

*Др Родољуб Етински, редовни професор  
Правног факултета у Новом Саду*

## **ДОПРИНОС СУДА ЕВРОПСКИХ ЗАЈЕДНИЦА РАЗВОЈУ ЗАБРАНЕ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У ОБЛАСТИ ОСНОВНИХ СЛОБОДА**

***Сажетак:** Основне слободе су од највеће важности за остваривање унутрашњег тржишта, повећање економске конкурентности и социјалне добробити у Заједници. Дискриминација је једна од највећих препрека остваривања тржишних слобода. Суд Европских заједница је значајно допринео превазилажењу ове препреке. Уговором о оснивању Економске заједнице предвиђена је забрана дискриминације по основу држављанства као начело примењиво у области основних слобода. Налазећи да ово није довољно, Суд Европских заједница забрањује дискриминацију по другим основама.*

***Кључне речи:** основне слободе, дискриминација, комунитарно право.*

Основне слободе чине значајан инструмент остваривања заједничког, односно унутрашњег тржишта. Ставом 1 (ц) члана 3 Уговора о оснивању Европске заједнице<sup>1</sup> (у даљем тексту: Уговор) речено је да унутрашње тржиште карактерише укидање препрека између држава чланица слободном промету роба, кретању лица, пружању услуга и инвестирању капитала. Царинске баријере међу државама чланицама Заједница су укинуте релативно лако. Ванцаринска заштита се показала много отпорнијом. Суд Европских заједница је својом праксом значајно допринео укидању пре-

<sup>1</sup> Official Journal C 325 of 24 December 2002.

прека слободном кретању радника, слободном промету робе, инвестирању капитала или пружању услуга.<sup>2</sup>

Економски разлог слобода унутрашњег тржишта јесте оптимална алокација привредних ресурса.<sup>3</sup> Циљ је да се економија Заједнице учини конкурентнијом на глобалном плану. Реализација ових слобода утиче на повећање бруто производа Заједница.<sup>4</sup> Међутим, унутрашње тржиште има и социјалну компоненту.<sup>5</sup> Оно има, свакако, и политички смисао. Тржишне слободе или основне слободе не могу да се сведу само на забрану дискриминације. Ипак, суштински елементи ови слобода јесте забрана дискриминације. Начело једнаког поступања служи постизању економских циљева али, такође, социјалних и политичких. Дискриминација представља препреку слободном промету роба, кретању радника, слободи предузетништва, пружању услуга или инвестирању капитала. Она је, такође, неспојива са идејом држављанства Уније јер оно треба да омогући исти правни третман држављана држава чланица без обзира на њихово национално држављанство.<sup>6</sup>

Комунитарно право садржи велики број прописа о забрани дискриминације. Неки од њих односе се првенствено на основне слободе док су другим уређени други комунитарни односи. Поред опште одредбе из чл. 12 Уговора о забрани дискриминације по основу држављанства, посебна правила о забрани дискриминације изложене су у одредбама о основним слободама. Члановима 28 и 29 Уговора о оснивању Европске заједнице забрањене су квантитативна ограничења увоза и извоза и све мере које имају еквивалентно дејство. Члан 30 Уговора дозвољава, међутим, забране или ограничења увоза, извоза или транзита роба које су оправдане јавним моралом, јавним поретком или јавном сигурношћу, заштитом здравља и живота људи, животиња или биљака или другим наведеним разлозима. Такве забране или рестрикције не смеју, међутим, да чине арбитрарну дискриминацију или прикривено ограничење трговине међу државама чланицама.

Чл. 39 Уговора (бивши чл. 48) у ст. 1 каже да је слобода кретања радника обезбеђена у оквиру Заједнице. Ст. 2 истог члана наводи да таква слобода обухвата укидање сваке дискриминације између радника држава чланица по основу држављанства у погледу запошљавања, награђивања и осталих услова рада.

---

<sup>2</sup> Clive Archer, *The European Union, Structure and Process*, Third Edition, London, 2000, стр. 70, P.J.G. Kapteyn, P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, Third Edition, London, 1998, стр. 587

<sup>3</sup> Rudolf Streinz, *Europarecht*, 7, völlig neu bearbeitete Auflage, Heidleberg, 2005, стр. 297

<sup>4</sup> Clive Archer, *op. cit.* стр. 71

<sup>5</sup> Rudolf Streinz, *op.cit.* стр. 297

<sup>6</sup> Egon Schempp v. Finanzamt München V, Case 403/03, 2005

У прописима о слободи кретања капитала и плаћања садржана је, такође, одредба о забрани дискриминације. Чланом 56 Уговора забрањена су сва ограничења у погледу кретања капитала и плаћања између држава чланица и између држава чланица и трећих држава. Ипак, чланом 58 Уговора држави чланици је дозвољено да својим пореским прописима разликује пореске обвезнике који нису у истој ситуацији у погледу места становања или у погледу места где је инвестиран њихов капитал. Њима је дозвољено да предузму све потребне мере да спрече повреде националних закона нарочито у области опорезивања и успоставе разборити надзор финансијских институција или да успоставе процедуре за пријаву кретања капитала ради административних или статистичких информација као и да предузму мере оправдане разлозима јавног поретка и јавне сигурности. Ст. 3 истог члана налаже да ове мере и процедуре не чине средства арбитрарне дискриминације или прикривена ограничења слободног кретања капитала и плаћања.

Поред наведених прописа о забрани дискриминације у одредбама основних слобода постоје други конкретни прописи о забрани дискриминације, садржани у Уговору а који су од значаја за остваривање унутрашњег тржишта. Ставом 1 члана 31 наложено је државама чланицама да подесе државне монополе комерцијалног карактера тако да обезбеде да нема дискриминације међу држављанима држава чланица у погледу услова под којима се роба набавља и ставља у промет. Ставом 2 члана 34 је предвиђено да ће се заједничком организацијом пољопривредног тржишта искључити свака дискриминација између произвођача и потрошача у Заједници. Чланом 75 Уговора је наложено да се у области транспорта у Заједници укине дискриминација која се састоји у наплаћивању различитих цена и наметању различитих услова за превоз исте робе на истим транспортним релацијама на основу земље порекла или дестинације. Чланом 87 Уговора проглашава се неспојивом са заједничким тржиштем свака помоћ у било ком облику којом се угрожава конкуренција фаворизовањем извесних предузећа или производње извесних добара ако се тиме погађа трговина између држава чланица. Ипак, став 2 истог члана дозвољава помоћ која је социјалног карактера и дата индивидуалним потрошачима, под условом да се даје без дискриминације у погледу порекла производа. Јасно је да ове забране дискриминације треба да служе функционисању унутрашњег тржишта те да имају исти циљ као оне у одредбама о основним слободама.

Постоје и друге забране којима се постижу ванекономски социјални циљеви. Тако је чланом 141 Уговора предвиђено једнако плаћање мушких и женских радника за једнак рад или рад једнаке вредности, дакле за-

брањена је дискриминација у овом погледу. Изменама и допунама учињеним у Амстердаму унета је општа одредба о забрани дискриминације, која сада чини члан 13 Уговора и којом је Савет овлашћен да, на предлог Комисије и после консултовања Европског парламента, предузме одговарајуће акције ради борбе против дискриминације засноване на полној, расној или етничкој припадности, религији или веровању, хендикепираности, старости или сексуалној оријентацији. Пре него што је ова одредба унета у Уговор, дакле пре Уговора из Амстердама, Суд Европских заједница примењивао је општу забрану дискриминације као опште начело комунитарног права.<sup>7</sup>

Општи пропис о забрани дискриминације по основу држављанства садржан је у члану 12 Уговора и гласи: „У оквиру примене овог Уговора и без прејудуцирања посебних прописа садржаних у њему, свака дискриминација по основу држављанства је забрањена.“ Суд Европских заједница примењује овај пропис као правно начело Заједнице у посебним областима основних слобода.<sup>8</sup> Јасно је, међутим, да сама природа појединих слобода захтева и забране дискриминације по другим основама. Када је у питању слобода промета робе у равноправном односу треба да буду увозне и домаће робе. Разлог дискриминације овде може да буде различит третман појединих начина увоза робе.<sup>9</sup> Или, када је у питању слобода пружања услуга у односу једнаког третмана треба да буду они који пружају услуге, односно они који примају услуге. Држављанство није ту од кључног значаја. Тамо где је Уговором изрично забрањена дискриминација по основу држављанства, као што је то случају у области слободе кретања радника, Суд Европских заједница је проширио ову забрану и на друге разлоге дискриминације, развијајући доктрину индиректне или „прикривене“ дискриминације. Закључио је да различит третман заснован на месту становања, месту рођења или неком другом разлогу може посебно да погађа стране раднике, дакле да има слично дејство као дискриминација по основу држављанства.<sup>10</sup> Поред тога, Суд је важење ова забране проширио и на запошљавање у јавним службама, иако су ове изузете од слободе кретања радника.<sup>11</sup> Свако различито поступање не чини дискриминацију. Суд Европских заједница сматра да дискриминација постоји ако се упоредиве, дакле приближно једнаке ситуације третирају различито без

---

<sup>7</sup> Р. Етински, Општа забрана дискриминације, Допринос Суда Европских заједница у праву Европске уније, Правни живот, бр. 12/2005, с.299

<sup>8</sup> *Reyners v. Belgium*, Case 2/74, ECR, 1974, стр. 63

<sup>9</sup> *Commission v. Italy*, Case 154/85, ECR, 1987, стр. 2717

<sup>10</sup> *Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG v Salvatore Ugliola*, Case 15/69, ECR, 1969, стр. 363

<sup>11</sup> *Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost*, Case 152/73, ECR, 1974, стр. 153

оправданог разлога или ако различит третман није пропорционалан оправданом циљу.<sup>12</sup> Постоје разлози као што су јавни поредак, јавна безбедност или јавно здравље које Уговор наводи као допуштена ограничења гарантованих основних слобода. Суд ове разлоге, који су изузетци од правила, тумачи уско и не прихвата да се они проширују додатним разлозима као што су економски разлози.<sup>13</sup> Поред тога, сам Уговор захтева да ова допуштена ограничења не постану средство самовољне дискриминације. И тамо где то Уговором није изричито тражено, Суд тражи да ова ограничења не буду дискриминациона.<sup>14</sup> Суд Европских заједница забрањује сваку дискриминацију коју врши држава чланица а којом се ограничавају основне слободе. Проблеми на унутрашњем тржишту унутар Заједнице се јављају и због различитог третмана који не проистиче из националне дискриминације већ из различитих националних прописа који важе у државама чланицама. Ови прописи сами по себи нису дискриминациони али њихово кумулативно дејство доводи у тежи положај оне који учествују у комунитарном саобраћају и односу на оне који не учествују. Ако једна роба која се извози у другу државу чланицу треба да задовољи критерије квалитета државе у којој је произведена као и критерије квалитета државе у коју се извози, а при томе ове критерији нису једнаки, онда се она налази у тежем положају у односу на робу која се не извози. Или, ако неко ко је стекао диплому у једној држави мора да полаже додатне испите да би могао да се запосли у другој држави, тада се он налази у тежој ситуацији од оног који остаје да ради у земљи у којој је стекао диплому. Ситуација је заиста сложена. Идеал је једнак третман не само на националном нивоу државе чланице већ и на нивоу унутрашњег тржишта Заједнице, са једне стране, а са друге стране постоје затечени национални прописи који нису дискриминациони. Суд Европских заједница је значајно допринео да се ови проблеми ублаже. Када је у питању слобода промета роба, он је развио доктрину о забрани двоструког терета. Ако робе удовоље захтевима државе у којој су произведене оне могу да буду извезене у другу државу чланицу без додатног удовољавања њених услова.<sup>15</sup> Уколико су у питању друге основне слободе, Суд испитује колико су циљеви који се желе постићи националним мерама оправдани и колико су те мере пропорционалне циљевима.

<sup>12</sup> Case C-315/02, *Anneliese Lenz v. Finanzlandesdirektion für Tirol*, Judgment of 16 July 2004.

<sup>13</sup> Case C-367/98, *Commission of the European Communities v. Portuguese Republic*, Judgment of 4 June 2002.

<sup>14</sup> *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam and Inspire Art Ltd*, Case C-167/01, Judgment of 30 September 2003.

<sup>15</sup> *Rewe-Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Case 120/78, ECR, 1979, стр. 649.

Суд Европских заједница није ограничио примену забране дискриминације у области основних слобода само на дискриминацију по основу држављанства. Ипак, забрана дискриминације по овом основу има посебан значај у области основних слобода и то је истакнуто у члану I-4 Уговора о установљавању Устава за Европу, који се налази у Првом делу Устава под насловом „Основне слободе и недискриминација“ и који гласи:

„1. Гарантовано је слободно кретање лица, роба, капитала, пружања услуга и слобода предузетништва у оквиру Уније, сагласно овом Уставу.  
2. У оквиру поља примене Устава и без прејудуцирања посебних прописа, свака дискриминација по основу држављанства је забрањена.“<sup>16</sup>

### **Забрана дискриминације у области слободног промета роба**

Горе су наведене одредбе Уговора о оснивању Европске заједнице којима су забрањена квантитативна ограничења увоза и извоза и све мере које имају еквивалентно дејство. Сама одредба не помиње забрану дискриминације али суштина одредбе је забрана дискриминације. Суд Европских заједница је у „мерама које имају еквивалентно дејство“ нашао простор за примену забране дискриминације у овој материји.

Италија је увела додатне услове за регистравање нових и половних аутомобила увезених из других држава чланица. Ови услови су се односили на возила која нису купљена преко званичне дистрибутивне мреже. Да би се регистровало такво возило било је потребно да се приложи потврда о пореклу возила коју је требао да изда произвођач као и документ произвођача о техничким карактеристикама возила, а ако је у питању половно возило, била је потребна и потврда регистравања тог возила у земљи из које је увезено. Како произвођачи нису издавали потврде о пореклу, оваква врста увоза била је потпуно паралисана. Разлози за ове мере су били да се спречи регистравање украдених возила и да се обезбеди да техничке карактеристике возила удовољавају безбедносне италијанске стандарде. Комисија ЕЗ је сматрала да је мера непропорционална циљу и да има за последицу дискриминацију увоза возила која се не увозе преко званичних дистрибутивних мрежа. Суд Европских заједница се сагласио са ставом Комисије и наредио је Италији да успостави стање које је било пре доношења ових мера.<sup>17</sup> Суд Европских заједница је нашао да национална

---

<sup>16</sup> Official Journal of the European Union, C 310/11, December 16, 2004.

<sup>17</sup> Commission v. Italy, Case 154/85, ECR, 1987, стр. 2717.

правила или пракса која каналише увоз на такав начин да једино неки трговци могу да увозе а други не могу, чини меру која има еквивалентан ефекат квантитативном ограничењу увоза. Суд је, дакле, општу забрану дискриминације уврстио међу мере које имају еквивалентно дејство квантитатив-ном ограничењу увоза.

Суд Европских заједница је нашао, такође, да ако се стандарди обавезног квалитета примењују једино на производе за извоз а не и на производе који се продају у тој држави чланици, то чини дискриминацију између две групе производа која чини меру која има исто дејство као квантитативно ограничење извоза.<sup>18</sup>

Суд Европских заједница је наметнуо високе стандарде опште забране дискриминације о питањима квантитативних ограничења увоза или извоза. Тако је нашао да владина рекламна кампања чини дискриминацију. Ирска влада је предузела извесне мере да поспеши продају домаћих производа. Водила је, између осталог, рекламну кампању и увела је посебне ознаке за ирску робу „гарантовано ирско“. Циљ ових мера је био да за три процента смањи куповину увезене робе и да за толико повећа куповину домаће робе. Према ирској тржишној статистици, међутим, овај циљ није постигнут. Поред тога, ове мере нису биле обавезујуће. Без обзира на ове чињенице, Суд Европских заједница је ове мере квалификовао као мере које су аналогне мерама којима се ограничава увоз. Оне су могле да утичу на понашање трговаца и потрошача, а то је довољно.<sup>19</sup>

Суд Европских заједница је нарочито допринео слободи промета робе у трговању унутар Заједнице тиме што је националне прописе о неким својствима робе, као што су састав, техничке карактеристике, паковање, означавање и сл. подвео под мере које имају исто дејство као ограничења увоза робе. Водећи случај у том погледу је *Cassis de Dijon*. Према немачким прописима ликери треба да имају најмање 25% алкохола те пошто је ликер *Cassis de Dijon* имао мање од тога његов увоз из Француске није био дозвољен. У одсуству комунитарне регулативе о алкохолним пићима, државе чланице доносе своје прописе, каже Суд. Због тога могу да настану препреке у трговини робом у оквиру Заједнице које су прихватљиве ако су нужне ради задовољавања императивних захтева који се односе нарочито на ефикасан фискални захтев, заштита јавног здравља, поштење у комерцијалним пословима и заштита потрошача. Како одређивање минималног садржаја алкохола не служи овим императивним захтевима, Суд Европских заједница је нашао да се тим немачким прописом крши

<sup>18</sup> *Procureur de la République de Besançon v Les Sieurs Bouhelier and others*, Case 53/76, ECR, 1977, стр. 197.

<sup>19</sup> *Commission v. Ireland*, Case 249/81, ECR, 1982, стр. 4005.

забрана коришћења мера које су еквивалентне ограничењу увоза.<sup>20</sup> Исто је нашао у погледу белгијског прописа да се маргарин пакује у четвртаста паковања<sup>21</sup> или француског прописа према коме сир „едамер“ мора да има 40% масноће.<sup>22</sup> У поменутиим случајевима поменути прописи се примењују једнако на домаћу и страну робу. Суд Европских заједница се у овим случајевима не позива на дискриминацију. Поменути национални прописи се примењују без разлике на домаћу и страну робу. У националним релацијама дискриминације нема. Она постоји, међутим, у оквирима Заједнице. Јер, ако се очекује да роба која је пуштена у промет у једној држави чланици и која је задовољила прописе те државе чланице треба да задовољи и прописе друге државе чланице да би се нашла у промету на њеној територији онда се према њој поступа другачије у односу на робу која остаје у промету само у оквирима једне државе чланице. Различито поступање, дакле, постоји ако се гледа са нивоа Заједнице.

Горе је наведено да члан 30 Уговора дозвољава забране или ограничења увоза, извоза или транзита роба које су оправдане јавним моралом, јавним поретком или јавном сигурношћу, заштитом здравља и живота људи, животиња или биљака или другим наведеним разлозима. Такве забране или рестрикције не смеју, међутим, да чине арбитрарну дискриминацију<sup>23</sup> или прикривено ограничење трговине међу државама чланицама. Оне чине дискриминацију ако исти домаћи производи нису подвргнути истим критеријумима којима су подвргнути увозни производи.

Фитосанитарна инспекција увезених биљних производа, коју врше државе чланице, чини једно од оправданих ограничења увоза али она може да чини самовољну дискриминацију ако домаћи производи, приликом транспорта у тој земљи, нису подвргнути истоветном испитивању. Ако су, међутим, домаћи производи подвргнути ефикасној контроли и ако постоје разлози за уверење, на бази ранијег искуства, да постоји ризик ширења штетних организама, фитосанитарна инспекција увезених производа на граници не чини самовољну дискриминацију. До оваквог закључка је дошао Суд Европских заједница у случају *Rewe 1975*. године.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> *Rewe-Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Case 120/78, ECR, 1979, стр. 649.

<sup>21</sup> *Walter Rau Lebensmittelwerke v. de Smedt Pvbа*, Case 261/81, ECR, 1982, стр. 3961

<sup>22</sup> *Ministère Public v. Déserbais*, Case 286/86, ECR, 1988, стр. 4907.

<sup>23</sup> "Arbitrary discrimination" је преведена код нас као "својевољна дискриминација". Уговори о Европској Унији, Рим, Мастрихт, Амстердам, приредио Д. Лопандић, Београд, 1999, стр. 82. Мислим да би бољи превод био "самовољна" или "произвољна" дискриминација.

<sup>24</sup> *Rewe-Zentralfinanz eGmbH v Landwirtschaftskammer*, Case 4/75, ECR, 1975, стр. 843.



Критеријуми јавног морала не смеју да буду строжији за увозну робу у односу на домаћу робу. Забрана увоза порнографије из Холандије у В. Британију спада под британско схватање јавног морала и није самовољна дискриминација јер је у В. Британији забрањено штампање и стављање у промет порнографије.<sup>25</sup> Међутим, није тако када је у питању увоз лутака у природној величини, за које је увозник навео да треба да служе као лутке за излог али цариник је посумњао да могу да служе и за друге сврхе супротне британском моралу. Иако британско право садржи извесна ограничења у погледу промета и коришћења ових лутака, нема апсолутне забране њихове производње и промета у В. Британији те је отуда забрана увоза дискриминаторна.<sup>26</sup>

Занимљиво је да је Суд показао спремност да иде ван листе разлога за забрану или ограничење увоза утврђених Уговором. Белгија је забранила увоз отпада у једну своју област иако у њој није било забрањено одлагање домаћег отпада. Суд је нашао да постоје јаки разлози да се отпад складишти локално, у области у којој је настао те да свака област треба да преузме одговорност за свој отпад. Наводећи ово, Суд је нашао да забрана није дискриминациона.<sup>27</sup>

Јасно је да слободан промет робе може да буде погођен дискриминаторном пореском политиком. Зато, сагласно ст. 1 члана 90 Уговора државе чланице не могу да наплаћују непосредно или посредно веће унутрашње порезе било које врсте на производе из других држава чланица од оних који се наплаћују за сличне домаће производе. Иако се сам термин дискриминација не помиње, јасно је да је сврха ове одредбе да се спречи фаворизовање домаће робе дискриминаторним опорезивањем стране робе. Суд Европских заједница тражи не само једнаке порезе већ и једнак начин наплате пореза. У случају Комисија п. Ирске Суд је нашао да Ирска крши ову одредбу јер је примењивала блажи поступак убирања пореза на домаће производе, дозвољавајући одлагање плаћања за неколико недеља, док је тражила да се порези на увезене производе плате одмах по увозу.<sup>28</sup> У случају Имблоа п. Директора Пореске службе, Суд Европских заједница је нашао да је Француска прекршила забрану дискриминације у наплати пореза. Она је наплаћивала таксу за аутомобиле пропорционално снази мотора али само до 16 CV (фискална коњска снага). За кола која су имала јачи мотор од 16 CV била је прописана годишња такса од 5000 франака

<sup>25</sup> R. v. Henn and Darby, Case 34/79, ECR, 1979, стр. 3795.

<sup>26</sup> Conegate Ltd v. Commission of Commissioners of Customs and Excise, Case 121/85, ECR, 1986, стр. 1007.

<sup>27</sup> Commission v. Belgium, Case C-2/90, ECR, 1992, стр. I-4431.

<sup>28</sup> Commission v. Ireland, Case C-55/79, ECR 1980, стр. 481.

линеарно. Највећа годишња такса за кола испод ове границе износила је 1100 франака. У Француској се нису производила кола снаге преко 16 CV. Суд је нашао да овде постоји дискриминација јер се пет пута већом таксом декуражирају купци увозних возила са снагом изнад 16 CV.<sup>29</sup> После ове пресуде, француске власти су промениле правила опорезивања. Увеле су девет категорија за опорезивање возила по прогресивној скали према растућој снази аутомобила са тим што је раст пореске стопе постајао експоненцијалан за возила изнад 16 CV. Суд је нашао да је метод обрачуна пореза такав да једино увозна кола ставља у много теже пореске категорије без оправдања заснованог на објективном критеријуму. Суд је, дакле, нашао да је повређен члан 95 Уговора.<sup>30</sup> Имајући у виду ове случајеве, Комисија је сматрала да специјална потрошачка такса и једнократна додатна специјална такса којима је Грчка оптеретила категорије возила преко 1200 кубних сантиметара запремине мотора и нарочито оне преко 1800 кубних сантиметара запремине мотора нису у складу са чланом 95 Уговора јер погађају нарочито возила преко 1800 кубних сантиметара која се не производе у Грчкој. Грчка влада је одговорила да се у Грчкој возила преко 1800 кубних сантиметара сматрају луксузним које користе људи са веома високим приходима те је теже опорезивање правично. Поред тога, велики проблем загађивања је мотивисао пореско законодавство да обесхрабрује куповину кола веће запремине. Како овом мером нису била погођена искључиво возила из увоза већ и домаћа возила из категорије преко 1200 кубних сантиметара, Суд је нашао да овде нема дискриминације.

Забрана дискриминације из става 1 чл. 90 Уговора односи се на сличне производе. У случају Rewe Суд одређује као сличне оне производе „који имају сличне карактеристике и задовољавају исте потребе са становишта потрошача.“<sup>31</sup> Постоје, међутим, производи који измичу овој дефиницији али који се налазе у међусобној конкуренцији у смислу да један може у потрошњи да буде замењен другим. Овим супститутима је посвећен став 2 члана 90 Уговора према коме држава чланица не може на производ из друге државе чланице наплаћивати било какве унутрашње порезе ради заштите других производа. В. Британија је, тако, наметнула порез на промет вина који је био око пет пута већи у односу на порез на промет пива. Познато је да В. Британија не производи баш много вина али да је велики произвођач пива. После исцрпних анализа појединих каракте-

---

<sup>29</sup> Humblot v. Directeur des Services Fiscaux, Case C-112/84, ECR 1985, стр. 1367.

<sup>30</sup> Jacques Feldain v Directeur des services fiscaux du département du Haut-Rhin. Article 95 - Differential tax on motor vehicles. Case 433/85. ECR, 1987, стр. 3521.

<sup>31</sup> Rewe case, C-45/75, ECR, 1976, стр. 181.

ристика ова два пића на које су указали В. Британија, Италија и Комисија, Суд Европских заједница је нашао да ова два пића могу да буду међусобни супститути. Потрошачке навике нису непроменљиве те оне не могу да буду оправдање за ово фискално разликовање.<sup>32</sup>

Ако је различити третман истих роба оправдан, дискриминације нема. Суд Европских заједница је одбио тужбу Комисије ЕЗ према којој су ниже француске таксе на слатко вино произведено на традиционални начин у односу на таксе за друга десертна вина биле супротне члану 90 Уговора. Ова вина су произведена у областима које нису биле најпогодније, дакле на лошем земљишту са мало падавина. Разлог овог фискалног фаворизовања је била жеља Француске да подстакне производњу у тим областима. Суд је нашао да је ово објективно оправдање за фискално разликовање.<sup>33</sup>

У области слободног промета роба Суд Европских заједница примењује општу забрану дискриминације, дакле забрањује дискриминацију по било ком основу ако се њом омета или ограничава слободан промет роба. Он је примењује као меру која има једнако дејство као забрана или ограничење увоза или извоза или као недозвољено опорезивање стране или домаће робе. Њоме контролише, такође, исправност примене дозвољених ограничења промета робе.

### **Забрана дискриминације у области слободног кретања радника**

На нормативном плану, ситуација је нешто другачија у погледу забране дискриминације у области слободног кретања радника. Експлицитно је речено да ова слобода обухвата укидање сваке дискриминације између радника по основу држављанства. Сагласно ставу 1 члана 39 Уговора слобода кретања радника је обезбеђена у оквиру Заједнице. Ставом 2 истог члана је речено да таква слобода обухвата укидање сваке дискриминације између радника држава чланица по основу држављанства у погледу запошљавања, награђивања и осталих услова рада. Брзо се показало да овај пропис није довољно широк да постигне жељени циљ: укидање сваке дискриминације међу држављанима држава чланица у погледу запошљавања, награђивања и осталих услова рада. Зато је Суд Европских заједница развио доктрину „индиректне“ или „прикривене“ дискриминације. „Инди-

<sup>32</sup> Commission v. United Kingdom, Case 170/78, ECR 1983, стр. 2265.

<sup>33</sup> Commission v. France, Case C-196/85, ECR, 1987, стр. 1597.

ректна“ или „прикривена“ дискриминација није дискриминација по основу држављанства већ по другим основама, као што су место становања или место рођења, али она делује тако да су њом погођени већином држављани друге државе.

Поводом питања немачког Савезног суда за радне спорове да ли период служења војске у држави држављанства треба да буде једнако узет у обзир у погледу рачунања радног стажа у земљи запослења као и период служења војске у тој земљи, Суд Европских заједница је одговорио потврдно. Питање је постављено због немачког закона који је дозвољавао да се једино период служења војске у немачким оружаним снагама рачуна у стаж запослења код послодавца у Немачкој. Изузев у случајевима изричито предвиђеним у ставу 3 члана 48 (сада 39), каже Суд, тај члан не дозвољава државама чланицама да чине било какве изузетке од једнаког третмана и заштите захтеване Уговором за све раднике унутар Заједнице индиректним увођењем дискриминације у корист својих држављана по основу војне службе.<sup>34</sup>

Сагласно италијанском радном праву, у случају када се радно ангажовање на одређено време трансформише у стално радно ангажовање, радник ужива право на плату као и обавезу у погледу социјалног осигурања као да је од почетка радног ангажовања био ангажован на неодређено време. Њему се, дакле, признаје стаж стечен ангажовањем на одређено време. Ово није важило, међутим, за асистенте који су на италијанским државним универзитетима предавали стране језике. Комисија ЕЗ је сматрала да је у питању дискриминације те је повела поступак пред Судом Европских заједница против Италије. Суд је констатовао да је око 25% асистената за стране језике на италијанским државним универзитетима италијанског држављанства те да ова мере погађа углавном асистенте који су држављани других држава чланица. Према устаљеној пракси (Суд користи термин „settled case-law“), начело једнаког третмана, које члан 48 (сада 39) Уговора изражава на посебан начин, забрањује не само отворену дискриминацију, засновану на држављанству, већ, такође, све прикривене облике дискриминације, који применом других посебних критерија воде до истог резултата.<sup>35</sup> У овом случају Суд каже да је конкретна забрана дискриминације по основу држављанства само посебан израз начела једнаког третмана. Он користи овај метод констатовања да се конкретним правилом изражава опште начело те да је и оно примењиво када конкретно правило није довољно широко да покрије случај пред Судом те је потребна примена ширег правила, дакле начела.

---

<sup>34</sup> Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG v Salvatore Ugliola, Case 15/69, ECR, 1969, стр. 363.

<sup>35</sup> Commission v. Italy, Case C-212/99, ECR, 2001, стр. I-4923.

Сагласно британским прописима, трошкови сахране су исплаћивани једино ако је сахрана обављена у В. Британији. О' Флин, ирски држављанин, је сматрао да је овај услов индиректно дискриминаторан за раднике мигранте. Тврдио је да је у сваком случају дискриминаторни карактер доказан ако се покаже да је мање вероватно да радници мигранти могу да задовоље услов у питању. Британска власт је сматрала да је услов дискриминаторан једино ако се докаже да га радници мигранти суштински могу теже задовољити, имајући у виду, између осталог, њихове обичаје. Ради тога, треба доказати да је учешће страних радника у задовољавању тог услова битно мање процентуално у односу на домаће раднике. Суд је, позивом на своју устаљену праксу, нашао да се услови постављени националним правом морају сматрати индиректно дискриминаторним када, иако се примењују без обзира на држављанство, суштински погађају раднике мигранте или када их лакше могу задовољити домаћи радници или када постоји ризик да они могу да узрокују посебну штету радницима мигрантима. Уколико нису објективно оправдани и пропорционални циљу, закључује Суд, национални прописи су индиректно дискриминаторни ако суштински погађају раднике мигранте више него домаће раднике и ако постоји ризик да ће прве довести у неповољнију ситуацију. Суд је још додао да није нужно да се покаже да је релевантан пропису у пракси погодио пропорционално битно већи број радника миграната.<sup>36</sup>

Суд Европских заједница придаје највећи значај слободи кретања радника и једнаком поступању према њима. Он каже да слободно кретање лица, и нарочито радника и једнако поступање према њима чини, како следи из чл. 3(ц) Уговора и из позиције чланова 48 до 51 (сада 39 до 42) у Делу II Уговора, један од темеља Заједнице.<sup>37</sup> Забрана дискриминације не примењује се само на акције јавне власти, већ се протеже, каже Суд Европских заједница, на правила било које друге природе које имају за циљ да регулишу на колективан начин лукративно запошљавање и пружање услуга. Разлог овоме је што су у неким државама услови запошљавања уређени законом, а у неким споразумима или другим актима закљученим или прихваћеним од приватних особа па би ограничавање ове забране на акте јавне власти створило неједнакост у њеној примени.<sup>38</sup> Случај Валраф

<sup>36</sup> John O'Flynn v Adjudication Officer, Case C-237/94, ECR, 1996, стр. I-2617.

<sup>37</sup> Commission v. France, Case 167-73, ECR, 1974, стр. 359. Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost, Case 152-73, ECR, 1974, стр. 153. Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman. Case C-415/93. ECR, 1995, стр. I-4921.

<sup>38</sup> Walrave and Koch v. Association Union Cycliste Internationale, Case 36/74, ECR, 1974, стр. 1405.

је значајан и зато што је Суд одредио територијално дејство ове забране. Пошто је питан да ли се ова забрана примењује и када се бицикличка такмичења изводе ван територије Заједнице, он је објаснио да се она примењује на све правне односе који настају унутар територије Заједнице било по месту закључивања правног посла било по основу места његовог извршења. Радило се о правилу Међународне асоцијације бицикличких удружења према коме је бициклиста члан тима који вуче трку морао да има исто држављанство као други члан тима што је двојници холандских бициклиста, Валрафу и Коху сметало. Ова забрана не утиче, међутим, на формирање спортских тимова, нарочито националних тимова јер је то питање спортског интереса, дакле није економско, према томе налази се ван дејства комунитарног права.

Забрана дискриминације по основу држављанства из става 2 члана 39 Уговора штити, на посредан начин, и домаће раднике. Апсолутна природа ове забране делује, каже Суд, не само обезбеђујући у свакој држави једнак приступ запошљавању држављанима других држава чланица већ гарантује, такође, сагласно циљу чл. 177 Уговора, да држављани те државе неће трпети штетне последице које би могле да проистекну због понуде или прихватања услова запошљавања или награђивања од стране држављана других држава мање повољних од оних гарантованих националним правом, пошто је то дискриминација која је забрањена.<sup>39</sup>

Суд Европских заједница је протегла примену забране дискриминације по основу држављанства и на запошљавање у јавним службама. Сагласно ставу 4 члана 39 Уговора, одредбе тог члана не примењују се у јавним службама. Суд Европских заједница је нашао, међутим, да ако држава, упркос томе што није обавезна, запосли странца у својој јавној служби, овај је заштићен забраном дискриминације. Сођу, италијански професионални поштар у служби Немачке савезне поште, нашао се у спору са својим послодавцем у вези накнаде за одвојени живот. У поступку пред Судом Европских заједница Немачка је изнела, између осталог, да се пошто је реч о запошљавању у јавној служби, не примењују одредбе о забрани дискриминације. Суд је, међутим, пошао од циља дерогирајућих одредби из ст. 4 чл. 39 Уговора. Интереси заштићени овом дерогацијом су задовољени могућношћу да држава чланица ограничи пријем страних држављана у јавне службе. Ако, међутим, држава прими страног држављанина у своју јавну службу, ова дерогација не може да оправда дискриминаторне мере у погледу плаћања или других услова.<sup>40</sup> Ово је још једна потврда да Суд примењује забрану дискриминације као опште начело које се примењује на свако запошљавање страног радника.

---

<sup>39</sup> *Commission v. France*, Case 167/73, ECR, 1974, стр. 359.

<sup>40</sup> *Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost*, Case 152/73, ECR, 1974, стр. 153.

Суд Европских заједница примењује забрану дискриминације у области слободе кретања радника као опште начело о забрани дискриминације. Суд је проширио дато уговорно правило на дискриминацију по било ком основу која погађа стране раднике, развијајући доктрину индиректне дискриминације. Он примењује, такође, ово начело на запошљавање странаца у јавним службама, иако је запошљавање у јавним службама изузето из слободе кретања радника.

### **Забрана дискриминације у области слободе предузетништва<sup>41</sup> и пружања услуга**

Чланом 43 Уговора забрањена су ограничења слободе предузетништва држављана државе чланице на територији друге државе чланице. Ова забрана се односи и на ограничења у погледу оснивања агенција, пословница или филијала од стране држављана било које државе чланице који послују на територији друге државе чланице. Став 2 истог члана каже да слобода предузетништва укључује право оснивања и обављања самосталних делатности личним радом и оснивање и управљање предузећа, посебно фирми или трговачких друштава под условима предвиђеним за држављане законом државе у којој се врши предузетништво и под условима прописа из главе Уговора која се односи на капитал.

Забрана дискриминације није изричито наведена али је имплицирана ставом 2. Из слободе предузетништва су чланом 45 Уговора изузете активности повезане са вршењем службених овлашћења. Чланом 46 Уговора је предвиђено да прописи ове главе Уговора, који се, дакле, односе на слободу предузетништва, као и комунитарни прописи донети на основу њих не спречавају примену закона, прописа и административне праксе о посебном поступању према страним држављанима на основу јавног поретка, јавне безбедности или јавног здравља. И овде Уговор не каже да ће се ове мере примењивати без дискриминације. Такође, чланом 48 Уговора је речено да ће компаније и фирме основане на основу закона државе чланице и које имају регистровано седиште, централну администрацију или

---

<sup>41</sup> "The freedom of establishment" се код нас преводи као "слобода настањивања". Види Уговор о Европској унији – иновирани текст – Рим – Мастрихт – Амстердам, превео и приредио др Душко Лопандић, Београд, 1999, стр. 89. Мр. Гордана Илић, Право настањивања у праву Европске уније, Право Европске уније, физичка и правна лица, Зборник радова, припрема и редакција Добросав м. Митровић, Београд, 1998, стр. 69. Мислим да је бољи превод "слобода оснивања предузећа" или краће "слобода предузетништва".

главно место пословања у Заједници, за потребе ове главе, бити третирани једнако као физичка лица држављани држава чланица.

Чланом 44 Уговора Савет Заједнице је овлашћен да путем директива постигне слободу предузетништва у погледу посебних делатности. Имајући у виду ову одредбу, и стандард директне примењивости уговорних одредби постављен у случају *Van Gend and Loos*, одредбе из члана 43 Уговора не би биле директно примењиве. Међутим, у случају Рајнерс<sup>42</sup> Суд Европских заједница је нашао да оне јесу директно примењиве. Рајнерс је био холандски држављанин који је завршио студије права у Белгији али коме је одбијен захтев за упис у регистар адвоката зато што није био белгијски држављанин. Суд Европских заједница је констатовао да члан 7 (данас 12) Уговора о забрани дискриминације по основу држављанства чини један од „начела“ Заједнице те да је одредбом члана 52 (данас 43) Уговора предвиђена примена овог општег прописа у посебној области права на предузетништво. Суд је дошао до закључка да члан 52 Уговора прописујући да ће се право на предузетништво обезбедити до краја транзиционог периода, одређује прецизан резултат који тада треба да се постигне директивама али, такође, овај резултат не чини зависним од имплементације програма мера већ једино његово постизање олакшава имплементацијом ових мера. Зато је Суд закључио да је по окончању транзиционог периода члан 52 Уговора директно примењив. Што се тиче изузимања активности повезаних са вршењем јавних овлашћења из слободе предузетништва, Суд је, имајући у виду фундаментални карактер слободе предузетништва и правила о једнаком поступању према држављанима у правном систему Уговора, нашао да ово изузимање не може да превазиђе циљ ради кога је установљено. Дакле, он је закључио да ово изузимање значи овлашћење да се странци изузму од вршења неких послова директно повезаних са јавним овлашћењима а не и овлашћење да се изузму читаве професије, као што је адвокатска.

Суд Европских заједница је, затим, дошао до закључка, баш као и у случају слободе кретања радника, да забрана дискриминације по основу држављанства није довољна те да би се постигао циљ остваривања слободе предузетништва нужно је ићи даље од ове забране. Он није, међутим, овде применио своју доктрину о индиректној дискриминацији.<sup>43</sup>

Као у случају слободе промета роба, Суд се нашао у позицији да обезбеђује једнако поступање ван националних граница, дакле у оквирима простора Заједнице. Тако је поступио у случају госпође Власопулу, која је

---

<sup>42</sup> *Reyners v. Belgium*, Case 2/74, ECR, 1974, стр. 63.

<sup>43</sup> Paul Craig, Gráinne De Búrca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Third Edition, Oxford, 2003, стр. 785.



завршила право у Грчкој, обавила правну праксу у Немачкој али којој није дозвољен упис у регистар адвоката јер није положила државни испит предвиђен немачким законом као услов за упис. Тим поводом Суд Европских заједница је рекао да, иако се примењују без дискриминације по основу држављанства, национални захтеви у вези квалификација могу да чине препреку држављанина других држава чланица у уживању слободе предузетништва. Ово може да буде случај ако национална правила не узимају у обзир већ стечено знање и квалификације од стране заинтересоване особе у другој држави чланици. Према томе, држава чланица мора да узме у обзир дипломе, потврде и друге доказе о квалификацијама стечене у другој држави ради вршења исте професије када одлучује о пријему држављана друге државе у професију за коју се њеним прописима тражи професионална квалификација.<sup>44</sup>

Са друге стране изједначавање на нивоу Заједнице, може да отвори питање обрнуте дискриминације којом се домаћи држављани доводе у неравноправан положај. Ово питање је отворено у спору Луксембурга п. Европског Парламента и Савета у вези Директиве 98/5 која се односила на слободно вршење правничке професије.<sup>45</sup> Признавање страних диплома у сврхе уживања слободе предузетништва уређено је Директивом Савета 89/48. У области правне професије ово питање је уређено Директивом 98/5ЕС Европског Парламента и Савета од 16. фебруара 1998 којом се олакшава пракса правничке професије на сталној основи у држави чланици у којој није стечено правно образовање. Овом Директивом је предвиђено да правници мигранти могу да делују у држави домаћину не само у области међународног, комунитарног и права државе у којој су стекли правно образовање већ и у области права државе домаћина. Луксембург је покушао да оспори легалност ове Директиве пред Судом Европских заједница. Између осталог, доказивао је да се њом одступа од начела једнаког третмана, уграђеног у став 2 члана 52 (сада 43) Уговора којим се тражи да се страним држављанима омогући вршење самосталних професија под истим условима као домаћим држављанима. Укидањем сваког захтева претходне обуке о праву државе домаћина и дозвољавајући правницима мигрантима да врше праксу у вези тог права, Директива 98/5, по мишљењу Луксембурга, врши неоправдану дискриминацију између држављана и миграната супротно члану 52 Уговора, којим Заједница није овлашћена да укине захтев претходне обуке. Парламент и Савет, подржани од неколико умешача, негирали су постојање обрнуте дискриминације. Они су тврдили да се

<sup>44</sup> *Vlassopoulou v. Ministerium für Justiz, Bundes und Europaangelegenheiten Baden-Wuerttemberg*, Case 340/89, ECR, 1991, стр. 2357.

<sup>45</sup> *Luxembourg v. Parliament and Council*, Case C-168/98, ECR, 2000, стр. I-9131.

правници који врше праксу под професионалним насловом своје државе и правници који врше праксу под професионалним насловом државе домаћина налазе у различитој ситуацији јер су први подвргнути неким ограничењима у погледу иступања пред судом. Суд Европских заједница је поновио да забрана дискриминације предвиђена чланом 52 (сада 43) Уговора је посебан израз општег начела једнакости које, као једно од основних начела комунитарног права, мора да буде поштовано од комунитарне легислатуре и које захтева да упоредиве односно сличне ситуације не треба да буду третиране различито изузев ако таква разлика у третману није објективно оправдана. У конкретном случају Суд је нашао да комунитарна легислатура није повредила ово начело, пошто ситуација правника миграната који врше праксу под професионалним насловом стеченим у својој држави и ситуација правника који врше праксу под професионалним насловом државе домаћина нису упоредиве. Док последњи могу да врше све активности резервисане за ту професију, првима може бити забрањено да врше извесне послове и у погледу представљања или одбране клијената у правним поступцима они могу да буду подчињени извесним обавезама.

Луксембург је оспоравао валидност Директиве 98/5 и са становишта заштите потрошача и исправног вршења правде. Упућивао је на *case-law* Суда према коме примена професионалних правила на правнике, нарочито оних који се односе на организацију, квалификације, професионалну етику, надзор и одговорност обезбеђује заштиту конзумента правних услуга и исправно вршење правде. Укидањем свих захтева у погледу обуке о праву државе домаћина, ова Директива штети јавном интересу и нарочито заштити конзумента коју обезбеђују поједине државе чланице. Он је одбацио аргумент да се обука може стећи кроз праксу јер то значи да пракса претходи обуци што је неприхватљиво. Парламент и Савет су тврдили да Директива узима у обзир јавни интерес и нарочито заштиту конзументата. Сагласно правилима професионалног понашања, правници су дужни да не раде случајеве када знају или треба да знају да су ти случајеви изван њихових професионалних компетенција и да свако кршење овог правила повлачи дисциплинску одговорност. Суд Европских заједница је рекао да комунитарна легислатива треба да води рачуна о јавном интересу и заштити потрошача када доноси комунитарне прописе. У конкретном случају Суд је нашао да је неколико прописа унетих у Директиву са циљем да заштите конзументе правних услуга и исправно вршење правде.

Питање обрнуте дискриминације се појавило и у случају једног холандског водоинсталатера који је завршио занат у Белгији а желео је да ради у Холандији. Холандска влада је заузела став да он не може да се

позива на Директиву 64/427, која је регулисала његову занимање, јер као холандски држављанин позивом на образовање стечено било где он би могао да настоји да избегне примену националних прописа. Заиста, основно је правило да се комунитарни прописи не примењују на односе који имају карактер искључиво унутрашњих односа. Поред тога, сам члан 52 (сада 43) регулише слободу предузетништва држављана једне државе чланице на територији друге државе чланице. Суд је, међутим, сматрао да држављанин државе чланице које је легално становао на територији друге државе чланице и тамо стекао занимање које је признато комунитарним прописима не може да буде искључен из уживања права и слобода гарантованих Уговором.<sup>46</sup> Међутим, у случајевима стицања занимања која нису уређена комунитарним прописима, Суд није следио ову логику.<sup>47</sup>

Што се тиче разлога који могу да оправдају одступање од слободе предузетништва, први услов њихове оправданости јесте недискриминаторна примена. Тако је Суд одлучио, на пример, у случају *Inspire Art*.<sup>48</sup> Реч је о компанији која је основана у В. Британији по енглеском и велшком праву. Она је, међутим, пословала у потпуности или скоро у потпуности у Холандији. Основана је у В. Британији јер су тамо услови оснивања и неки услови исплате деоница повољнији него у Холандији. Основана је, дакле, у В. Британији, да би избегла строжије холандске прописе. Холандија је, међутим, за такве компаније – формално стране компаније – донела посебан закон којим је наметнула одређене обавезе тим компанијама у погледу минималног капитала и њиховим директорима посебне одговорности. Дошло је до спора између *Inspire Art* и холандске трговачке коморе да ли су те обавезе сагласне слободи предузетништва. Кантонални суд из Амстердама је тражио мишљење Суда Европских заједница. Трговачка комора Холандије, владе Холандије, Аустрије, Италије и Немачке су сматрале да се прописи о слободи предузетништва не односе на овај случај или ако се односе да је примена ових обавеза оправдана разлозима из чл. 46 Уговора. Суд Европских заједница је, нашао, да се наведеним обавезама нарушава слобода предузетништва. Разматрајући питање посебне одговорности директора оваквих компанија, Суд је констатовао да је држава чланица обавезна да обезбеди поштовање комунитарног права и да је зато овлашћена да предвиди одређене казне. Он је препустио националном суду да закључи да ли се казне предвиђене холандским законом за директоре формално страних компанија разликују од оних предвиђених за нацио-

<sup>46</sup> *Knoors v. Secretary of State for Economic Affairs*, Case 115/78, ECR, 1981, стр. 2311.

<sup>47</sup> *Ministère Public v. Auer*, Case 136/78, ECR, 1979, стр. 437.

<sup>48</sup> *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam and Inspire Art Ltd*, Case C-167/01, Judgment of 30 September 2003.

налне компаније. Ако се разликују, каже Суд Европских заједница, национални суд ће закључити да су оне супротне комунитарном праву. Суд није овде изрично поменуо забрану дискриминације али је очигледно био инспирисан овом забраном. Што се оправдавајућих околности тиче, Суд је упутио на своју устаљену праксу према којој националне мере којима се спречавају или чине мање привлачним основне слободе треба да испуне четири услова да би биле оправдане: морају да се примењују на недискриминациони начин, морају да буду захтеване императивним потребама у јавном интересу, треба да буду погодне да се њима постигне циљ и не смеју да иду ван оног што је нужно да би се постигао овај циљ.

Суд је нашао да одређене холандске мере у погледу регистравања страних бродова нису пропорционалне циљу те да зато нису у складу са захтевом из члана 46 Уговора. Комисија ЕЗ је изнела пред Суд Европских заједница тврдњу да холандски прописи о регистравању бродова чине ограничење слободе предузетништва.<sup>49</sup> Она је навела да иако ови прописи могу да се оправдају позивом на општи интерес вршења ефективне контроле, они нису пропорционални овом циљу. Она је сматрала да се следећим захтевима холандских прописа у погледу регистравања бродова ограничава слобода предузетништва: да део деоничара компаније, основане у Заједници, која поседује брод мора да има држављанство Заједнице или државе из Европске економске области (даље ЕЕО); да директори компаније која поседује брод морају да имају држављанство Заједнице или неке ЕЕО земље, и да физичка лица одговорна за свакодневно управљање пословањем представништва бродара у Холандији морају да имају држављанство Заједнице или државе из ЕЕО. Суд је подсетио на свој case-law према коме члан 43 Уговора забрањује сваку националну меру која, чак иако се примењује без дискриминације, омета или чини мање атрактивном вршење слободе предузетништва гарантовано Уговором држављанима Заједнице. Рекао је, даље, да слобода предузетништва може да буде, у одсуству хармонизационих мера Заједнице, ограничена националним прописима позивом на разлоге наведене у ставу 1 члана 46 Уговора, дакле на јавни поредак, јавну безбедност, јавно здравље или неизбежне разлоге општег интереса. Али и да држава у питању мора да води рачуна о начелу пропорционалности, дакле да са ограничењима не иде преко оног што је нужно за постизање циља. У конкретном случају Суд је нашао да предузете мере нису пропорционалне легитимном циљу: вршењу ефективне контроле и јурисдикције над бродовима који вију холандску заставу. Тешко је видети, каже Суд, како структура деоничарског капитала или борда

---

<sup>49</sup> Case C-299/02, *Commission of the European Communities v Kingdom of the Netherlands*, Judgment of 14 October 2004.

директора бродовласничке компаније или држављанство директора или локалних представника компаније у Холандији може да утиче на вршење ефективне контроле над бродом. Ове околности нису од значаја за вршење инспекције брода, регистравање релевантних података, верификацију квалификација и радних услова посаде или отварање и вођење истраге у случају несреће на отвореном мору. Што се тиче обезбеђивања ефикасне контроле, довољно је да се захтева да се управљање бродом врши из места пословања у Холандији од стране лица овлашћених да представљају компанију. Важно је, каже Суд, да држава може да ради директно са овлашћеним представником бродовласника. Исто важи у погледу аргумента да услов држављанства значајно повећава изгледе ефективног вршења јурисдикције. Суд је приметио да ефикасно вршење јурисдикције над неким лицем зависи од тога да ли је то лице стварно доступно држави а не од његовог држављанства. У овом случају Суд није одредио наведене мере као дискриминационе или као нелегитимне већ једино као несразмерне. Оне не могу бити дискриминационе у оквирима члана 12 Уговора који забрањује дискриминацију по основу држављанства међу држављанима држава чланица. Међутим, у ширем смислу ван комунитарног права, оне би могле да се одреде као дискриминационе. Али, то је ван надлежности Суда Европских заједница.

Чланом 49 Уговора забрањена су ограничења слободе пружања услуга у оквиру Заједнице у погледу држављана држава чланица која се баве предузетништвом у држави Заједнице која није држава лица коме су пружа услуга. У случају Фан Бинсберген Суд Европских заједница каже да прописи овог члана укидају сваку дискриминацију против лица које пружа услуге по основу његовог држављанства или чињенице да има предузетништво у држави чланици другој од оне у којој се пружају услуге.<sup>50</sup> Холандски држављанин које је радио као правни саветник Фан Бинсбергена у поступку пред холандским судом за социјално осигурање преместио је своје пребивалиште током поступка из Холандије у Белгију. Обавештен је да даље не може да представља свог клијента пошто према холандском закону једино лица која станују у Холандији могу да раде као правни саветници. Питање које је упућено Суду Европских заједница било је да ли је члан 59 (сада 49) уговора директно примењив и да ли је поменути холандски пропис у складу са њим. Прво питање је упућено јер је било предвиђено да ће се током транзиционог периода прогресивно укидати ограничења ове слободе сагласно програму који је усвојио Савет 1961. године. Суд је нашао да је одредба из члана 59 Уговора непосредно примењива бар што се тиче посебних захтева у погледу држављанства или

<sup>50</sup> Van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, Case 33/74, ECR, 1974, стр. 1299.

места становања. Сама одредба о слободи пружања услуга не захтева да су у односу лица различитог држављанства већ лице које пружа услугу не сме да станује у држави лица коме се пружа услуга.

Слобода пружања услуга укључује слободу примања услуга. Она укључује, дакле, слободу примаоца услуга да иду у другу државу чланицу да добију услугу без ограничења чак у погледу плаћања. Тако се туристи, лица која примају медицински третман или лица која путују ради образовања сматрају примаоцима услуга.<sup>51</sup>

Суд Европских заједница је нашао да је Француска повредила своју обавезу из овог члана тиме што је наметнула обавезу лабораторијама за биомедицинске анализе установљеним у другим земљама чланицама да имају место пословања у Француској да би добиле оперативну дозволу и тиме што је забранила надокнаду плаћања биомедицинских анализа извршених у лабораторијама које су установљене у другим државама чланицама.<sup>52</sup> Закон о социјалном осигурању је забрањивао плаћање из фондова здравственог осигурања ако се осигураник или члан његове породице лечи изван Француске, изузев ако би осигураник доказао да исто лечење није могао да добије у Француској. Он није дозвољавао споразуме између ових фондова и лабораторија установљених ван Француске. Одговарајућом наредбом, којом су одређени услови за добијање дозволе за рад, тражено је да лабораторија има место пословања у Француској. Комисија је сматрала да су ове одредбе француских прописа супротне слободи предузетништва и слободи пружања услуга и, како Француска није одговорила на задовољавајући начин на образложено мишљење Комисије, ова је изнела ствар пред Суд. Комисија је сматрала, такође, да су француска правила дискриминаторна јер услуге учињене изван Француске не третирају као овлашћене услуге. Она је потврдила да држава може да предузме, сагласно ст. 1 члана 46 Уговора, извесне дискриминаторне мере специјалног поступања према страним држављанима у вези слободе предузетништва и пружања услуга ако су ове оправдане разлозима јавног поретка, јавне безбедности или јавног здравља. Међутим, ове мере не смеју да искључе читаве економске секторе и морају да буду пропорционалне. Француска је указивала на високе стандарде здравствене заштите прописане њеним правом и на немогућност провере поштовања лабораторијских стандарда и процедура ван њене територије. Она је сматрала да у одсуству комунитарне хармонизације или билатералних споразума није могуће да њени инспектори проверавају биомедицинске лабораторије у другим државама чланицама. Шта више, у одсуству хармонизације у погледу критерија ква-

---

<sup>51</sup> *Luisi and Carbone v. Ministero del Tesoro*, Cases 286/82 & 26/83, ECR, 1984, стр. 377

<sup>52</sup> *Commission v. French Republic*, Case C-496/01. Judgment of 11 March 2004.

литета и контроле процедура, друге државе чланице не могу вршити ове провере уместо француских власти а ове не могу, зато, признати провере у другим државама чланицама као *a priori* еквивалентне. Суд је нашао да се француским прописима не крши слобода предузетништва, односно право грађана Заједнице да послују у Француској као француски грађани. Они могу да оснивају биомедицинске лабораторије и раде у њима ко и француски грађани. Суд је нашао, међутим, да се француским прописима вређа слобода пружања услуга. Уместо што тражи да ове лабораторије послују на француској територији, Француска би могла да тражи да оне прибаве француску дозволу за рад. Условима за добијање ове дозволе, каже Суд, не смеју да се удвостручавају еквивалентни законски услови који су већ задовољени у држави пословања. Услови за добијање дозвола могу да укључе захтев да лабораторије које послују у другој држави чланици обезбеде да њихови налази буду разумљиви лекарима који раде у Француској. Француска није убедила Суд да је нужно да лабораторија послује на територији Француске да би ова могла да врши контролу над њеним радом. Могуће је, сматра Суд, захтевати од лабораторија које раде у другим државама да докажу француским властима да контрола у тим земљама није мање строга од оне која се примењује у Француској као и да правила која се примењују обезбеђују исту здравствену заштиту као француска правила. Ништа не би спречавало француске власти да повуку или суспендују дозволу за рад лабораторије која послује у другој држави чланици а не удовољава условима прописаним француским правилима. Суд је, такође, нашао да се француским прописима, којима је забрањено здравственим фондовима да исплаћују накнаде за анализе учињене у иностранству, изузев ако осигураник докаже да такву анализу није могао да добије у Француској, крши слобода пружања услуга.

### **Забрана дискриминације у области кретања капитала**

Чланом 56 Уговора забрањена су сва ограничења кретања капитала између држава чланица и између држава чланица и трећих земаља. Ставом 2 истог члана забрањена су сва ограничења платног промета у односима међу поменутиим државама. Међутим, чланом 57 је остављена могућност примене одређених ограничења према трећим земљама које су биле важеће 31. децембра 1993. године. Такође, чланом 58 остављена је могућност државама чланицама да примене одговарајуће одредбе свог фискал-

ног законодавства којима се прави разлика између пореских обвезника који нису у једнаком положају када је реч о њиховом пребивалишту односно месту где је њихов капитал уложен. Истим чланом оне су овлашћене да предузму све неопходне мере ради спречавања кршења њихових закона, посебно у опорезивању и разумном надзору над финансијским институцијама, да успоставе поступке пријављивања кретања капитала ради административног или статистичког информисања, односно да предузимају мере оправдане разлозима јавног поретка и јавне безбедности. Ставом 3 овог члана је речено, међутим, да ове мере и поступци не смеју представљати средство самоволне дискриминације нити прикривено средство ограничења слободног кретања капитала и платног промета.

Начело једнаког поступања према држављанима држава чланица је од суштинске важности и у овом начелу. Португал је у процесу приватизације донео неке законске прописе који су, према мишљењу Комисије, били супротни начелу слободног кретања капитала.<sup>53</sup> Радило се о два проблема. Према поменутиим прописима инвеститори из других држава чланица нису могли да стекну више од одређеног броја деоница у појединим португалским предузећима чиме је повређено начело једнаког поступања према држављанима држава чланица и ограничено је слободно кретање капитала. Португалска влада није спорила дискриминаторни карактер ових прописа али је навела да она у својој политици приватизације не користи ова овлашћења према инвеститорима из других држава чланица као и то да комунитарно право има предност над националним и да се директно примењује те дезавуише поменуте португалске законске прописе. Суд Европских заједница није био задовољан овим одговором. Упућујући на своју устаљену праксу у вези са овом ствари и истичући значај правне сигурности, Суд је поновио да је држава чланица обавезна да националне прописе несагласне са комунитарним правом елиминише националним прописима исте правне снаге. Нашао је, дакле, да је овим прописима Португал прекршио начело слободног кретања капитала. Комисија је, такође, сматрала да се португалским захтевом, установљеним поменутиим законским прописима, а којим се тражи да инвеститор, домаћи или стран, који стиче власништво над капиталом у извесним предузећима, изнад одређеног нивоа, добије претходно овлашћење Португала, крши слобода кретања капитала. Португалска влада је сматрала да се овим захтевом не чини дискриминација јер се он једнако примењује на све инвеститоре, домаће и стране а мотивисан је разлозима економске политике у вези избора стратешког партнерства или старања о побољшавању конкурентности

---

<sup>53</sup> Case C-367/98, Commission of the European Communities v. Portuguese Republic, Judgment of 4 June 2002.



структуре тржишта и модернизације средстава производње. Суд није прихватио овај аргумент. Истакао је да члан 73 (б) 1 (сада 56 (1)) Уговора успоставља општу забрану ограничења слободног кретања капитала међу државама чланицама и да се ова забрана протеже изван пуне елиминације неједнаког третмана по основу држављанства инвеститора на финансијском тржишту. Она се односи на све оно што може обесхрабрити инвеститоре из других земаља да инвестирају у та предузећа. Ови прописи ће се сматрати недозвољеним ограничењем слободе кретања капитала, изузев ако се могу оправдати ваљаним разлозима. Суд је нашао да општи финансијски интереси државе чланице не чине адекватно оправдање.

Суд је доследан у ставу да економски разлози не могу да буду оправдање за препреке забрањене Уговором у погледу слободног промета робе или слободе пружања услуга. Дакле, оно што је навела Влада Португала као разлог ових прописа: избор стратешког партнера, јачање конкурентске структуре тржишта или модернизација и јачање ефикасности средстава производње не чине оправданим ограничења слободног кретања капитала.

Аустријски закон о опорезивању прихода из 1988. године обезбеђивао је повлашћено опорезивање прихода од капитала уложеног у Аустрији у односу на капитал уложен у другим државама чланицама.<sup>54</sup> Аустријски порески обвезник могао је да плати линеарни порез од 25% или половину стопе прогресивног пореза на приход од капитала уложеног у Аустрији а био је дужан да плати порез на приход од капитала уложеног у компанију која је пословала у другој држави по редовној пореској стопи која је могла да достигне 50%. Директно опорезивање је надлежност држава чланица али је стандардни став Суда Европских заједница да оне ову надлежност морају да врше сагласно комунитарном праву. Суд је нашао да ови аустријски порески прописи одвраћају аустријске пореске обвезнике од улагања капитала у компаније основане у другим државама чланицама, да отежавају тим компанијама прикупљање капитала у Аустрији продајом деоница те да, зато, они чине ограничење слободе кретања капитала забрањено чланом 73 б (1) (сада чл. 56 (1)) Уговора. Пошто је ово констатовано, Суд је испитивао да ли постоји оправдани разлог за ово ограничење, предвиђен тада чланом 73 д(1) а сада чланом 58 Уговора. Према мишљењу аустријске, данске, француске и британске владе, поменут члан Уговора овлашћује државе чланице да примене пореске погодности за приходе од капитала са њихове територије. Суд је, међутим, приметио да овај изузетак од правила мора да се тумачи уско, тим више што је тада члан 73 д(3) а

<sup>54</sup> Case C-315/02, *Anneliese Lenz v. Finanzlandesdirektion für Tirol*, Judgment of 16 July 2004.

сада члан 58 ст. 3 тражио да се њиме не чини самовољна дискриминација или скривена препрека кретању капитала. Суд је нагласио да треба разликовати неједнак третман који је дозвољен Уговором и арбитрарну дискриминацију која је забрањена. Разликовање у третману мора да се тиче ситуације које нису објективно упоредиве или мора да буде оправдано преовлађујућим разлозима општег интереса као што је потреба да се успостави кохезија пореског система, борба против избегавања пореза и ефикасност пореског надзора. Поред тога, мора да се поштује начело пропорционалности, дакле разликовање у третману између различитих категорија прихода од капитала не сме да иде преко оног што је нужно да би се постигао оправдани циљ.

*Rodoljub Etinski, Ph.D., Full Professor  
Novi Sad Faculty of Law*

## **Contribution of European Court of Justice to Development of Prohibition of Discrimination in Areas of Fundamental Freedoms**

### *Abstract*

A discrimination is an obstacle to the free movement of goods, persons, services and capital. It is also opposite to an idea of the citizenship of the Union that should provide nationals of Member States with equal treatment in the frames of the Union. Art. 12 of the Treaty establishing the European Community (further the Treaty) prohibits any discrimination on grounds of nationality. The Court of Justice of the European Communities (further the European Court of Justice) applies this Article of the Treaty, as a „principle“ of the Community, to special spheres of fundamental freedoms, where it is appropriate. But, there are some fundamental freedoms that require prohibition of discrimination on other grounds. The free movement of goods asks equal treatment of imported and domestic goods. The European Court of Justice has even considered that „national rules or practices which result in imports being channelled in such a way that only certain traders can effect those imports, whereas others are prevented from doing so, constitute a measure having an effect equivalent to a quantitative restriction...“ It seems that the European Court of Justice is ready to prohibit any discrimination related to fundamental freedoms.

The Treaty prohibits explicitly discrimination on grounds of nationality in an area of the freedom of movement of workers. Discrimination limited to grounds of nationality has been proved insufficient to secure equal treatment between national and non-national workers. Including other grounds of discrimination, the European Court of Justice has developed a doctrine on „indirect“ discrimination to eliminate an indirectly different treatment between these two groups of workers. It has extended an applicability of this prohibition to employment in public services, in spite of the fact that public services are not covered by the freedom of movement of workers.

Any different treatment does not necessary mean discrimination. The European Court of Justice considers that discrimination means unequal treatment of similar situations without justified reason. The Treaty allows a special treatment for foreign nationals on grounds of public policy, public security or public health. In such situations, the European Court of Justice controls whether a measure is discriminatory applicable, whether it is really necessitated by justified objective and whether the measure is proportional to this objective. If the wished result may be achieved by a less restrictive measure, there is discrimination.

The European Court of Justice prohibits any discrimination on national level that endangers the fundamental freedoms. But, the fundamental freedoms may be endangered by unequal treatment caused by various national provisions, which are not discriminatory. Inequality is caused here by cumulative effects of parallel provisions of two Member States. If goods prepared for export have to satisfy provisions on quality in force in exporting and importing countries they are in much more difficult situation than goods not intended for export which have to satisfy requirements of just one of the Member States. Or, if somebody who acquired a diploma in a Member State is asked to pass additional exams to be admitted in a regulated profession in another Member State, he is not in equal situation with a person who stayed to work in a Member State where he had acquired diploma. An ideal is not just equal treatment on a national level than it is also equal treatment on Community level. In the field of the free movement of goods, the European Court of Justice made break by the *Cassis de Dijon*. It has established that it is generally enough that goods satisfy requirements of a Member State where they are put to market. In areas of other freedoms, the European Court of Justice explore whether objectives intended by national measures are justifiable and whether national measures are proportional to these objectives.

The European Court of Justice has not limited applicability of prohibition of discrimination in spheres of fundamental freedoms to grounds of nationality. But, the discrimination based on grounds of nationality remains the main obstacle of proper functioning of the internal market of the Community. This fact has been emphasised by the 2004 Treaty establishing a Constitution for Europe which assembled general rules on fundamental freedoms and general rule on prohibition of discrimination based on grounds of nationality in the same Article I-4 of the Treaty.