

др **Маја СТАНИВУКОВИЋ**
редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

УЛОГА СУДА У ОЦЕНИ НАДЛЕЖНОСТИ АРБИТАРА ПРЕ ДОНОШЕЊА КОНАЧНЕ АРБИТРАЖНЕ ОДЛУКЕ*

Резиме

У раду је реч о тумачењу појединих одредаба Закона о арбитражи (2006) које предвиђају овлашћења суда да изврши проверу надлежности арбитра у раној фази спора, пре него што је зайочет арбитражни процес или ако је зайочет, пре него што је донета коначна арбитражна одлука. Реч је пре свега о чл. 14 и 30 ст. 2 Закона о арбитражи и пратећој судској пракси. Аутор илустрира за тумачење које би омогућило универзалну, територијално неограничену примену чл. 14. У склопу теме, украјко су приказане и основне врсте историјских арбитражних клаузула. У погледу чл. 30 ст. 2, аутор се залаже за тумачење које би омогућило коришћење услуге за утврђење, односно сујројставља тумачењу према коме би одговарајуће правно средство у овом случају била услуга за поштоматско прелазне арбитражне одлуке.

Кључне речи: *услуга суду и арбитража, надлежности арбитражног суда, арбитражни споразум, арбитражна клаузула.*

Арбитража је начин решавања спорова који одликује консенсуалност и приватна природа. Арбитража се заснива на споразуму странака

* Рад је написан као резултат истраживања на тему *Право о решавању међународних спорова у Европској унији и Србији* у оквиру пројекта „Биомедицина, заштита животне средине и право“ бр. 179079 који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

у спору, а надлежност арбитра простира се само на спор који су им странке споразумом повериле. Арбитражни суд није државни орган. Странке саме финансирају његов рад и именују његове чланове. Ипак, арбитражна одлука је обавезујућа за странке и може се извршити и принудним путем.

Улога државног суда у односу на арбитражу одређена је у чл. 7 Закона о арбитражи:

„Државни суд може, у вези арбитраже, да предузима само оне радње које су изричито одређене овим законом.“

Мада су употребљене две ограничавајуће речи: „само“ и „изричито“, из чега се види интенција законодавца да се избегне претерано мешање државног правосуђа у арбитражни поступак, ипак улога државног суда није ни мала ни безначајна. Она обухвата помоћ у организовању и вођењу арбитражног поступка (посебно када је уговорена ад хок арбитража), проверу надлежности арбитра и ограничену проверу законитости арбитражне одлуке. У овом раду размотрићемо могућност провере надлежности арбитражног суда у претходној фази, пре почетка арбитражног поступка, или ако је арбитражни поступак већ започет, пре доношења коначне арбитражне одлуке.

I Дејство арбитражног споразума у поступку пред државним судом

Арбитражни споразум је уговор између два или више лица којим се она обавезују да ће свој већ настали спор или будуће спорове који могу проистећи из одређеног правног односа поверити на решавање арбитражном суду. Његово дејство је да заснива надлежност арбитра и да искључује надлежност државног суда којем би се једна од страна у спору евентуално обратила. Ваљаним споразумом о арбитражи странке се одричу основног права на приступ државном правосуђу и опредељују за приватни начин решавања спорова. Улога суда је да утврди да ли је заиста дошло до пуноважног одрицања и да провери, након доношења арбитражне одлуке, да ли су у арбитражном поступку поштовани основни стандарди заштите права странака.

Суд је дужан да пружи дејство ваљаном арбитражном споразуму, односно да га „изврши“. Уколико пред њим буде покренут поступак у спору обухваћеном арбитражним споразумом суд се оглашава ненадлежним, али само по приговору заинтересоване странке. Ако се ниједна странка не позове на њега, сматра се да су одустале од арбитражног споразума.

II Извори права

Извори који уређују дејство арбитражног споразума у односу на државни суд су Њујоршка конвенција о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука,¹ Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи² и Закон о арбитражи.³ Због постојања више извора у истој материји, треба се одредити за релевантни извор у сваком појединачном случају.

Њујоршка конвенција уређује дерогационо дејство арбитражног споразума у чл. II, ст. 3.⁴ Поље примене ове одредбе није одређено у самој конвенцији.⁵ Она се у судској пракси држава уговорница⁶ примењује на случајеве у којима је уговорена арбитража у другој држави уговорници,⁷ па се једна од странака уместо тога обрати државном суду. Шире тумачење које се прихвата у многим земљама, дозвољава примену чл. II, ст. 3 на све арбитражне споразуме са иностраним елементом, без обзира где је уговорено место арбитраже и да ли је уговорено.⁸ Суд пред којим се једна од странака позове на постојање арбитражног споразума, према Њујоршкој конвенцији, одлучује да ли је арбитражни споразум пуноважан, да ли производи дејство и да ли се може спровести. Уколико закључи да су испуњени ови услови, „упућује странке на арбитражу“. Конвенција не одређује шта у процесном смислу значи обавеза суда да упути странке на арбитражу.⁹ У већини континенталних права ова обавеза ограничава се на то да се суд уздржи од поступања у датој

1 Службени лист СФРЈ, Међународни уговори, бр. 11/81.

2 Службени лист СФРЈ, Међународни уговори, бр. 12/63.

3 Службени гласник РС, бр. 46/2006.

4 „Суд државе уговорнице коме је поднет на решавање спор по неком питању о коме су странке закључиле уговор у смислу овог члана, упутиће странке на арбитражу, на захтев једне од њих, осим ако установи да је тај уговор престао да буде ваљан, да је без дејства или неподобан за примену.“

5 Разлог за то треба тражити у чињеници да је овај члан унет у конвенцију на самом крају преговора, јер је пре тога требало да буде део посебног протокола. Због тога је у журби пропуштено да се одреди његово поље примене. Извор: Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, T. M. C. Asser Institute, 1981, стр. 55.

6 Њујоршка конвенција има 145 држава уговорница. Видети: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

7 По аналогији са пољем примене у односу на арбитражне одлуке, одређеним у првом члану Њујоршке конвенције. *Ibidem*, стр. 56.

8 *Ibidem*, стр. 61.

9 Термин је употребљен у конвенцији да би се јасно исказало да суд треба да се уздржи од расправљања и одлучивања о суштини спора, али је оставио законима држава чланица конвенције да овај циљ остваре одговарајућим одредбама соп-

ствари, док у *common law* системима суд може имати и активнију улогу: може издати забрану за тужиоца да води поступак против туженог пред судом друге државе или наредбу којом га обавезује да учествује у арбитражи. У контексту домаћег процесног права исправно тумачење ове одредбе јесте да суд има обавезу да се огласи ненадлежним и да одбаци тужбу. Не постоји јединствен став у доктрини и упоредном законодавству о томе на који начин суд проверава да ли је арбитражни споразум ништав, да ли производи дејство и да ли се може спровести на основу чл. II ст. 3 Њујоршке конвенције. У неким правним системима предвиђена је потпуна провера пуноважности арбитражног споразума (нпр. у немачком и америчком), док је у другим (нпр. у француском и швајцарском) у овој фази поступка предвиђена само провера *prima facie*, док се потпуна провера резервише тек за фазу након доношења коначне арбитражне одлуке. Ограничавање суда на проверу *prima facie* именује се као „признавање негативног дејства теорије *Kompetenz-Kompetenz*“.¹⁰

Други релевантни извор је чл VI Европске конвенције о међународној трговинској арбитражи, насловљен „Судска надлежност“. Према овој одредби, тужени је дужан да се позове на постојање арбитражног споразума пре или истовремено са изношењем одбране. Суд испитује постојање и пуноважност споразума према меродавном праву. Међутим, ако је поступак пред судом покренут након арбитражног, суд треба да одложи решавање арбитражној надлежности (тј. о постојању и пуноважности споразума) до доношења арбитражне одлуке, изузев у случају када сматра да постоје суштински разлози да поступи друкчије. Ова одредба се примењује на арбитражне споразуме у којима је редовно боравиште или седиште уговорних страна у различитим државама уговорницама конвенције.¹¹ На пример, када је седиште једне од уговорних страна у арбитражном споразуму у Србији, а друге нпр. у Турској, суд примењује ову одредбу. Ни она, као ни чл. II Њујоршке конвенције, не говори о процесним последицама утврђења суда да арбитражни споразум постоји и да је пуноважан. Треба претпоставити да је одговарајућа последица у домаћем правном систему и у овом случају оглашавање ненадлежности и одбацивање тужбе. Процесна последица одлагања о

ственог права. A. Broches, *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publisher, 1990, стр. 43.

10 V. Lazić, „The arbitration exception in the Brussels Jurisdiction Regulation in the light of the judgment of the European Court of Justice in *Allianz SpA et al. v. West Tankers, Inc. Netherlands*“, *Internationaal Privaatrecht*, бр. 2/2009, стр. 133.

11 Поље примене ове одредбе одређено је у члану 1, ставу 1(а) конвенције. Државе уговорнице су: Аустрија, Белгија, Белорусија, Босна и Херцеговина, Бугарска, Буркина Фасо, Чешка, Данска, Француска, Италија, Казахстан, Куба, Луксембург, Мађарска, Македонија, Молдавија, Немачка, Пољска, Румунија, Русија, Словачка, Словенија, Србија, Шпанија, Турска, Украјина и Хрватска.

решавању о надлежности (када је арбитражни поступак већ покренут) могао би да буде застој поступка.

Закон о арбитражи садржи правило о дејству арбитражног споразума у члану 14.¹² Према том правилу, суд се оглашава ненадлежним и одбацује тужбу, на захтев странке уз један изузетак: када је споразум је очигледно ништав, без дејства или га није могуће извршити. Овај изузетак даје суду овлашћење да провери надлежност арбитражног суда у раној фази, пре него што је арбитражна одлука донета а најчешће и пре него што је арбитражни поступак покренут. Смисао оваквог аранжмана је у начелу економичности које се остварује раним доношењем коначне судске одлуке о надлежности арбитра у случају да једна од странака то оспорава. Ако је одлука суда негативна, неће се трошити време и средстава на арбитражни поступак који би се, на крају крајева, због ништавости арбитражног споразума показао узалудним.

С обзиром на територијално поље примене Закона,¹³ чл. 14 се примењује ако је арбитражним споразумом уговорена арбитража у Србији. Међутим, његово би поље примене требало проширити на сваки арбитражни споразум у ситуацији када се странка из споразума обрати тужбом домаћем суду. Чак и ако је уговорена арбитража у иностранству или уопште није уговорено место арбитраже, ваљаном арбитражном споразуму треба пружити дејство на домаћој територији, јер се тако поштује воља уговорних страна, а арбитражна одлука која буде донета у арбитражном поступку у иностранству вероватно ће се признати у Србији (ако не буде других разлога за одбијање признања). Исто тако, треба ускратити дејство неваљаном споразуму јер арбитражна одлука која би евентуално уследила у арбитражном поступку који би се водио у иностранству по неваљаном споразуму не би могла да буде призната у Србији. Без обзира где је уговорено место арбитраже начело поштовања воље странака говори у прилог признавања дерогационог дејства споразума, а начело економичности поступка у прилог одлучивања о надлежности арбитражног суда у раној фази. Одредбу из чл. 14 би требало сматрати операционализацијом чл. II, стр. 3 Њујоршке конвенције у националном арбитражном праву. Овде, сходно томе, пледирамо за њену универзалну примену, увек када се након подношења

12 Тужба суду, члан 14: „Суд коме је поднета тужба у ствари која је предмет споразума о арбитражи оглашава се ненадлежним и одбацује тужбу по приговору странке који мора да буде поднет пре упуштања у расправљање о предмету спора, осим ако утврди да је споразум о арбитражи очигледно ништав, да је без дејства или да га није могуће извршити.“

13 Члан 2: „Одредбе овог закона примењују се на арбитражу и арбитражни поступак када је место арбитраже на територији Републике Србије (у даљем тексту: Република).“

тужбе пред судом, друга страна позове на постојање ваљаног арбитражног споразума.¹⁴

III Судска пракса

У једној од првих одлука које су донете после ступања на снагу Закона о арбитражи, Виши трговински суд суочио се између осталог са питањем територијалне примене члана 14 и поступио је на начин који се овде препоручује.

Два домаћа правна лица су у уговору о пружању образовних услуга на приватном универзитету уговориле надлежност арбитражног суда у Паризу за све спорове који би могли проистећи из уговора. Универзитет је затим тужио за наплату школарине пред трговинским судом у Зрењанину. Тужени је уложио приговор ненадлежности суда због постојања арбитражне клаузуле. Решењем од 26. септембра 2006. године (П-361/06), Трговински суд у Зрењанину огласио се ненадлежним за поступање по тужби применом чл. 16, ст. 3 Закона о парничном поступку. Тужилац се жалио против решења, позивајући се на то да је реч о уговору без међународног елемента те да чл. 469а Закона о парничном поступку искључује могућност уговарања арбитраже у иностранству. Решењем Вишег трговинског суда од 22. марта 2007. године (IV ПЖ-9058/06), констатовано је да су одредбе чл. 469а Закона о парничном поступку престале да важе ступањем на снагу Закона о арбитражи и утврђено да је арбитражни споразум пуноважан (да не постоје основи ништавости предвиђени у закону). Виши трговински суд је затим потврдио одлуку првостепеног суда:

„Тужени је у складу са одредбама чл. 14 Закона о арбитражи, ставио приговор ненадлежности пре упуштања у расправљање о предмету спора, због чега је првостепени суд правилно применио одредбе овога члана Закона о арбитражи и чл. 16 Закона о парничном поступку када се огласио ненадлежним и тужбу тужиоца одбацио.“

Мада Трговински суд у Зрењанину у ствари није помињао чл. 14 Закона о арбитражи, већ се огласио ненадлежним на основу чл. 16 Закона о парничном поступку, то не утиче на чињеницу да је овом одлуком Вишег трговинског суда чл. 14 Закона о арбитражи примењен универ-

¹⁴ Одредба из чл. 14 Закона о арбитражи састављена је по моделу чл. 8 Модел-закона УНЦИТРАЛ-а. Закон о арбитражи, међутим, пропушта да одреди поље примене ове одредбе на исти начин како то чини Модел-закон УНЦИТРАЛ-а у члану 1, ставу 2. У том ставу се чл. 8 изузима из одредаба чије је поље примене територијално ограничено.

зално, дакле на споразум којим је уговорено место арбитраже у иностранству.

Виши трговински суд међутим није остао доследан овој пракси. У једном другом случају који се појавио пред овим судом, тужилац са Британских Девичанских Острва тужио је домаће привредно друштво пред Трговинским судом у Београду ради наплате потраживања из Уговора о пружању консалтинг услуга. Клаузула у уговору гласила је:

„У случају спора који настане поводом предметног уговора надлежна је арбитража према *ICC* правилима и то тако што ће се спор поднети на арбитражу према наведеним правилима једном арбитру у Немачкој или Швајцарској којег ће странке споразумно одредити.“

У одговору на тужбу тужени је истакао приговор ненадлежности суда будући да је уговорена надлежност арбитраже. Тужилац није оспорио да су странке уговориле надлежност арбитраже, али је истакао да је пре подношења тужбе позвао туженог да заједнички именују арбитра у складу са уговором. Како нису постигли сагласност у погледу личности арбитра (тужени није одговорио на позив), стекли су се по његовом мишљењу услови да се спор реши пред редовним судом. У решењу од 3. марта 2008. године (П. бр. 4883/07), Трговински суд у Београду пошао је од чл. 14 Закона о арбитражи. Парничне странке су учиниле неспорним да су уговориле надлежност арбитраже, а тужени је поднео благовремени приговор ненадлежности суда. Чињеница да тужени није одговорио на позив тужиоца да именују арбитра не доводи у питање пуноважност уговора. Након оглашавања ненадлежности трговинског суда уследила је жалба тужиоца у којој је између осталог истакнуто да се одредбе Закона о арбитражи примењују на основу чл. 2, ст. 1 на арбитражу и арбитражни поступак када је место арбитраже на територији Републике Србије, а у конкретном случају место арбитраже није на тој територији, већ у Немачкој или Швајцарској. Ствар је окончана одлуком Вишег трговинског суда од 28. јануара 2009. године (I Пж. бр. 3618/2008) према којој је жалба основана. Првостепено решење донето је уз погрешну примену одредбе чл. 14 Закона о арбитражи, јер се одредбе тог закона примењују на арбитражу и арбитражни поступак само када је место арбитраже на територији Републике Србије. Виши трговински суд налази да странке у конкретном случају нису постигле споразум о арбитражи, те је из тог разлога тужилац правилно поднео тужбу надлежном трговинском суду.

Све и да је територијално ограничење примене чл. 14 Закона о арбитражи основано, остаје питање зашто суд није применио чл. II ст. 3 Њујоршке конвенције. Предвиђено место арбитраже било је у Немачкој

или у Швајцарској које су обе државе уговорнице Њујоршке конвенције. Уговорени правилник сталне арбитражне институције (ICC) предвиђа решење за случај када странке не могу да се сагласе о личности арбитра, а других основа за ништавост споразума није било. Због тога је суд требало да упути странке на арбитражу, односно да се огласи ненадлежним. Потреба за универзалном применом чл. 14 можда није тако критична када је у питању споразум о арбитражи који предвиђа арбитражу у држави чланици Њујоршке конвенције јер је ова ситуација као што видимо покривена самом конвенцијом. Није критичан ни случај када обе стране у арбитражном споразуму имају редовна боравишта односно седишта у државама чланицама Европске конвенције. Међутим, ако арбитражни споразум не предвиђа место арбитраже, а стране у споразуму нису из држава чланица Европске конвенције, ограничена територијална примена чл. 14 довела би аутоматски до неделотворности таквог споразума, јер суд не би имао правни основ да се огласи ненадлежним када се страна на њега позове. Такав исход сигурно није био циљ законодавца.

IV „Споразум је очигледно ништав, без дејства или га није могуће извршити“

Оцена надлежности арбитра у случају да буде уложена тужба пред судом подразумева да суд на почетку тог поступка одлучује да ли је споразум „очигледно ништав... без дејства или... га није могуће извршити“. Разлози ништавости арбитражног споразума предвиђени су у чл. 10 Закона о арбитражи. Разлика између законске формулације и формулације из Њујоршке конвенције је у томе што је у закону испред речи ништав употребљена реч „очигледно“.¹⁵ Овај придев може утицати на обим провере разлога за ништавост у који ће се суд упуштати. „Очигледно“ треба тумачити тако да се закључак о ништавости може донети, ако се већ на основу чињеница које су предочене суду, без додатног доказивања и полазећи од претпоставке да су те чињенице тачне, може закључити да је арбитражни споразум ништав. Значење друга два израза теже је одредити и за њихово тумачење потребна је већа пажња. На

15 Овде је радна група за доношење Закона о арбитражи поступила супротно од радне групе УНЦИТАЛ-а за доношење Модел-закона о међународној трговинској арбитражи. Ова друга је одбила да природа реч „очигледно“ испред речи „ништав“ сматрајући да би тиме суд био ограничен на *prima facie* утврђивање да ли је арбитражни споразум пуноважан. Заузела је став да питање треба да буде „settled“ – коначно решено од стране суда пре него што он упути странке на арбитражу. Н. М. Holtzmann, J. E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration, Legislative History and Commentary*, Kluwer Law and Taxation Publishers, стр. 303.

дејство арбитражног споразума и могућност његовог извршења утиче највише његова садржина. У пракси су веома честе лоше формулисане арбитражне клаузуле („патолошке клаузуле“) које не садрже све што је потребно или остављају простора дијаметрално супротним тумачењима. Оперативна арбитражна клаузула би требало да садржи бар три основна елемента: реч „арбитража“ којом се бира овај начин решавања спорова, опредељење врсте арбитраже – *ad hoc* или под окриљем неке сталне арбитражне институције – и избор места арбитраже. Додуше, чак и неки од ових недостатака могу се надоместити. Нпр. ако је само поменути реч арбитража, али није опредељена институција, полази се од претпоставке да је уговорена ад хок арбитража.¹⁶ Ако није уговорено место арбитраже, по Европској конвенцији странка се може обратити органу именована у месту боравка туженог одређеном у конвенцији или то место може одредити арбитражна институција чија је надлежност уговорена. Међутим, ако неки од ових избора није учињен јасно и недвосмислено, клаузула се може квалификовати као неоперативна (неподобна за извршење). Поред тога што може да учини клаузулу неоперативном, садржина споразума може да укаже и на недостатак сагласности воља странака у погледу арбитраже што може довести у питање постојање самог арбитражног споразума.

Најчешћи пример су противречне клаузуле о решавању спорова садржане у истом уговору. Тако, у једном уговору између српског и италијанског привредног друштва уговорено је у члану 5:

„Сви спорови који могу проистећи из овог уговора решавају се пред судом у Торину, применом италијанског права.“

а у члану 7:

„У случају спора надлежан је Међународни арбитражи суд МТК у Паризу. Место арбитраже ће бити у Београду, а језик арбитраже српски.“

Чињеница је да чак ни противречна садржина клаузула о решавању спорова не мора довести до пропасти арбитражне клаузуле. У конкретном уговору, тужилац је покренуо спор пред арбитражним судом МТК, а тужени није приговорио надлежности, те је поступак спроведен до краја и донета арбитражна одлука. Ипак, комад се могао одиграти и друкчије. Да се тужени обратио суду тужбом у истој ствари или да је приговорио надлежности арбитражног суда, готово је сигурно да би арбитражни споразум био оглашен непостојећим због недостатка јасно исказане воље да се спор повери арбитражи.“

16 Г. Кнежевић, В. Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2009, стр. 62; J. D. M. Lew, L. A. Mistelis, S. Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, стр. 31.

Слична последица може погодити арбитражне споразуме који истовремено уговарају ад хок арбитражу и надлежност неке сталне арбитражне институције, или оне који предвиђају истовремено надлежност две различите арбитражне институције. Оглашавање суда ненадлежним по аутоматизму на основу такве арбитражне клаузуле могло би да странке остави без правног средства, уколико би арбитражни суд касније по приговору туженог проценио да клаузула није довољно јасна и недвосмислена да би се права воља странака могла утврдити. С друге стране, ако споразум предвиђа два различита места арбитраже на алтернативни начин, као што је то било у претходно описаном примеру који се нашао пред Трговинским судом у Београду, то још не мора бити разлог да се клаузула огласи неоперативном уколико правилник одабране арбитражне институције, предвиђа решење за коначно одређивање једног од та два места као места арбитраже.

Тежак случај за суд представљају клаузуле у којима се именује непостојећа институција. Такав пример пружа уговор о купопродаји између турског продавца и српског купца закључен 3. октобра 2007. године. У члану 10 овог уговора налази се следећа клаузула:

Article 10: Arbitration

10.1. In case of if the Parties cannot come to the agreement, all disputes and disagreements are a subject to the sanction in Arbitration court of the International Trade. (у преводу: „У случају да се странке не могу сагласити, сви спорови и неспоразуми су подвргнути санкцији Арбитражног суда међународне трговине“).

Из наведеног споразума може се само наслутити намера страна да уговоре арбитражу коју ће организовати једна стална арбитражна институција, али не и која би то институција била. Због тога би тужилац, у случају оглашавања државног суда ненадлежним могао остати без правног средства, јер постоји могућност да се ниједна арбитражна институција не би огласила надлежном за администрирање арбитражног поступка по његовој тужби.¹⁷

¹⁷ Додуше, конкретном тужиоцу стоји на располагању механизам организовања арбитраже из чл. IV Европске конвенције, с обзиром на то да странке имају седишта у различитим државама уговорницама (Турској и Србији). Такође, ако има довољно средстава да ризикује губитак депозита за трошкове, он би се могао обратити било којој институцији сличног назива јер постоји могућност да би та институција прихватила надлежност чак и ако није тачно именована. Забележен је случај у немачкој пракси када је арбитражна институција одлучила да је надлежна и именовала арбитражни суд упркос томе што је у арбитражном споразуму поменута друга, непостојећа арбитражна институција. Када је након тога покренут поступак на основу националне немачке одредбе која је пандан чл. 16 ст. 3 Модел-закона УНЦИТРАЛ-а суд је одлучио да је арбитражна институција надлежна, јер треба дати широко тумачење арбитражном споразуму да би се испуниле намере

Страна у уговору који садржи овакву арбитражну клаузулу наћи ће се у незавидној ситуацији ако друга страна не изврши свој део обавеза из уговора. Пут ка суду је блокиран арбитражном клаузулом, а пут ка арбитражи је неизвестан и у магли. Може ли се она обратити суду тужбом за утврђење да арбитражни споразум није ваљан, да је без дејства и да га је немогуће извршити? Закон о арбитражи не предвиђа тужбу за утврђење да арбитражни споразум није ваљан као посебно правно средство, ни у члану 10 који носи наслов „Ништавост“, ни у другим члановима.¹⁸ То ипак не значи да ова тужба није на располагању тужиоцу, јер по чл. 188, ст. 2 Закона о парничном поступку: „Оваква тужба може се подићи када је то посебним прописима предвиђено, кад тужилац има правни интерес да суд утврди постојање, односно непостојање неког спорног права или правног односа, пре доспелости захтева за чинидбу из истог односа или истинитост неке исправе, или кад тужилац има неки други правни интерес.“ Постоје бар два разлога због којих би требало омогућити заинтересованој странци да поднесе тужбу за утврђење да арбитражни споразум није ваљан ни оперативан. С једне стране, та странка одлуку о томе може издејствовати посредно, ако пред судом поднесе тужбу у главној ствари. Тужени ће тад бити принуђен да се позове на арбитражну клаузулу, чију ваљаност ће суд морати да преиспита у складу са чл. 14, да би могао да се огласи ненадлежним. Ако тужилац може издејствовати испитивање ваљаности арбитражне клаузуле посредно, зашто то не би могао учинити и непосредно, по тужби за утврђење? Други разлог који говори у прилог ове могућности је онај исти који је довео до правила садржаног у чл. 14 – економија поступка. Корисно је да се ваљаност арбитражног споразума утврди одмах на почетку, ако једна од странака има има озбиљан разлог да сумња да ће јој арбитражна клаузула, таква каква је садржана у уговору пружити делотворну правну заштиту. На тај начин се може избећи и неизвесност око тога којој институцији тужилац треба да се обрати ради конституисања арбитражног суда (и да ли уопште треба да се обрати некој институцији), да ли ће та институција прихватити да организује арбитражу на основу арбитражног споразума и коначно, да ли ће тако донета арбитражна одлука издржати накнадну проверу надлежности у поступку поништаја или признања. При томе, помену-та неизвесност се за тужиоца преводи као могућност да узалуд утроси

странака. Draft Digest on the UNICTRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 20 Years UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Vienna 17/28 March, 2005, стр. 51.

18 Ретки су закони о арбитражи изричито предвиђају право на тужбу за утврђење да арбитражни споразум није пуноважан. Такви су нпр. енглески Закон о арбитражи (чл. 32 и 72, ст. 1, немачки Закон о арбитражи 1032, ст. 3 и амерички Савезни закон о арбитражи, чл. 4) Видети V. Lazić, *нав. чланак*, стр. 137.

значајне трошкове. У поступку покренутом по тужби за утврђење, суд би од туженог могао тражити да се изјасни о томе коју су сталну арбитражну институцију странке имале у виду, у случајевима када је именовано више институција или када је именована непостојећа институција и, да тако арбитражна клаузула буде „спасена“. Изјава странке којом се прецизира нејасна арбитражна клаузула омогућила би суду да је одржи на снази и да у диспозитиву констатује којој се сталној арбитражној институцији тужилац може обратити.

V Одлучивање суда о приговору да арбитражни суд није надлежан

Још једна могућност судске провере надлежности арбитражног суда на самом почетку поступка постоји када тужени уложи приговор ненадлежности у арбитражном поступку, па арбитражни суд о приговору одлучи као о претходном питању. Тада тужени може, односно „свака странка може у року од 30 дана од дана достављања одлуке да захтева од суда одређеног законом да одлучи о том питању“. За то време, арбитражни суд може да настави поступак и да донесе арбитражну одлуку. Против одлуке суда није дозвољена жалба.¹⁹

Цитирана одредба (чл. 30) води порекло из чл. 16. ст. 3 Модел-закона УНЦИТРАЛ-а.²⁰ Због њене непрецизности није сасвим јасно којим правним средством би се могло тражити од суда „да одлучи о том питању“, али се тужба за утврђење да арбитражни суд није надлежан намеће као најисправније решење. Друго могуће тумачење је да је реч о тужби за поништај арбитражне одлуке.²¹ Друго тумачење по нашем мишљењу није исправно, јер чл. 30 искључује право на жалбу. Искључење права на жалбу у тој одредби јасно указује да правно средство које она даје тужиоцу није тужба за поништај арбитражне одлуке него нешто друго. Када је у питању тужба за поништај арбитражне одлуке, дозвољена су на основу чл. 61 сва правна средства која постоје у Закону о парничном поступку, укључујући и ревизију.²² Одредба којом се искључује право на жалбу остала би без сврхе ако би се заштита на основу те одредбе остваривала тужбом за поништај. Уколико би била реч о тужби за поништај одредба о искључењу права на жалбу не би се никада примењивала или би у закону постојала два паралелна режима

19 Чл. 30 ст. 2 и 4 Закона о арбитражи.

20 О историјату овог члана видети V. Pavić, „(In)appropriate Compromise – Article 16(3) of the Model Law and its Progeny“, *Liber Amicorum Eric Bergsten* – у штампи.

21 Овакво тумачење усвојио је Врховни суд Србије у Пресуди Прев. 350/08 од 1. октобра 2008. године.

22 Тумачењем чл. 61 Закона о арбитражи.

правних лекова против одлуке првостепеног суда о поништају. Поред тога, треба имати на уму да одлука арбитражног суда о приговору ненадлежности као о претходном питању не мора бити донета у облику арбитражне одлуке. То значи да би арбитражни суд избором форме у којој ће донети одлуку о приговору надлежности могао да утиче на то да ли ће странка имати на располагању правно средство предвиђено у чл. 30, ст. 2. То средство би било доступно странци само онда када би арбитражни суд одлуку о претходном питању донео у облику арбитражне одлуке. Могућност провере надлежности одмах на почетку поступка на захтев једне од странака не треба да зависи од таквих формалних разлога. Коначно ни разлози за одлучивање о тужби за поништај арбитражне одлуке из чл. 58 Закона о арбитражи не одговарају сврси чл. 30, стр. 2 која се своди само на проверу исправности одлуке арбитражног суда о приговору о ненадлежности.²³

Уколико се прихвати да је реч о тужби за утврђење ненадлежности арбитражног суда, поставља се даље питање по којим критеријумима би суд одлучивао о тужбеном захтеву. Сматрамо да би суд о овој тужби требало да одлучи применом истих критеријума које примењује када одлучује по чл. 14 да ли је арбитражни споразум очигледно ништав, без дејства и да ли га је могуће извршити. То је због тога што је циљ ове две одредбе исти: да се пружи прилика странци да пре арбитражног поступка или одмах на почетку поступка у кратком року добије од суда одлуку о пуноважности арбитражног споразума, односно о надлежности арбитражног суда. Ако би се применили исти критеријуми (оцена *prima facie*), то би значило да у случају да суд потврди надлежност арбитражног суда на основу чл. 16, ст. 3 постоји могућност коначне провере надлежности након дошења коначне арбитражне одлуке у поступку за поништај те одлуке. С друге стране, одлука суда да је арбитражни споразум очигледно ништав, без дејства или да га није могуће извршити била би пресуђена ствар, те би на основу тога и евентуално донета арбитражна одлука била аутоматски ништава.

У страниј судској пракси се поставило питање да ли је странка која не искористи могућност да од суда тражи да одлучи о надлежности у овој раној фази, изгубила право да то чини касније, у поступку за поништај или у приговору против признања стране арбитражне одлуке.²⁴ Ако би се прихватило да је странка дужна да реагује одмах,

23 Овде свесно изостављамо из разматрања другу могућу ситуацију на основу чл. 30, ст. 2, када суд проверава исправност одлуке арбитражног суда о приговору прекорачења надлежности.

24 Према извештају УНЦИТРАЛ-а, суд у Сингапуру је сматрао да је захтев суду на основу чл. 16(3) Модел-закона необавезан и да странка може поставити питање надлежности и у тужби за поништај арбитражне одлуке, односно да не наступа преклузија. High Court Singapore [2001] 1 SLR 624, Tan Poh Leng Stanely v Tang Boon

по протеку рока од 30 дана од дана када је арбитражни суд одлучио о надлежности као о претходном питању наступила би преклузија и ово питање се касније не би поново могло покретати. Чини нам се да би овакво тумачење било престрого у нашим условима и супротно очекивањима странака. Странка која је одлучила да учествује у арбитражном поступку након негативне одлуке арбитражног суда о претходном питању обично рачуна на могућност оспоравања надлежности арбитражног суда у поступку за поништај коначне арбитражне одлуке или у поступку признања и не очекује да би пропуштање да то учини по чл. 30, ст. 2 могло довести до преклузије.

VI Закључак

Надзорна улога судова која се састоји у оцени надлежности арбитрара у раној фази спора дефинисана је Законом о арбитражи и међународним уговорима. У вршењу надзорне функције, судови треба да се крећу између две крајности: с једне стране не треба да се мешају у надлежност арбитрара да одлуче о предмету спора ако постоји ваљан арбитражни споразум; с друге стране треба да на захтев странке провере ваљаност арбитражног споразума према законом прописаним критеријумима, да странка не би била лишена правне заштите и правног средства због непостојећег, ништавог или неоперативног арбитражног споразума.

Maja STANIVUKOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad

THE ROLE OF COURTS IN REVIEWING THE ARBITRATORS' JURISDICTION BEFORE THE FINAL ARBITRAL AWARD

Summary

The topic of this article is interpretation of Articles 14 and 30(2) of the Serbian Arbitration Act, which both allow the court to review jurisdiction of

Jek Jeffrey, од 30. новембра 2000. С друге стране, суд у Немачкој је заузео супротан став. Bundesgerichtshof, III ZB 83/02 од 27. марта 2003. Draft Digest on the UNICTRAL Model Law on International Commercial Arbitration, стр. 52.

the arbitral tribunal either before, or at an early stage of the arbitral proceedings. These two Articles originate from Articles 8(1) and 16(3) of the UNCITAL Model Law on International Commercial Arbitration. As far as Article 14 is concerned, there is a problem of its limited territorial application that has already arisen in practice. The courts have differently construed the meaning of this provision when the place of arbitration is abroad. The reason is that the Serbian Arbitration Act fails to incorporate the exception from Article 1(2) of the Model Law that provides for the universal application of the relevant provision. The author pleads for an interpretation that would allow the universal application of Article 14 in Serbia. Article 30, on the other hand, raises the issue of a legal remedy that the party that wishes to test the preliminary decision of arbitrators on jurisdiction before the court should use. While the author considers the declaratory action to be the most appropriate legal remedy (declaratory action would seek declaration by the court of the lack of jurisdiction of the arbitral tribunal), the Supreme Court of Serbia has ruled that this Article implies a recourse to the action for annulment of an arbitral award. Arguments against the latter interpretation are briefly stated in the final part of the article.

Key words: *action before the court and arbitration, jurisdiction of the arbitral tribunal, arbitration agreement, arbitration clause.*