Armenija, Azerbejdžan, Kirgistan, Kazahstan, Tadžikistan, Uzbekistan),
- Sporazum o trgovini i saradnji i sektorski sporazumi sa Kinom (o investicijama, uslugama, "zelenim proizvodima" - ukupno oko 24).

Imajući u vidu da su pregovori sa Kanadom (kao "priprema" za pregovore EU i SAD) tokom poslednjih godina privlačili posebnu pažnju i izazvali određene kontroverze, u narednom poglavlju osvrnućemo se detaljnije na novi sporazum EU i Kanade (CETA).

4. Studija slučaja: sporazumi između EU i Kanade kao novi oblik ekonomskog i trgovinskog sporazuma opšteg karaktera

Sporazum o slobodnoj trgovini Evropske unije sa Kanadom predstavlja noviju generaciju ekonomskih i trgovinskih sporazuma, čija sadržina potvrđuje nove trendove međunarodne regulative u ovoj oblasti. Radi se, kako je već pomenuto, o pojavi tzv. "*mega-regionalnih trgovinskih sporazuma*" koji predstavljaju delimičnu zamenu za dosadašnji multilateralni sistem koji reguliše na jedinstven način STO⁸ i koji su u različitim stepenima pregovora, poput TPP (Transpacifičko partnerstvo između zemalja Pacifika uključujući Australiju, Kanadu, Japan, Meksiko i dr.),⁹ TTIP (pregovori EU i SAD) i RCEP (kineski sporazumi o regionalnom partnerstvu). U literaturi se ističe da se u slučaju sporazuma EU i Kanade radi o "*najboljem, najnaprednijem i najambicioznijem*" trgovinskom sporazumu nove generacije, koji je istovremeno trebalo da bude i prethodnica trenutno zamrznutom sporazumu EU i SAD (TTIP).¹⁰

EU i Kanada su još 1976. godine zaključile prvi, nepreferencijalni sporazum o ekonomskoj saradnji, a 1990. deklaraciju o transatlanskim odnosima, zamenjenu 1996. posebnom *političkom deklaracijom* o odnosima uz koju je usvojen i poseban "zajednički akcioni plan". U međuvremenu, zaključeni su i sektorski sporazumi o vazdušnom saobraćaju, saradnji carinskih uprava, kao i o veterinarskoj saradnji. Dve strane su otpočele pregovore o zaključenju sporazuma o slobodnoj trgovini – CETA¹¹ - 2009. godine. Pregovori o CETA sporazumu su završeni u 2014. godini, a sporazum je potpisan u oktobru 2016. godine.

CETA sporazum ima preko 400 stranica osnovnog teksta (bez aneksa i protokola),¹² odnosno ukupno oko 1.600 strana i podeljen je na trideset poglavlja

⁸ Videti Chad P. Bown, *Mega regional trade agreements and the future of the WTO*, Council on Foreign Relations, 2016, p. 16, file:///C:/Users/Dusko/Downloads/Discussion_Paper_Bown_Mega-Regionals_OR.pdf. Preuzeto 20. maj 2018.

⁹ TPP je bio potpisan 2016. godine, ali nije stupio na snagu. SAD su nakon dolaska Donalda Trampa na vlast odustale od članstva u TPP. Ostali potpisnici su otpočeli nove pregovore o sporazumu nazvanom "Sveobuhvatan i napredan sporazum o trans-pacifičkom partnerstvu".

¹⁰ Eliane Fahey, "CETA and Global governance Law: What kind of model agreement is it really in Law?", *European papers*, Vol. 2, 2017, No. 1, pp. 293-302. http://europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2017_1_007_Elaine_Fahey_0.pdf, Pristupljeno 10. maj 2018.

¹¹ Comprehensive economic and trade agreement.

¹² Videti <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10973-2016-INIT/en/pdf>. pristupljeno 15. maj 2018.

koja obuhvataju veoma širok krug ekonomskih pitanja, kao i institucionalne odredbe i pitanje rešavanja sporova. Sporazum sadrži i 30 aneksa, kao i niz protokola. Sporazum je označen kao nova generacija - tzv. "STO plus" - sporazuma koji obezbeđuje između dve strane slobodnu razmenu roba, kapitala, radnika i usluga u različitim obimima liberalizacije. Tako npr. sporazumom CETA dve strane ukidaju oko 98% carina u međusobnoj trgovini.

CETA sporazum sadrži odredbe, između ostalog, o sledećim pitanjima: carinska liberalizacija, tehničke prepreke u trgovini (TPT), sanitarne i fitosanitarne mere, trgovinske olakšice (*trade facilitation*), pitanje stranih investicija (poglavlje 8 sporazuma), trgovina uslugama, kretanje fizičkih lica koja se bave preduzetništvom, uzajamno priznavanje kvalifikacija, finansijske usluge, pomorske usluge, telekomunikacije, elektronska trgovina, konkurencija, državni monopoli, javne nabavke, intelektualna svojina, održivi razvoj, životna sredina i trgovina, rešavanje sporova, institucionalne odredbe.¹³

CETA je tokom procesa pregovora, a posebno uoči zaključenja sporazuma, izazvao i mnoge kritike i kontroverze u javnosti. Posebno je kritikovana netransparentnost samog procesa pregovora (Evropska komisija je objavila pregovaračke direktive tek uoči zaključenja sporazuma i nakon velikih protesta javnosti u nekim državama članicama). Posebne kritike odnosile su se na deo sporazuma koji se odnosi na investicije, jer predviđa sasvim specifičan način rešavanja sporova, ne između potpisnika sporazuma - EU i Kanade - nego između budućih investitora i javnih vlasti. Kritičari sporazuma su ukazivali da se njime daju isuviše velika prava investitorima - multinacionalnim kompanijama i fondovima, koji će biti u mogućnosti da utiču čak i na zakonodavstvo u EU i u Kanadi. Sporazum je tumačen i kao opasnost za propise u pitanjima zaštite životne sredine, odnosno kao način da se uoči pregovora EU i SAD (o sporazumu TTIP) javnost u EU pripremi da se "na mala vrata" prihvate mnoga liberalna rešenja u SAD u oblastima standardizacije, zaštite potrošača ili životne sredine, koja odstupaju od viših standarda kakvi postoje u Evropi. Oko 3,5 miliona ljudi u EU je potpisalo peticiju protiv sporazuma. Pitanje zaključenja CETA sporazuma je postalo do te mere kontroverzno da je vlada regiona Valonije (kao dela Belgije

¹³ Detaljniji pregled i analizu sporazuma videti na sajtu Evropske komisije <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/>. Preuzeto 12. Maj 2018. V. takođe European Commission, *Guide to the CETA*, Luxembourg, 2017, p. 40.

koji daje saglasnost na neke odredbe iz međunarodnih sporazuma) jedno vreme odbijala da se saglasi da Belgija prihvati sporazum.¹⁴

Imajući u vidu da je sporazum "mešovitog" karaktera, odnosno da je zaključen, osim od strane Kanade, kako u ime EU u celini, tako i od strane svih 28 država članica EU, za njegovu punu primenu potrebno je da bude ratifikovan u svim državama EU.¹⁵ U međuvremenu, sporazum se primenjuje delimično na privremenoj osnovi od septembra 2017. godine.

5. Bregzit i pitanje buduće trgovine između EU i Velike Britanije

Nakon referenduma održanog u junu 2016. godine, Ujedinjeno Kraljevstvo je na osnovu člana 50 Lisabonskog ugovora o osnivanju EU otpočelo pregovore o uslovima izlaska ove države iz članstva u Uniji. UK će krajem marta 2019. formalno prestati da bude članica EU, uz prelazni period do kraja 2020. godine. Na početku pregovora o izlasku (kraće *bregzit*) EU je zatražila da se kao prethodno dogovore tri pitanja: status državljana jedne i druge strane koji žive u EU, odnosno u UK, budžetska pitanja (uslovi finansijskog doprinosa UK budžet EU tokom i nakon *bregzita*), kao i način regulisanja prelaska granice Irske i Severne Irske (posebno u pitanju izvoza/uvoza roba) nakon *bregzita*.

Ovo poslednje pitanje je direktno povezano sa uslovima regulisanja budućih trgovinskih i ekonomskih odnosa UK i EU. Imajući u vidu da je britanska vlada odbacila ideju da budući odnosi budu zasnovani na principu ostajanja UK u jedinstvenom tržištu EU, niti na sporazumu o carinskoj uniji, i dalje je otvoreno pitanje kako će se konkretno urediti sistem kontrole prelaska granice između EU i UK na irskom ostrvu (koja je sada praktično "nevidljiva") a da ne dođe do povratka na tzv. "tvrdu kontrolu" od strane carinskih i drugih pograničnih organa, odnosno stvaranja fizičke granice (koja sada ne postoji). Izlazak UK iz EU takođe otvara pitanje regulisanja budućih trgovinskih odnosa UK sa drugim državama, imajući u vidu da je još sa ulaskom u EEZ (1973) Evropska zajednica

¹⁴ Sinteza raznih kritika data je u tekstu, CEO, *The great CETA swindle, Issues Brief*, November 2016, p. 16.

¹⁵ O novijoj praksi Suda pravde EU u pitanju nadležnosti EU u zajedničkoj trgovinskoj politici i "mešovitim sporazumima", videti mišljenje Suda br. 2/15 koje se odnosi na sporazum o slobodnoj trgovini EU i Singapura, Fernando Catillo de la Torre, "The Negotiations of EU s FTAs following Opinion 2/15 of the CJEU", in Isabelle Bosse Platiere et al (ed), *TTIP and Beyond*, http://www.lawttip.eu/uploads/files/LAwTTIP_WP%202017_1_FINAL.pdf, pristupljeno 14. Maj 2018. Guillaume van der Law, "The Court's opinion on the EU-Singapore FTA", *Policy Insight* No. 2017/17, May 2017, p. 12.

(tj. unija) bila ta koja više od četiri decenije uređuje spoljnotrgovinske odnose Velike Britanije.

U načelu, navode se sledeće teorijske mogućnosti budućeg regulisanja trgovinskih odnosa EU i UK:

- Sporazum sličan "evropskom ekonomskom prostoru" (ili tzv. *norveški scenario*),
- Specifičan sporazum o zoni slobodne trgovine (ZST) - kao što je "duboki i sveobuhvatni sporazum o trgovini",
- Ukoliko ne bi bio sklopljen novi bilateralni sporazum, odnosi EU i UK bi bili regulisani u okviru STO (bez posebnog sporazuma o ZST, odnosno na osnovu klauzule najvećeg povlašćenja),
- najzad, teorijski, bilo bi moguće i da UK jednostrano u potpunosti liberalizuje svoju trgovinu prema celom svetu, pa time i prema EU, kako predlažu neki ekonomisti (što je nerealan predlog).¹⁶

U svom govori iz marta 2018. britanska premijerka Tereza Mej je do sada najpreciznije objasnila ciljeve UK kada je u pitanju ekonomska saradnja sa EU nakon prelaznog perioda (posle 2020). Mej je odbacila mogućnost da UK ostane na bilo koji način u okviru jedinstvenog tržišta ili carinske unije sa EU. Ona je posebno naglasila nastojanje UK da na svaki način izbegne nadležnost Suda pravde EU u budućem aranžmanu. S druge strane, Mej je odbacila i mogućnost da budući sporazum sa EU bude sličan sa CETA, koji je prema njenim rečima neodgovarajući za stepen saradnje i trgovinske integracije koju UK ima sa ostalim članicama Unije. Mej je kao britanski cilj istakla nameru da se postigne "*ekonomsko partnerstvo koje pokriva što više sektora i oblasti - više nego bilo koji sporazum o slobodnoj trgovini u svetu*".¹⁷ Prema komentaru govora koji je dao M. Emerson, direktor intituta CEPS u Briselu, stavovi Tereze Mej bi bili najbliži zaključenju jedne vrste "*dubokog i sveobuhvatnog sporazuma o slobodnoj trgovini*", koji bi mogao biti ekonomski deo još šireg sporazuma o pridruživanju EU i UK.¹⁸ Krajem maja 2018. godine britanska vlada je objavila svoj okvirni predlog o

¹⁶ Videti Warwick Lightfoot et al, *Global champion, The case for unilateral free trade*, London, A Policy Exchange, February 2018, p. 52. European Parliament, *Future trade relations between the EU and the UK: options after Brexit*, study, March 2018 -PE 603.866, p. 52.

¹⁷ V. govor Tereze Mej na <https://www.gov.uk/government/speeches/pm-speech-on-our-future-economic-partnership-with-the-european-union>. Pristupljeno 20. maja 2018.

¹⁸ Michael Emerson, *Theresa May's Deep and Comprehensive Free Trade Agreement*, Commentary, CEPS, Brussels, 6. March 2018.

budućem sporazumu o "ekonomskom partnerstvu" sa EU u kom je predložila zaključenje sporazuma o slobodnoj trgovini koji bi obuhvatio "više sektora nego bilo koji drugi sporazum o slobodnoj trgovini", uključujući i pitanja finansijskih usluga, energetike, transporta kao i digitalizaciju.¹⁹

Iako su pregovori o brezzitu još u toku, možemo sa dosta verovatnoće očekivati da će dve strane pronaći odgovarajući model sa ciljem da se zadrži visok stepen trgovinske razmene i ekonomske saradnje, kakav danas postoji između UK i EU. Imajući takođe u vidu da će UK biti u prilici da ponovo pregovara trgovinske sporazume sa velikim brojem zemalja sveta, može se očekivati da će njeni odnosi sa manjim zemljama, poput Srbije uglavnom biti slični ili identični (po sadržaju) onome što predviđa u trgovinskoj oblasti sporazum o stabilizaciji i pridruživanju EU i Srbije.

6. Zaključak

Savremena ekonomija se vrlo brzo menja pod uticajem razvoja novih tehnologija, posebno interneta, globalizacije, promena geoekonomske odnosa u svetu (uspon Azije, posebno kineske privrede), uticaja finansijskih tržišta na svetsku privredu i razvoja novih vidova usluga. Stoga je prirodno da dolazi i do adaptacije i izmena u načinu institucionalnog regulisanja međunarodne trgovine, čiji odraz predstavlja nova generacija trgovinskih sporazuma, u prvom redu "megaregionalnih sporazuma".

U celini, primetna je evolucija trgovinskih odnosa EU koja je odraz širih kretanja u međunarodnim trgovinskim odnosima. Može se konstatovati intenziviranje i proširenje sporazuma o slobodnoj trgovini različitog tipa, koje EU sada zaključuje, ne samo sa zemljama u okruženju kao nekada (Evropa, Mediteran) nego i sa zemljama na drugim kontinentima. Zbog blokade procesa multilateralnih pregovora u STO tokom poslednjih godina i decenija, broj bilateralnih sporazuma se povećava. I dok su nekada sporazumi o slobodnoj trgovini bili izuzetak, a sporazumi zasnovani na klauzuli najvećeg povlašćenja (nepreferencijalni sporazumi) predstavljali pravilo, danas je trend obrnut. Pri tome, sadržina novijih sporazuma o slobodnoj trgovini, sve više se usmerava na pitanja koja se ne odnose na ukidanje carina, nego na pitanja usluga, kao i na različite mere regulativnog karaktera (necarinske prepreke) od kojih zavisi slobodnija razmena roba ili usluga. Imajući u vidu međunarodne trendove kao i

¹⁹ HM Government, *Framework for the UK-EU partnership, Economic partnership*, May 2018, p. 21.
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/710817/ECONOMIC_PARTNERSHIP_-_FINAL.pdf.

evoluciju u EU, moglo bi se očekivati da se gore navedeni trendovi u evoluciji zajedničke trgovinske politike Unije u narednim godinama dalje pojačaju.

Duško Lopandić

The Common Common Commercial Policy of the European Union and New Generation of Free Trade Agreement

Summary

The article analyzes the development of a Common EU trade policy over the past decades. Very dynamic changes in international trade over recent years have raised new questions about the way in which the EU regulates its trade and its economic relations with the world. Bearing in mind that there has been a crisis and a stalemate in the development of economic multilateralism within the World Trade Organization, we witnessed during the last decade the emergence of a new wave of negotiations and the conclusion of a large number of free trade agreements at the regional or intercontinental level, especially "mega-regional agreements". Overall, the evolution of EU trade relations is a reflection of widespread trends in international economic relations. It can be noted that there is an intensification and expansion of free trade agreements of a different type, which the EU now concludes, not only with countries in surrounding regions as it once was the case (wider Europe, the Mediterranean), but also with number of countries from other continents. Special attention has been paid in the text to the EU-Canada Agreement (CETA) as well as to the future trade relations between the EU and the United Kingdom after the country's exit from the Union.

Keywords: common commercial policy, EU, free trade, mega-regional agreements, CETA, brexit.

Mirela Župan*

UDK 347.637(497.5)

Martina Drventić**

str. 63-83.

KINDESENTFÜHRUNG VOR KROATISCHEN GERICHTEN MIT BESONDERER RÜCKSICHT AUF DIE AUS DEUTSCHLAND KOMMENDEN ANTRÄGE

I. Allgemeine Fragen

Nach der Auflösung der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawiens wurde die Republik Kroatien auf Grundlage einer Nachfolgeerklärung am 8. Oktober 1991¹ Vertragsstaat des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung² (im Folgenden: HKÜ). Neben dem Haager Übereinkommen ist Kroatien auch Vertragspartei des Übereinkommens über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern¹ vom

* Professorin für Internationales Privatrechts an der Juristischen Fakultät J. J. Strossmayer Universität Osijek, mzupan@pravos.hr. Rad je primljen 23.02.2018. Rad je odobren 10.03.2018.

** Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Juristischen Fakultät J. J. Strossmayer Universität Osijek, EUFam's Project, mdrventic@pravos.hr.

Ich danke Herrn Joseph Rumstadt (München) für die Unterstützung.

¹ Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern (verabschiedet am 19. Oktober 1996, in Kraft getreten am 1. Januar 2002); http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=70 (aufgerufen am 20. Juni 2017).

19. Oktober 1996, das am 1. Januar 2010 in Kroatien² in Kraft getreten ist. Seit dem Beitritt der Republik Kroatien zur Europäischen Union am 1. Juli 2013 findet darüber hinaus auch die Brüssel IIa-Verordnung³ in Kroatien Anwendung. Für alle drei Instrumente ist dieselbe Zentralbehörde zuständig, die innerhalb des Ministeriums für Demographie, Familie, Jugend und Sozialwesen⁴ tätig ist: Das Amt für internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Kindesschutzes und der Koordinierung der sozialen Sicherheit. Die Webseite des Ministeriums bietet leider nur sehr wenige Informationen⁵ ausschließlich in kroatischer Sprache über dieses Amt. Mehr Informationen lassen sich auch nicht auf dem *Country Profile* der Republik Kroatien auf der noch unvollständigen Webseite der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht finden.

Die kroatische Regierung hat das Gesetzgebungsverfahren hinsichtlich des Durchführungsgesetzes zum Haager Kindesentführungsübereinkommen initiiert. Eine Arbeitsgruppe wurde eingerichtet, die zurzeit einen Gesetzesentwurf (im Folgenden: Entwurf des Durchführungsgesetzes) erarbeitet.⁶

Offizielle statistische Erhebungen zu Fällen von Kindesentführung, die von der Zentralbehörde oder nationalen Gerichten bearbeitet wurden, bestehen nicht.

² Zur Ratifikationsentscheidung siehe AB Int. Übereinkommen, Nr 5/2009; http://narodne-novine.nn.hr/clanci/medunarodni/2009_07_5_50.html (aufgerufen am 13. August 2014). Zur Entscheidung über das Inkrafttreten des Übereinkommens, siehe AB Int.A 8/2009; http://narodne-novine.nn.hr/clanci/medunarodni/2009_10_8_105.html (aufgerufen am 20. Juni 2017).

³ Verordnung des Rates (EG) Nr. 2201/2003 vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 Brüssel IIa, OJ [2003] L338/1. Gesetz über die Durchführung der Verordnung des Rates (EG) Nr. 2201/2003 vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung, OG 127/2013; http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2013_10_127_2754.html (aufgerufen am 20. Juni 2017).

⁴ <http://www.mspm.hr/istaknute-teme/medjunarodna-suradnja-u-podrucju-zastite-djece/561> (aufgerufen am 20. Juni 2017).

⁵ Das einzige relevante Dokument, das auf der Webseite des Ministeriums zu finden ist, ist das standardisierte Anmeldeformular für die Kindesentführungskonvention, http://www.mspm.hr/djelokrug_aktionosti/socijalna_skrb/konvencije (aufgerufen am 20. Juni 2017).

⁶ Entscheidung über die Schaffung der Arbeitsgruppe für den Gesetzesentwurf zur Durchführung des Gesetzes über Kindesentführung, Klasse: 552-07/16-03/4; Registernummer: 519-03-3-3/1-16-2, vom 8.6.2016.

Gelegentlich werden aber wissenschaftliche Untersuchungen durchgeführt.⁷ So werden beispielsweise im Rahmen der Forschung, die durch das an der Josip-Juraj-Strossmayer-Universität in Osijek ansässige Projekt IZIP unterstützt wird, Daten und Materialien zu Kindesentführungsfällen gesammelt und ausgewertet (im Folgenden: IZIP-Studie).⁸

Forschungsperiode: 1. Juni 2013 – 1. Juni 2017

Zuständige Gerichte: Die vier (größten) Gemeindegerichte in Kroatien

Gerichtsverfahren: ex-parte-Verfahren (einige sind in Folge von Berufungen noch immer anhängig): Zagreb (6), Rijeka (5), Osijek (1), Split (1).

Gerichtsverfahren nach Staaten: Kroatien-Deutschland (insgesamt 2).

Die vorliegende Arbeit basiert auf den Resultaten der vorläufigen Untersuchungen im Rahmen des IZIP-Projektes. Neben der Darstellung von überwiegenden Tendenzen in Kindesentführungsverfahren vor kroatischen Gerichten wird hier besondere Aufmerksamkeit den aus Deutschland zugestellten Anträgen gewidmet.

II. Die mit den Gerichtsverfahren über Kindesentführung verbundenen Probleme in der Praxis

Die kroatischen Behörden, die sich mit internationaler Kindesentführung befassen, stehen vor zahlreichen Herausforderungen. Einige von ihnen sind für alle grenzüberschreitenden Streitigkeiten typisch, andere sind für familienrechtliche Streitigkeiten symptomatisch, während einige von ihnen spezifische Züge einer Kindesentführungsstreitigkeit aufweisen. Die letzteren Fälle wurden in wissenschaftlichen Arbeiten untersucht;⁹ diese waren auch Gegenstand von Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (im

⁷ Vorläufig durchgeführte Forschungen: M. Župan, S. Ledić, "Cross-border family matters - Croatian experience prior to EU accession and future expectations", 3-4 *Pravni vjesnik* (2014) p. 49-77; M. Župan, T. Hoško, "Anwendung der Hague Child Abduction Convention in SEE-Gebiet: Croatian national report", in M. Župan ed., *Private International Law in the Jurisprudence of European Courts - family at focus* (Fakultät für Rechtswissenschaften in Osijek, Osijek 2015) (pp 227-243); M. Parać Garma, "Praksa općinskih sudova u prekograničnim stvarima koje se tiču djece" [Praktiken von Gemeindegerichten in den mit Kindern verbundenen grenzüberschreitenden Sachen], präsentiert bei der Tagung "Best interest of a child in cross-border situations", Osijek, 4. April 2014.

⁸ www.pravos.unios.hr.

⁹ Župan/Ledić, *op. cit.*

Folgenden: EGMR) gegen Kroatien. Im Folgenden werden Komplikationen und Herausforderungen im Umgang mit grenzüberschreitenden Fällen des Kindesumzugs, insbesondere auch der Kindesentführung identifiziert und präsentiert.

1) Allgemeine Fragen in Bezug auf das Kindesentführungsverfahren

1.1. Allgemeine internationalprivatrechtliche Fragen

Das Gesetz über Internationales Privatrecht von 1982 (weiter im Text: IPG) ist veraltet. Einer Reforminitiative aus akademischen Kreisen aus dem Jahr 2001¹⁰ folgten 2012 entsprechende gesetzgeberische Aktivitäten. Der Entwurf eines geänderten IPG wurde im Jahr 2016 präsentiert, das Gesetzgebungsverfahren ist aber noch immer nicht abgeschlossen. Das alte Gesetz ist unklar und schwer anzuwenden, weil es seit seinem Bestehen keine Änderung oder Anpassung an die später in Kroatien in Kraft getretenen relevanten Rechtsinstrumente – die nach dem Beitritt Kroatiens zur EU anwendbaren EU-Verordnungen und das HKÜ – erfahren hat. Es ist zweifelhaft, ob und wie gut kroatische Richter den Inhalt dieser Verordnungen kennen, weil sie – obgleich sie verbindlich und unmittelbar anzuwenden sind – nicht in nationale Gesetzgebung umgesetzt werden können. Deswegen kann man von einer verworrenen Rechtslage in diesem Bereich sprechen. Dies kommt noch stärker zum Ausdruck, wenn man die Tatsache berücksichtigt, dass die Richter im Grunde genommen fast keine Erfahrung in der Anwendung der Regelungen des Internationalen Privatrechts haben, weil die Streitigkeiten aus diesem Rechtsgebiet dem Gericht viel seltener vorgelegt werden als "gewöhnliche" nationalrechtliche Streitigkeiten. Eine bislang unveröffentlichte Studie weist darauf hin, dass vor allen kroatischen Gerichten, die sich im Zeitraum von einem Jahr (Juli 2013 - Juli 2014) mit Familienangelegenheiten beschäftigten, etwa 3% aller Fälle Bezug zum internationalen Privatrecht hatten.¹¹

Eine andere mit der Rechtsprechung über die Kindesentführung verbundene allgemeine Frage ist die Anwendung des ausländischen Rechts und die Übersetzung relevanter Systembegriffe. Die gefällten Urteile zeigen, dass die Regelungen des IPG (sowohl im Rahmen des Internationalen Rechts als auch des

¹⁰ K. Sajko et.al. "Teze za novi zakon o međunarodnom privatnom pravu" /"Thesen zum neuen Gesetz über Internationales Privatrecht", in: K. Sajko et. al. *Izvori hrvatskog i europskog međunarodnog privatnog prava /Die Quellen des kroatischen und europäischen Internationalen Privatrechts/* (Informator, Zagreb 2001), (p. 327-340).

¹¹ Unveröffentlichte Studie von M. Župan.

Europarechts) selten oder überhaupt nicht angewandt werden, weil der grenzüberschreitende Bezug der Streitfälle meist verkannt wird. In diesen Situationen wird meistens fälschlicherweise sofort das Sachrecht angewandt.¹² Die IZIP-Studie untersuchte ein Kindesentführungsurteil, in welchem das Gericht von den Bestimmungen des Artikels 3 Absatz 2 des Haager Übereinkommens abweicht, wonach sich die Gesetzeswidrigkeit der Kindesverbringung nach dem Recht des Staates richtet, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen bzw. dem Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. In diesem Fall zog das Gericht die Artikel 91 und 92 des kroatischen Familiengesetzes (im Folgenden: FG)¹³ zur Entscheidung über die Gesetzeswidrigkeit heran. Das Gericht behauptet ausdrücklich, dass trotz dem Wortlaut des Haager Übereinkommens (HKÜ) und trotz der Tatsache, dass der letzte Wohnsitz der betroffenen Familie in Deutschland war (die Familie hatte dort keinen gewöhnlichen Aufenthalt), die Bestimmungen des kroatischen Familiengesetzes anzuwenden seien, weil die Eltern in Kroatien geheiratet haben und beide Elternteile sowie das Kind kroatische Staatsangehörige sind.¹⁴

Was die Anwendung und Ermittlung des ausländischen Rechts betrifft, verlassen sich kroatische Richter auf die traditionelle Weise der Feststellung des anzuwendenden Rechts über diplomatische Kanäle. Diese Methode ist zeitaufwendig und veraltet und gefährdet eine effiziente Verfahrensökonomie.¹⁵ Die Republik Kroatien hat noch keinen Richter für das Internationale Haager Richternetzwerk (im Folgenden: IHNJ) bestimmt. Auch das Europäische Richternetzwerk ist nicht besonders aktiv in Kroatien. Im Übrigen wird die Verantwortung für internationale richterliche Zusammenarbeit durch die einschlägigen Gesetze (insbesondere das Gerichtsgesetz)¹⁸ der Gerichtsadministration, hierbei vor allem dem jeweiligen Gerichtspräsidenten übertragen. Es gibt also keine Bestimmungen, die eine unmittelbare Kommunikation zwischen kroatischen und ausländischen Gerichten ermöglichen oder unterstützen, aber desgleichen gibt es auch keine, die sie verbieten. Eine diesbezügliche faktische Erschwernis liegt möglicherweise in der Tatsache, dass die Richter in ihrer Entscheidungsfindung an den konkreten Sachverhalt

¹² Kroatischer Bericht über vorbildlichen Praktiken, <http://www.eufams.unimi.it/category/research-outputs/>.

¹³ AB Nr. 103/15.

¹⁴ Gemeindegerecht Rijeka Nr. R1Ob-649/16, 16.6.2017.

¹⁵ M. Župan, Foreign law before Croatian authorities – at the cross-roads?, Yuko Nishitani (eds.) Application and proof of foreign law, (in English) Springer (93-111).

gebunden sind. Deshalb muss über Fragen ausländischen Rechts Beweis erhoben und eine dahingehende direkte Kommunikation mit einer Behörde eines anderen Staates durch den Richter in der Gerichtsakte schriftlich festgehalten werden.¹⁶ Keiner der für die IZIP-Studie untersuchten Akten enthält einen entsprechenden Vermerk über die Kommunikation mit ausländischen Behörden.

Ein weiteres allgemeines Problemfeld in der Rechtsprechung über Kindesentführung tut sich in der Tatsache auf, dass das kroatische IPGausschließlich Staatsangehörigkeit und Wohnsitz als Anknüpfungsmomente heranzieht. Diese lassen sich durch das Gericht ohne Weiteres feststellen, weil diesbezüglich der Urkundenbeweis genügt. Im Gegensatz zu diesen mechanischen Regelungen des IPG, verlangt die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthaltes eine tatsachenbasierte Untersuchung und einen flexiblen Ansatz. Diese Diskrepanz zwischen den unterschiedlichen Anknüpfungsmomenten stellt für die Richter ein Problem dar. So wurde in den meisten bisherigen kroatischen Urteilen zu Fällen internationaler Kindesentführung durch das Gericht die Staatsangehörigkeit und der Wohnsitz des Kindes und der Parteien festgestellt, obwohl diese rechtlichen Tatsachen für den Fall im Lichte des europäischen und staatsvertraglichen internationalen Privatrechts überhaupt nicht relevant sind.¹⁷

Die nationalen richterlichen Entscheidungen in die akademische Forschung einzubeziehen, gestaltet sich schwierig, da die gerichtlichen Dokumente in Familienstreitigkeiten angesichts der umstrittenen Bestimmung zur Anonymisierung von Gerichtsentscheidungen¹⁸ nur selten veröffentlicht werden,¹⁹ obwohl die kroatischen Gerichte an sich dazu verpflichtet sind, ihre Entscheidungen anonymisiert online der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen.

¹⁶ Artikel 57 der Gerichtlichen Geschäftsordnung, AB Nr. 37/14 und 49/14. Regelungen über gerichtliche Kommunikation bestehen aber innerhalb des IHNJ; mehr in: Ph. Lortie, "Direct Judicial Communications and the International Hague Network of Judges under the Hague 1980 Child Abduction", in M. Župan ed., "Private International Law in the Jurisprudence of European Courts – Family at Focus", Faculty of Law in Osijek, Osijek 2015 (137-159).

¹⁷ Z.B. Gemeindegerecht Rijeka Nr. R1Ob-649/16, 16.6.2017.

¹⁸ Entscheidung des Obersten Gerichtshofs über die Anonymisierung der Gerichtsentscheidungen vom 31.12.2003, ergänzt durch die Entscheidung des Justizministeriums vom 23.1.2015, zugänglich: <https://pravosudje.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Dodaci%20uz%20vijesti/e-Oglasna%20plo%C4%8Da/Odluka%20ministra%20o%20anonimizaciji%20odluka%20i%20drugih%20pismena.pdf>.

¹⁹ Online verfügbare Streitfälle wurden gesammelt und wo es angemessen war verarbeitet und im Datenbestand des Eufams-Projektes gespeichert. <http://www.eufams.unimi.it/category/database/>.

1.2. Gerichtssystem

Bis zum Jahr 2015 bestand das Gerichtssystem der Republik Kroatien aus 67 Gemeindeggerichten, die für die Kindesentführungsfälle in erster Instanz zuständig waren, und 15 Bezirksgerichte (Gespanchaftsgerichte) als Berufungsgerichte für diese Streitigkeiten.

Die Reform des Gerichtssystems ist am 1. Juli 2015 in Kraft getreten. Heute gibt es nur 22 Gemeindeggerichte und 15 Gespanchaftsgerichte, von welchen nur drei als Berufungsgerichte in Familienrechtsachen tätig sein können.²⁰ Was die innere Organisation der Gemeindeggerichte betrifft, gibt es spezialisierte Gruppen der Familienrechtsrichter nur bei den Gerichten in Zagreb, Split und Rijeka, die für Streitfälle im Bereich des Familienrechts einschließlich Kindesentführungsfällen zuständig sind. Andere Gemeindeggerichte haben keine formelle Spezialisierungen in ihren zivilrechtlichen Einheiten. Einige der größeren Gerichte organisieren sich informell in Arbeitsgruppen. Eine solche Einteilung ist aber weder verpflichtend, noch zieht sie Spezialisierungsmöglichkeiten für die Richter nach sich. Auch wenn die nötige Infrastruktur vorhanden ist, bemängelt das richterliche Personal das Fehlen informationstechnischer und (fremd)sprachlicher Weiterbildungsmöglichkeiten. Solche Fremdsprachenkursangebote für Richter sind aber sehr zu empfehlen, weil sie helfen, die ausländische Gerichtspraxis (zugänglich auf INCADAT), kennen zu lernen, um eine internationale Einheitlichkeit erreichen zu können, wie sie durch die Konvention und die Verordnung vorgesehen ist.

Eine Spezialzuständigkeit der Gerichtsbarkeit könnte angesichts der kroatischen Verhältnisse der Gerichtslandschaft zweckmäßig sein. Die Spezialzuständigkeit würde den Zugang zum Gericht nicht beeinträchtigen, weil Kroatien ein relativ kleines Land ist, und eine Zuständigkeitsbeschränkung auf vier Gerichte (in Zagreb, Osijek, Rijeka und Split) nicht als zu belastend betrachtet werden sollte. Die Spezialzuständigkeit der Gerichte ist offensichtlich ein nützliches Werkzeug, um eine höhere Leistungsfähigkeit der Gerichte in der Lösung von Fällen der Kindesentführung zu erreichen. Auch im Kontext des EU-Gerichtssystems²¹ ist dieser Ansatz nicht problematisch. So ist im Durchführungsgesetzentwurf die Spezialzuständigkeit der Gerichte auch vorgesehen, auch wenn noch nicht ganz

²⁰ Gesetz über territoriale Zuständigkeit der Gerichte, AB Nr. 128/14.

²¹ M. Župan, P. Poretti, "Concentration of jurisdiction - is functionality of judiciary becoming an obstacle to access to justice?", in: M. Vinković (ed.), *New developments in EU Labour, Equality and Human Rights Law*. (2015, Osijek), pp. (341-359).

klar ist, ob nur ein (Zagreb) oder mehrere Gerichte die Zuständigkeit behalten würden.

1.3. Verfahren

Das kroatische Familiengesetz von 2015 regelt in seinem achten Kapitel das Verfahren in familienrechtlichen Streitigkeiten mit Bezug zu Kindesrechten und -interessen einschließlich der Kindesentführung. Hierbei wird die Eilbedürftigkeit dieser Verfahren hervorgehoben. Wenn nach Ermessen des Gerichts eine mündliche Verhandlung nötig ist, sollte sie innerhalb von fünfzehn Tagen nach dem Beginn des Verfahrens stattfinden. Wenn kein Bedarf nach einer Gerichtsverhandlung besteht, sollte das Urteil innerhalb von fünfzehn Tagen gefällt werden. Wird diese Frist überschritten, muss der Präsident des Gerichts über die Gründe der Verzögerung benachrichtigt werden. Das Berufungsurteil sollte innerhalb von dreißig Tagen nach dem Tag der Einlegung der Berufung gefällt werden. Obwohl das alte Gesetz ähnliche zeitliche Beschränkungen enthalten hat, hat dies nicht immer die gewünschten positiven Ergebnisse hervorgebracht. Trotz neuen Regelungen dauern die Verfahren in Kindesentführungsfällen sehr lange. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) im Streitfall *Adžić v. Kroatien*²² zeugt von einem in diesem Sinne typischen Gerichtsverfahren, in welchem der Prozess bis zur Verkündung des Urteils 157 Wochen statt 6 Wochen gedauert hat!

Die vorläufigen Forschungsergebnisse der IZIP-Studie weisen darauf hin, dass gegen viele Urteile der Gemeindegerichte Beschwerden eingelegt wurden. Die Zeitspanne, in welcher die endgültige Entscheidung getroffen wird, beträgt im Durchschnitt (?)³ bis 11276(?). Die Ursache dieser Verzögerung liegt meistens in der Tatsache, dass die Gerichtsverfahren über Kindesentführung nicht getrennt von anderen familienrechtlichen Verfahren verhandelt werden. Es gibt keine Konzentration der gerichtlichen Zuständigkeit, die Frist für die Einlegung der Berufung ist nicht gekürzt und es wurde keine gesetzliche Grundlage geschaffen, die eine sofortige Reaktion des Gerichts innerhalb von 6 Wochen ermöglichen würde.

Es gibt keine adäquate Organisation der Aufgaben des Gerichts und des Richters, weil die Möglichkeit einer Spezialisierung der Richter für bestimmte Sachgebiete nicht gegeben ist. Den Registerbüros sollte es zum Zwecke der Effizienz möglich sein, Kindesentführungsfälle separat aufzunehmen und im Register zu führen.

²² Antrag Nr. 22643/14, ECtHR vom 15.3.2015.

Zwischen der Zentralbehörde, dem Sozialwesen, der Polizei und dem Gericht besteht keinerlei formelle oder informelle Kommunikation, was zur Verfahrensverzögerung beiträgt.

Der Antragsteller hat ein Recht auf Teilnahme am Verfahren. Wenn der Antragsteller nicht ausreichend Möglichkeit hatte, an der Verhandlung teilzunehmen, kann dies dazu führen, dass die Entscheidungskompetenz an eine höhere Instanz devolviert,²³ weil die Verletzung des Rechtes auf Zugang zum Gericht und des Prinzips der Gleichheit vor dem Gericht die häufigsten Berufungsgründe sind. Der Antragsteller ist meistens persönlich oder durch einen Vertreter am Verfahren beteiligt. Nach der EU-Beweisnahmeverordnung stehen in allen Streitigkeiten über (internationale) Kindesentführung die grenzüberschreitende Beweisaufnahme, wie die Zeugenvernehmung und die Anhörung des Antragsstellers, offen, soweit die Kindesverbringung sich auf das Unionsgebiet beschränkt.²⁴ Die IZIP-Studie hat gezeigt, dass in den meisten Fällen der Antragsteller die Gelegenheit bekommen hat, Erklärungen abzugeben und somit angehört zu werden.

1.4. Offizielles Übersetzen in die kroatische Sprache ist nicht systematisch

Da es an einer systematischen Übersetzung einiger relevanter Rechtstermini ins Kroatische fehlt, ist eine angemessene Anwendung der gemeinsamen (verwandten) Instrumente erschwert.

Der Begriff "gewöhnlicher Aufenthalt" kann als Beispiel dienen, weil er durch das Haager Übereinkommen und das europäische IPR ins kroatische Rechtssystem eingeführt wurde und breiten Gebrauch fand. Sogar in früheren Übersetzungen des Haager Übereinkommens wurde der Ausdruck "gewöhnlicher Aufenthalt" auf verschiedene (oft falsche) Weise übersetzt; eine illustrative Abweichung stellt die Übersetzung des Haager Übereinkommens über Kindesentführung dar, wo der Ausdruck buchstäblich übersetzt ist als: "Ort, in welchem das Kind gewöhnlich wohnt".

²³ Z.B. das wiederholte Verfahren vor dem Gemeindegericht Rijeka Nr. R1Ob-649/16, 16. 6.2017, in welchem einer der vom Gespanschaftsgericht angenommenen Berufungsgründe war, dass der Antragsteller nicht angemessen angehört wurde; das für die Berufung zuständige Gespanschaftsgericht Zagreb Gž Ob-600/16, 10.5.2016 hat die Sache zurückverwiesen weil das Anhörungsrecht des Antragstellers verletzt war.

²⁴ Verordnung des Europarates (EC) Nr. 1206/2001 vom 28. Mai 2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen [2001] OJ L 174/1.

2) Spezifische Fragen der Kindesentführung

2.1. Freiwillige Rückführung – Mediation

Die freiwillige Rückführung innerhalb eines Kindesentführungsverfahrens wird regelmäßig von der Zentralbehörde oder dem Sozialamt gefördert.²⁵ In der Regel fordert die Zentralbehörde das zuständige Sozialamt auf, den Elternteil zu kontaktieren, der das Kind entführt hat, und diesen zu überzeugen, eine freiwillige Rückführung des Kindes oder ein Mediationsverfahren in Betracht zu ziehen. Es gibt aber keinen festen rechtlichen Rahmen für dieses Vorgehen. In solchen Streitfällen mit Bezug zur elterlichen Verantwortung ist nämlich durch Art. 322 ff 1(2) und Art.329 ff des neuen Familiengesetzes von 2015 allein das obligatorische Durchlaufen eines förmlichen Behördenverfahrens (die sogenannte "Pflichtberatung") vorgeschrieben.

Diese Pflichtberatung für die Eltern muss vor Beginn jedes Gerichtsverfahrens durchgeführt werden, und zwar in allen Streitigkeiten, die einen Bezug zu Fragen der elterlichen Verantwortung und des elterlichen Umgangsrechts aufweisen. Ein Nachteil des Familiengesetzes aus dem Jahr 2015 ist, dass darin acht Voraussetzungen für die Einleitung dieses Verfahrens aufgelistet werden, unter welchen aber die Kindesentführung nicht erwähnt ist. Weiter berechtigt und verpflichtet das Gesetz nur "die Eltern und andere Familienmitglieder", dieses Verfahren zu initiieren und daran teilzunehmen. Ein Initiativ- und Teilnahmerecht der Zentralbehörde besteht somit nicht. Das Familiengesetz setzt einen Rahmen für eine freiwillige Mediation fest (Kapitel VII, Teil II), deren Ergebnis bei einer entsprechenden bestätigenden Entscheidung durch den Richter in Rechtskraft erwachsen kann. Die Parteien können die Mediation entweder vor Rechtshängigkeit des Verfahrens oder während eines laufenden Gerichtsverfahrens suchen. Im letzteren Fall kann das Gericht das Verfahren für drei Monate aussetzen. Auch diese Bestimmungen beziehen sich nicht auf Kindesentführungsverfahren, obwohl sie als fruchtbarer Boden für die Einführung von speziellen Bestimmungen bezüglich internationaler Kindesentführung betrachtet werden können. Die IZIP-Studie weist darauf hin, dass die Möglichkeit der freiwilligen Mediation in keinem einzigen Fall einer Kindesentführung genutzt wurde. Der im Gesetz vorgesehene Unterbrechungszeitraum von drei Monaten ist nicht in Einklang mit der sechswöchigen Frist zur Beendigung von Kindesentführungsverfahren zu

²⁵ Für Mediation: European Parliament, Policy Department C: Citizens' right and constitutional affairs, Cross-border parental child abduction in the European Union, Study for the LIBE Committee, 2015, 89.

bringen. Darüber hinaus fehlt es dem Sozialamt auch an Personal, das über das für eine Mediation in Kindesentführungssachen notwendige know-how, sowie die nötige Übung verfügen würde.

2.2. Interpretation des Begriffs rechtswidrige Entführung

Nicht jede Mitnahme des Kindes über die Grenze ist unrechtmäßig (rechtswidrig). Es wird durch materielles Recht geregelt, ob ein Elternteil berechtigt ist, sich allein mit dem Kind zu bewegen oder nicht. Da aber die nationalen sachrechtlichen Bestimmungen wesentliche Unterschiede aufweisen, wurden im Haager Übereinkommen (Artikel 3 Absatz 1a) von 1980 internationalprivatrechtliche Regeln entwickelt, die an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes anknüpfen. Diese Bestimmung ist vor kroatischen Gerichten nicht immer angemessen zur Anwendung gebracht worden. Die IZIP-Studie hat ergeben, dass die Gerichte nicht bereit waren, den Inhalt des anwendbaren ausländischen materiellen Rechts zu ermitteln. Als Beispiel kann ein Verfahren dienen, in dem das Gericht Artikel 3 Absatz 1a in Verbindung mit Artikel 5 des Haager Übereinkommens falsch ausgelegt hat.²⁶ Die Mutter hat ihr Kind gegen den Willen des Vaters aus Serbien nach Kroatien verbracht; dieser hat aber dessen Rückführung beantragt. Nach Ermessen des Gerichts lag keine gesetzeswidrige Entführung vor, weil ein rechtskräftiges Scheidungsurteil mit einer Regelung des elterlichen Sorgerechts vorhanden war, in welchem das Sorgerecht ausdrücklich allein der Mutter übertragen wurde. Das Gericht hat Art. 5 des Haager Übereinkommens so interpretiert, dass der Elternteil, welchem das Sorgerecht zugeteilt ist, auch dazu berechtigt ist, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen (wie es im Artikel 5 ausdrücklich geregelt ist). Das Gericht hat aber verkannt, dass nach den Vorschriften des Haager Übereinkommens die elterliche Sorge hinsichtlich der Bestimmung des Aufenthaltsortes des Kindes in Einklang mit dem materiellen Familienrecht des letzten gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes (hier also mit dem serbischen Recht) auszuüben ist. Das Gericht unterließ eine Ermittlung des hierbei anwendbaren Rechts. Diese fehlerhafte Auslegung wurde auch vom Berufungsgericht bestätigt.

In einem der aufgrund eines deutschen Antrags durchgeführten Gerichtsverfahren hat das kroatische Gericht eine einstweilige Anordnung falsch interpretiert, früheren Aufenthaltsstaat des Kindes getroffen wurde. Die Maßnahme, die den Vater berechtigt, selbstständig den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, wurde von einem deutschem Gericht getroffen, nachdem die

²⁶ Gemeindegerecht Rijek, Nr. 61 R1 Ob-12/15, 3.4.2015; Gespanschaftsgericht Rijeka Gž Ob-120/2015-2, 21.12.2015.

Entführung des Kindes schon stattgefunden hatte. Das kroatische Gemeindegerecht hat die Rückführung des Kindes angeordnet und dieser vorläufigen Maßnahme zusätzliche Anerkennung gezollt: das Gericht stellte fest, dass der Vater nach dem Wortlaut des Artikels 5 des Haager Übereinkommens berechtigt ist, über den Aufenthalt des Kindes zu entscheiden.²⁷ Das Berufungsgericht hat aber darauf hingewiesen, dass diese Anordnung nur vorläufigen Charakter gehabt habe, dass sie nach der Entführung des Kindes getroffen worden sei und somit für die Argumentation im kroatischen Kindesentführungsverfahren nicht relevant sei.

2.3. Auslegung des Begriffs schwerwiegende Gefahr

Akademische Forschungen in der Zeit vor dem EU-Beitritt Kroatiens weisen darauf hin, dass der Art. 13 Abs. 1 lit. b) häufig angewandt wird, um gegen eine Rückgabe des Kindes zu entscheiden.²⁸ Es hat sich insbesondere gezeigt, dass die Gerichte der ersten Instanz – meist auch durch die zweite Instanz bestätigt – hierbei eine weite Interpretation an den Begriff der schwerwiegenden Gefahr (*grave risk of harm*) anlegen. Auch wenn die untersuchte Gerichtspraxis größtenteils eine im Interesse des Kindeswohls tiefgreifende Analyse der Lebensumstände des Kindes erkennen lässt, ist festzustellen, dass als entscheidungserheblich meist nur die emotionale Beziehung des Kindes zum entführenden Elternteil (der in allen Fällen die kroatische Staatsbürgerschaft hatte) angesehen wurde. Eine Trennung des Kindes von dem entführenden Elternteil wurde somit stets als schwerwiegende Gefahr eines seelischen Schadens für das Kind eingestuft, ohne dass eine Gefährdung des Kindeswohls durch die Rückführung in den Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes überhaupt berücksichtigt worden wäre.²⁹ Man hat den Eindruck, dass die Richter ihre Entscheidungen meistens auf der Meinung und den Vorschlägen des Zentrums für Familie und Soziales gegründet haben.³⁰ Beaumont & McEvevey treten in ihren Erörterungen über Kindesentführung der These, dass allein die Trennung

²⁷ Gemeindegerecht Osijek Nr. 12 R1 Ob-566/2016-26, 3.10.2016; fehlerhafte Argumentation wurde vom Gespanschaftsgericht Zagreb als Berufungsgericht erkannt, Berufungsurteil Nr. 1 Gž Ob-1456/2016-2, 2.12.2016.

²⁸ MehrFälle bei: Župan/Ledić, *op. cit.*, Župan/Hoško, *op. cit.*

²⁹ R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis*, Hart Publishing, 2013, 271-289.

³⁰ Such an opinion was obtained in the course of procedure pursuant to Articles 335 and 295 of the Family Act OG Nos 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11, 25/13, or the Articles 357 and 416 of new Family Act of 2015.

des Kindes vom entführenden Elternteil bereits eine schwerwiegende Gefährdung oder einen schwerwiegenden Schaden darstelle, entschieden entgegen.³¹ Es ist auch nicht angemessen, dass das Gericht des Verbringungsstaates Schlussfolgerungen über das (?) Meritum der Sache (?) zieht.

In der jüngsten Gerichtspraxis deutet sich ein Fortschritt in der Auslegung der Rechtsbegriffe der schwerwiegenden Gefahr bzw. des schwerwiegenden Schadens an, obwohl in den meisten Fällen diese Rechtstermini noch immer im weiteren Sinne interpretiert werden. In 13 Urteilen wurde das Rückgabeverlangen neun Mal abgewiesen, wobei sich die Entscheidungsgründe in sieben dieser Fälle auf die Annahme einer schwerwiegenden Gefahr im Sinne des Art. 13 Abs. 1 lit. b) des Haager Übereinkommens stützte.

Es ist für die untersuchten Gerichtsentscheidungen charakteristisch, dass die Figur der schwerwiegenden Gefahr bzw. des schwerwiegenden Schadens aufgerufen wird, um gegen eine Rückgabe des Kindes zu entscheiden, auch wenn andere Voraussetzungen für eine solche Entscheidung vorliegen. Jüngst argumentierte das Gemeindegerecht Rijeka in einem Kindesentführungsverfahren, dass eine Kindesentführung im Sinne des Art. 3 des Haager Übereinkommens nicht vorliege, da der antragstellende Vater in den Umzug des Kindes eingewilligt habe. Darüber hinaus hatte sich das 9-jährige Kind persönlich gegen die Rückführung geäußert. Daraufhin lehnte das Gericht auf Grundlage des Art. 13 Abs.1 lit. b) das Rückgabeverlangen ab und verwies darauf, dass die Trennung von der Mutter schwere seelische Beeinträchtigungen des Kindes nach sich zöge, ohne sich aber näher mit dem Inhalt dieser Ausnahmegesetzvorschrift zu befassen.³²

In einigen wenigen Situationen beriefen sich die Parteien auf den Artikel 13, ohne dass das Gericht dieser Argumentation folgte. So verneinte das Gemeindegerecht Rijeka zu Recht das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 13 Abs.1 lit. b) in einem Fall, in dem sich der entführende Vater darauf berufen hatte, dass dem Kind im gewöhnlichen Aufenthaltsstaat "ständige häusliche Gewalt und ungünstige Lebensumstände" drohten, mit der Begründung, dass er gerichtliche

³¹ P. R. Beaumont, P. E. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction* (Oxford, OUP 1999) p. 145.

³² Gemeindegerecht Rijeka Nr. R1 O-62/14, 25.4.2014; bestätigt durch das Gespanschaftsgericht Rijeka Gž 1750/14-10, 27.9.2016.

Maßnahmen zum Schutz des Kindeswohles vor der Entführung nicht beantragt hatte.³³

Ein interessantes deutsch-kroatisches Kindesentführungsverfahren, in dem das Gericht eine Anwendung des Art. 13 Abs. 1 lit. b) verwarf, verdient besondere Aufmerksamkeit. Dort erklärte der antragstellende Vater ausdrücklich, dass er aufgrund einer Vielzahl schwerer Krankheiten in ein Krankenhaus eingewiesen wurde, ohne aber einen Krankenbericht vorzulegen.³⁴ Es ist beunruhigend, dass in dem Urteil zu diesem Fall die an sich zu begrüßende Anordnung der Rückgabe des Kindes unter zusätzlichen Schutzmaßnahmen nur als *obiter dictum* erfolgte.

Die gerichtlichen Maßnahmen zum Schutz des Kindes vor schwerwiegenden Gefahren in Kindesentführungsfällen basieren auf dem die grundlegenden Rechte und Freiheiten des Kindes schützenden Prinzip des Kindeswohls.³⁵ Die Gerichtspraxis verwirklicht dieses Prinzip meist durch einen Vergleich des (hypothetischen) Kindeswohls im Staat des letzten gewöhnlichen Aufenthaltes mit dem Kindeswohl im Verbringungsstaat und berücksichtigt dabei Kriterien, wie die häuslichen Lebensbedingungen, die Notwendigkeit einer Akklimatisierung des Kindes an neue Verhältnisse, die emotionale Beziehung des Kindes zum jeweiligen Elternteil etc. Hieraus hat sich ein allgemeiner Leitfaden zur Ermittlung des Kindeswohls entwickelt, der wohl mit dem vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte angewandten Vorgehen der "in-depth examination of the entire family situation" ("tiefgreifende Überprüfung der gesamten familiären Umstände")⁴¹ vergleichbar ist. Nur sehr wenig Aufmerksamkeit wird dabei den Rechten des nach der Verbringung des Kindes zurückbleibenden Elternteils, insbesondere dem Recht auf familiäres Zusammenleben und dem elterliche Umgangsrecht gewidmet. Im Gegenteil begünstigt die kroatische Gerichtspraxis, Rückgabeersuchen unter dem Verweis auf eine mögliche, durch die Trennung vom entführenden Elternteil ausgelöste seelische Beeinträchtigung (Art. 13 Abs.1 lit.b) abzuweisen, den entführenden Elternteil und setzt somit falsche Anreize für eine eigenmächtige Verbringung des Kindes. Eine solche Gerichtspraxis, die nur darauf gerichtet ist, den *status quo*

³³ Gemeindegerecht Rijeka Nr. br. R10-206/2013, 9.10.2013; Gespanschaftsgerichto. Gž 598/2014, 3.3.2014.

³⁴ Gemeindegerecht Rijeka Nr. R1Ob-649/16, 16.6.2017.

³⁵ M. Župan, "The best interest of the child - a guiding principle in administering cross-border child related matters?", in: T. Liefaard and J. Sloth-Nielsen (eds.) The United Nations Convention on the Rights of the Child. Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead. Brill | Nijhoff, 2017 (213-229).

zu erhalten, ohne aber eine detaillierte Auseinandersetzung mit der Frage nach dem für das Kindeswohl besten Aufenthaltsort anzustellen, ist mit den Zielen des HKÜ nicht in Einklang zu bringen.

Der IZIP-Studie liegt nur ein Verfahren zugrunde, in welchem das Gericht eine Rückgabe des Kindes unter Berufung auf Artikel 20 des Haager Übereinkommens abgelehnt hat.³⁶ Anlass dieses Verfahrens war ein Antrag des Jugendamtes des Landkreises Schwarzwald-Baar-Kreis auf Grundlage des Artikels 8 des Haager Übereinkommens. Dem Antrag war folgender Sachverhalt vorausgegangen. Den betreffenden Eltern wurde die elterliche Sorge für ihre vier Kinder vollständig gerichtlich entzogen und auf das Jugendamt übertragen sowie die Trennung von Eltern und Kindern angeordnet, nachdem das erkennende Gericht aufgrund schwerer gesundheitlicher Probleme der Mutter das körperliche und seelische Wohl der Kinder gefährdet sah. Während einer der das elterliche Umgangsrecht verwirklichenden Kontaktzeiten verbrachten die Eltern ihre Kinder aus den Räumen des Jugendamtes nach Kroatien.

Das ersuchte kroatische Gericht wies den Antrag des Jugendamtes ab und stütze sich darauf, dass die Anordnung der Rückgabe des Kindes nach den in Kroatien geltenden Grundwerten über den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten unzulässig sei. Hierbei führte es neben dem Recht der Kinder auf ein Familienleben, das durch die Unterbringung in einem Pflegeheim verletzt sei, auch das elterliche Umgangsrecht an, das angesichts der finanziellen Unmöglichkeit der Rückkehr der Eltern nach Deutschland durch eine Rückgabe der Kinder vereitelt würde.

2.4. Anhörung, Teilnahme und Einwände des Kindes

Dank der Anwendung des Artikels 12 der *UN-Konvention über die Rechte des Kindes*³⁷ ist das Anhörungsrecht des Kindes in allen Gerichtsverfahren in Kroatien gewährleistet.³⁸ Das IPG schreibt eine Anhörung jedes Kindes, das das 14. Lebensjahr vollendet hat, vor. Jüngere Kinder sollen "unter Berücksichtigung ihres Alters und ihrer Reife" angehört werden, soweit es zur Beurteilung der emotionalen Bindungen, der Lebensumstände oder sonstigen wichtigen, in der Person des Kindes liegenden Umständen erforderlich ist. Die Anhörung eines Kindes, das jünger als 14 Jahre ist, kann durch den Richter oder einen hierzu

³⁶ Gemeindegerecht Đakovo, Nr. 8 R1-27/13-5, 27.6.2013.

³⁷ Kinderrechtskonvention (verabschiedet am 20. November 1989, in Kraft getreten am 2. September 1990) UNTS 1577, 3.

³⁸ Artikel 86 und 360 FG von 2015.

durch das Sozialamt beauftragten, qualifizierten Vertreter (bspw. ein Sozialarbeiter oder Psychologe) erfolgen. Die Einschätzungsprärogative über die Reife und Eignung des Kindes zu einer Aussage obliegt dem Richter.

Diese wichtigen Bestimmungen werden auch in Kindesentführungsverfahren beachtet – seit dem EU-Beitritt Kroatiens auch in systematischer Weise. Forschungen, wie die IZIP-Studie, haben ergeben, dass, auch wenn bereits Kinder unter 7 Jahren im Allgemeinen angehört wurden,⁴⁵ die Gerichtspraxis bezüglich der Anhörung noch nicht konsistent ist. So wurde in einigen Streitfällen das Kind nicht, in anderen von einem Sozialarbeiter des Sozialamtes angehört. Der Begründung der Urteile lässt sich mit Ausnahme eines Falles, in dem der ausgedrückte Wille des Kindes für die Ablehnung seiner Rückgabe entscheidungserheblich war, nicht entnehmen, welche Bedeutung der Aussage des betroffenen Kindes beigemessen wurde.

2.5. Verschiedene Aspekte von Urteilen in Kindesentführungsfällen

2.5.1. Kombinierte Anwendung der Brüssel IIa-Verordnung und des HKÜ

Die IZIP-Studie zeigt, dass die Gerichte in Fällen von Kindesentführung innerhalb der EU-Mitgliedstaaten die Anwendung des Haager Übereinkommens vor der Anwendung der Verordnung favorisieren. In einigen, aber nicht in allen Fällen, wurde dieser Rechtsfehler durch das Berufungsgericht gerügt. Nur in einem der untersuchten Fälle stützte der Anwalt des entführten Kindes seine Argumentation auf Art. 11 Abs. 4 der Verordnung.³⁹ Das Gericht ordnete aber ohne Rücksicht hierauf die Rückführung des Kindes an. Die Analyse der Fälle lässt einen dringenden Bedarf nach Schutzmaßnahmen erkennen.

Eine solche fordert beispielsweise ein deutscher Rückführungsantrag. In dem hierauf eingeleiteten Verfahren hatte die entführende Mutter vor Gericht körperliche Gewalthandlungen ihres Ehemannes gegen sie behauptet, die letztlich ein polizeiliches Einschreiten erforderlich machten. Am Tag nach diesem Vorfall suchte die Mutter Zuflucht in einem Frauenhaus, von wo aus sie drei Tage später mit dem gemeinsamen Kind nach Kroatien ausreiste.

Obwohl angesichts dieses wohl auch beweisbaren Falls häuslicher Gewalt eine Rückführung nur hätte angeordnet werden können, nachdem die Möglichkeit

³⁹ Gemeindegerecht Osijek, Nr. 12 R1 Ob-566 / 2016-26, 3.10.2016.

einer für Mutter und Kind sicheren Rückkehr festgestellt worden ist,⁴⁰ finden sich in der Gerichtsakte entsprechende Beweise nicht. Darüber hinaus unternahmen in diesem Fall die kroatischen Behörden noch nicht einmal einen – formellen oder informellen – Versuch, unter Mithilfe des EJN oder der Zentralbehörde mit deutschen Behörden zu kommunizieren.

2.5.2. Beweise über Lebensumstände

In anderen Verfahren untersuchte das Gericht die Lebensumstände des Kindes sowohl im gewöhnlichen Aufenthalts-, als auch im Verbringungsstaat. In diesen Fällen meldeten die entführenden Eltern den Wohnsitz ihrer Kinder im Verbringungsstaat an und schrieben sie an einer dortigen Schule bzw. einem Kindergarten ein. Das Gericht stellte daraufhin jeweils fest, dass das Kind zwei Wohnsitze im Staat des ursprünglichen und des aktuellen Aufenthaltsortes habe und an zwei Schulen eingeschrieben sei. Die Feststellung dieser Tatsachen bedarf es nach dem Haager Übereinkommen jedoch überhaupt nicht, da dieses allein den gewöhnlichen Aufenthalt als relevantes Anknüpfungsmerkmal nennt. Die einseitige Handlung, das Kind an einer Schule einzuschreiben, sowie den Wohnsitz des Kindes und die dortigen Lebensumstände hätte das Gericht hingegen nicht als entscheidungsrelevant betrachten dürfen.⁴¹

2.5.3. Obiter dictum

In drei Fällen haben die Gemeindeggerichte in der Rückgabeeanordnung ausdrücklich erklärt, dass das Kind und dessen Personalausweis in die Obhut des antragstellenden Elternteils zu geben sind. Obwohl das HKÜ hierzu keine ausdrücklichen Bestimmungen enthält, verlangt es, dass das Kind im Falle einer rechtswidrigen Verbringung in den Staat des letzten gewöhnlichen Aufenthaltes zurückzuführen ist. Hierauf hätte auch die Rückgabeeanordnung lauten müssen und zwar mit der Begründung, dass das Recht zur Sorge und zur elterlichen Verantwortung offensichtlich beiden Eltern gemeinsam zustehe.⁴²

⁴⁰ K. Trimmings, *Child Abduction within the European Union*, Hart Publishing, 2013, p. 138. U. Magnus, P. Mankowski, (Eds.), *Brussels IIbis – Commentary*, Sellier European Law Publishers, München, 2012, p. 136.

⁴¹ Gemeindeggericht Rijeka, Nr. 61 R1 Ob-12/15, 3.4.2015; Gespanschaftsgericht Rijeka Gž Ob-120/2015-2, 21.12.2015; auch Gemeindeggericht Zagreb, Nr. 147-R1O-91/13-7, 5.3.2013.

⁴² Gemeindeggericht Osijek Nr. 12 R1 Ob-566/2016-26, 3.10.2016; Gemeindeggericht Rijeka Nr. R10-206/2013, 9.10.2013, in Einklang mit Gespanschaftsgericht Rijeka Gž 598/2014, 3.3.2014, Gemeindeggericht Rijeka Nr. R1Ob-649/16, 16.6.2017.

2.5.4. Juristische Person als Antragsteller

Situationen, in welchen der Antragsteller in Kindesentführungsfällen eine juristische Person ist, kommen sehr selten vor. Ein solcher, deutsch-kroatischer Fall fällt in die Zeit unmittelbar vor der endgültigen Aufnahme der Republik Kroatien in die EU.⁴³ Hier begründet das Gericht seine Entscheidung den Rückgabeantrag abzulehnen maßgeblich damit, dass die Kinder in der Familie besser aufgehoben seien, als in der Obhut einer öffentlichen Einrichtung. Die IZIP-Studie weist auf einen jüngeren, niederländisch-kroatischen Kindesentführungsfall hin, in dem sich das Gericht der gleichen Argumentation bediente.⁴⁴ Da dieser Fall unter der Geltung des Haager Übereinkommens, sowie der Brüssel IIa-Verordnung entschieden wurde, hätte das Gericht eine Schutzmaßnahme nach Art. 11 Abs. 4 der Verordnung anordnen müssen und die Rückführung des Kindes nur abweisen dürfen, wenn die niederländischen Behörden hierin eingewilligt hätten. Das Gericht hat jedoch die Verordnung überhaupt nicht angewandt.

2.6. Vollstreckung der Rückgabeeanordnung

Das Vollstreckungsverfahren ist durch die Novelle des FG im Jahr 2015 ausführlicher geregelt worden, die grundsätzlichen Postulate sind aber erhalten geblieben.⁴⁵ Das Vollstreckungsgericht kann ein Bußgeld bis zu 30000 HRK (ca. 3900 EUR), eine Freiheitsstrafe bis zu 6 Monate und die zwangsweise Wegnahme des Kindes anordnen. Diese Maßnahmen können gegen die Person gerichtet werden, gegen welche die Vollstreckungsanordnung ergangen ist, gegen die Person, die das Aufenthaltsbestimmungsrecht innehat, und gegen jede Person, bei der sich das Kind aktuell aufhält. Sobald Zwangsmaßnahmen gegen das Kind selbst in Rede stehen, sollen zum Schutz des Kindeswohls das Gericht, die Polizei und das Sozialamt zusammenarbeiten. Außerdem kann das Gericht im Laufe des Vollstreckungsverfahrens die Partei anhören, die sich gegen die Vollstreckung der Anordnung erklärt hat; es kann auch ein psychologisches Beratungsgespräch für das Kind anordnen. Obwohl eine Beschwerde gegen die Entscheidung über die Vollstreckung nicht aufgeschoben werden kann, steht es im Ermessen des Gerichts, das Verfahren auszusetzen, wenn Beschwerde vor dem Gericht der

⁴³ Gemeindegerecht Đakovo, Nr. 8 R1-27 / 13-5, 27.6.2013.

⁴⁴ Gemeindegerecht Zagreb Nr. RI Ob-62115-22, 30.4.2015, bestätigt vom Gespanschaftsgericht Zagreb Gž Ob-103/15-2, 12.6.2015.

⁴⁵ Teil 8, Kapitel 4, FG 2015.

ersten Instanz erhoben wurde, wenn ein Beratungsgespräch für das Kind angeordnet wurde und im Falle eines Vollstreckungsabwehrantrags.

In der Zeit vor dem EU-Beitritt waren die erhebliche Dauer und Ineffizienz der Vollstreckung von Rückführungsanordnungen ein ernstes Problem des kroatischen Rechtssystems, was auch in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Falle *Karadžić v Croatia* gerügt wurde.⁴⁶ Als Beispiel für diese Problematik kann ein polnisch-kroatisches Verfahren dienen.⁴⁷ Die Vollstreckung wurde aufgeschoben, weil der entführende Elternteil die Anwendung der Zwangsmaßnahmen gegen das Kind nicht akzeptieren wollte, so dass die Vollstreckungsanordnung mehrmals zurückgezogen wurde. Trotz Anordnung einer Bußgeldzahlung zeigte keine Maßnahme Wirkung. Das Verfahren konnte dank dem besonderen Protokoll über die Zwangsmaßnahme gegen das Kind beendet werden.

Ein anderes Vollstreckungsverfahren dauert seit dem Jahr 2012 an. Der Streitfall ist mit den bekannten europäischen Fällen vergleichbar, in welchen die entführende Mutter vom Land zu Land reist, um der Vollstreckung zu entgehen (*Povse* scenario).⁴⁸ Nachdem die Rückführungsanordnung im Jahr 2012 zugestellt wurde, zog die Mutter mit dem Kind nach Bosnien und Herzegowina um und lebte dort 5 Jahre lang. Während dieser Zeit war die Vollstreckung unmöglich. Im Februar 2017 ist die Mutter nach Kroatien zurückgekommen. Seitdem sucht die Mutter rechtlichen Schutz, versucht aber auch durch die Medien auf die Öffentlichkeit einzuwirken, damit die Vollstreckung vom Gericht aufgehoben wird. Das Verfahren ist noch immer nicht beendet, da die Öffentlichkeit versucht, der Mutter zu helfen, der Vollstreckung zu entgehen.

⁴⁶ *Karadžić v Croatia*, Application Nr. 35030/04, 15.12.2005 (final 15 März 2006).

⁴⁷ Vollstreckung durchgeführt in 2014 auf Grundlage der Entscheidung des Gemeindeggerichts Zagreb Nr. 147-R1O-91/13-7, 5.3.2013; danach wurde mehrmals eine Beschwerde eingelegt; beendet durch eine Rückführungsanordnung des Obersten Gerichtshofs der Republik Kroatien Nr. Rev 769/14-2, 15.4.2014.

⁴⁸ V. Lazić, Family private international law issues before the European Court of Human Rights: Lesson to be learned from *Povse v. Austria* in *Revising the Brussels IIa Regulation*, in: C. Paulussen, T. Takács, V. Lazić, B. Van Rompuy (Eds.), *Fundamental Rights in International and European Law*. Springer, 2016, pp. 161-185.

III. Ein Blick voraus

Abschließend sollten einige Punkte bezüglich der Anwendung des Haager Kindesentführungsübereinkommens in Kroatien hervorgehoben werden. Die durchgeführten Untersuchungen zeigen Folgendes:

1. Nachteile in Bezug auf die Gesetzgebung:
 - a. Gesetze zur Kindesentführung sind noch nicht in Kraft (Das Gesetzgebungsverfahren dauert noch immer an),
 - b. Die Regeln des zivilrechtlichen Verfahrens und des materiellen Familienrechts, die üblicherweise Anwendung finden (und manchmal nur auf Analogien beruhen), sind für Kindesentführungsfälle nicht angemessen,
 - c. Veraltete Bestimmungen zum Internationalen Privatrecht (obwohl entsprechende Gesetzgebungsverfahren laufen),
 - d. Irreführende Übersetzungen von Übereinkommen und Verordnungen; die unsystematische offizielle Übersetzung ins Kroatische.
2. Inadäquate Behandlung von Mediation in Kindesentführungsfällen
3. Kein Zugang zu
 - a. schriftlichen Kommentaren in kroatischer Sprache über die Anwendung von Verordnungen/ Übereinkommen,
 - b. Einheimischer und ausländischer Gerichtspraxis,
 - c. Informeller / formeller Kommunikation:
 - i. innere Kommunikation (zwischen Zentralbehörden, Gerichten, Sozialamt, Polizei etc.),
 - ii. internationale Kommunikation - kein Richter im IHNJ, unzureichende Nutzung des EJN.

5) Unsystematische und falsche Interpretation des Haager Kindesentführungsübereinkommens (HKÜ) und der Brüssel IIa-Verordnung.

Zur Verbesserung der momentanen Lage bieten sich die folgende Änderungen an. Es ist offensichtlich, dass das Kernproblem in der mangelnden Legislative liegt, was teilweise der unzureichenden Tätigkeit der Regierung zu verdanken ist. Ein zweites Problem liegt in der judikativen Interpretation der wichtigsten Begriffe des HKÜ (z.B. gewöhnlicher Aufenthalt, schwerwiegende Gefahr,

widerrechtliche Entführung) und der Koordination der Anwendung des HKÜ einerseits, der Brüssel IIa-Verordnung andererseits.

Die Mehrheit der Probleme könnte durch eine Gesetzgebung, die die relevanten Bestimmungen umsetzt, durch Spezialzuständigkeiten der Gerichte, durch spezialisierte Gerichte und Gerichtsabteilungen, verbesserte Mediation, besondere Verfahrensregeln mit kürzeren Fristen und sowohl bezüglich Einlegungsfristen, als auch bezüglich möglichen Gründen beschränkter Rechtsmitteln, durch besondere Vollstreckungsregeln sowie durch die Schaffung eines gesetzlichen Rahmens für zusätzliche Kommunikation zwischen den zuständigen Behörden in Kroatien beseitigt werden. Eine präzise Sammlung und Auflistung von relevanten Kontaktstellen (EJN, IHNJ) würde die Kommunikation mit ausländischen Behörden erleichtern. Eine angemessene Literatur über die einheimische Rechtsterminologie und die Schaffung einer benutzerfreundlichen Datenbank im Internet wären ebenfalls hilfreich. Auch durch weitere Aus- und Fortbildungsmaßnahmen könnte die richterliche Tätigkeit weiter verbessert werden. Außerdem sollte gewährleistet sein, dass die Richter die so erlangten Kenntnisse mit ihren Kollegen teilen.

Vedran Lopandić*

UDK 329.05(4-672EU)

UDK 341.645.2

str. 85-99.

POLITIČKE STRANKE U SUDSKOJ PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Apstrakt

Rad se bavi sudskom praksom Evropskog suda za ljudska prava koja se odnosi na tematiku političkih stranaka. Provenstveno zbog političkih faktora, Sud je kasno priznao značaj političkih stranaka za demokratska društva u odnosu na druge oblike udruživanja. Ipak, od kada im je pružio zaštitu u prvom redu zasnovanu na članu 11. Konvencije, Sud nije prestao da gradi i proširuje korpus zaštitnih normi. Praksa Evropskog suda i rad Venecijanske komisije postavljaju osnove evropskog prava političkih stranaka. Sud svoj pristup zasniva na delikatnoj ravnoteži između zaštite prava političkih stranaka i imperativa zaštite samog demokratskog poretka. Kao pravnim licima, Sud političkim strankama priznaje slobodu udruživanja, slobodu izražavanja i pravo na slobodne izbore. Sud naglašava specifičnost političkih stranaka kao udruženja čiji je cilj osvajanje i vršenje vlasti te uzima u obzir njihov značaj za pravilno funkcionisanje demokratskih režima. Političke stranke također imaju izvjesne dužnosti koje su određene obavezom poštovanja temeljnih demokratskih principa. Iako Sud nudi ekstenzivnu koncepciju javne rasprave i strogo se postavlja prema ograničenju slobode političkog govora, pozivi na nasilje i govor mržnje predstavljaju kršenje Konvencije. Antidemokratske političke stranke, čije je programsko djelovanje

* Doktorant na studiju prava u oblasti međunarodnog prava na Univerzitetu u Strazburu, email: v.lopandic@unistra.fr. Rad je primljen 28.03.2018. Rad je odobren 29.04.2018.

zasnovano na vjerskom fundamentalizmu ili kakvom drugom obliku totalitarizma, također ne uživaju zaštitu Evropskog suda.

Ključne reči: političke stranke, sloboda udruživanja, Evropski sud za ljudska prava, Evropska konvencija o ljudskim pravima.

I Uvod

Po čuvenoj formuli Pjer Avrila (*Pierre Avril*), egzistencija političkih stranaka prethodila je njihovoj esenciji.¹ Varirajući stari egzistencijalistički *credo*, profesor Avril efektno sažima historijski nastanak i razvoj političkih stranaka: na njihovom primjeru, stvarnost i praksa prevazišle su maštu i teorije mislilaca.

Pravno priznanje postojanja i značaja političkih stranaka uslijedilo je tek nakon Drugog svjetskog rata. Tako mnogi posleratni ustavi izričito pominju političke stranke.² Međutim, sa izuzetkom SR Njemačke čije zakonodavstvo iz očiglednih historijskih razloga detaljno normira rad političkih partija, taj posleratni zamah uglavnom se sveo na nominalnu konstitucionalizaciju političkih partija. Osnovna poteškoća reguliranja rada političkih stranaka sastoji se u tome što su, najčešće, autori pravnih normi i njeni direktni adresati iste osobe. Dakle, trebalo bi da članovi zakonodavnih tijela koji su ujedno i članovi vladajućih partija izglasaju zakone kojima ograničavaju vlastito djelovanje. Takva isprepletenost adresata i adresanta norme u sprezi sa pravilom paritjske discipline stvara mnoge poteškoće za teoriju i praksu liberalnih demokratija. U prvom redu to čini institucionalni princip podjele vlasti sasvim anahronim mehanizmom za uspostavljanje ravnoteže među različitim granama vlasti.³ Kao posljedica toga, pomaci u razvoju te oblasti prava postizani su tek u namjeri vlastodržaca da umire javno mnijenje nakon političkih skandala velikih razmjera ili u namjeri da se ograniči manevarski prostor novih nosilaca vlasti.

Normativni okvir političkih partija u liberalnim demokratijama određen je takvom isprepletenošću pravnog i političkog. Postavlja se pitanje da li taj Gordijev čvor moguće presjeći angažiranjem međunarodnih organizacija koje po prirodi stvari mogu nezainteresovano da pristupe građi jer su strukturalno

¹ P. Avril, *Essais sur les partis politiques*, Paris, Petite bibliothèque Payot, 1995, str. 23.

² Član 4. ustava Francuske od 4. oktobra 1958; član 21 ustava SR Njemačke od 23 maja 1949; član. 6. španskog ustava od 27. decembra 1978.

³ D. Levinson, R. Pildes, Separation of Parties, Not Powers, *Harvard Law Review*, volume 119, juni 2006, broj 8, str. 2312-2386.

imune na kratkoročne političke računice. Dakle jedno od mogućih rješenje bilo bi nadnacionalno regulisanje statuta i aktivnosti političkih stranaka.

Institucionalno djelovanje Savjeta Evrope svakako je usmjereno ka tome. Iako sa materijalnog aspekta, oblast prava političkih stranaka ostaje nacionalna, pod egidom Savjeta Evrope razvija se skup pravnih normi koje postepene grade *evropskog prava političkih stranaka*.⁴

Savjet Evrope osnovan je 1949. godine i najstarija je međunarodna organizacija na evropskom tlu. Osnovan je s dvostrukim ideološkim ciljem. S jedne strane, kao mnoge druge institucije međunarodnog prava, stvaranje te organizacije predstavlja direktan odgovor na nacističke zločine.⁵ U tom svojstvu, trebalo je da igra ulogu "savjesti Evrope"⁶ i da upozorava na nove pojave totalitarnih praksi u Evropi. S druge strane, Savjet Evrope imao je za cilj ideološko i institucionalno zbližavanje zapadnog bloka naspram komunističkog istoka. Evropska konvencija o ljudskim pravima, najveći uspjeh Savjeta, predstavlja dakle ideološki štiti zapadnih demokratija, sakrosanktni tekst koji sažima temeljne vrijednosti evropskog liberalnog političkog nasljeđa.⁷

Ipak, taj stariji i manje uspješni brat Evropske Unije⁸ morat će sačekati kraj Hladnog rata da bi se konačno približio ostvarenju uloge koja mu je vlastitim Statutom propisana. Nestanak sovjetske prijetnje i novonastala hegemonija liberalne demokratije ujedno označava promjenu aksiološke funkcije međunarodnog prava ljudskih prava⁹ kako na univerzalnom tako i na

⁴ Y. Poirmeur, D. Rosenberg, *Droit européen des partis politiques*, Paris, Ellipses, 2007.

⁵ B. Zupančič, *The Owl of Minerva, Essays on Human Rights*, Utrecht, Eleven international Publishing, 2008, str. 28-29.

⁶ P.H. Teitgen, *Aux sources de la Cour et de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bordeaux, 2000, str. 37.

⁷ Danas kada se evropski sistem zaštite ljudskih prava često kritikuje zbog svojih ultraliberalnih rješenja, interesantno je prisjetiti se da su u svojoj osnovi evropski sistem nadnacionalne zaštite pojedinaca zamislili posleratni konzervativci, prvenstveno britanski sa Čerčilom na čelu, koji su taj sistem zamislili kao odbranu od ljevice. Vid. M. Duranti, *The Conservative Human Rights Revolution, European identity, transnational politics, and the origins of the European convention*, New York, Oxford University Press, 2017.

⁸ Poređenja radi, budžet same Evropske komisije veći je od budžeta cjelokupnog Savjeta Evrope.

⁹ Za historijski pregled razvoja međunarodnog prava ljudskih prava vid. W. Osiatynski, "The historical development of human rights", u: *The Routledge Handbook of International Human Rights Law*, (ur. S. Sheeran, N. Rodley), London New York, Routledge, 2013, pp. 9-24.

regionalnom nivou: od poslednje linije odbrane demokratskog poretka ono se pretvara u aktivni element globalnog projekta liberalne transformacije društava.¹⁰

Ta promjena paradgime vjerovatno je najvidljivija na primjeru transformacije institucionalne uloge Savjeta Evrope. Potunim iako postepenim proširenjem na istok,¹¹ Savjet se iz ekskluzivnog kluba zapadnih demokratija pretvara u školu demokratije za novopridošle učenike s one strane bivše gvozdene zavjese. Savjet Evrope time postaje organizacija koja, po prvi put u historiji, objedinjava teritorij koji se prostire od *Lisabona do Vladivostoka* sa zadatkom da bude "čuvar demokratske sigurnosti zasnovane na ljudskim pravima, demokratiji i pravnoj državi", kako je odlučeno na Bečkom samitu održanom 8. i 9. oktobra 1993.¹² S ciljem pomaganja ustavne tranzicije zemalja centralne i istočne Evrope u tom periodu osnovana je i Venecijanske komisija (Evropska komisija za demokratiju putem prava) koja će, zajedno sa Evropskim sudom, igrati veliku ulogu u stvaranju evropskog standarda zaštite političkih stranaka.¹³

II Priznanje uloge političkih stranaka

Sve do poslednjih godina dvadesetog stoljeća, odnos Evropskog suda za ljudska prava prema političkim partijama karakterizira velika odmjerenost. Prvi predmet koji se direktno tiče neke političke stranke riješen je već 1957. godine. Tada je stara Evropska komisija za ljudska prava glatko odbila predstavku njemačke komunističke partije¹⁴ koju je njemački ustavni sud raspustio i zabranio kao neustavnu. U kontekstu hladnog rata, Komisija donosi odluku o nedopuštenosti i to primjenom člana 17. Konvencije¹⁵ dosljedno se držeći Sen-Žustove (*Saint-Just*) maksime da *nema slobode za neprijatelje slobode*.

¹⁰ J. Charvet, E. Kaczynska-Nay, *The Liberal Project and Human Rights The Theory and Practice of a New World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

¹¹ S izuzetkom Bjelorusije.

¹²

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680536c82>.

¹³ Vid. izvještaje Venecijanske komisije *Lignes directrices sur l'interdiction et la dissolution des partis politiques et les mesures analogues*, 10. Januar 2000; *Lignes directrices sur la réglementation des partis politiques*, 25. oktobar 2010; *Code de bonne conduite en matière de partis politiques*, 3. juni 2009.

¹⁴ Comm EDH, *Affaire Parti communiste d'Allemagne c. Allemagne*, 20 juli 1957.

¹⁵ Član 17. posvećen je zabrani zloupotrebe prava i predviđa sljedeće: "Ništa u ovoj konvenciji ne može se tumačiti tako da podrazumijeva pravo bilo koje države, grupe ili lica da se upuste u

Stoga možda nije slučajnost što je Sud baš na primjeru druge komunističke partije počeo graditi korpus zaštitnih normi time iskupljujući prethodnu rigidnost i postavljajući temelje savremenog evropskog pluralizma u eri trijumfa ljudskih prava kao ideologije posle kraja ideologija.¹⁶

Temelji su postavljeni u predmetu TBKP-a, prokurdski orijentisane komunističke partije¹⁷ koju su turske vlasti bile zabranile. Turska je u svoju odbranu tvrdila da član 11 Evropske konvencije¹⁸ nije primjenjiv na političke stranke i zahtijevala primjenu člana 17. pozivajući se na presedan Komisije i tvrdeći da je djelatnost TBKP-a usmjerena protiv ustavne strukture Republike Turske.¹⁹ Sud nije odobrio takvo stanovište i iskoristio je priliku da izloži svoje shvatanje uloge i značaja političkih partija u demokratskim režimima. Da bi otklonio prigovor neprimjenjivosti člana 11, Sud nudi dva argumenta, jedan zasnovan na slovu Konvencije a drugi na njenom duhu.²⁰ Kao prvo, primjenjujući metodu tumačenja Konvencije dobro ustaljenu još od presude Golder,²¹ Sud zaključuje da član 11. ne isključuje političke stranke time što izričito pominje samo sindikate. Po mišljenju Suda, to je samo jedan od oblika koji može poprimiti sloboda udruživanja; taj oblik je istaknut u duhu vremena kada je Konvencija usvojena, te se time nipošto ne isključuju ostale forme udruživanja, što dokazuje upotreba glagolskog priloga sadašnjeg "uključujući" (*y compris* na francuskom, *including* u engleskoj verziji).²² Drugi argument je teleološke prirode i zasniva se na značaju političkih stranaka

neku djelatnost ili izvrše neki čin koji je usmjeren na poništavanje bilo kog od navedenih prava i sloboda ili na njihovo ograničavanje u većoj mjeri od one koja je predviđena Konvencijom."

¹⁶ C. Douzinas, *The End of Human Rights Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2000.

¹⁷ ESLJP, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30. januar 1998.

¹⁸ "1. Svako ima pravo na slobodu mirnog okupljanja i udruživanja s drugima, uključujući i pravo osnivanja sindikata i pridruživanja sindikatima zbog zaštite svojih interesa. 2. Ova prava neće biti ograničena izuzev na način propisan zakonom i koji je neophodan u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti ili javne sigurnosti, u cilju sprječavanja nereda ili zločina, zaštite zdravlja ili morala ili zaštite prava i sloboda drugih. Ovim članom se ne zabranjuje uvođenje zakonitih ograničenja na ona prava koja uživaju pripadnici oružanih snaga, policije ili državne administracije."

¹⁹ ESLJP, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30. januar 1998, §19-21.

²⁰ Y. Lecuyer, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2009, str. 258.

²¹ ESLJP, *Golder c. Royaume-Uni*, 21. februar 1975.

²² ESLJP, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30. januar 1998, §24.

za demokratiju. Uzevši u obzir značaj demokratije za "sistem Evropske konvencije", Sud ističe da nema sumnje u to da član 11. štiti političke stranke.²³

Ali Sud se nije zaustavio na tome nego je u toj presudi iznio i svoju tezu o konsupstancijalnosti demokratije i Konvencije prema kojoj je demokratija jedini politički model u skladu sa Konvencijom.²⁴ Samo godinu dana kasnije Sud će otići i korak dalje pa ustanoviti da je njegova uloga da "pazi na postojanje stvarnog demokratskog režima na prostoru primjene Evropske konvencije".²⁵

Proglasivši se garantom demokratije u Evropi, Sud će narednih godina svoj aktivizam²⁶ upotrijebiti u svrhu ekstenzivnog tumačenja Konvencije. Od tada *jurisprudencija* koja se posredno ili neposredno tiče političkih partija ne prestaje rasti. U toj oblasti, sudska praksa Evropskog suda nastoji uspostaviti ravnotežu između tri ne uvijek saglasna imperativa: kao prvo, potrebno je zaštititi političke stranke kao oblik udruživanja kojim pojedinci ostvaruju politička prava i prava političke prirode; potom, potrebno je zaštititi stranke kao entitete neophodne za opstanak pluralizma i dobro funkcionisanje demokratije; konačno, potrebno je zaštititi samu demokratiju od uspona eventualnih totalitarnih partija.

III Zaštita prava političkih partija

Jedna od specifičnosti evropskog sistema zaštite ljudskih prava jeste i aktivna legitimacija pravnih osoba za pokretanje postupka pred Evropskim sudom koja je određena članom 34. Konvencije. Prava zagwarantovana Konvencijom na koja se mogu pozivati političke stranke određena su njihovom prirodom. Prema tome, prava koja su im zagwarantovana kao pravnim osobama su sloboda okupljanja i udruživanja (član 11), sloboda izražavanja (član 10) te pravo na slobodne izbore (član 1. Dodatnog Protokola).

IV Sloboda udruživanja političkih stranaka

Za Evropski sud stepen efektivnosti slobode udruživanja u jednoj zemlji predstavlja barometar demokratičnosti te zemlje.²⁷ Prva među demokratskim

²³ *Ibid.* §25.

²⁴ *Ibid.* §45.

²⁵ ESLJP, *Matthews c. Royaume-Uni*, 18. februar 1999, § 49.

²⁶ R. Toma, *La réalité judiciaire de la Cour Européenne des Droits de l'Homme : activisme et retenue judiciaires*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.

²⁷ ESLJP, *Sidiropoulos et autres c. Grèce*, 10. juli 1998; ESLJP, *Gorzelik et autres c. Pologne*, 17 février 2004.

slobodama i svakako najznačajnija za političke stranke, nakon posvećenja presudom TBKP Sud ovu slobodu neprestano obogaćuje. U presudi *Redfearn*²⁸ Sud je izričito proširio svoj čuveni demokratski triptih iz presude *Handyside*²⁹ na slobodu udruživanja. Prema tome, političke stranke mogu zastupati ideje koje "vrijedaju, šokiraju ili provociraju" sve dok poštuju temeljne demokratske principe i ne pozivaju na nasilje.

Mogućnost osnivanja pravnog lica osnovni je element slobode udruživanja bez čega bi to pravo bilo lišeno efektivnosti. Sloboda udruživanja ne uključuje samo pravo da se osnuje politička stranka, nego i pravo učlaniti se u stranku, pravo napustiti stranku ili odbiti da se bude članom stranke.³⁰ Sud ipak prihvata veća ograničenja kada su u pitanju državni službenici.³¹ Međutim kako Sud u slučaju mađarske policije uzima u obzir historijske okolnosti da opravda svoju odluku, nije isključeno da protok vremena i konsolidacija demokratije utiču na eventualnu promjenu sudske prakse.³²

Stranke imaju pravo odbiti zahtjev za učlanjenjem i isključiti članove koji se ne drže partijske linije,³³ mogu usvojiti statut te njime uspostaviti pravila unutrašnjeg funkcionisanja. Također, uživaju pravo na imovinu kao i sva proceduralna prava. Od presude *Guneri*, sudska praksa im izričito priznaje i pravo na mirno okupljanje.³⁴

Godine 2005, u presudi *Ourano Toxo*³⁵ Sud je utvrdio da države članice imaju pozitivnu obavezu³⁶ da štite slobodu udruživanja političkih stranaka naspram

²⁸ ESLJP, *Redfearn c. Royaume-Uni*, 6 novembar 2012.

²⁹ ESLJP, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7. Decembar 1976.

³⁰ Negativna dimenzija slobode udruživanja ustanovljena je presudom *Sigurjonsson c. Islande*, 30. juni 1993, § 35.

³¹ ESLJP, 20 mai 1999, *Rekvenyi c. Hongrie*. 20. maj 1999; vid. i *Vogt c. Allemagne*, 26. septembar 1995.

³² To je jedan od argumenata u *Ždanoka c. Letonnie*, 16. mart 2003.

³³ ESLJP, *Refah Partisi c. Turquie*, 13. februar 2003, § 115; ESLJP, *Parti de la liberté et de la démocratie (ÖZDEP) c. Turquie*, 8. decembar 1999. Vid. S. Manojlović, *Pravni aspekti isključenja iz političke stranke, Sveske za javno pravo*, 2017, broj 30, str. 78-85.

³⁴ ESLJP, *Guneri c. Turquie*, 12. Juli 2005; ESLJP, *Christian Democratic People's Party v. Moldova*, 14. Februar 2006, §§ 76-77; vid. i ESLJP, *Association Rhino et autres c. Suisse*, 11. oktobar 2011.

³⁵ ESLJP, *Ouranio Toxo c. Grèce*, 20. oktobar 2005.

³⁶ C. Madeaine, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2014.

drugih pojedinaca. Primjenjujući teoriju horizontalnog efekta³⁷ prava, Sud je ustanovio da države potpisnice Konvencije imaju obavezu da garantuju efektivnost slobode političkog udruživanja čak i u odnosima među pojedincima.

V Sloboda izražavanja političkih stranaka

U ideološkom sklopu Konvencije, sloboda izražavanja zauzima posebno mjesto. Po mišljenju Suda, ona nije samo subjektivno pravo zajamčeno Konvencijom nego predstavlja istovremeno i objektivni princip evropskog sistema zaštite prava.³⁸ U skladu s tim shvatanjem, Sud većinu aktivnosti političkih stranaka tumači kao manifestaciju slobode izražavanja u njenom kolektivnom obliku. Riječima Suda, sloboda izražavanja je dragocjena za svakoga, ali je posebno značajna za političke stranke i njihove aktivne članove, jer oni predstavljaju svoje birače i štite njihove interese.³⁹ Slučajevima ograničavanja slobode izražavanja članova opozicije – institucionalne ili civilne – Sud pristupa naročito strogo, jer po mišljenju Suda, drugi paragraf člana 10. Evropske konvencije ne dozvoljava ograničavanje sloboda govora u oblasti političkih rasprava ili svakog drugog pitanja od javnog značaja.⁴⁰ Zahvaljujući takvoj esktenzivnoj koncepciji izražavanja,⁴¹ Sud se ne opterećuje time da precizno definiše statut učesnika javne rasprave; svako ko učestvuje u *debati ideja* uživa visoki stepen zaštite od sudaca koji vijećaju u strazburškoj Palati ljudskih prava: od parlamentaraca⁴² preko aktivnih članova političkih stranaka⁴³ i pripadnika civilnog društva⁴⁴ pa sve do novinara, koji predstavljaju *pse čuvar*⁴⁵ demokratije.

³⁷ B. Moutel, *L'«effet horizontal» de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français: essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Limoges, Université de Limoges, 2006.

³⁸ Vid. ESLJP, *Lindon, Ochtakovsy-Laurens et July c. France*, 22 oktobar 2007, izdvojeno mišljenje sudaca Rozakis, Bratza, Tulkens i Šikota.

³⁹ ESLJP, *Incal c. Turquie*, 9. juni 1998, § 46.

⁴⁰ ESLJP, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25. januar 1996, § 58.

⁴¹ A.C. Rasson et alia, *Six figures de la liberté d'expression*, Limal, Anthemis, 2015.

⁴² ESLJP, *Castells c. Espagne*, 23. april 1992, §42; ESLJP, *F. Yazar et autres c. Turquie*, 23. septembar 2004, § 27; ESLJP, *Zana c. Turquie*, 6. april 2004.

⁴³ ESLJP, *Incal c. Turquie*, 9. juni 1998; ESLJP, *Mamere c. France*, 7. novembar 2006, §25; ESLJP, *Jean-Jacques Morel c. France*, 10. oktobar 2013, § 42; ESLJP, *Desjardin c. France*, 22. novembar 2007, § 48; ESLJP, *Otegi Mondragon c. Espagne*, 15 mars 2011, § 54.

⁴⁴ ESLJP, *Steel Morris c. Royaume-Uni*, 15. februar 2005.

⁴⁵ ESLJP, *Goodwin c. Royaume-Uni*, 27. mart 1996, § 39.

Ekstenzivnoj koncepciji učesnika javne rasprave odgovara i široko postavljeni tematski spektar same rasprave. Prema tome, političke stranke ne mogu biti spriječene da raspravljaju o stvarima od javnog značaja ma one uključivale ustavni ili teritorijalni preustroj zemlje⁴⁶ ili čak otvorene pozive na separatizam,⁴⁷ pod uslovom da se poštuju temeljni demokratski principi. Dakle, sve dok crvena linija poziva na nasilje nije pređena, debata je legitimna.

Ipak liberalni korijeni sloboda izražavanja⁴⁸ ne vode Evropski sud tako daleko kao američki vrhovni sud koji tradicionalno odbija tematsko tj aksiološko sužavanje diskurzivnog polja. Evropski sud ne vidi javno polje kao slobodno tržište ideja,⁴⁹ jer određena mjera državne regulacije ipak je dopuštena. Pored neposrednih poziva na nasilje, govor mržnje također je isključen iz zaštitnog polja Konvencije⁵⁰ posebno ukoliko je zasnovan na rasizmu.

VI Pravo na slobodne izbore

Konačna verzija trećeg člana dodatnog protokola proizvod je teško postignutog kompromisa.⁵¹ Tako je pravo na slobodne izbore, jedino *stricto sensu* političko pravo⁵² zaštićeno Evropskom konvencijom, uvijeno u jednu sasvim krnju i neobičnu formulaciju⁵³ koja na prvi pogled ne sadrži nikavo subjektivno pravo. Ipak, nakon dužeg oklijevanja, Sud je dinamičkim tumačenjem učitao u taj član aktivno i pasivno biračko pravo⁵⁴ ali priznavši istovremeno da član sadrži i implicitna ograničenja.

U želji da ne prekorači granice svojih ovlaštenja i sačuva ustavnu autonomiju država potpisnica Konvencije, Sud se ne izjašnjava o pitanjima koja se tiču ustroja

⁴⁶ ESLJP, *Parti socialiste et autres c. Turquie*, 25. maj 1998.

⁴⁷ ESLJP, *Stankov et Ilien c. Bulgarie*, 2. oktobar 2001.

⁴⁸ Vid. E. Barendt, *Freedom of speech*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

⁴⁹ Vid. odluku Vrhovnog suda SAD-a, *Schenck v. United States*, 249 US 47, 52 (1919).

⁵⁰ ESLJP, *Alinak c. Turquie*, 25 mart 2005, § 35; ESLJP, *Féret c. Belgique*, 16. juli 2009.

⁵¹ Y. Lecuyer, *L'europeanisation des standards démocratiques*, Rennes, Presse universitaire de Rennes, 2011, str. 40.

⁵² M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

⁵³ "Visoke strane ugovornice se obavezuju da u primjerenim vremenskim razmacima održavaju slobodne izbore s tajnim glasanjem, pod uvjetima koji osiguravaju slobodno izražavanje mišljenja naroda pri izboru zakonodavnih tijela." Uporediti sa članom 25. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i članom 23. Američke deklaracije o ljudskim pravima.

⁵⁴ ESLJP, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 21 mars 1987.

elektoralnih sistema⁵⁵ i ostavlja veliku slobodu državama u načinu organizovanja izbora sve dok oni omogućavaju slobodno izražavanje mišljenja naroda.⁵⁶ U predmetu *Tanase*⁵⁷ Sud napominje da je neophodno da opozicione političke stranke imaju pristup političkoj areni u uslovima koji im omogućavaju da predstavljaju svoje birače i zastupaju njihove interese i da su protivne članu 3 dodatnog Protokola mjere koja uskraćuje članovima opozicije samu mogućnost da osvoje vlast. U predmetu *Sadak*⁵⁸ Sud je zaključio da je oduzimanje mandata poslaniku čije je stranka zabranjena također protivno Konvenciji a svako ograničenje prava stranaka na slobodne izbore mora biti predviđeno zakonom i lišeno proizvoljnosti.⁵⁹ Sud se izjasnio i po pitanju javnog finansiranja izbornog najuspješnijih stranaka u još jednom predmetu protiv Turske (*Özgürlük ve Dayanisma Partisi* (ÖDP)⁶⁰) i zaključio da takav sistem nije protivan Konvenciji sve dok postiže ravnotežu time što pruža "malim" strankama određene oblike kompenzacije.

Dakle uprkos ograničenom karakteru zaštitne norme i visoke osjetljivosti oblasti, Sudu ipak polazi za rukom da proširi domet svog nadzora a centralni vektor sudske prakse u toj oblasti jeste želja za očuvanjem pluralnog karaktera političkog takmičenja i pravilno funkcionisanje demokratskih institucija. Sud to postiže kombinovanim čitanjem prava na slobodne izbore sa slobodom udruživanje i izražavanja, koja udružena čine demokratski triptih prava Evropske konvencije i okosnicu evropskog političkog nasljeđa.⁶¹

VII Zaštita demokratije od političkih partija

Ljudska prava predstavljaju pravni oblik zaštite pojedinaca od vlasti. Uspjeh i najznačajnija inovacija međunarodnog prava ljudskih prava svakako se sastoji u tome što je pojedinca učinio subjektom međunarodnog prava i omogućio mu

⁵⁵ ESLJP, *Ždanoka c. Letonnie*, 16. mart 2003.

⁵⁶ ESLJP, *Fédération Nationalista Canaria c. Espagne*, 7. juni 2001.

⁵⁷ ESLJP, *Tanase c. Moldova*, 27. april 2010.

⁵⁸ ESLJP, *Sadak c. Turquie*, 11 juni 2002.

⁵⁹ ESLJP, *Parti travailliste géorgien c. Géorgie*, 8. juli 2008; ESLJP, *Parti Conservateur Russe des Entrepreneur et autres c. Russie*, 11. januar 2007.

⁶⁰ ESLJP, *Özgürlük ve Dayanisma Partisi (ÖDP) c. Turquie*, 10. maj 2012.

⁶¹ Y. Lecuyer, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2009, str. 400.

pristup toj sferi koja je tradicionalno bila rezervisana za države.⁶² Međutim, nije dovoljno stalno proširivati katalog prava zagaranovanih Konvencijom; potrebno je i zaštititi sam demokratski poredak kao pravni i politički okvir koji je, između ostalog, konačni jemac individualnih prava.⁶³

Političke stranke odlikuje radikalna ambivalentnost⁶⁴ jer demokratija živi zahvaljujući njima ali one ujedno mogu nositi smrt demokratije. Riječima Simone Weil, totalitarizam je "istočni grijeh"⁶⁵ političkih partija, a savremene demokratije, poučene strašnim vajmarskim iskustvom, raspolažu pravnim i institucionalnim sredstvima da se zaštite od tzv. *liberticidnih* tj. antidemokratskih partija.

Teoriju militantne tj. borbene demokratije⁶⁶ razvio je Karl Levenštajn (*Karl Loewenstein*) još 1937 godine.⁶⁷ Ta neuralgična tačka liberalne teorije predstavlja jedan od mogućih odgovora na tzv. paradoks tolerancije,⁶⁸ a Evropski sud također je imao priliku da da svoj doprinos debati.

Već pomenuti član 17. Konvencije predstavlja osnovno pravno oružje Suda u borbi protiv nedemokratskih stranaka. Osnovne principe tumačenja tog člana Sud je postavio u presudi *Lawless*.⁶⁹ Suština se sastoji u tome da se niko ne može pozivati na Evropsku konvenciju u cilju uništavanja prava i sloboda koje ona štiti. Radnje koje potpadaju pod taj član i samim tim isključuju mogućnost zaštite Konvencijom precizno su identificirane u sudskoj praksi. U presudi *Paksas*⁷⁰ Sud nudi detaljan inventar i napominje da upotreba člana 17. mora ostati izuzetna i

⁶² J. Hennebel, H. Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, Editions Pedone, 2016, str 120.

⁶³ Za Evropski sud, države su poslednji jemac pluralizma. Vid. ESLJP, *Informationsverein lentia et autres c. Autriche*, 24. Novembar 1993.

⁶⁴ Y. Poirmeur, D. Rosenberg (D.), *Droit des partis politiques*, Paris, Editions Ellipses, 2008, p. 188.

⁶⁵ Weil (S.), *Note sur la suppression générale des partis politiques*, Paris, Editions de l'Herne, 2014.

⁶⁶ Francuski naziv naglašava defanzivni stranu: demokratija sposobna da se brani (*apte à se défendre*).

⁶⁷ K. Loewenstein, *Militant democracy and fundamental rights*, *The American Political Review*, vol 31, br. 3, juni 1937, str. 417-432; K. Loewenstein, *Militant democracy and fundamental rights II*, *The American Political Review*, vol 31, br. 4 (august 1937), str. 538-658.

⁶⁸ K. Popper, *The Open Society and Its Enemies*, London, Routledge, 1945.

⁶⁹ ESLJP, *Lawless c. Irlande*, 1. Juli 1961.

⁷⁰ ESLJP, *Paksas c. Lituanie*, 6. januar 2011, § 87.

svesti se samo na ekstremne slučajeve.⁷¹ U sudskoj praksi, dejstvom člana 17. Izuzet je iz zaštitnog polja člana 10 "govor usmjeren protiv vrijednosti Konvencije", kao što je poricanje ili revizija holokausta,⁷² islamofobija,⁷³ antisemitizam,⁷⁴ apologija ratnih zločina i torture.⁷⁵ Pozivi na međunacionalnu ili međuetničku mržnju također su usmjereni protiv aksioloških temelja Konvencije. Sud u predmetu *Molnar* uzima u obzir kontekst rumunskog društva da zaključi da pozivi na mržnju prema romima nisu zaštićeni članom 10.⁷⁶ Što se tiče slobode udruživanja, u odluci *W.P.*⁷⁷ Sud kaže da se na mogu pozivati na slobodu udruživanja osnivači udruženja čijim su statutom postavljeni ciljevi antisemitske prirode.

Ipak Sud nerado koristi član 17. zbog njegove radikalne prirode i češće govor mržnje analizira svojom uobičajenom metodom kontrole.⁷⁸ Iako u takvim slučajevima uskraćuje svoju zaštitu govoru mržnje, Sud time ipak načelno priznaje da govor mržnje pada u polje primjene člana 10. Istu metodu Sud primjenjuje u pitanjima koja se tiču slobode udruživanja što je definisano u već pomenutoj presudi *TBKP*.⁷⁹ Sud kaže da tek nakon analize zasnovane na paragrafu 2. člana 11. može zaključiti da li treba upotrijebiti član 17. Takav pristup je samo pojačao uvjerenje kod onih koji smatraju da je član 17. suvišan jer su restriktivne klauzule "običnih" članova sasvim dovoljne.⁸⁰

⁷¹ Vid. ESLJP, *W.P. et autres c. Pologne*, 2. septembar 2004; ESLJP, *Norwood c. Royaume-Uni*, 16. Novembar 2004.

⁷² ESLJP, *Lehideux et Isorni c. France*, 23. septembar 1998; *Garaudy c. France*, 20 decembre 2003; *Glimerveen et Hagenbeek*, 11 oktobar 1979; *Kühnen c. RFA*, déc. 12. maj 1990, *Witzsch c. Allemagne*, 13. decembar 2005.

⁷³ ESLJP, *Norwood c. Royaume-Uni*, 16. Novembar 2004.

⁷⁴ ESLJP, *Pavel Ivanov c. Russie (déc.)*, 20. Februar 2007.

⁷⁵ ESLJP, *Orban et autres c. France*, 15. januar 2005.

⁷⁶ ESLJP, *Molnar c. Roumanie*, 23. oktobar 2012.

⁷⁷ ESLJ, *W.P. C. Pologne (dec.)*, 2. septembar 2004.

⁷⁸ Da bi mjera koja ograničava nečija prava bila u skladu sa Konvencijom, potrebno je da ispuni tri kumulativna kriterija: mora biti predviđena zakonom, imati legitiman cilj i biti neophodna u demokratskom društvu.

⁷⁹ ESLJP, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30. januar 1998, § 32.

⁸⁰ S. Van Drooghenbroeck, *L'article 17 de la Convention europeene des droits de l'homme: incertain et inutile?*, u: *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté. Groupements liberticides et droit*, (ur: H. Dumont et a.), Bruxelles, Bruylant, 2000, str. 139-197.

U presudi *Yazar*⁸¹ Sud je iznio uslove pod kojima se stranke mogu zalagati za promjenu zakonodavstva ili ustavne strukture neke države. Kao prvo, upotrijebljena sredstva moraju biti legalna i demokratska; kao drugo, sama promjena, tj. ponuđeni politički projekat, mora biti u skladu sa osnovnim demokratskim principima. Iz toga proizilazi da je nasilje dvostruko odbačeno u evropskoj sudskoj praksi: prvo kao sredstvo političke akcije a potom i kao njen konačni cilj. Direktni pozivi na nasilje ili njegova apologija prirodno nisu zaštićeni Konvencijom.⁸² Međutim Sud ne isključuje samo subjektivno, tj. direktno nasilje, jer mogli bismo okarakterizirati objektivnim ili indirektnim nasiljem takve političke projekte, tj vizije društva, koji su protivni osnovnim postulatima demokratije.

Vjerski fundamentalizam turske *Refah*⁸³ partije osuđen je upravo na takvim osnovama. Nakon stroge kontrole programa i statuta stranke kao i mnogobrojnih izjava osnivača i drugih članova stranke, Sud je zaključio da je deklarirani cilj *Refah* partije stvaranje sistema zasnovanog na islamskom vjerskom zakonu, tj. šerijatu, i da je isti protivan ljudskim pravima – posebno principu zabrane diskriminacije – i protivan principu neutralnosti države, tj. njenog sekularnog karaktera. Prema tome, odobrio je rasturanje i zabranu te stranke od strane turskih vlasti. Iako je pitanje stvarne prijetnje ostalo pod upitnikom, Sud je zaključio da države, da bi djelovale, ne smiju čekati trenutak kada antidemokratske partije dobiju vlast i pokažu svoje stvarne namjere, jer će tada biti prekasno. Sud time iznosi svoju varijaciju teorije tzv. jasne i neposredne opasnosti⁸⁴ te je zasniva na članu 1. same Konvencije koja propisuje obavezu visokih potpisnika da garantuju svim licima prava i slobode sadržane u Konvenciji. Sud samo izuzetno odobrava tako radikalnu restrikciju političkog pluralizma kao što je zabrana političkih partija a presuda *Refah* je utoliko spektakularnija što je ta stranka u trenutku zabrane od strane vlasti bila najznačajnija turska partija.

U presudi *Batasuna*⁸⁵ Sud je također odobrio disolucije te stranke jer je ocijenio da ona predstavlja institucionalni produžetak akcije baskijske terorističke organizacije ETA, odnosno da osnivanje stranke poduzeto u cilju "taktičke

⁸¹ ESLJP, *Yazar et. Autres c. Turquie*, 9. april 2002.

⁸² ESLJP, *Savgin c. Turquie*, 2. februar 2010, §§ 44-45; ESLJP, *Guzel c. Turquie*, 20. septembar 2005.

⁸³ ESLJP, *Refah Partisi et autres c. Turquie*, 13. februar 2003.

⁸⁴ US Supreme Court, *Schenk v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

⁸⁵ ESLJP, *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, 30 juni 2009.

separacije od terorizma". Sličan zaključak donio je u predmetu *Vona*⁸⁶ u kojem Sud uspostavlja vezu između djelatnosti paramilitarne organizacije i stranke ekstremne desnice.

VIII Zaključak

Političke stranke oduvijek su bile na lošem glasu. One su "strukturalno omražene",⁸⁷ tj. omražene po samoj prirodi svojih funkcija u savremenim društvima. Ipak poslednjih godina taj negativni krešendo biva sve glasniji. U Francuskoj, na poslednjim predsjedničkim i zakonodavnim izborima, novoosnovani pokreti do nogu su potukli klasične, institucionalne partije. Iako je na konceptualnoj ravni upitna demarkacija političkih pokreta u odnosu na političke partije, takva nominalna težnja za diferencijacijom također je simptom krize klasične reprezentativne demokratije. Peter Mair čak je proglasio kraj ere partijske demokratije.⁸⁸

U praksi Evropskog suda, čije sudsko vrijeme teče sporije nego mahnjito političko vrijeme, takav gubitak legitimnosti nije vidljiv. Naprotiv, Sud izgradnji normativnog korpusa evropskog prava političkih stranaka pristupa kao dosljedan učenik Hans Kelsena, za koga je predstavnička demokratija nužno i jedino moguća kao demokratija političkih stranaka.⁸⁹ Iako ne ide dotle kao Kelsen da odriče pojedincu izvan stranačkog sistema ikakvu političku moć, Evropski sud svoju viziju demokratije zasniva na političkim strankama čiji jedinstveni karakter prepoznaje i štiti.

Odveć zauzet promocijom i konsolidacijom demokratije na evropskom tlu, Sud ne štedi riječi hvale za političke partije, do te mjere da ga neki čak optužuju za izvjesni idealizam ili naivnost u shvatanju stvarne uloge partija u demokratskim društvima.⁹⁰ Međutim, na nivou principa teško je osporavati značaj političkih stranaka, a konkretna rješenja Evropskog suda ipak karakterizira visok stepen pragmatičnosti. Ako posvećuje posebnu pažnju partijama i strog je prema nelojalnim restrikcijama njihovih prava, u evropskoj sudskoj praksi oni nipošto nisu isključivi nosioci javne demokratske debate, jer vizija demokratije koju Sud

⁸⁶ ESLJP, *Vona c. Hongrie*, 9. juli 2013.

⁸⁷ P. Brechon, *Les partis politiques*, Montchrestien, Editions Clefs Politique, 1999, str. 72.

⁸⁸ P. Mair, *Rulling the Void The Hollowing-out of Western Democracy*, London, Verso, 2013.

⁸⁹ H. Kelsen, *La démocratie – sa nature, sa valeur*, Paris, Economica, 1988, p. 29.

⁹⁰ Y. Lecuyer, *L'europeanisation des standards democratiques*, Rennes, Presse universitaire de Rennes, 2011, str. 158.

promoviše izrazito je participativna i deliberativna. Preostaje ipak da se vidi šta će donijeti politička praksa demokratskih društava. Ali, ako pitanje prevazilaženja stranaka kao oblika političkog djelovanja nije dosad postavljeno pred Evropskim sudom,⁹¹ to ne bi trebalo olako isključiti s obzirom na dinamizam Evropskog suda i na angažovanu figuru građanina koju promovira svojim konceptom demokratskog društva.

Vedran Lopandić, PhD student of international law

Strasbourg University

Political Parties in the European Court of Human Rights' Case-law

Summary

This paper analyses the European Court of Human Rights' case-law concerning political parties. In conjunction with the Venice Commission, the Court is laying the foundations of a European Party Law. The Court has declared that article 11 of the European Convention on Human Rights (freedom of assembly and association) applies to political parties. In its case-law, the Court has underlined the primordial role played in a democratic regime by political parties enjoying the freedoms and rights enshrined in Article 11 (freedom of assembly and association), in Article 10 (freedom of expression) and also in Article 3 (right to free elections) of the Protocol to the European Convention on Human Rights. All restrictions of parties' rights and freedoms are to be construed strictly. However, political parties whose leaders or members incite to violence or put forward a policy which fails to respect democracy or which is aimed at the destruction of democracy cannot lay claim to the Convention's protection.

Keywords: political parties, freedom of association, European court of human rights, European convention on human rights.

⁹¹ Po tom pitanju vid. *Interamerički sud za ljudska prava*, YATAMA v. Nicaragua, 23. juni 2005.