

UDK 347.7

YU ISSN 0354-3501

П Р А В О И П Р И В Р Е Д А
ЧАСОПИС ЗА ПРИВРЕДНОПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

БРОЈ 9-12/2006./Година XLIII
Београд

Главни и одговорни уредник

Мирко Васиљевић

Уредник

Мирослав Пауновић

Редакција

Др Thomas Meuer, Руководилац пројекта Немачке организације за техничку сарадњу „GTZ“ – „Канцеларија за правну реформу у Србији“, Зоран Арсић, Мирко Васиљевић, Радован Вукадиновић, Милица Јањушевић (секретар), Боса Ненадић, Мирослав Пауновић, Ратомир Слијепчевић, Александар Ћирић, Вук Радовић, Драгиша Слијепчевић

Издавачки савет

Dr. Christa Jessel-Holst, Senior Research Associate, Max-Planck-Institute for Foreign Private and Private International Law, Јованка Бодирога, Михајло Велимировић (председник), Раде Јевтић, Ивана Зељковић, Мирослав Милетић, Небојша Јовановић, Данило Пашајлић, Витомир Поповић, Дејан Поповић, Михаило Рулић, Драган Радоњић, Марко Рајчевић

Издавач

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Београд, Трг Николе Пашића 1/II

тел./факс 3234-985

e-mail: udruzrip@eunet.yu

Технички уредник

Зоран Димић

Графичка припрема

Јелена Димић

Светозара Марковића 2, Београд

Претплата за 2007. годину износи: правна лица - 9.100 динара,
физичка лица - 4.550 динара, иностранство - 100 УС \$

Претплата се врши на текући рачун број: 355-1028874-46, Војвођанска банка,
уз назнаку:

Претплата за часопис „Право и привреда“

Изази ПЕРИОДИЧНО

Штампа „ФУТУРА“, Петроварадин

НАРУЏБЕНИЦА

Овим се неопозиво претплаћујемо на ____ примерака часописа "ПРАВО И ПРИВРЕДА" за 2007. годину по цени од 9.100,00 динара за правна лица (4.550,00 за физичка лица, 100 USA \$ за иностранство) на име аконтације годишње претплате с тим да се претплата продужује и за следеће године, уколико се изричито-писмено не откаже пре истека текуће године.

Износ од _____ динара уплатићемо у законском року по пријему рачуна на текући рачун број 355-1028874-46 (Војвођанска банка Београд) УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ Београд, Трг Николе Пашића 1/II

Тел/факс 3234-985 • е-mail: udruzrip@eunet.yu • ПИБ - 100052829

Часопис слати на адресу:

са назнаком за _____ службу.

Молимо да ову наруџбеницу оверену и потписану од стране овлашћеног лица пошаљете на адресу УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ, Београд, Трг Николе Пашића 1/II

М.П.

Потпис наручиоца

ПИБ

САДРЖАЈ

Чланци

<i>Зоран Арсић</i>	Повећавање основног капитала неновчаним улозима	3
<i>Мирослав Миљковић</i>	Интересни и правни колективни радни спорови	9
<i>Борисав Чолић</i>	Нови закон о арбитражи, арбитражни суд, поступци и одлуке	22
<i>Миријана Цукавац</i>	Проширена судска контрола арбитражне одлуке	38
<i>Милена Борђевић</i>	Дампинг	53

Међународно пословно право	Решавање међународних спорова	91
	Међународна регулатива	99
	Из домаћег права пословања са иностранством	101
	За документацију	103
	Глосар	106

Правна пракса

<i>Милица Ђосовић-Кийић</i>	Извод из праксе Суда части при Привредној комори Београда	109
<i>Снежана Вујиновић</i>	Мишљења Министарства рада, запошљавања и социјалне политике	119
	Поруке са Петнаестог сусрет правника у привреди Србије и Црне Горе	130

C O N T E N T

Articles

<i>Zoran Arsic</i>	Capital Increase Against Contribution in Kind	3
<i>Miroslav Miljković</i>	Interest and Legal Collective Labor Disputes	9
<i>Borisav Čolić</i>	The New Law on Arbitration, Arbitral Tribunal, Procedure and Awards	22
<i>Mirjana Cukavac</i>	Expanded Judicial Review of an Arbitral Award	38
<i>Milena Djordjevic</i>	Dumping	53

International Business Law

Settling of International Disputes	91
International Regulation	99
Out of Domestic Law as to Foreign Trade Business . .	101
For Archive	103
Glossar	106

Legal Practice

<i>Milica Ćosović-Kitić</i>	The Outline from the Court of Honesty in the Commercial Chamber of Belgrade	109
<i>Snežana Vujinović</i>	Opinions of the Ministry for Labor, Employment and Social Policy	119
	Conclusions from 15 th meeting of commercial lawyers of Serbia and Montenegro.	130

ЧЛАНЦИ

Проф. др Зоран Арсић
(LL. M. Columbia University)
Правни факултет, Нови Сад

UDK: 347,725.033

Повећавање основног капитала неновчаним улозима

Резиме

Основни капитал акционарског друштва може бити повећан новим улозима који могу бити новчани и неновчани, зависно од тога каква је садржина одлуке о повећавању основног капитала. У односу на Закон о предузећима, као нова се може оценити регулатива ст. 2 и 3 чл. 241, којима се регулише питање повећавања основног капитала неновчаним улозима. С тим у вези треба имати у виду да се повећавање основног капитала неновчаним улозима може вршити само у случају затворене емисије. Када је у питању отворена емисија, улози морају бити у новцу.

Кључне речи: повећавање основног капитала, улог

Основни капитал акционарског друштва може бити повећан новим улозима који могу бити новчани и неновчани, зависно од тога каква је садржина одлуке о повећавању основног капитала. У односу на Закон о предузећима, као нова се може оценити регулатива ст. 2 и 3 чл. 241, којима се регулише питање повећавања основног капитала неновчаним улозима. С тим у вези треба имати у виду да се повећавање основног капитала неновчаним улозима може вршити само у случају затворене емисије. Када је у питању отворена емисија, улози морају бити у новцу (чл. 43 Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената). Када се ради о одлуци о повећавању основног капитала неновчаним улозима

треба имати у виду да се у таквим ситуацијама, у неким националним правима, по правилу, одлука о повећању везује за искључење права акционара на приоритетни упис акција нове емисије.

Циљ норме је заштита акционара и поверилаца друштва од недовољног уноса капитала. Осим тога, регулише се допунска садржина одлуке о повећавању основног капитала, као и последице повреде норме.¹⁾

1. Садржина одлуке о повећавању основног капитала

Садржина одлуке о повећавању основног капитала је регулисана у чл. 237 ст. 3. Ако се ради о повећавању основног капитала неновчаним улозима, предвиђена је допунска садржина те одлуке и она је регулисана у ст. 2 чл. 241 – предмет или право које друштво стиче, лице од којих се стиче, број, номинална вредност, односно рачуноводствена вредност и број акција без номиналне вредности које се стичу таквим улагањем. У литератури се као спорно јавило питање да ли је обавезан елемент одлуке о повећавању основног капитала и емисиона вредност.²⁾ Када је домаће право у питању Закон садржи упућујућу норму у ст. 3 чл. 273, где се осим ту наведених елемената, наводи да одлука садржи и друга питања у складу са законом којим се регулише тржиште хартија од вредности. Подзаконским актима Комисије за хартије од вредности предвиђено је да мора бити утврђена и емисиона вредност акција и она представља део садржаја јавног позива.³⁾

2. Уговори о уносу ствари и права и правне радње ради њиховог испуњења

Уз одлуку о повећавању основног капитала неопходни су и правни послови који су усмерени на уношење неновчаних улога и закључују се између улагача и друштва. Приликом повећавања основног капитала долази до уписа акција нове емисије и том приликом се закључују уписни уговори. Осим уписног уговора уписник закључује са друштвом и уговор о уносу ствари и права који је основ за стварни пренос предмета неновчаног улога. Правна природа ових уговора је спорна. Према једном схватању ради се о корпоративним актима (друштвено правним актима). То, према тим схватањима, нису облигационоправни уговори, а посебно нису купопродајни уговори и на њих се правила уговорног права могу само сходно примењивати.⁴⁾ Насупрот томе, указује се да су у питању облигациони уговори

1. Hüffer Uwe, Aktiengesetz, München 1999, стр. 807.

2. Указује се да ни граматичко ни системско тумачење не дају основа за закључивање да је емисиона вредност обавезни део одлуке. Тако Hüffer U., *op. cit.*, стр. 807.

3. Чл. 22 Правилника о садржини и форми проспекта и других докумената који се подносе ради дистрибуције хартија од вредности.

4. Würdinger Hans, Aktien und Konzern Recht, Karlsruhe 1973, стр. 60; Слично Gadow, *op. cit.*, стр. 125 где се указује да се ради о уговорним обавезама посебне врсте.

којима се потенцијални улагач обавезује према друштву да ће унети у уговору предвиђени предмет неновчаног улога и да ће уписати акције.⁵⁾ Улагач неновчаног улога мора уписати акције.⁶⁾

Уговори о уносу ствари и права применом, директном или сходном, општих правила Закона о облигационим односима, могу бити ништави и рушљиви. У таквим ситуацијама, као општи став у литератури указује се да улагач има, после регистрације повећања, обавезу новчаног улога. Исто важи и за случај немогућности испуњења.⁷⁾ Обавеза улога је доносила, а случајна пропаст ствари је ризик дужника, будући да ствар пропада сопственику. Последишно предмет обавезе је немогућ, независно од тога да ли се ради о претходној или накнадној немогућности. Према новијој концепцији овакав приступ се допуњава принципом одржавања основног капитала, због чега се инсистира на чињеници уписа и изражене воље за чланством у друштву. Зато дужник остаје и даље у обавези и дугује покриће, односно новчани улог чија висина одговара првобитно обећаном улогу. Такав приступ би се могао прихватити и у погледу домаћег права, на основу аналогије са ст. 3 чл. 241, будући да су и тада ти уговори ништави (без дејства). Проблем настаје због постојања регулативе из чл. 13 ст. 5, која представља класичну облигационо правну замену предмета испуњења уговорног карактера (за замену предмета улога је потребна сагласност друштва) из чл. 308 Закона о облигационим односима. На основу тога би било могуће закључивање према којем би ово било опште правило, а обавеза уношења новчаног улога би постојала само у ситуацији из чл. 241 ст. 3.

Осим уговора у уносу ствари и права, у циљу извршења обавезе неновчаног улога, постоје и правне радње ради испуњења тих уговора. Тако на пр. од дужника обавезе уношења неновчаног улога се може тражити индосирање менице. У таквим ситуацијама је могуће да акционар, у одсуству другачије уговорне одредбе, индосаментом искључи своју меничноправну одговорност.⁸⁾

3. Правне последица повреде чл. 241 ст. 2

У случају да одлука о повећавању основног капитала не садржи неке или све елементе из ст. 2 чл. 241 надлежни орган треба да одбије регистрацију одлуке и регистрацију повећања основног капитала. Ако је до регистрације дошло тада повећање производи дејство, али не неновчаним него новчаним улозима.

Одлука о повећању основног капитала је противна Закону и због тога рушљива. Лице које је требало да унесе неновчани улог није овлашћено да тужбом тражи поништај одлуке, будући да није било акционар у време њеног доношења. Одлука о повећању основног капитала која је поништена судском пресудом доводи до тога да су без дејства упис акција и уписни уговор.⁹⁾ После регистрације повећања

5. Hüffer U., op. cit., стр. 808.

6. Godin – Wilhelmi, op. cit., стр. 1040.

7. Hüffer U., op. cit., стр. 808.

8. Gadow, op. cit., стр. 125.

основног капитала, могућност побијања скупштинске одлуке због повреде ст. 2 чл. 241 је искључена.

Повреда ст. 2 чл. 241 доводи до тога да су без дејства уговори о уносу ствари и права, као и правне радње учињене ради њиховог испуњења. Треба имати у виду да је споменуто одсуство правног дејства релативно – оно постоји само у односу између акционара и друштва и само се они могу на то позвати.¹⁰⁾ Ипак, одсуство правног дејства се мора узети у обзир и по службеној дужности.¹¹⁾ Према трећима су правни послови пуноважни. Последица тога је да трећи може стицати предмете неновчаног улога од друштва, без узимања у обзир претпоставке савесног стицаоца. У случају да улагач тражи повраћај ствари без нуђења одговарајућег новчаног износа, друштво може користити право на задржај према општим прописима.¹²⁾

Одсуство дејства правних послова не утиче на пуноважност повећања основног капитала после његове регистрације. Начелно, ова последица се везује за пуноважност повећавања основног капитала, односно за тренутак када оно почиње да производи правно дејство. С тим у вези треба указати да постојеће решење није јасно са аспекта домаћег права. Пуноважност повећавања основног капитала се везује за објављивање регистрације (чл. 246 ст. 2), а не за регистрацију. Ради се о томе да је некритички преузето нормативно решење из националних права која пуноважност повећања основног капитала везују за његову регистрацију. Регистрацијом повећања основног капитала се повратно врши конвалидација целокупног поступка повећања. Истовремено са регистрацијом заснива се обавеза новчаног улога. Према томе, побијање скупштинске одлуке о повећању основног капитала је искључено после регистрације повећања, али само са основа повреде ст. 2 чл. 241. Побијање са других основа је и даље допуштено. Немогућност побијања скупштинске одлуке, односно њена пуноважност се не простире на уговоре о уносу ствари и права.¹³⁾

Када одлука о повећању основног капитала постане пуноважна регистрацијом повећања, акционар има обавезу уплате новчаног износа, која одговара емисионој вредности акција. У случају да се ради о акцијама без номиналне вредности, новчани износ одговара рачуноводственој вредности акције. Према томе, од стране скупштине утврђено неновчано повећање основног капитала извршава се као новчано и то на основу Закона. Дужник новчаног улога је наводни улагач ствари и права. Као што се види, ово решење одступа од општег решења из чл. 13 ст. 5, о чему је било говора раније. У погледу застарелости захтева друштва према улагачу не примењу се општи прописи, него чл. 47. Норма се односи не само на ситуацију када одлука о повећању не садржи податке из ст. 2, него и на друге ситуације када је одлука неправилна. Треба, такође, напоменути да садржина уписнице није

9. Hüffer U., op. cit., стр. 823.

10. Godin – Wilhelmi, op. cit., стр. 1040 ; Hüffer U. op. cit., стр. 810.

11. Gadow, op. cit., стр. 135; Hüffer U. op. cit., стр. 810.

12. Hüffer U. op. cit., стр. 810; Gadow, op. cit., стр. 136.

13. Ibidem.

од значаја за наступање обавезе новчаног улога, будући да она настаје на основу закона. То значи да није могуће ову обавезу искључити ни изричитом изјавом садржаној у уписници.¹⁴⁾

4. Процена неновчаног улога

У ст. 5 чл. 241 је предвиђено да улоге у стварима и правима процењује један или више независних процењивача у складу са Законом. При томе треба разликовати регулативу у погледу отвореног друштва у односу на правила која се примењују на затворена друштва (чл. 191 и чл. 14). Основна разлика се огледа у томе што је процена од стране независног процењивача обавезна када је у питању отворено друштво, док у случају затвореног друштва процену могу да утврде акционари споразумом.

Сврха процене је да се њоме утврди да ли вредност неновчаног улога одговара вредности акција које се издају на основу таквог улога. У неком националним правима постоји решење према којем се у обзир узима најмања емисиона вредност акције, која је једнака номиналној вредности. Овакав приступ се заснива на забрани емисије испод номинале. Када је домаће право у питању, према чл. 191 ст. 3, треба узети да се у обзир узима емисиона вредност, односно премија на емисију, када се акције издају изнад номинале.

Процењивач може бити физичко лице или привредно друштво овлашћено за ревизију, у складу са законом којим се уређује рачуноводство и ревизија. Процењивача бирају оснивачи или управни одбор са листе овлашћених процењивача (чл. 14 ст. 4). Уколико је процена извршена противно обавези поступања по правилима струке и противно принципу независности, процењивач има обавезу накнаде штете друштву према општим прописима.

Уколико процена неновчаног улога није извршена, то нема утицаја на одлуку о повећавању основног капитала. У одсуству других недостатака, одлука производи правно дејство.

Ако је процењена вредност неновчаног улога мања од номиналне вредности акција (најмање емисионе вредности), постоји емисија испод пари, која је недопуштена (чл. 212 ст. 1), и тада надлежни орган може одбити регистрацију. Емисија испод номинале, у неким националним правима, представља основ за ништавост одлуке о повећању основног капитала. Будући да у домаћем праву ништаве одлуке постоје само *sua loco*, треба сматрати да се ради о основу за побијање скупштинске одлуке. У случају емисије испод номинале надлежни орган треба да одбије регистрацију повећања основног капитала.

Ако дође до регистрације повећања капитала, повећање основног капитала производи правно дејство, а улагач има обавезу исплате разлике у вредности у новцу (одговорност за разлику). Ова одговорност се заснива на принципу реалног

14. Ibidem.

уноса капитала, као и забране емисије испод номинале. Спорно је, међутим, како се разлика обрачунава. Питање је, наиме, да ли се ради о разлици између процењене вредности неновчаног улога и номиналне вредности, или се у обрачун узима виша емисиона вредност. С једне стране постоји схватање да се у обзир узима номинална вредност, будући да разлика (премија) не чини саставни део основног капитала.¹⁵⁾ Насупрот томе, постоји становиште према којем се у обзир узима виша емисиона вредност, ако се акције емитију уз премију.¹⁶⁾ У прилог томе се истиче да се на тај начин води рачуна о интересима других акционара.¹⁷⁾ Осим тога указује се да би овакав приступ одговарао решењу у погледу обавезе новчаног улога из чл. 241 ст. 3 када се обавеза утврђује у односу на номиналну или већу емисиону вредност.

Zoran Arsic, Ph.D. (LL.M Columbia University)
Professor at the Faculty of Law, University of Novi Sad

CAPITAL INCREASE AGAINST CONTRIBUTION IN KIND

Summary

Share capital can be increased by new contributions in cash or in kind, depending on the content of a resolution to increase the share capital. In comparison with the old Law on business organizations, article 241(2,3) is new and regulates all the questions considering share capital increase against contributions in kind. In addition to that, it has to be said that capital increase against contribution in kind is possible only in non-public offering. On the other hand, contributions in public offering have to be in cash.

Key words: *increasing share capital, contributions.*

15. Ibidem.

16. Becksches Handbuch der AG, стр. 694.

17. Ibidem.

*Проф. др Мирослав Миљковић
Правни факултет, Ниш*

UDK: 331.109:331.106.24

Интересни и правни колективни радни спорови

Резиме

Колективни уговор, као оштин акти, којим се уређују права, обавезе и одговорности запослених из радног односа и међусобни односи учесника у закључивању колективног уговора, настаје сагласношћу воља учесника у преговорима. Исти иако потребна је и њихова сагласност код измена и дојуна колективног уговора. У пословику преговарања за закључивања колективног уговора или његовим изменама и дојунама може да настане спор између учесника током преговора. И када се закључи колективни уговор иакође може да настане спор између учесника који су га закључили, а поводом његове примене.

Предмет колективног радног спора је или спор поводом закључења колективног уговора, односно његових измена и дојуна или спор поводом примене колективног уговора. Први колективни спорови називају се интересни колективни радни спорови, а други правни колективни радни спорови.

Колективни радни спорови могу да се решавају пред арбитражом, миреем, а уколико ови начини не успеју, учесници у колективном уговору своја права из колективног уговора могу да заштите и пред надлежним судом.

Кључне речи: *колективни уговор, колективни радни спорови, интересни спорови, правни спорови, репрезентативни синдикати, репрезентативно удружење послодаваца, послодавац, арбитража, одбор за мирее, надлежни суд.*

У поступку преговарања и закључивања колективног уговора, односно његове примене, природно је, може доћи, и долази, до спора између учесника у преговорима или оних који су већ закључили колективни уговор и исти примењују. То не морају бити нити су спорови о самој потреби и нужности преговарања и закључивања колективног уговора, односно његовој примени, поштовању и извршавању од стране његових учесника, већ спорови око појединих решења, утврђивања већег или мањег обима појединих права или обавеза запослених, као и примена тих права и обавеза како на запослене тако и на послодавца. То су спорови који, по правилу, настају онда када стране које преговарају или извршавају колективни уговор у немогућности да саме реше настали спор, траже помоћ у решавању истог или његово решавање поверавају трећем. Ради се о питањима о којима стране у преговарању имају различите ставове или имају различит приступ у примени закљученог колективног уговора.

У основи ових спорова леже различити интереси учесника у колективном преговарању или учесника који су закључили колективни уговор. Ти интереси могу да се сретну, подударе и онда учесници закључују колективни уговор или су учесници сагласни у примени појединих норми закљученог колективног уговора на запослене, а могу бити (интереси) и супротстављени, у ком случају не долази до закључивања колективног уговора, односно послодавац не поштује норме закљученог (важећег, обавезујућег) колективног уговора. Дође ли до такве ситуације, учесници у преговорима или већ закљученом колективном уговору могу се спорити или поводом закључивања колективног уговора или његове примене. У том спору, без обзира како се решава (мирењем, арбитражом или пред надлежним судом), обавезно учествују и учесници у колективном уговору, јер без њих нема ни самог колективног спора.

Колективни радни спорови у пракси могу настати или поводом преговора за закључење колективног уговора или поводом примене већ закљученог колективног уговора. Први спорови називају се интересни колективни радни спорови и други правни колективни радни спорови. У првом случају долази до несагласности интереса страна које учествују у преговорима са намером и да закључе колективни уговор, а у другом случају је погрешна или неправилна примена одговарајућих норми важећег (закљученог) колективног уговора.

Колективни радни спор (Појам, особине и врсте)

Особина колективног уговора о раду је у поступку (начину) његовог закључивања, односно у томе што закључени колективни уговор о раду садржи и правила о начину решавања спорова који могу да настану (и врло често и настају) током његове примене. Колективни радни спор настаје између послодавца и радника, односно синдиката. То су спорови који се решавају (или би требало да се решавају) у што краћем поступку и са што мање утрошеног времена. Приликом њиховог ре-

шавања они траже брижљиво испитивање свих уговорних и фактичких околности. Колективни радни спор зависи исто тако и од економске моћи, односно од организованости страна у спору. Ако је синдикат добро организован и јединствен он може да изврши притисак на другу страну, тако што може организовати штрајк, док послодавац може да прибегне lock-out-у, а све са циљем да се постигну одређени интереси.

1. Појам колективног радног спора. При одређивању појма колективног радног спора треба поћи од норми позитивног законодавства које одређује могући предмет и субјекте спора, начин и органе за њихово решавање, као и обавезност одлука за учеснике спора. То што позитивно законодавство уређује само нека питања колективног радног спора само потврђује да сам појам спора није уопштен нити одвојен од стварности, већ да одражава реалне односе. Отуда колективни радни спор може да се означи као *спор који настаје између репрезентативног (их) синдиката и репрезентативног удружења послодавца или послодавца, а поводом закључења колективног уговора односно поводом повреде колективних интереса и права запослених из радног односа или повреда права учесника колективног уговора*. Ово је позитивно правни појам колективног радног спора.

У нашој правној теорији постоји општи појам колективног радног спора по коме је то "спор који настаје између радног колектива, групе радника или радничке организације (најчешће: синдиката) и послодавца односно организације поводом повреде општих, колективних интереса и права (обавеза) из радног односа и статуса радника (службеника) односно спор у коме треба да се реше спорна питања између странака у спору, а која су од општег интереса и значаја за радни колектив односно организацију.¹⁾ Иако је овај појам колективног радног спора прихваћен и од других теоретичара он је ипак дат "у општим оквирима" и не одговара нашем позитивном законодавству.²⁾ Колективни радни спор према Закону о раду настаје или поводом закључења колективног уговора или поводом његове примене.

2. Особине колективног радног спора. Из датог појма колективног спора могу се извући неке његове особине.

Пре свега, колективни радни спор се разликује од индивидуалног радног спора по једној својој особености, да је то спор у коме се увек као једна страна појављује репрезентативни синдикат(и). На другој страни то може бити или репрезентативно удружење послодавца или послодавац као појединац, али који је учесник у закључивању колективног уговора. Код колективног радног спора појединац (запослени) не може се појавити као страна у спору, јер појединац (запослени) не може бити учесник у закључивању колективног уговора нити се њиме вређају појединачна права и интереси запосленог.

1. А. Балтић – М. Деспотовић: *Основи радног права Југославије*, Савремена администрација, Београд, 1968., страна 322. и сл.

2. Види: П. Јовановић: *Радно право*, "Службени гласник", Београд, 2003, страна 378; Ратко Пешић: *Радно право*, Научна књига, Београд, 1966, страна 235.

Код колективног радног спора увек је присутна повреда неког колективног права. Или је то право да се закључи колективни уговор, и тиме уреде права и обавезе запослених из радног односа и по основу рада или је повреда колективних права и интереса запослених из радног односа, односно међусобна права и обавезе учесника закљученог колективног уговора. Код колективног радног спора је повреда општих права запослених, односно њихових колективних интереса а који су од значаја за све запослене, без обзира да ли су чланови репрезентативног синдиката који је закључио колективни уговор или нису. У питању су колективна права која непосредно излазе из колективног уговора а која се односе на услове рада, права и обавезе из радног односа, односно положаја запослених. Исто тако у питању су права учесника који су закључили колективни уговор, односно који су стране уговорнице у том колективном уговору. У колективном радном спору учесници желе да расправе и реше спорна питања која су од интереса и имају значај за све запослене на које се односи тај колективни уговор.

Колективни радни спор води се и поводом повреде међусобних односа учесника колективног уговора. Није у питању повреда општих права и интереса запослених из радног односа, већ преузете обавезе учесника у закључивању колективног уговора. Послодавац, на пример, може у колективном уговору да преузме обавезу да ће неко питање уредити другим општим актом, ради остваривања појединих одредаба из колективног уговора (допунски пропис), па он то не учини у року који је одређен у колективном уговору. Овим послодавац није извршио преузету уговорну обавезу, што друга страна има право да тражи покретањем колективног радног спора.

За решавање колективних радних спорова предвиђени су посебни органи и посебна процесна правила. Колективни радни спорови могу се решавати мирним, арбитражом и пред редовним судовима. За решавање колективних радних спорова пред овим органима, постоје посебни поступци чији је циљ брже и успешније решавање ових спорова.³⁾

3. Врсте колективних радних спорова. Колективне радне спорове могуће је делити у зависности која су питања предмет колективног радног спора. Тако ако спор настаје поводом примене колективног уговора, односно његовог тумачења и извршавања, дакле на оно што је већ утврђено, нормативно обавезно, што је постојеће право онда је то *правни колективни спор*. Ако спор настаје при закључивању колективног уговора, спор поводом утврђивања или уређивања права и обавеза запослених и њихових услова рада онда је то *интересни колективни радни спор*. Интересни колективни радни спорови нису спорови о питањима која су уређена, о нормама које су важеће и које се примењују, већ су то спорови о питањима која тек треба да се уреде или је иновација неких решења (измене и допуне колективног уговора). Ови спорови најчешће настају када се стране у колектив-

3. Види чл. 19-29. Закона о мирном решавању радних спорова ("Службени гласник РС" бр. 125/04); чл. 440-445. Закона о парничном поступку ("Службени гласник РС" бр. 125/04) и чл. 254. и 255. Закона о раду ("Службени гласник РС" бр. 24/05 и 61/05).

ном уговору не сложе ако неких питања која треба унети у колективни уговор или нешто изменити у њему.⁴⁾

Закон о раду не прави поделу колективних радних спорова, он само уређује како се, односно како могу, да се реше спорови у поступку закључивања колективног уговора а како ако је колективни уговор закључен. Али то не значи да се из самог спора не види да ли су у питању интереси уговорних страна, које треба уредити колективним уговором, односно утврдити као правну норму, која обавезује, или је у питању спор о праву, као утврђеној норми која подједнако обавезује обе уговорне стране.

Предмет колективног радног спора

У поступку колективног преговарања, чији је циљ и закључивање колективног уговора, и репрезентативни синдикат и репрезентативно удружење послодаваца односно послодавац, као преговарачке стране, улазе са различитим интересима. Репрезентативни синдикат има интерес и потребу да у колективном уговору обезбеди нормативно што повољније услове рада, односно права запослених, али истовремено и техничко-материјалне услове за свој рад као организације. Репрезентативно удружење послодаваца односно послодавац, као економски јача страна, увек жели да права остану у границама законских норми: да запослени остварују само она права која су им законом утврђена.

Стране у колективном преговарању наступају са различитих економских позиција. Послодавац је у повољнијој економској ситуацији, јер на тржишту рада веома лако може да пронађе друге раднике под повољнијим условима рада и да им наметне своје услове запослења. Синдикат је управо ту да својом организованошћу и методом преговарања обезбеди једнака права и обавезе за све запослене, чиме успешно сузбија неједнакост и дискриминацију коју може да наметне послодавац.

Предмет колективног радног спора зависи од тога када настаје сам спор: у поступку преговарања за закључивање и измену и допуну колективног уговора или у поступку примене већ закљученог колективног уговора. Колективни радни спор је спор поводом повреде колективних а не појединачних права и интереса запослених.

Колективним уговором се уређују права, обавезе и одговорности запослених из радног односа и поступак измена и допуна колективног уговора – члан 240. Закона о раду. У току преговора свака страна – репрезентативни синдикат и репрезентативно удружење послодаваца односно послодавац – улазе са одређеним ин-

4. У ранијем Општем колективном уговору ("Службени гласник РС" бр. 22/97) у члану 53. било је уређено: Спорови који настају при изменама и допунама овог колективног уговора или закључивању новог општег колективног уговора (интересни колективни спорови), као и при његовој примени (правни колективни спорови), решавају се мирењем, посредовањем, путем арбитраже и другим методама у складу са законом".

тересима али и жељом да у току преговора дођу до заједничких решења. Међутим, и поред тога уговорне стране не мора да се сложе око неких питања, односно могу да се споре око одређених решења, једноставно да између њих настане спор. Исто тако, колективни уговор садржи и норме којима се уређују међусобни односи учесника колективног уговора. И из тих односа може да настане спор између учесника. Иако и једна и друга страна, у основи, желе заједничко решење: да се нормативно уреде одређени односи, оне не морају у свему да се сложе, што омогућава да између њих настане спор.

Колективни радни спор може да настане ако, на пример, репрезентативни синдикат тражи а послодавац оспорава увећање зараде за одређене случајеве изнад износа утврђених законом – члан 108. Закона о раду. Или ако се стране у преговорима не сложе око случајева и услова за плаћено односно неплаћено одсуство запослених (послодавац не жели да одобри плаћено одсуство у дужем трајању од пет радних дана – члан 77. Закона о раду). Спор може да настане и ако уређивање других примања запослених (јубиларна награда, колективно осигурање од последица незгода, добровољно додатно пензијско осигурање, божићни и новогодишњи поклони деци запослених и сл.).

Један од оправданих разлога за престанак радног односа запосленом – члан 179. Закона о раду – је и повреда радне обавезе утврђене општим актом (колективним уговором). Спор може настати око утврђивања у колективном уговору које су све те радне обавезе чији евентуална повреда повлачи отказ уговора о раду (послодавац настоји да број повреда буде што већи, док синдикат настоји да то буду само оне повреде радних обавеза које су везане за радни однос, односни за рад запосленог).

Колективни уговор има две врсте одредаба: нормативно правне и облигационо правне. Прве одредбе уређују права, обавезе и одговорности запослених из радног односа и односе се на све запослене и послодавце (општи и посебни колективни уговор). Нормативни део односи се на заснивање радног односа, распоређивање, одмори и одсуства, зараде и друга примања, заштита на раду, стручно усавршавање, престанак радног односа, заштита права запослених и др.

Облигационо правне одредбе уређују права, обавезе и одговорности оних који су закључили колективни уговор. То су међусобни односи репрезентативног синдиката и репрезентативног удружења послодаваца односно послодавца и они дележу само између уговорних страна. То су, пре свега, одредбе које се односе на рад синдиката (материјално-технички услови за његов рад, право представника синдиката на плаћено одсуство), измене и допуне колективног уговора, начин његовог престанка, решавање спорова који могу да настану при примени колективног уговора.

Говорећи о могућем предмету колективног радног спора не могу се унапред постављати било каква мерила путем којих ће се одређивати да ли су испуњени услови за настајање спора. Све зависи од учесника у закључивању колективног уговора и питања која су предмет њиховог уређивања.

Субјекти колективног радног спора

Учесници у колективном радном спору, по правилу, су они субјекти који учествују у преговарању и закључивању колективног уговора или учесници који су закључили колективни уговор. Зато се може говорити о колективном радном спору и његовим учесницима у поступку преговарања и закључивања колективног уговора и о колективном радном спору и његовим учесницима у поступку примене колективног уговора.

У поступку преговарања и закључивања колективног уговора учествују репрезентативни синдикат и репрезентативно удружење послодаваца (општи колективни уговор, посебан колективни уговор и посебан колективни уговор за територију јединице територијалне аутономије и локалне самоуправе). Када је у питању колективни уговор код послодавца онда у преговарању и његовом закључивању учествују послодавац и репрезентативни синдикат код послодавца, а када су у питању јавна предузећа и јавне службе онда у преговарању у закључивању колективног уговора учествују оснивач, репрезентативни синдикат код послодавца и послодавац – чл. 244 - 248. Закона о раду.

Ако у току преговора учесници не постигну сагласност за закључивање колективног уговора у року од 45 дана од дана започињања преговора – члан 254. Закона о раду – сматра се да је међу њима дошло до спора и они ће одлучивати о начину његовог решавања. Међутим, учесници у спору, према закону, могу бити само учесници у преговарању за закључивање колективног уговора.

С обзиром на нека законска решења када је у питање преговарање и закључивање колективног уговора, јављају се спорна питања о могућим учесницима у спору поводом закључивања колективног уговора.

Тако, ако ниједан од синдиката, односно ниједно удружење послодаваца не испуњава услове репрезентативности, синдикат односно удружење послодаваца могу закључити споразум о удруживању, ради испуњења услова репрезентативности и учествовања у закључивању колективног уговора – члан 249. Закона о раду.

На синдикат нити удружење послодаваца не испуњавају услове репрезентативности, али закључењем међусобног споразума они стичу то својство и могу да преговарају и закључују колективни уговор. Стицањем својства стране у преговорима они могу бити и страна у евентуалном спору поводом закључивања колективног уговора. Њихов преговарачки субјективитет, утврђен међусобним споразумом, није само ради преговарања, већ и закључења колективног уговора, па све дотле док он траје они могу да буду и страна у интересном колективном радном спору.

Са друге стране, према члану 251. Закона о раду - ако у закључивању колективног уговора учествује више репрезентативних синдиката или репрезентативних удружења послодаваца они образују одбор за преговоре. Чланови одбора морају имати овлашћење својих органа за преговоре и закључивање колективног

уговора (члан 253. Закона о раду) чланови одбора воде преговоре у име својих органа - репрезентативног синдиката и репрезентативног удружења послодаваца односно послодавца - па уколико дође до спора поводом закључења колективног уговора, онда као учесници у спору не јављају се чланови одбора, који су преговарали, већ они органи који су дали овлашћење члановима одбора да у њихово име преговарају за закључење колективног уговора. Право на вођење спора, по нашем мишљењу, нема одбор, јер он делује у име и за рачун даваоца пуномоћија а не у своје име.

Може ли штрајкачки одбор да преговором закључи колективни уговор? Правно, са становишта Закона о штрајку ("Службени лист СРЈ" бр. 29/96) то је могуће. Наиме, према члану 4. Закона штрајкачки одбор заступа интересе запослених и у њихово име води штрајк. Како штрајк престаје споразумом страна у спору (члан 8. Закона) а тај споразум у име синдиката, ако је он организовао штрајк, закључује штрајкачки одбор, то је могуће да овим он и закључује колективни уговор уколико је закључивање колективног уговора био захтев у одлуци о ступању у штрајк. Међутим, штрајкачки одбор не може бити субјекат колективног радног спора, јер он нема трајну организациону форму, образује се са одређеним циљем и његовим испуњењем (циља) престаје. У прилог овоме је и гледиште да "ова тела нису организована зато и не могу састављати уговор који би требало да покрије целину радничких интереса а исто тако немају никакву одговорност у вези са применом тог уговора".⁵⁾ Са друге стране, ова појава је веома ретка у пракси, па и није од неког нарочитог значаја.

У споровима који настају поводом примене колективног уговора, правни колективни радни спорови, учесници у спору могу бити само они који су закључили односни колективни уговор. Из Закона о раду то је репрезентативни синдикат и репрезентативно удружење послодаваца односно послодавац, а то су учесници у закључивању колективног уговора" (члан 265. Закона).

Док Закон о раду говори о споровима о "примени" колективних уговора, па тиме и одређује његове будуће учеснике (спора), у неким другим законима говори се о "учесницима у закључивању колективног уговора" из чега се извлачи закључак, наравно привидан, да они не уређују поступање учесника у правном колективном радном спору.⁶⁾ Закон о уређењу судова ("Службени гласник РС" бр. 63/01) у члану 22. Уређује да окружни суд суди у споровима и поводом "колективних уговора", што значи да учесници у спору пред судом су како они који су учествовали у колективном преговарању, тако и они који су закључили колективни уговор који је у примени.

5. Б. Шундерић: Право Међународне организације рада, Београд, 2001., страна 474.

6. Види члан 441. Закона о парничном поступку и члан 16. Закона о мирном решавању радних спорова.

Органи за решавање колективних радних спорова

Органи за решавање колективног радног спора одређују се у зависности да ли се спор решава мирним путем (мирењем и арбитражом) или пред надлежним судом.

1. Ако учесници у току преговора за закључивање колективног уговора не постигну сагласност у року од 45 дана од дана започињања преговора могу да образују арбитражу за решавање спорних питања (члан 254. Закона о раду). Стране у преговорима односно у спору могу да образују арбитражу за решавање спорних питања, али и не морају. Уколико не образују арбитражу за решавање спорног питања они могу да се обрате надлежном окружном суду (члан 22. Закона о уређењу судова).⁷⁾ Међутим, ако су у питању делатности од општег интереса онда стране у спору мора да приступе мирном решавању колективног радног спора и да заједнички поднесу предлог за решавање спора (чл. 18. и 19. Закона о мирном решавању радних спорова).

Састав, избор чланова, начин рада и дејство одлука арбитраже утврђују учесници у закључивању колективног уговора споразумом о образовању арбитраже. Ако су у питању делатности од општег интереса, онда стране у спору мора да се обрате Републичкој агенцији за мирно решавање радних спорова и спор се решава пред Одбором за мирне који чине по један представник страна у спору и миритељ. Састав одбора је унапред законом уређен за разлику од арбитраже чији састав уређују стране у спору.

2. Ако је у питању примена колективног уговора (правни спор) онда учесници колективног уговора могу да образују арбитражу за решавање спорних питања (члан 265. Закона о раду). Састав и начин рада арбитраже уређује се колективним уговором.

Стилизација члана 265. Закона о раду, по нашем мишљењу, није најсрећније дата. Наиме, према ставу 1. овог члана спорна питања из примене колективног уговора може да решава арбитража коју образују учесници колективног уговора у року од 15 дана од дана настанка спора. Са друге стране, то значи да спорна питања не мора да решава арбитража уколико такво решавање не желе учесници колективног уговора, а они ту жељу могу прећутно да изразе тако што ће пропустити рок за њено образовање. Према ставу 3. истог члана арбитража није тело које се образује у тренутку настанка спора, да учесници тада одлуче о њеном образовању, већ је то тело које се образује на начин и по поступку који су већ утврђени у колективном уговору, значи о њему су се учесници колективног уговора унапред договорили у смислу да га учесници могу и формално да образују. Ову норму, по нашем мишљењу, треба тако схватити да она стоји као правна могућност, нормативно уређена, али и поред тога учесници у колективном уговору су слободни у

7. Овај члан ступа на снагу тек 1. јануара 2007. год. а дотле стране у спору могу да покрену спор пред општинским судом у смислу члана 84. Закона о уређењу судова (у питању је примена члана 12. Закона о судовима - "Службени гласник РС", бр. 46/91).

својој одлуци да спорно питање повере или не арбитражи, пошто норму из колективног уговора примене на свој спор. Они су дужни да у року од 15 дана од настанка спора одлуче да ли ће образовати арбитражу за његово решавање и тада ће применити норму из колективног уговора у смислу што ће одредити састав арбитраже односно изабрати арбитра, одредити начин рада и одлучивања. Норме о саставу и начину рада арбитраже, као телу које може да решава колективни радни спор, могу се означити као обавезне у колективном уговору али је слобода учесника у спору приликом примене колективног уговора да спор повере или не повере таквој арбитражи. У питању је слободна одлука учесника колективног уговора, који може изричито или прећутно да се манифестује.

3. Поред арбитраже и одбора за мирене колективни радни спор може се решавати и пред редовним судом. Закон о раду (члан 265.) уређује да учесници у закључивању колективног уговора могу пред надлежним судом да остваре заштиту права утврђених колективним уговором. Законска стилизација "права утврђена колективним уговором" упућује на закључак да се судска заштита може да оствари ако је у питању правни колективни радни спор, јер су у питању "утврђена" права, права која су садржана у већ закљученом колективном уговору а која се, евентуално, не поштују од стране неког учесника колективног уговора. Закон не упућује, очигледно, на судску заштиту поступка преговарања и закључивања колективног уговора, односно на покретање интересног колективног радног спора. И члан 22. Закона о уређењу судова уређује да окружни суд суди у споровима "поводом колективних уговора ако спор није решен пред арбитражом". Који су колективни радни спорови у питању закон ближе не одређује.

И Закон о парничном поступку (члан 441.) уређује да у поступку у парницама поводом колективних уговора учесници у закључивању колективног уговора остварују заштиту права утврђених колективним уговором кад настане спор у поступку закључивања, односно измене и допуне колективног уговора уколико спор није решен мирним путем или путем арбитраже коју су образовали учесници колективног уговора. И овде се говори о заштити "права утврђених колективним уговором" али и ако "настане спор у поступку закључивања, односно измена и допуна колективног уговора". О врсти колективног спора нема ни речи.

Без обзира на сву недореченост у одређеним законима, мислимо да су судови надлежни да суде и интересне и правне колективне радне спорове. Закључивање колективног уговора као поступак обухвата и преговарање и сам чин закључивања колективног уговора, односно закључивање обухвата и каснију примену закљученог колективног уговора односно онога што је уговорено, договорено. Са друге стране, као право сваког учесника је да, под одређеним условима, тражи измену или допуну већ закљученог колективног уговора (интересни спор) али и да тражи заштиту права "утврђених колективним уговором" а ту су права, обавезе и одговорности запослених из радног односа, али и међусобна права и обавезе учесника колективног уговора.

Учесници у колективном уговору могу се обратити суду ради решавања спора "поводом колективног уговора ако спор није претходно решен мирним путем или пред арбитражом". Покретање поступка пред судом пре него се на миран начин реши настали спор (а и арбитража је миран начин решавања колективних радних спорова) био би преураћен. Суд има право да одбаца такав захтев, јер је покретање спора пред судом могуће "ако спор није решен мирним путем или путем арбитраже".

Може ли се пред судом покренути спор ако једна страна одбија решење спора било мирењем било пред арбитражом? Мислимо да је и тада могуће покретање спора пред судом, јер спор није решен ни мирењем нити арбитражом, зато што једна страна не прихвата такво решење.

4. Може ли се колективни радни спор решавати посредовањем у смислу Закона о посредовању- медијацији ("Службени гласник РС" бр., 18/05). Наиме чланом 1. Закона одређена су правила и поступак посредовања – медијације у спорним односима, односно у "радним и другим грађанскоправним односима". Израз "радни однос" се не односи на колективни уговор, већ на индивидуални уговор о раду којим се заснива радни однос између запосленог и послодавца (члан 30. Закона о раду). Колективни уговор, као општи акт, уређује права, обавезе и одговорности запослених из радног односа (колективна а не индивидуална права) и међусобне односе учесника колективног уговора.

Одлука и њено дејство у колективном радном спору

Колективни радни спор води се да би се спорно питање решило између учесника спора, па отуда, по природи ствари, и обавеза да се одлука овлашћеног органа о спорном питању и поштује од стране учесника спора.

Одлука арбитраже о спорном питању у примени колективног уговора обавезује учеснике – члан 265. Закона о раду. Ово је одлука оне арбитраже, чију су могућност образовања и одлучивања сами учесници утврдили у закљученом колективном уговору, па настанком спора они само одређују његове учеснике и поверавају јој решавање односног спора. Добровољност при стављању у функцију ове арбитраже и избору арбитра, природно, претпоставља и добровољност у извршавању њене одлуке. У немогућности да сами реше настали спор, наравно настао у примени колективног уговора (правни колективни радни спор), стране у колективном уговору су се унапред определиле да спор могу поверити арбитражи а тиме прихватити у целини њену одлуку.

Ако је у питању спор повodom закључивања, измена и допуна колективног уговора (интересни колективни радни спор), онда одлука зависи од чињенице ко о спору одлучује. Ако у спору одлуку доноси арбитража који обавезују учесници у преговорима, онда њена одлука обавезује учеснике у преговарању за закључивање колективног уговора. Та обавезност, по нама, значи да одлука арбитраже о спор-

ном питању, односно став арбитраже улази у текст будућег колективног уговора, постаје његова норма.

Ако је спор у поступку закључивања колективног уговора настао између учесника који обављају делатност од општег интереса, онда је одлучивање нешто другачије. Наиме, Одбор за мирење (који се образује у оквиру Републичке агенције за мирно решавање радних спорова), по окончању поступка мирења даје препоруку у писменом облику са образложењем (члан 25. Закона о мирном решавању радних спорова). Ако стране у спору прихвате препоруку, закључују споразум између себе о решавању спора и овај споразум постаје саставни део колективног уговора. Ово решење у члану 26. Закона о мирном решавању радних спорова је непрецизно. Свакако да се њиме не мисли да текст споразума, у целини, "постаје саставни део" колективног уговора, већ да решење спорног питања постаје саставни део колективног уговора (спор око висине накнаде за прековремени рад и сл.). Није логично да цео споразум треба да буде саставни део колективног уговора.

Шта ће бити ако учесници колективног уговора прихвате одлуку арбитраже коју она донесе у смислу члана 265. Закона о раду. С обзиром на законско ћугање, мислимо да тада треба применити став 4. овог члана, по коме "учесници у закључивању колективног уговора могу пред надлежним судом да остваре заштиту права утврђених колективним уговором". Учесницима остаје право на судску заштиту у смислу члана 22. Закона о уређењу судова.

Ако су у питању спорови у поступку преговарања за закључивање колективног уговора, па учесници преговора не прихвате одлуку арбитраже односно препоруку Одбора за мирење (када су у питању делатности од општег интереса), онда учесници настали спор решавају пред надлежним.

Из Закона о раду се непосредно извлачи закључак да уколико се спор у поступку закључивања колективног уговора или његове примене не реши путем арбитраже или мирењем, његово решавање се наставља пред надлежним судом, сходни Закону о уређењу судова. Овакав закључак је сасвим логичан, јер би било недопустиво да спор између учесника колективног уговора остане нерешен, односно да учесници у колективном уговору беспомоћно констатују да његово закључивање, односно примена нису могући. Зато је ту надлежан суд да спор коначно реши и успостави владавину права.

Prof. Miroslav Miljković, Ph.D.
Faculty of Law, Niš

INTEREST AND LEGAL COLLECTIVE LABOR DISPUTES

Resume

Collective agreement, as a general act, which determines rights, obligations and responsibilities of employees arising out of labor relation and interrelationships of participants in conclusion of the collective agreement, is created when the meeting of minds is reached between negotiations participants.

In the negotiations procedure for conclusion of collective agreement or its modifications and amendments a dispute between the participants may occur. Even when the collective agreement is concluded there can also be a dispute between contracting parties with respect to its application.

The subject-matter of the collective labor dispute is either dispute with respect to conclusion of the collective agreement and/or its modifications and amendments or dispute with respect to application of the collective agreement. First type of collective disputes is named interest collective disputes, and second ones are legal collective disputes.

Collective labor disputes may be resolved in front of arbitration, by conciliation, and if these means fail contracting parties of the collective agreements may protect its rights from the collective agreement before the competent court.

Key words: *collective agreement, collective labor dispute, interest disputes, legal disputes, representative union, representative association of the employers, employer, arbitration, conciliation board, competent court.*

Борисав Чолић,
судија Врховног суда Србије у пензији

UDK: 340.134:347.918(497.11)

Нови закон о арбитражи, арбитражни суд, поступци и одлуке

Нови Закон о арбитражи је у појединосности уредио сва питања арбитражног решавања спорова унутрашњој арбитражи и спорова са страним елементом (међународна арбитража). Одредбе новог Закона примењују се на арбитражу и арбитражни поступак када је месно арбитраже на територији Републике Србије.

Странке у арбитражном поступку могу договорити да предвиде када је у питању међународна арбитража. Арбитража се може договорити за решавање имовинског спора о правима којима странке слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда.

Закон одређује појам међународне арбитраже, погодности спора за арбитражу и организовање арбитраже, закључење споразума о арбитражи, модалитете споразума о арбитражи, организацију и рад арбитражног суда, надлежност арбитражног суда, правила арбитражног поступка, одношење тужбе и сам арбитражни поступак. Појом доношење арбитражне одлуке, садржину одлуке и њен правни значај, поштом арбитражне одлуке, признање и извршење арбитражних одлука и одбијање признања и извршења арбитражних одлука.

Кључне речи: *унутрашња и међународна арбитража, погодности спора за арбитражу и организовање арбитраже, споразум о арбитражи, арбитражни суд, надлежност арбитражног суда и арбитражни поступак, тужба и ток арбитражног поступка, арбитражна одлука, поштом арбитражне одлуке, признање и извршење арбитражних одлука.*

Нови Закон о арбитражи ("Сл.гласник РС", бр. 46/2006), који је ступио на снагу 10. 06. 2006. године, је у потпуности уредио практично сва питања арбитражног решавања спорова о унутрашњој арбитражи и спорова са страним елементом (међународна арбитража).

Одредбе наведеног закона примењују се по правилу када је место арбитраже на територији Републике Србије. Са своје стране учесници арбитражног поступка могу друкчије да предвиде. У том случају поступак се води и окончава као да је у питању међународна арбитража.

Законом о арбитражи се уређује арбитражно решавање спорова без страног елемента (унутрашња арбитража) и спорова са страним елементом (међународна арбитража).

Одредбе новог Закона о арбитражи примењују се на арбитражу и арбитражни поступак када је место арбитраже на територији Републике Србије. Странке у арбитражном поступку како је већ изнето могу друкчије да предвиде када је у питању међународна арбитража.

Спор за који је уговорена арбитража решава арбитражни суд који чине арбитри. Арбитража се може уговорити за решавање имовинског спора о правима којима странке слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда.

Законом о арбитражи је предвиђен велики и разноврстан круг лица, физичких и правних, која могу уговорити арбитражу.

Арбитража се не може уговорити за оне спорове за које је предвиђена искључива надлежност суда.

Међународна арбитража

Нови Закон о арбитражи одређује да је међународна арбитража, у смислу поменутог закона, она арбитража која за предмет има спорове између међународних пословних односа и посебно ако: 1. странке у време закључења споразума о арбитражи имају пословна седишта у различитим државама; 2. ако се изван државе у којој странке имају своја пословна седишта налазе места: а) арбитраже, ако је одређена у споразуму по арбитражи или на основу њега, или б) у коме треба да се изврши битан део обавеза из пословног односа или место са којим је предмет спора најуже повезан; 3. ако су се странке изричито споразумеле да је предмет споразума о арбитражи везан за више држава.

И у случају арбитражног решавања спорова без страног елемента (унутрашња арбитража) и спорова са страним елементом (међународна арбитража) спор може да се решава путем арбитраже само на основу споразума странака.

Подобност спора за арбитражу и организовање арбитраже

Према новом Закону свако физичко и правно лице може да уговори арбитражу, укључујући и државу, њене органе, установе и предузећа у којима она има својинско учешће. Арбитражу, поред осталог, може да уговори свако ко, у складу са одредбама закона који уређује парнични поступак има способност да буде странка у поступку. Арбитража се може уговорити за решавање имовинског спора пре свега о правима о којима странке слободно располажу. Како је већ изнето арбитража не може да се уговори за оне спорове за које је одређена искључива надлежност суда.

Арбитражно решавање спора организује искључиво стална арбитражна институција. Ово организовање арбитраже се врши у складу са правилима сталне арбитражне институције, и са Законом о арбитражи, када је то предвиђено споразумом странака.

Сталне арбитражне институције могу да оснују привредне коморе, професионална и струковна удружења, удружења грађана у складу са њиховим оснивачким актом и Законом о арбитражи, под условом да је то и у сагласности са њиховом делатношћу. Странке које то могу бити у поступку арбитражног решавања спорова, могу да се споразумеју о *ad hoc* арбитражи. Ова арбитража се организује у складу са споразумом странака и Законом о арбитражи.

Државни суд може у вези арбитражног решавања спорова (арбитраже), да предузима само оне радње које су изричито одређене као надлежност државног суда Законом о арбитражи.

Закон о арбитражи је један од закона којим се поред осталог успоставља и гарантује примена међународних установљених арбитражних правила и принципа и ствара правни основ за уређење целине арбитражних питања (од формирања арбитраже, арбитражног поступка, доношења арбитражне одлуке, као и њеног признања и извршења пред надлежним органима републике).

На основу новог Закона о арбитражи, очекује се убрзано оснивање установа по угледу на сличне установе у најразвијенијим државама, што ће омогућити правним и физичким лицима, пре свега, у привреди, да спорове за које је то дозвољено повере решавању арбитражи у Републици Србији уз потребну и гарантовану правну сигурност. Законом о арбитражи су уређена сва питања у складу са међународно прихваћеним правилима. На овај начин се битно мења постојеће стање и успоставља правни режим унутрашње међународне арбитраже.

Споразум о арбитражи

Арбитражно решавање спора организује стална арбитражна институција (чл. 6 ст. 2 Закона), у складу са својим правилима и Законом о арбитражи, само када је то предвиђено споразумом странака.

Споразумом о арбитражи странке поверавају арбитражном суду на решавање своје будуће спорове или спорове настале из одређеног правног односа. Споразум о арбитражи за решавање будућих спорова може бити садржан у одредби уговора (арбитражна клаузула) или у посебном уговору.

Арбитража се дакле може уговорити у било ком тренутку, па и када је спор настао, али се може уговорити само за један одређени правни однос, односно спор.

Закон таксативно одређује када је споразум о арбитражи ништав. Такав споразум је ништав ако не испуњава услове прописане у чл. 10 Закона, а то су: 1. ако врста спорова на који се односи споразум није подобна за арбитражу; 2. ако није закључен у форми прописаној законом; 3. ако странке нису имале потребна својства и способност за његово закључење; или 4. ако је закључен под утицајем принуде, претње, преваре или заблуде. Споразум о арбитражи мора бити закључен у писменој форми и у време када је већ настали спор изнет на решавање суду.

Према најновијој судској пракси Вишег трговинског суда у Београду, арбитражни уговор је пуноважан само ако је закључен у писменом облику.

Писмена форма испуњена је не само када је арбитражни уговор садржан у једној исправи коју су стране потписале, већ и када је споразум постигнут разменом писама, телеграма, телекса или других средстава телекомуникација која омогућавају писмени доказ о закљученом уговору.¹⁾

Према другом правном схватању поменутог суда, ако је заступник (*ex lege*) или на основу статута овлашћен да у име предузећа закључује уговоре и врши друге правне радње без ограничења, овлашћен је и за закључење арбитражног уговора. Значајно је и правно схватање Вишег трговинског суда, према коме у позитивном праву Србије није искључена могућност да се државном суду поднесе деклараторна тужба ради утврђења ништавости арбитражног споразума.

Модалитети споразума о арбитражи, пренос потраживања и тужба суду

Закон о арбитражи предвиђа модалитете споразума о арбитражи. Тако се сматра да је споразум о арбитражи закључен у писменој форми ако је садржан у исправама које су странке потписале. Сматра се да је споразум о арбитражи у писменој форми, ако је закључен разменом порука путем средстава комуникације, која омогућавају писмени доказ о споразуму странака, без обзира да ли су те поруке странке потписале.

Споразум о арбитражи сматра се закљученим и ако се странке у писменом уговору позову на друго писмено које садржи споразум о арбитражи (општи услови за закључивање правног посла и др.), ако је циљ тог позивања да споразум о арбитражи постане саставни део уговора.

1. Виши трговински суд, Пж.13602/05 од 26.06.2006.год.

Ако тужилац писменим путем покрене арбитражни спор, а тужени изричито прихвати арбитражу и с тим се сагласи у писменој форми или у изјави на записнику на рочишту и ако узме учешће у арбитражном поступку, а до упуштања у расправљање не истакне приговор непостојања споразума, односно не оспори надлежност арбитражног суда, сматра се да постоји споразум о арбитражи.

По правилу споразум о арбитражи остаје на снази и у случају уступања уговора или потраживања (чл. 145-147 Закона о облигационим односима). Према одредби чл. 145 ст. 1 поменутог Закона свака страна у двостраном уговору може, ако на то пристане друга страна, уступити уговор неком трећем лицу, које тиме постаје носилац свих њених права и обавеза из тог уговора. Уступилац одговара пријемнику за пуноважност уступљеног уговора, а друга страна може истаћи пријемнику све приговоре из уступљеног уговора, као и оне које има из других односа са њим, али не и приговоре које има према уступлиоцу.

Уступање потраживања уговором (цесија), регулисана су одредбама чл. 436-445 Закона о облигационим односима. Према одредбама чл. 436 ст. 1 поменутог Закона поверилац може уговором закљученим са трећим лицем пренети на овога своје потраживање, изузев оног чији је пренос забрањен законом или које је везано за личност повериоца, или које се по својој природи противи преношењу на другога. За пренос потраживања није потребан пристајак дужника, али је уступилац дужан обавестити дужника о извршеном уступању.

У напред поменутих случајевима се може искључити пуноважност споразума о арбитражи. Споразум о арбитражи остаје на снази и у случају суброгације, ако странке не уговоре друкчије. Код уступања уговора свака страна у двостраном уговору може, ако на то пристане друга страна, уступити уговор неком трећем лицу, које тиме постаје носилац свих њених права и обавеза из тог уговора. Уступањем уговора уговорни однос између уступлиоца и друге стране прелази на пријемника у часу кад је друга страна пристала на уступање. Пристајак на уступање уговора је пуноважан само ако је дат у форми у закону прописаној за уступљени уговор (чл. 145 Закона о облигационим односима).

Закон предвиђа решење за случај када је надлежном суду поднета тужба у ствари која је предмет споразума о арбитражи. У том случају суд коме је тужба поднета оглашава се ненадлежним и одбацује тужбу по приговору странке који мора да буде поднет пре упуштања у расправљање о предмету спора. На предњи начин суд неће поступити (одбачај тужбе и др.), ако утврди да је споразум о арбитражи очигледно ништав, да је без дејства или да га није могуће извршити.

Свака страна може да поднесе суду пре покретања арбитражног поступка или у току поступка, захтев за доношење привремених мера и суд може да одреди предложене привремене мере (чл. 15 ст. 1 Закона). Ова одредба се примењује када се споразум о арбитражи односи на арбитражу чије је место у другој држави.

Арбитражни суд (састав, именовање арбитра и престанак дужности)

Према Закону арбитражни суд сачињавају један арбитар (арбитар појединац) или три, односно више арбитра (арбитражно веће). Ако је споразумом о арбитражи предвиђено више арбитра, њихов број мора да буде непаран. Број арбитра одређује лице или институција које су странке споразумом одредиле (орган именовања). Ако нема органа именовања или ако он то не учини, број арбитра одређује надлежни суд.

Арбитар може бити свако пословно способно физичко лице, без обзира на држављанство, које има својства која захтевају странке. Арбитар мора бити непристрасан и независан у односу на странке и предмет спора.

Арбитар прихвата дужност давањем писмене изјаве о прихватању дужности арбитра (чл. 20 Закона). Пре прихватања дужности арбитра, арбитар је дужан да странке обавести о свим битним питањима и чињеницама које могу оправдано изазвати сумњу у његову непристрасност или независност. Ако су те чињенице наступиле после његовог именовања арбитар је дужан да те чињенице саопшти странкама без одлагања.

Ако спор треба да реши арбитар појединац, њега споразумно именују странке у року од 30 дана од дана када једна странка позове другу странку да заједнички именују арбитра. Ако спор решавају три арбитра, свака странка именује једног арбитра у року од 30 дана од дана када је друга странка позове да то учини. Трећег арбитра, који председава арбитражним судом бирају именовани арбитра у року од 30 дана од дана њиховог именовања. Ако га не изаберу, именовање врши орган именовања, а у случају када се и то не учини, именовање врши надлежни суд.

Закон предвиђа и могућност изузећа арбитра и престанак дужности арбитра. Изузеће арбитра се може тражити само ако постоје чињенице које могу изазвати сумњу у непристрасност или независност арбитра или ако нема својства које су странке споразумом утврдиле.

Поступак изузећа почиње подношењем у писменој форми захтева странке у року од 15 дана рачунајући рок од дана када је странка сазнала за именовање арбитра или за разлоге за изузеће. Ако се странке нису друкчије споразумеле о изузећу арбитра одлучује надлежни суд. Сматра се да су се странке које су организацију арбитраже повериле сталној арбитражној институцији, споразумеле да се захтев за изузеће арбитра решава у складу са њеним правилима.

Специфичност арбитражног поступка је да арбитражни суд може да настави арбитражни поступак и да донесе арбитражну одлуку иако је поступак изузећа у току.

Према Закону лице које је предложено за арбитра дужно је да пре прихватања дужности арбитра саопшти чињенице које могу оправдано изазвати сумњу у његову непристрасност или независност.

Странке се могу споразумети о опозиву арбитра ако он из стварних или правних разлога, укључујући при томе и разлоге за изузеће који су предвиђени законом, није више у стању да обавља своју дужност или ако не извршава дужност у примереном року.

Ако се странке не споразумеју о опозиву арбитра, странка која сматра да арбитар није више у стању да обавља своју дужност или да не извршава дужност у примереном року, може да затражи од сталне арбитражне институције или, у случају *ad hoc* арбитраже, код надлежног суда, да донесе одлуку о престанку дужности арбитра. Против ове одлуке суда о престанку дужности арбитра није дозвољена жалба. У таквом случају, ако арбитру престане дужност, именује се нови арбитар у складу са одредбама Закона о арбитражи које се односе на именовање арбитра.

Надлежност арбитражног суда

Надлежност арбитражног суда одређује се пре свега споразумом странака. Такав споразум даје пуноважни основ надлежности арбитражног суда. Особеност одредаба о надлежности арбитражног суда је и у томе што арбитражни суд може да решава и о својој надлежности, о приговорима ненадлежности и прекорачења овлашћења.

Арбитражни суд може да одлучује о приговору постојања или пуноважности споразума о арбитражи. Споразум о арбитражи може бити закључен као арбитражна клаузула. У том случају она се приликом одлучивања о приговору постојања или пуноважности споразума о арбитражи, сматра независном од осталих одредаба уговора. Одлука арбитражног тела о проглашавању ништавим уговора који садржи арбитражну клаузулу, не повлачи за собом ништавост те клаузуле.

Приговор ненадлежности арбитражног суда тужени има право да поднесе и кад је именовао арбитра или је учествовао у његовом именовању. Такав приговор тужени мора да поднесе најкасније кад и одговор на тужбу. Поред изнетог странка учесник у арбитражном поступку, приговор прекорачења овлашћења, мора да поднесе чим питање за које се тврди да прелази границе овлашћења арбитражног суда буде изнето у арбитражном поступку. Арбитражни суд може да дозволи да се приговори ненадлежности и прекорачења овлашћења поднесу и касније, ако оцени да је до закашњења дошло из оправданих разлога. О напред поменутих приговорима, арбитражни суд може да одлучи као о претходном питању или одлуком о предмету спора.

Ако арбитражни суд одлучи о приговорима као о претходном питању, свака странка може у року од 30 дана од дана достављања одлуке да захтева од суда одређеног законом да одлучи о том питању (чл. 30 ст. 2 Закона). Против такве одлуке суда није дозвољена жалба.

Значајна одредба Закона одређује, да арбитражни суд може наставити поступак и донети арбитражну одлуку за време док је у току поступак о напред помену-

тим приговорима (приговор ненадлежности и приговор прекорачења овлашћења).

Арбитражни суд је овлашћен да доноси одлуку о одређивању привремене мере, на предлог једне од странака. Привремену меру суд може одредити ако исту сматра потребном с обзиром на предмет спора. Суд истовремено може да одреди да противна странка положи одговарајуће обезбеђење.

О неким правилима арбитражног поступка

Закон о арбитражи одређује, да су странке слободне да саме споразумно одреде правила поступка по којима ће арбитражни суд поступати или да упуте на одређена арбитражна правила, у складу са одредбама Закона.

Када је у питању међународна арбитража, странке се могу споразумети да се на арбитражни поступак примени странско право, у складу са одредбама Закона о арбитражи. Произлази да се на арбитражни поступак не може применити странско право ако су у супротности са одредбама Закона о арбитражи.

За случај да странке учеснице арбитражног поступка споразумно не одреде правила арбитражног поступка, арбитражни суд може водити арбитражни поступак на начин који сматра целисходним, али у складу са више пута поменутиим одредбама Закона о арбитражи. Ово овлашћење арбитражног суда обухвата и право да одлучује о допуштености, значају и доказној снази предложених и изведених доказа.

Битна начела арбитражног поступка су предвиђена законом (чл. 33). Према тим одредбама пред арбитражним судом странке су равноправне. Друго значајно начело утврђује да је арбитражни суд дужан да свакој странци омогући да изнесе своје ставове и доказе, као и да се изјасни о радњама и предлозима противне странке.

Место арбитраже и језик у поступку

Према закону странке могу споразумно да одреде место арбитраже. Ако странке то нису учиниле, место арбитраже одређује арбитражни суд. При томе је суд дужан да води рачуна о свим околностима случаја, које поред осталог обухватају и погодност одређеног места за странке.

Када се странке споразумеју да организацију арбитраже повере сталној арбитражној институцији, место арбитраже се одређује у складу са њеним правилима.

У одсуству споразума странака о месту арбитраже и одређивања места арбитраже од стране арбитражног суда, сматра се да је место арбитраже место које је у арбитражној одлуци означено као место њеног доношења.

Арбитражни суд може да се састане у било ком месту које оцени прикладним, ради већања арбитра или ради саслушања сведока, вештака или странака, као и ради прегледа робе, других предмета или исправа.

Тужба и ток арбитражног поступка

Према закону (чл. 36 ст. 1), ако се странке нису друкчије споразумеле, тужилац је у тужби дужан да наведе чињенице на којима заснива своје захтеве, спорна питања и да одреди тужбени захтев. Ако је тужилац поднео захтев за арбитражу пре подношења тужбе, тужба се подноси у року који су странке споразумно одредиле. Ако нису одредиле тај рок, тужба се подноси у року који одреди арбитражни суд.

Тужени треба да одговори на тужбу и да се изјасни о свим захтевима из тужбе, наводима и доказима тужбе. Странке се могу споразумети о року у којем тужени треба да одговори на тужбу, значи у споразуму о арбитражи. Ако таквог споразума нема, одговор на тужбу се подноси у року који је одредио арбитражни суд.

У току целог поступка странке могу да измене или допуне тужбу, односно одговор на тужбу. Странке се могу и друкчије споразумети, значи искључити могућност измене и допуне тужбе и одговора на тужбу. Арбитражни суд може искључити могућност подношења допуне тужбе односно одговора на тужбу ради ефикасности поступка, а може и одредити рок за допуну тужбе и одговора на тужбу.

Закон о арбитражи предвиђа могућност и право туженика да поднесе противтужбу. Странке се могу споразумети о томе да се искључује право на подношење противтужбе. Одредбе о тужби примењују се и на противтужбу када је иста поднета у складу са одредбама закона и споразумом странака.

Арбитражни поступак почиње, ако се странке друкчије нису споразумеле, на дан када арбитражна институција (орган именована), прими захтев за арбитражу или тужбу, у случају кад она организује арбитражу. Арбитражни поступак почиње у *ad hoc* арбитражи, на дан када тужени прими захтев за арбитражу или тужбу и обавештење да је тужилац именовao арбитра или предложио арбитра појединца и позвао противну странку да именује свог арбитра или да се изјасни о предложеном арбитру појединцу.

Арбитражни поступак у складу са законом се може водити као усмени или писмени. О томе одлучује арбитражни суд ако се странке нису друкчије споразумеле. У случају споразума странака или донете одлуке арбитражног суда писмени поступак се води на основу исправа и других писмених докумената.

Странка може тражити одржавање усмене расправе. Овај захтев арбитражни суд је дужан да прихвати ако странке споразумно нису искључиле усмену расправу. Странке као учесници арбитражног поступка морају бити благовремено обавештене о свакој усменој расправи и сваком састанку арбитражног суда који се одржава ради прегледа робе, других ствари или исправа.

Ради поштовања расправног начела, начела јавности и једнакости странака у поступку, сви поднесци, исправе и информације које странка поднесе арбитражном суду, извештаји вештака или исправе које представљају доказ, обавезно се достављају другој странци. Сви поднесци, исправе и информације достављају се primaocу – другој странци на поштанску адресу пословног седишта правног лица или

његовог огранка, односно на адресу редовног боравишта физичког лица или адресу наведену у споразуму о арбитражи.

Ако се адреса не може утврдити, сматра се да је писмено примљено ако је упућено на последњу поштанску адресу препорученом пошљицом или на други начин којим се обезбеђује писмени доказ о томе да је писмено упућено. Сматра се да је писмено примљено оног дана када је предато. Странке учеснице арбитражног поступка могу се споразумети и друкчије о начину достављања и пријема писмена.

Закон о арбитражи предвиђа могућност обуставе арбитражног поступка, услове када се сматра да тужени признаје наводе и захтеве из тужбе и услове за доношење арбитражне одлуке на основу доказа који су поднети. Ако тужилац после подношења захтева за арбитражу не поднесе тужбу, арбитражни суд ће обуставити поступак.

Арбитражни суд може да настави поступак и донесе одлуку на основу доказа који су поднети, ако једна од странака не дође на усмену расправу или не поднесе писмене доказе и ако је уредно позвана. Према изричитој одредби закона ако тужени не поднесе одговор на тужбу (чл. 42 ст. 1 тач. 2), арбитражни суд ће наставити поступак, при чему се не сматра да пропуштање значи да тужени признаје наводе и захтеве тужбе. Арбитражни суд може да настави поступак и донесе арбитражну одлуку на основу доказа који су поднети, и ако једна од странака, која је уредно позвана не дође на усмену расправу или не поднесе писмене доказе.

Странка у арбитражном поступку може изгубити право на приговор, и ако зна да нека одредба Закона о арбитражи од чије примене странке могу да одустану није поштована, или да неки услов који проистиче из споразума о арбитражи није поштован, ако странка настави да учествује у арбитражном поступку и ако одмах није ставила приговор или приговор није ставила у предвиђеном року.

Закон о арбитражи предвиђа услове и начин саслушања сведока на расправи и ван расправе, потом да се сведоци саслушавају без полагања заклетве и да арбитражни суд не може сведоцима да изриче процесне мере или казне. Арбитражни суд може од сведока да тражи да у одређеном року да одговоре на постављена питања, под условом да се странке томе не противе.

Арбитражни суд је овлашћен, ако се странке нису друкчије споразумеле, да именује једног или више вештака ради давања налаза и мишљења о питањима које одреди арбитражни суд. Суд је исто тако овлашћен да наложи странкама да вештаку пруже све потребне информације, да му предају све потребне исправе, као и да омогуће вештаку приступ исправама, роби и другим стварима.

Судски вештак је дужан да, после подношења усменог или писменог налаза и мишљења, учествује у усменој расправи, на којој странке могу да му постављају питања или на коју могу да доведу друге вештаке да са именованим вештаком расправљају спорна питања.

Арбитражни поступак може бити окончан доношењем коначне арбитражне одлуке. Поред изнетог арбитражни поступак може бити окончан и на један од следећих начина: 1. ако тужилац повуче тужбу а тужени се томе не противи, и арби-

тражни суд оцени да тужени има оправдан интерес да се донесе коначна арбитражна одлука о спору; 2. ако странке споразумно одлуче о окончању поступка; 3. ако арбитражни суд оцени да је арбитражни поступак постао немогућ; и 4. ако је арбитражни поступак обустављен у складу са Законом о арбитражи.

Арбитражна одлука, доношење и садржина

Одлуку о предмету спора у арбитражном поступку доноси арбитражни суд. Овом одлуком арбитражни суд је дужан да одлучи о свим захтевима странака (коначна арбитражна одлука). Под одређеним условима арбитражни суд може да донесе и делимичну одлуку или међуодлуку. То пре свега зависи од садржине и квалитета понуђених исправа и других доказа који се изводе у арбитражном поступку, од садржине постављеног захтева странака у спору путем тужбе или противтужбе и оцене арбитражног суда о томе да ли је чињенично стање правилно и потпуно утврђено у односу на део захтева странака у арбитражном поступку.

Арбитражна одлука се доноси применом права (закона и других прописа), односно правних правила, уговора и обичаја. Арбитражни суд може да донесе одлуку на основу права и правичности (*ex aequo et bono, amiable composition*) само ако су се странке о томе изричито споразумеле.

Арбитражни суд у међународној арбитражи одлуку доноси применом права или правних правила које су странке споразумно одредиле (чл. 50 ст. 1 закона).

Према самом Закону, свако упућивање на право одређене државе тумачиће се као непосредно упућивање на материјално право те државе, а не на њене колизионе норме. Странке у арбитражном поступку могу изричито предвидети нешто друго, значи одсуство упућивања на материјално право одређене државе, примену другог права или правних правила.

Арбитражни суд у међународној арбитражи може меродавно право или правна правила, одредити на основу колизионих правила које оцени прикладним, све ово под условом ако странке нису одредиле меродавно право или правна правила.

При сваком одлучивању у арбитражном поступку, суд је увек дужан да води рачуна о одредбама уговора који је закључен између странака и обичајима.

Правило је да се арбитражна одлука доноси у писменој форми и да мора бити потписана од стране арбитра односно арбитра појединца у случају кад је споразумом о арбитражи предвиђено да арбитражни суд сачињава један арбитра. Арбитражно веће доноси одлуку после већања у коме морају да учествују сви арбитраи. Странке се могу и друкчије споразумети. Одлука арбитражног већа доноси се већином гласова арбитра. Одлука арбитражног већа је пуноважна ако је потпише већина арбитра и на одлуци утврди ускраћивање потписа, ако таквог ускраћивања има. Закон предвиђа и институт одвојеног мишљења арбитра, ако арбитра није сагласан са изреком или образложењем одлуке. У том случају може писмено да издвоји своје мишљење које се странкама доставља уз одлуку само ако тај арбитра то затражи.

Правило је да се арбитражна одлука доноси у писменој форми и да мора бити потписана од стране арбитра односно арбитра појединца, у случају кад је споразумом о арбитражи предвиђено да арбитражни суд сачињава један арбитар.

Арбитражна одлука према Закону садржи: 1. увод; 2. изреку о предмету спора; 3. трошкове арбитраже; и 4. образложење одлуке. Странке својим споразумом о арбитражном решавању спора могу искључити уношење образложења у арбитражну одлуку. У одлуци морају да буду наведени датум и место доношења.

Арбитражни суд је дужан да донесе одлуку на основу поравнања, само под условом ако се странке у току поступка поравнају о предмету спора. Ову одлуку арбитражни суд неће донети ако су дејства тог поравнања супротна јавном поретку.

Значајно правило Закона је да арбитражна одлука на основу поравнања не мора да садржи образложење и да има правну снагу као свака друга правоснажна одлука.

Арбитражну одлуку доставља странкама, у складу са својим правилима, стална арбитражна институција, која је организовала арбитражу. У *ad hoc* арбитражи арбитражни суд доставља одлуку странкама. У оба случаја одлуке арбитражног суда на основу споразума странака могу се депоновати код суда места арбитраже.

Поништај арбитражне одлуке

Закон о арбитражи је предвидео правни институт поништаја арбитражне одлуке. Поништај арбитражне одлуке је могућ само за домаће арбитражне одлуке које су донете у унутрашњој и међународној арбитражи у Републици Србији. Поништај се може тражити тужбом за поништај која се подноси месно надлежном трговинском суду места арбитраже.

Закон одређује више разлога за поништај арбитражне одлуке. Тако, суд ће усвојити тужбени захтев само под условима предвиђеним у закону ако тужилац пружи одређене доказе:

1. да споразум о арбитражи није пуноважан по праву које су странке споразумно одредиле или по праву републике ако се странке нису друкчије споразумеле;

2. да странка против које је арбитражна одлука донета није била уредно обавештена о именовану арбитра или о арбитражном поступку или из неког другог разлога није могла да изнесе своје ставове;

3. да је арбитражном одлуком решен спор који није био обухваћен споразумом о арбитражи или су одлуком прекорачене границе тог споразума.

Поништај арбитражне одлуке суд ће усвојити и у другим случајевима предвиђеним одредбама члана 58 Закона о арбитражи. Тако се поништај одлуке може изрећи и ако надлежан суд утврди да предмет спора није подобан за арбитражу или да су дејства одлуке у супротности са јавним поретком Републике Србије.

Тужба за поништај арбитражне одлуке може да се поднесе у року од три месеца од дана када је тужилац примио арбитражну одлуку.

У току поступка по тужби за поништај арбитражне одлуке, суд пред којим је поднета тужба може да, на захтев странке, застане са поступком да би омогућио арбитражном суду да предузме радње које оцени као потребне да би се отклонили разлози за поништај.

У поступку по тужби за поништај арбитражне одлуке примењују се правила из Закона о парничном поступку.

Значајна одредба Закона о арбитражи, утврђује забрану за странке, према којој се странке не могу унапред одрећи права на тужбу за поништај арбитражне одлуке.

Закон предвиђа делимично и ток арбитражног поступка после поништаја одлуке.

Ове одредбе Закона се односе на споразум странака о арбитражи, а према тим одредбама, ако је суд поништио арбитражну одлуку из разлога који се не односе на постојање и пуноважност споразума о арбитражи у коме нису била наведена имена арбитра, тај споразум и даље обавезује странке и то све до времена док се странке друкчије не споразумеју.

Нови арбитражни поступак после поништаја арбитражне одлуке, између истих странака и у вези са истом ствари може се водити само на основу новог споразума о арбитражи.

Признање и извршење арбитражних одлука

Закон о арбитражи утврђује дејство арбитражне одлуке тако да она има снагу домаће правноснажне судске одлуке и извршава се у складу са одредбама закона који уређује извршни поступак. Значи да домаћа арбитражна одлука представља извршну исправу у поступку извршења у смислу чл. 30 Закона о извршном поступку и чл. 31 истог Закона.

Према одредби чл. 31 Закона о извршном поступку, судском одлуком, у смислу тог Закона, сматра се пресуда, решење, као и друга одлука донесена у поступку пред судом, арбитражом и судом части Привредне коморе, а судским поравнањем сматра се поравнање закључено пред судом, арбитражом или судом части Привредне коморе.

Судска одлука којом је наложено испуњење потраживања, извршна је, ако је постала правноснажна и ако је протекао рок за добровољно испуњење. Рок за добровољно испуњење тече од дана достављања одлуке извршном дужнику, а завршава се протеклом последњег дана рока одређеног судском одлуком ако Законом није другачије одређено (чл. 32 ст. 1 ЗИП-а).

Према Закону о арбитражи страна арбитражна одлука има снагу домаће правноснажне судске одлуке пошто је призна надлежни суд Републике Србије. Појам стране арбитражне одлуке је дат и у складу са чл. 1 Закона о арбитражи, где

је одређено да је арбитражно решавање спорова са страним елементом међународна арбитража. Страна арбитражна одлука је одлука коју је донео арбитражни суд чије је место ван Републике Србије, као и одлука коју је донео арбитражни суд у Републици ако је на арбитражни поступак примењено страно право.

О признању и извршењу стране арбитражне одлуке одлучује суд одређен Законом. За признање и извршење месно је надлежан суд на чијем подручју треба спровести извршење. У извршном поступку који се спроводи у складу са одредбама Закона о извршном поступку, о признању стране арбитражне одлуке суд може да решава као о претходном питању (чл. 65 ст. 2 Закона о арбитражи).

Одредбе Закона о арбитражи не искључују примену одредаба Закона о извршном поступку које се односе на надлежност за одлучивање о привременим мерама и њиховом извршењу.

Према Закону о извршном поступку привремене мере су једно од средстава обезбеђења које се могу одредити у складу са одредбом чл. 261 и чл. 291-303 Закона о извршном поступку.

Поступак признања и извршења арбитражне одлуке домаће и стране покреће се посебним захтевом пред судом уз који се пре свега прилаже изворна арбитражна одлука или њен оверени препис, и споразум о арбитражи или документ о њеном прихватању у изворнику или овереном препису.

Ако је у питању страна арбитражна одлука и споразум о арбитражи, надлежном суду доставља се оверен превод тих исправа.

Одбијање признања и извршења арбитражне одлуке

Под одређеним условима предвиђеним Законом о арбитражи, на захтев странке против које се оно тражи, признање и извршење стране арбитражне одлуке може се одбити ако та странка поднесе доказ: 1. да споразум о арбитражи није пуноважан по праву које су стране споразумом одредиле или по праву државе у којој је та одлука донета; 2. да се одлука односи на спор који није био обухваћен споразумом о арбитражи или су одлуком прекорачене границе тог споразума; 3. да арбитражни суд или арбитражни поступак нису били у складу са споразумом о арбитражи или ако таквог споразума нема, у складу са правом државе у којој је место арбитраже; 4. да одлука још није постала обавезујућа за странке или је ту одлуку поништио или обуставио од извршења суд државе у којој или на основу чијег права је одлука донета; 5. у другим случајевима предвиђеним одредбом чл. 66 ст. 1 и 2 Закона о арбитражи. Тако, признање и извршење арбитражне одлуке суд је дужан да одбије, ако по праву Републике Србије предмет спора није подобан за арбитражу или су дејства арбитражне одлуке у супротности са јавним поретком.

У поступку признања и извршења стране арбитражне одлуке надлежни суд може да одложи доношење своје одлуке, ако је покренут поступак за поништај или обуставу извршења те одлуке у држави у којој је одлука донета или на основу чијег је права донета. Ово одлагање доношења одлуке може да траје до окончања

тог поступка, ако надлежни суд оцени да је то одлагање потребно из напред наведених разлога.

На захтев странке суд може да услови доношење одлуке о одлагању поступка признања и извршења полагањем одговарајућег обезбеђења од стране противне странке. Према Закону о извршном поступку (чл. 261), као средства обезбеђења могу се одредити само založno право на непокретним и покретним стварима на основу споразума странака, založno право на непокретности на основу извршне исправе, претходне мере и привремене мере.

Средства обезбеђења могу се одредити у складу са већ поменутиим одредбама чл. 263 и других одредби Закона о извршном поступку.

Одлука суда о признању и извршењу стране арбитражне одлуке увек мора бити образложена. Против такве одлуке може се изјавити жалба у року од 30 дана од дана њеног достављања непосредно вишем суду.

Нови Закон о арбитражи ступио је на снагу 10. јуна 2006. године и са његовим ступањем на снагу престале су да важе и одредбе Закона о парничном поступку које се односе на поступак пред изабраним судовима, значи одредбе чл. 468а-487. Престале су да важе и одредбе чл. 97-100 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља.

Уместо закључка

Закон о арбитражи је један од закона којим се успоставља и гарантује примена међународно установљених арбитражних правила и принципа и ствара правни основ за уређење целине арбитражних спорова.

Нови Закон о арбитражи омогућава оснивање независних арбитражних органа, регулише све фазе арбитражног поступка, закључење споразума о арбитражи, уређује организацију и рад арбитражног суда, избор арбитра, надлежност арбитражног суда, арбитражни поступак, доношење и правно дејство арбитражних одлука, поступак поништаја арбитражне одлуке, те признање и извршење арбитражних одлука.

Закон довољно прецизно уређује питање статуса странака у арбитражном поступку, овлашћења арбитражног суда и услове за избор односно именовање арбитра, те низ других веома значајних питања која се односе на арбитражни поступак, однос са судовима као државним органима, постојање посебних арбитражних институција. Сва поменута и друга дата законска решења уз примену међународних конвенција из ове области, досадашњих искустава из области арбитражног решавања спорова треба да омогуће остварење свих позитивних циљева рада арбитражних судова и њихове улоге у разрешавању спорних односа странака у поступку насталих у њиховом привредном пословању.

Borisav Čolić,
Judge of the Supreme Court of Serbia (retired)

**THE NEW LAW ON ARBITRATION, ARBITRAL TRIBUNAL,
PROCEDURE AND AWARDS**

Resume

The new Law on Arbitration regulates in detail all relevant issues of arbitral dispute resolution in domestic arbitration and disputes with an international element (international arbitration). The provisions of the new Law apply to arbitration and arbitral proceedings when the place of arbitration is at the territory of the Republic of Serbia. The parties in arbitral proceedings may contract differently with respect to international arbitration

Arbitration, as means of dispute resolution, may be agreed for resolution of disputes of pecuniary character, regarding parties' rights which are freely disposable, unless prescribed by the law that such dispute falls under the exclusive jurisdiction of the domestic state court.

The Law provides definition of international arbitration, arbitrability of disputes and organization of arbitration, conclusion of arbitral agreement, modalities of arbitral agreements, organization and work of arbitral tribunal, rules of arbitral proceedings, submission of statement of claim and arbitral proceedings itself. Further the Law regulates making of the award, content of the award and its legal meaning, application for setting aside an arbitral award, recognition and enforcement of arbitral awards and denial of recognition and enforcement of arbitral awards.

Key words: *domestic and international arbitration, arbitrability of disputes, organization of arbitration, arbitral agreement, arbitral panel, competence of arbitral panel, arbitral proceedings, statement of claim, arbitral award, setting aside an arbitral award, recognition and enforcement of arbitral awards.*

*Mirjana Cukavac, LL. M.
Secretary, Foreign Trade Court
of Arbitration of Serbian Chamber of Commerce*

UDK: 347.959:347.918

Expanded Judicial Review of an Arbitral Award

Summary

Grounds for the petition for vacatur of an arbitral award are traditionally very narrowly drawn and enlisted by law. The issue whether the parties can expand by their arbitration agreement the scope of judicial review beyond the ground provided by law is one of the most controversial questions of modern arbitration. In this article author reviews the ICC Kyocera case where the setting aside of the arbitral award based on the grounds created by the parties provoked a debate and several opposite court decisions and then analyzes the split between federal courts of various circuits in the United States based on different interpretation of the Federal Arbitration Act.

Key words: *arbitral award, setting aside, grounds for setting aside, judicial review.*

Statutory Grounds for Setting Aside in the US Law

One of the most important issues that has recently arisen before US federal courts in the field of arbitration is whether the parties can expand by their arbitration agreement the scope of judicial review beyond the provisions of the Federal Arbitration Act¹⁾ (the FAA). The arbitral award has traditionally been final and binding on the parties to the dispute in order to fulfill the main purpose of arbitration as an expeditious and cost-effective method

1. Federal Arbitration Act, 9 U. S. C. §§ 1-16.

for dispute resolution, different from the litigation proceeding before the court which is usually considered as expensive, lengthy and complex.²⁾ That is because grounds for the petition for vacatur of an arbitral award are very narrowly drawn by law. The US law of vacatur consist of two parts, statutory provisions and case law. First, section 10(a) of the FAA, permits vacatur of an arbitral award only:

1. where the award was procured by corruption, fraud, or undue means;
2. where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them;
3. where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy or any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced;
4. where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter was not made.

While interpreting this enumerated grounds for vacatur, federal appellate courts have held that arbitrators "exceed their powers not only when they merely interpret or apply the governing law incorrectly, but also when the award is "completely irrational"³⁾ or exhibits a "manifest disregard of law"⁴⁾ or manifest disregard of the evidence.⁵⁾

Section 11 of FAA also allows federal courts to modify or correct an arbitral award only:

- a) where there was an evident material miscalculation of figures or an evident material mistake in the description of any person, thing, or property referred to in the award;
- b) where the arbitrators have awarded upon a matter not submitted to them, unless it is a matter not affecting the merits of the decision upon the matter submitted, or
- c) where the award is imperfect in matter of form not affecting the merits of the controversy.

To sum up, grounds for vacation, modification and correction of an arbitral award are very narrowly designed by the FAA. Issue if Congress precludes by section 10 and 11 of the FAA more expansive federal court review, caused different decisions and split between federal courts of various circuits.

In this debate, federal courts raised two different points of view. First, that judicial review of an arbitral award is impermissible because it intrudes into a court's role as designated by the statute, and second, based on party autonomy and freedom of contract principles, that parties are free to negotiate and agree upon everything concerning arbitral proceedings, including the scope of judicial review. Both these different viewpoints were supported by federal court decisions.

2. See *Domke on Commercial Arbitration*, Volume I, Third edition issued December 2003, Thomson & West at 1:12.

3. *French v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 784 F. 2d 906 (9th Cir. 1986).

4. *Tod Shipyard Corp. v. Cunard Line, Ltd.*, 943 F. 2d 1056, 1059, 60 (9th Cir. 1991); *Greenberg v. Bear, Stearns & Co.*, 220 F. 3d 22, 28 (2d Cir 2000).

5. *McDaniel v. Bear Stearns & Co., Inc.*, 196 F. Supp. 2d 343, 351 (S. D. N. Y. 2002).

Kyocera Case

Almost seventeen years long history of the Kyocera case⁶⁾ of both arbitration and litigation proceedings demonstrates how the expanded judicial review could undermine the spirit of arbitration. In this case the Ninth Circuit shifted in only six years from the viewpoint that parties can expand by their agreement the scope of judicial review to the completely opposite viewpoint.

La Pine Technology Corporation (LaPine) was formed in 1984 in order to design, market and share computer disk drives. Since it did not have the necessary facilities to manufacture drives, LaPine entered into an agreement with Prudential Trade and with Kyocera, a Japanese corporation. The tripartite construction was designed so that Kyocera, acting as a LaPine licensee, manufactured the drives and Prudential stabilized the cash flow, purchasing through its subsidiary the LaPine drives from Kyocera and reselling them on credit to LaPine which in turn marketed the drives to its customers.⁷⁾

In 1986 Kyocera experienced severe production problems and LaPine, which had never earned a profit, in turn fell into serious managerial and financial difficulties and failed to pay Prudential, but still requested that Prudential make payment to Kyocera. On August 13 and 21, 1986 Kyocera gave written notice that it considered LaPine and Prudential in default due to the failure to pay drives. Shortly thereafter, a reorganization of La Pine became imperative in order to continue the cooperation among the three companies.⁸⁾

Two agreements were prepared in October and November 1986: a general "Definitive Agreement" provided merger with LaPine, and a newly formed company and a more detailed "Amended Trading Agreement" provided for a direct sale of the products from Kyocera to LaPine. But after signing the first agreement, Kyocera declined to sign the second agreement. When Kyocera refused to execute the "Amended Trade Agreement" La Pine notified Kyocera that it considered Kyocera in breach of contract.⁹⁾

In May 1987 LaPine sued Kyocera in the Northern District Court of California seeking damages and an injunction compelling Kyocera to continue supplying drives under the terms of the Definitive Agreement. Kyocera moved to compel arbitration pursuant to the section of the Definitive Agreement providing arbitration under International Chamber of Commerce (ICC) Arbitration Rules. The district court granted the motion on September 2, 1987, and a panel of three arbitrators was convened.¹⁰⁾ On August 25, 1994, the arbitrators issued their final decision, unanimously awarding LaPine and Prudential \$243, 133, 881 in damages and prejudgment interest against Kyocera and \$14, 500, 000 in attorney fees costs.¹¹⁾

6. *Kyocera v. Prudential*, 341 F. 3d 989 (9th Cir. 2003).

7. *Id.* at 990.

8. *Id.*

9. *Id.*

10. *Id.*

11. *Id.*

After the issuance of the arbitral award, LaPine moved to confirm the award before the United States District Court of the Northern District of California and in turn Kyocera moved to vacate, modify and correct the award.¹²⁾ The motion relied on the arbitration clause of the parties' Definitive Agreement.¹³⁾ The district court denied Kyocera's motion and granted the motion for LaPine and Prudential.¹⁴⁾ The court concluded that the Federal Arbitration Act granted federal courts the jurisdiction to review an arbitration decision only on certain enumerated grounds, and that private parties could not by contract enlarge this statutory standard of review.¹⁵⁾ After evaluating Kyocera's claims only under the standards of the FAA, the court found no basis for vacatur, modification or correction, and denied Kyocera's motion to vacate, granting LaPine and Prudential a motion to confirm, and entered judgment.¹⁶⁾ Kyocera appealed to the United States Courts of Appeals for the Ninth Circuit. Although each of the three judges of the panel submitted an opinion, the court decided by a majority opinion that the parties could, by agreement, stipulate to extend the judicial review of an arbitral award and the case was remanded to the district court to reconsider under broader judicial review agreed upon the parties. (*La Pine I*)¹⁷⁾ The district court reviewed the arbitral award according to the non-statutory standards agreed by the parties, confirmed the award and entered the judgment in favor of LaPine and Prudential.¹⁸⁾

Again, Kyocera appealed. A three-judge panel of the Ninth Circuit unanimously affirmed the district court's confirmation of the arbitral award. (*La Pine II*)¹⁹⁾ Kyocera then filled a request for rehearing en banc and on December 17, 2002. The Ninth Circuit granted the request. Rehearing en banc, the Ninth Circuit affirmed the district court's confirmation of the arbitral award and sua sponte overruled *LaPine I* correcting the law of the circuit regarding the proper standard for review of arbitral decisions under the Federal Arbitration Act.²⁰⁾

The court pointed out that "question of whether private parties may impose on a federal court a standard of review beyond that approved by Congress remains a 'question of exceptional importance (FED. R. A PP. 35 (a) (2), the answer to which may well affect large numbers of parties with critical contractual and statutory rights and billions of dollars at

12. It is not clear why LaPine did not seek the confirmation of the arbitral award under provisions of the New York Convention.
13. Section 8. 10(d) of the Definitive agreement provided that: " The arbitrators shall issue a written award and include detailed findings of fact and conclusions of law. The United States District Court of Northern District of California may enter judgment upon any award, either by confirming the award or by vacating, modifying or correcting the award. The court shall vacate, modify or correct (i) based upon any of the grounds referred to in the Federal Arbitration Act, (ii) where the arbitrator's findings of fact are not supported by substantial evidence, or (iii) where the arbitrator's conclusions of law are erroneous. Id.
14. *LaPine v. Kyocera*, 909 F. Supp. 697 (N. D. Cal. 1995).
15. Id at 705.
16. Id at 706-09.
17. *LaPine v. Kyocera*, 130 F. 3d 884 (9th Cir. 1997) (*LaPine I*).
18. *LaPine v Kyocera*, 2000 WL 765556 (N. D. Cal. 2000) unpublished order.
19. *Kyocera v. Prudential*, 299 F. 3d 769 (9th Cir. 2002) (*LaPine II*).
20. *Kyocera v Prudential*, 341 F. 3d 989 (9th Cir. 2003) (*Kyocera*).

stake Although it is regrettable that the parties in that instant case may unnecessarily have expended time and resources litigating issues not properly before a federal court, the inconvenience to these parties cannot prevent us from correcting a legal error of exceptional importance to future parties and litigants within this court."²¹⁾

Overruling *LaPine I* the Ninth Circuit put forth two reasons. First, broad judicial review of the arbitration award could well jeopardize the benefits of arbitration as speed and a flexible method of dispute resolution rendering arbitration a mere prelude to a more cumbersome and time-consuming judicial review process.²²⁾ Second, federal jurisdiction cannot be created by contract and the parties cannot tell courts what to do. If the parties wish, they can contract for an appellate arbitration panel to review the arbitrators' award.²³⁾

The Ninth Circuit next considered whether the invalidity of the parties' expanded standard-of-review provision renders the entire arbitration clause unenforceable, finding that severing expanded judicial review provision is analogous to severing unconscionable clauses, and that it is appropriate simply to sever offending terms from a dispute resolution provision that is otherwise valid.²⁴⁾

The Supreme Court of the United States dismissed Kyocera's petition for a writ of certiorari on January 5, 2004.²⁵⁾

Federal Circuits Split

The question of whether the parties have the right to expand by agreement the grounds on which a court can review an arbitral award created a split in the circuits in the United States yet to be resolved by the Supreme Court.

1. Circuits Permitting Parties' Agreement for Expanded Judicial Review

Three circuit courts – the Third Circuit²⁶⁾, the Fourth Circuit²⁷⁾ and the Fifth Circuit²⁸⁾ have enforced the parties' agreement for expanded judicial review.

The first precedent was set by the Fifth Circuit. In *Gateway*, the Fifth Circuit had held that the provisions of the FAA could be superseded by the terms of the contract, because the contractual provision arose from the agreement of the parties.²⁹⁾ Arbitration agreement between Gateway and MCI Telecoms stipulated that "errors of the law shall be subject to appeal."³⁰⁾ The Fifth Circuit relied on the Supreme Court decision in the *Volt Information*

21. Id at 997.

22. Id at 998.

23. Id at 999.

24. Id at 1000.

25. *Kyocera v. Prudential*, 2003 WL 22867738.

26. *Roadway Package v. Kayser*, 257 F. 3d 287 (3rd Cir. 2001).

27. *Syncor v. McLeland*, 120 F. 3d 262 (4th Cir. 1997) unpublished decision.

28. *Gateway v. MCI Telecoms*, 64 F. 3d 993 (5th Cir. 1995).

29. *Gateway* at 996-997.

30. Id at 996.

Sciences case.³¹⁾ In *Volt*, the Supreme Court determined that "just as (private parties) may limit by contract the issues which they will arbitrate, so too may they specify by contract the rules under which that arbitration will be conducted."³²⁾ The Fifth Circuit held that "because these parties agreed to expand the judicial review, their contractual provision supplements the FAA's default standard of review and allows for the *novo* review of issues of law".³³⁾ The court also explicitly stated that it will support this opinion even its effect is "sacrifice of the simplicity, informality and expedition of arbitration on the altar of appellate review"³⁴⁾ and that the intent of the parties prevails because "federal arbitration policy demands that the court conduct its review according to the terms of the arbitration agreement."³⁵⁾

The Fourth and the Third circuits followed *Gateway* reasoning in their decisions.

The Fourth Circuit in *Syncor* used the *Gateway* reasoning and found that the arbitration agreement between Syncor and McLaland providing "the arbitration shall not have the power to commit errors of law or legal reasoning and the award may be vacated or corrected by judicial review for any such error"³⁶⁾ allows expanded judicial review. Then the court reviewed *de novo* issues of law and facts and held that arbitrator did not commit error either legal or factual in issuing his award.³⁷⁾ The Supreme Court of the United States denied McLaland petition for a writ of certiorari.³⁸⁾

The Third Circuit in *Roadway* relied in the Supreme Court decision in *Mastrobuono* case.³⁹⁾ In *Mastrobuono* the Supreme Court decided that "the FAA standards control in the absence of contractual intent to the contrary".⁴⁰⁾ Therefore the Third Circuit held that "FAA's ultimate goal is to enforce the parties' actual bargains."⁴¹⁾

2. Circuits Denying Parties' Agreement for Expanded Judicial Review

The Seventh⁴²⁾ and the Eighth Circuit⁴³⁾ have indicated in dicta that they are unlikely to permit expanded judicial review by parties' agreement and the Tenth Circuit⁴⁴⁾ on the other hand explicitly refused to do so. The Tenth Circuit recently joined with the Ninth Circuit which first had lined up, as mentioned above, with the Fifth, Fourth and Third circuits in

31. *Volt v. Board of Trustees*, 489 U. S. 468 (1989).

32. *Id.* at 479.

33. *Gateway* at 997.

34. *Id.*

35. *Id.*

36. *Syncor* at 6.

37. *Id.*

38. *McLaland v. Syncor*, 1998 WL 341126884.

39. *Mastrobuono v. Shearson*, 514 U. S. 52 (1995).

40. *Id.* at 59.

41. *Roadway* at 296.

42. *Chicago Typographical v. Chicago Sun-Times*, 935 F 2d 1501 (7th Cir. 1991).

43. *UHC Mgmt v. Computer Scis*, 148 F 3d 992 (8th Cir. 1998).

44. *Bowen v. Amoco*, 254 F 3d 925 (10th Cir. 2001).

LaPine I and then reversed its position with en banc decision *Kyocera* and ended up in this camp.

The argument against expanded judicial review was first maintained by Judge Posner in the Seventh Circuit's *Chicago Typographical* case. In his discussion Judge Posner recognized the possibility that the parties could resort to an appellate arbitration panel to review the arbitral award,⁴⁵⁾ but he categorically denied the possibility of federal judicial review because the parties: "cannot contract for judicial review of that award, federal jurisdiction cannot be created by contract."⁴⁶⁾ Even though the arbitrator did not provide a reasoned statement, "the court is forbidden to substitute its own interpretation even if convinced that the arbitrator's interpretation was not only wrong, but plainly wrong."⁴⁷⁾ Although the discussion of Judge Posner about extended judicial review was not an issue before the court but only dicta with limited precedential value, the reasoning of *Chicago Typographical* was very important for the following decisions of other circuits.

The Eight Circuit, citing with favor *LaPine I* dissent in its dicta, strongly suggested that parties may not effectively agree to compel a federal court to cast aside sections 9, 10 and 11 of the FAA, but ultimately resolved case on other grounds.⁴⁸⁾

The Tenth Circuit was the first circuit court to hold against expanded judicial review of an arbitral award. In *Bowen*, parties agreed to arbitration provided that the reviewing court had the power to review the award "on the grounds the award was not supported by the evidence."⁴⁹⁾ The lower court refused to apply the expanded review and in unanimous decision the Tenth Circuit affirmed the decision of the lower court. The Tenth Circuit concluded that none of the Supreme Court's decisions on arbitration declared that parties can alter the judicial process by private contract.⁵⁰⁾ Moreover, the parties cannot tell courts what to do⁵¹⁾ or dictate to courts scope of review, or may force reviewing court to apply unfamiliar rules of procedures.⁵²⁾ More essentially, the court held that expanded judicial review was not allowed under the FAA which is more than a collection of default rules.⁵³⁾ The FAA standards for review of an arbitral award are mandatory because the federal policy in favor of arbitration preserves the independence of the arbitration process from interference by the court.⁵⁴⁾ Expanded judicial review threatens to undermine the policies behind the FAA.⁵⁵⁾

45. *Chicago Typographical* at 1505.

46. *Id.*

47. *Id.*

48. See *UHC Mgmt* at 993.

49. *Bowen* at 930.

50. *Id.* at 933.

51. *Id.* at 936.

52. *Id.* at 935-936.

53. *Id.* at 935.

54. *Id.*

55. *Id.*

For the remaining circuits, the interpretation of the FAA is truly unpredictable.⁵⁶⁾ Concerning the above mentioned circuits, until the Supreme Court resolves the issue, identical factual situations would lead to a different outcome depending on the circuit.

Other Jurisdictions

Although the views of foreign jurisdiction on the issue of expanded judicial review have no, or small, influence on U. S. courts, it seems worthwhile to observe some interesting points of this issue.

a) UNCITRAL Model Law

Even though the United Nation Commission on International Trade Law's (UNCITRAL) Model Law on International Commercial Arbitration⁵⁷⁾ is not a law in a classical sense, its influence on national legislators of many countries while creating the modern national arbitration framework is very important.⁵⁸⁾ Article 34 of Model Law provides grounds for setting aside of an arbitral award, and states that application for setting aside is an exclusive recourse against an arbitral award. An explanatory note by the UNCITRAL Secretariat on Model Law on International Commercial Arbitration in part 7 (41) explains that: "The first measure of improvement is to allow only one type of recourse, to the exclusion of any other means or recourse regulated in other procedural law of the state in question."⁵⁹⁾ Article 34 of UNCITRAL Model Law is largely based on Article V of the New York Convention⁶⁰⁾ which lists exclusive grounds for refusing the recognition or enforcement of foreign arbitral awards. Moreover, Article 34 of the UNCITRAL Model Law is considered as a mandatory provision and the parties are not allowed to agree about any other ground of judicial review.⁶¹⁾

56. James B. Hamlin, *Contractual Alteration of the Scope of Judicial Review- The U. S Experience*, 15 J. INT'L ARB. (1998) at 54.

57. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, available at <http://www.uncitral.org/en-index.thm>.

58. Since 1985 when adopted, about 50 countries have enacted laws based on UNCITRAL Model Law, among them: Australia, Austria (2005), Azerbaijan, Bahrain, Bangladesh, Belarus, Bulgaria, Canada, Chile, in China: Hong Kong Special Administrative Region, Macau Special Administrative Region; Croatia, Cyprus, Denmark (2005), Egypt, Germany, Greece, Guatemala, Hungary, India, Iran (Islamic Republic of), Ireland, Japan, Jordan, Kenya, Lithuania, Madagascar, Malta, Mexico, New Zealand, Nicaragua (2005), Nigeria, Norway (2004), Oman, Paraguay, Peru, the Philippines, Poland (2005), Republic of Korea, Russian Federation, Serbia (2006), Singapore, Spain, Sri Lanka, Thailand, Tunisia, Turkey (2001), Ukraine, within the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland: Scotland; in Bermuda, overseas territory of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland; within the United States of America: California, Connecticut, Illinois, Louisiana, Oregon and Texas; Zambia, and Zimbabwe. See Id.

59. See supra note 57.

60. United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10, 1958, The U. S. Congress ratified New York Convention in 1970 and included it in the FAA by enacting Chapter II of the Title Nine of the U. S. Code. (9 U. S. C. §§ 201 - 208).

b) United Kingdom

Section 69 of the Arbitration Act of 1996 explicitly provides that the parties can agree about an appeal on a question of law arising from an arbitration award.⁶²⁾ Otherwise grounds enumerated in Section 68 of Arbitration Act shall apply. So, possibility to agree on expanded judicial review, but only on the matter of law, is explicitly granted by U. K. Arbitration Act.

c) France

Being a headquarter of International Chamber of Commerce, France is a place of arbitration for a great number of ICC cases. Contribution of French courts in the development and advancement of international commercial arbitration has been very significant. Even though French courts decided in favor arbitration in many cases giving high esteem to principle of party autonomy, they declined to grant expanded judicial review of arbitral awards. In *Societe de Diseno v. Societe de Mendes*, Paris Appellate Court set aside arbitral award and declared that arbitration agreement itself was null and void because the parties inserted in their agreement a provision providing an extended judicial review of an appellate jurisdiction. The French court found that this provision of the arbitration agreement was in collision with articles 1504 and 1502 of the New Code of Civil Procedure (NCPC)⁶³⁾. Under the NCPC only recourse against an arbitral award is application for setting aside in accordance with strictly specified grounds. Interpreting the parties' will the court held that the agreement providing an appellate jurisdiction was predominant motivation for the parties to sign the arbitration agreement and because this part of the arbitration agreement was invalid, all arbitration agreement was null and void.⁶⁴⁾ Although *Societe Diseno* was highly criticized because it ignored the principle of severability⁶⁵⁾ it is clear that French courts do not grant to the parties the power to create a means to recourse, which is not available under French law.⁶⁶⁾

61. Howard M. Holtzman & Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 1989, 258-262. Beside Article 34, mandatory provision of UNCITRAL Model Law are that: arbitration agreement must be in writing, every party must have equal treatment, arbitral award must be in writing etc. Id.

62. United Kingdom Arbitration Act of 1996 available at: <http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/legislation/NationalLaws/UnitedKingdom/1996>.

63. The French NCPC available at: <http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/legislation/NationalLaws/France/1981>.

64. *Societe de Diseno v. Societe Mendes*, Cour d'appel de Paris, 1re Ch. C, 27 octobre 1994, Rev. Arb. 1995, 263 note P. Level.

65. Eric Schwartz, *Choosing Between Broad Clauses and Detailed Blueprints*, ICCA Congress Series no 9, Paris 1999. Comment of E. Schwartz was that the French court threw out the baby with the dirty water. Id at 111.

66. *Societe Buzicchelli v. Hennion et autres*, Cour de cassation (1re Ch. civ.), 6 avril 1994, Rev. Arb. 1995, 263 note P. Level.

d) Serbia

The new Serbian Arbitration Act (entered into the force in June 2006) is based on the UNCITRAL Model Law. Even though, unlike the UNCITRAL Model Law, the Serbian Act does not state explicitly that application for setting aside is an only recourse against an arbitral award, the list of grounds for setting aside enumerated in Article 58 is exclusive and parties cannot agree about any other reason.

The former Serbian Code of Civil Procedure in its Article 483 provided that the arbitration award is final and binding on the parties unless the parties agree to appellate arbitral tribunal to review the award.⁶⁷⁾ Grounds for setting aside an arbitral award were enumerated in Article 485 of the Code. Article 485 of the Code was a mandatory rule and the parties could not agree on expanded judicial review, but only on the review of an appellate arbitral tribunal.

In an arbitral award of the Foreign Trade Court of Arbitration (FTCA) of the Yugoslav Chamber of Commerce and Industry⁶⁸⁾ parties, a Yugoslav and an Austrian company, in their arbitration agreement, stipulated that "all disputes arising out of or relating to this contract shall be resolved by the Arbitration Court of the Yugoslav Chamber of Commerce. The International Court of Justice shall review the arbitral award." The FTCA's panel of arbitrators found that the arbitration clause in its first part was valid, but in its second part was null and void and incapable of being performed because the parties cannot agree on extended judicial review of Yugoslav courts, and no international appellate court was established to review arbitral awards⁶⁹⁾. The Supreme Court of Austria granted recognition and enforcement of this award under Article V(1)(a) of the New York Convention, pointing out that the arbitration clause is not inoperative in whole even if the agreement about proceedings is inoperative.⁷⁰⁾

Reasons pro and contra

We saw that circuit courts in the United States were split about the possibility of extended judicial review of an arbitral award. But scholars and practitioners are also divided.⁷¹⁾

Freedom of Contract is the only argument of proponents of the expanded judicial review. Freedom of contract or party autonomy means that the parties in arbitration proceedings are allowed to negotiate and agree upon the manner in which those proceedings will unfold, setting the time, place, choosing the arbitrators, applicable law, and rules of procedure.⁷²⁾ And even more, an integral part of the parties' ability to determine structure and

67. Code of Civil Procedure, Official Gazette of Socialist Federative Republic of Yugoslavia no 4/77 amended 36/77, 58/84, 69/84, 74/87, 36/89, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91 and Official Gazette of Federal Republic of Yugoslavia no: 27/92, 31/93, 24/94, 12/98 and 15/98.

68. Award no 162/80 of October 8, 1985 published in Collection of Arbitral Practice of the FTCA (1947-1997) Belgrade 1997, at 38-40.

69. Id at 40.

70. Supreme Court of Austria, 3. Ob8/8, September 9, 1987, 6, Recht der Wirtschaft (1988) pp 12.

form of the dispute resolution process is also the right to determine the scope of judicial review.⁷³⁾ As one commentator noted: "heightened judicial oversight of arbitration awards finds support in the philosophical underpinnings of contract law."⁷⁴⁾ This heightened review standard is permissible under the FAA because the FAA seeks to enforce the terms of private agreements to arbitrate.⁷⁵⁾ Arbitration is a matter of contract between the parties and the FAA does nothing than make arbitration agreement enforceable as other agreements.⁷⁶⁾ Therefore, federal courts can expand judicial review of an arbitral award only to the extent that the parties have so agreed and if their agreement to do so is completely clear and unmistakable.⁷⁷⁾

In view of this standpoint, the FAA is only collect of default rules which can be changed by contract of the parties⁷⁸⁾.

But the Kyocera case demonstrated how expanded judicial review could lead to an unacceptable solution and absurdity. In this case, a contractual relationship which lasted only two years produced seventeen years of both arbitration and litigation proceedings and loss of millions of dollars. That was the reason the Ninth Circuit shifted from the viewpoint of absolute freedom of will to the confronted viewpoint that an arbitral award may be set aside only upon limited grounds set by the FAA.

With any doubt "arbitration is a creature or matter of contract"⁷⁹⁾ and the parties can agree how to design arbitration proceedings. But principles of freedom of contract and party autonomy do not mean absolute freedom; parties are not allowed to agree about issues in contradiction with law, public policy, or moral in any contract. The agreement of the par-

-
71. See, e. g., Tom Cullinan, *Contracting for an Expanded Scope of Judicial Review in Arbitration Agreement*, 51 Vand. L. Rev. 395 (1998) (favoring expanded judicial review); Kenneth M. Curtin, *An Examination of Contractual Expansion and Limitation of Judicial Review of Arbitral Awards*, 15 Ohio St. J. on Disp. Resol. 337(2000) (opposing expanded judicial review); Laurence Franc, *Contractual Modification of Judicial Review of Arbitral Awards: The Franch Position*, 10 Am. Rev. Int'l Arb. 215 (1999) (opposing expanded judicial review); *Domke on Commercial Arbitration*, Volume I, Third edition issued December 2003, Thomson & West (favoring expanded judicial review); Margaret Moses, *Can Parties Tell Court What to Do? Expanded Judicial Review of Arbitral Awards*, 52, U. Kan. L. Rev. 429 (2004) (favoring expanded judicial review); Dan C. Hulea, *Contacting to Expand the Scope of Review of Foreign Arbitral Awards: An American Perspective*, 29 Brook. J. Int'l L. 313 (2003) (favoring expanded judicial review); Elisabeth J. Anderson, *Stepping on the Judiciary's Toes: Can Arbitration Agreements Modify the Standard Review that the Judiciary Must Apply to Arbitration Decisions?* 24-SUM Construction Law. 13 (2004) (opposing expanded judicial review).
72. Dan C. Hulea, *Contacting to Expand the Scope of Review of Foreign Arbitral Awards: An American Perspective*, 29 Brook. J. Int'l L. 313 (2003) at 355.
73. Id.
74. Kenneth R. Davis, *When Ignorance of the Law is no Excuse ; Judicial Review of Arbitration Awards*, 45 BUFF. L. Rev. (1997) at 130.
75. *Domke on Commercial Arbitration*, supra note 2 at 39:15.
76. Id.
77. Id.
78. Margaret Moses, *Can Parties Tell Court What to Do? Expanded Judicial Review of Arbitral Awards*, 52, U. Kan. L. Rev. 429, 443 (2000).
79. *Domke on Commercial Arbitration*, supra note 2 at 1:5.

ties on expanded judicial review fundamentally changes the nature of the arbitral process. Arbitration is designed to allow for more flexibility, expediency, and informality, than litigation can offer.⁸⁰⁾ Allowing parties to create broader judicial review of an arbitral award could jeopardize the very benefits of arbitration rendering informal arbitration merely a prelude to a more cumbersome and time-consuming judicial review.⁸¹⁾ If parties agree to the arbitration process, they should bargain for arbitration.⁸²⁾ Arbitration is voluntary, a very simple concept seemingly ignored by freedom of will supporters⁸³⁾. If parties do not have faith in the arbitration process, then they should not agree to it in the first place.⁸⁴⁾ The opinion of the Fifth Circuit in *Getaway*⁸⁵⁾ that simplicity, informality, and expedition of arbitration could be sacrificed on the altar of appellate review, is simply against the spirit of arbitration.

The main arguments that the FAA supports unlimited freedom of will were found in two decisions of the Supreme Court: *Volt* and *Mastrobouno*. In *Volt*, the Supreme Court determined that "just as (private parties) may limit by contract the issues which they will arbitrate, so too may they specify by contract the rules under which that arbitration will be conducted."⁸⁶⁾ In *Mastrobouno*, the Supreme Court decided that "the FAA standards control in the absence of contractual intent to the contrary".⁸⁷⁾ But the Supreme Court in *Volt* and *Mastrobouno* did not say explicitly that the FAA allows parties to agree about expanded judicial review. A distinction must be drawn between the parties' ability to influence the arbitral process and their ability to prescribe the conduct of reviewing courts.⁸⁸⁾ The freedom of parties to set rules in arbitration does not extend beyond the arbitral process itself. As Judge Mayer simply pointed out in his dissenting opinion in *LaPine I*; "Whether to arbitrate, what to arbitrate, how to arbitrate, and when to arbitrate, are matters that parties may specify contractually. See *Volt Info. Sciences v. Board of Trustees*, 489 U. S. 468, 478-479 (1989). However, *Kyocera* cites no authority explicitly empowering litigants to dictate how an Article III Court must review an arbitration decision. Absent this, they may not."⁸⁹⁾

a) Whether the FAA is a collection of default rules?

Proponents of freedom of will argue that interpreting the FAA as a default scheme is preferable "given the importance of freedom of contract and the presumption in favor of

80. *Kyocera* at 987, 998.

81. *Id.*

82. *UHC Mgmt* at 998, *Bowen* at 935.

83. Elisabeth J. Anderson, *Stepping on the Judiciary's Toes: Can Arbitration Agreements Modify the Standard Review that the Judiciary Must Apply to Arbitration Decisions?* 24-SUM Construction Law. 13 (2004) at 14.

84. *Id.*

85. *Gateway* at 997.

86. *Volt* at 479.

87. *Mastrobouno* at 59.

88. See *Chicago Typographical* at 1504, *LaPine I* at 891, *UHC Mgmt* at 997, *Bowen* at 934.

89. *La Pine I*, dissenting opinion of Judge Mayer at 891.

finding that the FAA creates a set of default rules."⁹⁰⁾ The absence of any specific statutory or case language to the contrary opens the door just as widely for a "default rules" approach.⁹¹⁾

But as the statute does not address expansion of judicial review, the arguments against expanded judicial review can be also found on this loophole. Every modern arbitration act consists of both mandatory and default rules.⁹²⁾ Moreover, because provision enumerating grounds of judicial review of an arbitral award tends to reflect the grounds of Article V of the New York Convention upon which the execution and recognition of a foreign arbitral award may be refused, this provision is considered as mandatory in all European countries and, all countries with modern arbitration law inspired by the UNCITRAL Model Law.⁹³⁾ Although the United Kingdom Arbitration Act of 1996 grants the right to the parties to agree on appeal on questions of law arising from an arbitral award, Article 4 of the Act explicitly enumerates its mandatory provisions.

The FAA could not be a unique arbitration act in the world consisting only of default rules, because every arbitration act with its mandatory rules tends to guarantee certain basic principles of arbitration. The FAA standards for review of an arbitral award are mandatory because the federal policy in favor of arbitration preserves the independence of the arbitration process from interference by the court, and expanded judicial review threatens to undermine the policies behind the FAA.⁹⁴⁾

b) Can Parties Create Jurisdiction of Federal Courts ?

Argument that parties cannot create by their agreement jurisdiction of federal courts was first mentioned by Judge Posner in *Chicago Typographical*. Judge Posner pointed out that agreement about expanded judicial review was legally unacceptable because "federal courts do not review the soundness of arbitration awards, (and) an agreement to submit a dispute... to arbitration is a contractual commitment to abide by the arbitrator's interpretation."⁹⁵⁾

If parties are allowed to expand the scope of the judiciary's role in the arbitration process, not only will they be stepping on the judiciary's toes, but also the judiciary will be forced to perform the role of arbitrators.⁹⁶⁾ The Eight Circuit may have it best: "heightened judicial review of arbitration awards... would seemingly amend the FAA, crown arbitrators mini-district courts, force federal trial courts to sit as appellate courts, and completely transform the nature of arbitration and judicial review."⁹⁷⁾ The distinction between arbitra-

90. Sarah R. Cole, *Managerial Litigants? The Overlooked Problem of Party Autonomy in Dispute resolution*, 51 HASTINGS I. J. 1199, 1258 (2000).

91. Alan S. Rau, *Contracting Out of the Arbitration Act*, 8. AM. REV. INT'L ARB. 225, 231 (1997).

92. For UNCITRAL Model Law see supra note 61.

93. Compare Article 34 and Article 36 of UNCITRAL Model Law which is completely same as Article V of the New York Convention.

94. *Bowen* at 935.

95. *Chicago Typographical* at 1505.

96. See Elisabeth J. Anderson, supra note 83 at 15.

97. *Schoch v. Infousa*, 341 F. 3d 785 (8th Cir. 2003) at 789 n. 3.

tion and litigation must be maintained, and courts cannot interfere in arbitration proceedings more than is provided by the FAA.

c) International Implications

Probably in the future U. S. courts will be asked to decide whether expansion of judicial review is allowed under the New York Convention. Otherwise, what will happen in cases where the American parties seek enforcement of the arbitral award revised by the American courts in accordance with their agreement on expanded judicial review (federal courts of the Third, Fourth and Fifth Circuits) in a foreign jurisdiction pursuant to the New York Convention? Will foreign courts recognize and enforce the American arbitral award under the New York Convention or the American court decision? In both situations the recognition and enforcement would likely be denied because with the exception of the United States (certain states) and the United Kingdom, other jurisdictions do not permit expanded judicial review for domestic arbitral awards. International reception of awards which have been reviewed on the facts of law is completely uncertain.

Conclusion

The debate over expanded judicial review of arbitral awards will continue in the U. S. until the Supreme Court decides to resolve this issue.⁹⁸⁾ Permitting expanded judicial review, the Third, Fourth and Fifth circuits created uncertainty in the United States and abroad. Opting for expanded judicial review is not the best choice for the parties, and they can end up, - beside wasting time and money, - with a result they did not anticipate.

98. The Supreme Court dismissed petition for writ of certiorari in *McLaland* (4th Circuit decision permitting expanded judicial review) and in *Kyocera* (9th Circuit decision denying expanded judicial review).

Мирјана Цукавац, LL. M.
Секретар Спољнотрговинске арбитраже
при Привредној комори Србије

ПРОШИРЕНА СУДСКА КОНТРОЛА АРБИТРАЖНЕ ОДЛУКЕ

Резиме

*Тужба за понишљај арбитражне одлуке је ванредно правно средство које се може поднети из разлога који су лимитирани и таксонивно наведени законом. Питање да ли странке могу својом вољом проширити обим судске контроле арбитражне одлуке стоја у једно од најважнијих питања савремене арбитраже. У свом раду аутор даје приказ ИСС случаја *Quoseca* где је понишење арбитражне одлуке из разлога које су странке креирале својим уговором изазвало лавину дебата и неколико супротних судских одлука и анализира различита мишљења и одлуке које су по овом питању донели амерички судови базирајући их на различитој интерпретацији Савезног закона о арбитражи (FAA).*

Кључне речи: *арбитражна одлука, понишљај, разлози за понишљај, судска контрола.*

Мр Милена Ђорђевић
асистент, Правни факултет
Универзитета у Београду

UDK: 339.137.4:347.73
339.54:061.1(100)

Дампинг*

*"Дампинг је постојао, како у закону тако и у пракси, све оно против чега убедите Владу да води антидампински постојао."*¹⁾

*"Антидампинске мере су обичне проекционистичке мере, али са изванредном службом за односе са јавношћу."*²⁾

Резиме

У овом чланку аутор анализира основне елементе дампинга као правне категорије, односно облика продаје робе на страваном тржиштву по цени испод нормалне вредности која подлеже примени антидампинских мера уколико наноси знатну штету домаћој индустрији, трети таквом штетом или кочи њен развој.

* Овај чланак настао је као резултат учешћа на пројекту "Развој правног система Србије и хармонизација с правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти)" Правног факултета Универзитета у Београду.

-
1. J. M. Finger, Antidumping How It Works and Who Gets Hurt, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1993, стр. viii.
 2. J.M. Finger, The Origins and Evolution of Antidumping Regulation, World Bank, Working Papers, WPS 783, октобар 1991, стр. 42.

Након уводних напомена о појму и врстама дампинга, аутор детаљно разматра основна правила новог Закона о спољној трговинској пословању о антидампинском поступку у светлу међународних и ујоредноправних правила из ове области, постојеће антидампинске праксе ЕУ и САД и одлука органа за решавање спорова СТО.

Додатно, аутор у краћким цртама износи и ставове економске науке о дампингу и његовим ефектима на привреду једне земље.

На крају, аутор указује на неке могуће смернице развоја антидампинског законодавства у свету и даје препоруке за правилну и одмерену примену наших прописа из ове области.

Кључне речи: ГАТТ, дампинг, нормална вредност, конструисана вредност, извозна цена, знајна шпелта, антидампинске мере.

Уводне напомене. Средину 20. века обележила је борба за либерализацију и мултилатерализацију светске робне размене која је резултирала доношењем Општег споразума о царинама и трговини 1947. године (енг. *General Agreement on Tariffs and Trade*, у даљем тексту: ГАТТ).³⁾ Како су у то време високе царине биле основна препрека слободној трговини, то су и почетни напори либерализације међународне трговине били усмерени на смањење царинских препрека, уз уважавање принципа највећег повлашћења и националног третмана. С друге стране, смањење царинских ограничења пратио је тренд пораста броја нецаринских препрека (енг. *non-tariff barriers*) које су се показале као већа опасност по слободну трговину од високих царина.⁴⁾ Уместо укинутим или сниженим царинама непожељан увоз стране робе ефикасно је спречаван на низ других начина, нпр. техничким прописима или стандардима, правилима о царинском вредновању, па и антидампинским и компензаторним дажбама.

Правила ГАТТ-а показала су се превише уопштеним, те самим тим и подложним различитим тумачењима земаља чланица, да би омогућавала ефикасну борбу против протекционистичке политике појединих земаља. Из тог разлога је пажња међународне заједнице 70-их и 80-их година прошлог века преусмерена на решавање проблема нецаринских препрека слободној трговини. Резултат ових напора је доношење, а касније и новелирање, посебних кодекса којима се детаљно регулише примена мера трговинске политике.⁵⁾

3. На Конференцији УН у Хавани на 1947. године састали су се представници 53 земље света с циљем формирања Међународне трговинске организације. Иако у овим напорима нису успели, сачињен је текст ГАТТ-а, који су у Женеви потписали представници 23 земље. Више о томе видети: J. Jackson, *The World Trading System, Law and Policy of International Economic Relations*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2002, стр. 35-43. Југославија је ратификовала текст ГАТТ-а 26.7. 1966. године (објављен у Службеном листу СФРЈ-Међународни уговори, бр. 12/66).

4. Више о томе видети: J. Jackson, наведено дело, стр. 139-142.

Колико су ови кодекси допринели либерализацији међународне трговине доводи се у питање у стручној литератури из ове области. Статистички подаци указују на приметан пораст примене мера трговинске политике у последње две деценије у односу на претходни период.⁶⁾ То често води квалификацији протекционистичког понашања. О протекционизму, између осталог, може бити речи и приликом избора једне од могућих мера трговинске политике. Статистика показује да се у пракси далеко чешће примењују антидампиншке и компензаторне мере од мера заштите од прекомерног увоза.⁷⁾ Ово можда због блажих услова који морају бити испуњени, али, свакако и због могућности индивидуализације мера према конкретном учиниоцу. Наиме, док се мере заштите од прекомерног увоза примењују *erga omnes*, дотле се антидампиншке и компензационе мере примењују само на извознике тј. државе извозника у поступку испитивања. Њихова примена, у том смислу, даје повода констатацијама о прикривеном протекционизму. Ову тврдњу додатно потврђује и повећани интензитет примене антидампиншких мера у односу на компензаторне мере.⁸⁾ За разлику од антидампиншких мера које санкционишу

5. Ради се, пре свега о следећим мерама: антидампиншке дажбине (енг. *antidumping duties*), компензаторне дажбине (енг. *countervailing duties*) и мере заштите од прекомерног увоза (енг. *safeguards*). Занимљиво је да је простор посвећен антидампиншким мерама за време Кенеди рунде заузимао 11 страна, односно 4613 речи, за време Токио рунде 17 страна, 6712 речи, да би за време Уругвајске рунде тај број малтене удвостручен и износи 26 страна и 11746 речи.
6. У било којој години протекле две деценије примењено је више антидампиншких мера широм света него за читав период између 1947. и 1970. године (Z. Zarnic, Antidumping, доступно на: <http://willmann.bwl.uni-kiel.de/~gerald/awsem-02/zarnic.pdf>). Само у периоду између 1. јула 2004. године и 30. јуна 2005. године изречено је 282 привремених и коначних мера у антидампиншким поступцима у 24 земље чланице СТО. Највећи број мера – 46 примењен је у САД. Следи Кина са 40, Индија са 39, Европска унија са 24, Турска са 18, Јужна Кореја и Канада са по 16, Мексико са 14 и Малазија и Јужна Африка са по 10. Видети Annex D Извештаја Комитета за антидампиншку праксу при СТО из 2005. године, доступан на: www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/adp_e.htm. Посебно забрињава чињеница што се претежан број антидампиншких мера предузима према земљама у развоју. Примера ради, у периоду између 1.1. 1995. и 31.12.2005. Европска унија је иницирала 327 антидампиншких поступака од којих 60 отпада на Кину, 27 на Индију, 25 на Кореју, 19 на Тајван, 16 на Русију, 15 на Тајланд, 13 на Малазију, 12 на Индонезију и 10 на Пољску. С друге стране, свега 8 случајева је иницирано против Јапана и 9 против САД. (A. Sapir, Some Ideas for Reforming the Community Anti-Dumping Instrument, 11. јул, 2006, стр. 3, доступно на: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/august/tradoc_129815.pdf
7. Примера ради, у периоду од завршетка Токио рунде преговора 1979. године па до 1995. године Европска унија је иницирала 550 антидампиншких поступака, а свега 20 поступака за примену мера заштите од прекомерног увоза (видети: P. Hoeller, N. Girouard, A. Colecchia, The European Union's Trade Policies and Their Economic Effects: Economics Department Working Papers No. 194, OECD, Paris, 1998). Према подацима СТО у периоду од 1995-2001. године земље чланице СТО покренуле су 1845 антидампиншких поступака, 143 поступка за примену компензационих мера и свега 65 поступака за примену мера заштите од прекомерног увоза (видети: T. Stewart, A. Dwyer, M. Prado, Antidumping, Countervailing Duties and Trade Remedies: "Let's Make a Deal"??- Views From a Domestic Practitioner, International Lawyer, бр. 37, 2003, стр. 762).

некоректно понашање тржишних учесника поједине земље, примена компензационих мера подразумева постојање некоректне добити коју тржишни учесник неке земље остварује управо захваљујући асистенцији (субвенцији) те земље.⁹⁾ Из тог разлога примена компензаторних мера захтева претходну анализу њиховог потенцијалног дејства на политичке односе конкретне земље и земље извознице и, зарад очувања добрих односа (и спречавања реторзије), често води другим решењима а не примени саме мере.

Тешко је, међутим, повући јасну линију разграничења између протекционизма, с једне стране, и легитимне заштите сопствених економских интереса, с друге стране. Један могући критеријум разграничења представља законитост предузетих мера.¹⁰⁾ У том смислу, ако се ради о мерама које су донете у складу са правним правилима која регулишу међународну трговинску размену, тешко је аргументовати тврдњу да је ту реч о протекционизму. Међутим, како неретко у примени ових мера дође до повреде неке правне норме, то с правом и сама мера бива оквалификована као протекционистичка. Из тог разлога, даљи напори либерализације међународне трговине морају обезбедити: 1) смањење броја предузетих мера трговинске заштите, 2) њихову усаглашеност са правом међународне трговине и 3) једнообразност њихове примене.

О потреби даљег усавршавања механизма примене мера трговинске политике сведочи и текст Министарске декларације усвојене новембра 2001. године у Дохи, којом се земље потписнице обавезују да ће из разлога повећане употребе мера трговинске политике "...приступити преговорима у циљу разјашњавања и унапређења садржине Споразума о примени члана VI ГАТТ 1994 и Споразума о субвенцијама и компензационим мерама, уз очување основних концепата, принципа и дејства ових Споразума и њихових инструмената и циљева, а водећи рачуна о потребама земаља у развоју и неразвијених земаља." ¹¹⁾

Иако ГАТТ предвиђа више различитих мера трговинске политике, предмет овог рада јесу антидампиншке мере, јер се у пракси најчешће јављају и изазивају највише контроверзи око начина њиховог доношења и примене. Полазна тачка у овом раду јесу решења домаћег права која се тичу основних елемената дампинга, као правне категорије, разматрана у контексту међународних и упоредноправних правила, антидампиншке праксе и одлука Тела за решавање спорова Светске тр-

8. Само у периоду између 1. јула 2003. и 30. јуна 2004. године у земаљама чланицама СТО на 239 покренутих антидампиншких поступака, долази свега 15 поступака за примену компензационих мера. Видети: WTO Annual Report 2005, стр. 38-40, доступан на: www.wto.org/English/res_e/reser_e/annual_report_e.htm
9. Упореди СТО Споразум о примени члана VI ГАТТ (у даљем тексту: Антидампиншки кодекс) и СТО Споразум о субвенцијама и компензаторним мерама, доступно на: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm
10. Више о томе видети: М. Илешкић, Антидампинг и друге мере трговинске заштите у праву Европске економске заједнице, докторска дисертација, Љубљана, 1987, стр. 1-2.
11. Параграф 28. Министарске декларације од 14. новембра 2001, Доха, доступне на: http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm

говинске организације. Иако примена антидампиншких мера подразумева претходно спроведен поступак, правила антидампиншког поступка овде неће бити разматрана, већ ће аутор оставити да она буду повод неком другом раду.

Извор права. Прве покушаје правног регулисања некоректног поступања у међународној трговини можемо наћи још у другој половини 19. века.¹²⁾ Посебно антидампиншко законодавство, с друге стране, издваја се на прелазу из 19. у 20. век и то у оним земљама које су у том периоду најинтензивније развијале своју привреду. Тако први позитивноправни извор представља канадски Царински закон од 1904, после кога ће уследити и слични прописи Новог Зеланда (1905), Јужне Африке (1914), Аустралије (1916) и најзад САД (1916 и 1921). Бојазан да ће стране компаније дампиншким извозом истерати домаће компаније са тржишта и креирати монополе, мотивисало је ове земље да донесу прописе којима предвиђају примену антидампиншких мера.¹³⁾

У Европи се потреба заштите домаћег тржишта од поплаве јефтине увозне робе јавља тек тридесетих година, у време велике светске економске кризе. Управо у то време, под окриљем Лиге народа, познати амерички економист Јакоб Винер је припремио своју класичну студију о проблему дампинга.¹⁴⁾ Ова студија је уједно користила и као полазни материјал за припрему предлога за светску економску конференцију 1936. године.¹⁵⁾ Међутим, напори на изградњи међународне правне регулативе дампинга утихнули су под налетом Другог светског рата.

Даљи развој међународних прилика водио је доношењу ГАТТ-а чији је саставни део и члан VI који до данашњих дана представља основ за целокупну међународноправну, па и националну регулативу антидампиншких мера у свим земљама потписницама ГАТТ.¹⁶⁾ При томе, важно је напоменути да текст ГАТТ-а не забрањује дампинг као облик наступања на страним тржиштима, већ само овлашћује државе потписнице да у случају таквог наступања примене заштитне мере ако постоји штета по домаћу индустрију.¹⁷⁾

12. Аустријско-француски трговински споразум од 1862, Конвенција о оснивању немачке царинске уније од 1865. и тзв. Шеферна конвенција од 1864. и 1902. године.
13. J.M. De Vault, *The Efficacy of Antidumping Duties*, Garland Publishing Inc., New York & London, 1993.
14. J. Viner, *Dumping – a Problem in International Trade*, New York 1923.
15. J. Viner, *Memorandum on Dumping*, L.N..Doc.C.E.C.P. 36(1), Geneva, 1926.
16. Од 149 земаља чланица СТО до 1. новембра 2005. године њих 96 је пријавило Комитету за антидампинг постојање антидампиншког законодавства. Међу њима је и Европска унија чијих се 25 држава чланица рачуна као једна чланица СТО. Видети Извештај Комитета за антидампиншку праксу при СТО из 2005. године, стр. 2 и Annex A, доступан на: www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/adp_e.htm. То практично значи да на свету тренутно најмање 120 земаља има антидампиншко законодавство. Оправдано је очекивати да је овај број и већи, обзиром да је одређен број земаља које чекају на СТО чланство већ донео антидампиншке прописе као нпр. Србија и Црна Гора.
17. J. Jackson, W. Davey, A. Sykes, *Legal Problems of International Economic Relations*, Westgroup, St Paul, Min, 1995, стр. 686.

Како је формулација ГАТТ-а у вези са применом антидампиншких мера била превише уопштена, то она није довела до очекиваних резултата већ је примене антидампиншких мера била веома неуједначена. Из тог разлога је на дневни ред Кенеди рунде мултилатералних трговинских преговора (1964-1967) стављен и проблем дампинга с циљем да се комплексном међународном унификацијом антидампиншких прописа спречи да "протекционистичка антидампиншка политика појединих држава уништи све што је постигнуто на подручју либерализације светске трговине."¹⁸⁾ Ова настојања крунисана су потписивањем Споразума о примени члана VI ГАТТ, познатијег као Антидампиншког кодекса од 1967.¹⁹⁾ Овај кодекс је новелиран током Токио рунде (1973-1979) и Уругвајске рунде преговора (1986-1994)²⁰⁾ и данас представља основни модел антидампиншког законодавства у око стотину земаља света. Међу њима је и Србија.²¹⁾

Доношењем новог Законом о спољнотрговинском пословању²²⁾ и Уредбе о ближим условима за примену антидампиншких мера²³⁾ први пут су у нашем праву детаљније уређена правила за примену антидампиншких мера које Закон дефинише као "посебну дажбину на увоз робе која се уводи ради отклањања последица дампинга" (члан 35. став 1).²⁴⁾

Појам дампинга. Израз "дампинг" потиче од енглеског глагола "*to dump*" што значи: 1. свалити, истоварити; 2. продавати (робу у иностраној земљи) испод тржишне цене; бацати робу на тржиште.²⁵⁾ У политичком животу први пут се среће мо са употребом овог израза већ 1791. године када су САД званично протествовале код владе Велике Британије из разлога што су сматрали да Велика Британија

18. Резолуција министара од 22.5.1963, GATT Doc. No. (53) 9 од 22.5.1963.

19. Међу 17 земаља потписница била је и Југославија.

20. Споразум о примени члана VI ГАТТ из 1994. године Југославија је ратификовала 1998. године (објављен у Службеном гласнику СРЈ – Међународни уговори бр. 7/98).

21. О односима Србије и ГАТТ, односно СТО видети: Р. Ђуровић, Међународно привредно право, Савремена администрација, Београд, 2004, стр. 86-88; Р. Ђуровић, А. Ђирић, Међународно трговинско право, општи део, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2005, стр. 115-116; В. Стојиљковић, Међународно привредно право, ИП Јустинијан, Београд, 2003, стр. 70-71.

22. Закон о спољнотрговинском пословању, Службени гласник РС, бр. 101/2005 (у даљем тексту: Закон).

23. Уредба о ближим условима за примену антидампиншких мера, Службени гласник РС, бр. 36/2006 (у даљем тексту: Уредба).

24. Изменама из 1998. године тада важећег Закона о спољнотрговинском пословању (Службени лист СРЈ бр. 46/92, 24/94, 28/96, 29/97, 59/98, 44/99, 53/99, 73/00 и 23/01) отворена је могућност примене антидампиншких мера, али је изостала детаљнија процедура. Сва правила о дампингу у овом закону налазила су се у свега седам ставова једног члана (члан 60. Закона). За разлику од претходног, нови Закон прописује правила антидампиншког поступка у 18 чланова (четвртина од укупног броја чланова), а Уредба о ближим условима за примену антидампиншких мера у 39 чланова.

25. М. Бенсон, Енглеско-српскохрватски речник, Просвета, Београд, 1986, стр. 212.

жели да преплави америчко тржиште дампиншким извозом (у ствари субвенционираним) и тако угрози самостални раст и развој америчке привреде.²⁶⁾

Први покушај дефиниције дампинга у стручној литератури налазимо код класика економске анализе савремених проблема међународне трговине проф. др Јакоба Винера који дампинг дефинише као "ценовну дискриминацију између различитих тржишта".²⁷⁾ Ова дефиниција је и данас, после нешто више од 80 година, тачна и слаже се како са дефиницијама усвојеним на међународном тако и на унутрашњем, државном нивоу. Тако ГАТТ предвиђа да дампинг постоји у случају "...извоза робе из једне државе у другу по цени која је нижа од нормалне вредности робе",²⁸⁾ а прописи САД увек кад се роба "продаје на тржиште САД по цени која је нижа од поштене вредности".²⁹⁾ Како се и "нормална" и "поштена" вредност робе утврђују поређењем извозне цене са ценом по којој се производ продаје на домаћем тржишту, то је и данас типичан пример дампинга управо онај обухваћен Винеровом дефиницијом тј. случај када се роба на страном тржишту продаје јефтиније него на домаћем.

Иако је ГАТТ дефиниција дампинга наишла на широку употребу од стране бројних законодавстава, па и прописа Европске уније,³⁰⁾ наш Закон о спољнотрговинском пословању је усваја али и проширује захтевима да такав увоз робе изазива или прети да изазове штету постојећој производњи, односно знатно успорава стварање домаће производње (члан 35. став 2).³¹⁾ На овај начин законодавац разграничава дампинг као чисто економску категорију, која се огледа у начину пласмана робе на страном тржишту, од дампинга као правне категорије, који представља недопуштenu радњу против које држава увоза може иступити мерама које би иначе према систему правила међународне трговине биле недозвољене, а под условом постојања штете коју такав извоз треба да проузрокује.

Врсте дампинга. У теорији се праве разлике између различитих појавних облика дампинга³²⁾. Неки од њих су правно релевантни, други не. Међутим, за раз-

26. Alexander Hamilton's Report to the Secretary of Treasury on Manufactures, 1791, цитирано према P.D.Ehrenhaft, Protection Against International Price Discrimination: United States Countervailing and Antidumping Duties, Columbia Law Review, бр. 58, стр. 51.

27. J. Viner, Dumping – a Problem in International Trade, New York 1923, стр. 3.

28. Члан VI ГАТТ-а и члан 2.1 Антидампиншког кодекса.

29. Америчка антидампиншка правила вуку корене из Антидампиншког закона из 1921. године којим је први пут предвиђен поступак за утврђивање постојања дампинга, тј. продаје на тржишту САД испод поштене вредности.

30. У 25 држава чланица Европске уније примењује се Регулатива бр. 384/96 од 22. децембра 1995 о заштити против дампиншког увоза из земаља не-чланица Европске уније, ОЈ 1995 L/1 (у даљем тексту: Основна Регулатива) са амандманима из 1996, 1998, 2000, 2002 и 2004. године. Текст Основне Регулативе и наведених амандмана доступан је на: http://europa.eu.int/comm/trade/issues/respectrules/anti_dumping/legis/index_en.htm. Дефиниција дампинга дата је у члану 1. ст. 2. Основне Регулативе.

31. И други антидампиншки прописи, наравно, примену антидампиншких мера условљавају постојањем штете по домаћу индустрију и постојањем узрочне везе, али ове услове не укључују и у саму дефиницију дампинга.

мевање економских разлога који воде дампингу, значајно је разликовање, које је извео још проф. Винер, на три основна облика дампинга: повремени дампинг, дугорочни или континуирани дампинг и краткорочни дампинг. Повремени дампинг се јавља у ситуацији где произвођач услед нагомиланих залиха, а у жељи да не обара цену на домаћем тржишту, продаје вишак залиха на страном тржишту по нижим ценама. Дугорочни дампинг се јавља кад извозник робу продаје на страном тржишту по ниској цени, без намере да у скорије време ту цену подигне. Краткорочни дампинг постоји кад извозник продаје робу по ниским ценама у релативно кратким раздобљима уз намеру да цену подигне на нормални или виши ниво чим му то тржишне прилике буду омогућиле.³³⁾ Овај појавни облик се често погрешно поистовећује са tzv. "отимачким" дампингом (енг. *predatory dumping*) где је разлог продаје робе по ниским ценама у намери извозника да уништи конкуренте и освоји тржиште.³⁴⁾

Економски мотиви дампиншког извоза, па и краткорочног, не морају бити мотивисани "отимачким" намерама извозника. Економска теорија наводи више разлога због којих ће извозник робу на страном тржишту продавати јефтиније него на домаћем.³⁵⁾ Између осталог, то може бити увођење новог производа на страном тржиште или прилагођавање важећој односно постојећој цени на страном тржишту.³⁶⁾ Додатно, сматра се да је економски неодрживо да предузме послује са губицима током дружег временског периода, неопходног за очување "отимачке" позиције.³⁷⁾ У том смислу не чуди податак да се "отимачки" дампинг у пракси изузетно ретко јавља.³⁸⁾

У сваком случају, економска теорија је сагласна да намера извозника да робу продаје јефтиније на страном тржишту, него на домаћем, није довољан предуслов за настанак дампинга, већ је неопходно да се испуне и следећи услови:

32. Државни дампинг, унакрсни дампинг, обрнути дампинг, посредни дампинг, дампинг са трећом земљом, повратни дампинг, прикривени дампинг, секундарни дампинг, социјални дампинг, услужни дампинг, дампинг у техничком смислу и валутни дампинг. Више о томе видети: М. Илешић, наведено дело, стр. 26-31.
33. J. Viner, *Dumping – a Problem in International Trade*, New York 1923, стр. 132-147.
34. У том смислу видети: М. Париводић, предговор Закона о спољнотрговинском пословању, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 20; Т. Рајчевић, Стварање правног оквира спољне трговине Србије, Правни живот бр. 11/2005, Београд, стр. 505.
35. P.R. Krugman, M. Obstfeld, *International Economics: Theory and Policy*, Addison Wesley Series, Boston 2003, стр. 143-145; C.G. Krouse, *US Antidumping Law and Competition in International Trade*, *Journal of the Economics of Business*, Vol.1, No.2, 1994, стр. 294; R.W. McGee, *Abolish the Antidumping Laws*, *Economic Affairs* Vol. 22, бр. 4, 2002, стр. 50.
36. V. Epstein, *The Illusory Conflict between Antidumping and Antitrust*, *Antitrust Bulletin* бр. 18, 1973, стр. 2.
37. R. Krishna, наведено дело, стр. 7; R.W. McGee, наведено дело, стр. 50.
38. R.M. Isaacs, V.L. Smith, *In Search of Predatory Pricing*, *Journal of Political Economy* бр. 93, 1985, стр. 320; OECD, *Predatory Pricing*, Paris, 1989, стр. 81; P.A. Messerlin, G. Reed, *Antidumping Policies in the United States and the European Community*, *The Economic Journal*, Vol. 105, No. 433, новембар 1995, стр. 1568; R.H. Koller, *The Myth of Predatory Pricing: An Empirical Study*, *Antitrust Law and Economics Review*, бр. 3, 1971, стр. 105-123.

1. постоје сегментирана тржишта тако да је извозничко тржиште у потпуности заштићено од могућности повратка извезене робе на домаће тржиште,

2. извозник поседује тржишну снагу на барем једном од тржишта довољну да утиче на цену и

3. потражња на тржишту увоза је еластичнија него на тржишту извозника, тј. продаја брже реагује на ниже цене.³⁹⁾

Утврђивање елемената дампинга. Сматра се да постоји дампинг када је извозна цена одређеног производа на тржиште земље увознице нижа од нормалне вредности за исти производ.⁴⁰⁾ Додатно, да би постојање дампинга оправдало примену антидампинских мера неопходно је да дампиншки увоз: а) изазива или прети да изазове знатну штету постојећој домаћој производњи, или б) знатно успорава стварање домаће производње.⁴¹⁾ У том смислу, како би се у поступку испитивања донела одлука да ли има места примени антидампинских мера или не, неопходно је утврдити следеће елементе:

1. нормалну вредност,

2. извозну цену,

3. упоредити обе наведене вредности,

4. израчунати евентуалну разлику између наведених вредности, односно дампиншку маржу тј. стопу дампинга,

5. опасност или постојање знатне штете домаћој производњи, односно доказати да дампиншки увоз знатно успорава стварање домаће производње и

6. узрочу везу између дампиншког увоза и штете коју трпи или која прети домаћој производњи.

1. Нормална вредност. Основно правило гласи да ће се као нормална вредност узети упоредива цена истог или сличног производа на домаћем тржишту тј. тржишту државе извознице (домаћа цена), која је одређена у уобичајеном току трговине и која укључује производне трошкове (енг. *manufacturing costs*) увећане за износ продајних, општих и административних трошкова (енг. *sales, general and administrative costs*).⁴²⁾

Домаћа цена. Под домаћом ценом се поред цене на тржишту земље извоза, може под одређеним околностима узети и цена у земљи порекла тј. у земљи у којој је производ произведен. До овога може доћи у случају када се роба само транзитно продаје преко земље извоза (нпр. у случају реекспорта), као и у случају да се исти производ у овој земљи уопште не производи и не продаје. Треба напоменути да ће се домаћа цена узети у обзир и у случајевима када је она вештачки увећана било државним мерама, било тржишном ситуацијом тј. монополистичким тенденцијама у приликама непотпуне конкуренције. Комисија Европске уније је у неко-

39. P.R. Krugman, M. Obstfeld, наведено дело, стр. 142-143. В.М. Hoekman, М.Р. Leidy, Dumping, Antidumping and Emergency Protection, Journal of World Trade бр. 23, 1989, стр. 30-31.

40. Члан 2.1. Кодекса, члан 35.2. Закона.

41. Члан 35. став 2. Закона и члан 2. Уредбе.

42. Члан 35. ст. 3. тач. 1. Закона.

лико наврата одбацила приговоре извозника против примене оваквих цена, сматрајући да нормални услови пословања не значе нужно и стање перфектне и слободне конкуренције.⁴³⁾

"Слична роба". За примену антидампинских мера, у различитим фазама поступка, јавља се потреба дефинисања сличне робе (енг. *like product*). Ово питање је од великог практичног значаја, обзиром да од њега у великој мери зависи даљи ток и исход поступка. Обзиром на различитост типова и модела који се пласирају на тржиште тешко је утврдити да ли се у конкретном случају ради о другом типу истог производа или о другом производу. Без одређивања овог појма, немогуће је одредити, како нормалну вредност производа, тако и које све произвођаче обухвата појам домаће индустрије, од чега опет зависи утврђивање постојања знатне штете и узрочне везе.

Антидампински кодекс у члану 2.б. дефинише сличан производ као производ који није у потпуности исти, али чија су својства битно слична својствима робе која је предмет увоза, односно роба која је према својствима у битној мери замењива са робом која је предмет увоза.

Ову дефиницију усваја и наш законодавац.⁴⁴⁾ Међутим, анализа америчке антидампинске праксе показује да ова дефиниција не доприноси много разрешењу проблема.⁴⁵⁾ Напротив, предмет је неуједначеног тумачења што не доприноси правној сигурности и не помаже извознику у доношењу одлука о пласману производа на инострану тржишта, јер не може да предвиди да ли ће његов извоз бити подложен антидампинским мерама или не. У том смислу неопходно је уједначити критеријуме одлучивања о овом питању и учинити их доступним јавности.

43. Видети одлуку у случају *Pears in syrup (Australia, China and South Africa)*, OJ 1983 L196/22.

44. Члан 35. ст. 3. тач. 3. Закона.

45. Тако је у америчкој пракси забележено да један исти орган у различитим ситуацијама усваја различите критеријуме "сличности" производа. Примера ради, утврђујући у којој фази производње скуп делова производа постаје сличан производ или најсличнији финалном производу по карактеристикама и употреби, Комисија за међународну трговину САД је у случају *Fireplace Mesh Panels from Taiwan* утврдила да увезене решетке за роштиљ (производ у каснијој фази производње) нису сличан производ производу који је у ранијој фази производње (решетке). Видети одлуку у случају *Fireplace Mesh Panels from Taiwan*, USITC Pub. 1186, Inv. No. 731-TA-49, 1981, стр. 3-4. По истом принципу, Комисија је у случају *Forged Undercarriage Components from Italy* утврдила да одређени полупроизводи не представљају сличан производ готовом производу. Видети одлуку у случају *Forged Undercarriage Components from Italy*, USITC Pub. 1394, Inv. No. 731-TA-201, 1983, стр. 10-11. Међутим, у случају против извозника албума за слике и странице за албуме за слике из Хонг Конга и Кореје Комисија је донела одлуку да се албуми и странице за албуме имају сматрати сличним производом из разлога што странице за албуме представљају основну карактеристику албума. Видети одлуку у случају *Photo Albums and Photo Filler Pages from Hong Kong and the Republic of Korea*, USITC Pub. 1784, Inv. Nos. 731-TA-240 and 241, 1985, стр. 4-5. Додатно, у случају против извозника најлона из Јапана Комисија је утврдила да сечени и несечени најлон представљају један исти производ јер сечење најлона захтева минимална додатна капитална улагања. Видети одлуку у случају *Nylon Impression Fabric from Japan*, USITC Pub. 1726, Inv. No. 731-TA-269, 1985, стр. 4-5.

Изузеци. Од основног принципа да се домаћа цена узима као основ утврђивања нормалне вредности постоје одређена одступања. Реч је о ситуацијама када се:

а) производ не продаје на домаћем тржишту, или је обим производње нерепрезентативан,

б) производ не продаје на домаћем тржишту у уобичајеном току трговине (енг. *in the ordinary course of trade*),

в) ако цене на домаћем тржишту не пружају поуздан основ за правилно поређење,

г) ако је извозник из земље нетржишне привреде.

А. Нема домаће продаје. Постоји више разлога услед којих се производ неће продавати на домаћем тржишту. Класичан пример за то је кад у земљи производње не постоји потражња за тим производом.⁴⁶⁾

У Европској унији ће се у овом случају нормална вредност израчунавати у односу на цене других извозника ове робе, а уколико то поређење није поуздано, онда ће се нормална вредност конструисати у складу са чланом 2(3) Основне Регулative.⁴⁷⁾

Б. Уобичајен ток трговине. Разграничити уобичајене од неуобичајених токова трговине једно је од најкомпликованијих питања антидампиншког поступка. У пракси су се издвојила три оваква случаја:

1. када се производ продаје по ценама које не покривају трошкове производње (енг. *sales below cost*),

2. када се ради о продајама између повезаних лица (енг. *associated persons*),⁴⁸⁾

3. када је реч о компензаторним аранжманима (енг. *compensatory arrangements*).⁴⁹⁾

Могући су, наравно, и други случајеви када се продаја неће сматрати у уобичајеном току трговине. Тако је у пракси Европске уније заузет став да се не ради о

46. С једним оваквим случајем суочио се амерички Трезор 1975. године када је предмет антидампиншког поступка био увоз електричних голф возила из Пољске. Како Пољска није имала голф терене, то се овај производ и није продавао у Пољској. Из тог разлога САД је морала да прибегне алтернативном начину израчунавања нормалне вредности. Конкретно, она је ову вредност "конструисала" на основу података о вредностима фактора производње у Канади, коју је узела као аналогну земљу обзиром да је Пољска у то време важила за земљу нетржишне привреде. Међутим, на крају стварни подаци канадских произвођача нису коришћени јер их није ни било. Зато је Трезор нормалну вредност израчунао користећи претпоставке колико би на основу токова на канадском тржишту износили фактори производње за производњу овог производа. Видети одлуку у случају: *Electric Golf Cars from Poland, Federal Register* 40 (1975) 25497.

47. Van Bael & Bellis, наведено дело, стр. 54.

48. Тада се као основни принцип израчунавања нормалне вредности узима прва продаја независном лицу. Стварно плаћене цене ће се користити само уколико се докаже да овакав однос повезаности није имао утицаја на цене. Видети: Van Bael & Bellis, *Anti-Dumping and Other Trade Protection Laws of the EC*, Kluwer Law International, Hague, 2004, стр. 58-59.

49. Примењиваће се иста правила као за повезана лица.

продаји у уобичајеном току трговине ако је цене производа одредила држава,⁵⁰⁾ у случају продаје узорака,⁵¹⁾ продаје другоразредних производа⁵²⁾ и сл.

Продаја испод трошкова производње. Антидампиншки кодекс дефинише у којим ситуацијама ће се сматрати да продаја испод трошкова производње није обављена у уобичајеним токовима трговине, те се из тог разлога може занемарити приликом утврђивања нормалне вредности.⁵³⁾

Реч је о продајама производа у знатним количинама по ценама испод фиксних и варијабилних трошкова по јединици производа увећаних за продајне, опште и административне трошкове током дужег временског периода (најчешће годину дана, али ни у ком случају испод 6 месеци).

Сматра се да је дошло до продаје испод трошкова у знатним количинама уколико је:

а) пондерисан просек продајне цене испод пондерисаног просека трошкова по јединици производа, или

б) 20% од укупне количине продате робе је продато по цени испод трошкова.

Продаје испод трошкова производње могу се занемарити само уколико не дозвољавају повраћај трошкова у разумном року. Антидампиншки кодекс предвиђа да продаје дозвољавају повраћај трошкова у разумном року, уколико су цене испод трошкова у време продаје, а изнад пондерисаног просечног трошка током периода испитивања.

Економска теорија критикује санкционисање продаја испод трошкова као једног од облика дампинга,⁵⁴⁾ сматрајући да такви облици понашања не морају бити мотивисани "отимачким" намерама, већ да су по правилу мотивисани сасвим разумним пословним разлозима.⁵⁵⁾

Један од могућих разлога примене антидампиншких дажбина на продаје испод трошкова производње јесте заштита домаћих произвођача од иностране конкуренције, што може бити погубно за укупно друштвено благостање.⁵⁶⁾ Други, сасвим изванредан разлог, јесте фундаментално непознавање или занемаривање разлика између укупних фиксних и варијабилних трошкова производње, просечних и маргиналних трошкова, краткорочних и дугорочних трошкова.⁵⁷⁾

50. Видети одлуку у случају: *Cotton yarn (Brazil, Egypt, Turkey)*, OJ 1991 L271/17.

51. Видети одлуку у случају: *Electronic weighing scales (Singapore, Korea)*, OJ 1993 L 112/20.

52. Видети одлуку у случају: *Certain hot-rolled flat products of non-alloy steel (China, India, Romania)*, OJ 2000 L36/4.

53. Члан 2.2.1. Антидампиншког кодекса.

54. Више о томе видети: B. Lindsey, *The US Antidumping Law: Rhetoric versus Reality*, Cato Institute's Center for Trade Policy Studies, *Trade Policy Analysis* бр. 7, 1999, стр. 15-20, доступно на: http://cato.org/pub_display.php?pub_id=3650&print=Y; W. J. Davey, *Antidumping Laws in the GATT and the EC* у J. Jackson, E.A. Vermulst, *Antidumping Law and Practice, A Comparative Study*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1989, стр. 296-7; P. R. Krugman, M. Obstfeld, наведено дело, стр.145; L. D'Andrea Tyson, *Who's Bashing Whom? Trade Conflicts in High-Technology Industries*, Institute for International Economics, 1992, стр. 268; J. Jackson, наведено дело, стр. 252.

О погрешном сврставању "продаја испод трошкова" под дефиницију дампинга, говори у прилог и чињеница да би примена истог стандарда на домаће продаје у САД нужно водила закључку да 50-90% америчких компанија послује по "отимачким" ценама.⁵⁸⁾

Из ових разлога у теорији се предлаже да се важећи антидампиншки систем редефинише узимајући у обзир структуру трошкова компаније и уз уважавање економске стварности. У том смислу један аутор предлаже увођење "семафор" система у антидампиншки поступак, тј. подела различитих облика дампинга на начин сличан разликовању субвенција у СТО Споразуму о субвенцијама и компензаторним мерама, при чему би поједини облици дампинга долазили под домашај антидампиншких мера, а други не.⁵⁹⁾ Тако се у односу на произвођачев "праг рента-

55. Примера ради, претпоставимо да лице А производи милион радио уређаја годишње при чему се производња одвија у једној фабрици од 8 ујутру до 6 поподне. Претпоставимо даље да је цена радио уређаја на домаћем тржишту 20 еура, од чега 4 еура представља профит. Претпоставимо да 10 еура по производу отпада на варијабилне трошкове производње (плате, трошак материјала, и сл), а да су фиксни трошкови 6 еура (постројења, рента и сл). Обзиром да лице А остварује профит од 4 еура по производу са својих милион продаја годишње, очигледно је да је овај износ довољан да покрије све његове фиксне трошкове. У таквим условима, лице А може додатно да производи и продаје радио уређаје по било којој цени изнад својих варијабилних трошкова од 10 еура и да оствари додатни профит. На пример, лице А би могло да уведе и ноћну смену производње и произведе још додатних милион радио уређаја годишње, које би продавало по цени од нпр. 14 еура. Под тим условима лице А би зарадило још 4 милиона евра годишње. Наравно, претпостављајући да ове продаје не утичу повратно на цену првих милион производа. Задовољење овог услова захтева постојање сегментираних тржишта. Другим речима, лице А мора да потражи друго тржиште на коме би пласирало производе из ноћне смене. При чему то тржиште треба да је такво да купци не могу лако да реекспортују робу на прво тржиште. У супротном, дошло би до смањења цена првих милион производа. Продаја на страним тржиштима под овако описаним условима јесте рационална пословна одлука и не постоји економско оправдање за њено санкционисање антидампиншким мерама.
56. А. Deardorff, *Economic Perspectives on Antidumping Law*, у J. Jackson, E.A. Vermulst, наведено дело, стр. 39.
57. Укупни трошкови су збир фиксних и варијабилних трошкова. Фиксни трошкови не зависе од обима производње и не мењају се с променом обима производње. Употреба земљишта, трошкови амортизације производне опреме, само су неки од уобичајених примера фиксних трошкова. Варијабилни трошкови се мењају с променом обима производње. Типичан пример су трошкови рада. Осим укупних величина постоје и просечне величине. У случају просечних трошкова висина трошкова се доводи у везу са обимом производње. Тако се просечни трошкови добијају кад укупне трошкове поделимо са одговарајућим обимом производње. Маргинални трошкови показују колико кошта свака нова произведена јединица производа. Више о томе видети: М. Лабус, *Основи економије*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Београду, Београд, 2006, стр. 357-360; Р.А. Samuelson, *Economics*, New York: McGraw-Hill, 1980, стр. 440-442.
58. J. Stiglitz, *The Future of the WTO and the International Trading System*, Apec Study Center, 2002, стр. 10, доступно на: <http://www.columbia.edu/cu/business/apec/wto.pdf>
59. R. Bhala, *Rethinking Antidumping Law*, *George Washington Journal of International Law and Economics* бр. 29, 1995, стр.128-142.

билности" (енг. *break-even point*)⁶⁰) и "праг обуставе производње" (енг. *shut-down point*)⁶¹) прави разлика на црвени дампинг – забрањени, жути – који изазива појачан опрез антидампиншких органа и зелени-безазлени дампинг.⁶²)

Основни недостатак овог система је у томе што његова примена захтева јасно разликовање фиксних и варијабилних трошкова, што није тако једноставан задатак обзиром да сваки трошак има како фиксну, тако и варијабилну компоненту. Самим тим, примена овог система не би елиминисала могућности за злоупотребу дискреционих овлашћења надлежних органа.

В. Цене не пружају поуздан основ за поређење. Сматраће се, пре свега, да цене не пружају поуздан основ за правилно поређење ако је реч о малим количинама

60. Праг рентабилности је ниво на којем цена произвођачевог финалног производа одговара минимуму просечног укупног трошка. На овој нивоу произвођач на дуги рок не зарађује додатни профит. Ипак, економски је рационално за произвођача да настави са производњом јер она покрива како фиксне тако и варијабилне трошкове. Испод овог нивоа, произвођач не може надокнадити своје укупне трошкове – он покрива фиксне трошкове, али не и све варијабилне трошкове. Ипак, још увек се може сматрати разумним да се настави са производњом и продајом робе по цени испод прага рентабилности докле год цена производа остаје изнад прага престанка производње. Видети: R. Bhala, наведено дело, стр. 128.
61. Праг обуставе производње је ниво на којем цена за произвођачев финални производ одговара или је мања од минималних просечних варијабилних трошкова. На овом нивоу произвођач не може да покрије ни један од својих варијабилних трошкова. Када је цена за финални производ толико ниска да произвођач остварује мање прихода у односу на износ варијабилних трошкова услед производње, економски је разумно да произвођач обустави производњу. Видети: R. Bhala, наведено дело, стр. 128.
62. Зелени дампинг постоји кад извозник продаје робу на страном тржишту по цени на или изнад прага рентабилности, односно по цени која је једнака или већа његовим минималним просечним трошковима. Овакво понашање сматра се економски рационалним, независно од односа цене овог производа и домаће цене. Извозник не само да покрива своје укупне трошкове, већ може да остварује и зараду. Из тог разлога, сматра се да нема места примени антидампиншких мера. Једино средство које остаје на располагању произвођачима у земљи увоза јесте да редукују своје трошкове како би њихова роба била конкурентни са робом из увоза. Видети: R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little Brown, Boston, 1994, стр. 309-310.

Жути дампинг постоји кад извозник продаје робу на страном тржишту по цени која је између прага рентабилности и прага обуставе производње, односно по цени на висини испод минималних просечних укупних трошкова али изнад просечних варијабилних трошкова. На краatak рок, овакво понашање сматра се економски оправданим. Међутим, на дуги рок може се радити о отимачком дампингу. У том случају, предлаже се да надлежни орган упозори извозника да преиспита своју ценовну политику како би избегао квалификацију црвеног дампинга и примену антидампиншких мера.

Црвени дампинг постоји кад извозник продаје робу на страном тржишту по цени испод прага обуставе производње, односно испод минималних просечних варијабилних трошкова. У овом случају, оправдано је закључити да се ради о случају отимачког дампинга. Остаје још да се утврди да ли је такав дампинг узрок знатне штете по домаћу индустрију. Уколико је одговор позитиван, предлаже се примена антидампиншких мера. Видети: R. Bhala, наведено дело, стр. 128-138.

продатим на домаћем тржишту. У том смислу важи правило да се домаће цене не узимају у обзир ако домаће количине не прелазе 5% узвезених количина истог производа.⁶³⁾ Ипак, надлежни орган треба да уважи и цене робе која је у мањим количинама продата на домаћем тржишту уколико су оне од таквог значаја да обезбеђују правилно поређење.

Сматраће се да цене на домаћем тржишту не пружају поуздан основ за правилно поређење када се продаја одвија кроз различите канале трговине.⁶⁴⁾ С друге стране, неће се сматрати да је овај услов испуњен уколико је производ на једном тржишту заштићен патентом а на другом не, или уколико се производ у једној земљи продаје на једном, а у другој на више делова тржишта.⁶⁵⁾

Г. Земље "нетржишне" привреде. У пракси ЕУ, САД и неких других земаља примена горе наведених правила изостаје, уколико се ради о извознику из земље "нетржишне" привреде (енг. *non-market economies*).⁶⁶⁾ Полази се, наиме, од претпоставке да у овим земљама домаће цене и трошкови производње не могу представљати поуздан основ за утврђивање нормалне вредности, па треба применити друге методе.⁶⁷⁾ Могућност овакве селективне примене општих правила предвидео је већ ГАТТ интерпретативном напоменом уз члан VI из 1955. у којој се каже да је "...опште познато да може доћи до посебних потешкоћа код упоређивања цена у случају извоза из земље која има потпун или претежан монопол над трговином, или у којој су све домаће цене одређене од стране државе; у оваквим случајевима је потребно предвидети могућност да стриктно упоређивање са домаћим ценама није увек прихватљиво."⁶⁸⁾

Основна разлика између начина утврђивања нормалне вредности код извоза из земаља нетржишне привреде и других земаља у пракси Европске уније је у томе што се у овом случају као основ за обрачунавање нормалне вредности не узимају подаци из земље извознице, већ подаци који важе за неку трећу, тзв. аналогну - референтну земљу. Када се утврди која ће то земља бити, поступа се као у случају извоза из земаља тржишне привреде.⁶⁹⁾

У пракси САД се на извоз из земаља нетржишне привреде примењује метод фактора производње. Он подразумева да је извозник у обавези да Министарству

63. Антидампиншки споразум члан 2.2, фуснота 2.

64. Видети одлуке у случајевима: *Compact disk players (Japan, Korea)*, OJ 1989 L205/5, *Radio broadcast receivers of a kind used in motor vehicles (Korea)*, OJ 1992 L34/8.

65. Видети одлуке у случајевима: *Ajinomoto Co. And The NutraSweet Co. V. Council*, 1997 ECR II-2461, *Polysulphide Polymers (USA)*, OJ 1998 L255/1.

66. J. Jackson W. Davey, A. Sykes, наведено дело, стр. 711. Према Основној Регулативи ЕУ о заштити против дампиншког увоза из земаља не-чланица Европске уније од 22. децембра 1995 следеће земље се сматрају земљама нетржишне привреде за сврхе примене антидампиншких прописа: Албанија, Јерменија, Азербејџан, Белорусија, Грузија, Северна Кореја, Киргистан, Молдавија, Монголија, Таџикистан, Туркменистан и Узбекистан.

67. Више о пословању са земљама нетржишне привреде видети: R.H. Folsom, M.W. Gordon, J.A. Spanogle, *International Business Transactions*, Westgroups St.Paul.Minn, 2000, стр. 308-335.

68. Доступно на: http://www.wto.org/English/res_e/booksp_e/analytic_index_e/gatt1994_04_e.htm#article6

69. Van Bael & Bellis, наведено дело, стр. 131-141.

трговине достави податаке о својим факторима производње, тј. податке о броју радних часова, количини материјала, потрошњи енергије и трошковима капитала, ради израчунавања нормалне вредности. Министарство тад конструише нормалну вредност вреднујући ове факторе и увећавајући их за износ продајних, општих и административних трошкова, и износ профита у односу на вредности ових фактора производње у аналогној земљи тржишне привреде која је значајан произвођач сличног производа и налази се на упоредивом степену економског развоја.⁷⁰⁾

Наш законодавац не предвиђа различиту примену закона у односу на земље нетржишне привреде, иако се већина њих налази у блиском окружењу Србије и сасвим извесно има трговинске односе са домаћим привредним субјектима. У том смислу, примена другачије методологије на увоз из ових земаља, слично праву ЕУ и САД, код нас није могућа.

Аналогна земља. Почетни и основни проблем одређивања нормалне вредности приликом извоза из земље нетржишне привреде у Европску унију јесте проблем одређивања референтне, аналогне земље. Ради се, дакле, о земљи, чије ће продајне цене истог производа, извозне цене или пак производни трошкови бити узети као основ за нормалну вредност. Обзиром на различитост услова привређивања у различитим земљама, очигледно је да је избор ове земље од великог значаја за даљи ток поступка као и за његов коначни исход.

Иако прописи Европске уније налажу да овај избор треба бити примерен и да не сме бити неразуман, у пракси се јављају нека, у најблажу руку, крајње необична решења.⁷¹⁾ Последица је да се у односу на земље нетржишне привреде одређују изузетно високе дампиншке марже, често преко 50%.⁷²⁾ То указује на отворену дискриминацију према овим земљама услед чега су оне практично спречене да извозе робу на европско тржиште.⁷³⁾ Многи аутори овакво понашање развијених зе-

70. Више о пракси америчког Министарства трговине видети: V.Lindsey, наведено дело, стр. 5-7; G. Horlick, *The United States Antidumping System*, у J.Jackson, E.A.Vermulst, наведено дело, стр. 138-143.

71. У Канади је у шест антидампиншких поступака у периоду између 1984 и 1985. године против извозника из Кине два пута узета Велика Британија као аналогна земља и једанпут САД. Видети одлуке у случајевима: *Paint Brushes from the People's Republic of China* од 22. марта 1984, *Porcelain or China Tableware from the People's Republic of China* од 11. априла 1984 и *Photo Albums with Self-Adhesive Leaves from the People's Republic of China*, од 17. октобра 1985. У ЕУ је у случају AD 499: *Leather uppers from China and Vietnam* као аналогна земља узет Бразил, иако су су цене у Бразилу на много вишем нивоу него у Вијетнаму, док је у случају AD 506: *Ironing boards from China and Ukraine*, као аналогна земља узет САД. Штавише, статистика показује да се САД узима као аналогна земља у више од 40% случајева. Видети: J.Eggert, *Observation on the EU Anti-Dumping Regulation*, FTA Position for the Expert Meeting, 11. јул 2006, стр. 5, доступно на: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/september/tradoc_129812.pdf.

72. А. Mickus, наведено дело, стр. 555.

73. Више о томе видети: J.E. Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, W.W. Norton & Co. Inc, 2003, стр. 173, R.M.Maclean, *Defending Hong Kong's Interests Against EU Protectionist Antidumping Measures*, *International Trade Law Review* бр. 2, 2000, стр. 37; V. Ilchev, *Antidumping Activity Against Russia*, *International Trade Law Review* бр. 2, 1999, стр. 69.

маља сматрају лицемерним, јер се дешава да се истој земљи, с једне стране, наводно пружа подршка у економским реформама, а да се, с друге стране, њени извозници удаљавају са тржишта позивањем на дампиншке разлоге, чиме се заправо спречава њихов економски развој.⁷⁴⁾ Чини се оправданом критика да посебно скројена решења израчунавања нормалне вредности за земље нетржишне привреде представљају казнене мере, а не подршку економским реформама.⁷⁵⁾

Изузети. Антидампиншка правила Европске уније предвиђају и два изузетка од примене метода аналогне земље. Први који важи за произвођаче из Кине, Казахстан, Украјине и Вијетнама, као и било које друге државе нетржишне привреде која је чланица СТО, по којем извозници из наведених земаља могу тражити да им се призна статус "тржишног субјекта", али само уколико докажу да у земљи порекла за те произвођаче преовлађују тржишни услови у вези са производњом и продајом конкретног производа.⁷⁶⁾

Друго, поједини извозник из земље нетржишне привреде може тражити да му се призна индивидуални третман "тржишног субјекта" уколико испуни строго прописане услове који се тичу доказивања његове независности у односу на одлуке државних органа и слободе формирања извозних цена и количина.⁷⁷⁾ Међутим, у пракси се овај изузетак ретко јавља, што је предмет све веће критике на рачун Европске комисије.⁷⁸⁾

У Америци не постоји могућност подношења захтева индивидуалног извозника за статус "тржишног субјекта". Овакав статус може бити одобрен само одређеној земљи или индустрији одређене земље. Међутим, иако Министарство трговине отпочиње израчунавање нормалне вредности на основу података из аналогне земље тржишне привреде, извознику из земље нетржишне економије даје се при-

74. Примера ради, јуна 2002. године америчко удружење узгајивача сомова покренуло је поступак за примену антидампиншких мера на увоз ове рибе из Вијетнама, иако је управо влада САД претходно била та која је пружала подршку вијетнамским предузетницима да узгајају сомове при делти реке Меконг и да је извозе. Америчка Комисија за међународну трговину је августа 2003. донела одлуку о примени антидампиншких мера на овај увоз. Марже дампинга су утврђене у висини од 36,84% до 63,88%. Више о томе видети: Sungjoon Cho, A Dual Catastrophe of Protectionism, Northwestern Journal of International Law and Business бр. 25, 2005, стр. 315; K. Harell, Fables of Global Capitalism: Antidumping and Vietnamese Catfish, Seton Hall Legislative Journal Vol. 28, бр. 2, 2004, стр. 439.

75. P. Bernert, Thoughts in response to the list of issues considered by the Commission, 11. јул 2006, стр. 5, доступно на: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/august/tradoc_129809.pdf; J.Eggert, Observation on the EU Anti-Dumping Regulation, FTA Position for the Expert Meeting, 11. јул 2006., стр. 2, доступно на: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/september/tradoc_129812.pdf; K. Adamanopoulos & D. De Notaris, Future of the WTO and the Reform of the Antidumping Agreement: A Legal Perspective, Brussels Hammond Suddards Edge 2000, стр. 11.

76. Члан 2(7)(б) Основне Регулative ЕУ.

77. Члан 2(7)(ц) Основне Регулative ЕУ.

78. Видети: J.Eggert, Observation on the EU Anti-Dumping Regulation, FTA Position for the Expert Meeting, 11. јул 2006., стр. 5-6, доступно на: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/september/tradoc_129812.pdf; R.M.Maclean, Defending Hong Kong's Interests Against EU Protectionist Antidumping Measures, International Trade Law Review бр. 2, 2000, стр. 65.

лика да пружи друге доказе. Америчко Министарство трговине у појединим случајевима чак допушта употребу стварних вредности по којима су прибављени материјали, нпр. уколико су они увезени из земље тржишне привреде.⁷⁹⁾

Метод израчунавања нормалне вредности. У случају да се из било ког од горе наведених разлога не узима у обзир домаћа цена, надлежном органу остају на располагању следећа два метода:

- а) метод извозне цене и
- б) метод конструисане вредности.

Надлежни орган може применити и неки други метод уколико му подаци потребни за утврђивање домаће продајне цене нису доступни због неактивности извозника, односно због тога што је извозник пропустио или одбио да одговори на упитник или на поједина у њему постављена питања.⁸⁰⁾

А. Метод извозне цене. У овом случају примениће се цена истог или сличног производа који се на истом степену производње или продаје, у приближно истом временском периоду, извози у неку трећу земљу чији су тржишни услови упоредиви са тржишним условима у земљи увоза.⁸¹⁾

Б. Метод конструисане вредности. Конструисана вредност одређеног производа се утврђује тако што се трошкови производње у земљи порекла увећавају за разуман износ продајних, општих и административних трошкова и профита.⁸²⁾

Трошкови производње. Под трошковима производње подразумевају се сви трошкови, фиксни и варијабилни (трошкови материјала, радне снаге, режијски трошкови као и трошкови финансирања производње), увећани за разуман износ продајних, општих и административних трошкова.

По правилу, трошкови производње ће се израчунавати на основу пословних књига извозника, под условом да су ове књиге у складу са међународним рачуноводственим стандардима и да разумно одражавају трошкове у вези са производњом и продајом производа под испитивањем.⁸³⁾ Међутим, уколико то није случај, надлежни орган је овлашћен да трошкове израчуна на основу трошкова других произвођача и извозника у тој земљи, или уколико то није могуће, на било којој другој разумној основи.⁸⁴⁾ На овај начин, надлежном органу остављена је широка дискреција приликом обрачуна износа трошкова производње.

79. Mayer, Brown, Rowe & Maw, Evaluation of EC Trade Defence Instruments, децембар 2005, Annex 6, стр. 23, доступно на: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/february/tradoc_127382.pdf

80. Тако је у случају *Copper (Norway, Suriname, the Soviet Union and Yugoslavia)* из 1984. године Европска комисија донела одлуку против југословенског извозника где је уместо домаћих продајних цена применила "друге расположиве податке", тј. у конкретном случају вредност на норвешком тржишту. Видети одлуку у случају: *Copper (Norway, Suriname, the Soviet Union and Yugoslavia)* OJ 1984 L 57/19.

81. Члан 35. ст.4. тач.1. Закона.

82. Члан 35. ст. 4. тач. 2. Закона.

83. Члан 2(5) Основне Регулative.

84. Исто.

Алокација одређених индиректних трошкова на поједини производ, односно утврђивање који део режијских трошкова отпада на производњу производа који је предмет антидампиншког поступка вршиће се, по правилу хронолошки, у складу са пословним књигама извозника. Међутим, дозвољава се и употреба другог одговарајућег метода.⁸⁵⁾

Правило је да се општи, административни и продајни трошкови израчунавају на основу остварених трошкова у вези са извозном трансакцијом, али они се могу утврђивати и на друге начине. У том смислу члан 2(б). Основне Регулative предвиђа употребу следеће три методе:

а) пондерисан просек стварних износа трошкова утврђених за друге извознике или произвођаче који су у поступку испитивања у вези са производњом и продајом сличног производа на домаћем тржишту земље порекла;

б) стварни износи трошкова који се примењују на производњу и продају, у уобичајеном току трговине, исте генералне категорије производа за извозника или произвођача под истрагом на домаћем тржишту земље порекла, или

в) било који други разуман метод.

Профит. Висина "разумне профитне стопе" која се додаје на утврђене производне трошкове и опште, продајне и административне трошкове, утврђује се по истом принципу као ови последњи, у складу са чланом 2(б) Основне Регулative. Једина је разлика у томе што се код примене трећег алтернативног метода израчунавања захтева да тако утврђена профитна стопа не превазилази профит који је уобичајен за друге извознике или произвођаче на домаћем тржишту приликом продаје робе исте категорије.⁸⁶⁾ Досадашња пракса Европске уније у том смислу није уједначена. До 1984. године и случаја *Electronic typewriters from Japan*,⁸⁷⁾ утврђиване су профитне стопе од 1%⁸⁸⁾ до 10%.⁸⁹⁾ Од овог случаја отпочело се с применом знатно виших профитних стопа, некад и до 75%.⁹⁰⁾

Избор између метода. Практика Европске комисије је показала да се метод конструисане вредности много чешће користи него метод извозне цене, иако су у принципу овда два метода равноправна.⁹¹⁾ Ово вероватно и због опреза антидампиншких органа, јер се и код извоза у треће земље може радити о дампиншком извозу, те таква цена не би могла представљати нормалну вредност за дати производ.⁹²⁾

Примену овог метода отежава и чињеница да се роба, по правилу, извози у више

85. Исто.

86. Члан 2.2.2. iii. Антидампиншког кодекса.

87. Видети одлуку у случају: *Electronic typewriters (Japan)*, OJ 1984 L335/43, примењена стопа од 47-75%.

88. Видети одлуку у случају: *Chemical fertilizers (USA)*, OJ 1981 L 39/4.

89. Видети одлуку у случају: *Louvre Doors (Taiwan)*, OJ 1984 L11/13.

90. Видети одлуке у случајевима: *Plain Paper Photocopiers*, OJ 1987 L54/12, примењена стопа од 14,6%; *Serial-Impact Dot-Matrix Printers*, OJ 1988 L317/33, примењена стопа од 37%.

91. Van Bael & Bellis, наведено дело, стр. 64.

92. Видети одлуку у случају: *Ferro-silicon (Iceland, Norway, Sweden, Venezuela, Yugoslavia)*, OJ 1990 L38/1.

земања по различитим ценама, па се самим тим оправдано намеће питање коју од тих извозних цена узети као извозну цену релевантну за утврђивање нормалне вредности у конкретном случају. С друге стране, метод конструисане вредности оставља више дискреције надлежном органу, те омогућава лакше утврђивање постојања дампинга, у чему поједини аутори виде разлог његове честе употребе.⁹³⁾

2. Извозна цена. Постоје два основна начина за утврђивање релевантне извозне цене:

а) стварна извозна цена, цена која је стварно плаћена или цена која треба да буде плаћена за извоз на тржиште земље увознице и

б) конструисана (обрачуната) извозна цена.⁹⁴⁾

И овде, као код утврђивања нормалне вредности, важи основно правило да треба узети стварно постигнуту цену, док се извозна цена може конструисати само под одређеним условима, и то:

1. ако стварна извозна цена не постоји (нпр. реч је о бартер аранжману);

2. постоје индиције да између извозника и увозника, односно треће стране постоји повезаност или компензациони аранжман;⁹⁵⁾

3. ако је фактички плаћена цена или цена која треба да буде плаћена непоуздана из неког другог разлога.

А. Стварна извозна цена. У случају кад се извозни производ продаје директно од стране произвођача увознику, утврђивање извозне цене се врши на основу фактуре. Међутим, како се у пракси често јавља продаја преко трговинских предузећа, то се као извозна цена узима цена по којој произвођач продаје производ извознику за даљу продају у иностранству.⁹⁶⁾

Б. Конструисана извозна цена. Уколико нема места примени стварне извозне цене, из горе наведених разлога, извозна цена ће се конструисати (обрачунати):

1. на основу цене по којој је производ први пут продат независном купцу⁹⁷⁾ или

2. на други погодан начин.⁹⁸⁾

У обрачунату извозну цену не урачунавају се трошкови настали после увоза а пре даље продаје (увозне дажбине, порези и остварена зарада).⁹⁹⁾

93. A. Mickus, Shortcomings of EU Antidumping Law and Policy, European Journal of Law Reform, Vol. 4, No. 4, 2002, стр. 543.

94. Члан 3. ст. 1-2. Уредбе, Члан 2.3. Антидампиншког кодекса.

95. Овај метод се често примењује у пракси, тј. увек кад између извозника и увозника постоји тзв. капиталска веза. При том се не тражи посебан доказ да је извозна цена која је наведена у фактури неистинита односно непоуздана већ се таква непоузданост претпоставља чим се утврди постојање аранжмана такве врсте између извозника и увозника (видети одлуку у случају: *NTN Tokyo Bearing Co. And Others v. Council*, 1979, ECR 1185). Ипак, вреди напоменути да је у пракси Европске комисије било и случајева да је приликом утврђивања извозне цене узета цена из фактуре упркос чињеници да је увозник био филијала страног извозника.

96. Видети одлуке у случајевима: *Ammonium nitrate (Lithuania, Russia)*, OJ 1994 L129/24, *Stainless steel sateners and parts (China, India, Malaysia, Korea, Taiwan, Thailand)*, OJ 1997 L243/17.

97. Члан 3. ст. 2. Уредбе.

98. Члан 3. ст. 2. Уредбе.

1. Продаја првом независном купцу. Конструисање извозне цене на овај начин подразумева примену низа корективних фактора у односу на извозну цену као што су одбици за трошкове транспорта, осигурања, царина и других дажбина које су плаћене на увоз тог производа, као и разумне стопе општинских, административних и продајних трошкова и разумне стопе профита.

Приликом израчунавања износа општинских, административних и продајних трошкова, по правилу се узима њихова књиговодствена вредност. У недостатку података, они се утврђују на основу оствареног промета.¹⁰⁰⁾

Што се профитне стопе тиче, она у пракси Европске уније износи између 2,8% и 12%, с просеком од 5%.¹⁰¹⁾ У пракси САД важи правило да се узима профитна стопа од 8%.¹⁰²⁾

2. Други погодан начин. Ако се производ уопште не продаје независном купцу, или се не продаје у стању у којем је увезен (већ прерађен или уграђен), може се применити други погодан начин израчунавања извозне цене. У Европској унији овај метод још увек није изричито коришћен.

Избор између метода. Пракса је показала да примена метода конструисане извозне цене често води значајно вишим маржама дампинга, него што би то био случај да је коришћена стварно плаћена извозна цена.¹⁰³⁾ Ово је последица широких дискреционих овлашћења надлежних органа, те је оваква пракса с правом предмет честе критике.

3. Упоредивање нормалне вредности и извозне цене. Да би се обезбедило поштено поређење, неопходно је да се ове две категорије сведу на исти ниво и тако учине упоредивим, јер је редак случај да се неки производ и на домаћем и на страном тржишту продаје под идентичним условима и околностима. Примера ради, цена извезене робе може бити изражена по CIF вредности, уговорена за плаћање у готовини и уз гаранцију од 60 дана, док домаћа продаја може бити на FOB основи, уз одложено плаћање од 60 дана и с пуном гаранцијом. Зато се у антидампиншким прописима и предвиђа да обе вредности треба упоређивати на истом нивоу трговине, по паритету франко фабрика и у приближно истом временском периоду.¹⁰⁴⁾ У случају да вредности нису упоредиве оне се могу прилагодити тако да то буду. Овај поступак је веома компликован и захтева познавање како права тако и рачуноводства, економије, а често и знање неколико страних језика.

У нашем и упоредном праву, примењују се следећи корективни фактори.¹⁰⁵⁾

99. Члан 3. ст. 3. Уредбе.

100. Видети одлуке у случајевима: *Gas-fuelled, non-refillable pocket flint lighters (Mexico, Thailand, Philippines)* OJ 1997 L65/1, *Flat pallets of wood (Poland)* OJ 1997 L324/1, *Gas-fuelled, non-refillable pocket flint lighters (Japan)* OJ 2000 L22/16.

101. Van Bael & Bellis, наведено дело, стр. 97-98.

102. R. Lipstein, *Using Antitrust Principles to Reform Antidumping Law*, у *Global Competition Policy*, Institute for International Economics, стр. 435, доступно на: http://www.iie.com/publications/chapters_preview/56/13ie1664.pdf

103. A. Mickus, наведено дело, стр. 547.

104. Члан 4. Уредбе, члан 2.4. Антидампиншког кодекса.

а. Физичка својства. Основно је правило да се узимају у обзир само оне разлике које су од утицаја на тржишну вредност производа.

Питање разлика у физичким својствима производа, понекад у пракси, није једноставно, па може доћи и до потребе за вештачењем, не толико због тога да би се утврдило да ли постоји одређена разлика или не, већ да би се утврдило колика је вредност ове разлике, тј. колико она утиче на разлику између извозне цене и домаће (нормалне) вредности.¹⁰⁶⁾

б. Разлике у увозним дажбинама и порезима. Ако се производ који се извози ослобађа пореза или других дажбина, онда то наравно утиче и на продајну цену таквог производа, па се она у том делу не може сматрати дампиншком. Из тог разлога, врши се прилагођавање (смањење нормалне вредности) за износ дажбина које су плаћене за производ који се продаје на домаћем тржишту.

в. Разлике у продатим количинама, рабатима и повластицама. До разлике између домаће и извозне цене може доћи и због разлика у количинама које се продају на домаћем тржишту и на страним тржиштима. Тако ће нпр. у случају обимних извозних послова редовно долазити до количинских рабата који снижавају извозну цену, док се за домаћу продају такве олакшице због мањег обима појединих послова не признају.

г. Разлике у условима продаје. Природно је за очекивати да ће различити продајни услови на појединим тржиштима водити разликама између домаће и извозне цене неког производа. Логично је да ће цена производа који се продаје са роком плаћања од 90 дана бити виша од цене која је уговорена за промптно плаћање. Исто важи и за цену производа који се продаје са једногодишњом гаранцијом, наспрам цене производа који се продаје без гаранције.

По правилу се узимају у обзир следеће разлике у продајним условима: различити рокови плаћања, услови кредитирања, услови гаранције, техничког одржавања и сервисирања, разлике у трошковима амбалаже, транспорта и осигурања, разлике у трошковима продаје.

По правилу се не узимају у обзир следеће разлике у трошковима и условима продаје: разлике у општим и режијским трошковима, трошкови за развој и истраживање, трошкови рекламе и промоције.

д. Конверзија валуте. Када је то потребно за упоређивање цена, конверзија валуте се врши на основу курса који важи на дан продаје, осим у случају када је продаја стране валуте на терминском тржишту у директној вези са датом извозном продајом. Тада ће се конверзија вршити на основу девизног курса у терминској продаји. У уобичајеним условима, дан продаје је датум фактуре. За упоређивање може се користити и курс који важи на дан закључења уговора, или на дан када је извршена, односно потврђена поруџбина, ако се тако прецизније утврђују услови продаје.

105. Члан 4. ст. 2. Уредбе.

106. Видети одлуку Европске комисије у случају *Mechanical clocks and watches from the Soviet Union and GDR*, 1980 OJ L158/5.

ђ. Остало. Према нашим прописима, прилагођавање се може извршити и применом других елемената ако се покаже да утичу на упоредивост нормалне вредности и извозне цене, ако ти елементи утичу на промену цена на домаћем тржишту.¹⁰⁷⁾

Занемаривање ових корективних фактора може водити резултатима супротним законима логике, а свакако супротним правилима СТО.¹⁰⁸⁾

4. Дампиншка маржа. Дампиншка маржа или стопа дампинга представља разлику између нормалне вредности робе и цене по којој се та роба извози.¹⁰⁹⁾

Значај стопе дампинга као категорије која се утврђује у антидампиншком поступку састоји се у томе што утврђена стопа дампинга представља горњу границу у оквиру које се може увести антидампиншка царина.¹¹⁰⁾

Дампиншка маржа се одређује упоређивањем:

а) израчунате (пондерисане) просечне нормалне вредности са израчунатим (пондерисаним) просеком извозних цена (енг. *average to average*), или

б) појединачних нормалних вредности са појединачним извозним ценама за сваку извозну трансакцију (енг. *transaction by transaction*);¹¹¹⁾

в) изузетно, нормална вредност утврђена на бази пондерисаног просека може се упоредити са појединачним извозним ценама, ако постоји значајна разлика у извозним ценама и односу на различите купце, регионе или временски период (енг. *targeted dumping*), и ако претходни начин утврђивања дампиншке марже не би одражавао пуне размере дампинга који је предмет испитивања.¹¹²⁾

Дампиншка маржа се може изразити било у проценту у односу на извозну цену, било у апсолутном износу у одређеној валути.

Статистика показује да је ниво заштите који се обезбеђује применом антидампиншких мера често и десет пута већи од нивоа на који су се државе обавезале у

107. Члан 4. ст. 3. Уредбе.

108. О овоме сведоче примери из америчке антидампиншке праксе. Тако је америчко Министарство трговине у једном случају упоређивало цену малина које се користе за производњу цема са ценом малина лошијег квалитета које се искључиво користе за производњу сока, не узимајући у обзир разлику у квалитету. У другом случају исто Министарство упоређивало је цену свежег цвећа у Амстердаму са ценом полу-увелог цвећа у Њујорку. Ноторна је ствар да цвеће вене и временом губи на квалитету. Из тог разлога логично је очекивати да ће продавци цвећа како време пролази продавати цвеће по нижим ценама. У супротном не би имали шта да продају. Ипак, америчко Министарство није се водило разлозима логике у овом случају. То потврђује и случај против јапанског произвођача телевизора који је неколико телевизора поклатио у добротворне сврхе. Америчко министарство је утврдило постојање дампинга, јер је телевизор увезен за износ нижи од трошкова производње. Поклон је, дакле, третиран као продаја по цени нула. Више о овим случајевима видети: J. Bovard, *The Fair Trade Fraud*, St Martin's Press, New York, 1991, стр. 119-120.

109. Члан 36. ст. 2. Закона.

110. Члан 36. ст. 1. Закона.

111. Члан 5. ст. 1. Уредбе. Исто члан 2.4.2. Антидампиншког споразума.

112. Члан 5. ст. 2. Уредбе. Исто члан 2.4.2. Антидампиншког споразума.

оквиру ГАТТ-а,¹¹³⁾ што указује на опасност по међународни трговински систем од овог новог облика протекционизма.¹¹⁴⁾

Забрана поступка "нулирања". Поступак нулирања (енг. *zeroing*) је такав поступак израчунавања дампиншке марже где се сваки негативан износ дампинга, кад је извозна цена виша од нормалне вредности, своди на нулу.¹¹⁵⁾ Примера ради, претпоставимо да се на увоз дечијих бицикала (један модел производа) примењује просечна маржа дампинга од 50 еура, док се на увоз брдских (енг. *mountain*) бицикала примењује просечна дампиншка маржа од минус 25 еура. Ако су ово једина два модела производа који је предмет испитивања и ако су увежени у једнаким количинама, онда би просечна дампиншка маржа износила 12,5 еура. Међутим, применом технике нулирања, просечна дампиншка маржа износи 25 еура, јер се маржа на увоз дечијих бицикала рачуна као нула. На овај начин поступак нулирања, с једне стране, спречава потирање дампиншких продаја недампиншким и с друге стране, доводи до надувавања дампиншке марже.¹¹⁶⁾

Европска унија је до 2001. године активно примењивала технику нулирања у поступцима испитивања који покривају више од једног модела производа или чак читаву линију производа.¹¹⁷⁾ Оваква пракса Европске комисије је 2001. године одлуком Апелационог тела СТО проглашена супротном одредбама споразума ГАТТ 1994.¹¹⁸⁾ Иако је ова одлука резултирала опозивом антидампиншких мера Европске уније на увоз постелине из Индије, она није утицала на измену сличне праксе америчког Министарства трговине. Напротив, у случају *Timken Co. V. United States* од 2002. године амерички Суд за међународну трговину донео је одлуку да поменути случај пред СТО није од утицаја на америчку праксу јер апелационо тело СТО је није ни разматрало.¹¹⁹⁾ Амерички суд је у образложењу одлуке до-

113. Примера ради, према подацима америчке Комисије за међународну трговину из 1995. године, просечна дампиншка маржа на производе из Индије односно Холандије, износила је чак 162%, односно 106% (*The Economic Effects of Antidumping and Countervailing Duty Orders and Suspension Agreements*, Washington, DC: US International Trade Commission, Publication 2900, 1995).

114. Примера ради, у периоду између 1980-88. године просечна дампиншка маржа у САД износила је 33%, односно 37% у ЕУ (P.A. Messerlin, G. Reed, *Antidumping Policies in the United States and the European Community*, *The Economic Journal*, Vol. 105, No. 433, новембар 1995, стр. 1570).

115. Van Bael & Bellis, наведено дело, стр. 122-123.

116. K. Adamantopoulos & D. De Notaris, наведено дело, стр. 30; R. Bhala, наведено дело, стр. 343.

117. У таквим ситуацијама, Европска комисија је правилно примењивала *average-to-average* технику израчунавања дампиншких маржи унутар појединих група (модела) производа, али је просечну дампиншку маржу за производ као генерични појам рачунала сабирањем свих дампиншких маржи утврђених за поједине моделе производа, при чему је применом технике нулирања негативне марже заменила вредношћу нула. Коначну вредност дампиншке марже израчунавала је дељењем овог износа са укупном вредношћу свих увозних трансакција, укључујући и оне моделе којима је додељена вредност нула. Више о томе видети: R. Bhala, наведено дело, стр. 345.

118. Appellate Body Report, *European Communities-Antidumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India*, WT/DS141/AB/R од 1. марта 2001.

датно нагласио да се из одлуке жалбеног већа СТО не може закључити да су европска пракса нулирања и америчка идентичне. Јануара 2005. године амерички федерални суд је потврдио ову одлуку Суда међународне трговине подвлачећи да апелационо тело СТО није прогласило америчку праксу нулирања незаконитом.¹²⁰⁾

5. Штетица домаћој индустрији (производњи). Опште је прихваћен став међународног и упоредног законодавства да сама чињеница да постоји дампинг тј. продаја испод нормалне вредности није довољна да оправда примену антидампиншких мера, већ је за то неопходно да се утврди да такав извоз:

а) наноси знатну штету домаћој производњи исте или сличне робе (домаћој индустријској грани),

б) прети таквом штетом или

в) успорава (кочи) развој домаће производње.¹²¹⁾

Домаћа производња. Наш закон дефинише овај појам као укупну заједничку производњу домаћих произвођача *исте или сличне робе*, која представља *преитежни део* укупне производње те робе (члан 35. став 3. тач. 2. Закона) на домаћем тржишту.

Уколико исти производ на домаћем тржишту не постоји, то још увек не значи да ће бити донета одлука о непостојању штете по домаћу индустрију, јер ће се процењивати ефекти на произвођаче сличног производа на домаћем тржишту или уколико то није могуће на произвођаче најближе групе производа која укључује и сличан производ.¹²²⁾

За доношење антидампиншких мера није довољно да се докажу штетне последице увоза из трећих земаља за појединог произвођача у земљи увозници, па чак и ако су те последице веома тешке (нпр. затварање фабрике), већ оне морају погађати *преитежни део* домаће производње. С друге стране, за утврђивање постојања штете не тражи се да су погођени сви произвођачи, па чак ни половина од укупног броја произвођача. Под одређеним околностима претежни део производње чиниће и они произвођачи који чине мање од 50% производње конкретног производа на унутрашњем тржишту.¹²³⁾ Један произвођач може чинити домаћу индустрију уколико је његов тржишни удео довољно велик.¹²⁴⁾ Међутим, не би било пожељно да се стандард домаће индустрије постави превише ниско, јер ће се онда најмање конкуретни произвођачи у земљи радије удруживати у борби против

119. Видети одлуку у случају: *Timken v. United States*, 26 Ct. Int'l Trade 1072, 1086 (2002).

120. Видети одлуку у случају: *Corus Staal v. Dep't of Commerce*, 395 F. 3d 1343, 1348/49 (Fed. Cir. 2005).

121. Видети: члан VI ГАТТ-а, члан 35. став 2. Закона, члан 3. Основне Регулative, §1677(7) америчког закона.

122. Члан 3.6. Антидампиншког кодекса.

123. Van Bael & Bellis, *International Trade Law and Practice of the European Communities: EEC Anti-dumping and Other Trade Protection Laws*, Bicester: CCH, 1985, стр.70.

124. Видети одлуку у случају *Oxalic Acid*, OJ 1988 L72/12.

страног конкурента, него посвећивати време и средства на модернизацију сопствене производње.¹²⁵⁾

Антидампиншки кодекс предвиђа да се из дефиниције домаће производње могу искључити они произвођачи који су повезани са увозницима или извозницима у поступку испитивања, као и они произвођачи који сами даље извозе дампиншку робу.¹²⁶⁾ Сматраће се да је произвођач повезан са увозником или извозником уколико између њих постоји однос контроле и уколико постоји основана сумња да ће се овакав домаћи произвођач понашати другачије од осталих домаћих произвођача исте или сличне робе.¹²⁷⁾

У глобализованом свету, у којем су основни тржишни учесници велике мултинационалне компаније, где је честа појава да се сировине за производњу купују у једној земљи, полупроизвод ствара у другој, а коначан производ у трећој земљи, уз употребу саставних делова сачињених у четвртој и петој, све је теже утврдити припадност одређеног произвођача домаћој индустрији. У то се уверила и америчка Комисија за међународну трговину у случају *Certain Radio Paging and Alerting Receiving Devices From Japan* из 1983. године.¹²⁸⁾

У овом случају Комисија је за сврхе утврђивања штете по домаћу индустрију формулисала тест од пет услова како би утврдила припадност учесника поступка домаћој индустрији. Критеријуми који су коришћени су: 1. значајна трансформација увезених делова производа у нови производ другачијег изгледа, 2. домаћи садржај или додата вредност у САД, 3. извор, домаћи или страни, основног дела коначног производа, 4. степен посвећености САД-у, изражен у ресурсима одвојеним у САД и 5. степен контроле америчке управе над производним процесом у САД.¹²⁹⁾

125. А. Mickus, наведено дело, стр. 561.

126. Члан 4.1. i. Антидампиншког кодекса.

127. Члан 40. ст. 4. Закона.

128. Видети одлуку у случају: *Certain Radio Paging and Alerting Receiving Devices From Japan*, USITC Pub. 1410, Inv. No. 731-TA- 102, 1983, стр. 5. У овом случају поступак је иницирала америчка компанија Моторола против јапанских предузећа Нипон Електрик и Мацушита Индустриал. Производња у индустрији радио пејџера по правилу се састоји од следеће четири фазе: 1. истраживање и развој производа, 2. производња делова производа, 3. склапање струјних кола, 4. тестирање, програмирање, завршна обрада, паковање. Моторола је прву и четврту од наведених фаза обављала у САД, производњу саставних делова производа вршила је како у САД тако и на Далеком истоку, а склапање струјних кола у Малазији и Кореји. Тужено предузеће Нипон пословало је са америчким тржиштем преко предузећа НЕЦ Америка у Калифорнији, док је Мацушита снабдевао Порторико преко предузећа Мацушита Електрик Порторико. Иако су саставни делови производа тужених јапанских компанија претежно пореклом из Јапана, НЕЦ Америка је обављао значајан део производње и склапања производа у свом постројењу у Калифорнији. Додатно, НЕЦ је програмирао, паковао и продавао производ у САД. На сличан начин пословао је и Мацушита у Порторику. Из наведеног може се чинити парадоксалним што је баш Моторола, пре свега велики увозник делова за пејџере, иницирала антидампиншки поступак против јапанских предузећа који значајан део производње обављају у САД.

Одлука у овом случају указује на нека могућа размишљања надлежног органа приликом одређивања појма домаће индустрије. Нажалост она истовремено не доприноси правној сигурности, јер оставља отвореним питање колико и које критеријуме мора да испуњава страна предузеће које послује у САД преко филијале да би се сматрало делом домаће индустрије, те избегло примену антидампинских мера.

А. Знатна штета. Закон о спољнотрговинском пословању, као ни Антидампински кодекс, не садржи дефиницију знатне штете. Амерички антидампински закон дефинише знатну штету као штету која "није случајна, незнатна или неважна,"¹³⁰⁾ чиме не помаже много надлежном органу у доношењу одлуке о постојању знатне штете.

Антидампински кодекс и Уредба о ближим условима за примену антидампинских мера предвиђају да се утврђивање постојања знатне штете врши на основу доказа и објективне анализе како обима дампиншког увоза и његовог утицаја на цене на извозном тржишту за сличну робу, тако и њиховог утицаја на домаћу производњу (члан 6. Уредбе). Додатно, Закон у члану 39. даје списак фактора који се морају узети у обзир приликом утврђивања постојања штете по домаћу индустрију, али не пружа даља упутства процене сваког појединог фактора и његовог значаја за доношење коначне одлуке.¹³¹⁾

1. Обим дампиншког увоза. Приликом утврђивања постојања знатне штете по домаћу производњу у првом реду се узима у обзир обим дампиншког увоза на домаће тржиште. При том, полази се од претпоставке да се незнатним количинама и поред утврђених дампинских цена не може наносити штета домаћој индустрији. Релевантне количине могу се узети у обзир било у апсолутном износу, било у односу на обим производње, односно потрошње унутар земље увознице.¹³²⁾

129. Применом овог теста утврђено је да подносилац захтева за покретање поступка - Моторола не испуњава једино трећи од наведених критеријума јер се контролне табле праве ван САД. Ипак, то је било довољно да се Моторола сматра делом домаће индустрије. Примењујући исти тест Комисија је утврдила да тужена предузећа - Нипон и Мицушита не припадају домаћој производњи упркос чињеници да се значајан део њиховог производног процеса, укључујући и програмирање, паковање и продају, одвија управо на тлу САД јер је закључила да се коначна контрола над производном линијом налази у рукама јапанског предузећа "мајке", а не у америчким предузећима "ћеркама". У Европској унији, с друге стране, Европска комисија је у случају *Video Cassette Recorders (Japan)* подвела одређен број јапанско-европских конзорцијума под појам домаће индустрије сматрајући да постоји висок степен локалног садржаја у њиховим производима и утврдивши њихову дугорочну посвећеност улагању и запослености у Европској унији (Видети одлуку у случају *Video Cassette Recorders*, OJ 1988 L240/5).

130. Видети § 1677(7)(а).

131. Сматраће се да знатна штета или опасност од такве штете постоји ако је увоз предметне робе довео или може да доведе до стварног или могућег пада домаће производње, пада продаје домаће робе, удела на тржишту, профита, продуктивности, прихода од инвестиција, искоришћености капацитета, стварног или могућег утицаја на промет, пада залиха, запослености, зараде, привредног раста, као и до пада могућности прибављања капитала или инвестиција (члан 39. став 2. тач. 1. Закона).

Пракса Европске уније показује да пораст обима дампиншког увоза може водити утврђењу постојања знатне штете и кад је реч о порасту од 9%¹³³⁾ и кад је реч о порасту од 150%¹³⁴⁾ за период од годину дана, а забележено је и да је током периода испитивања дошло до пораста дампиншког увоза од чак 916%.¹³⁵⁾ У другим случајевима примењене су антидампиншке мере, иако се смањило обим увоза у апсолутном смислу, али не и у односу на потрошњу.¹³⁶⁾ Такође, примењене су антидампиншке мере и у случају када је дошло до смањења обима увоза у апсолутном смислу, али је независно од тога извозник задржао значајан тржишни удео у земљи увозници довољан да произведе знатну штету због ниских цена.¹³⁷⁾

2. Утицај дампиншког увоза на цене. По правилу, неће се сматрати да постоји штета уколико су цене по којима се производ продаје на тржишту увознице више од цена по којима се продају исти домаћи производи. Међутим, од овог правила постоје и изузеци. Реч је о такозваној ситуацији "обарања цена" (енг. *price undercutting*), где се може доказивати постојање штете по домаћу производњу, чак и кад су увозне цене више од домаћих, ако се докаже:

а) да су домаћи произвођачи били спречени да повисе своје цене на ниво који би им омогућио да покрију своје трошкове или

б) да су били чак присиљени да снизе своје цене на ниво који диктирају цене увозних производа.¹³⁸⁾

3. Утицај на домаћу производњу. Наш Закон, по узору на Антидампиншки кодекс, предвиђа да се следећи економски чиниоци морају узети у разматрање приликом утврђивања утицаја дампиншког увоза на домаћу индустрију: смањење или могуће смањење количине продате робе, добити, удела на тржишту, продуктивности, исплативости улагања, искоришћености производних капацитета, протока новца, улагања, запослености, привредног раста, финансијске способности, цена, као последице увећавања дампиншке марже.¹³⁹⁾ Наравно, и други фактори могу бити узети у обзир, као што је нпр. затварање фабрика, релокација постројења¹⁴⁰⁾ и сл.

Б. Опасност од настанка знатне штете. Одлуке да постоји опасност од настанка знатне штете ретке су у пракси.¹⁴¹⁾ У сваком случају, и овде се захтева да се и ове одлуке морају донети искључиво на основу чињеница, а не на основу тврдњи, нагађања и удаљених могућности.¹⁴²⁾

132. Члан 3.2. Антидампиншког кодекса.

133. Видети одлуку у случају: *Styrene monomer (USA)*, OJ 1981 L154/10.

134. Видети одлуку у случају: *Zinc oxides (China)*, OJ 2001 L248/17.

135. Видети одлуку у случају: *Fluorspar (China)*, OJ 1993 L226/3.

136. Видети одлуку у случају: *Certain flat rolled products of iron or non-alloy steel, of a width of 600mm or more, not clad, plated or coated, in coils, not further worked than hot-rolled (Bulgaria, India, South Africa, Taiwan, Yugoslavia, Iran)* OJ 2000 L31/15.

137. Видети одлуку у случају: *Advertising machines (Japan)* OJ 1997 L158/8.

138. Члан 3.2. Антидампиншког кодекса.

139. Члан 39. став 2. тач. 2. Закона.

140. Видети одлуку у случају: *Small screen colour television receivers (Hong Kong, China)* OJ 1991 L14/31.

Промена околности која би водила настанку штете по домаћу индустрију мора бити јасно предвидљива и извесна.¹⁴³⁾ Показатељи који се при томе узимају у обзир су: знатан пораст дампиншког увоза на домаће тржиште, расположиви капацитет извозника или извештај и знатан пораст таквих капацитета, имајући у виду могућности других извозних тржишта, извозне цене које доводе до значајног смањења домаћих цена или спречавају повећање домаћих цена до кога би иначе дошло, што би вероватно проузроковало повећану потражњу за увозном робом и залихе робе која је предмет поступка испитивања.¹⁴⁴⁾

За примену антидампиншких мера у овом случају, неопходно је доказати да је даљи дампиншки извоз извештај и да је наступање знатне штете неизбежно ако се не уведу антидампиншке мере.¹⁴⁵⁾

В. Кочење (успоравање) развоја домаће производње. Ова могућност сматра се претежно теоретском и Закон је детаљније не разлаже, а у доступној пракси занемарљив је број случајева њене примене.¹⁴⁶⁾ Неопходно би, међутим, било да се примена ове одредбе дозволи, уколико се за то јави потреба, али само на основу чврстих и убедљивих доказа о томе да је одговарајућа индустријска грана, односно производња у земљи увозници, већ у току оснивања тј. да су нпр. већ изграђени објекти односно набављена машинска опрема и слично.¹⁴⁷⁾

6. Узрочна веза. Познато је да штета домаћој индустрији може настати из бројних и веома различитих разлога. Јефтине и дампиншки увоз из трећих земаља само је један од њих. Као остали могу се јавити нпр. застарелост постројења или технологије, смањена потражња, нерационално организована производња, нарушавање конкуренције, и сл. Било би неправедно кад би се сви ови узроци ставили извознику из треће земље на терет, па чак и кад он продаје по дампиншким ценама. Правила ГАТТ-а зато, а и наш Закон, прописују да ако се у поступку испитивања утврди да знатна штета настаје и због других узрока, тако настала штета не може бити основ за увођење антидампиншких дажбина (члан 39. став 4. Закона). Међутим, не тражи се више, као по Антидампиншком кодексу из 1968. године, да је дампиншки увоз примарни узрок штете већ је довољно да је један од узрока штете. На овај начин, отежан је положај малих извозника на којима је терет докази-

141. Примера ради, Европска комисија је утврдила постојање претње настанка знатне штете по домаћу индустрију одлукама у следећим случајевима: *Barium Chloride originating in China* (definitive), OJ 1991 L60/1 и *Small Screen Colour Television Receivers originating in Korea* (provisional), OJ 1989 L 314/1.

142. Члан 3.7. Антидампиншког кодекса.

143. Члан 3.7. Антидампиншког кодекса.

144. Члан 7. ст. 2. Уредбе и члан 3.7. Антидампиншког кодекса.

145. Члан 7. ст. 3. Уредбе.

146. Више о томе видети: Dong Woo Seo, *Material Retardation Standard in the US Antidumping Law, Law and Policy of International Business*, бр. 24, 1993, стр. 835; P. Narayanan, *Injury Investigations in "Material Retardation" Antidumping Cases*, *Northwestern Journal of International Law & Business*, бр. 25, 2004, стр. 37-67.

147. Више о томе видети: P. Narayanan, наведено дело, стр. 41-42.

вања да криза одређене индустријске гране није резултат њихове конкуренције већ других разлога као што је нпр. застарела технологија.¹⁴⁸⁾

Сматраће се да нема узрочне везе између дампиншког извоза и знатне штете по домаћу индустрију, уколико је у земљи увозници у то време постојао и значајан увоз истог производа из трећих земаља које нису биле предмет поступка, по једнако ниским или још нижим ценама.¹⁴⁹⁾

С друге стране, постојање узрочне везе сматраће се несумњивим ако:

1. је увоз робе која је предмет дампинга или субвенције знатно повећан у односу на просечан увоз у периоду од три године који претходи периоду у коме се обавља увоз робе, која је предмет дампинга или субвенције, односно за период за који постоје подаци, и

2. ако су цене такве увозне робе знатно ниже од цена сличне домаће робе и када је такав увоз утицао на смањење цена сличне домаће робе у значајној мери, односно када је спречио повећање цена домаће робе до кога би иначе дошло.¹⁵⁰⁾

Кумулација. Закон предвиђа да се у случају када је увоз одређене робе из више држава истовремено предмет поступка испитивања да се могу проценити кумулативни ефекти таквог увоза под условом да је:

1. дампиншка маржа, односно финансијски допринос, из сваке поједине државе, мањи од два процентија у односу на извозну цену робе;

2. удео увоза из сваке поједине државе већи од три процента у односу на укупан увоз исте или сличне робе у Србију или ако је укупан удео увоза те робе из тих држава већи од седам процената у односу на укупан увоз исте или сличне робе у Србију, и

3. процена кумулативног ефекта таквог увоза примерена условима конкуренције између произвођача исте или сличне увезене робе и условима конкуренције између произвођача исте или сличне увезене робе и домаће робе.¹⁵¹⁾

Овако постављени услови за поступак испитивања над увозом робе из више земаља били би уобичајени да се код првог услова није поткрала грешка, те да уместо "мањи од 2 процента" пише "већи од 2 процента." Наиме, реч је о уобичајеном стандарду да се дампиншка маржа сматра *de minimis* уколико је мања од 2% у односу на извозну цену робе, и да се поступак против таквих извозника обуставља, чак и кад он обухвата више извозника.¹⁵²⁾ Обзиром да Уредба о ближним условима за примену антидампиншких мера правилно усваја овај стандард у члану 28. ст. 3-4, остаје нејасно како се законодавцу поткрала оваква грешка у самом тексту закона. У сваком случају, неопходно је да се учини исправка законског текста, јер се на овај начин губи смисао целог члана, обзиром да кумулативно испитивање утицаја антидампиншког увоза на домаћу индустрију практично неће бити извод-

148. М. Илешкић, наведено дело, стр.134.

149. Van Bael & Bellis, наведено дело, стр. 268-269.

150. Члан 39. став 3. Закона.

151. Члан 39. став 6. Закона.

152. Видети члан 5.8. Антидампиншког кодекса.

љиво, јер њему подлежу само *de minimis* извозници, за које важи претпоставка да не наносе штету домаћој индустрији.

Ефекти кумулације су и без овог проблема довољно контроверзни. Наиме, и у правилно постављеним системима кумулативно испитивање извозника налази на оштре критике. Ово из разлога што се у систему кумулације може десити да се и извозник који сам извози количине које на тржишту државе увознице представљају мање од 1% може прогласити кривим за штету домаћој индустрији уколико укупан дампиншки увоз на тржиште земље увознице износи 15% или 20%, и то без обзира да ли преосталих 14% или 19% отпада на једног извозника или њих 50 од којих сваки има највише 0,5% тржишног удела.

Економски ефекти дампинга. Из правне дефиниције дампинга произилази да за примену антидампиншких мера није битна намера извозника, већ последица коју је такав извоз проузроковао на индустрију земље увознице, а која се огледа у постојању знатне штете по домаћу производњу. На који начин домаћи произвођачи трпе штету од дампиншког увоза илустроваћемо примером. Ако неко продаје робу на домаћем тржишту по једној цени, а други увезе ту исту робу по нижој цени, логично је за очекивати да ће продаја робе по нижој цени довести до пада цене домаћег произвођача, како би одговорио захтевима тржишта, чак и онда кад његова унутрашња организација не дозвољава такво снижење цена и може водити пословању са губицима, а самим тим и банкротству. Управо овакве последице антидампиншко законодавство жели да избегне и заштити произвођаче, јер се сматра да тако ниске увозне цене очигледно нису резултат понашања у складу са законима поштене тржишне утакмице.¹⁵³⁾ Ипак, поставља се питање да ли се применом антидампиншких мера подједнако штите сви друштвени интереси?

Критичари антидампиншког законодавства дају негативан одговор на ово питање, јер сматрају да се на овај начин наноси штета потрошачима и прерађивачкој индустрији на рачун домаћих произвођача који се штите од иностране конкуренције.¹⁵⁴⁾

И лаичко сагледавање дампинга води на закључак да је он из перспективе потрошача позитивна ствар. Наиме, дампинг потрошачу пружа прилику да исти про-

153. В. Стојиљковић, Међународно привредно право, ИП Јустинијан 2003, Београд, стр. 77.

154. Више о томе видети: P. Bernert, Thoughts in response to the list of issues considered by the Commission, 11. јул 2006, доступно на: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/august/tradoc_129809.pdf; J.Eggert, Observation on the EU Anti-Dumping Regulation, FTA Position for the Expert Meeting, 11. јул 2006., стр. 1, доступно на: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/september/tradoc_129812.pdf; N.G. Mankiw, P.L. Swagel, Antidumping: The Third Rail of Trade Policy, Foreign Affairs, Vol. 84, No. 4, 2005, стр. 108; A. Mickus, наведено дело, стр. 579; C.T.Garcia Molyneux, Domestic Structures and International Trade: The Unfair Trade Instruments of the United States and the European Union, Oxford Hart Publishing Ltd, 2001, стр. 270; R.J. Pierce Jr, Antidumping Laws as a Means of Facilitating Cartelization, Antitrust Law Journal, бр. 67, 2000, стр. 725; J. Miranda, Should Antidumping Laws be Dumped?, Law & Policy of International Business бр. 28, 1996-1997, стр. 258-264; R.W.McGee, Antidumping Laws as Protectionist Trade Barriers: The Case for Repeal, 1996, стр. 2-3, доступно на: <https://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfu/98040704.pdf?abstractid=91268>.

извод купи по нижој цени. Зашто се бранити од тога? Друго, прерађивачка индустрија такође може имати користи од могућности јефитне набавке потрошне робе односно репроматеријала. У том смислу, не чуди што све већи број економиста сматра да дампинг није облик нелојалне конкуренције већ да заправо подстиче конкуренцију и доприноси општем благостању.¹⁵⁵⁾ Емпиријски резултати и економска анализа потврђују овај став. Наиме, америчка Комисија за међународну трговину је 1995. године донела студију о економским ефектима уклањања антидампинских и компензаторних мера из 1991. године.¹⁵⁶⁾ Резултати ове студије говоре да би се уклањањем антидампинских и компензаторних мера на овај начин остварила укупна добит од 1,9 милијарде долара за америчку привреду.

Имајући ове разлоге у виду Европска унија прописује и четврти услов за примену антидампинских мера, који поред утврђивања постојања дампинга, штете и узрочне везе захтева још и да за увођење антидампиншке мере постоји "интерес Заједнице."¹⁵⁷⁾ У пракси су, међутим, ретки случајеви где је применом овог услова донета одлука о непостојању основа за примену антидампинских мера.¹⁵⁸⁾

Свесни увреженог става да су антидампински закони сачињени тако да фаворизују утврђивање постојања дампинга¹⁵⁹⁾ потрошачима остаје једино да се ослоне на политичке притиске на доносиоца антидампинских одлука (у Србији то је Влада)¹⁶⁰⁾ и лобирање.¹⁶¹⁾ А како је једно од основних начела антидампинског поступка начело транспарентности, то се потрошачи о сваком поступку могу на време информисати и организовати ради спречавања доношења једне антидампин-

155. Више о томе видети: S. Khoman, Antidumping, International Trade Regulation No. 7, Network of Economic Development Management in Asia and the Pacific, 1998, стр. 81-95, W.A. Kerr, Dumping – One of Those Economic Myths, The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy, vol. 2, 2001, стр. 211-220. У сваком случају, сматра се да постоје облици дампинга који *per se* не наносе штету домаћој индустрији, те да само тзв. "отимачки" дампинг треба бити санкциониран. Више о томе видети: J. Miranda, наведено дело, стр. 259-273.

156. The Economic Effects of Antidumping and Countervailing Duty Orders and Suspension Agreements, USITC Publication 2900, јун 1995, стр. x-xi, III.

157. Водич за примену антидампинских прописа ЕУ предвиђа да интерес Заједнице може да покрива широк спектар фактора, од којих су најзначајнији интерес потрошача и прерађивача увозних производа као и потреба да се узме у обзир ситуација конкуренције на тржишту Заједнице. Видети: Guide to the European Communities Anti-Dumping and Countervailing Legislation, Bruxelles, 1981.

158. Више о томе видети: Xiang Liu, H. Vandenbussche, EU Antidumping Cases Against China: An Overview and Future Prospects with Respect to China's WTO Membership, 2002, доступно на: <http://ideas.repec.org/p/lic/licosd/11902.html#download>. Поред Европске уније и Канада познаје тест "општег" интереса као четврти услов примене антидампинских мера. У пракси је, међутим, забележен само један случај где је примена овог теста довела до смањења износа антидампиншке дажбине (M.A. Dutz, Enforcement of Canadian Trade Remedy Laws: The Competition Policies as an Antidote for Protection, у M. Finger, Antidumping How It Works and Who Gets Hurt, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1993, стр. 215).

159. Видети: J.H. Jackson, E.A. Vermulst, Antidumping Law and Practice, A Comparative Study, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1989.

160. Члан 53. став 3. Закона.

шке мере. Уосталом, и Закон им дозвољава да учествују у антидампиншком поступку у циљу заштите својих интереса.¹⁶²⁾

Уместо закључка. Алармантан пораст броја антидампиншких поступака, како у развијеним земљама¹⁶³⁾ тако и у земљама у развоју,¹⁶⁴⁾ наводи на сумњу да није реч о *bona fide* мерама заштите домаћег тржишта од иностране нелојалне конкуренције и изазива бојазан од новог таласа протекционизма међу присталицама тржишне реформе и либерализације. Из тог разлога бројни су напори да се изнађу начини да се примена антидампиншких прописа побољша. У том смислу неки аутори се залажу за замену антидампиншког законодавства антимонополским законодавством¹⁶⁵⁾ (што због фундаменталних разлика између основних принципа ова два поступка није могуће),¹⁶⁶⁾ други за већу употребу мера за заштиту од прекомерног увоза¹⁶⁷⁾ (које нису адекватне да обухвате све елементе који доводе до дампинга, а и скројене су за различиту сврху),¹⁶⁸⁾ трећи за њихову контролисану употребу, нпр. у унапред предвиђеном броју или обиму¹⁶⁹⁾ (што опет не пружа адекватан одговор на тржишне услове).¹⁷⁰⁾

161. О значају лобирања током антидампиншког поступка видети: S. Page, *Appropriate Use of Trade Defence Instruments*, 11. јул 2006, стр.1-2, доступно на: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/august/tradoc_129814.pdf; Mayer, Brown, Rowe & Maw, *Evaluation of EC Trade Defence Instruments*, децембар 2005, део 2, стр. 33, доступно на: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/february/tradoc_127382.pdf

162. Члан 43. Закона.

163. У периоду између 1970. и 1976. у Европској унији је покренуто свега 26 антидампиншких поступака, у односу на 1064 покренутих између 1977. и 2003. године (Van Bael&Bellis, наведено дело, стр. 14).

164. Последњих година забележен је пораст антидампиншких поступака покренутих у земљама у развоју, у односу на број поступака покренутих у развијеним земљама. За период између 1995. и 2002. године овај однос износи 1144 на према 819. Видети: J.M. Finger & A. Zlate, *WTO Rules That Allow New Trade Restrictions: The Public Interest is a Bastard Child*, доступно на: www.fordschool.umich.edu/rsie/acit/topicsdocuments/finger030421.pdf.

165. P.A. Messerlin, *Should Antidumping Rules be Replaced by National or International Competition Rules?*, Heft II/III *Aussenwirtschaft*, 1994, стр. 357; P. Didier *WTO Trade Instruments in EU Law*, London Cameron May Ltd, 1999, стр. 12.

166. Више о томе видети: P.D. Ehrenhaft, *Is Interface of Antidumping and Antitrust Laws Possible?*, *George Washington International Law Review* бр. 34, 2002, стр. 363-400. Ипак, вредан је помена став Европског суда правде који је у случају *Extramet Industrie SA v. Council* (случај C-358/89, одлука ECR I-3813) заузео став да правила конкуренције морају бити узета у обзир како би се утврдило да ли на исход антидампиншког поступка утиче нарушавање конкуренције од стране европске индустрије која тражи заштиту. Међутим, мора се напоменути да је ово редак случај где су правила конкуренције узета у обзир и однела превагу у антидампиншком поступку што је за последицу имало поништај антидампиншких мера.

167. A. Mickus, наведено дело, стр. 581-582; J.J. Barceló III, *Subsidies, Countervailing Duties and Antidumping After the Tokyo Round*, *Cornell International Law Journal* бр. 13, 1980, стр. 258.

168. R. Krishna, наведено дело, стр. 11-12.

169. B.M. Hoekman, M.P. Leidy, наведено дело, стр. 41.

170. R. Krishna, наведено дело, стр. 12.

Из наведеног се види да ниједно од предложених решења тренутно није прихватљиво. Шта више, антидампиншке мере су у тој мери постале саставни део свакодневног живота, да међународна заједница и не размишља о другом решењу за супротстављање дампиншкој пракси. Иако се спровођење у теорији често предлаганог теста интереса националне привреде пре изрицања антидампиншких мера¹⁷¹⁾ чини као разумно решење, оно се из политичких, техничких и других разлога не може очекивати у скорој будућности.¹⁷²⁾

У реформи антидампиншког законодавства посебну пажњу треба посветити проблему примене антидампиншких мера према привредним субјектима из земаља нетржишне привреде. Како је велики број антидампиншких поступака покренут управо против ових земаља, неопходно је да се коригује пракса Европске уније, САД и других развијених земаља који по аутоматизму примењују методологију аналогне земље на земље нетржишне привреде и да се привредним субјектима из ових земаља омогући да надлежном органу доставе економско оправдање својих цена које су испод трошкова производње. Уколико извозник успе да докаже да је продаја по ценама испод просечних варијабилних трошкова или испод трошка производње по јединици производа планирана за ограничен временски период с циљем да се обезбеди профит на дуги рок, сматра се да би примена антидампиншких мера била супротна принципима либерализације.¹⁷³⁾ Такође, не би било места примени антидампиншких мера ни у оним случајевима када је утврђење постојања дампинга последица различитих економских и пословних циклуса на тржишту Европске уније и страном тржишту, или последица диференцирања цена за приступ тржишту и флукуација курса или резултат примене различитих методологија израчунавања марже дампинга, односно штете.¹⁷⁴⁾ Ово је нарочито значајно с обзиром на савремене услове пословања у глобализованом свету, где све више привредних субјеката у жељи да освоји нова тржишта тражи и налази начине пословања са ниским трошковима, истовремено обезбеђујући могућност продаје робе по ниским ценама.¹⁷⁵⁾

Коначно, у реформи антидампиншког законодавства треба размишљати о дизању прага иницирања антидампиншког поступка, на пример повишењем таксе за иницирање поступка или поопштравањем стандарда домаће индустрије која је подносилац захтева,¹⁷⁶⁾ а свакако о разјашњавању појединих термина за које се у пракси показало да су подложни различитом тумачењу (нпр. сличан производ).

171. В.М. Hoekman, М.Р. Leidy, наведено дело, стр. 41; G. Yarrow, *Economic Aspects of Anti-Dumping Policies*, Oxford Review of Economic Policy бр. 3, 1987, стр. 77; J.M. Finger, *Antidumping How It Works and Who Gets Hurt*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1993, стр. 70.

172. С. Dordi, *Trade defence instruments and globalization*, 11. јул 2006, стр. 7-8, доступно на: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/august/tradoc_129811.pdf

173. В. Lindsey, наведено дело стр. 14-16.

174. F.Engering, H. De Brabander & E. Vermulst, *EC Antidumping Policy in a Globalizing World – A Dutch Perspective*, Journal of World Trade бр. 32, стр. 122.

175. F.Engering, H. De Brabander & E. Vermulst, наведено дело, стр. 118.

Од органа надлежних за примену антидампинских мера треба захтевати да празнине антидампинских прописа уско тумаче, да се у поступку користе принципима економске анализе и да доносе одлуке које ће у најмањој мери утицати на слободу тржишне утакмице и равноправност свих тржишних учесника. На телу за решавање спорова СТО, као последњој брани пред налетима протекционистичке злоупотребе антидампинских прописа, остаје да задржи интегритет који је до сада имало и настави са рестриктивним тумачењем одредаба ГАТТ-а.¹⁷⁷⁾

Колико је наша земља доношењем новог Закона о спољнотрговинском пословању успела да одговори на захтеве међународне заједнице који се тичу одмерене и праведне примене антидампинских мера време ће тек показати, јер до сад ниједан поступак није инициран. Места за бојазан има, јер ако је вишегодишња пракса земаља које су традиционално највећи корисници антидампинских поступака, пре свега ЕУ и САД, подложна критици стручне јавности и тела за решавање спорова СТО, шта очекивати од нашег Министарства које броји свега 14 људи запослених у групи за примену заштитних мера?¹⁷⁸⁾ Додатно забрињавају ставови ресорног министра и његовог саветника у којима се дампинг *a priori* дефинише као механизам нефер освајања тржишта с циљем уништавања конкуренције и освајања тржишта једне земље.¹⁷⁹⁾ Видели смо да је овакво дефинисање дампинга супротно основним економским принципима и да налази правно утемељење само у једном од бројних појавних облика дампинга, и то оном најређем, који је најтеже доказати – тзв. "отимачком дампингу". Сам законски оквир за примену антидампинских мера невешто је постављен и с једне стране доводи до непотребних преклапања одредаба законског и подзаконског текста, а с друге стране, не успева да обухвати целокупну материју уређену правилима СТО и Европске уније.

176. Чињеница да скоро 40% поступака у Европској унији бива окончано без примене мера отвара питање да ли је стандард иницирања поступка постављен исувише ниско. Видети: Mayer, Brown, Rowe & Maw, Evaluation of EC Trade Defence Instruments, децембар 2005, део 2, стр. 4, и Annex 6, стр. 11, доступно на: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/february/tradoc_127382.pdf
177. У периоду између 1995. и 2002. године Апелационо тело СТО је у 12 од 13 случајева који су се тичали примене антидампинских мера, нашло да постоји повреда правила ГАТТ 1994 (Видети: J. Durling, Deference, but Only When Due: WTO Review of Antidumping Measures, Journal of International Economic Law бр. 6, 2003, стр.131).
178. Видети страну 7. Извештаја о раду Министарства из јануара 2005. године, доступан на: <http://www.mier.sr.gov.yu/upload/dokumenta/IZVESTAJ2005Sr.pdf>). Насупрот томе, Комисија за међународну трговину САД броји око 300 запослених, а одељење Министарства трговине које се бави мерама трговинске заштите 75. У оквиру Комисије ЕУ тренутно је запослено 163 људи на пословима примене мера трговинске заштите. Видети: Mayer, Brown, Rowe & Maw, Evaluation of EC Trade Defence Instruments, децембар 2005, део 2, стр. 35, доступно на: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/february/tradoc_127382.pdf
179. М. Париводић, предговор Закона о спољнотрговинском пословању, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 20; Т. Рајчевић, Стварање правног оквира спољне трговине Србије, Правни живот бр. 11/2005, Београд, стр. 505.

Очигледно је да су у контексту приступа СТО и ЕУ одређене исправке и допуне нашег антидампиншког законодавства већ потребне. А како би се спречила примена антидампиншких прописа супротна међународним стандардима неопходно је организовати стручне семинаре кроз које би са основним принципима Антидампиншког споразума и праксом међународних институција у њиховом спровођењу (пре свега СТО) били упознати, како они који ће поступак спроводити, тако и они која ће заступати домаћу индустрију пред Министарством, односно они која ће заступати домаће извознике пред страним органима, укључујући и Тело за решавање спорова СТО.

За крај, не сме се заборавити да само конкуренција води конкурентности.¹⁸⁰⁾

Milena Djordjevic, LL.M.
Assistant, University of Belgrade Faculty of Law

DUMPING

Summary

In this article the author analysis the basic elements of dumping as legal category, i.e. means of sales of goods on foreign markets below normal value subject to anti-dumping measures if it causes material injury to domestic industry, threatens to cause such injury or causes material retardation of domestic industry.

After introductory topics on definition and types of dumping, the author analyzes in detail basic concepts of the new Foreign Trade Law with respect to the rules on dumping in the light of international and comparative rules, current antidumping practice of the EU, US and the WTO Dispute Settlement Body decisions.

In addition, the author shortly presents the views of economic science with respect to dumping and its effects on a country's economy.

At the end, the author points to some possible directions in the development of anti-dumping legislation both on domestic and international level and concludes with recommendations for proper and sound applications of the pertinent domestic regulation.

Key words: GATT, dumping, normal value, constructed value, export price, material injury, antidumping measures.

180. Познато је да је Шведска годинама штитила своју текстилну индустрију, пре свега трговинским мерама заштите. Индустрију аутомобила, с друге стране, није никада штитила иако је трпела подједнаке притиске конкуренције као текстилна индустрија. Данас Шведска готово да нема текстилну индустрију, док је њена индустрија аутомобила изузетно успешна. Видети: P. Bernert, Thoughts in response to the list of issues considered by the Commission, 11. јул 2006, стр.2, доступно на: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/august/tradoc_129809.pdf

ПРИЛОЗИ

МЕЂУНАРОДНО ПОСЛОВНО ПРАВО

Решавање међународних спорова

Прелиминарно решавање спорова по *FIDIC*-овим општим условима уговора

На њословима на којима у иностранству (ионово) учествују и грађевинске организације из Србије, као и на великим грађевинским подухватима у Србији користе се општи услови уговора које је пракси понудило Међународно удружење консалтинг инжењера (*FIDIC*). У најновијим *FIDIC*-овим условима уговора садржане су одредбе о претходном решавању спорова (пре изношења на арбитражу или суд) које се могу сматрати новином у пракси и чији домаћи и дејства нису у нас довољно познати.

У међународној пракси, већ дуго година, на пословима изградње (грађење, опремање објеката) користе са општи услови уговора које је припремило Међународно удружење консалтинг инжењера (*Federation Internationale des Ingenieurs-conseils – FIDIC*).

FIDIC-ови услови трпели су многе критике са становишта правне технике, а највеће замерке односиле су се на његове основне поставке – да цео уговорни однос наручиоца и извођача или испоручиоца почива на претпоставци о независној улози консалтинг инжењера кога именује наручилац и који има низ значајних функција у односима страна из уговора о изградњи. Условима уговора консалтинг инжењеру се даје једна посебна, неуобичајена улога – да тумачи одредбе уговора и уређује низ односа страна, па чак и да прелиминарно решава и њихове спорове. Отуда се у литератури и судској пракси овакав положај консултанта сликовито описује као улога „квази-арбитра“. Овај концепт да се сва спорна питања морају изнети претходно на решавање консалтинг инжењеру, чија се одлука мора поштовати (по њој се мора поступати), а незадовољна страна може даље да води спор на начин предвиђен уговором (арбитража или суд), почива на идеји да се посао мора

одвијати без застоја и да се спорна питања морају решавати „у ходу“, те да неспоразуми страна не смеју угрозити одвијање уговора.

Но, пошто је овај приступ у погледу улоге консултанта жестоко критикован у пракси (нарочито са становишта да консултант није независан и непристрасан – ангажује га и плаћа наручилац, радио је пројекат итд.), *FIDIC* је у условима које је недавно понудио пракси свој концепт прелиминарног решавања спорова кориговао тако што је увео посебан механизам – уместо консултанта спорове, пре изношења на арбитражу или суд, решава посебно тело, које се назива *Dispute Adjudication Board - DAB*.

Наиме, *FIDIC* је крајем 1999. сачинио нове верзије услова уговора:

- *Conditions of Contract for Construction* (за грађевинске радове и инжењеринг радове када пројекат даје наручилац) нова „дрвена књига“ (по боји корица)

- *Conditions of Contract for Plant and Design-Build* (за електро и механичку односно машинску опрему и инжењеринг радове, када пројекат даје извођач) – нова „жута књига“

- *Conditions of Contract for EPC Turnkey Project* (*EPC* скраћеница од *engineer - procure - construct*) – тзв. „сребрна књига“.

Нова „дрвена“ и „жута“ књига сачињене су на истим начелима као и претходне верзије, уједначена су поједина конкретна решења, терминологија је донекле усаглашена, али је међу њима остало још доста разлика.

Обе књиге, и „дрвена“ и „жута“ (као и нова, „сребрна“) сада су структуриране тако да имају по 20 основних одредби (чланова) и њихова терминологија је уједначена.

Основна подела односно избор између „дрвених“ услова и „жутих“ услова није, као што је то раније био случај, према томе која врста радова је у питању (грађење или опремање, односно шта је претежније), већ се разликовање вршило по томе ко даје пројекат – наручилац (што је случај са „дрвеном“ књигом) или извођач/испоручилац (што је случај са „жутом“ књигом). Може се рећи да се нова „жута“ књига и „сребрна“ књига користе за комплексне пројекте („кључ у руке“). Из самих назива ових општих услова види се да се ради о ситуацији где извођач даје и пројекат и изводи радове односно испоручује опрему. Разлика између новог „жутог“ и „сребрног“ *FIDIC*-овог документа је у томе што се „сребрни“ услови, најкраће речено, користе онда када је, код сложених послова (и поред тога што пројекат даје извођач и што ће се он, на основу почетне документације која је служила за уговарање, даље развијати по потпису уговора), могуће са одређеном сигурношћу утврдити коначну цену грађевинског подухвата.

У новој верзији „дрвених“ и „жутих“ услова уговора надзор над извршењем уговора и даље врши консалтинг инжењер, кога ангажује наручилац (док у „сребрним“ условима. „Сребрна“ књига је, међутим, направљена стриктно на приступу да нема „треће“ стране, односно консултанта, јер нема потребе да се свакодневно прати рад извођача зато што је он преузео да целокупни посао изврши за укупну, фиксну цену. Но, и у верзијама услова у којима се и даље предвиђа активна уло-

га консултанта, он, међутим, нема више прерогативе код одлучивања у случају покретања спора, већ је та улога дата одбору или комисији за решавање спорова – *Disputes Adjudication Board (DAB)*. Ово више није могућа алтернатива коју странке бирају (као што је то био случај са претходно сачињеним допунама уз раније верзије општих услова), већ одбор потпуно замењује консултанта у његовој квази-арбитражној функцији. По црвеној књизи, одбор се именује на почетку уговора и остаје у функцији до краја радова односно завршетка уговора. По „жутој“ и „сребрној“ књизи, одбор се именује за сваки спор посебно и ради док се спор не реши.

Анализа одредби *FIDIC*-ових општих услова уговора о *Disputes Adjudication Board – DAB* (члан 20) могу указати на оно што стране које раде по овим условима могу чекивати у конкретним ситуацијама уколико између њих дође до спора који не могу споразумно решити.

Уговорне стране заједнички именују *DAB* односно комисију за решавање спорова. Ово треба да учине у оквиру рока од 28 дана од дана када једна страна најави другој да има намеру да поднесе спор на решавање комисији. Треба имати у виду да је наведени рок од 28 дана период у коме комисија треба да буде именована, а не рок у коме се страна дужна да најави намеру да спор поднесе комисији (у односу на моменат када је консалтинг инжењер донео одлуку о захтеву стране (за продужење рока, смањење цене, накнаду трошкова), сходно става 201 (по коме се захтеви претходно подносе консултанту); дакле, није одређен рок у коме страна, после одлуке консалтинг инжењера о захтеву (*claim*-у) мора да најави намеру да спор изнесе на решење пред комисију (ранијим верзијама услова уговора постојао је строго одређени рок у којем је страна била, под претњом губитка права на изношење спора на арбитражи или пред суд, да изјави да није задовољна одлуком консалтинг инжењера.

Задатак комисије да предложи странама решење спорног питања. Услови уговора изричито наводе да комисија не делује као арбитража нити има њену функцију.

Комисија има три члана (мада се стране могу договорити, у посебним условима уговора, да функцију комисије врши појединац). Свака страна именује по једног члана комисије (кога треба да потврди друга страна (при том се не предвиђа да страна мора да изнесе које примедбе на кандидата има односно да своје неслагање образложи). Потом уговорне стране, уз консултацију са два члана комисије које су одредиле стране, именују трећег члана, који је и председник комисије. Ако се стране не договоре о именовању трећег члана комисије или ако не прихвате кандидате које свака од њих предложи, именовање комисије односно њених чланова извршиће председник *FIDIC*-а, на захтев било које од страна.

Услови ангажовања чланова комисије (накнада, плаћање и др.) договарају се између уговорних страна и чланова. Свака уговорна страна је дужна да плати половину накнаде и трошкова рада комисије.

Уговорне стране се могу договорити да замене једног или више чланова комисије, а свакако у случају смрти или друге немогућност да врши функцију или ако

одбије да буде члан комисије. Именовање члана комисије може да буде повучено споразумом страна (дакле, једна од њих то не може да учини, чак и када се ради о члану кога је она одредила).

Мандат комисије престаје доношењем одлуке о спорном питању за чије решавање је именована, изузев уколико су се у међувремену појавили други спорови који су јој поднети на решавање (у ком случају функција комисије престаје када реши те нове спорове).

Став 20. 3. општих услова уговора одређује поступак и правила за случај да се стране не споразумеју о именовању комисије. Тако, ако у року од 28 дана од најаве да се спор изнесе на комисију, стране не именују једночлану комисију, или једна од страна не предложи свог члана (трочлане) комисије, или стране не постигну споразум о трећем члану, или се стране не постигну споразум о именовању члана комисије кога треба заменити у року од 42 дана од дана када члан комисије одбије да буде члан или постане неспособан да буде члан, или дође до отказа именовања, онда председник *FIDIC*-а (или други орган именовања кога стране одреде уговором), после захтева једне или обе уговорне стране, и после консултације са њима, именује члана комисије. Ово именовање је коначно. Свака страна треба да плати половину накнаде и трошка органа именовања.

После именовања, по ставу 20.4 (и с позивом на ову одредбу општих услова), свака страна може да поднесе комисији, у писаном облику, детаље спора који жели да буде решен, са захтевом који поставља; копија поднеска треба да буде достављена другој страни и консалтинг инжењеру. Уколико је комисија трочлана, сматраће се да је примила захтев у моменту када га прими председник комисије.

Обе стране су дужне да комисији одмах обезбеде све информације, приступ градилишту и друге погодности које комисија може тражити у сврхе доношења одлуке о спору.

У року од 84 дана од дана подношења спора на решење, односно плаћања аванса који је предвиђен уговором страна са члановима комисије, или у оквиру периода који комисија предложи, а стране прихвате, комисија треба да допнесе одлуку која мора бити образложена. Уговори странака са комисијом обично предвиђају да одлука не мора да буде донета и објављена све док стране не плате предвиђену накнаду и трошкове.

Одлука ће бити обавезујућа за стране, које морају по њој одмах поступити, све док она не буде измењена у евентуалном даљем поступку споразумног решавања спора или пред судом или арбитражом, како је предвиђено уговором (општи услови предвиђају арбитражно решење спора, али ово стране могу изменити у посебним условима уговора).

Уколико је једна од страна незадовољан одлуком комисије, та страна може, у року од 28 дана од дана добијања одлуке, да обавести другу страну да је незадовољан одлуком комисије. Исто важи и за ситуацију да комисије пропусти да донесе одлуку у року од 48 дана (или у другом одобреном року) – и тада свака од страна има право да у року од 28 дана од истека периода за доношење одлуке достави дру-

гој страни обавештење о свом „незадовољству“. Такво обавештење мора имати позив на став 20. 4 општих услова уговора и у њему се морају навести предмет спора и разлог незадовољства. Изузев како је наведено у ставовима 20. 7 и 20. 8, ниједна страна не може покренути парницу пред судом или арбитражни поступак ако није доставила обавештење о незадовољству, сагласно овим правилима.

Уколико је комисија донела одлуку о предмету спора, а ниједна страна не достави обавештење и свом незадовољству у оквиру рока од 28 дана од дана пријема одлуке, одлука комисије постаје коначна и обавезујућа за стране.

Уколико је дато обавештење о незадовољству, стране морају, по ставу 20. 5, покушати да спор реше споразумно, пре отпочињања арбитражног или судског поступка. Међутим, изузев ако није друкчије договорено, арбитража може отпочети (спор се може изнети на решавање арбитражи, односно суду) по истеку 56 дана од дана када је дато обавештење о незадовољству одлуком комисије, чак и ако је пропуштен (или је отпочет, а није завршен) поступак мирена односно споразумног решавања спора.

Став 20. 6 општих услова садржи арбитражни споразум по коме се спор износи на решавање арбитражи по Арбитражном правилнику Међународне трговинске коморе из Париза, са трочланим арбитражним већем.

Арбитража може изменити или потврдити било коју одлуку комисије. Страна није ограничена нити везана доказима које је претходно изнела пред комисију, нити разлозима незадовољства одлуком комисије које је навела у свом обавештењу.

Арбитража може отпочети и пре завршетка радова. Обавезе страна, консалтинг инжењера, и комисије неће бити измењене због тога што се арбитражни поступак води у току трајања радова.

По ставу 20. 7 општих услова, уколико ниједна страна не изрази незадовољство одлуком комисије, па одлука комисије постане коначна, а страна не поступи према одлуци, друга страна може, без утицаја на друга права која јој стоје на располагању, поднети спор везан за неизвршење одлуке комисије на решавање арбитражи по ставу 20. 6 (а без обавезе да покуша споразумно решење спора по ставу 20. 5).

Општи услови предвиђају (став 20. 8) да, уколико дође до спора, а не постоји комисија (било зато што је мандат истекао или из других разлога), спор може бити изнет на арбитражу и без поступања по одредбама ставова 20. 4 и 20. 5).

У *FIDIC*-у су, истовремено са општим условима уговора, објавили и опште услове уговора о решавању спорова (*General Conditions of Dispute Adjudication Agreement*).

По члановима 1 и 2 ових општих услова за решавање спорова уговор о комисији је трочлани – закључују га наручилац, извођач и члан комисије. Уговор ступа на снагу када га потпишу сва наведена лица, а о ступању на снагу свака уговорна страна изу уговора о грађењу обавештава чланове комисије. Ако члан комисије не добије у року од шест месеци од када је потписао уговор, наведено обавештење,

сматра се да уговор није ни ступио на снагу односно да није произвео никаква правна дејства.

Именовање члана комисије је везано за личност и он своје обавезе не може пренети на друго лице без пристанка свих страна и осталих чланова комисије.

По члану 3 општих услова уговора за разрешење спора члан комисије гарантује и потврђује да је независан од страна из уговора о грађењу и од консалтинг инжењера на том послу. Члан мора одмах открити свакој страни и осталим члановима комисије сваку околност која може довести у питање његову независност и непристрасност. Када га именују за члана, стране из уговора се поуздају у изјаву члана комисије да је искусан у послу, да се разуме у тумачење уговорне документације, те да говори језик на коме је уговор сачињен и на коме стране комуницирају.

По члану 10 општих услова обавезе односно тврдње члана комисије су: да нема никакве финансијске интересе у вези са уговором из кога је потекао спор (изузев плаћања по уговору о именовању за члана комисије), да није претходно био запослен код наручиоца, извођача или консултанта (изузев у оним случајевима које је писаним путем открио уговорним странама пре потписивања уговора о ангажовању), да нема било какву професионалну или личну везу са било којим руководиоцем или намештеником наручиоца, извођача или консултанта (али о томе може претходно писаним путем обавестити стране из уговора), да неће током важења уговора о именовању за члана комисије да се запосли код наручиоца, извођача или консултанта (изузев ако се сви они претходно са тим не сложе), да ће поступати по одредбама поступка предвиђеним у став 20. 4 општих услова уговора о грађењу, да неће саветовати стране из уговора о грађењу у погледу начина испуњења уговорних обавеза, да ће посетити градилиште за било који преглед или извођење доказа када је то потребно.

По општим условима уговора о решавању спорова (члан 5) и наручилац и извођач предузимају одређене обавезе: да неће тражити консултације или савете од члана комисије изузев на начин који је уобичајен у току активности комисије или ако не постоји писана сагласност наручиоца, извођача и осталих чланова комисије. Члан комисије не може бити именован за арбитра у арбитражи по уговору и не може бити позван за сведока пред арбитражом (осим ако се стране друкчије не договоре).

Општи услови о решавању спорова предвиђају и како се плаћају чланови комисије (члан 6). Износ накнаде се утврђује у уговору о формирању комисије односно о именовању члана комисије. Накнада се утврђује по дану ангажовања (читање документације, посете градилишту, састанци комисије, рочишта и сл.). Предвиђено је и како се рачуна време које члан комисије проведе на путу. Члану комисије се плаћају и сви („разумни“) трошкови које има у вршењу функције (секретарске услуге, услуге, трошкови телефона и отпреме документације, путни трошкови, трошкови хотела и исхране (с тим што се за сваку ставку трошкова који прелазе 5% од дневне накнаде тражи презентација доказа о учињеном трошку), те порези које члан комисије плаћа у вези са накнадом за ангажовање. Одмах по формирању

комисије, члан треба да поднесе извођачу фактуру, са копијом наручиоцу, за аванс од 25% од укупног процењеног износа дневница које би требало да му припадну, те за аванс свих трошкова које може имати у вези са својим дужностима (Комисија није дужна ништа да ради док сваки члан не добије фактурисани аванс). Касније, у току рада, чланови достављају фактуре за даље дневнице (и трошкове, ако их има у износима који прелазе примљени аванс). Извођач је дужан да аванс плати најкасније у року од 28 дана од дана пријема фактура, с тим што једну половину одмах фактурише наручиоцу, који је дужан да свој део одмах плати извођачу. Уколико извођач не плати аванс, дуговани износ у целини може да плати наручилац, с тим да на део који отпада на извођача може да зарачуна камату. Члан комисије који не прими уплату на име аванса (или по каснијој фактури) у року од 28 дана од дана фактурисања, може поднети оставку на чланство у комисији, или обуставити рад до пријема накнаде.

И Међународна трговинска комора је издала 2004. Правила за рад комисија за решавање спорова (*Dispute Boards Rules*). Ова Правила садрже одредбе о именовању и функционисању комисија за решавање спорова (које немају улогу арбитраже). Правила познају три типа комисија (који се разликују по одлукама које доносе – препоруке или одлуке које ступају на снагу ако их стране не оспоре: - комисија за разматрање спора (*Dispute Review Board*), комисија за разрешење спора (*Dispute Adjudication Board*), те „комбинована“ комисија (*Combined Dispute Board*).

Аванс арбитражних трошкова по *UNCITRAL*-овим Арбитражним правилима за *ad hoc* арбитраже

*У ad hoc арбитражама увек је проблем био ово питање трошкова (авансирање трошкова, утврђивање висине аванса, расподела аванса на странке, динамика улагања и др.) није унапред регулисано (или, као код арбитраже по *UNCITRAL*-овом правилнику за ad hoc арбитраже није детаљно уређено), што оштра одређена питања која оштрећују арбитражну праксу.*

Према *UNCITRAL*-овом Арбитражном правилнику за *ad hoc* арбитраже арбитражно веће одлучује о трошковима арбитраже у арбитражној одлуци. Правилник предвиђа да арбитражно веће одређује да странке треба да уплате, на име накнаде арбитра, трошкова арбитра и организовања поступка, аванс односно почетни депозит са кога се ови трошкови исплаћују (чланови 38 и 41); у току поступка арбитражно веће може тражити и даље уплате на депозитни рачун.

У овом случају висина накнаде, појединих трошкова и износ депозита одређују се на самом почетку поступка, већ у тзв. условима именовања (документ којим се уређују односи арбитра и странака). Евантуално више уплаћена средства враћају се странкама по доношењу одлуке или окончања поступка на други начин (члан 41 став 5 Правилника).

Услов за плаћање трошкова је, према Правилнику, конституисање арбитражног већа – чим се конституише (*on its establishment*), веће може да тражи да стран-

ке плате аванс на име трошкова (члан 41 став 1). Износ трошкова одређује само веће, као и износ аванса који странке треба да плате.

Према арбитражној пракси, арбитражна већа по правилу одређују да странке треба да износ аванса уплате по пола, односно на једнаке делове. За ово постоји основ у Правилнику - наведени члан 41 став 1 управо каже да стране на име аванса уплаћују *equal amounts*. У правилницима неких институционалних арбитража садржано је друкчије решење – само од тужиоца се тражи да уплати „иницијални“ аванс (који би покрио почетне трошкове поступка), а тек потом се одрђује „коначан“ износ аванса, који странке треба да снесе по пола, с тим да се тужиоцу урачунава већ уплаћени износ.

Члан 41 став 4 Правилника садржи нека правила о томе шта се дешава ако захтевани износ на име аванса не буде плаћен у целини у року од 30 дана од дана захтева већа да се плаћање изврши. Произлази да у погледу неплаћања могу постојати две ситуације: (1) да ниједна страна не изврши плаћање, те (2) да само једна страна не плати свој део у року. Арбитражно веће, према формулацији одредбе, у сваком случају обавештава странке о неплаћању да би „једна од њих могла извршити захтевано плаћање“. Претпоставка је да у случају неплаћања једне стране, плаћање може да изврши друга страна; исто тако, ако ниједна страна не изврши плаћање, једна од њих или обе могу то да учине у накнадном року (отуда, одредба да арбитражно веће треба да обавести обе стране да би могле извршити плаћање заправо значи да арбитражно веће даје накнадни рок за плаћање). Правилник не одређује колики је то накнадни рок, те веће треба да га прецизира у обавештењу да плаћање није извршено.

Као последицу неплаћања Правилник у наведеном члану 41 став 4 предвиђа две ситуације односно да арбитражно веће одреди: (1) прекид (*suspension*) или (2) окончање (*termination*) поступка. Домашај односно смисао ових одредби није најјаснији, као што није одређен ни критеријум за опредељење арбитражног већа за једну од ове две могућности.

Поставља се, наиме, питање шта уопште значи прекид арбитражног поступка (за који период или до испуњења којег услова се прекид одређује, како се то стање у поступку прекида и сл.).

И у вези са окончањем поступка поставља се низ питања, као што су: да ли се сматра да је тужба повучена, те да се поступак може поново покренути пред арбитражом (пред истим већем или поново конституисаним већем), да ли се поступак може покренути пред надлежним редовним судом по основу тога што арбитражни споразум није „подобан да буде спроведен“ (*incapable of being performed*), како је то речено у члану II (3) Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука?

У сваком случају, ако се захтевани депозит не плати у целини, арбитражни поступак неће бити настављен, а могућности који странкама (пре свега туженом) стоје на располагању у том случају нису одређене.

Међународна регулатива

Општи услови уговора о грађењу и испоруци опреме у употреби у свету

Поред Међународног удружења консултаната (Federation International des ingénieurs-conseil - FIDIC) чији услови уговора о грађењу и испоруци опреме се широко користе у међународној пракси (иа и на пројектима у нас), и друге институције са предзнаком „међународни“ су објавиле ошће услове уговора, типске и моделе уговора који се могу користити на словима изградње (грађење, опремање објекта). У неким елементима поједини од ових услова уговора су, са правне тачке гледишта, појединости, савременији и прикладнији документи за коришћење у пракси од познатих FIDIC- ових услова.

Међународној пракси су своје услове уговора понудили, између осталих, следеће институције:

Организација *European International Contractors-EIC* објавио је 1994. *EIC Turn-key Contract са Conditions of Contract for Design and Construct Projects*.

Европска економска комисија ОУН објавила је сет општих услова уговора за испоруку опреме, са варијатама: испорука без монтаже, испорука са монтажом, испорука са надзором над монтажом, који су познати по бројкама 188, 188 А, 188 Б и 188 Д, те 547, 547 А, 547 Б и 547 Д.

И друге институције у оквиру система ОУН радиле су на овом питању. Тако је *UNIDO* сачинио и понуди пракси *Model Form of Turn-key lump sum Contract for the Construction of Fertilizer Plant* (постоји и *Semi turn-key* варијанта).

UNCITRAL је покушао да сачини опште услове уговора о грађењу у међународној пракси, али се покушај завршио изградом Правног водича (*Legal Guide for Drafting of International Contracts for Construction of Industrial Plants*). Но, у њему има пуно корисних разматрања, упоредно-правне анализе, као и модела клаузула односно илустративних примера клаузула за решење појединих питања и ситуација из односа стана код уговора о грађењу и опремању објеката.

И неке националне организације сачиниле су доста добре опште услове уговора који се користе и у међународној пракси. Тако, на пример, Engineering Advancement Association of Japan има Model Form of International Contract for Process Plant Construction, а средином деведесетих година прошлог века ENAA је објавила и Model Form International Contract for Power Plant Construction. И American Association of Architects има читав низ модела уговора и општих услова уговора о грађењу, који се користе у области високоградње. Joint Contract Tribunal такође је издао читав сет уговора о грађењу (The Standard Form of Building Contract, Design and Build Contract, Intermediate Building Contract, Minor Works Contract, Major Project Construction Contract). У организације чији општи услови уговора имају и шири значај спадају и британски Institute of Civil Engineers (ICE), Confederation of International Contractors Association (CICA) (ову организацију чини седам удружења, која представљају 78 земаља), те Associated General Contractors of America.

И Међународна трговинска комора приступила је раду на изради општих услова уговора о грађењу. Сачињен је нацрт документа названог *Major Project Turnkey Contracts*. Разлог што се и МТК „умешала“ у ову област је тај да су тела Коморе (Комисија за трговачко право и праксу) закључила да услови уговора који се користе у међународној пракси нису одговарајући (да права и обавезе страна нису избалансирани, да поједина питања нису уређена у складу са савременим схватањима у пословном праву итд.).

Из домаћег права пословања са иностранством

Акторска кауција

У парницама са елементом иностраности (нарочито, у последње време, у поступцима где се као тужиоци појављују држављани или правна лица националне припадности држава бивше СФР Југославије) поставља се питање да ли домаћи туженик има право да тражи да тужилац унапред положи одређени износ на име обезбеђења парничних трошкова.

Странци су, у начелу, изједначени са домаћим лицима у приступу судовима односно права на покретање поступка. Но, заштита права страног лица је у овом погледу донекле ограничена, јер се од страног лица, када је у улози тужиоца, тражи да унапред положи одређени износ на име обезбеђења парничних трошкова. Овај институт, који се различито назива (акторска кауција, обезбеђење парничних односно судских трошкова, полагање предујма за парничне трошкове, *cautio iudicatum solvi*), уређен је Законом о решавању сукоба закона са прописима других земаља (чланови 82, 83 и 84), где се он означава као обезбеђење парничних трошкова. Смисао овог обезбеђења је да се домаћем туженику гарантује да ће, у случају да странац као тужилац не успе у спору, моћи да оствари свој захтев за надокнаду парничних трошкова.

По члану 82 став 1 Закона о решавању сукоба закона обезбеђење парничних трошкова може се тражити од страног држављанина (под овим се подразумевају и правна лица) и од лица без држављанства које нема пребивалиште у Србији.

Има више категорија лица која су ослобођена од обавеза полагања обезбеђења.

Од лица без држављанства може се тражити полагање акторске кауције само ако имају пребивалиште у иностранству. Избеглице су ослобођене полагања гаранције на основу Конвенције о статусу избеглица (под условом да имају уобичајено место боравка у Србији). Тужиоци који у Србији уживају право азила такође нису дужни да полажу обезбеђење за парничне трошкове.

Од полагања акторске кауције изузети су и држављани држава уговорница Хашке конвенције о грађанском судском поступку из 1905. и држављани држава уговорница Хашке конвенције о грађанском поступку из 1954. који имају домицил у било којој држави уговорници ове две конвенције. По Хашкој конвенцији о олакшању међународног приступа судовима из 1980. категорија ослобођених лица је нешто другачија – обухвата лица која имају редовно боравиште у било којој држави уговорници (без обзира на то да ли су држављани државе уговорнице или не).

Сви држављани држава које су настале од бивше СФРЈ такође су ослобођени обавезе полагања акторске кауције. Ово произилази из Хашких конвенција о грађанском судском поступку (и потврђено је у пракси домаћих судова).

И у двостраним уговорима о међународној правној помоћи налази се основ за ослобађање од акторске кауције. Тако постоје конвенције које предвиђају ослобођење за држављане држава уговорница (такви су уговори са Алжиром, Француском, Ираком, Ирааном, Италијом, Кипром, Русијом, Словачком и Чешком). Друга група конвенција ослобођење предвиђа само за држављане држава уговорница који имају пребивалиште или боравиште у једној од њих (уговори са Аустријом, Бугарском, Грчком, Мађарском, Монголијом, Пољском, Румунијом и Турском). Уговор о међународној правној помоћи са Великом Британијом предвиђа да тужилац може бити изузет од полагања акторске кауције само ако има пребивалиште на територији државе уговорнице у којој се води поступак, или ако на територији те државе има непокретну имовину или другу имовину која није лако преносива, ако је довољна за покриће трошкова.

Поред овог, дипломатског реципроцитета, основ за ослобађање од полагања акторске кауције може бити и постојање фактичког реципроцитета са државом тужиоца (ако држављани Србије нису дужни да полажу обезбеђење у тој држави, без обзира што не постоји међународни уговор којим би то било предвиђено). Постојање фактичког реципроцитета утврђује суд.

За документацију

Уговор о преносу удела оснивања представништва страног лица у Србији

Уговор о преносу удела у друштву са домаћег на страног лице

Уговор о преносу удела у _____ друштву „_____“ д.о.о., Београд закључен дана _____ 200_. између _____ *LIMITED*, _____ (број уписа у регистар компанија у седишту _____), и г. _____, улица _____ бр. __, _____, Србија, јмбг _____, бр. л.к. _____

Предмет уговора и уговорне констатације

1. Стране констатују следеће:

1.1. да је су обе чланови _____ „_____“ д.о.о., Београд, _____ („Друштво“), а да је члан Друштва и _____ *Limited*;

1.2. да чланови Друштва имају следеће уделе у Друштву, те уписане и уплаћен улоге у основном капиталу Друштва: (а) _____ удео од ___% и улог од динара _____ (противвредност од ЕУР _____, (б) _____ *Limited* удео од ___% и улог од ЕУР _____, те (в) _____ *Limited* удео од ___% и улог од ЕУР _____;

1.3. да г. _____ намерава да свој целокупни удео у Друштву пренесе на _____ *Limited*, а да _____ *Limited* намерава да купи целокупни удео г. _____ у Друштву, те да је у скупштини Друштва о томе донета одговарајућа одлука, као и да се трећи члан Друштва _____ *Limited* изјаснио да не жели да купи сразмеран део удела г. _____;

1.4. да ће по основу куповине удела г. _____ у Друштву _____ *Limited* стећи удео у Друштву од ____, те улог о основном капиталу Друштва од ЕУР _____.

2. Имајући у виду констатације из члана 1, стране су се споразумеле да овим уговором г. _____ пренесе, као продавац (преносилац) на _____ *Limited*, као купца (стицаоца), свој целокупни удео у Друштву, под условима и на начин који су даље у овом уговору предвиђени.

Пренос удела и дејства преноса

3. _____ овим уговором преноси свој целокупни удео у Друштву (што чини 0,91% удела) на _____ *Limited*, а _____ *Limited* прихвата овај пренос.

4.

4.1. На основу преноса целокупног удела предвиђеног чланом 3 овог уговора удео _____ *Limited* у Друштву се повећава са ____% на ____%, а уписани и уплаћени улог о основни капитал Друштва са ЕУР _____ на ЕУР _____, док удео и улог _____ *Limited*, као трећег члана Друштва, остају непромењени (удео од ____%, те уписани и уплаћени капитал од ЕУР _____);

4.2. Од дана преноса удела према члану 3 (упис у књигу удела у Друштву) престају сва права и обавезе _____ у Друштву, а _____ *Limited* преузима и сва права, обавезе и одговорности г. _____ у Друштву које је овај имао до дана преноса удела.

Накнада за пренос удела, начин плаћања

5. _____ *Limited* ће платити г. _____, као накнаду за пренос целокупног удела у Друштву по овом уговору, износ од ЕУР _____.

6. Накнаду из члана 5 _____ *Limited* ће платити г. _____ одмах по потписивању овог уговора на рачун код банке у Београду који г. _____ одреди.

Спровођење формалности по српским прописима

7. _____ *Limited* се обавезује да, уколико је то потребно, са другим чланом Друштва _____ *Limited*, изврши одговарајућу измену Уговора о уређивању односа у Друштву (Ов. бр. _____ од _____ 200_) у складу са преносом удела који је извршен по овом уговору.

8. _____ *Limited* се обавезује да обезбеди да Друштво поднесе пријаву Агенцији за привредне регистре, на начин и у роковима предвиђеним српским

прописима, за упис у Регистар привредних субјеката промене члана Друштва по овом уговору.

Решавање спорова

9. Стране су сагласне да евентуалне спорове по овом уговору решавају пред надлежним судом у Београду.

Језик и примерци уговора, ступање на снагу

10.

10.1. Овај уговор је закључен на српском језику.

10.2. Стране ће, за своје потребе, сачинити и идентичну верзију на енглеском језику.

11. Уговор је закључен у 5 примерака, од којих по један задржава свака страна, два се користе за потребе Друштва, а један се користи приликом овере потписа код суда.

12. Уговор ступа на снагу даном потписивања, уз оверу потписа код суда.

за _____ LIMITED г. _____

име:

функција:

(овера поштом у суду).

Глосар

Public Private Partnership – PPP

У Србији се, у последње време све чешће, појављују предлози или идеје (пре свега страних инвеститора) да учествују у инвестиционим подухватима који су традиционално везани за јавни сектор. Ови се подухвати, отуда што претпостављају својеврсну комбинацију ресурса приватног и јавног сектора, називају „јавно/приватном сарадњом“. У пракси страних инвеститора је уобичајено да се и овакви подухвати називају по кованици из енглеског језика која сликовито означава њихову основну природу – *Public Private Partnership* (или, скраћено: *PPP*). Реч *partnership* се у овој кованици користи у ширем значењу од уобичајеног (ортакљук, партнерство, па и трговачко друштво) и означава сарадњу у најширем смислу.

PPP начин финансирања се односи, пре свега, на инфраструктурне пројекте (транспорт – друмски и железнички саобраћај, путеви, снабдевање водом, одлагање отпада, телекомуникације, и многи други) и пружање услуга које уобичајено обезбеђују ентитети из јавног сектора.

PPP пројекти имају различите форме. Међутим, њихова анализа указује да се сви методи своде на већ познате механизме инвестирања, као што су концесија, *B.O.T.* аранжмани (који се, често, обухватају и једним именом: финансирање пројеката - у смислу да се комбинују директне инвестиције са кредитима). Код концесија се, на пример, комбинација приватног и јавног сектора огледа у оснивању концесионог предузећа у коме, поред приватног (страног) инвеститора, и домаћи давалац концесије (држава, локална самоуправа) има учешће. Дакле, ради се о термину којим се само подвлаче одређене стране инвестиционих подухвата (порекло капитала, иницијатива приватног сектора и сл.). Ипак, и поред тога што су у питању познати облици инвестирања, да би се олакшало и овакви подухвати, већ су сачињени и први стандардни односно типски уговори за различите аспекте *PPP* приступа инвестиционим подухватима, прописане процедуре за уговарање и др. (Енглеска, Аустралија, неке земље у транзицији). Основно објашњење за ову стандардизацију је да се на тај начин смањују трошкови и време поступка надметања за

овакве пројекте. *PPP* као концепт користи се већ више десетина година у свету, а приклониле су му се и земље које су традиционално биле против овог приступа (Шведска).

И највећи део *UNCITRAL*-овог документа *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*, који расветљава многа питања и сугерише законодавна решења која треба да поспеше финансирање инфраструктурних пројеката, посвећен је комбинацији, удруживању средстава из јавних и приватних извора финансирања. Водич може имати значајан утицај у изради националних законодавстава из ове области, али садржи и нека решења која ће тешко бити прихваћена. У овакве сугестије, које нису наишле на повољан одјек, спада и идеја да се омогући да лица из приватног сектора подносе, без позива, предлоге јавном сектору за развој одређених пројеката – „понуде које нису тражене“ (*Unsolicited Proposal – USP*). Сматра се да би омогућавање оваквог приступа могло довести до изигравања принципа једнаког третмана и транспарентности поступка.

Due diligence

У међународној пракси, а у последње време све више и у нас, у вези са страним улагањима, приватизацијом и уопште пословним подухватима у које су укључени страни актери, користе се изрази из стране (пре свега енглеске) праксе и права. Иако је њихов садржај, по правилу, јасан, потребно је понекад, ради лакшег разумевања и прихватања, њихово значење ближе одредити.

Један од израза који се, и у нас, у последње време, користи у изворном облику је и израз „дју дилиџенс“ (due diligence). Ово је термин који је у овој рубрици својевремено објашњен, али његова актуелност и све шира употреба упућују на то да се он још једном, детаљније, објасни.

Due diligence је термин чије је најприближније значење „потребна пажња“. Веома је распрострањен у енглеској пословној пракси и користи се за означавање процедуре у којој се једна (будућа) уговорна страна, пре уласка у пословни аранжман (дакле, пре подношења понуде, пре закучивања уговора, пре давања налога брокеру да купи хартије од вредности и сл.), упознаје са свим околностима пословног подухвата. Ова процедура обухвата сагледавање и процену ризика, избор мера којима ће се ризици избећи, односно савладати или умањити – путем уговорних одредби, преко резерви у цени, путем осигурања од одређених ризика, уговорног пребацавања ризика на друге учеснике подухвата и сл.

Due diligence је поступак који морају да следе пословни руководиоци, заступници друштва пре него што уговорно обавезу друштво; интерна правила и прописани методи рада појединих предузећа, банака, осигуравајућих друштава и др, често предвиђају обавезу руководећег особља да спроведу овакав поступак. У случају неповољног исхода пословног подухвата и настанка евентуалне штете за друштво, одговорност директора и осталих руководлаца се, између осталог, процењује и по томе да ли се ради и како су спровели претходни поступак испитивања

свих релеванних околности за доношење пословне одлуке. Један од елемената процедуре је и ангажовање професионалних саветника за поједина питања – адвоката, одитора, пореских саветника и других. Саветовање о појединим ситуацијама и активностима, под условом да су пажљиво изабрани, те поступање по саветима је битно за оцену одговорности директора. Но, с друге стране, *due diligence* морају да спроведу и сами професионални саветници – и за њих важи правило да у давању савета морају да испитају све околности случаја односно да клијенту наведу све елементе на којима заснивају свој налаз мишљење те предлог поступка (то отвара низ питања о одговорности професионалних саветника према својим клијентима).

Припреме за улазак на одређено тржиште, његове сегменте или у поједине послове често се завршавају израдом *due diligence* извештаја у којима се набрајају истражена питања, могуће опције и дају савети односно одређују путеви даљег ангажовања.

Due diligence поступак може се спроводити практично у сваком пословном подухвату. С обзиром на величину ангажованих средстава и друге параметре (значај за привреду и др.), овај се поступак најчешће помиње код директних страних улагања, приватизације уз учешће страних инвеститора, кредитних односа, послова на тзв. секундарном тржишту (откуп потраживања по дуговима појединих земаља, откуп потраживања по хартијама од вредности које издају поједине земље и предузећа) итд. Питања која се испитују у сваком конкретном случају зависе од низа околности и практично их није могуће унапред одредити за све могуће случајеве. Примера ради, типична правна питања која се у *due diligence* процедури испитују код директног страног улагања у постојеће друштво су, у најкраћем, следећа: правна форма, оснивачка акта, власничка структура, врсте акција код акционарског друштва, стање спроведене приватизације, састав и овлашћења органа друштва, њихов однос и одговорност, процене капитала и имовине, уговори са значајнијим партнерима (предмет, обим, степен извршења, ризици), спорови које друштво води (фаза, изгледи на успех), спорови који су у изгледу (разлози, опонирајуће стране, изгледи на успех), прописане процедуре за избегавање и спречавање правних ризика, итд. Наравно, поред приступа са становишта права, профил друштва у које се улаже употпуњује се и са низа других аспеката (финансијског, кадровског, техничко-технолошког и др.).

ПРАВНА ПРАКСА

Милица Ђосовић-Кишић
секретар Суда части при Привредној комори Београда

Извод из праксе Суда части при Привредној комори Београда

- 1. Привредно друштво чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала када злонамерно прикаже цене услуга свог конкурента, изрази сумњу у његово пословно поштење и на тај начин корисника услуге доведе у заблуду, а конкуренту нанесе моралну штету.**

Образложење:

Оптужним предлогом Тужиоца Суда части при Привредној комори Београда покренут је поступак против привредног друштва због одбијања пружања услуге поправке фото апарата и изношења неистина о конкурентској радњи којој се оштећени, као власник фото апарата, претходно обратио за услугу.

Окривљени је у поступку пред Судом тврдио да фото радња у коју је оштећени претходно носио фотоапарат на поправку, није његов конкурент, образлажући да његово предузеће не врши редован сервис апарата већ само услужни за фото апарате у гарантном року, и то ако су купљени у предузећима са којима има закључен уговор.

Суд није прихватио наводе у одбрани окривљеног из разлога што је утврдио да сувласник окривљеног има две фоторадње у којима продаје фотоапарате као

овлашћени дистрибутер произвођача, управо спорног фотоапарата, а које за увозника сервисира окривљени.

Суд части утврдио је да је окривљени регистрован код надлежног органа за обављање послова сервисирања и поправку дигиталних фотоапарата, да је прегледао спорни фотоапарат и одбио да исти прими на поправку из разлога што је отворан у конкурентској радњи којом приликом је приказао услуге свог конкурента злонамерно, тако што је саопштио оштећеном да поправка кошта мање од цене коју је конкурент приказао и да постоји могућност да је у конкурентској радњи извађен неки део из фотоапарата.

Суд је нашао да је окривљени код оштећеног створио забуну у погледу квалитета и цене услуге, конкуренту нанео моралну штету саопштавањем информација којима се омаловажавају његове пословне активности, да у вршењу услуге није испољио максимално залагање да се задовољи корисник услуге, чиме је учинио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала, па га је Суд огласио одговорним и изрекао одговарајућу меру друштвене дисциплине.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда С.бр. 57/05 од 9.11.2005.године)

- 2. Привредни субјект, као продавац, чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала из области промета роба и услуга, када одбије рекламацију купца изјављену у гарантном року, на купљене спољне пнеуматике за трактор којим су обављани уобичајени, послови у оквиру предвиђене намене за ово возило, неосновано тврдећи да су предметни пнеуматици неправилно експлоатисани.**

Образложење:

Окривљени је продао оштећеном два спољна пнеуматика за трактор са гаранцијом од 60 месеци. Након седам месеци редовне употребе, приликом техничког прегледа констатована је потпуна неупотребљивост гума због излизаности.

Окривљени је формирао комисију која је прегледала рекламиране пнеуматике и констатовала да немају фабричких недостатака, али да су неправилно експлоатисани и похабани до каракаса, као последица неисправности машине или преоптерећења и неадекватног притиска или као последица не придржавања техничког упутства из гарантног листа од стране оштећеног.

На основу изведених доказа Суд части утврдио је да је оштећени, пољопривредно возило са предметним пнеуматичима користио за обављање уобичајених послова на заштити водопривредних објеката, за превоз грађевинског материјала, да је возило било у потпуности технички исправно, те да се таквом експлоатацијом није могао похабати газни слој у тој мери, за време од седам месеци. Суд је посебно ценио да је производ продат са карактеристикама највишег, «А» квалитета и гаранцијом од 60 месеци коју је сам окривљени као произвођач дао.

Како пнеуматици нису били довољно отпорни на оштећења и способни да издрже вожњу у свим временским условима, те нису одговарали стандардима највишег квалитета, под видом којих су продати, а како је окривљени неоправдано одбио рекламацију, Суд је нашао да су се у радњама окривљеног стакла обележја повреде добрих пословних обичаја и пословног морала из области пружања трговинских услуга, огласио га кривим и изрекао меру друштвене дисциплине сходно тежини и врсти повреде.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр. 14/05 од 21.03.2005. године)

- 3. Друштво за осигурање имовине које учини општу понуду за осигурање стана преко уплатница за пружене комуналних услуга, па одбије захтев за процену и накнаду штете у стану осигураника у случају када наступи осигурани случај, мада је осигураник уредно плаћао премије осигурања из опште понуде, чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала.**

Образложење:

Против окривљеног Тужилац Суда части покренуо је поступак због тога што осигуранику-оштећеном није проценио штету насталу на стану услед изливања канализационе воде и пожара и обавестио га о даљим правима из уговора о осигурању закљученог прихватањем опште понуде о осигурању стана, упућене преко уплатница јавног предузећа за наплату комуналних услуга.

Окривљени се бранио тврдећи да са оштећеним није закључио уговор о осигурању из кога би оштећени могао остварити своја права и да уплата премија осигурања од стране оштећеног преко уплатница система обједињене наплате не значи настанак уговорног односа.

Суд није прихватио одбрану окривљеног из разлога што је окривљени општом понудом, понудио под једнаким условима свим корисницима станова закључење уговора о осигурању станова од више ризика путем признаница за плаћање комуналних услуга, и то својим Правилима пословања регулисао и иста доставио грађанима на територији Београда уз признанице. Оштећени је понуду прихватио и редовно, месечно уплаћивао премије осигурања у остављеном року, те се не може сматрати да тај уговор није настао, посебно што је то и окривљени признао накнадним отказивањем уговора, и то након подношења одштетног захтева за обештећење.

Суд части је ценећи утврђено чињенично стање да је оштећени извршио уплату свих премија осигурања стана по признаницама за плаћање комуналних услуга, па и за период када је настао штетни догађај, да окривљени није пружио доказ да је уплаћени новац оштећеном вратио, а имајући у виду да по пријави штетног догађаја није сачинио записник о процени штете и штету накнадио, ни до закључења главног претреса, нашао да су се у радњама окривљеног стакла обележја повреде

добих пословних обичаја и пословног морала, па га је огласио кривим и изрекао одговарајућу меру друштвене дисциплине.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр. 76/04 од 30. 06. 2005. године)

- 4. Привредни субјект чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала из области пружања услуга приватног превоза путника, када се не придржава реда вожње и регистроване линије приликом обављања јавног градског линијског превоза путника, на линији за коју му је то право додељено, независно од тога што је други превозник, на основу интерног договора, вршио превоз на тој линији.**

Образложење:

Поступак против окривљеног привредног субјекта покренут је због тога што се као приватни превозник и носилац права превоза путника у градском саобраћају на одређеној линији, није придржавао реда вожње и није обављао превоз према регистрованој линији.

Окривљени се у поступку бранио тако што је истицао да он није крив за насталу ситуацију непоштовања реда вожње на регистрованој линији и незадовољство путника, због тога што је он као носилац права превоза на датој градској линији, пренео ово право уговором на другог привредног субјекта као подпревозиоца.

На основу изведених доказа Суд части утврдио је као неспорно, да је решењем Дирекције за јавни превоз града Београда, окривљеном додељено право носиоца права превоза на спорној градској линији, да он као превозник није поштовао утврђени ред вожње и да се није придржавао регистроване путање утврђене за исту, као и то да је уговор који је окривљени закључио са другим превозником као подпревозиоцем, интерног карактера и да не искључује одговорност окривљеног.

На основу утврђеног чињеничног стања, а имајући у виду да се искључиво решењем Дирекције за јавни превоз града Београда, може одредити носилац права градског превоза путника, који мора да испуњава услове за вршење ове делатности пре доношења решења о додели права и да се ово право не може уговором преносити, Суд је оценио да је окривљени учинио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала из области пружања услуга градског превоза путника, па га је огласио одговорним и изрекао одговарајућу меру друштвене дисциплине.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр. 44/05 од 30. 01. 2006. године)

- 5. Ауто-такси превозници који нису чланови такси удружења, (такозвани "слободњаци", како се зову у круговима ове делатности), дужни су да поштују ценовник Извршног одбора града Београда, којим су утврђене максималне цене за обављање такси-превоза по зонама, па је супротна добрим пословним обичајима и пословном моралу свака наплата више цене за такси услугу.**

Образложење:

На основу пријаве инспектора друмског саобраћаја, тужилац Суда части покренуо је поступак против такси возача због тога што је наплатио кориснику услуге-оштећеном за извршену такси услугу већи износ од цене утврђене ценовником Извршног одбора града Београда.

Окривљени такси возач је, на примедбу оштећеног да је цена већа од уобичајене на тој релацији, одговорио да је он "слободњак" и да се то на њега не односи.

Суд части је на основу изведених доказа и делимичног признања окривљеног, утврдио да је окривљени неосновано наплатио већи износ за извршену услугу од износа утврђеног Ценовником.

Наводе у одбрани окривљеног да није члан ниједног такси удружења Суд није прихватио, јер га та околност не ослобађа од обавезе да поштује одредбе Ценовника који се односи на све такси возаче, без разлике да ли су или нису чланови удружења.

Одлуком о ауто-такси превозу ("Службени лист града Београда" бр.12/02) прописано је, да је такси возач физичко лице које обавља такси превоз као предузетник или запослени у правном лицу на територији града Београда, под условима прописаним законом и овом Одлуком.

Суд части нашао је, да је окривљени учинио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала из члана 8. Правилника о организацији, саставу и раду Суда части при Привредној комори Београда ("Службени лист града Београда" бр. 16/03), па је окривљеног огласио кривим и изрекао му одговарајућу меру друштвене дисциплине.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр. 20/05 од 11. 04. 2005. године)

- 6. Власник аутомеханичарске радње чини више повреда добрих пословних обичаја и пословног морала када поступи мимо договора и налога корисника услуге и изврши поправке које корисник услуге није тражио, односно замени исправне делове на аутомобилу уградњом старих делова, одбије повраћај замењених делова, не изда рачун и одбије рекламацију.**

Образложење:

Оштећени је дотерао ради поправке свој аутомобил у радњу окривљеног. Том приликом није постигнут јасан договор око тога који све кварови треба да се отклоне и да ли треба и који делови на аутомобилу да се замене.

Окривљени није оспоравао да је наплатио цену услуге у еврима и да није издао рачун, али је оспоравао да је у аутомобил оштећеног уградио, уместо исправних делова, старе делове.

На основу изведених доказа Суд је утврдио да је окривљени мимо договора и налога оштећеног извршио замену исправних делова на аутомобилу својим, старим, опраним деловима и одбио да врати замењене делове, а да није извршио поправке због којих је аутомобил довежен у радњу и да је по завршеним радовима, одбио реламацију.

На основу утврђеног чињеничног стања Суд части нашао је да је окривљени био дужан да приликом пријема возила на поправку сачини записник о стању које је уочио на возилу и шта власник возила захтева да се поправи, а затим отвори налог за рад са детаљним позицијама које радове треба извести и које кварове треба отклонити, са предрачуном трошкова за сваку позицију и да изда рачун.

Како окривљени није поступио на описани начин, већ супротно, то је Суд нашао да су се у радњама окривљеног стакла обележја више повреда добрих пословних обичаја и пословног морала, па га је огласио кривим и изрекао му одговарајућу меру друштвене дисциплине.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр. 78/05 од 24. 10. 2005. године)

- 7. Продавац који прода потрошачу клима уређај без гарантног листа, списка овлашћених сервисера, упутства за употребу преведеног на српски језик, и по рекламацији потрошача не ангажује стручно лице из овлашћеног сервиса да отклони квар, чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала из области промета роба и услуга.**

Образложење:

На основу пријаве тржишног инспектора покренут је поступак против привредног субјекта које је оштећеној продало клима уређај марке «LG» по цени од

34.980,00 динара, којом приликом није уз апарат дало гарантни лист, а по рекламацији није ангажовао овлашћеног сервисера па апарат до подношења оптужног предлога није могао бити стављен у функцију.

Окривљени се у поступку пред Судом части бранио да је оштећеној приликом куповине дао рачун и гарантну изјаву у којој стоји да гаранција важи 60 месеци и да је по рекламацији ангажовао мајстора да отклони квар, а затим новог мајстора пошто први није успео да поправку изврши, и да је отклањању квара сметала оштећена. Није спорио да оштећеној није уз рачун предато упутство за употребу преведено на српски језик, као и списак овлашћених сервисера тврдећи да је то била обавеза увозника а не његова, односно да оштећена исте није тражила.

Суд је утврдио да је окривљени продао оштећеној клима уређај без гарантног листа, списка овлашћених сервисера, упутства за употребу преведеног на српски језик и да је по оправданој рекламацији ангажовао трећа лица, која нису запослена у овлашћеном сервису, која квар нису отклонили, услед чега је уређај и даље неисправан.

На основу утврђеног чињеничног стања и делимичног признања окривљеног, Веће је закључило да је окривљени учинио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала из области промета роба и услуга, па га је огласио кривим, јер је поступио супротно одредби члана 36. Посебних узанси у промету робе на мало, по којој продавац може да стави у продају индустријске производе трајније употребе само ако су снабдевени гарантним листом, техничким упутством о начину коришћења на језику који је у употреби у месту продаје, и ако су обезбеђени резервни делови и редовно сервисирање и одржавање.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр. 105/04 од 6. 12. 2004.године)

- 8. Продавац који изврши приликом продаје батерија за даљински кључ за аутомобил, замену истошених батерија новим управо продатим батеријама, при чему кључ оштети, и на тај начин оштећеног онемогући да користи кола у одређеном дужем временском периоду и при том одбије обештећење и изложи оштећеног шикани, чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала из области промета роба и услуга.**

Образложење:

Оптужним предлогом Тужиоца Суда части окривљеном стављено је на терет да је извршио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала на тај начин што је оштећеном који је претходно купио у продавници окривљеног, две батерије за даљински кључ за аутомобил марке «Рено», и то кључ који служи као аларм извршио замену батерија и том приликом кључ оштетио, оштећеног изложио знатном трошку у вредности новог кључа и изложио га шикани.

Окривљени се бранио тврдећи да кључ није оштећен приликом отварања а ни приликом замене батерија, да замена батерије није наплаћена, док је за извршену продају уредно издат рачун.

Суд није прихватио одбрану окривљеног јер је у поступку утврдио да је оштећени купио за своје возило марке «Рено» две батерије за даљински кључ који служи као аларм, центарална брава и блокатор мотора и замолио у радњи да му промене батерију, што је прихватила управо власница окривљеног привредног субјекта, и приликом замене покушала шрафцигером да отвори кључ којом приликом је цео садржај из кључа испао на под. По скупљању свих делова са пода, враћању и замени батерије, кључ није функционисао, услед чега оштећени није могао да закључа кола. Окривљени је оштећеног изложио трошку и шикани, јер је одбијао било какав споразум око обештећења, па је оштећени по консултацији овлашћеног сервисера да кључ не може да се поправи, био принуђен да исти наручи у фабрици «Реноа» који кошта 15.059,00 динара, а у међувремену није могао да користи кола док му није стигао дупликат кључа из Стокхолма.

На основу наведеног Суд је нашао да је у продавници окривљеног извршена неадекватна замена батерија којом приликом је кључ оштећен, тако да је оштећени био принуђен да купи нов кључ, што је изазвало трошкове и шикану оштећеног, на који начин је учинио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала из области промета роба и услуга на мало, па га је огласио кривим и изрекао одговарајућу меру друштвене дисциплине.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр. 19/05 од 28. 09. 2006. године)

- 9. Туристичка агенција која пропусти да корисника услуге обавести о потреби обезбеђивања транзитне визе, због чега корисник услуге са породицом буде враћен са границе и изложен трошковима, дужем задржавању и непријатностима, чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала из области организовања туристичког путовања.**

Образложење:

Оптужним предлогом Тужиоца Суда части окривљеној туристичкој агенцији стављено је на терет да је приликом организовања путовања у Италију, пропустила да обавести оштећеног, који је иначе страни држављанин, о потреби обезбеђивања транзитне визе кроз Хрватску, због чега је оштећени са породицом враћен са Хрватске границе и изложен трошковима авионског превоза, једнодневном дужем задржавању и непријатностима.

Окривљени се бранио да није био обавезан да обезбеди транзитне визе за оштећене, већ да су се сами оштећени морали старати о томе, о чему су били упозорени приликом уплате аранжмана, посебно што су знали и морали знати да наша земља није члан Европске уније, односно да није потписала Шенгенски споразум

услед чега је поступак добијања визе компликованији и захтева лично присуство корисника услуге приликом предаје докумената и подизања визе.

Суд није прихватио одбрану окривљеног из разлога што програм путовања у конкретном случају није садржао обавезу путника да прибаве транзитну визу, као и чињеницу да се пре поласка на путовање, оштећени информисао код окривљеног и лично добио обавештење и уверавање да не треба да прибавља транзитну визу кроз Хрватску и Словенију, јер се путује аутобусом.

Због оваквог пропуста окривљеног, оштећени као једини страни држављанин у аутобусу који није имао транзитну визу, враћен је са породицом усред ноћи са граничног прелаза са Хрватском, да би у јутарњим часовима допутовао у Београд, а затим наредног дана авионом отпутовао са породицом у Венецију да би се придружио туристичкој групи. Због таквог превоза морао је да остане један дан дуже.

Суд је посебно ценио да је окривљени одбио рекламацију и било какав договор по повратку са пута око накнаде штете или извињења, па је нашао да је окривљени учинио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала из области организовања туристичког путовања, огласио га кривим и изрекао одговарајућу меру друштвене дисциплине.

(Одлика Суда части при Привредној комори Београда С. бр. 70/05 од 1. 02. 2006. године)

10. Такси возач чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала када одбије да изврши превоз путника, од такси стајалишта до места опредељења путника, због кратке релације.

Образложење:

Тужилац Суда части покренуо је поступак против такси возача због тога што је одбио да изврши превоз путница на релацији од такси стајалишта, у Јеврејској улици до Градског завода за заштиту здравља, у улици Булевар Деспота Стевана у Београду, због кратке релације, иако је био први на реду за вожњу.

Окривљени се пред Судом бранио да је од радио центра, свог такси удружења, већ био добио позив за вожњу и чекао на семафору на зелено светло кад су му се путнице обратиле, те да је због тога одбио да их превезе.

На основу изведених доказа Суд части утврдио је да је такси возач у време кад су му се путнице обратиле да их превезе, био у такси возилу, на такси стајалишту и то први у реду и читао новине. Кад је окривљени чуо за релацију на којој треба да изврши услугу такси превоза одговорио је да не вози тако кратке релације и упутио их на такси возаче иза њега. Кад је једна од путница окривљеном рекла да ће поднети пријаву због таквог понашања, окривљени је упалио ауто и кренуо три метра да би стао на семафору на коме је било црвено светло. Окривљени није имао обзира да је једна од путница у подмаклој трудноћи.

Суд части је утврдио да је окривљени одбио да изврши услугу такси превоза иако је био први у реду за такси вожњу, без ваљаног разлога, односно зато што је,

по његовој процени, била кратка релација до места опредељења путника, на који начин је учинио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала из области пружања услуга, па га је огласио кривим и изрекао му меру друштвене дисциплине, са обавезом да накнади трошкове поступка настале пред Судом.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр. 47/05 од 27. 06. 2005. године.)

Снежана Вујиновић

Министарство рада, запошљавања и социјалне политике

Мишљења Министарства рада, запошљавања и социјалне политике

Запослени инвалид рада II категорије може бити проглашен вишком услед технолошких, економских или организационих промена које су наступиле код послодавца.

Према Закону о раду ("Сл.гласник РС", бр.24/05 и 61/05) инвалидна лица уживају посебну заштиту. Та заштита се односи на обавезу послодавца да инвалиду код кога је утврђена инвалидност по прописима о пензијском и инвалидском осигурању обезбеди обављање послова према преосталој радној способности, као и да запосленом који ради на пословима на којима постоји опасност од настанка инвалидности обезбеди да ради други посао. Међутим, у случају када је због технолошких, економских или организационих промена код послодавца престала потреба за радом запосленог инвалидног лица, није утврђена посебна заштита.

Према томе, запослени инвалид рада II категорије може бити проглашен вишком услед технолошких, економских или организационих промена које су наступиле код послодавца. Уколико Вам је послодавац отказао уговор о раду услед технолошких, економских или организационих промена, дужан је да вам пре престанка радног односа исплати отпремнину најмање у висини утврђеној законом. Општим актом или уговором о раду може да се предвиди већи износ отпремнине.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 011-00-162/2006 од 18. 08. 2006. године)

Запослени коме је у конкретном случају престао радни однос због одласка у старосну пензију има право на исплату отпремнине у смислу члана 119. став 1. тачка 1. Закона о раду.

Чланом 119. став 1. тачка 1. Закона о раду ("Сл.гласник РС", бр. 24/05, 61/05) је прописано да је послодавац дужан да запосленом исплати отпремнину при одласку у пензију, најмање у висини три просечне зараде, у складу са општим актом. Под просечном зарадом се сматра просечна зарада у Републици Србији према последњем објављеном податку републичког органа надлежног за статистику.

Послодавац је дужан да запосленом исплати све неисплаћене зараде, накнаде зараде и друга примања која је запослени остварио до дана престанка радног односа у складу са општим актом и уговором о раду. Исплату ових обавеза послодавац је дужан да изврши најкасније у року од 30 дана од престанка радног односа (члан 186. Закона).

Према томе, запослени има право на отпремнину ако му радни однос престаје ради остваривања права на старосну, инвалидску или породичну пензију. У конкретном случају запосленом је престао радни однос због одласка у старосну пензију и по том основу је стекао право на исплату отпремнине. Послодавац је обавезан да запосленом исплати отпремнину у смислу члана 119. став 1. тачка 1. Закона најкасније у року од 30 дана од престанка радног односа, независно од тога када ће запослени добити решење о стицању права на старосну пензију. Чињеница да је запослени умро након стицања права на отпремнину у смислу члана 119. став 1. тачка 1. Закона, а пре исплате отпремнине је од значаја за оставински поступак. Оставински поступак и питања наследника отпремнине која није исплаћена запосленом, уређена су прописима о наслеђивању а не Законом о раду.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 011-00-721/2006-02 од 10. 08. 2006.)

Ако против запосленог који је привремено удаљен са рада буде обустављен кривични поступак или ако је правоснажном пресудом ослобођен оптужбе или је оптужба одбијена, али не због ненадлежности суда, односно ако му не престане радни однос, припада му накнада зараде у висини разлике између износа накнаде коју је примио за време привременог удаљења и пуног износа основне зараде.

Закон о раду ("Сл.гласник РС", бр. 24/05, 61/05) у члану 169. прописује да запосленом за време привременог удаљења са рада, у смислу чл. 165. и 166. овог закона, припада разлика између износа накнаде зараде примљене по основу члана 168. овог закона и пуног износа основне зараде, и то:

1. ако кривични поступак против њега буде обустављен правоснажном одлуком, или ако правоснажном одлуком буде ослобођен оптужбе, или је оптужба против њега одбијена, али не због ненадлежности;

2. ако запосленом не престане радни однос у смислу члана 179. тач. 2) - 4) овог закона.

Према томе, ако против запосленог који је привремено удаљен са рада буде обустављен кривични поступак или ако је правоснажном пресудом ослобођен оптужбе или је оптужба одбијена, али не због ненадлежности суда, односно ако му не престане радни однос, припада му накнада зараде у висини разлике између износа накнаде коју је примио за време привременог удаљења и пуног износа основне зараде. Значи да је за остваривање права запосленог на накнаду зараде у висини разлике између износа накнаде коју је примио за време привременог удаљења и пуног износа основне зараде потребно да буде испуњен један од услова из члана 169. Закона о раду, а не кумулативно.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 011-00-655/2006-02 од 26. 06. 2006. године)

У случају отказивања уговора о раду због престанка потребе за радом запосленог због технолошких, економских или организационих промена, запослени има право на годишњи одмор у пуном трајању .

Према члану 72. Закона о раду ("Сл.гласник РС", бр. 24/05, 61/05) право на сразмеран годишњи одмор има запослени:

1. ако у календарској години у којој је први пут засновао радни однос нема шест месеци непрекидног рада;

2. ако у календарској години није стекао право на пун годишњи одмор, због прекида радног односа дужег од 30 радних дана.

Према томе, у свим другим случајевима престанка радног односа у којима су испуњени услови из члана 68. ст.1. до 3. Закона о раду, као и у случају отказивања уговора о раду због престанка потребе за радом запосленог због технолошких, економских или организационих промена, запослени има право на годишњи одмор у пуном трајању .

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 011-00-706/2006 од 26. 06. 2006. године)

У конкретном случају уговор о раду закључује запослени и директор правног лица које је регистровано у Агенцији за привредне регистре Републике Србије, односно запослени кога он овласти.

Према члану 30. став 2. Закона о раду ("Сл.гласник РС", бр. 24/05, 61/05) уговор о раду закључују запослени и послодавац. Сматра се да је уговор закључен ка-

да га потпишу запослени и директор, односно предузетник. У правном лицу уговор о раду може да потпише осим директора и запослени кога он овласти.

Према члану 5. став 2. Закона послодавац је домаће или страног правно или физичко лице које запошљава или радно ангажује једно или више лица. Под правним лицем подразумева се сваки облик организовања који у смислу закона има својство правног лица и као такво је уписано у регистар.

Према томе, у конкретном случају уговор о раду закључује запослени и директор правног лица које је регистровано у Агенцији за привредне регистре Републике Србије, односно запослени кога он овласти.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 011-00-746/2006 од 26. 06. 2006. године)

Послодавац не може запосленом који ради скраћено радно време, да одреди да у једном периоду у току године ради дуже, а у другом краће (прерасподела радног времена).

Према члану 52. Закона о раду ("Сл.гласник РС", бр. 24/05, 61/05) запосленом који ради на нарочито тешким, напорним и за здравље штетним пословима, утврђеним законом или општим актом, на којима и поред примене одговарајућих мера безбедности и заштите живота и здравља на раду, средстава и опреме за личну заштиту на раду постоји повећано штетно дејство на здравље запосленог - скраћује се радно време сразмерно штетном дејству услова рада на здравље и радну способност запосленог, а највише 10 часова недељно (послови са повећаним ризиком). Скраћено радно време утврђује се на основу стручне анализе, у складу са законом. Запослени који ради скраћено радно време има сва права из радног односа као да ради са пуним радним временом.

На пословима на којима је уведено скраћено радно време, у складу са чланом 52. овог закона, не може се вршити прерасподела радног времена (члан 60.).

Према томе, да би се извршило скраћивање радног времена на одређеним пословима потребно је извршити стручну анализу о постојању штетног дејства услова рада на радну и здравствену способност запосленог. Одлуку о увођењу скраћеног радног времена доноси директор под условом да постоји стручна анализа за доношење такве одлуке. Послови на којима постоји штетно дејство услова на радну и здравствену способност запосленог утврђују се законом и колективним уговором, односно правилником о раду. Послодавац не може запосленом који ради скраћено радно време, да одреди да у једном периоду у току године ради дуже, а у другом краће (прерасподела радног времена).

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 011-00-850/2006 од 16. 08. 2006. године)

Запослени који су због потреба процеса рада код послодавца радили у дане државног и верског празника остварују право на увећану зараду у зависности од распореда њиховог радног времена.

Према члану 108. Закона о раду ("Сл.гласник РС", бр. 24/05, 61/05) запослени има право на увећану зараду у висини утврђеној општим актом и уговором о раду и то:

- 1) за рад на дан празника који је нерадни дан - најмање 110% од основице;
- 2) за рад ноћу и рад у сменама, ако такав рад није вреднован при утврђивању основне зараде - најмање 26% од основице;
- 3) за прековремени рад - најмање 26% од основице;
- 4) по основу времена проведеног на раду за сваку пуну годину рада остварену у радном односу - 0,4% од основице.

Ако су се истовремено стекли услови по више основа утврђених у ставу 1. овог члана, проценат увећане зараде не може бити нижи од збира процената по сваком од основа увећања.

Општим актом и уговором о раду могу да се утврде и други случајеви у којима запослени има право на увећану зараду.

Основицу за обрачун увећане зараде чини основна зарада утврђена у складу са законом, општим актом и уговором о раду.

Према члану 114. запослени има право на накнаду зараде у висини просечне зараде у претходна три месеца, у складу са општим актом и уговором о раду, за време одсуствовања са рада на дан празника који је нерадни дан, годишњег одмора, плаћеног одсуства, војне вежбе и одазивања на позив државног органа.

Законом о државним празницима СРЈ («Сл. лист СРЈ», бр. 29/97 и 63/02) и Законом о државним и другим празницима у Републици Србији («Сл.гласник РС», бр. 43/01) утврђени су празници у којима запослени не раде.

Запослени који су због потреба процеса рада код послодавца радили у дане државног и верског празника остварују право на увећану зараду у зависности од распореда њиховог радног времена.

Уколико запослени **ради** у дане празника, а према распореду радног времена то су његови **радни дани**, има право на увећану зараду за рад на дан празника. Такође, уколико запослени **ради** у дане празника, а они падну у дане његовог **недељног одмора**, поред увећане зараде за рад на дан празника (за оба дана), има право на увећање зараде за прековремени рад за један дан, а за други дан има право на слободан дан, уколико је петодневна радна недеља. У случају шестодневне радне недеље, за тај дан запослени има право на увећану зараду за рад на дан празника и слободан дан. За **одсуствовање са рада** у дане празника запослени има право на

накнаду зараде само ако празник падне у дане који су према распореду радног времена његови радни дани.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 120-01-106/2006-02 од 18. 08. 2006. године)

Запослени своју намеру да жели да му престане радни однос изражава у писменој изјави о отказу уговора о раду коју доставља послодавцу најмање 15 дана пре дана који је навео као дан престанка радног односа.

Запослени може за своја новчана потраживања да покрене спор пред надлежним судом у року од три године од дана настанка обавезе (члан 196.).

Према члану 178. Закона о раду ("Сл.гласник РС", бр. 24/05, 61/05) запослени има право да послодавцу откаже уговор о раду. Отказ уговора о раду запослени доставља послодавцу у писаном облику, најмање 15 дана пре дана који је запослени навео као дан престанка радног односа.

У члану 119. став 1. тачка 1. Закона о раду је прописано да је послодавац дужан да запосленом у складу са општим актом, исплати отпремнину при одласку у пензију, најмање у висини три просечне зараде. Под просечном зарадом сматра се просечна зарада у Републици Србији према последњем објављеном податку републичког органа надлежног за статистику.

Послодавац је дужан да запосленом, у случају престанка радног односа, исплати све неисплаћене зараде, накнаде зараде и друга примања која је запослени остварио до дана престанка радног односа у складу са општим актом и уговором о раду. Послодавац је дужан да ове новчане обавезе изврши најкасније у року од 30 дана од дана престанка радног односа (члан 186.).

Према томе, запослени своју намеру да жели да му престане радни однос изражава у писменој изјави о отказу уговора о раду коју доставља послодавцу најмање 15 дана пре дана који је навео као дан престанка радног односа. Само на основу такве изјаве послодавац може да донесе решење о престанку радног односа и предузме друге радње на које је обавезан по закону. Запосленом коме је престао радни однос послодавац је дужан да исплати сва новчана потраживања из радног односа најкасније 30 дана од дана престанка радног односа.

У казним одредбама Закона о раду (чл. 273-276.) је прописано да ће се казнити за прекршај послодавац који запосленом није исплатио зараду, односно минималну зараду, накнаду зараде, накнаду трошкова, односно друга примања у складу са одредбама Закона о раду.

Запослени може за своја новчана потраживања да покрене спор пред надлежним судом у року од три године од дана настанка обавезе (члан 196.).

Према томе, запослени коме послодавац није исплатио зараду, накнаду зараде, накнаду трошкова и друга примања која је запослени остварио до дана престанка радног односа, може за своја неисплаћена потраживања да покрене спор пред надлежним судом у року од три године од дана настанка обавезе.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 120-01-58/06-02 од 25. 04. 2006. године)

Испуњење услова за остваривање права на пензију по прописима пензијског и инвалидског осигурања није разлог за отказ уговора о раду по сили закона.

У случајевима дискриминације запослени може да покрене пред надлежним судом поступак за накнаду штете.

Дискреционо је право директора да донесе правилник којим утврђује врсту и степен стручне спреме као предуслов да ће се одређени послови стручно обављати полазећи од врсте и сложености посла који се обавља.

У члану 175. став 1. тачка 2. Закона о раду ("Сл.гласник РС", бр. 24/05, 61/05) прописано је да запосленом радни однос престаје кад наврши 65 година живота и најмање 15 година стажа осигурања, ако се послодавац и запослени друкчије не договоре.

Према томе, послодавац може запосленом да откаже уговор о раду по сили закона ако је запослени навршио 65 година живота и најмање 15 година стажа осигурања. Испуњење услова за остваривање права на пензију по прописима пензијског и инвалидског осигурања није разлог за отказ уговора о раду по сили закона.

Запосленом коме је престао радни однос због одласка у пензију, послодавац је дужан да исплати отпремнину најмање у висини три просечне зараде (члан 119.).

Чланом 24. Закона о раду је прописано да правилник о организацији и систематизацији послова доноси директор, односно предузетник. Правилником се утврђују организациони делови код послодавца, врста послова, врста и степен стручне спреме и други посебни услови за рад на тим пословима. Из описа одређених послова произлази врста и степен стручне спреме која је услов за рад односно послодавац не може произвољно одредити врсту и степен стручне спреме за обављање одређених послова.

Према томе, дискреционо је право директора да донесе правилник којим утврђује врсту и степен стручне спреме као предуслов да ће се одређени послови стручно обављати полазећи од врсте и сложености посла који се обавља.

Закон о раду у чл.18. и 20. забрањује непосредну и посредну дискриминацију запослених између осталог с обзиром на старост у односу на услове за запошљавање и избор кандидата за обављање одређеног посла; услове рада и сва права из радног односа; образовање, оспособљавање и усавршавање; напредовање на по-

слу; отказ уговора о раду. У случајевима дискриминације запослени може да покрене пред надлежним судом поступак за накнаду штете.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 117-00-123/06-02 од 10. 04. 2006. године)

Запосленом коме је утврђена III категорија инвалидности као основица за обрачун отпремнине узима се зарада запосленог коју би остварио да ради на пословима да није наступила инвалидност.

У складу са чланом 158. Закона о раду ("Сл.гласник РС", бр. 24/05, 61/05) послодавац је дужан да запосленом у случају отказа уговора о раду због престанка потребе за његовим радом (вишак запослених) исплати отпремнину у висини утврђеној општим актом или уговором о раду, а која не може да буде нижа од збира трећине зараде запосленог за сваку навршену годину рада у радном односу за првих 10 година проведених у радном односу и четвртине зараде запосленог за сваку наредну навршену годину рада у радном односу преко 10 година проведених у радном односу.

Према члану 159. Закона о раду зарадом у смислу члана 158. овог закона сматра се просечна месечна зарада запосленог исплаћена за последња три месеца која претходе месецу у којем се исплаћује отпремнина.

Запослени инвалид остварује право на отпремнину као и остали запослени. Запосленом коме је утврђена III категорија инвалидности као основица за обрачун отпремнине узима се зарада запосленог коју би остварио да ради на пословима да није наступила инвалидност.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 011-00-1311/05-02 од 03. 04. 2006. године)

Колективни уговор послодавац следбеник дужан је да примењује до истека рока важења - ако је рок утврђен колективним уговором, односно до закључивања новог колективног уговора, а најмање годину дана.

Према члану 147. Закона о раду ("Сл.гласник РС", бр. 24/05, 61/05) у случају статусне промене, односно промене послодавца, у складу са законом, послодавац следбеник преузима од послодавца претходника општи акт и све уговоре о раду који важе на дан промене послодавца. Послодавац следбеник је дужан да примењује општи акт послодавца претходника најмање годину дана од дана промене послодавца, осим ако пре истека тог рока истекне време на које је закључен колективни уговор код послодавца претходника или код послодавца следбеника буде закључен нови колективни уговор (члан 150). Ове одредбе се примењују и у случају промене власништва.

Према томе, колективни уговор послодавац следбеник дужан је да примењује до истека рока важења - ако је рок утврђен колективним уговором, односно до закључивања новог колективног уговора, а најмање годину дана. Послодавац има право да покрене поступак за промену колективног уговора пре истека важења колективног уговора, односно пре рока од годину дана, преговорима са репрезентативним синдикатом за закључивање новог или промену преузетог колективног уговора. Али док се не постигне сагласност за закључивање новог или промену преузетог колективног уговора, а није протекла година дана од промене послодавца, стари колективни уговор остаје на снази и послодавац је дужан да га примењује.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 011-00-522/2006-02 од 25. 05. 2006. године)

Посебна заштита од отказа уговора о раду је прописана само за време трудноће, породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета односно у овим случајевима послодавац не може запосленој жени да откаже уговор о раду. Закон прописује и посебну заштиту од отказа уговора о раду за представнике запослених.

Према члану 185. Закона о раду ("Сл.гласник РС", бр. 24/05, 61/05) уговор о раду отказује се решењем, у писаном облику, и обавезно садржи образложење и поуку о правном леку. Решење мора да се достави запосленом лично, у просторијама послодавца, односно на адресу пребивалишта или боравишта запосленог. Ако послодавац запосленом није могао да достави решење, дужан је да о томе сачини писмену белешку и решење објави на огласној табли послодавца и по истеку осам дана од дана објављивања сматра се да је решење достављено. Запосленом престаје радни однос даном достављања решења осим ако овим законом или решењем није одређен други рок.

Посебна заштита од отказа уговора о раду је прописана само за време трудноће, породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета односно у овим случајевима послодавац не може запосленој жени да откаже уговор о раду. Закон прописује и посебну заштиту од отказа уговора о раду за представнике запослених.

Према томе, запосленом коме је отказан уговор о раду услед технолошких, економских или организационих промена у смислу члана 179. став 1. тачка 9. Закона, радни однос престаје даном достављања решења ако решењем није одређен други рок.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 011-00-273/06-02 од 10. 04. 2006. године)

Запослени могу да се упуте на рад код другог послодавца на основу споразума о пословној сарадњи између послодаваца. По истеку рока на који је упућен на рад код другог послодавца запослени има право да се врати на рад код послодавца који га је упутио. Рок за повратак за рад је 15 дана од дана истека рока за мировање радног односа (члан 179. тачка 5) Закона о раду).

Према члану 174. Закона о раду ("Службени гласник РС", бр. 24/05 и 61/05), запослени може да буде привремено упућен на рад код другог послодавца на одговарајући посао ако је привремено престала потреба за његовим радом, дат у закуп пословни простор или закључен уговор о пословној сарадњи, док трају разлози за његово упућивање, а најдуже годину дана.

Запослени може, уз своју сагласност, у случајевима из става 1. овог члана и у другим случајевима утврђеним општим актом или уговором о раду, да буде привремено упућен на рад код другог послодавца и дуже од годину дана, док трају разлози за његово упућивање.

Запослени може да буде привремено упућен у смислу става 1. овог члана у друго место рада ако су испуњени услови из члана 173. став 1. тачка 2) овог закона, односно ако је ново место рада удаљено највише 50км и организован редован превоз који омогућава благовремени долазак на рад и повратак са рада и обезбеђена накнада трошкова превоза у висини цене превозне карте у јавном саобраћају.

Запослени са послодавцем код кога је упућен на рад закључује уговор о раду на одређено време. Уговором о раду запосленом се не могу утврдити мања права од права која је имао код послодавца који га је упутио на рад.

По истеку рока на који је упућен на рад код другог послодавца запослени има право да се врати на рад код послодавца који га је упутио. Рок за повратак за рад је 15 дана од дана истека рока за мировање радног односа (члан 179. тачка 5) Закона о раду).

Полазећи од наведених одредаба Закона о раду, мишљења смо да се, запослени могу да упуте на рад код другог послодавца на основу споразума о пословној сарадњи између послодаваца. Са новим послодавцем запослени закључују уговор о раду на одређено време тј. заснива радни однос на одређено време. Права и обавезе из радног односа остварује код послодавца код кога је упућен на рад. За време рада на основу тог уговора, запосленом код послодавца који га је упутио мирује радни однос, а по истеку рока за мировање радног односа запослени има право да се врати на рад код тог послодавца.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 011-00-762/2006-02 од 27. 06. 2006. године)

Послодавац који је запосленом који је вишак обезбедио премештај на друге послове или рад код другог послодавца, дужан је да му понуди измену уговора о раду, односно да са запосленим зак-

ључи анекс уговора о раду. Ако запослени одбије да закључи анекс уговора о раду, престаје му радни однос без права на исплату отпремнине.

У складу са чланом 171. став 1. тачка 4) Закона о раду ("Службени гласник РС", бр. 24/05, 61/05), послодавац може запосленом да понуди измену уговорених услова рада (анекс уговора) ако је запосленом који је вишак обезбедио остваривање права из члана 155. став 1. тачка 5) овог закона.

У складу са чланом 155. став 1. тачка 5) Закона, мере за решавање вишка запослених, између осталог јесу и премештај запосленог на друге послове и рад код другог послодавца.

Чланом 172. Закона, предвиђено је да је послодавац дужан да уз понуду за закључивање анекса уговора запосленом у писаном облику достави и разлоге за понуду, рок у коме запослени треба да се изјасни о понуди и правне последице које могу да настану одбијањем понуде.

Запослени је дужан да се изјасни о понуди за закључивање анекса уговора у року који одреди послодавац, а који не може бити краћи од осам радних дана.

Сматра се да је запослени одбио понуду за закључивање анекса уговора ако се не изјасни у року из става 2. овог члана.

Ако запослени прихвати понуду за закључивање анекса уговора, задржава право да пред надлежним судом оспорава законитост тог уговора.

Према томе, послодавац који је запосленом који је вишак обезбедио премештај на друге послове или рад код другог послодавца, дужан је да му понуди измену уговора о раду, односно да са запосленим закључи анекс уговора о раду. Ако запослени одбије да закључи анекс уговора о раду, престаје му радни однос без права на исплату отпремнине.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 011-00-00529/2006-02 од 29. 05. 2006. године)

**ПЕТНАЕСТИ СУСРЕТ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ
СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ
(Врњачка Бања, 17-19. мај 2006. године)**

Петнаести Сусрет правника у привреди Србије и Црне Горе одржан у Врњачкој Бањи од 17. до 19. маја 2006. године, са темом "ПРИВРЕДА И ПРАВНА СИГУНОСТ", пред око 700 учесника (правника из привреде, правосуђа, управе и других организација), уз учешће око 90 референата из земље и професора и адвоката из Немачке, Енглеске, Хрватске, Македоније и Републике Српске усваја следеће

П О Р У К Е

1. Трајна и узорна правна сигурност као универзална правна вредност нужна је претпоставка стабилне, развојне и конкурентне привреде. За постојање правне сигурности нужно је обезбедити три опште претпоставке: довољан квантитет права, објективан квалитет права и објективну примену права.
2. Правници у привреди су уверења да је у нашој земљи обезбеђена само прва претпоставка за постојење правне сигурности: *довољан квантитет права* – похвална је ефикасност Владе и Парламента, који су у последње две године усвојили преко 200 закона, од којих је добар број из области привреде. Ипак, ово се не може констатовати за друге две опште претпоставке правне сигурности: објективан квалитет права и објективну примену права. *Објективан квалитет права* није могуће обезбедити без транспарентнијег поступка доношења нових закона, уз веће укључивање стручних и научних институција, независних експерата, активнију улогу привредних комора у поступку доношења закона који се тичу привреде, као и уз постепено развијање *институције ауторитета предлога нацрта закона*, која би појачала одговорност, професионализам и квалитет закона. *Објективну примену права* могуће је обезбедити само уз дизање прага одговорности и професионализма судства и управе, уз јачање механизма за обезбеђење истинске независности судства од политичке власти, али и од економске власти.
3. Правници у привреди констатују да је потребно у нашој земљи обезбедити и посебне претпоставке за постојање правне сигурности: елиминисање друштвене својине као уставне категорије; елиминисање монопола државне својине на грађевинском земљишту; обезбеђење постојања ажурних, уредних и сигурних свих

регистара права, посебно регистара права на непокретностима; заштита својине и заштита уговора као основног правног инструмента промета права (чега нема у условима предугог трајања спорова за заштиту права уговорних поверилаца и у условима постојања било које врсте приговора у извршном поступку).

4. Правници у привреди посебно оцењују позитивним доношење новог Закона о хипотеци, који би требало да унапреди и учини сигурнијим заштиту права поверилаца и афирмише систем кредита. Ипак, сегментирано регулисање појединих института права на непокретности посебним законима, који пате од бројних правних контроверзи, што је случај и са овим тек донетим законом, није најбољи пут за правну сигурност и законску усклађеност, већ би то требало да буде јединствен Закон о својини и другим правима на непокретностима.
5. Правници у привреди оцењују добром праксом доношење нових Стандарда (Кодекса), попут Кодекса пословне етике и Кодекса Корпоративног управљања Привредне коморе Србије и захтевају јачање тог процеса, будући да аутономна регулатива више одговара потребама привреде за флексибилношћу од посебних закона који се често без посебне потребе доносе за регулисање појединих правних института.
6. При доношењу нових прописа мора се више водити рачуна о домаћој правној традицији и континенталној школи права, без обзира на потребе хармонизације нашег права са правом ЕУ, које и само настоји да се одбрани од непотребног трансплантирања англосаксонског права у континентално право.
7. Правници у привреди се залажу за јачање свих форми правне едукације ради дизања општег нивоа правне културе, као својеврсне субкултуре, чије обележје мора бити култура примене права, а не својеврсна "култура" изигравања закона или тражења пута за непримену закона.
8. Правници у привреди указују на потребу јачања друштвене одговорности привредних друштава, паралелно са афирмацијом профитне циљне функције.
9. Правници у привреди указују на потребу бржег заокружења процеса приватизације уз комплетирање недостајуће регулативе и институција, попут неопходности доношења новог Закона о посебним правилима приватизације јавних предузећа и оснивања јединственог Националног приватизационог фонда за дистрибуцију акција грађанима који то право нису до сада остварили (бесплатне акције). Указује се да се приватизација јавних предузећа не може орочевати због карактера делатности и значаја за грађанство, као и због економских разлога, као и да се не може вршити по истом моделу за сва јавна предузећа, како на републичком, тако и на комуналном нивоу, те најзад да је уместо централизоване приватизације по општем моделу, за комунална јавна предузећа потребно применити комбинацију учешћа локалних заједница и централних приватизационих институција.
10. Правници у привреди су уверења да су правни послови промета капитала и имовине ради приватизације по својој природи доминантно управни послови, те и поред постојања облигационоправне основе морају имати одређених специфич-

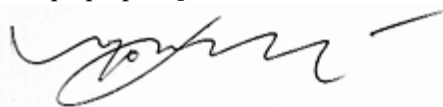
ности у односу на класичне облигационе институте промета права, увек када је у питању утврђена потреба заштите општег интереса и када је купац уговорна страна која не извршава својом вољом преузете битне уговорне обавезе.

11. Правници у привреди указују на значај нове стечајне регулативе и реорганизације у стечају као модела новог пословног почетка, али и на бројна отворена питања у њеној примени, те на потребу дорегулисања бројних нових правних института, попут разних облика одговорности за проузроковање стечаја и слично. Указује се и на потребу опреза за прихватање института грађанског стечаја у нашем праву и упозорава да ће након офанзиве банака у додели кредита грађанима са доста невидљивих клаузула или клаузула сумњиве правне валидности које су у зони потребне заштите потрошача, вероватно уследити таква лобистичка позиција финансијског сектора за усвајање овог института у нашем праву.
12. Правници у привреди указују на потребу интензивирања доношења одговарајућих подзаконских аката ради имплементације Закона о енергетици, који је отворио пут за отварање тржишта енергије, као и имплементације потписаног Уговора о оснивању Заједнице за енергетику Југоисточне Европе. Овај пут свакако ће подстаћи и процес приватизације и конкуренције коју она доноси у јавном сектору.
13. Правници у привреди се залажу за прихватање европског социјалног модела као дела европске културе рада, који полази од концепта државе социјалне правде.
14. Правници у привреди указују на бројне недостатке и противречности Закона о раду, кад се нарочито ради о индивидуалним људским правима, која захтевају највиши степен законске и судске заштите, за шта су у таквим околностима недовољни изгледи, те је потребно њихово уклањање, како би се обезбедила и индивидуална правна сигурност и заштита сигурности капитала од неизвесности које радни спорови носе са собом.
15. Правници у привреди се залажу за јачање финансијског тржишта и регулативе овог тржишта и истичу недовољно учешће струковне јавности и релевантних институција у поступку доношења нове регулативе, што свакако умањује њихов квалитет и ауторитет. Уз то, правници у привреди указују и на потребу јачања овлашћења Комисије за хартије од вредности на финансијском тржишту, посебно у надзорној сфери и сфери заштите интереса акционара, нарочито мањинских. Најзад, потребно је наставити са креирањем нових инструмената на финансијском тржишту или са развојем тржишних функција постојећих инструмената, нарочито финансијских деривата, робних и комерцијалних записа, штетних записа и слично.
16. Правници у привреди указују да развој науке и технологије омогућује лакше и брже искоришћавање права интелектуалне својине и злоупотребу тих права, што угрожава права стваралаца и тиме друштвене заједнице, чиме се намеће потреба јачања практичне заштите права интелектуалне својине, без чега није могуће очекивати пријем у ЕУ и Светску трговинску организацију. Предлаже се,

отуда, формирање посебног националног Савета за заштиту права интелектуалне својине, састављеног од познатих професионалних стваралаца из свих области интелектуалног стваралаштва, који би имао саветодавну улогу у заштити ових права, као и улогу предлагача унапређења регулативе и праксе заштите ових права.

17. Правници у привреди се залажу за даље унапређење система пореза у циљу подстицања запошљавања и инвестирања (реформисање пореза на зараде и повезаних доприноса, увођење синтетичког пореза на доходак грађана и слично). Потребно је и озбиљно реформисање пореске администрације и већа транспарентност пореског законодавства и поједностављивање администрирања порезима, како би се, између осталог, унапредила ефикасност, смањила евазија пореза и корупција.
18. Правници у привреди указују да и нова посебна статусна регулатива финансијских организација својим неадекватним уређењем односа са општом регулативом акционарских друштва значајно и недозвољиво угрожава њихову правну сигурност, као и сигурност њихових акционара и корисника њихових услуга.
19. Правници у привреди захтевају неодложно активирање рада Комисије за заштиту конкуренције и наглашавају њен значај у развоју тржишта и сузбијању негативне улоге монопола створених кроз приватизацију или директне стране инвестиције.
20. Правници у привреди указују на посебну потребу јачања механизма и институција тзв. алтернативног решавања привредних спорова (посредовање, мирење, арбитража, избрани судови), чиме би се унапредила заштита својине и уговора, што је претпоставка правне сигурности у привреди. Уз то, потребно је даље афирмисање и институционално јачање улоге судова части, посебно у области друштвене одговорности привредних друштва.
21. Правници у привреди позивају све посленике своје професије да у свом професионалном раду не нарушавају дигнитет правничког образовања и правничке струке, чиме и сами доприносе урушавању начела правне државе и владавине права и тиме доприносе и правној несигурности у привреди.

ПРЕДСЕДНИК УДРУЖЕЊА
проф. др *Мирко Васиљевић*



**УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ
И ЊЕГОВ ЧАСОПИС "ПРАВО И ПРИВРЕДА"**

ОРГАНИЗУЈУ

XVI КОНГРЕС ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Време: 16-18.мај (среда-петак) 2007. године

Место: Врњачка Бања у конгресном делу хотела «ЗВЕЗДА»

ОСНОВНА ТЕМА КОНГРЕСА

«ПРАВО И ЗАШТИТА ИНВЕСТИТОРА»

Уредник Конгреса: проф. др *Мирко Васиљевић*

Главни организатор:
Удружење правника у привреди Србије,
1100 Београд, Трг Николе Пашића 1/II.
e-mail: udruzprip@eunet.yu
или на телефон секретара часописа (Милица Јањушевић) 011/323-49-85