
СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

УДК: 341.24:341.6

CERIF: S 150

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_25407A

Фани СПАЛЕВИЋ*

студенткиња докторских студија Универзитета у Београду –
Правног факултета, Србија

УЛОГА СУДА ПРЕМА ЧЛАНУ II(3) ЊУЈОРШКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ПРИЗНАЊУ И ИЗВРШЕЊУ СТРАНИХ АРБИТРАЖНИХ ОДЛУКА: *PRIMA FACIE* ИЛИ ПОТПУНА КОНТРОЛА АРБИТРАЖНИХ СПОРАЗУМА**

Сажетак

Када тужилац поднесе тужбу суду ујркос постојању арбитражној споразума, те тужени истакне приговор збој уговорене арбитраже, суд треба да одлучи о својој (не)надлежности. Према Њујоршкој конвенцији о признању и извршењу страних арбитражних одлука, суд ће ујуиити странке на арбитражу осим уколико је арбитражни споразум ништав, без дејства, или га је немогуће извршити. Међутим, постоје ли се питање – да ли национални судови држава уговорница треба да примењују систем појуне или prima facie контроле арбитражних споразума? Питање се суштински своди на тумачење члана II(3) Њујоршке конвенције. Сходно томе, аутор у раду примењује језички, историјски,

* Електронска адреса ауторке: fanispalevic14@gmail.com.

** Рад представља резултат истраживања спроведеног за потребе стратешког пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Проблеми стварања, тумачења и примене права“ за 2025. годину.

системски, шелеолошки и компаративни метод тумачења. Такође, аутор анализира релевантни законодавни оквир и судску праксу у Србији, где долази до одређених закључака о могућем постојању судова при примени члана II(3) Њујоршке конвенције – насупрот систему *prima facie* контроле који судови примењују на основу Закона о арбитражи, уколико арбитражни споразум предвиђа седмичне арбитраже ван Србије, требало би применити систем постојеће контроле.

Кључне речи: Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука. – Арбитражни споразум. – Судска контрола. – Систем *prima facie* контроле. – Систем постојеће контроле.

I Уводне напомене

Конвенција Уједињених нација о признању и извршењу страних арбитражних одлука (у даљем тексту: Њујоршка конвенција, Конвенција)¹ је најзначајнији савремени законодавни инструмент у области међународне трговинске арбитраже, те је временом постала темељ целокупног арбитражног процеса.² Овај успех Њујоршка конвенција

1 Њујоршка конвенција је настала као резултат незадовољства Женевским протоколом о арбитражним клаузулама из 1923. године и Женевском конвенцијом о извршењу страних арбитражних одлука из 1927. године. Иницијатива да се Женевски уговори замене потекла је од Међународне трговинске коморе (ICC), која је израдила нацрт Конвенције. Нацрт је потом измењен од стране Економског и социјалног савета Уједињених нација (ECOSOC). Конвенција је усвојена 10. јуна 1958. године, у оригиналу на енглеском, шпанском, руском, кинеском и француском језику, а тренутно броји 172 државе уговорнице. Више о Њујоршкој конвенцији, њеној легислативној историји и државама уговорницама доступно на адреси: <https://www.newyorkconvention.org/>, 3. 3. 2025.

2 Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2009, 41; Маја Станивуковић, *Међународна арбитража*, Београд, 2013, 56; Марко Јовановић, „О неким разликама између трговинске и инвестиционе арбитраже“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018, 360–361; Предраг Васић, „Пружање међународне правне помоћи као гаранција Србије на путу ка европским интеграцијама“, *Билтен судске праксе Вишег суда у Београду*, Београд, 2010, 172; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2009, 92; Marika Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action*, 2016, 1; Hans Bagnier, „Article I“, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (editors Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, Nicola C. Port), 2010, 20; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, The Hague, 1981, 1; Christoph Liebscher, „Preliminary Remarks“, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958: Commentary* (editor Reinmar Wolff), Munich, 2012, 2;

дугује чињеници да је успела да успостави равнотежу између развоја међународне трговинске арбитраже и заштите правних принципа различитих држава уговорница. Конвенција је довела до модернизације и хармонизације националних закона који регулишу арбитражу.³ Њујоршка конвенција се примењује на признање и извршење страних арбитражних одлука и упућивање на арбитражу од стране суда. Суштински, Конвенција захтева од националних судова да а) признају и извршавају међународне арбитражне споразуме,⁴ уз одређене изузетке (чл. II(1) и II(3)) и б) признају и извршавају стране арбитражне одлуке, уз, такође, одређене изузетке (чл. III и V).⁵

Један од наведених изузетака, члан II(3) Њујоршке конвенције, говори о упућивању странака на арбитражу од стране националних судова, и гласи: „*Суд државе уговорнице коме је поднет на решавање спор по неком питању о коме су странке закључиле уговор у смислу овог члана, упућује странке на арбитражу, на захтев једне од њих, осим ако установи да је тај уговор пресуда да буде ваљан, да је без дејства или нејодобан за примену.*“⁶

Dennis Solomon, „The New York Convention“, *International Commercial Arbitration: A Handbook* (editor Stephan Balthasar), 2nd edition, Munich, 2021, 76; Daniel Girsberger, Nathalie Voser, *International Arbitration in Switzerland*, Zurich, 2008, 36; Emmanuel Gaillard, Benjamin Siino, „Enforcement under the New York Convention“, *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitral Awards* (editors J. William Rowley QC, Emmanuel Gaillard, Gordon E. Keiser), London, 2019, 86; Margaret Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 2nd edition, 2012, 8; Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration – Student Version*, 5th edition, New York, 2009, 87; Alan Uzelac, Mirela Krešić, „Arbitraža (izbrano suđenje) u Korčulanskom statutu i statutima istočne obale Jadrana“, *Liber Amicorum Gašo Knežević* (urednici Tibor Varady, Dobrosav Mitrović, Dragor Hiber, Vladimir Pavić, Milena Đorđević, Marko Jovanović), Beograd, 2016, 369.

3 C. Liebscher, 9; E. Gaillard, B. Siino, 86–87; Julian D. M. Lew, „Achieving the Dream: Autonomous Arbitration“, *Arbitration International*, Vol. 22, No. 2/2006, 185.

4 Извршење арбитражних споразума представља радње којима национални судови признају дерогационо дејство арбитражних споразума. Вид. М. Станивуковић, 149.

5 Gary B. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing*, 1999, 98; D. Girsberger, N. Voser, 36; Andreas F. Lowenfeld, *International Litigation and Arbitration*, Minnesota, 1993, 345.

6 Закон о ратификацији Конвенције о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука, *Службени лист СФРЈ*, бр. 11/81, чл. II ст. 3.

Текст целокупног члана II гласи:

„1. Свака држава уговорница признаје писмени уговор којим се странке обавезују да ставе у надлежност арбитражи све спорове или неке од спорова који настану или би могли настати између њих по одређеном правном односу, уговорном или неугворном, који се односи на питање које је подобно за решавање арбитражним путем.

Дакле, на захтев једне од странака,⁷ суд ће их упутити на арбитражу, осим у три случаја – уколико се установи да је арбитражни споразум а) престао да буде ваљан, б) без дејства или в) неподобан за примену. Неспорно је да је предмет и сврха члана II(3) јачање обавезе извршења арбитражних споразума.⁸ Постоји читав низ питања која се јављају већ на први поглед у вези са тумачењем члана II(3) Њујоршке конвенције.

Како постоје три различита основа за одбијање извршења арбитражног споразума, поставља се питање њиховог значења и граница. Понекад разлика између ова три основа неће бити очигледна и њихово разграничење може постати нејасно.⁹ У сваком случају, тенденција националних судова у „окружењима која су погодна за арбитражу“ (енгл. *arbitration friendly environments*) јесте да ове термине треба тумачити уско, поготово узевши у обзир чињеницу да шири контекст Њујоршке конвенције подразумева да њено аутономно тумачење треба да превлада тумачење засновано на посебностима многих националних права њених држава уговорница.¹⁰ Даље, иако је што се тиче значења термина „упућивање на арбитражу“ у техничкопроцесном смислу јасно да подразумева наредбу суда којом се обуставља судски поступак, ни овај појам није лишен одређених недоумица. Наиме, могло би се поставити

2. Под писменим споразумом подразумевају се арбитражна клаузула унета у уговор, или компромис, потписани од странака или садржани у размењеним писмима или телеграмима.

3. 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.“

7 Ако се суд суочи са уговором који садржи арбитражни споразум који потпада под Њујоршку конвенцију, али ниједна од странака не истакне приговор ненадлежности суда на основу тог споразума, суд не може на сопствену иницијативу упутити странке на арбитражу. Вид. A. J. van den Berg, 137–139.

8 Како је примећено у пресуди Врховног суда Канаде од 22. 7. 2005. године, бр. 30217, *GreCon Dimter Inc. v. J.R. Normand Inc. and Scierie Thomas-Louis Tremblay Inc.*, „Њујоршка конвенција стога наводи општи принцип: признавање арбитражних споразума“.

9 На пример, патолошка арбитражна клаузула која предвиђа да ће арбитражним поступком руководити непостојећа арбитражна институција, или да ће се пак арбитражни поступак одвијати у складу са правилима исте, може се, у начелу (и у зависности од околности случаја), подвести како под „неподобност за примену“, тако и под „престанак ваљаности“ односно „губитак дејства“. За више о наведеном проблему вид. Michael Pryles, „The Kaplan Lecture 2009 – When is an Arbitration Agreement Waived?“, *Journal of International Arbitration*, No. 27/2, 2010, 107–108.

10 Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Hague, 2003, 342.

питање да ли судско „упућивање на арбитражу“ осим наредбе о обустављању судског поступка подразумева и наредбу којом се намеће арбитражни поступак.¹¹ Међутим, како је таква наредба непозната већини правних система, наведено питање не поставља се у пракси, те тако и не представља проблем при примени члана II(3) Конвенције.

Коначно, поставља се и питање око којег су мишљења подељена како у међународној судској пракси, тако и у доктрини – како се од суда захтева да оцени да ли је арбитражни споразум престао да буде ваљан, без дејства или неподобан за примену, нејасно је да ли национални судови треба да примене систем *prima facie* или потпуне контроле арбитражног споразума. Како је већ из приказаног кратког увода (поднаслов I) јасно да текстуално тумачење спорне одредбе у овом случају не може бити од помоћи, аутор ће у раду применити историјско (поднаслов II), системско (поднаслов III) и циљно (поднаслов IV) тумачење у проналажењу одговора на питање улоге суда према члану II(3) Њујоршке конвенције. Поред тумачења наведене одредбе, биће потребно обавити и упоредно-правну анализу овог института, како у континенталном, тако и у англосаксонском праву (поднаслов V). Следи приказ законске регулативе и праксе судова у Републици Србији (поднаслов VI). На самом крају, аутор износи своје закључке у погледу питања да ли би судска контрола арбитражних споразума требало да подлеже систему *prima facie* или потпуне контроле (поднаслов VII).

II Легислативна историја

Travaux préparatoires Њујоршке конвенције не говори о обиму обавезе судова да упућују странке на арбитражу,¹² нити пружа било коју назнаку стандарда контроле коју би судови требало да примењују.¹³ Члан II(3) Њујоршке конвенције представља измењену верзију члана 4

11 A. J. van den Berg, 128–129; M. Paulsson, 63.

12 Припремни материјали Конференције Уједињених нација о међународној трговинској арбитражи, Сажети запис са двадесет првог састанка, E/CONF.26/SR.21 (*Travaux préparatoires, United Nations Conference on International Commercial Arbitration, Summary Record of the Twenty-First Meeting*, E/CONF.26/SR.21); Припремни материјали Конференције Уједињених нација о међународној трговинској арбитражи, Разматрање Нацрта конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука, E/CONF.26/L.59 (*Travaux préparatoires, United Nations Conference on International Commercial Arbitration, Consideration on the Draft Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, E/CONF.26/L.59).

13 United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Vienna, 2016, 62.

Женевског протокола о арбитражним клаузулама из 1923. године, но у својој суштини, то јест обавези суда да странке по захтеву једне од њих упути на арбитражу, остао је исти.¹⁴ Како је обим Њујоршке конвенције првобитно требало да буде ограничен искључиво на признање и извршење арбитражних одлука, а творци Конвенције одлучили су свега непуне три недеље пре него што ће текст Конвенције бити усвојен да ипак укључе посебну одредбу о извршењу арбитражних споразума,¹⁵ није изненађујуће што кључни аспекти члана II(3), попут стандарда судске контроле, нису дискутовани.

III Релевантни правносистемски оквир

Опште је познато да правни прописи не постоје сваки за себе, већ истовремено са другим важећим прописима, те заједно чине један систем – у овом случају, с обзиром да се ради о мултилатералној конвенцији међународног јавног права, која је уједно и инструмент унификације међународног приватног права,¹⁶ говоримо о систему међународног

14 Члан 4 Женевског протокола гласи: „Судови Држава уговорница пред које се изнесе спор у вези са неким уговором закљученим између лица о којима је реч у првом члану а који садржи компромис или пуноважну арбитражну клаузулу на основу поменутог члана и који се могу применити, упутиће заинтересоване на захтев једног од њих на арбитражно суђење.

То упућивање не прејудуцира у погледу надлежности судова у случају да су из ма ког разлога компромис, арбитражна клаузула или арбитража постали неважећи или без дејства.“; Уредба о ратификацији Протокола о арбитражним клаузулама и Конвенције о извршењу иностраних арбитражних одлука, *Службени лист ФНРЈ – Догатјак*, бр. 4/59, чл. 4 ст. 1 и 2.

15 United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 39; М. Станивуковић, 150; Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle, „Article II“, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, (editors Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, Nicola C. Port), 2010, 39; Emmanuel Gaillard, John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Hague, 1999, 124; Stephan Wilske, Todd J. Fox, „Recognition of Arbitral Agreements“, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958: Commentary* (editor Reinmar Wolff), Munich, 2012, 152–155; Hassan Raza, *New York Convention Article II(3) – ‘Refer the Parties to Arbitration’ – Shield or a Compelling Measure?*, 2020, доступно на адреси: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/11/03/new-york-convention-article-ii3-refer-the-parties-to-arbitration-shield-or-a-compelling-measure/>, 3. 3. 2025.

16 О двојној природи Њујоршке конвенције, а пре свега њеном међународно-јавноправном аспекту, сведочи и чињеница да се Конвенција тумачи на основу Бечке конвенције о уговорном праву из 1969. године. За више о тумачењу Њујоршке конвенције на основу правила међународног јавног права вид. Marike Paulsson, *Interpreting the New York Convention under the Vienna Convention from*

права. Сходно томе, потребно је консултовати и друге пројекте унификације права, попут међународних конвенција и модел-закона, с обзиром да пројекти унификације често деле значајан број заједничких појмова и основних општих принципа.

У настојању да се хармонизује међународно арбитражно право, настао је УНЦИТРАЛ-ов¹⁷ Модел-закон о међународној трговинској арбитражи из 1985. године, са изменама и допунама усвојеним 2006. године (у даљем тексту: Модел-закон),¹⁸ који је умногоме утицао на савремену законску регулативу.¹⁹ Модел-закон дизајниран је да помогне државама у реформисању и модернизацији својих закона о арбитражном поступку како би се узеле у обзир посебне карактеристике и потребе међународне трговинске арбитраже.²⁰

Члан 8(1) Модел-закона²¹ настао је по узору на члан II(3) Њујоршке конвенције.²² За разлику од легислативне историје Њујоршке конвенције, *travaux préparatoires* Модел-закона пружа одређене наговештаје о обиму судске контроле арбитражних споразума. Већ на први поглед, чини се да су творци Модел-закона имали намеру да судска контрола буде потпуна – предлог да се члану 8(1) дода реч „очигледно“ (енгл. *manifestly*), то јест да текст гласи „...осим ако утврди да је споразум *очигледно* ништав, да је без дејства или да га није могуће извршити“ (нагласак

a National Perspective: Paulsson Snail Diagram, 2016, доступно на адреси: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/07/25/interpreting-new-york-convention-vienna-convention-national-perspective-paulsson-snail-diagram-judges-tool/>, 3. 3. 2025.

17 Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право (*United Nations Commission On International Trade Law – UNCITRAL*).

18 Вид. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf, 3. 3. 2025. С обзиром да се не ради о конвенцији, већ о модел-закону који се може преузети у целини или деловима, укључујући и евентуалне измене, многи национални закони о арбитражи представљају рецепцију Модел-закона. Један од њих јесте и Закон о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006.

19 Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, 21. издање, Београд, 2022, 579; J. Lew, L. Mistelis, S. Kroll, 27–28; D. Girsberger, N. Voser, 43–44.

20 Доступно на адреси: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration, 3. 3. 2025; J. D. M. Lew, 190.

21 „Суд пред којим се подноси тужба у ствари која је предмет арбитражног споразума ће, ако странка то захтева, најкасније приликом подношења прве изјаве о суштини спора, упутити странке на арбитражу, осим ако утврди да је споразум ништав, да је без дејства или да га није могуће извршити.“, доступно на адреси: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf, 3. 3. 2025.

22 О прикладности тумачења Њујоршке конвенције на основу каснијих конвенција, споразума и модел-закона као ширег правносистемског контекста Конвенције вид. M. Paulsson, 50–51. О вези између Њујоршке конвенције и Модел-закона, у смислу тумачења ових инструмената, вид. F. Bachand, 470–471; M. Moses, 90–91.

аутора), је одбијен од стране творца.²³ Присталице овог предлога на уму су имале принцип *Kompetenz-Kompetenz*,²⁴ односно принцип према којем су арбитри надлежни (компетентни) да сами одлуче о својој надлежности (компетентности) – позитивни ефекат овог принципа, те би требало да арбитражни трибунал има могућност да донесе прву одлуку о приговору на сопствену надлежност, која је тек потом подложна судској контроли – негативни ефекат овог принципа.²⁵ У сваком случају, доктрина *Kompetenz-Kompetenz* представља правну фикцију према којој је арбитражни трибунал увек надлежан да одлучује о сопственој надлежности.²⁶

Насупрот ставу већинске групе аутора да, с обзиром на његову легислативну историју, Модел-закон усваја систем потпуне контроле,²⁷ друга група аутора заговара систем *prima facie* контроле, с обзиром на процедуралну ефикасност као предмет и сврху Модел-закона, као и негативни ефекат принципа *Kompetenz-Kompetenz*.²⁸ Како су доктринарна мишљења подељена, тако се разликује и пракса националних судова.²⁹ Сходно томе, иако анализа релевантног правносистемског оквира може послужити као аргумент у прилог система потпуне контроле, сведочи нам уједно и о неопходности дубље анализе члана II(3) Њујоршке конвенције, чија се неодређеност очигледно пренела и на члан 8(1) Модел-закона.

23 Извештај Радне групе за међународне уговорне праксе о раду њене пете седнице (22. фебруар – 4. март 1983), XIV *UNCITRAL Yearbook*, A/CN.9/233, Њујорк, 1983, 60, 67.

24 Frederic Bachand, „Does Article 8 of the Model Law Call for *Prima Facie* Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?“, *Arbitration International*, No. 22/3, 2006, 471.

25 Г. Кнежевић, В. Павић, 71; E. Gaillard, J. Savage, 401; Andreas Born, „Article III“, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (editors Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, Nicola C. Port), 2010, 95; D. Solomon, 127; D. Girsberger, N. Voser, 106–107; Thomas E. Carbonneau, *Cases and Materials on The Law and Practice of Arbitration*, 2nd edition, 2000, 20–21; John J. Barcelo III, „The Competence-Competence Principle's Negative Effect“, *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration* (editors Stefan Kroll, Andrea K. Bjorklund, Franco Ferrari), Cambridge, 2023, 808.

26 Међутим, иако се ово овлашћење трибунала сматра „инхерентним“ и експлицитно је предвиђено у многим међународним конвенцијама, националним законима и арбитражним правилима, судови су упркос доктрини *Kompetenz-Kompetenz* незаобилазни фактор одлучивања о надлежности, пошто се ради о органима који су овлашћени да надзиру правилност арбитражног споразума и арбитражне одлуке. Г. Кнежевић, В. Павић, 70; М. Станивуковић, 153.

27 Вид. на пример, J. Lew, L. Mistelis, S. Kroll, 349; Howard M. Holtzmann, Joseph Neuhau, *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Deventer, 1989, 303.

28 Вид. на пример, F. Bachand, 466–467; E. Gaillard, J. Savage, 401.

29 Вид. F. Bachand, 464.

IV Предмет и сврха: вредности у конфликту

У конкретном случају, постоји тензија између осигуравања ефикасности арбитражног поступка, с једне, и благовременог и коначног разматрања приговора (не)надлежности арбитражног трибунала како странке не би губиле време, новац и друге ресурсе на потенцијално мањкав арбитражни поступак, с друге стране.

Традиционални приступ, према којем суд може у потпуности испитати постојање и валидност арбитражног споразума, и то без чекања на одлуку арбитра о тим питањима, начелно води ка одређеним уштедама времена и трошкова.³⁰ Што се времена тиче, уштеда се потенцијално постиже тиме што се избегава да странке протраће и по неколико месеци у ишчекивању одлуке арбитражног трибунала о сопственој надлежности, само како би одлука била негативна.³¹ Додуше, овај аргумент у прилог система потпуне контроле ослабљен је у случају када су арбитраи спремни да донесу посебну одлуку по питању надлежности – ово је од нарочите важности у сложеним споровима, када би одлучивање у меритуму нужно трајало дужи временски период.³² Што се тиче трошкова, опште је познато да арбитражни поступак није ни мало приступачан³³ (иако је начелно повољнији од судског).³⁴ Сходно

30 E. Gaillard, J. Savage, 410; F. Bachand, 465; M. Moses, 89.

31 E. Gaillard, J. Savage, 410; Pierre Mayer, „L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence“, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, Vol. 217, 1989, 346.

32 E. Gaillard, J. Savage, 410.

33 У истраживању спроведеном од стране Универзитета *Queen Mary* у Лондону и адвокатске канцеларије *White & Case* из 2018. године, претерано високи трошкови арбитраже и даље се сматрају њеном најгором особином. Вид. Paul Friedland, Stavros Brekoulakis, *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, 2018, 8. У литератури се као главне слабости арбитражног поступка истичу новац и време које је потребно да се спор пред арбитражом реши. Видети М. Станивуковић, 30–31; Gunther J. Horvath, „The Judicialization of International Arbitration: Does the Increasing Introduction of Litigation-Style Practices, Regulations, Norms and Structures into International Arbitration Risk a Denial of Justice in International Business Disputes?“, *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution – Liber Amicorum Eric Bergsten* (editors S. Kroll, L. A. Mistelis, P. Perales Viscasillas, V. Rogers), 2011, 257; Jean-Claude Najjar, „Inside Out: A User's Perspective on Challenges in International Arbitration“, *Arbitration International*, Vol. 25, No. 4/2009, 526–527; Peter Morton, „Can a World Exist Where Expedited Arbitration Becomes the Default Procedure?“, *Arbitration International*, Vol. 25, No. 1/2010, 103–104.

34 Ово важи пре свега из разлога што странке могу изградити и применити појединостављену процедуру која може значајно смањити трошкове и обезбедити много брже решење него у случају спора пред судом. Странке на располагању имају широку аутономију у погледу одређивања правила поступка, језика поступка,

томе, очигледно је да је у интересу странака да се арбитражни поступак избегне уколико ће водити негативној одлуци трибунала о својој надлежности. Осим тога што се избегава да странке поведу арбитражни поступак на основу неважећег споразума, овај приступ уједно отклања и ризик од ускраћивања (обичне, судске) правде³⁵ због непостојања важећег арбитражног споразума.³⁶ Дакле, основни циљ којем систем потпуне контроле тежи јесте благовремено и коначно разматрање приговора ненадлежности арбитражног трибунала.

Prima facie приступ контроли арбитражних споразума заснован је на два основна, уско повезана, циља: онемогућавању странке која жели да омета ток арбитраже тако што пред судом истиче неосноване недостатке који се тичу постојања, обима и валидности арбитражног споразума³⁷ и што ширем поштовању такозване „склоности ка извршењу“ (енгл. *pro-enforcement bias*) арбитражних споразума.³⁸ Оба

места арбитраже, избора меродавног права, као и избора броја и личности арбитра који ће о предмету њиховог спора одлучивати. Вид. Edna Sussman, „Why Arbitrate? The Benefits and Savings“, *NYSBA Journal*, 2009, 20–24; Jelena Perović, Milena Đorđević, „Resolution of Commercial Disputes Through Arbitration as a Contributor to Improvement of Business Environment in Serbia“, *Serbian Association of Economists Journal*, Beograd, 2013, 238–239; Љубица Милутиновић, Милена Ђорђевић, „Медијација и арбитража“, *Билтен Врховној касационој суда*, бр. 2/2016, 286–287; Милена Ђорђевић, „Арбитражне поуке из 2020. године – Смернице за транспарентнији, флексибилнији и ефикаснији арбитражни поступак“, *Liber Amicorum: професор др Мирко Васиљевић* (уредник Душан В. Поповић), Београд, 2021, 403; Марко Јовановић, „Одлучивање по правичности у новијој пракси Спољнотрговинске / Сталне арбитраже при Привредној комори Србије“, *Liber Amicorum: професор др Мирко Васиљевић* (уредник Душан В. Поповић), Београд, 2021, 284–285; Витомир Поповић, „Рјешавање (инвестиционих) спорова у области енергетике“, *Liber Amicorum: професор др Мирко Васиљевић* (уредник Душан В. Поповић), Београд, 2021, 357. Међутим, трошкови међународне трговинске арбитраже често ће бити и виши него што би били када би се исти спор повео пред националним судом – наравно, у зависности од комплексности самог спора, као и начина на који је сам арбитражни поступак организован. Вид. на пример, J. Perović, M. Đorđević, 252; D. Girsberger, N. Voser, 32; G. J. Horvath, 257–259; Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, 2012, 21–22.

35 Право на приступ суду представља један од основних елемената права на правично суђење. Вид. Никола Бодирога, „Разлози за одбацивање тужбе и право на приступ суду“, *Билтен судске праксе Вишег суда у Београду*, Београд, 2023, 193.

36 M. Paulsson, 66.

37 Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, „Prima Facie Review of Existence, Validity of Arbitration Agreement“, *New York Law Journal*, Vol. 225, No. 105/2005, 3; D. Girsberger, N. Voser, 108–109; J. Lew, L. Mistelis, S. Kroll, 362; M. Moses, 89.

38 Markham Ball, „The Essential Judge: The Role of the Courts in a System of National and International Commercial Arbitration“, *Arbitration International*, Vol. 22, No. 1/2006, 91; C. Liebscher, 21–22; D. Solomon, 79; Стефан Јовановић, „Меродавно право за арбитрабилност предмета спора: *lex fori*, *lex arbitri* и њихове алтернативе“, *Право*

наведена циља воде уважавању негативног ефекта принципа *Kompetenz-Kompetenz*. Ако арбитражни споразум није *очигледно* ништав, без дејства или немогућ за извршити, сматра се да би арбитражни трибунал требало да буде тај који одлучује о својој надлежности. Споразум би, потенцијално, на захтев странке у поступку признања и извршења стране арбитражне одлуке, могао подлећи потпуној контроли – један од разлога за одбијање признања и извршења, према члану V(1)(a) Њујоршке конвенције јесте ненадлежност арбитраже која је донела одлуку.³⁹ Из истог разлога се домаћа арбитражна одлука може поништити на основу Модел-закона, односно у државама чије је законодавство засновано на или под утицајем Модел-закона.⁴⁰ Међутим, како се члан

и љиврега, бр. 3/2021, 415; United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 64.

39 Члан V Њујоршке конвенције гласи:

„1. Признање и извршење одлука биће одбијени, на захтев странке против које се одлука истиче, једино ако та странка поднесе доказ надлежној власти земље у којој су тражени признање и извршење:

- (а) да су странке из уговора о коме је реч у члану II, на основу закона који се на њих примењује, неспособне, или да поменути уговор није ваљан по закону коме су га странке подвргле или, ако нема назначења у том погледу, на основу закона земље у којој је донета одлука; или
- (б) да странка против које се истиче одлука није била уредно обавештена о одређивању арбитра или о арбитражном поступку, или да јој је из неког другог разлога било немогућно да употреби своја средства; или
- (ц) да се одлука односи на спор који није предвиђен у компромису или није обухваћен арбитражном клаузулом, или да садржи одредбе које прелазе границе компромиса или арбитражне клаузуле; ипак, ако одредбе одлуке које се односе на питања подвргнута арбитражи могу бити раздвојене од одредаба које се односе на питања која нису подвргнута арбитражи, прве ће моћи да буду признате и извршене; или
- (д) да образовање арбитражног суда или арбитражни поступак није био у складу са уговором странака или, ако не постоји уговор, да није био сагласан закону земље у којој је обављена арбитража; или
- (е) да одлука још није постала обавезна за странке или да ју је поништила или обуставила надлежна власт у земљи у којој, или на основу чијег је закона донета одлука.

2. Признање и извршење арбитражне одлуке могу такође бити одбијени ако надлежна власт земље у којој је тражено признање и извршење одлуке установи:

- (а) да, према закону те земље, предмет спора није подобан за регулисање арбитражним путем; или
- (б) да би признање или извршење одлуке било противно јавном поретку те земље.“

40 Законодавство засновано на или под утицајем Модела-закона усвојено је у 93 државе у укупно 126 јурисдикција. Списак држава и јурисдикција са напоменама да ли се ради о рецепцији или утицају доступно на адреси: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status, 3. 3. 2025.

II(3) Конвенције примењује једино или макар најчешће када је седиште арбитраже у иностранству,⁴¹ национални судови углавном ипак неће моћи да преиспитују одлуку трибунала о надлежности – што је један од главних аргумената у прилог система потпуне контроле.⁴² И даље, остаје неспорно да систем *prima facie* контроле иде у прилог осигуравања ефикасности арбитражног поступка.

Суштински, вредности у конфликту јесу такозвана „економија средстава“ (енгл. *economy of means*) и процедурална ефикасност. Њујоршка конвенција, у свом настојању да обезбеди поштовање арбитражних споразума и признање и извршење арбитражних одлука, тежи једном ширем циљу – подстицање међународне трговине путем ефикасног и неутралног процеса решавања спорова.⁴³ Сам члан II(3) Конвенције за своју сврху има да олакша и стабилизује међународне пословне трансакције промовисањем спровођења арбитражних споразума у међународним уговорима.⁴⁴ У том смислу, чини се да процедурална ефикасност као вредност узима примат над „економијом средстава“ при упоређивању са предметом и сврхом Конвенције, те да је систем *prima facie* контроле одговарајући како би се испунио основни циљ Њујоршке конвенције.

V Упоредноправна анализа

Негативни ефекат принципа *Kompetenz-Kompetenz* регулисан је чланом II(3) Њујоршке конвенције само у одређеној мери. За питања која нису (уопште или макар не у потпуности) обухваћена Конвенцијом

41 Њујоршка конвенција не говори ништа о томе да ли је неопходно да арбитражни споразум има везе са страном државом (из перспективе државе форума) или не. Сходно томе, ово питање остаје отворено за решавање од стране домаћих прописа и судске праксе држава уговорница Конвенције. Препорука јесте да се Конвенција примењује и на арбитражне споразуме који предвиђају да је седиште арбитраже у држави форума, уколико постоји одређени страни елемент у спорном приватноправном односу (на пример, у субјекту – једна од странака има националну припадност државе различите од државе форума). Оно што је, међутим, неспорно, јесте да се Конвенција примењује на арбитражне споразуме који предвиђају да је седиште арбитраже у иностранству – у том случају, члан II(3) се примењује по аналогiji са чланом I Конвенције, који предвиђа да се Конвенција примењује на признање и извршење арбитражних одлука донетих на територији државе различите од државе форума. Видети S. Wilske, T. J. Fox, 156–157; D. Solomon, 102–103; A. J. van den Berg, 61; Andrew Tweeddale, Keren Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*, Oxford, 2005, 46–49.

42 D. Schramm, E. Geisinger, P. Pinsolle, 109.

43 M. Paulsson, 1.

44 S. Wilske, T. J. Fox, 152.

примењује се национално право. Међу државама уговорницама Њујоршке конвенције и даље постоје значајне разлике у погледу граница принципа *Kompetenz-Kompetenz*. Разлике се односе, пре свега, на питања степена приоритета који арбитражни трибунал ужива у односу на националне судове када говоримо о одлучивању о ваљаности арбитражног споразума, те обима њихове контроле, као и да ли се у случају неваљаног споразума судови оглашавају ненадлежним или пак само обустављају поступак.⁴⁵ Обим контроле националног суда, дакле, зависи од тога да ли је, и у којој мери, негативан ефекат принципа *Kompetenz-Kompetenz* препознат у држави форума.⁴⁶

Упоредноправно посматрано, постоје три начина на које правни системи различитих држава третирају ово питање – 1) примена система потпуне контроле, 2) примена *prima facie* система контроле и 3) примена оба система, у зависности од одређених фактора, односно такозвани хибридни приступ.⁴⁷

1. Систем потпуне контроле

У неколико јурисдикција, судови примењују потпуну контролу важења и применљивости арбитражног споразума у случају захтева за упућивање на арбитражу који су оспорени на основу наводне ненадлежности арбитражног суда – такви прецеденти могу се пронаћи, на пример, у Канади, Аустралији, Новом Зеланду, Кини и Хонг Конгу,⁴⁸ а

45 D. Schramm, E. Geisinger, P. Pinsolle, 96.

46 J. J. Barcelo III, 810; D. Schramm, E. Geisinger, P. Pinsolle, 109; S. Wilske, T. J. Fox, 183; M. Moses, 91.

47 Хибридни систем контроле се, додуше, најчешће односи на законодавна решења према којима се *prima facie* систем контроле примењује на арбитражне споразуме којима би се конституисала домаћа арбитража, док се систем потпуне контроле примењује на споразуме који би довели до доношења стране арбитражне одлуке. Дакле, за потребе анализе члана II(3) Њујоршке конвенције, државе које бисмо подвели под хибридни систем ипак припадају државама уговорницама које примењују систем потпуне контроле, с обзиром да систем *prima facie* контроле примењују на основу националног закона о арбитражи, а не Њујоршке конвенције. Међутим, систем контроле арбитражних споразума може зависити и од других фактора – на пример, у Канади, *prima facie* или потпуна контрола примењују се у зависности од тога да ли суд испитује фактичка или правна питања. Вид. United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 65–66.

48 Додуше, у Хонг Конгу и Канади (у којој је систем потпуне контроле резервисан искључиво за разматрање правних питања) се могу се пронаћи и прецеденти у којима је примењен *prima facie* систем контроле. Што се тиче Кине, с обзиром да кинески правни систем практично не познаје принцип *Kompetenz-Kompetenz*, национални судови никада неће ограничити своју сопствену надлежност у корист

државе уговорнице Њујоршке конвенције које без изузетка примењују систем потпуне контроле јесу Италија и Немачка.⁴⁹ Такође, Швајцарска је приклоњена овом систему, макар када се ради о арбитражним споразумима који предвиђају седиште арбитраже у иностранству, те суд треба да примени члан II(3) Њујоршке конвенције.

Италијански касациони суд је, у одлуци *Heraeus Kulzer GmbH v. Dellatorre Vera SpA*,⁵⁰ сматрао да члан II(3) Конвенције дозвољава националним судовима да оцене да ли је арбитражни споразум ништав, без дејства или да га није могуће извршити уз напомену да се ради о инхерентном делу овлашћења суда да у потпуности преиспита ваљаност арбитражног споразума, на основу чега се одриче сопствене надлежности. Суд је нагласио како управо члан II(3) Конвенције препушта правном поретку државе уговорнице да одреди механизам којим се национални судови потенцијално одричу своје надлежности.

Иако се не позивају изричито на Конвенцију, и немачки судови примењују потпуну контролу арбитражних споразума при процени да ли да странке упуте на арбитражу и тиме се одрекну сопствене надлежности. Наиме, при спровођењу потпуне контроле арбитражних споразума, немачки судови се позивају на Немачки грађански процесни законик,⁵¹ који је немачки Савезни врховни суд тумачио тако да, без обзира на принцип *Kompetenz-Kompetenz*, надлежност суда не може бити ограничена или умањена арбитражним споразумом странака, те да суд свакако има право да спроведе потпуну контролу арбитражног споразума како би утврдио да ли је исти ништав, без дејства или га је немогуће извршити.⁵² Овакав став немачког Савезног врховног суда сведочи о тенденцији немачког права да избегава признавање негативног

арбитражних трибунала. Вид. F. Bachand, 464; M. Moses, 91; Jingzhou Tao, Clarisse Von Wunschheim, „Articles 16 and 18 of the PRC Arbitration Law: The Great Wall of China for Foreign Arbitration Institutions“, *Arbitration International*, Vol. 23, No. 2/2007, 309–312.

49 United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 63.

50 Одлука Касационог суда Италије од 5. 1. 2007. године, *Heraeus Kulzer GmbH v. Dellatorre Vera SpA*.

51 Књига 10 Немачког грађанског процесног законика (енгл. *Code of Civil Procedure*) заснована је на УНЦИТРАЛ-овом Модел-закону. Сходно томе, члан 1032(1) гласи: „Ако се тужба поднесе пред судом у ствари која је предмет арбитражног споразума, суд је дужан да тужбу одбаци као недозвољену, под условом да је тужени уложио одговарајући приговор пре почетка рочишта о меритуму, осим ако суд утврди да је арбитражни споразум ништав, без дејства или да га је немогуће извршити.“ Вид. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html, 3. 3. 2025.

52 Одлука Савезног Врховног суд Немачке од 13. 1. 2005. године, III ZR 265/03.

ефекта принципа *Kompetenz-Kompetenz*.⁵³ Сходно томе, немачки судови поступају на идентичан начин и када се ради о примени члана II(3) Њујоршке конвенције.⁵⁴

Швајцарски Савезни врховни суд сматра да када је седиште арбитраже у иностранству, швајцарски судови имају право да у потпуности испитају ваљаност арбитражног споразума, односно да ли је у конкретном случају испуњен неки од изузетака наведених у члану II(3) Њујоршке конвенције, без икаквог ограничавања на *prima facie* контролу⁵⁵ – такав приступ је резервисан за споразуме који предвиђају домаћу арбитражу.⁵⁶ Швајцарски Савезни врховни суд је у случају *Fondation M v. Banque X*⁵⁷ сматрао да је судска контрола ограничена на *prima facie* потврду постојања и ваљаности арбитражног споразума, с обзиром да је споразум предвиђао Швајцарску као седиште арбитраже. Разлог за овакво резонување суда је следећи – уколико је седиште арбитраже у Швајцарској, швајцарски Савезни врховни суд има широки делокруг овлашћења да испитује правна питања која се односе на надлежност арбитражног трибунала, те нема потребе за вишим степеном контроле од стране нижих судова – насупрот томе, уколико је седиште арбитраже

53 Штавише, изричито је прописано како све до конституисања арбитражног трибунала, странка може упутити захтев суду за утврђивање да ли је арбитража у датом случају допуштена или недопуштена. Видети Немачки грађански процесни законик, члан 1032(2): „До формирања арбитражног трибунала може се поднети захтев суду да утврди допуштеност или недопуштеност арбитражног поступка“. Доступно на адреси: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html, 3. 3. 2025.

54 J. J. Barcelo III, 821–823; D. Schramm, E. Geisinger, P. Pinsolle, 99–100; Peter Huber, „Arbitration Agreement and Substantive Claim Before Court“, *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (editos Karl-Heinz Bockstiegel, Stefan Michael Kroll, Patricia Nacimiento), 2007, 139; Jean-Francois Poudret, Sebastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, London, 2007, 72; S. Wilske, T. J. Fox, 183; Klaus Peter Berger, *Private Dispute Resolution in International Business – Negotiation, Mediation, Arbitration: Handbook*, Vol. II, 2nd edition, 2009, 434–435; William W. Park, *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*, Oxford, 2006, 94.

55 Одлука Савезног Врховног суда Швајцарске од 16. 1. 1995. године, *Compagnie de Navigation et Transports S.A. v. MSC Mediterranean Shipping Company S.A.*

56 Битно је напоменути да је текст члана 7 швајцарског Закона о међународном приватном праву (енгл. *Swiss Private International Law Act*) идентичан тексту члана II(3) Њујоршке конвенције – међутим, ови чланови се различито тумаче и примењују, и то с обзиром на различите циљеве којима се при примени ових прописа тежи. За више о швајцарском праву које се примењује на арбитражне споразуме који предвиђају седиште арбитраже у Швајцарској вид. Martin Wiebecke, „Switzerland“, *The International Arbitration Review* (editor James H. Carter), London, 2010, 282–285.

57 Одлука Савезног Врховног суда Швајцарске од 29. 4. 1996. године, *Fondation M v. Banque X*.

у иностранству, не постоји надлежност ниједног швајцарског суда да одлучује о (не)надлежности трибунала, те је неопходна потпуна контрола арбитражног споразума.⁵⁸

2. *Prima facie* систем контроле

Prima facie систем контроле је, свеукупно посматрано, заступљенији међу државама уговорницама Њујоршке конвенције – разлог за такво поступање лежи у чињеници да је овај приступ инхерентан такозваним „окружењима погодним за арбитражу“.⁵⁹ Иако велики број држава уговорница усваја овај приступ, његови модалитети разликују се од државе до државе – на пример, *prima facie* стандард контроле може бити спуштен толико ниско да национални судови утврђују *једино* да ли постоји разумна вероватноћа да су странке пред судом претходно пристале на арбитражу.⁶⁰ Битно је нагласити да национални судови који примењују овај систем контроле ипак нису спречени да, под одређеним околностима, ближе испитају арбитражни споразум не би ли се уверили да су странке заиста пристале на арбитражу.⁶¹

Из упоредноправне перспективе, француско право у најширој могућој мери признаје негативни ефекат принципа *Kompetenz-Kompetenz*.⁶² Уколико се ради о арбитражном споразуму који предвиђа седиште арбитраже у Француској, а арбитражни трибунал је конституисан, национални судови се без изузетка оглашавају ненадлежним, без спровођена било какве врсте контроле споразума – уколико трибунал није конституисан, ограничени су на *prima facie* контролу арбитражног споразума, пошто француско право експлицитно предвиђа како

58 United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 65; J. J. Barcelo III, 836; D. Schramm, E. Geisinger, P. Pinsolle, 97–98; D. Solomon, 128; D. Girsberger, N. Voser, 97–98; E. Gaillard, J. Savage, 409; Philippe Bartsch, Angelina M. Petti, „The Arbitration Agreement“, *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners* (editors Elliott Geisinger, Nathalie Voser), 2nd edition, 2013, 47; W. W. Park, 93–94; Daniel Girsberger, Pascal J. Ruch, „Pathological Arbitration Clauses: Another Lawyer’s Nightmare Comes True“, *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution – Liber Amicorum Eric Bergsten* (editors S. Kroll, L. A. Mistelis, P. Perales Viscasillas, V. Rogers), 2011, 128–131.

59 S. Wilske, T. J. Fox, 184; J. Lew, L. Mistelis, S. Kroll, 362.

60 M. Moses, 89; F. Bachand, 466–467.

61 На пример, када постоје индикације да је арбитражни споразум фалсификован. Вид. S. Wilske, T. J. Fox, 184.

62 J. J. Barcelo III, 816; D. Schramm, E. Geisinger, P. Pinsolle, 9709–057398; D. Girsberger, N. Voser, 107; J. Lew, L. Mistelis, S. Kroll, 362; A. Tweeddale, K. Tweeddale, 171–172; M. Moses, 93; W. W. Park, 93.

споразум мора бити *очигледно* ништав или немогућ за извршити не би ли суд одлучио да странке не упуту на арбитражу.⁶³ Дакле, француско право даје веома широк ефекат арбитражним споразумима, истовремено не дозвољавајући странкама да ометају или одлажу арбитражни поступак беспотребним обраћањем националном суду.⁶⁴ На исти начин француски судови поступају и када примењују члан II(3) Њујоршке конвенције. Због француског „принципа важења арбитражних споразума“ у међународним споровима, судови ретко утврђују очигледну ништавост споразума (ово се, на пример, може десити уколико предмет спора очигледно није арбитрабилан).⁶⁵ Овај принцип потврђен је у одлуци француског Касационог суда, у којој је наведено како с обзиром на „принцип важења арбитражних споразума“ у међународним споровима, а без обзира на њихов трговински карактер, постојање и важење арбитражног споразума мора се утврдити без позивања на било који национални закон – ако заинтересована странка докаже постојање споразума, сматра се да је он важећи осим уколико не крши међународни јавни поредак.⁶⁶ Француска судска пракса је конзистентна у примени *prima facie* система контроле арбитражних споразума.⁶⁷

63 Члан 1455 француског Грађанског процесног законика (енгл. *French Code on Civil Procedure*) гласи: „Ако је арбитражни споразум очигледно ништав или очигледно немогућ за извршити, помоћни судија ће утврдити да нема основа за именовање.“ (арбитражног трибунала).

64 D. Girsberger, N. Voser, 107.

65 D. Schramm, E. Geisinger, P. Pinsolle, 97.

66 Одлука Касационог суда Француске – грађанског одељења од 1. 1. 1999. године, бр. 96–21.430. Резон је потврђен и у, на пример, предмету *Editions du Seuil v. Editions Phidal Inc and Quatro Children's Books Ltd*, од 16. 10. 2001. године и предмету *Ocea v. Mr. X*, од 9. 7. 2008. године, бр. 07–18.623. Овај принцип усвојен је и у Венецуели, с тим што, чини се, судови Венецуеле иду још даље тиме што се ограничавају искључиво на процену да ли постоји писани арбитражни споразум. Наиме, Врховни суд правде Венецуеле, са ослањањем на принцип *Kompetenz-Kompetenz*, тачније његов негативни ефекат, утврдио је не само примену *prima facie* система контроле, већ и да национални судови не би требало чак ни да улазе у питање да ли је странка заиста пристала на арбитражу у случају постојања писаног арбитражног споразума. Вид. Одлуку Врховног суда Венецуеле од 10. 11. 2011. године, бр. 09–0573, *Astivenca Astilleros de Venezuela C.A. v. Oceanlink Offshore A.S.*; United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 65. О поступању судова у Венецуели пре одлуке Врховног суда правде вид. Ramon J Alvins, Elisabeth Eljuri, Clovis Trevino, „Venezuela“, *The International Arbitration Review* (editor James H. Carter), London, 2010, 338–339.

67 Вид. на пример: Одлука Апелационог суда Француске од 15. 6. 2006. године, *Legal Department du Ministère de la Justice de la République d'Irak v. Société Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Société Finmeccanica et Société Armamenti E Aerospazio*; Одлука Апелационог суда Француске од 21. 11. 2006. године, бр. 05–21.818, *SA Groupama transports v. Société MS Régine Hans und Klaus Heinrich KG*; Одлука Апелационог суда

Индијски врховни суд је у одлуци *Shin-Etsu Chemical Co. Ltd. v. Aksh Optifibre Ltd. & Anr.* тумачио члан II(3) Њујоршке конвенције на основу њеног предмета и сврхе. Закључивши да је „склоност ка извршењу арбитражних споразума“ у духу Конвенције, применом телеолошког интерпретативног аргумента суд је установио да *prima facie* приступ контроли арбитражних споразума, који треба да омогући експедитивни арбитражни поступак без интервенције правосудних органа која се може избећи, боље служи сврси Њујоршке конвенције, као и самог члана II(3).⁶⁸ Додуше, мањинско мишљење, које се оваквом закључку противило, окарактерисало је систем *prima facie* контроле као „пре-терано либерални приступ“ који није у складу са језичким тумачењем спорне одредбе.⁶⁹ Оно што је преломило у корист *prima facie* приступа јесте ослањање на принцип *Kompetenz-Kompetenz* – у случају примене система потпуне контроле, арбитражни поступак би се, током судског одлучивања, налазио у својеврсном „лимбу“, што је у потпуности супротно како омогућавању експедитивног арбитражног поступка, тако и негативном ефекту принципа *Kompetenz-Kompetenz*.⁷⁰ Врховни суд Индије је овом одлуком утврдио моћ арбитражног трибунала да одреди сопствену надлежност, те одложио потпуну контролу такве моћи до фазе након доношења арбитражне одлуке.

Насупрот овако јасном опредељењу за систем *prima facie* контроле арбитражних споразума, занимљив је приступ канадског Врховног суда у одлуци *Dell Computer Corporation v. Union des consommateurs and Olivier Dumoulin*.⁷¹ Закључивши да Њујоршка конвенција не говори ништа о одабиру између ова два система, суд је анализирао оба приступа. Суд је утврдио важење општег правила према којем свако оспоравање надлежности арбитражног трибунала, односно арбитра појединца, мора прво да реши трибунал, односно арбитар, у складу са принципом *Kompetenz-Kompetenz*. Међутим, од овог правила, према којем национални судови

Француске од 11. 7. 2006. године, бр. 05–18.681, *Société Generali France Assurances et al. v. Société Universal Legend et al.*

68 Одлука Врховног суда Индије од 12. 8. 2005. године, Appeal 5048, *Shin-Etsu Chemical Co. Ltd. v. Aksh Optifibre Ltd. & Anr.*

69 Суштински, овај текстуални интерпретативни аргумент заснован је на чињеници да је реч „очигледно“ изостављена из текста спорне одредбе, те да би тумачењем које је засновано на предмету и сврси Њујоршке конвенције дошло до додавања речи у текст члана II(3), коју су творци конвенције (намерно или ненамерно) изоставили. Вид. E. Gaillard, Y. Banifatemi, 3.

70 E. Gaillard, Y. Banifatemi, 3.

71 Одлука Врховног суда Канаде од 13. 7. 2007. године, *Dell Computer Corporation v. Union des consommateurs and Olivier Dumoulin*. За више о поступању канадских судова вид. David R Haigh QC, Louise Novinger Grant, Sonya Morgan, Romeo Rojas, „Canada“, *The International Arbitration Review* (editor James H. Carter), London, 2010, 36.

имају право да спроводе само *prima facie* контролу арбитражних споразума, установљен је изузетак – уколико се ради о правним питањима, насупрот фактичких (чињеничних) питања, судови задржавају право да се упусте у потпуну контролу споразума.⁷²

Значајне одлуке о питању обима судске контроле арбитражних споразума по члану II(3) Њујоршке конвенције донете су и у Великој Британији (тачније, Енглеској) и Сједињеним Америчким Државама. Негативни ефекат принципа *Kompetenz-Kompetenz* потврђен је у *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov*⁷³ и *First Options of Chicago Inc. v. Kaplan*,⁷⁴ чиме је постало неспорно да су правни системи ових држава приклоњени *prima facie* систему контроле. У обе одлуке, судови су утврдили да је у надлежности националних судова утврђивање постојања важећег арбитражног споразума – међутим, једном када суд то утврди, претпоставка надлежности окреће се у корист арбитражног трибунала који је, свакако, први позван да темељно утврди постојање сопствене надлежности.⁷⁵

VI Законска регулатива и судска пракса у Републици Србији

Признавање дерогационог дејства арбитражних споразума од стране националних судова у Србији обезбеђују како Њујоршка конвенција, тако и домаћи Закон о арбитражи.⁷⁶ Пошто је Србија држава

72 Такође, при испитивању правних питања, судови задржавају право да процене да ли се ради о оспоравању надлежности арбитра као тактике одлагања арбитражног поступка. Тиме се отклања највећа мана система потпуне контроле арбитражних споразума. Вид. United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Vienna, 2016, 66.

73 Одлука Апелационог суда Енглеске и Велса од 24. 1. 2007. године, бр. 2006 2353 А3 QBCMF, *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov*. Више о овој одлуци вид. М. Moses, 93; N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter, 345–346.

74 Одлука Врховног суда Сједињених Америчких Држава од 22. 5. 1995. године, *First Options of Chicago Inc. v. Kaplan*. За више о овој одлуци вид. Tibor Varady, John J. Barcelo III, Arthur T. von Mehren, *Teacher's Manual to International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective*, 4th edition, 2009, 41–43; М. Moses, 93–95; K. P. Berger, 434–435; W. W. Park, 84–92; Jack Graves, Yelena Davydan, „Competence-Competence and Separability – American Style“, *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution – Liber Amicorum Eric Bergsten* (editors S. Kroll, L. A. Mistelis, P. Perales Viscasillas, V. Rogers), 2011, 161–162.

75 United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 66–68.

76 Дерогационо дејство арбитражних споразума обезбеђује и Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи. М. Станивуковић, 150.

уговорница Њујоршке конвенције,⁷⁷ наши национални судови требало би да примењују члан II(3) Конвенције уколико арбитражни споразум предвиђа да је седиште арбитраже у иностранству, с обзиром да би, по спроведеном арбитражном поступку, дошло до доношења *сйране* арбитражне одлуке. Уколико, пак, арбитражни споразум превиђа седиште арбитраже у Србији, те би арбитражна одлука која би настала била *домаћа*, национални судови би требало да примене домаћи Закон о арбитражи.⁷⁸

1. Релевантни законодавни оквир

Закон о арбитражи из 2006. године (у даљем тексту: ЗОА) настао је по узору на Модел-закон – тиме је Србија постала такозвана Модел-закон јурисдикција, односно припадник скупа земаља чије је арбитражно законодавство усаглашено са правилима која се сматрају најбољим могућим законским оквиром.⁷⁹ Међутим, за разлику од Њујоршке конвенције и Модел-закона који су по питању обима судске контроле арбитражних споразума остали неопредељени, у ЗОА је опредељење за *prima facie* систем контроле јасно. Наиме, члан 14 ЗОА гласи: „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 *очишледно* ништав, да је без дејства или да га није могуће извршити.“⁸⁰ (нагласак аутора) Наш законодавац се определио да измени и појача значај принципа *Kompetenz-Kompetenz*⁸¹ у односу на Њујоршку конвенцију и Модел-закон, те да

77 Међународни уговори су посебно важни у области међународне трговинске арбитраже у Србији, те је, између осталог, Србија чланица и бројних других конвенција и билатералних споразума, који су, додуше, постали ирелевантни рафитикацијом Њујоршке конвенције и доношењем ЗОА. Вид. Vladimir Pavić, „National Reports: Serbia“, *World Arbitration Reporter* (editors L. Mistelis, L. Shore, H. Smit), 2nd edition, 2010, 8.

78 О значају седишта арбитраже вид. Јелена Перовић, „Седиште арбитраже у међународној трговинској арбитражи“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018, 157–172.

79 Владимир Павић, „Осврт на праксу Врховног касационог суда у арбитражној материји“, *Усклађивање њословној права Србије са правом Европске уније (2019)* (уредник Вук Радовић), Београд, 2019, 370–371; Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, 579; Љ. Милутиновић, М. Ђорђевић, 284; Владимир Павић, Милена Ђорђевић, „Новине у правном оквиру за АДР у Србији“, *Harmonius Journal of Social and Legal Studies in South East Europe*, Београд, 2014, 245; М. Станивуковић, 55.

80 Закон о арбитражи – ЗОА, *Службени ѿласник РС*, бр. 46/2006, чл. 14.

81 И пре доношења ЗОА, принцип *Kompetenz-Kompetenz* се сматрао инхерентном одликом арбитраже од стране српских судова и доктрине. Међутим, тек је ЗОА озаконио ову доктрину чланом 28(1), који предвиђа: „Арбитражни суд може да

уважи и његов негативни ефекат, па се, сходно томе, суд може огласити надлежним једино ако су недостаци арбитражног споразума очигледни на први поглед.⁸²

Дакле, према ЗОА, надлежност арбитраже може се оспорити на следећи начин: тужилац подноси тужбу суду упркос постојању арбитражног споразума, тужени истиче приговор постојања арбитражног споразума, те се суд оглашава ненадлежним и одбацује тужбу осим уколико нађе да је споразум *очигледно* ништав, без дејства или да га је немогуће извршити. Упућивање на арбитражу је логична последица овог решења, иако ЗОА то не користи изричито као формулацију.⁸³ Иако суд није (у традиционалном смислу) надређен арбитражи,⁸⁴ арбитража се мора повиновати ако суд одлучи да јесте надлежан – ипак се ради о својеврсном „сукобу надлежности“.⁸⁵ Важно је нагласити да је приговор туженог неопходан, те да се суд не може огласити ненадлежним *ex officio*, баш као и према правилима Њујоршке конвенције и Модел-закона.⁸⁶ Такође, суд се неће огласити ненадлежним уколико арбитражна клаузула предвиђа, алтернативно, надлежност суда *или* арбитраже.⁸⁷

2. Судска пракса

Што се судске праксе у Србији тиче, према расположивим информацијама, члан II(3) Њујоршке конвенције до сада није при-

одлучује о својој надлежности укључујући и одлучивање о приговору о постојању или пуноважности споразума о арбитражи“. Вид. V. Pavić, 14–15.

82 Г. Кнежевић, В. Павић, 71.

83 Стефан Јовановић, „Решавање о приговору ненадлежности због уговорене арбитраже у судској пракси“, *Право и привреда*, бр. 2/2020, 261.

84 Члан 7 ЗОА предвиђа да суд може, у вези са арбитражом, да предузима „само оне радње које су *изричито* одређене овим законом“ (нагласак аутора).

85 Г. Кнежевић, В. Павић, 75–76; С. Јовановић (2020), 261.

86 Привредни апелациони суд исправно је поступио у Решењу 9730/2011(1) од 18. 1. 2012. године: „Када тужени у одговору на тужбу не истакне приговор ненадлежности, нити се позове на закључен споразум о арбитражи између странака, према императивној норми члана 14. Закона о арбитражи суд нема законских услова да се огласи ненадлежним по поднетој тужби, имајући у виду да се тужени упустио у расправљање, достављањем одговора на тужбу, у коме није истакао приговор.“ Привредни апелациони суд исто је одлучио и у Решењу Пж. 1013/2011 од 18. 1. 2012. године.

87 Решење Вишег привредног суда од 21. 12. 1995. године, Пж. 7560/95: „Када уговорне стране – привредни субјекти у случају спора по уговору предвиде надлежност арбитраже или привредног суда па тужба буде поднесена привредном суду, тужена страна не може са успехом приговарати ненадлежности привредног суда, јер подносилац тужбе има право да бира да ли ће парницу покренути пред привредним судом или арбитражом.“

мењен.⁸⁸ Разлог за (досадашњу) непримену овог члана можемо потражити у ставу бројних аутора који сматрају да српски судови нису сасвим дорасли задатку стварања повољног правног окружења за развој арбитраже у Србији – аутори наводе како судови у Србији тумачењу прописа приступају површно, без разматрања који је *ratio legis* релевантних одредби, те да недостаје и консултовање упоредне судске праксе (и то, пре свега, судске праксе Модел-закон јурисдикција).⁸⁹ Сходно томе, аутори указују и на проблем недоследне примене Њујоршке конвенције, која је део нашег позитивног права већ више од четири деценије – мишљења о спорним арбитражним питањима која се тичу примене Конвенције су или недовољно образложена, или, пак, у потпуности без образложења.⁹⁰

У том смислу, занимљива је одлука Привредног апелационог суда (у даљем тексту: Суд) од 31. 10. 2012. године⁹¹ – одлука се тиче такозване „патолошке“ арбитражне клаузуле,⁹² те није било јасно дефинисано да ли споразум предвиђа арбитражни поступак у Србији или у иностранству. Спорна арбитражна клаузула гласи: „Спорови везани за овај уговор, или поводом овог уговора, решаваће се арбитражом у складу са Правилником о измирењу и арбитражи Међународне трговинске

88 Вид. званичан веб-сајт Њујоршке конвенције, који омогућава претрагу судских одлука према одређеним параметрима, као што су јурисдикција и члан Конвенције који је суд применио. Према овој бази одлука, члан II(3) Конвенције за сада није примењен у Србији. Доступно на адреси: <https://www.newyorkconvention.org/court-decisions>, 3. 3. 2025.

89 Милена Ђорђевић, „Процесне неправилности као разлог за поништај арбитражне одлуке – поуке из упоредне судске праксе, други део“, *Harmonius Journal of Social and Legal Studies in South East Europe*, Београд, 2020, 49; Љ. Милутиновић, М. Ђорђевић, 295; В. Павић, 2019, 396; Угљеша Грушић, „Субјективни домаћај арбитражног споразума у српском праву“, *Ревиија Койаоничке школе љириодној љрава*, бр. 2/2020, 95; С. Јовановић (2020), 274–275.

90 М. Ђорђевић (2020), 49; В. Павић (2019), 385–391; У. Грушић, 84–90.

91 Решење Привредног апелационог суда од 31. 10. 2012. године, 6 Пж 4758/12.

92 Патолошке арбитражне клаузуле представљају дефектне споразуме чији недостаци могу да онемогуће несметано одвијање арбитраже, то јест да доведу до спора у тумачењу самог споразума. Такве мане се могу односити на недоследност, несигурност или неоперабилност, а у најгорем случају могу довести до тога да се арбитражни споразум сматра неважећим. Дакле, ради се о споразумима који садрже оба битна елемента – јасно опредељење за арбитражу (а не за суд) и дефинисан предмет спора. Међутим, постоје одређени недостаци који спречавају ефикасно вођење поступка, као што је, на пример, постављање питања надлежности арбитраже пред којом је тужилац покренуо спор. Типичан пример патолошке арбитражне клаузуле јесте клаузула која предвиђа надлежност две арбитражне институције. Вид. Мирослав Пауновић, „О тумачењу мањкавих арбитражних споразума“, *Liber Amicorum: љрофесор гр Мирко Васиљевић* (уредник Душан В. Поповић), Београд, 2021, 368–369; D. Girsberger, P. Ruch, 126.

коморе у Паризу, тј. са Спољнотрговинском арбитражом при Привредној комори Србије. По одређивању арбитра, примењиваће се језик тог арбитра. Правила за рад арбитраже водиће се по прописима швајцарског права.“ Дакле, предвиђена је надлежност две арбитражне институције, што Суд исправно карактерише као школски пример патолошке арбитражне клаузуле. У свом разматрању, Суд се позива на члан 14 ЗОА, те наглашава доктрину аутономије арбитражног споразума која је широко прихваћена у упоредном праву и институционалним правилницима, укључујући и ЗОА.⁹³ На основу те сумарне анализе, Суд закључује да је арбитражни споразум *очигледно* немогуће извршити, те потврђује истоветну одлуку првостепеног суда и жалбу туженог одбија као неосновану.⁹⁴

Ни у једном тренутку се Суд (а ни првостепени суд) није упустио у разматрање питања примене Њујоршке конвенције, тачније члана II(3). Као што је већ било речи, применљивост члана II(3) Конвенције зависи од тога је седиште арбитраже предвиђено у држави форума или не. У наведеном случају, не можемо са сигурношћу дати одговор на то питање – стога бисмо овакву клаузулу могли подвести једино под категорију арбитражних споразума који не предвиђају седиште арбитраже, с обзиром да се ради о једном од модалитета такозване „код куће“ (енгл. *home-on-home*)⁹⁵ арбитражне клаузуле.⁹⁶ „Обе су странке желеле да имају по

93 Члан 28, ст. 2 и 3, ЗОА гласи:

„Ако је споразум о арбитражи закључен као арбитражна клаузула, она се, приликом одлучивања о приговору о постојању или пуноважности споразума о арбитражи, сматра независном од осталих одредаба уговора.

Одлука арбитражног тела о проглашавању ништавим уговора који садржи арбитражну клаузулу, не повлачи ништавост те клаузуле.“

94 Важно је напоменути да би жалба туженог свакако била одбијена као неоснована, те одлука првостепеног суда потврђена, чак и да је Суд нашао да арбитражни споразум није очигледно неважећи, без дејства, или га је немогуће извршити. Наиме, патолошка арбитражна клаузула на коју се тужени позива део је Уговора о заступању, а према наводима тужиоца, које је Суд нашао исправним, његово потраживање уопште се и не односи на Уговор о заступању, те је у датом случају неспорна надлежност првостепеног суда.

95 У употреби је и израз „*home country*“ (енгл.) арбитражна клаузула. Вид. на пример, Bedard, Timothy G. Nelson, „Home Country“ Arbitration Clause: More Trouble Than It's Worth?, 2018, доступно на адреси: <https://www.skadden.com/insights/publications/2018/01/2018-insights/home-country-arbitration-clause>, 3. 3. 2025.

96 Алберт Јан ван ден Берг, један од најзначајнијих коментатора Њујоршке конвенције, при разматрању применљивости члана II(3) дели арбитражне споразуме на три категорије: 1) споразуми који предвиђају седиште арбитраже у земљи различитој од државе форума, 2) споразуми који предвиђају седиште арбитраже у држави форума и 3) споразуми који не предвиђају седиште арбитраже. Управо под трећу категорију сврстава споразуме који предвиђају да ће седиште арбитраже бити у

део свог познатог правног окружења, али су жељу за неутрализацијом арбитраже извеле на најгори могући начин – другим речима, компромис не сме бити сам себи сврха“, приметио је Суд, не осврнувши се даље на практичне последице чињенице да није *једино* предвиђено седиште арбитраже у држави форума, то јест Србији.

С обзиром да се уговарањем овакве арбитражне клаузуле сматра да седиште арбитраже није ни уговорено, Суд је требало да спроведе „тест међународности“ (енгл. *internationality test*) како би утврдио да ли у датом случају треба да примени члан II(3) Конвенције, пошто се у овом случају члан I Конвенције не може применити по аналогiji.⁹⁷ Тест се односи на утврђивање страног елемента у спорном приватноправном односу – било у субјекту (национална припадност странака), било у објекту (предмет спора), па чак и у правима и обавезама (на пример, место извршења уговора).⁹⁸ Како је у овом случају само тужени правно лице из Србије, док је тужилац правно лице из Малезије, Суд је требало да макар размотри примену члана II(3) Њујоршке конвенције, која се у одлуци Суда ни на једном месту не спомиње. Иако примена Конвенције уместо ЗОА у наведеном случају не би ни на који начин утицала на исход одлуке, овај пропуст Суда сведочи о недоследној примени Њујоршке конвенције од стране српских судова.

VII Закључак

Питање обима судске контроле арбитражних споразума од посебног је значаја јер неадекватно решавање овог питања може довести до следећих ситуација: 1) потпуног онемогућавања да се арбитража спроведе, иако је изражена воља странака о таквом начину решавања њиховог спора, или 2) ситуације да се суд сматра ненадлежним јер арбитражни споразум сматра валидним, док арбитража истовремено не може, јер има супротно становиште, да заснује своју надлежност.⁹⁹

Да резимирамо тумачење члана II(3) Њујоршке конвенције – језичко тумачење не решава дилему; историјско тумачење не пружа никакве назнаке о решењу проблема; системско тумачење даје одређене

једној од земаља чију националну припадност странке имају. Видети A. J. van den Berg, 69–70.

97 Насупрот томе, у литератури постоји и становиште да би члан 14 ЗОА требало примењивати не само ако је седиште арбитраже у Србији, већ би ову одредбу требало тумачити нешто шире, и то тако да се примењује и када седиште арбитраже у Србији није уговорено, али би могло бити у Србији. Вид. М. Станивуковић, 152.

98 A. J. van den Berg, 63–69.

99 С. Јовановић (2020), 261, 266–267.

наговештаје у прилог систему потпуне контроле; телеолошко тумачење, пак, указује на предности *prima facie* система контроле. Применом компаративног метода тумачења, односно упоредноправном анализом, долазимо до закључка да решење проблема умногоме варира од државе до државе (иако је, додуше, *prima facie* стандард контроле заступљенији). Анализом домаћих прописа и судске праксе, такође остајемо без одговора на постављено питање – иако је неспорно да судови, у случају арбитражних споразума који предвиђају седиште арбитраже у Србији, примењују ЗОА који, за разлику од Њујоршке конвенције, даје знатно прецизније инструкције домаћим судовима. То је и очекивано, с обзиром да је Конвенција мултилатерални међународни уговор који настоји да помири различите интересе многобројних држава уговорница, те многа питања оставља отвореним како би их државе саме уредиле – арбитражно право у доброј мери задржава свој национални карактер у погледу питања која нису једнообразно уређена Њујоршком конвенцијом.

Како Конвенција не забрањује судовима да спроводе нити *prima facie* контролу арбитражних споразума нити потпуну контролу његовог постојања и ваљаности, не може се сматрати да иједан приступ крши Њујоршку конвенцију.¹⁰⁰ Имајући у виду општеприхваћене доктрине арбитражног права, *Kompetenz-Kompetenz* и аутономију арбитражног споразума,¹⁰¹ требало би тежити да арбитражни суд одлучи о својој надлежности.¹⁰² Међутим, треба имати у виду да примена члана II(3) Конвенције даје српским судовима могућност контроле арбитражних споразума у случајевима у којима немају надлежност да контролишу постојање, пуноважност и дејство споразума у поступку поништаја арбитражне одлуке.¹⁰³ Сходно томе, из разлога практичне неопходности, коректнијим сматрамо став да *prima facie* стандард треба остати резервисан за примену члана 14 ЗОА, док би стандард потпуне контроле арбитражног споразума ваљало применити када су испуњене претпоставке за примену члана II(3) Њујоршке конвенције.

100 С обзиром да у формулацији члана II(3) недостаје реч „очигледно“, може се закључити да контрола арбитражног споразума није ограничена на *prima facie* стандард. Г. Кнежевић, В. Павић, 71; D. Solomon, 127; D. Schramm, E. Geisinger, P. Pinsolle, 109.

101 За више о доктрини аутономије арбитражних споразума вид. М. Станивуковић, 78–81; Јелена Перовић, „Ништавост уговора о арбитражи“, *Право и љивреда*, бр. 4–6/2019, 557–560.

102 Ово важи поготово узевши у обзир да је *prima facie* стандард контроле „пријатељски“ настројен према арбитражи. D. Schramm, E. Geisinger, P. Pinsolle, 110.

103 В. Павић (2019), 387; У. Грушић, 87; М. Станивуковић, 152–153.

Коришћена литература

- Alvins Ramon J., Eljuri Elisabeth, Trevino Clovis, „Venezuela“, *The International Arbitration Review* (editor James H. Carter), London, 2010.
- Bachand Frederic, „Does Article 8 of the Model Law Call for *Prima Facie* Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?“, *Arbitration International*, No. 22/3, 2006.
- Bagner Hans, „Article I“, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, (editors Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, Nicola C. Port), 2010.
- Ball Markham, „The Essential Judge: The Role of the Courts in a System of National and International Commercial Arbitration“, *Arbitration International*, Vol. 22, No. 1/2006.
- Bartsch Philippe, Petti Angelina M., „The Arbitration Agreement“, *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners* (editors Elliott Geisinger, Nathalie Voser), 2nd edition, 2013.
- Barcelo John J. III, „The Competence-Competence Principle's Negative Effect“, *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration* (editors Stefan Kroll, Andrea K. Bjorklund, Franco Ferrari), Cambridge, 2023.
- Berger Klaus Peter, *Private Dispute Resolution in International Business – Negotiation, Mediation, Arbitration: Handbook*, Vol. II, 2nd edition, 2009.
- Blackaby Nigel, Partasides Constantine, Redfern Alan, Hunter Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration – Student Version*, 5th edition, New York, 2009.
- Бодирога Никола, „Разлози за одбацивање тужбе и право на приступ суду“, *Билтен судске праксе Вишег суда у Београду*, Београд, 2023. (Bodiroga Nikola, „Razlozi za odbacivanje tužbe i pravo na pristup sudu“, *Bilten sudske prakse Višeg suda u Beogradu*, Beograd, 2023)
- Born Gary B., *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing*, Hague, 1999.
- Born Gary B., *International Commercial Arbitration*, 2009.
- Borner Andreas, „Article III“, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, (editors Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, Nicola C. Port), 2010.
- Waincymer Jeffrey, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, 2012.
- Van den Berg, Jan Albert, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Hague, 1981.

- Varady Tibor, Barcelo John J. III, Von Mehren Arthur T., *Teacher's Manual to International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective*, 4th edition, 2009.
- Варади Тибор, Бордаш Бернадет, Кнежевић Гашо, Павић Владимир, *Међународно приватно право*, 21. издање, Београд, 2022. (Varadi Tibor, Bordaš Bernadet, Knežević Gašo, Pavić Vladimir, *Međunarodno privatno pravo*, 21. izdanje, Beograd, 2022)
- Васић Предраг, „Пружање међународне правне помоћи као гаранција Србије на путу ка европским интеграцијама“, *Билтен судске праксе Вишег суда у Београду*, Београд, 2010. (Vasić Predrag, „Pružanje međunarodne pravne pomoći kao garancija Srbije na putu ka evropskim integracijama“, *Bilten sudske prakse Višeg suda u Beogradu*, Beograd, 2010)
- Wiebecke Martin, „Switzerland“, *The International Arbitration Review* (editor James H. Carter), London, 2010.
- Wilske Stephan, Fox Todd J., „Recognition of Arbitral Agreements“, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958: Commentary* (editor Reinmar Wolff), Munich, 2012.
- Gaillard Emmanuel Gaillard, Banifatemi Yas, „Prima Facie Review of Existence, Validity of Arbitration Agreement“, *New York Law Journal*, Vol. 225, No. 105/2005.
- Gaillard Emmanuel, Siino Benjamin, „Enforcement under the New York Convention“, *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitral Awards* (editors J. William Rowley QC, Emmanuel Gaillard, Gordon E. Keiser), London, 2019.
- Gaillard Emmanuel, Savage John (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Hague, 1999.
- Girsberger Daniel, Voser Nathalie, *International Arbitration in Switzerland*, Zurich, 2008.
- Girsberger Daniel, Ruch Pascal J., „Pathological Arbitration Clauses: Another Lawyer's Nightmare Comes True“, *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution – Liber Amicorum Eric Bergsten* (editors S. Kroll, L. A. Mistelis, P. Perales Viscasillas, V. Rogers), 2011.
- Graves Jack, Davydan Yelena, „Competence-Competence and Separability – American Style“, *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution – Liber Amicorum Eric Bergsten* (editors S. Kroll, L. A. Mistelis, P. Perales Viscasillas, V. Rogers), 2011.

- Грушић Угљеша, „Субјективни домашај арбитражног споразума у српском праву“, *Ревизија Копаоничке школе природног права*, бр. 2/2020. (Grušić Uglješa, „Subjektivni domašaj arbitražnog sporazuma u srpskom pravu“, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, br. 2/2020)
- Ђорђевић Милена, „Арбитражне поуке из 2020. године – Смернице за транспарентнији, флексибилнији и ефикаснији арбитражни поступак“, *Liber Amicorum: професор др Мирко Васиљевић* (уредник Душан В. Поповић), Београд, 2021. (Đorđević Milena, „Arbitražne pouke iz 2020. godine – Smernice za transparentniji, fleksibilniji i efikasniji arbitražni postupak“, *Liber Amicorum: profesor dr Mirko Vasiljević* (urednik Dušan V. Popović), Beograd, 2021)
- Ђорђевић Милена, „Процесне неправилности као разлог за поништај арбитражне одлуке – поуке из упоредне судске праксе, други део“, *Harmonius Journal of Social and Legal Studies in South East Europe*, Београд, 2020. (Đorđević Milena, „Procesne nepravilnosti kao razlog za poništaj arbitražne odluke – pouke iz uporedne sudske prakse, drugi deo“, *Harmonius Journal of Social and Legal Studies in South East Europe*, Beograd, 2020.)
- Јовановић Марко, „О неким разликама између трговинске и инвестиционе арбитраже“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018. (Jovanović Marko, „O nekim razlikama između trgovinske i investicione arbitraže“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2018)
- Јовановић Марко, „Одлучивање по правичности у новијој пракси Спољнотрговинске/Сталне арбитраже при Привредној комори Србије“, *Liber Amicorum: професор др Мирко Васиљевић* (уредник Душан В. Поповић), Београд, 2021. (Jovanović Marko, „Odlučivanje po pravičnosti u novijoj praksi Spoljnotrgovinske/Stalne arbitraže pri Privrednoj komori Srbije“, *Liber Amicorum: profesor dr Mirko Vasiljević* (urednik Dušan V. Popović), Beograd, 2021)
- Јовановић Стефан, „Меродавно право за арбитрабилност предмета спора: *lex fori*, *lex arbitri* и њихове алтернативе“, *Право и привреда*, бр. 3/2021. (Jovanović Stefan, „Merodavno pravo za arbitrabilnost predmeta spora: *lex fori*, *lex arbitri* i njihove alternative“, *Pravo i privreda*, br. 3/2021)
- Јовановић Стефан, „Решавање о приговору ненадлежности због уговорене арбитраже у судској пракси“, *Право и привреда*, бр. 2/2020. (Jovanović Stefan, „Rešavanje o prigovoru nenadležnosti zbog ugovorene arbitraže u sudskoj praksi“, *Pravo i privreda*, br. 2/2020)
- Кнежевић Гашо, Павић Владимир, *Арбитража и АДР*, Београд, 2009. (Knežević Gašo, Pavić Vladimir, *Arbitraža i ADR*, Beograd, 2009)

- Lew Julian D. M., „Achieving the Dream: Autonomous Arbitration“, *Arbitration International*, Vol. 22, No. 2/2006.
- Lew Julian D. M., Mistellis Loukas A, Kroll Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Hague, 2003.
- Liebscher Christoph, „Preliminary Remarks“, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958: Commentary* (editor Reinmar Wolff), Munich, 2012.
- Lowenfeld Andreas F., *International Litigation and Arbitration*, Minnesota, 1993.
- Mayer Pierre, „L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence“, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, Vol. 217, 1989.
- Милутиновић Љубица, Ђорђевић Милена, „Медијација и арбитража“, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 2/2016.
- Morton Peter, „Can a World Exist Where Expedited Arbitration Becomes the Default Procedure?“, *Arbitration International*, Vol. 25, No. 1/2010.
- Moses Margaret, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 2nd edition, 2012.
- Najar Jean-Claude, „Inside Out: A User's Perspective on Challenges in International Arbitration“, *Arbitration International*, Vol. 25, No. 4/2009.
- Park William W., *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*, Oxford, 2006.
- Paulsson Marike, *The 1958 New York Convention in Action*, 2016.
- Pavić Vladimir, „National Reports: Serbia“, *World Arbitration Reporter* (editors L. Mistellis, L. Shore, H. Smit), 2nd edition, 2010.
- Павић Владимир, „Осврт на праксу Врховног касационог суда у арбитражној материји“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (2019)* (уредник Вук Радовић), Београд, 2019. (Pavić Vladimir, „Osvrt na praksu Vrhovnog kasacionog suda u arbitražnoj materiji“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2019)* (urednik Vuk Radović), Beograd, 2019)
- Павић Владимир, Ђорђевић Милена, „Новине у правном оквиру за АДР у Србији“, *Harmonius Journal of Social and Legal Studies in South East Europe*, Београд, 2014. (Pavić Vladimir, Đorđević Milena, „Novine u pravnom okviru za ADR u Srbiji“, *Harmonius Journal of Social and Legal Studies in South East Europe*, Beograd, 2014)
- Пауновић Мирослав, „О тумачењу мањкавих арбитражних споразума“, *Liber Amicorum: професор др Мирко Васиљевић* (уредник

- Душан В. Поповић), Београд, 2021. (Paunović Miroslav, „О тумачењу манjkавих арбитражних споразума“, *Liber Amicorum: profesor dr Mirko Vasiljević* (urednik Dušan V. Popović), Београд, 2021)
- Перовић Јелена, „Седиште арбитраже у међународној трговинској арбитражи“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018. (Perović Jelena, „Sedište arbitraže u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2018)
- Perović Jelena, Đorđević Milena, „Resolution of Commercial Disputes Through Arbitration as a Contributor to Improvement of Business Environment in Serbia“, *Serbian Association of Economists Journal*, Београд, 2013.
- Поповић Витомир, „Рјешавање (инвестиционих) спорова у области енергетике“, *Liber Amicorum: професор др Мирко Васиљевић* (уредник Душан В. Поповић), Београд, 2021. (Popović Vitomir, „Rješavanje (investicionih) sporova u oblasti energetike“, *Liber Amicorum: profesor dr Mirko Vasiljević* (urednik Dušan V. Popović), Београд, 2021)
- Poudret Jean-Francois, Besson Sebastien, *Comparative Law of International Arbitration*, London, 2007.
- Pryles Michael, „The Kaplan Lecture 2009 – When is an Arbitration Agreement Waived?“, *Journal of International Arbitration*, No. 27, Iss. 2, 2010.
- Solomon Dennis, „The New York Convention“, *International Commercial Arbitration: A Handbook* (editor Stephan Balthasar), 2nd edition, Munich, 2021.
- Станивуковић Маја, *Међународна арбитража*, Београд, 2013. (Stanivuković Maja, *Međunarodna arbitraža*, Београд, 2013.)
- Schramm Dorothee, Geisinger Elliott, Pinsolle Philippe, „Article II“, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, (editors Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, Nicola C. Port), 2010.
- Sussman Edna, „Why Arbitrate? The Benefits and Savings“, *NYSBA Journal*, 2009.
- Tao Jingzhou, Von Wunschheim Clarisse, „Articles 16 and 18 of the PRC Arbitration Law: The Great Wall of China for Foreign Arbitration Institutions“, *Arbitration International*, Vol. 23, No. 2/2007.
- Tweeddale Andrew, Tweeddale Keren, *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*, Oxford, 2005.
- Uzelac Alan, Krešić Mirela, „Арбитража (избрано суђење) у Корчуланском статуту и статутима источне обале Јадрана“, *Liber Amicorum Gašo Knežević* (urednici Tibor Varady, Dobrosav Mitrović, Dragor Hiber, Vladimir Pavić, Milena Đorđević, Marko Jovanović), Београд, 2016.

- Friedland Paul, Brekoulakis Stavros, 2018 *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, 2018.
- Haigh QC David R., Novinger Grant Louise, Morgan Sonya, Rojas Romeo, „Canada“, *The International Arbitration Review* (editor James H. Carter), London, 2010.
- Holtzmann Howard M., Neuhaus Joseph, *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Deventer, 1989.
- Horvath Gunther J., „The Judicialization of International Arbitration: Does the Increasing Introduction of Litigation-Style Practices, Regulations, Norms and Structures into International Arbitration Risk a Denial of Justice in International Business Disputes?“, *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution – Liber Amicorum Eric Bergsten* (editors S. Kroll, L. A. Mistelis, P. Perales Viscasillas, V. Rogers), 2011.
- Huber Peter, „Arbitration Agreement and Substantive Claim Before Court“, *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (editors Karl-Heinz Bockstiegel, Stefan Michael Kroll, Patricia Nacimiento), 2007.
- Carbonneau Thomas E., *Cases and Materials on The Law and Practice of Arbitration*, 2nd edition, 2000.

Fani SPALEVIĆ, LL.M

PhD student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

COURT REVIEW OF ARBITRATION AGREEMENTS UNDER ARTICLE II(3) OF THE NEW YORK CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS: PRIMA FACIE OR FULL REVIEW

Summary

When claimant files a claim with a court despite the existence of an arbitration agreement, and respondent raises an objection to the agreed arbitration, the court should decide on its (lack of) jurisdiction. According to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, the court shall refer the parties to arbitration unless the arbitration agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed. However, the question arises – should the national courts of the Member States apply a system of full or prima facie review of arbitration agreements? The question essentially boils down to the interpretation of Article II(3) of the New York Convention. Accordingly, the author applies the linguistic, historical, systemic, teleological and comparative methods of interpretation in the paper. The author also analyzes the relevant legislative framework and case law in Serbia, and comes to certain conclusions about the possible conduct of courts when applying Article II(3) of the New York Convention – in contrast to the system of prima facie review that courts apply under the Serbian Arbitration Act, if the arbitration agreement provides for the seat of arbitration outside of Serbia, full review should be applied.

Key words: *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. – Arbitration agreement. – Judicial review. – Prima facie review. – Full review.*

Датум пријема рада: 8. 10. 2025.

Датум прихватања рада: 19. 11. 2025.