Др Слободан Ненадовић
Министар саветник, Стална Мисија СЦГ при УН, Њујорк

Основни ризици међународног пословања из угла америчког права – посебно Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)

Резиме

Међународни пословни ризици представљају једну од суштински важних околности о којима мултинационалне компаније воде рачуна приликом доношења одлуке о инвестирању. Отуда је и разумљиво настојање оних држава из којих такве компаније долазе да ову област учине што је више могуће правно уређеном на глобалном нивоу. Предметни процес међународно-правне хармонизације одвија се, у највећем делу, у оквирима међународних финансијских и трговачких институција а под снажним утицајем економски најразвијенијих држава односно њихових матичних правних система. Из тих разлога је познавање у овом контексту релевантних правних система, између осталих и америчког пословног права, важна претпоставка у процесу привлачења страних директних инвестиција, изузетно битних у процесу развоја привредних система земаља у транзицији.

Кључне речи: *ризик у међународном пословању, комуникационе и језичке баријере, курс и ризик промене курса, тарифне и не-тарифне баријере, политички ризик, корупција и подмићивање.*

I. Увод

Наглашена извозна орјентација и снажни инвестициони капацитети домаћих компанија област ризика међународног пословања у САД сврставају у ред тема од прворазредног значаја. Будући да се ради о питању чији правни третман захтева висок степен међународно-правне хармонизације америчка Влада, као својеврстан сервис домаће привреде, настоји да на креирање правно уређеног пословног амбијента у међународним пословним односима утиче пре свега својим ангажовањем у глобалним или регионалним организацијама као што су OECD, UN/UNCTAD, Светска трговачка организација (*WTO*), Светска банка (*WB*), Међународни монетарни фонд (*IMF*), Светска организација за заштиту права интелектуалне својине (*WIPO*). Имајући у виду делотворност таквог утицаја чини се да за нашу државу, посебно наше право и привреду, није неважно како се на питање ризика у међународном пословању гледа у америчком праву. У овом чланку осврнућемо се на нека гледишта о једном броју основних ризика међународног пословања у америчкој правној теорији а потом, нешто опширније, и на Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), антикорупцијски пропис усвојен у Конгресу 1977. године.

II. Основни ризици међународног пословања

Неки од ризика међународног пословања непосредно се везују за удаљеност (*distance*) између места главне пословне активности матичне компаније, по правилу и њеног седишта, и места у иностранству где та компанија обавља своју делатност. Поред уобичајених језичких и комуникационих баријера удаљеност може произвести и негативне последице када се ради о контроли пословања или о управљању послом и то како у сфери дистанционе трговине тако и у сфери директног па и портфолио инвестирања. Према неким мишљењима дистанциони ризик (*distance risk*) је нарочито релевантан у франшизинг пословима где је "квалитет контроле" изузетно битан.[1)]

Ризик промене курса (*exchange rate risk*), дефинисан као промењивост токова новца у домаћој земљи (*home country*) услед флуктуације промене курсева у земљи домаћину (*host country*),[2)] такође може представљати извор потенцијалних пословних губитака. Без обзира да ли курс валуте у земљи пословања био фиксан (*fixed* или *soft currency rate*) или пливајући (*floating rate* или *hard currency*) промена курса у року у којем домаћа компанија има извршити плаћање/наплату у иностранству може негативно утицати како на приходе тако и на трошкове односно може бити критичан катализатор развоја или стагнације компанија.[3)] Из тих раз-

1. R. J. Hunter, An Introduction and Primer on Foreign Direct Investment, The Institute for International Business, 2003, стр. 13.
2. Eiteman David K, Arthur I Stonehill and Michael H. Moffett, Multinational Business Finance, Addison-Wesley Publishing Company, 7 th Edition, 1995; Chapter 1: Introduction to Multinational Business Finance стр. 1-24 and Chapter 3: The Foreign Exchange Market, стр. 88-107.

лога се теорији управљања ризиком промене курса у америчкој економској литератури придаје велика пажња. Сврха је разуме се широка анализа привредних, политичких, финансијских и других релевантних токова у одређеној држави и покушај предвиђања кретања цене посматране валуте у одређеном временском периоду у напред.[4)]

У САД се као посебна врста ризика у међународном пословању третирају тарифне (*tariff barriers*) и не-тарифне баријере (*non-tariff barriers*). Тарифне баријере су баријере креиране кроз увозне царине или таксе и на тај начин директно наметнуте на робу која улази на царинско подручје неке државе. Не-тарифне баријере подразумевају друга поступања владе у домаћој земљи која могу бити техничке природе (технички захтеви сигурности, заштите животне околине, посебни енергетски и други услови), квоте (рестрикција броја страних производа који могу бити увезени), ембарго, бојкот, рестрикције извоза (правила или закони који могу отежати извоз роба често оправдавани разлозима "националне сигурности") или мере пореске политике. Коначно у не-тарифне баријере се убраја и тзв. "одомаћивање" (*domestication*) под којим појмом се подразумева привилеговање домаћих трговачких садржаја, кампање "купуј домаће" или захтеви за пословним ангажовањем локалних пословних ресурса.[5)]

И поред околности да је њихов интензитет суштински смањен у последњих пар десетина година конфискација, експропријација и национализација у САД и даље имају третман важних фактора пословног ризика. [6)]

Конфискација је дефинисана као принудан трансфер активе од приватних компанија на владу без надокнаде а експропријација као принудан трансфер активе од приватних компанија на владу, уз надокнаду. Амерички правници посебно говоре о елементима савремене теорије експропријације: прво, експропријација мора бити учињена у неком јавном интересу (*public purpose*); друго, експропријација мора бити недискриминаторна (мора се односити на све случајеве исте врсте, укључујући и домаће држављане и резиденте, дакле не може се односити само на

3. W. Karl Kester & Timothy A. Luehrman, Are We Feeling More Competitive Yet ? The Exchange Rate Gamble, SLOAN MGMT, Rev. 19, 1989.
4. Види опширније: Kurt R. Jesswein - Chuck C.Y. Kwok and William R. Folks Jr, Corporate Use of Innovative Foreign Exchange Risk Management Products, Columbia Journal of World Business, Columbia University Press, 1995, pp. 70-82.
5. У расправи која се о развојним темама води у УН као посебна врста не тарифних баријера (или мера које такве ефекте производе) све се више помињу и субвенције, посебно у области агробизниса. Ово је била и главна тачка спорења развијених и неразвијених на недавно одржаном састанак WTO на министарском нивоу (Хонг Конг, Кина, 13-18 децембар 2005.). Поменућемо, илустрације ради, да ЕУ из свог буџета издваја више од 40 % за субвенционисање пољопривредне производње у којој привредној грани је запослено тек негде око 2 % запосленог становништва.
6. Чињенице указују да је пословни интензитет ове врсте ризика суштински низак у последњих неколико година. Почев од 2000. године бележе се само 3 или мање случаја експропријације или других форми одузимања приватног власништва годишње. Тај број је 70-их година прошлог века износио више од 83 годишње.

странце); треће, надокнада (компензација) мора бити хитна (*prompt* – што је пре могуће), адекватна (мора одсликавати тржишну вредност, укључујући и изгубљену зараду као и тзв. *good will*) и ефективна (у готовом новцу или у роби).

Национализација се дешава када влада преузме целокупну индустрију из финансијских, идеолошких, политичких или инвестиционих разлога а најчешће се реституише кроз процес приватизације. Добар правни третман питања национализације захтева привржености одређеним правилима као што су промптно плаћање, адекватна и ефективна надокнада.[7)]

Политички ризик, према дефиницији коју користимо, подразумева вероватноћу да ће влада или друштво бити изложени политичким променама (изненадним или на други начин) које могу негативно утицати на пословно окружење. Извори политичког ризика укључују корумпирано или неспособно политичко руководство, честе измене у облику владања, политичко укључивање религијских или војних структура у цивилне послове, нестабилан политички систем, сукобе међу припадницима различитих религија, раса или етничких група као и "сиромашне" односе са другим нацијама широм света. Политички ризик, као врста пословног ризика, може имати макро ефекте, када захвата све компаније без обзира на грану пословања или микро ефекте, када захвата само компаније у одређеној привредној области или мањи број компанија. Испољава се у форми конфликата и насиља, тероризма и киднаповања или политичких промена.[8)]

III. Foreign Corrupt Practices Act - FCPA

Историја наведеног прописа, као акта који се односи на једну од најраспрострањенијих форми ризика у међународном пословању – корупцију, има свој интересантан *background*. Наиме, средином 70-их година прошлог века амерички Конгрес је успоставио серију саслушања поводом информација да домаће компаније нису само лобирале стране владе и политичаре у погледу добијања посла већ су подмићивале службенике страних влада ради обезбеђења лукративних уговора.[9)] Резултати овакве праксе саслушања и сазнања до којих се на основу њих дошло исходили су усвајањем Foreign Corrupt Practices Act 1977. године.[10)] Два су кључна елемента на које пропис упућује:

- прво, захтева се од домаћих компанија да воде тачне и уредне књиге и записнике о свим својим страним пословним трансакцијама и успоставе унутрашњу рачуноводствену контролу да би осигурале да све трансакције и плаћања буду правно дозвољени;

- друго, акт утврђује илегалним поступањем сваке америчке компаније, њеног службеника, директора или запосленог који директно или индиректно подмићују

7. R. J. Hunter, наведено дело, стр. 14-15.
8. R. J. Hunter, наведено дело, стр. 15-16.
9. Главно оптужена у првом процесу саслушања била је Lockheed Corporation.
10. Види: www.usdoj.gov.

или покушавају дати мито страним службеницима, званичницима, страним политичким партијама или кандидатима за стране политичке функције а све у намери прибављања или задржавања посла или управљања послом за другу страну.

За кршење обавеза по Акту о корупцији предвиђене су кривичне и новчане казне. Тако компаније могу бити кажњене новчаном казном до 2 милиона USD а појединци који су поступали у корист компаније до 100.000 USD. Важно је при томе да плаћање у оба случаја не може бити третирано као трошак фирме.[11)] Појединац такође може бити осуђен и на казну затвора у трајању до 5 година.[12)]

На основу Акта о корупцији Влада САД може захтевати грађанске санкције и забрану сваке делатности фирме која крши његове одредбе. Шта више, компанији која је оптужена за кршење одредаба FCPA, федерална влада може забранити обављање делатности и одузети експортну лиценцу.[13)]

Постоје међутим аргументи који компанијама или физичким лицима могу послужити као одбрана од терета поступања наметнутих Актом о корупцији а који су последица амандамана на FCPA садржаних у посебном Трговачком акту из 1988. године. Сходно тим амандманима није кршење одредаба FCPA плаћање које компанија или појединац изврше да би се обезбедиле уобичајене службене радње министара или других званичника. При томе се под уобичајеним радњама подразумевају: прибављање дозвола, лиценци или других званичних државних докумената; процесуирање исплата влади за визе или радне налоге; обезбеђење полицијске заштите; подизање и испорука поште; обезбеђење телефонских услуга; снабдевање електричном енергијом и водом; утовар и истовар робе; заштита кварљиве робе; заказивање прегледа (инспекције) робе у складу са одредбама уговора или у транзиту. Плаћања за наведене или друге са њима повезане услуге се понекад називају и "олакшавајућа" (потпорна) или "подмазана плаћања".[14)]

Угледни амерички професор пословног права Richard J. Hunter наводи како је усвајање FCPA изазвало "гунђање" многих званичника америчких корпорација, додуше у приватној комуникацији. Аргументима незадовољних настојало се објаснити како је Акт о корупцији значајна препрека за управљање послом у далеким земљама те да он представља покушај конкурисања моралним принципима које он са собом носи у друга друштва и државе, друге културе, где подмићивање и корупција имају своје ендемске корене.[15)]

Очигледно је међутим да "гунђања" незадовољних нису имала очекиване ефекте, сасвим супротно. Наиме, FCPA је 1998. године поново измењен усвајањем "International Anti-Bribery and Fair Competition Act", који Акт у суштини представља

11. Id. & & 78 dd-2 (a) (1), 78 dd-2 (2) (A).
12. Id. & 78 dd-2 (g)(2)(A).
13. United States Department of Justice, Fraud Section, Criminal Division, Foreign Corrupt Practices Act Antibribery Provisions, www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa/dojdocb.htm.
14. "Facilitation" or "grease payments".
15. R.J. Hunter, An Introduction and Primer on Foreign Direct Investment, The Institute for International Business, 2003, p.16.

хармонизовање америчких антикорупцијских прописа са Конвенцијом OECD о борби против подмићивања страних јавних службеника у међународним пословним трансакцијама.[16)] На тај начин уоквирен антикорупцијски правни миље сврстао је 2004. године САД (заједно са Белгијом и Ирском) на 17 место од 145 држава у којима је вршено истраживање о резултатима у борби против корупције. Примера ради, на тој листи СЦГ се налази на 97 месту (заједно са Алжиром, Либаном, Никарагвом и Македонијом).[17)]

IV. Закључак

Правни третман ризика међународног пословања у америчком праву за нашу државу и њену привреду може бити вишеструко значајан. Издвајамо у овом погледу две групе разлога.

Прво, све присутнији и обухватнији процес хармонизације правних правила у чијим оквирима се међународни бизнис креће носи са собом и одређене последице. Једна од њих је и чињеница да нека правна решења усвојена на нивоу глобалних финансијских, трговачких и других организација представљају, или ће у будуће представљати, "компромис" између правних ставова заинтересованих страна базираних опет на њиховом матичном праву. Отуда ће за њихово правилно тумачење и практичну примену бити неопходно познавање права која су у стварању таквих норми послужила као узор. Између осталог и веома утицајног америчког пословног права.

Друго, у процесу приватизације привреда свих Европских земаља у транзицији америчке компаније имају наглашену улогу. Ова околност захтева поред осталог и детаљно упознавање потенцијалних инвеститора са правним оквирима пословања у домаћој земљи и посебно садржајну анализу разлика у појединим правним решењима и њиховом могућем утицају на пословне активности компаније-инвеститора.

16. Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business; www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa/signing.htm.
17. Transparency International; www.transaprecy.org/cpi/2004/cpi2004.en.html.

Dr Slobodan Nenadović
Minister Counselor, Permanent Mission of Serbia and Montenegro in the UN, New York

BASIC RISKS IN INTERNATIONAL BUSINESS FROM THE ASPECT OF AMERICAN LAW -PARTICULARLY FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (FCPA)

Summary

Legal aspects of international business risks in US law have an important role in international business world. Firstly, that law makes a powerful influence to harmonization process through global financial and trade organizations. At the same time, that law is a basic law for US companies which are the most important foreign investors in developing countries and countries in transition.

***Key words**: risks in international business; communication and language barriers; currency and exchange rate risks; tariff and non-tariff barriers; political risk; corruption and bribery.*