Предраг Дедеић,
адвокат, Београд

Арбитражно решавање спорова наплате потраживања

PACTA SUNT SERVANDA[1)]

Резиме

Писац разматра елементе стратегије која се користи ради спречавања и контролисања сукоба у вези са споровима поводом новчаних потраживања. Истицивани су различити приступи умањивања ризика лоших дугова, који укључују ефикасну употребу метода дужне пажње, гаранцијске механизме и благовремено припремање за савладавање спорова. Писац користи прилику да укаже на идеју Прпоруку о Алтернативним Споровима, као начин решавања новчаних спорова. Аутор истиче да су, уткос чињеници постојања свих релевантних правила (у вези поступка и примене), иако концептуално неусклађених, алтернативни методи углавном остали неистражени. То значи да Србија и Црна Гора заостају за развијеним земљама, као и за многим земљама у транзицији. Аутор закључује да нам је потребан Закон о арбитражи и друга охрабрења за такав начин решавања спорова. Резултати би требало да буду боља правна заштита, јефтиниија држава, те већи раст привреде и инвестиција.

Кључне речи*: решавање спорова, арбитража, алтернативни спорови*

1. Уговори се морају поштовати.

1. Увод

Правна ситуација у којој се дужничко поверилачки однос, настао из трговинских послова, није угасио на природан начин-плаћањем дужника, негативно делује не само на повериоца, већ и на шири круг повезаних субјеката, уз опасност далекосежних последица. Финансијска недисциплина изазива поремећај правног поретка, а хронична неликвидност угрожава базичне претпоставке ефикасности пословања на тржишту. Опасност коју носи такво стање захтева ефикасно деловање, како у фази превенције, тако и *post factum,* у циљу успостављања нарушене равнотеже. Ту активност можемо назвати стратегијом управљања ризиком наплате потраживања и она се у значајној мери ослања на алтернативне методе решавања спорних односа: мирење и арбитражу.

Спорови су деструктиван елеменат у сваком пословању и неопходно је присуство ефикасних инструмената који отклањају или ублажавају њихово фрустрирајуће дејство. Сваки поступак решавања спорова је скуп, дуготрајан и фрустрирајући (када је присутан страни елеменат финансијски и логистички терет се додатно увећава)[2)] и све треба учинити да се он избегне. У квалитетно урађеној арбитражној клаузули видимо средство које превасходно треба да донесе победу (наплаћено потраживање) без борбе, односно уколико је она неопходна, гарантује њену ефикасност. Поступак мирења такође видимо као значајан инструмент подршке оваквом приступу.

2. Однос који је надживео све системе: поверилац-дужник

Суштина и најкомпликованијих пословних подухвата своди се на једноставан облигационоправни однос поверилац-дужник, на вековима познату спрегу дуга и потраживања. Упркос бројним модалитетима нас занима однос у коме је савестан поверилац стекао овлашћење да своје субјективно право реализује захтевајући од дужника да изврши плаћање. Овај правом уређен однос са примарним дејством inter partes, у коме је поверилац активна страна, а дужник пасивна, у ефикасним привредама обично се завршава испуњењем обавезе дужника[3)]. Најчешће се у пословању јављају двострани уговори код којих се односи усложњавају дуплирањем правних ситуација у којима се налазе уговорне стране (свака од њих истовремено нешто дугује, а нешто потражује), као и постојањем више лица на једној или другој страни. Ситуација се додатно компликује присуством страног елемента[4)]. Упр-

2. Be successful in your Business relations with the West, Brussels: Tacis - European Commission, 32.
3. У упоредној пракси се среће податак да се на хиљаду уговора који садрже арбитражну клаузулу, само у два случаја покреће поступак. Такође америчко искуство (е. American Arbitration Association-AAA) показује да се спор реши мирењем у 80% случајева, што собом носи позитивне финансијске и друге консеквенце. Видети Coulson R. (1994) *Arbitration and Other Forms of Alternative Dispute Resolution*, Worldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes, Geneva: World Intellectual Property Organization.

кос сложености пословног односа, увек се од дужника очекује да испуни своју обавезу (очекује поверилац, али и читаво друштво), при чему је очекивање најчешће засновано на праву, а ређе на моралу. Тај акт дужника, који је у складу са материјалноправним и етичким нормама, доприноси учвршћењу пословног поверења као битног елемента у његовом односу са повериоцем, а уједно и стабилности правног поретка. Ово је посебно значајно код послова који су дугорочне оријентације и по правилу ангажују велика материјална средства. У пословним односима раскорак између претпостављеног и стварног стања, манифестује се као проблем мимоилажења правног и фактичког, уз све последице које погађају шири круг учесника на тржишту. Уколико дужник из било ког разлога[5)] у прописаном фиксном, или одређеном накнадном року, не испуни своју обавезу, запада у доцњу, која из акутне може да прерасте у хроничну. У таквој ситуацији неко мора без одлагања да интервенише и натера га да учини оно што је по праву обавезан, или барем ублажи потенцијалне последице. У противном улазимо у зону безвлашћа, немоћи државе да усагласи правно и фактичко. Од способности решавања спорног односа и брзог успостављања нарушене равнотеже у правном поретку, директно зависи ефикасност тржишног привређивања и експанзија пословне активности.

3. Контролисан ризик наплате

Успех арбитражног поступка у наплати потраживања, не зависи само од квалитета арбитражног споразума (добар форум, добар поступак, добри арбитри), већ се у значајној мери ослања на елиминацију елемената који могу да осујете плаћање дужника. Процес успешне контроле ризика изостанка плаћања зависи од бројних фактора. На неке странке могу директно да утичу, јер су саставни део њиховог међусобног односа, други остају изван домашаја и тичу се елемената из окружења. У добром амбијенту пуно тога може да се учини да се догађаји усмере у жељеном циљу. Стратегија успешне наплате потраживања, коју креира правни и финансијски саветник, заснива се на низу смислених и повезаних активности, које треба да помогну у утврђивању потенцијалног ризика наплате, односно у свођењу тог ризика на разумну меру, његово ефикасно праћење и контролисање. Ситуацију проблематичне наплате потраживања треба предупредити различитим мерама превенције, које укључују и јасно и прецизно одређење најподеснијег форума, за решавање евентуалног спорног односа.

4. Бројни спрови и несугласице између домаћих и страних субјеката, који су све присутнији на националном тржишту услед либерализације и отварања глобалних тржишта, често су производ различитих приступа истом пословном проблему, неистоветног тумачења уговорних одредби, правних правила и пословних обичаја, што је логична последица различитих правних и пословних система земаља из којих долазе.
5. Изузимајући ситуацију у којој поверилац није извршио своју обавезу код двостраних уговора, или услед случајева предвиђених уговором и догађаја више силе.

Активност прикупљања елемената подобних за квалитетну анализу ризика наплате почиње процесом «due diligence». Реч је о поступку који треба да укаже на правне, финансијске и друге пословне елементе који говоре о намерама, капацитету и поузданости потенцијалног партнера: откривају његов статус[6)], бонитет[7)], односно његову платежну способност, квалитет корпоративног управљања[8)], пословни углед, као и догађаје који су, или могу у будућности, бити од утицаја на ово стање по природи подложно променама. Потом следи анализа евентуалних мера обезбеђења које се могу употребити у функцији појачања извесности наплате (јемац-платац, гаранција, меница, залога, клаузула *del credere*...). Морају се сагледати и други чиниоци од значаја у конкретном случају: присуство клаузуле егзонерације, избор места плаћања и валуте плаћања, клизне скале за корекцију цене, евентуално одступање номиналне и тржишне вредности заложених акција и сл. Од не мањег значаја су и фактори из окружења: ефикасност рада судова и других државних органа, постојање активних база бонитета и агенција за рејтинг и других аналитичара, развијеност послова факторинга, афирмисаност алтернативних метода решавања спорова, поштовање пословне етике и сл. Добар стратешки приступ мора да уклони опасност негативног утицаја многобројних фактора који могу да отежају, онемогуће или обесмисле наплату потраживања (судски поступци који трају у недоглед, инфлација која обезвређује реалну вредност дуга и сл.).

4. Алтернативе судском поступку (е. Alternative Dispute Resolution)

Слобода воље приликом уређења садржине пословног односа, требало би да буде искоришћена и за правно уређење ситуације евентуалног спора, наравно у оквиру допуштених слобода. Уговорним странама стоји на располагању неколико могућности са битно различитим последицама. Оне могу свој спор решити сопственим снагама преговорима (е. wise man negotiation), уз учешће неутралног стручњака - медијатора, у арбитражном поступку или пред националним судом. Оправданост и основаност избора (посебно по питању ефикасности и трошкова) могуће је ценити само на основу релевантних чињеница у конкретној ситуацији, али избор арбитражног форума, чиме се предмет спора изузима из надлежности трговинских судова, по правилу се показује као боља варијанта. Овакав закључак изводимо из супериорне позиције арбитража у пословној пракси развијених земаља. Оне су се афирмисале својом стручношћу, неутралношћу, независношћу, еко-

6. Као посебан проблем истичемо *off shore* компаније нарочито у вези са проблемом доступности њихове имовине и њене покретљивости, што је од значаја за принудну наплату.
7. Више о финансијским методама за утврђивање бонитета код Љутић Б. Ж. (1999) Инвестиције: Основе берзанског и банкарског пословања, Београд, Магистар бизнис администрације MBA Press.
8. Више о корпоративном управљању видети Дедеић П. (2002) Пракса корпоративног управљања-пут напред, Право и привредба бр. 5-8, Београд, Удружење правника у привреди, 378-384.

номичношћу, ефикасношћу, благовременошћу, као и избегавањем негативног публицитета[9)] у решавању спорног односа. Динамично отварање наше привреде према страним инвеститорима, убрзан процес приватизације, намећу нам закључак да ни законодавна ни судска власт неће бити у стању да прате промене које се одвијају великом брзином, без адекватног ослонца на алтернативне методе решавања спорова. Држава у том процесу мора препознати свој интерес, који се испољава у виду смањења притиска на рад државних органа, уз значајне економске ефекте.

Проблему решавања евентуалних спорова често се у пракси приступа са осећањем нелагодности, а проблем се регулише са неколико речи у завршним члановима уговора. Свакако да улазак у пословни однос подразумева постојање добре воље да се и изврше преузете обевезе, али ту претпоставку треба фундирати одређеним правним инструментима. Другачији приступ имао би алеаторну садржину. Основни циљ састоји се смањивању маневарског простора несавесног или непажљивог дужника. Уколико се странке определе за арбитражу, у уговор о основном послу потребно је унети арбитражну клаузулу која ће јасно и недвосмислено да дефинише све параметре решавања могућег спорног односа, а посебно оне који се тичу: избора арбитара, места арбитраже, а кад је присутан елеменат иностраности материјално и процесно право и језик поступка. Уколико се то не догоди а настане спор, поверавање његовог решавања арбитрима (арбитражни компромис) биће знатно тежи посао. Посебан значај придајемо поступку мирења, који у неформалној процедури и уз минималне трошкове, треба да омогући странама у спору да боље сагледају и своју и туђу позицију и поравнају се. Пре покретања или у току арбитражног поступка странке увек могу покренути поступак мирења. Овај поступак је ослоњен на три фундаментална принципа: почетак, трајање и крај овог неформалног процеса у потпуности зависи од воље странака; странке саме бирају медијатора и медијатор, за разлику од арбитра нема право да донесе обавезујућу одлуку. Уколико се унапред не процене аргументи који иду у прилог примени овог метода да се дође до наплате потраживања поравнањем, биће то само још један додатни трошак. У пракси се не препоручује уговарање само мирења (јер неуспех води ка судском спору), већ оно треба да буде настављено обичном арбитражом (Med-Arb), или арбитражом чији је опсег одлучивања ограничен задњим понудама страна у спору (поступак познат као MEDALOA-Mediation-And-Last-Offer-Arbitration). Ово ограничење се посебно уговара код наплате потраживања где се одређује горња и доња висина суме и у том оквиру арбитри би требало да донесу одлуку. Добра страна алтернативних поступака је и у могућности да се одлука више осло-

9. Управо та могућност да се сачува поверљивост одређених чињеница је кључна у појединим поступцима, као што је то на пример случај код спорова из области интелектуалне својине. Више о томе видети Бесаровић В. (1997), *Арбитражно решавање спорова из области интелектуалне својине,* Међународна привредна арбитража-стање и перспективе, Београд, Спољнотрговинска арбитраже при Привредној комори Југославије у Београду.

ни на пословно решење (узимајући у обзир све консеквенце-осигурање, порези и сл. или правичност) него на стриктно правне норме, што суд никако не би могао да уради.

Проблем неефикасности судова (услед објективних и субјективних разлога) код нас ствара простор за ове поступке, али се он неадекватно попуњава. Упркос чињеници да наши позитивни прописи допуштају алтернативне методе решавања спорова, резултати њихове примене су скромни, што приписујемо досадашњем нетржишном начину привређивања. Пословној јавности је потребан већи број стручних и независних арбитара и медијатора. Иако легитимитет и легалитет арбитражном поступку дају одредбе о избраним судовима које се налазе у Закону о парничном поступку[10)], поступак мирења свој правни основ налази такође у Закону о парничном поступку[11)], уз ратификоване све релевантне међународне конвенције, неопходно је постојање посебног закона који би адекватно, конзистентно и прецизно регулисао ову материју. Значајну улогу у протеклих педесет година, у споровима наплате потраживања, као и другим врстама спорова, између домаћих предузећа и страних лица, имала је Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Југославије (СТА)[12)]. У времену пред нама очекујемо њену значајнију улогу у промоцији алтернативних метода решавања спорова. Поменули бисмо и једну значајну националну арбитражу чију ће активност подстаћи догађаји везани за процес приватизације и јачу инвестициону активност. Реч је о институционалној арбитражи при Београдској берзи[13)] која је надлежна за решавање спорова између учесника на берзи. У земљама развијеног тржишта капитала, ове специјализоване арбитраже имају велики значај. Очекујемо раст арбитражних спорова између брокера и клијената који се по правилу тичу захтева за накнаду штете која је настала услед понашања које није у складу са професионалним стандардима[14)].

10. ЗПП (Службени лист СФРЈ, бр. 4-76, 36-80, 69-82, 58-84, 75-87, 57-89, 20-90, 27-90, 35-91 и Сл. л. СРЈ, бр. 27-92, 31-93, 24-94) чл. 469-487.
11. ЗПП чл. 10; 279; 312/3; 321/1,2,3; 323; 324; 498; 123/1,2.
12. Више о СТА видети Васиљевић М. (1997) *Педесет година Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије у Београду.* Међународна привредна арбитражастање и перспективе, Београд, Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Југославије у Београду.
13. Видети Статут Београдске берзе (XIV Арбитража), http://www.belex.co.yu
14. Већина тужбених захтева заснована је на преварним радњама или грубој непажњи ових лица. Међутим, пракса такође показује да велики број поступака клијенти губе, јер не знају да ова лица нису одговорна за крајњи исход који ће њихов савет проузроковати, уколико су своју препоруку дали поступајући у доброј вери и на основу свих пословних информација које су им биле доступне. Врсте типичних несугласица: преварне радње (е. Churning), неовлашћено трговање (е. Unauthorized Trading), неприкладност избора (е. Unsuitability), недиверзификовање ризика (е. Failure to Diversify), неизношење или непотпуно, односно погрешно изношење релевантних информација (е. Material Misrepresentations or Omissions), кршење фидуцијарне дужности (е. Breach of fiduciary duty), груба непажња (е. Negligence). Више о томе Astarita J.M. (2002) *Overview of Securities Arbitration Process, http://www.seclaw.com/arbover.htm* (скинуто са сајта у јуну 2002. године).

Одлука правног саветника да приликом израде арбитражног споразума потенцијални спор усмери ка одређеном правном простору (избор места арбитраже), мора да буде заснована на претходној анализи одређених фактора утицаја који делују у том простору. Набројаћемо неколико најважнијих:

1. постојање модерног арбитражног закона;
2. либералан приступ признању арбитражне одлуке;
3. широк домашај објективне арбитрабилности;
4. либералан приступ признању важности арбитражне калузуле;
5. помоћ и кооперативност локалних судова;
6. широко признање овлашћења арбитара;
7. овлашћење арбитара да одлучују о сопственој надлежности;
8. допуштена тајност поступка;
9. извршност одлуке без додатних услова[15)] итд.

5. Ипак ништа без судова

Упркос чињеници да арбитражна клаузула (или арбитражни компромис) по правилу дерогира надлежност суда у погледу одлучивања о меритуму ствари, ипак овај државни орган задржава значајну улогу у домену арбитражног поступка. Свако легално потраживање има каузалну везу са основним односом међу странкама, па треба имати у виду да у одређеним споровима (објективна арбитрабилност), као и када су у спору одређена лица (субјективна арбитрабилност), држава штити свој интерес тако што задржава искључиву надлежност својих судова[16)]. Ипак савремено пословање максимално сужава уплитање државе у ову врсту спорова.

Много је значајнија улога суда у постизању пуне ефикасности арбитражног поступка. Као прво он спроводи поступак извршења арбитражне одлуке, која би без тога остала без коначног ефекта. У том смислу однос суда и арбитраже требало би посматрати не као сукоб надлежности, већ кроз јасно дефинисане позиције једног и другог форума и координацију рада у циљу ефикаснијег функционисања правног поретка. Ово се посебно односи на позваност суда да изриче привремене мере обезбеђења, чиме се може ефикасно осујетити покушај дужника да продајом или измештањем своје имовине, осујети принудну наплату. Такође од кључног је значаја активност суда у поступку контроле арбитражне одлуке: признање и извр-

15. Детаљније о томе Blessing M. (1994), Drafting Arbitration Clauses, Geneve, WIPO Publishing (728 E).
16. Арбитраже одлучују у споровима у којима странке могу да се поравнају-односи изван домашаја императивних норми. Видети Варади Т. (1983) Међународно приватно право. Нови Сад, Форум, 333.

шење стране арбитражне одлуке[17)], као и поништење домаће арбитражне одлуке[18)].

6. Закључак

Проблем наплате потраживања је сувише озбиљан да би се препустио случају. Неопходно му је приступити са професионалном пажњом, како у поступку превенције, тако и у поступку решавања спорног односа. Алтернативни начини решавања спорова, почев од оних мекших-преговори и мирење, који имају дипломатску елеганцију, па до оних «који имају зубе» као што је то случај са арбитражом, заузимају све значајније место у привредним односима широм света. Нема разлога да се и наша пословна јавност отвори према овом процесу. Полазну основу чинио би Закон о арбитражи. Ово је значајно не само за пословне ентитете, већ и државу која свој интерес налази у растерећењу рада државних органа. Ефикасност форума који решава спор мери се једино практичним консеквенцама. За повериоца арбитражни, или какав други поступак, свој коначан смисао добија у моменту када се средства из спорног потраживања, увећана за трошкове поступка, нађу на његовом рачуну.

Predrag Dedeić,
Attorney at law, Belgrade

The Arbitral Way of Payment Dispute Settlement

Summary

The author analyses the elements of strategy used to prevent and handle conflicts involve disputes over monetary claim. The different approaches to minimise the risk of bad debt, were examined and they include the efficient use of due diligence methods, mechanism of guarantees and advance preparation for winning disputes. The author use the opportunity to promote the idea of Alternative Dispute Resolution (ADR) as reference for settlement of a monetary disputes. The author pointed out that despite the fact that all relevant provisions (concerning procedure and enforcement) exist, indeed in a conceptual in-

17. Клаузулу извршности домаћој арбитражној одлуци (арбитражне одлуке су по правилу једностепене) даје сама арбитража, док страна арбитражна одлука мора да прође кроз посебан поступак признања и извршења.
18. О поништају арбитражне одлуке видети Кнежевић Г. (1997) Поништај одлука спољнотрговинских арбитража, Међународна привредна арбитража-стање и перспективе, Београд, Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Југославије у Београду.

consistency, ADR methods remain largery unexplored. It means that Serbia and Montenegro (SCG) is lagging behind developed countries and a large numbers of countries in transition. The author concludes that we need the Aritration act and other encouragements for such kind of dispute settlements. The results would be seen through better legal protection, cheaper state and better economic growth and faster investments.

***Key words**: dispute settlement, arbitration, Alternative Dispute Resolution (ADR)*