

мр Тамјана ЈОВАНИЋ, LL.M/Finance (Frankfurt)
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

COMPLIANCE ФУНКЦИЈА У БАНКАМА ИЗ УГЛА РЕГУЛАТОРНОГ ПРИВРЕДНОГ ПРАВА

Резиме

Регулаторна улога државе дуго је била под маском „државног интервенционизма“. Усложњавање сегмената привредног система учинило је готово немогућом непосредну контролу државе над свим фазама привредне делатности и сегментима привредног система. Отуда потреба да се држава самоограничи и један део регулаторне функције препусти самим регулаторним субјектима, задржавајући, наравно, све императиве ауторитета и власти. Стратегија усклађености пословања са правилима и стандардима опрезног и савесног пословања банке подразумева постојање добре воље и поверења са обе стране, како супервизора, тако и банака. Обе стране уговорнице у специфичном регулаторном уговору настоје да остваре заједничке циљеве. Пословни морал тако постаје делимични супститут регулаторне улоге државе. А пословни морал подразумева постојање културе усклађености пословања. У раду се указује и на основни концепт ризика комплајанса, специфичности комплајанс функције као сегмента система унутрашњих контрола у баници и истиче разлика између „инстинктивног“ и „формалног“ комплајанса. Теоријски основ функције комплајанса неопходан је како би ова непрофитна функција банке, као и правници који су запослени у овом одељењу банке, били схваћени и признати од стране њихових колега из профитних центара банке.

Кључне речи: банке, комплајанс (compliance), усклађеност пословања, регулација, регулаторно привредно право.

I Увод: од реглементарног ка регулаторном привредном праву

За разлику од дисциплине Банкарско право, Регулаторно банкарско право¹ без сумње спада у домен Регулаторног привредног (Економског) права.² Старајући се о јавном економском поретку усмеравања и заштите,³ Регулаторно привредно право се као *мета-правна дисциплина* налази у аналитичком простору не само између права и економије већ и између појединих класичних правних дисциплина. Регулаторно привредно право је једина правна дисциплина која критеријум „економске ефикасности ставља у директну везу са критеријумом законитости“.⁴ Поред тога што је делом позитивноправна дисциплина, Регулаторно привредно право се у великој мери заснива на социолошком методу који не испитује само унутрашњу садржину правне норме, него проучава и однос правне норме и друштва, укључујући и дејство економских закона.⁵

Нарочито је блиска његова веза са пословним правом⁶ и управним правом.⁷ Разграничење управног права од грађанског права постало је компликованије услед јачања интервенционизма у привреди и ограничавања аутономије воље појединаца,⁸ али и нове улоге државе и

- 1 W. Möschel, „Public Law of Banking“, у: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. IX, 1991, Chap. III.
- 2 Нпр. Н-Р. Burghof, B. Rudolph, *Bankenaufsicht – Theorie und Praxis der Regulierung*, Gabler, Wiesbaden, 1996, стр. 35; H. Mösbauer, *Staatsaufsicht über die Wirtschaft*, Köln, 1990; W. Möschel: *Wirtschaftsrecht*, 1972, стр. 235; G. Waschbusch, *Bankenaufsicht*, R. Oldenbourg Verlag, 2000, стр. 7–8.
- 3 Јавни економски поредак (*l'ordre public économique – OPE*) се манифестује кроз: 1) јавни поредак усмеравања (*OPE de direction*) и 2) јавни поредак заштите (*OPE de protection*) којим се пружа већи ниво заштите у односу на приватноправни поредак. G. Farjat: *Droit économique*, Paris, 1982.
- 4 С. Табороши, *Економско право*, Београд, 2006, стр. 21.
- 5 Како закључује професор Радомир Лукић „држава и право могу да успоре развој економског живота по иманентним економским законима, као што могу и да га убрзају, али никако не могу да га уоче или да му одреде други правац, супротан економским законима. Економски фактор остаје примаран и одлучујући“. Р. Лукић, *Увод у право*, Београд, 1968, стр. 63.
- 6 „Реглементарно право је заправо проширење привредног, односно пословног права елементима јавног права.“ G. Farjat, *op. cit.*, стр. 44–46.
- 7 „Управно и трговинско право, начелно у сваком друштвеном систему, међусобно сарађују, складно се допуњујући. Уосталом, избалансирати законитост, делотворност и развој, фино подесити однос економских циљева и политичких потреба са захтевима реда, правде и правне сигурности – био је и остао изазов на макро и на микросоцијалној равни.“ З. Томић, *Управно право – систем*, Београд, 1998, стр. 141–142.
- 8 Р. Лукић, *Увод у право*, Београд, 1968, стр. 402.

привредних субјеката у процесу регулације привреде. Норме којима се регулише функционисање тржишног механизма и кориговање његових недостатака у јавном интересу без сумње спадају у домен јавног права – озбиром да је реч о изузецима од принципа слободне диспозиције уговорних страна.⁹ Норме „реглементарног права“ представљају норме управне природе.¹⁰ А јавни интерес је свакако постојање стабилног финансијског система,¹¹ здравља финансијских институција и њиховог сигурног пословања, као и заштита корисника њихових услуга, што заправо представља основне циљеве регулације банака.¹² Неки наши истакнути професори пословног права ову грану са правом деле на: статусно привредно право, уговорно привредно право и „реглементарно“ привредно право истичући да последње проучава норме о односу државе и привредних субјеката и то не само привредних друштава, предузетника и других облика професионалног обављања неке комерцијалне делатности, већ и физичких лица када су уговорна страна у односу са привредним субјектима уколико је реч о нормама које припадају корпусу заштитних правила изузетих од принципа слободне диспозиције уговорних страна.¹³ Ово „реглементарно“ право је у основи регулаторног привредног права, обзиром да правна норма представља основни инструмент у процесу друштвене регулације.

Међутим, Регулаторно привредно право не исцрпљује се у нормативном дефинисању међусобних права и обавеза привредних субјеката, као и успостављању сфере државне интервенције. Оно је, истина, дуго било под маском директног интервенисања државе тј. администрирања привредом.¹⁴ „Дерегулација“¹⁵ тржишта управо је условила јачање ре-

9 A. Jacquemin, G. Schrans, *Le Droit Economique*, Paris, 1982, стр. 57; G. Farjat, *op. cit.*, стр. 26; F. Klaussing, *Wirtschaftsrecht*, Marburg, 1931, стр. 61.

10 *Лексикон грађанског права*, Београд, 1996, стр. 45.

11 „Јавно добро“ према Crockett-s. A. Crockett, „Why is Financial Stability a Goal of Public Policy“, *Federal Reserve Bank of Kansas City Economic Review*, Fourth Quarter (1997), 5, стр. 11.

12 У низу теоријских расправа о циљевима регулације пословања банака издваја се свеобухватна анализа проф. Möschel-a: W. Möschel, „Public Law of Banking“, у: *op. cit.*, стр. 25–54; исти аутор: „Eine Systematik von Bankenregulierungszielen“, у: *Festschrift für Walter Stimpel* zum 68. Geburtstag, Berlin, 1985, стр. 1065–1085.

13 М. Бартош, „Развој привредног права ФНРЈ“, *Међународна политика*, 131/1955, стр. 13; З. Антонијевић, *Привредно право*, Београд, 1983, стр. 4; М. Васиљевић, *Пословно право*, Савремена администрација, Београд, 1999, стр. 4–5 и 335–358.

14 C. Champaud, „Régulation et droit économique“, *Revue Internationale de Droit Économique*, Vol. 16, No. 1, (2002), 23, стр. 23.

15 Како је дефинисано у Економској и пословној енциклопедији, дерегулација је „напуштање одређеног облика државне регулативе и њихова замена конкуренцијом“, Београд, 1994, стр. 183. Међутим, и „регулатива“ и „конкуренција“ су елементи процеса регулације привредног система!

гулаторне улоге државе,¹⁶ односно оснаживање улоге државе у процесу остваривања друштвено пожељних циљева, јавног интереса. Иако се под регулацијом најчешће подразумева „мешање“ неког субјекта најчешће државе у погледу неке приватне активности,¹⁷ регулација обухвата све облике усмеравања, контроле и непосредног или посредног утицаја на одлуке и понашање привредних субјеката.¹⁸ Најбоља потврда неопходности регулаторне улоге државе је чињеница да су светски лидери на недавно одржаном самиту у Лондону у контексту постојеће финансијске кризе управо истакли неопходност јачања регулаторне улоге државе.

Основни облици регулисања пословања банака не разликују се само према природи когентних норми (норме као мере макроекономске природе, пруденциона ограничења и сл.), већ и према регулаторним техникама, односно елементима регулаторне стратегије. Правила о оснивању и пословању банака представљају део регулаторног режима, који такође обухвата и кореспондентне механизме.¹⁹ Будући да је у основи Регулаторног привредног права *регулаторни процес*, односно процес „друштвене регулације“²⁰ привредног система, јасно је да се облици регулисања пословања банака могу посматрати и са становишта механизма којима се утиче на пословање банака, односно регулаторне технике. И регулаторни органи надлежни за финансијски сектор крајем осамдесетих година прошлог века, као и други секторски регулатори, схватили су да ‘регулација’ не значи само ‘регулатива’.²¹ Једна од регулаторних техника која се примењује у процесу регулисања пословања банака управо је комплајанс (*compliance*). Дакле, *комплајанс није само организациона јединица банке или функција, већ облик регулисања пословања не само банака и других финансијских институција, већ и осталих привредних субјеката у другим подсистемима привредног система*. Због тога би требало размотрити основ и рацио ове регулаторне технике са специфичностима у банкарском сектору.

16 R. Cranston, „Regulation and Deregulation: General Issues“, 5 *University of New South Wales Law Journal*, 1982, стр. 1.

17 Најчешће због појаве негативних екстерних ефеката. Вид. нпр. B. Mitnick, *The Political Economy of Regulation*, New York, 1980, стр. 2 и 7; J. Kay, J. Vickers, „Regulatory Reform: An Appraisal“, у: G. Majone (ed.), *Deregulation or Re-regulation – Regulatory Reform in Europe and the United States*, 1990, стр. 221-226; A. Ogus, *Regulation – Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 1994, стр. 30.

18 Тако нпр.: R. Baldwin, M. Cave, *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, 1999, стр. 2.

19 Нпр. мере у наздору које изриче супервизор банака којима се банке ‘дисциплинују’, дисциплинска улога финансијског тржишта које санкционише банке које карактерише лоше корпоративно управљање и бележе губитке и др.

20 Вид. шире: Е. Пусић, *Друштвена регулација*, Загреб, 1989.

21 B. Steil, „Introduction“, у: B. Steil (ed.), *International Financial Market Regulation*, John Wiley and Sons Ltd., 1994, 1, стр. 1-2.

II Регулаторни ризик и ризик усклађености пословања

Будући да је право скуп норми, најуже схватање правног ризика у банкарском пословању своди га на „регулативни“ ризик, односно ризик да пословање није усклађено са законом, правилима која доноси надлежни регулаторни орган, евентуално и правилима професионалних удружења, укључујући и уговорни (трансакциони) ризик.²² Обзиром да је комплајанс регулаторна техника, ризик комплајанса посматра се шире од правног ризика, у контексту „регулаторног ризика“. Овом ризику су нарочито изложене банке које послују прекогранично, обзиром на различиту културу пословања и правне разлике између матичне земље и места пословања.²³

Базелски комитет за контролу банака ризик комплајанса дефинише као „ризик од законских или регулаторних санкција, материјалног финансијског губитка или губитка репутације који банка може да претрпи као последицу неуспеха да се придржава закона, прописа, правила, стандарда односних саморегулаторних организација и кодекса понашања који се примењују на банкарске активности (заједно: „закони, правила и стандарди комплајанса“)“.²⁴ Обзиром да се у наведеној дефиницији из документа „Комплајанс и функција комплајанса у банкама“ спомиње и репутациони ризик, могуће је говорити и о комплајанс ризику који обухвата регулаторни ризик (укључујући и правни ризик) и репутациони ризик.²⁵ Тако ризик усклађености пословања банке суштински постаје део техничко-организационих ризика банке²⁶ на које менаџмент банке може да утиче развијањем система унутрашњих контрола. Међутим, поставља се питање да ли је ризик усклађености пословања (који, дакле, обухвата регулаторни ризик у ширем смислу и репу-

22 Правни ризик на финансијском тржишту има много облика који се генерално могу поделити у две широке групе: трансакциони ризик, као изложеност ризику од стране друге стране уговорнице, трећег лица или неке околности као нпр. немогућност извршења уговора, реализације обезбеђења и сл., као и регулаторни ризик који излаже неку институцију ограничењима, новчаним казнама или кривичним санкцијама за кршење „регулаторних правила која могу бити комплексна или нејасна“. R. McCormick, *Legal Risk in the Financial Markets*, Oxford, 2006, foreword, стр. v.

23 B. Volkman, „The Global Convergence of Bank Regulation and Standards for Compliance“, 115 *Banking Law Journal* (1998), 550, стр. 582.

24 Basel Committee on Banking Supervision: *Compliance and Compliance Function in Banks*, 2005. Преведено на српски језик у: Удружење банака Србије, *Комплајанс – Корпорационо управљање*, Југословенски преглед, 2007, стр. 3, пар. 3.

25 G. Flury, M. Laufer-Tourte, „Risques Réglementaires et de Réputation: L'émergence de la Fonction Compliance“, *Banque magazine*, No. 638 (2002), стр. 55.

26 H. Bieg, G. Krämer, G. Waschbusch, *Bankenaufsicht in Theorie und Praxis*, Bankakademie Verlag, Frankfurt am Main, 2003, стр. 89–120.

тациони ризик) изван категорије „оперативни ризици банке“, обзиром да у теорији и пракси не постоји јединствено схватање обухвата извора оперативног ризика.²⁷ Чак и Други базелски споразум о мерењу капитала искључује стратешки и репутациони ризик из оквира оперативног ризика.²⁸

III Осврт на изворни концепт комплајанса

Као облик регулисања пословања банака комплајанс се појавио у Великој Британији осамдесетих година прошлог века, под окриљем саморегулаторне организације тржишта капитала којој су била призната јавна овлашћења и која је имала дисциплинску моћ (*Securities and Investment Board – SIB*). Како је изричито наведено у *Large*-овом извештају којим је препоручено увођење концепта комплајанса „регулатор се обавезује да се неће мешати у пословање регулисаног субјекта, али за узврат очекује усклађеност пословања која превазилази пуко поштовање слова закона“.²⁹

Британски концепт комплајанса могао би се назвати „прави“ или „инстинктивни“ комплајанс³⁰ и карактерише га усклађивање пословања са „духом, а не словом закона“.³¹ Овај концепт је највише одговарао инвестиционом банкарству обзиром да у сфери пословања са потрошачима постоји корпус когентних правила о заштити потрошача. Регулаторни оквир инвестиционог банкарства је био трослојан: први круг норми чинило је десет широко постављених принципа³² (ови при-

27 Сматра се да су стратешки и репутациони ризици банке „блиски оперативном ризику“. Нпр. D. Nouy, „Le champ du risqué opérationnel dans Bâle II et au-delà“, *Revue d'économie financière*, No. 84, 11, стр. 17.

28 Basel Committee on Banking Supervision: International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards, A Revised Framework, Comprehensive Version, June, 2006, преведено на српски језик: Удружење банака Србије, *Међународна сагласност о мерењу капитала и стандардима капитала, Ревидирани оквир, свеобухватна верзија*, Југословенски преглед, Београд, 2007, стр. 144, пар. 644.

29 A. Large, *Financial Services Regulation: Making the Two Tier System Work*, SIB, May, 1993, у: J. Black: *Rules and Regulators*, Oxford, 2003, стр. 136.

30 Идеја о инстинктивном комплајансу као регулаторној техници везује се за Стенлија Фиша (S. Fish, *Doing What Comes Naturally*, Oxford, 1989).

31 D. Walker, „Financial Services: The Principles Initiative“, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 1989, стр. 51.

32 *Ten principles for the conduct of investment business* (доступно на адреси: www.fsa.org.uk):

1. *Интегритет*: Финансијска институција дужна је да се у току свог пословања придржава високих стандарда интегритета и правичног пословања.

нципи и данас постоје, обзиром да их је преузела британска Управа за финансијске услуге (*Financial Services Authority – FSA*); други круг норми – четрдесет правила која се изводе из ових принципа; док је трећи круг норми обухватио правила којима су наведене принципе и правила тумачили саморегулаторни органи финансијског тржишта. Тако су саморегулаторне организације добиле овлашћење да стварају правила понашања и дисциплинују своје чланове, а овакав поступак је требало

2. *Умеће, пажња и темељитост*: Финансијска институција би требало да послује са одговарајућим умећем, пажњом и темељитошћу.

3. *Тржишна пракса*: Финансијска институција дужна је да поштује високе стандарде тржишне праксе. Такође, у циљу испуњења овог принципа, финансијска институција дужна је да усклади своје пословање са било којим правилником или стандардом који се примењује на тржишту и на финансијску институцију било непосредно или одлукама које из њега произлазе.

4. *Подаци о клијентима*: Финансијска институција дужна је да захтева од клијената које саветује или за које послује све податке о њиховим приликама и инвестиционим циљевима који се разумно могу очекивати као подаци који су релевантни за испуњење обавеза према клијенту.

5. *Подаци за клијенте*: Финансијска институција је дужна да предузме разумне кораке да обезбеди клијенту кога саветује, разумљиво и правовремено, све податке који су му неопходни да донесе ваљану одлуку. Финансијска институција би такође требало да буде спремна да клијенту предочи пун и правичан извештај о извршењу својих обавеза према клијенту.

6. *Сукоб интереса*: Финансијска институција дужна је да избегне могући сукоб интереса или, у складу са његовом наменом, дужна је да обезбеди правичан третман свих својих клијената откривањем настале ситуације, интерним правилима о поверљивости пословања, одбијајући да поступа у конкретном случају или на други начин. У сваком случају не би требало да неправично стави свој интерес изнад интереса клијената и, у ситуацији у којој би се разумно могло очекивати да би добро информисани потрошач очекивао да подреди свој интерес интересу клијента, финансијска институција мора да поступа управо имајући у виду такво очекивање клијента.

7. *Имовина клијента*: Уколико финансијска институција контролише имовину клијента или је на други начин одговорна за имовину која припада клијенту о којој се стара, дужна је да је адекватно заштити, раздвајајући имовину клијента, идентификујући је на други начин, у складу са обавезама које је преузела.

8. *Финансијски ресурси*: Финансијски посредник дужан је да одржава адекватне финансијске ресурсе како би био устању да испуни своје пословне обавезе и да се одупре ризицима пословања којима је изложен.

9. *Унутрашња организација*: Финансијска институција дужна је да успостави одговарајућу унутрашњу организацију и одговорно контролише интерно пословање, чувајући ваљане исправе, док је у погледу својих запослених, односно ако у оквиру свог пословања ангажује друга лица, дужна да обезбеди одговарајуће механизме провере да ли су таква лица подесна, адекватно оспособљена и контролисана, као и да има добро дефинисане процедуре провере усклађености пословања.

10. *Однос са регулатором*: Финансијска институција би требало да буде отворена за сарадњу са регулаторним органима и да их одмах обавештава о било којим околностима које се тичу њеног пословања које би се разумно могле очекивати да ће бити откривене.

да допринесе уштеди трошкова усклађености пословања који настају у процесу регулације.

Стандарди и принципи омогућавају менаџменту да „види дрво морала међу техничким дрвећем“.³³ Иако је формално посматрано једноставније за банке, формулишући основне принципе SIB (сада FSA) може лакше да казни финансијску институцију која не поштује одређени принцип него неко конкретно техничко правило, обзиром да има могућност да појашњава односно тумачи сваки принцип. Ако се са тим не слаже, финансијска институција може да тужи FSA, али не обичном суду, већ специјалном трибуналу у коме седе један правник, један банкар и један рачуновођа. Међутим, развој евродоларског тржишта и долазак страних банака који нису били део „интерпретативне заједнице“ утицао је на ‘формализацију’ комплајанса и институционализације комплајанса у организациону јединицу у чијем је фокусу примарно старање о професионалним обавезама банкара.

За разлику од овог комплајанса кога је изнедрио британски прагматизам, германски формализам претворио је комплајанс у „формални“ комплајанс.³⁴ Неке немачке банке су вршиле *outsourcing* комплајанс функције – преношењем комплајанс функције на адвокатске канцеларије. То је, неретко, доводило до „креативног“ комплајанса, чиме се нарушио *ethos* комплајанса. Иако Базелски комитет за контролу банака у свом документу „Комплајанс и функција комплајанса у банкама“ не објашњава *raison d'être* комплајанса као регулаторне технике, Комитет ипак указује на *outsourcing* функције комплајанса. Десети принцип овог документа гласи: „Комплајанс треба да се посматра као активност језгра управљања ризицима унутар банке. Специфични задаци за функцију комплајанса могу бити предмет *outsourcing*-а, али морају остати под одговарајућим наздором руководиоца комплајанса.“³⁵

IV Од једнообразног правила до индивидуализације регулаторног режима за сваку банку

Било да је законска норма или интерпретативно правило које доноси надлежно министарство или финансијски регулатор, законода-

33 J. Black, *op. cit.*, стр. 103.

34 О концепту „немачког“ комплајанса вид. нпр.: *Handbuch der Compliance-Organisation*, Deutscher Sparkassenverlag Stuttgart, 1995.

35 Под окриљем Заједничког форума за финансијске конгломерате, Базелски комитет за контролу банака, Међународна организација комисија за хартије од вредности и Међународна асоцијација контролора осигурања су развили високе принципе за *outsourcing* у финансијским услугама: Joint Forum, *Outsourcing in Financial Services*, February 2005, доступно на адреси: www.bis.org.

вац и регулаторни орган не могу да ухвате корак са брзом пословном праксом. Као инструменти регулаторног режима, правила као формални извор права могу бити недовољно одређена,³⁶ премало или превише обухватна. Економска анализа права истиче ефекат оваквих правила: уопштавање може одвратити адресате од друштвено пожељног понашања, док их недовољан обухват правила подстиче да се понашају на друштвено непожељан начин.³⁷ Тако прескриптивне диспозиције норми, праћене јасном санкцијом, позивају на „формални“ комплајанс, односно изричиту усклађеност пословања са захтевом из диспозиције норме. Исто тако, поступање у складу са правном нормом, али супротно циљу који је законодавац имао у виду, са елементима злоупотребе права, отвара пут ка „креативном“ комплајансу.³⁸

Банкарска регулатива дуго времена је почивала на *категоричким диспозицијама*. Временом се у прописима о пословању банака појављују и *алтернативне диспозиције*, које могу предвидети неколико облика понашања и оставити банака избор неко од предвиђених понашања.³⁹ Развој супервизије засноване на ризику утицао је на увођење *диспозиција које дају дискрециону власт* пре свега финансијским регулаторима којима овакве диспозиције (нарочито присутне у домену пруденционе регулације банака) дозвољавају да у оквиру своје дискреционе власти слободно цене целисходност неког решења. За разлику од алтернативних диспозиција и диспозиција које дају дискрециону власт, код којих се обухват захтеваног понашања адресата норме утврђује али му се оставља слобода избора, *диспозитивне диспозиције* овлашћују субјекта да сам створи другу диспозицију, односно диспозиције којима регулишу сопствено понашање или понашање других субјеката. То нису само оне диспозиције које произлазе из начела аутономије воље странака нпр. у смислу облигационих односа, већ и унутрашња правила о пословању и усклађености пословања са законом које банке развијају у *контексту „регулаторних уговора“*. Погрешно је сматрати да овакве диспозиције које не проистичу непосредно из прописа о пословању банака нису обавезне. Ако банка употреби своје овлашћење да утврди правила понашања којих ће се прдржавати како би задовољила пруденционе стан-

36 О типовима средстава којима се норма чини неодређеном вид.: К. Чавошки, Р. Васић, *Увод у право*, Београд, 2006, стр. 326–332.

37 I. Erlich, R. Posner, „An Economic Analysis of Legal Rulemaking“, 3 *Journal of Legal Studies*, 1974, стр. 257.

38 Кога треба разликовати од „креативног усклађивања пословања“ у складу са духом закона, стандардима и принципима регулације. R. Baldwin, *Rules and Government*, Oxford, 1995, стр. 186–189.

39 Р. Лукић, *op. cit.*, стр. 200–210; Р. Лукић, Б. Кошутић, *Увод у право*, Београд, 2008, стр. 126–144; К. Чавошки, Р. Васић, *op. cit.*, стр. 282–293 и стр. 324–332.

дарде и обезбедила усклађеност пословања са законом, а супервизор се са тим сагласи, онда њена диспозиција није ништа мање обавезна од принудне диспозиције закона или подзаконског акта финансијског регулатора којим би се прецизирало обавезно понашање банке.⁴⁰

У домену финансијске регулације, недостатак правила као регулаторних инструмената настоји се ублажити ослањањем на стандарде и принципе који омогућавају циљни приступ регулацији. Основни изазов правила као технике регулације представља тензија између потребе за што већом обухватношћу и јасноћом са једне стране и флексибилношћу са друге.⁴¹ Алтернатива прескриптивним диспозицијама су стандарди, за које се сматра да омогућавају „циљни“ приступ регулацији, омогућавајући флексибилну примену и дајући тако већу могућност слободног процењивања.⁴² За разлику од закона чије доношење и спровођење не може да се обезбеди у кратком року и који нису прилагодљиви променама, стандарди се могу брже донети и лакше променити. Што је закон детаљнији, то је већа могућност правних празнина, а што је општији то по правилу оставља више произвољности тумачења.⁴³ Али управо та флексибилност и дискреција ипак отварају пут дискриминацији и произвољности. Стандарде је такође теже спровести у пракси него правила.⁴⁴ Исто тако, принципи као опште норме испољавају недостатке у пракси.⁴⁵

Друга могућност је признавање веће дискреционе моћи финансијског регулатора, кроз развијање тзв. „интерпретативних заједница“ између регулатора и регулисаних субјеката и „конверзационим моделом“ регулације.⁴⁶ Прави или „инстинктивни“ комплајанс као регулаторна техника развија се у оквиру „интерпретативних заједница“. На овај начин регулаторни орган жели да обезбеди поштовање циља норме чак и ако нема правила о одређеном проблему и када постоји правна празнина. Ово суштински подсећа на неки облик затварања система, а нарочито се испољава кроз ограничавање судске власти да одлучује о питањима „техничке“ контроле коју спроводе регулаторне агенције у свим секторима привредног система. *De facto*, регулаторне агенције на тај начин настоје

40 У смислу: Р. Лукић, *op. cit.*, стр. 212–214.

41 J. Black, „Which Arrow? Rule Type and Regulatory Policy“, *Public Law* (1995), стр. 94.

42 О правној природи стандарда вид.: С. Табороши, Т. Јованић, „Улога стандарда у регулисању привреде и њихова правна природа“, *Правни живот*, бр. 11/2006, стр. 317; R. Baldwin, C. McCrudden, *Regulation and Public Law*, 1987, главе I и II.

43 R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, 2007, стр. 586–587.

44 S. Breyer, *Regulation and its Reform*, Cambridge, 1982, стр. 109.

45 M. Reßing, „Prinzipien als Normen mit zwei Geltungsebenen“, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Vol. 95 (2009), Heft 1, стр. 28.

46 J. Black, *Rules and Regulators*, Oxford, 2003, стр. 19–45; R. Baldwin, *Rules and Government*, Oxford, 1995, стр. 143–190.

да обезбеде монопол над тумачењем права. Овакве „интерпретативне заједнице“ и „конверзациони модел“ регулације у коме финансијске институције и професионална удружења банкара учествују у доношењу интерпретативних правила пословања банака и њиховом тумачењу, могу се заснивати на једнообразном регулаторном режиму, или на индивидуализованој стратегији према свакој појединој банци.

То, другим речима значи да регулација банака може бити егзоген или ендоген процес.⁴⁷ У другом случају долази до преношења дела регулаторне функције на банке, односно „приватизације“ функције јавне управе. Стабилно и сигурно пословање банке и заштита интереса клијената ипак нису само циљеви јавног права и органа јавне управе, већ исто тако и циљеви регулисаних институција. Предност овог облика регулисања пословања финансијских субјеката је у томе што „подстицаје регулисаних институција приближава циљевима регулатора“.⁴⁸ У том смислу се комплајанс показао делотворним.⁴⁹ Отуда се класична подела на јавно и приватно право сходно критеријуму јавног или приватног интереса (теорија интереса) чини превазиђеном.⁵⁰ Исто тако, подела по бинарном коду на јавно и приватно право према карактеру, односно дејству норме на императивне и диспозитивне, чини се да је такође превазиђена. „Поистовећивање јавног са императивним, приватног са диспозитивним је сувишно откако наука располаже изразима *jus cogens* и *jus dispositivum*.“⁵¹

Овај ендогени процес регулације често је заснован на нормама са диспозитивном диспозицијом. Банка тако добија овлашћење да се понаша у дозвољеним границама у оквиру којих ствара сопствена правила

47 Вид. интересантну расправу на ову тему: D. Boudreaux, R. B. Ekelund, „Regulation as an Exogenous Response to Market Failure: A Neo-Schumpeterian Response“, 143 *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1987, стр. 537–554; V. Goldberg, „Clarifying the Record: A Comment“, 144 *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1988, стр. 885–888.

48 D. G. Mayes, „Contracts and competition in the regulation of European Stock Exchanges“, *Journal of Financial Regulation and Compliance*, Vol. 11, No. 2 (2003), 121, стр. 133; готово идентично закључује и: C. Hannoun, „La déontologie des activités financières: contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme“, *RTD com*, No. 42, juill-sept 1989, 422, стр. 426.

49 T. Makki, J. Braithwaite, „Praise, pride and corporate compliance“, *International Journal of the Sociology of Law*, Vol. 21 (1993), стр. 73–91; J. T. Scholz, „Voluntary compliance and regulatory enforcement“, *Law and Policy*, Vol. 6, No. 4 (1984), 385, стр. 392.

50 О томе нарочито: В. Водинелић, „Разликовање јавног и приватног права“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5, 1982, 657, стр. 670–678; М. Пелеш, „Однос јавног и приватног права“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, 1972, стр. 202 и даље; C. Eisenmann, „Droit public, droit privé“, *Revue du droit public et de la science politique*, 1952, стр. 903.

51 В. Водинелић, *op. cit.*, стр. 670.

и преузима одговорност за њихово спровођење.⁵² Међутим, неопходно је да унутар организације банке постоји свест о циљевима регулације, висок пословни морал и добро корпоративно управљање. Дакле, основни предуслов комплајанса као регулаторне технике је постојање високог пословног морала и добро корпоративно управљање у банкама.

V Уговорна регулација или принудна саморегулација

Индивидуализација регулаторног режима и интернализација регулаторне стратегије је у основи преношење јавних овлашћења на регулисане субјекте и представља стимулативну меру, односно подстицај банкама да ускладе своје пословање са циљевима регулације банака.⁵³

Финансијски регулатор чини позив на понуду, док акт о одабраном моделу одређивања основа за обрачун капитала, као и стратегији/плану комплајанса представља својеврсну понуду банке према регулатору за закључење регулаторног уговора којим се банци омогућава да (делимично) интернализује регулаторну функцију. Кауза овог уговора су основни и оперативни циљеви регулације које је финансијски регулатор изнео у својој стратегији контроле банака. „Обезбеђење“ уговора су контролне и корективне мере, санкције, којима располаже финансијски регулатор у случају да се финансијска институција не придржава услова уговора, када регулатор може да користи неку од арсенала корективних мера којима располаже (обично градуиране).⁵⁴ Овакво објашење облигације у јавном праву неки могу схватити као јерес, па би због тога концепт ‘несавршених’ уговора требало појаснити из угла економске доктрине познате као Нова институционална економија. Ова економска доктрина наглашава концепт релационих уговора. Реч је о несавршеним уговорима, код којих се обе стране изричито или прећутно договарају о начину понашања и међусобним односима у току трајања уговора. За разлику од класичног уговора где странке преговарају у време његовог закључења, где су јасно наглашене права обавезе и начин његовог извршења и који као признати уговор ужива правну заштиту, код релационих уговора уговорне стране континуирано преговарају.⁵⁵ Регулаторни уговор омогућава да се задати

52 M.-A. Frison-Roche, „How Should the Powers of Regulatory Authorities be Established in Terms of Law“, *Revue d'économie financière*, No. 60, 85, стр. 90–95.

53 Превасходно у контексту пруденционих лимита: T. Campbell, Y. Chan, A. Marino, „An incentive-Based Theory of Bank Regulation“, 2 *Journal of Financial Intermediation* (1992), стр. 255.

54 D. G. Mayes, *op. cit.*, стр. 131.

55 J. R. Macneil, „The Many Futures of Contract“, 47 *Southern California Law Review*, 1974, 691, стр. 738–739; O. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism – Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, 1985, стр. 29.

циљеви постигну уз најниже трошкове.⁵⁶ Поред тога што стране уговорнице континуирано преговарају о условима уговора и модалитетима извршења, уговор има елементе алеаторности обзиром да стране не могу са сигурношћу да утврде све околности случаја, нити могу да очекују са сигурношћу да ће уговор бити извршен.⁵⁷ Регулаторни уговори подразумевају и договор о механизмима извршења уговора, обзиром да уговорне стране не рачунају на судску заштиту и због тога морају да предвиде механизме заштите од опортунистичког понашања. Стране уговорнице континуирано преговарају управо да би се кауза њиховог уговора прилагодила променама околности на тржишту.⁵⁸

На једном крају „регулаторног клатна“⁵⁹ је регулаторна техника која се обично означава као командно-контролна регулација (*command-and-control*), заправо постављање правила и стандарда и одређивање санкција у случају њиховог непридржавања (пре свега когентна регулатива).⁶⁰ На другом крају је саморегулација или аутономна регулација, као „поверавање јавних овлашћења приватним субјектима у институционализованом облику“,⁶¹ која на финансијском тржишту има дугу историју и значајну улогу. За разлику од овакве саморегулације, где приватни субјекти имају овлашћење да створе правила понашања за привредне субјекте и тако спроводе своје и циљеве од општег интереса, уз различите могућности санкционисања (нпр. јавно објављивање, искључење листираног акционарског друштва са берзе и сл.) уговорна саморегулација,⁶² односно принудна саморегулација⁶³ *de facto* представља одговор финансијске институције на претњу увођења строжије контроле од стране органа јавне управе.⁶⁴ Комплајанс је, дакле, и облик индивидуа-

56 O. Williamson, *op. cit.*, стр. 72; V. Goldberg, „Regulation and Administered Contracts“, 7 *Bell Journal of Economics*, 1976, стр. 426–448.

57 R. Richter, „Banking Regulation as Seen by the New Institutional Economics“, у: E. Furubotn, R. Richter, *The Economics and Law of Banking Regulation*, Center for the Study of the New Institutional Economics, Occasional Papers, Vol. 2, Winter 1989/90, стр. 136–137.

58 O. Williamson, *op. cit.*, стр. 29, 32 и 72.

59 M. K. Sparrow, *The regulatory craft: Controlling risks, solving problems, and managing compliance*, The Brookings Institution, Washington, стр. 34.

60 A. Ogus, *op. cit.*, 1994, стр. 121 *et seq.*; R. Baldwin, M. Cave, *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, 1999, стр. 34 *et seq.*

61 P. Birkinshaw, I. Harden, N. Lewis, *Government by Moonlight: The Hybrid Parts of the State*, London, 1990, стр. 3.

62 Како је назива Огус: A. Ogus, „Re-thinking Self Regulation“, 15 *Oxford Journal of Legal Studies* (1995), стр. 97.

63 Тако: I. Ayers, J. Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford, 1992.

64 Саморегулација и принудна саморегулација могу да постоје заједно (индивидуализована регулација одвија се у оквиру саморегулације – нпр. модел управљања

лизације регулаторне стратегије, односно прилагођавање регулаторног режима као свеукупности прописа и правила о пословању банака, стандарда, метода и облика регулације, укључујући и алтернативне механизме (нпр. дисциплинујућа улога финансијског тржишта) карактеристикама одређене банке.

Овај уговор захтева не само постојање добре воље и поверења са обе стране, већ и могућност регулатора да континуирано прати регулисане субјекте. Континуитет међусобног односа обезбеђује управо „интерпретативна заједница“ тумачења прописа заснована не само на дискреционој моћи финансијског регулатора, већ и проактивном ставу контролисаних банака.

VI Развој културе усклађености пословања и претпоставке за увођење правог комплајанса

Код принудне саморегулације, односно уговорне регулације (обзиром да се заснива на регулаторном уговору, било имплицитном или експлицитном), пословни морал постаје делимични супститут регулаторне улоге државе,⁶⁵ од користи како банкама, тако и потрошачима и читавој друштвеној заједници. А пословни морал подразумева постојање културе усклађености пословања. Претпоставимо да је коришћење финансијских услуга подигло ниво благостања потрошача и да је смањило ниво трансакционих трошкова у финансијском посредовању. Ово би могао бити резултат следећих околности:

а) доношењем прескриптивних правила решен је одређени проблем односно тржишни недостатак (нпр. јаснија и детаљнија правила рекламирања);

б) потрошачи су постали свесни неких од потенцијалних опасности које се појављују у погледу компликованих финансијских производа и/или су постали боље информисани и склонији да врше поређење финансијских услуга (што може бити резултат нпр. стратегије образовања потрошача коју подстичу финансијски регулатор и удружења потрошача);

в) услови на тржишту су се променили, тако што су се појавиле нове врсте финансијских услуга, нови финансијски посредници који нуде повољније услове (што може бити резултат дерегулације финансијског сектора којом је подстакнута конкуренција); и најзад

тржишним ризиком пословања банке у складу са начелима Базелског споразума о мерењу капитала).

65 С. Табороши, „Пословни морал и макроекономска ефикасност“, *Право и привреда*, 5–8/2006, стр. 102.

г) став финансијског сектора према поштовању прописа се променио у правцу стварања опште културе поштовања прописа и усклађивања пословања не само са законом, већ са циљевима финансијске регулације.

Из ових ситуација произлази да се само у првом случају (када, примера ради, прескриптивна норма решава проблем асиметричности информација тако што нпр. одређује минимални обавезни садржај рекламе у погледу одређене финансијске услуге) правном нормом непосредно утиче на смањење трансакционих трошкова потрошача. Но, такође, стварање једне опште културе поштовања закона и повољне климе која стимулише понашање финансијских институција у складу са правилима струке и етичким начелима утиче на пораст индивидуалне и укупне потрошачке корисности.

Промене нивоа културе усклађивања пословања са правилима и принципима регулације банака на првом месту зависе од става банкарског сектора о друштвено корисним ефектима поштовања прописа. Дакле, без пословног морала нема комплајанса. Интереси државе и банака су идентични: одсуство финансијске нестабилности и финансијских криза, сигурно и здраво пословање банака, конкурентно банкарско тржиште и конкурентна неутралност регулације банака у односу на остале финансијске институције које нуде финансијске производе супституте.

Успешна регулаторна стратегија подразумева мотивацију акционара, менаџмента и поверилаца банака да се активно укључе у остваривање основних циљева регулације. Одлучујући утицај на стварање културе поштовања прописа има сам регулаторни орган, својим поступцима и подстицајима које развија. Финансијски регулатор јесте ауторитет и власт, али свој мач принуде мора да сакрије иза леђа и да створи утисак да је процес регулисања пословања банака део система сарадње.

Поред „осећаја партнерства“, финансијски регулатор мора бити проактиван а не реактиван. Први импулс успешног комплајанса морао би да дође од стране финансијског регулатора: управо регулатор мора први да пошаље сигнале банкама, да преговара са банкама, да их подучава као „просветитељ“. ⁶⁶ Финансијски регулатор мора да убеђује банке да развију корпоративну културу у духу изреке „*do ut des, facio ut facias*“. То првенствено значи да се финансијски регулатор, кроз кога се испољава државна власт, самоограничава зарад лакшег постизања циља. ⁶⁷

66 I. Ayers, J. Braithwaite, *op. cit.*, стр. 4; N. Reichman, „Moving backstage: Uncovering the role of compliance practices in shaping regulatory policy“, у: R. Baldwin, C. Scott, C. Hood (eds.), *Reader in Regulation*, Oxford, 1998, стр. 328; J. Black, „Talking about regulation“, *Public Law*, Spring 1998, 77, стр. 91.

67 Држава се својом вољом обавезује, самоограничава, али она остаје суверена и ако се обавезе уговором, у смислу: G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1905, стр. 357.

Међутим и ако се јавна управа схвати као „партнер“ регулисаних субјеката, реч је о односу где евидентно постоји неједнакост уговорних страна. Основно ограничење финансијског регулатора у развоју стратегије комплајанса банака је његово обавезивање да што је успешнија функција комплајанса у банкама, то регулатор мање задире у пословање банке и даје већи примат документарној контроли банака у поређењу са непосредном контролом, тј. инспекцијом. У стратегији комплајанса наметање корективне мере или санкције је знак неефикасности ове стратегије, док је у стратегији реактивне командно-контролно-корективне регулације знак њеног успешног спровођења.⁶⁸ Но, ипак, комплајанс као превентивни механизам не може да постоји без контролно-корективних механизма – оптимална стратегија подразумева оба приступа.⁶⁹ Мач принуде мора да постоји, без обзира да ли га јавна управа сакрива иза својих леђа или иступа држећи овај мач у руци. И када се доима као партнер, држава је јача уговорна страна.

Један од предуслова правог комплајанса су свакако и гаранције добре управе: независност, одговорност, транспарентност и институционални интегритет финансијских регулатора.⁷⁰ Независност и одговорност финансијског регулатора су две стране једног истог новчића.⁷¹ Финансијски регулатор мора имати оперативну независност формулисања циљева и одабира начина да се основни и оперативни циљеви финансијске регулације у пракси остваре. Финансијски регулатор ужива највећи степен независности уколико се налази у саставу централне банке. Међутим, протеклу и ову деценију обележава тренд издвајања контролне функције из оквира централне банке, која задржава одређене ингеренције у праћењу финансијске стабилности.⁷²

68 Тако: A. J. Reiss, „Selecting strategies of social control over organizational life“, у: K. Hawkins, J. Thomas (eds), *Enforcing Regulation*, Kluwer Nijhoff, 1984, стр. 24–25.

69 D. Singh, „Enforcement decisions in banking regulation and supervision“, *Journal of International Banking Regulation*, Vol. 4, No. 4 (2003), 301, стр. 302; N. Gunningham, „Negotiated non compliance: A case study of regulatory failure“, *Law and Policy*, Vol. 9, No. 1, 69, стр. 70; R. Cotterell, *The Sociology of Law: An Introduction*, Butterworths, стр. 245.

70 U. Das, M. Quintin, „Crisis Prevention and Crisis Management: The Role of Regulatory Governance“, у: R. Litan, M. Pomerelano, V. Sundararajan (eds.), *Financial Sector Governance: the Role of the Public and Private Sectors*, Washington, 2002, 163, стр. 167–169.

71 C. Zilioli, „Accountability and Independence: Irreconcilable Values or Complementary Instruments for Democracy? The Specific Case of the European Central Bank“, у: G. Vandersonden (ed.), *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, ULB Brussels, 2003, стр. 395–423.

72 О разлозима у прилог и против ингеренција централне банке у контроли банака вид. нпр.: C. Goodhart, D. Schoemaker, „Should the functions of monetary policy and banking supervision be separated?“, *Oxford Economic Papers*, No. 47, стр. 539–560;

Без обзира да ли је у саставу централне банке или не, финансијски регулатор мора да изгради углед, јер без угледа и његове оперативне независности (коју не треба изједначавати са институционалном независношћу) стратегија комплајанса се не може спровести у дело. Дакле, оперативна независност и углед финансијског регулатора, уз гаранције добре управе, су претпоставке које морају постојати на страни финансијског регулатора.

Независност централне банке у свим земљама је на квалитативно вишем нивоу од независности финансијских регулатора. Србија је једна од малобројних земаља у којима регулатор банака „извлачи“ своју независност из Устава (чл. 107). Међутим, Устав РС овде само признаје НБС као врховну монетарну институцију. Међутим, кроз Закон о НБС, као и Закон о банкама законодавац је НБС поверио јавна овлашћења доношења интерпретативних правила о пословању банака, легислативне иницијативе и контролне функције. Иако има запањујућих схватања да наша „централна банка представља посебну грану власти – монетарну власт, равноправну са законодавном, извршном и судском“, ⁷³ Народна банка Србије тренутно представља једину праву независну регулаторну агенцију у Србији, која ужива далеко већу институционалну и нарочито оперативну независност у поређењу са две комисије које би суштински требало да представљају независне регулаторне агенције: Комисијом за заштиту конкуренције и Комисијом за хартије од вредности. ⁷⁴

Као једина права независна регулаторна агенција, регулаторна стратегија НБС може бити пример свим осталим квази-регулаторним агенцијама и представља добар пример стратегијског управљања у органу јавне управе. ⁷⁵ Гаранцију њене независности представља и ограничење спора пуне јурисдикције, које данас представља међународни стандард. ⁷⁶ Судови у највећем броју земаља у свету не могу да улазе у меритум ствари, јер је по правилу реч о техничкој контроли. Лица запослена у органу који контролише банке уживају имунитет у спору о

J. Peek, E. S. Rosengren, G. Tootle, „Is bank supervision central to central banking?“, 114 *Quarterly Journal of Economics* (1999), стр. 629–653.

73 Љ. Вељић, „Нека спорна питања поводом решења донетих у поступку контроле банака“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2004, 979, стр. 982.

74 Т. Јованић, „Финансијско тржиште: Институционални капацитет и овлашћења регулаторног органа – Постојеће стање и могући правци реформе“, у: Т. Јованић, А. Ковачевић, *Развој финансијског тржишта Републике Србије – Пословни амбијент и институције*, Досије, Београд, 2008, стр. 25.

75 НБЈ, *Циљеви и задаци контроле банака*, Београд, 8. новембар 2002.

76 О осталим стандардима заштите функције супервизије и супервизора вид. нпр. R. Delston, *Statutory Protections for Banking Supervisors*, The World Bank, Financial Sector Group, 1999.

накнади штете уколико су савесно испуњавала своју дужност.⁷⁷ Исто тако, једна од одредби која се може срести у законима о банкама других држава представља ограничење могућности вођења другостепеног поступка у случају одлука финансијског регулатора у случају инсолвентности банке. Међутим, НБС је један од ретких финансијских регулатора код кога не постоји управна контрола управе, бар не као институционализована двостепена контрола законитости и целисходности првостепених одлука. Иако се последњих година назире напор НБС да у поступак доношења прописа које је законом овлашћена да доноси укључи ширу пословну јавност (нпр. кроз достављање мишљења о неком предлогу путем електронске поште), неопходно је да се развије већа транспарентност регулаторног процеса, а пожељно би било да се овакво учешће институционализује кроз одговарајућа представничка тела/панеле представника финансијских институција и корисника њихових услуга.

Финансијски регулатор мора да се увери у спремност банке да зашнује уговорни однос и испуњава обавезе из регулаторног уговора. Пре свега, финансијски регулатор мора да се увери да банка развија културу усклађености пословања и да је успоставила адекватан систем корпоративног управљања са јасном унутрашњом расподелом надлежности. Добро корпоративно управљање представља прву и најважнију степену на путу до правог комплајанса. Функција супервизора никако не би смела да подсећа на функцију надзорног одбора банке.⁷⁸

Од изузетног значаја је компетентност и лични интегритет менаџмента банке. Стога не чуди што Базелски комитет већ у другом параграфу поменутог консултативног документа о комплајансу каже: „Комплајанс почиње на врху. Биће најнефективнији у култури корпорације која подстиче стандарде поштења и интегритета и у којој одбор директора и виши менаџмент воде својим примером.“ Као што једна пословица каже: „риба увек смрди од главе“; „Дух једне организације се креира на њеном врху. Ако у организацији влада позитиван дух, то је зато што је дух њених водећих људи такав.“⁷⁹

Штавише, менаџмент банке је позван да осигура стручност, односно компетентност запослених и да развије дух етичког пословања, јер је то основ „компетентног комплајанса“ као последње степенуе у развоју правог комплајанса.⁸⁰ Од лица које је добило дозволу за обављање од-

77 R. M. Lastra, *Central Banking and Banking Regulation*, London, 1996, стр. 32–34.

78 M. Blair и др., *Blackstone's Guide to the Financial Services and markets Act 2000*, Blackstone, 2001, стр. 27.

79 P. Дракер, J. Мађариело, *Дракер из дана у дан*, Адиджес, Нови Сад, 2006, стр. 15.

80 J. Edwards, „Individual and corporate compliance competence: An ethical approach“, *Journal of Financial Regulation and Compliance*, Vol. 11, No. 3 (2003), стр. 225; G. Wood, „A partnership model of corporate ethics“, *Journal of Business Ethics*, Vol. 40, No.

ређене функције, ако регулаторни систем познаје такав регулаторни инструмент,⁸¹ захтева се да се понаша у складу са захтевима интегритета своје функције и да штити углед своје професије и поверење клијената, да у обављању поверених надлежности поступа са дужном пажњом, сарађује са надзорним органом (како на унутрашњем нивоу, тако и супервизором, и обавести га о свим чињеницама за које се разумно може очекивати да су од материјалног значаја и сл.⁸² Стратегија заштите корисника финансијских услуга не може се замислити без обавезе стручности, стандарда пажње доброг привредника и интегритета запослених у банкама.⁸³

Банке морају да схвате да комплајанс није само „пуко извршавање одредби закона“ већ поступање у духу закона. Две основне одреднице *compliance* функције су: професионалне обавезе банкара, односно деонтологија банкарске професије и пословна етика.⁸⁴ Међутим, комплајанс је ипак шири концепт од „деонтологије“ обзиром да се не односи само на професионална правила чије непоштовање може изазвати остварење ризика комплајанса, већ и све оно што је обухваћено комплајанс ризиком.⁸⁵

Иако у Великој Британији, земљи где је настао прави комплајанс, на челу ове функције може бити само искусни правник, чињеница да ли је запослени банке који је на челу ове функције односно руководилац комплајанса правник или не није од пресудног значаја за успех комплајанса, уколико та особа разуме *ethos compliance* функције. У сваком случају, правници у комплајансу не смеју да буду „правници-занатлије“, већ морају да буду „правници-визионари“. Другим речима, они морају да осете проблем и реагују пре него што их финансијски регулатор упозори на проблем! Са једне стране, они су продужетак „пипака“ супервизора, а са друге стране брана против прекомерног мешања фи-

1 (2002), 61, стр. 63; о разлици између комплајанс стратегије и етичког менаџмента вид.: L. S. Paine, „Managing for organizational integrity“, *Harvard Business Review*, Vol. 72, No. 2 (1994), 106, стр. 111.

81 Вид. FSA, *The Statements of Principle and Code of Practice for Approved persons*, APER, June 2001.

82 A. Campbell, P. Catwright, *Banks in Crisis: The legal response*, Ashgate, 2002, стр. 87–91.

83 B. Boisseau, C. Sayag, *Déontologie et droit des activités financiers au Royaume-Uni*, AEF, 1996, стр. 170–171.

84 Деонтологију банкарске професије не би требало мешати нити са правом, нити са моралом, односно пословном етиком. Реч је пре свега о *lex mercatoria*, коју закон често потврђује у пракси и тако постаје део *jus cogens*. J. Pardon, „La déontologie du banquier“, у: *Le droit économique et financier en 1985 – Hommage a Robert Henrion*, Bruylant, Bruxelles, 1985, стр. 431; R. Henrion, „La déontologie du banquier“, у: *Le droit économique et financier en 1985 – Hommage a Robert Henrion*, Bruylant, Bruxelles, 1985, 419.

85 P. Jolain, „Déontologie“, *Banque magazine*, No. 641, (2002), стр. 17.

нансијског регулатора у пословање банке. Када запослени у комплајанс одељењима наших банака убеди своје колеге, нарочито оне из профитних центара банке, да су они од НБС добили овлашћење за вршење регулаторне функције и да ће бити мање изложени непосредном надзору НБС ако комплајанс добро функционише, тек онда ће остали сектори почети да их поштују. Почетак *compliance* функције у банци није лак и обележен је унутрашњим сукобима, нарочито у земљама у транзицији у којима се не разуме природа ове функције. У том смислу, аутор се нада да ће овим радом допринети бољем схватању значаја ове функције и њеном признању унутар организационе структуре банке.

VII Специфичност комплајанс функције као сегмента система унутрашњих контрола у банци

Комплајанс функција, било самостална било у оквиру правног одељења, не сме се изједначити са функцијом интерне ревизије.⁸⁶ Одељење за управљање ризицима и одељење за усклађеност пословања су резултат две стимулативне мере које доприносе смањењу ризика и развијају културу усклађености пословања и обе су интегрални део управљања ризицима.⁸⁷ За разлику од одељења за управљање ризицима у пословању банке (*risk management*) у чијем је фокусу пруденциона регулација, основна сврха *compliance* функције је да се олакша усклађеност пословања банке са правилима и стандардима коректног понашања према клијентима банке (*conduct-of-business*), односно да се заштите интереси клијената банке, испоштују професионалне обавезе банке и умањи потенцијална одговорност банке за неусклађеност пословања или настанак репутационог ризика. Дакле, суштина комплајанс функције у банкама је старање о професионалним дужностима банкара и минимизовање одговорности за неусклађеност пословања. Комплајанс функција поред контроле запослених у домену ризика комплајанса подразумева и саветовање и образовање запослених. У оквиру ове функције развија се стратегија откривања и праћења ризика комплајанса, и његова контрола.

Четири основна нормативна извора професионалних обавеза банкара су:⁸⁸ пословна пракса и обичаји, правила професионалних уд-

86 Ризик комплајанса је укључен у методологију процене ризика функције интерне ревизије која оцењује функцију комплајанса. Basle Committee on Banking Supervision, *op. cit.*, пар. 44 и 45.

87 Z. Mikdashi, *Regulating the Financial Sector in the Era of Globalization: Perspectives from Political Economy and Management*, Palgrave, 2003, стр. 62.

88 R. Cranston, *Principles of Banking Law*, Oxford, 1997, стр. 214.

ружења, закони и правила које доноси финансијски регулатор и унутрашња правила пословања банке. Посебно су битна правила која уређују начин пословања и однос према клијентима, којима се установљавају професионалне обавезе банака, штите корисници финансијских услуга и обезбеђује транспарентност пословања.

Комплајанс стратегија обухвата читаву „банкарску операцију“⁸⁹ (*l'opération de démarchage bancaire*) која се дефинише као свака операција која обухвата скуп активности, правних, материјалних или нематеријалних на начин који понудилац банкарске услуге настоји да реализује неку операцију са финансијским инструментима, банкарски посао, посао повезан са тим послом (финансијско посредовање) и припремне, акцесорне радње, укључујући оглашавање финансијских услуга и саветовање клијената с циљем да се постигне споразум о закључењу банкарске операције, тј. банкарског посла.⁹⁰

Комплајанс оделење подучава све запослене како да штите интересе клијената и нуде „одговарајуће“ финансијске услуге. У нарочитом фокусу *compliance* функције су *четири опште професионалне обавезе банкара*: дужност пажње, принцип немешања у послове клијента, обавеза информисања и саветовања клијената и поштовање банкарске тајне. Заштита интереса клијената постиже се стандардима који се односе на компетентност запослених и менаџмента, као и установљавањем низа професионалних обавеза и одговорности финансијских посредника („правила доброг понашања“).⁹¹ Стандардима правичног пословања клијенти се настоје заштитити од збуњујућег, преварног и дискриминаторног понашања. Њихови економски интереси штите се правилима одговорног банкарског понашања, поступања у најбољем интересу клијента, заштите поверљивих података и сл. Професионалне обавезе банкара као што је спречавање сукоба интереса, забрана злоупотреба и манипулација на тржишту, спречавања прања новца и слична ограничења, наметнута су у циљу заштите јавног поретка, али се у исто време њима штите и појединачни интереси. Професионалне обавезе банака се константно развијају и сада се може рећи да банкари имају обавезу да се разборито понашању не само у управљању банком, већ и да надгледају послове клијента, јер банка може бити одговорна под извесним условима и за пропуштање да уочи незаконито пословање клијента.⁹²

89 M. Krommyda, „L'importance de la fonction de conformité (compliance) pour l'intégrité de l'établissement bancaire“, *EUREDIA*, 2004/4, 523, стр. 550–551.

90 H. Matsopoulou, „Le démarchage bancaire ou financier“, *RD bancaire et financier*, 2003, стр. 379.

91 M. Karlin, „Les Règles de Bonne conduite sur les marchés financiers“, *Banque*, No. 598, 1998, стр. 2.

92 D. Emmenecker, M. Corradini, *op. cit.*, стр. 18–20.

VIII Закључак

Базелске препоруке „Комплајанс и функција комплајанса у банкама“ из 2005. године, које су представљале основ за доношење Одлуке НБС којом се уређује ова функција, истичу значај ове функције, одговорност руководства банке и вишег менаџмента за стварање и спровођење стратегије комплајанса, уређују статус ове функције, независност и овлашћења запослених у комплајансу и њихове дужности. Иако Базелски комитет за супервизију банака добро примећује да комплајанс треба да буде део културе организације и препоручује низ оперативних принципа спровођења комплајанса у дело, из њега се јасно не види *raison d'être* комплајанса као регулаторне технике којом се регулаторна функција делимично „приватизује“ односно „интернализује“ унутар регулисаног субјекта. Чини се да су овај документ писали искључиво стручњаци из праксе, највероватније регулаторних органа задужених за контролу банака из земаља чланица, иако је у савременој теорији регулаторног (привредног) познато да је реч о једном од облика регулисања пословања банака. Теорија често јесте досадна, али је увек била и остаће неопходна за разумевање рација неког института, нарочито онда када се он тек уводи у нормативни поредак или регулаторни процес. Теоријски основ функције комплајанса неопходан је како би ова непрофитна функција банке, као и правници који су запослени у овом одељењу банке, били схваћени и признати од стране њихових колега из профитних центара банке.

Tatjana JOVANIĆ, LL.M/Finance (Frankfurt/Main)

Junior Faculty Member at the University of Belgrade, Faculty of Law

COMPLIANCE FUNCTION IN BANKS FROM THE PERSPECTIVE OF THE LAW ON REGULATION

Summary

Regulatory role of the State had been masked under “state interventionism” for a long time. The complexity of the elements of the economic system practically made the on-site control over all phases of economic activities and elements of the economic system futile. There from aroused the need for the self-limiting of the State and entrusting the part of its regulatory function to regulated subjects, maintaining, of course, all prerogatives of authority and

power. Strategy of complying with the rules and standards of prudent and fair conduct of the banking business is based on the existence of the good will and confidence on both sides, supervisor's and banks'. Both contracting parties in a specific regulatory contract aim at fulfilling common goals. The business ethics so became partial substitute for the regulatory role of the State. And the business ethics assumes the existence of the compliance culture. In this paper the author also points to the main concept of the compliance risk, the specific nature of the compliance function as part of the bank's internal control systems, and stresses out the difference between "instinctive" and "formal" compliance. Theoretical background of the compliance function is needed to help this unprofitable function of the bank, as well as its employees, be understood and acknowledged by their colleagues from bank's profit centers.

Key words: banks, compliance, regulation, Law on Regulation.