

др Слободан НЕНАДОВИЋ
професор Високе школе струковних студија, Ваљево

БАНКАРСКА ТАЈНА У УПОРЕДНОМ И ПОЗИТИВНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Резиме

У овом чланку аутор анализира правни институт банкарске тајне из угла упоредног и позитивног права Републике Србије. Његово је мишљење да се банкарска тајна, мада део општег појма пословне тајне, од тог појма издваја и разликује пре свега у погледу специфичности предмета заштите као и интереса који се банкарском тајном штити. Изузеци од обавезе чувања банкарске тајне за сврху имају заштиту јавног интереса или интереса трећих лица који би чувањем одређених података о банчином клијенту у тајности били угрожени. Такви изузеци ипак не угрожавају суштину института банкарске тајне већ сиречавају његову злоупотребу.

Кључне речи: пословна тајна, банкарска тајна, подаци/информације, предмет заштите.

I Увод

Као правни институт банкарска тајна (*banking secrecy*) се изворно појављује и развија у оквирима приватног односно грађанског права. Њоме се у првом реду означавала једна од важних обавеза банке, обавеза која произилази из њеног пословног, по правилу уговорног односа са клијентом. Из угла предмета заштите банкарска тајна се међутим може посматрати и као део ширег правног концепта зашти-

те података (*data protection*), и то пре свега заштите података о личности односно као институт који, посебно када је реч о англосаксонском праву, за предмет интересовања има најпре низ питања повезаних са правом на приватност.¹ Отуда се у таквим правним системима као термин за означавање банкарске тајне неретко користи израз банкарска приватност (*banking privacy*). Злоупотреба права заштићених банкарском тајном у сврху избегавања плаћања пореза, прања новца као и финансирања међународног тероризма утицала је и на неопходност проналажења баланса између права појединаца, у овом случају банчног клијента и државе односно друштвене заједнице као целине.² У том смислу банкарска тајна све више постаје предмет јавно-правног интереса налазећи своје место и у области управног, кривичног и неких других грана права.

Нагли развој банкарског сектора код нас, праћен оснивањем десетина нових „домаћих страних“ банака које грађанима нуде своје услуге, као и законска обавеза свих правних и физичких лица која обављају делатност да за плаћање у динарима отворе текући рачун у банци, односно обавеза резидента Републике Србије, правног лица и предузетника, да држи девизе на девизном рачуну код банке (или их прода тој банци)³, учинили су у нашој држави изузетно актуелним питање укупног квалитета банкарских услуга. Ово посебно имајући у виду да се овом сектору и у земљама чланицама Европске уније упућују оштре критике. Тако је рецимо према недавном истраживању повереништва Европске комисије за заштиту потрошача банкарство, поред сектора енергије и урбаног транспорта, од стране потрошача оцењено као сектор који им ствара највише проблема, збуњује их и углавном сматрају да слабо ради.⁴ Упркос свему претходно наведеном у нашој новијој правној лите-

1 Једна од најранијих дефиниција права приватности (*privacy*) формулисана је у америчком праву крајем 19. века и то кроз синтагму „право да се буде остављен на миру“ (*right to be left alone*). A. R. Mitler, *The Assmtd on Privacy – Computers Data Banks and Dosiers*, The University of Michigan Press, Ann Arbour, MI, 1971, стр. 4.

2 Report of the Committee on Data Protection (Chairman: Sir Norman Lindop), Cmnd 7341, 1978.

3 Закон о платном промету РС (*Сл. гласник РС*, бр. 62/2006), члан 3 став 1; Закон о девизном пословању РС (*Сл. гласник РС*, бр. 62/2006), члан 35.

4 Наведено истраживање је извршено на основу 5 кључних потрошачких индикатора: цене, задовољства пруженом услугом, могућности промене даваоца услуге, примедби на рад и сигурности. (Извор: www.bankmagazine.hr, 2.2.2009) Европска комисија је такође затражила предузимање одговарајућих мера против нејасних банкарских провизија (прикривених трошкова) којима се оптерећују рачуни клијената. У том смислу Комисија је сачинила извештај у којем се због избегавања прописа о заштити потрошача посебно прозивају банке у Аустрији, Француској, Италији и Шпанији. (Извор: www.tportal.hr, 20.9.2009).

ратури нема превише аутентичних радова у којима је обрађен институт банкарске тајне. Посебно не када је реч о њеном третману у позитивном праву Републике Србије. Овај рад је управо последица настојања да се такво стање промени.

II Појам банкарске тајне

Нема сумње да су пословна и банкарска тајна истородни појмови. Отуда се они у позитивним законским текстовима неких држава али, што је нарочито важно, и у општим актима већине банака поистовећују.⁵ И заиста, и у једном и у другом случају предмет заштите су одређени подаци који би, ако се учине доступним трећим лицима, могли проузроковати штету самој банци или/и њеним клијентима. Чини се међутим да се између два појма ипак не може повући знак једнакости, а да су разлози за то бројни и разноврсни. Банкарска тајна се, како ми то видимо, издваја из општег појма пословне тајне чији је саставни део и од ње разликује по неколико својих битних карактеристика.

Под пословном тајном се у нашем праву разумеју информације о пословању одређене оснивачким актом, актом или уговором ортака или уговором чланова друштва, односно оснивачким актом или статутом акционарског друштва, за које је очигледно да би проузроковале знатну штету самом привредном друштву ако би дошле у посед трећих лица.⁶ Произилази да је право сваког привредног друштва да својим општим актима аутономно утврди да ли уопште постоје и ако постоје који се то подаци, документа или исправе о његовом пословању имају сматрати пословном тајном. Али у сваком случају привредна друштва, сходно претходно наведеној као и осталим одредбама Закона о привредним друштвима којима се одређује садржина њихових оснивачких аката односно статута, немају обавезу да било коју информацију о свом пословању утврде као пословну тајну.⁷ Када је пак реч о банкама у великој већини држава евроконтиненталног правног подручја императивним законским одредбама се одређује минимум информација односно података о клијентима који банке морају чувати као поверљиве што

5 Закон о банкама Републике Србије, члан 46; Статут Банке *Intesa* од 29.9.2006. године, члан 67; Општи услови пословања *Societe Generale* Банке од 15.10.2009. године, VI део, Банкарска тајна.

6 Закон о привредним друштвима Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 125/04), члан 38 тачка 1. У неким државама, Републици Хрватској реџимо, појам пословне тајне се одређује посебним прописом и то Законом о заштити тајности података. Види: Закон о заштити тајности података РХ (*Народне новине РХ*, бр. 103/03, 118/06, 41/08), члан 19.

7 Види: Закон о привредним друштвима РС, чланови 55, 92, 106 и 185.

практично значи да оне имају законску обавезу да и у својим општим актима управо такве информације и податке одреде као своју пословну односно банкарску тајну.⁸

Из околности да је минимум података који се штите банкарском тајном најчешће одређен императивним законским одредбама произилази да је управо закон и непосредан правни основ заштите таквих података, мада су то посредно и на основу закона донети општи акти банке као и појединачни уговори које банка закључује са својим клијентима (укључујући ту и опште услове пословања који су саставни део таквих уговора). Са друге стране, правни основ заштите оних података који су одлуком надлежних органа банке утврђени као њена пословна тајна али у исто време нису подаци који су законом одређени као банкарска тајна јесу општи акти банке, уговори које она закључује са својим пословним партнерима, уговори о раду са запосленима у банци па у неким случајевима и уговори које банка закључује са својим клијентима. Тако је рецимо према општим условима пословања неких банака предвиђено да се конкретним уговорима које банка закључује са клијентима утврђује које податке из свог односа са банком клијент мора третирати као њену пословну тајну.⁹ Али у сваком случају предмет заштите банкарском тајном су подаци до којих банка долази у пословању са клијентима док предмет заштите пословном тајном (банке) могу бити и неки други подаци везани за пословање као што су рецимо пословни планови и стратегије, висина зарада запослених и слично. Отуда и произилази да је интерес који се штити пословном тајном у првом реду интерес пословног субјекта који неку информацију утврђује као пословну тајну док је интерес који се штити банкарском тајном пре свега интерес клијента банке, а тек посредно и саме банке.

Банкарска тајна је професионална пословна тајна банке, а не било ког другог привредног субјекта. Синтагмом „професионална пословна тајна банке“ хтели смо у овом контексту нагласити да банкарска тајна у суштини произилази из специфичности банкарске професије односно врсте услуга које банке обављају. Њу као такву не треба поистовећивати са општим појмом професионалне тајне који се односи на обавезу чувања у тајности података о личном и породичном животу странака са којима, у оквиру професије којом се баве, долазе углавном адвокати, свештеници, здравствени или социјални радници. Дакле, основни објект заштите код професионалне тајне су у првом реду подаци о личном и породичном животу физичких лица. Банке се опет питањима

8 Овако: Закон о банкама Републике Србије, члан 14 тачка 8.

9 Види Опште услове пословања *Alpha Bank*, и то последњу алинеју члана 2. Извор: www.alphabankserbia.com.

личног и породичног живота својих клијената баве тек изузетно и то не као делом своје професионалне делатности већ у вези са обављањем таквих делатности.¹⁰

Наведене као и неке друге разлике између пословне и банкарске тајне могу бити прилично изнијансиране и кад кад их је јако тешко уочити између осталог и због тога што сви подаци и информације који су на основу закона, општих аката и уговора са клијентима у банци утврђени као банкарска тајна у исто време представљају и њену пословну тајну, али не и обрнуто. Отуда би се могло рећи да банкарска тајна, као део општег појма пословне тајне, представља правну обавезу банке да у тајности чува личне и друге податке о клијенту који произилазе из њеног пословног односа са клијентом. Изузеци од обавезе чувања оваквих података као поверљивих морају бити непосредно прописани законом или засновани на вољи самог клијента.

На основу претходно изложених правила о банкарској тајни стандардизовани су више-мање сви релевантни упоредни законски текстови, бар они из тзв. евроконтиненталног правног подручја. У англосаксонском праву пак заштита информација које представљају банкарску тајну врши се непосредно на темељу „добре банкарске праксе“ (*good banking practice*) односно на темељу правила пословања која доносе и објављују банке или удружења банака.¹¹ Већ смо раније рекли да се таква банкарска правила у много већем обиму него ли у континенталном праву заснивају на прописима о заштити података па и прописима о заштити потрошача услед чега су у таквом правном окружењу више релативизоване разлике између појмова пословне и банкарске тајне. Није међутим тако ретко да се изузеци од обавезе чувања банкарске тајне утврђују посебним законима, о чему ће касније нешто више бити речи.

III Банкарска тајна у упоредном праву

Формализовање банкарске тајне у позитивном законодавству европских држава везује се најчешће за Швајцарску и тридесете године

- 10 Обављајући своју професионалну делатност, банке редовно од својих клијената захтевају одређене личне податке као што су име и презиме, матични број, пребивалиште, подаци о запослењу, укључујући и висину месечних прихода и слично. Изузетно, код склапања неких послова са клијентима, банке ће од клијената тражити и неке друге податке као што су подаци о брачном и породичном стању, постојеће кредитно оптерећење, податке о власништву на некретнинама и слично.
- 11 Погледај Банкарска правила Удружења банака Велике Британије из 2005. године и то тачку 1.1: The Banking Code, Setting standards for Banks, building societies and other banking service providers. Извор: www.bba.org.uk; www.bsa.org.uk; www.apacs.org.uk.

прошлого века. У тој држави су до тада банкарски послови и то претежно они који су се односили на питања банкарских штедних улога регулисани углавном партикуларним кантоналним прописима. Непосредан повод да се на федералном нивоу усвоји посебан закон о банкама били су проблеми и скандали који су 1933. године безмало довели до колапса *Swiss Volksbank (SVB)*, једне од најутледнијих швајцарских банака.¹² Додуше и у годинама које су претходиле том догађају вођене су оштре полемике и дебате узроковане општом кризом банкарског сектора која се прелила из Немачке односно политичким и економским дешавањима који су до такве кризе довели. Предмет тих дебата, како на политичком тако и на професионалном нивоу самих банкара и њихових удружења, било је пре свега питање да ли је и у којој мери област банкарског пословања уопште потребно регулисати федералним законом. Занимљиво је да су мишљења у овом погледу била крајње подељена тако да су се све до дешавања са *Swiss Volksbank* и представници Удружења банака Швајцарске (*The Swiss Bankers Association, SBA*) залагали за потпуно очување до тада постојеће кантоналне регулативе.¹³ Превагнули су ипак политичке прецепције и очекивања од „људи који шетају улицом“ односно бирачког тела као и претходно поменути проблеми једне од водећих домаћих банака тако да је Закон о банкама (*The Banking Act*) на нивоу Националне Скупштине (*National Council*) усвојен 8. новембра 1934. године са чак 119 гласова за, уз само један глас против. Наведени Закон је на снагу ступио 1. марта 1935. године.

Према швајцарском Закону о банкама банкарска тајна је професионална дужност банке која произилази из односа поверења између ње и клијента. Круг лица која су дужна да поштују ову обавезу, чак и када више нису запослени у банци или у банкарском сектору уопште, одређен је веома широко. То су запослени у банци, ликвидатори, чланови органа банке, чланови Комисије за банкарство па и овлашћени ревизори. Свако од њих у случају кршења обавезе чувања банкарске тајне може бити кажњен казном затвора до 6 месеци или новчаном казном до 50.000 швајцарских франака, односно 30.000 швајцарских франака уколико је поступао из нехата.¹⁴ Да се и у швајцарском праву банкарска тајна разуме као део општег појма пословне тајне може се посредно закључити и на основу одредаба Кривичног закона те државе. Наиме, чланом 162 тог закона је као кривично дело прописано дело откривања пословних тајни или поверљивих пословних информација, а казна за-

12 Више о овоме види код: Robert U. Vogler, *Swiss Banking Secrecy: Origins, Significance, Myth, Association for Financial History*, Zurich, 2006, стр. 26–29.

13 Adolf Johr, Credit Suisse director, vice-chairman of the SBA, *Minutes of the expert conference on the draft Federal Banking Law*, March 14, 1933.

14 Закона о банкама Швајцарске из 1935. године, члан 47.

твора или новчана казна су забрањене и лицима која повреду обавезу чувања банкарске тајне.¹⁵ Закон о банкама предвиђа и неколико изузетака од обавезе чувања банкарске тајне. Банкари су тако ослобођени од обавезе чувања банкарске тајне у грађанским парницама које за предмет имају наслеђивање, развод, наплату дугова и стечај односно уколико је предмет кривичног процеса кривично дело у вези прања новца.

Према мишљењу неких аутора институционални начин решавања питања банкарске тајне нема примаран утицај на укупан кредибилитет швајцарског банкарског односно укупног финансијског сектора.¹⁶ Ипак, управо се у последњих пар година на примеру те државе потврђује да није баш све тако и да сувише ригидан приступ заштити података до којих банка долази у пословању са клијентима може озбиљно угрозити чак и углед банкарства са таквом традицијом какво је швајцарско. О чему се ради? Швајцарске банке, позивајући се на институт банкарске тајне, сматрају да нису у обавези да обавесте ни своју сопствену, а посебно не стране владе или пак пореске власти о информацијама и подацима који се односе на евентуалну утају пореза. У прилог оваквом ставу банкара иде и околност да у тој земљи утаја пореза, за разлику од пореске преваре, није прописана као посебно кривично дело па одавање поверљивих банкарских података у том смислу не може бити чак ни последица судске одлуке. Овакво стање ствари утицало је на то да швајцарске али и банке једног броја других држава у Европи (Аустрија, Луксембург, Андора, Лихтенштајн) постану „сигурна кућа“ за утајиваче пореза из свих крајева света. Околност да се, према подацима Европске комисије, годишње не наплати близу 250 милијарди евра пореза углавном због пореских утаја, шверца и кривотворења утицала је да се цео проблем подигне на највиши политички ниво. Тако је, посебно на инсистирање Немачке и Француске, у оквирима ОЕЦД (Организација за економску сарадњу и развој) одржан низ састанака у вези састављања „црне листе“ земаља које не поштују међународне стандарде у вези размене информација о лицима која избегавају плаћање пореза. Неке земље, међу њима и Швајцарска, су обећале с тим у вези одређене уступ-

15 Поред члана 162 Кривичног закона, кршење обавезе чувања банкарске тајне је обухваћено и кривичним делом откривања поверљивих података из члана 320 истог закона: Свако лице које открије тајну која му је поверена као представнику органа или државном службенику, односно које је стекло знање о таквим информацијама путем своје праксе или запослења, казниће се затвором или новчаном казном.

16 Према Воглеру примарни фактори квалитетног финансијског и у оквиру њега банкарског сектора у Швајцарској су политичка стабилност и владавина права, стабилна економија и курс, стабилан банкарски систем и конвертибилна валута. У секундарне факторе он убраја степен укључења укупне економије неке државе у глобалне привредне и финансијске токове, банкарску тајну, искуства клијената и професионализам у пружању услуга. Види: R. U. Vogler, *нав. дело*, стр. 30.

ке док су се неке, као Аустрија рецимо, обавезале на потпунију размену информација о „сумњивим“ клијентима, али без показане спремности да своје прописе уопште мењају. Водећа швајцарска *Union Bank of Switzerland (UBS)* је прошле године (2010) признала да је учествовала у скривању „пореских илегалца“ из САД и при томе пристала да ту државу обештети са чак 780 милиона USD. Један од директора банке је сведочећи пред одбором Сената САД изразио жаљење због кршења америчких пореских прописа али је у исто време потврдио да банка не може да обелодани имена десетина хиљада американаца осумњичених да коришћењем тајних рачуна избегавају плаћање домицилног пореза обзиром да би то било противно швајцарским законима о приватности. Настали проблем је решен на неуобичајен начин и уз, могли би то рећи, крајње парадоксалне правне консеквенце. Најпре је на име између Швајцарске и владе САД закључен споразум, ратификован од стране швајцарског парламента 17.6.2010. године, према којем је *USB* дозвољено да надлежним пореским органима САД достави информације о близу 5.000 американаца осумњичених за избегавање плаћања пореза. Како је тај споразум судски оспорен о њему се нешто касније гласало у оба дома швајцарског парламента.¹⁷ Но, као што смо претходно рекли, његове су правне последице парадоксалне: сходно споразуму швајцарске банке сада имају правни основ да податке о осумњиченима за избегавање пореза достављају надлежним пореским органима САД, али не и надлежним пореским органима других земаља, укључујући и пореске органе сопствене државе!

Према неким ауторима заштита пословних односно трговачких тајни се у *common law* правним системима примарно заснива на уговорима, квази уговорима и општим принципима својинских односа. Сходно уговору једна уговорна страна се обавезује да неће откривати нити користити информације које представљају трговачку тајну, а према квази уговору заштита се остварује кроз забрану стицања профита кроз неоправдано присвајање односно проневеру таквих података. Коначно, у смислу принципа важећих у оквиру својинских односа трговачка тајна се види као елемент права својине које право је без одобрења његовог титулара забрањено користити или откривати трећим лицима.¹⁸

Заштита информација о банкарским клијентима се у Великој Британији непосредно врши на основу правила пословања банака и, као што је раније и напоменуто, посебних правила Удружења банака

17 Види више о овоме на: <http://www.tsr.ch/info/suisse/2123331-l-accord-ubs-est-accepte-definitivement.html>; Lynnley Browning, „Swiss Banker Blows Whistle on Tax Evasion“, *New York Times*, January 18, 2010.

18 Овако: Bernard, Loop, McCormack, *United States Trade Secret Law*.

Велике Британије. Однос између банке и клијента је дефинисан као однос поверења па се отуда банке наведеним Правилима обавезују да ће личне информације о клијенту чувати као поверљиве чак и када неко лице престане бити клијент банке. Банка је такође у обавези да не открива било ком трећем лицу име и адресу свог клијента као ни детаље о његовим рачунима, изузев у случајевима који су законом прописани.¹⁹ У ширем смислу пак подаци о личности клијента који се штите као и изузеци од такве обавезе прописани су у Великој Британији Законом о заштити података (*Data Protection Act*) из 1988. године.²⁰

Заштита информација које представљају банкарску тајну у САД је у много чему специфична отуда што су поједини сегменти заштите садржани у више различитих прописа. Према *Gramm-Leach-Bliley Act (GLB)* из 1999. године, познатом још и као Закон о модернизацији финансијског сервиса (*Financial Services Modernization Act*), свака финансијска институција има трајну обавезу да поштује приватност својих клијената и да штити сигурност и поверљивост клијентових нејавних личних података. Она не сме открити нејавне информације о свом клијенту изузев: а) уколико јасно саопшти клијенту у писменој или електронској форми да такве информације могу бити откривене трећим лицима; б) уколико клијенту пре откривања није дата могућност да забрани откривање таквих информација; в) уколико клијенту претходно није објашњено каква он права има у вези забране откривања информација о себи.²¹ Веома често неауторизовано коришћење кредитних извештаја о клијентима (потрошачима) као и ауторизовано коришћење оваквих извештаја који садрже нетачне податке довели су 1970. године у САД и до усвајања Закона о поштом кредитном извештавању (*FCRA*).²² Према Закону могућност кредитне агенције, а то су најчешће банке, да саопштава податке о кориснику кредита или о условима коришћења кредита ограничена је само на одређене намене и за одређене сврхе. Рецимо, на захтев суда, захтев самог клијента, код издавања полисе осигурања, проширења коришћења кредита. За непоштовање ове обавезе запрећена је казна затвора до 2 године.²³

И у САД саме банке и њихове асоцијације у својим правилима пословања одређују које се то информације о клијентима сматрају

19 The Banking Code, Setting standards for Banks, building societies and other banking service providers. Види део 11. наведених правила (*Your personal information*) односно 11.1. (*Confidentiality*) и 11.3. (*Data protection*).

20 C. Reed, J. Angel, *Computer Law*, Oxford University Press, New York, 2003, стр. 428–453.

21 Види: Sec. 6801–6802 предметног Закона.

22 *Fair Credit Reporting Act of 1970*.

23 Види: Sec. 620 наведеног Закона.

поверљивим. Тако се рецимо према Правилима етике и вођења посла *US Bank (Code of Ethics and Business Conduct US Bank)* све информације о пословању те банке класификују у четири групе.²⁴ У прву групу улазе јавне информације, оне које су доступне јавности кроз све оне канале одобрене од стране банке, а у другу групу улазе тзв. интерне информације, оне које су контролисане од стране банке и при томе по правилу доступне запосленима, ауторизованим уговарачима, консултантима или ограниченом кругу трећих лица. За ове информације се већ сматра да би њихово неовлашћено објављивање јавности могло проузроковати штету банци, запосленима и клијентима банке. Информације из треће групе се називају поверљивим и то су они подаци који банци обезбеђују упоредне предности или су осетљиве у другом погледу обзиром да би њихово неовлашћено обелодањивање могло узроковати значајну штету банци, запосленима и клијентима банке. Ниво заштите оваквих информација сразмеран је нивоу штете који би њиховим откривањем могао бити узрокован, а приступ таквим информацијама је рестриктиван и заснован је на принципу потребе за њиховим знањем (*need to know principle*). Коначно, у четврту групу спадају поверљиве информације о клијентима које се штите на основу закона, правила пословања, уговора и пословне политике банке.²⁵

У великом броју савезних држава САД на снази је и Закон о трговачкој тајни из 1979. године (*The Uniform Trade Secret Act, UTSA*).²⁶ Овај пропис трговачку тајну одређује као информацију, формулу, узорак, компилацију, програм, проналазак, метод, технику или процес који: а) претпоставља независну економску вредност, стварну или потенцијалну, обзиром да није опште позната и да друга лица могу остварити економску вредност њиховим откривањем или коришћењем; б) предмет је разумних настојања да се под постојећим околностима сачува у тајности. Супротно од уобичајеног веровања трговачком тајном се сходно наведеном пропису могу штитити не само технички предмети, *know-how* и повезане ствари већ и широк спектар пословних информација као што су корисне информације о запосленима, финансијски извештаји и пројекције па чак и информације које имају комерцијалну вредност на основу тзв. негативног начина мишљења (знање да одређени процес не може бити коришћен у производњи

24 Види: www.usbank.com.

25 Види тачку 3 наведених Правила, стр. 10.

26 Реч је о акту чији је предлог сачињен од стране Националне конференције комесара за унификацију права (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*) и упућен на усвајање савезним државама. У неким од њих закон је усвојен у прилично измењеном тексту од онога који је интегрално предложен.

одређеног производа).²⁷ Аутори чије смо ставове претходно користили не наводе, бар не експлицитно, да ли информације које се штите институтом банкарске тајне могу бити предмет заштите сходно одредбама Закона о трговачкој тајни. Обзиром на карактер америчког правног система тај одговор ће свакако бити искристалисан у судској пракси.

Оно што би такође могло бити специфично за САД је постојање низа закона којима се на одређене начине и у добром делу ограничавају правила о поверљивости односа између банке и њеног клијента. Један од таквих закона је Закон о банкарској тајни (*The Bank Secrecy Act of 1970, BSA*). Службени назив закона није баш најадекватнији његовом пољу примене па се он у пракси најчешће назива законом против прања новца (*Anti Money Laundering Law, AML*), што заправо и јесте суштински предмет његове регулативе. Закон захтева од банака и свих других финансијских институција да воде евиденцију и на захтев владине надлежне агенције обавештава о свим новчаним трансакцијама које на дневној бази прелазе износ од 10.000 USD као и да пријаве све друге финансијске активности које би могле да означавају прање новца, утају пореза или друге криминалне активности. Велики значај у погледу даљег поштравања контроле токова новца, проширења обавеза банака и других финансијских институција, са једне, односно права надлежних државних органа да од банака захтевају достављање одређених информација о клијентима, са друге стране, има и тзв. Патриотски закон САД из 2001. године (*The Patriotic Act of 2001*).

Када је реч о највећем броју држава чланица ЕУ могло би се рећи да неких суштинских разлика у погледу правне регулативе банкарске тајне готово и нема. Претходно изнета констатација се пре свега односи на „млађе“ чланице ЕУ, а нарочито државе кандидате за чланство, односно државе које настоје да статус кандидата добију. Ова друга група држава у последњих десетак, можда нешто више година у назад, усваја вишемање униформне законе о банкама у којима између осталог одређује информације које се имају сматрати пословном тајном као и изузетке од обавезе чувања таквих информација. Тако се рецимо у Закону о банкарству Републике Словеније²⁸ наводи да је банка дужна као поверљиве чувати све податке, чињенице и околности за које је сазнала у вези са обављањем услуга за странку и при пословању са одређеном странком. У групу поверљивих такође спадају подаци о стању положених улога и новчаних депозита као и о стању на трансакционим рачунима, а закон у исто време предвиђа и изузетке од обавезе заштите података.²⁹ Највећи

27 Овако: Bernard, Loop, McCormack, *United States Trade Secret Law*.

28 *Сл. лист Републике Словеније*, бр. 14/2004.

29 Чланови 103 и 104 наведеног Закона.

број земаља из евроконтиненталног правног подручја усваја и посебне прописе засноване на одговарајућим Директивама ЕУ³⁰ сходно којима се банке обавезују да владиним агенцијама и пореским органима доставе све оне информације о клијентима које би могле упућивати на било какву везу са прањем новца, пореском утајом, трговином дрогом као и свим другим формама организованог криминала.

IV Банкарска тајна у праву Републике Србије

У позитивном праву Републике Србије на институт банкарске тајне примењив је непосредно или посредно читав низ посебних закона. Већ смо раније помињали Закон о банкама и Закон о привредним друштвима, а неопходно је поменути и Закон о платном промету, Закон о заштити података о личности, Закон о спречавању права новца и финансирања тероризма и Закон о облигационим односима.

Банкарска тајна је према нашем Закону о банкама врста пословне тајне. Њоме се штите лични подаци о клијентима банке,³¹ о њиховом финансијском стању и предузетим трансакцијама, подаци о власништву или пословним везама клијената те или неке друге банке као и подаци о стању и промету на индивидуалним депозитним рачунима.³² Предмет заштите су коначно и сви други подаци до којих банка дође у пословању с клијентима. Ове је податке банка дужна чувати у тајности односно дужна је да онемогући да они на било који начин постану доступни трећим лицима, изузев у случајевима законом посебно одређеним. Банкарску тајну међутим не представљају било који подаци који имају карактер јавних података односно подаци који су заинтересованим лицима са оправданим интересом доступни из других извора, затим консолидовани подаци на основу којих се не открива идентитет појединачног клијента, подаци о акционарима банке и висини њиховог учешћа у акционарском капиталу банке, као и подаци о другим лицима са учешћем

30 Директива Савета Европе о спречавању употребе финансијског система у сврхе прања новца (91/308/ЕЕС); Директива 2001/97/ЕС којом се врше допуне Директиве 91/308/ЕЕС; Директива 2005/60/ЕС о превенцији употребе финансијског система у сврхе прања новца и финансирања тероризма; значај у овом смислу има и Конвенција УН против незаконитог трговања наркотицима и психотроним супстанцама из 1988. године којом се позивају земље потписнице да инкриминишу прање новца и осигурају да регулативе о тајности банкарских рачуна не буду препрека кривичним истрагама.

31 Под клијентом банке се у смислу закона подразумева било које лице које користи или је користило услуге банке или лице које се обратило банци ради коришћења услуга и које је банка као такво идентификовала.

32 Обавеза поштовања тајности рачуна односно података о стању и промету рачуна прописана је посебно и чланом 35 Закона о платном промету Републике Србије.

у банци односно подаци о том учешћу, без обзира на то да ли су та лица клијенти банке. Коначно, не представљају банкарску тајну ни подаци који се односе на уредност испуњавања обавеза клијента према банци. У овом погледу чак постоји добра банкарска пракса међусобне размене тзв. црне листе клијената.³³

Обавезу чувања банкарске тајне имају чланови органа банке, акционари и запослени у банци, као и спољни ревизор банке и друга лица која због природе посла који обављају имају приступ подацима који су одређени као банкарска тајна. Такве податке наведена лица не могу саопштавати трећим лицима ни користити их противно интересу банке и њених клијената, нити могу трећим лицима омогућити приступ тим подацима чак ни после престанка статуса на основу ког су остварили приступ предметним подацима. Забрана откривања података који представљају банкарску тајну односи се и на Народну банку Србије, судове и друге органе који врше јавноправна овлашћења односно на лица запослена у тим органима. Они су обавезни да податке до којих су дошли по природи посла који обављају, а који представљају банкарску тајну, користе искључиво у сврху за коју су прибављени и не могу их саопштавати трећим лицима нити тим лицима могу омогућити да сазнају или користе те податке. Додуше, ова лица су податке који сходно Закону о банкама представљају банкарску тајну обавезна чувати као службену тајну па би њихова евентуална одговорност у овом погледу била и кривично-правна.³⁴

Лични подаци о клијентима банке, физичким лицима, који се као банкарска тајна штите Законом о банкама штите се у нашем позитивном праву и Законом о заштити података о личности.³⁵ Циљ тог закона је обезбеђење и заштита права на приватност и осталих права и слобода физичких лица у вези са обрадом података о њима, а под обрадом података се опет подразумева свака радња предузета у вези са таквим по-

33 Према нашем Закону о банкама банка слободно одлучује о избору клијената што практично значи да она може одбити да са неким лицем закључи одређени уговор или му пружи услуге које иначе пружа. У том погледу су за банке посебно релевантни подаци о клијентима који неуредно испуњавају своје обавезе из уговора које су са том или неком другом банаком раније већ закључили. Оваквом решењу из члана 41 нашег Закона о банкама супротстављено је решење из члана 172 Закона о банкама Хрватске према којем је банка дужна са потрошачем закључити појединачни уговор о обављању банкарских услуга. Имајући на уму да се под потрошачем сходно предметном закону подразумева физичко лице могло би се закључити да банке у односу на правна лица имају могућност одбијања закључења уговора.

34 Сходно члану 249 КЗ РС за кривично дело одавања службене тајне забрањена је казна затвора у трајању од 3 месеца до 5 година.

35 *Сл. гласник РС*, бр. 97/08.

дацима као што су прикупљање, бележење, преписивање, умножавање, копирање, преношење, претраживање, разврставање, похрањивање, раздвајање, укрштање, обједињавање, уподобљавање, мењање, обезбеђивање, коришћење, стављање на увид, откривање, објављивање, ширење, снимање, организовање, чување, прилагођавање, откривање путем преноса или на други начин чињење недоступним, као и спровођење других радњи у вези са наведеним подацима, без обзира да ли се врши аутоматски, полуаутоматски или на други начин. Обзиром да је Законом о заштити података о личности као податак о личности одређена свака информација која се односи на физичко лице могло би се закључити да се и институтом банкарске тајне, када је реч о физичким лицима, штите исте вредности. У овом смислу се наше право делом приближава оним правним системима који банкарску тајну не уређују посебним законима већ је искључиво третирају у оквирима прописа о заштити података односно прописа којима се штите право на приватност физичких лица. Разуме се, клијенти банака могу бити и јесу не само физичка, већ и правна лица, што опет у добром делу онемогућава линеарну примену прописа о приватности на податке који се штите банкарском тајном. Коначно, тежиште заштите података банкарском тајном ипак нису општи подаци о клијентима већ у првом реду они подаци о клијентима који произилазе из њихове пословне везе са банком.

У упоредном законодавству и код нас постоје бројни изузеци од обавезе чувања банкарске тајне. Они су у највећем делу мотивисани неопходношћу заштите друштвених вредности које би чувањем банкарске тајне као апсолутне биле, односно могле бити озбиљно угрожене. Начелно, тајна о било којим елементима личности или имовине банчног клијента не би смела бити изговор за прикривање било ког облика кривично-правног поступања или изигравања императивних прописа.

Према нашем Закону о банкама обавеза чувања банкарске тајне не постоји ако се подаци саопштавају: 1) на основу одлуке или захтева надлежног суда; 2) за потребе органа надлежног за спречавање прања новца, у складу с прописима којима се уређује спречавање прања новца; 3) у вези са имовинским поступком, а на основу захтева староца имовине или конзуларних представништава страних држава, после подношења писмених докумената којима се доказује оправдани интерес ових лица; 4) у вези са извршењем надлежног органа на имовини клијента банке; 5) регулаторним телима у Републици Србији ради обављања послова из њихове надлежности; 6) лицу које су банке основале ради прикупљања података о укупном износу, врсти и ажурности у испуњавању обавеза физичких и правних лица клијената банака; 7) надлежном органу у вези с вршењем контроле обављања платног промета код правних и фи-

зичких лица која обављају делатност, у складу с прописима којима се уређује платни промет; 8) пореској управи, у складу с прописима којима се уређују послови из њене надлежности; 9) органу надлежном за контролу девизног пословања; 10) на захтев организације за осигурање депозита, у складу са законом којим се уређује осигурање депозита; 11) страном регулаторном телу под условима предвиђеним споразумом о сарадњи закљученим између тог тела и Народне банке Србије. Готово да није ни потребно помињати, што Закон о банкама ипак чини, да банка податке о клијенту који се сматрају банкарском тајном може саопштавати трећим лицима и уз одобрење самог клијента, дакле лица кога се таква тајна и тиче.

Изузеци од обавезе чувања података који представљају банкарску тајну код нас су посебно предвиђени и Законом о спречавању прања новца и финансирања тероризма.³⁶ Банке и други законом дефинисани обвезници дужни су Управи за спречавање прања новца као и другим надлежним државним органима доставити све информације о својим клијентима уколико у вези са клијентом или његовом трансакцијом постоје основи сумње да се ради о прању новца или финансирању тероризма.³⁷ Када банка или други обвезник Управи за спречавање прања новца доставе податке, информације и документацију на које су тим законом обавезани не сматра се да су повредили обавезу чувања пословне, банкарске или професионалне тајне. У исто време сви ти подаци из угла Управе представљају службену тајну и неће се сматрати да је обавеза чувања службене тајне повређена уколико се такве информације, у складу са законом, проследе другим домаћим и страним државним органима надлежним за спречавање и откривање прања новца и финансирања тероризма.³⁸

Постојање бројних изузетака од обавезе чувања банкарске тајне како на међународном тако и на нивоу националних прописа неки аутори разумеју као озбиљно довођење у питање суштине овог института сматрајући да је банкарска тајна заправо „укинута у свим ситуацијама које упућују на постојање обавезне сарадње са одређеним државним телима, која сарадња анулира обавезу чувања банкарске тајне“.³⁹ Оваква мишљења, како ми то видимо, не могу се бранити озбиљним аргумен-

36 *Сл. гласник РС*, бр. 20/09.

37 Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма, чланови 4, 6 и 8.

38 Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма, члан 74.

39 Ш. Павловић, „Прање новца – посебна саставница организованог криминалитета“, *Хрватски лејџис за казнено право и праксу*, Vol. 5, бр. 2/1998, стр. 798; М. Сведровић, „Банкарска тајна и њена нормативна ограничења према ЗУСКОК-у“, *Хрватски лејџис за казнено право и праксу*, Загреб, бр. 2/2005, стр. 10.

тима имајући у виду да би се пре могло тврдити нешто сасвим супротно: управо би без постојања ограничења и изузетака мотивисаних потребом спречавања злоупотребе информација заштићених банкарском тајном овај институт изгубио суштински разлог и основну сврху свог постојања. Раније смо већ констатовали да је основна сврха банкарске тајне у првом реду заштита интереса клијената банке. У ширем смислу овакав интерес несумњиво произилази из права на приватност које обавезује не само банке већ и све друге привредне субјекте али и државне органе. Право на приватност заштићено је све док се злоупотребом елемената који га чине не угрожавају права других лица или опште друштвене вредности. Исто се може рећи и за банкарску тајну. Њена сврха је заштита поверљивих информација о клијенту банке које се трећих лица не тичу, а не информација које би, уколико би остале заштићене, трећим лицима или друштву као целини могле проузроковати штету. Разуме се, банка није власна да сама одређује које то информације о њеном клијенту и у којим случајевима морају бити откривене. То увек, па и када је у питању заштита појединачних интереса трећих лица, чини држава преко својих надлежних органа и то само у случајевима када постоји висок степен вероватноће да би чување података о банчином клијенту у тајности водило злоупотреби права или прикривању неког кривичног дела. Дакле, чување у тајности података заштићених банкарском тајном никада не може и не сме бити изговор за угрожавање на праву заснованих интереса трећих лица као и угрожавање општих друштвених вредности. Као посебан проблем у овом смислу видимо, међутим, значајне разлике у упоредноправним решењима и банкарској пракси. Несумњиво је да пракса банака у многим државама да пореским органима других држава не открива информације о клијентима за које у њиховим матичним државама постоји основана сумња да су учинили пореску утају, дело које је у великој већини правних поредака квалификовано као кривично, делује као својеврсна позивница пореским утајивачима из свих крајева света.

Санкције за кршење обавезе чувања банкарске тајне су у упоредном праву озбиљне: то су новчане казне, затворске казне или алтернативно запрећене новчана и казна затвора.⁴⁰ Наш Закон о банкама међутим за кршење обавезе чувања банкарске тајне није прописао никакве санкције што је, чини се, значајан пропуст законодавца. Додуше, Законом о платном промету је за кршење обавезе поштовања тајности рачуна прописана новчана казна за банку (300.000 до 3.000.000 динара)

40 У швајцарском праву је за кршење обавезе чувања банкарске тајне прописана алтернативно казна затвора у трајању до 6 месеци и новчана казна у износу до 50.000 франака; у француском праву реч је о кривичноправној одговорности; у праву Хрватске и Словеније прописане су новчане казне.

односно за одговорно лице (20.000 до 200.000 динара).⁴¹ Имајући у виду да се повреда банкарске тајне може остварити не само повредом тајности рачуна већ и неовлашћеним откривањем свих других заштићених података о клијенту мишљења смо да се банкама могу изрицати и санкције односно новчане казне прописане Законом о заштити података о личности, увек када обрада података у смислу тог закона представља у исто време и неовлашћено откривање података који се штите банкарском тајном према Закону о банкама.

У нашем Кривичном законнику као посебно кривично дело одређено је и дело одавања пословне тајне сходно коме је свакоме ономе ко другоме неовлашћеном саопштава, преда или на други начин учини доступним податке који представљају пословну тајну запрећена казна затвора у трајању од 3 месеца до 5 година.⁴² Обзиром да смо банкарску тајну одредили као део општег појма пословне тајне, штавише и да је Закон о банкама непосредно одређује као пословну тајну, сматрамо да је овде реч о делу које обухвата и повреду тајности података који представљају банкарску тајну.

Коначно, сваки клијент банке у вези са којим су подаци из његовог пословног односа са банком неовлашћено откривени има и право на накнаду штете сходно општим одредбама Закона о облигационим односима.

41 Закон о платном промету Републике Србије, члан 51.

42 Кривични законик Републике Србије, члан 240. Напомињемо да наш Кривични законик као посебно кривично дело предвиђа и дело неовлашћеног прикупљања личних података сходно којем је свакоме ономе ко податке који се на основу закона прикупљају, обрађују и користе неовлашћено прибави, саопшти другом или употреби за сврху за коју нису намењени, запрећена новчана казна или казна затвора до једне године.

Slobodan NENADOVIĆ, PhD
Professor at the High Business School of Professional Studies, Valjevo

BANK SECRECY IN COMPARATIVE AND POSITIVE LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The author analyzes the legal concept of bank secrecy from the perspective of comparative and positive law of the Republic of Serbia. It was his opinion that the banking secrecy, although part of the general concept of trade secrets, of this concept are different primarily in terms of specific subject-matter and the interests that are protected by banking secrecy. Exemptions from the obligation of bank secrecy exist in order to have the protection of public interests or those of third parties who would be threatened by keeping certain information about the bank's client confidential. However, such exceptions do not impair the essence of the institute of bank secrecy, but prevent its abuse.

Key words: *business secrets, bank secrets, data/information, the subject of protection.*