

Урош ЖИВКОВИЋ, мастер
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

Јелена ЛЕПЕТИЋ, мастер
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ПОСЛЕДИЦЕ ОТВАРАЊА СТЕЧАЈА НА АРБИТРАЖНИ ПОСТУПАК У ПРАВУ СРБИЈЕ*

Резиме

Отварање стечајној поступци над једном од страна у арбитражном поступку доводи до бројних практичних проблема која нису решена на изричит начин у оквиру српској позитивној права. Аутори су, имајући у виду поступојећу уредну праксу и доктрину, покушали да на систематичан начин прикажу проблеме који могу настати у интеракцији арбитражној и стечајној поступци и укажу на институционална решења која су конзистентна са поступојећим законодавним оквиром – посебно имајући у виду Закон стечају и Закон о арбитражи Републике Србије. У раду је анализиран и разјашњен одабрани крући проблеми који се могу јавити како у процесном тако и материјалном смислу, а који се односе на питања арбитрабилности, могућности за паралелно вођење стечајној и арбитражној поступци и повезане процесне празнине које поступоје или се могу јавити у српском праву.

Кључне речи: *стечајни поступак, арбитража, арбитрабилности, прекид поступци.*

* Рад је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правној система Србије и хармонизација са правом Европске уније – правни, економски, политички и социолошки аспекти (2014)“.

І Уводна разматрања

Решавање спорова путем арбитраже представља модерну и прихваћену алтернативу судском поступку. У том смислу, нема сумње да је решавање спорних правних питања из привредних уговора у међународном промету данас чешће предмет арбитражног него судског поступка. Национални судови учестало помажу у извођењу арбитражних поступака изрицањем привремених мера, именовањем арбитра у *ad hoc* арбитражним поступцима, упућују стране на арбитражу када је пре покретања поступка пред судом закључен пуноважан арбитражни споразум и извршавају коначне арбитражне одлуке у поступцима принудне наплате потраживања.¹ Овакав балансирани однос судова и арбитража тенденција је скоро свих модерних закона о арбитражи са једне стране,² док са друге представља и логичну последицу заједничког циља који поступак пред судом и поступак пред арбитражом имају – да се спорно правно питање између страна реши на коначан начин, у складу са меродавним правом уз поштовање свих процесних начела.

Међутим, природа арбитражног поступка се умногоме разликује од природе стечајног поступка. Проблеми који настају у пракси (како за поступајући суд тако и за арбитражно веће), у случајевима када у току арбитражног поступка дође до испуњења неког од стечајних разлога након чега једна од страна постане стечајни дужник, бројни су и везани како за саму природу стечајног поступка тако и за карактеристике поступка намирења потраживања, утврђивања износа и основа потраживања и могућности за наплату потраживања самог стечајног дужника како би се, у интересу поверилаца, увећала стечајна маса. Док је циљ арбитраже решавање спорног правног питања између (углавном) две стране на основу претходног споразума, циљ стечајног поступка је колективно намирење и дистрибуција потраживања свих поверилаца стечајног дужника у оквиру једног, централизованог поступка пред над-

1 Вид. у том смислу Charles C. Correll, Jr, Ryan J. Szczepanik, „No Arbitrator Is an Island: The Role of Courts in Aid of International Arbitration“, *World Arbitration and Mediation Review*, Vol. 6, No. 3/2012, стр. 567–569; Hilary Heilbron, *A Practical Guide to International Arbitration in London*, London, 2013, стр. 87–88; Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice*, 3rd ed., Huntington, 2014, Chapter 12; тако и Закон о арбитражи (*Службени гласник РС*, бр. 46/2006; даље у фуснотама: Закон о арбитражи), чл. 7, 24 и 25.

2 David A. R. Williams QC, „Defining the Role of Court in Modern International Commercial Arbitration“, *SMUAsian Arbitration Lectures*, Singapore, 2012, стр. 6–9, доступно на адреси: http://www.globalarbitrationreview.com/cdn/files/gar/articles/david_williams_Defining_the_Role_of_the_Court_in_Modern_Intl_Commercial_Arbitra.pdf, 23.4.2014; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, The Hague, 2014, стр. 68–70; Emmanuel Gaillard, John Savage (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, 1999, стр. 710–711.

лежним судом. Различитост циљева, основних начела и процесне логике арбитражног и стечајног поступка самим тим доприноси стварању бројних питања у ситуацијама када због специфичности конкретног случаја долази до интеракције између стечаја и арбитраже.

Одређена карактеристична питања која могу настати као последица међусобног односа између стечајног и арбитражног поступка чине предмет овог рада и биће изложена у три засебне целине. Наиме, први део рада обухватиће анализу појма арбитрабилности и разликовања правих од неправих стечајних питања како би се установио критеријум разликовања правних питања која се могу јавити као предмет арбитражног поступка у односу на питања која су увек и безусловно резервисана за надлежност поступајућег стечајног суда.

Затим, у другом делу испитује се утицај отварања стечаја над једном од страна која је учесница у арбитражном поступку при чему се седиште арбитраже налази у Србији (обрађујући специфичности и ситуације када тужилац из арбитражног поступка пада под стечај и случаја када се над туженим у поступку отвори стечај) са посебним освртом на проблеме вођења и окончања поступака који се воде пред арбитражама чије се седиште налази у иностранству. На крају, аутори у завршним разматрањима сумирају закључке изнетог истраживања уз препоруке за тумачење одређених спорних одредби у српском праву и правних празнина које се могу јавити као проблематичне у будућој арбитражној и судској пракси.

II Отварање стечаја и арбитрабилност

Спорови који су, према меродавном праву, подобни да буду решени од стране арбитраже сматрају се арбитрабилним споровима.³ Карактеристика арбитрабилности, стога, представља једну од кључних одлика спора која служи да раздвоји правна питања за која странке могу слободно да уговоре арбитражу као начин решавања спора од оних која су резервисана за искључиву надлежност суда и у којима меродавно право не дозвољава слободу уговарања механизма за решавање спора. Самим тим, арбитрабилност представља легитимно ограничење аутономије воље странака у избору алтернативних начина за решавање спора. Додатно, арбитрабилност као квалитет одређеног спора нужна је претпо-

3 Вид. примера ради Loukas A. Mistelis, „Part I Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 1 – Arbitrability – International and Comparative Perspectives“ у: Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, The Hague, 2009, стр. 4; тако и Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, J. Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2009, стр. 123–124.

ставка како за валидно уговарање арбитраже⁴ пре него што је спор настао тако и за вођење и окончање арбитражног поступка.⁵

Неспорно је да одређени имовински захтеви који простичу из привредних односа а тичу се плаћања уговорне цене, накнаде материјалне штете или испоруке робе и плаћања уговорне казне сасвим извесно представљају арбитрабилна питања о којима арбитража може да одлучује. Међутим, захтев за исплату доспелог новчаног потраживања из уговора о међународној продаји робе, примера ради, иако је арбитрабилан сам по себи, може да промени своју природу када постане уперен против лица које услед инсолвентности постаје стечајни дужник. На који начин се питање арбитрабилности третира у случајевима у којима долази до отварања стечајног поступка над једном од страна у арбитражи и како се врши адекватна диференцијација и утврђивање правне природе захтева након отварања стечајног поступка представља предмет анализе предстојећих редова.

1. Арбитрабилност – дефинисање појма

Прецизно дефинисање круга питања која се сматрају арбитрабилним у оквирима једног националног права не представља лак задатак. Ово је посебно тачно када релевантни прописи који се баве арбитражним решавањем спорова не садрже прецизну дефиницију арбитрабилности – што је и случај са српским Законом о арбитражи. Члан 5 став 1 Закона о арбитражи предвиђа да се арбитража може уговорити за решавање имовинског спора о правима којима странке слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда. Тако широке дефиниције не помажу много у смањењу броју дилема које могу настати приликом тумачења израза „имовински спор“ или „права којима странке слободно располажу“.⁶

У контексту овог рада посебно је интересантна одредница у Закону о арбитражи која наводи да се имају сматрати као неарбитрабилни они спорови за које постоји искључива надлежност суда. Наиме, према експлицитној одредби Закона о стечају,⁷ потраживања стечајних пове-

4 Проф. Станивуковић наводи члан 10 Закона о арбитражи уз тврдњу да споразум неће бити ништав већ само неважећи у делу у којем у надлежност арбитраже укључује неарбитрабилно питање. Маја Станивуковић, *Међународна арбитража*, Београд, 2013, стр. 102.

5 Вид. уопштено о спровођењу арбитражног споразума и извршивости у контексту арбитрабилности у Gary B. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, 4th edition, The Hague, 2013, стр. 145–149.

6 М. Станивуковић, *нав. дело*, стр. 108.

7 Вид. Закон о стечају (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон и 71/2012 – одлука УС; у даљем тексту и фуснотама: Закон о стечају), чл. 80, ст. 1.

рилица према стечајном дужнику могу се остварити искључиво у оквиру стечајног поступка. Додатно, како се након отварања стечаја сва питања колективног намерења поверилаца морају расправити пред стечајним судом (искључива надлежност),⁸ јасно је да уопштено посматрано ова питања не спадају у круг арбитрабилних питања која могу бити поверена арбитражи. Овакав закључак прати широко постављену дефиницију арбитрабилности из Закона о арбитражи, а у складу је са већинским ставом упоредне доктрине и праксе.⁹ Такође, овакво тумачење било би у складу и са начелом равноправности поверилаца, као једним од основних начела стечајног поступка,¹⁰ имајући у виду да се у оквиру арбитражног поступка никако не може постићи балансирано намерење свих поверилаца стечајног дужника.

Међутим, неопходно је направити јасну разлику између оних питања која се у оквиру стечајног поступка никада не могу расправљати пред арбитражом (која постају неарбитрабилна или су увек неарбитрабилна након отварања стечаја) и оних питања која се могу јавити као предмет арбитражног поступка и након што је стечајни поступак отпочео. Управо у овој разлици, како упоредноправно тако и код нас, треба тражити смернице за одређивање круга питања која могу бити паралелно предмет стечајног и арбитражног поступка, а да не дође до преклапања односно сукоба надлежности. Разликовање треба тражити како у суштинском, материјалноправном смислу (разликовање правих и неправих стечајних питања) тако и процесном (раздвајање надлежности за решавање повезаних спорова у вези са стечајним поступком о којима може одлучивати парнични суд).

2. Разликовање правих и неправих стечајних питања

Питања у вези са стечајним поступком, могу се поделити на права и неправу у односу на то да ли су у искључивој надлежности стечајног суда или нису. Питања у вези са стечајем која су у искључивој надлежности стечајног суда могу се назвати правим стечајним питањима (енгл. *“pure” bankruptcy issues*), док она које то нису могу бити означена као неправу стечајна питања.¹¹ Претходна подела је такође од значаја за разграничење арбитрабилних од неарбитрабилних ствари.

8 Вид. Закон о стечају, чл. 6 који прописује да „*до отварања стечајни послоуиак сироводи суд до службеној дужности*“.

9 Вид. Vesna Lazić, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, The Hague, 1998, стр. 154–156; Fernando Mantilla Serrano, „International Arbitration and Insolvency Proceedings“, *Arbitration International*, Vol. 11, No. 1/1995, стр. 69.

10 Мирко Васиљевић, *Компанијско право, Право привредних друштва*, 8. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 557–558; F. Mantilla Serrano, *нав. дело*, стр. 70.

11 Вид. V. Lazić, *нав. дело*, стр. 156.

Да би се дао адекватан одговор на питање шта спада у искључиву надлежност стечајног суда морају се имати у виду циљ и начела стечајног поступка. Процесно стечајно право, у том смислу, не може се разматрати одвојено од његовог материјалног дела. Циљ стечаја је најповољније колективно намирење стечајних поверилаца. У контексту овог рада посебно је од значаја начело једнаког третмана поверилаца, за чије се означавање користи максима *par est conditio omnium creditorum*,¹² имајући у виду да је кључни аргумент против расправљања питања, у вези са стечајем, у арбитражном поступку (било поступка у току или тек отпочетог након отварања стечајног поступка или настављеног након прекида као последице његовог отварања) потенцијална неправноправност стечајних поверилаца (када је стечајни дужник тужена страна). Неправноправност се испољава у одступању од принципа атракције надлежности. Принцип једнаког третмана (равноправности) стечајних поверилаца има посебну важност будући да су у тренутку отварања стечајног поступка познати само поверилац који је поднео предлог за отварање стечајног поступка када је предлог поднет од стране повериоца (што не мора бити случај) и стечајни дужник, што значи да се, између осталог, не зна ни колико ће их бити, као ни колика су им потраживања.¹³ Од значаја за овај рад је и стечајно начело судског поступка под којим се подразумева споровођење стечаја искључиво у судском поступку (атракција надлежности стечајног суда).¹⁴

У стечајном поступку решавају се „имовинскоправни односи инсолвентног дужника“, али не и спорови о чињеницама (о висини и основу потраживања).¹⁵ Питање арбитрабилности добија посебно на тежини када се има у виду да је стечајно право на граници јавног и приватног права.¹⁶ На крају, није могуће ни сврсисходно утврдити коначну листу правих стечајних питања, о којима се не може расправљати у арбитражним поступцима, али је свакако могуће навести очигледне примере. Неки од њих су: отварање, вођење и закључење стечајног поступка, именовање стечајног уравника, питања у вези са реорганизацијом стечајног дужника и деобе стечајне масе.¹⁷ Неспорно је да питања која су

12 Ian F. Fletcher, *Insolvency in Private International Law, National and International Approaches*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1999, стр. 83. Више о стечајним начелима вид. у М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 557–558.

13 Вид. Гордана Илић-Попов, Небојша Јовановић, Јован Јовановић (уредници), *Приручник за стечајне управнике*, Агенција за лиценцирање стечајних управника, Intermex, Београд, 2006, стр. 145.

14 *Ibid.*, стр. 158.

15 *Ibid.*, стр. 185.

16 Вид. више у V. Lazić, *нав. дело*, стр. 11.

17 Вид. Закон о стечају, чл. 18. Вид. и V. Lazić, *нав. дело*, стр. 154.

у искључивој надлежности стечајног суда нису арбитрабилна. Међутим, то не значи аутоматски да су сва питања у вези са стечајем која нису у искључивој надлежности стечајног суда арбитрабилна. Питање основа и висине оспореног потраживања не спадају у надлежност стечајног суда, али су у вези са стечајем због чега Закон о стечају предвиђа упућивање на парницу ради утврђивања оспореног потраживања (не помињући упућивање на арбитражни поступак).

3. Подобност за расправљање одређених, повезаних питања из стечајног поступка у оквиру засебног арбитражног поступка

Процесна раздвојеност решавања одређених повезаних правних питања у оквиру стечајног поступка такође може послужити као основ за диференцирање арбитрабилних и неарбитрабилних ствари (услед постојања, односно непостојања искључиве надлежности стечајног суда). Наиме, као наставак претходне расправе о појму арбитрабилности и разликовања правих од неправих стечајних ствари, нужно је увести још једну, процесну одредницу која може помоћи у дефинисању подобности за расправљање одређених питања пред арбитражним већем.

Посматрајући разликовање које наводе страни аутори и решења у упоредном праву,¹⁸ постоји низ питања која се могу сматрати арбитрабилним у току стечајног поступка. Имајући у виду да стечајни суд, услед широког круга питања која мора решити у току поступка, одређена спорна питања мора да остави ван домашаја своје искључиве надлежности и повери их другом суду на решавање (најчешће у оквиру парничног поступка), може се претпоставити да тај круг питања уз постојање пуноважне арбитражне клаузуле може решавати арбитража.

Претпоставке и решења на којима се заснива Закон о стечају, посебно имајући у виду одредбе о надлежности, такође подржавају овакво тумачење у српском праву. Повезани спорови који се тичу висине и основа потраживања повериоца (у случајевима у којима је повериоцу оспорено пријављено потраживање), иако блиско везани за стечајни поступак нису резервисани за искључиву надлежност стечајног суда. Одредбе Закона о стечају пружају два основа за овакво тумачење – првенствено, поверилац чије је потраживање оспорено упућује се на парницу ради утврђивања оспореног потраживања,¹⁹ док је само спровођење стечајног поступка (не и утврђивање спорне висине и/или основа) поверено у искључиву надлежност стечајног суда.²⁰ У случајевима у којима је у

18 F. Mantilla Serrano, *нав. дело*, стр. 69–70.

19 Вид. Закон о стечају, чл. 117, ст. 1.

20 Вид. Закон о стечају, чл. 6, ст. 1.

питању основ који је у редовном току ствари арбитрабилан (спор око имовинских права којима странке могу слободно да располажу), при чему су поверилац и стечајни дужник пре отварања стечаја закључили пуноважан споразум о арбитражи или уговорили арбитражну клаузулу, Закон о стечају не прави препреку утврђивања основа и висине потраживања повериоца у оквиру арбитражног поступка.²¹

Чињеница да се по изричитом слову закона поверилац *ујућује* да своје потраживање докаже у одвојеном парничном поступку јасна је индикација да нема атракције надлежности код стечајног судије и да ова питања могу и треба да буду одлучена у посебном поступку.²² Додатно, ни за такав поступак у којем се висина и основ потраживања имају доказивати није предвиђена искључива надлежност парничног суда.²³ Имајући у виду да је данас арбитражно решавање спора општеприхваћена алтернатива парничном поступку, у ситуацијама у којима међу странкама на снази постоји валидан арбитражни споразум који обухвата потраживања која су оспорена у стечајном поступку, арбитрабилност не би требало да представља препреку за арбитражно веће да донесе одлуку о конкретном питању и утврди основ и висину повериоцевог потраживања.

Самим тим, што је у наведеном контексту и битније за самог повериоца, стечајни судија би требало да прихвати коначну арбитражну одлуку као основ за исправку коначне листе потраживања. Претходно је опавдано, имајући у виду да поверилац који докаже своје потраживање има право да тражи исправљање те листе,²⁴ без обзира на то што Закон о стечају не наводи експлицитно арбитражу као начин решавања питања оспореног потраживања.

21 Тако и М. Станивуковић, *нав. дело*, стр. 110.

22 Треба имати у виду да је питање арбитрабилности поступка за утврђивање висине потраживања и правног основа у одређеним законима земаља из региона уређено на изричит начин. Примера ради, у чл. 179 хрватског Стечајног закона предвиђено је да ако је у време отварања стечајног поступка већ покренут парнични поступак о потраживању пред судом или *арбитражом*, поступак ради утврђивања потраживања наставља се преузимањем спора, по предлогу повериоца чије је потраживање у стечајном поступку оспорено. Из претходног се може закључити да се о овим питањима може одлучивати и у арбитражном поступку. Вид. хрватски Стечајни закон (*Народне новине*, бр. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12 и 133/12), чл. 179.

23 Закон о стечају не предвиђа ни експлицитно нити имплицитно да се упућивање на парницу мора сматрати као нужно једини поступак у којем поверилац може утврдити основ сопственог потраживања. Претходно је посебно релевантно из перспективе извршивости арбитражне одлуке у редовном току ствари и чињенице да Закон о арбитражи у чл. 64, ст. 1 предвиђа да домаћа арбитражна одлука има снагу домаће правноснажне судске одлуке и извршава се у складу са одредбама закона који уређује извршни поступак.

24 Вид. Закон о стечају, чл. 116, ст. 7.

Наведено разликовање арбитрабилних од неарбитрабилних питања посебно би било целисходно применити када је између повериоца и стечајног дужника арбитражни поступак већ био у току у тренутку отварања стечаја (поводом потраживања које поверилац пријављује у стечајном поступку) и када се пред арбитражним већем о основу и висини потраживања већ расправљало. У тим ситуацијама начела економичности и ефикасности налажу да стечајни суд прихвати одлуку арбитраже (само као одлуку којом се утврђују висина и основ потраживања, не и захтев за исплату), за коју су већ предујмљени трошкови. С једне стране, арбитражно веће које је већ упознато са свим околностима случаја је у бољој позицији јер у краћем року и уз мање трошкове може да донесе одлуку о висини и основу потраживања, него парнични судија који би морао ући у меритум спора од самог почетка. При том, треба имати у виду да судија поступа истовремено у великом броју парничних поступака, за разлику од арбитражног већа које најчешће решава само један спор. Стога, брже одлучивање о основу и висини оспореног потраживања омогућава ефикаснију финализацију коначне листе утврђених потраживања у стечајном поступку. Произлази да арбитражни поступак треба сматрати не само поступком у којем странке могу да утврде спорни основ и/или износ потраживања (у потпуности у складу са законом), него и као помоћ поступајућем стечајном судији да поступак колективног намирења осталих поверилаца спроведе што ефикасније и правичније, уз заштиту свих необезбеђених поверилаца.

III Утицај отварања стечаја на арбитражне поступке у земљи и иностранству

Чињеница да је над једном од страна у арбитражном поступку дошло до отварања стечаја сасвим извесно представља одлучујући фактор у одређивању круга арбитрабилних и неарбитрабилних питања у поступку пред арбитражом. Идеја дефинисања оквирног круга питања која су у вези са стечајним поступком а која могу да буду предмет поступања арбитраже, има за циљ да понуди основ разграничења и препоруку за поступање како националних стечајних судова тако и арбитража са седиштем у Републици Србији. Међутим, увођењем основа за одвајање арбитрабилних од неарбитрабилних ствари нису решена сва питања која се тичу интеракције стечаја и арбитраже.

Процесне последице покретања стечајног поступка на арбитражни поступак који је у току нису изричито предвиђене ни унутрашњим законима ни ратификованим међународним уговорима из арбитражног

права. Без обзира на то, не може се порећи да динамика тока поступка пред стечајним судом и арбитражним већем, када случај доводи до преплитања ових механизма, отвара неколико занимљивих процесних питања.

1. Процесне последице отварања стечаја на арбитражне поступке у земљи

У Закону о стечају предвиђена је обавеза прекида свих судских, пореских и управних поступака који се односе на имовину стечајног дужника, даном отварања стечајног поступка.²⁵ С те стране, несумњиво је да је интенција законодавца била да се поступци пред различитим државним органима Републике Србије од утицаја на износ стечајне масе, привремено прекину, са могућношћу да касније буду настављени. Процесна логика стечајног поступка подразумева обједињење исплате потраживања из стечајне масе пред стечајним судом, на начин којим се најбоље штите интереси поверилаца. У том смислу, сваки захтев за исплату који би се односио на имовину која улази у стечајну масу нужно би морао да буде одобрен од стране стечајног суда.

Неспорно је да спровођење наплате потраживања повериоцима из стечајне масе никако не може бити предмет арбитражног поступка, међутим остаје неразјашњено у светлу Закона о стечају на који начин отварање стечаја процесно утиче на ток арбитражног поступка. Услед процесног разликовања улога у арбитражном поступку, па самим тим и потенцијалних последица у стечајном поступку, разликоваћемо ситуацију у којој тужилац постаје стечајни дужник од случајева у којима се стечај отвара над привредним друштвом које је тужена страна у арбитражи.

а) Отварање стечаја над тужиоцем у арбитражном поступку

Уколико се поступак стечаја отвори над привредним друштвом које је тужилац у арбитражном поступку, сврисходно је прекинути поступак пред арбитражом до тренутка када стечајни управник не обавести надлежну арбитражу да преузима спор и да се поступак наставља.²⁶ Наиме, даном отварања стечаја престају сва заступничка и управљачка

25 Вид. Закон о стечају, чл. 88, ст. 1.

26 Овакав приступ у тумачењу произлази из аналогије са чл. 89 ст. 1 Закона о стечају којим је предвиђено да се поступак у којем се стечајни дужник налазио у улози тужиоца односно предлагача наставља тек онда када стечајни управник обавести суд пред којим се води поступак да је преузео поступак.

права директора, заступника и пуномоћника, као и органа управљања и надзорних органа стечајног дужника и та права прелазе на стечајног управника.²⁷ Стога, процесна економија арбитражног поступка налаже да се поступак настави тек када стечајни управник о томе обавести арбитражно веће, а након упознавања са свим аспектима и детаљима спора.

Под претпоставком да стечајни управник савесно обавља своју функцију, одлука да се поступак настави заснивала би се не само на детаљној анализи свих околности случаја, већ и износа уложених трошкова, могућностима за успех у спору и последично увећање стечајне масе након окончања поступка. Одговорност је стечајног управника утолико већа јер је очување једнакости поверилаца као једног од основних начела од суштинске важности за адекватно спровођење стечајног поступка. Наравно, за очекивати је да и супротна страна у поступку као и арбитражно веће учествују у активној комуникацији са тужиоцем који је пао под стечај и у том смислу олакшају стечајном управнику да се упозна са спором како би у интересу обе стране поступак био окончан у што краћем року. Ефикасно решавање започетог арбитражног спора стога може представљати, уз све погодности које арбитража подразумева у поступку наплате потраживања и извршења одлуке, олакшање и помоћ у бољем и економичнијем спровођењу стечајног поступка када је у питању отварање стечаја над страном која се пред арбитражом јавља у својству тужиоца.

б) Отварање стечаја над туженом страном у арбитражном процесу

Проблеми који настају након отварања стечаја над страном која је у арбитражном поступку тужена у одређеном смислу се разликују од претходно објашњеног сценарија, иако Закон о стечају не предвиђа изричито никакве процесне последице ни у овом случају. Стојимо на становишту да би и у овој ситуацији на предлог једне од страна у арбитражи било целисходно прекинути поступак, у случају када се тужбени захтев односи на имовину стечајног дужника која улази у стечајну масу, имајући у виду да арбитража тренутком отварања стечајног поступка није више надлежна да донесе одлуку којом обавезује туженог (стечајног

27 Вид. Закон о стечају, чл. 74. Иако чл. 88 и 89 Закона о стечају није предвиђена процесна последица прекида и настављања арбитражног поступка, у случајевима у којима сва управљачка права прелазе на стечајног управника, без његове сагласности поступак пред арбитражом не би могао бити спроведен. С друге стране, у чл. 95 Стечајног закона Хрватске предвиђено је да стечајни управник преузима све парнице и *арбитражне процесне* који су били у току у тренутку отварања стечаја а односе се на имовину која улази у стечајну масу.

дужника) на исплату потраживања.²⁸ Оваква одлука лежи искључиво у рукама стечајног судије.²⁹

Несумњиво је да отварањем стечајног поступка над туженом страном, тужилац у арбитражном поступку постаје фактички поверилац који своје потраживање мора пријавити у року који прописује закон како би уопште могао да остварује било какво право у оквиру стечајног поступка. С друге стране, чињеница је такође да одређена питања, и поред покретања стечајног поступка, настављају да буду арбитрабилна, па би било целисходно тумачити да прекид арбитражног поступка не треба да означава и фактичку обуставу истог. Наиме, као што је наведено у претходном делу овог рада, питање утврђивања основа и висине оспореног потраживања подобно је да буде решено и пред арбитражом, уколико између страна постоји валидан арбитражни споразум. Штавише, било би целисходно и економично упутити стечајног повериоца, чије је потраживање оспорено, да свој захтев остварује у оквиру већ започетог а прекинутог арбитражног поступка. Претходно због тога што је арбитражно веће не само добро упознато са меритумом спора чији су трошкови предујмљени, већ и због чињенице да арбитражно веће није претрпано другим поступцима који могу да успоре доношење одлуке о оспореном потраживању.

Разлика коју је нужно направити из чисто процесних разлога лежи у природи захтева коју тужилац (стечајни поверилац) поставља пред арбитражно веће. Наиме, уместо раније обавезујућег захтева за исплату (против туженог који је пао под стечај), тужилац има интерес да настави поступак пред арбитражом са захтевом да се одлука арбитраже односи искључиво на основ и висину потраживања. На овај начин, спорно питање би било очувано као арбитрабилно, искористила би се предност арбитражног решавања спора у смислу ефикасности и економичности а стечајни судија не би погоршао позицију тужиоца (стечајног повериоца) који је претходно уложио значајан труд и средства у вођење арбитражног поступка.

28 У скорашњој делимичној одлуци арбитражног већа Међународне трговинске коморе из Париза чије је седиште било у Београду, арбитража је одлучила да не прекине поступак иако је над туженим привредним друштвом са седиштем у Београду отворен стечај. Поред врло јасног навођења Закона о стечају који такву обавезу не предвиђа када су у случају арбитражни поступци, арбитражно веће је посебну пажњу обратило на чињеницу да се конкретан захтев тужиоца не односи на непокретну имовину која је улазила у оквир стечајне масе. Самим тим, арбитражно веће је на врло вешт начин успело да очува интегритет арбитражног поступка и процесно настави са одлучивањем о постављеном тужбеном захтеву ослањајући се, с једне стране, на изричит текст Закона о стечају, а с друге стране на чињеницу да имовина која је предмет тужбеног захтева, заправо, не улази у оквир стечајне масе. Вид. делимичну одлуку арбитраже *ICC award no. 18317/GZ/MHM* (необјављено).

29 Вид. Закон о стечају, чл. 6.

2. Последице отварања стечаја на поступке који се воде у иностранству

Отварање стечајног поступка над привредним друштвом са седиштем у Србији, а које је једна од страна у арбитражном поступку од пресудног је утицаја не само за поступке који се одвијају пред арбитражама са седиштем у Србији већ и иностранству. Проблем који настаје за арбитражно веће своди се на чињеницу да ни у оваквој ситуацији, Закон о стечају не пружа јасна упутства нити процесне механизме које арбитража може да примени. Иако остајемо при томе да би прекид поступка био доследно поступање и у овом случају, проблем примене одредаба Закона о стечају у оквиру арбитражног поступка у иностранству остаје отворено питање.

Несумњиво је да би суд одбио признање стране арбитражне одлуке чије би извршење морало бити спроведено на имовини стечајног дужника.³⁰ Међутим, спорно је на који начин арбитража, чије се седиште налази у иностранству, одлучује о вођењу поступка након што је једна од страна пала под стечај. У том случају, замисливо је да тужилац, и након што тужена страна падне под стечај, има интерес да настави са поступком и добије арбитражну одлуку како би покушао извршење на имовини стечајног дужника која се не налази ван територије Републике Србије.

Закон о стечају дефинише стечајну масу као целокупну имовину стечајног дужника у земљи и иностранству на дан отварања стечајног поступка, као и имовину коју стечајни дужник стекне током стечајног поступка.³¹ Ефекат стечаја, међутим, у прекограничном смислу, изгледа да остаје без много практичних ефеката. Све и када би Закон о стечају предвиђао прекид поступка пред арбитражом, може се поставити легитимно питање да ли постоји обавеза арбитраже чије се седиште налази у иностранству да аутоматски прекине поступак.³²

30 Претходно је јасно у контексту изнете расправе о неарбитрабилности питања која се налазе у искључивој надлежности судова Републике Србије. Суд ће одбити признање стране арбитражне одлуке услед тога што је арбитража одлучивала о предмету спора који није арбитрабилан у складу са чл. 66 Закона о арбитражи.

31 Вид. Закон о стечају, чл. 101.

32 Чак и у случајевима преговарања и писања члана 20 УНЦИТРАЛ Модел закона о прекограничном стечају (*UNCITRAL Model Law On Cross-Border Insolvency*), напомиње се да је питање аутоматског прекида које предвиђа национални закон о стечају питање које не мора нужно да производи последице за арбитражне поступке који се воде у иностранству и чији *lex arbitri* може предвиђати другачија правила о интеракцији између покренутог стечајног поступка и арбитраже. Вид. *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency*, New York, 2005, стр. 84–86.

С тим у вези, остаје неразјашњено на који начин би одредбе о међународном стечају имале ефекта, уколико би се поступак стечаја који се води пред надлежним судом у Србији покушао признати у иностранству. Без обзира што суд или стечајни управник могу затражити помоћ у страни држави у вези са стечајним поступком који се у Републици Србији води у складу са одредбама Закона о стечају,³³ ефекат који би страно право дало оваквом захтеву у највећој мери зависи од става меродавног права земље у којој се тражи помоћ. Самим тим, остаје као неразјашњен процесни несклад у ефектима стечаја који је отворен над привредним друштвом у Србији на арбитражне поступке у којима то лице учествује у иностранству и могућностима за извршење таквих арбитражних одлука над имовином стечајног дужника која се налази у иностранству. Како ово питање суштински више дотиче материју признања и извршења страних арбитражних одлука у трећим земљама када је арбитража наставила да одлучује и поред отвореног стечајног поступка, аутори свесно остављају ову материју ван граница питања која су у фокусу овог рада.

IV Завршна разматрања

Отварање стечајног поступка, врло симболично, отвара и низ процесних и материјалних правних питања када је стечајем погођено привредно друштво које је означено као страна у арбитражном поступку. На основу претходне анализе намеће се следећи закључак: арбитрабилност и процесне последице отварања стечаја основна су питања без којих се не може сагледати однос стечаја и арбитраже.

Извесно је да позитивно право Републике Србије не даје директна решења. Међутим, пажљивом анализом Закона о стечају и Закона о арбитражи, посебно имајући у виду упоредну праксу и доктрину, могуће је пронаћи путоказе за поступање уз очување основних начела стечајног и арбитражног поступка.

На првом месту, неарбитрабилност није санкција која погађа сва правна питања која су у било каквој вези са потраживањима према стечајном дужнику, већ само она за која је резервисана искључива надлежност стечајног суда. Целисходност и економичност налажу да стечајни суд, и поред атракције надлежности, одређена питања као што су висина и основ оспореног потраживања стечајног повериоца поверава парничном суду. Мишљења смо да у оваквим ситуацијама повериоцу треба дозволити да висину и основ потраживања доказује у оквиру арбитражног поступка који отпочео пре отварања стечаја, те да би се ова-

33 Вид. Закон о стечају, чл. 174.

какав утврђујући захтев у арбитражи имао сматрати арбитрабилним. Претходно тумачење било би у складу не само са духом Закона о арбитражи и Закона о стечају, већ и постојећом праксом судова и арбитража у Европи. Домаћа судска пракса тек треба да укаже на правац у којем ће се интерпретација релевантних одредби Закона о стечају кретати.

Такође, иако Закон о стечају не предвиђа процесне последице отварања стечаја на арбитражни поступак који је у току, било би сврсисходно тумачити да се правило о прекиду судских поступака у којима се стечајни дужник јавља у улози тужиоца или туженог аналогно примењује и на ову ситуацију. Аналогна примена правила о прекиду посебно је оправдана када се стечај отвара над привредним друштвом које је у арбитражи означено као тужилац. У том смислу, стечајном управнику треба дати прилику да се у разумном времену упозна са поступцима који су у току и одабере оне у којима има смисла настављати даље процесне радње. Ти поступци сасвим сигурно могу и треба да обухватају било који арбитражни поступак који је у тренутку отварања стечаја био започет. На арбитражном већу је да се уз проактиван приступ прилагоди специфичностима случаја, водећи рачуна о интересима обе стране и интегритету арбитражног поступка, док стечајни управник треба да процени да ли треба наставити поступак пред арбитражом и да ли постоји могућност да стечајна маса након завршетка поступка буде увећана.

На крају, стечајни судија би требао да допусти вођење арбитражног поступка за утврђивање висине и основа потраживања које је оспорено стечајном повериоцу (тужиоцу у арбитражи) након уредног пријављивања. Самим тим према природи ствари било би очекивано да стечајни суд прихвати одлуку арбитражног већа којом су утврђени основ и тачан износ потраживања. Разлози за претходно тумачење ослањају се како на ефикасност у поступању (када је арбитража почела са одлучивањем пре отварања стечаја), тако и на правну природу домаће арбитражне одлуке која је у свему изједначена са правноснажном и извршном пресудом суда. Ако се, при том, узме у обзир једностепеност арбитраже, као и чињеница да незадовољна страна може тражити поништај по доношењу арбитражне одлуке из веома ограниченог броја разлога, извесно је да ће утврђивање оспореног износа и основа потраживања стечајног повериоца бити решено ефикасније, брже и целовитије ван оквира редовног парничног поступка.

Uroš ŽIVKOVIĆ, M.A.

Junior Faculty Member at the Faculty of Law, University of Belgrade

Jelena LEPETIĆ, M.A.

Junior Faculty Member at the Faculty of Law, University of Belgrade

EFFECTS OF BANKRUPTCY UPON ARBITRAL PROCEEDINGS IN THE SERBIAN LAW

Summary

Opening of bankruptcy proceedings over one of the parties to the pending arbitration opens up numerous practical problems that remain unresolved within the current framework of Serbian legislation. Bearing in mind that key procedural aspects of the possible interaction between these diverging proceedings are not explicitly covered by the applicable statutes, the existing international and comparative practice as well as doctrinal writings on the topic have shaped the motivation of the authors to address selected issues in this troublesome relationship between the bankruptcy and arbitration from the standpoint of Serbian law. The analysis of the issues covered – from the perspective of applicable Serbian Bankruptcy and Arbitration Acts – includes delineation of the notion of arbitrability, possibilities of parallel bankruptcy and arbitration proceedings and procedural gaps that may appear or already exist in the context of insolvent party acting as either a claimant or respondent in arbitration. The paper concludes with summarization of vital problems and their precise identification while addressing possible solutions that would be in line with the applicable laws in the Republic of Serbia.

Key words: *bankruptcy proceedings, arbitration, arbitrability, stay of proceedings.*