

Др Мирослав ПАУНОВИЋ
адвокат у Београду

ИСПИТИВАЊЕ НАДЛЕЖНОСТИ *EX OFFICIO* ОД СТРАНЕ АРБИТРАЖНОГ СУДА У МЕЂУНАРОДНОЈ ТРГОВАЧКОЈ АРБИТРАЖИ

Резиме

У праву међународне трговинске арбитраже разматра се питање да ли арбитража треба да испитује своју надлежност да одлучује у спору који је изнет пред њу по својој иницијативи или само ако странке изјаве неки од могућих приговора на постојање, ваљаност и обухват арбитражног споразума, на арбитрабилност спора.

*У раду се заузима став да арбитража треба сама да води рачуна о својој надлежности односно да постоје разлози о којима арбитража мора да одлучи *ex officio*. Арбитража мора да испита пре свега оне разлоге чије би постојање довело до поништаја или одбијања признања и извршења одлуке у поступку пред државним судом, а о којима суд води рачуна по службеној дужности (арбитрабилност спора, дејства одлуке противна јавном поретку). Када у арбитражном поступку не учествује тужена страна, арбитражи имају дужност да, поред ових разлога, испитају и да ли постоји и да ли је ваљан арбитражни споразум који предвиђа њихову надлежност.*

Кључне речи: *арбитража, арбитражни суд, арбитражни споразум, надлежност арбитраже, приговор ненадлежности, арбитрабилност спора, аутономија арбитражног споразума, сепарабилитет, начело *competenz-competenz*.*

I Основ и особености надлежности арбитраже

Питање надлежности се у међународној трговачкој арбитражи поставља на друкчији начин у односу на редовну парницу; може се рећи да је питање надлежности у арбитражи нешто сложеније и обухвата и теме које код судова у тој материји не морају да се разматрају (суд испитује само да ли постоје чињенице које је законодавац прописао као услов за за-

снивање његове надлежности, док арбитража треба, по својој иницијативи или по приговору странака, да узме у обзир много више околности од којих зависи њена надлежност).¹

Основ надлежности арбитраже је споразум странака.² Арбитражним споразумом странке изузимају из надлежности државних судова своје настале или будуће спорове из одређених пословних односа. Из овога произилази да у погледу надлежности арбитраже треба размотрити питање постојања, ваљаности и обухвата арбитражног споразума странка, јер од одговора на ово питање зависи да ли постоји основ за изузимање одређеног спора из надлежности судова односно да ли је арбитражни поступак инициран пред надлежном арбитражом. Поред тога, када је у питању надлежност, говори се и о арбитрабилности спора односно о његовој подобности да буде решен пред арбитражом.³ Ограничења у погледу арбитрабилности могу постојати у држави седишта арбитраже или бити предвиђена по праву меродавном за решење спора.

Да би био пуноважан, арбитражни споразум мора да испуни више услова, и то у погледу особености страна које га закључују и њихове воље, његовог садржаја односно предмета, као и форме у којој је сачињен.

За пуноважност арбитражног споразума најпре морају да буду испуњени услови у погледу лица која могу да буду стране у овом споразуму (арбитрабилност или надлежност *ratione personae*). Стране морају да су јасно одређене и да имају способност да закључе арбитражни споразум.⁴ Свако физичко и правно лице у начелу може да уговори арбитражу, с тим што се у арбитражним прописима, да би се избегли неспоразуми, понекад прецизира да и правна лица јавног права генерално имају способност да закључе арбитражни споразум.⁵ У неким правним системима тра-

1 Гаши Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2009, 69.

2 Закон о арбитражи Србије – ЗОА, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, у чл. 27 ово јасно дефинише: Арбитражни суд може да решава само о питањима која су му поверена арбитражним споразумом. ЗОА је, иначе, сачињен по *UNCITRAL*-овом Модел закону о арбитражи, чија су решења преузеле и многе друге земље. Отуда се, цитирањем одредби српског ЗОА, указује на преовлађујућа законска решења у свету.

3 ЗОА ово правило формулише тако што одређује да „споразум о арбитражи не производи дејства у одосу на решавање спора који није подобан за арбитражу” (чл. 10 ст. 2).

4 Ово правило српски ЗОА изражава једноставном формулацијом која тражи да странке морају имати потребна својства и способност за закључење арбитражног споразума, а да је у супротном споразум ништав (чл. 10 ст. 1 тач. 3).

5 Тако се по ЗОА најпре одређује да свако физички и правно лице може да уговори арбитражно решавање спорова, па се, затим, прецизира да и држава, или јавно предузеће могу за-

жи се и једнак третман странака у погледу права на именовање арбитрара и испуњење и неких додатних услова.

Арбитражни споразум мора бити закључен слободно израженом вољом страна – ништав је споразум, као и сваки други уговор, који је закључен под утицајем претње, преваре, принуде или заблуде.⁶

Спор који странке намеравају да изнесу пред арбитражу коју предвиђају арбитражним споразумом мора бити из тачно одређеног правног односа.⁷ Он може потицати из уговора, али и из деликта, може се односити на будуће спорове, као и на већ настале спорове. Дакле, предмет арбитражног споразума не могу бити сви односи између два или више лица односно евентуални спорови између лица одређени на општи начин, већ се мора дефинисати конкретан правни однос из кога је спор проистекао, а посебно је потребно тачно означити могући будући спорни однос, односно спор до кога тек може доћи.

У погледу арбитрабилности *ratione materiae* у српском праву је потребно да се ради о имовинском спору о правима којима странке слободно располажу.⁸ У арбитражним правилницима арбитражних институција такође се прецизирају спорови, према материји, који могу решавати под њиховм окриљем.⁹

кључити арбитражни споразум односно бити странка у арбитражном поступку (чл. 5 ст. 2). Ово је и решење из Европске конвенције о међународној трговинској арбитражи (Уредба о ратификацији, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 12/63), чл. II ст. 1.

6 ЗОА, чл. 10 ст. 2 тач. 4.

7 ЗОА, чл. 9 ст. 1.

8 ЗОА, чл. 5 ст. 1.

9 Тако се по Арбитражном правилнику Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије (Правилник СТА) пред ову Арбитражу могу износити спорови из „међународних пословних односа” (чл. 7). Треба водити рачуна да је по Закону о привредним коморама, *Службени гласник РС*, бр. 112/2015, дошло до спајања ранијег Избраног суда (Арбитраже) при ПКС и Спољнотрговинске арбитраже у једну институцију (чл. 31 и чл. 51 ст. 1 и 2), али да правилник те нове институције још није донет. ЗОА се примењује на арбитражу и арбитражни поступак када је место арбитраже у Србији (чл. 2 ст. 1), с тим да странке могу да „друкчије предвиде када је у питању међународна арбитража”, уз додатак да странке не могу искључити одредбе Закона које се „морају поштовати” када је место арбитраже у Србији односно да постоје одредбе које странке не могу искључити (чл. 2 ст. 2 и 3). У чл. 3 ЗОА прецизира да је међународна арбитража она која „за предмет има спорове из међународних пословних односа, а нарочито ако странке имају пословна седишта (редовна боравишта) у различитим државама, ако се ван ових места налази место арбитраже, место у коме треба да се изврши битан део обавеза из пословног односа или место с којим је предмет спора најуже повезан или ако су се странке изричито саме споразумеле да је предмет арбитражног споразума везан за више држава.

Поред тога, за спор не може бити одређена искључива судска надлежност.¹⁰

Но, појам објективне арбитрабилности има још једну страну, која није директно уређена одредбама прописа које се односе на арбитрабилност, али произилази из општих правних начела поштења и савесности, те о пословању у доброј вери. Наиме, сматра се да одређени, тзв. „илегални” спорови не могу бити разматрани од стране арбитраже. Овде се не ради о томе да се подобност цени по томе да ли се ради о имовинском спору о правима којима странке могу слободно да располажу или о спору који је резервисан искључиво за државне судове, већ о томе да одређени спорови, по својој природи, не могу да буду изнети пред арбитра, односно да арбитра морају одбити да о њима расправљају. То су, на пример, спорови из пословних односа повезаних са корупцијом,¹¹ као из односа којима стране настоје да изиграју право односно законске обавезе у разним областима.¹² Постоји више механизма којима арбитражни суд може у конкретној ситуацији да избегне да одлучује у оваквим стварима (на

-
- 10 На пример, спорови из стварних права на непокретностима изузети су из надлежности арбитража. У теорији и пракси се ово питање искључиве судске надлежности нашироко расправља – на пример, већинско је мишљење да нису арбитрабилни спорови у којима треба применити правила о конкуренцији, спорови поводом права интелектуалне својине (спорови који се односе на настанак и престанак права и али не и спорови који се односе на експлоатацију права), спорови у вези са стечајем, одређени спорови из односа акционара код акционарских друштава (спорови у којима се побија одлука скупштине друштва, и др.) итд.
 - 11 Борба против корупције је предмет више међународних конвенција (Конвенција *OECD* о борби против корупције страних представника у међународним трговачким трансакцијама; Кривична конвенција о корупцији Савета Европе – Закон о ратификацији, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 2/2002; Конвенција ОУН против корупције – Закон о ратификацији, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 12/2005). Корупција је у овим уговорима дефинисана врло детаљно и обухвата и облике који не значе само давање односно примање мита (на пример, трговина утицајем сада се сматра обликом коруптивне праксе). На основу конвенција, у међународним пословним односима, те у судској и арбитражној пракси развијен је механизам препознавања коруптивне праксе преко тзв. индикатора (на пример, уговарање тзв. консултантских услуга и услуга посредовања уз велике провизије односно накнаде, исплате провизије унапред, пре извршења услуга, недовољно јасно одређивање обавеза уговорних страна односно одређивање обавеза на уопштен начин и низ других). Теорија и пракса су се изјашњавале и о питањима степена доказивања корупције, односно да ли је, на пример, потребно доказати и сам чин давања или примања мита од стране функционера у јавном сектору ради обезбеђења одређеног посла, или је довољно да странка предочи арбитражном суду да постоје индиције које указују на корупцију.
 - 12 Као примери ових послова, као типични, наводе се послови којима стране настоје да избегну обавезе плаћања пореза, или да изиграју прописе о забрани прања новца, да прикрију недовољену трговину оружјем односно трговину другом забрањеном робом или робом ван промета, итд.

пример, позивањем на то да је уговор из кога је потекао спор ништав, као противан јавном поретку, императивним нормама или моралу и добрим обичајима, да је уговор симулован, те, такође, ништав по том основу, итд.). Сматра се да арбитража може да одбије да решава спор чак и када је њена надлежност уговорена, ако би одлучивање у конкретним околностима било противно начелима арбитраже. Правилници неких арбитражних институција садрже упутство за поступање у оваквим ситуацијама и представљају ослонац арбитрама односно органима арбитражне институције да не прихвате одлучивање о спору.¹³

Прописи постављају и даље захтеве у погледу садржаја арбитражног споразума. Тако, одредбе споразума о начину именовања, својствима и броју арбитра морају бити у складу са императивним нормама међународног арбитражног права.¹⁴

Поред садржине, прописи одређују и форму арбитражног споразума. По преовлађујућем решењу у упоредном праву, арбитражни споразум мора бити сачињен у прописаној форми (писана форма); ништав је споразум који није сачињен у писаној форми.¹⁵

Сви ови захтеви у погледу страна у арбитражном споразуму, његове садржине и форме, дакле – у погледу његове ваљаности и обухвата, спадају у питања надлежности арбитраже у ширем смислу.

II Надлежност арбитраже да одлучује о својој надлежности

Ако о неком питању постоји једногласна сагласност теорије и праксе у међународној трговачкој арбитражи, онда је то став да је арбитража овлашћена да сама одлучује о својој надлежности. Наиме, да би се ојачала надлежност арбитраже као метода решавања спорова у међународним пословним односима, у арбитражној пракси и у модерним арбитражним прописима развијено је више техника. Централно место у тим настојањима заузима правило да је арбитражни суд овлашћен да сам одлучује о својој надлежности (принцип *kompetenz-kompetenz*, *competence-*

13 Тако Правилник СТА предвиђа да арбитража „може да одбије да решава спор и када је њена надлежност уговорена, ако арбитражни споразум или уговор о основном послу садрже одредбе које нису у складу са надлежностима и начелима арбитраже” (чл. 13).

14 Тако, на пример, по чл. 16 ст. 2 ЗОА странке могу одредити само непаран број арбитра.

15 Решење из ЗОА (чл. 10 ст. 1 тач. 2 и чл. 12). Арбитражни споразум може да буде и прећутан – када се покрене арбитражни поступак и без арбитражног споразума, а тужени не истакне приговор ненадлежности (ЗОА, чл. 12 ст. 5).

competence).¹⁶ Други метод очувања надлежности арбитраже је принцип аутономије или сепарабилитета, по коме је арбитражна клаузула независна од основног уговора и ништавост основног уговора не повлачи и ништавост самог арбитражног споразума.¹⁷ Самосталност арбитражне клаузуле је, дакле, начело по коме се одређује статус арбитражне клаузуле у односу на уговор у коме је садржана – арбитражна клаузула је посебан уговор, независан од главног уговора и њена правна ваљаност се оцењује посебно. Супротан приступ би омогућио да се споразум о арбитражи лако осујети.

III Иницијатива за оцену надлежности арбитраже

1. Покретање иницијативе за оцену надлежности арбитраже

Најчешћи начин ангажовања арбитра да приступе оцени питања своје надлежности је приговор ненадлежности који подносе странке од-

-
- 16 Ово је начело да арбитража сама одлучује о својој надлежности јасно је изражено у српском праву (ЗОА, чл. 28 ст. 1), у складу са међународном праксом (*UNCITRAL* Модел закону о арбитражи, чл. 16.1). Правилник Београдског арбитражног центра – БАЦ (Правилник БАЦ) у члану 14.1 садржи исто правило, док Правилник СТА ово правило развија: о приговору ненадлежности најпре одлучује Председништво СТА, а присутак се наставља ако овај орган утврди да у исправама које је тужилац поднео постоји арбитражни споразум који предвиђа надлежност СТА; при том се прецизира да ова одлука не прејудуцира коначну одлуку арбитражног већа или арбитра појединца о надлежности арбитраже (чл. 11). Овакво решење као у Правилнику СТА у основи је садржано и у Арбитражном правилнику Међународне трговинске коморе (Правилник МТК) у чл. 6 ст. 3, 4 и 5, као и у Швајцарским правилима међународне арбитраже, који изричито каже да арбитражни суд има право да одлучи о свим приговорима ненадлежности „као и о приговорима непостојања или неважности арбитражне клаузуле или посебног арбитражног споразума” (чл. 21 ст. 1).
- 17 Ово начело (да се споразум о арбитражи закључен као арбитражна клаузула приликом одлучивања о приговору о постојању и пуноважности споразума о арбитражи, сматра независном од осталих одредби уговора, те да одлука арбитражног суда о проглашењу ништавим уговора који садржи арбитражну клаузулу не повлачи ништавост те клаузуле) налази се, упрво тако формулисно, у ЗОА (чл. 28 ст. 2 и 3). Начело сепарабилитета преточено је и у арбитражне правилнике – тако у *UNCITRAL*-овом Правилнику за *ad hoc* арбитраже стоји да је арбитражни споразум независан од осталих одредби уговора, те да одлука арбитражног суда којом утврђује ништавост уговора не повлачи аутоматски и ништавост арбитражне клаузуле (чл. 23 ст. 1). По Правилнику СТА такође се предвиђа да ништавост или непостојање основног уговора не повлачи са собом ништавост арбитражног споразума (чл. 10). У Швајцарским правилима међународне арбитраже такође је поновљено правило о аутономији арбитражне клаузуле, с тим што се додаје да арбитражно веће може да утврди ваљаност и постојање основног уговора (чл. 21 ст. 2). Док су у *UNCITRAL* Модел закону о арбитражи обе доктрине уређене у истој одредби, што следе и закони израђени по овом моделу (ЗОА, чл. 28 ст. 2 и 3), дотле неки закони ово питање сепарабилитета уређују у одвојеним одредбама – на пример, Закон о арбитражи Енглеске уређује оба начела у чл. 7 и 30, а Закон о међународном приватном праву Швајцарске у чл. 178(3) и 186.

носно, по природи ствари, тужени против кога је инициран арбитражни поступак. Приговор ненадлежности може се поднети поводом широког спектра питања – приговором се могу оспорити постојање и пуноважност абритражног споразума, способност странке која тужи или која је тужена да буде страна у арбитражном споразуму, као и подобност спора да буде разматран на арбитражи (из више разлога). Приговор нендлежности може се односити и на то да спорно питање није обухваћено арбитражним спорзумом, да су основни уговор или арбитражни споразум односно тужбени захтев противни начелима арбитраже, као и на то да није испуњена прописана форма арбитражног споразума. Приговор ненадлежности арбитраже мора бити изнет благовремено, по правилу пре упуштања у расправљање о суштини спора, о главној ствари.¹⁸

Но, питање иницијативе за разматрање ненадлежности ни издалека није тако једноставно односно не своди се само на приговоре које може изнети тужена страна. Наиме, питање надлежности арбитраже је сложеније и разматрања ове теме се гранају у два правца. Најпре, поставља се питање да ли арбитража треба да разматра питање своје надлежности по својој иницијативи, *ex officio*, да ли је то дужна да чини у свакој ситуацији, или само у неким околностима и којим, или арбитраи то питање стављају на свој дневни ред тек, само и ако приговор ненадлежности изнесе тужена страна у спору. Поставља се и питање да ли арбитраи, код става да *sua sponte* треба да оцењују своју надлежност, то треба да чине у погледу свих њених аспеката или само неких и којих. Даља разматрања обухватају сва ова питања, али у посебној ситуацији – када једна од страна (тужени, по правилу) не учествује у спору.

18 По ЗОА, приговор да арбитражни суд није надлежан тужени мора да поднесе најкасније кад и одговор на тужбу (чл. 28 ст. 1). Правилник СТА садржи исто решење (чл. 15.1). Правилник БАЦ прецизира да се приговор ненадлежности може истаћи најкасније у првом поднеску, а ако нема поднеска, најкасније на првом рочишту након подношења тужбе (чл. 14.2). И по Швајцарским правилима међународне арбитраже приговор ненадлежности мора да се изјави најкасније у одговору на тужбу (чл. 21 ст. 3). Противно неким мишљењима да се питање надлежности не поставља када обе странке учествују у именовану арбитражног суда тј. у конституисању арбитраже односно да странка учешћем у конституисању арбитражног суда губи право на подношење приговора ненадлежности, по ЗОА право на подношење приговора ненадлежности тужени има и када је именовао арбитра или је учествовао у његовом именовану (чл. 29 ст. 2); у овоме ЗОА следи решење из *UNCITRAL* Модел закон о арбитражи, чл. 16(2). Исто решење садржано је у законима који не следе *UNCITRAL* Модел закон о арбитражи – на пример, енглески Закон о арбитражи (чл. 31).

2. Покретање питања надлежности арбитраже када обе странке учествују у поступку

Како треба да поступи арбитражни суд када обе странке учествују у поступку и тужени не истакне приговор ненадлежности, узет у најширем смислу који произилази из специфичности надлежности арбитраже?

Почетни елемент одговора на ово питање делимично дају прописи и правилници арбитражних институција – они постављају поменуто правило да арбитража сама одлучује о својој надлежности. Међутим, врло ретко се прописи и арбитражни правилници изјашњавају о томе да ли арбитражи увек, без обзира да ли постоји приговор ненадлежности, морају да утврде да су надлежни за конкретан спор, а пре него што се упусте у одлучивање о суштини спора.¹⁹ Интересантно је да се овим питањем детаљно не бави ни теорија.

Има мишљења да се, начелно, питање надлежности не поставља када тужена страна поднесе свој одговор на тужбу или и противтужбени захтев односно када се упустити у разматрање главне ствари без приговора ненадлежности, те да арбитражи тада треба без резерве да се прихвате надлежности. Пропуст да се благовремено (пре упуштања у меритум спора) истакне приговор ненадлежности спречава странку да тај приговор изнесе касније у току арбитражног поступка или у поступку пред судом за поништај арбитражне одлуке или у поступку признања и извршења арбитражне одлуке.²⁰

Има ли изузетака од овако формулисаног правила? Одговор мора бити потврдан, јер има питања која се тичу арбитрабилности конкретног спора која су ван обухвата страначке аутономије (у смислу да странке не могу одлучивати о томе да ли ће арбитража да их узме у обир или не) односно која арбитражи морају узети у обзир чак и ако странке прихвате да она не утичу на надлежност арбитраже и не изјаве приговор ненадлежности.

19 Правилник СТА је један од ретких правилника арбитражних институција који предвиђа да арбитражи, у току целог поступка, пазе по службеној дужности да ли је њихова надлежност уговорена (чл. 14 у вези са чл. 7). У пракси се узима да ова одредба значи да арбитражни суд пазе по службеној дужности на све аспекте надлежности.

20 ЗОА, чл. 43. Правилник БАЦ ово правило формулише на сличан начин као и Закон тако што одређује да странка која сазна да није поштована нека одредба Правилника или меродавног права или услов из арбитражног споразума, а настави да учествује у поступку и не стави одмах приговор, губи право да се касније позива на то да одредбе Правилника или прописа или услов из споразума нису поштовани (чл. 10).

Питања у погледу надлежности о којима арбитража треба да одлучује *ex officio* треба, најпре, тражити полазећи од дозвољеног оквира у коме странке могу да изузму своје спорове из надлежности државе; ако конкретан спор превазилази ове оквире, надлежност не постоји и арбитражи су дужни да то утврде. Овај се став може формулисати и тако да питања о којима арбитража треба да одлучује у погледу надлежности без обзира на то да ли приговор странака постоји или не, треба тражити полазећи од сврхе арбитражног споразума односно поступка који на основу споразума треба да се одвија пред арбитражом. Сврха арбитражног поступка је да се оконча одлуком која неће бити поништена или која ће моћи да буде призната и извршена односно која ће проћи евентуално ограничено испитивање у судском поступку – било по тужби за поништај у месту доношења арбитражне одлуке или у поступку по предлогу за признање и извршење арбитражне одлуке ван јурисдикције у којој је донета. Међу разлозима за поништај арбитражне одлуке или одбијање признања и извршења арбитражне одлуке највећи број односи се заправо на надлежност арбитраже и на постојање и ваљаност арбитражног споразума, као и на арбитрабилност спора.²¹

21 У поступку судског преиспитивања арбитражне одлуке по тужби за поништај не може се преиспитивати правни и чињенични основ одлуке; разлози за поништај су формалноправне природе и деле се на оне о којим суд води рачуна по службеној дужности и на оне које странка мора изнети и доказати: (1) суд ће поништити домаћу арбитражну одлуку ако странка пружи доказе (ЗОА, чл. 58 ст. 1): да арбитражни суд није био надлежан или да је прекорачио надлежност; да арбитражни суд није био прописно састављен; да је у арбитражном поступку повређено право на одбрану; да арбитражни споразум није пуноважан по праву које су странке изабрале или по праву Србије; да се арбитражна одлука заснива на лажном исказу сведока или вештака, или да се заснива на фалсификованој исправи, или да је до одлуке дошло на основу кривичног дела арбитра (ако се ове разлози докажу правноснажном пресудом); (2) разлози за поништај домаће арбитражне одлуке на које суд пази по службеној дужности су (ЗОА, чл. 58 ст. 2): да предмет спора није арбитрабилан, и да је одлука супротна домаћем јавном поретку (под јавним поретком подразумевају се основне норме домаћег правног система, које су по правилу императивне, а које се морају заштити од утицаја страног права – по чл. 91 Закона о решавању сукоба закона са рпописима других земаља, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82, 72/82, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/95, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006) то су основе друштвеног уређења утврђене Уставом). Ни суд пред којим се постави питање признања и извршења стране арбитражне одлуке не може да испитује арбитражну одлуку у меритуму, већ само да ли постоје сметње за признање; постоје две групе сметњи за признање и извршење стране арбитражне одлуке (чл. 66 ЗОА и чл. V Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука, Закон о ратификацији, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 11/81): (1) оне сметње о којима суд води рачуна по службеној дужности (ако нађе да постоје, суд мора одбити признање): повреда српског јавног поретка (до које долази уколико би дејства стране одлуке биле противне јавном поретку), и неарбитрабилност спора; и (2) оне сметње

Дакле, арбитри морају, да би цео поступак уопште био сврсисходан, да испитају да ли постоје кључни услови за арбитражни поступак, односно да утврде да ли у основном уговору, у арбитражном споразуму, предмету спора или у статусу странака, не постоје елементи који могу довести до тога да арбитражна одлука буде у судском поступку поништена односно да буде одбијено њено признање и извршење иако се странке у арбитражном поступку нису на њих позвале. Уколико постоје такви разлози, арбитри су дужни да одбију надлежност, без обзира да ли им је на могућност оваквог исхода арбитражног поступка указала нека од странака, по правилу тужени. Дакле, арбитри су дужни да се сами упусте у испитивање своје надлежности да би предупредили да се цео арбитражни поступак узалудно одвија у смислу да њихова одлука не може да буде реализована.

На овој тачки је потребна даља квалификација ове обавезе арбитра да испитају да ли постоји њихова надлежност да решавају спор који је пред њих изнет арбитражном тужбом. С обзиром на поменуто решење прописа и арбитражних правилника да се пропуст странке да благовремено изнесе одговарајући приговор сматра пристанком на надлежност арбитраже, треба узети да арбитража по својој иницијативи разматра увек и само оне разлоге за поништај односно одбијање признања и извршења арбитражне одлуке на које државни суд пред којим се питање поништаја или признања и извршења постави пази по службеној дужности. Ово значи да арбитражно веће мора, пре свега, да води рачуна о томе да ли је предмет спора арбитрабилан, те да дејства одлуке, у погледу надлежности, не буде противно јавном поретку државе пред чијим судом може доћи до преиспитивања арбитражне одлуке.²² За судско испитивање ар-

о којима суд одлучује по приговору странке односно које суд узима у обзир ако странка докаже: да арбитражни споразум није био пуноважан (пуноважност се може оспоравати са аспекта: форме, способности уговарања, и мана воље, а по чл. 10 ЗОА); да странка није била уредно обавештена о арбитражи (о именовану арбитра, о поступку, о поднесцима друге стране) или да јој на неки други начин није било омогућено право на одбрану; да су арбитри решили о спору који им није био поверен арбитражним споразумом или су прекорачили границе мандата; да су арбитри водили поступак супротно одредбама изабраног права или (ако странке нису извршиле избор права) супротно праву државе у којој је место арбитраже; да одлука још није постала коначна (арбитражне одлуке имају својство коначности која одговара појму правоснажности) и обавезујућа за странке или да је поништена одлуком суда у месту доношења (суд може обуставити поступак признања уколико сазна да је у земљи порекла одлуке покренут поступак поништаја, а до окончања – арг. из чл. 67 ЗОА). Према Г. Кнежевић, В. Павић, 163–178.

22 На ова два разлога за упуштање арбитражног суда у разматрање надлежности по службеној дужности указује се и у теорији, и то се сматра изузетком од основног правила да арбитража

битражне одлуке из ових разлога није битно да ли је странка разлоге које износи у тужби за поништај односно које презентира противећи се признању арбитражне одлуке истакла и у арбитражном поступку; то су питања о којима суд води рачуна по службеној дужности. Ово правило не важи за питања у погледу надлежности о којима суд одлучује само ако су садржана у тужби за поништај или у одговору на предлог за признање и извршење арбитражне одлуке – да би ове разлоге против арбитражне одлуке суд узео у обзир, потребно је да се странка на њих благовремено позвала у арбитражном поступку.

3. Покретање питања надлежности када једна странка не учествује у поступку

Продубљено залажење у све аспекте надлежности арбитражног суда, а посебно разматрање питања испитивања надлежности од стране арбитра по службеној дужности, потребно је када тужени не истакне директно приговор ненадлежности, а одбије да учествује у поступку.

Најпре, треба знати да се одсуство странке (по правилу туженог) из поступка, односно њено одбијање да учествује у поступку (да именује свог арбитра, да одговори на тужбу, да присуствује усменој расправи, да доставља остале поднеске), ако је уредно позвана и ако јој је учешће омогућено, не доводи до заустављања или осујећења поступка; поступак се наставља, а у прописима и арбитражној пракси развијен је читав механизам обезбеђења неометног одвијања арбитраже.²³

одлучује о надлежности само по приговору странака. Тако Маја Станивукровић, *Међународна арбитража*, Београд, 2013, 214 („Арбитри одлучују о сопственој надлежности по приговору странке. Изузетно, они би могли и по службеној дужности одлучивати о својој надлежности у случајевима неарбитрабилности или када би прихватање надлежности било очигледно противно јавном поретку државе места арбитраже”). Gary B. Born, *International Commercial Arbitration, Vol. I*, Алпен, 2. издање, 2014, 1045-6, цитира одлуке донете по Правилнику МТК у којима су арбитри по службеној дужности размотрили природу спора и одбили да одлучују у случајевима спорова произашлих из уговора повезаних са коруптивном праксом, која је „противна јавном поретку, пристojности и моралу” или противна „међународном јавном поретку” односно спорова који нису арбитрабилни; при том аутор се залаже за потврду „права арбитражног већа (и одговорност) да покрене питање неарбитрабилности или илегалности *ex officio*”. О праву арбитра да одбију да одлучују споровима који потичу из тзв. илегалних уговора, те о случајевима када је то учињено говори и Richard H. Kreindler, „Aspects of Illegality in the Formation and Performance of Contracts”, *International Arbitration Conference London* (ed. Albert Jan van den Berg), 2003, 239.

23 По ЗОА (чл. 17) ако странка не учествује у поступку конституисања арбитраже, именоване ће извршити орган именовања или, ако га нема, надлежан суд; по чл. 42 поступак се наставља и

У оваквом случају, потребна је одлука арбитражног суда о његовој надлежности. Наиме, постојање арбитражног споразума може да се претпостави све док не постоји сумња о томе да ли су стране желеле да искључе надлежност државног суда. Када странка не учествује у поступку, таква сумња је посебно изражена односно може се показати оправданом и нужно је да, у оваквом случају, арбитражни суд *ex officio* установи да ли постоји његова надлежност.

Као и када обе странке учествују у поступку, и у случају одсутности једне странке арбитража по службеној дужности води рачуна о разлозима на које би суд пазио по службеној дужности у поступку за поништај односно признање и извршење арбитражне одлуке коју је донела. Међутим, овде је задатак арбитра нешто сложенији. Наиме, арбитражни суд би морао да утврди и да ли, поред ових разлога (на које арбитража води рачуна по службеној дужности зато што би на њих по службеној дужности водио рачуна и суд ако се питање ваљаности арбитражне одлуке пред њим постави), постоје и други разлози из којих би одсутна странка могла да изјави приговор ненадлежности.

У овом испитивању надлежности односно разлога из којих би странка која не учествује у поступку могла приговорити надлежности арбитраже постоје одређене границе. Најпре, оцена надлежности треба да се врши у светлу чињеница које су познате из списка предмета (из поднесака тужиоца), а без обавезе арбитражног суда да улази у сопствено, продубљено истраживање околности у вези са надлежношћу. Поред тога, арбитражно веће не сме да се „стави у ципеле” странке која не учествује у

ако тужени не поднесе одговор на тужбу, те ако уредно позвана странка не дође на усмену расправу или не поднесе писмене доказе. Правилник СТА садржи иста правила – у погледу конституисања арбитражног већа (чл. 19 ст. 2), у погледу достављања одговора на тужбу и учешћа у поступку (чл. 31 ст. 7) и у погледу учешћа на усменој расправи (чл. 34 ст. 6). Правилник БАЦ такође садржи одредбе којима се спречавају странке (пре свега тужени) да онемогуће или отежу поступак пропустом да учествују у поступку, да именују арбитра, да достављају поднеске и изостајањем са усмене расправе (чл. 12 ст. 7, чл. 17 ст. 4, чл. 26). Одговарајућим одредбама (чл. 28) и Швајцарска правила међународне арбитраже уређују да последице пропуштања странака, а посебно туженог, да учествује у поступку не спречава одвијање поступка. Правилник МТК, поред правила које садрже и други правилници којима се не дозвољава да странке ометају поступак (чл. 6 ст. 8, чл. 12 ст. 2, чл. 26 ст. 2 и др.), садржи и једну специфичност која се не среће у правилницима других арбитражних институција – арбитра и странке потписују тзв. задатак арбитражног суда или акт мисије (*terms of reference*) којима се на почетку поступка, после размене захтева за арбитражу или тужбе и одговора на захтев или тужбу, утврђују спорна питања о којима арбитра треба да одлучују; поступак се наставља и ако једна странка одбије да потпише овај документ (чл. 23 ст. 3).

поступку и да разматра приговоре које би она могла изнети да у поступку учествује. Јер, супституисање арбитражног суда на место одсутне странке озбиљно би нарушило начело једнаког третмана странака, па и парничну, контрадикторну природу арбитражног поступка. Међутим, овај принцип мора да се модификује у једном елементу – арбитража био морала да по службеној дужности утврди да ли међу странкама постоји арбитражни споразум, те да ли тај споразум предвиђа надлежност арбитраже пред којом је арбитражни поступак уопште инициран. Ово је нужно јер је основ надлежности арбитраже арбитражни споразум и по њему странке изузимају спорове из одређеног односа из јурисдикције државних судова. Отуда је арбитражно веће дужно да само пође од тога да би одсутна странка могла да изјави приговор ненадлежности заснован на чињеници да странке или нису уопште предвиделе да путем арбитраже решавају своје спорове или да је тужба поднета арбитражи која није јасно означена у арбитражном споразуму.²⁴ Ово „одступање” од начела да арбитрари не треба да замене одсутну странку и истражују које би приговоре она могла да изнесе када је реч о надлежности произилази из посебне важности овог питања у области арбитраже, јер само ако о спору одлучује надлежна арбитража, изричито предвиђена арбитражним споразумом, може се искључити надлежност редовних судова. Ово овлашћење арбитражног суда је и посебан аспект правила *kompetenz-kompetenz*.

Дакле, у случају када једна странка не учествује у поступку, потребно је да арбитража одлучи о својој надлежности у вези са арбитрабилношћу, противности основног уговора и арбитражног споразума јавном поретку, те са постојањем и ваљаношћу арбитражног споразума. О надлежности у овим околностима, арбитража мора да одлучи и без приговора, односно *ex officio*. У прилог овом ставу почела је да се изјашњава и теорија, као и арбитражна и судска пракса,²⁵ а одређена решења налазе се и у правилницима арбитражних институција.²⁶

24 У арбитражној пракси је израђен специфичан начин тумачења арбитражних споразума који нису јасни у погледу намере странака да спор изнесу на арбитражу или у погледу избора арбитражне институције у чијем оквиру арбитража треба да се одвија. Ови мањкави арбитражни споразуми називају се „патолошким” и могу се до одређене мере „исправити” тумачењем арбитражног суда. Вид. Јелена Перовић, *Уговор о међународној трговачкој арбитражи*, Београд, 1998, 42–47; М. Станивуковић, 116–121.

25 Овакав став заузео је и Савезни врховни суд Швајцарске у одлуци из 2013 – према Luca Beffa, Olivier Ducrey, „Review of the 2013 Case Law of the Swiss Federal Tribunal concerning Sports Arbitration”, *Sport International*, март 2014, 217–218. Врховни суд Швајцарске потврдио је овај став и у одлуци из 2015, којом је подржао став арбитражног суда који је стао на становиште да мора да испита да

4. Посебност утврђивања надлежности код других врста арбитража

Питање испитивања надлежности *ex officio* од стране арбитражног трибунала посебно је интересантно у тзв. инвестиционим арбитражама и поставља се на нешто дукчији начин него код међународне трговачке арбитраже. Ово питање је актуелно у арбитражним споровима по тужбама инвеститора из једне државе против друге државе са којом његова држава има споразум о промоцији и заштити инвестиција пред Центром за решавање инвестиционих спорова у Вашингтону.²⁷ У оваквим случајевима тужена држава може изнети низ приговора који се, у крајњем, свде на питање надлежности арбитраже односно који се решавају испитивањем арбитражног суда да ли је овлашћен да суди у конкретном случају. Отуда се ови приговори и називају прелиминарним приговорима, а неки од приговора који се могу истаћи у арбитражама из трговачких, пословних односа добијају у инвестиционим арбитражама и посебне аспекте. Ово произилази из особености арбитражног споразума у инвестиционим арбитражама. У питању је нови вид арбитражног споразума који састављају два субјекта у корист трећег лица – међународни двострани споразуми о заштити и унапређењу улагања садрже споразуме о решавању инвестиционих спорова између државе-уговорнице и држављана друге државе-уговорнице (општа понуда једне државе за закључење арбитражног споразума са држављанином друге државе-уговорнице, коју овај прихва-

ли постоји његова надлежност у конкретном случају пошто тужена страна није учествовала у поступку (арбитражни суд је нашао да арбитражна клаузула не предвиђа његову надлежност и одбио је да одлучује по тужби која је била поднета по Швајцарским правилима међународне арбитраже). Према *The Baker&McKenzie International Arbitration Yearbook, 2015–2016, 315–317.*

- 26 Неки арбитражни правилници разрађују ово правило на оригиналан начин. Тако Правилник СТА (чл. 11 и 12) предвиђа да, у случају да тужена страна оспори постојање арбитражног споразума или не одговори на тужбу, Председништво СТА претходно утврђује да ли је у исправама које је поднео тужилац садржан споразум о надлежности СТА; ако Председништво утврди да такав споразум постоји, поступак се наставља (а овом одлуком се не прејудицира коначна одлука арбитражног већа о постојању и пуноважности арбитражног споразума), а ако Председништво утврди да у исправама које је поднео тужилац не постоји арбитражни споразум, Секретаријат СТА позива тужену страну да се изјасни да ли прихвата надлежност СТА, а ако се она изјасни да не прихвата надлежност или не одговори на позив, Секретаријат обавештава тужиоца да се не може приступити арбитражи. Сличне одредбе садржи и Правилник МТК (чл. 6 ст. 3 и 4).
- 27 Надлежност овог Центра (*ICSID – International Center for Settlement of Investment Disputes*) установљава се у складу са тзв. Вашингтонском Конвенцијом о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (Закон о ратификацији, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 2/2006), те билатералним конвенцијама о промоцији и заштити инвестиција између држава. Вид. М. Станивуковић, 26–27.

та подношењем тужбе пред арбитражом предвиђеном спорзумом). Услед ових особености уговарања арбитраже, у инвестиционим арбитражама арбитражни суд је дужан да се стално стара о својој надлежности и да о свим разлозима који би довели до искључења надлежности одлучује и без приговора странака.²⁸

Miroslav PAUNOVIĆ, PhD
Attorney at Law, Belgrade

EXAMINATION *EX OFFICIO* OF ITS JURISDICTION BY ARBITRAL TRIBUNAL IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Summary

In the law of international commercial arbitration it is discussed whether the arbitrators has duty to address the issue of jurisdiction ex officio or the parties must raise an objection in that regard (including the objection in respect of existence and validity of arbitration agreement, admissibility of the claim and arbitrability of dispute).

The author maintains the view that the arbitrators have the right and responsibility to raise issues of non-arbitrability and public policy even if the parties have not done so, in order to prevent the situation that the state courts annul the award or refuse to recognize and/or enforce the award for that reasons. In default proceedings, the arbitration has the obligation to examine one more condition – the existence and validity of the arbitration agreement envisaging its jurisdiction.

Key words: *arbitration, arbitral tribunal, arbitration agreement, arbitration award, jurisdiction of arbitration, objection to jurisdiction, arbitrability of dispute, autonomy of arbitration agreement, separability, principle kompetenz-kompetenz.*

28 Арбитражна правила Центра за решавање инвестиционих спорова, чл. 41(2). Више о обавези арбитра у инвестиционим арбитражама пред Центром за решавање инвестиционих спорова да одлучују о надлежности код Muthucumaraswamy Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investments*, Кембриџ, 2015, 57, 136 и даље, 185 и даље; Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention, a Commentary*, 2. издање 2009, Кембриџ, 91, 229, 233–235, 533–540.