
МЕЂУНАРОДНО ПОСЛОВНО ПРАВО

Решавање међународних спорова

О замени арбитра у току арбитражног поступка

Каква су решења у правилницима сталних арбитража и у законима о арбитражи у погледу замене арбитра у случају немогућности да учествују у поступку односно да врше своју функцију?

Дешава се у пракси да, у току поступка, због болести или смрти (или других оправданих разлога) дође до ситуације да арбитар не може да настави са испуњењем своје дужности. Шта се дешава у оваквом случају, какве су последице немогућности даљег учешћа арбитра у поступку на сам ток поступка?

У случају немогућности арбитра да настави са поступком приступа се именовању новог арбитра. То се чини у поступку који важи за именовање арбитра односно за конституисање арбитражног већа. Тако, према *UNCITRAL*-овом Арбитражном правилнику (члан 13), у случају смрти или оставке арбитра, нови арбитар (замена) именује се у поступку који важи за редовно именовање (који је уређен члановима 6 до 9 Правилника). Према одредбама овог Правилника о конституисању арбитраже, које се примењују и у случају замене арбитра, може се, у року од 15 дана, тражити изузеће новоименованог арбитра ако постоје разлози за сумњу у његову непристрасност.

У погледу понављања поступка у случају замене арбитра, у правилницима арбитражних институција, те у арбитражним прописима, наилази се на решење да се странке могу споразумети и о томе да ли је претходни поступак пуноважан и у којој мери; тек за случај да се оне ништа нису договориле, арбитражно веће (или орган арбитражне институције) могли би да одреде да ли је претходни поступак пуноважан и у којој мери (решење из енглеског Закона о арбитражи, члан 26). По Арбитражном правилнику МТК о томе да ли ће се и у ком обиму поступак поновити пред поново конституисаним арбитражним већем одлучује Међународни арбитражни суд МТК (као стални орган ове Арбитраже), а не арбитражно веће или

странке, с тим што Суд може саслушати коментар странака о овоме (члан 12 став 4). Ако немогућност наступи по завршетку поступка односно расправе (*closing of proceedings*), Арбитражни суд МТК може одлучити, у зависности од околности случаја, да преостали арбитри наставе арбитражу односно донесу одлуку; при одлучивању Суд ће узети у обзир мишљење странака и преосталих арбитра (члан 12 став 5 Арбитражног правилника МТК). О понављању поступка у случају замене арбитра по неким правилницима одлучује арбитражно веће (у новом саставу); ако је замењен арбитар појединац, спроведени доказни поступак се мора спровести испочетка (*UNCITRAL*-ов Арбитражни правилник, члан 14). По члану 26 став 2 Правилника Међународног трговинског арбитражног суда при Трговинско-индустријској комори Руске Федерације, у случају потребе, и уз уважавање мишљења странака, измењени састав арбитражног већа може поново размотрити питања у предмету која су већ разматрана на претходним усменим расправама одржаним до замене. Швајцарски Закон о међународном приватном праву нема одредбе о овој ситуацији, већ упућује на договор странака (члан 179 став 1).

Српски Закон о арбитражи у члану 26 (под насловом „Именовање новог арбитра“) предвиђа да се нови арбитар, ако арбиту престане дужност, именује у складу са одредбама Закона о именовању арбитра (у српски Закон је у основи унета одредба члана 15 *UNCITRAL*-овог модела закона о арбитражи). Правилник Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије садржи у члану 28 правила за замену арбитра у случају немогућности да врше функцију. По овим правилима, ако за време мандата арбитар буде спречен у вршењу својих функција, странка која га је именovala именује другог арбитра најдоцније у року од 15 дана од дана пријема позива Арбитраже да га именује. Ако је арбитра који је спречен да врши функције именовао председник Арбитраже, на његово место председник Арбитраже именује другог арбитра у року од 15 дана. Исто правило важи и ако су спреченог арбитра (председника Већа) именovali арбитри – они су дужни да у року од 30 дана именују новог арбитра/председника већа.

Недостаци арбитражних клаузула у домаћој пракси

У нацрту уговора који је био саставни део документације за надметање купаца друштвеног капитала у једном приватизационом аранжману, на коме су се очекивали и страни учесници, била је предвиђена клаузула о решавању спорова између Агенције за приватизацију и купца која је могла изазвати доста неспоразума у практичној примени. Анализом ове одредбе указује се на типичне и доста честе мањкавости у изради арбитражних клаузула у уговорима домаћих са страним лицима:

Нацрт уговора садржао је следећу арбитражни клаузулу:

„10. 1. Споровазно решење спорова

У случају спорова који проистичу из овог уговора или су везани за његово тумачење, Уговорне стране треба да настоје да их реше споразумно, мирним путем.

Решење спорова

Уколико стране не постигну решење спора на начин описан у претходном ставу, за решење спорова у вези важности, тумачења, прекршаја или раскида овог уговора, биће надлежна Међународна Трговинска Арбитража са седиштем у Београду. Сви спорови по овом уговору биће решавани по правилима Међународне Трговинске Арбитраже «ICC Rules». Језик арбитраже биће енглески. »

Овако формулисана арбитражна клаузула у уговору о купопродаји друштвеног капитала има више мањкавости, које ваља анализирати.

Поједини аутори називају клаузуле о мирном или споразумном решавању спорова „замкама добрих намера“. У моменту закључења уговора странкама се чини неумесним да говоре о решавању спорова, па испред одредбе која и то питање регулише додају клаузулу којом изражавају своју добру вољу. Наравно да стране „треба да настоје“ да спор реше споразумно (чак и кад арбитражни поступак отпочне). Али, то не треба да уносе у уговор (то се подразумева, па је одредба о томе обична декларација). У том смислу, на овакву клаузулу не би требало трошити речи – међутим, то није обична „света водица“. Наиме, пракса међународне трговинске арбитраже пуна је случајева где је арбитражни поступак значајно успораван, и ометан, зато што је, код постојања оваквих клаузула о мирном решавању спорова, тужени стављао приговоре да је тужба преурањена, јер није покушан тај начин разрешења спора, односно да он није спроведен до краја и сл.

Отуда, најпаветније је ову одредбу о мирном решавању спорова потпуно избацити из текста арбитражних споразума. А ако у тексту и таква одредба ипак остане, онда се морају додати још два става: треба одредити колико траје поступак мирнења (на пример: „Ако спор не буде решен споразумом у року од 30 дана од када то затражи једна, страна, спор може бити изнет на решавање по одредбама става 10. 2“), као и то да стране не морају прибегавати поступку мирнења односно да га могу у свако доба прекинути (на пример: „Страна може изнети спор на решавање по ставу 10. 2. и ако не затражи поступак мирнења, а започети поступак мирнења свака страна може прекинути писаном изјавом у свако доба“). Но, као што је напоменуто, нема никакве потребе да се одредбе о мирнењу уносе у текст уговора (код разумних страна то се подразумева, а у случају стварног спора који се не може мирно разрешити, једна страна може осујетити арбитражни поступак на основу те клаузуле).

Арбитражни споразуми (арбитражне клаузуле и посебни споразуми којима се предвиђа надлежност арбитраже за решење спорова) у којима није тачно означена арбитражна институција у чијим оквирима (по чијем правилнику, у чијој административној организацији) ће се поступак спровести називају се у теорији међународне трговинске арбитраже „патолошким“. Овакве клаузуле, иначе, нису уопште ретке (а отварају читав низ питања у вези са тумачењем и чест су разлог исти-

цања приговора ненадлежности арбитраже односно непостојања арбитражног споразума).

Формулација арбитражне клаузуле (према напред наведеном нацрту) могла би се сврстати у такве споразуме. Наиме, према датој формулацији, могло би бити спорно да ли се мисли на Спољнотрговинску арбитражу при Привредној комори Србије, чије је седиште у Београду, или на арбитражу по Арбитражном правилнику Међународне трговинске коморе (чије је седиште у Паризу), с тим да место арбитраже буде у Београду. Треба имати на уму да „седиште арбитраже“ и „место арбитраже“ код арбитражних институција није исти појам, односно да се не ради о синонимима. Истина, овде се у загради ставља да ће спор бити решаван по Правилима „Међународне Трговинске Арбитраже“ и у загради додаје скраћеница за енглески назив Међународне трговинске коморе (ICC), али остаје чињеница да ни назив те „међународне“ институције није тачно наведен, да седиште арбитраже МТК није у Београду, те да постоји међународна арбитражна институција чије је седиште у Београду.

Отуда, ваљало је прерадити клаузулу, али у обе варијанте (које су донекле помешане у нацрту): (1) за надлежност „наше“ арбитраже, или (2) за надлежност тзв. „париске“ арбитраже. При том треба узети у обзир препоруке самих арбитражних институција у погледу текста арбитражног споразума, као и савремену праксу, и то и арбитражних институција, али и редовних судова, јер се питање (не)надлежности арбитраже може и пред њима поставити.

Из више разлога, иначе, не треба преводити и у уговоре (као што су приватизациони уговори) уносити енглеску одредбу „о свим споровима који произађу из или у вези са уговором, његовим тумачењем, извршењем или раскидом“ (овај «казуистички» приступ већ изазвао проблеме када је оваква клаузула о предмету спора пред арбитражом „реконструисана“ пред домаћим судовима). Довољно је, наиме, рећи да се на арбитражу износи сваки спор који произилази из одређеног уговора. Поред овога, потребно је нагласити (и то препоручују и саме арбитражне институције) да је у питању коначно разрешење спорног питања пред арбитражом, итд.

Клаузула о надлежности Спољнотрговинске арбитраже при ПК Србије **(прва варијанта)**

10. Решавање спорова

10. 1. Сви спорови који настају из овог уговора и поводом њега коначно ће бити решени пред Спољнотрговинском арбитражом при Привредној комори Србије уз примену њеног Правилника.

10. 2. Место арбитраже биће Београд. **Напомене:** Арбитражни правилник предвиђа да се усмене расправе, по правилу, одржавају у седишту арбитраже – члан 37 став 1 Правилника. Правилник нема, међутим, одредбу о месту арбитраже, па то треба посебно навести у клаузули, јер се сматра да је одлука донета у месту арбитраже. Наиме, појмови „домаће“ и „стране“ арбитраже (наравно, у овом

случају међународне), за сврхе поништења односно признања и извршења одлуке, одређују се према месту доношења одлуке.

10. 3. Језик арбитраже биће српски. Напомене: ако странке ништа не предвиде споразумом, језик арбитраже ће бити српски – члан 38 Правилника. Но странке могу предвидети да се поступак води и на неком другом језику. Према томе, начелно, одредба о српском језику не би морала да се уноси у текст клаузуле; одредба о језику има смисла само ако се предвиђа неки други језик, али се у пракси уноси у арбитражни споразум да би се избегли неспоразуми о томе од самог почетка (да би се чак и обраћање Секретаријату Арбитраже одвијало на српском језику).

10. 4. Арбитража ће примењивати материјално право Србије. Напомена: Ова одредба је потребна ако у клаузули о надлежном праву није јасно речено да се српско право примењује на уговор, укључујући и решавање спорова (чак и тада је могуће оставити овај став у клаузули, позивањем на одредбу о надлежном праву). Члан 48 Правилника предвидео је како се одређује материјално право за случај да га странке нису одредиле.

Напомене: Одредбе о броју арбитрара и неке друге није потребно уносити у клаузулу, јер се та питања решавају у складу са Правилником - на пример, број арбитрара зависи од вредности спора (члан 20), итд.

Клаузула о надлежности арбитраже МТК (алтернатива)

10. Решавање спорова

10. 1. Сви спорови који произађу из или у вези са овим уговором биће коначно решени по Арбитражном правилнику Међународне трговинске коморе од стране једног или више арбитра именована према овом Правилнику. Напомена: Овде је потребно одређивати број арбитрара, јер је то питање нешто друкчије решено (члан 8) од решења у Правилнику Спољнотрговинске арбитраже при ПКС.

10. 2. Место арбитраже биће Београд.

10. 3. У поступку ће се примењивати српски језик. Језик комуникације са Секретаријатом Међународног арбитражног суда и са Међународним арбитражним судом биће енглески. Напомене: Према Правилнику МТК (члан 16), језик арбитраже може бити и неки „егзотичнији“ језик (на пример, српски – МТК чак препоручује модел клаузуле и на овим језицима). Међутим, у комуникацији са Секретаријатом Међународног арбитражног суда и са самим Међународним арбитражним судом (Међународни арбитражни суд је стални орган МТК, и он не решава спор, већ то чини арбитар-појединац или арбитражно веће) може доћи до тешкоћа, па је могуће да се за ту сврху предвиди неки други језик, а не српски.

10. 4. Арбитража ће примењивати материјално право Србије. Напомена: Иста као горе. И у Правилнику МТК постоји одредба по којој арбитра одређују надлежно право ако то не учине саме странке - члан 17 (решење идентично са решењем из „нашег“ правилника).