

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Јелена Р. Вукадиновић

**УЛОГА АРБИТРАБИЛНОСТИ У
ПРОЦЕСУ РЕШАВАЊА СПОРОВА
ПРЕД МЕЂУНАРОДНОМ
ТРГОВИНСКОМ АРБИТРАЖОМ**

докторска дисертација

Београд, 2016.

UNIVERSITY OF BELGRADE

FACULTY OF LAW

Jelena R. Vukadinović

**THE ROLE OF ARBITRABILITY IN THE
PROCESS OF RESOLVING DISPUTES
BEFORE AN INTERNATIONAL
COMMERCIAL ARBITRATION**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2016

ПОДАЦИ О МЕНТОРУ И ЧЛАНОВИМА КОМИСИЈЕ

	Титула	Име и презиме	Звање	Назив универзитета и факултета
Коментор	доктор правних наука	Мирко Васиљевић	Редовни професор	Универзитет у Београду, Правни факултет
Коментор	доктор правних наука	Милена Ђорђевић	Доцент	Универзитет у Београду, Правни факултет
Члан Комисије	доктор правних наука	Јелена Перовић	Редовни професор	Универзитет у Београду, Економски факултет

Датум одбране _____

ПОДАЦИ О ДОКТОРСКОЈ ДИСЕРТАЦИЈИ

Наслов докторске дисертације	Улога арбитрабилности у процесу решавања спорова пред међународном трговинском арбитражом
Резиме	<p>Предмет истраживања која су обављена у овом раду су решења која су прихваћена у изворима арбитражног права, судској и арбитражној пракси и правној теорији у погледу појма и значаја арбитрабилности у међународним трговинским односима. Арбитрабилност је схваћена у најширем смислу као подобност спора да буде поверен на решавање арбитражи као недржавном органу.</p> <p>Разлоге за постављање питања арбитрабилности треба тражити у разликама и споровима који постоје између људи. Ова чињеница, која се манифестује као однос друштвене заједнице према арбитражи, сведочи о арбитрабилности не само као правној, већ и као социолошкој појави.</p> <p>Са настанком државе као организованог и уређеног начина заједничког живота чије је поштовање обезбеђено принудним прописима и посебно издвојеном судском влашћу, значај арбитража, као аутономно организованог начина решавања спорова, бива релативизован и стављен у раван са државним судовима. Упоредивање и паралелизам између два начина решавања спорова ће остати мерило ефикасности и оправданости и једног и другог начина решавања спорова. Својеврсни дуалитет и ривалитет између судског и арбитражног "судовања" требало би схватити не само као ограничавајуће факторе, већ и као покретачку снагу за стално преиспитивање улоге и значаја арбитража. Пре свега у међународним трговачким споровима, али и у осталим областима организованог друштвеног живота и не само између</p>

појединаца (правних и физичких лица) већ и између држава. У том смислу се може говорити о различитим врстама арбитража, као алтернативном начину или механизму за превазилажења и коначно решавање спорова, као што су јавне и приватне арбитраже, опште и специјализоване или посебне. У посебне или специјализоване спадају и међународне трговинске арбитраже. Због значаја који има међународна трговина, предмет рада је ограничен на међународне трговинске арбитраже и на одређивање њихове надлежности кроз питање арбитрабилности.

Питање арбитрабилности се у теоријском смислу може посматрати и анализирати као унутрашње својство или подобност спора за приватно решавање, а у практичном смислу, као питање надлежности. Наведена значења су определили приступ њиховој анализи и определили и хипотезе и циљеве овог рада.

У раду су полази од хипотезе да арбитрабилност у чистом теоријском облику почива на својству спорног односа, схваћеном као скупа права и обавеза чије карактеристике опредељују конкретан спор као трговински или нетрговински и као арбитрабилан или неарбитрабилан. Овај аспект арбитрабилности је одређен пре свега спремношћу непосредних учесника у спорном односу да своје разлике повере на арбитражање трећем приватном лицу. У том смислу унутрашњу садржину арбитрабилности чини спремност странака да свој спор повере арбитрама на решавање и да арбитражним уговором своје поверење пренесу на арбитраже.

У функционалном смислу се полази од тезе да спољну страну арбитрабилности чине елементи којима држава одређује надлежност арбитраже. У том смислу обим арбитрабилности не зависи само од унутрашњих својстава спорног односа, већ од решења у конкретном правном систему која су одређена интересом конкретне државе. Тако посматрано, појам арбитрабилности је одређен споља - позитивно правним решењима. Отуда не постоји

јединствени и универзални појам арбитрабилности. Постојање наведених разлика је довело до тога да се одеђени спорови у неким државама сматрају арбитрабилним, а у другим неарбитрабилним; на пример спорови из права интелектуалне својине или права конкуренције.

То практично значи да арбитрабилност као унутрашње својство спорног односа треба посматрати у конкретним односима, кроз конкретни спор. У том случају се говори о конкретној арбитрабилности која се у крајњој линији верификује у поступку признања и извршења арбитражне одлуке од стране организованог (државног) система за принудно извршење. Тиме је појам арбитрабилности функционално и трајно везан за конкретни правни систем па је други део овог рада посвећен анализи арбитрабилности посебних спорова.

Објашњењем и образложењем двојне природе арбитрабилности, кандидат је у раду доказао обе тезе. Двојна природа арбитрабилности условила је и систематику рада. Први део рада је посвећен општем теоријском појму арбитрабилности, док је у другом делу рада анализирана арбитрабилност неких граничних спорова и спорова који су до скоро сматрани неарбитрабилним.

Овако одређен предмет рада је определио и методолошки приступ и грађу чија су решења истраживана. Као правно релевантна грађа у раду су коришћени позитивно правни прописи и у водећим правним системима. Паралелно са анализом позитивних прописа, анализирана је судска и арбитражна пракса, посебно у оним државама чији су судови својим прецедентима креирали нова тумачења и правце, као што су судови у Француској и САД.

Рад је имао за циљ да систематизује постојећа решења, да дође до нових закључака или да потврди постојеће. Без обзира што је у питању институт позитивног права чије решење у крајњој линији зависи од судске праксе, тј. ставова највиших судова у поступку

	<p>поништаја или признања и извршења арбитражних одлука, у раду је наглашен значај правне теорије. У том циљу су у раду анализирани радови бројних аутора, чији су ставови и мишљења наведени у око девет стотина референци.</p> <p>У раду су поред нормативног или догматског метода, коришћени упоредно правни метод, метод анализе случајева и историјски метод. Као методи закључивања, најчешће је коришћен индуктивни метод па су на основу појединачних ставова судске и арбитражне праксе, кад је било то могуће, извођени општи или заједнички закључци.</p> <p>Као општи се могу навести два закључка. Први, појам арбитрабилности директно одређује обим надлежности међународних трговинских арбитража. Други, постоји снажна тенденција да се као арбитрабилни признају готово сви спорови настали не само из непосредног промета робе и услуга (трговине), већ и оних који су у вези са њима. Такво схватање арбитрабилности јача улогу међународних трговинских арбитража, али и њихову одговорност да својим ставовима обезбеде правну сигурност учесницима у међународној трговини и тако учине лакшим и разумљивијим услове међународне размене.</p>
Кључне речи	Арбитрабилност, надлежност, арбитража, подобност спора, спорни однос
Научна област	Правне науке
Ужа научна област	Пословно-правна област
УДК	341.63:339.5

INFORMATION ON DOCTORAL DISSERTATION

Title of the Doctoral Dissertation	The role of arbitrability in the process of resolving disputes before an international commercial arbitration
Summary	<p>The subject of the research performed herein is solutions accepted in the sources of arbitration law, case law and arbitration case law and legal theory in respect of the notion and significance of arbitrability in the international commercial relations. Arbitrability is understood in the broadest sense as capability of dispute to be entrusted for resolving to the arbitration as a non-state authority.</p> <p>The reasons for asking the question of arbitrability should be looked for in the differences and disputes existing among the people. This fact, manifested as relation of the social community towards arbitration, testifies to arbitrability not only as legal, but as sociological phenomenon as well.</p> <p>With the emerging of state as organized and regulated way of living together, the respect for which is provided by enforcement regulations and especially by separated judicial power, the importance of arbitrations, as autonomously organized manner of resolving disputes is relativized and placed in line with state courts. A comparison and parallelism between the two ways of resolving disputes will remain a criterion for efficiency and justifiability of both ways of resolving disputes. A kind of duality and rivalry between the court and arbitration "judging" should be understood not only as a limiting factor, but also as a driving force for constant questioning of the role and importance of arbitrations, above all in the international commercial disputes, as well as in the other areas of the organised social life, and not only among</p>

individuals (legal and natural persons), but also among countries. In this sense, one may talk about various types of arbitrations, as an alternative way or mechanism for overcoming and final resolving of disputes, such as public and private arbitrations, general and specialised or special arbitrations. The special or specialised ones also include international commercial arbitrations. Due to the significance of international commerce, the subject hereof is limited to international commercial arbitrations and to determining their competence through the question of arbitrability.

The question of arbitrability in theoretical sense may be observed and analysed as internal quality or capability of a dispute for private resolving, and in practical sense, as question of competence. The mentioned connotations have determined the approach to their analysis and determined the hypotheses and objectives hereof as well.

The paper departs from the hypothesis that arbitrability in pure theoretical sense rests on the quality of disputable relation, understood as a group of rights and obligations, the characteristics of which determine a specific dispute as commercial or non-commercial and as arbitrable or non arbitrable. This aspect of arbitrability is, above all, determined by the readiness of direct participants in a disputable relation to entrust the third private person with their differences for arbitration. In this sense, the internal content of arbitrability is made of the readiness of the parties to entrust the arbiters with their dispute for resolving and to transfer their trust to the arbiters by the arbitration agreement.

In functional sense, one departs from the argument that the external side of arbitrability is made of the elements by which the countries determine the competence of the arbitration. In this sense, the scope of arbitrability does not depend just on the internal quality of a disputable relation, but also on the solutions in a specific legal system determined by the interest of a specific country. Observed in such manner, the notion of arbitrability is determined from the outside - by positive legal solutions.

Therefore there is no unique and universal notion of arbitrability. The existence of the mentioned differences have brought to that certain disputes in some countries are regarded as arbitrable, and in some as non-arbitrable; for example, the disputes regarding intellectual property rights or competition rights.

This practically means that arbitrability as an internal quality of a disputable relation should be regarded in specific relations, through a specific dispute. In such case, one talks about a specific arbitrability which is finally verified in the procedure of recognition and enforcement of the arbitration decision by the organised (state) system for enforcement performance. Thereby the notion of arbitrability is functionally and permanently connected to a specific legal system, so that the second part hereof is dedicated to the analysis of arbitrability of special disputes.

By explaining and stating the reasons for dual nature of arbitrability, the candidate has proven both arguments herein.

The dual nature of arbitrability has also conditioned the systematics hereof. The first part hereof is dedicated to general theoretical notion of arbitrability, while in the second part hereof, arbitrability of some bordering disputes and disputes considered non-arbitrable until recently, is analysed.

The subject hereof determined in such manner has also determined a methodological approach and written materials the solutions from which have been researched. Positive legal regulations in the leading legal systems have been used as legally relevant materials, grouped in broader units. Concomitantly with the analysis of positive regulations, case law and arbitration case law have been analysed, especially in the countries where the courts created new interpretations and directions by their precedents, such as the courts in France and the USA.

The objective hereof has been to systemize the existing solutions, to

	<p>draw new conclusions or to confirm the existing ones. Regardless of whether it is about the institute of positive law, the resolution of which finally depends on case law, i.e. on the opinions of the highest courts in the procedure of annulment or recognition and enforcement of arbitration awards, the paper emphasises an importance of legal theory. In respect thereof, the works of numerous authors, whose opinions and standpoints are mentioned in about nine hundred references (footnotes), are analysed herein.</p> <p>Besides a normative or dogmatic method, as a basic one, a comparative-legal method, a case analysis method and a history method are used herein. An inductive method is most frequently used as a method of concluding, so that, based on individual opinions of case law and arbitration case law, general or common conclusions are drawn whenever possible.</p> <p>Two conclusions can be drawn in general. The first one is that the notion of arbitrability directly determines the scope of competence of international commercial arbitrations. The second one is that there is a strong tendency that almost all the disputes, not only the ones arisen out of direct trade of goods and services, but also the ones related to them, are recognised as arbitrable. Such understanding of arbitrability reinforces the role of international commercial arbitrations, but also their responsibility for providing the participants in international commerce with legal security using their opinions, thus making international trade conditions easier and more understandable.</p>
Keywords	Arbitrability, jurisdiction, international commercial arbitration, capability of dispute, dispute
Scientific Area	Legal science
Specific Scientific Area	Business law
UDC	341.63:339.5

САДРЖАЈ

СПИСАК КОРИШЋЕНИХ СКРАЋЕНИЦА.....	18
УВОД.....	21
I Предмет и циљ истраживања	21
II Полазне тезе	22
III Оправданост теме и допринос истраживања	23
IV Методологија и структура рада	24
V Резултати до којих се дошло у раду.....	30
I ОПШТИ ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ МЕЂУНАРОДНЕ ТРГОВИНСКЕ АРБИТРАЖЕ.....	31
1. Питање терминологије - општа разматрања	31
2. Појам и карактеристике међународне трговинске арбитраже	32
2.1. Међународни карактер арбитраже	32
4.2. Трговински карактер спора	39
II ПРАВНО РЕГУЛИСАЊЕ АРБИТРАЖЕ	43
1. Међународни извори.....	44
1.1. Мултилатералне универзалне конвенције	44
1.2. Регионалне конвенције	48
1.3. Извори који немају обавезујућу снагу (аутономни извори).....	50
2. Извори националног карактера	52
3. Арбитражна пракса и правна доктрина.....	54
III УГОВОР О МЕЂУНАРОДНОЈ ТРГОВИНСКОЈ АРБИТРАЖИ.....	56

1. Појам и правна природа.....	56
2 Аутономија арбитражног уговора.....	59
2.1. Ограничења од принципа аутономије арбитражног уговора.....	61
3. Примена различитих правила на основни посао и арбитражни уговор - меродавно право за арбитражни уговор	64
4. Compétence – Compétence	67
4.1. Обим начела compétence-compétence.....	69
5. Облици уговора о арбитражи	70
5.1 Компромисорна клаузула и компромис	71
6. Елементи арбитражног уговора	73
6.1. Форма уговора о арбитражи.....	73
6.1.1. Заснивање надлежности без посебног уговора	81
6.1.2. Закључак	83
6.2. Сагласност уговорних страна.....	84
6.2.1. Мањкаве или патолошке клаузуле	89
6.3. Способност уговарања.....	94
6.3.1. Појам	94
6.3.2. Меродавно право за способност уговарања	95
6.3.3. Закључивање арбитражног уговора преко заступника	97
IV ОПШТА ПИТАЊА АРБИТРАБИЛНОСТИ.....	101
1. Опште значење арбитрабилности	101
2. Значење арбитрабилности у функционалном смислу.....	105
3. Улога арбитрабилности у арбитражном уговору	106
4. Арбитрабилност спора према међународним изворима права	108
5. Решења у националним изворима арбитражног права	110
6. Арбитрабилност као услов за настанак арбитражног уговора.....	113

6.1. Утицај арбитрабилности на остале елементе арбитражног уговора: сагласност воља, каузу, предмет и форму	115
6.2. Утицај арбитрабилности на каузу арбитражног уговора	116
6.3. Утицај арбитрабилности на предмет арбитражног уговора.....	117
7. Значај и последице различитог одређивања појма арбитрабилности	119
V ВРСТЕ АРБИТРАБИЛНОСТИ	122
1. Објективна арбитрабилност (<i>ratione materiae</i>).....	123
1.1. Појам и природа објективне арбитрабилности	123
1.2. Начини одређивања арбитрабилних спорова	125
1.3. Границе објективне арбитрабилности.....	127
1.4. Национална или међународна арбитрабилност	129
1.5. Закључак	130
2. Субјективна арбитрабилност (<i>ratione personae</i>).....	131
2.1. Појам и значај.....	131
2.2. Уговорна способност лица јавног права	132
2.3. Резиме.....	136
2.4. Субјективна арбитрабилност у националним изворима арбитражног права	138
а) Решења у међународним изворима	138
б) Решења у националним изворима.....	139
ц) Резиме.....	144
2.5. Позивање на имунитет	145
2.5.1. Теоријско одређење имунитета.....	145
2.5.2. Правно регулисање имунитета у изворима права	149
2.5.3. Имунитет државе и међународна трговинска арбитража.....	150
а) Имунитет од извршења	154
б) Дејство арбитражног уговора закљученог од државних органа	156
2.5.4. Закључак	158

VI МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ОЦЕНУ АРБИТРАБИЛНОСТИ 160

1. Општа разматрања.....	160
2. Два приступа у одређивању меродавног права	161
3. Разлози за примену <i>lex fori</i> и <i>lex arbitri</i>	163
4. У којој фази се може поставити питање арбитрабилности	165
5. Резиме	168

VII АРБИТРАБИЛНОСТ И ЈАВНИ ПОРЕДАК..... 170

1 Дефинисање јавног поретка.....	171
2. Кад се поставља питање јавног поретка у међународној трговинској арбитражи	178
2.1. Јавни поредак и уговор о арбитражи.....	179
2.2. Јавни поредак у поступку признања и извршења донете арбитражне одлуке	182
2.3. Однос јавног поретка и меродавног права.....	184
2.4. Међузависност јавног поретка и арбитрабилности	185
3. Норме непосредне примене и међународна трговинска арбитража.....	186
3.1. Општи појам норми непосредне примене	186
3.2. Дефинисање норми непосредне примене	187
3.3. Однос између норми непосредне примене и наднационалног јавног поретка	188
3.4. Врсте норми непосредне примене	190
3.5. Норме непосредне примене и међународна трговинска арбитража.....	192
3.6. Резиме.....	195

ПОСЕБНИ ДЕО 197

I АРБИТРАБИЛНОСТ СПОРОВА ИЗ ПРАВА

ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ..... 197

1. Специфичности права интелектуалне својине.....	197
2. Врсте спорова који се тичу права интелектуалне својине.....	200

2.1. Арбитрабилност спорова о упису права интелектуалне својине у посебне регистре.....	200
2.2. Аргументи у прилог арбитрабилности ових спорова	203
3. Решења у националним правима	204

II АРБИТРАБИЛНОСТ КАРТЕЛНИХ (АНТИТРУСТ)

СПОРОВА..... 210

1. Повезаност права интелектуалне својине и права о заштити конкуренције - сличност циљева.....	210
2. Разлике у задацима правила о заштити интелектуалне својине и правила о заштити конкуренције.....	212
3. Особености правила о заштити конкуренције.....	213
4. Питање арбитрабилности у ex ante и ex post картелним споровима	216
5. Општи контекст у коме се разматра питања арбитрабилности спорова из права конкуренције.....	218
5.1. Начело аутономије воље и слободе предузетништва као оквир тумачења права конкуренције и арбитрабилности	219
5.2. Начело аутономије воље и право конкуренције.....	219
5.3. Начело директног дејства и усклађеног тумачења као претпоставке примене ЕУ права конкуренције.....	221
5.4. Арбитрабилност картелних спорова у праву Сједињених Америчких Држава.....	222
5.5. Арбитрабилност картелних спорова у праву Европске уније.....	227
5.6. Арбитрабилност картелних спорова у осталим националним правима	232
5.7. Важење теорија "другог погледа" изван САД.....	234

III АРБИТРАБИНОСТ СПОРОВА ИЗ СТЕЧАЈНОГ ПРАВА .. 236

1. Општа питања	236
2. Утицај отварања стечаја на постојање и пуноважност арбитражног уговора	237
3. Који су спорови арбитрабилни.....	242

4. Директни и индиректни стечајни спорови	244
5. Утицај стечајног поступка на арбитражни поступак	246
6. Меродавно право за оцену арбитрабилности и дејство стечаја	249
6.1. Право седишта арбитражног трибунала и право земље могућег извршења арбитражне одлуке	249
IV АРБИТРАБИЛНОСТ СПОРОВА ИЗ ХАРТИЈА ОД ВРЕДНОСТИ И БАНКАРСКИХ ПОСЛОВА.....	252
1. Уводна објашњења	252
2. Решења у националним правима	253
3. Судска пракса у Сједињеним Америчким Државама	256
4. Немачка пракса	263
5. Критички осврт на теоријске разлоге неарбитрабилности	264
V АРБИТРАБИЛНОСТ СПОРОВА ИЗ КОМПАНИЈСКОГ ПРАВА.....	266
1. Решења у националним правима	268
2. Разлози против арбитрабилности спорова из компанијског права.....	270
VI АРБИТРАБИЛНОСТ СПОРОВА ИЗ ЕМБАРГА	274
1. Појам.....	274
2. Спорна питања.....	274
3. Утицај ембарга на арбитражни уговор	275
ЗАКЉУЧАК	278
Списак коришћене литературе.....	288
Биографија аутора.....	336

СПИСАК КОРИШЋЕНИХ СКРАЋЕНИЦА

AAA	American Arbitration Association
Am. Bankr. Inst. L. Rev	American Bankruptcy Institute Law Review
Am. J. Int' l Arb.	American Journal of International Arbitration
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. Rev. of Int' l Arb.	American Review of International Arbitration
Анали	Анали Правног факултета Универзитета у Београду
Arb. Int ' l	Arbitration International
Bull. Int' l & Eur.	Bulletin International et Européen
CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration Commission
Croat. Arbit. Yearb.	Croatian Arbitration Yearbook
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit
GAFTA	Grain and Feed Trade Association
IBA	International Bar Association
ICC	International Chamber of Commerce Међународна трговинска комора-МТК
ICC Bull.	ICC International Court of Arbitration Bulletin
ICC Congress Series	Congress Series of the International Commercial arbitration
ICSID	International Centre for Settlement of Investment disputes
Int'l & Comp. L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
Int'l Arb. L. Rev.	International Arbitration Law Review

Int'l Tax & Bus. Law	International Tax and Business Lawyer
IPRG	Gesetz über das internationale Privatrecht
J. Int' l Arb.	Journal of International Arbitration
J. Bus. L	Journal of Business Law
L & poly int'l business	Law and Policy in International Business
La. L. Rev	Louisiana Law Review
LCIA	London Court of International Arbitration
LMAA	The London Maritime Arbitrator Association
Marschall Rev. Intell. Prop. L.	The John Marshall Review of Intellectual Property Law
Mealey's Int'l Arb. Rep.	Mealey's International Arbitration Report
MERCOSUR	Mercado Comúd del Sur Единствено тржиште Јужне Америке
NAFTA	North Atlantic Free Trade Agreement
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
OUP	Oxford University Press
Pepp. Disp. Resol. L.J	Pepperdine Dispute Resolution Law Journal
PIL	Switzerland's Private International Law
SIA	State Immunity Act
SIAC	Singapore International Arbitration Centre
SSRN	Social Science Research Network
Tex. Int'l L. J.	Texas International Law Journal
Tul. Int'l & Comp. L.	Tulane Journal of International and Comparative Law

UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
WASH. Int'l L. Rev.	The George Washington International Law Review
WIPO	World Intellectual Property Organization
WTO	World Trade Organization
	Светска трговинска организација-СТО
ЗА	Закон о арбитражи
ЗОО	Закон о облигационим односима

УВОД

I Предмет и циљ истраживања

Арбитраже представљају један од најстаријих начина решавања спорова које су у различитим временским епохама биле организоване на различите начине. Ипак, без обзира на те разлике, за све облике арбитражног решавања су карактеристична два елемента: поверавање и поверење. Без обзира што су модерне арбитраже "обучене" у правом прописану форму, и даље су задржале елементе поверавања и поверења.

Под *поверавањем* се подразумева пренос личног овлашћења којим располажу појединци на неко друго лице да оно реши конкретни спор. Поверавање се заснива на *поверењу* који карактерише посебан однос између лица која имају спор и трећег лица коме се поверава решење спорног односа. Поверење се заснива на стручности и непристрасности арбитра.

Међутим, у постојању и раду савремених арбитража не преламају се само приватни интереси, тј. интереси појединаца у спору оличени у поверењу и поверавању, већ и интереси државе као носиоца и заштитника јавног интереса. Овај се однос најкраће може описати као прећутно, или чак изричито толерисање паралелног начина "судовања" који врше недржавна (приватна) тела паралелно са судовима, као државним органима. У том смислу је питање арбитрабилности као питање надлежности, анализирано у контексту односа државе према организацији судске власти. Са друге стране, како се на овај начин решавају спорови у коме се као субјекти јављају и државе и државна тела, питање арбитрабилности је разматрано у контексту суверенитета и теорије о имунитету.

Посматрана са аспекта државног суверенитета, арбитрабилност као предмет ове тезе, одражава спремност државе да пренесе део својих надлежности на приватна тела померајући тако равнотежу са судске власти у корист осталих алтернативних начина решавања спорова. У том смислу арбитрабилност изражава меру спремности државе да се "саморазвласти" у једном делу свог суверенитета.

У материјалном смислу, арбитрабилност као предмет ове тезе опредељују они друштвени односи због којих је држава одређене спорове препустила решавању недржавним институцијама.

Све то говори у прилог хипотезе да арбитрабилност као предмет истраживања представља сложени и вишезначни правни појам и појаву чије изучавање захтева примену различитих метода и приступа.

С обзиром да о овим елементима као и правној природи арбитрабилности у правној теорији не постоји јединствено мишљење, нити јединствени став у судској и арбитражној пракси *циљ истраживања* је да на једном месту изнесе различита схватања, да о њима заузме критички став, и да на основу тога одреди појам и улогу арбитрабилности. У односу на полазне тезе, рад има за циљ да докаже да се адекватна заштита субјективних права може остварити и пред арбитражама, а не само у поступцима пред државним судовима, те да се широким схватањем арбитрабилности доприноси правној сигурности. Поверавањем све већег броја спорова арбитражама не урушава се поверење у правни систем одређене земље, већ напротив, јача поверење у приватне субјекте који чине институцију система.

II Полазне тезе

У истраживању се полази од две тезе.

Прво, арбитрабилност представља изведени правни појам чију садржину и правну природу одређују, са једне стране, квалитет или својства спорног односа као унутрашњи елемент и са друге стране, спремност државе да арбитрама као приватним лицима призна право да мериторно одлуче о таквом спорном односу уместо државних судова. Унутрашње својство је опредељено природом права и обавеза из спорног односа и манифестује се као подобност или неподобност спорног односа да може бити, али не и да јесте, предмет арбитражног решавања. Однос државе према арбитрабилности се манифестује као признавање или непризнавање арбитрабилности појединим (конкретним) врстама спорова.

Тако посматрана, арбитрабилност је одређена правном политиком конкретне државе и њеним схватањем виталних политичких, економских и правних односа и

интереса које треба штитити. Проблеми, међутим, настају због тога што из различитих разлога, не постоји јединствено схватање који односи представљају виталне интересе. Осим у објективном смислу, појам арбитрабилности може бити коригован дефинисањем лица која могу покренути арбитражни поступак и бити странка у њему. Питање субјективне арбитрабилности се нарочито поставља у пословима у којима се држава или њени органи јављају као једна уговорна страна, као и у пословима који се по садржини односе на јавно-правне интересе.

Друга теза је да између развоја нових технологија, посебно између коришћења средстава комуникација и арбитрабилности постоји међузависност. Коришћење нових електронских средстава комуникације чини лакшим закључивање не само традиционалних послова, већ доприноси стварању нових неименованих послова за решавање чијих спорова се претпоставља поседовање специјализованих знања и вештина. Кандидат полази од тезе да арбитражи лакше стичу таква специјализована знања и на тај начин "конкуришу" судијама за добијање таквих спорова, чиме се појам арбитрабилности шири и на нове спорове. Кандидат сматра и да ће се постојећа тенденција ширења арбитрабилности и на тзв. граничне спорове који су до скоро сматрани резервисаним за државне судове, као што су спорови из хартија од вредности, из права конкуренције, интелектулане својине и ембарга, наставити. У томе ће одлучујућу улогу играти судска и арбитражна пракса, посебно она из САД.

III Оправданост теме и допринос истраживања

Без обзира што арбитражни метод решавања спорова представља један од најстаријих алтернативних начина решавања спорова, садржина арбитрабилности није унапред дата, нити је заувек дефинисана. Напротив, њена садржина је променљива и зависна од конкретних друштвених и политичких схватања у односним државама и захтева стално изучавање, у чему се види научна оправданост овог истраживања.

У прилог научне оправданости обраде одабране теме говори и чињеница да је реч о теми која није целовито истражена у домаћој теорији, па би њена целовита

обрада допринела разјашњењу бројних питања не само у теоријском, већ и у практичном смислу.

Друштвена оправданост овако одабране теме се заснива на уверењу да ће ширењем појма арбитрабилности све већи број спорова бити повераван арбитрама од којих се може очекивати да ће својом стручношћу и независношћу радити у најбољем интересу развоја међународне трговине. Истовремено, судови ће бити у истој мери растерећени, али се ово "развлашћивање" неће негативно одразити на правну сигурност јер ће и даље вршити улогу "последње контроле" у поступку признања и извршења тако донетих арбитражних одлука.

IV Методологија и структура рада

У раду су поред нормативног или догматског метода, као основног, коришћени упоредно правни метод, метод анализе случајева и историјски метод. Као методи закључивања, најчешће је коришћен индуктивни метод па су на основу појединачних ставова судске и арбитражне праксе, кад је било то могуће, извођени општи или заједнички закључци.

Рад се састоји из општег и посебног дела, увода и закључка. Делови су подељени у главе, а ове у тачке. Општи део садржи седам глава, а посебни део има шест глава.

У уводном делу је дефинисан предмет рада и методолошки оквир истраживања.

Прва глава рада је посвећена општем појму и карактеристикама међународне трговинске арбитраже. Међународне трговинске арбитраже су објашњене кроз анализу елемента иностраности (међународног карактера) и трговачког карактера спора. Истицање међународног карактера има циљ да покаже да арбитраже својим механизмом уливају поверење не само субјектима из истог правног поретка, већ и странкама из различитих правних и политичких суверенитета.

Друга глава је посвећена анализи међународних и националних извора арбитражног права којима је регулисано оснивање и рад међународних трговинских арбитража.

У **трећој глави** су анализирана питања начина заснивања надлежности арбитража као правног оквира из кога се отвара питање арбитрабилности. У општем смислу, арбитраже своју надлежност црпе из уговора о арбитражи. У односу на класичне облигационе уговоре, уговор о арбитражи представља посебну врсту уговора који мора да задовољи посебне услове да би производио правно дејство. Осим формалних и материјалних услова неопходних за настанак пуноважног уговора о арбитражи, анализирана је и његова правна природа. Констатовано је да у погледу правне природе арбитражног уговора у правној теорији не постоји јединствено схватање, и да постоје различита мишљења која су анализирана и критички оцењена.

Посебна тачка је посвећена аутономији уговора о међународној трговинској арбитражи. С обзиром да се арбитражни уговор најчешће налази у основном послу поводом кога је настао спор који треба решити, као основно се поставља питање правне повезаности основног посла и арбитражног уговора. Без обзира што је у правној теорији општеприхваћено схватање да уговор о арбитражи има независну или аутономну судбину у односу на основни посао из кога спор потиче и чијем решавању је намењен, у пракси се у тумачењу начела аутономије јављају бројне дилеме које чине садржину ове главе.

Што се тиче, форме, странке могу своју сагласност да решавање одређеног спора повере арбитражи исказати на различите начине, који су у правној теорији познати као компромис и компромисорна клаузула. Компромису и компромисорној клаузули као постигнутој и на посебан начин исказаној сагласности воља посвећена је посебна тачка у којој су приказана решења која постоје у упоредном законодавству.

Централни део рада чине разматрања у четвртој и петој глави која су посвећена општем појму арбитрабилности и њеним субјективним и објективним елементима. Већ у првој тачки је указано да појам арбитрабилности има више значења и да се може посматрати у политичком и у правном смислу. Наиме, ако се пође од чињенице да садржину уговора о арбитражи чини конкретан спор који уговорне стране желе да повере на одлучивање арбитражи, такав уговор се може схватити као намера да се поред постојећег државног или јавног система заштите

користи други паралелни или приватни систем заштите. Стога се као политичко поставља питање да ли је и у којој је мери држава спремна да дозволи функционисање паралелног система приватне заштите. Тако посматрана, арбитрабилност одражава меру у којој је држава спремна да део својих надлежности које се у овом случају односе на заштиту трговачких интереса препусти арбитражи као приватном телу. Пошто у погледу арбитрабилности не постоје јединствена решења, основну садржину **четврте главе** чини интерпретација и анализа решења која су прихваћена у међународним и националним изворима.

Пета глава посвећена је врстама арбитрабилности. Појам арбитрабилности се одређује путем субјективног и објективног критеријума. Појам субјективне арбитрабилности одређује лица којима је признато право да могу да закључе правно ваљани арбитражни уговор. Појам објективне арбитрабилности одређује врсту спорова који могу бити решавани арбитражним путем.

У овом делу, у **шестој и седмој глави**, су анализирана и питања меродавног права и јавног поретка, као појава које ограничавају схватање и признање арбитрабилности. Анализа јавног поретка је показала да арбитрабилност представља правно-политички инструмент којим држава исказује свој однос према приватном вршењу судске функције не од стране државних судија, већ од приватних лица којима су потребну надлежност уместо државе дале саме странке. Границе ове слободе кандидат види у јавном поретку који је схваћен као императивни оквир за заштиту основних интереса и функција државе.

Посебни део рада се састоји из шест глава које су посвећене анализи решења која постоје у међународним и националним изворима у погледу арбитрабилности појединих врста спорова, као што су спорови из права интелектуалне својине, права конкуренције, стечајног права, хартија од вредности и банкарских послова и компанијског права. У питању су спорови који су до скоро сматрани или граничним случајевима или случајевима који спадају у искључиву надлежност националних судова.

Прва глава посебног дела је посвећена анализи арбитрабилности спорова из права интелектуалне својине. Особеност ове врсте спорова потиче из специфичног

карактера права интелектуалне својине која карактеришу негативна и монополска овлашћења. Као монополска или искључива, права интелектуалне својине штите интересе или само њихових носилаца или ограниченог броја лица којима је титулар дао право коришћења. Као негативна, ова права дају својим титуларима овлашћења да забране другима да нешто чине или да их зауставе у том чињењу. Као посебан облик својине, ова права у поређењу са уговорним правима не делују само између уговорних страна, већ према свима (*erga omnes*).

За оцену арбитрабилности од значаја је разликовати спорове који се односе на својину над ИП правима од спорова који се тичу регистрације и спорова у вези њиховог коришћења. У том смислу се спорови могу груписати на спорове који се односе на пуноважност уписа права интелектуалне својине и на спорове који се односе на коришћење права у коме је једна од уговорних страна власник (титулар) заштићеног права.

Начелни проблем код признања арбитрабилности споровима који се односе на права интелектуалне својине која захтевају регистрацију, настаје због различитог дејства регистрације и арбитражне одлуке. Арбитражна одлука обавезује само странке у спору (*inter partes*), али не и остала лица (*erga omnes* или *in rem*). Због тога је у готово свим земљама прихваћен став да се спорови око уписа права интелектуалне својине не могу решавати арбитражним путем. Питање *арбитрабилности спорова из уговорних односа* насталих преносом лиценце патената или жига у већини земаља није спорно. И кад су у питању ауторска права, опште је прихваћено мишљење да се ови спорови као и спорови из права индустријске својине који су настали из одређеног уговорног односа, могу решавати пред арбитражом.

Друга глава је посвећена питању арбитрабилности спорова из недозвољених картелних споразума, као посебног облика повреде конкуренције. Особеност картелних прописа је у томе што се сматрају прописима јавног карактера којима држава спроводи општу (државну) политику. Због тога су у готово свим државама надлежности за надгледање и спровођење правила о конкуренцији поверене посебним државним или парадржавним телима (тзв. регулаторним телима) која се генерално означавају као тела за заштиту конкуренције. Оваква примена се у

теорији означава као административна или *јавноправна примена* и она не оставља простора ни за судове, ни за арбитраже. Питање арбитрабилности ових споразума је постављено након што је омогућен поступак тзв. приватно правне примене који поред судова могу да спроводе и арбитраже. Међутим, и у правима која признају арбитрабилност картелним споровима, арбитраже се налазе у специфичном положају због постојања већег броја "форума" и нивоа пред којима се паралелно може одлучивати о постојању повреде. Као надлежни форуми су предвиђени национални судови и тзв. независна регулаторна тела (комисије и агенције за заштиту конкуренције), Европска комисија, Општи или Основни суд и Суд правде у Европској унији. У раду су ова питања анализирана у тачки која је посвећена арбитрабилности у *ex ante* и *ex post* картелним споровима.

У *трећој глави* је анализирано питање арбитрабилности спорова из стечајног права. Код одређивања арбитрабилности стечајних спорова кандидат разликује две ситуације. Прво, кад је над једном од страна из арбитражног уговора пре покретања арбитражног поступка или у току његовог трајања покренут стечајни поступак. Друго, кад се стечајни поступак води не само ради намирења индивидуалних интереса странака у спору, већ и неких општих или јавних интереса. Стога правила о стечајном поступку у неким националним правима чине део унутрашњег јавног поретка, а у другим правима, део међународног јавног поретка. Зависно од тога какав је значај дат наведеним чињеницама, у националним правима је питање арбитрабилности схваћено и регулисано на различите начине. Разлике се манифестују у погледу признања арбитрабилности уопште или у погледу предмета арбитрабилности, тј. листе питања која се сматрају арбитрабилним.

Као генерални, кандидат наводи закључак да је у мањој или већој мери у свим националним правима призната арбитрабилност споровима из стечаја. Међутим, у судској пракси и усвојеним законским решењима направљена је разлика између тзв. "чистих" стечајних спорова и спорова који се тичу имовинско правних захтева поверилаца према стечајном дужнику. Посебна тачка је посвећена утицају стечајног поступка на арбитражни поступак.

У *четвртој глави* је анализирано питање арбитрабилности спорова из хартија од вредности. Једну од основних карактеристика хартија од вредности чини њихова

преносивост (негоцијабилност) или промет који се реализује куповином и продајом или залагањем. Пословима промета се могу бавити правна и физичка лица приватног и јавног карактера. Пренос се може вршити непосредно или преко посебних овлашћених лица - брокера и на посебним местима - тржишту хартија од вредности. Друга врста односа се успоставља између брокера и купаца на основу индивидуалних преговора и посебно закључених уговора.

О арбитрабилности се може говорити само код наведених спорова, док односи између државног апарата и брокера остају у надлежности судова.

Осим у мањем броју трговачких закона или прописима о заштити потрошача, о хартијама од вредности или компанијским прописима, питање арбитрабилности није на посебан начин регулисано у националним правима. У таквим ситуацијама се о арбитрабилности може закључити на основу општих правила о арбитрабилности или на основу успостављене судске праксе, посебно у водећим финансијским центрима, као што су САД и Немачка.

У *петој глави* су анализирана питања арбитрабилности спорова из компанијског права. Под споровима из компанијског права подразумевају се спорови између компаније (трговачког или привредног друштва или корпорације) и трећих лица (спорови из области промета робе и услуга) и спорови унутар компаније (статусни спорови). Спорови из односа које привредно друштво успоставља са трећим лицима су означени као "спољни" или екстерни. Спорови који настају унутар правног лица, а односе се на корпорацију, осниваче, деоничаре и директоре су означени као "унутрашњи" спорови. Питање арбитрабилности се не поставља као посебно у спољним односима, већ се решава у складу са природом облигационог односа. Оно се поставља код унутрашњих односа из два разлога. Прво, због тога што оснивачки акти или акти о унутрашњој организацији често садрже једнострано формулисану арбитражну клаузулу да ће се сви спорови о питањима која су у актима регулисана одлучивати пред одређеном арбитражом. Често је то интерна арбитража организована у оквиру саме компаније. Друго, специфичност тако донетих арбитражних одлука је у томе што оне производе дејство не само према странкама из спора, већ и према ширем кругу лица: свим запосленима, или осталим акционарима, члановима друштва са ограниченом одговорношћу,

повериоцима и слично. У раду су приказана решења која у том погледу постоје у националним правима, након чега су наведени разлози који говоре против арбитрабилности ових спорова.

У последњој, шестој глави је анализирано питање арбитрабилности спорова поводом ембарга. У случају ембарга, као спорно се поставља питање да ли о мерама ембарга могу одлучивати арбитраже и какво правно дејство мере ембарга производе у односу на основни посао и на арбитражну клаузулу. У погледу права према коме треба ценити наведена питања, као опште правило је прихваћено право места седишта арбитраже, али се пракса судова разликује у погледу арбитрабилности таквих спорова. На основу ставова у арбитражној доктрини као и коментарисане арбитражне и судске праксе може се закључити да увођење ембарга утиче на судбину основног уговора, али не и на арбитражни уговор.

V Резултати до којих се дошло у раду

Анализа је показала да је институт арбитрабилности широко прихваћен и у законодавству и у арбитражној пракси, али да и даље постоје разлике у схватању његовог обима и граница до којих се може ширити.

Наведене разлике су, пре свега, условљене правно-политичким разлозима, тј разликама које постоје у схватању јавног и приватног интереса и из тога изведеног традиционалног схватања о надлежности националних судова да штите државне (јавне) интересе и надлежности (арбитрабилности) арбитража да пружају заштиту приватним интересима.

Анализирана арбитражна и судска пракса показују да се границе арбитрабилности све више шире у домен јавног права и заштите јавних интереса, како у погледу надлежности арбитража да решавају спорове из нових (аутономних) послова, тако и у погледу спорова који су традиционално сматрани "монополом судске надлежности". Међутим, правној теорији и даље остаје задатак да у новим истраживањима предвиди правце и границе даљег ширења.

О границама ширења ће, у крајњем случају, одлучивати национални судови у поступцима преиспитивања или поништаја арбитражних одлука, као и поступку признања и извршења страних арбитражних одлука.

І ОПШТИ ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ МЕЂУНАРОДНЕ ТРГОВИНСКЕ АРБИТРАЖЕ

1. Питање терминологије - општа разматрања

У свакодневном и обичном говору термином "арбитража" (енгл. *arbitration*, немач. *Schiedsgerichtsbarkeit*, франц. *l'arbitrage*) се означава уговорени начин решавања спорова. На овај начин се могу решавати различите врсте спорова који настају између различитих субјеката. Спорови могу настати као последица различитих правних и трговачких очекивања, културолошких и верских разлика као и политичких неслагања између субјеката и могу се тицати не само трговаца, већ и држава. Тако су, на пример, између држава чести спорови у вези територије, границе, употребе војних мера, увођења санкција и слично. Спорови могу настати и између држављана и страних држава. Ови последњи су карактеристични за страна улагања. Између физичких и правних лица најчешћи настају трговински спорови. Међутим, наведени спорови неће *a priori* бити решавани арбитражним путем. Да би о њима могла да одлучује арбитража, потребна је сагласност уговорних страна. У том смислу се може рећи да је арбитража приватан начин решавања спорова који зависи од воље уговорних страна. У случају да се одлуче за арбитражу, уговорне стране поклањају поверење једном или више арбитра и обавезују се да ће тако донету одлуку признати и извршити. Овако посматрана, арбитража се приближава судском начину решавања спорова који егзистира заједно са судовима и представља алтернативу судском начину одлучивања. Међутим, између арбитражног и судског начина решавања спорова поред сличности, постоје и бројне разлике¹ о којима ће бити више речи у наредним деловима рада.

¹ Више о предностима арбитраже у односу на државни суд вид.: J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003, стр. 5-9; A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides (даље: A. Redfern и други), *Law and practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2004, стр. 23-25; N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter, (N. Blackaby и други), *Redfern and Hunter on International Arbitration*, OUP, 2009, стр.

У правној теорији се термином "арбитража" означава не само посебан начин решавања спорова, него и сам орган или тело које решава спор, што изазива не само термилошку, већ и непотребну појмовну забуну.² Да би се то избегло у раду ће орган који арбитражним начином решава поверене спорове, бити означен као арбитражни трибунал или арбитражни суд, како се то чини у Закону о арбитражи Републике Србије.³ Изразом "арбитража" ће се означавати укупност односа и поступака које примењују арбитрари приликом одлучивања о спорним односима.

2. Појам и карактеристике међународне трговинске арбитраже

Међународну трговинску арбитражу као посебну врсту арбитража карактерише *међународни карактер* и *трговинска природа* спорног односа о коме одлучује.

2.1. Међународни карактер арбитраже

Уопште. Посматране са чисто географског или територијалног аспекта, све арбитраже могу бити или домаће (унутрашње) или стране. Под страним арбитражама се, по правилу, разумеју арбитраже које у територијалном смислу припадају другој држави. У овом смислу се могу тумачити одредбе Њујоршке конвенције о признају и извршењу страних арбитражних одлука⁴ која познаје

31-44; Г. Кнежевић, В. Павић, *Арбитража и АДР*, Београд 2010, стр. 18 и даље; Ј. Перовић, "Формулисање клаузуле у арбитражи у међународним привредним уговорима", *Правни живот*, 11/2012, стр. 199, напомена бр.1.; Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *Међународно приватно право*, Београд 2012, стр. 573, 574; Ј. Перовић, *Стандардне клаузуле у међународним привредним уговорима*, Београд 2012, стр. 187.

² Вид. С. Трива, "О арбитражи, њеној правној природи и о арбитражном уговору", *Арбитражно решавање спорова*, (уред. С. Трива и др.) Нови Сад 1973, стр 5; М. Јездић, *Међународно приватно право*, II издање, Београд 1976, стр. 139; М. Трајковић, *Међународно арбитражно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2000, стр. 10; Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд 2002, стр. 15 и даље; В. Павић, "Противтужба и компезациони приговор у арбитражном спору", *Анали Правног факултета у Београду*, 2 /2005, стр. 148; М. Станивуковић, *Међународна арбитража*, Београд 2013, стр. 15-22.

³ Чл. 16 Закона о арбитражи, *Службени гласник РС*, број 46/06.

⁴ Конвенција је донета 10. јуна 1958. године, а ступила је на снагу 7. јуна 1959. године. Конвенцију је ратификовало 156 држава света. Србија је Конвенцију ратификовала Законом о ратификацији Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука, *Службени лист СФРЈ- Међународни уговори*, број 11/81.

само домаће и стране одлуке. Под страним арбитражним одлукама у Конвенцији се подразумева одлука "која се не сматра домаћом" од стране државе извршења, или одлука која је донета на територији *друге* државе у односу на државу где се тражи признање и извршење.⁵

Како је сав насељени географски простор подељен на државе, у таквој подели нема места за међународне арбитраже које би се разликовале од домаћих и страних и које би деловале у неком правном или територијалном вакууму.⁶ Стога се о међународним арбитражама може говорити само ако се релативизује подела на домаће и стране арбитраже, а издвајање међународних арбитража се неизврши на основу географских, већ на основу других, углавном правних елемената. При томе се као од неопходног, али не и довољног елемента, полази од присуства елемента иностраности у спорном односу. Према овом "минималистичком" тумачењу (захтеву), као међународна ће се сматрати свака арбитража у којој постоји елемент иностраности.⁷ Међутим, према "максималистичком" приступу, под међународном се подразумевају само арбитраже које нису регулисане националним правом.⁸ Према таквом тумачењу, као међународне се сматрају арбитраже регулисане међународним јавним правом, као и међународним уговорима (као што је арбитража при Међународном центру за решавање инвестиционих спорова, ICSID арбитража, или арбитраже за иранско америчке спорове).

На основу постојећих извора арбитражног права може се закључити да се као међународне сматрају не само "чисте или потпуне" међународне арбитраже, у смислу ационалних или делокализованих арбитража, већ и "стране" и "недомаће."⁹

⁵ Чл. I (1) Њујоршке конвенције.

⁶ Вид. Р. Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Крагујевац 2012, стр. 864.

⁷ Вид. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 1999, стр. 46, тач.. 84.

⁸ *Исто*, стр. 50, тач.. 95.

⁹ Вид. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 53, тач.. 105.

Издавајње међународних арбитража се оправдава углавном практичним разлозима, а пре свега, потребом да се одреди меродавно право и да се арбитражним одлукама обезбеди дејство изван граница једне државе, тј. транснационално или прекогранично дејство.¹⁰ Отуда се у литератури такве арбитраже означавају и као "транснационалне."¹¹

Разграничење међународних од унутрашњих арбитража је од кључног значаја за предмет овог рада јер се на тај начин директно сужава или шири обим (и садржина) арбитрабилности. С обзиром да између националних (домаћих и страних) и међународних арбитража и даље постоје разлике у погледу начина оснивања, поступка, примене материјалног права на меритум спора¹² и у погледу статуса и извршења арбитражне одлуке, за пословне људе је од великог значаја да знају којој арбитражи се могу обратити¹³ и шта карактерише једне, а шта друге.

Са становишта уговорних страна, подела је од значаја јер је право поверавања спора арбитрама често условљено врстом арбитраже и зависи од тога да ли је у питању домаћа, страна или међународна арбитража.

Критеријуми поделе. Подела на националне и међународне арбитраже се врши према различитим критеријумима, од којих су два доминантна: природа спора и својство странака.¹⁴

Према природи спора који се поверава арбитражи, разликују се међународни или интернационални и национални спорови. Националне спорове карактеришу права и обавеза које уговорне стране испуњавају унутар једне (домаће) државе. Ако се дејство права и обавеза из спорног односа простире на више држава, без обзира у

¹⁰ О разликама које постоје између међународних и домаћих арбитража и критеријумима за разликовање, вид. А. Redfern i drugi, *н. дело*, стр. 12-13, пар. бр. 1-21 до 1-23.

¹¹ Судија Jessup користи овај термин да означи правила која производе прекогранично или транснационално дејство. Вид. Redfern i drugi, *н. дело*, стр. 12, пар.бр. 1-21. и напомена 59.

¹² J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, наводе да у неколико правних система постоје посебна правила која се примењују на домаће, а друга на међународне арбитраже. У том смислу наводе право Аустралије и Канаде, као и Федерални закон о арбитражи САД, стр. 57, пар. 4-27. и напомена. 29.

¹³ J.Lew, L. Mistelis, S. Kröll, наводе и трећи мешовити критеријум, *н. дело*, стр. 58, пар. 4-28.

¹⁴ А. Redfern i drugi, *н. дело*, стр. 13, пар. 1-24.

ком виду, и ако су за његово решавање заинтересована бар два правна суверенитета, реч је о међународним споровима. Из тога је изведен закључак да су међународне арбитраже оне пред којима се одлучује о међународним споровима. Пред међународним трговинским арбитражама се одлучује о међународним трговинским споровима. Критеријуми за одређивање међународне природе спора су у изворима арбитражног права формулисани и дограђивани постепено. Решења која су прихваћена у међународним и националним изворима арбитражног права, као и ставови у правној теорији показују да се карактер неког спора као међународног не може одредити само на основу правних, већ и на основу економских критеријума.¹⁵

У том смислу се наводи решење које је било прихваћено у првом Правилнику Арбитражног суда при Међународној трговачкој комори из Париза (Правилник МТК), од 1923. године.¹⁶ Правилником је било предвиђено да се као међународни сматра спор у који су укључени држављани различитих држава. Касније је овај критеријум проширен на спорове који садрже "страни елемент,"¹⁷ тако да обухвати и спорове између страна које су држављани исте државе. Њујоршка конвенција из 1958. године, не регулише ово питање, али то чини Европска конвенција од 1961. године¹⁸. Европска конвенција у члану I(1)(б) своју област примене одређује на "решавање спорова који су настали или ће настати из *међународне трговине* између физичких или правних лица која имају ... *уобичајено боравиште или седиште* у различитим државама уговорницама" (истакао аутор). УНЦИТРАЛ Модел закон за одређивање међународног карактера арбитраже предвиђа више критеријума, као што су: место пословања уговорних страна, место арбитраже, место у коме треба извршити битан део обавеза из трговинског односа, место са којим је предмет спора најуже повезан и вољу страна да спор сматрају везаним за више земаља.

¹⁵ Вид. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 45, пас. бр. 80.

¹⁶ Данас су на снази Правила о арбитражи МТК од 01. 01. 2012. године.

¹⁷ A. Redfren i drugi, *н. дело*, стр. 14, пар. 1-25.

¹⁸ Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи, ратификована Уредбом о ратификацији- *Службени лист СФРЈ- Међународни уговори*, бр. 12/603.

Широко тумачење појма "међународни карактер спора" је прихваћено и у великом броју националних извора арбитражног права. Као међународни се сматрају спорови са елементом иностраности, без обзира да ли елемент иностраности постоји у субјекту (странкама), објекту (или предмету обавезе) или у правима и обавезама које чине садржину спорног односа. Тако се као међународни, сматрају и спорови између држављана исте државе ако се предмет налази у другој држави од оне чије држављанство имају странке, или се део обавеза има извршити у другој држави од државе чије држављанство, или седиште имају уговорне стране. Као пример либералног приступа се наводи француско право¹⁹ и њена судска пракса у којој се међународна природа арбитраже одређује "у складу са економском реалношћу процеса" који је у току, па се као довољан елемент иностраности третира сваки "трансфер робе, услуга или финансијских средстава преко националних граница..."²⁰ Овакав приступ је у француској правној теорији означен и као "економски правац међународности"²¹ и сматра се савременим трендом.²²

У овом смислу се може навести решење које је прихваћено у Правилима Међународног арбитражног суда при Међународној трговинској комори из Париза, која у члану I(1) предвиђају решавање "пословних спорова са међународним карактером."²³

Према критеријуму својстава странака у спору, за одређивање међународног карактера спора и саме арбитраже одлучујучи значај има држављанство, место пословања или седиште страна из арбитражног уговора. За постојање "међународног карактера" потребно је да странке у спору имају различито

¹⁹ Према одредбама чл. 1502, књига 4, Законика о грађанском поступку Француске, арбитража је међународна ако су међународни трговински интереси у питању.

²⁰ Court d'appel de Paris, 14 March 1989, *Margue Seigle v Coflexip*, Rev. Arb 355 (1991). Наведено према J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр 59, пар. 4-31, напомена. 34. Вид. и пресуду француског касационог суда коју наводе A. Redfern i drugi, *н. дело*, стр. 14, пар. 1-26, напомена 74.

²¹ Ph.Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 51, пар. 100.

²² *Исто*, стр. 51, пас. бр. 100.

²³ Вид. МТК Арбитражна правила, чл. 1(1).

држављанство, боравиште, или седиште. Ако су странке домаћи држављани или имају боравиште на територији домаће државе, или су им седишта или места пословања на домаћој држави, у питању су домаће арбитраже. У осталим случајевима, реч је о страним или међународним арбитражама.

Као пример одређивања међународних арбитража према субјективном критеријуму, може се навести решење прихваћено у Европској конвенцији о међународној трговинској арбитражи, од 1961. године. Према одредбама члана I(1)(a), међународним арбитражама се сматрају оне у којима су физичка или правна лица у време закључења арбитражног уговора имала уобичајено боравиште или седиште у различитим државама уговорницама. Субјективни критеријум је прихваћен и у швајцарском Закону о међународном приватном праву.²⁴

У теорији се наводи да одређивање међународног карактера арбитраже преко субјективног критеријума може имати за последицу "значајно ограничавање домашаја међународне арбитраже."²⁵

Комбиновани (мешовити) критеријум се сматра модерним решењем јер при одређивању карактера арбитраже комбинује оба наведена критеријума. Овај критеријум је прихваћен у Модел закону УНЦИТРАЛ-а о међународној трговинској арбитражи (Модел закон или МЗ, од 1985. са изменама од 2006). Комбиновање је извршено тако што су субјективном критеријуму који је садржан у држављанству или месту пословања уговорних страна додати и: место арбитраже, место где се извршава претежни део обавеза и да ли се предмет уговора односи на више од једне државе. Тако се према одредбама члана 1(3) арбитража сматра међународном ако:

²⁴ Према одредбама члана 176(1), Закона о међународном приватном праву, од 1987. године, арбитражни трибунал у Швајцарској ће се сматрати као међународни ако у време закључивања арбитражног уговора најмање једна од странака није имала домицил или уобичајено боравиште у Швајцарској.

²⁵ J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 60, пар. 4-35.

Улога арбитрабилности у процесу решавања спорова пред међународном трговинском арбитражом

1. су стране из арбитражног уговора у време његовог закључивања имале своја места пословања у различитим државама, или
2. се једно од следећих места налази изван државе у којој стране имају своја места пословања:
 - a. место арбитраже, ако је одређено у арбитражном уговору или је одређено на основу њега,
 - b. било које место у којем треба извршити битан део обавеза из трговинског односа или место са којим је предмет спора у најтешњој вези, или
3. су се стране изричито договориле да је предмет арбитражног уговора везан за више од једне земље.

Решење предвиђено под "ц", којим је уговорним странама дато право да било који спор прогласе међународним је оправдано критиковано јер отвара велики простор да се избегне примена домаћег права и интервенција домаћих судова, на пример у поступку поништаја арбитражне одлуке а, са друге стране, омогућава да се примени право које није у било каквој вези са спором.²⁶

Комбиновани приступ са широким схватањем међународног карактера арбитраже прихваћен је и у Закону о арбитражи Републике Србије.²⁷ Према одредбама члана 3. Закона, под међународном арбитражом се разуме она арбитража која за предмет има спорове из међународних пословних односа, а нарочито ако:

1. странке у време закључења споразума о арбитражи имају пословна седишта у различитим државама;
2. се изван државе у којој странке имају своја пословна седишта налази место:
 - a. арбитраже, ако је одређено у споразуму о арбитражи или на основу њега, или

²⁶ За опште примедбе на овакво решење вид. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 52-53, пар. 103. Из тих разлога су неке државе код усвајања решења из Модел закона изоставиле одредбу о међународном карактеру. Вид. нпр. Мађарски Закон о арбитражи, LXXI од 1994, чл. 47.

²⁷ Члан 3. Закона о арбитражи РС, *Службени гласник РС*, број 46/06.

б. у коме треба да се изврши битан део обавеза из пословног односа или место са којим је предмет спора најуже повезан;

3. су се странке изричито споразумеле да је предмет споразума о арбитражи везан за више држава.

4.2. Трговински карактер спора

Поред елемента иностраности, међународну трговинску арбитражу карактерише и посебна врста спора, која се општим именом означава као "трговински спор." О томе шта се подразумева под "трговинским спором" нема јединственог схватања у правној теорији, ни јединственог решења у судској пракси и изворима арбитражног права.

У ранијој правној теорији се расправа о трговинском карактеру спора ослањала на учење о подели приватно правних послова на грађанске и трговачке, које је било посебно карактеристично у 19. веку у време националних грађанских и трговачких кодификација.²⁸ Под утицајем оваквих теоријских разматрања разликовале су се трговачке и грађанске кодификације у којима су на посебан начин били регулисани грађански и трговачки послови. Временом се, међутим, граница између трговачких и грађанских послова све више губила под утицајем два паралелна процеса: процеса "лаицизације" правила трговачког права и "комерцијализације" правила грађанског права,²⁹ па се као модерно сматра решење о јединственом регулисању свих послова. Оваква својеврсна конвергенција грађанских и трговачких послова се на посредан начин одражава и на схватање међународних трговинских арбитража. Иако се и даље прави разлика између трговинских и осталих "нетрговинских" арбитража, са ширењем схватања арбитрабилности на нове спорове, између осталог и широким тумачењем појма "трговински" посао/спор, наведене разлике се смањују.

²⁸ Вид. М. Васиљевић, *Пословно право*, Београд 1999, стр. 3-5; исти аутор, *Трговинско право*, Београд 2014, стр. 30 и даље.

²⁹ Вид. М. Бартош, "Процес комерцијализације грађанског права", *Анали Правног факултета у Београду*, 1/67, Београд 1967, стр. 1-14; В. Kozolchuk, "The Commercialization of Civil Law and the Civilization of Commercial Law", 40. *La. L. Rev.* 3(1979) наведено према Р. Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Крагујевац 2012, стр. 27, напомена 27.

Појам трговинског спора би требало да упућује на посебну садржину односа из кога је или поводом кога је дошло до спорења између уговорних страна. У правној теорији се садржина неког односа као трговинског, одређује на основу субјективног и објективног приступа.

Према субјективном критеријуму, правни однос, а самим тим и спор који из њега потиче, ће бити трговинског карактера ако је једној од страна у спору признато својство трговца. Међутим, овакав начин одређивања правне природе спора није наишао на ширу подршку и прихватање у националним законодавствима, па се у већини случајева природа спора одређује према објективном критеријуму. *Према објективном критеријуму* спор ће бити трговинске природе ако је настао из послова који се сматрају трговинским пословима или трговинским трансакцијама по својој природи. Међународне конвенције, међутим, или не одређују директно трговинске послове (на пример, набрајањем), или не одређују критеријуме за њихово издвајање. У таквим ситуацијама се одговор може тражити на два начина: ослањањем на решења која постоје у националним правима и пракси, или аутономним тумачењем појмова из међународних извора. Првом методом су се служили редактори Њујоршке конвенције у којој се као трговински сматрају послови који такав карактер имају према унутрашњим националним прописима.³⁰ У домаћем праву је појам трговинског посла изједначен са појмом уговора у привреди, које Закон о облигационим односима (у даљем тексту ЗОО), дефинише као послове предузећа и других правних лица која обављају привредну делатност, као и имаоци радњи и други појединци који у виду регистрованог занимања обављају неку привредну делатност које закључују међу собом у обављању делатности које сачињавају предмете њиховог пословања или су у вези са тим делатностима³¹. У Закону о арбитражи појам трговинског посла је изједначен са "пословним односом",³² али није ближе одређен. У француском праву трговачки карактер спора се везује за економски критеријум, који је генерално одређен као

³⁰ Чл. 1. тач.. 3. Њујоршке конвенције.

³¹ Чл. 25. тач.. 2 Закона о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 2/78.

³² Чл. 3. Закона о арбитражи Републике Србије.

"интерес међународне трговине,"³³ чиме је значајно проширено значења појма трговачког посла.³⁴

С обзиром да се решења у националним правима у овом погледу разликују,³⁵ упућивање на национално право може довести до неуједначене праксе судова, па је решење тражено у аутономном и широком тумачењу појма трговинског спора. За широко тумачење трговинског спора у правној теорији се залажу истакнути теоретичари, као што су Фушар (Fouchard), Голдман (Goldman), Гиљар (Gaillard), који под трговинским спором сматрају сваки спор економске природе.³⁶ У пракси, међутим, настају проблеми због тог што не постоје јасни и јединствени критеријуми на основу којих се конкретни послови дефинишу као трговински.

Ни Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи од 1961. године, не предвиђа шта се сматра спором трговинске природе. Конвенција у члану I наводи да ће се примењивати на арбитражне уговоре закључене у циљу решавања спорова који су настали или ће настати из *међународне трговине* (истакао аутор).³⁷ Оваквом широком формулацијом државама уговорницама је омогућено да као ваљане признају и арбитражне уговоре између "правних лица јавног права". Са друге стране, и ова, као и Њујоршка конвенција, дозвољава да свака држава стављањем "резерве" у погледу правних лица јавног права, сузи број спорова које ће сматрати трговинским.

Само су у ретким изворима арбитражног права наведени конкретни послови који се сматрају "трговинским". Тако се у напомени уз основни текст уз члан 1(1) УНЦИТРАЛ Модел-закона из 1985, наводи да се као "трговински" сматрају спорови из свих односа трговачке природе, без обзира да ли су уговорне или

³³ Вид. чл. 1492. Француског Законика о грађанском поступку (Code de procédure civile).

³⁴ Вид. више К. Р. Berger, *International Economic Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, стр. 67-69.

³⁵ Примера ради, право Индије се наводи као једно од права у коме је појам трговинских спорова врло ригорозно тумачен, у коме уговор о изградњи фабрике са трансфером технологије не спада у област уговора у привреди. Наведено према Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 23.

³⁶ Вид. Ph. Fouchard, G. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 35-45, пас. бр. 58-77.

³⁷ Чл. I Европске конвенције.

Улога арбитрабилности у процесу решавања спорова пред међународном трговинском арбитражом

вануговорне природе. Као односи трговачке природе сматрају се, између осталог, сви трговачки послови испоруке или размене робе или услуга, уговори о дистрибуцији, трговинско заступање, факторинг, лизинг, изградња фабрика, консалтинг, инжињеринг, уговори о лиценци, улагањима, финансирању, банкаски послови, осигурање, уговори о експлоатацији природних богатстава или концесије, заједничка улагања и други облици индустријске и трговинске сарадње, ваздушни, поморски, железнички и друмски превоз робе или путника.³⁸ Међутим, то не значи да ће сви ови спорови бити допуштени за арбитражно решавање. Сваки национални законодавац ће својим прописима о арбитрабилности дефинисати арбитрабилне спорове.

³⁸ УНЦИТРАЛ Модел закон, белешка испод текста уз члан 1.

II ПРАВНО РЕГУЛИСАЊЕ АРБИТРАЖЕ

Уопште. Убрзани развој међународне трговинске арбитраже у XX веку условио је потребу за доношењем одговарајућих правних прописа којима би се на детаљан начин регулисала питања покретања и вођења арбитражног поступка, као и дејство арбитражних одлука. Скуп свих правних прописа, одређеног правног система који садржи норме којима се "одређују услови за уговарање арбитраже, омогућавају да се арбитража спроведе и да арбитражна одлука која буде донета стекне статус пресуђене ствари"³⁹ се означавају као *lex arbitri*. Тако посматрано, *lex arbitri* је право меродавно за арбитражу и њега би требало разликовати од права које је меродавно за суштину спора (*lex causae*).

Посматрани заједно, ови прописи чине правни оквир⁴⁰ или изворе арбитражног права у формалном смислу.⁴¹ Ту спадају међународне конвенције о арбитражи, национални закони, правила арбитражних институција, правила о арбитражи појединих међународних организација, као што су Комисија УН за међународно трговинско право (УНЦИТРАЛ) и други. Наведени формални извори се обично деле на националне или унутрашње и на међународне.

Формални извори којима су регулисане међународне трговинске арбитраже се могу поделити према различитим критеријума, као што су начин настанка и субјекти доношења, обавезност или правна природа, предмет на који се односе, домен примене и слично. Поделе су, међутим, релативног значаја јер се критеријуми поделе често преклапају, па се један извор може јавити у више подела. У даљем тексту ће бити речи о изворима према начину настанка и домену примене.

Подела према начину настанка и субјектима на које се односи је најшира и најобухватнија подела и обухвата међународне и националне изворе.

³⁹ М. Станивуковић, *Међународна арбитража*, Службени гласник, 2013, стр. 63.

⁴⁰ *Исто*, стр. 53-71.

⁴¹ Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 29-39; М. Трајковић, *н. дело*, стр. 115-230.

1. Међународни извори

1.1. Мултилатералне универзалне конвенције

Међународне изворе стварају међународне међудржавне владине или невладине организације и професионална удружења. У теорији се међународни извори означавају и као интернационални и транснационални. У групу међународних извора спадају конвенције,⁴² као обавезујући извори, и разни правно необавезујући облици тзв. меког права, као што су модел закони. Конвенције се могу делити према различитим критеријумима. Према природи норми, разликују се материјално правне и колизионо правне конвенције.⁴³ Према субјектима доношења и примени, разликују се билатералне, регионалне и мултилатералне конвенције. Посебно су бројне поделе према предмету регулисања, као што ће показати касније излагање о материјалној арбитрабилности. На овом месту ће бити речи о конвенцијама чија примена није ограничена на одређени регион или на одређене државе, па се у том погледу могу сматрати не само мултилатералним, већ и универзалним.⁴⁴

Први међународни извори у форми мултилатералних споразума или конвенција су донети под окриљем Друштва народа након Првог Светског рата. Био је то Женевски протокол о арбитражним клаузулама из 1923. године и Женевска конвенција о извршењу страних арбитражних одлука, од 1927. године.⁴⁵

Пред Женевски протокол су била постављена два задатка: да обезбеди примену арбитражног уговора и да омогући дејство и признање арбитражне одлуке.⁴⁶ Важност Протокола се огледа у томе што је први пут регулисано питање

⁴² Попис конвенција се може наћи на више интернет адреса. Једна од њих је и <http://www.arbitration-icca.org/related-links.html#01>

⁴³ Више о конвенцијама вид. М. Станивуковић, М-Живковић, *Међународно приватно право*, општи део, Службени гласник, 2013, прилог 2 и 3.

⁴⁴ Вид. Г. Станковић, Б. Старовић, Р.Кеча и Н. Петрушић, (у даљем тексту Г. Станковић и други) *Арбитражно процесно право*, Ниш 2002, стр. 17.

⁴⁵ Вид. више о међународним арбитражним конвенцијама А. Голдштајн, В. Капор, *Конвенције и правилници о спољнотрговинским арбитражама*, Информатор, Загреб 1964 .

⁴⁶ А. Redfern i drugi, *н. дело*, стр.79-80, марг. бр. 1-145.

арбитражне клаузуле и прокламовано "првенство надлежности уговорене трговинске арбитраже над надлежношћу трговинског суда."⁴⁷ Државе уговорнице су Протоколом преузеле обавезу да признају пуноважност арбитражног уговора (компромиса и компромисорне клаузуле) и у случајевима када се арбитража одржава у другој држави која није земља јурисдикције странака. Ово је представљало новину у одређеним државама, које су попут Француске признавале само компромис као начин конституисања надлежности арбитраже, а не и компромисорну клаузулу. У Протоколу је правна ваљаност оба облика арбитражног уговора призната под условима који су у њему предвиђени: да постоји договор између странака, да странке потпадају под јурисдикцију различитих држава потписница и да се спор може решити арбитражним путем. Државама је, међутим, омогућено и да одбију да признају арбитражне клаузуле у пословима који се према националним прописима не сматају трговачким пословима, позивајући се на тзв. "трговачку клаузулу", чиме је дејство Протокола ограниче на трговачке спорове. Протокол је предвиђао обавезу држава да учине лакшим радње поступака које треба да се изврше на њеној територији и према њеним процедуралним правилима.⁴⁸ Што се тиче другог задатка, Протокол је обавезао државе уговорнице да на својим територијама обезбеде да арбитражне одлуке које су донеле арбитраже на њиховој територији, буду извршене, али иста обавеза није предвиђена за одлуке донете ван територија државе у којој се тражи извршење.

Након доношења Женевске конвенције о извршењу страних арбитражних одлука, од 1927. године, Женевски протокол је престао да важи за државе које су ратификовале Конвенцију.⁴⁹

Пред Женевску конвенцију је као основни био постављен задатак да прошири домашај примене Женевског протокола и да обезбеди услове за признање и

⁴⁷ М. Трајковић, *н. дело*, стр. 126.

⁴⁸ А. Голдштајн, В. Капор, *н. дело*, стр. 19

⁴⁹ Бивша ФНР Југославија је посебном Уредбом СИВа ратификовала Женевски протокол и Женевску конвенцију, већ 1959. године. Вид. *Сл. лист ФНРЈ*, додатак бр. 4/1959.

извршење арбитражних одлука донетих у било којој држави уговорници, а не само на територији државе где је одлука донета.⁵⁰ Међутим, за признање ових одлука у Конвенцији је била предвиђена компликована тзв. "двострука или дупла егзекватура." Од странке која тражи извршење арбитражне одлуке на територији друге државе тражено је да поднесе доказ да је одлука правноснажна, односно да је извршива у земљи порекла. Релативно велики број услова који су захтевани за извршење одлуке условио је да мали број земаља ратификује ову Конвенцију, те се само неколико година након њеног доношења размишљало о њеној допуни Њујоршком конвенцијом о признању и извршењу страних арбитражних одлука.

Њујоршка конвенција је донета након Другог светског рата у оквиру Организације Уједињених Нација.⁵¹ Развој међународне трговине и повећан број спорова из ове области, али и мали број земаља које су приступиле Женевским конвенцијама (САД и СССР нису потписале), наводе се као један од разлога да се покуша са новим извором у коме би на једнообразни начин било регулисано питање признања и извршења арбитражних одлука. И пред Њујоршку конвенцију су постављена два задатка: да учини лакшим и једноставнијим поступак признања и извршења страних арбитражних одлука и да омогући шире дејство арбитражног уговора. За извршавање првог задатка, Њујоршка конвенција је предвидела мањи број услова због којих се неће признати и извршити арбитражна одлука у односу

⁵⁰ Према одредбама члана 1. Конвенције, за признање и извршење страних арбитражних одлука било је потребно да је одлука донета на основу компромиса или компромисорне клаузуле, пуноважних према праву које се на њих примењује; да је предмет одлуке арбитрабилан према праву земље у којој се позива на одлуку, да је одлуку донео уговорени арбитражни суд и према правилима која се примењују на арбитражни поступак, да је арбитражна одлука постала коначна у земљи где је донета, да признање и извршење одлуке није противно јавном поретку или начелима јавног права државе у којој се тражи признање и извршење одлуке.

⁵¹ Њујоршку конвенцију потписало је 156 држава. О статусу Конвенције вид. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html. СФР Југославија је ратификовала Конвенцију 1981. године. Вид. Закон о ратификацији Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. године, Сл. лист СФРЈ, додаток Међународни уговори, бр. 11/1981. Приликом ратификације СФР Југославија је ставила три резерве.

Више о самој конвенцији, вид. А. Ј. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Hag 1981; М. Dika, "Konvencija o priznanju i izvršenju inozemskih arbitražnih odluka (New York, 1958) i Konvencija i rješavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država (Washington, 1965)", *Привреда и право* 3-4/1983, стр. 47- 61.

на услове предвиђене Женевском конвенцијом. Конвенција не предвиђа дуплу егзекватуру, а државама потписницима је остављена слобода да одреде услове за признање и извршење стране арбитражне одлуке, али не строже од оних који су одређени у Конвенцији. За извршавање другог задатка, Конвенција осим што регулише услове за признање и извршење арбитражне одлуке, садржи и одредбе о пуноважности и дејству арбитражног уговора. Конвенција третира подобност спора (арбитрабилност) као неопходан услов за признање арбитражног уговора⁵², али и као сметњу за признање и извршење донете арбитражне одлуке.⁵³ О појму и начину тумачења арбитрабилности спора према Њујоршкој конвенцији биће речи у каснијим деловима рада. Након ступања на снагу Њујоршке конвенције, између држава које су потписале претходне Женевске конвенције, Женевске конвенције су престале да се примењују. Државе које су потписале Женевске конвенције, а нису приступиле Њујоршкој конвенцији и даље примењују правила Женевских конвенција.

У категорију мултилатералних конвенција спада и поменута Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (Вашингтонска конвенција). У питању је извор чија је примена ограничена само на одређена питања која су обухваћена појмом инвестиционог спора, док према територији и странкама није ограничена на посебан регион. Као посебан извор арбитражног права, у погледу предмета на који се односи, наводи се Споразум о енергетској повељи (скраћено: Енергетска повеља) закључен децембра 1994. године, који је ступио на снагу 1998. године. Споразум има за циљ да пружи мултилатерални оквир за земље западне, централне и источне Европе, као и за Јапан и Аустралију, за прекограничну сарадњу у енергетском сектору и да заштити инвестиције у овој области. Као извор арбитражног права је од значаја онај део Повеље у коме је предвиђен механизам за решавање спорова.

Преглед поменутих конвенција показује тенденцију да су, без обзира на разлике у предмету регулисања, решења за општа питања усклађена или хармонизована.

⁵² Чл. II (1) Њујоршке конвенције.

⁵³ Чл. V 2(1) Њујоршке конвенције.

1.2. Регионалне конвенције

Осим конвенција које доносе универзалне међународне организације и чија примена није унапред ограничена на одређене државе, постоје и конвенције које се примењују само у одређеном региону, тј. између држава које се према различитим критеријумима могу сматрати одређеним географским или политичким регионом. Од регионалних конвенција у области арбитражног права најзначајнија је Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи донета од стране Економске комисије УН за Европу, 1961. године у Женеви (у даљем тексту Европска конвенција или ЕК).⁵⁴ Иако је донета у оквиру регионалне организације, њена примена није ограничена само на европске земље, већ је могу примењивати и ваневропске државе,⁵⁵ тако да би њен регионални карактер требало условно разумети.

Европска конвенција је прва међу конвенцијама у којој је међународна трговинска арбитража дефинисана као арбитража која решава спорове из међународних економских односа између физичких и правних лица која у моменту закључења арбитражног уговора имају уобичајени боравак или седиште у различитим државама уговорницама. Тако је, за разлику од Њујоршке конвенције чија примена није ограничена врстом или природом спора, домашај примене Европске конвенције ограничен на спорове из "међународних трговинских односа." Са становишта арбитрабилности, треба истаћи да појам "међународног трговинског односа" није одређен.

У оцени Конвенције, коментатори су једногласни у мишљењу да Конвенција представља напредак у развоју међународне трговинске арбитраже.⁵⁶ Европска конвенција нуди решење на који начин би требало водити арбитражни поступак и предвиђа која правила се примењујују на одређене фазе у поступку. Примена

⁵⁴ СФР Југославија је Конвенцију ратификовала 1963. године. Вид. Уредбу о ратификацији, *Сл. лист СФРЈ, МУ, бр. 12/1963.*

⁵⁵ Конвенцију су ратификовали Куба и Буркина Фасо, а до данас ју је ратификовало 31 држава. Више о конвенцији https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&lang=en

⁵⁶ Више Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 140.

Конвенције је ограничена на спорове између лица која имају пребивалишта у различитим државама, независно од тога да ли је седиште трибунала у држави потписници или не. Конвенција детаљно регулише питање пуноважности и дејство арбитражног уговора, али се на индиректан начин дотиче и питања признања и извршења арбитражне одлуке.⁵⁷ За овај рад је важно напоменути да Конвенција даје право и лицима јавног права да могу да закључе арбитражни уговор и на тај начин уводи појам субјективне арбитрабилности у међународне изворе права. Године 1962. неке од европских земаља потписница Европске конвенције су усвојиле додатну конвенцију, познату као *Париски аранжман*, којим је дата надлежност државним судовима да уместо раније предвиђених органа пруже помоћ и учине лакшим примену Европске конвенције. Аранжман није наишао на наклоност европских земаља и ратификовало га је свега седам држава.

Од осталих регионалних конвенција које се односе на међународну трговинску арбитражу поменућемо Конвенцију о арбитражном решавању грађанско правних спорова из економске и научно-техничке сарадње (Московска конвенција). Донета је 1972. године са циљем да се установи надлежност Арбитраже у оквиру Савета за узајамну економску помоћ (СЕВ) за решавања спорова између чланица ове регионалне организације.⁵⁸ Након распада СССР и распуштања СЕВ-а, Конвенција је изгубила на значају као и Савет за узајамну економску помоћ.

На другом крају света, 1975. године је донета Интерамеричка конвенција о међународној трговачкој арбитражи познатија као Панамска конвенција која се примењује у државама Јужне Америке и САД-а.⁵⁹

⁵⁷ Конвенција регулише: арбитражни уговор, арбитра и конституисање арбитражног суда, нека питања поступка пред арбитражним судом, арбитражну одлуку и поништај арбитражне одлуке.

⁵⁸ Конвенцији су приступиле и Куба и Монголија. Данас је на снази у Руској Федерацији, Монголији и Куби.

⁵⁹ Вид. више о овој конвенцији А. van den Berg, "The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: redundancy or compability", *Arbitration International*, Issue 3, 1989, стр. 219-229.

Арапске земље су потписале Арапску конвенцију о трговинској арбитражи од 14. априла 1987, познату и као "Конвенцију из Амана", док су афричке земље 1993. године усвојиле ОХАДА Споразум о хармонизацији пословног права у Африци и у оквиру ове организације Јединствени закон о арбитражи (*Uniform Act on Arbitration*).⁶⁰

У ову врсту извора спадају и бројни билатерални споразуми донети у оквиру UNCTAD-а, споразуми о заштити страних инвестиција (ICSID), као и споразуми о билатералној сарадњи, пријатељству и заштити инвестиција.

1.3. Извори који немају обавезујућу снагу (аутономни извори)

Осим конвенција о којима је било речи, начин арбитражног одлучивања може бити одређен и изворима који немају обавезујућу снагу, већ су факултативног или диспозитивног карактера. Ове изворе могу да доносе државе, као националне изворе, или међународне организације, као међународне изворе. Разликују се од конвенција и других извора са обавезујућом снагом, по томе што нису императивне природе, већ је њихова примена само препоручена странкама, па се називају и аутономним изворима.⁶¹ Од бројних извора међународног карактера, као што су: протоколи, водичи, чек листе или правила,⁶² посебно значајну улогу имају УНЦИТРАЛ Модел закон о међународним трговинским арбитражама, од 1985. и 2006. године и УНЦИТРАЛ арбитражна правила за међународну трговинску арбитражу, од 1976, 2010. и 2013. године.⁶³

Према правној природи, УНЦИТРАЛ Модел закон не спада у међународне конвенције, иако је донет у оквиру УНЦИТРАЛ-а, нити је национални закон, иако назив упућује на такав закључак. Реч је о Моделу (закона) који је донет са циљем да "допринесе развоју хармоничних међународних економских односа"⁶⁴ и да

⁶⁰ Вид. <http://www.internationalarbitrationlaw.com/ohada-uniform-act/>

⁶¹ Вид. Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 35.

⁶² L. Newman, M. Radine, *Soft Law in International Arbitration*, Juris Publishing, 2014.

⁶³ Текстове видети на интернет страници UNCITRAL-а http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

⁶⁴ Резолуција Генералне Скупштине УН, 40/72 од 11 Децембра 1985 <http://daccess-dds->

понуди решења која ће, у зависности од воље националних законодаваца, бити прихваћена у националним решењима. Иако представља само "меко право",⁶⁵ Модел закон је већ оквалификован као "најутицајнији инструмент у овој области права."⁶⁶ Као модел или узор, Модел закон је препоручен за примену у међународним трговачким споровима, мада пракса показује да се његове одредбе користе и у споровима пред домаћим арбитражама.⁶⁷ Да ли ће се правила Модел закона применити и пред националним арбитражама зависи и од тога да ли су у односној држави унутрашњи прописи донети по угледу на Модел закон. Многи национални законодавци су поступили на овај начин.⁶⁸

УНЦИТРАЛ арбитражна правила представљају свеобухватна правила о арбитражном поступку посебно прилагођена *ad hoc* арбитражама. Правилима су регулисана сва питања: покретање поступка, конституисање арбитражног суда, изузеће арбитра, поступак пред арбитражним трибуналом и доношење арбитражне одлуке.

У најзначајније аутономне изворе међународног арбитражног права спадају правила институционалних арбитража, од којих су најпознатија и МТК

[ny.un.org/doc/ RESOLUTION/GEN/NR0/477/79/IMG/NR047779.pdf?OpenElement](http://ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/477/79/IMG/NR047779.pdf?OpenElement)

⁶⁵ Више о појму меког права видети у Т. Stipanowich, "Soft Law in the Organization and General Conduct of Commercial Arbitration Proceedings", поглавље у *Soft law in International Arbitration*; Pepperdine University Legal Studies Research Paper No. 2014/4. Доступно на: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2407187>

⁶⁶ G. Kaufmann-Kohler, "Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity", *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, стр. 9.

⁶⁷ У Модел Закону су уређена следећа питања: област интервенције суда, арбитражни уговор, конституисање арбитражног суда, изузеће арбитра, надлежност арбитражног суда, спровођење арбитражног поступка, доношење одлуке, правна средства против арбитражне одлуке и признање и извршење арбитражне одлуке.

⁶⁸ Земље које су донеле своје националне законе према Модел закону су: Аустралија, Аустрија, Азербејџан, Бахрејин, Бангладеш, Белорусија, Бермудска Острва, Брунеи Дарусалем, Бугарска, Чиле, Данска, Доминиканска Република, Египат, Естонија, Филипини, Финска, Грчка, Грузија, Гватемала, Хондурас, Хонгконг, Хрватска, Индија, Иран, Ирска, Јапан, Јерменија, Јордан, Камбоџа, Канада, Кенија, Кина, Кипар, Костарика, Литванија, Мађарска, Македонија, Макао, Мадагаскар, Малезија, Малта, Маурицијус, Мексико, Немачка, Нигерија, Никарагва, Ховрешка, Нови Зеланд, Оман, Парагвај, Перу, Пољска, Република Кореја, Руанда, Руска Федерација, неке државе САД (Њорџија, Флорида, Илиној, Калифорнија, Конектикат, Луизијана, Орегон, Тексас), Словенија, Србија, Сингапур, Шкотска, Шпанија, Шри Ланка, Тајланд, Тунис, Турска, Уганда, Украјина, Уједињено Краљевство- Шкотска, Бермудска Острва, Венезуела, Замбија, Зимбабве..

Арбитражна правила (најновија ревизија на снази од 2012. године),⁶⁹ ИВА Правила о коришћењу доказа у међународним трговинским арбитражама⁷⁰ и ИВА Водичи о сукобу интереса у међународним арбитражама.⁷¹ Сви наведени извори обавезују странке у спору само као уговорна правила, након што буду унета у уговор.

У националне аутономне изворе права спадају и правилници националних арбитража, чија се примена претпоставља уговарањем надлежности односне арбитраже. Тако је поступак пред домаћом Спољнотрговинском арбитражом⁷² регулисан Правилником о спољнотрговинској арбитражи.⁷³ Своја правила или правилнике имају и друге институционалне арбитраже.⁷⁴

2. Извори националног карактера

Без обзира на међународни карактер међународних трговинских арбитража, значајне изворе чине и национални прописи којима државе регулишу рад својих (унутрашњих или националних) арбитража. У националним правима прописи о унутрашњим и међународним арбитражама се могу наћи у законима и законима о парничном (грађанском) поступку или у посебним законима о арбитражи. Као савремена се сматра тенденција да се рад арбитража регулишу посебним

⁶⁹ Вид. на <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>

⁷⁰ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, усвојена 1999. године. http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

⁷¹ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (adopted 2004) <http://www.ibanet.org/Publications/публикации_IBA_guides_and_free_materials.aspx

⁷² Више о Спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори вид. М. Васиљевић, "50 година Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије у Београду", *Међународна привредна арбитража-стање и перспективе*, Београд 1997, стр. 3-14.; М. Васиљевић, "Природа и карактеристике Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије у Београду", *Арбитража* 1/2000, стр. 3-13 ; М. Ђорђевић, "The Foreign Trade Court of Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce", *World arbitration Reporter: International Encyclopedia of arbitration Law and practice* (L. Mistelis, L. Shore, S. Brekoulakis, H. Smit, ured), New York, 2010; J. Perović, М. Ђорђевић, "Resolution of commercial disputes through arbitration as a contribution to improvement of business environment in Serbia", *Ekonomika preduzeća*, vol. 61, br. 3-4, 2013, стр. 241-243.

⁷³ Правилник о Спољнотрговинској арбитражи, Сл. гласник РС, бр. 2/14.

⁷⁴ Тако је у оквиру Удружења за арбитражно право у Београду, основан Београдски арбитражни центар, чији је рад регулисан посебним Правилником (Београдска правила), која се примењују од 1.01.2014. године. Вид. <http://www.arbitrationassociation.org/>

законима. То могу бити посебни закони којима се регулише рад само међународних трговинских арбитража, закони којима се регулише рад арбитража уопште, а у оквиру њих и рад међународних трговинских арбитража, прописи у којима се међународне арбитраже уопште не регулишу и, на крају, то могу бити законици или закони о грађанском поступку.⁷⁵ У државама које су донеле посебне законе о арбитражи или о међународној трговинској арбитражи приметна је тенденција хармонизације или усклађивања решења углавном под утицајем УНЦИТРАЛ Модел закона. У ову групу држава спада и Србија која је 2006. године донела посебан Закон о арбитражи.⁷⁶

Одредбе Закона се примењују на унутрашње и међународне арбитраже. Спор се сматра међународним ако су странке у време закључења уговора о арбитражи имале пословна седишта у различитим државама, ако се изван државе у којој странке имају своја пословна седишта налази место арбитраже које је одређено у уговору или у коме треба да се изврши битан део обавеза из пословног односа, и ако су се странке изричито споразумеле да је предмет уговора о арбитражи везан за више држава. Међутим, у Закону није одређена садржина појма "међународни пословни однос."

Пре доношења посебног закона, материја арбитражног решавања спорова била је регулисана одредбама Закона о парничном поступку и Законом о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима, од 1982. године⁷⁷ (у даљем тексту Закон о међународном приватном праву). Ступањем на снагу Закона о арбитражи, 10. јуна 2006. године, престале су да важе раније

⁷⁵ Попис држава у којима је прихваћено једно од наведена четири решења вид. М. Трајковић, *н. дело*, стр. 157.

⁷⁶ *Сл. гл. РС број 46/2006*. У Закону су регулисана следећа питања: могућност странака да уговоре арбитражу, услови за пуноважност арбитражног уговора, дејство арбитражног уговора, конституисање арбитражног суда, основна правила поступка пред арбитражним судом, доношење арбитражне одлуке, тужба за поништај арбитражне одлуке, одређивање меродавног права за суштину спора, услови и поступак признања и извршења страних арбитражних одлука и друга.

⁷⁷ Сл. лист СФРЈ, 43/1982, 72/1982, Сл. лист СРЈ, 46/1996, 46/2006. Детаљно о начину на који је ова материја регулисана у земљама бивше Југославије и Алабаније вид. Ј. Перовић, " Арбитражно право у земљама региона", *Форум за грађанско право Југоисточне Европе*, ГИЗ Регионална конференција у Тирани, март 2013.

одредбе главе XXXI Закона о парничном поступку, из 1976. године, о поступку пред изабраним судовима, као и чланови 97-100. Закона о решавању сукоба закона, из 1982. године, о признању и извршењу страних арбитражних одлука.

3. Арбитражна пракса и правна доктрина

Под арбитражном праксом се може разумети укупност арбитражних одлука које су донете од различитих међународних трговинских арбитража, независно од места или територије на којима су донете (*arbitral case law* или *arbitral jurisprudence*).⁷⁸ Подразумева се да су обухваћене само одлуке које су признате и извршене без обзира што не постоји обавеза арбитража да објављују своје одлуке, нити да их на други начин "хијерархизују" по "снази" арбитража, а некад је то и забрањено, чињеница је да се оне објављују или у оквиру појединих арбитражних институција (на њиховим интернет страницама) или у посебним збиркама (*digest*).⁷⁹ Будући да су доступне и да се читају, арбитражне одлуке на незваничан начин подстичу на размишљање о уједначавању ставова кроз тзв. ауторитативно дејство. У том смислу се ранија арбитражна одлука дефинише као ауторитативан став или преседан (*persuasive precedent*) или као преседан *de facto* (*de facto precedent*) која "снагом правне аргументације делује на арбитраже који касније одлучују о истом питању."⁸⁰ Ипак, осим наведеног, пре свега, фактичког утицаја, арбитражна пракса се не третира као извор права јер не испуњава следеће потребне услове: није самостална, меша се са судском праксом, није хомогена и довољно доступна јавности.⁸¹

Ни доктрина међународног арбитражног права не спада у непосредни, већ у посредни или интерпретативни извор права. Без обзира што такав статус не ужива

⁷⁸ Вид. М. Трајковић, *н. дело*, стр. 226.

⁷⁹ Вид. М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 69-70.

⁸⁰ Исто, стр. 70. Аутор наводи да је овај утицај посебно изражен у међународној инвестиционој арбитражи.

⁸¹ М. Трајковић, *н. дело*, стр. 227.

ни у националним правима, па ни у међународном праву, правна доктрина врши "кохезивни утицај"⁸² на формулисање и примену извора арбитражног права.

⁸² *Исто*, стр. 229.

III УГОВОР О МЕЂУНАРОДНОЈ ТРГОВИНСКОЈ АРБИТРАЖИ

1. Појам и правна природа

Уговор о арбитражи представља посебну врсту сагласности два или више лица да спор који је настао или ће настати између њих буде решен од стране арбитра.⁸³ У случају међународне трговинске арбитраже, спор мора бити међународног и трговинског карактера. Осим што служи као "камен темељац" будућег арбитражног поступка,⁸⁴ уговор о арбитражи служи и као:⁸⁵

1. доказ да су странке сагласиле да спор изнесу пред арбитражу;
2. доказ да је конституисана надлежност арбитражног трибунала за спор који је у њему одређен; и
3. извор овлашћења арбитра.

О значају који има ваљани арбитражни уговор најсликовитије говори констатација да је арбитража онолико добра колико је добар арбитражни уговор.⁸⁶

⁸³ Ph. Fouchard, E. Gaillard, V. Goldman, *н. дело*, стр. 193, бр. 385. О уговору о арбитражи у домаћој литератури вид. С. Трива "О арбитражи, њеној правној природи и о арбитражном уговору" *Арбитражно решавање спорова*, Нови Сад 1973, стр. 5-45; Б. Познић, "Уговор о арбитражи и арбитражни поступак", *Уговори у међународној трговини*, књига I, Београд 1987, стр. 235-273; Ј. Перовић, "Пуноважност уговора о арбитражи", *Међународна привредна арбитража- стање и перспективе*, Зборник радова, Београд 1997, стр. 123-136; Р. Кеча, *Арбитражни споразум*, Нови Сад, 1999; Г. Кнежевић, *Међународна трговачка арбитража, основна питања и проблеми*, Београд, 1999; М. Цукавац, "Садржина арбитражног уговора", *Арбитража*, часопис Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије, Београд 2001, стр. 15-65; Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд, 2002; Г. Станковић, Б. Старовић, Р. Кеча, Н. Петрушић, *Арбитражно процесно право*, Ниш, 2002; Г. Кнежевић и В. Павић, *Арбитража и ADR*, Београд, 2010; Ј. Перовић, *Стандардне клаузуле у међународним привредним уговорима*, Београд 2012.

⁸⁴ T. Várady, J.J. Barceló, A. T. von Mehren, *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, 3rd edition, Thomson West, St. Paul MN, 2006, стр. 85.

⁸⁵ J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 100, пар. 6-2.

⁸⁶ М. Петровић, "Пуноважност арбитражног споразума", Зборник радова *Хармонизација грађанског права у региону*, Београд 2013, стр. 480.

Због таквог значаја уговор о арбитражи је на сличан начин⁸⁷ дефинисан у националним и међународним изворима арбитражног права. Инструктивну дефиницију у том погледу садржи УНЦИТРАЛ Модел закон о међународној трговинској арбитражи, према коме "арбитражни уговор означава уговор којим стране подвргавају арбитражи све спорове или неке од спорова који међу њима настану или би могли настати из одређеног правног односа, уговорног или вануговорног."⁸⁸ У погледу времена, арбитражни уговор се може закључити за спор који је већ настао или за спорове који ће настати након закључења. У погледу обима или предмета, арбитражним уговором уговорне стране могу арбитражи поверити све или само неке, тачно назначене спорове. У пракси уговорне стране по правилу одабраним арбитрама поверавају све спорове и неспоразуме или разлике које између њих могу настати.

По својој правној природи, арбитражни уговор спада у категорију грађанских уговора и као такав обавезује уговорне стране да у складу са начелом *pacta sunt servanda* настали или будући спор уместо пред судове изнесу пред арбитражу.⁸⁹ Изношење спора пред арбитражу истовремено значи и забрану странкама да по истом спору покрену поступак пред судом. У том смислу се као основна карактеристика и *differentia specifica* арбитражног уговора, у односу на класичне уговоре, наводи његово пророгационо (позитивно) и дерогационо (негативно)

⁸⁷ Вид. М. Цукавац, "Садржина арбитражног уговора", *Арбитража*, 2001, стр. 15.

⁸⁸ Вид. чл. VII(1). У Њујоршкој конвенцији је одређен као "Писмени уговор којим се странке обавезују да поднесу на арбитражу спорове или неке од спорова који настану или би могли настати између њих по одређеном правном односу, уговорном или вануговорном, који се односи на питање које је подобно за решавање арбитражним путем." чл. II(1) Њујоршке конвенције. Вид. и предлог у UNCTAD документу "Dispute Settlement, International Commercial Arbitration, 5.2. The Arbitration Agreement," UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.39. Доступно на www.unctad.org.

⁸⁹ Осим владајућег схватања о обавезујућем дејству арбитражног уговора заснованог на начелу *pacta sunt servanda*, постоје и мишљења да арбитражни уговор не обавезује уговорне стране, па тужилац може да се обрати или предвиђеном арбитражном трибуналу или одговарајућем суду. Овакво схватање је ретко и најчешће се односи на спорове из радних односа и потрошачких уговора. Вид. више J. Grossberg "The Magnuson-Moss Warranty Act, the Federal Arbitration Act, and the Future of Consumer Protection", *Cornell Law Review*, Volume 93 Issue 3 March 2008, доступно на: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3092&context=clr>. стр. 673-674.

дејство.⁹⁰ Пророгационо дејство се састоји у успостављању надлежности арбитраже, а дерогационо у забрани судовима да у тим споровима одлучују.⁹¹ С обзиром на процесна дејства, арбитражни уговор се дефинише као "материјални уговор који се тиче процесних права."⁹² Уговорне (материјалне) природе је по начину настанка и узајамним правима и обавезама, док се процесни садржај манифестује кроз пророгационо дејство. Процесно дејство се састоји у преносу одлучивања на арбитра, тј. да (арбитражни уговор) "искључује државно судство и заснива одговарајући процесноправни приговор."⁹³ Због такве сложене природе, на пуноважност и правно дејство арбитражног уговора се примењују материјална и процесна правила. Материјалним правилима уговорног права се углавном одређује настанак и пуноважност, док процесна правила регулишу пренос надлежности, допуштеност захтева за покретање и вођење арбитражног поступка и ограничења надлежности судова.⁹⁴ Може се закључити да, без обзира на извесне разлике које постоје у одређивању правне природе арбитражног уговора, а које су логична последица разлика у схватању правне природе арбитража, потпуна сагласност постоји у томе да арбитражни уговор предствала правни основ надлежности сваке арбитраже.⁹⁵

У даљем тексту ће бити анализирани услови за његов настанак, правно дејство и правна природа. Да би производио правно дејство, потребно је да су уговорне стране закључиле пуноважан арбитражни уговор. Иако су уско повезани и

⁹⁰ Вид. UNCTAD International Commercial Arbitration, 5.2. The Arbitration Agreement, Geneva, 2005, UNCTAD/Misc. 232/Add.39, тач. 1.2. стр. 8, доступно на http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add39_en.pdf

⁹¹ Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 41

⁹² Ово је широко прихваћено схватање не само у правној теорији, већ и у изворима арбитражног права, и судској пракси. У том смислу К.Н. Böckstiegel, S. Kröll, P. Nacimiento, "Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations - General Overview", *Transnational Dispute Management*, Vol. 6, issue 1, March 2009, стр. 24. марг. бр. 47. Доступно на http://www.arbitration-icca.org/media/1/13234293353100/5-germany_as_a_place_for_international_arbitration.pdf наводе одлуку Немачког Савезног суда правде, BGH, 30.01. 1957, BGHZ 23, 198(200). Последњи приступ 22.07. 2015.

⁹³ Вид. Г. Станковић и др, *н. дело*, стр. 95.

⁹⁴ Вид. К.Н. Böckstiegel, S. Kröll, P. Nacimiento, *н. дело*, стр. 24. марг. бр. 47.

⁹⁵ Ј. Перовић, *н. дело*, 2012, стр. 190.

међусобно зависни, пуноважност и дејство уговора о арбитражи нису идентични појмови и тумаче се и оцењују према различитим правним правилима.⁹⁶

2 Аутономија арбитражног уговора

Под аутономијом арбиражног уговора се подразумева његова правна самосталност и одвојеност (сепарабилност, *eng. separability, severability*) од основног посла,⁹⁷ без обзира што се може у физичком смислу налазити у њему као арбитражна клаузула, или бити одвојен у другом документу (компромис). Другачије речено, аутономија или сепарабилност арбитражне клаузуле рефлектује статус који арбитражна клаузула има у односу на главни уговор.⁹⁸

Основна практична последица прихватања начела аутономије је став да арбитражни уговор може да постоји и производи правно дејство и кад је основни посао престао да постоји или није пуноважно настао. Међутим, ово данас владајуће схватање није било признато одувек.⁹⁹ До Другог светског рата владало је схватање да компромисорна клаузула није независна, већ да као саставни део главног уговора дели судбину главног уговора.¹⁰⁰ Ако је из неког разлога главни уговор поништен или није пуноважно настао, то се односило и на арбитражну клаузулу. Међутим, ако би се прихватило ово класично схватање уговорног права, то би онемогућило арбитражни суд да одлучује о последицама таквих уговорних ситуација и морао би да се огласи ненадлежним чим утврди да уговор није настао или да је престао.¹⁰¹ Покушај ублажавања овог става учињен је на Међународном конгресу арбитраже 1961. године, на коме је прихваћено схватање да арбитражи могу одлучивати о пуноважности главног уговора на основу арбитражне клаузуле

⁹⁶ R. Safari Panico, "Reform of the Brussels I-Regulation: the arbitrator's jurisdiction", *Conflict of Laws in International Arbitration*, Issue I, (F. Ferrari, S. Kröll, уред.), European Law Publishers, Munich 2010, стр. 103.

⁹⁷ Вид. S. M. Scwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*, CUP, Cambridge, 1987, стр. 2 и даље.

⁹⁸ М. Трајковић, *н. дело*, стр. 266.

⁹⁹ Вид. Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 68, као и "Аутономија уговора о арбитражи" *Право и привреда*, бр. 5-8/ 2008, Београд 2008, стр. 535-544.

¹⁰⁰ Вид. више Б. Познић, *н. чланак*, 1987, стр. 247.

¹⁰¹ М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 78. марг. бр. 3.15.

само као *amiable compositeur*. Касније је, седамдестих година прошлог века, принцип потпуне аутономије прихваћен у француској и судској пракси САД. Такав став Француски Касациони суд је заузео у одлуци донетој у предмету Госет (*Gosset*) из 1963. године, а Врховни суд САД у одлуци у предмету Прајм Пејнт (*Prima Paint*).¹⁰² Данас је овај принцип прихваћен и у већини националних права,¹⁰³ мањем броју међународних извора арбитражног права¹⁰⁴ и у судској пракси.¹⁰⁵

Принцип аутономије производи материјално и процесно правно дејство. У материјално-правном смислу, арбитражни уговор је одвојен од основног посла и од права које регулише основни посао, или чак и од "свих националних права."¹⁰⁶ То практично значи да постојање и дејство арбитражне клаузуле не зависи од постојања основног посла и да се пуноважност арбитражног уговора цени према посебним критеријумима и посебном праву који су независни од критеријума који важе за основни посао.¹⁰⁷ То има за последицу да арбитражна клаузула може да

¹⁰² *Goset* (1963), Cass Civ. May 1963; *Prima Paint v Flood & Conklin* (1967), 388 US 395 (1967). Вид. Ph.Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 198. и даље, бр. 391; J. Lew, *Contemporary Problems in International Arbitration*, Springer, 2013, стр. 76. У домаћој теорији Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 71 и даље; М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 79, марг. бр. 3.17.

¹⁰³ Вид. нпр чл. 178.став 3 Швајцарског Закона о међународном приватном праву (ЗМПП-РП); чл. 7 Енглеског Закона о арбитражи из 1996; мада J- F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 139, марг. бр. 177; J. Lew, *н. дело*, 2013, стр. 76. наводе да у енглеском праву још увек није у потпуности прихваћена одвојивост арбитражног уговора. Немачки законодавац је принцип аутономије регулисао заједно за принципом *Compétence-Compétence* у члану 1040. Арбитражног закона. Према подацима на интернет страници <http://www.trans-lex.org/969000/>, принцип је признат у Аустријском Закону о арбитражи, од 2006; Холандском Законику о грађанском поступку, Швајцарском Законику о међународном приватном праву, Шкотском закону о арбитражи, од 2009; САД једнообразном закону о арбитражи, од 2000. године. Вид. и Швајцарска правила о међународној арбитражи, од 2006. чл. 21. тач.. 1. и 2.

¹⁰⁴ Вид. чл. 41, тач.. 1. и 2, ICSID конвенције и чл. 16. став 1 УНЦИТРАЛ Модел закона о међународној трговинској арбитражи, од 2006. Од правилника, наводимо: УНЦИТРАЛ Арбитражна правила, ревизија од 2010, чл. 23. тач.. 1. и 2.

¹⁰⁵ Вид. J- F. Poudret, S. Besson, *н. дело*. стр. 133-141. Попис судских одлука вид. на <http://www.trans-lex.org/969000/>

¹⁰⁶ Вид. Ph.Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 197, пас. бр. 388. J-F.Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 132, марг. бр. 162.

¹⁰⁷ J-F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 132, марг. бр. 162.

преживи ништавост основног посла,¹⁰⁸ да постоји независно од основног посла и да о томе може да одлучује у њој означен арбитражни трибунал. Арбитражни уговор је у овом смислу дефинисан и у судској пракси као "уговор о процедуралним питањима, независан и одвојен од основног посла. Он мора бити третиран независно од постојања или пуноважности основног уговора јер то произилази из воље странака."¹⁰⁹

У колизионо-правном смислу, арбитражна клаузула се третира као посебан и од основног посла независан уговор на чије се постојање и пуноважност примењује право које не мора бити оно које је меродавно за основни посао. Овако схваћена аутономија се образлаже посебном правном природом и особеним циљем који је постављен пред арбитражну клаузулу.¹¹⁰ У процедуралном смислу, аутономија значи и право арбитраже да одлучује о сопственој надлежности, да расправља о пуноважности арбитражног уговора или основног посла у коме је садржан.¹¹¹ Са становишта арбитрабилности, то значи да ће се о арбитрабилности као једном од елемената арбитражног уговора расправљати према другим правилима у односу на право главног уговора, па се може десити да се арбитрабилним сматра и спор коме то својство није признато према праву главног уговора, али и обрнуто.

2.1. Ограничења од принципа аутономије арбитражног уговора

Основна сврха прихватања начела аутономије јесте да се омогући да се о судбини арбитражне клаузуле расправља и одлучује независно од основног уговора (посла), како би се обезбедило да арбитражни уговор не прати аутоматски судбину основног посла.¹¹² То се јасно види у случајевима непостојећих и

¹⁰⁸ Ph.Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 210, пас. бр. 410. Вид. и бројну праксу коју у том смислу наводе у напоменама бр. 56-59.

¹⁰⁹ *Sam v Perrin*, Court of Appeal, Paris, October 8, 1998, 2 *Rev. arb.* 1999, стр. 350.

¹¹⁰ У домаћој литератури вид. Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 67-86, А. Јакшић, *Међународна трговинска арбитража*, Београд 2003, стр. 195-208; М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 78-81; посебно 79, марг. бр. 3.18.

¹¹¹ J-F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 137, марг. бр. 170.

¹¹² Вид. J. Lew, L.Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 104, марг. бр. 6-14; P. Huber у: К-Н. Böckstiegel, S.Kröll, P. Nacimiento, *н. дело*, стр. 250, марг. бр.8.

ништавих уговора.¹¹³ Као непостојећи се сматрају они уговори којима недостаје неки од битних елемената (услова) за настанак, као што су предмет, кауза, форма. Сматра се да такви послови без наведених елемената нису ни настали, па самим тим не производе ни правно дејство. Код ништавих уговора, бар су у формално правном смислу испуњени услови за њихов настанак па се могу сматрати да постоје, али не производе правно дејство. Ништави уговори су испунили све услове за настанак у погледу способности, сагласности воља, предмета, каузе и форме, али им нешто недостаје што их чини противзаконитим. Зато се називају широким и непрецизним именом противзаконитим. Ништавим уговорима правни поредак не признаје дејство јер би повредили позитивне прописе или моралне норме. Будући да су ипак настали, ништави уговори могу бити поништени. О поништају непостојећих уговора се не може говорити, управо због тога што нису ни настали.¹¹⁴ Отуда постоји разлика у погледу лица која могу тражити поништај, у погледу разлога за поништај и улоге суда код поништаја. Ипак, правне последице које производе непостојећи уговори и поништени уговори су исте: ни један ни други не производе правно дејство. Због тога се у пракси често изједначавају или се не инсистира на међусобном разликовању.¹¹⁵ Основна сврха признања начела аутономије јесте да арбитражном уговору обезбеди да преживи ништавост и непостојање основног посла или да производи правно дејство и кад основни посао није ступио на снагу.¹¹⁶

Ипак, као и остала начела, тако се ни ово начело не може схватити у апсолутном смислу и без ограничења. То практично значи да се, и поред начела аутономије, пуноважност и постојање арбитражног уговора могу преиспитивати и из разлога

¹¹³ О непостојећим и ништавим уговорима датаљније у С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1980, стр. 449.

¹¹⁴ *Исто*.

¹¹⁵ Ph.Fouchard, E.Gaillard, B. Goldman, наводе да се у пракси ретко прави ова разлика, али у напмени бр. 64. наводе неке случајеве из француске судске праксе у којима је разлика прављена.

¹¹⁶ J- F. Poudret, S. Besson, *н. дело*. стр. 140, бр. 177. наводе да је француски Касациони суд у одлуци донетој у предмету *Navimpex* (Re.arb. 1989, стр. 641) начело одвојености арбитражног уговора проширио и на уговор који није ступио на снагу због тога што продавац није обезбедио тражену банкарску гаранцију.

који се налазе у основном послу и судбина арбитражног уговора учинити зависном од основног посла. У овом смислу се наводе случајеви уговора у којима стране нису постигле сагласност воља¹¹⁷ и уговора између пословно неспособних лица.¹¹⁸ У последњем случају се полази од тога да пословно неспособне стране нису могле да закључе ваљани основни посао па, из истих разлога, нису могле да закључе пуноважни уговор о арбитражи - *nihil ex nihilo*. У том случају, непостојање основног посла повлачи и непостојање арбитражне клаузуле, што има за последицу и да у њему "уговорена" арбитража не може решавати о таквом спору, без обзира на начело "*compétence- compétence*". Непостојећим се, према овом схватању, сматрају и незаконити уговори, чију судбину дели и у њима садржани арбитражни уговори. Остали недостаци, као што су заблуда о предмету или природи основног посла, представљају разлоге за поништај основног посла, али не погађају директно арбитражну клаузулу, не утичу на настанак и постојање арбитражне клаузуле, већ на правно дејство основног посла (главног уговора).¹¹⁹ Другачије речено, поништај уговора не мора да утиче на пуноважност арбитражне клаузуле. Ни раскид основног посла не утиче на постојање арбитражне клаузуле јер дејство раскида управо долази до изражаја кад основни посао (главни уговор) не буде извршен или је неуредно извршен, па се од арбитраже очекује да о томе одлучи.¹²⁰

На потребу разликовања непостојећих и ништавих уговора указују и неки извори арбитражног права.¹²¹ У домаћем Закону о арбитражи, није направљена ова разлика и регулисани су само ништави арбитражни уговори,¹²² али је у члану 10.

¹¹⁷ Вид. одлуку Француског Касационог суда у предмет Касија (*Pia Investments v. Cassia*, Rev. arb. 1990, стр. 857). Наведено према J-F.Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 140. нап. бр. 99.

¹¹⁸ М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 80, марг. бр. 3.19.

¹¹⁹ Вид. Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 74; М. Станивуковић, *исто*; М. Трајковић, *н. дело*, стр. 269.

¹²⁰ Вид. више М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 80, 81.

¹²¹ Вид. чл. 16. ст. 1. УНЦИТРАЛ Модел Закона; чл. 6, тач. 9. Арбитражних правила МТК од 2012; чл. 23. (1) УНЦИТРАЛ Арбитражних правила, од 2010. (којима се помињу само ништави, али не и непостојећи уговори).

¹²² Чл. 10. Закона о арбитражи РС.

Правилника о раду СТА¹²³ јасно наведено да ништавост и непостојање основног уговора не повлачи са собом ништавост арбитражног уговора.

Питање садржине и граница начела аутономије арбитражног уговора је од значаја за арбитрабилност јер се о подобности одређеног спора да о њему одлучује арбитража може говорити само ако се претходно утврди пуноважност арбитражног уговора. Другачије речено, о арбитрабилности у функционалном смислу се може говорити само као о делу пуноважног и признатог арбитражног уговора.

3. Примена различитих правила на основни посао и арбитражни уговор - меродавно право за арбитражни уговор

У правној теорији постоје значајне разлике код одређивања меродавног права за постојање и пуноважност арбитражног уговора.¹²⁴ У међународним и националним изворима арбитражног права се као могућа наводе право које су стране изабрале и право места где је арбитражна одлука донета.¹²⁵ Као основно, наводи се право уговорних страна да на основу аутономије воље и за арбитражни уговор изаберу право које им највише одговара. Право избора меродавног права странке не темељи се само на начелу аутономије воље, већ и на аутономији и одвојености арбитражног уговора од основног уговора. Код оцене пуноважности арбитражног уговора ово се тумачи као аутономија или независност од "свих националних права."¹²⁶ Ова врста аутономије постоји и кад се на постојање и пуноважност примењује национално право ако је одабрано на основу колизионих норми. Тако одабрано право може, али не мора бити право које је меродавно за

¹²³ Сл. гласник РС 46/11, 103/11, 3/13 и 32/13.

¹²⁴ К. Berger, "Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?", *International Arbitration 2006 Back to Basics?*, ICCA Congress ser no.13 (Van den Berg (уред.), Kluwer, 2006, стр. 315.

¹²⁵ Вид. чл. V(1)(a) Њујоршке конвенције.

¹²⁶ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 197. пас. бр. 388.

главни уговор.¹²⁷ Ситуација је, међутим, сложенија кад стране нису на изричит начин изабрале меродавно право.¹²⁸ Наиме, у пракси се често дешава да уговорне стране изаберу меродавно право за основни посао, али не и за арбитражни уговор. У том случају важи "строга претпоставка" у корист права које је меродавно за основни посао.¹²⁹

Иако се овакво тумачење чини логичним, јер се арбитражна клаузула третира само као једна од бројних уговорних клаузула, томе се противи природа аутономије арбитражне клаузуле. На посебном третирању арбитражне клаузуле се нарочито инсистира у једном делу француске правне теорије.¹³⁰ Инсистирање на аутономном карактеру арбитражне клаузуле у овом случају значи да њено постојање и пуноважност треба ценити према материјалним привилима *lex fori* или *lex arbitri*, применом тзв. "материјалног метода."¹³¹ Примена материјалног метода у конкретном случају значи примену "сопственог права" или "захтева међународног јавног поретка." Овако решење је, међутим, критиковано не само из теоријских разлога, посебно због тога што појам међународног јавног поретка није јасан, већ и из практичних разлога. Као практични недостатак "материјалног метода" се наводи чињеница да арбитраже немају сопствени национални правни поредак, те не могу применити ни "своје материјално право", ни сопствена колизиона правила.¹³² Због тога други аутори предлажу да место седишта арбитраже добије улогу "повезујућег фактора."¹³³ У том случају се о постојању и

¹²⁷ У овом смислу види одлуке француских судова који су одбили захтеве за поништај арбитражних одлука чија пуноважност није одређена према праву главног уговора, као и захтеве тужиоца да се на тумачење арбитражног уговора примени право главног уговора, Ph.Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 212, пас. бр. 413.

¹²⁸ Вид. J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 107, пас.бр. 6-23.

¹²⁹ J. Lew, *The Law Applicable to the Form and Substance of Arbitration Clause*, ICCA Congress Series No 14, Paris 1998, тач. 136. Вид. J-F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 142, марг. бр. 178.

¹³⁰ Вид. Ph.Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 228, пас. бр. 435. и даље у којима у овом смислу наводе и праксу највиших француских судова.

¹³¹ Исто

¹³² Исто, стр. 234, пас. бр. 443.

¹³³ J. Lew, L.Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр., 107, пас. бр. 6-23.

пуноважности арбитражног уговора одлучује у складу са правом седишта арбитраже.¹³⁴

Преглед наведених решења показује да се право меродавно за оцену постојања и пуноважности арбитражног уговора одређује на три начина: применом колизионоправног метода, применом транснационалних правних правила (*lex mercatoria*) и комбинацијом ова два метода.¹³⁵ Избор метода се углавном оправдава правном природом арбитражног уговора при чему се наглашавају или уговорни или јурисдикциони елементи.

Ако се уговор о арбитражи посматра као уговор процесно правне природе, пуноважност се цени према праву које уређује арбитражни поступак. Како се арбитражни поступак уређује према праву земље у којој се поступак одвија, према праву земље седишта арбитраже се цени и арбитражни уговор. Ако се уговор о арбитражи посматра као уговор материјалноправне природе, као у већини националних права¹³⁶ његова судбина зависи од права које су странке уговориле. У недостатку овог избора, пуноважност арбитражног уговора се цени према националним колизионим нормама. На примену традиционалних колизионих правила на посредан начин упућују одредбе Њујоршке конвенције кад регулишу услове за признање и извршење страних арбитражних одлука. Постоје и схватања да су се правила о сукобу закона из члана V(1)(a) ЊК, члана VI(a)(б) ЕК, члана 34(2)(a)(и) и 36(1)(a)(и) Модел закона и параграфа 1060(2) Немачког Закона о арбитражи, члана 1073. холандског Закона о арбитражи и члана 48. шведског

¹³⁴ J-F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 142, марг. бр. 178. Аутори, међутим, истичу да је реч о врло осетљивом и сложеном питању.

¹³⁵ Овакав став у теорији прихватају Ph.Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 218, пас. бр. 421, G. Born, *International Commercial Arbitration: Commenatry and Materials*, second ed., Kluwer, Tha Hag 2001, стр. 95; W.L. Craig, W.W. Park, J.Poulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3. издање, New York 2000, стр. 72; M. Blessing, "The Law Applicable to the Arbitration Clause and Arbitrability", ICCA Congress Series no. 9-*Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, Kluwer Law International 1999, (Van den Berg (уред.), стр. 169.

¹³⁶ Процесно правна природа уговора о арбитражи била је прихваћена једино у Швајцарској до доношења IPRG. Вид. више Ph.Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 220. пас.бр.424.

Закона о арбитражи "развила у истинска транснационална конфликтна правила за одређивање меродавног права о пуноважности арбитражног уговора."¹³⁷

У случају примене тзв. транснационалног метода, пуноважност арбитражног уговора се цени према духу међународних уговора, у складу са решењима у компаративном праву и арбитражним прецедентима.¹³⁸ Став да арбитражни уговор треба тумачити независно од било ког националног права, а на основу транснационалних правних правила, тј. *lex mercatoria*, прихваћена је у делу француске теорије¹³⁹ и у пракси арбитраже при МТК.¹⁴⁰

4. *Compétence – Compétence*

Доктрином *compétence-compétence* се означава правни принцип који производи двоструко дејство: позитивно и негативно. Позитивно се састоји у овлашћењу арбитра да сами одлучују о својој надлежности. Негативно се састоји у обавези судова да се уздрже од одлучивања о захтевима за испитивање надлежности арбитражних трибунала све док се не пружи прилика арбитрама да о томе одлуче.¹⁴¹ Реч је о правној фикцији по којој је арбитражни трибунал увек надлежан да одлучује о својој надлежности.¹⁴² Фикцију представља право трибунала¹⁴³ да одлучује о постојању сопствене надлежности на основу уговора о арбитражи. Уствари, арбитра своју надлежност не црпе из арбитражног уговора, већ из арбитражног права државе где арбитражни трибунал има седиште или из

¹³⁷ К. Berger, *н. дело*, стр. 316, који у намени бр. 87. наводи одлуку холандског Округног суда у Хагу, Yearbook XIX(1994) стр. 703. у којој суд наводи да "ово правило може бити сматрано као опште правило међународног приватног права као резултат широког међународног утицаја Њујоршке конвенције..."

¹³⁸ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 241, бр. 52.

¹³⁹ Вид. А Јакшић, *н. дело*, стр 211, и ауторе које наводи у намени бр. 802

¹⁴⁰ Вид. одлуку у предмету *Dalico*, French Cour de cassation, 20 Decembar, 1993, 121 CLUNET 432 (1994), у којој је пуноважност арбитражног уговора у поступку поништаја цењена према међународним уговорима и компаративном праву, на тзв. "границе међународног јавног поретка". Суд наводи и да постојање и пуноважност арбитражног уговора зависе искључиво од заједничке воље странка. Вид. више Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 256, бр. 475. Види и J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 123.

¹⁴¹ Ph.Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 396, бр. 651; J. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 160.

¹⁴² Г. Кнежевић, В. Павић, *н. дело*, стр. 70

¹⁴³ Према праву Русије, одлучивање о сопственој надлежности представља дужност, а не право.

"права свих држава које су одговорне да признају арбитражну одлуку донету од арбитра који се тиче њихове надлежности."¹⁴⁴ Међутим, иако трибунал одлучује о својој надлежности, не може се рећи да ово одлучивање припада искључиво трибуналу и да је лишено судске контроле,¹⁴⁵ већ да не постоји основ за *prima facie* сумњу да арбитра нису надлежни и способни да донесу одлуку не само у интересу странака већ и друштвене заједнице. У томе се види повезаност између овог начела и арбитрабилности.¹⁴⁶

Ако се поступак покрене пред судом, суд је дужан да одустане од мериторног одлучивања о својој надлежности све док се о томе не изјасни арбитражни трибунал (негативно дејство принципа *compétence-compétence* или правило о успостављању хронолошког приоритета у корист арбитра).¹⁴⁷ Правило о праву првенства арбитражног суда да први одлучује о својој надлежности не спречава суд да касније преиспита одлуку арбитражног трибунала.¹⁴⁸ У том смислу се истиче да је реч о приоритету "схваћеном у временском, а не у хијерархијском смислу."¹⁴⁹

У језичком смислу, француском изразу "*compétence-compétence*", је конкурисао и немачки израз *Kompetenz - Kompetenz*, који се често користи у домаћој литератури при чему му се често даје исто значење, што може створити забуну.¹⁵⁰ Иако се чини да је реч о истом појму који је исказан различитим језиком, детаљнија анализа показује да између њих постоје разлике.¹⁵¹ Немачки израз *Kompetenz-*

¹⁴⁴ Ph.Fouchard, E.Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 400, бр. 658.

¹⁴⁵ Вид. S. Kröll, P. Kraft "Ten Years of UNCITRAL Model Law in Germany" 1(2007) 3 *World Arbitration & Mediation Review*, стр. 439.

¹⁴⁶ Ph.Fouchard, E.Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 400, бр. 659.

¹⁴⁷ Исто, број 660.

¹⁴⁸ О постојању арбитражног уговора у неким земљама попут Немачке и Енглеске, суд одлучује утврђујућом или деклараторном пресудом. У домаћем праву то није дозвољено.

¹⁴⁹ Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 160.

¹⁵⁰ Г. Кнежевић, В. Павић, *н. дело*, стр. 70.

¹⁵¹ Вид. Ph.Fouchard, E.Gaillard, B.Goldman, *н. дело*, стр. 395, бр. 650. О еволуцији доктринарних ставова и праксе о "компетенцији компетенције" вид. А. Ћирић, "Компетенција компетенције међународних трговинских арбитража", *зборник радова Међународна привредна арбитража-стање и перспективе*, Београд 1978, стр. 194.

Kompetenz означава право арбитражног трибунала да одлучује о својој надлежности без било каквог присуства или контроле националних судова, што не одговара у потпуности стварном стању ствари.

4.1. Обим начела *compétence-compétence*

Без обзира што је начело *compétence-compétence* признато у свим правима (међународним и националним изворима и правилницима),¹⁵² већ је напоменуто да око његовог схватања и обима постоје разлике. Обим начела *compétence-compétence* зависи од тога како је решено питање сукоба "надлежности" између државних судова и арбитражних трибунала, тј. да ли је националним решењима допуштено да суд испитује пуноважност уговора о арбитражи.¹⁵³

Од међународних извора, једино Њујоршка конвенција не регулише ово питање. У осталим међународним изворима, као што су Европска и Вашингтонска конвенција, ово питање је регулисано на сличан начин. Тако Европска конвенција у члану V(3) предвиђа "под резервом ма које следеће судске контроле предвиђене по *lex fori*, арбитар чија је надлежност оспорена овлашћен је да продужи са арбитражом, да сам донесе одлуку у својој надлежности и да одлучи о постојању или пуноважности арбитражног уговора или уговора чији је део тај споразум." Слично решење је предвиђено и у члану 41. Вашингтонске конвенције. УНЦИТРАЛ Модел закон предвиђа два решења у погледу приговора о ненадлежности. Према одредбама члана 16(3): "Арбитражни суд може да решава о приговору поменутом у ставу 2 овог члана, било као о претходном питању, било у одлуци о суштини спора. Ако арбитражни суд реши као претходно питање да је надлежан, свака страна може у року од 30 дана од пријема обавештења о том решењу, захтевати од суда (одређеног у члану 6) да донесе одлуку о том питању против које неће бити допуштена жалба. За време док се води поступак о том

¹⁵² Ph.Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 397, бр. 653.

¹⁵³ Према одредбама члана 1032(1) Немачког ЗПО: "Суд коме је поднета тужба у ствари која је предмет уговора о арбитражи одбацује тужбу као недопуштену, ако је тужени ставио приговор пре почетка усмене расправе о главној ствари, осим ако утврди да је уговор о арбитражи ништав, да је без дејства или да га није могуће извршити".

захтеву, арбитражни суд може да настави арбитражни поступак и да донесе арбитражну одлуку." Слично решење садржи и домаћи Закон о арбитражи и Правилник Спољнотрговинске арбитраже. Према одредбама члана 30. Закона о арбитражи, о приговорима ненадлежности и прекорачењу овлашћења арбитражни суд може да одлучи као о претходном питању или одлуком о предмету спора. Ако одлучи као о претходном питању, може од суда да захтева да одлучи о том питању. Против одлуке тог суда, није дозвољена жалба. Ако је пред надлежним судом покренут поступак против арбитражне одлуке, арбитражни суд може да настави поступак и донети арбитражну одлуку за време док је у току поступак пред судом о приговорима.

О постојању арбитражне надлежности суд може одлучивати и након окончања арбитражног поступка: у поступку признања и извршења арбитражне одлуке. У том случају, странка која је оспоравала надлежност трибунала за време поступка, може захтевати од суда да испита постојање надлежности трибунала и тако одлучи и о постојању арбитражног уговора.

Из напред наведеног се може се закључити да доктрина *compétence - compétence*, означава право арбитраже да одлучује о својој надлежности, али ово право није искључиво. Постојање надлежности арбитраже се може поставити и пред судовима.¹⁵⁴

5. Облици уговора о арбитражи

Арбитражни уговор може бити закључен у облику компромисорне клазуле или компромиса.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Вид. Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 160.

¹⁵⁵ О коренима и значају разликовања између компромисорне клазуле и компромиса углавном у унутрашњем праву вид. Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 53 и даље; М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 74, мар. бр. 3.4.

5.1 Компромисорна клаузула и компромис

Компромисорна клаузула (арбитражна клаузула, *arbitral clause*, *clause compromissoire*) представља посебну одредбу или клаузулу у основном послу којом се уговара надлежност арбитраже за све спорове који настану из или у вези основног посла. Осим што може бити унета у сам текст уговора, клаузула може бити садржана и у анексу уз основни посао или у општим условима пословања на које упућује уговор. У овим случајевима се поставља питање да ли такав начин понашања уговорних страна задовољава услове у погледу писане форме и да ли изражава потпуну сагласност воља која се тражи за уговоре. О томе ће више речи бити у наредној тачки.

Други вид уговора о арбитражи је *компромис*. Компромис (*submission to arbitrate*, *act de compromis*, *compromis d'arbitrage*) представља уговор (сагласност воља) који уговорне стране закључују након што је спор између странака настао којим настали спор поверавају на решавање одабраној арбитражи.

Разликовање између компромиса и компромисорне клаузуле води порекло из француског права из XIX века.¹⁵⁶ Према тадашњем схватању уговор о арбитражи може да производи правно дејство само ако је у њему одређен предмет спора и ако су именовани арбитраи. Тако посматрано, компромисорна клаузула која је садржана у главном уговору не би могла сама по себи (*eo ipso*) довести до конституисања надлежности арбитражног трибунала. Компромисорна клаузула је представљала само основ за каснији нови споразум (компромис) у коме би уговорне стране именовале своје арбитраи и означиле конкретан спор.¹⁵⁷ Једно време компромис је представљао једини облик који су поједина национална права признавала као ваљани арбитражни уговор.¹⁵⁸ Временом се ово разликовање

¹⁵⁶ Вид. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 193-4, пас. бр. 386, стр. 384, пас. бр. 631, J. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, London 2007, стр. 122.

¹⁵⁷ A. M. Steingruber, *Notion, Nature and Extent of Consent in International Arbitration*, PhD, London, 2009, стр. 88. Доступно на <https://qmro.qmul.ac.uk/jspui/bitstream/123456789/415/1/STEINGRUBERNotionNature2009.pdf>

изгубило и у француском и у већини осталих права. Женевски протокол о арбитражним клаузулама, а касније Европска конвенција о арбитражи су недвосмислено предвиделе једнак третман обе врсте арбитражног уговора.

Иако у погледу сврхе и правног дејства оба облика арбитражног уговора служе истој сврси, у пракси су компромиси често детаљнији и обимнији. Разлоге за то не би требало тражити у посебним теоријским захтевима, већ у чињеници да се компромис закључује након настанка спора, када су уговорним странама познати многи детаљи спора и стање права и обавеза у основном послу, па детаљнијим компромисом настоје да "управљају" спором.¹⁵⁹

Компромисом се може уредити доста широк круг питања, од тога која је арбитража надлежна, преко материјалног и процесног права које ће се применити, до броја арбитра и језика на ком ће се поступак водити. Уговорним странама ове могућности стоје на располагању и приликом уговарања арбитражне клаузуле, али је приметно да се арбитражне клаузуле не уговарају тако детаљно, вероватно из уверења да до спора неће ни доћи.

Као посебна врста или вид арбитражног уговора у литератури се наводе арбитражне клаузуле у инвестиционим споровима. Њих састављају два субјекта у корист трећег лица: државе уговорнице код споразума о страним улагањима или државе уговорнице и страни улагачи.¹⁶⁰ Такви споразуми се сматрају општом понудом коју страни улагач прихвата слањем захтева или обавештења о

¹⁵⁸ Вид. А. Redfren i drugi, *н. дело*, стр 8, марг. бр. 1-09. Аутори, међутим, наводе да је у неким земљама Латинске Америке и даље познато разликовање између компромиса и компромисорне клаузуле и да се према праву Аргентине и Уругваја и даље захтева постојање компромиса. Вид. напомену број 33.

¹⁵⁹ М. Трајковић, *н. дело*, стр. 235; Г. Кнежевић, В. Павић, *н. дело*, стр. 46. J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 100, бр. 6-4.

¹⁶⁰ Вид. више М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 74, мар.бр. 3.6; М. Станивуковић, "Арбитража између држава и улагача на основу двостраних споразума о заштити и унапређењу улагања", *Зборник радова у спомен проф. др Миодрага Трајковића*, Београд 2006, стр. 514-533; Исти аутор "Клаузула о испуњењу свих обавеза које је држава преузела према страном улагачу (кишобран клаузула) у двостраним уговорима о заштити инвестиција", *Међународно приватно право и заштита страних инвестиција*, М. Костић-Мандић (уред.), Подгорица 2008, стр. 32-56.

покретању поступка против те државе. У већини случајева се не тражи додатна сагласност тужене државе.¹⁶¹

6. Елементи арбитражног уговора

С обзиром да арбитражни уговор представља врсту уговора, његов настанак и правно дејство су регулисани општим правилима грађанског или облигационог права о уговорима, осим ако посебним изворима арбитражног права нису предвиђена посебна правила. У националним правима се релевантне одредбе налазе у грађанским или трговачким законцима, односно у законима о облигационим односима, тамо где ова материја није кодификована у грађанске и трговачке законике. Међутим, с обзиром да арбитражни уговор има посебан предмет и да производи и процесно правна дејства, на поједина питања, као што су арбитрабилност или надлежност примењују се и правила садржана у посебним изворима арбитражног права: националним законима и другим прописима и у међународним конвенцијама. Решења садржана у њима се сматрају посебним и у случају несагласности са општим правилима, сукоб између њих се решава у складу са начелом *lex specialis derogat lex generali*. Ипак, без обзира на извесне разлике које у њима постоје, на пример у вези значаја каузе у земљама писаног права или накнаде (*consideration*) у земљама општег права, као неопходне елементе за настанак пуноважног арбитражног уговора требало би сматрати услове који се односе на: способност уговарања, сагласност воља уговорних страна, предмет, каузу и форму.¹⁶²

6.1. Форма уговора о арбитражи

Опита разматрања. Под формом уговора о арбитражи се разуме препознатљив облик у коме је исказана или манифестована сагласност уговорних страна да свој спор повере на решавање арбитражи. При томе је потребно је разликовати две

¹⁶¹ М. Станивуковић, *н. дело*, 2013, стр. 75, тач.. 3.6.

¹⁶² Вид. више Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 87.

форме.¹⁶³ Прва форма се односи на облик у коме су уговорне стране исказале своју потпуну или довољну сагласност за уговор, у овом случају за уговор о арбитражи. Друга се односи на облике или начине у којима уговорне стране исказују правно релевантну намеру да постигну сагласност за арбитражни уговор. Код класичних уговора, ова фаза се означава као фаза преговора.

За закључивање уговора о арбитражи по правилу се не воде посебни преговори, већ се питање арбитраже разматра у склопу општих преговора о основном послу. Тек кад се преговарачи договоре о свим битним елементима основног посла, о клаузули о решавању спорова се дискутује међу последњим одредбама. Отуда се арбитражне клаузуле називају и поноћним (*midnight*) клаузулама¹⁶⁴ и по правилу се о њима не сачињава посебан уговор, већ се налазе у основном послу, као једна од његових клаузула. Само се у случају компромиса сагласност воља исказује у посебној форми и налази се у посебном документу.

Ако се садржина арбитражне клаузуле налази у основном послу који је сачињен у писаном облику и потписан од обе стране, питање писане форме арбитражног уговора се не поставља. Као спорно се може поставити питање да ли правно дејство производи и арбитражни уговор који је закључен усмено, конклюдентим радњама и на други начин.¹⁶⁵

Ако су преговори били успешни и ако је постигнута сагласност исказана у писаној форми, радње које су до тога довеле нису од значаја. Али, ако сагласност није дата у једном документу, већ се налази у више исправа, код одлучивања да ли постоји писана форма у обзир ће се узети и садржина и форма ових исправа. Иако су ове две форме функционално повезане и произилазе једна из друге у раду ће бити анализирани посебно.

¹⁶³ О. Антић, *Облигационо право*, Београд 2011, стр. 340.

¹⁶⁴ J-F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 123, пас. бр. 153.

¹⁶⁵ Ове облике наводи УНЦИТРАЛ Модел закон у члану 7(2) прва алтернатива.

Форма уговора о арбитражи.¹⁶⁶ У већини извора арбитражног права захтева се писана форма уговора о арбитражи. Под писаном формом се подразумева да је сагласност садржана у исправама које су обе стране потписале. Захтев за писаном формом и одступање од принципа консенсуалности образлаже се позивањем на два разлога.¹⁶⁷ Прво, уговарањем арбитраже странке одступају од судова као уобичајених органа за решавање спорова па захтев за писаном форма представља "последњу опомену" странкама да не буду изненађене због такве промене. Други разлог је *ad probationem* функција писане форме арбитражног уговора.¹⁶⁸

Писана форма је предвиђена као обавезна и у међународним конвенцијама,¹⁶⁹ бројним националним законима¹⁷⁰ и правилницима међународних трговинских арбитража.¹⁷¹ Разлоге томе би, свакако, требало тражити у посебном карактеру и значају који законодавци дају уговору о арбитражи. Међутим, због појаве савремених средстава комуникација присутна је тенденција да се захтев за

¹⁶⁶ J.Lew, L.Mistelis, S.Kröll, *н. дело*, стр. 130, пас. бр. 7-6, наводе да у Енглеској, опште право још увек признаје усмени уговор о арбитражи, али он не може бити примењен на основу Закона о арбитражи, напомена бр. 2. У домаћој теорији о форми арбитражног уговора вид. више J. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 119-135; J. Перовић, *н. дело*, 2012, 215-217, Г. Кнежевић, В. Павић, *н. дело*, стр. 47-50; А. Uzelac, "The Form of Arbitration Agreement and the Fiction of Written Orality how far Should We Go?", *Croat. Arbit. Yearb. Vol. 8(2001)*, стр. 83-107. Доступно на <http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/B13forma-caу.pdf>.

¹⁶⁷ Г. Кнежевић, В. Павић, *н. дело*, стр. 47; А. М. Steingrubr, *н. дело*, стр. 106.

¹⁶⁸ Г. Кнежевић, В. Павић, *н. дело*, стр. 48.

¹⁶⁹ Вид. чл. II.2 Њујоршке конвенције; чл. I(a) Европске конвенције о међународној трговинској арбитражи, од 1961. године.

¹⁷⁰ Вид. чл. 583(1) аустријског Закона о арбитражи (садржаног у Законику о грађанском поступку, са изменама из 2013) доступно на <http://www.viac.eu/en/materials>; чл. 2(1) Португалског закона од 2011 (Law No 31/86 од 29.08. 1986, са изменама Decree-Law No 38/2003, од 8. марта 2003, доступно на http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=198128#LinkTarget_446), чл. 807. Италијанског ICCP, од 2006 (Title VIII of Book IV of the Italian Code of Civil Procedure, доступно на <http://www.jus.uio.no/lm/italy.arbitration/doc.html>), параграф 1031 Немачког Закона о арбитражи (German Arbitration Law 1998, Tenth Book of the Code of Civil Procedure, доступно и на <http://www.dis-arb.de/de/51/materialien/german-arbitration-law-98-id3>).

¹⁷¹ Вид. чл. 1. WIPO Arbitration Rules, која су ступила на снагу 01. јуна 2014. године (доступна на <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/>), о захтеву за писану форму арбитражног уговора се може закључити и на основу модела арбитражне клаузуле која је препоручена Правилником Немачке арбитраже DIS Arbitration Rules 98, на снази од 01.07. 1998. Доступна на <http://www.dis-arb.de/en/16/rules/dis-arbitration-rules-98-id10>; чл. 5. Арбитражна правила кинеске међународне привредне и трговинске комисије, на снази од 01.01. 2015. године (доступна на <http://www.cietac.org/index.cms>); чл. 8. Правилника о спољнотрговинској арбитражи Вид. и чл. 7.2 УНЦИТРАЛ Модел закона.

*Улога арбитрабилности у процесу решавања спорова пред међународном
трговинском арбитражом*

писаном формом схвати широко тако да обухвата не само сагласност воља која је изражена у једном документу који су потписале обе странке, већ и сагласност воља која је "забележена у било ком облику, без обзира да ли је арбитражни уговор закључен усмено, конклюдентним радњама или на други начин."¹⁷²

Арбитражни уговори закључени усмено и конклюдентним радњама. Само у малом броју националних права и судској пракси се за уговор о арбитражи не тражи било каква форма или је форма схваћена крајње либерално, па се као ваљана форма узима и усмени споразум.¹⁷³ У пракси се чешће и основни посао и арбитражни уговори закључују конклюдентним радњама.

Уговори закључени конклюдентним радњама. У међународној трговинској пракси су чести случајеви да понуђени уместо да свој пристанак на понуду пошаље писаним путем или на други непосредни начин искаже своје прихватање, уместо тога предузме неке правне и физичке радње које су усмерене на испуњење још незакљученог уговора, као што су: слање робе, ангажовање превозиоца или шпедитера или давање налога банци да у корист продавца-понуђача отвори тражени акредитив и слично. С обзиром да је овакав начин закључивања уговора

¹⁷² Вид. чл. 7(2) УНЦИТРАЛ Модел закона, прва алтернатива.

¹⁷³ Као права у којима се не захтева било каква форма А. Узелац, "Форма арбитражног уговора у хрватском праву: ново уређење, његова исходишта и перспективе даљњег развоја", *Зборник ПФЗ*, 56(2-3) 2006, стр. 557, у напомени бр. 34. наводи право скандинавских земаља (Финске, Шведске и Данске), а као права са ублаженим захтевом, права Белгије, Шведске, Швајцарске, Холандије, Велике Британије и Италије. Карактеристично у овом погледу је право Француске у коме се прави разлика између унутрашњих и међународних арбитража. Писана форма арбитражног уговора се не захтева код уговарања међународних арбитража. Такво тумачење је посредно произишло из одредбе члана 1499, Закона о грађанском поступку од 1981. године. Вид. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 369-373, бр. 606-610; M. Wietzorek, *The Form of the International Agreement under the 2011 French Arbitration Law*, на: <http://kluwarbitrationblog.com/blog/2011/04/07/the-form-of-the-international-arbitration-agreement-under-the-2011-french-arbitration-law/>. У домаћој теорији Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 120-123.

Нови Закон о грађанском поступку од 2011. године, је у том погледу јасан и у члану 1507 јасно наводи да уговор у међународној арбитражи не подлеже било каквој форми. Вид. Decree No. 2011-48 od 13. 01. 2011. о реформи арбитражног права, Ministry of Justice and Civil Liberties, NOR: JUSC1025421D. Доступно и на http://www.sccinstitute.com/media/37105/french_law_on_arbitration.pdf, Последњи приступ 18.06. 2015. У овом смислу се изјашњавао и Француски Касациони суд, на пример о одлукама у предмету: *Second Bomar Oil*, Cass. 1 civ., Nov. 9, 1993, *Bomar Oil N. V. v Enterprise Tunisienne d'Activites Petroliers (E.T.A.P.)*, 1994. и Апелациони суд у предмету *V 2000*, CA Paris, Dec. 7, 1994. Наведено према Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 372, пас. 609.

прихваћен као дозвољен, поставља се питање да ли се на овај начин може закључити и арбитражни уговор и да ли је на тај начин испуњена писана форма. Проблем са признавањем оваквог начин закључивања арбитражног уговора је у томе што конклюдентна радња којом понуђени изражава своју сагласност не садржи његов потпис и у том смислу не задовољава захтев из Њујоршке конвенције или домаћег Закона о арбитражи да је "садржан у исправама које су странке потписале."¹⁷⁴ Могућност закључивања арбитражног уговора конклюдентним радњама, као једну алтернативу, помиње само УНЦИТРАЛ Модел закон.

Сматрамо да би овај начин који је прихваћен код закључивања класичних уговора, требало прихватити и код арбитражног уговора. У том случају и уговор о арбитражи би требало сматрати закљученим као и основни уговор у форми и са садржином која је одређена у понуди или поруџбини коју је једнострано учинио наручилац. У таквом случају арбитражни уговор, без обзира што је означен као "уговор", представља само једну од клаузула у основном послу. Отуда понуђени предузимањем конклюдентне радње прихвата све услове из понуде, па и арбитражну клаузулу, тј. арбитражни уговор. Ако је понудилац своју понуду или наруџбину послао понуђеноме у писаној форми, предузимањем конклюдентне радње требало би сматрати да је уговор закључен у писаној форми. Таквој писаној форми једино недостаје потпис друге стране, понуђенога, у смислу захтева из Њујоршке конвенције и домаћег Закона о арбитражи. Овај недостатак не би требало тумачити у строго формалном смислу, већ према сврси и принципу *in favorem contractus*.

Ако је сврха потписивања сваког документа па и уговора, признање или прихватање права и обавеза које садржи потписани текст, у случају конклюдентних радњи друга страна не само што их је прихватила и признала, већ их је почела и испуњавати предузетом конклюдентном радњом.

¹⁷⁴ Чл. II (2) Њујоршке конвенције, чл. 12(2) Закона о арбитражи.

Арбитражни уговор закључен разменом порука. Проналазак и коришћење нових (савремених) средстава комуникације, посебно електронских, наметнуо је потребу да се постојећа решења у погледу писане форме преиспитају како би се као дозвољени начини за закључивање арбитражних уговора прихватила и размена електронских порука и коришћење других средстава комуникације, као што су СМС поруке, размена мејлова.¹⁷⁵

Већ је Њујоршком конвенцијом било дозвољено да арбитражни уговор може бити садржан и у "размењеним писмима или телеграмима" и да таква сагласност задовољава захтев писане форме.¹⁷⁶ Проналазком и применом нових средстава комуникације, посебно електронских, у новим изворима арбитражног права се под разменом подразумева и размена "порука путем средстава комуникације, која омогућава писани доказ о споразуму странака, без обзира да ли су те поруке странке потписале."¹⁷⁷ Према препоруци из УНЦИТРАЛ Модел закона, писану форму испуњава и "електронска комуникација ако су подаци садржани у њој доступни за каснију употребу." Под електронском комуникацијом се разуме свака комуникација коју странке обављају разменом порука са подацима, при чему "порука са подацима" означава податке који су сачињени, послати, примљени или сачувани електронским, магнетним, оптичким и сличним средствима, уз помоћ електронске размене података (EDI), електронске поште, телеграма, телекса и телефакса. Иако није поменуто, сматрамо да би по истој логици требало сматрати

¹⁷⁵ Имајући у виду ове напомене, а након примене више од 50 година Њујоршке конвенције, Комисија Уједињених Нација за међународно трговинско право (УНЦИТРАЛ) је на 39. Седници одржаној 7. јула 2006. године донела Препоруку која се односи на шире тумачење чланова II(2) и VII(1) Њујоршке конвенције којима се захтева писана форма за арбитражни уговор. Препорука је усвојена са намером да се обезбеди већи степен хармонизације националних правила усмерених на тумачење форме арбитражног уговора. Препорука УНЦИТРАЛА није правно обавезујућа али представља смерницу државама потписницима приликом тумачења члана II (2) Њујоршке конвенције. У тексту Препоруке се наводи да "околности-облици" форме које су наведене тако да представљају испуњење писменог захтева не би требало схватити коначним и исцрпљујућим. Поред тога, Препоруком се охрабрују државе да усвоје ревидирани члан VII УНЦИТРАЛ Модел Закона о међународној трговинској арбитражи. О овом члану ће бити речи касније.

¹⁷⁶ Чл. II(2). Конвенције.

¹⁷⁷ Вид. чл. 12(3) Закона о арбитражи који је преузео сличну одредбу из члана 7. УНЦИТРАЛ Модел закона. Исто значење је било предвиђено Законом о парничном поступку односно изменама из 1990 године, извршене у глави xxxi.

да и уговори настали разменом СМС порука задовољавају писану форму.¹⁷⁸ Осим "размене порука", могуће је уговор о арбитражи закључити и разменом исправа, као што су наруџбенице¹⁷⁹ и фактуре или друге папирне исправе садржана у више докумената.

Закључивање уговора о арбитражи упућивањем на опште услове пословања. Према одредбама члана 12, став 4. Закона о арбитражи, уговор о арбитражи се сматра закљученим и ако се странке у писаном уговору позову на друго писмено које садржи уговор о арбитражи (општи услови за закључење правног посла, текст другог уговора и сл.) ако је циљ тог позивања да споразум о арбитражи постане део уговора. Овакав начин закључивања арбитражног уговора не ствара посебне дилеме јер и упућујућа клаузула чини дао закљученог основног посла.

Сложенија ситуација постоји у случају кад обе уговорне стране као преговарачи уз своју понуду, односно прихват понуде, доставе своје опште услове пословања у коме су садржане различите арбитражне клаузуле. У овом случају се може, по аналогiji са закључивањем класичних уговора, говорити о сукобу или борби формулара (*battle of forms*), тј, општих услова пословања. Проблем постоји због тога што понуђени уз свој одговор у коме је прихватио услове из понуде и клаузуле из придружених ОУП, шаље своје ОУП који се разликују у погледу арбитражне клаузуле. Спорно је да ли такав одговор сматрати прихватањем понуде који доводи до настанка уговора (основног посла и арбитражног уговора),

¹⁷⁸ Вид. М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 91

¹⁷⁹ Вид. став суда у предмету *Robobar v Finncold* Corte di cassazione, 28 October 1993, бр. 10704/93, *Robobar Ltd v Finncold sas*, XX YBCA 739 (1995); Corte di cassazione, 18 September 1978, бр. 4167, *Gaetano Butera v Pietro e Romano Pagnan*, IV YBCA 296 (1979), стр. 299 и даље; немачку одлуку *Landgericht München*, 20 June 1978, V YBCA (1980), стр. 261. У предмету *Robobar* арбитражна клаузула је била садржана у наруџбеници коју је *Robobar* послао *Finncoldu*. *Finncold* никада није потписао нити вратио другој страни овај документ, већ је поступао по наруџбеници и дуго година снабдевао *Robobara* уговореним производима. Када је спор настао, услед неплаћања купца односно *Robobara*, *Finncold* је покренуо поступак пред надлежним италијанским судом. *Finncold* је позивајући се на арбитражну клаузулу покушао да оспори надлежност суда, али је суд одбио приговор наводећи да арбитражној клаузули недостаје формална пуноважност те да она није закључена у писменој форми као и да није закључена разменом писмена јер недостаје потпис једне од уговорних страна. Међутим, у предмету *Sphere Drake Insurance Pie v Marine Towing, Inc*, 16 F 3d 666, 669 (5th Cir 1994), амерички суд је члан II Њујоршке конвенције тумачио доста широко, па недостатак потписа није тумачио као препреку констутисања надлежности трибунала.

или не. Ако се, пак, такав одговор третира као прихват понуде, да ли је уговор закључен према ОУП понудиоца или општим условима пословања понуђенога.

С обзиром да се ово питање поставља у склопу преговора за закључивање основног уговора, сматрамо да га треба решити у складу са меродавном теоријом о сукобу формулара.¹⁸⁰ У том случају судбина арбитражног уговора у погледу садржине и форме, прати судбину основног посла. Другачије речено, треба сматрати да је уговор о арбитражи закључен у форми и са садржином према правилима која су примењена на основни посао.¹⁸¹ У пракси се у том погледу примењују две теорије: теорија последњег шута или последње речи и теорија нокаута.¹⁸²

Са становишта захтева за писаном формом, питање је спорно јер се арбитражна клаузула/арбитражни уговор не налази у основном послу који потписују уговорне стране или њихови овлашћени представници, већ у одвојеном документу: општим условима пословања или општим условима продаје.¹⁸³ Као спорно се поставља питање да ли је и у оваквим случајевима задовољен захтев за писаном формом. У генералном смислу, одговор зависи од тога да ли се ОУП и у њима садржана арбитражна клаузула (уговор) сматрају саставним делом основног посла или не. Ако и арбитражна клаузила чини део основног посла као и друге клаузуле, на шта упућују поменуте теорије о сукобу формулара, задовољена је писана форма и

¹⁸⁰ Вид. Р. Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Крагујевац 2012, стр. 433-35.

¹⁸¹ Сукоб формулара (*battle of forms*) постоји у случајевима када на понуду којој су прикључени услови пословања понудиоца, понуђени одговори прихватам, али уз прихват пошаље и своје услове пословања. Услови пословања понуђенога могу бити одштампани на полеђини прихвата или на њихову примену упућује посебна клаузула. Вид. Р. Вукадиновић, *н. дело*, 2012, стр. 433; G. Ruehl, "The Battle of Forms: Comparative and Economic Observations", *U. Pa. I. Int'l Econ. L.* стр. 189; E. J. Jacobs, "The Battle of the Forms: Standard Term Contracts in Comparative Perspective", 34 *Int'l & Comp. L.Q.* 297 (1985); A. T. von Mehren, "The 'Battle of the Forms': A Comparative View", 38 *AM. J. Comp. L.* 265 (1990).

¹⁸² Вид. Р. Вукадиновић, *н. дело*, стр. 434.

¹⁸³ Вид. A. J. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention*, *н. дело*, стр 217, наводи да ће писана форма уговора бити испуњена само ако се у главном уговору изричито позива на компромисорну клаузула садржану у општим условима пословања који представљају посебан документ. Стр, 8 и 9 у: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf. За прихваћени став у српском праву, вид. пре свих Б. Познић, *н. дело*, стр. 244 и даље.

може се сматрати да је арбитражни уговор садржан у одвојеним документима. Међутим, у судској пракси је изражен и став да би арбитражну клаузулу требало третирали као посебну или неуобичајену одредбу уговора, те није довољно опште упућивање на њено постојање, већ је потребно да се на њу посебно скрене пажња код упућивања на опште услове пословања у којима је садржана.¹⁸⁴

На обавезу да се у неким случајевима посебно истакне да се упућивањем на опште услове пословања бира и арбитражна клаузула указују и нека национална права, на пример у случају кад је садржана у коносману,¹⁸⁵ док се код арбитражних уговора у којима је једна страна потрошач обавезно траже лични потписи уговорних страна.¹⁸⁶ Што се тиче питања да ли је, у случајевима кад је размењен документ потписала само једна страна, сагласност постигнута у писаној форми, у пракси је прихваћено тумачење да се не мора тражити писана сагласност обе стране, већ је довољно да арбитражни уговор буде учињен "очевидним."¹⁸⁷

6.1.1. Заснивање надлежности без посебног уговора

Правило је да своју надлежност арбитражни трибунали заснивају на пуноважном арбитражном уговору, без обзира да ли је у виду компромиса или компромисорне клаузуле. Поред оваквог "класичног" начина који се базира на сагласности воља уговорних страна, постоје и другачији начини заснивања надлежности кад не

¹⁸⁴ Вид. J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 142, пас. бр. 7-38. Види и *Concordia Agritrading Pte Ltd v. Cornelder Hoogewerff Pt Ltd*, 3 Int Alr N-42 (2000) Singapore High Court, 18 October 1999. У италијанском праву се за уговарање унутрашње арбитраже захтева да је уговорник знао и специјално одобрио арбитражну клаузулу која је саставни део општих услова пословања. Специјално одобрење пак није потребно за уговарање међународне арбитраже, ако је арбитражна клаузула у општим условима била позната или морала бити позната другој уговорној страни.

¹⁸⁵ Вид. чл. 1031(4) немачког Закона о грађанском поступку, и коментар уз овај члан: Trittmann/Hanefeld, стр. 134, марг. бр. 21. у К-Н Воецкстиегел, Kröll and Nacimient (уред), *н. дело*, Kluwer, 2007.

¹⁸⁶ Вид. чл. 1031(5) немачког Закона о грађанском поступку.

¹⁸⁷ J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 135, пас. бр. 7-16. Вид. раније наведени предмет *Robobar v Finncold*. Вид. и одлуку Савезног суда Швајцарске у предмету *Compagnie de Navigation et Transport v MSC*, коју наводе J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 139, у напомени бр. 34, у којој је суд, позивајући се на начело савесности и поштења сматрао да постоји пуноважан арбитражни уговор и кад нису испуњене све формалности, али постоји јасна сагласност страна.

постоји тако јасно изражена воља уговорних страна. Овде ће бити речи о заснивању надлежности "разменом тужби." Као ваљани арбитражни уговор УНЦИТРАЈЛ Модел закон предвиђа уговор који је садржан "у размени тужбе у којој једна страна наводи постојање тог уговора и одговора на тужбу у коме друга страна то не оспорава." Под утицајем оваквог решења и домаћи Закон о арбитражи у члану 12, став 3. као ваљан прихвата уговор о арбитражи и "ако тужилац писаним путем поднесе арбитражни спор, а тужени изричито прихвати арбитражу и са тим се сагласи у писаној форми или у изјави на записнику на рочишту, као и ако узме учешће у арбитражном поступку и до упуштања у расправљање о предмету спора не истакне приговор да не постоји уговор о арбитражи односно не оспори надлежност арбитражног суда." И друга национална права¹⁸⁸ предвиђају конституисање надлежности арбитражног трибунала разменом тужбе у којој тужилац наводи постојање арбитражног уговора, а тужени у одговору на тужбу не оспорава постојање тог уговора.

Код оваквог начина заснивања надлежности може се поставити питање да ли размена тужбе и одговора на тужбу представља закључење арбитражног уговора или конвалидацију усменог уговора које су странке претходно имале. О овом питању не постоји јединствен став.

Према првом схватању, тужба у којој се тужилац позива на постојање уговора о арбитражи може да се посматра као понуда, док се одговор на тужбу у којој се не оспорава постојање уговора, може сматрати као прихват понуде. Моменат од ког ће тећи сви рокови везани за дејство уговора је моменат у коме је тужени одговорио на тужбу.

Према другом схватању, реч је о конвалидацији већ постигнутог усменог споразума. Упуштање туженог у спор без конфронтирања око надлежности арбитраже се тумачи тако као да су странке претходно постигле усмени договор да ће спор решити арбитражним путем. Овакав начин формирања надлежности

¹⁸⁸ Закон о арбитражи Мађарске чл. 5, став 4; чл. 6, став 8, Закона о арбитражи Хрватске.

представља конвалидацију усменог уговора који је постојао пре подношења тужбе.

Сматрамо да је пре реч о конвалидацији ранијег уговора, него о закључењу уговора о арбитражи.¹⁸⁹

6.1.2. Закључак

Као савремено се може сматрати решење предвиђено у члану 7(2) у првој алтернативи УНЦИТРАЛ Модел закона који предвиђа да је писана форма задовољена ако је садржина арбитражног уговора "забележена у било ком облику, без обзира на то да ли је арбитражни уговор закључен усмено, конклюдентним радњама или на други начин."

Писану форму задовољава електронска комуникација "ако су подаци садржани у њој доступни за каснију употребу." Под електронском комуникацијом се разуме "свака комуникација коју странке обављају разменом порука са подацима. "Порука са подацима" означава податке који су сачињени, послати, примљени или сачувани електронским, магнетним, оптичким и сличним средствима, на пример уз помоћ електронске размене података (EDI), електронске поште, телекса или телефакаса. Циљ оваквог решења је да се забележи садржај постигнутог споразума.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Више Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 132 и даље.

¹⁹⁰ Вид. више у Објашњењу Комисије (УНЦИТРАЛ) са четрдесет четвртог заседања, одржаног у Њујорку 2006. године, стр. 61 и 62. Као друга, понуђена је алтернатива у којој је само дефинисан арбитражни уговор, а националним правима је остављена слобода да уреде форму уговора. Циљ овако формулисаниог решења је да се арбитража схвати као природан начин, форум за решавање међународних спорова, те да за његово уговарање није потребно испуњавање посебних услова. Тумачењем овог решења, стиче се утисак да арбитражни уговор може бити закључен и усменим путем. У тексту се наводи да усмени уговор може бити пуноважан. Као аргумент за овакав став наведено је да многа национална права писмену форму сматрају застрелом. Приликом разматрања предлога било је мишљења да уклањање писане форме може довести до правне несигурности, али је ипак остављења и друга алтернатива.

6.2. Сагласност уговорних страна

Као и остали уговори, и арбитражни уговор настаје сагласношћу воља уговорних страна.¹⁹¹ Да би тако постигнута сагласност производила правно дејство, мора бити призната од правног поретка. Правни поредак тражи да воља за закључење уговора буде слободна, озбиљна, стварна и да је упућена на нешто што је могуће остварити.¹⁹² Ако воље уговорних страна не поседују неке од наведених својстава, то се одражава или на настанак или на правно дејство арбитражног уговора. У генералном смислу, такви недостаци могу или спречити настанак уговора, или ће довести до настанка уговора, али са манема. Мане воље због постојања заблуде, преваре и принуде¹⁹³ повлаче у највећем броју случајева релативну ништавост арбитражног уговора.¹⁹⁴ Будући да се такви уговори не сматрају непостојећим и ништавим по самом праву, могуће их је одговарајућим тумачењем конвалидирати или тражити поништај.

Слободна воља означава да лице које је закључило уговор о арбитражи није било под неким утицајем који доводи до мане воље, тј. да воља није изјављена под претњом, заблудом или преваром.¹⁹⁵

Озбиљна воља значи намеру лица које је закључило уговор о арбитражи да закључи управо овај уговор и да је свесно последица уговарања. У случају арбитражне клаузуле изјављена воља мора да садржи "наредбу, а не допуштење."¹⁹⁶ *Стварна воља* значи да је уговарање посебног начина решавања спорова резултат стварне, а не привидне или фиктивне воље уговорних страна.

¹⁹¹ За општу расправу о значају сагласности воља за настанак уговора вид. М. Живковић, *Обим сагласности неопходан за закључење уговора*, Београд 2006, о сагласности воља код арбитражног уговора вид. А. М. Steingruber, *Consent in International Arbitration*, OUP, 2012.

¹⁹² Вид. више С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1980, стр. 253-254; О. Антић, *н. дело*, стр. 296-297.

¹⁹³ О њима детаљније Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 94-96

¹⁹⁴ Вид. више С. Перовић, *н. дело*, стр. 286 и даље.

¹⁹⁵ Вид. чл. 28, ст.2. Закона о облигационим односима

¹⁹⁶ Вид. UNCTAD Dispute Settlement, *International Commercial Arbitration*, 5.2. The Arbitration Agreement, UNCTAD/Misc. 232/Add.39, Geneva 2005, стр. 19. тач.. 3.1. у коме се на овај начин тумачи одредба члана II.1 Њујоршке конвенције којом се странке "обавезују да поднесу арбитражи" њихов спор.

Намера је стварна "ако се (изјава воље) поклапа са каузом."¹⁹⁷ Ако се исказана воља не поклапа са каузом реч је о симулованој, а не о стварној намери. Намера уговарача мора бити и усмерена на нешто што је могуће остварити. У конкретном случају, арбитражно одлучивање мора бити могуће па се захтев за постојањем овог елемента или "квалитета" сагласности може посматрати у контексту арбитрабилности. Прихватање арбитражног а не судског решавања спора мора бити недвосмислено, на такав начин изражено да је без икакве сумње да странке желе да се спор реши приватним начином решавања спорова.

У пракси се сагласност воља исказује на различите начине, па се ово питање своди на одлучивање у којој форми може или мора бити изражена сагласност која доводи до настанка арбитражног уговора, по којим правилима и према ком праву се о томе одлучује. Тако се сагласност може исказати у основном послу (као једна од клаузула), у другом тзв. "повезаном споразуму" (у случају постојања мреже уговора), у више докумената и слично. Под повезаним уговорима се подразумевају оквирни уговори, накнадни уговори, уговори који у себи садрже друге уговоре.¹⁹⁸ Код оквирних уговора арбитражна клаузула је садржана у основном (главном) уговору, али на њену примену упућују и клаузуле у осталим уговорима који су закључени у складу са главним уговором. Овде је намера уговорних страна јасна и манифестована је недвосмисленим упућивањем на арбитражну клаузулу. У другом случају, сваки уговор са истим предметом има своју арбитражну клаузулу. С обзиром на релативно дејство арбитражног уговора, као прво спорно се поставља питање да ли о свим споровима може да расправља један арбитражни трибунал који би спојио све предмете. Као друго спорно питање, или препрека спајању, се наводи различити састав арбитражног суда.¹⁹⁹ Једно од решења, које се чини да је прихватљиво за праксу, нуди Правилник

¹⁹⁷ О. Антић, *н. дело*, стр. 297.

¹⁹⁸ Вид. J. Lew, L.Mistelis, S.Kröll, *н. дело*, стр. 144-147. Ова питања Ph.Fouchard, E. Gaillard, B.Goldman разматрају као питање обима предмета сагласности воља из арбитражног уговора, *н. дело*, стр. 297-307.

¹⁹⁹ М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 208, марг. бр. 5.43. Вид. и Ph.Fouchard, E. Gaillard, B.Goldman, *н. дело*, стр. 302, пас. бр. 521.

Арбитражног суда МТК. Према одредбама члана 10. Правилника, Суд може на захтев странака да споји више арбитража које су у току, ако су:

1. странке сагласне са спајањем, или
2. сви тужбени захтеви у тим арбитражама поднети по истом арбитражном уговору, или
3. тужбени захтеви по тим арбитражама поднети по више од једног арбитражног уговора, а арбитраже се воде између истих странака, спорови у тим арбитражама настали су у вези са истим правним односом и Суд оцени да су арбитражни уговори компатибилни.

Приликом одлучивања о захтеву за спајање, Суд ће узети у обзир да ли су један или више арбитра потврђени или постављени у више од тих арбитража и да ли су постављена или потврђена иста или различита лица.²⁰⁰

Посебну групу сачињавају групни (мрежни) уговори код којих се у већини од њих налази арбитражна клаузула, али не и код свих. У овом ситуацијама одговор на питање да ли се дејство арбитражне клаузуле може "протегнути" и на ове уговоре треба тражити тумачењем праве намере странака у сваком конкретном случају. Слично питање се може поставити код основног посла у коме је садржана ваљана арбитражна клаузула, кад је основним послом предвиђено издавање банкарске гаранције, као средства обезбеђења, или отварање документарног акредитива, као средства плаћања. Ако у овим пословима дође до спора који се тиче и права и обавеза из гаранције и акредитива, поставља се питање да ли се дејство арбитражне клаузуле протеже и на ове послове. Ситуација је сложенија у односу на претходне због тога што су банкарска гаранција на позив и документарни акредитиви правно независни од основног посла. Њихово постојање не зависи од постојања и пуноважности основног посла, на сличан начин као што је арбитражна клаузула одвојена од основног посла.

²⁰⁰ Могућност спајања поступака (и приступање умешача) предвиђено је и чланом 4(1) Швајцарских правила о међународној арбитражи.

О форми у којој се исказује сагласност било је више речи у оквиру излагања о форми арбитражног уговора. Из овог излагања се могло закључити да уговорне стране из основног уговора могу своју сагласност на арбитражни уговор да дају на различите начине и да сагласност може бити садржана у различитим документима, а не само у основном уговору. У свим случајевима када сагласност о арбитражном уговору није на јасан начин исказана и кад се не налази у основном уговору може се поставити питање тумачења да ли су уговорне стране заиста желеле да свој спор повере арбитражи на решавање. Правом на тумачење арбитражног уговора располажу арбитрари на основу начела *compétence-compétence*. Међутим, њихова одлука о томе није и коначна. Последњу реч имају судови у поступку поништаја или поступку признања и извршења који у тумачењу нису везани налазима арбитра ни у погледу чињеничних, ни правних питања.²⁰¹ О меродавном праву према коме ће се тумачити постојање арбитражног уговора не постоји јединствени став. Поборници схватања процесно правне природе уговора о арбитражи се залажу да то буде право седишта арбитраже.²⁰² Присталице материјално правне природе се залажу за примену или колизионо правног метода или квалификују уговор о арбитражи као аутономни уговор, у односу на основни уговор, који треба тумачити у складу са аутономним материјалним правилима, као што је право најближе везе.²⁰³

Што се тиче метода тумачења, у правној теорији и судској пракси је прихваћен став да се о постојању сагласности одлучује у складу са принципима савесности и поштења, "делотворног тумачења," и принципа "*contra preferentem*," и принципима одбијања уског тумачења и принципа *in favorem validitatis*.²⁰⁴

Први и најчешће коришћени метод за одређивање да ли постоји ваљани арбитражни уговор је тумачење у складу са начелом савесности и поштења или

²⁰¹ Вид. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 255, тач.. 473.

²⁰² Вид. *Resolution on Arbitration on Private International Law*, Vol. II, стр. 479 (1957) i Vol II, стр. 372. и 374, Чл. 5 (1959).

²⁰³ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 222, тач.. 425.

²⁰⁴ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 257, 262, тач.. 477-482.

добре вере.²⁰⁵ Према овом правилу, у случају кад постоји разлика између праве намере и изјављене воље, предност се даје правој или истинској заједничкој намери уговорних страна. Овако широка и начелна обавеза је прецизирана кроз две конкретне обавезе. Прво, заједничку намеру треба тражити и тумачити у контексту осталих чињеница и околности у којима је дата, узимајући у обзир последице које су странке "разумно и легитимно предвиделе."²⁰⁶ Друго, у тумачењу треба узети у обзир ставове и конкретно понашање страна почев од потписивања уговора док није настао спор.

Према начелу делотворног тумачења, који је инспирисан одредбама члана 1157. Француског Грађанског законика, у ситуацијама када се клаузула може тумачити на два различита начина, треба прихватити оно тумачење које клаузулу чини ваљаном или делотворном. Као пример се наводе патолошке клаузуле у чијем тумачењу би требало поћи од претпоставке да су странке имале намеру да уговоре арбитражни начин решавања спорова, без обзира што то нису на прави или потпуни начин исказале у арбитражном уговору.²⁰⁷

Према принципу тумачења *contra preferentem* (против састављача), арбитражни уговор би требало тумачити против стране која га је формулисала и предложила. У питању је метод тумачења који се на исти начин користи и у класичном уговорном праву, у случајевима када једна од страна саставља неку одредбу уговора или предлаже цео уговор.

Последња два принципа су негативно одређени као одбијање да се спорни арбитражни уговор уско тумачи и у корист пуноважности. Разлоге и оправдање за одбијање уског тумачења арбитражне клаузуле би требало тражити у схватању улоге арбитражног решавања спорова који се може сматрати као уобичајени начин паралелан судском решавању, или као изузетак од општег правила о

²⁰⁵ Вид. више о начелу савесности и поштења, М. Ђорђевић, "Начело савесности и поштења-универзални принцип међународне трговине", *Liber amicorum Thomas Meyer*, Београд 2009, стр. 445-469.

²⁰⁶ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 258, тач.. 477.

²⁰⁷ *Исто*, стр.259, тач.. 478.

судском решавању спорова. Одбијањем да се арбитражне клаузуле уско тумаче наглашава се став да арбитраже нису изузетак од опште појаве (од судског начина решавања спорова), те их стога не треба тумачити уско. У правној теорији и пракси око тога не постоји јединствени став.

Међутим, без обзира што је арбитражни начин решавања прихваћен као регуларан за све већи број спорова, у судској пракси није прихваћено широко тумачење "у корист пуноважности" арбитражног уговоа - *in favorem validitatis*.²⁰⁸

6.2.1. Мањкаве или патолошке клаузуле

Своју вољу да ће спор решити пред арбитражом, уговорне стране морају јасно и прецизно и на разумљив и недвосмислен начин исказати и формулисати у арбитражој клаузули. Другачије речено, арбитражна клаузула мора бити тако формулисана да не оставља места сумњи не само у погледу намере странака да спорни однос буде расправљен пред арбитражом,²⁰⁹ већ и пред којом арбитражом и на који начин. Уосталом, томе служе арбитражне клаузуле: да намеру или вољу уговорних страна формулишу на прави начин тако што ће је преточити у арбитражну клаузулу. То се може постићи јасном, прецизном, разумљивом и недвосмисленом формулацијом. Међутим, у пракси се, због различитих разлога, срећу непотпуне, нејасне или неразумљиво формулисане арбитражне клаузуле. Такве клаузуле се означавају као мањкаве или патолошке клаузуле.²¹⁰

Мањкаве или патолошке клаузуле се дефинишу као клаузуле које због своје нејасноће, противуречности или непрецизног садржаја могу довести до отежаног спровођења арбитраже или је могу онемогућити.²¹¹ Мањкавост може бити

²⁰⁸ Исто, стр. 261, тач.. 481.

²⁰⁹ Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 43.

²¹⁰ Појам "патолошке клаузуле" први је увео F. Eismann, *La clause d'arbitrage pathologique*, Etudes Minoli, 1974, стр. 129 и даље, наведено према Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 43, напомена 125. Више Ј. Перовић, "Спорне одредбе компромисорне клаузуле", *Правни живот*, бр. 12/1997, стр. 321-334.

²¹¹ Вид. Г. Кнежевић, В. Павић, *н. дело*, стр. 65; М. Станивуковић, *н. дело*, стр.116; Ј. Перовић, *н. дело*, 2012, стр. 199; S. Triva, A. Uzelac, *Hrvatsko arbitražno pravo*, Zagreb, 2007, стр. 53-68 А. Uzelac, "Arbitražne klauzule-male greške nesagledivih posledica", *Hrvatsko gospodarstvo*, 57(1994);

узрокована различитим разлозима. Као један од разлога се наводи чињеница да се уговорне стране о њима у "касним сатима" преговарале, па се називају поноћним или шампањ клаузулама.²¹² Разлоге би требало тражити и у уверењу страна да до спора неће ни доћи, па прецизно формулисање ове клаузуле не сматрају важним, али и у неукости или невичности састављача.

Негативно или патолошко дејство ових клаузула се манифестује кроз противречност, неодређеност и непримењивост.²¹³

Противречне су оне клаузуле у којима су уговорне стране истовремено уговориле више различитих механизма за решавање конкретног спора, или су назначиле више места арбитраже или више правила поступка које треба применити, при чему нису означиле страну која има право избора између тако понуђених варијанти. У таквој нејасној и непрецизној ситуацији, на избор било ког од предвиђених решења друга страна може ставити приговор, позивајући се на друге алтернативе. Од њих се разликују непрецизне клаузуле. Код противречних клаузула проблеми у тумачењу не настају због језичке непрецизности. Напротив, стране су јасно навеле алтернативе које су имале у виду. Проблем је, међутим, што се предложена решења међусобно искључују и што се не могу комбиновати, већ се мора изабрати само неко од њих.

Код непрецизних клаузула, мањкавост је узрокована непрецизном језичком формулацијом. Употребљени изрази се могу тумачити на различите начине. Као пример се наводи клаузула у којој су стране изабрале да предмет буде изнет пред "званичну трговинску комору у Паризу, Француска" или "Међународну трговинску комору,"²¹⁴ или "Међународно одељење трговинске коморе у

D. Plić, *Patološke arbitražne klauzule*, Pravni fakultet u Zagrebu, 2007; Ph. Fouchard, E. Golman, B. Gaillard, *н. дело*, стр. 262; J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 154; A. Redfern i drugi, *н. дело*, стр. 196.

²¹² A. Redfern i drugi, *н. дело*, стр. 156

²¹³ Вид. Redferen i drugi, *н. дело*, стр. 196-199, марг. 3-67 до 3-71.

²¹⁴ Вид. A. Redfern i drugi, *н. дело*, стр. 197, марг. бр. 3-69.

Паризу."²¹⁵ У генералном смислу у овим клаузулама је на нејасан начин одређено место арбитраже, врста арбитраже или назив институције. Да ли ће таквим клаузулама бити призната пуноважност и способност да заснују арбитражу, зависи од тумачења у сваком конкретном случају. Тако је у једном предмету, суд у Аустрији нашао да арбитражна клаузула у којој је наведено да ће у случају спора бити надлежан Међународни арбитражни суд у Аустрији, заправо значи да су странке желеле надлежност Међународног арбитражног центра при Аустријској федералној привредној комори.²¹⁶ У формулацији "У случају било ког спора, предмет ће се упутити Међународној трговачкој комори", није прецизно одређена не само институција при којој треба организовати арбитражу, већ и то да ли су хтеле да се спор реши медијацијом, концилацијом, арбитражом или неким другим поступком.

У пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије (и раније Југославије, у даљем тексту "СТА") било је више случајева у којима је било потребно наћи стварну вољу уговорних страна. Тако је, арбитражни трибунал одбацио приговор туженог да СТА није надлежна јер је у уговору о арбитражи било наведено "уколико дође до спора, признаће се решење арбитражне коморе у Београду". Арбитражно веће је ову клаузулу тумачило тако да су странке имале на уму Спољнотрговинску арбитражу при Привредној комори Југославије, која је једина међународна арбитража у Београду и Југославији, јер друга установа под називом "арбитражна комора" не постоји.²¹⁷

Непримењиве или неоперативне су оне клаузуле у којој је именована арбитражна институција престала да постоји или никада није ни постојала. Тако је у уговору о међународној продаји робе између турског купца и продавца из Србије наведено да ће за спорове који настану бити надлежан арбитражни суд међународне

²¹⁵ Одлука МТК бр. 5103 из 1988.године, наведено према М. Трајковић, *н. дело*, стр. 240, напомена 8.

²¹⁶ OLG Oldenburg [2006] SchiedsVZ 223. Вид. више Н. Kronke, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2010, стр. 60 и даље.

²¹⁷ Т-15/98 од 8.октобра 1999.године, наведено према М. Трајковић, *н. дело*, стр. 240, напомена 10.

трговине.²¹⁸ Како такав суд никада није постојао, а не може се са сигурношћу утврдити коју другу арбитражу су евентуално странке имале у виду, таква клаузула се сматра неоперативном. Од њих би требало разликовати клаузуле у којима су предвиђене арбитраже које су у време закључивања арбитражног уговора постојале, али су касније престале да постоје, на пример "ad hoc арбитража при Заједници југословенске електропривреде" или арбитражни суд при "Спољнотрговинској комори ДДР".²¹⁹ Клаузуле могу постати неоперативне и ако их уговорне стране опозову. На пример, ако тужилац покрене спор пред судом, а тужени не оспори надлежност суда због постојања арбитражне клаузуле.

У патолошке клаузуле се убрајају и оне које садрже тешко оствариве услове или "које нису способне да буду извршене"²²⁰, на пример, ако предвиђају сувише кратке или сувише дуге рокове за именовање арбитра или за покретање поступка,²²¹ али и када су стране својим понашањем "прећутно опозвале арбитражни уговор."²²² У неоперативне спадају и клаузуле у којима због недостатка финансијских средстава није могуће извршити арбитражну одлуку или организовати арбитражу.²²³

Према степену мањкавости или деформитета, могу се разликовати клаузуле са лакшим и тежим степеном патологије.²²⁴ У лакше облике спадају оне код којих воља уговорних страна да повере спор арбитражи није довољно јасно изражена. Препознају се по томе што су најчешће формулисане "може бити надлежна арбитража", па се не може са сигурношћу закључити да ли су се странке обавезале да спор повере арбитражи. У исту групу спадају и клаузуле о уговарању

²¹⁸ У наведеном уговору предвиђено је: "Arbitration, 10.1. In case of if the Parties cannot come to the agreeemenet, all disputes and disagreements are a subject to the sanction in Arbitration court of the International Trade."

²¹⁹ Вид. J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 158, пас. бр. 7-79.

²²⁰ A.Redfern i drugi, праве разлику између неоперативних (inoperative) и "које нису способне да буду извршене (incapable of being performed)", *н. дело*, стр. 199, марг. бр. 3-71.

²²¹ J. Перовић, *н. чланак*, 1997, стр. 324-325.

²²² A. Redfern i drugi, *н. дело*, стр. 199, марг. бр. 3-71.

²²³ Исто.

²²⁴ Вид. више Г. Кнежевић, В. Павић, *н. дело*, стр. 65-68.

институционалне арбитраже чије се место измешта, или уговарање недовољно прецизно одређене институционалне арбитраже. У теже облике патологије спадају клаузуле којима се уговарају две процедуре из две различите државе или комбиновање арбитражног и судског поступка.²²⁵

"Лечење" патолошких клаузула се врши тумачењем. Приликом тумачења патолошких клаузула користи се исти начин тумачења као и код осталих уговора.²²⁶ Међутим, мишљења о томе да ли их тумачити *in favorem validitatis*, или их тумачити уско су подељена.²²⁷ У корист првог метода и "спашавања арбитражног уговора",²²⁸ се наводи начело корисног дејства (*effet utile*), док други полазе од строгог језичког значења, па ако арбитража није на прецизан начин одређена, арбитражна клаузула остаје без правног дејства.²²⁹ У пракси, енглески судови "покушавају да избришу неконзистентни део и оставе на снази онај део који има смисла."²³⁰ На сличан начин поступају и амерички судови.

У патолошке клаузуле спадају и *бланко клаузуле* у којима је означено само да ће спор бити решен пред арбитражом, али није одређена врста арбитраже, седиште, ни било који други показатељ. Такве клаузуле садрже на пример формулацију: "Спорови ће бити решени путем арбитраже".²³¹ Овакве клаузуле се у националним правима и судској пракси схватају на различите начине. Тако се у унутрашњем арбитражном праву Француске бланко арбитраже сматрају неоперативним, ако су уговорене у унутрашњим споровима. Међутим, ако су уговорене за решавање међународних спорова такве клаузуле су пуноважне.²³² Француски судови код тумачења ових клаузула полазе од обориве претпоставке

²²⁵ Исто, стр. 67.

²²⁶ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 256. тач. 475.

²²⁷ Вид. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 263.

²²⁸ Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 45.

²²⁹ М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 119-20. марг. бр. 3.122.

²³⁰ Г. Кнежевић, В. Павић, *н. дело*, стр. 68.

²³¹ Вид. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 266, бр. 486. и даље.

²³² Исто, стр. 267, бр. 486.

да су странке уговориле надлежност *ad hoc* арбитраже.²³³ Међутим, ако је између уговорних страна постојао ранији дугогодишњи пословни однос у коме је уговорана институционална арбитража, бланко клаузулу треба тумачити као упућивање на ту институционалну арбитражу.²³⁴

6.3. Способност уговарања

6.3.1. Појам

Субјекти који закључују уговор о арбитражи могу бити физичка и правна лица под којима се подразумева и држава и државни органи. Од њих се захтева да поседују способност да својим радњама или преко трећих лица заснивају права и обавезе, тј. да поседују пословну способност. Шта се разуме под пословном способношћу, кад се она стиче и у ком обиму, регулисано је националним правом странака.²³⁵ Осим у ретким случајевима, као што су потрошачки уговори, национална права не захтевају испуњавање додатних захтева за закључење арбитражних уговора. У том случају се способност за закључење арбитражног уговора изједначава са уговорном способношћу.²³⁶ Код трговачких друштава ово питање је регулисано унутрашњим актима (најчешће статутом), према праву чију националност или припадност има друштво. Ипак, без обзира на меродавно право, заједничко им је да се од директора и лица које је овлашћено да иступа у име друштва, захтева да делују унутар добијених овлашћења (*intra vires*), али се на правне послове закључене са трећим савесним лицима изван добијених овлашћења примењује теорија *ultra vires*.²³⁷ Положај државе и државних тела као страна у арбитражним уговорима је нешто сложенији и о томе биће речи код

²³³ Исто. Аутори наводе да такав став имају и судови у Италији и САД.

²³⁴ Вид. Б. Познић, "Уговор о арбитражи и арбитражни поступак" у: Зборник последипломских специјалистичких студија на Правном факултету у Београду под називом *Уговори у међународној трговини I*, Београд, 1987, стр. 240; Ј. Перовић, *н. чланак*, 1997, стр. 321 и даље.

²³⁵ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 243, pas. 456.

²³⁶ Вид. више J-F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 232, марг. бр- 270.

²³⁷ М. Васиљевић, *Водич за читање Закона о привредним друштвима*, Београд 2004, стр. 74. наводи да је напуштен ранији систем *intra vires* и прихваћен систем *ultra vires*.

појма субјективне арбитрабилности. Међутим, како према процесној теорији арбитражни уговор осим материјално правног дејства ствара и процесна дејства, од уговорних страна се захтева да имају и парничну способност. Парнична способност означава способност странке да пуноважно, својом вољом, предузима радње у поступку и да радње њеног противника и суда буду према њој пуноважно предузете. Она се заснива на пословној способности физичких лица. Међутим, треба имати у виду да арбитражни уговор производи процесно дејство тек након што је настао спор и након што је покренут поступак пред арбитражним трибуналом. Отуда је потребно разликовати фазу настанка арбитражног уговора, за чије закључивање је довољна пословна способност, и фазу након покретања арбитражног поступка у којој се тражи страначка и парнична способност.²³⁸

6.3.2. Меродавно право за способност уговарања

Домаћи Закон о арбитражи предвиђа да арбитражни уговор може уговорити свако физичко или правно лице које према Закону о парничном поступку, има способност да буде странка у поступку.²³⁹ Из наведене формулације се може закључити да је законодавац прихватио јурисдикциону теорију о правној природи арбитражног уговора, јер поред правне и пословне способности захтева и страначку и парничну способност.²⁴⁰ Закон о арбитражи предвиђа и да држава, њени органи и остала лица јавног права могу бити стране у арбитражном уговору. Њујоршка конвенција²⁴¹ не дефинише ову способност, али у члану V предвиђа да ће се способност странака тумачити према њиховом персоналном праву, а недостатак способности уговарања предвиђа као један од разлога за непризнавање и неизвршење арбитражне одлуке.²⁴² На персонално право код физичких лица

²³⁸ Вид. више Г. Кнежевић, В. Павић, *н. дело*, стр. 52.

²³⁹ Чл. 5. Закона о арбитражи Републике Србије.

²⁴⁰ Вид. више о разлици између правне и страначке, односно пословне и парничне способности Б. Познић, В. Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 2010, стр. 147-153.

²⁴¹ Вид. чл V (1) (а).

²⁴² Овакав став Конвенције прихваћен је и у многим земљама потписницама, у чијим правима се само упућује на Конвенцију: чл. 194. швајцарског PIL; параграф 10611 немачког ZPO.

упућују и одредбе Европске конвенције.²⁴³ Модел закон о међународној трговинској арбитражи²⁴⁴, иако би требало да пружи путоказ државама приликом креирања националног права, не нуди решење по ком праву ће се оцењивати подобност странака да закључе арбитражни уговор. Можда је то један од разлога зашто не постоји уједначени став држава приликом решавања овог питања, па тако се о способности физичких лица суди према праву држављанства (*lex nationalis*), што је углавном прихваћено у земљама цивилног права, или према праву домицила (*lex domicilii*), што је прихваћено у *common law* земљама.²⁴⁵ Поред ова два општеприхваћена става, постоји и мишљење²⁴⁶ да би приликом тумачења способности странака требало консултовати и решења предвиђења правом које се примењује на уговор.

Поседице непостојања уговорне способности су тешке и погађају арбитражни уговор и арбитражну одлуку. Арбитражни уговор се сматра непостојећим, а евентуално донета арбитражна одлука може бити поништена или неће бити призната и извршена.²⁴⁷

Правило је да сагласност воља потиче од уговорних страна, без обзира да ли су је дале саме стране или од њих овлашћена лица. Међутим, осим принципа релативног дејства (арбитражног уговора), могуће је поставити питање да ли арбитражу на правно ваљани начин могу уговорити и трећа лица и да ли арбитражни уговор између две стране може да обавезе и треће стране - да се

²⁴³ Чл. II став 1 Европске конвенције.

²⁴⁴ Чл. 36(1)(а)(и) Модел закона који неспособност странака предвиђа као разлог одбијања извршења арбитражне одлуке.

²⁴⁵ У зависности да ли су земље више миграционе или не, уочава се прихватање једног од два решења. Углавном земље континенталног права заговарају примену *lex nationalis*, док земље *common law* система, тј англосаксонске земље прихватају одређивање способности према праву домицила. Овакав став не чуди судећи према односу досељеника у англосаксонским земљама, посебно САД. Више о овом питању у Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *Међународно приватно право*, Београд 2012, стр. 276 и даље.

²⁴⁶ N. Blackaby i drugi, *н. дело*, стр. 96.

²⁴⁷ Вид. чл. V(1)(а) Њујоршке конвенције.

"протегне" и на треће уговоре.²⁴⁸ У пракси се ово питање може поставити код уговора закључених преко заступника/агента.

6.3.3. Закључивање арбитражног уговора преко заступника

Правило је да арбитражни уговор закључују исте стране које су закључиле основни посао. То ће редовно бити случај ако су уговорне стране физичка лица. У том случају способност за закључивање арбитражног уговора (*parti's capacity*) произилази из опште пословне способности и сматра се њеним делом.²⁴⁹ Отуда је као генерално прихваћено правило да су сва лица која имају уговорну способност способна да закључе и арбитражни уговор.²⁵⁰ Од овог општег правила су изузета само тзв. слабија лица (лица која се у преговорима налазе у слабијем економског положају, као што су потрошачи).²⁵¹

Уговор о арбитражи могу закључити у име и за рачун уговорних страна из основног посла и трећа лица - заступници. Као генерално, прихваћено је правило да не постоје "принципијелни разлози" за ограничавање закључења арбитражног уговора путем заступника.²⁵² Заступници могу наступати у име физичких и правних лица. Кад су у питању правна лица (привредна друштва или државе), арбитражни уговор у њихово име морају закључити заступници.

Да би арбитражни уговор који је закључио заступник био пуноважан, потребно је да је заступник имао пуноважно овлашћење и да се кретао у његовим границама. Тако се код закључивања арбитражног уговора путем заступника, као спорна постављају следећа питања: које право је меродавно за одређивање ваљаности

²⁴⁸ Вид. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 280. и даље, пар. бр. 498. и даље.

²⁴⁹ *Исто*.

²⁵⁰ А. Redfern i drugi, *н. дело*, стр.172, марг. бр. 3-25; J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 140, 7-53.

²⁵¹ Вид. J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 140, бр. 7-33.

²⁵² Г. Станкови и др., *н. дело*, стр. 118.

овлашћења за заступање, ко одређује границе пренетих овлашћења и које су правне последице прекорачења овлашћења за заступање.²⁵³

Што се тиче меродавног права, у теорији се истиче да је потребно разликовати уговорну способност (*parti's capacity*) и овлашћење за заступање (за закључивање уговора о арбитражи (*power to contract*))²⁵⁴ и да меродавно право за уговорну способност и за овлашћење за заступање не мора бити исто.²⁵⁵ О меродавном праву за способност уговарања било је речи у претходној тачки. Овде ће бити речи само о меродавном праву које регулише право заступања и садржини овлашћења да се за рачун другог лица закључи арбитражни уговор.

Способност заступника правног лица цени се према персоналном статусу правног лица, које се одређује према персоналном праву правног лица. Уобичајене тачке везивања су место седишта, место регистрације, место пословања. Ако је у питању држава, меродавно је право те државе.²⁵⁶ Способност заступника физичког лица се цени према праву које је меродавно за правни посао поводом кога је заступање уговорено, тј. право меродавно за арбитражни уговор.²⁵⁷

Што се тиче правног основа за заступање, овлашћење може бити дато правним послом или произилазити из закона, па се разликује законско и уговорно заступање или пуномоћје.

Законско или статутарно заступању је у домаћем Закону о привредним друштвима²⁵⁸ предвиђено као опште или неограничено овлашћење и обухвата и

²⁵³ Вид. Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 90. Вид. у том смислу образложење Решења Вишег трговинског суда, Пж. 13602/2005(3), од 26.6.2006. Судска пракса трговинских судова, Билтен бр. 2/2006. које наводи и М. Ђорђевић, Арбитража - појам, карактеристике и врсте, ppt презентација доступно на <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/yormil/Arbitraza.pdf>

²⁵⁴ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 242. и даље, пар. бр. 453. и даље; A. Redfern и други, *н. дело*, стр. 172, марг. бр. 3-25; J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 140, бр. 7-33. У домаћој теорији вид. Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 90. и даље; М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 98, марг. бр. 3.77 и даље.

²⁵⁵ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 242-3, пас. бр. 453 и 455.

²⁵⁶ М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 99.

²⁵⁷ А. Јакшић, *н. дело*, стр. 215; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 246, пас. бр. 461; А. Redfern и други, *н. дело*, стр. 151 и даље.

²⁵⁸ Вид. чл. 31. Закона о привредним друштвима, Сл. гл. РС. бр. 36/2011, 99/11, 83/14 и 5/2015.

право закључивања арбитражних уговора. У овом смислу је и Виши трговински суд у једном решењу заузео став да "ако је заступник (*ex lege* или на основу статута) овлашћен да у име предузећа закључује уговоре и врши друге правне радње без ограничења, овлашћен је и за закључење арбитражног уговора."²⁵⁹ Ограничења заступника која могу бити утврђена актима друштва и одлукама надлежних органа, не могу се истицати према трећим лицима.

Када је реч пословном пуномоћју којим друштво овлашћује једно или више физичких лица да у његово име и за његов рачун закључују правне послове и предузимају друге правне радње (прокура), Закон о привредним друштвима једино предвиђа да прокурита по самом закону не може без посебног овлашћења заступати друштво у судским поступцима или пред арбитражом. Питање закључивања арбитражног уговора, међутим, није поменуто. Сматрамо да поменуто ограничење треба тумачити тако да се не односи на закључивање уговора о арбитражи јер су у питању два одвојена и различита посла. У супротном, ако прокурити не би било дозвољено да закључује арбитражни уговор то би практично значило да не може закључивати ни основни уговор, јер се арбитражна клаузула налази у основном послу. Тиме би се довела у питање функција прокурите да "закључује правне послове..."

Када је, пак, општим актом правног лица одређено и у регистар уписано да његов заступник одређене уговоре може закључити само уз сагласност органа управљања, сагласност може бити дата претходно, истовремено или накнадно ако што друго није уписано у судски регистар (чл. 55. ст. 1. Закона о облигационим односима). Ако заступник закључи арбитражни уговор без сагласности заступљеног, заступљени је у обавези уколико одобри учињено прекорачење (накнадна сагласност). Када заступљени у примереном року одобри ово прекорачење, накнадна сагласност има повратно дејство и арбитражни уговор је пуноважан и производи дејство од момента закључења у смислу чл. 55. ст. 3.

²⁵⁹ Вид. Решење Вишег трговинског суда, Пж. 13602/2005(3), од 26.6.2006. Судска пракса трговинских судова, Билтен бр. 2/2006.

*Улога арбитрабилности у процесу решавања спорова пред међународном
трговинском арбитражом*

Закона о облигационим односима. Ако сагласност није дата, сматра се да уговор о арбитражи није ни закључен (чл. 55. ст. 4).

У погледу права према коме се цени пуномоћје, у правној теорији не постоји јединствени став. Према једном схватању, пуномоћје се цени према праву које су странке изабрале.²⁶⁰ У случају да се странке нису договориле око права које ће бити меродавно, способност пуномоћника ће се ценити према праву седишта пуномоћника.

Према другом претежном схватању, пуноважност пуномоћја се одређује према праву земље у којој властодавац има седиште, док се питање дејства одређује према праву земље где се врше правне радње.²⁶¹

Према Закону о облигационим односима Републике Србије, за уговарање арбитражног уговора од стране пуномоћника, потребно је посебно овлашћење.²⁶²

²⁶⁰ А. Јакшић, *н. дело*, стр. 215, пас. 618. Аутор упућује на члан 5. Хашке конвенције о праву меродавном за уговоре о заступању и посредовању. Међутим, аутор поставља и питање не води ли овакав избор правној несигурности.

²⁶¹ А. Јакшић, *н. дело*, стр. 215, пас. 618.

²⁶² Чл. 91(4) Закона о облигационим односима.

IV ОПШТА ПИТАЊА АРБИТРАБИЛНОСТИ

1. Опште значење арбитрабилности

Појам арбитрабилности (eng. *arbitrability*, раније: *domain*, нем. *Schiedfähigkeit*, или *Arbitrabilität*, франц. *arbitrabilité*) је одређен у правној теорији и судској и арбитражној пракси. У изворима арбитражног права, арбитрабилност се помиње, али није дефинисана на општи начин.²⁶³

У општем смислу, арбитрабилност представља подобност неког спора да буде предмет арбитражног одлучивања. Може се одредити и као овлашћење или надлежност арбитраже да расправља и мериторно одлучује о предмету спора²⁶⁴ или као скуп општих ограничења којима се одређује допуштеност арбитраже.²⁶⁵ Тако посматрана, арбитрабилност даје одговор на питање које врсте спорова се не могу решавати пред арбитражним трибуналом било из разлога јавног поретка, било због тога што се такви спорови налазе ван домашаја арбитражног уговора. Остали спорови су арбитрабилни, тј. подобни да о њима одлучују арбитражи као приватна лица, а не судови као државни органи.

Садржина арбитрабилности, међутим, није непромењива ни заувек дата, ни у времену ни у простору. Зависно од тога пред којом врстом арбитраже, где и када (у којој фази поступка) се постави, зависи и одговор. То има за резултат да се пред одређеним врстама арбитража као арбитрабилни прихватају спорови који се пред другим арбитражама не сматрају таквим. Са друге стране, каснија анализа ће показати и да се њена садржина мења у времену и простору, па се као

²⁶³ Немогућност стандардизације, тј. јединственог одређивања појма арбитрабилности неки аутори виде као главну опасност за међународну трговинску арбитражу. Вид. V. Bouček, *Arbitrabilnost kartelnih sporazuma*, (докторска дисертација), Zagreb 1996 стр. 11.

²⁶⁴ J. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 107; A. Uzelac, "Arbitrabilnost-aktuelno uređenje i neka sporna otvorena pitanja u hrvatskom pravu", *PUG* 4/2010. стр. 1180, под арбитрабилношћу подразумева подобност одређеног спора за решавање арбитражом, али и као могућност да странке својом вољом одређени спор "изузму из сфере државне јурисдикције".

²⁶⁵ Вид. Г. Станковић и други, *н. дело*, стр. 98; S. Triva, A. Uzelac, *н. дело*, стр. 22.

арбитрабилни данас признају и они спорови који су до пре неколико деценија сматрани потпуно неарбитрабилним или неарбитрабилним у одређеним државама. Од овако општег одређеног појма арбитрабилности ваља разликовати *арбитрабилност у функционалном смислу*. У *функционалном смислу*, арбитрабилност се посматра у функцији постојања пуноважног арбитражног уговора и служи да омогући конституисање арбитраже. Међутим, сама арбитрабилност, тј. њено постојање, не конституише арбитражу, нити арбитрама даје овлашћења потребна да реше конкретни спор. Ако се не посматра у функционалном смислу, арбитрабилност представља унутрашње (чисто) стање или датост. Тек се у случају поверавања спора у надлежност арбитраже арбитрабилност манифестује у спољном свету. Од тог момента арбитрабилност испољава своје правно дејство. До тада, представља унутрашње стање или својство неког спорног односа. Такво својство се, пре свега, иако не у потпуности, изражава кроз могућност или право странака да њиме располажу, да се поравнају или се на други начин нагоде око спорних питања. Отуда се арбитрабилност не може посматрати само у функционалном смислу, јер не говори о унутрашњој суштини или квалитету/својствима спорног односа, већ само у функцији располагања спором.

Подобност неког спора за арбитражно одлучивање као унутрашње својство неког спорног односа је резултат, са једне стране, природе спора који је настао из таквог спорног односа, али и са друге стране, признања од стране државног правног поретка. Природу спорног односа опредељује карактер и садржина права и обавеза. У питању су врло различита права и обавезе које се за потребе арбитрабилности могу груписати у две групе: права и обавезе којима стране могу слободно располагати и права и обавезе о којима не могу слободно да се договарају. Према другом критеријуму, могуће је разликовати права и обавезе имовинског или претежно имовинског карактера и неимовинског карактера. Арбитрабилним се сматрају спорови *имовинског карактера*, чију садржину чине субјективна права и обавезе уговорних страна која се могу изразити у новцу и којима стране слободно могу да располажу (диспонирају). Међутим, одговор на питање да ли о конкретним правима и обавезама стране могу слободно да се договарају (да располажу њима), не зависи само од правне природе, већ од тога

како су третирана у позитивном праву конкретне државе. Свој однос према њима држава испољава кроз признавање или непризнавање арбитрабилности, па одлучивање о неким од њих резервише за своје судове, а друге оставља на располагање уговорним странама. Отуда се у великом броју националних права за постојање арбитрабилности захтева да такав спорни однос не спада у искључиво надлежност домаћих судова. Постављање овог (другог) захтева говори о *несамосталности* појма арбитрабилности, схваћеног као унутрашње својство или квалитет спорног односа и из њега проистеклог спора. Овде се под "предметом спора" разуме право или правни однос из кога се изводи одређени захтев.²⁶⁶ Пошто о надлежности домаћих судова суверено одлучују државе, *државе на тај начин практично опредељују и границе арбитрабилности*. У том смислу арбитрабилност нема сталну и унапред одређену садржину која зависи искључиво од својстава правног односа, већ зависи од признања од стране националног или другог меродавног органа и меродавног права.²⁶⁷ Реч је о изведеној категорији или правном појму који производи правно дејство *тек ако постоји арбитражни уговор*, па се о даљим карактеристикама арбитрабилности може говорити у склопу настанка и примене арбитражног уговора. У случају кад се посматра као део или елемент арбитражног уговора, може се говорити о *инструментализацији или операционализацији арбитрабилности*, о арбитрабилности у функционалном смислу.

Код функционалног одређивања појма арбитрабилности приметна су два приступа којима се служе аутори. У прву групу се могу сврстати аутори који арбитрабилност дефинишу процесним критеријумима, полазећи од јурисдикционе природе арбитраже²⁶⁸. Таквим приступом арбитрабилност се дефинише као

²⁶⁶ Г. Станковић и други, н. дело, стр. 99. која се позива и на Н. Fasching, Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und im internationalen Recht, 1973, стр. 17.

²⁶⁷ Ј. Перовић, н. дело, 2012, стр. 214.

²⁶⁸ Више о јурисдикционој природи арбитраже вид. код: А. Samuel, Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law, Zurich 1989, стр. 51 и даље; Е. Onyema, International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract, Routledge, 2010, стр. 32. и даље; А. Belohlavek, "The Legal Nature of International Commercial Arbitration and the Effects of Conflicts between Legal

посебан, неопходан услов, прецедент, да арбитражни трибунал преузме надлежност над одређеним спором (јурисдикциони елемент).²⁶⁹

Другу групу чине аутори који полазе од уговорне природе арбитраже²⁷⁰ и арбитрабилност посматрају у контексту арбитражног уговора, као услов пуноважности арбитражног уговора (уговорни захтев). Према овом схватању, арбитрабилност представља основни израз слободе арбитражног уговарања и поставља границе аутономије воље уговорних страна.²⁷¹

Према другој класификацији, решења која постоје у националним правима се могу сврстати у она која арбитрабилност као надлежност сматрају питањем јавног и она која га сматрају питањем приватног права.²⁷²

Без обзира на поменуте приступе, арбитрабилност у сваком случају представља овлашћење или надлежност арбитра да расправљају и мериторно одлучују о предмету спора. О којим споровима арбитражи могу одлучивати свака држава одређује својим (националним) прописима.

Из чињенице да је неки спорни однос арбитрабилан, не проистиче посебно субјективно право учесника, чија повреда даје право другој страни да нешто захтева, нпр. накнаду штете. Да би арбитрабилност као унутрашње својство произвела правно дејство потребно је *да буде стављена у функцију, да буде операционализована*. Операционализација се постиже у оквиру и преко арбитражног уговора. Без постојања арбитражног уговора, арбитрабилност представља само латентно стање спорног правног односа или моћ уговорних страна да својом вољом решавање таквог спорног односа повере арбитрама, као приватним лицима, а не државном суду. Другачије речено, иако се о надлежности

Cultures" (April 1, 2011), *Law of Ukraine/Pravo Ukrajinu*, No. 2, 2011, стр. 18-31, доступно на: <http://ssrn.com/abstract=1921748>;

²⁶⁹ Вид. Ch. Pamboukis "On Arbitrability: The Arbitrator as a Problem Solver", *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, (уред. L. Mistelis, S. Brekoulakis, даље "Arbitrability"), Wolters Kluwer, 2009, стр. 122.

²⁷⁰ Вид. A. Samuel, *н. дело*, стр. 31 и даље; J. Lew, J. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 77 и даље.

²⁷¹ *Исто*, пас. бр. 7-4.

²⁷² M. Rubino-Sammartano, *н. дело*, стр. 157, тач.. 6.3.

арбитраже не може говорити без постојања арбитрабилности, само постојање арбитрабилности не конституише аутоматски надлежност арбитраже. За успостављање надлежности, потребно је да претходно постоји пуноважни арбитражни уговор, као и воља уговорних страна да га примене. Да ли ће конкретни спор бити решаван пред арбитрама не зависи само од арбитрабилности, већ и од других елемената који чине арбитражни уговор и воље уговорних страна да покрену спор.

2. Значење арбитрабилности у функционалном смислу

У функционалном смислу, појам арбитрабилности се користи у три значења: најширем, ужем и најужем значењу.²⁷³ У најширем значењу, арбитрабилност обухвата скуп општих ограничења која се морају поштовати за арбитражно решавање спорова.²⁷⁴ Ова ограничења намеће држава тако што прописује услове које морају да испуне било субјекти у спорном односу, било сам спорни однос. Тако се *начини* заштите субјективних грађанских права, као традиционално прихваћен домен надлежности арбитража, могу значајно ширити или сужавати. Отуда се арбитрабилност не односи само на настанак и постојање ваљаног арбитражног уговора, већ и на нека општа питања, као што су застарелост основног захтева, начело *res iudicata* и друга.

У *ужем смислу*, арбитрабилност изражава подобност да се уговором о арбитражи уговори *одређена врста* арбитражног суда, и даје одговор на питање која *врста* спорова се може изнети пред конкретну *врсту* арбитраже²⁷⁵ (међународну, трговинску, спортску), а која питања спадају у искључиву надлежност судова.

²⁷³ Г. Станковић и др., *н. дело*, стр. 98. Вид. Ch. Pamboukis, "On arbitrability: the arbitrator as problem solver [Thoughts about the Applicable law on Arbitrability] Introduction: the prerequisites of the analysis", доступно на <file:///C:/Users/Ja/Desktop/New%20folder/Applicable-law-on-arbitrability.pdf>

²⁷⁴ Г. Станковић и други, *н. дело*, стр. 98; G. Bermann, "The "Gateway" Problem in International Commercial Arbitration", *The Yale Journal of International Law*, Vol. 37:1(2012), стр. 10; S. Triva, A. Uzelac, *Hrvatsko arbitražno pravo*, Zagreb 2007, стр. 22.

²⁷⁵ Вид. A. Redfern i drugi, *н. дело*, стр. 163, марг. бр. 3-12; G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2009, стр. 767; L. Mistelis, "Arbitrability—International and Comparative Perspectives: Is Arbitrability a National or International Law Issue?", у *Arbitrability: International &*

У најужем значењу, арбитрабилност означава подобност арбитражног уговора да заснује надлежност *конкретног* арбитражног суда, најчешће институционалног и специјализованог, али може и *ad hoc* арбитраже.

Међутим, арбитражно решавање спорова не зависи само од постојања арбитрабилности, већ и од осталих елемената који чине арбитражни уговор. Због тога се арбитрабилност не може изједначити са арбитражним уговором. Арбитрабилност представља нужан, али не и довољан услов или претпоставку да о конкретном спору одлучује арбитражним трибунал, а не државни суд. Да би арбитража заиста одлучивала о спорном односу, потребан је спољни импулс који ће операционализовати арбитражни уговор – захтев за покретање арбитражног поступка. Из овакве расправе следи потреба да се прави разлика између *постојања* арбитрабилности (као статичног стања или датости) и *вршења* или коришћења арбитрабилности (као динамике).

3. Улога арбитрабилности у арбитражном уговору

Одговор на питање какав однос постоји између арбитрабилности и арбитражног уговора зависи од тога да ли арбитрабилност као унутрашње својство може да постоји пре и независно од арбитражног уговора и друго, од тога како се квалификује арбитражни уговор. Реч је о методолошким и материјалним питањима.

У методолошком и логичном поимању, о улози и значају арбитрабилности у оквиру арбитражног уговора се може говорити само ако она постоји од раније као посебно својство чије дејство је потребно сагледати у оквиру арбитражног уговора. Ако арбитрабилност не постоји пре тога, не може се говорити ни о њеној улози и месту у арбитражном уговору. У случају да постоји, може се говорити о арбитрабилности ранијег успостављеног правног односа у вези чијег извршавања је дошло до спора између заинтересованих страна. Ово је посебно видљиво у случају компромиса, као уговора који је настао након што је основни правни

Comparative Perspectives, (уред. L. Mistelis, S. Brekoulakis), (даље "Arbitrability"), Wolters Kluwer, 2009. стр. 3, 4.

посао почео да производи правно дејство и након што је дошло до спора поводом извршавања конкретних права и обавеза. У том случају се види и права сврха арбитрабилности: не више као апстрактне подобности (правног односа), већ као подобности конкретних права и обавеза да о њима одлучују арбитрари. У том смислу се чини исправније говорити о арбитрабилности права и обавеза, уместо о арбитрабилности спора.

Уговорне стране код закључивања компромиса полазе од уверења да су спорна права и обавезе подобни за арбитражно одлучивање и у том циљу закључују компромис, уносећи у њега "веровање" о арбитрабилности. Другачије речено, овакав методолошки приступ полази од тезе да *арбитрабилност не произилази из арбитражног уговора*, да се извор арбитрабилности не може тражити у арбитражном уговору, већ обрнуто. Арбитрабилност се уноси у арбитражни уговор и тако га чини битно другачијим у односу на класичне врсте грађанско правних уговора.

У случају компромисорне клаузуле, уговорне стране полазе од претпоставке да је будући спор из њиховог односа арбитрабилан и да о њему може да одлучује уговорена арбитража. Да ли ће арбитража и одлучивати о њему зависи и од других елемената арбитражног уговора и воље уговорних страна.

Одговор на друго питање зависи од тога како се одреди правна природа арбитражног уговора. У раду се полази од тезе да арбитражни уговор спада у категорију уговора грађанског или облигационог права са мешовитим дејством: који производи материјално-правна и процесно-правна дејства.²⁷⁶ То практично значи да се за настанак пуноважног арбитражног уговора траже исти елементи као и за остале уговоре: способност странака, сагласност воља, предмет, кауза и форма. Мешовито *дејство* арбитражног уговора има за последицу да пуноважност арбитражног уговора зависи од меродавног права које могу одредити саме

²⁷⁶ Вид. М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 87; A. Belohlávek, *Arbitration Law of Czech Republic: Practice and Procedure*, JURIS, 2013, стр. 309; J-L. Delvolvé, J. Rouche, G. H. Pointon, *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration.*, Kluwer, 2009, стр. 16. Према Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 65, то је облигациони уговор са процесноправним дејством. Исто и А. Јакшић, *н. дело*, стр. 248. бр. 763.

странке, али и од правила међународног приватног права, док се арбитрабилност углавном одређује према *lex fori* које припада "јавној/императивној сфери."²⁷⁷

4. Арбитрабилност спора према међународним изворима права

Женевски протокол из 1923. године предвиђа да ће арбитражни уговор бити признат и извршен ако је у питању спор трговачке или нетрговачке природе и уколико је подобан да буде решен пред арбитражом. Међутим, државама је остављена слобода да својим унутрашњим прописима одреде шта обухвата појам арбитрабилности. Из формулације која је употребљена у Протоколу, стиче се утисак да је арбитрабилност посматрана као услов пуноважности арбитражног уговора.²⁷⁸ Женевски протокол на индиректан начин помиње објективну арбитрабилност док субјективну арбитрабилност оставља по страни. Ни у Европској конвенцији није на посебан начин обрађено питање објективне арбитрабилности, али је субјективна арбитрабилност призната "правним лицима, која се по праву које се на њих примењује, сматрају 'правним лицима јавног права,' тако што им је Конвенцијом признато право да закључују арбитражне уговоре.

Тек ће Њујоршка конвенција питању арбитрабилности посветити већу пажњу, у члановима I, II и V.

Одредбама члана I Конвенције, предвиђена је могућност државама које приступају или ратификују Конвенцију да ставе резерву и да примењују Конвенцију само на спорове из уговорних или вануговорних правних односа, који се према унутрашњем (националном) праву сматрају трговинским.²⁷⁹ Истом

²⁷⁷ Ch. Pamboukis, "On Arbitrability: the arbitrator as problem solver", стр. 7. Доступно на <http://www.a-law.gr/pdf/Applicable-law-on-arbitrability.pdf>. Последњи приступ 04. јуна 2015.

²⁷⁸ "Each of the Contracting States recognises the validity of an agreement whether relating to existing or future differences between parties, subject respectively to the jurisdiction of different Contracting States by which the parties to a contract agree to submit to arbitration all or any differences that may arise in connection with such contract relating to commercial matters or to any other matter capable of settlement by arbitration, whether or not the arbitration is to take place in a country to whose jurisdiction none of the parties is subject."

²⁷⁹ Чл. 1(3) Њујоршке конвенције.

резервом државе могу изјавити и да ће Конвенцију примењивати на признање и извршење једино оних одлука које су донете на територији неке друге државе уговорнице.

Одредбе члана II Конвенције регулишу питање пуноважности арбитражног уговора тако што обавезује државе уговорнице да признају писмени уговор којим се странке обавезују да поднесу на арбитражу све спорове или неке од спорова који настану или би могли настати између њих по одређеном правном односу, које се односи на питање "које је подобно за решавање арбитражом"²⁸⁰ (истакао аутор). Са друге стране, предвиђена је обавеза суда државе уговорнице пред којим је покренута парница по неком питању о коме су странке закључиле арбитражни уговор, да упути странке на арбитражу на захтев једне од њих, осим ако установи да је уговор ништав, да је без дејства или неподобан за примену.²⁸¹

Из наведених решења се може закључити да ће арбитражни уговор бити признат само ако је спор који је њим покривен подобан да буде решен пред арбитражом. Овде се може поставити питање према ком праву се испитује подобност спора да буде решен пред арбитражом? У теорији се као могућа решења наводи право земље у којој се тражи извршење арбитражног уговора, односно земље заседања арбитражног трибунала.²⁸²

Арбитрабилност спора је Њујоршком конвенцијом предвиђена и као разлог за одбијање признања и извршења стране арбитражне одлуке. На овакав став јасно указује члан V Конвенције, који у ставу 2(a) предвиђа да се признање и извршење

²⁸⁰ Чл. II(1) Конвенције.

²⁸¹ Чл. II(3) Конвенције.

²⁸² Г. Кнежевић, *Међународна трговинска арбитража*, Београд 2007, стр. 56, 57; Ph. Fouchard, E Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 313, бр. 533; J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 189. бр. 9-7, наводе да ово право зависи од тога где и кад се питање арбитрабилности постави. За дискусију и могућа решења вид. I. Y. Fortier, "Arbitrability of Disputes", *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, (уред. А. Aksent i drugi) ICC Publishing 2005, стр. 275.

стране арбитражне одлуке може одбити ако се према земљи у којој се признање захтева спор сматра неарбитрабилним.²⁸³

УНЦИТРАЈЛ Модел закон неарбитрабилност спора наводи као разлог поништаја арбитражне одлуке²⁸⁴, али не одређује кад се спор сматра неарбитрабилним.

5. Решења у националним изворима арбитражног права

У националним изворима, питање арбитрабилности је решено на различите начине и одражава "политичку вољу (конкретне) државе," која је условљена конкретним економским, политичким и социјалним приликама.²⁸⁵ Најчешће су ови фактори обухваћени појмом јавног поретка. У том смислу је арбитрабилност уско повезана са јавним поретком државе па обим и границе арбитрабилности зависе од тога да ли спорни однос у себи садржи неки од елемената јавног поретка. Због тога се са разлогом наводи да се у одредбама о арбитрабилности изражава поверење једне државе у арбитражу као врсту приватног правосуђа и спремност државе на међународну сарадњу.²⁸⁶ Ипак, без обзира на разлике које су условљене овим разлозима, заједничко свим ограничењима је позивање на јавни поредак као на оправдање или образложење.

Решења која су по овом питању прихваћена у националним правима се разликују. Тако се разликују решења која су прихваћена углавном у правима европских држава и решење које је прихваћено у праву Сједињених Америчких Држава. Арбитрабилност спора се у праву европских држава углавном одређује као подобност, допуштеност одређеног правног односа да буде решен пред арбитражним трибуналом. У праву САД је прихваћено шире значење арбитрабилности. Тамо се под арбитрабилношћу спора подразумева и питање

²⁸³ Чл. V(2)(а) Признање и извршење арбитражне одлуке могу се такође одбити ако надлежни орган земље у којој је тражено признање и извршење одлуке установи: а) да, према праву те земље, предмет спора није подобан за решавање арбитражом.

²⁸⁴ Чл. 34 (2)(б)(и) Модел закона

²⁸⁵ A. Redfern i drugi, *н. дело*, стр. 164, марг. бр. 3-13; J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 194, бр. 9-19.

²⁸⁶ A. Goldštajn, S. Triva, *Међународна трговачка арбитража*, Informator, Zagreb 1987, стр. 16

поделе надлежности између суда и арбитраже приликом одлучивања о подобности спора да буде решен пред арбитражом. Под подобношћу или арбитрабилности судови испитују пуноважност арбитражног уговора, покривеност спора арбитражним уговором и да ли је јавни поредак повређен подношењем такве врсте спора пред приватни суд²⁸⁷.

Тек након позитивне оцене суда о испуњености наведених услова, спор може бити поднет и решен пред арбитражом. И након што је одређени спор поднет пред арбитражу, судови су овлашћени да цене његову "арбитрабилност". Међутим, у последњих неколико деценија, оваква широка надлежност суда и пракса која је из тога уследила је промењена, након пресуда у предметима *Howsam*²⁸⁸, *Pacificare*²⁸⁹ и *Green Tree*²⁹⁰. Након наведених случајева у америчкој арбитражној пракси је прихваћен став да арбитража може самостално одлучивати о својој надлежности и арбитрабилности изнетих спорова.²⁹¹

Арбитрабилност спора се у европским државама углавном одређује на два начина или приступа. Први приступ се може означити као *ratione iurisdictionis*²⁹², и њиме се дефинишу случајеви који спадају у ексклузивну надлежност националних суда. Овај приступ се може назвати и *негативним приступом*, јер таксативно набраја спорове који нису арбитрабилни²⁹³. Пример за овај приступ се може наћи

²⁸⁷ Вид. *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938(1995), 10 Int' L Arb. Rep. 4(Jun 1995) ; 6 World Arb. & Med. Rep.128 (1995), XXII Y. B. Com. Arb.278(1997).

²⁸⁸ *Howson v Dean Witter Reynolds, Inc.* (01-800) 537 U.S. 79 (2002)

²⁸⁹ *PacifiCare Health Systems, Inc. v. Book* - 538 U.S. 401 (2003)

²⁹⁰ *Green Tree Financial Corp. v Bazzle* (02-634)539 U.S. 444 (2003)

²⁹¹ L. Shore "The United States' perspective on " Arbitrability", у *Arbitrability*, стр. 70.

²⁹² Поједини аутори арбитрабилност *ratione iurisdictionis*, посматрају као посебну врсту арбитрабилности М. Цукавац, "Арбитрабилност спора", *Арбитража*, Часопис Спљототрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије, Београд 2000, стр. 39-40 ; Г. Станковић и други, *н. дело*, стр. 96; К. Сажко, "On arbitrability in Comparative Arbitration- An Outline", *Zbornik PFZ, 60 (5)*, Zagreb 2010, стр. 962

²⁹³ А. Узелас, "Nove granice arbitrinosti prema Zakonu o arbitraži", *Pravo u gospodarstvu* 2/2002, Zagreb 2002, стр. 63. Аутор користи управо ову конструкцију негативне претпоставке за уговарање надлежности. О искључивој надлежности суда као негативној претпоставци арбитрабилности и уговарању надлежности арбитраже вид. више М. Дика "Arbitrabilnost i isključiva nadležnost sudova", *Pravo u gospodarstvu*, 38/1, Zagreb 1999, стр. 25-42.

у оним националним правним правилима која предвиђају ексклузивну надлежност судова у споровима везаних за регистрацију и пуноважност патената.²⁹⁴

Према другом приступу, арбитрабилност спорова се одређује путем опште, генералне одредбе (клаузуле). Овај приступ се може означити као *позитивни приступ* или *систем генералне клаузуле* у коме се као арбитрабилни сматрају сви спорови који задовољавају унапред предвиђене услове: спорови о којима странке слободно располажу или који су имовинско правне природе.²⁹⁵

Критеријум слободног располагања спором, чија примена има за последицу могућност поравнања странака, је коришћен у правима многих земаља: Србији,²⁹⁶ Шпанији,²⁹⁷ Хрватској,²⁹⁸ Шведској.²⁹⁹ Други приступ у коме је арбитрабилност одређена путем генералне клаузуле је коришћен нпр. у Швајцарској³⁰⁰ и Немачкој.³⁰¹

Арбитрабилност одређена путем генералне клаузуле може бити сужена путем два начина: појединачним набрајањем (*numerus clausus*) спорова и прописивањем искључиве надлежности. У првом случају, и спорови који испуњавају услове

²⁹⁴ Више о овоме у следећој глави.

²⁹⁵ Вид. Г. Станковић и др., *н. дело*, стр. 99; Ј. Перовић, *н. дело*, 2012, стр. 112.

²⁹⁶ Чл. 5 став 1 Закона о арбитражи РС. "Арбитража се може уговорити за решавање имовинског спора о правима којима странке слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда." Занимљиво је истаћи да данашње српско право о арбитражи не прати тенденцију ширења арбитрабилности која је присутна у упоредном законодавству.

²⁹⁷ Чл. 2 Закона о арбитражи Шпаније, ревидираног 2011. године, предвиђа да сви спорови који се односе на ствари којима странке слободно располажу могу бити решени пред арбитражом.

²⁹⁸ Према чл. 3. Закона о арбитражи Републике Хрватске, "Странке могу уговорити домаћу арбитражу за решавање спорова о правима којима могу слободно располагати."

²⁹⁹ Према чл. 1 Шведског закона о арбитражи из 1999.године, "Спорови који произилазе из ствари о којима странке могу закључити поравнање могу бити споразумом поверени на решавање једном или неколицини арбитрара."

³⁰⁰ Вид. чл. 177. став 1 Швајцарског закона о међународном приватном праву.

³⁰¹ Немачки законодавац је предвидео широку клаузулу арбитрабилности. Према параграфу 1030, став 1. "Сваки имовинско-правни захтев може бити предмет уговора о арбитражи. Уговор о арбитражи о неимовинско-правним захтевима производи правно дејство, ако су странке овлашћене да о предмету спора закључе поравнање. Сличну формулацију садржи и Аустријски закон о арбитражи. Чл. 582 предвиђа да: предмет арбитражног уговора може бити сваки имовинскоправни захтев о коме могу одлучити државни судови. Арбитражни уговор о решавању спорова поводом неимовинских захтева биће пуноважан уколико је допуштено поравнање странака о предмету спора.

предвиђене генералном клаузулом не могу бити изнети пред арбитражни трибунал ако нису изричито наведени, јер држава не жели да их стави на листу.³⁰²

У другом случају, број арбитрабилних спорова је сужен због тога што држава за њих прописује искључиву надлежност домаћих судова (*ratione iurisdictionis*).³⁰³

6. Арбитрабилност као услов за настанак арбитражног уговора

Арбитрабилност представља само један од услова за настанак арбитражног уговора.³⁰⁴ У литератури се говори и о допуштености арбитражног уговора, као синониму за пуноважност или допуштеност арбитражног одлучивања чиме се пуноважност арбитражног уговора изједначава са арбитрабилношћу спорног односа.³⁰⁵ Међутим, да би се избегла непотребна забуна због непрецизне терминологије, сматрамо да би требало разликовати пуноважност арбитражног уговора и његово правно дејство од арбитрабилности. У том случају се отвара питање да ли *арбитрабилност утиче на настанак и пуноважност арбитражног уговора или на његово правно дејство*. Питање је теоријског и практичног значаја.

У теоријском смислу, за настанак пуноважног уговора, па и уговора о арбитражи, се захтева да постоји сагласност правно релеватних воља, да се сагласност односи на могућ, дозвољен и довољно одређен предмет, да иза сагласности стоји правно

³⁰² Вид. чл. 1030. став 2 Закона о арбитражи Републике Немачке, "Споразум о арбитражи, који за предмет има спорове о постојању закупног односа на стамбеном простору који се налази у Немачкој, не производи правно дејство. Ова одредбе се не примењује, ако је реч о стамбеном простору које је, сходно одредбама пар. 549 ст. 2 Грађанског законика, одређена посебна намена." Слично и чл. 582 став 2 Закона о арбитражи Аустрије "Тужбе из породичноправних односа, све тужбе које се заснивају на уговорима који су макар само делом регулисани аустријским Законом о закупу станова или законом о јавном становању, укључујући и све спорове који се тичу закључења, постојања, престанка и правне квалификације оваквих уговора као и сви тужбени захтеви који се односе на право својине на стану или су у вези са њоме не могу бити предмет арбитражног поступка. Остају на снази одредбе закона које нису укључене у ову Главу, а према којима спорови нису уопште арбитрабилни или то могу бити под одређеним условима."

³⁰³ Вид. чл. 5. Закона о арбитражи Републике Србије, "Арбитраже се може уговорити за решавање имовинског спора о правима којима странке слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда."

³⁰⁴ Вид. В. Nanotiau, "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", *Arbitration International*, Vol. 12, No 4. 1996, стр. 391; К. Sajko, "Arbitrability in Comparative Arbitration - An Outline", *Zbornik PFZ*, 60(5)(2010) стр. 961.

³⁰⁵ Г. Станковић и други, *н. дело*, стр. 106.

дозвољена кауза и да је сагласност остварена у предвиђеној форми.³⁰⁶ Ако се постојање и пуноважност арбитражног уговора условљава постојањем арбитрабилности,³⁰⁷ арбитрабилности се мора признати карактер битног елемента или услова за настанак арбитражног уговора. Значај битног елемента арбитрабилности могу дати уговорне стране. Како приликом формулисања арбитражне клаузуле (уговора) уговорне стране често и не помињу, нити наглашавају посебно арбитрабилност тешко је тврдити да су уговорне стране арбитрабилности дали значај новог (битног) елемента арбитражног уговора. Стога остаје да се види да ли арбитрабилност представља део неког од постојећих битних (законских) елемената уговора.

Осим што утиче на настанак арбитражног уговора, арбитрабилност је од значаја и током арбитражног поступка, па се о арбитрабилности мора водити рачуна током целог поступка, све до признања и извршења арбитражне одлуке. Тако схваћена, арбитрабилност представља основни појам и "црвену нит" која повезује све фазе арбитражног поступка. Арбитрабилност у *апстрактном* поимању (*as pure concept*) као "подобност" и унутрашње својство спорног односа, постоји као унутрашње својство или стање и пре него што је настао спор и пре закључивања арбитражног уговора. Отуда у *функционалном* смислу арбитрабилност представља један од елемената арбитражног уговора. О њој се мора водити рачуна у арбитражном поступку и у поступку признања и извршења арбитражне одлуке. Због тога се питање арбитрабилности поставља не само пред арбитражом у арбитражном поступку, већ и пред судом у поступку поништаја и у поступку признања и извршења. У овом смислу се о арбитрабилности говори као централном и неопходном услову сваког арбитражног *одлучивања*. Због тога у

³⁰⁶ О условима пуноважности уговора у општем смислу вид. више С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1980, стр. 245.

³⁰⁷ Схватање да арбитрабилност представља услов пуноважности уговора заступају А. Bucher, P.Y Tschanz, *International arbitration in Switzerland*, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1989, стр. 41, Redfern i drugi, *н. дело*, стр. 164, mag.br. 3-13; V. Bouček, *н. дело*, стр. 10; В. Hanotiau, *н. članak*, стр. 391.

свакодневном говору под појмом арбитрабилности се често разумеју и остали елементи који су потребни за арбитражно одлучивање.

6.1. Утицај арбитрабилности на остале елементе арбитражног уговора: сагласност воља, каузу, предмет и форму

Без обзира што арбитрабилност не представља законски одређен битан елемент арбитражног уговора, арбитрабилност битно утиче на садржину осталих елемената: сагласност воља, предмет, каузу и форму арбитражног уговора.

Утицај арбитрабилности на сагласност воља. Као што постојање арбитрабилности не значи конституисање арбитраже, тако се ни постојањем арбитражног уговора не успоставља арбитража. Пуноважни арбитражни уговор представља само правни основ будуће арбитраже. Да би се конституисала арбитража (у случају *ad hoc*) или њена надлежност да одлучује о конкретном спору (у случају институционалне арбитраже), потребно је именовати арбитраге и пренети им надлежност за одлучивање. Тако се отвара питање ко располаже овим надлежностима, шта чини њихов извор и како се врши њихов пренос. Одговор се (делимично) може наћи у уговорном схватању правне природе арбитраже и у начелу аутономије воље.

Своју сагласност уговорне стране могу да изразе на два начина: уношењем посебне клаузуле у основни посао (компромисорна клаузула), или да се, након што дође до спора, накнадно сагласе да спор повере арбитражи на одлучивање (компромис). Сврха и једног и другог облика сагласности воља је да се обезбеди решавање спорова пред арбитражима, уместо пред судовима. Уговорне стране овај циљ не остварују самом сагласношћу воља и закључивањем арбитражног уговора. Закључивањем уговора о арбитражи уговорне стране стварају само правни основ за конституисање арбитраже. О елементима сагласности воља и последицама мана воље било је детаљно речи у тачки о арбитражном уговору. Овде је потребно истаћи да је сагласност воља ограничена појмом арбитрабилности, тј. да је потребно постићи сагласност у обиму који је неопходан за арбитражно одлучивање, тј. да је сагласност воља усмерена на пренос овлашћења арбитражима да реше спорни однос, а не на извршење робних или новчаних обавеза, као код уговора робног промета.

6.2. Утицај арбитрабилности на каузу арбитражног уговора

Каузу као циљ закључивања арбитражног уговора требало би тражити у намери уговорних страна да избегну да о споровима из основног посла одлучују државни судови, већ да спор реше арбитраи. Оваква очекивања може испунити само пуноважни арбитражни уговор коме правни поредак признаје два основна дејства: *пророгационо* и *дерогационо*.³⁰⁸ У пророгационом смислу, арбитражни уговор представља правни основ за заснивање надлежности арбитраже. Дерогационо дејство се манифестује као забрана државним судовима да поступају у истим стварима (предметима) о којима иста лица о истој ствари воде поступак пред арбитражом. Са становишта права и обавеза уговорних страна, арбитражни уговор као уговор материјалног права производи материјално правна дејства и обавезује стране да у случају спора, исти изнесу на решавање пред договорену арбитражу. Истовремено, уговорне стране су преузеле и обавезу да исти спор не покрећу пред државним судовима.

Да би уговор о арбитражи произвео наведена дејства, кауза мора бити допуштена а то значи да спор мора бити арбитрабилан. У супротном, неће произвести ни пророгационо ни дерогационо дејство.

Овако одређена кауза се разликује од каузе која постоји у класичним двострано обавезујућим уговорима. Особеност се састоји у "истом усмерењу" намера обе уговорне стране, а не у корелативном својству обавеза које производи класичан уговор. Под истим усмерењем се разуме жеља и једне и друге стране да избегну надлежност државног суда и намери да спор повере арбитраима. Према општим правилима уговорног права овако одређена кауза мора бити допуштена³⁰⁹, о чему у крајњој линији одлучује суд у складу са правилима позитивног права. Код

³⁰⁸ Вид. више Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 151 и даље; Г. Станковићи други, *н. дело*, стр. 132; М. Rubino-Sammartano, *н. дело*, 2014, стр. 292 и даље

³⁰⁹ Поређења ради, код уговора о продаји као класичног двострано обавезујућег уговора права и обавезе су корелативни и различито усмерени, па се кауза обавезивања продавца да испоручи робу налази у обавези купца да плати цену. Другачије речено, у теретним уговорима каузу објашњава узајамност давања и начело еквивалентности престација. Вид. С. Перовић, *н. дело*, стр. 323. и даље; О. Антић, *н. дело*, стр. 275.

арбитражног уговора допуштеност каузе се цени према томе да ли је спор који се уговором поверава арбитрама, арбитрабилан или није. О елементима арбитрабилности, као праву страна да слободно диспонирају спорним односима и о искључивој надлежности судова, тамо где је то предвиђено, било је више речи.

6.3. Утицај арбитрабилности на предмет арбитражног уговора

Предмет арбитражног уговора чини *пренос* надлежности или *поверавање* спора на одлучивање арбитрама.

У општем значењу, под предметом уговора се разуме оно о чему су се стране договориле, оно на шта се уговор односи и око чега су постигле сагласност воља.³¹⁰

У складу са општим правилима уговорног права, предмет уговора мора бити одређен, могућ и допуштен. У случају арбитражног уговора, то значи да пренос надлежности мора бити одређен, могућ и допуштен. Уговором се преноси особено право одлучивања. У односу на предмете уговора којима се обавља робно новчани промет робе и услуга, *предмет арбитражног уговора је посебан*. Предмет арбитражног уговора није промет имовинских вредности садржаних у роби или у услугама, већ пренос посебног овлашћења чије се дејство испољава кроз обавезу страна да евентуални спор повере арбитрама, а не суду. "Поверавање" се врши именовањем арбитра. На то не утиче чињеница да се арбитражни уговор не мора уопште извршити или да га уговорне стране почињу извршавати тек кад дође до спора који нису решиле на други начин тј. да се његово дејство одлаже до наступања услова који је означен као настанак спора. Тек у том моменту се активира право на обраћање арбитражи и обавеза да се именују арбитраи и учествује и поступку. Ако стране испуне уговорне обавезе из основног посла, арбитражни уговор неће "стићи" да произведе правно дејство у делу који се односи на покретање поступка.

³¹⁰ С. Перовић, *н. дело*, стр. 311.

Према општим правилима уговорног права, одређен предмет арбитражног уговора мора бити *одређен, могућ и дозвољен*. У случају арбитражног уговора, одређен мора бити спор чије решавање се поверава арбитражи. У случају компромисорне клаузуле он се може одредити само према послу из кога потиче, али не и у чему се конкретно састоји. Будући да спор није настао у време закључивања арбитражног уговора, његова садржина се не може унапред одредити на прецизан начин, како се то чини у тужбеном захтеву. Другачије речено, арбитрабилност се схвата на најужи начин: као подобност конкретног спорног односа да буде изнет пред конкретну арбитражу.

У постојећим изворима арбитражног права³¹¹ као прихватљиво одређење предмета се препоручује формулација "...сви спорови који се односе на тумачење и извршавање обавеза из основног посла и у вези са послом..." У Арбитражним правилима УНЦИТРАЛ-а предлаже се следећа клаузула "сваки спор, спорно питање или захтев који проистиче из овог уговора или се односи на овај уговор, или на повреду, престанак или непуноважност уговора...." Предмет мора бити одређен или одредив не само са становишта правила уговорног права, већ и према арбитражним правилима како би се одредиле прецизне границе пренетог овлашћења и како би се избегли спорови око тога да ли су арбитрасти поступали у границама добијених овлашћења. У Њујоршкој конвенцији је посао из кога може настати спор одређен као "дефинисани правни однос"³¹².

Услов да предмет буде *могућ* у конкретном случају би требало схватити као правно допуштен. Преношење или давање надлежности претпоставља да уговорне стране и саме имају таква овлашћења и да могу њиме располагати. Ово право уговорне стране црпе из начела аутономије воље из кога извлаче и право располагања. Начело аутономије воље уговорне стране реализују кроз две

³¹¹ Ово решење је предвиђено Њујоршком конвенцијом. Од националних права решење је прихваћено у Немачком Закону о парничном поступку, чл.1029; чл. 7 Бугарског Закона о арбитражи; чл. 6. Енглеског Закона о арбитражи.

³¹² Чл. II (1) Њујоршке конвенције.

слободе: слободу избора уговорног партнера (или опцију уговорати или не уговорати)³¹³ и слободу уређивања уговорних односа, па и арбитражног уговора.

Из права уговорних страна да слободно одлучују о заснивању уговорних односа следи и право да одлуче о судбини уговора тј. да регулишу начин испуњења, да одустану од њега, или да га на други начин окончају. Слобода уређивања садржине арбитражног уговора обухвата и право уговорних страна да одлуче и о начину решавања спорних питања. Предмет арбитражног уговора управо чини сагласност уговорних страна да то своје право пренесу арбитражима.

На крају, предмет арбитражног уговора мора бити *дозвољен* са становишта постојећих прописа. Постојање арбитрабилности управо чини дозвољеним арбитражни уговор у границама објективне и субјективне арбитрабилности, о чему ће бити речи у наредним излагањима.

7. Значај и последице различитог одређивања појма арбитрабилности

Резултат различитих приступа и различитих критеријума од којих се полази код одређивања појма арбитрабилности условили су да и даље постоје разлике у погледу обима и садржине појма арбитрабилности и у погледу правног дејства и последица неарбитрабилности.

У погледу обима, арбитралност се схвата у ужем и у ширем смислу, што за директну последицу има да се исти спорови у различитим државама третирају на различит начин: као арбитрабилни или као неарбитрабилни.

Разлике у погледу правног дејства и последица које има неарбитрабилност се састоје у томе што једни сматрају да неарбитрабилност утиче на арбитражни уговор, а други на надлежност арбитраже.³¹⁴ Преовладава схватање да

³¹³ С. Перовић, *н. дело*, стр. 157.

³¹⁴ Вид. S. Brekoulakis, "On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern", *Arbitrability*, стр. 37.

неарбитрабилност предмета арбитражног уговора чини уговор о арбитражи ништавим.³¹⁵

Међутим, у једном делу правне теорије и у појединим изворима арбитражног права се прави разлика између дејства које неарбитрабилност има на арбитражни уговор и на надлежност арбитраже и на признање и извршење арбитражних одлука. Тако је у Њујоршкој конвенцији дејство неарбитрабилности на арбитражни уговор (кога чини непуноважним) регулисано одредбама члана V(1)(a), док је неарбитрабилност спора као разлог за одбијање признања одлуке предвиђена у члану V(2)(a). И у појединим националним изворима арбитражног права арбитрабилност спора се не сматра условом пуноважности арбитражног уговора.³¹⁶ Према овом схватању, потребно је разликовати надлежност арбитраже од арбитражног уговора. За настанак арбитражног уговора се, без обзира на његову *sui generis* природу, не могу тражити други услови од оних који важе за класичне грађанскоправне уговоре: "сагласност воља, уговорна способност странака и формални захтеви предвиђени Њујоршком конвенцијом и другим арбитражним законима."³¹⁷ Према таквом схватању, за настанак уговора о арбитражи је довољно постићи сагласност воља у прописаној (писаној) форми. У том случају, арбитрабилност представља неопходан услов за конституисање надлежности арбитраже за решавање одређеног спора, "пре него као услов пуноважности арбитражног уговора."³¹⁸ Арбитрабилност се третира као "јавноправно питање" надлежности које сужава начело аутономије воље

³¹⁵ Вид. В. Hanotiau, "What Law governs the issue of arbitrability", *Arb. Int'l* 12(1996)4, стр. 391; К.-Н. Böckstiegel, "Public Policy and Arbitrability", у Р. Sanders (уред.) *ICCA Congress Series* No. 3, Kluwer 1987, стр. 180; А. Redfern и други, *н. дело*, стр. 163, питање арбитрабилности анализирају као један од елемената пуноважности арбитражног уговора.

³¹⁶ Вид. на пример, члан 178. Швајцарског Закона о међународном приватном праву (PIL-a); члан.1029. Немачког Закона о арбитражи; део 6. Енглеског Закона о арбитражи (1996), као и чл. 7. УНЦИТРАЛ Модел закона.

³¹⁷ S. Brekoulakis, "On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern", у: *Arbitrability*, стр. 38, марг. бр. 2-61.

³¹⁸ Исто, стр. 39, 40.

уговорних страна и уско је повезано са земљом форума арбитраже.³¹⁹ Будући да се за арбитражни уговор не могу захтевати додатни елементи, извучи се закључак да арбитражни уговор "може бити пуноважан, али да арбитражни трибунал не може засновати своју надлежност нити ући у спор."³²⁰ То може бити, на пример због тога што је о основном захтеву већ одлучено (*res iudicata*) претходном одлуком или пресудом. Може се закључити да овакво схватање арбитрабилност придодаје групи "додатних фактора који се односе на надлежност и иду изван пуноважности арбитражног уговора."³²¹

Сматрамо да наведено размишљање заслужује пуну пажњу и да се у теоријском смислу темељи на разликовању "чистог" и функционалног појма арбитрабилности, тј. разликовању *постојања* и *вршења* арбитрабилности, за шта се залаже и аутор овог рада и о чему је писано у претходним тачкама. У овом смислу ваља тумачити и одредбу члана 10, став 2. домаћег Закона о арбитражи која одређује да "уговор о арбитражи не производи дејства у односу на решавање спора који није подобан за арбитражу." То практично значи да неарбитрабилност спора не чини уговор ништавим, већ уговор губи дејство у односу на тај спор.³²²

³¹⁹ P. Mayer "Droit international privé et droit international public spus l'angle de la notion de competence" *Rev. crit dip* (1079) стр. 1, 349, 537; P. De Verailles de Sommières, La compétence internationale de l'État en matière de droit privé- Droit international public et droit international privé (LGDJ 1997) *passim*. Наведено према Ch. Pamboukis, *н. дело*, напомена 23, стр. 127.

³²⁰ S. Brekoullakis, *н. дело*, стр. 38, марг. бр. 2-62.

³²¹ *Исто*.

³²² М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 102.

V ВРСТЕ АРБИТРАБИЛНОСТИ

Уопште. Подобност спора да буде решен пред арбитражом се манифестује у два облика: као субјективна (*ratione personae*) и као објективна арбитрабилност (*ratione materiae*).³²³ Међутим, аутори који арбитражни уговор објашњавају процесноправном (публистичком) теоријом, разликују и јурисдикциону арбитрабилност (*ratione iurisdictionis*).³²⁴ Под јурисдикционом арбитрабилности се подразумева да домаћи суд нема искључиву надлежност над конкретним спором. С обзиром да је ненадлежност домаћих судова укључена у појам објективне арбитрабилности, у даљем излагању биће речи само о субјективној и објективној арбитрабилности.

Питање субјективне арбитрабилности се односи на способност уговорних страна да закључе арбитражни уговор којим ће подвргнути одређени спор арбитражи. Уговорне стране могу бити правна и физичка лица, али и држава и њени органи. Способност физичких и правних лица која закључују арбитражни уговор се одређује према држављанству и националној припадности (правних лица) и углавном се не поставља као спорно и изједначава се са пословном и правном способношћу.³²⁵ Ни способност државе и њених органа да закључују уговоре, па и

³²³ Вид. Ph. Fouchard, *н. дело*, стр. 312. и даље; Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 107. и даље; М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 101-113; L.Y. Fortier, "Arbitrability of Disputes", *Global Reflections on International Law: Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, (G. Aksent и други уред.), ICC Publishing S.A, 2006, стр. 269; В. Nanotiau, "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", *12 ArbInt* 1996, стр. 391 (познаје само прве две врсте арбитрабилности); М. Петровић, "Пуноважност арбитражног споразума", *Хармонизација грађанског права у региону*, Источно Сарајево 2013, стр. 487; К. Сајко " Arbitration agreement and arbitrability Solutions and Open Issues in Croatian and Comparative Law" *3 Croat. Arbit. Yearb.* 43, 1993, стр. 44; А. Uzelac, "New Boundaries of Arbitrability Under the Croatian Law on Arbitration", *9 Croat. Arbit. Yearb* (2002) стр. 152 и 155; Г. Кнежевић, *н. дело*, стр. 52 говоре о институционалној арбитрабилности као посебној врсти, док А. Uzelac "Nove granice arbitrabilnosti prema Zakonu о arbitraži", *dostupno na: http://www.alanuzelac.from.hr/Pdf/nove_granice_arbitrabilnosti.pdf* наводи и четрту врсту територијалне арбитрабилности (*ratione territorii*).

³²⁴ Г. Станковић и други, *н. дело*, стр. 98; М. Трајковић, *н. дело*, стр. 258; А. Јакшић, *н. дело*, стр. 245, бр. 749 и 750.

³²⁵ Вид. Ј. Перовић, "Пуноважност уговора о арбитражи", *Међународна привредна арбитража - стање и перспективе*, Београд 1997, стр. 128-9.

уговор о арбитражи није спорна, али заслужује посебну пажњу због тога што се држава може позвати на имунитет и тиме спречити нека процесно правна дејства своје пословне способности и субјективне арбитрабилности. Због тога се ово питање издваја и посебно разматра. Иако субјективна и објективна арбитрабилност служе истом циљу, ограничење једне или друге арбитрабилности се врши из различитих разлога и са различитим циљевима. Као што је већ речено, ограничење субјективне арбитрабилности се врши са циљем да се заштите интереси странака у спору, док су границе објективне арбитрабилности установљене ради заштите јавног поретка и у односу на јавни поредак.³²⁶

У практичном смислу, субјективна и објективна арбитрабилност су повезане па се арбитрабилним сматрају само спорови који задовољавају оба услова. С обзиром да је реч о кумулативно захтеваним условима,³²⁷ арбитрабилност или постоји или не постоји, па се, осим у теоријском смислу, не може говорити о делимичној или непотпуној арбитрабилности. Као теоријско оправдање за разликовање наведених врста арбитрабилности наводи се чињеница да се на наведене врсте примењују различита права

1. Објективна арбитрабилност (*ratione materiae*)

1.1. Појам и природа објективне арбитрабилности

Објективна арбитрабилност или арбитрабилност предмета (*ratione materiae, ratione causae*) означава подобност предмета спора да буде решаван пред арбитражом. У правној теорији се оваквом одређењу са правом приговара, посебно у процесном смислу, да није прецизно, јер се у процесном праву под предметом поступка разуме сам тужбени захтев или захтев за пружањем правне заштите одређеног садржаја.³²⁸ Овде је реч о "спору" под којим би требало разумети спорни однос између уговорних страна или, још прецизније, спор у вези права и обавеза насталих између уговорних страна из основног посла поводом

³²⁶ L. Mistelis, *н. дело*, у: *Arbitrability*, стр. 7, напомена 23.

³²⁷ Г. Станковић и други, *н. дело*, стр. 98.

³²⁸ *Исто*, стр. 99.

кога је уговорена арбитража. Тако схваћена, објективна арбитрабилност се практично своди на одређивање оних спорних односа о којима може одлучивати арбитража. Полази се од претпоставке да нису сви спорни односи подобни за овакву врсту одлучивања и да оно својство које их чини подобним или неподобним требало би тражити у природи спорних права и обавеза. У том смислу се ова врста арбитрабилности може означити као арбитрабилност према садржини, а не као објективна. Она је објективна у смислу да њене границе одређују правни прописи у којима се полази од садржине спорног односа, при чему ову садржину опредељује предмет и објекат.

Природа ових односа је опредељена унутрашњом садржином (о чему је било речи код арбитрабилности као унутрашњем својству) и правом уговорних страна да о њиховом решавању слободно одлучују, тј. да располажу правима и обавезама. Осим овог унутрашњег елемента или својства, на арбитрабилност утиче и спољни фактор изражен у принудним прописима меродавног права којим се одређује искључива надлежност домаћих судова. Ово екстерно ограничење је од значаја у оним националним правима која захтевају и да односни спор не спада у искључиву надлежност домаћих судова.³²⁹

Након што су на овај начин одређене границе објективне арбитрабилности потребно је прецизирати који су то односи о чијим споровима странке могу слободно да располажу и у чему се састоји право располагања.

Према теорији процесног права, право располагања спором обухвата субјективно право страна у спору да својом вољом и слободно могу да одлуче како да реше конкретно спорно питање: да ли ће га саме решити договором или поравнањем, или ће се споразумети да спор повере на решавање трећем лицу, арбитражи или државном суду. У сваком случају, уговорне стране располажу правном моћи да

³²⁹ Вид. чл 5. Закона о арбитражи, чл. 3(2) Хрватског закона о арбитражи. За дискусију вид. М. Dika, "Boundaries of Arbitrability - Reflexions on Draft Croatian Law on Arbitration: Arbitrability and Exclusive Jurisdiction of Courts of Law", *Croat. Arbit. Yearb.* 6(1999) стр. 27-43; А. Uzelac, "(In)Arbitrability and Exclusive Jurisdiction", *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution: Liber Amicorum Eric Bergsten*, (уред. S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales & Rogers) Kluwer Law International, 2011, стр.451 и даље.

могу самостално и својом вољом да одлучују о судбини спора, без обзира што га могу поверити суду. Важно је да су овлашћене да свој избор учине слободно, без интервенције или мешања трећег лица, посебно без мешања државе.

1.2. Начини одређивања арбитрабилних спорова

Право питање на које још није одговорено се односи на прецизирање конкретних врста спорова којима стране могу слободно да располажу и одређивање субјеката који о томе одлучују. Што се тиче последњег питања, већ је речено да то чини држава која на тај начин у основи исказује свој правно политички став према "приватном судовању," тј. о односу државних судова и приватних арбитража. Оне то чине или доношењем унутрашњих прописа или приступањем релевантним међународним изворима. У погледу технике, то могу чинити на непосредан и посредан начин.

Метод непосредног или директног одређивања објективне арбитрабилности. Слобода располагања спором може бити конкретизирана у релевантним прописима тако што се еnumerативно одређују послови које као арбитрабилне признаје унутрашњи правни поредак. Арбитрабилни послови могу бити наведени у законским прописима, али и у правилницима о раду институционалних арбитража. Тако су у једном од ранијих Правилника о СТА као "пословни односи" који се могу изнети пред арбитражу били набројани следећи спорови:

1. у вези бродова, ваздухоплова, односно међународни спорови на које се примењује ваздухопловно и пловидбено право;
2. из уговора о оснивању предузећа, и других облика организовања у мешовитој својини;
3. из уговора о страним улагањима;
4. из уговора о правима интелектуалне својине (ауторска и сродна права, права индустријске својине, правна заштита know-how, права из области нелојалне конкуренције) и спорови о заштити фирме; и
5. други спорови из међународних пословних односа.

Најчешће се као спорови којима стране могу слободно да располажу, у правилницима међународних трговинских арбитража наводе шире категорије послова, као што су: трговачки, трговински, привредни, пословни или економски, о чему је било речи код извора арбитражног права. Иако би се између наведених придева могла повући разлика у погледу обима или ширине значења, односно обухваћених послова, у пракси се то не чини или због тога што је тешко повући јасну границу, или је тешко држати је се доследно. Због тога се ови појмови користе као синоними. Полази се од тога да их све карактерише имовинска природа, тј. права и обавезе које се могу изразити у новцу или другој имовинској вредности. Да би ови послови били арбитрабилни, потребно је и да су грађанско правног или приватно правног карактера. Ту спадају послови које појединци као приватна лица закључују на основу аутономије воље и који су регулисани диспозитивним прописима. Постоји схватање да се арбитрабилним сматрају спорови из свих односа који су регулисани диспозитивним прописима.³³⁰ Међутим, сама чињеница да је једно право уређено само диспозитивним нормама "не значи *implicite* и могућност слободног располагања правом."³³¹ Сматрамо да код одређивања арбитрабилности, као питању материјалног права, као довољну треба узети чињеницу да су спорни однос и посао у коме је спор настао регулисани диспозитивним нормама, да би се такав спорни однос *prima facie* сматрао арбитрабилним. Једино што може довести у питање његову арбитрабилност јесте изричита норма којим је такав спор изузет и проглашен неарбитрабилним. Овакав закључак следи из улоге и дејства које начело аутономије воље, као основа диспозитивних прописа, производи како на настанак конкретног односа, тако и у погледу располагања спором из таквог односа. У супротном, дејство начела аутономије воље би било неосновано прекинуто на пола пута: признало би се дејство код слободе избора уговорног партнера и уређења облигационих односа, али не и у погледу располагања спором.

³³⁰ А. Јакшић, *н. дело*, стр. 234, напомена 695.

³³¹ А. Јакшић, *н. дело*, стр. 235; М. Кнежевић, "О појму и значају арбитрабилности", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1-2/2008, стр. 878.

Располагање спором по нашем мишљењу и у складу са уговорном теоријом о природи арбитражног уговора, представља само други, посебан начин (пре)уређења постојећег пуноважног правног посла, тако што се права и обавезе или поверавају трећем лицу на даље одлучивање, или се о томе саме странке договарају поравнањем.

У теорији се наводи да се код одређивања објективне арбитрабилности углавном користи систем опште или генералне клаузуле. Садржина генералне клаузуле може бити одређена на различите начине, али по правилу садржи тзв. позитивне услове које мора да испуни спорни однос да би био сматран арбитрабилним.³³² Тако се као арбитрабилни спорови сматрају они који произилазе из правних односа које субјекти слободно уређују, тј. слободно располажу. У том смислу се наводи да систем генералне клаузуле изражава идеју о "инструменталној природи поступка."³³³ У практичном смислу, систем генералне клаузуле значи да се као арбитрабилни сматрају сви спорови о којима стране могу да постигну поравнање.

1.3. Границе објективне арбитрабилности

Границе објективне арбитрабилности зависе од тога шта се сматра под арбитрабилношћу и да ли се арбитрабилност посматра као питање материјалног или процесног права. У општем значењу арбитрабилност се обично дефинише као подобност спора да о њему одлучује арбитража. У САД, међутим, судови арбитрабилност схватају у ширем смислу тако да обухвата сва питања надлежности арбитраже.³³⁴

Ако се арбитрабилност посматра као питање материјалног права, њене границе одређује однос између начела аутономије воље и међународног јавног поретка и (евентуално) норми³³⁵ непосредне примене. Наиме, пошто се арбитрабилност

³³² Г. Станковићи и други, *н. дело*, стр. 99.

³³³ *Исто*.

³³⁴ Вид. L. Mistelis, "Arbitrability – International and Comparative Perspectives", у *Arbitrability*, стр. 5, пас. 1-9.

³³⁵ Поједини аутори, као што је S. Brekoulakis, релативизују значај јавног поретка и сматрају да домашај арбитрабилности не треба да буде одређен упућивањем на јавни поредак, "On

може сматрати "чедом" аутономије воље и права уговорних страна не само да уређују своје уговорне односе него и да то право повере и другима – арбитрама,³³⁶ полазна теза мора бити и да су границе арбитрабилности одређене границама аутономије воље. То би практично значило да о свим споровима који настану из оних односа (уговорних или вануговорних) у које уговорне стране могу слободно да ступају (без принуде државе) могу одлучивати арбитраже, ако су уговорне стране или други учесници у правном промету пренели потребна овлашћења на арбитра.

Разлози због којих се одређени спорови изузимају од арбитражног решавања се углавном правдају заштитом општих државних интереса. Тако, држава која је прописала порез својим грађанима, неће дозволити да о питањима, као што су пореска основица или висина пореске стопе, одлучује арбитража. На овај начин држава не обезбеђује само потребне приходе, већ и једнаки третман свих грађана као пореских обвезника, што би могло бити угрожено ако о њима одлучује арбитража као приватно тело.

Надлежност својих судова државе резервишу и за спорове због повреде основних етичких норми у случају трговине наркотицима, прања новца и слично. Спорови из ове врсте односа се тичу виталних питања функционисања сваког друштва па је разумљиво што држава њихову контролу поверава државним судовима.

Међутим, како су наведене врсте ограничења арбитрабилности регулисане националним изворима права, може се десити да неки од њих буду признати као арбитрабилни у једној, а да не буду признати у другој држави. Једино се код спорова који потичу из повреде међународних извора може говорити о "универзалној неарбитрабилности", која се схвата на исти начин у више држава и која је регулисана обавезујућим међународним изворима.

Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern", *Arbitrability*, стр. 32. пас. 2-39.

³³⁶ Вид. К. Youssef, "The Death of Inarbitrability", *Arbitrability*, стр. 49. пас. 3-6.

Тако посматрана, арбитрабилност представља уступак који држава чини приватном недржавном начину решавања спорова. У том случају арбитрабилност претходи пуноважно закљученом арбитражном уговору. Неопходан услов пуноважно закљученог уговора о арбитражи је управо спремност државе да се одрекне монопола одлучивања у одређеним стварима. Како ће се држава одрећи судовања само у оним споровима који не представљају њене основе политичког, економског и социјалног поретка, арбитрабилност се може третирати и као део јавног поретка сваке државе. На тај начин посматрана, арбитрабилност означава тачку у којој се сучељавају јавни и приватни интереси.³³⁷

1.4. Национална или међународна арбитрабилност

У међународним изворима арбитражног права појам арбитрабилности није непосредно дефинисан, већ се помиње као услов за настанак и дејство арбитражног уговора или као услов за признање и извршење арбитражне одлуке. То само потврђује ранију тезу о арбитрабилности као правно политичком националном појму који се и поред начелне сличности разликује од државе до државе.

Ипак, без обзира што се у постојећим изворима међународног арбитражног права не може наћи дефиниција арбитрабилности, то не значи да неки заједнички међународни стандарди не утичу на дефинисање заједничког оквира.³³⁸ У теорији се у том смислу наводи међународни јавни поредак и општи принципи права.³³⁹ Међутим, у питању су широки и неодређени појмови, при чему се чак поставља и питање да ли осим домаћег постоји међународни јавни поредак. У таквој ситуацији све док арбитрабилност буде одређивана према националном праву као меродавном, тешко је развијати аутономни међународни или транснационални

³³⁷ T. Carbonneau, F. Janson, "Cartesian Logic and Frontier politics: French and American Concept of Arbitrability", *Tul. Int'l & Comp. L* 2(1994), стр. 194.

³³⁸ Вид. L. A. Mistelis, "Is Arbitrability a National or an International Law Issue?" у: *Arbitrability*, н. дело, пас. бр. 1-26.

³³⁹ Исто, бр. 1-7, наводи речи судије G. Lagergren у одлуци која је објављена у 3 *Arb. Int'l* 8(1994), стр. 282.

појам арбитрабилности.³⁴⁰ У таквој ситуацији може се очекивати да ће се међународни извори на национално одређену арбитрабилност позивати као на услов за постојање пуноважног арбитражног уговора или га узимати као један од разлога за поништај одлуке и за одбијање признања и извршења.³⁴¹

1.5. Закључак

И поред сличности које постоје у изворима арбитражног права у дефинисању арбитрабилности, још увек се не може говорити о јединственом аутономном међународном или транснационалном појму. Разлоге томе би требало тражити у разликама које постоје између држава према арбитражама као помоћном и паралелном начину судовања.

Разлике које постоје у изворима и правној теорији не тичу се толико, самог појма и садржине, већ значаја и улоге коју арбитрабилност има у настанку и примени арбитражног уговора. Без обзира што постоји јединствени став да без арбитрабилности нема арбитраже, арбитрабилности се даје различит значај. Преовладава схватање о арбитрабилности као битном елементу или услову за настанак пуноважног арбитражног уговора, без чијег постојања или допуштености не може настати арбитражни уговор. Пажњу, међутим, заслужује и схватање засновано на јурисдикционој теорији о арбитражи, које прави разлику између настанка и примене арбитражног уговора. У складу са општим правилима уговорног права, и за настанак арбитражног уговора је довољно да уговорне стране своју сагласност дају у прописаној форми. Арбитрабилност се тиче примене, односно дејства таквог уговора, а не настанка уговора. У случају да се сагласност страна односи на неарбитрабилне спорове, такав арбитражни уговор не може засновати надлежност уговорене арбитраже. Чињеница да према домаћем Закону о арбитражи неарбитрабилност не чини уговор ништавим, говори у прилог да се арбитрабилност односи на јурисдикциони аспект арбитражног

³⁴⁰ Вид. L. A. Mistelis, "Is Arbitrability a National or an International Law Issue?" у: *Arbitrability*, н. дело, стр. 2, бр. 1-5.

³⁴¹ Вид. чл. II(1) и V(2) (а) Њујоршке конвенције, као и чл. 34 (2)(б)(и) Модел закона, или чл. 36 (1)(б)(и) Модел закона.

уговора и да представља услов за успостављање надлежности над конкретним спором, а не услов пуноважности арбитражног уговора.

Наведене разлике у практичном смислу подстичу да се у интересу развоја међународне трговине и веће правне сигурности у оквиру општег напора за хармонизацијом и унификацијом арбитражног права, размотри могућност стварања аутономног међународног појма арбитрабилности.

2. Субјективна арбитрабилност (*ratione personae*)

2.1. Појам и значај

Уговор о арбитражи је пуноважан ако је објективно и субјективно арбитрабилан. Под појмом субјективне арбитрабилности³⁴² се разуме способност уговорних страна да закључе правно ваљани арбитражни уговор и да буду странке у спору пред арбитражом.³⁴³ Како је неким лицима јавног права ограничено право или им је забрањено да своје спорове (бар у унутрашњем промету) износе пред арбитражу, то се правдало различитим разлозима. Разлози се могу наћи или у посебним условима које је потребно испунити за закључивање арбитражног уговора, или у посебним условима које намеће заштита јавног поретка. У формалном смислу, субјективна арбитрабилност постоји ако је арбитражни уговор закључен између лица којима је правни поредак признао способност уговарања. Како се као уговорне стране и странке у спору могу јавити физичка и правна лица, потребно је испитати да ли и за једне и за друге важе исти, или различити услови.

Кад арбитражни уговор закључују физичка лица, ово право је регулисано у оквиру опште правне и пословне способности и од уговорних страна се не захтева ништа више него за закључивање осталих уговора. Као опште је прихваћено правило да је физичким лицима и правним лицима приватног права (приватним

³⁴² Појам субјективне арбитрабилности је први пут употребио Goldman, вид. Ph. Fouchard, E Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 313. напомена 305.

³⁴³ А.М. Steingruber, *Consent in International Arbitration*, The Oxford University Press, 2012, марг. бр. 3.03.

лицама) признато ово право као опште право у оквиру правне и пословне способности. Од приватно правних лица потребно је разликовати правна лица јавног права:³⁴⁴ државу, њене органе и од њих контролисана правна лица која се називају и јавна или државна предузећа. Код разматрања субјективне арбитрабилности у првом реду се мисли на способност државе и других правних лица јавног права да закључе арбитражни уговор,³⁴⁵ а након тога и на право државе да се позове на свој имунитет. Због тога је у оквиру питања субјективне арбитрабилности потребно анализирати оба аспекта: способност државе и лица јавног права да закључују арбитражни уговора (*способност уговарања*) и право на позивање на *имунитет*.

2.2. Уговорна способност лица јавног права

Питање способности државе и њених органа да закључе арбитражни уговор се може разматрати у склопу опште способности за закључивање уговора, или као питање субјективне арбитрабилности. У теорији по овом питању не постоји јединствени став.³⁴⁶ Поједини аутори³⁴⁷ овом проблему приступају са становишта опште способности уговарања, док други способност државе и њених органа да закључе арбитражни уговор тумаче као посебно питање субјективне арбитрабилности.³⁴⁸

³⁴⁴ Вид. коментар члана II Европске конвенције о међународној трговинској арбитражи, D.T. Hascher, "European Convention on International Commercial Arbitration of 1961", *Yearbook Comm. Arb'n XXXVI* (2011), стр. 516 и даље.

³⁴⁵ J. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 107.

³⁴⁶ G. R Delaume, *Transnational Contracts*, (Ch. E Stewart (уред.), New York, 1997, Део XIII, пас. бр. 13.07; Вид. више E Gaillard, J Edelstein, "Recent Developments in State Immunity from Execution in France: Creighton v Qatar", *Mealey's Int'l Arb. Rep.*, Vol.15, No.10, 2000, стр. 49 и даље.

³⁴⁷ М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 95 и даље; Г. Кнежевић и В. Павић не посвећују посебну пажњу субјективној арбитрабилности, већ право уговарања од стране државе тумаче у оквиру способности странака да закључе арбитражни уговор. *н. дело*, стр 52; Redfren и Hunter способност државе и њених органа да закључе уговор анализирају у генералној теми о способности. Више A.Redfren i drugi, *н. дело*, пара. 3-25. стр. 172.

³⁴⁸ J. Перовић способност државе и других лица јавног права тумачи као питање субјективне арбитрабилности, *н. дело*, 2002, стр. 107-111; Г. Кнежевић у *Међународна трговачка арбитража*, говорећи о законским решењима арбитрабилности, наводи измене Закона о имунитету страних суверенита САД, чиме се може закључити да учешће државе и државних органа посматра као питање субјективне арбитрабилности. стр 55. Вид. и Ph. Fouchard, E

Разлике у тумачењу овог појма су делом резултат и језичких разлика у терминима којима се ово својство означава. Тако члан II став 1. Европске конвенције о међународној трговинској арбитражи на енглеском језику предвиђа да "правна лица јавног права *имају право (have right)* да пуноважно закључују уговоре о арбитражи."³⁴⁹ У тексту Конвенције на француском језику користи се израз "*capacité*".

У литератури се основано скреће пажња да је наведене изразе потребно разликовати.³⁵⁰ Реч је о разликовању "права" на закључивање арбитражног уговора и способности да се тај уговор закључи. Другачије речено, под способношћу се разуме способност правног или физичког лица да закључи уговор и да буде страна у арбитражном уговору.³⁵¹ Питање постојања способности за закључивање уговора се поставља у случају кад уговор закључује правно лице у своје име и за свој рачун. Ова способност се одређује према националном (сопственом) праву. Овако одређену способност не би требало мешати са субјективном арбитрабилношћу. Али, ако државна тела или од стране државе контролисана предузећа закључују уговор у туђе име или за туђ рачун (за државу), морају имати правно овлашћење (*power*) да на одређени начин наступају према трећим лицима.³⁵² Из тих разлога се питање права на закључивање арбитражног уговора практично поставља само код овлашћења за наступање у име или за рачун других лица. Оно се поставља као питање одређивања садржине и граница овлашћења, а манифестује се као питање пуноважности и обавезности закљученог арбитражног уговора, посебно у случајевима када се за закључивање

Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 312; J. Paulsson, "May a state invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitration?", *2 Arbitration International*, 1986, стр. 90-103; A. Steingruber, *н. дело*, пас. бр. 3.28, 3.29; J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 708, 735.

³⁴⁹ Члан II Европске конвенције носи наслов "Right of legal persons of public law to resort to arbitration". Члан II (2) : "...legal persons of public law have the **right** to conclude valid arbitration agreements".

³⁵⁰ Вид. J-F.Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 232, марг. бр. 269; W.L. Craig, W.Park, J. Paulsson, *н. дело*, стр. 46, paragraf 5.03; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 252, пас. бр. 453.

³⁵¹ J-F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 232, марг. бр. 269.

³⁵² Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 252, пас. бр. 453.

појединих послова (па и арбитражних уговора) тражи одобрење или дозвола државе.

Разлике у схватању способности лица јавног и приватног права да закључе пуноважни арбитражни уговор и да своје спорове повере арбитражама се оправдавају различитим разлозима који се могу свести на следеће. Држава закључује правне послове у циљу задовољења и заштите општих интереса. Са друге стране, приватна правна и физичка лица закључују правне послове у своје име и за свој рачун, по правилу, ради остварења сопствених интереса. Санкције због неизвршења тако преузетих обавеза, погађају искључиво физичка и правна лица која су посао закључила. Санкције због неизвршења обавеза које су преузеле државе и њени органи погађају не само уговорне стране већ, у ширем смислу, и саме грађане. Због тога се разликују и разлози због којих се на различит начин третира и ограничава способност физичких и правних лица и државе и њених органа. У првом случају, ограничење способности физичких и правних лица се установљава због заштите индивидуалних интереса који се свде на интересе конкретних уговорних страна. Међутим, ограничење способности државе погађа шире - јавне интересе. У том смислу се право јавних лица на закључивање арбитражног уговора не може посматрати само као правно питање: да ли односно лице располаже потребним својствима, већ и као политичко питање: да ли је корисно и у интересу државе ово право или његово коришћење ставити у контекст арбитрабилности и тиме га учинити зависним од одлуке државе. У том случају се забране или ограничења субјективитета не могу објаснити недостатком правне способности државе, већ се "маскирају" кроз услове за постојање субјективне арбитрабилности како би се обезбедила одбрана општих интересе друштва. Упориште у оваквом ставу се може пронаћи у предмету *O.N.I.C v. Capitaine du S S. San Carlo*³⁵³ у коме је Француски Касациони суд потврдио да се забране из чланова 1004. и 83. Француског Закона о грађанском поступку,³⁵⁴

³⁵³ *ONIC v. Capitaine du SS San Carlo*, Cour de Cassation, 14 April 1964, 92 Clunet 646(1965).

³⁵⁴ У питању је верзија од 1806. године. Према одредбама члана 1004. "спорови који подлежу обавештењу надлежном министру не могу бити упућени арбитражи..." Одредбама члана 83.

којима је лицима јавног права забрањено да спорове износе пред арбитражу, не односе на међународну арбитражу. Наиме, у француском праву је традиционално прављена разлика између права правних лица јавног права да спор повере унутрашњим и међународним арбитражама. Код уговарања унутрашњих арбитража, у судској пракси је као владајуће било прихваћено схватање да је јавно-правним лицима забрањено да за решавање својих спорова из домаћих уговора уговорају надлежност унутрашњих арбитража.³⁵⁵ Код уговарања међународних арбитража таква ограничења се не постављају.³⁵⁶ Проблем је, међутим, у томе што такве забране не могу бити објашњене разлозима правне способности из члана 3(3) Грађанског законика, већ као ограничења засновано на заштити јавног интереса. Ови разлози се никако не могу повезати са разлозима који се тичу уговорне способности³⁵⁷ и не односе се на способност лица да буде лице у спору поводом заштите сопствених интереса. Другачије речено, заштита јавног поретка, чију садржину чине јавни интереси, представља прави разлог због којих се преко ограничавања права на закључивање арбитражног уговора спор чини субјективно (не)арбитрабилним. У том смислу се основано наводи да се забрана закључења арбитражног уговора или уговарање након добијања одобрење

било је прописано да "тужбе ... које се односе ... на државу, јавни домен, локалне власти, јавна тела (морају бити) упућене јавном тужиоцу." У судској пракси су ове формулације тумачене као да у унутрашњим споровима држава и локалне власти не могу закључити пуноважне арбитражне уговоре. Забране из члана 1004 су задржане и у новом Грађанском законик у члану 2060. Вид. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 314, пас. бр. 534.

³⁵⁵ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 318, пас. бр. 542. и напомени бр. 332. наводе пресуду Париског апелационог суда у предмету *Myrtoon Steamship*.

³⁵⁶ Тако је у случају бр. 1939 који се водио пред МТК арбитражом у Паризу, арбитар одлучивао о пуноважности арбитражног уговора у коме је једна од уговорних страна била Француска држава. Након што је поступак покренут пред трибуналом, држава је уложила приговор о ненадлежности позивајући се на решења Законика о Грађанском поступку који је предвиђао немогућност уговарања арбитражног решавања од стране државе и других лица јавног права. Тумачећи наведену одредбу арбитри су нашли да се наведено решење Закона односи на спорове без међународног елемента, за чије решавање је предвиђена надлежност домаће арбитраже. МТК одлука бр. 1939 цитирано у Y Derains, "Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales." *3 Revue de l'arbitrage*, 1973, стр. 145 наведено према J. Waincymer, "The CISG and International Commercial Arbitration : Promoting a Complimentary relation Between Substance and Procedure", *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H Kritzer*, (C. Andersen, U. Schroeter уред.), Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2008, стр. 591.

³⁵⁷ Вид. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldaman, *н. дело*, str 317, пас. бр. 539. и напомену бр. 323.

од стране државе или њених органа, не односи на способност, већ одражава однос државе према арбитражи.³⁵⁸ Истовремено, судови су јасно истакли да ове забране не чине предмет међународног јавног поретка.

И избор меродавног права зависи од тога да ли се ово питање третира као питање правне способности или као питање субјективне арбитрабилности. У првом случају, меродавно право представља персонално право. Став о персоналном праву као меродавном праву, Касациони суд Француске је променио тек од предмета *Galakis* (1996), у коме је одбио да ово питање третира као питање уговорне способности и заузео став да је "ово питање регулисано правом уговора, а не персоналним правом уговорних страна."³⁵⁹ На основу нове праксе као општи принцип међународне арбитраже је прихваћено правило према коме се држава не може позивати на рестриктивне одредбе свог права да би оспорила пуноважност арбитражног уговора.³⁶⁰

2.3. Резиме

Као спорно је постављано питање да ли закључивање арбитражног уговора, посебно од правних лица јавног права, треба третирати као питање уговорне способности или као питање субјективне арбитрабилности. И поред тога што је претрпело многобројне критике у теорији³⁶¹ преовладало је схватање да је реч о питању субјективне арбитрабилности, као посебном виду арбитрабилности. Разлоге и оправдање за то би требало тражити³⁶² у уверењу да се на тај начин повећава правна сигурност учесника у правном промету, посебно приватних лица. То се посебно види код одређивања меродавног права према коме треба одредити

³⁵⁸ Вид. J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 735; A. Redfern и други, *н. дело*, стр. 175, марг. бр. 3-29.

³⁵⁹ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 319, пас. бр. 543.

³⁶⁰ *Исто*, стр. 322, пас. бр. 546; J. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 110.

³⁶¹ W. L. Craig, W. W. Park, J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Paris 1984. пас. бр. 32.08 наведено према J. Poulsson, May a state invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitration? напомена 23, Доступно на: <http://translex.uni-koeln.de/touch/document.php?docid=127900>; J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 737

³⁶² Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 313.

постојање субјективне арбитрабилности и правне и пословне способности за закључивање арбитражног уговора или постојање субјективне арбитрабилности. Ако се право државе и њених органа да учествују у арбитражном поступку тумачи као питање правне способности, постојање и границе такве способности одређује персонално право односне државе. Да би се избегла ова врста правне несигурности, Европска конвенција у члану II(1) упућује на персонални критеријум само за одређивање да ли се правно лице према свом праву сматра "правним лицем јавног права." Ако се сматра, сама Конвенција им признаје "право" да пуноважно закључују арбитражни уговор.³⁶³

И у правној теорији³⁶⁴ и пракси³⁶⁵ је прихваћен став да се држава и друга лица јавног права не могу позивати на ограничења предвиђена сопственим правом како би избегла обавезе преузете арбитражним уговором,³⁶⁶ јер то није питање правне способности, већ субјективне арбитрабилности. Као илустративан се наводи случај *Benteler v Belgium*.³⁶⁷ У питању је био уговор између немачке и белгијске компаније, у коме је спор покренула немачка компанија, а тужени оспорио надлежност арбитраже позивајући се на, већ у то време напуштен члан 1672(2) Закона о судовима којим је било предвиђено посебно одобрење за закључење арбитражног уговора. Арбитри су, међутим, на основу одредби члана II(2) Европске конвенције сматрали да се тужени није могао позвати на ограничења из свог националног права да би спречио настанак пуноважног арбитражног уговора. Арбитри су сматрали да би ово требало да постане општи принцип

³⁶³ У преводу овог члана, израз "right" у његовом наслову је преведен као "могућност", док је исти израз у тексту члана преведен као "право". Вид. М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 339.

³⁶⁴ Вид. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 330; J. Перовић, *н. дело*, 2012, стр. 210.

³⁶⁵ J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 736, пас. бр. 27-12. и 27-13, наводе следеће арбитражне одлуке: *Company Z and others v State Organization ABC*, VIII YBCA 94(1983) 109; *Societe Arabe des Engrais Phosphates et Azotes - SAEPA v Gemanco srl*, XXII YBCA 737 (1997).

³⁶⁶ На овакво решење посредно упућују одредбе члана 177(2) Швајцарског закона о међународном приватном праву које предвиђају: "ако је страна у арбитражном уговору држава или предузеће или организација која су контролисана од ње, не може се позивати на сопствено право да би оспорила своју способност да буде страна у арбитражи или арбитрабилност спора који је обухваћен арбитражним уговором."

³⁶⁷ *Rev. Arb* 339 (1989) 345 и даље. Наведено прама J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 737, напомена бр. 18.

међународне арбитраже и да се, између осталих, може реализовати тако што ће се одустанак од арбитражног уговора након његовог закључивања сматрати повредом међународног права³⁶⁸ или као понашање *contra factum proprium*.³⁶⁹

Што се тиче права, учешће државе и њених органа у арбитражном поступку се цени према правилима о меродавном праву за питање субјективне арбитрабилности.³⁷⁰ Ако су уговорне стране предвиделе право које ће се применити на арбитражни уговор, према том праву ће се тумачити и субјективна арбитрабилност. Ако право није предвиђено, постојање арбитрабилности ће се ценити према праву које је меродавно за спор. У случају да странке нису предвиделе ни ово право, субјективна арбитрабилност ће се тумачити према праву главног уговора (*lex causae*). Уколико спор није арбитрабилан ни по једном од ових права, арбитражни спор ће се сматрати неарбитрабилним и арбитражни уговор ће се сматрати непуноважним.³⁷¹ Потребно је узети у разматрање и право државе седиште арбитраже, као и право места извршења одлуке. У супротном, може доћи до поништаја донете арбитражне одлуке или одлука неће бити призната и извршена.

2.4. Субјективна арбитрабилност у националним изворима арбитражног права

а) Решења у међународним изворима

Питање субјективне арбитрабилности је регулисано у националним и међународним изворима арбитражног права.

³⁶⁸ Исти аутори у напмени број 17, стр. 737, наводе пресуду Апелационог суда из Париза од 17.12. 1991, *Gatoil v National Iranian Oil CO*, Rev. Ab 281 (1993).

³⁶⁹ J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 737, пас. бр. 27-13.

³⁷⁰ В. Nanotiau " L'arbitrabilité, Recueil des cours de L' Academia de La Haye 2002, Tome 296, 46 наведено према А- S. Papeil " Conflict of overriding mandatory rules in arbitration" у *Conflict laws in International Commercial arbitration*, (уред. S. Kröll, F. Ferrari), European law publishers, 2011. стр.350. напомена 35.

³⁷¹ Ф-В Weigand, А. Baumann, "Introduction" у *Practitioners Handbook on International Commercial Arbitration*, (F-B. Weigand уред.) Oxford university Press, 2009, стр. 46, пас. бр. 1.122, 1.123.

Од међународних извора, Европска конвенција, у члану II(1) изричито признаје могућност државе да као "правно лице јавног права" закључује уговор о арбитражи. Међутим, државе могу ставити резерву на овакво решење Конвенције, као што су и учиниле Белгија³⁷² и Летонија.³⁷³

Њујоршка конвенција нема изричитих одредби о способности држава и других лица јавног права да закључују арбитражни уговор. Ипак, из члана I, који одређује поље примене Конвенције, индиректно се може закључити да се Конвенција примењује и на одлуке донете у споровима у којима је једна од уговорних страна и држава.³⁷⁴ Право државе и њених органа да уговоре надлежност арбитраже у ICSID конвенцији се заснива на претпоставци да је држава која је уговорила арбитражу везана својим обећањем.³⁷⁵

б) Решења у националним изворима

Као генерално, у националним правима је држави, њеним телима и лицима јавног права призната способност да закључују арбитражне уговоре.³⁷⁶ Међутим, ово овлашћење је ограничено и односи се само на случајеве у којима држава закључује трговачке послове, односно кад наступа *de iure gestionis*. У пословима *de iure imperii* држави и њеним органима је признато право да се позову на

³⁷² На основу члана II става 2 Конвенције, Белгијска влада је уложила резерву према којој у Белгији право на закључење арбитражног уговора уживају само државе али не и друга лица јавног права.

³⁷³ Летонија је 2013 уложила резерву на члан II став 2 Конвенције. Способност уговорања међународне трговинске арбитраже не уживају државни органи као ни органи локалне самоуправе. Статус Европске конвенције, доступно на https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&lang=en#8

³⁷⁴ Вид. А. Goldštajn, S. Triva, *н. дело*, стр 136 ; А. J. van den Berg, *The New York Convention of 1958: An Overview*, стр. 4. доступно на http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf; М. Трајковић, *н. дело*, стр. 259.

³⁷⁵ Вид. А. М. Steingruber, *Consent in International Arbitration*, OUP, 2012, тач.. 3.35 и напомена бр. 95; J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 738, бр. 27-15.

³⁷⁶ Вид. М. Трајковић, *н. дело*, стр. 261; J. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 107 и даље; Г. Кнежевић, *н. дело*, стр. 40,41.

имунитет, па ови послови "остају изван надлежности међународне трговинске арбитраже."³⁷⁷

Према начину на који је ово питање решено, национална права се могу поделити у 4 групе.

У **прву групу** држава убрајају се оне која у својим прописима не познају ограничења за закључење арбитражног уговора од стране државе и других лица јавног права. Такво право је предвиђено у члану 5 Закона о арбитражи Републике Србије, према коме: "Свако физичко и правно лице може да уговори арбитражу, укључујући државу, њене органе, установе и предузећа у којима она има својинско овлашћење". Ограничење које је предвиђено кроз прописивање ексклузивне надлежности домаћих судова за одређене врсте спорова, је општег карактера и не односи се само на уговарање арбитраже од стране државе и њених органа, па се не схвата као ограничење способности државе и њених органа. Наведени члан се примењује не само на домаћу државу, већ и на страну државу као странку у поступку који се води на територији Републике Србије.³⁷⁸ Слично решење је предвиђено и у бугарском Закону о међународној трговинској арбитражи,³⁷⁹ као и у члану 1676 (2) белгијског Закона о грађанском поступку. Према наведеном члану арбитражни уговор може закључити свако ко има правну способност или право на намирење.³⁸⁰ Даље се наводи да без повреде посебних закона, лица јавног права могу закључити арбитражни уговор уколико се предмет спора односи на већ закључени уговор. Арбитражни уговор може бити закључен у

³⁷⁷ Ј. Перовић, *н. дело*, 2002, стр. 108.

³⁷⁸ М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 97.

³⁷⁹ Чл. 3. Law on International Commercial Arbitration, објављен у службеном листу Бугарске бр. 69, од 05.08. 1988, са каснијим изменама. Последње измене бр. 59, од 20.07. 2007, ступиле на снагу 01.03. 2008. Доступно на <http://www.bcci.bg/arbitration/lawofarbitr.htm>

³⁸⁰ Чл. 2(2) прва реченица у преводу на енглески језик, гласи: "Anyone who has the legal capacity or the right to settle can agree to arbitration." Доступно на <http://www.chea-taic.be/legislation/belgian>. Сличну формулацију садржи и чл. 1676(2) Belgian Judicial Code Provision: "Whosoever has the capacity or is empowered to make a settlement may conclude an arbitration agreement." Доступно на <http://www.cepani.be/en/arbitration/belgian-judicial-code-provisions>

вези свих спорова који су дефинисани законом или краљевском уредбом савета министара.³⁸¹

У **другу групу** спадају права која пуноважно закључење арбитражног уговора условљавају добијањем одређених *одобрења* од стране надлежног органа.

Добијање одобрења од стране надлежног државног органа у пракси може бити на различите начине тумачено. Тако је у случају *SPP (Middle East) Ltd, Southern Pacific Properties Ltd v Arab Republic of Egypt General Company for Tourism and Hotels*³⁸², спор настао између фирме из Хонг Конга (SPP) и предузећа у власништву Египатске државе (EGOTH). Предмет спора је била изградња два туристичка центра у близини пирамида. Уговор је садржао арбитражну клаузулу која је предвиђала надлежност МТК арбитраже у Паризу. У уговору су поред потписа уговорних страна, наведене и следеће речи: сагласност, одобрење и ратификација праћени су потписом министра туризма Египта.³⁸³

Након што је дошло до спора, тужилац - СПП је покренуо арбитражни поступак против EGOTH и државе Египат (тужени). Египатске власти су оспориле надлежност трибунала наводећи да држава није обавезана арбитражним уговором јер потпис министра туризма не представља сагласност на арбитражни уговор. Осим тога, тужени је навео и да се држава никада није одрекла свог имунитета. Трибунал је, међутим, наводе туженога сматрао неоснованим, па је након конституисања надлежности, донео одлуку у корист СПП-а.

Незадовољна одлуком, Египатска држава је покренула поступак пред Апелационим судом у Паризу ради поништаја донете арбитражне одлуке.

³⁸¹ Чл. 3. "Without prejudice to specific laws, public legal entities may only enter into an arbitration agreement if the object thereof is to resolve disputes relating to an agreement. The conditions that apply to the entering into of the agreement, which constitutes the object of the arbitration, also apply to the entering into of the arbitration agreement. Moreover, public legal entities may enter into arbitration agreements on all matters defined by law or by royal decree decided by the Council of Ministers. The decree may also set forth the conditions and rules to be respected for the entering into of such an agreement."

³⁸² МТК одлука бр. 3493, 16 Februar, 1983 и одлуке Апелационог суда Париза (Paris Cour d'appel (1984) 23 ILM 1048 и Касационог суда (Cour de Cassation), 6. Januar, 1987, (1987) 26 ILM 1004.

³⁸³ Уговор је предвиђао: "approved, agreed, and ratified" followed by the signature of the Minister for Tourism of Egypt."

Апелациони суд је сматрао да се наведене речи "одобрено, усаглашено и потврђено" односе на сам пројекат изградње који је предмет уговора, а на сагласност на арбитражну клаузулу садржану у основном уговору. Што се тиче потписа министра, Суд је заузео став да је министар туризма својим потписом одобрио пројекат, али не и надлежност арбитражног трибунала у случаја спора. У таквој ситуацији држава се не може сматрати уговорном страном уговора о изградњи, па је Апелациони суд поништио арбитражну одлуку.³⁸⁴

У трећу групу држава убрајају се оне у чијим прописима се прави разлика између унутрашњих и међународних арбитража. У једном броју држава је лицима јавног права дозвољено да уговарају надлежности међународних трговинских арбитража у пословима међународног промета, док им је иста могућност ускраћена у случају унутрашњих спорова. Такво решење је предвиђено у француском праву.³⁸⁵ Одредбама члана 2060. Француског Закона о грађанском поступку забрањено је уговарање унутрашње арбитраже за државне органе и установе.³⁸⁶ Стога се на прописе о забрани уговарања унутрашње арбитраже не могу позивати ни француска лица која су закључила арбитражни уговор, нити је страним лицима дозвољено да се ослањају на ограничена предвиђена у њиховим националним правима.³⁸⁷

³⁸⁴ На исти начин је сагласност државних органа посматрана и у случају Либије. Вид. МТК одлуку бр. 8035 (1995), *Party to an Oil Concession Agreement v State*, 124 JDI 1040 (1997).

³⁸⁵ Вид. чл. 2060. Иако је у новом закону изостављена одредбе која се односи на забрану уговарања арбитраже од стране државе, а која је била садржана у чл. 83 ранијег Закона о грађанском парничном поступку, судови су у пракси заузели став о забрани уговарања унутрашњих арбитража од стране државе.

³⁸⁶ Вид. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 314. Први пут је принцип по ком државни органи не могу закључивати унутрашњу арбитражу али могу међународну, разматран у предмету *Myrtoon Steamship, Myrtoon Steam Ship v. Agent Judiciaire du Trésor CA Paris*, Apr. 10, 1957. Суд је истакао да ограничење предвиђено чл. 1004 Законика не представља материју међународног јавног поретка. Овакав став је задржан и у каснијим пресудама француских судова. Вид. случајеве *O.N.I.C. v. San Carlo; Galakis v. Trésor Public*, 90 J.D.I. 156 (1963)

³⁸⁷ Вид. случај *Gatoil v. National Iranian Oil Co.*, CA Paris, Dec. 17, 1991, 1993 Rev. Arb. 281.; *KFTCIC v. Icori Estero*, CA Paris, June 13, 1996, 1997 Rev. Arb. 251.

Сличне одредбе о забрани задржане су и у другим националним правима која су била под утицајем Француске.³⁸⁸

У правима исламских држава прихваћена су два решења. Према првом решењу држави и државним органима је дозвољено да закључују арбитражни уговор без додатних одобрења.³⁸⁹ Према другом решењу које је прихваћено у праву Ирана, Сирије, Саудијске Арабије³⁹⁰, за пуноважно закључење уговора потребно је добити одобрење надлежног органа. Одобрење од стране надлежног органа се може тражити с обзиром на предмет спора (у Ирану се захтева одобрење надлежног органа ако се спор односи на непокретност), или у односу на субјекте арбитражног уговора³⁹¹ (у Сирији се захтева административно одобрење приликом закључења арбитражног уговора од стране државних органа – државних компанија). Према члану 139. Иранског Устава предвиђено је одобрење за уговарање арбитражног решавања спорова који се односе на државну имовину. Одобрење је неопходно добити од Савета Министара, али добијање одобрења није неопходан услов за конституисање међународне трговинске арбитраже.³⁹²

³⁸⁸ Тако је ранији белгијски Закон о арбитражи имао одредбу о забрани закључење арбитражног уговора од стране лица јавног права. Држава је могла да закључи овај уговор једино у случајевима када је на то овлашћена. Белгија је 2013. донела нови закон који је базиран на УНЦИТРАЛ Модел закону, чиме је допринела хармонизацији арбитражног права у Европи и тако постала атрактивније место за решавање спорова. Законодавац се одлучио да и овог пута одредбе о арбитражи унесе у Законик о грађанском поступку.

³⁸⁹ Закони Алжира, Либана, Туниса и Египта предвиђају могућност уговарања међународне арбитраже од стране државних органа.

³⁹⁰ Чл. 10 став 2 Закона о арбитражи Саудијске Арбитраже. Више А. Van den Berg, "National report for Saudi Arabia", *International Handbook on Commercial Arbitration* (J-A. Poulsson уред.), Kluwer, 1994. стр. 9.

³⁹¹ Вид. случај *Fougerolle SA v. Ministry of Defence of the Syrian Arab Republic*, XV YBCA 515(1990). У поступку који је вођен поводом признања и извршења донете арбитражне одлуке, Управни суд Сирије је нашао да је одлука донета од стране Арбитражног суда МТК није одржива, јер Савет Сиријске државе није дао одобрење на арбитражну клаузулу садржану у главном уговору. Извршење донете одлуке је одбијено.

³⁹² Овакав став је заузет и од стране Апелационог суда Француске у случају поводом поништаја одлуке у случају *Gatoil*. Спор је настао између Иранског државног предузећа НИОС и приватне панамске компаније Gatoil. Панамска компаније је покренула поступак поништаја одлуке позивајући се на недобијање одобрења иранске компаније од стране савета министара. Суд је стао на становиште да услови прописани за надлежност унутрашње арбитраже се не односе на конституисање међународне арбитраже.

У четврту групу националних права убрајају се она која државама и другим лицима јавног права забрањују закључење арбитражног уговора. У ову групу спадају права Индонезије, Аргентине, Уругваја и Венецуеле³⁹³. Разлоге за овакво, ретко схватање у савременом арбитражном праву се тражи у неповерењу према арбитражном решавању спорова и утицају тзв. Калво доктрине.³⁹⁴

ц) Резиме

Способност страна да закључе арбитражни уговор представља један од битних елемената за настанак пуноважног арбитражног уговора. Зависно од тога да ли се арбитражни уговор дефинише као институт материјалног или процесног права под способношћу се разуме само пословна способност или и парнична способност.

Ако се уговор о арбитражи квалификује као уговор материјалног грађанског права, од свих уговорних страна (физичких и правних лица) се захтева да имају једино пословну способност. Код физичка лица стичу пословну способност одређено је националним прописима императивним прописима (*lex nationalis* или *lex domicilii*). Код правних лица, она је изједначена са правном способношћу и стиче се кад и правна способност, у складу са правом места оснивања или регистрације правног лица. Другачије речено, одговор на питање која лица располажу пословном способношћу даје национално право.

У правима у којима се арбитражни уговор третира као уговор процесног права, од странака се захтева да имају и страначку тј. парничну способност.

³⁹³ Према Закону о арбитражи Венецуеле од 25.93. 1998. сва предузећа, установе или локалне јединице у којима је државно учешће 50% или веће обавезују се да у случају закључења арбитражног уговора претходно добију сагласност свих чланова управног одбора као и писмено одобрење одговарајућег министарства.

³⁹⁴ Доктрина носи назив по Карлосу Калву који се залагао да се решавање међународних инвестиционих спорова спроводи пред судом земље у којој се обавља инвестициона активност. Разлог за овакав став треба тражити у заштити слабијих страна и спречавању злоупотребе надлежности од стране јачих учесника на тржишту. Ова доктрина је инкорпорисана у уставе и законе неколико латино-америчких земаља. Више D. Bishop, J. Etri, *International Commercial arbitration in South America*, доступно на <http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop3.pdf>

У домаћем Закону о арбитражи је способност за закључивање арбитражног уговора изједначена са пословном способношћу. Кад је у питању парнична способност, она се код физичких лица заснива на пословној способности, док је правна лица стичу истовремено кад и правну и пословну способност.³⁹⁵

Поједини аутори сматрају да немогућност позивања на недостатак субјективне арбитрабилности у поступку признања и извршења арбитражне одлуке произилази из међународне арбитражне праксе, обичајног међународног права и циља наднационалног права, која су на хијерархијској лествици изнад националних решења.³⁹⁶ Из тих разлога би право и способност државе да закључује арбитражне уговора требало посматра као питање субјективне арбитрабилност, а не као способност странака.

2.5. Позивање на имунитет

2.5.1. Теоријско одређење имунитета

Држава, државни органи и међународне организације, свакодневно улазе у различите врсте правних односа са другим државама, међународним организацијама и правним и физичким лицима. Специфичност ових послова у којима се као једна страна јавља држава или државно тело се огледа у томе што се државе могу позвати на свој суверенитет па се у случају захтева за покретањем арбитражног поступка или у поступку извршења могу позвати на имунитет.³⁹⁷ За

³⁹⁵ Вид. Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 2010, стр. 150-51, бр. 286. и 289.

³⁹⁶ К. Peter Berger, *н. дело*, стр. 184 и даље.

³⁹⁷ К. Н. Schwab, *Shiedsgerichtbarkeit*, Munchen, 1879, стр. 27. Вид. исто L. Cung, Н. Smith Freehills, *Recent Trends in State Immunity*, доступно на: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2013/04/25/recent-trends-in-state-immunity/>, приступљено 3.3.2014, К. I. Vibhute, "Waiver of State Immunity by an Agreement to Arbitrate and International Commercial Arbitration", *J Bus. L* 550, 1998, стр. 559-562; К. I. Vibhute, "International Commercial Arbitral Tribunal and Sovereign Immunity: Some Conceptual Reflections", 3 *CLJ* 86, 1996, стр. 64; D. Chamlongrasdr, *Foreign State Immunity and Arbitration*, Cambridge University Press, London 2007, стр. 59; A.F. M. Maniruzzaman "Sovereign International Arbitration Practice", *American Arbitration Association*, 335 и даље; A. Jan van de Berg, "The New York Arbitration Convention And State Immunity" у *Acts of State and Arbitration*, Collection of Reports and Materials from the Joint Colloquium DIS/CEPANI/NAI, Keln, 24 april 1996, стр. 41-59; A.F. M. Maniruzzaman "Immunity and

предмет овог рада је од посебног значаја питање када и под којим условима се држава или њена организација могу позвати на имунитет и на тај начин спор учинити практично неарбитрабилним или на други начин ограничити арбитрабилност.

У прошлости се сматрало да држава и њени органи не подлежу истим обавезама, поступцима и санкцијама као приватна лица, јер су сматране "ствараоцима закона и изворима правде".³⁹⁸ У државама које су према државном уређењу спадале у монархије, сматрало се да владар не може да погрешити, те да га нико не може преиспитивати, нити је дужан да било коме полаже рачуне јер не подлеже било којој врсти одговорности, како грађанској, тако и кривичној.³⁹⁹ Тако је створен појам суверености у смислу врховне, неспорне или неупитне власти на одређеној територији. Ако се сувереност посматра као политичка воља грађана, а државне функције као инструменти њеног остваривања,⁴⁰⁰ сувереност се може одредити и као укупност државних надлежности које у принципу нису ограничене, осим правилима међународног права. Из врховништва и недељивости надлежности следује да држава не подлеже било каквој контроли која би то могла довести у питање, па ни судској или арбитражној. Ово својство се означава као имунитет и састоји се у непотчињавању суверене државе дејству и примени права друге државе, неприхватању јурисдикције друге државе и неприхватању налога страних власти за извршење на својој имовини.⁴⁰¹ Образложење и правни основ за овакво тумачење се налази у принципу једнакости и из њега изведеном правилу да "једнак над једнаким нема власт" (*par in parem non habet imperim (iurisdictionem)*),

Enforcement of the Arbitration Award against State Entities: Recent trends in Practice" у: Arbitration Practice, Chapter 28. (A.F. M. Maniruzzaman уред.) JURIS, 2010. стр. 335-350.

³⁹⁸ D. Chamlongrasdr, *н. дело*, стр. 65.

³⁹⁹ У земљама англосаксонског права позната је максима "The King can do no wrong". Иако постоје различита мишљења о истиности речи Луја XIV, "Држава то сам ја", без сумње је да је ова реченица опште позната. Вид. више о имунитету у том смислу: M. R. Durchslag, *State Sovereign Immunity: A Reference Guide to the United States Constitution*, Greenwood Publishing Group, 2002; P.B. Stephan, *Sovereign Immunity and the International Court of Justice: The State System Triumphant* (August 1, 2012). *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper* No. 2012-47, доступно на http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2137805

⁴⁰⁰ Р. Етински, С. Ђајић, *Међународно јавно право*, Нови Сад 2012, стр. 516.

⁴⁰¹ Вид. Р. Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Крагујевац 2012, стр. 199-200.

које обезбеђује неприкосновени положај државе у односима са другим државама и физичким и правним лицима других држава.

У почетку је имунитет схватан у апсолутном смислу и значио је апсолутну или потпуну забрану покретања судског поступка против државе и њених органа пред судовима друге државе,⁴⁰² као и забрану извршења на државној имовини која се налази на територији друге држави.⁴⁰³ Доктрина апсолутног имунитета⁴⁰⁴ је била доминанта у XIX веку, да би средином XX века уступила примат теорији рестриктивног имунитета.⁴⁰⁵ Разлоге "цепања" до тада недељивог и апсолутног схватања суверености и имунитета требало би тражити у спремности држава да разликују две врсте послова у којима наступају: послове владе, јавне акте (*acta iure imperii*) и трговачке послове или приватне акте (*acta iure gestionis*). У првим пословима држава наступа на основу империума или силе, као јавна власт. У другим пословима држава наступа као и сваки трговац, на основу *dominiuma*.⁴⁰⁶ Након што су признате разлике које постоје у наступању државе код наведених послова, отворена је могућност да се за послове трговачке природе у којима држава наступа као трговац уговора надлежност судова и арбитража.⁴⁰⁷ Међутим,

⁴⁰² J Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 744.

⁴⁰³ Вид. више Н. Lauterpacht, *The problem of jurisdictional immunities of foreign states*, стр. 220 и даље. Доступно на <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/byrint28&div=10&id=&page=>.

⁴⁰⁴ Познат је још под називом структурални имунитет (*ratione personae*). За теорији рестриктивног имунитета коришћен је назив рестриктивног имунитета (*ratione materiae*). Вид. више у А. Ф. М Maniruzzaman, *Sovereign Immunity and the Enforcement of Arbitral Awards Against State Entities: Recent Trends in Practice*, стр. 337, Доступно на: http://www.academia.edu/11090561/SOVEREIGN_IMMUNITY_AND_ENFORCEMENT_OF_AWARDS_IN_INTERNATIONAL_COMMERCIAL_ARBITRATION.

⁴⁰⁵ Осим Кине, и земље бившег СССР су се дуго опирале прихватању рестриктивног имунитета држава, али су након отварања својих тржишта и повећане трговине са западним земљама, прихватиле принцип рестриктивног имунитета. Данас се апсолутни имунитет примењује једино у Кини и Хонг Конгу. Вид. Ashurst Report on State Immunity: an Overview, 2013. стр. 3, доступно на www.ashurst.com. И Суд за људска права је у једној од новијих одлука констатовао да је "примена апсолутног државног имунитета, након много година, јасно еродирала..." *Cudak v. Lithuania* (no.15869/02), Eur. Ct. H.R., para. 64 (2010).

⁴⁰⁶ К.-Heinz Böckstigel, "States in the international arbitral process", *Contemporaru problems in International Arbitration* (J. Lew ured.), Queen Mary Collage, University of London, 1987, стр. 41 и даље. Према подацима МТК у 2009. години 9.5% укупних случајева били су спорови у којима је једна од странака била држава или државно предузеће.

⁴⁰⁷ Вид. А. Goldštajn, S. Triva, *Међународна трговачка арбитража*, Zagreb, 1987, стр.135-137. Вид.

и поред начелне спремности да се у складу са учењем о ограниченом суверенитету у приватним пословима држава третира као сваки други трговац у примени се као основни практични проблем појавио критеријум разграничења: по чему разликовати једне од других послова.

Основни критеријуми разликовања. Разликовање између послова *iure imperii* и *iure gestionis* се може правити према субјектима правних послова или према правној природи закључених правних послова. У првом случају, потребно је одредити да ли субјект који закључује правни посао, а који иступа у име државе има својство правног лица које га дели од државе или нема то својство.⁴⁰⁸ Ако нема одвојену (самосталну) правну личност, правни посао закључен од стране државе сматраће се као посао државе или *iure imperii*, па ће субјект који га је закључио уживати имунитет. Полази се од претпоставке да су послови закључени од стране државе послови *iure imperii*. Међутим, овакав начин одређивања трговачке природе активности може да изазове проблеме у пракси, јер постоје гранични случајеви у којима приватноправни субјект може по налогу државе обављати послове јавног карактера, као што може и орган државе да закључује послове трговачког карактера.⁴⁰⁹ Стога се морају користити и други, додатни критеријуми.

Додатни критеријуми. Други критеријум који се користи за одређивања послова *iure gestionis* полази од *правне природе* односа у коме су држава и друга лица јавног права учествовала. Ако су закључени послови по својој правној природи и по садржини права и обавезе трговачког карактера, реч је о пословима *iure gestionis*. Типични трговачки послови су уговори о продаји. Међутим, како се исти послови могу користити и у јавне и у приватне сврхе, тј. за остваривање јавних и приватних циљева, у ситуацијама када природа и садржина посла нису били довољни, уведен је нови критеријум "сврхе или циља" посла, тзв "тест

случајеве Thai-Europe Tapioca Service Ltd v Pakistan, Trendex Trading Corp v Central Bank of Nigeria.

⁴⁰⁸ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *Међународно приватно право*, Београд 2007, стр. 567.

⁴⁰⁹ Исто.

сврхе".⁴¹⁰ Зависно од природе и предмета правног односа као и циља због кога је уговор закључен, судови су правили разлику између трговачких и нетрговачких послова.⁴¹¹

2.5.2. Правно регулисање имунитета у изворима права

Питање имунитета, и са њим повезано питање разликовања трговачких и нетрговачких послова, је регулисано у националним и међународним изворима права.⁴¹² Тако је у енглеском Закону о имунитету (1978, SIA)⁴¹³, као основни критеријум разликовања трговачких од других послова, узета правна природа и циљ закљученог посла. Са друге стране, Закон о имунитету страних суверенитета САД (1978), акценат ставља на сврху која се желела остварити ступањем у пословне односе.⁴¹⁴ Од међународних извора, питање имунитета је регулисано у Конвенцији УН о имунитету држава и њене имовине⁴¹⁵ у којој се трговачки

⁴¹⁰ Вид. Р. Вукадиновић, *н. дело*, 2012, стр. 203; R. Venugopalan, *Sovereign Immunity and Arbitration, State as a party to arbitration: what does the immunity shield cloak?*, стр. 56. доступно на <http://scholarbank.nus.edu.sg/bitstream/handle/10635/15486/Sovereign%20Immunity%20and%20Arbitration.pdf?sequence=1>

⁴¹¹ Судови су све до доношења националних правила о разграничењу послове јавне природе користили тест сврхе према ком су одређивали припадност одређених односа. Тако је у случају *Victory Transport case*, суд нашао да се пет правних послова могу сврстати у послове *iure imperii*. У њих је убрајао интерне управне акте, као што су прописи о положају странаца, законских аката, као што су правила која се односе на национализацију, затим прописа који се односе на оружане снаге, послови који се односе на дипломатске активности као и јавних зајмова. Супротно, Т. Варади, Б. Бордош, Г. Кнежевић, В. Павић, наводе да ни мотив ни циљ послова не треба узимати приликом одређивања послова трговачке природе јер би се сви акти могли довести у везу са сувереним актима државе. *н. дело*, стр. 567.

⁴¹² За попис националних и међународних извора у којима је регулисано ово питање вид. Н. Fox, *The Law of State Immunity*, OUP 2013, стр. 2-3; Н. Fox, "Restraints on the Exercise of Jurisdiction", *International Law*, (М. Evans, уред.) OUP 2013, стр. 341.

⁴¹³ Енглески Закон о Имунићету (*State Immunity Act*) из 1978.

⁴¹⁴ Закон о имунитету страних суверенитета (Foreign Sovereign Immunities Act- (FSIA).

⁴¹⁵ UN Convention on the Jurisdictional Immunities of States and their Property (UNCIS) General Assembly resolution 59/38, annex, *Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 49 (A/59/49)*. Конвенција није ступила на снагу. За статус Конвенције вид. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsq_no=III-13&chapter=3&lang=en

Чланом 2(2) Конвенције предвиђено је да се приликом одређивање трговачког карактера односа акценат ставља на одређивање правне природе а као додатни критеријум може послужити циљ ради којег је посао закључен уколико је то пракса земље или органа који одлучује о ствари или ако су уговорне стране се договориле о томе.

карактер одређује преко природе правног односа⁴¹⁶ и у Европској конвенцији о имунитету држава, од 1972. године.⁴¹⁷

И у државама у којима ово питање није на посебан начин регулисано, судови су углавном примењивали наведене критеријуме, или су имунитет образлагали правилима обичајног међународног права.⁴¹⁸ Оно око чега је постојала потпуна сагласност и у теорији и у пракси јесте значење арбитражне клаузуле уговорене у основном послу или као накнадно постигнуте сагласности (компромис). Уговарање арбитражне клаузуле је тумачено као недвосмислено прихватање арбитражног начина одлучивања и одрицање од права позивања на имунитет, без обзира на врсту основног посла.⁴¹⁹

2.5.3. Имуитет државе и међународна трговинска арбитража

Након прихватања рестриктивног имунитета у споровима трговачког карактера, отворена је могућност да држава и њени органи буду тужени пред судовима других држава. Поставља се, међутим, питање да ли исто важи и за спорове за чије решавање је уговорена надлежност арбитраже.⁴²⁰

⁴¹⁶ S. Muthucumaraswamy, *The Settlement of Foreign Investment Disputes and Law*, ICSID Arbitration, 2002, стр. 293.

⁴¹⁷ Вид. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/074.htm>

⁴¹⁸ Вид. J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 745, пас. бр. 27-37.

⁴¹⁹ За праксу француских судова вид. *Creighton Ltd. v Govt st. Qatar*, доступно на <http://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCOURTS-caDC-98-07063/USCOURTS-caDC-98-07063-0/content-detail.html> За праксу судова у САД вид. US Court of Appeal of the District of Columbia's одлуку у истој ствари у односу на извршење одлуке на имовини која се налази на територији САД. Даље у *Maritime International Nominees Establishment V Republic of Guinea* 1981 693 F2D 1094; 75 AJIL 963, где је суд САД прихватио позивање на имунитет Гвинеје на основу Њујоршке конвенције. САД је 1988. реформисао Закон о имунитету из 1978, након чега је сматрано да се потписивањем арбитражног уговора који предвиђа надлежност трибунала у САД, држава се одриче и извршног имунитета. Међутим, исти став судови нису делили у односу на арбитражне уговоре који су предвиђали надлежност трибунала у другој земљи. Тако *Seetransport Wiking trader Schiffahrtgesellschaft MBH & Co, Kommandigesellschaft v. Navimpex Centrala Navals*, 989 F. 2d 572, 578-579 (2d Cir. 1993).

⁴²⁰ Први пут је ово питање разматрано у случају *The Parliament Belge*, (1880) 5 P.D. 197, стр. 197-98 (С.А.), у коме је доктрина апсолутног имунитета нашла примену пред трибуналом.

С обзиром да арбитража нема класични *lex fori*, те као таква не представља "паралелно судство"⁴²¹ у правном систему одређене државе, чини се да не постоји разлочи за позивање на имунитет. Као опште је прихваћено правило да се закључењем арбитражног уговора, држава одрекла имунитета у поступку који се води о спору из главног уговора.⁴²² Самим тим, држава не може истицати приговор ненадлежности арбитражног трибунала због своје суверености или решења која у том погледу постоје у њеном унутрашњем праву. Другим речима, закључењем арбитражног уговора, држава се одрекла јурисдикционог имунитета. Другачије поступање државе би се сматрало супротним начелу савесности и поштења (доброј вери или принципу *estoppel*, у енглеском праву)⁴²³, а са становишта уговорног права, као супротно начелу *pacta sunt servanda*.⁴²⁴ У супротном, могло би се поставити питање поштовања правне сигурности,⁴²⁵ целисходности и делотворности арбитражног поступка⁴²⁶ или принципа легитимних очекивања⁴²⁷ и међународног јавног поретка.⁴²⁸

Овакво решење је прихваћено у националним⁴²⁹ и међународним изворима.⁴³⁰ Наводимо одредбе члана 17. Конвенције УН о јурисдикционим имунитетима

⁴²¹ За становиште да арбитражни судови предствалају део подсистема судства у једној држави залажу се Г. Станковић и други, *н. дело*, стр. 25.

⁴²² Вид. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 390, бр. 642 и судску и арбитражну праксу у напомени бр. 44; U. Hass, "Convention on Recognition and Enforcement of foreign Arbitral Award, New York 1958", Practitioner's Handbooks on International Arbitration, (F-Bernd Weigand, C. H. Beck уред.), München 2002, стр. 401.

⁴²³ Вид. о примени *estoppel*-а као једног од основних принципа Бечке Конвенције у судској и арбитражној пракси, М. Ђорђевић, *н. дело*, 2009, стр. 467.

⁴²⁴ Вид. арбитражну одлуку бр. 2321 МТК арбитраже, I YBCA 133(1976), које у том смислу наводе J.Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 746, пас. бр. 27-40, у напомени бр. 47.

⁴²⁵ Више J.G. Wetter, "Pleas of Sovereign Immunity and Act of Sovereignty before International Arbitral Tribunals", 2 *J. Int'l Arb.*, 1958, стр. 10 и даље.

⁴²⁶ C. Reymond, "La nouvelle Loi Suisse et le droit de l'arbitrage international- Réflexions de droit compare", *Rev. Arb.* (1989) стр. 397 наведено према P. Nacimiento "Article V (1) (a)" у *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke i ostali), Kluwer Law International, 2010, стр. 220. напомена 95.

⁴²⁷ О овом принципу вид. више Р. Вукадиновић, *Увод у институције и право Европске уније*, Крагујевац 2012, стр. 68 и даље.

⁴²⁸ K.I Vibhute, "Waiver of State Immunity by an Agreement to Arbitrate and International Commercial Arbitration", *J Bus. L* 550 (1998). стр. 559-562.

⁴²⁹ За решења која постоје у правима САД, Енглеске, Канаде, Хонг Конга, Аустралије и неким

држава и њихове имовине које предвиђају "Ако држава закључи писани споразум са страним физичким или правним лицем да међусобне спорове у вези са комерцијалним правним послом повере арбитражи, та држава се не може позивати на јурисдикциони имунитет пред судом друге државе који је иначе надлежан у поступку који се односи на:

1. пуноважност, тумачење и примену арбитражног уговора;
2. арбитражни поступак; или
3. потврђивање и поништај арбитражне одлуке, осим ако сам арбитражни уговор не предвиђа друкчије.

У истом смислу се изјашњавала правна теорија,⁴³¹ и судска и арбитражна пракса.⁴³² Тако је у предмету *Iptrade International, S.A v Federal Republic of*

земљама Западне и Источне Европе, Блиског и Далеког истока, види P. Sanders, *Quo Vadis Arbitration?: Sixty Years of Arbitration Practice: a Comparative Study*, Kluwer, 1999, стр. 200-207. Примера ради, наводимо решење из члана 1605 УСА Закона о имунитету страних суверенитета који гласи:

(a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case –

(6) in which the action is brought, either to enforce an agreement made by the foreign state with or for the benefit of a private party to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between the parties with respect to a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration under the laws of the United States, or to confirm an award made pursuant to such an agreement to arbitrate, if (A) the arbitration takes place or is intended to take place in the United States, (B) the agreement or award is or may be governed by a treaty or other international agreement in force for the United States calling for the recognition and enforcement of arbitral awards, (C) the underlying claim, save for the agreement to arbitrate, could have been brought in a United States court under this Section or Section 1607, or (D) paragraph (1) of this subsection is otherwise applicable.

⁴³⁰ Вид. Конвенцију УН о имунитету државе и њене имовине и Европску конвенцију о имунитету држава, од 1972. године.

⁴³¹ Више J. Poulsson, May a state invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitration? Доступно на: <http://translex.uni-koeln.de/touch/document.php?docid=127900> ; A. Reinisch, European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures, *EJIL*, Vol. 17 No. 4, 2005, стр. 803–836; E. Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2005, стр. 123, 124; Badmus-Busari, Faizat, Sovereign Immunity and Enforcement of Awards in International Commercial Arbitration (April 25, 2013). Доступно на SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2336664> или на <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2336664>

⁴³² И у случају *Solel Boneh Intl Ltd and Water resources Development Intl (Israel) v. The Republic of Uganda and National Housing and Constitution Corp of Uganda*, арбитар појединац је сматрао да нема места расправљати о имунитету државе, самим закључењем арбитражног уговора. Erick

Nigeria,⁴³³ суд заузео став да се држава одрекла права на иминитет самим закључењем арбитражног уговора. Спор је настао из уговора о продаји цемента закљученог између Нигерије и францског предузећа *Iptrade International*. Уговорне стране су у случају спора предвиделе надлежност МТК арбитраже у Паризу а као меродовно, право Швајцарске. Након настанка спора, *Iptrade International* је покренуо арбитражни поступак пред МТК арбитражом. Нигеријска држава је као тужена страна одбила да учествује у поступку позивајући се на имунитет. Трибунал је примењујући право Швајцарске истакао да се Нигерија одрекла јурисдикционог имунитета самим закључивањем уговора који је садржао арбитражну клаузулу и донела одлуку у корист француске компаније. Овакав став је касније потврђен у поступку признања и извршења донете арбитражне одлуке. Исти став поводом одрицања имунитета самим закључивањем арбитражног уговора потврђен је и у спору између *Libyan American Oil Company (LIAMCO) V Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*,⁴³⁴ у коме је трибунал позивајући се на члан 1605(a)(6) САД Закона о имунитету страних суверенитета (FSIA) одбио приговор о ненадлежности трибунала (јурисдикционом имунитету) и донео арбитражну одлуку.

Што се тиче обима или домашаја које производи арбитражна клаузула, широко је прихваћен став⁴³⁵ да се одрицање од позивања на имунитет односи на судске поступке који су покренути у вези са арбитражним поступком (нпр. у поступку за оцену поноважности арбитражног уговора, у поступку преиспитивања арбитражне одлуке и у поступцима признања и извршења арбитражне одлуке). У овом смислу Енглески Закон о имунитету (*State Immunity Act- SIA*) предвиђа да се уговарањем надлежности арбитражног трибунала у било којој држави, држава одриче имунитета пред својим судовима у свим поступцима који су повезани са

Benteler. KG and Helmut Benteler KG v.Belgian State & S.A. ABC, Вид. Yearbook Commercial Arbitration, (B. Sanders ured.), Kluwer, Vol. 10, 1985, стр. 37, 38.

⁴³³ 482 F. Supp. 1175, 1178 (DDC 1980).

⁴³⁴ 24 923 F.2d 380, 385 (5th Cir. 1991).

⁴³⁵ Чл. 17 (с) члан 17. Конвенције УН о јурисдикционог имунитета држава и њихове имовине ; М. Станивуковић, *н. дело*, стр.98.

арбитражним поступком.⁴³⁶ Нешто рестриктивнији став предвиђа Закон о имунитетима страних суверенитета САД. Закон⁴³⁷ захтева постојање одређене везе (повезаности) између арбитраже и САД, на пример да је уговорена арбитража у САД, да се на арбитражни уговор или арбитражну одлуку примењује уговор или други међународни споразум који је на снази у САД.⁴³⁸

а) Имуитет од извршења

Поред јурисдикционог имунитета познат је и извршни имунитет државе. Под њим се подразумева одрицање од имунитета у поступку извршења арбитражне одлуке. Ово питање се поставља због чињенице да одрицање од судског имунитета не повлачи аутоматски или по самом праву и одрицање од извршног имунитета.⁴³⁹

О томе сведочи чињеница да је у великом броју националних права извршни имунитет схваћен другачије него судски.⁴⁴⁰

⁴³⁶ Према одредбама члан 9. SIA, "Кад је држава у писаној форми предвидела надлежност арбитраже за спорове који су настали или могу настати, не може се позивати на имунитет у поступцима који се воде пред енглеским судовима а односе се на арбитражу."

⁴³⁷ Чл. 1605 Закона о имунитету страних суверитета САД.

⁴³⁸ *Saudi Arabia v Nelson*, 507 US 349. Пре амандмана који су били 1988, одрицање од имунитета приликом закључења арбитражног уговора тумачено је на различите начине од стране америчких судова. Више о таквој пракси вид *S & Davis Intern v Republic of Yemen*, *Creighton v Government of Qatar*.

⁴³⁹ J.Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 750, пас. бр. 27-53. Аутори попут Georges R Delaume сматрају да је неопходно да се приликом закључења арбитражног уговора унесе одредба којом се држава експлицитно одриче позивања на имунитет приликом извршења арбитражне одлуке. Према Закону о имунитету страних суверенитета САД, потписивање арбитражног уговора не значи и одрицање од извршног имунитета. Више S. Vono и други, *Sovereign Immunity and Enforcement of Arbitral Awards: Navigating International Boundaries* стр. 6, доступно на: <http://www.mayerbrown.com/files/Publication/2e0f7077-9b25-430e-8b70-6a8f8c1a9d76/Presentation/PublicationAttachment/1be4c54c-bfc2-4d78-9403-85e37c560f43/12270.PDF>. За арбитражну и судску праксу вид. одлуке које су поводом покушаја да се спречи извршење арбитражне одлуке у предмету *SEEE v Yugoslavia*, донели Апелациони суд у Руану, а потврдио касациони суд Француске. У образложењу одлуке Касациони суд, између осталог, наводи и да је уговарањем арбитражне клаузуле страна држава прихватила и да арбитражна одлука буде извршива. Вид. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 391, број 644. и напомене 47-50.

⁴⁴⁰ Вид. А. Reinisch, "European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures", *EJIL*, Vol. 17 No. 4, 2005, стр. 809.

Одређивање извршног имунитета обухвата не само постојање (не)сагласности државе да арбитражна одлука буде извршена, већ и дефинисање имовине на којој се може извршити.⁴⁴¹ Државна имовина се традиционално дели на имовину која служи за задовољење општих или јавних интереса и за задовољење појединачних интереса (*iure gestionis*) а потраживања чије се извршење тражи могу потицати из послова *iure imperii*⁴⁴² и *iure gestionis*.⁴⁴³ Извршење арбитражне одлуке могуће је само на имовини која не погађа сувереност државе.

Као спорно се може поставити питање да ли је имовина из послова *iure gestionis* аутоматски погођена извршењем арбитражне одлуке, или је ипак потребно испуњење одређених услова. О овом питању не постоји јединствени став у националним изворима, док у међународним изворима ово питање није разматрано. Према Закону о имунитету страних суверенитета, извршење арбитражне одлуке дозвољено је на имовини стране државе која се налази на територији САД-а ако је та имовина коришћена у комерцијалне, трговачке сврхе.⁴⁴⁴ Чак и у случајевима да се страна држава апсолутно одрекла имунитета при извршењу, арбитражна одлука се једино може извршити на имовини која се налази на територији САД, а која је у време закључења уговора коришћена у трговачким пословима. Према одлукама америчких судова, имовина коришћена у трговачке сврхе је она имовина која је стављена у службу комерцијалне делатности, односно са искључивим циљем да се одређена активност изврши њеним коришћењем.⁴⁴⁵ Имовина која припада државним органима биће предмет

⁴⁴¹ Вид. више о односу имунитета државе, њене имовине и арбитраже К-Н Böckstiegel, "The Legal Rules Applicable in International Commercial Arbitration Involving States or State-controlled Enterprises", *International Arbitration: 60 Years on a Look at the Future*, Paris 1984, стр. 117 и даље.

⁴⁴² На пример: набавка опреме за војску државе или за рад државне железнице или јавног превоза. Вид. D. Chamlongrasdr, *н. дело*, стр. 93, марг. бр. 3.30 и 3.31.

⁴⁴³ Вид. више К.Н. Böckstiegel, *Arbitration and State Enterprises*, The Hague 1984; В. Cremades, *State Participation in International Arbitration*, стр. 11 и 12 ; L. Marasinghe, "The Modern Law of Sovereign Immunity," 54 (5) *Modern L. Rev.* 664 (Sept. 1991) стр. 18; Cohn, "Waiver of Immunity", 34 *BRIT. YB. INT'L L.* 260 (1958).

⁴⁴⁴ Чл. 1630(1) FSIA SAD.

⁴⁴⁵ Вид. више *Af-Cap Inc. v. Chevron Overseas (Congo) Limited*, 475 F.3d 1080 (9th Cir. 2007); *Connecticut Bank of Commerce v. Republic of Congo*, 309 F.3d 240, 254 (5th Cir. 2002).

извршења чак и у случајевима када није комерцијалне природе ако је орган државе обављао послове трговачке природе у Сједињеним Америчким Државама.⁴⁴⁶ Судови у неким европским државама захтевају и друге услове. Тако ће Швајцарски суд извршити арбитражну одлуку на имовини стране државе, искључиво ако постоји правна веза између спора, Швајцарске и имовине те државе.⁴⁴⁷ У Француској се, са друге стране, захтева да постоји непосредна веза између захтева који је предмет спора и имовине на којој ће се одлука извршити.⁴⁴⁸

б) Дејство арбитражног уговора закљученог од државних органа

Из претходне тачке се може закључити да се држава потписивањем арбитражног уговора одриче права на јурисдикциони и извршни имунитет.⁴⁴⁹ Осим државе, арбитражни уговор могу закључити и државни органи који су у хијерархијском погледу потчињени централној власти и од државе контролисана предузећа (јавна предузећа или трговачка друштва). У таквим уговорима је неопходно претходно дефинисати кога обавезује закључени уговор и уговор о арбитражи и може ли се државни орган или државно предузеће позвати на постојање јурисдикционог и извршног имунитета. Питање се поставља због тога што ове уговоре закључују државна предузећа или трговачка друштва која имају сопствени и одвојени

⁴⁴⁶ Међутим, и када се држава одрекла извршног имунитета, арбитражна одлука неће бити извршена на имовини која припада централној банци те државе. Објашњење оваквог става зависи од тога у чије име и за чији рачун се посао извршава. Ако је посао закључен у име и за рачун централне банке стране државе, одрицање од извршног имунитета биће без правног значаја за извршења одлуке на имовини централне банке. Овај изузетак предвиђа и Конвенција УН о јурисдикционом имунитету држава и њене имовине. Конвенција предвиђа да имовина централне банке као и између осталог и војна имовина, односно, имовина намењена за вршење војних функција, неће бити предмет извршења.

⁴⁴⁷ A. Reinisch, *н. чланак*, стр. 809. наводи одлуку Швајцарског федералног суда у случају LIAMCO v Libya, Tribunal fédéral Suisse, 19 June 1980, ATF 106 Ia 142, 62 ILR 228.

⁴⁴⁸ Вид. J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 755, бр. 27-67. Аутори наводе одлуку Касационог суда Француске у предмету Creighton v Qatar, од 6. јула 2000. За коментар вид. N. B. Turck, "French and US Courts Define Limits of Sovereign Immunity in Execution and Enforcement of Arbitral Awards", *Arb. Int'l.* 17(3)(2001), стр. 327-342.

⁴⁴⁹ Осим у државама чије право предвиђа изричито одрицање од извршење, потписивањем арбитражног уговора се тумачи као одрицање од јурисдикционог и извршног имунитета.

правни субјективитет у односу на државу, док је однос органа државне власти према држави регулисан посебним прописима.

Одговор на питање да ли закључени арбитражни уговор обавезује државу зависи од повезаности таквих ентитета и државе. Државни орган који не поседује посебан правни субјективитет у правном промету изједначен је са државом. Од њих се разликују органи или ентитети који имају правни субјективитет а који се називају *emanation* или на енглеском "*instrumentalities*", као што су парламентарна тела, политичке и територијалне јединице и заједнице, државне банке, јавни сервис и агенције, који предузимају правне радње у име и за рачун државе.⁴⁵⁰ Повезаност ових тела са државом постоји у "органском и функционалном критеријуму" који се манифестују кроз: оснивачки капитал, право постављања чланова управних одбора, право надгледања (*tutelle*) и контроле.⁴⁵¹ У генералном смислу, под њима се подразумева сваки орган или тело над којим јавне власти имају директни или индиректни утицај по основу својине, финансијског учешћа или правних правила која се на њега примењују.⁴⁵²

Француска арбитражна пракса појам "*emanation*" дефинише као органе креиране од стране државе, који иако могу имати одвојену правну личност у стварности, у правном промету је не поседују јер су финансијски зависни од државе.⁴⁵³ Тако је арбитражни суд МТК у предмету број 7373, *European State company v. Middle-East State company*, под државним органом разумео орган који је основан од

⁴⁵⁰ Вид. I. Fadlallah, "Are States Liable for the Conduct of Their Instrumentalities?" u *State Entities in international Arbitration*, (E. Gaillard, J. Younan уред.), Juris Publishing, 2008, стр. 19. У арбитражној пракси вид. МТК Одлуку бр. 9762, *Contractor A (Luxembourg) v. Ministry of Agriculture and Water Management of Republic Z, State Fund for Development of Agriculture of Republic Z and Government of Republic Z*, Dec. 22, 2001 Award, XXIX Y.B. COM. ARB. 26, ¶ 51–52, стр. 40–41 (2004).

⁴⁵¹ I. Fadlallah, *н. чланак*, стр. 22.

⁴⁵² Чл. 2 ЕУ Упутства о транспарентности. *Capital India Power Mauritius I and Energy Enterprises (Mauritius) Company v India*, ICC Case No 12913/MS, ИС 43 (2005), 27th April 2005I.

⁴⁵³ СА Paris, Jan. 22, 2004, *Winslow Bank & Trust Company Limited v. Société nationale des hydrocarbures*; Case No. 2002/20287, наведено према Е, S. Romero, "Are States liable for the Conduct of Their Instrumentalities? ICC Case Law", *State Entities in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No 4 (E. Gaillard, J. Younan уред.), Juris Publishing, 2008, стр. 35, 36. напомена 11.

стране државе у циљу задовољења јавних, државних интереса, који је по свом субјективитету одвојен од државе, али је контролисан од стране државе.⁴⁵⁴

Без обзира на који од наведених начина дефинисан, јавни (државни) орган ужива имунитет једино у правним пословима *iure imperii*.⁴⁵⁵ Државне органе треба разликовати од лица или органа којима је од стране државе поверено да врше одређене послове који у себи садрже елементе државне, (јавне) власти.⁴⁵⁶ Ако тако одређено лице поседује одвојену правну личност, државе ће имати одговорност само ако се докаже да је лице вршило власт која у себи има елементе државне власти или је у функцији и под контролом државе.⁴⁵⁷ Другачије речено, сама чињеница да их држава контролише није довољна да дејство арбитражног уговора "прошири" и на државу.⁴⁵⁸ Као одлучујући критеријум за постојање и дејство арбитражног уговора која закључују државни органи и државна предузећа треба узети праву намеру уговорних страна.⁴⁵⁹

2.5.4. Закључак

У међународним трговинским трансакцијама држава и њена тела и органи често закључују различите послове са појединцима у којима желе да избегну надлежност судова и уговарају арбитражни начин решавања спорова. Иако је као опште прихваћено правило да се уговарањем арбитраже држава одрекла права да се позове на јурисдикциони и извршни имунитет, у пракси и даље постоје покушаји да се се ово правило ублажи или да се тумачи на различите начине. То се чини ужим или ширим схватањем појма *acta iure gestionis*, покушајима да се одрицање од имунитета не односи на поступак поништаја арбитражних одлука, као и покушајима да се извршење таквих одлука услови. Томе доприносе и

⁴⁵⁴ МТК одлука бр. 7373, *European State company v. Middle-East State company*, Feb. 3, 1997 Final Award, необјављена, МТК одлука бр. 6465, *Defense Industry of State X v. European Company*, Aug. 15, 1991 Interim Award, 29; МТК одлука бр. 7472, Jan. 16, 1995 Interim Award.

⁴⁵⁵ Е. S. Romero, *н. чланак*, стр. 35.

⁴⁵⁶ Чл. 5 Закона о одговорности држава за противправна дела.

⁴⁵⁷ Е. S. Romero, *н. дело*, стр. 35.

⁴⁵⁸ J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 740, пас. бр. 27-22.

⁴⁵⁹ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 296, пас. бр. 509.

различита решења у националним и међународним изворима права. Ипак, без обзира на разлике које постоје у националним и међународним изворима, анализа је показала да држава и друга лица јавног права не могу избећи обавезе преузете арбитражним уговором позивајући се на одредбе својих националних решења о имунитету држава. Овакав став је прихваћен и у судској и арбитражној пракси.

VI МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ОЦЕНУ АРБИТРАБИЛНОСТИ

1. Општа разматрања

У националним и међународним изворима арбитражног права или нису предвиђени критеријуми на основу којих се одређује меродавно право за оцену арбитрабилности,⁴⁶⁰ или се препоручују и у пракси користе различити методи.⁴⁶¹ Како у националним правима постоје разлике у погледу спорова који се сматрају арбитрабилним, за странке је од посебне важности да знају који форум ће одлучивати о постојању арбитрабилности, према ком праву и у којој фази ће се о томе одлучивати. Што се тиче форума, о арбитрабилности може расправљати и одлучивати или арбитражни трибунал или суд. И пред један и пред други форум се као спорно, поставља питање према којим критеријумима ће одредити меродавно право за оцену арбитрабилности.

У националним правима су прихваћени различити критеријуми за одређивање меродавног права зависно од тога како се схвата појам арбитрабилности: као питање јавног или приватног права,⁴⁶² односно као процесно или материјално

⁴⁶⁰ Вид. S. Brekoulakis, "Law applicable to arbitrability", *Arbitrability*, стр. 100 и даље ;H. Alzadeh, "Arbitrability under the New York Convention : The lex fori revisited", *17 Arb. Int.*, 2001, стр. 76 и даље; P. Bernardini, "The problem of arbitrability in General", *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards : The New York Convention in Practice*, (Gaillard, Di Pietro уред.) , Cameron 2008, стр. 503 и даље. A. Belohlavek, The law applicable to the arbitration agreement and arbitrability of a dispute, доступно на: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2270670 , приступљено 22. 06. 2015.

⁴⁶¹ A. J. Belohlavek, Law Applicable To Arbitration Agreement and Arbitrability of a Dispute, доступно на <http://www.ksu.lt!/downloads/2014/09/Law-Applicable-t-Arbitration-Agreement-and-arbitrability-of-a-Dispute.pdf> , стр. 12, као изузетак наводи право Чешке Републике, Шпаније, Шведске и Швајцарске у којима је на изричит начин наведено право меродавно за арбитражни уговор. J. Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 283. марг. бр. 331, наводи да једино Вашингтонска конвенција о инвестиционим споровима, у члану 25. садржи материјалне одредбе о меродавном праву за арбитрабилност.

⁴⁶² M. Rubino-Sammartano, *н. дело*, 2014, стр. 157, тач.. 6.3; A. J. Belohlavek, *Law Applicable To Arbitration Agreement and Arbitrability of a Dispute*, доступно на <http://www.ksu.lt!/downloads/2014/09/Law-Applicable-t-Arbitration-Agreement-and-arbitrability-of-a-Dispute.pdf>

правно питање. Ако се институт арбитрабилности схвати у материјалном смислу, као један од елемената арбитражног уговора, непризнавање арбитрабилности повлачи непуноважност арбитражног уговора.⁴⁶³ У процесно правном смислу, арбитрабилност се третира као услов или захтев за покретање арбитражног поступка, а непризнавање арбитрабилности представља препреку да се покрене арбитражни поступак. Како су о правној природи арбитрабилности мишљења у правној теорији подељена, о чему је било речи, разлике постоје и код одређивања меродавног права за оцену арбитрабилности.

2. Два приступа у одређивању меродавног права

Аутори који арбитрабилност третирају као материјално правно питање сматрају да њену допуштеност треба ценити према праву које је меродавно за арбитражни уговор.⁴⁶⁴ Кад се ово питање постави пред судом пре него што је покренут арбитражни поступак, суд мора прво да одреди меродавно право за арбитражни уговор (сагласност воља, форму, предмет) и да према истом праву одлучи и о арбитрабилности. Ако стране у самом уговору нису назначиле меродавно право, могућа су различита решења. То може бити право меродавно за основни посао (*lex causae*)⁴⁶⁵, али и право седишта арбитраже. У сваком случају арбитражи су слободни да по својим критеријумима као меродавно одреде оно право које сматрају најприкладнијим.⁴⁶⁶ У већини случајева судови ваљаност арбитражног уговора цене према свом праву (праву државе суда) без анализе колизионих

⁴⁶³ А. Ј. Belohlavek, *н. дело*, стр. 7. у напомени број 20. наводи да се у *civil law* систему арбитрабилност сматра процедуралним захтевом (као захтев да би се конституисала надлежност), док се у *common law* систему схвата као део материјално правног стандарда. Видети и стр. 8.

⁴⁶⁴ У овом смислу J. Lew, L. Mistelis and S. Kröll, *н. дело*, стр. 190, 9-11, наводе одлуку белгијског Апелационог суда од 4. 10. 1985, *Company M v M SA*, XIV YBCA 618 (1989).

⁴⁶⁵ Ово решење је прихваћено у енглеском праву. Вид. *Halsbury's Laws of England, Arbitration Vol 2*, Lexis Nexis UK, 5th Ed, 2008, тач.. 1208. В. Hanotiau, *The Law Applicable to Arbitrability*, *Singapore Academy of Law Journal*, 26(2014), стр. 882, тач.. 24. наводи да су судови у најновијим одлукама променили свој став и полазе од претпоставке да избор материјалног права за основни посао представља обориву претпоставку да исто право важи и за арбитражни уговор.

⁴⁶⁶ О примени најприкладнијег права, у првом реду Бечке конвенције, пред СТА, вид. В. Павић, М. Ђорђевић, "Примена Бечке конвенције у арбитражној пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије", *Правни живот*, 5-8/ 2008, стр. 576 и даље.

норми.⁴⁶⁷ Овакав материјално правни приступ образлажу широко распрострањеним веровањем "да међународна арбитража представља институцију више глобалног него националног интереса."⁴⁶⁸ У том смислу, као пример наводе решења из члана 187. Швајцарског Закона о међународном приватном праву и одредбе параграфа 1051, став 2. Немачког Законика о грађанском поступку.

Ипак, за разлику од права државе суда према коме се увек одређује арбитрабилност конкретног спора, пуноважност арбитражног уговора може бити одређена и аутономијом воље уговорних страна и применом колизионих норми државе суда. У случају да се ова два права разликују, арбитрабилност мора бити допуштена према оба права: праву које је меродавно за арбитражни уговор и праву државе суда.⁴⁶⁹

Аутори из друге групе сматрају да је претходно схватање сувише уско, да није "про-арбитрабилно" те да би арбитрабилност требало третирати као питање сукоба јурисдикција и решавати га у складу са правилима о сукобу надлежности.⁴⁷⁰ То практично значи да о арбитрабилности не треба одлучивати на основу колизионих норми, већ у складу са прописима о подели надлежности између националних судова и арбитража. У том смислу се у теорији предлаже нови приступ који је "преусмерен и фокусиран" на анализу надлежности судова.⁴⁷¹ С обзиром да је у споровима са елементом иностраности разграничење судске и арбитражне надлежности регулисано правилима о сукобу јурисдикција и приступ је назван јурисдикционим. Према овом приступу, арбитрабилним се сматрају сви спорови за које националним прописима није прописана искључива надлежност домаћих судова.

⁴⁶⁷ J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 191, тач.9-13; В. Hanotiau, *The Law Applicable to Arbitrability*, Singapore Academy of Law Journal, (2014)26, стр. 879, тач. 17.

⁴⁶⁸ Н. Arfazadeh, "Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited", *Arbitration International*, Vol. 17(2001) 1, стр. 75.

⁴⁶⁹ J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 193, 9-17. и ауторе које наводе у напомени број 16.

⁴⁷⁰ *Исто*, стр. 193, 9-18.

⁴⁷¹ Н. Arfazadeh, "Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited", *Arbitration International*, Vol. 17(2001) 1, 73-87, посебно стр. 77.

Ако се оба приступа посматрају заједно, арбитрабилност се у теоријском смислу може ценити према праву: седишта суда (*lex fori*), места арбитражног трибунала (*lex loci arbitri*), арбитражног уговора (*lex contractus*), које су странке изабрале као меродавно за основни посао (*lex electionis*, *lex causae*), држављанства или припадности странака, места доношења и извршења арбитражне одлуке (*lex executionis*).⁴⁷²

У пракси се међутим, питање одређивања меродавног права своди на дилему да ли применити *lex fori* или неко друго право.⁴⁷³

3. Разлози за примену *lex fori* и *lex arbitri*

Судови су о арбитрабилности дуго година одлучивали према праву свог седишта (*lex fori*). Под *lex fori* се разуме процесно право земље суда. Судови су за овакав став наводили различите аргументе.

Као један од основних аргумената наводи се место и улога судова у систему вршења власти. Судови представљају један од три стуба власти сваке државе и имају задатак да у оквиру своје надлежности чувају сувереност државне власти. Као чувари домаћег правног поретка, судови су дужни да код одлучивања о арбитрабилности спорова примене своје прописе као право свог седишта. Применом свог права, судови штите основне принципе државног и друштвеног уређења своје земље и свој јавни поредак.⁴⁷⁴ Овакав став се заснива на схватању да арбитрабилност представља део унутрашњег јавног поретка и да о споровима који се односе на повреду основних принципа друштва не могу одлучивати арбитражи као приватна лица, већ само судови. Овакав став је временом ублажен па су и спорови из домена јавног поретка постепено укључивани у надлежност арбитража, почев од спорова о повреди права конкуренције.

⁴⁷² Вид. F-B. Weigand, *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, OUP, 2009, стр. 45. pas. 1.121. M. Blessing, "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", *Arbitration International*, 12(1996)2, стр. 121-222, стр. 192. наводи осам могућих опција.

⁴⁷³ S. Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability, Revisiting the Revisited *lex fori*", *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, стр. 100. Доступно на <http://ssrn.com/abstract=1414323>

⁴⁷⁴ M. Rubino-Sammartano, *н. дело*, 2014. стр. 157.

Примена права државе суда, односно државе седишта арбитраже⁴⁷⁵ произилази и из правне природе арбитрабилности и обавезе судова да пазе на своју надлежност у складу са правилима о сукобу јурисдикција.⁴⁷⁶ Како се правила о надлежности судова и арбитража налазе у националним прописима сваке државе, то су судови и арбитражни трибунали везани да у споровима који се односе на међународну арбитрабилност приликом одлучивања о сопственој надлежности "примене стандарде суда (*forum's standards*)."⁴⁷⁷ Евентуални ризик да тако донета арбитражна одлука не буде призната у држави извршења, ако се решења о арбитрабилности у њеном праву разликује од оних у држави у којој се налази седиште суда или арбитражног трибунала, тј. кад према њеном праву не постоји арбитрабилност, сноси тужилац. У прилог оваквог става се наводе решења у неким националним и међународним изворима, као што Њујоршка конвенција, Закон о међународном приватном праву Швајцарске, Немачки Закон о грађанском поступку и УНЦИТРАЛ Модел закон.⁴⁷⁸ Према овом схватању, непостојање или ограничење арбитрабилности не потичу из правила о јавном поретку, као што се обично мисли, већ из "принудне надлежности националних судова проузроковане јавним поретком."⁴⁷⁹ Другачије речено, национални судови ће као арбитрабилне прихватити све спорове за чије решавање домаћим прописима није предвиђена њихова искључива надлежност.

Када је реч о арбитражама, поставља се питање да ли су и арбитражи дужни да воде рачуна о домаћем јавном поретку и да поштују правила која чине "домаћи" правни поредак. Ово због тога што арбитражни трибунали не представљају органе одређене државе, нити им је поверена улога вршења једне гране власти. Своју надлежност арбитражни трибунал заснива на вољи уговорних страна која је исказана у арбитражном уговору. Стога су арбитражи дужни да се, пре свега,

⁴⁷⁵ Пре свих Н. Arfazadeh, "Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited", *Arbitration International*, Vol. 17(2001) 1, стр. 73-87.

⁴⁷⁶ Исто, стр. 74.

⁴⁷⁷ Исто, стр. 75.

⁴⁷⁸ Исто, стр. 75.

⁴⁷⁹ Исто, стр. 76.

придржавају арбитражног уговора и да штите индивидуалне интересе странака, а не јавни интерес. Ипак, с обзиром да арбитражне одлуке не могу егзистирати у временском и просторном вакуму, већ се извршавају у конкретном правном систему и у конкретној држави, често и уз помоћ судова, то се може рећи да припадају правном систему државе у којој су донете или у којој треба да буду извршене. Из тих, пре свега, практичних разлога и трибунали морају да воде рачуна о поштовању основних вредности земље у којој имају седиште и арбитрабилним сматрати спорове који су као такви прихваћени у домаћем праву. У том смислу се питање меродавног права по коме ће се одлучивати о арбитрабилности спорова може поставити и пред арбитражним трибуналима. Без обзира што арбитражни трибунал нема *lex fori*, код утврђивања арбитрабилности конкретног спора арбитражи морају водити рачуна о томе да незадовољна страна може покренути поступак пред судом државе у којој је седиште арбитраже ради утврђивања пуноважности арбитражног уговора (арбитрабилности) или за поништај донете арбитражне одлуке. Из тих разлога и арбитражни трибунали о арбитрабилности најчешће одлучују применом права седишта арбитраже (*lex arbitri*).⁴⁸⁰ Међутим, и арбитражи ће узети у обзир *lex loci arbitri* само ако спор који је у току има "територијалну везу са седиштем арбитраже."⁴⁸¹

4. У којој фази се може поставити питање арбитрабилности

О подобности спора да буде решен пред арбитражом, може се расправљати пред арбитражом приликом одлучивања о надлежности и пред националним судовима током и након завршетка арбитражног поступка. Пред судовима се питање арбитрабилности може поставити у фази пре покретања арбитражног поступка и након што је донета арбитражна одлука: у поступку за поништај или у поступку признања и извршења одлуке. У фази пре него што је покренут арбитражни поступак, једна страна из арбитражног уговора може пред судом покренути поступак ради утврђивања да не постоји пуноважан арбитражни уговор и у

⁴⁸⁰ S. Brekoulakis, *н. дело*, 2009, стр. 111, пас. бр. 6-37.

⁴⁸¹ *Исто*, пасус бр. 6-38.

оквиру тога да конкретан спор није арбитрабилан. Друга страна може оспорити надлежност суда приговором постојања пуноважног арбитражног уговора (приговор арбитрабилности, *exceptio arbitrendum*). Поступак се може покренути пред судом у држави једне од странака или пред судом у седишту арбитраже. Суд ће се огласити надлежним и применити *lex fori* само ако постоји територијална или стварна веза са предметом спора, тј. ако постоји сукоб надлежности између арбитражног трибунала и националног суда.⁴⁸² Сукоб надлежности постоји ако је у националном праву државе суда прописана искључива надлежност судова за спорове који су у току пред арбитражом.⁴⁸³

И након што је покренут арбитражни поступак или је поднет захтев за покретање арбитражног поступка, суду се може обратити тужени са захтевом да суд донесе деклараторну одлуку да арбитражни уговор није пуноважан.

Ако суд нађе да уговор постоји и да је пуноважан, у првом случају ће се огласити ненадлежним, укинуће све радње које је до тада предузео и странке упутити на арбитражу. У другом случају, ако нађе да не постоји арбитражни уговор или да није пуноважан, пред суд се постављају два питања: да ли је надлежан да одлучи о меритуму спора и, друго, да ли одлука о постојању арбитражног уговора обавезује арбитражни трибунал да одбаци тужбу због неарбитрабилности, или и арбитражни суд може о томе одлучивати.

Што се тиче првог питања, национални суд не може засновати своју надлежност самом чињеницом да је пред њим покренут спор и да је нашао да не постоји арбитражни уговор, ако његова надлежност за ту врсту спора не произилази из националних прописа. Ако према националним прописима суд није искључиво надлежан за односни спор, не постоји сукоб јурисдикција између тог суда и арбитраже. У том случају суд није легитимисан - нема *locus standi* да одлучује о

⁴⁸² S. Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori" у L. Mistelis and S. Brekoulakis (уред.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer, 2009, стр. 104, бр. 6-16.

⁴⁸³ Исто, бр. 6-17.

питању арбитрабилности.⁴⁸⁴ Само ако постоји конкуренција надлежности (сукоб јурисдикција) између њих и арбитража, национални судови могу испунити улогу очувања судске (државне) надлежности.⁴⁸⁵ У случају да не постоји сукоб надлежности, суд ће одбити захтев да одлучује о арбитрабилности и предмет вратити арбитражном трибуналу на одлучивање са образложењем да нема "јурисдикциони интерес."⁴⁸⁶

На питање арбитрабилности странке се могу позвати у поступку за поништај и у поступку за признање и извршење арбитражне одлуке. Судови ће и у овим поступцима применити *lex fori*. Међутим, у поступку признања и извршења, потребно је да постоји јурисдикциона веза са државом извршења. Није довољна само чињеница да се извршење арбитражне одлуке могло тражити у тој држави.⁴⁸⁷ Ако између спора и државе суда пред којим се тражи извршење не постоји таква територијална веза, суд пред којим је покренуто питање извршења није надлежан да одлучује о том спору, па ни потребу да применом *lex fori* чува своју искључиву надлежност, јер није повређена арбитражном одлуком.⁴⁸⁸ На примену *lex fori*, под утицајем решења из Њујоршке конвенције чл. V(2)(a) упућују бројна национална права, као и Модел закон у члану 34(2)(б)(и).

⁴⁸⁴ S. Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori" у L. Mistelis and S. Brekoulakis (eds), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer, 2009, стр. 104. 6-18.

⁴⁸⁵ Исто, стр. 107. бр. 6-25.

⁴⁸⁶ Исто, стр. 107, бр. 6-24.

⁴⁸⁷ Исто, стр. 110, бр. 6-33.

⁴⁸⁸ У овом смислу Brekoulakis, стр. 110, пас. 6-35 наводи следећи пример. Ако арбитражни суд у Швајцарској донесе арбитражну одлуку у спору у вези са патентом који је регистрован у Италијанском заводу за патенте, па једна страна тражи извршење одлуке у Италији, италијански суд ће највероватније одбити извршење наводећи да је повређено *lex fori* чији прописи су италијанским судовима давали искључиву надлежност да одлучују о овим посебним споровима. Пошто је релевантни патент био регистрован код италијанског завода, италијански национални судови имају искључиву надлежност о тим споровима који се односе на патент. Узимајући за себе такву надлежност арбитражни трибунал је повредио италијански *lex fori* па италијански судови основано одбијају да изврше тако донете одлуке, позивајући се управо на свој *lex fori*.

5. Резиме

За примену *lex fori* пред судовима и *lex arbitri* пред арбитражама код оцене арбитрабилности се залажу присталице и једног и другог схватања о правној природи арбитрабилности.⁴⁸⁹ Оно по чему се разликују јесу разлози којима то правдају о којима је напред било речи. Присталице јурисдикционог начина решавања питања арбитрабилности, примену *lex fori* сматрају јединим или искључивим решењем у границама "међународних страндарда." Основна замерка која се може упутити оваквом решењу се односи на могућност да тако донета арбитражна одлука не буде призната од суда државе извршења према чијем праву не постоји пуноважан арбитражни уговор, тј. не постоји арбитрабилност конкретног спора. То је ризик са којим мора да рачуна друга страна.

Присталице колизионо-правног метода полазе од *lex fori* као почетног решења, али уговорним странама остављају могућност да ово питање реше и на други начин, у границама унутрашњег и међународног јавног поретка. Ако уговорне стране у арбитражном уговору нису одредиле меродавно право за арбитрабилност, то ће учинити арбитражи по свом избору водећи рачуна не само о праву земље седишта, већ и о праву места извршења.⁴⁹⁰

Арбитрабилност се може ценити и према праву које је меродавно за арбитражни уговор или за меритум спора, али се и таквом избору може приговорити. Примени права које је меродавно за меритум спора се приговара због тога што не води рачуна о правној одвојености арбитрабилности и арбитражног уговора од основног посла. Избору права које је меродавно за арбитражни уговор се приговора јер питање арбитрабилности третира као материјално правно питање

⁴⁸⁹ Вид. *Practioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, стр. 45. пас. 1.2.

⁴⁹⁰ Вид. одлуке у споровима: Corte di Cassazione, 15 maggio 1977., *Foro Italinao* 1980, 190-194; *Rivista di dritto Internazionale Privato e Processuale*, 1979, no.3 стр. 565-571; *Yearbook*, 1981, стр. 229; Corte di Appello Genoa, 7 May 1994, *Fincantieri – Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara SpA v. Ministry of Defence, Armament and Supply Directorate of Iraq, Republic of Iraq*, 4 *Riv Arb* 505(1994), XXI YBCA 594 (1996).

или као један од елемената арбитражног уговора, а оно је, као што је напред показано, пре свега питање сукоба надлежности.⁴⁹¹

На крају, арбитрабилност се може ценити према праву места (државе) где ће бити извршена арбитражна одлука или према праву које сами арбитрари изаберу без обзира на било које национално право.⁴⁹²

Код избора једног од понуђених права, арбитрари морају поћи од питања да ли су способни да на прави начин располажу повереним спором, тј. да га реше на делотворан начин, на начин како су стране из арбитражног уговора очекивале и повериле им мандат. Другачије речено, арбитрари су дужни да предузму све да донета арбитражна одлука не буде поништена и да буде призната и извршена. Са становишта интереса странака у спору, само у том случају има сврхе испитивати постојање или непостојање арбитрабилности. Овакво схватање улоге арбитрара и арбитраже пружа основ за тзв. аутономни приступ код оцене арбитрабилности. Суштину аутономног приступа чини слобода арбитрара, као својеврсних "заступника" странака, да арбитрабилност цене према оним правилима која ће односни спор учинити арбитрабилним а донету одлуку извршиву.⁴⁹³ У овом смислу се наводи и одлука Апелационог суда у Бриселу у коме је суд заузео став да арбитрабилност спора треба ценити "према различитим критеријумима зависно од тога да ли се питање поставља код одлучивања о пуноважности арбитражног уговора или код одлучивања о признању и извршењу арбитражне одлуке."⁴⁹⁴ Наведено схватање још више релативизује улогу *lex fori* и *lex arbitri* тиме што прави разлику у којој се фази арбитражног поступка врши оцена арбитрабилности.

⁴⁹¹ Вид. S. Brekoulakis, "On Arbitrability: Persisting Misconceptions And New Areas Of Concern", у Mistelis/Brekoulakis (уред.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, 2009, део 2.

⁴⁹² S. Brekoulakis, "Arbitrability and conflict of jurisdictions: The(diminishing) relevance of lex fori and lex loci arbitri", у F. Ferrari, S. Kröll(уред.), *Conflict of Laws in International Arbitration*, Munich 2011, стр. 129.

⁴⁹³ Исто, стр. 131.

⁴⁹⁴ Bruxelles, JT 1986, стр. 93. наведено према J. Poudret , S. Besson, *н. дело*, стр. 287, нап. бр. 862.

VII АРБИТРАБИЛНОСТ И ЈАВНИ ПОРЕДАК

У међународним односима, допуштеност арбитражног одлучивања условљена је балансирањем између конкурентских политика. Законодавци и судови у свакој земљи настоје да нађу пожељну равнотежу између искључиве надлежности домаћих судова у питањима која су од јавног значаја (значаја за јавни поредак сваке државе) и, са друге стране, јавног интереса да подстичу арбитражно решавање спорова.⁴⁹⁵

Као што је већ речено, основ арбитражног одлучивања се налази у уговору о арбитражи који ће производити правна дејства само ако није у супротности са правилима јавног поретка⁴⁹⁶ земље седишта арбитражног трибунала. О томе морају да воде рачуна уговорне стране код закључивања арбитражног уговора и коришћења начела аутономије воље и слободе уговарања.

Са друге стране, јавни поредак одређује и границе у којима донета арбитражна одлука може бити извршена. Према општеприхваћеном правилу, судови ће признати и извршити страну арбитражну одлуку само ако није у супротности са јавним поретком земље извршења одлуке. У овом смислу, јавни поредак представља и показатељ целисходности и ваљаности донете арбитражне одлуке. Из наведеног се може закључити да се на јавни поредак може позвати у два случаја који су повезани, али не морају да буду идентични.⁴⁹⁷ У првом случају се испитује сагласност арбитражног уговора и јавног поретка земље у којој се налази

⁴⁹⁵ V. Lazić, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International/ T.M.C. Asser Institut, 199, стр. 151-154.

⁴⁹⁶ С. Перовић, "Недопуштени уговори у спољној трговини" у *Уговори у међународној трговини*, Београд, 1987. стр. 55.

⁴⁹⁷ Вид. Т. Варади, *Међународно приватно право*, Нови Сад 1990, стр. 81; Y. Darains, *Public Policy and the Law Applicable to the Disputes in International Arbitration*, International Council for Commercial Arbitration, VIII the International Arbitration Congress, New York 1986, стр. 1; T.L Harris, "The Public Policy Exception to the Enforcement of International Arbitration Awards Under the New York Convention", *Journal of International Arbitration* 24(1), 2007, стр. 11; O. Ozumba, *Enforcement of arbitral awards: Does the Public Policy exception create inconsistency?*, доступно на: [file:///C:/Users/Ja/Downloads/cepmlp_car13_8_127246631%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Ja/Downloads/cepmlp_car13_8_127246631%20(1).pdf) ; за дефинисање јавног поретка у Европској унији вид. С. Kessedjian, "Public order in European Law", *Erasmus Law Review*, Volume 01 Issue 01, стр. 25-35.

седиште арбитражног трибунала. Сврха таквог судског испитивања је да се утврди да ли је арбитражни уговор у складу и у границама националног (унутрашњег) јавног поретка. У другом случају, суд испитује да ли је донета арбитражна одлука чије се признање и извршење тражи у складу са међународним јавним поретком.

1 Дефинисање јавног поретка

Дефинисање јавног поретка, а посебно однос јавног поретка и арбитрабилности, је сложено питање⁴⁹⁸ којим су се бавили домаћи⁴⁹⁹ и страни аутори.⁵⁰⁰ Разлоге томе би требало тражити у чињеници да се институт јавног поретка не јавља само у арбитражном праву и унутрашњим прописима, већ и у међународном приватном праву и у међународним изворима арбитражног права. Стога не постоји јединствена дефиниција ни домаћег ни међународног јавног поретка, и поред значајног напора и бројних дискусија које су вођене о овим питањима.⁵⁰¹ Тако се прописи који се у једној држави сматрају делом јавног поретка не морају на исти начин третирати у другој држави, чиме се директно утиче да се обим арбитрабилности схвата на различите начине у једној и у другој држави.

У дефинисању јавног поретка према мишљењу професора Перовића⁵⁰² могу се, према полазној и основној идеји разликовати четири приступа или теорије. Први приступ не даје дефиницију јавног поретка, већ оставља слободу судовима да у

⁴⁹⁸ J-F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 292. марг. бр. 343.

⁴⁹⁹ М. Пак, *Међународно приватно право*, треће издање, Београд 1985, стр. 596-617; Т. Варади, *Међународно приватно право*, Нови Сад 1990, стр. 78-89; С. Перовић, "Јавни поредак и арбитража", *Међународна привредна арбитража-стање и перспективе*, Београд, 1997, стр. 275- 307.

⁵⁰⁰ S. Schwebel, S. Lahne, "Public policy and Arbitral Procedure", *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series No. 3, (P. Sanders, уред.), Kluwer Law International, 1987, стр. 205; T.L Harris, *н. чланак*, стр. 10; К.-Н. Voeckstiegel, *Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement*, Paper presented at the 11th IBA International Arbitration Day, IBA Journal of Dispute resolution, Spec. Issue 2008. доступно на http://www.arbitration-icca.org/media/0/12277202358270/bckstiegel_public_policy...iba_unconference_2008.pdf

⁵⁰¹ Тако је Арбитражни комитет Удружења за међународно право предузео амбициозно истраживање које је 2002. године резултирало у усвајању Извештаја и препорука о јавном поретку. Доступан на <http://www.newyorkconvention.org/publications/full-text-publications/general/ila-report-on-public-policy-2002>

⁵⁰² С. Перовић, *н. дело*, 1997, стр. 276-284.

сваком конкретном случају утврде домашај овог појма⁵⁰³. Заговорници друге теорије се залажу да се одреде само основне смернице и упутства судовима приликом дефинисања јавног поретка. Као и у претходном случају и у овој теорији суд представља покретача који у крајњој линији одређује појам јавног поретка. Према овој теорији, јавни поредак је "у суштини један правни стандард у чијој примени суд треба да се држи следећих упустава: њега карактеришу императивни прописи, а они се препознају по санкцији ништавости која се предвиђа за случај да се ови прописе прекрше."⁵⁰⁴

Према трећем приступу, који се не може похвалити бројним присталицама, јавни поредак се дефинише набрајањем закона који штите јавне интересе.⁵⁰⁵ У законе који спадају у јавни поредак углавном се убрајају уставни, административни, кривични закони, закони којима се уређују породнични односи, као и прописи којима се уређује лични статус појединца. Полази се од претпоставке да су односи настали на основу ових закона јавноправне природе и да се успостављају између државе, са једне, и појединаца, са друге стране. Правна природа ових односа условљава да се спорови који могу настати из њих решавају искључиво пред националним судовима.

Аутори из четврте групе се залажу за синтетичко формулисање јавног поретка, како би се дошло до једне општеприхваћене дефиниције. У том смислу нуде бројне дефиниције, али се не може са сигурношћу тврдити да на међународном плану постоји и опште прихваћена.

Једна од најсвеобухватнијих је она према којој је "јавни поредак скуп принципа на којима је засновано постојање и трајање једне правно организоване заједнице, а

⁵⁰³ Присталице ове теорије на различите начине објашњавају зашто се не нуди дефинисање јавног поретка. Па према једног групи аутора се наводи првенствено некорисност и безпредметност дефинисања овог појма у систему у ком постоје законске забране уговарања одређених ствари. По другој групи аутора, јавни поредак је потребно дефинисати од стране суда па неки аутори из ове групе набрајају законе који улазе у јавни поредак док други остављају потпуну слободу судовима. У присталице ове теорије могу се убројити : Morandière, Demogue, Josserand и други.

⁵⁰⁴ Вид. С. Перовић, *н. чланак*, 1987, стр. 82. и С. Перовић, *н. чланак*, 1997, стр. 280, напомена 9.

⁵⁰⁵ Вид. напомену број 10 у С. Перовић, *н. чланак*, 1997, стр. 281.

који се испољава преко одређених друштвених норми (правних и моралних) које странке у својим односима морају поштовати."⁵⁰⁶

Ипак, без обзира на начелну сагласност у вези циљева и елемената јавног поретка, свака држава одређује које су то основне вредности и стандарди друштва које желе да сачувају, и који се морају поштовати. Генерално говорећи, то су основне економске, правне, моралне, политичке, религиозне и социјалне вредности одређене државе.⁵⁰⁷ Полазећи од наведених елемената државе у својим прописима ближе одређују појам домаћег или унутрашњег правног поретка. Тако се, примера ради, у параграфу 1059(2), 2(б) новог немачког ЗПП, наводи да ће арбитражна одлука бити поништена ако "признање и извршење арбитражне одлуке води резултату који је у сукобу са јавним поретком (*ordre public*). О томе шта се подразумева под наведеном формулацијом назнаке се могу наћи у формулацији претходног ЗПП (пар. 1041(1)) у коме је било предвиђено да ће арбитражна одлука бити укинута ако њено дејство води резултату "који очигледно вређа основне принципе немачког права, посебно ако није у складу са уставним правима." Квалификације о "очигледној повреди" и "основним принципима немачког права" су протумачене тако да повреда само императивних прописа не значи и повреду јавног поретка.⁵⁰⁸ И Закон о арбитражи РС у члану 5(2)(б) предвиђа да ће суд поништити одлуку ако утврди да су дејства одлуке у супротности са јавним поретком Републике. И у једном и другом случају се може поставити питање у чему се састоји "негативно" дејство арбитражне одлука која је супротна домаћем јавном поретку. Као примери, у литератури се наводе спорови настали у вези поделе добитка оствареног на коцкању у касину. У неким државама се основни посао поводом кога је донета таква одлука сматра као и сваки други трговачки посао. Међутим, у другим државама су такви послови

⁵⁰⁶ С. Перовић, *н.чланак*, стр. 286

⁵⁰⁷ J. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York 1978, стр. 532.

⁵⁰⁸ Вид. S. Kröll, P. Kraft, коментар уз чл. 1059, стр. 467, марг. бр. 78 у: К.Н. Böckstiegel i drugi, *Arbitration in Germany : The Model Law in Practice*, Kluwer, 2008.

забрањени, па би и одлука могла бити поништена са образложењем да вређа домаћи јавни поредак и да је незаконита.⁵⁰⁹

Без обзира на различите приступе у дефинисању овог појма, свим државама је заједничко да дефинисањем и тумачењем јавног поретка настоје да очувају своје основне вредности те из истих разлога не дозвољавају ни да се извршењем арбитражних одлука угрозе такве вредности. То је имало за последицу да се, зависно од основних вредности сваког друштва, норме (принципи) јавног поретка разликују од земље до земље. Исте разлике постоје и у јуриспруденцији односних држава. Иако сви судови код утврђивања јавног поретка полазе од намере да заштите "основне вредности," основне вредности се схватају различито. Тако јавни поредак у једној групи држава не обухвата ни све императивне прописе, ни све основне принципе, него само "најосновније норме и принципе".⁵¹⁰ У другим државама сви императивни прописи чине део националног јавног поретка.⁵¹¹ Чини се, међутим, да у циљу унапређивања међународне сарадње постоји тенденција да се јавни поредак тумачи уско.

Поред унутрашњег или домаћег јавног поретка, говори се и о међународном и наднационалном (транснационалном) јавном поретку. Међутим, ни око њиховог одређења не постоји потпуна сагласност, почев од тога да ли између њих постоји разлика, до тога, у чему се она састоји. Тако једни сматрају да осим унутрашњег јавног поретка не постоји међународни,⁵¹² и да норме међународног јавног поретка нису ништа друго до норме унутрашњег јавног поретка које се примењују у поступку признања и извршења стране арбитражне одлуке. Други сматрају да се међународни јавни поредак разликује од унутрашњег и да постоји паралелно са

⁵⁰⁹ Преузето из *A. Redfern i drugi, n. дело*, стр. 497, марг. бр. 9-32. Аутори наводе да на сличан начин може бити третирана и одлука у спору између добављача и продаваца вина у појединим исламским државама где је забрањена производња, дистрибуција и конзумирање алкохола.

⁵¹⁰ *К-Н. Vöckstiegel i drugi, n. дело*, стр. 468, марг. бр. 78

⁵¹¹ *Исто*.

⁵¹² У литератури се наводи да турско право не познаје разлику између њих. Вид. *M. Rubino-Sammartano, n. дело*, s. 731.

домаћим или унутрашњим правним поретком. Све ово је допринело да се о јавном поретку говори као о "незаузданом коњу".⁵¹³

Термин међународни јавни поредак први пут је употребљен у француском Законику о грађанском поступку, да би га касније преузели и други закони о арбитражи.⁵¹⁴ Према одредбама члана 1504. у вези са чланом 1502. француског ЗГП, арбитражна одлука донета у Француској⁵¹⁵ може бити поништена ако је супротна међународном јавном поретку. За разликовање међународног од унутрашњег јавног поретка се залаже и Комитет за међународну трговачку арбитражу при Удружењу за међународно право, који је у том смислу сачинио и посебан Прелазни извештај.⁵¹⁶ На потребу разликовања указују и француски судови.⁵¹⁷

Што се тиче односа између међународног и домаћег правног поретка, једна група аутора сматра да међународни јавни поредак није ништа друго до *par excellence*⁵¹⁸ национална установа која за циљ има заштиту основних вредности домаћег поретка у поступку признања и извршења стране арбитражне одлуке.

Други сматрају да је, без обзира на оспоравање разлика између унутрашњег и међународног јавног поретка, у арбитражној теорији прихваћено да међународни јавни поредак представља посебан вид јавног поретка.⁵¹⁹ У правима где је прихваћено ово разликовање, судови ће из различитих разлога, посебно због

⁵¹³ Вид. *Rachardson v Mellish* (1984) *All ER*, 258, пресуда од 30.12. 1994. *ASA Bulletin*, 1995, стр. 217.

⁵¹⁴ Вид. чл. 1502.5 Француског Законика о грађанском поступку од 12. маја 1981. (French Decree Law No. 81-500, од 12. маја 1981; чл.34 Закон о међународној трговинској арбитражи Русије из 1995; чл. 34, 36 Закона Украјине 1994; Чл. 458 до 23(h) Decree No. 83.09 (1993) Алжира; чл. 1096(f) of the Code of Civil Procedure (1986) Португала.

⁵¹⁵ Према одредбама члана 1502.5 ЗГП и одлуке донете изван Француске или у међународним арбитражама у Француској морају бити у складу са "међународним јавним поретком."

⁵¹⁶ Вид. напомену бр. 723. <http://www.newyorkconvention.org/publications/full-text-publications/general/ila-report-on-public-policy-2002>

⁵¹⁷ Вид одлуку Париског апелационог суда *CA Paris*, Mar. 12, 1985, *Intrafor Cofor*. Наведено према Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 954, пас. бр. 1647, напомена 368.

⁵¹⁸ Т. Варади, *н. дело*, 1990, стр. 81.

⁵¹⁹ Појам међународног јавног поретка потиче из француске теорије међународног приватног права, али је касније прихваћен и од домаћих (у то време југословенских) аутора. Вид. А.Голдштај, С. Трива, *н. дело*, стр. 18.

очувања поверења међународне заједнице у арбитражни начин решавања, у поступцима признања и извршења стране арбитражне одлуке *уже* тумачити норме јавног поретка. Тако ће једино флагрантно кршење норми јавног поретка земље извршења бити оправдани разлог непризнавања донете арбитражне одлуке. У овом смислу наводимо и став Апелационог суда у Милану који је тумачећи члан V.2 (б) Њујоршке конвенције, истакао да се под повредом јавног поретка има разумети повреда међународног јавног поретка.⁵²⁰ У образложењу, суд је јавни поредак означио као скуп универзалних принципа које деле народи сличних цивилизација, у циљу заштите основних људских права, која су често дефинисана међународним декларацијама и конвенцијама. Овако дефинисани јавни поредак би се пре могао означити као транснационални, наднационални јавни поредак.⁵²¹

У текстовима међународних конвенција које се односе на признање и извршење одлуке се не може наћи појам и објашњење међународног или транснационалног јавног поретка. Њујоршка и Женевска конвенција предвиђају да се признање и извршење стране арбитражне одлуке може одбити позивањем на јавни поредак земље у којој се захтева извршење. У том смислу одредбе члана V.2 (b) Њујоршке конвенције прописују да надлежни орган може одбити признање и извршење арбитражне одлуке ако установи да би признање и извршење одлуке било противно јавном поретку те земље.⁵²² УНЦИТРАЛ Модел Закон не дефинише јавни поредак, али за разлику од претходних конвенција предвиђа да повреда јавног поретка поред непризнавања⁵²³ стране арбитражне одлуке, може довести и до поништаја одлуке⁵²⁴.

Сматрамо да је потребно разликовати домаћи од међународног јавног поретка, али да и један и други представљају само две стране исте појаве: јавног поретка.

⁵²⁰ Одлуку од 4. Децембра 1992, објављену у XXII *Yearbook*, 1997, стр.725.

⁵²¹ Вид. случај *W. V. F. and V.*, Одлука од 30 Децембра 1994, (1995) Bull. ASA 217; *Republique de Cote d'Ivoire -v- Norbert Beyrard*, 12 Jan. 1993, (1993) Rev. Arb. 685.

⁵²² "Признање и извршење арбитражне одлуке *могу* се такође одбити ако надлежни орган земље у којој је тражено признање и извршење установи.."

⁵²³ чл. 36 Модел закона.

⁵²⁴ чл. 34 Модел закона.

Разлике које између њих постоје одражавају разлике између држава, као заокружених и правно дефинисаних друштвено политичких заједница са свим припадајућим атрибутима и "међународне заједнице" као збирног и недовољно дефинисаног појма. Пошто се оправдање за постојање међународног јавног поретка може заснивати само на оним вредностима које су заједничке свим државама, то његов појам мора бити ужи и мора се уско тумачити (као основни морални или правни принципи који су признати у свим цивилизованим државама).⁵²⁵ У супротном, ако би се појам међународног јавног поретка схватио широко, и као такав примењивао отворила би се могућност да се његовим коришћењем практично врши контрола и својеврсна ревизија домаћег правног поретка. Са друге стране, пошто о позивању на међународни јавни поредак одлучују национални судови, могло би се поставити питање откуд право националним судовима да широком применом недефинисаног међународног јавног поретка као оквира арбитрабилности и признања страних арбитражних одлука, и сами не стварају правну несигурност и стварају ново право.

Поред националног (унутрашњег) и међународног јавног поретка, у арбитражној теорији⁵²⁶ и пракси⁵²⁷ се говори и "европском јавном поретку" и о транснационалном јавном поретку. Под европским (или регионалним) јавним поретком се подразумева поредак изведен из комунитарног права (права Европских заједница, а данас ЕУ).⁵²⁸

⁵²⁵ Вид. Н. Alfazadeh, "In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception", 13 *Am.Rev. Int. Arb.* 43. одлуку швајцарског Федералног суда у предмету *W: v. Faid*.

⁵²⁶ О постојању транснационалног јавног поретка говори и М. Петровић у *Решавање спорова пред међународном трговачком арбитражом*, Крагујевац 1996 стр. 175. Поред транснационалног, Петровић помиње и "комунитарни јавни поредак", наводећи J. Lew (вид. напомену 403). Међутим, проблем настаје што Петровић на исти начин дефинише међународни и транснационални јавни поредак (опет наводећи J. Lew). Међутим Lew говори о транснационалном јавном поретку користећи синоним за међународни јавни поредак, а не као посебној врсти јавног поретка. О томе сведочи и дефиниција коју он предлаже за међународни јавни поредак

⁵²⁷ Одлука суда у Милану од 4 Децембер 1992, објављено у XXII *Yearbook* 725, 1997.

⁵²⁸ Вид. С. Liebscher, "European Public Policy. A Black Box?", *J. Intl. Arb.* 2000, стр. 73.

Транснационални (наднационални) јавни поредак се понекад користи као синоним за "прави" или "чисти" међународни јавни поредак, али у посебном значењу. У другом случају транснационални поредак чине фундаментални принципи природног права, принципи универзалне правде, *ius cogens* међународног јавног права, општи принципи савесности и поштења, принцип аутономије воље и принципи међународног јавног поретка који су заједнички цивилизованим народима.⁵²⁹ Према пореклу, садржину транснационалног правног поретка поред норми које су садржане у националним изворима, чине и норме садржане у међународним изворима права о забрани корупције, трговине дрогом, шверца, недозвољене трговине оружјем и слично.⁵³⁰

2. Кад се поставља питање јавног поретка у међународној трговинској арбитражи

Питање поштовања јавног поретка у арбитражном и поступцима који су повезани са арбитражним поступком, може бити постављено пред арбитражним трибуналима и националним судовима. Арбитражни трибунали ће о поштовању јавног поретка водити рачуна *ex officio* приликом заснивања надлежности и током читавог поступка.⁵³¹ Пред надлежним националним судовима се ово питање може поставити у поступцима који претходе формирању надлежности арбитражног

⁵²⁹ ILC Committee on International Commercial Arbitration's Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, чл. 1(c)(d); J. Lew, *н. дело*, стр. 532, 534 ; M.A. Buchanan, "Public policy and International Commercial Arbitration" (1988) 26 *American Business Law Journal*, стр.511 ; J.Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 422, para. 17-32; J. Enterria, "The role of Public Policy in International Commercial Arbitration", 21 *L& Poly Int'l Business*, 1989-90, стр. 389; S. Perloff, "The Ties That Bind: The Limits of Autonomy and Uniformity in International Commercial Arbitration", 13 *U Pa J Int'l Bus L*, 1992-3, стр. 323.

⁵³⁰ Вид. у том смислу, одлуку *E.g. European Gas Turbines SA v. Westman International Ltd*, 30 Sept. 1993, (1994) Rev. Arb. 359, објављена у (1995) XX *Yearbook* 198, у коме је Апелациони суд Париза заузео став да је подмићивање супротно француском јавном поретку као и моралу међународне трговине схваћене од велике већине држава у међународној заједници.

⁵³¹ Вид. образложење Трговачког суда у Загребу у предмету XLVIII-P-4473/02, од 9. 9. 2003, потврђену од стране Високог трговачког суда ВТСПХ, Рž-1574/04, од 12. просинца 2006. Одлука је објављена у Избору одлука Високог трговачког суда Републике Хрватске, одлука под бројем 17. на стр. 212. Доступно на http://www.vtsrh.hr/uploads/Dokumenti/Zbirka_13.pdf

трибунала и након доношења арбитражне одлуке у поступцима признања и извршења арбитражне одлуке.

2.1. Јавни поредак и уговор о арбитражи

Арбитражни трибунал може засновати своју надлежност само на основу пуноважног уговора о арбитражи. Међутим, као спорно се поставља питање по ком праву се цени његова пуноважност. О арбитражном уговору, његовим битним елементима и пуноважности, било је детаљно речи у претходном делу овог рада. Овде се арбитражни уговор посматра само у светлу могуће примене домаћег или међународног јавног поретка.

На одлучујући значај јавног поретка код оцене пуноважности арбитражног уговора нарочито инсистирају француски судови. Француски судови су након грађанске револуције заузели радикалан став према коме је арбитражни уговор независан од било ког меродавног права,⁵³² те да се о његовој пуноважности одлучује "једино у светлу захтева међународног јавног поретка."⁵³³ У пресуди у предмету *Dalico*, Француски Касациони суд је ближе одредио раније изнети став Апелационог суда, објашњењем да се "постојање и дејство арбитражног уговора цени према императивним правилима француског права и међународном јавном поретку, на основу заједничке намере странака" и не постоји потреба да се упућује на било које национално право.⁵³⁴ Након што је ово схватање највиших судова Француске о потпуној независности (аутономији) и самопостојању арбитражног уговора критиковано,⁵³⁵ у теорији је понуђено тумачење да упућивање искључиво на француско схватање међународног јавног поретка значи

⁵³² Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 228, пас. 435.

⁵³³ CA Paris, Dec. 17, 1991, *Gatol v. National Iranian Oil Co.*, 1993 Rev. Arb. 281. превод на енглески 7Int'l Arb. Rep. B1 (July 1992).

⁵³⁴ *Comite populaire de la municipalite de Khoms El Mergeb v. Dalico Contractors*, 1991 Rev. Arb. 456, превод на енглески 6 Int'l Arb. Rep. B1 (Sept.1991), потврђено Cass.le civ. Dec. 20, 1993

⁵³⁵ J-F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 145. марг. бр. 181. О историјату и еволуцији схватања која су претходила овом ставу француских судова вид. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, пас, бр. 412-414, 435-437.

да важност уговора не може бити зависна од "душевног склопа националног права," али да "јавни поредак" не искључује "нормално меродавно право".⁵³⁶

Другачије речено, "арбитражни уговор није уговор без меродавног права, али је уговор без избора права."⁵³⁷ Овде би меродавно право требало разумети као правила која ће према француском појму међународног јавног поретка бити поштована да би арбитражни уговор био пуноважан.

У највећем броју међународних конвенција пуноважност арбитражног уговора се цени према праву седишта арбитраже. Без обзира што међународна трговинска арбитража нема класичан *lex fori* арбитрари ће код оцене пуноважности арбитражног уговора свакако водити рачуна о поштовању императивних правила и правила јавног поретка земље седишта арбитраже. У супротном, би се могао створити основ за поништај донете арбитражне одлуке. Уговор о арбитражи ће бити супротан јавном поретку уколико вређа основне вредности државе у којој заседа арбитража. Вредности које представљају део јавног поретка се по правилу не подвргавају арбитражном одлучивању јер се основни принципи јавног поретка не могу тумачити пред арбитражом. За такво схватање се наводи више разлога.⁵³⁸

Први разлог је процесне природе и упућује на неопходност разликовања поступка пред арбитражом и националним судовима. Поступак пред арбитражом се не одвија по тако строгим правилима као онај пред судом. Одлука се често доноси након поднетих писаних „исправа“, док ће поступак саслушања сведока уследити једино ако странке то изричито желе. Поступак испитивања странака и сведочење вештака је доста "лежернији" у односу на исте поступке пред судом. У арбитражном поступку, арбитрари су везани уговором о арбитражи и не смеју прекорачити поверена овлашћења. За разлику од њих, судије своја овлашћења црпе из закона. Овакав став је заузет и у предмету *Alexander v. Gardner - Denver*⁵³⁹

⁵³⁶ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 232, пас. бр. 441.

⁵³⁷ *Исто*. пас. бр. 442.

⁵³⁸ Ово схватање заступа S. Brekoulakis у „Fundamental Observation and applicable law, Chapter 2- On arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern“ *н. чланак, Arbitrability*, стр. 23.

⁵³⁹ У конкретном случају Врховни суд САД заузео је став да арбитражна одлука донета на основу компромисорне клаузуле која је садржана у колективном уговору између тужиоцевог

у коме је Врховни суд Америке у образложењу одлуке навео да арбитар може решавати само спорове поверене од стране странака (уговорна природа арбитраже). Ако арбитри прекораче овлашћења и упусте се у решавање питања која су на сличан или исти начин регулисана императивним прописима, анализирајући при том донети закон, суд ће такву одлуку поништити. У образложењу се, даље, наводи да неформалност која одликује арбитражни поступак није прикладна код одлучивања о споровима који су регулисани нормама императивне природе (који се односе на начело недискриминације које је предвиђено Федералним законом). На крају, арбитражна одлука може бити донета без образложења, за разлику од судске одлуке која мора да садржи образложење.

Други разлог се односи на коначност арбитражне одлуке. Након што буде донета, против арбитражне одлуке нема места правним лековима који су предвиђени у судском поступку. Незадовољна странка се једино може обратити суду за поништај арбитражне одлуке. Разлози за поништај домаће арбитражне одлуке су углавном формално правне природе и, осим јавног поретка, не омогућавају да се правни и чињенични основ одлуке преиспитује.⁵⁴⁰

Трећи разлог се односи на нејавност поступка. Као једна од основних карактеристика поступка пред арбитражом је и нејавност, којом се штити репутација странака у спору. За разлику од одлука суда које се објављује и где се поступак води јавно, у арбитражи се расправе воде иза затворених врата, одлуке се по правилу не објављују и идентитет странака се не објављује. Ако би спорови који су настали као последица повреде јавног интереса остали необјављени и приватни, повреде истих принципа би се могле поновити. Судске одлуке се објављују па се судови нижег ранга могу руководити пресудама виших судова, чиме се спречава поновно кршење основних вредности јер су грађани упознати са последицама недозвољеног понашања.

синдиката и фирме у којој је радио не лишава тужиоца (Alexander) да се поводом исте ствари обрати суду. Тужилац се позивао на дискриминацију као услов отпуштања. Вид. више у http://scholar.google.com/scholar_case?case=2367609373334143417&q=alexander+v.+gardner-denver+co&hl=en&as_sdt=2,5&as_vis=1

⁵⁴⁰ М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 266, марг. бр. 7.36.

У правно политичком смислу, основни разлог због кога се неарбитрабилност спорова одређује преко јавног поретка, требало би тражити у неповерењу друшта у арбитражни начин решавања спорова. Сумња у способност арбитра, њихово знање и стручност условили су да се још увек спорови о питањима од јавног интереса решавају пред националним судовима. Тако је у неким правима арбитрабилност одређена тзв. негативним приступом, на спорове "који нису противни јавном поретку."⁵⁴¹

2.2. Јавни поредак у поступку признања и извршења донете арбитражне одлуке

Страна арбитражна одлука ће бити призната и извршена само ако је у сагласности са нормама јавног поретка земље извршења. Повреда јавног поретка земље извршења представља разлог за непризнавање, који је предвиђен у члану V.2 (б). Њујоршке конвенције⁵⁴² и у члану 36. УНЦИТРАЛ Модел Закона. Наведена решења сведоче о томе да одлучујућу улогу и последњу контролу над арбитражним поступком имају државно право и државни судови.⁵⁴³

У жељи да са једне стране осигурају поштовање основних вредности државе, а са друге да поштују коначност донете арбитражне одлуке, у бројним државама судови се у поступку признања и извршења позивају и на принципе међународног јавног поретка. С обзиром да, као што је раније напоменуто, не постоји опште

⁵⁴¹ Чл. 11 Singapore Arbitration Act. "Сваки спор које су странке путем арбитражног уговора предвиделе, може бити решен путем арбитраже осим ако није противан јавном поретку." Слично решење садржано у чл. 2060. француског Закона о грађанском поступку, према коме "у свим предметима који се односе на јавни поредак није могуће уговорити арбитражу."

⁵⁴² Појам јавног поретка је експлицитно наведен као разлог непризнавања арбитражне одлуке у члану V.2(б). Међутим, његов утицај је приметан и у ранијим ставовима (алинејама) члана V. Тако члан V.1(б) као и V.2(a) непризнавање арбитражне одлуке познаје у случају неарбитрабилности спора. Иако се може чинити да је разлика између арбитрабилности и јавног поретка невидљива, није сувишно да постоје ове разлике. Наиме, правна правила која уређују питање арбитрабилности не морају нужно бити део јавног поретка. Иако је питање арбитрабилности уређено императивним прописима, потребно је нагласити да императивни прописи не морају нужно да буду део јавног поретка.

⁵⁴³ L. Mistelis, "Is Arbitrability a National or an International Law Issue?", у: *Arbitrability*, стр.2. напомена 6; Interim Report on Public Policy as a bar to Enforcement of International Arbitral awards, стр. 2.

прихваћена дефиниција међународног јавног поретка, у судској пракси⁵⁴⁴ се основано скреће пажња да "одређивање јавног поретка не може бити исцрпно дефинисано, већ му треба приступити са великим опрезом. Приликом непризнавања донете одлуке мора постојати неки елеменат незаконитости или да признање и извршење одлуке може штетити општем добру друштва или би представљало увреду за уобичајено разумног и потпуно информисаног припадника јавности у чије се име врше овлашћења државе." У овом смислу је и Апелациони суд Сједињених Америчких Држава, у случају *Parsons & Whittemore*⁵⁴⁵, истакао да непризнавање арбитражне одлуке због повреде јавног поретка може бити оправдано једино у случајевима када се крше основе морала и правде државе форума." И немачки Савезни суд *Bundesgerichtshof*⁵⁴⁶, наводи да кршење основних правила јавног или комерцијалног живота у Немачкој, као и повреда немачке идеје правде у фундаменталном смислу представља основани разлог за непризнавање арбитражне одлуке. Обична повреда материјалног и процесног права учињена од стране арбитражног трибунала није довољна да се тумачи као фундаментална повреда јавног поретка.⁵⁴⁷

Анализа арбитражне праксе показује да позивање на јавни поредак ретко доводи до одбијања признања и извршења арбитражне одлуке. Разлози за овакву праксу⁵⁴⁸ се могу тражити у ужем тумачењу норми јавног поретка у поступку признавања и разликовању домаћег и међународног јавног поретка.

⁵⁴⁴ Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrgesellschaft mbh v. Ras Al Khaimah National Oil Company [1987] 2 Lloyd's Rep. 246, 254. Одлука донета 12. јуна 1990.године.

⁵⁴⁵ Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. -v- Société Générale de l'Industrie du Papier RAKTA, 508 F.2d 969(Second Circuit, 1974) and Bank of America 508 F. 2d 969 (2nd Cir., 1974).

⁵⁴⁶ BGH, 12 July 1990 - III ZR 174/89, NJW 1990, стр. 3210.

⁵⁴⁷ Вид. више Karl-Heinz Böckstiegel, "Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement", *IBA Journal of Dispute resolution*, Special Issue 2008, The New York Convention – 50 Years, стр. 129.

⁵⁴⁸ A. J. van den Berg, *Refusal of Enforcement under the New York Convention of 1958: the Unfortunate Few* (1999) доступно на: <http://www.hvdb.com/wp-content/uploads/1999-AJvdB-Refusals-of-Enforcement-under-the-NYC-The-Unfortunate-Few.pdf>

2.3. Однос јавног поретка и меродавног права

Прописи који чине јавни поредак могу утицати и на садржину права које се као меродавно примењује на меритум спора. У претходном делу анализиран је начин на који јавни поредак утиче на заснивање надлежности арбитражног трибунала, као и начин на који утиче на признање и извршење донете одлуке.

У претходним тачкама је констатовано да право меродавно за меритум спора могу изабрати саме странке у спору или арбитраи. Циљ ове тачке је да поново истакне да њихова слобода при избору меродавног права није неограничена и да се мора кретати у границама јавног поретка земље седишта трибунала. Приликом заснивања надлежности и одређивања права које ће применити на спорни однос арбитраи ће узети у разматрање и вредности које су опште прихваћене, јер само на тај начин могу да обезбеде шире извршење одлуке у различитим државама.

У том смислу се може рећи да јавни поредак пред међународном трговинском арбитражом има позитивну и негативну функцију у заштити основних вредности међународне заједнице. У својој негативној функцији, јавни поредак делује као штит⁵⁴⁹ којим се међународна заједница брани од било ког поступка који би могао да наруши јавни поредак. У том смислу право које је меродавно за одређени спор се неће применити ако је у супротности са основним опште прихваћеним принципима. У својој позитивној функцији, јавни поредак делује као мач⁵⁵⁰ међународне заједнице. Путем института јавног поретка, односно норми непосредне примене осигураће поштовање основних вредности поретка и поред примене неког другог права. (укључивајући у решавање спорова основне принципе међународне заједнице.) Позитивна функција јавног поретка се огледа кроз норме непосредне примене, чије поштовање и примена на одређени спор за циљ имају заштиту основних принципа заједнице. Међутим, норме непосредне

⁵⁴⁹ J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 422, пар. 17-32.

⁵⁵⁰ P. Lagarde, "Public Policy", *International Encyclopedia of Comparative Law* (J. C. B. Mohr and Martinus urd.) Nijhoff Publishers 1994, стр. 9.

примене не смеју се поистовећивати са институтом јавног поретка.⁵⁵¹ О нормама непосредне примене биће више речи у наставку рада.

2.4. Међузависност јавног поретка и арбитрабилности

Непосредна међузависност између јавног поретка и арбитрабилности се може најбоље видети ако се арбитрабилност схвати у најширем смислу: као скуп ограничења и услова које мора да задовољи спорни однос да би о њему могла мериторно да одлучује арбитража. Прописи који чине садржину јавног поретка свакако представљају један од тих услова или препрека будући да их морају узети у обзир и судови и арбитраже приликом одлучивања о спорном односу.⁵⁵²

Јавни поредак има двоструку улогу: да одреди границе у којима се може кретати слобода уговарања и аутономија воље код закључивања арбитражног уговора и да постави границе у признању и извршењу арбитражних одлука, тј. да одреди границе садржине арбитражне одлуке. Ове улоге или функције јавног поретка је важно разликовати јер се разликују и санкције које се примењују у једном и у другом случају.⁵⁵³ У првом случају, јавни поредак непосредно одређује границе арбитрабилности и представља услов надлежности арбитражног трибунала. У другом случају, признање и извршење арбитражне одлуке може бити доведено у питање позивањем на јавни поредак, чиме се доводи у питање основна сврха арбитраже да извршивом арбитражном одлуком дефинитивно реши спор.

Позивање на јавни поредак може на два начина да доведе до сужавања појма арбитрабилности па чак и до негирања.⁵⁵⁴ У првом случају, неарбитрабилним се сматрају спорови из односа који су регулисани прописима јавног права који су императивног карактера. Из ових разлога су дуго времена спорови из картелног права и поједини спорови из повреде права конкуренције сматрани објективно неарбитрабилним. За ове спорове држава је резервисала искључиву надлежност

⁵⁵¹ Вид. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 852.

⁵⁵² Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 330, пас. бр. 559.

⁵⁵³ Вид. J-F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 293. марг. бр. 344.

⁵⁵⁴ К-Н. Böskstiegel, *н. дело*, стр. 5; J-F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 292.

домаћих судова управо из разлога заштите домаћег јавног поретка.⁵⁵⁵ И ограничења која су означена као субјективна су оправдана разлозима јавног поретка. У овим случајевима јавни поредак се третира као услов за надлежност арбитражног трибунала. Са друге стране, јавни поредак представља сметњу за примену арбитражне одлуке: ако би признање и извршење арбитражне одлуке било противно јавном поретку.

3. Норме непосредне примене и међународна трговинска арбитража

3.1. Општи појам норми непосредне примене

На сличан начин као што то чине норме јавног поретка и норме непосредне примене могу утицати на постојање или обим арбитрабилности. Наиме, у складу са начелом аутономије воље, уговорне стране су слободне да као меродавно право изаберу право једне од њих, право треће државе, *lex mercatoria* и опште принципе права или неку од ових комбинација. При томе се као основно, поставља питање да ли арбитражи у њиховој примени морају да узму у обзир и норме тзв. непосредне примене јавног права које је релевантно, али које стране нису изабрале или су везане избором које су стране учиниле.⁵⁵⁶ Овим нормама државе уређују не само основну структуру и организацију, већ и одређене приватно правне односе, посебно односе између домаћих и страних субјеката. За ова разматрања су од значаја међународни трговински односи који су, осим диспозитивним прописима, регулисани и императивним прописима, као што су царински, девизни, порески и слични којима се намећу одређена ограничења. Ове и друге норме могу, али и не морају бити саставни део изабраног права. Ограничења која су садржана у њима могу бити део правног поретка неке треће државе па се у тим ситуацијама поставља питања обавезности и оправданости њихове примене на спорни однос.

⁵⁵⁵ У овом смислу је одредбама члана 2060. Француског грађанског законика изричито прописано да "није могуће уговорити арбитражу у предметима који се односе на јавни поредак."

⁵⁵⁶ Вид. M.R. Baniassadi: "Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration", 10 *Int'l Tax & Bus. Law.* 59 (1992), стр. 61. доступно на <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol10/iss1/2>

У теорији су ове норме означене као норме непосредне примене⁵⁵⁷ јер се примењују на одређени спорни однос независно од воље уговорних страна. У норме непосредне примене спадају прописи о ембаргу, корупцији, забрани нелојалне конкуренције. Њиховом утицају на арбитрабилност ће бити посвећене следеће тачке овог рада.

3.2. Дефинисање норми непосредне примене

Норме непосредне примене⁵⁵⁸ се дефинишу као норме које се примењују на одређени спорни однос независно од изабраног односно утврђеног права,⁵⁵⁹ или чија примена не може бити искључена споразумом странака.⁵⁶⁰ Њихова примена није условљена избором материјалног и процесног права од стране уговорника.⁵⁶¹ У Уредби Рим I, норме непосредне примене су дефинисане као "одредбе чије се поштовање сматра кључним у држави за заштиту њених јавних интереса, попут политичке, социјалне или економске организације, у мери у којој их је могуће применити на било коју ситуацију коју обухватају, без обзира на право које је иначе меродавно за уговор на основу ове Уредбе."⁵⁶²

⁵⁵⁷ Више о нормама непосредне примене у међународној трговинској арбитражи вид. Y. Derains "Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration" у *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* (P. Sanders уред.), 1987, стр. 227, 228.; Н. Grigera Naón, *Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration*, J.C.B. Mohr, 1992; B.von Hoffmann, "Internationally Mandatory Rules of Law before Arbitral Tribunals", *Act of State and Arbitration* (K-Heinz Böckstiegel уред.) Köln, Berlin, Bonn, München, 1997.

⁵⁵⁸ У енглеској литератури за норме непосредне примене користе се следећи изрази: *mandatory rules, act of public authority, interventionist' rules*. У француском језику : *'lois d' application immédiate, lois de police*. У немачком *Eingriffsnormen*. У правној теорији није постигнута сагласност око употребе једног од наведених термина приликом одређивања појма норми непосредне примене. Вид. више J. Beulker, *Eingriffsnormenproblematik in Internationalen Schiedsverfahren*, Max-Planck Institute für ausländisches und internationales Privatrechts, Mohr Siebeck, 2005, стр. 8-13.; Ph. Fouchard, E.Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, пара.1520.

⁵⁵⁹ B. von Hoffman, "International Mandatory Rules of Law before Arbitral tribunal", *Acts of State and Arbitration*, стр. 4; M. Blessing, *Introduction to Arbitration- Swiss and International Perspectives*, Kluwer / Helbling & Lichtenhahn, 1999. стр. 228, A. Sheppard, "Mandatory Rules in International Commercial Arbitration – An English Law Perspective", *Am. Rev. of Int'l. Arb.*, 18(2007) стр. 121.

⁵⁶⁰ A. Sheppard, *н. дело*, стр. 121.

⁵⁶¹ P. Mayer, "Mandatory Rules of Law in International Arbitration", 2 *Arbitration International*, стр. 274, 275.

⁵⁶² Чл. 9(1) Уредбе (ЕЗ) бр. 593/2008 Европског парламента и Савета од 17. јуна 2008. о праву које се примењује на уговорне обавезе (Рим I).

По својој природи, норме непосредне примене су првенствено норме јавноправног карактера⁵⁶³, мада има и супротних мишљења.⁵⁶⁴ Како и норме јавног поретка имају исти циљ: да заштите основне вредности једног друштва, потребно је испититати њихов међусобни однос.⁵⁶⁵

3.3. Однос између норми непосредне примене и наднационалног јавног поретка

Између норми непосредне примене и норми наднационалног јавног поретка постоје сличности и разлике. Сличности се могу тражити у начину примене и циљу доношења ових норми. Примена и једних и других норми је императивног карактера и независи од воље уговорних страна. И једне и друге норме се доносе са циљем да омогуће очување одређених виталних (општих) интереса.

Норме непосредне примене доноси свака држава како би заштитила сопствене интересе. Овим нормама законодавац прописује обавезну примена унутрашњег (сопственог) права у споровима међународног карактера. На тај начин се директно сужава могућност избора меродавног права од стране уговорних страна. Норме наднационалног јавног поретка такође штите основне вредности и интересе друштва. Већ је речено да арбитра приликом решавања спора неће применити норму која је у супротности са основним принципима наднационалног јавног поретка. Међутим, док норме непосредне примене првенствено штите

⁵⁶³ Т. Рајчевић, "Закони обавезне примене и јавни поредак у међународном приватном праву", *Страни правни живот* 3/ 1998, стр. 90.

⁵⁶⁴ Г. Кнежевић, В. Павић, *н. дело*, стр 144.

⁵⁶⁵ Норме непосредне примене и јавни поредак представљају два различита појма и о томе у међународној и домаћој доктрини постоји сагласност. Вид. А. Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2004, стр, 161 и даље, А. Јакшић, *н. дело*, стр. 150. Међутим, М. Петровић у чланку "Јавни поредак и међународна трговачка арбитража" *Правни живот* 9-10/1994, стр. 1405-1413 о нормама непосредне примене говори као о саставном делу јавног поретка. Вид. стр. 1407.

интересе појединачних држава⁵⁶⁶, норме наднационалног јавног поретка штите интересе друштва као целине.⁵⁶⁷

Осим сличности постоје и разлике између ове две групе норми.

Разлика између норми непосредне примене и норми наднационалног јавног поретка се може тражити у односу на колизиону технику којом се одређује меродавно право. О *начинима примене* норми непосредне примене постоје различита схватања. Једни аутори сматрају да су норме непосредне примене принудна материјална правила која на експлицитан или имплицитан начин одређују област своје сопствене обавезне примене, односно намећу сопствену меродавност без посредовања колизионих норми."⁵⁶⁸ На тај начин одређена норма садржи у себи једнострану колизиону норму.

Према другом схватању, норме непосредне примене претходе примени колизионе норме и примењује се независно од прихваћене колизионе технике. Заступници овог схватања сматрају да "Норме непосредне примене можемо да укратко одредимо као норме које претендују да буду примењене на основу наредбе садржане у самој норми, и то на све правне односе који са овим правним системом долазе у контакт, чак и када примена права правног система коме припадају норме непосредне примене не произилази као резултат примене колизионоправне методе одређења меродавног права."⁵⁶⁹ Пракса показује да норме непосредне примене претходе примени колизионе технике одређивања права.

⁵⁶⁶ Иако се норме непосредне примене односе на појединачне државе, постоје и норме донета на нивоу Уније као супранационалне организације које штите интересе Уније.

⁵⁶⁷ Кроз појам јавног поретка рефлектују се основне економске, правне, моралне, политичке, религиозне и социјалне вредности сваке државе или наднационалне заједнице. Вид. J. Lew *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, 1978. стр. 532.; P. Laliv, "Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration", у: *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* (P. Sanders уред .) 1987, стр 257, 285, 286.

⁵⁶⁸ Б. Бардош , *Сукоб закона код уговора о трансферу технологије са елементом иностраности*, Нови Сад 1989 (докторска дисертација) стр. 145; А. Barraclough, J. Waincymer, "Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6, 2005. стр. 2. доступно на <http://www.law.unimelb.edu.au/files/dmfile/download/bcc1.pdf>

⁵⁶⁹ А. Јакшић, *н. дело*, стр. 151. напомена 539.

Норме наднационалог јавног поретка ће се применити након примене колизионе норме. Другим речима, до примене норми наднационалног јавног поретка ће доћи тек након одређивања меродавног права. Из овог редоследа, међутим, не треба судити и о њиховом хијерархијском односу. У случају да норме меродавног права под којим се подразумевају и норме непосредне примене тог права нису у сагласности са опште усвојеним принципима, до њихове примене на спорни однос неће ни доћи. Из тога следи да норме наднационалног јавног поретка уживају већу правну снагу од норми непосредне примене.⁵⁷⁰

Да закључимо, норме непосредне примене искључују колизиони начин одређивања меродавног права, док наднационални јавни поредак искључује примену страног материјалног права. Међутим, због недовољно прецизиране границе између норми непосредне примене и наднационалног јавног поретка, поједини аутори говоре о негативној функцији наднационалног јавног поретка, сматрајући под тим искључење од примене колизионе норме. Сматрамо да се не може говорити о искључењу примене колизионе норме, већ једино о искључења права на које је упутила колизиона норма. До искључења примене колизионе норме ће доћи уколико се на спорни однос примене правила непосредне примене. У том смислу се једино може говорити о негативној функцији норми непосредне примене.

Иако се о тананој разлици између норми непосредне примене и наднационалног јавног поретка може и шире полемисати, за потребе овог рада у даљем тексту ће бити речи искључиво о нормама непосредне примене.

3.4. Врсте норми непосредне примене

У зависности од природе интереса који се жели заштитити прописивањем, императивне норме се могу поделити на:

⁵⁷⁰ O. Chukwumerije, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, Praeger, 1994, стр. 193.

1. норме којима се штите основна правна и морална начела и вредности датог друштва и државе;⁵⁷¹
2. норме са циљем заштите одређених монетарних интереса државе, попут прописа о контроли спољнотрговинске размене или прописа о ограничењу новчаног трансфера;
3. норме путем којих се штити благостање грађана одређене државе. Нпр. заштита економски слабије странке, недовољно упућеног инвеститора у пословима трговине хартијама од вредности;
4. норме којима се штити слободна трговина и ефикасно функционисање тржишта, као што су прописи о забрани нелојалне конкуренције;
5. норме којима се штити фискални и економски систем државе попут оних о царинским прописима или ограничења увоза и извоза;
6. норме које су донете из политичких разлога, нпр. оне којима се забрањује трговина са одређеним земљама.⁵⁷²

Ове норме имају за циљ заштиту политичких и војних циљева и интереса. У том циљу доносе се одлуке о бојкоту или ембаргу против одређене државе.

Према припадности одређеном правном поретку норме непосредне примене се могу класификовати на оне које припадају⁵⁷³:

1. праву које је изабрано као меродавно за уговор (*lex causae*)⁵⁷⁴;

⁵⁷¹ Ову поделу прихвата М. Петровић, *н. дело*, 1994, стр. 1405 и 1406.

⁵⁷² У том смислу: М. Blessing, "Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration", *Journal of International Arbitration*, No.4 / 1997. стр.27.

⁵⁷³ Подела је преузета од М. Петровић, на истом становишту је и А. Јакшић који не даје овако експлицитну поделу, већ се на основу мишљења изнетог у књизи може доћи до оваквог закључка. Посебно видети стр. 151, 152.

⁵⁷⁴ У општој теорији Међународног приватног права прихваћен је концепт колизионоправне аутономије воље по коме она представља својеврсну тачку везивања (*lex voluntatis*) која има дејство као и свака друга. То значи да се меродавним правом сматра изабрани правни поредак, односно, да се на уговорни однос примењује изабрано право као право и то како диспозитивни, тако и његови императивни прописи. Право од кога се пошло, *lex fori*, не примењује се, па ни његове императивне одредбе, са изузетком оних које чине јавни поредак.

2. праву седишта арбитраже (*lex fori*);
3. праву треће државе, која је тесно везана за спор. Најчешће је то право земље у којој ће одлука бити извршена, која има или ће имати фактичку могућност да се супротстави одлуци или има фактичку власт над уговарачима⁵⁷⁵, или
4. припада наднационалном или супранационалном поретку као што су, на пример, резолуције Савета безбедности УН о санкцијама према неким државама, (Ирак, Либија, Југославија, Србија и Црна Гора).

3.5. Норме непосредне примене и међународна трговинска арбитража

Имајући у виду напред наведене функције и улогу коју норме непосредне примене као државног права конкретног правног система имају, а с обзиром да арбитраже немају *lex fori*, нити су арбитраже део државне јавне организације, као претходно се поставља питање да ли арбитраже обавезују норме непосредне примене и да ли су арбитражи дужни да их примењују. Из чињенице да арбитражи нису "чувари посебних државних јавних интереса",⁵⁷⁶ па ни интереса државе у којој имају седиште, могу их применити под истим условима под којима примењују и странско право: ако су га изабрале саме уговорне стране или на њихову примену упућују релевантне колизионе норме. Оправдање за примену би се могло наћи у уговорној теорији и у овлашћењу које су странке пренеле арбитражама. Тако изабране или одређене норме непосредне примене могу бити део права треће државе или део супранационалног система.

У првом случају, норме непосредне примене меродавног права које је изабрано од стране уговорних страна примениће се директно на одређени спор, *eo ipso*⁵⁷⁷ као

Исто тако, неће се применити само оне норме изабраног права које су супротне јавном поретку државе форума.

⁵⁷⁵ Г. Кнежевић, *Меродавно право за трговачки уговор о међународној продаји робе*, докторска дисертација, Београд, 1987. стр.119.

⁵⁷⁶ Вид. Ch. Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles - Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, Kluwer, 2008, стр. 265.

⁵⁷⁷ Ch. Brunner, *н. дело*, стр 266. наводи да је ово преовладавајући став.

део *lex causae*. Једино ограничење за њихову директну примену се налази у захтеву да не могу бити у супротности са јавним поретком.⁵⁷⁸

Наиме, полази се од претпоставке да су странке приликом избора права имале на уму право у целости, његове диспозитивне и императивне одредбе. Стога би примену норми непосредне примене могле да одбију или да сведу у границе принципа легитимних очекивања. Ова претпоставка је обориве природе па се странке након почетка поступка могу сагласити да уговарајући право одређене земље нису желели и њихова правила непосредне примене.⁵⁷⁹ Најједноставнији и најбољи тачин да се искључи примена норми непосредне примене на настали спор је да странке експлицитно изузму њихову примену.

Други начин на који се норме непосредне примене могу наћи пред арбитражом и утицати на арбитрабилност јесте онда када чине део права седишта арбитражног трибунала (*lex fori*)⁵⁸⁰. Оправдање због којих у овом случају арбитрари примењују норме непосредне примене државе седишта се могу наћи у практичним разлозима јер донета арбитражна одлука може бити извршена у тој држави. Странке се у пословним трансакцијама опредељују за приватни начин решавања спорова између осталог и из разлога економичности и ефикасности поступка. Применом норми непосредне примене земље седишта арбитраже, смањује се могућност поништаја донете одлуке. Може се, наравно, поставити питање да ли су арбитрари дужни да решавајући спор примене неко друго право осим оног кога су странке изабрале.

⁵⁷⁸ Вид. P. Mayer, *н. дело*, 1986, стр. 280; Y. Deraind, *н. дело*, стр. 255; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 848.

⁵⁷⁹ A. Barraclough, J. Waincymer, "Mandatory rules of law in International Commercial Arbitration", *Melbourne Journal of International Law*, бр. 6, 2005, стр. 17. Супротно, А. Јакшић, Избор меродавног права нема за последицу и искључење примене императивних норми јавног права, чак и уколико су странке то у свом уговору предвиделе. Јакшић се позива на В. Von Hoffmann, Berger, Blessing. Видети напомену 570, стр. 159.

⁵⁸⁰ Овакав став ће наћи упориште само у случајевима да се прихвати теорија седишта арбитраже, а не теорија делокализације. Уколико је прихваћена теорија делокализације, арбитражни трибунал нема *lex fori* те није у обавези да консултује норме непосредне примене нити једног правног поретка, па чак ни земље у којој трибунал заседа. У тим случајевима, норме непосредне примене се могу узети у обзир само у оквиру *lex contractus*.

Традиционална арбитражна доктрина⁵⁸¹ и судска пракса одбијају примену страних јавноправних прописа, наглашавајући да арбитражи своју надлежност црпе из арбитражног уговора, чиме су обавезни да поштују исказану вољу уговорних страна поступајући по праву које су странке изабрале.⁵⁸² Овакав став више не налази упориште у савременој доктрини.⁵⁸³ У жељи да донесу арбитражну одлуку која ће бити призната и извршена у некој од земаља, арбитражи морају узети у обзир и норме непосредне примене.

Норме непосредне примене трећих земаља се могу појавити пред арбитражним трибуналом на два начина. Ако норма непосредне примене утиче на испуњење обавеза преузетих уговора, тада се посматра као чињеница која отежава испуњење уговора. На овакав начин посматрана, норма не утиче на пуноважност главног уговора. Она се, наиме, третира као чињеница, постајући тако оперативни елемент⁵⁸⁴ на основу ког се случај решава по праву које је меродавно.

Само у случајевима када се норме непосредне примене директно примењују на конкретни однос можемо говорити о самој примени ових норми и њиховом утицају на главни уговор. Тако ако норме забрањују корупцију, ако је главни уговор погођен корупцијом, неминовно ће доћи до поништаја уговора.

Постоји сагласност да норме непосредне примене треба директно применити на конкретан уговорни однос само у случајевима да представљају део транснационалног (наднационалног) јавног поретка. У тим случајевима,

⁵⁸¹ E. Gaillard, "Sentence arbitrale, Droit arbitrale au fond du litige", у *Droit International Prive Francais*, Paris, 1991. стр, 100. Gaillard истиче да би арбитражи могли да узму у обзир стране императивне прописе који се односе на вишу силу или неморалност, али ван тих прописа, не виде се разлози да арбитражи примене прописе трећих држава. Истиче, да је примена међународног јавног поретка оправданија него примена норми непосредне примене.

⁵⁸² Lalive је у МТК одлучи по. 410-2104, од 15.марта 1972. године, јасно изразио овакав став истичући да он као неутрални и међународни арбитар, није обавезан да води рачуна о локалним и политички инспирисаним јавним поретцима, већ само о заиста међународном јавном поретку.

⁵⁸³ Y. Derains, "Public Policy and Law Applicable to the Dispute in International Arbitration", *ICCA New York Arbitration Congress*, 1986. стр. 227; P. Mayer, *н. дело*, стр. 287.

⁵⁸⁴ Т. Варади,Б. Бордош, Г. Кнежевић, В. Павић, *н. дело*, стр. 174.

оправдана је примена норми треће државе мимо воље уговорних страна, тј. мимо уговореног меродавног права.⁵⁸⁵

О примени норми непосредне примене пред трибуналима говоре и решења одређених међународних конвенција.

Тако члан 16. Хашке конвенције о меродавном праву за уговоре о посредовању и заступању предвиђа: "При примени ове Конвенције, може се признати дејство принудним прописима било које државе са којом конкретна ситуација има значајну везу, ако се и уколико се, по праву ове последње државе ова правила имају применити, без обзира на право које би било меродавно према њеним колизионим нормама." Одредбе члана 9(3) Рим I Уредбе о праву меродавном за уговорне односе предвиђају да се "Може признати дејство нормама непосредне примене државе у којој треба испунити обавезе настале из уговора, у мери у којој те норме непосредне примене чине испуњење уговора противзаконитим. При одлучивању да ли да ће се ови прописи применити, узима се у обзир њихова природа, сврха, као и последице њихове примене или непримене."⁵⁸⁶

Спорови који се односе на примену норми непосредне примене могу генерално да буду предмет међународне трговинске арбитраже.⁵⁸⁷ У прилог томе говоре случајеви у којима се расправљало о питањима увођења санкција, прописа о девизној контроли, о конкуренцији, хартијама од вредности или корупцији.

3.6. Резиме

У старијој правној теорији је владало схватање да јавни поредак утиче на ограничење арбитрабилности спорова. Данас владајуће схватање доктрине указује да је утицај јавног поретка на арбитрабилност смањена. У пракси се показало да јавни поредак има мали утицај на арбитрабилност у међународним трговинским

⁵⁸⁵ Вид. М. Blessing, *Introduction to Arbitration- Swiss and International Perspectives*, Helbing und Lichtenhahn, 1999, стр. 267, Овај став је потврђен и у арбитражној пракси. Вид. случај пред МТК абитражом, бр. 6320 МТК из 1991. Сажетак објављен у Böckstiegel, *н. дело*, стр. 149, 154.

⁵⁸⁶ Више о овим појединачним значењима у А. Barraclough, J. Waincymer, *н. дело*, стр 22 и даље.

⁵⁸⁷ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 337-347 (579, 568), J-F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, para.347. М. Blessing, *н. дело*, 1999, стр. 262-265, para. 789-801.

споровима,⁵⁸⁸ да утицај јавног поретка на арбитрабилност "није доказан"⁵⁸⁹ и да је значај јавног поретка у дискусијама око арбитрабилности "врло ограничен."⁵⁹⁰ Стога се предлаже да се неарбитрабилност спорова испитује у "светлу унутрашњих ограничења арбитраже као механизма за решавање спорова уговорног порекла".⁵⁹¹

Ипак, то не значи да између арбитрабилности и јавног поретка не постоји било каква веза, већ само да се не може говорити о идентичности ова два појма. Тако се питање арбитрабилности може поставити код оцене пуноважности арбитражног уговора или у поступку доношења и извршења арбитражне одлуке, док се садржина и улога јавног поретка односе на право или вредности које не могу бити предмет кршења у арбитражном уговору или арбитражној одлуци.⁵⁹² Принципи који чине јавни поредак, чију садржину чине императивни прописи којима странке не могу слободно располагати,⁵⁹³ су ван домена надлежности арбитражних трибунала и углавном су резервисани за националне судове. Тако се питања која су у супротности са основним вредностима јавног поретка сматрају неарбитрабилним. Међутим, правна правила која ограничавају арбитрабилност не морају бити део јавног поретка.⁵⁹⁴ Иако су таква правила императивне природе и стране их не могу мењати својом вољом, ови императивни прописи не представљају *de facto* део јавног поретка. Поред императивне природе потребно је да поседују и друге квалитете.⁵⁹⁵

⁵⁸⁸ Вид. А. Kirry, *н. дело*, стр. 379.

⁵⁸⁹ S. Brekoulakis, *н. дело*, 2009, стр. 32, пас. бр. 2-39.

⁵⁹⁰ Исто.

⁵⁹¹ S. Brekoulakis, *н. дело*, 2009, стр. 32, пас. бр. 2-42.

⁵⁹² J. R. Sever, "The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy Checks on Us. And Foreign Arbitration: Arbitration out of Control?", 65 *Tnl. L. Rev.* 1991, стр. 1661, 1664.

⁵⁹³ P. Lalive. "Transnational (or Truly International) Public policy and International Arbitration, : Comparative Arbitration Practice and Public Policy ", *Arbitration ICCA International Arbitration Congress*, стр. 261.

⁵⁹⁴ К-Н. Böckstiegel, *н. дело*, стр.183.

⁵⁹⁵ Исто.

ПОСЕБНИ ДЕО

I АРБИТРАБИЛНОСТ СПОРОВА ИЗ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ

1. Специфичности права интелектуалне својине

Специфичност права интелектуалне својине (право на патент, модел, жиг, узорак, трговачко име, ауторска права и др)⁵⁹⁶ је у томе што својим титуларима обезбеђују негативна и монополска овлашћења која им дају државне (јавне) власти у поступку признавања или регистрације конкретног права. Као монополска или искључива, права интелектуалне својине штите интересе или само њихових носилаца или ограниченог броја лица којима је титулар дао право коришћења. Као негативна, ова права дају својим титуларима овлашћења да забране другима да нешто чине или да их зауставе у том чињењу. Другачије речено, она не додељују својим титуларима да нешто учине (позитивно право), већ ограничавају друга лица да користе нека од својих овлашћења. У односу на уговорна права која делују само између уговорних страна, права интелектуалне својине делују према свима (*erga omnes*).⁵⁹⁷ Стога се њихова повреда третира као деликт или недозвољена противправна радња у ширем смислу речи. Сложена природа права интелектуалне својине (ИП права) допринела је различитим видовима заштите. Тако оштећена страна у случају повреде ових права заштиту може тражити на више начина и у различитим поступцима: у парничном поступку, у поступку због повреде лиценце или у кривичним поступцима.⁵⁹⁸

⁵⁹⁶ Вид. С. Марковић, *Патентно право*, Београд 1997, стр. 3.

⁵⁹⁷ Т. Cook, А. I. Garsia, *International Intellectual Property Arbitration*, Vol. 2 of *Arbitration in Context series*, Kluwer Law International, 2010, стр. 7.

⁵⁹⁸ У САД неке повреде ауторског права се третирају као кривична дела кажњива новчаном казном и затвором, као и повреда трговачког имена. Вид. Т. D. Halket, *Arbitration of International Intellectual Property Disputes*, Juris Publishing, 2012, стр. 67. Исти аутор наводи и да је у праву Кине предвиђено седам кривичних дела због повреде неког од права интелектуалне својине.

Тужени се у таквим поступцима могу бранити или да нису повредили право која им се ставља на терет, или да спорно право није заштићено, да му је истекла заштита, или да из других разлога није пуноважно. У том смислу је потребно разликовати спорове који се односе на својину над ИП правима, спорове који се тичу регистрације и спорове у вези њиховог коришћења. Као спорно се поставља питање да ли су наведени спорови, или неки од њих арбитрабилни, пре свега, у објективном смислу.

Питање објективне арбитрабилности ИП спорова није дефинитивно, нити на једнообразан начин регулисано ни у националним правима, ни у судској пракси и правној теорији.⁵⁹⁹ Разлоге томе би требало тражити у различитом тумачењу улоге и домаћају начела аутономије воље и у разликама у схватању јавног поретка. Ови принципи имају важну улогу како у поступку регистравања неког права интелектуалне својине, тако и у њиховом коришћењу.

О начелу аутономије воље као универзалном принципу који је признат и у међународним арбитражама већ је било речи. Овде истичемо да дејство начела може бити ограничено националним и међународним јавним поретком. У том смислу се језгровито истиче да "тамо где престаје аутономија воље, почиње јавни поредак."⁶⁰⁰ То практично значи да уговорне стране могу сагласношћу својих воља уговорити арбитражно решавање само оних спорова који не задиру у јавни поредак одређене државе и за чије решавање није предвиђена ексклузивна надлежност државних судова.

У правној теорији и пракси не постоји јасно разграничење између спорова који су подобни за арбитражно решавање и спорова који су у надлежности државних судова. У већини националних права предвиђена је искључива надлежност

Кривичне санкције су предвиђене и у правима Украјине, Мексика и Јапана. С. Марковић, *н. дело*, стр. 12. као посебну карактеристику патентног права наводи чињеницу да патент као грађанско право настаје у управном поступку, на основу решења управног органа.

⁵⁹⁹ Т. Cook, A. I. Garsia, *н. дело*, стр. 49.

⁶⁰⁰ *Исто*, стр. 50.

државних судова само за спорове из кривично правне материје⁶⁰¹ и спорове из породичних односа. Спорови који се тичу права интелектуалне својине⁶⁰² представљају "сиву зону" и предмет су теоријских дискусија и практичних разматрања. При томе се може претпоставити да ће се општи став који национални законодавац има према приватном начину решавања спорова одразити и на могућност решавања спорова из права интелектуалне својине.

Као генерално оправдање за поверавање ових спорова арбитражама у литератури се наводи⁶⁰³ њихова специфична природа која је повезана са развојем технике,⁶⁰⁴ а која захтева специјализована знања која могу пре стећи арбитри, него судије у редовним судовима. Други разлог произилази из потребе да се правима интелектуалне својине обезбеди неопходна тајност што представља услов за привредну и пословну сарадњу између носиоца и корисника права.

⁶⁰¹ У оквиру неких земаља, националним решањима је предвиђено да повреда одређеног интелектуалног добра може проузроковати и одређене кривичне прекршаје. У случају спора, арбитража неће имати надлежност да расправља о питањима насталих из кривичних прекршаја, али то не значи да неће имати надлежност над споровима насталих као последица грађанско правне повреде.

⁶⁰² Више о појму права интелектуалне својине вид; В. White, *Industrial Property and Copyright*, London 1962; S. Copinger, *On Copyright*, London 1971; D. Bainbridge, *Intellectual Property*, London 1994; A. Dietz, *Protection of Intellectual Property in Central and Eastern Europe*, Paris, OECD, 1995; J. Straus, "The Patent System in the European Union, a Critical Appraisal and Suggestions for its Improvement", *Privreda i pravo*, br.58, Beograd 1997; E. Alvater, K. Prunskiene (ured.) *Intellectual Property Rights in Central and Eastern Europe*, IOS, Amsterdam 1998; C. Corree, A. Yussuf (ured), *Intellectual Property and Internatioanal Trade : The TRIPs Agreement*, Kluwer, 1998; N. Thumm, *Intellectual Property Rights*, Heidelberg 2000; У домаћој теорији: С. Марковић, *Ауторско право и сродна пава*, Београд 1979; М. Јањић, *Индустријска својина и ауторско право*, Београд 1982; С. Марковић, *Патентно право*, Београд 1997; З. Миладиновић, *Субјективна права интелектуалне својине*, Ниш 2004; С. Марковић, *Право интелектуалне својине*, Источно Сарајево 2007; В. Бесаровић, *Интелектуална својина*, Београд 2011; Д. Поповић, *Искључива права интелектуалне својине и слобода конкуренција*, Београд 2013.

⁶⁰³ В. Бесаровић, "Арбитражно решавање спорова из области интелектуалне својине," *Међународна привредна арбитража*, Београд 1997. стр. 62 и даље.

⁶⁰⁴ На који начин развој технике утиче на легислативно уређење вид. више у Д. Поповић, "Жигом заштићене ознаке, кључне речи и оглашавање на интернету", *Право и природа* 4-6/2011. стр. 927-947.

2. Врсте спорова који се тичу права интелектуалне својине

Потребно је разликовати две врсте права интелектуалне својине:⁶⁰⁵ она која захтевају регистрацију и која настају и постоје без регистравања, као што су ауторска права. Спорови могу настати и код једних и код других и могу се односити на постојање и пуноважност ИП права, на својину над таквим правима, уговорна права и обавезе након преноса или давања лиценце за коришћење пренетих права и на спорове настале ван уговорних обавеза. Наведени спорови се у ширем смислу могу груписати на спорове који се односе на правну ваљаност (пуноважност) уписа права интелектуалне својине и на спорове који се односе на коришћење права у коме је једна од уговорних страна власник (титулар) заштићеног права. Посебну групу чине спорови који се односе на коришћење права чије се регистравање не захтева, као што су ауторска права. Када су у питању ауторска права, опште је прихваћено мишљење да се ови спорови као и спорови из права индустријске својине који су настали из одређеног уговорног односа, могу решавати пред арбитражом.

2.1. Арбитрабилност спорова о упису права интелектуалне својине у посебне регистре

Начини стицања права интелектуалне својине се разликују зависно од тога да ли је реч о праву индустријске својине или ауторском праву. Право индустријске својине се стиче уписом у регистар, док ауторска права уживају заштиту на основу прописа. Приликом одобрења права индустријске својине државни органи имају задатак да испитају испуњеност формалних и материјалних услова

⁶⁰⁵ Под појмом права индустријске својине подразумевају се три групе појава и односа који се дешавају у једном друштву. Прва група односи се на проналаске који се одликују високим степеном инвентивности чији се резултати примењују у области индустријске и занатске производње. Друга група појава и односа која се регулише индустријском својином односи се на знакове разликовања у коју се убрајају: робни и услужни жигови и ознаке порекла производа (обележавање географског порекла). Трећа се односи на понашање субјеката на тржишту, при чему се посебна пажња поклања праву конкуренције. Са друге стране, ауторска права обухватају ауторско право и сродна права. Ауторско право дефинише право стваралаца књижевних, научних и уметничких дела. Под сродним правима се подразумевају права произвођача фонограма, видеограма, радио-дифузије и право произвођача базе података.

предвиђених законом. Ако су услови испуњени, подносилац пријаве ће у одговарајућем регистру бити уписан као власник нематеријалног добра. С обзиром да упис у регистар у себи садржи одређене елементе јавног права, који се манифестују у дејству уписа према трећим лицима, питање арбитражног решавања спорова је спорно. У случају повреде овог права, у већини правних система надлежност за одлучивање о тако насталим споровима је поверена државним судовима или одређеним несудским органима који су одлучивали о настанку права интелектуалне својине. Аргументи за овакав став се могу наћи у чињеници да једино државни судови, односно државни органи могу донети одлуке које делују *erga omnes*.

Наиме, циљ регистрације није само да се конкретно лице упише као носилац или титулар конкретног права, већ и да се заштићеном праву омогући *erga omnes* дејство. Начелни проблем код признања арбитрабилности овим споровима настаје због различитог дејства регистрације и арбитражне одлуке. Већ је било речи да арбитражна одлука обавезује странке, да делује само према уговорним странама и странкама из спора (*inter partes*), а не *in rem*. Због тога је у готово свим земљама прихваћен став да се спорови око уписа права интелектуалне својине *не могу* решавати арбитражним путем. Само у малом броју националних права ова врста спорова ужива могућност арбитражног решавања.⁶⁰⁶ Оправдање за такав став се може тражити у правним и у политичким разлозима.

Правне разлоге би требало тражити у правној природи ових права и у особеностима о којима је било напред речи, као и у начину њиховог настанка и заштите. Патентно право је често одређено као право монополског карактера, јер се уписом власништва на жигу или патенту ствара монополска позиција уписаног титулара на одређеној територији.⁶⁰⁷ Како монополско право или монополски положај може да обезбеди само јавна власт, о евентуалним споровима због повреде или прекорачење монополског права могу одлучивати само државни

⁶⁰⁶ Државе које признају арбитрабилност патентних спорова су: Белгија (чл. 51(1) Закона о патентима), Швајцарска (Одлука Савезне канцеларије за Интелектуалну својину из 1975), Сједињене Америчке државе (чл. 294 USC).

⁶⁰⁷ N. Blackaby i drugi, *н. дело*, стр. 125

органи (а не арбитража). Због свог неутралног положаја, једино је држава у стању да истовремено чува јавни интерес тако што признаје *erga omnes* дејство судским одлукама и да титулару права ИП, истовремено, омогући монополски положај.⁶⁰⁸ Из ових разлога се спорови из права интелектуалне својине, или неки од њих, *per se* сматрају неарбитрабилним.⁶⁰⁹

У прилог неарбитрабилности се наводи и ограничено дејство арбитражне одлуке и ограничена надлежност арбитра.⁶¹⁰ Као што је познато, арбитража своју надлежност црпи из пуноважног арбитражног уговора, док су арбитражи ограничени да одлучују само о споровима који су предвиђени истим уговором. Због тога донета арбитражна одлука производи правно дејство само за уговорне стране које су потписале уговор о арбитражи. Како се тиме не доприноси правној сигурности трећих лица, *inter partes* деловање арбитражне одлуке се наводи против арбитрабилности ових спорова.⁶¹¹ Али, ако арбитражна одлука буде призната од стране суда или надлежног државног органа који обавља послове уписа патената, одлука ће уживати исту правну снагу као и судска пресуда. У прилог релативног дејства арбитражне одлуке, тј. неарбитрабилности, говори и чињеница да арбитражи своју надлежност заснивају и црпе из конкретног арбитражног уговора којим, према правилу да нико не може пренети више права него што их сам има, уговорне стране не могу арбитражима пренети надлежност за доношење одлука са *erga omnes* дејством, већ са *inter partes* дејством. Стога арбитражна одлука као врста "приватног посла"⁶¹² обавезује само странке у поступку.

⁶⁰⁸ W. Wu, "International Arbitration of Patent Disputes," *J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.* 10(2011)384, стр. 391.

⁶⁰⁹ Заступник ове теорије је W. L. Craig и др. *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana Publications, 1990, стр. 87-90.

⁶¹⁰ W. Grantham, "The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes," *Berkeley Journal of Intl. Law*, 1996, стр. 184. Вид. напомену бр. 60.

⁶¹¹ У прилог овом ставу су и мишљења J.F. Poudret, S. Besson у: *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2007, стр. 303. Супротно мишљење заступају M. Mustill и S. Boyd, *Commercial Arbitration*, LexisNexis Butterworth, 2001, стр. 73 који се залажу да питање арбитрабилности спора не треба сагледавати кроз дејство арбитражне одлуке.

⁶¹² W. Grantham, *н. дело*, стр. 184.

2.2. Аргументи у прилог арбитрабилности ових спорова

Без обзира што уписом у регистар државни орган одобрава или конституише својину над одређеним нематеријалним добром, упис не предствља *a priori* питање о коме одлучују искључиво само државни судови. Ово због тога што између својине над одређеним нематеријалним добром интелектуалне својине и својине над непокретности постоје сличности и разлике. Својинска овлашћења представљају најшира овлашћења једног лица, које су у готово свим државама након буржоаске револуције националним уставима загарантована као природна права. Историјски посматрано, у Енглеској је за време феудализма монарх био господар односно власник свих непокретности, које је на различите начине додељивао одређеним лицима. Отуда је у историјском смислу питање јавног поретка у споровима о непокретности било разматрано у ширем контексту и у дужем временском периоду. Историја показује да су непокретности које су касније пренете у својину одређених приватних лица некада биле у власништву државе и да је таква трансформација из државне у приватну својину узроковала разлике у схватању класичне својине и интелектуалне својине. За разлику од права својине над непокретностима која потиче од суверена и која се преноси актом или дозволом суверена, интелектуална својина је по правилу везана за појединца као физичко лице и настала је као плод титуларевог личног и креативног рада.

Са друге стране, између својине над интелектуалним добром и својине над непокретности постоји сличност у томе што је постојање и једног и другог права условљено уписом у одговарајући регистар. Упис у регистар у правном смислу има конститутивни значај за стицање својине, док у политичком смислу исказује спремност државе као јавне власти да призна одређено право као приватно. Како се у једном броју националних права као арбитрабилни сматрају и спорови из

права својине на непокретности,⁶¹³ то се питање јавног поретка не поставља ни код спорова у вези регистрације ИП.

О арбитрабилности материјалних услова на основу којих је стечен патент, одлучивао је у једној међуодлуци и Арбитражни суд МТК и заузео став да "у принципу не постоје правне препреке које би спречиле Арбитражни суд да овлашћен од странака одлучује о материјалној пуноважности патента као о претходном питању."⁶¹⁴ Суд је сматрао да се питање пуноважности патента не може третирати одвојено од осталих питања из истог спора, те да је у оквиру арбитражне клаузуле да одлучује и о "неспоразумима" и другим "разликама," чак и које су индиректно повезане са уговором, надлежан да одлучује и о питању пуноважности. Трибунал је сматрао да је овакво тумачење намере уговорних страна у складу са начелом савесности и поштења из меродавног јапанског права (чл. 1(2). Јапанског грађанског законика).

3. Решења у националним правима

Према решењима која су у њима прихваћена, разликују се национална права у којима није призната арбитрабилност, права у којима је арбитрабилност призната у ограниченом обиму и права у којима је споровима из права интелектуалне својине призната потпуна арбитрабилност. Само у малом броју земаља спорови који се углавном односе на регистрацију су искључени из надлежности

⁶¹³ Пример је Хрватска, која дозвољава арбитражно решавање унутрашњих спорова из непокретности. Вид. чл. 3 Закона о арбитражи који прописује: "да странке могу уговорати домаћу арбитражу за решавање спорова о правима о којима могу слободно располагати." Искључива надлежност суда се не поставља као ограничење приликом уговарања домаће арбитраже, што је у доктрини протумачено као могућност уговарања арбитражног решавања у споровима из непокретности. Вид. више А. Uzelac, "Arbitrabilnost- aktuelno uređenje i neka otvorena pitanja u hrvatskom pravu", *PUG* 4/2010, Zagreb 2010, стр. 124-125. Исти аутор "Nove granice arbitrabilnosti prema Zakonu o arbitraži" стр. 11, доступно на: http://www.alanuzelac.from.hr/Pdf/nove_granice_arbitrabilnosti.pdf

⁶¹⁴ Вид. међуодлуку у предмети МТК бр. 6097 (1989), *ICC Ct. Arb. Bull. Oct. 1993*, стр. 79. Наведено према W. Gratham, *н. дело*, стр. 189. V. T. Cook, A. I. Garcia, *International Intellectual Property Arbitration*, Kluwer, 2010, стр. 50; R Adamo, "Overview of International Arbitration in the Intellectual Property Context," *The Global Business Law Review* 2 (2011), стр. 7 и даље. У питању је био спор између јапанске компаније као тужиоца и немачке компаније, као тужене у вези два уговора о лиценци, закључених 1981. и 1986. године.

арбитража.⁶¹⁵ Као редак пример правног система у коме није призната арбитрабилност наводи се право Јужноафричке Републике.⁶¹⁶ *Ограничена арбитрабилност* је призната у највећем броју националних права и она се односи на спорове настале из лиценци и регистрованих ИП права.⁶¹⁷ И спорови који се односе на накнаду штете настале због повреде ИП права се сматрају арбитрабилним. У неким правима арбитрабилност је призната и споровима који се односе на регистрацију ИП права.⁶¹⁸ Ипак, у већини права споровима око регистрације ИП права није призната арбитрабилност (право Немачке, Француске, САД).⁶¹⁹ У судској пракси⁶²⁰ Сједињених Америчких Држава је прихваћен најлибералнији став који дозвољава да о свим питањима из спорова који се односе на пуноважност⁶²¹, повреде⁶²² и потраживања⁶²³ из уговорних односа који су настали на основу патента одлучују арбитраже. Арбитражна пракса, показује да су арбитри приликом решавања одређених спорова ове одредбе закона тумачили

⁶¹⁵ Вид. D. M. Vicente, "Arbitrability of intellectual property disputes: a comparative survey," *Arbitration International*, 31(2015)1, стр. 163-170.

⁶¹⁶ Вид. чл. 18(1) Закона о патентима, No 57, од 26. 04. 1978, касније измењен, No 14, од 1979, No 67, од 1983, No 44, од 1986 и No 76, од 1988. године.

⁶¹⁷ Вид. F. Dessemontet, "Arbitration of Intellectual Property Rights and Licensing Contracts", *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention 1958 in Practice*, (E. Gaillard, D. Di Pietro уред.), London, Cameron May, 2008, стр. 554. и даље.

⁶¹⁸ Тако, на пример, према праву Шпаније, странке могу покренути поступак пред арбитражом који се тиче регистрације трговачког имена, док је према португалском праву дозвољена жалба арбитражном трибуналу на административну одлуку којом је решено питање добијања или одбијања захтева за регистрацију.

⁶¹⁹ Вид. чл. 65(1) Немачког Закона о патентима. Према одредбама наведеног члана, надлежност да декларише ништавост патента припада искључиво Савезном суду за патенте (*Bundespatentgericht*). За супротно мишљење вид. E. Schäffer, "Arbitrability of Intellectual Property Law Disputes in Germany," у *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, стр. 953. и даље који сматра да о овом питању као споредном, може одлучивати и арбитража. За француско право, вид. L 615–17 *Code de la Propriété Intellectuelle*, са изменама од 17 маја 2011. године. Са САД, вид. део 294(а и ц) Закона о патентима, од 1982. године.

⁶²⁰ Тако је суд у предмету *Moses H. Cone Memorial Hosp. v. Mercury Construction Co.*, 460 U.S. 1, 103 S.Ct. 927, 74 L.Ed.2d 765 (1983), заузео став да свака сумња у погледу домашаја арбитрабилног питања треба да буде решена у корист арбитраже.

⁶²¹ Чл. 294(а) Закона о патентима САД.

⁶²² Исто.

⁶²³ Чл. 135 (д) Закона о патентима.

доста широко. Тако су у случају *Miner Enters., Inc. v. Adidas AG*⁶²⁴ обухватили и питање инвентивности патента. Међутим, арбитражна одлука делује *inter partes*⁶²⁵ и није извршна све док се Канцеларији за патенте и жигове не достави обавештење о њој.⁶²⁶

У федералним законским текстовима САД не постоји изричита одредба која се односи на арбитрабилност спорова из права жига, као ни ауторских права, али федерални судови заступају став да не постоји забрана арбитражног решавања спорова о пуноважности или повреди ових права.⁶²⁷

Потпуна арбитрабилност свих спорова из права ИП је прихваћена у праву Швајцарске. Према решењима која су прихваћена у швајцарском праву, сва прва из области патента, жига, модела и цртежа се сматрају арбитрабилним, чак и права која се односе на упис или брисање из регистра права. Арбитражне одлуке

⁶²⁴ *Miner Enters., Inc. v. Adidas AG*, No. 95 C 1872, 1995 WL 708570.

⁶²⁵ Чл. 294(с) Закона о патентима САД, доступно на http://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/consolidated_laws.pdf

⁶²⁶ Чл 295 (д) Закона о патентима САД.

⁶²⁷ D. W. Plant, "Arbitrability of Intellectual Property Issues in the United States", у Worldwide forum 1994, доступно на <http://www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1994/plant.html>. Исто становиште око арбитрабилности спорова из ауторског права заступљено је и у Канади. У случају *Desputeaux v Editions Clouette Inc.*, Врховни суд Канаде заузео је став да странке имају неометану аутономију приликом уговорања арбитражног решавања за све врсте спорова. Пред Врховним судом Канаде оспоравала се одлука апелационог суда која се односила на неарбитрабилност спорова из ауторског права позивајући се на јавни поредак земље. У образложењу које је дао Апелациони суд, наведено је да власништво над одређеним ауторским делом представља питање јавног поретка јер се власништво третира као лично, неприкосновено право једног лица и као такво не би смело да се остави на разматрање арбитрама, већ искључиво спада у надлежност државних судова. Врховни суд је одбацио овај став и донео пресуду у корист арбитрабилности спорова из ауторског права. Више о овом случају на <http://www.mcgill.ca/arbitration/sites/mcgill.ca.arbitration/files/Desputeaux1987-en.pdf>, посебно тач.ка 56 пресуде.

Међутим, донета арбитражна одлука ужива само *inter partes* дејство, тако да Врховни суд Канаде има надлежност да донесе пресуде која ће бити пресуда *in rem* која ће имати дејство према трећим лицима и чија ће дејства моћи бити уписана у регистар. Више о арбитрабилности спорова из интелектуалне својине у Канади у M.A. Smith, M. Cousté, T. Hield и остали, *Arbitration of Patent Infringement and Validity Issues Worldwide*, *Harvard Journal of Law & Tehnology*, Vol. 19, No. 2, 2006, стр. 32

донете по овим питањима уживају јавноправни карактер и делују према свима.⁶²⁸
Потпуна арбитрабилност патентних спорова је призната и у белгијском праву.⁶²⁹

И у праву Шведске⁶³⁰ је призната арбитрабилност спорова који се односе на пуноважност патената. У осталим европским државама не постоји једнообразна правна пракса. Тако су према патентном праву Холандије спорови који се односе на пуноважност и повреде патента неарбитрабилни и спадају у искључиву надлежност суда.⁶³¹ Али, спрови из уговора о коришћењу патента се могу изнети пред арбитражу.⁶³² Исти став око неарбитрабилности спорова у вези пуноважности патента заузет је и у Бразилу.⁶³³ Према праву Финске неарбитрабилним се сматрају спорови о својини над уписаним патентом, жигом или моделом⁶³⁴, као и спорови око ваљаности уписаног права.

Посебан начин ограничења арбитрабилности произилази из релативног дејства арбитражне одлуке. Тако, постоје права у којима је начелно призната арбитрабилност спорова из права ИП, али је дејство арбитражне одлуке ограничено на странке (*inter partes*).⁶³⁵

⁶²⁸ Чл. 177 Закона о међународном приватном праву, чл. 5. Конкордата. Почев од 1975.године Савезни завод за интелектуалну својину прихвата арбитражну одлуку као основ за брисање патента из регистра и проглашава га ништавим. Више о арбитрабилности интелектуалних спорова у Швајцарској у М. Blessing, "Arbitrability of Intellectual Property disputes," *Arb. Int'l* 12(1996)2, стр. 200; R. Briner, "The arbitrability of Intellectual Property Disputes with Particular Emphasis on the situation in Switzerland," у: *Worldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes* (1994) WIPO, Publication br. 728(E) стр. 72; J. F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 303.

⁶²⁹ Вид. чл. 51, део 1 Закона о патентима од 1984. године.

⁶³⁰ A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zurich 1989, стр. 140.

⁶³¹ Вид. чл. 80. Закона о патентима Холандије. Доступно на: http://en.octroocentrum.nl/images/stories/onderwerpen/patent_trademark_or_design/row95_eng_niet_officiele_vertaling.pdf

⁶³² Наведено према М.А. Smith, M. Cousté, T. Hield i ostali, "Arbitration of Patent Infringement and Validity Issues Worldwide," *Harvard Journal of Law & Tehnology*, 19(2006)2, стр. 339, напомена бр. 279. Аутори напомињу да до писања текста нису знали ни за једну арбитражну одлуку из патентних уговорних односа која је тражила да буде извршена од стране суда.

⁶³³ Código de Processo Civil (Brazil's Code of Civil Procedure), чл. 1072-1102.

⁶³⁴ W. Gratham, *н. дело*, стр. 217.

⁶³⁵ Вид. J- F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 304; M. Mustill, S. Boyd, *н. дело*, стр. 73, који наводе Закон о патентима Уједињеног Краљевства.

Према праву Немачке које уређује питање арбитрабилности, прави се разлика између спорова из уговорног односа два лица, попут лиценце и уступања којима се не вређа јавни интерес, који уживају арбитрабилност, и оних којима се задире у јавни интерес државе, као што су спорови о пуноважности патента и жигова. Да се прави велика разлика између ове две врсте спорова говори чињеница да је за надлежност спорова који произилазе из уговорног односа надлежан суд који суди у парничним споровима, док о споровима о пуноважности патената одлучује Савезни суд за патенте (*Bundespatentgericht*).⁶³⁶ У општем смислу, према Закону о парничном поступку: "сваки имовинско-правни захтев може бити предмет споразума о арбитражи. Споразум о арбитражи о неимовинско-правним захтевима производи правно дејство, ако су странке овлашћене да о предмету спора закључе поравнање."⁶³⁷ Ако се ова одредба примени на спорове из патената, арбитрабилним се сматра сваки спор у ком странке могу закључити поравнање. У споровима у којима се оспорава пуноважност неког права чије решење делује према трећим лицима, поравнање се може постићи ако се његово дејство као и дејство одлуке исцрпљује само између странака. Спорови из области жига, односно правног дејства уписа у регистар, поништаја уписа, истека права се третирају као неарбитрабилни.⁶³⁸

3.1. Арбитрабилност спорова из уговорних односа

Питање арбитрабилности спорова из уговорних односа насталих преносом лиценце патената или жига у већини земаља није спорно. У овом смислу се наводи одлука француског апелационог суда од 1994. године, у којој је заузео став "да су спорови који се односе на искоришћавање патената, било да се односе на тумачење или на извршење уговора арбитрабилни" (спорови који се односе на

⁶³⁶ О питању одобрења и испуњености услова за упис у одређени Регистар одлучује Савезни завод за петенте (*Bundespamentamt*), решење о упису се доноси у управном поступку, а жалба на одређено решење подноси се Савезном суду за петенте, а не обичном Управном суду. Разлог за формирање овог суда специјалне надлежности лежи управо у жељи да се патентни поступак учини недељивим. Жалба на донету пресуду могуће је уложити Немачком Врховном суду (*Bundesgerichtshof*).

⁶³⁷ Чл. 1030 (1) *Zivilprozessordnung* (Закон о парничном поступку).

⁶³⁸ W. Gratham, *н. дело*, стр. 207-208.

грађанско правну повреду патента).⁶³⁹ Што се тиче спорова који се односе на питање власништва одређеног патента, апелациони суд је заузео став да "пре могу бити арбитрабилни, него спорови који се односе на пуноважност патента."⁶⁴⁰ Арбитражне одлуке о пуноважности патената неће бити извршене пред француским судовима, јер спадају у ексклузивну надлежност Суда прве инстанце (*Tribunaux de Grande Instance*).⁶⁴¹

У Европској унији се према одредбама члана 22(4) Уредбе број 44/2001, неарбитрабилним сматрају спорови који се директно односе на пуноважност или регистрацију патената, заштитних знакова, дизајна или друга слична права која морају бити депонована или регистрована. За ове спорове је прописана искључива надлежност националних судова држава чланица у којима се води регистар.

Имајући у виду наведене разлике у националним правима, као кључно се може поставити питање одређивања меродавног права. Без обзира на специфичности права интелектуалне својине, у одговору на ово питање треба поћи од решења која су предвиђена за арбитражну клаузулу уопште.⁶⁴²

⁶³⁹ Rev. Arb. 1994, стр. 515 са коментаром J.Jarrosou; слично МТК одлука бр. 6709, ICC Bull. 1994, стр. 69. У којој је наведено (стр. 81 para. 138), да се овакав став може применити и на уговорне односе које се односе на коришћење жига. Наведено према J.F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 305, напомена 983. Исто и М.А. Smith, M. Cousté, T. Hield и остали, *Arbitration of Patent Infringement and Validity Issues Worldwide, Harvard Journal of Law & Tehnology*, Vol. 19, No. 2, 2006, стр. 333.

⁶⁴⁰ Court d' appel Paris 1 e ch., Oct. 31, 2001, *Propriété industrielle* Nov 2002, 20, коментар J. Raynard, наведено према М.А. Smith, M. Cousté, T. Hield и остали, *н. дело*, стр. 333, напомена 221

⁶⁴¹ Закон о интелектуалној својини (Code de la Propriété Intellectuelle) чл. 615-617.

⁶⁴² Вид. В. Nanotiau, "What law governs the issue of arbitrability?", *Arbitration International*, Vol. 12, No. 4, 1996, стр. 393-398; М. Blessing, "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", *Arbitration International*, Vol. 12, No. 2, 1996, стр. 192-194.

II АРБИТРАБИЛНОСТ КАРТЕЛНИХ (АНТИТРУСТ) СПОРОВА

1. Повезаност права интелектуалне својине и права о заштити конкуренције - сличност циљева

У претходној тачки је било речи о арбитрабилности спорова из права интелектуалне својине. Иако право конкуренције чине прописи који су одвојени и различити од права интелектуалне својине, између њих постоје сличности које их повезују. И једни и други прописи се баве питањем монополског положаја. Титулари права интелектуалне својине се по самој природи свог права налазе у монополском положају, па је задатак прописа о интелектуалној својини да трећим лицима омогуће демонополизацију према условима којима се штити, пре свега, положај титулара. Задатак правила о конкуренцији је да на одређеном тржишту обезбеде онај облик такмичења учесника на тржишту (конкуренције) који је означен као радна или пожељна конкуренција. У том циљу државе доносе различите прописе који у укупности чине право конкуренције. Прописима о конкуренцији се, са једне стране регулишу међусобни односи учесника на тржишту, а са друге стране, однос државе према учесницима на тржишту. У прву групу спадају прописи о забрани рестриктивних споразума, о забрани злоупотребе доминантног положаја и о недозвољеним концентрацијама. У другу групу спадају прописи о државној помоћи. Прва група прописа се означавају и као картелни или антиitrustовски прописи, или картелно право.⁶⁴³

Картелни прописи, који обухватају највећи део права конкуренције, имају за циљ или да спрече настајање монополског положаја или, ако постоји да спрече његову злоупотребу, која се састоји у нарушавању, ограничавању и спречавању

⁶⁴³ У немачкој терминологији енглески термин "*competition law*" преводи се термином "*Wettbewerbsrecht*", а англоамерички термин "*antitrust law*" као "*Kartellrecht*".

У француској терминологији најчешће се користи термин "*droit de la concurrence*", али и термин "*droit des ententes*" и "*droit anticartellaire*".

конкуренције. Конкуренција може бити нарушена склапањем рестриктивних или картелних споразума, злоупотребом доминантног положаја и недозвољеним концентрацијама. За предмет овог рада је од значаја да се повреда правила о конкуренцији у свим случајевима манифестује као повреда индивидуалних (појединачних) или општих (јавних) интереса. Стога се од прописа о заштити конкуренције очекује да заштите опште интересе, а након тога и појединачне интересе. Имајући у виду редослед циљева, прописи о конкуренцији се сматрају првенствено прописима јавног права.⁶⁴⁴ Јавно правни карактер се манифестује не само кроз њихову садржину, већ и кроз механизам и начин на који државе прате повреде конкуренције и штите своје интересе. У појединим правима су општи интереси изражени уопштеном формулацијом (заштита конкуренције на тржишту), у другим правима, конкретним набрајањем шта спада у јавни интерес који држава штити. Заштита приватних и појединачних интереса је дуго времена била у другом плану.⁶⁴⁵ Стога се у примени правила о заштити конкуренције разликују два аспекта заштите: заштита јавно правних интереса и приватних интереса, или, у ширем смислу, јавноправна и приватно правна примена права конкуренције. Питање арбитрабилности се може поставити само код спорова о којима могу одлучивати национални судови.⁶⁴⁶ Приватно правну примену спроводе национални судови и арбитраже. О споровима који се односе на заштиту јавних интереса у ЕУ одлучује Европска комисија, а у државама чланицама посебна независна регулаторна тела. Међутим, у овим поступцима ни Европска комисија, ни национална регулаторна тела не одлучују о накнади штете и другим грађанско правним последицама због повреде права о заштити конкуренције. О томе у државама чланицама одлучују национални судови. С обзиром да се питање накнаде штете може поставити тек ако је повређен јавни интерес дефинисан у општим циљевима политике конкуренције, као спорно се поставља питање да ли о

⁶⁴⁴ V. Vouček, *н. дело*, стр. 50.

⁶⁴⁵ Као на пример накнада штете коју појединци као учесници на тржишту и конкуренти или као потрошачи трпе због повреде.

⁶⁴⁶ L. Idot, "The Role of Arbitration in Competition Disputes", у: I. Kokkoris, *The Reform of EC Competition Law: New Challenges*, Kluwer, 2009, стр. 78.

постојању повреде могу одлучивати и арбитраже као приватна тела, или се пред арбитражама може расправљати само о последицама повреде, чије је постојање утврдио други орган/тело. Питање није само од правно-теоријског значаја, већ је и практично питање. Откривање повреде или постојање недозвољеног понашања се у пракси своди на дуготрајно праћење понашања учесника на тржишту, што може захтевати не само стручност, него и значајна финансијска средства, помоћ и сарадњу државних органа и примену различитих и врло софистицираних средстава за откривање повреда, којима, по правилу не располаже арбитража. У сваком случају, утврђивање повреде подразумева сложен, дуготрајан и скуп поступак, који захтева ангажовање и координацију великог броја и приватних и јавних институција.

2. Разлике у задацима правила о заштити интелектуалне својине и правила о заштити конкуренције

Права интелектуалне својине имају задатак да на законит начин одрже монополски положај титулару све док траје заштита и да истовремено другим лицима омогуће да користе та права (позитивне обавезе). Прописи о заштити конкуренције су "негативно" оријентисани јер се учесницима на тржишту брани да закључују рестриктивне споразуме, да доносу одлуке удружења и да спроводе договорна равнања. У случају злоупотребе доминантног положаја, учесницима на тржишту који се налазе у монополском и доминантном положају је забрањено да злоупотребљавају такав положај, па се од њих захтева да се уздрже од забрањеног понашања како би се одржало тржишно стање и структура који су постојали пре тога. Полази се од претпоставке да монополски и доминантан положај, иако нису забрањени сами по себе, не представљају "нормална" тржишна стања и да само њихово постојање захтева посебан опрез и мере контроле.

С обзиром да су само постојање права интелектуалне својине, као монополских или искључивих права, као и начини на који се стављају у правни промет, супротни прописима о праву конкуренције који имају задатак да све учеснике

ставе у исти и равноправни положај и да само тржиште "демонополишу," у теорији су оваква разматрања насловљена заједничким именом као "арбитрабилност монополских питања."⁶⁴⁷

Са становишта ове теме, питање арбитрабилности се манифестује кроз дилему да ли се посао надгледања и контроле може поверити осим државним органима и државним судовима, и арбитражама, као нејавним телима. Другачије речено, да ли о постојању повреде права конкуренције и о последицама повреде могу одлучивати и арбитраже. У раду ће се под правом конкуренције разумети само картелни прописи, тј. прописи о рестриктивним споразумима и прописи о забрани злоупотребе доминантног положаја. Из овога је изведен и општи појам картелног спора као спора из правних односа између учесника на тржишту који су регулисани картелним прописима.⁶⁴⁸ Прописи о државној помоћи и о концентрацијама учесника на тржишту неће бити разматрани.

3. Особености правила о заштити конкуренције

Као тржишно стање, конкуренције може бити одређена у правном и економском смислу.⁶⁴⁹ У економском смислу, конкуренцију одликује међусобно такмичење или борба учесника на одређеном тржишту.

⁶⁴⁷ В. Braun, "Arbitration of Federal Domestic Antitrust Claims: How Safe is the American Safety Doctrine?", *Pepperdine Law Review*, Vol.16.1989, стр. 234; доступно и на <http://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol16/iss5/8>, последњи приступ 4. маја 2015. године. Вид. и F. Gurry, "Objective Arbitrability – Antitrust Disputes- Intellectual Property Disputes", *Swiss Arbitration Association Special Series 6* (1994), стр. 117, наведено према Т. Cook, А. I. Garsia *н. дело*, стр. 70. напомена. 86.

⁶⁴⁸ Вид. V. Vouček, *н. дело*, стр. 59.

⁶⁴⁹ У економском смислу се право конкуренције посматра кроз ефикасност која се остварује у условима слободне трговине, при чему се, ако дође до нарушавање конкуренције, последице огледају у смањењу конкурентског притиска, што доводи до пада економске ефикасности. Вид. Б. Беговић, В. Павић, *Увод у право конкуренције*, Београд 2012, стр. 23. Теорија економске ефикасности, односно, ефективна конкуренције је производ тзв. "Чикашке економске школе" (*Chicago school of Economics*) која се темељи на рационалним очекивањима, на основу практичних импликација конкурентске филозофије и реалних основа у пословању. На овој теорији засновано је целокупно право конкуренције САД са циљем да се минимизирају губици потрошача. Чикашка школа права конкуренције се заснива на спречавању неадекватне алокације ресурса. Више о овоме у S.M. Willimsky, "The Concept(s) of Competition", *ECLR* (1997)1, стр.55.

У правној теорији се под правом конкуренције подразумевају правила која регулишу такмичење или утакмицу на тржишту у циљу стварања перфектне или идеалне конкуренције.⁶⁵⁰ Како се у пракси показало да не постоје услови за идеалну конкуренцију, држава је преузела обавезу да својим прописима о конкуренцији обезбеди услове за успостављање радне конкуренције као пожељног облика, који се означава и као функционална конкуренција. Обезбеђење потребних услова се не завршава само у доношењу потребних прописа, већ и пре свега, у њиховом правом тумачењу и примени. У том контексту се као прво, поставило питање ко располаже надлежностима за њихово тумачење и примену. Питање је са разлогом постављено јер се прописи о заштити конкуренције традиционално сматрају прописима јавног карактера⁶⁵¹ којима држава спроводи општу (државну) политику. Због тога су у готово свим државама надлежности за надгледање и спровођење правила о конкуренцији поверене посебним државним или парадржавним телима (тзв. регулаторним телима) која се генерално означавају као тела за заштиту конкуренције. Оваква примена се у теорији означава као административна или *јавноправна примена*.

Иако су и национални (државни) судови по самој природи такође били надлежни за тумачење и примену права конкуренције, дуго времена је (све до око 2000. године) владало уверење да то треба да раде посебна тела. Тек са процесом тзв.

⁶⁵⁰ Више о праву конкуренције: Б. Беговић, Б. Мијатовић, *Антимонополска политика у СР Југославији*, Београд 2002; Б. Беговић, Б. Мијатовић, *Нова антимонополска политика: предлог решења*, Београд 2003; R. Whish, *Competition law*, Oxford, 2005; M. Tratnik, A. Ferčič, *EC Competition Law*, Pogestei, Beograd/ Niš/ Novi Sad/Maribor 2008; Б. Беговић, В. Павић, *Шта је то конкуренција и како се штити*, Београд 2010; В. Rodger, A. MacCulloch, *Competition Law and Policy in the EC and UK*, London 2009; Г. Галев, "Посебно о односу између националног права конкуренције земаља-чланица Европске заједнице и комунитарног права", *Правни живот*, бр.12, 2011, стр. 423-436; Р. Вукадиновић, *Увод у институције и право Европске уније*, Крагујевац 2012, стр. 377 и даље. Више о праву конкуренције у Србији вид. V. Pavić, *Revolution, Evolution and Devolution: Overview of the Past Twenty Years of Competition Legislation in Serbia*, доступно на http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2101611, приступљено дана 25.04.2015; С. Данковић-Степановић, "Одговорно спровођење пословних концентрација: у каледоскопу усаглашавања права конкуренције РС и ЕУ", *Правни живот*, бр.11, 2011, стр. 187-204.

⁶⁵¹ В. Вукадиновић, *Картелни споразуми и слобода уговарања*, магистарски рад(необјављено) стр 17 и даље; J.Lew, "Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority," у *Arbitrability*. стр. 241.

"модернизације права конкуренције,"⁶⁵² који се одвијао у последњој деценији прошлог миленијума, не само што су оживеле расправе о активнијем укључивању националних судова у решавање спорова из права конкуренције, него се поставило питање да ли о њима треба и да ли су на то овлашћене и арбитраже. У случају кад надлежни органи утврде да постоји повреда, од судова и арбитража се очекује да реше питања правних последица повреде: ништавост таквих уговора и накнаду штете због дејства забрањених споразума, односно због злоупотребе доминантног положаја. Имајући у виду да је реч о приватно правним последицама, оваква примена је у правној теорији означена као *приватно правна примена* права конкуренције.⁶⁵³ С обзиром да приватно правну примену могу да спроводе национални судови и арбитраже, у мери у којој су арбитрабилни, потребно је претходно решити низ питања међусобног односа надлежности арбитража, националних судова и тела за заштиту конкуренције. У државама чланицама ЕУ је, поред тога, требало решити и однос између надлежности којима у погледу права конкуренције располажу судови ЕУ: Суд правде и Основни суд. Све то је утицало да се однос арбитражног решавања спорова и права конкуренције окарактерише као "веома специфичан и сложен".⁶⁵⁴ Сложеност се огледа, пре свега, у постојању већег броја "форума" и нивоа пред којима се може одлучивати о споровима. Као надлежни форуми су предвиђени национални судови и тзв. независна регулаторна тела (комисије и агенције за заштиту конкуренције), Европска комисија, Општи или Основни суд и Суд правде у Европској унији и међународне трговачке арбитраже.

Нешто једноставнија ситуација постоји у државама нечланицама ЕУ у којима о картелним споровима могу одлучивати национални судови и међународне

⁶⁵² Вид. P. L. Landolt, *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006; M. Dolmas, J. Grierson, "Arbitration and Modernisation of EC Antitrust Law: New Opportunities and New Responsibilities", *International Court of Arbitration Bulletin*, 14(2003)2, стр. 37.

⁶⁵³ Р. Вукадиновић, В. Вукадиновић, "Приватне тужбе за накнаду штете због повреде картелних прописа у ЕУ и Србији", *Актуелна питања савременог законодавства*, Будвански правнички дани, 2013, стр. 188 и даље.

⁶⁵⁴ А. Komninos, *Arbitration and EU Competition Law* (April 12, 2009). стр. 2; доступно на: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1520105> или <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1520105>

трговинске арбитраже, у мери у којој су арбитрабилни. Што се тиче нивоа одлучивања, о поштовању и примени картелног права се може одлучивати на националном нивоу и на нивоу регионалних и међународних организација које имају своје прописе и које су успоставиле сопствени механизам њиховог спровођења. За овај рад су од значаја правила конкуренције у ЕУ и начин њиховог спровођења.

Када су у питању државе чланице ЕУ, питање примене комунитарних правила о конкуренцији је сложено и због обавезе националних судова који суде у последњој инстанци да се, у предметима који се односе на тумачење и примену комунитарног права, пре него што донесу пресуду обрате Суду правде захтевом за одлуку о претходном питању (поступак одлучивања по претходном питању). Поступак одлучивања по претходном питању има за циљ да обезбеди јединствено и једнообразно тумачење права ЕУ у свим државама чланицама.⁶⁵⁵ У случају арбитража, поставља се питање да ли су и арбитражи дужни да траже одлуку о претходном питању.

4. Питање арбитрабилности у *ex ante* и *ex post* картелним споровима

У подели на јавно правну и приватно правну примену, питање арбитрабилности се поставља, пре свега, код приватно правне примене. У оваквим споровима се од арбитра очекује да одлуче о имовинским захтевима странака у спору, по правилу о накнади штете која је настала због постојања забрањеног рестриктивног споразума из члана 101. УФЕУ, или због понашања учесника на тржишту које је оквалификовано као злоупотреба доминатног положаја, из члана 102. УФЕУ. С обзиром да се овакви поступци покрећу након што је дошло до повреде картелних прописа, или због сумње да би могло да дође до повреде картелних прописа, ови спорови се означавају као накнадни или *ex post* спорови. Реч је о споровима у којима се разматрају приватно правне последице повреде прописа о заштити

⁶⁵⁵ Вид. Р. Вукадиновић, *Увод у институције и право Европске уније*, Крагујевац 2014, стр 136 и даље.

конкуренције. Сложеност ових спорова је у томе што се о конкретним имовинско правним захтевима странака може расправљати и одлучити тек након што се утврди да постоји забрањени картелни споразум. Већ је речено, да је о њиховом постојању до "модернизације" искључиво одлучивала Европска комисија. Слично уверење је владало и код судова држава чланица у погледу њиховог односа према националним регулаторним телима све до ступања на снагу Уредбе број 1/2003. Међутим, и након ступања на снагу Уредбе 1/2003. и признања директног дејства одредбама члана 101. став 3. УФЕУ, остало је као спорно питање како поступати са захтевима за накнаду штете, ако Европска комисија или национално регулаторно тело нису у јавноправном поступку утврдили да постоји повреда правила о заштити конкуренције из чланова 101. и 102. УФЕУ. Реч је о арбитрабилности спорова са *ex ante* захтевима за накнаду штете. Дилема се односи на то да ли су арбитражи надлежни да на основу овлашћења из арбитражног уговора и у границама тужбеног захтева расправе о постојању повреде, без обзира што то питање спада у домен јавно правне заштите, или то питање могу поставити као претходно другом јавном органу или телу: Европској комисији или националном регулаторном телу. Стога је потребно разликовати арбитрабилност спорова о грађанско правним последицама које су настале повредом правила о заштити конкуренције ако је повреду утврдило надлежно тело, од арбитрабилности спорова код којих о повреди права конкуренције није одлучивано. И у овим споровима је потребно разликовати ситуацију када о последицама повреде треба одлучити применом националних прописа и применом комунитарног права. Ово због тога што се комунитарно право може применити само у складу са посебним начелима: директне примене и директног дејства, о којима ће касније бити више речи.

О арбитрабилности спорова у којима се тражи утврђење да ли постоји забрањени картелни споразум или, да ли је дошло до злоупотребе доминантног положаја, се не може говорити и због тога што доношење одлука по наведеним питањима подразумева сложени поступак истраживања и испитивања учесника на тржишту или самог тржишта. С обзиром на карактер арбитраже и приватна овлашћења којима располажу, од арбитра се не може очекивати да предузимају ове радње.

5. Општи контекст у коме се разматра питања арбитрабилности спорова из права конкуренције

У државама чланицама ЕУ могу настати две врсте спорова због повреде прописа о заштити конкуренције: унутрашњи и комунитарни. Под унутрашњим споровима се подразумевају спорови због повреде унутрашњих (националних) прописа о заштити конкуренције чије дејство не прелази границе дате државе. Под комунитарним споровима се подразумевају спорови настали због повреде ЕУ права о заштити конкуренције у којима се повреда манифестовала као штетан утицај на интракомунитарну трговину. У том смислу се може говорити о арбитрабилности спорова због повреде националних правила о конкуренцији и арбитрабилности спорова у којима су повређени комунитарни прописи о заштити конкуренције.

Када је реч о комунитарним или ЕУ правилима о конкуренцији, које доносе органи ЕУ на наднационалном нивоу, њихова примена у државама чланицама подразумева да претходно буду призната од националних права. То се постиже признањем директне примене и директног дејства. Тек након што у складу са начелом директне примене буду признати као саставни део права држава чланица, може се поставити питање њихове примене пред националним судовима и арбитражама. Национални судски и управни органи могу применити само оне одредбе тако признатих комунитарних прописа који су јасно формулисани, којима се додељује какво субјективно право или се намеће обавеза и чија примена не захтева доношење нових имплементирајућих мера (*директно дејство*).⁶⁵⁶ Само такве одредбе комунитарног права стварају утужива права и обавезе чију заштиту могу да траже појединци пред судовима и арбитражама. То практично значи да се може говорити само о арбитрабилности оних комунитарних прописа којима је у националном праву призната директна примена и којима је Суд правде признао директно дејство. У Европској унији Суд правде је релативно рано већ

⁶⁵⁶ О разлици између директне примене и директног дејства вид. Р. Вукадиновић, *н. дело*, 2014, стр. 147-165.

осамдесетих година прошлог века у својој одлуци у предмету *BRT v SABAM*, члановима 81. и 82. (данас чланови 101. и 102) Уговора о оснивању признао директно дејство и тиме отворио пут и за судску и за арбитражну примену.

5.1. Начело аутономије воље и слободе предузетништва као оквир тумачења права конкуренције и арбитрабилности

5.2. Начело аутономије воље и право конкуренције

Спорови из картелног права се свODE на оцену да ли су учесници на тржишту закључили забрањени картелни споразум и да ли су злоупотребили доминантни или монополски положај. У случају да надлежно тело нађе да је закључен забрањен споразум, огласиће га ништавим, а учеснике казнити високим казнама и изрећи им друге мере. Имајући у виду да је начело или принцип аутономије воље опште прихваћен, поставља се питање да ли се на овај начин ограничава или потпуно суспендује примена овог начела.

Начело аутономије воље даје слободу учесницима да на тржишту слободно бирају уговорне партнере и да своје односе уреде онако како им највише одговара.⁶⁵⁷ Слобода предузетништва овлашћује учеснике на тржишту да слободно предузимају или врше оне комерцијалне активности које им највише одговарају.⁶⁵⁸ У случају рестриктивних или картелних споразума, начело аутономије воље је ограничено обавезом учесника на тржишту да пријаве намеру за закључивање споразума који би могли бити проглашени забрањеним. Такви споразуми не могу ступити на снагу пре него што о њиховој усклађености са привилима о функционисању унутрашњег тржишта, тј. правилима о заштити конкуренције не одлучи тело за заштиту конкуренције. У случају да надлежно тело утврди да вређају правила конкуренције, према одредбама члана 101. став 2. УФЕУ, такви споразуми се аутоматски сматрају ништавим. Будући да је сврха трговачких споразума, па и рестриктивних, да пруже правни основ за обављање

⁶⁵⁷ Вид. С. Перовић, *н. дело*, стр. 156.

⁶⁵⁸ Вид. чл. 83. Устава Републике Србије.

промета робе или услуга или, уопште, за неку предузетничку активност, наведена ограничења доводе у питање и прокламовану слободу предузетништва. Пошто је очигледно да је правилима о заштити конкуренције ограничено и једно и друго начело, као следеће се поставља питање субјеката, које тело и са којим овлашћењима може и до које мере ограничити ова општа призната и прихваћена начела.

Као општи разлог за ограничавање наведених слобода се наводи заштита општег или јавног интереса. Полази се од уверења да су прописи о заштити конкуренције по својој правној природи правила јавног права⁶⁵⁹ која држава доноси са циљем да обезбеди не потпуно слободну или "чисту" конкуренцију, већ радну или пожељну конкуренцију. Насупрот њима, закључивањем свих па и картелних споразума учесници на тржишту остварују или штите своје појединачне или индивидуалне интересе. И слобода предузетништва се, без обзира на апстрактни и начелни карактер, остварује кроз појединачне послове и задовољење појединачних интереса учесника на тржишту. У случају да постоји сукоб појединачних (индивидуалних) и општих (јавних) интереса предност се даје општим интересима ради чијег задовољења се могу ограничити и суспендовати прописи који се односе на задовољење појединачних интереса у мери у којој нису компатибилни са општим циљевима.⁶⁶⁰ И домаћи Устав изричито предвиђа да су забрањени акти којима се, супротно закону, ограничава слободна конкуренција, стварањем или злоупотребом монополског или доминантног положаја.⁶⁶¹ Устав дозвољава и да се слобода предузетништва може ограничити законом, ради заштите здравља људи, животне средине и природних богатстава и ради безбедности Републике Србије.⁶⁶²

⁶⁵⁹ Вид. P. L. Landolt, *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, Kluwer, 2006, стр. 93.

⁶⁶⁰ Вид. више о општем појму забрањених уговора С. Перовић, *Забрањени уговори*, Службени лист СФРЈ, Београд 1975.

⁶⁶¹ Вид. чл. 84. Устава Републике Србије.

⁶⁶² Чл. 83.

5.3. Начело директног дејства и усклађеног тумачења као претпоставке примене ЕУ права конкуренције

Постепено прихватање арбитрабилности. Као што је већ речено, због особене природе Европске уније и њеног права, нису све одредбе комунитарног права, па ни права о заштити конкуренције подобне да стварају субјективна права и обавезе. Питање арбитрабилности се може поставити само у погледу одредби које стварају субјективна права и појединцима намећу конкретне обавезе, тј. којима је признато тзв. директно дејство. На оне одредбе којима није признато директно дејство појединци се не могу позивати, ни пред судовима, ни пред арбитражама. У том смислу директно дејство представља неку врсту "претходног питања" или претходног услова за отварање питања арбитрабилности када је реч о примени ЕУ правила о конкуренцији.

Ако се у процесном смислу директно дејство сведе на подобност за "судовање" пред судовима држава чланица, а арбитрабилност на подобност одлучивања пред арбитражама, између директног дејства и арбитрабилности постоји значајна садржинска сличност. У ЕУ је Суд правде преузео улогу заштитника комунитарног јавног поретка и он то чини и кроз селективно признавање директног дејства појединим одредбама права конкуренције, чиме директно утиче на њихову арбитрабилност.

Питање арбитрабилности картелних спорова се поставља због сумње да арбитража као приватна институција није у стању да на прави начин заштити јавне интересе. Сличан пут "сумњичења" су у ЕУ прошли и национални судови у државама чланицама, пре него што им је, након признања директног дејства одредбама члана 81. став 3. Уговора о оснивању, дато право да и овај став примењују, чиме је комплетирана њихова надлежност у заштити индивидуалних права. Све до ступања на снагу Уредбе број 1/2003. Европска комисија, као парадржавни орган, у првој инстанци и Суд правде, у другој инстанци, су одлучивали о повреди права конкуренције и о ефектима такве повреде. Стога се чини да би арбитрабилност картелних спорова због повреде ЕУ права конкуренције, требало посматрати паралелно са комплетирањем судске надлежности националних суда. Као што је већ речено, Суд правде је

одредбама чланова 81(1) и 82(2) признао директно дејство у одлуци донетој у предмету *BRT v. SABAM*⁶⁶³, али је трећем ставу члана 81. признато ово својство тек ступањем на снагу Уредбе број 1/2003, тј. првог маја 2004. године.

5.4. Арбитрабилност картелних спорова у праву Сједињених Америчких Држава

У развоју и генези арбитражног решавања картелних споразума обично се прави разлика између САД и европских држава, док се у оквиру европских држава прави даља разлика између романског и германског правног круга (фамилије права).⁶⁶⁴

Картелни или трустовски споразуми су у праву САД регулисани Шермановим законом (*Sherman Act*) из 1890. године,⁶⁶⁵ који је касније допуњен Клејтоновим законом (*Clayton Act*)⁶⁶⁶ у којима су наведени споразуми који могу довести до нарушавања конкуренције, а који су сматрани ништавим. Будући да су правила картелног права сматрана делом јавног поретка дуго времена је владало уверење да о последицама њихове повреде могу одлучивати једино национални судови и специјализовани национални органи.⁶⁶⁷ Иако ни Шермановим законом ни арбитражним прописима арбитражама није било забрањено да о њима одлучују, судови су све до одлуке у предмету *Mitsubishi*, од 1985. године, сматрали да картелни спорови спадају, пре свега, у њихову надлежност. Владало је уверење да су у питању спорови од општег интереса који због тога нису били подобни за арбитражно одлучивање у коме би арбитраи као приватна лица које су странке изабрале својим одлукама утицале на цело друштво. Овакав став најбоље

⁶⁶³ предмет 127/73 [1974] ECR 51.

⁶⁶⁴ V. Vouček, *н. дело*, стр. 62. и даље.

⁶⁶⁵ Одељци 1 и 2 односе се на право конкуренције. Одаљак 1 је посвећен хоризонталним и вертикалним споразумима којима се нарушава конкуренција на тржишту, док је одељак 2 посвећен монополском положају и забрани понашања актера на тржишту који могу угрозити слободну трговину.

⁶⁶⁶ Clayton Act, 15 U.S. C. (1994).

⁶⁶⁷ J. Lew, "Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority " *Arbitrability*, стр. 241.

илуструје образложење дато у одлуци донетој у предмету "*American safety*"⁶⁶⁸ у којој суд наводи да повреде картелних прописа "могу погодити стотине и хиљаде, можда и милионе људи и довести до економског посртања, ... стога у креирању правила која регулишу картелне захтеве морамо размотрити потенцијално дејство тог правила... Не верујемо да је Конгрес намеравао да о таквим захтевима одлучује било ко осим судова."⁶⁶⁹ Стога је суд сматрао као забрањене и непримењиве арбитражне клаузуле у споровима о повреди конкуренције, чак и кад су се стране о томе на изричит начин споразумеле. Свој став Суд је правдао заштитом јавног поретка⁶⁷⁰ и страхом да арбитража због своје природе то није у стању да обезбеди. Као разлог против признавања арбитрабилности истицано је и уверење да су арбитраже, као уговорени начин решавања спорова, подобне за решавање пре свега спорова из уговора, али не и из деликата, којима се вређају правила о заштити конкуренције.⁶⁷¹ Осим тога, судови су наводили и да се спорни уговори често закључују као уговори по приступу, да одлучивање о картелним споразумима захтева врло софистицирану анализу, а не брзо арбитражање,⁶⁷² да трговачке арбитраже нису пријатељски настројене према антимонополском праву⁶⁷³ и да арбитражи могу бити пристрасни према трговачким интересима који се остварују монополем.⁶⁷⁴ Посебно, ако се има у виду да се од јавно правне примене права конкуренције очекује да оствари и "регулаторне" задатке политике конкуренције, као што су строгост и обухватност примене и појачан ефекат

⁶⁶⁸ *American safety Equipment Corp. v. J. P. McGuire & Co*, 391 F.2d (2d Cir.1968) 821 Спор је настао из уговора о лиценци жига у коме је прималац лиценце навео да је уговор незаконит јер у себи садржи антимонополску клаузулу. Иако је у уговору била садржана арбитражна клаузула, суд (Second Circuit) је истекао да због јавног интереса који прожима извршење антимонополске политике, захтеви који произилазе из ове политике нису подобни да се решавају пред арбитражом.

⁶⁶⁹ Исто, стр. 826-7.

⁶⁷⁰ Исто, стр. 828.

⁶⁷¹ Вид. закључке OECD, OECD Hearings Arbitration and Competition, 2010, daf/comp(2010)40, OD 13. 12. 2011. стр. 11. доступно на: <http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf> Последњи приступ 20. маја 2015.

⁶⁷² L. C- San, *The Role of Arbitration in Competition Law*, Tilburg 2014, стр. 14. Доступно на <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=134472>.

⁶⁷³ *American Safety Equipment Corp*, стр. 827.

⁶⁷⁴ Исто.

заstraшивања потенцијалних прекршилаца,⁶⁷⁵ што се не може очекивати од приватно правне примене пред арбитражама.⁶⁷⁶

У каснијем предмету *Scherk v. Alberto-Culver Co.*,⁶⁷⁷ суд је напустио образложење о заштити јавног поретка и направио разлику између унутрашњих и међународних спорова,⁶⁷⁸ па је у почетку признао арбитрабилност само међународним споровима. Овакав однос према арбитрабилности картелних спорова је радикално промењен у водећем случају *Mitsubishi*⁶⁷⁹ у коме је суд напустио образложење дато у предмету *Safety*,⁶⁸⁰ и на основу њега створену "доктрину сигурности" (*Safety doctrine*). Суд је пошао од става да се мора правити разлика између предмета који су регулисани правом конкуренције, тј. картелних спорова, и правне природе правила којима су регулисани ови спорови,⁶⁸¹ те је констатовао да и картелни споразуми настају на основу слободно изражене воље и договора два или више учесника на тржишту, као и сваки други уговор или споразум. И учесници на тржишту располажу, макар и у ограниченом обиму, правом или слободом да закључују ову врсту споразума у границама које су одређене јавноправним прописима који чине картелно право. У том смислу и

⁶⁷⁵ Више о ефектима ове доктрине у М. Lee, "Antitrust and Commercial Arbitration : An Economic Analysis", *St. John's Law Review*: 62(1987), стр. 1 и даље; G. Blanke, Ph. Landolt, *EU and Us Antitrust Arbitration. a Handbook for Practitioners*, Kluwer, 2011, стр.1332 и даље.

⁶⁷⁶ М. Marquis, R. Cissota, *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, Edward Elgar Publishing, 2015, стр. 251.

⁶⁷⁷ 417 U.S. 506 (1974).

⁶⁷⁸ Вид. В. R. Baun, "Arbitration of Federal Domestic Antitrust Claims: How Safe is the American Safety Doctrine", *Pepperdine Law Rev.*, 16(1989), стр. 210. Доступно на <http://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol16/iss5/8>. Последњи приступ 22. 05. 2015.

⁶⁷⁹ *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler - Plymouth Inc*, United States Court of Appeals, First Circuit, 20 December 1983 .

⁶⁸⁰ *American Safety Equip. Corp. v. J.P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968). У питању је био уговор о искључивој лиценци за коришћење трговачког имена, закључен између продавца одела као даваоца лиценце (тужени) и тужиоца коме је дато ово право. Уговором је била предвиђена сублиценца за страну територију у коме се налазила арбитражна клаузула којом је било предвиђено да ће "сви неспоразуми, спорови и захтеви без обзира на природу и опис, који се односе на овај споразум, или потичу из овог споразума или се односе на извршење или повреду истог, бити решени пред арбитражом." стр. 823. Након што су се односи уговорних страна пореметили, тужилац је је од суда тражио да декларише уговор ништавим на основу Шермановог акта, наводећи да би ширење монопола од стране туженога значило неразумно ограничење тужиочевог пословања.

⁶⁸¹ J. Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 296

картелни спорови спадају у категорију спорова који настају из права којима странке слободно располажу.

У случају *Mitsubishi* у питању је био споразум закључен између *Soler Chrysler-Plymouth* из Порторика са *Chrysler International*, из Швајцарске, о дистрибуцији возила произведених у јапанској фабрици *Mitsubishi*. Истовремено, *Chrysler International* и *Mitsubishi* су закључили и споразум о продаји, у коме се упућивало на споразум о дистрибуцији, и који је предвиђао и директну продају *Mitsubishijevih* производа од стране *Solera*. У члану VI уговора о продаји арбитражна клаузула је била дефинисана на следећи начин: "Сви спорови, неспоразуми или разлике које могу настати између *Mitsubishija* и *Solera*, биће коначно решени пред арбитражом у Јапану у складу са правилима Удружења јапанске трговачке арбитраже."

Након двогодишње успешне сарадње, дошло је до застоја у продаји возила и других неспоразума, па је дистрибутер (*Soler*) покушао да се договори да део возила продаје на тржишту САД и Јужне Америке. Тужилац *Mitsubishi* не само што то није дозволио, већ је 1981. године покренуо поступак пред надлежним окружним судом од кога је захтевао да упути странке на арбитражу, позивајући се на пуноважну арбитражну клаузулу у уговору. Након тога, *Mitsubishi* је покренуо поступак пред јапанском арбитражом. У одговору на тужбу, тужени *Soler* је навео да је *Mitsubishi* прекршио Шерманов закон, тако што се са *Chrysler-om* договорио о недозвољеној подели тржишта. Надлежни суд је, полазећи између осталог и од међународног карактера спора, упутио странке на арбитражу. У поступку по жалби Апелациони суд је, позивајући се на одлуку у предмету *American Safety*, заузео другачији став, сматрајући да спорови из права конкуренције не уживају арбитрабилност и да се морају решавати пред националним судовима. Кад је предмет дошао пред Врховни суд САД, Врховни суд САД је преиначио одлуку Апелационог суда, признао пуноважно закључени арбитражни уговор и упутио странке на уговорену арбитражу. Између осталог, Суд је навео и да у међународној арбитражи мора постојати предвидивост и сигурност у извршењу

потписаног арбитражног уговора, што не значи да би исто становиште заузео у домаћим споровима.⁶⁸² Признајући арбитрабилност, Врховни суд САД је исказао веровање да и међународна арбитража може на адекватан начин да заштити националне интересе у примени права конкуренције, без обзира што су касније у појединим случајевима нижи судови поступали и другачије.⁶⁸³ Овако признату арбитрабилност би требало схватити само као иницијалну, а не и као дефинитивну или коначну. Наиме, на основу универзално прихваћеног начела *Compétence-Compétence* арбитражни трибунал је слободан да у конкретној правној ствари одлучи о својој надлежности и да у складу са тим донесе арбитражну одлуку. Међутим, тако донете одлуке се могу преиспитивати пред судовима у поступцима поништаја или у поступку признања и извршења.⁶⁸⁴ То показује да последњу реч имају судови. Оваква улога државних судова, којима је дато право на "последњу реч" или "на други поглед" је у правној теорији означена као доктрина "другог погледа" (*second look doctrine*), а настала је као "наслеђе"⁶⁸⁵ донете одлуке. До сада, међутим, није забележено да су се амерички судови користили "*second look*" доктину.⁶⁸⁶ У судској пракси САД арбитрабилност је касније прихваћена и у домаћим картелним споровима. Годину дана након одлуке у предмету *Mitsubishi*, суд је у предметима који су се односили на Закон о забрани корупције и рекетирању (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO) одбио позивање на "заштитну доктрину" (*American Safety doctrine*) и

⁶⁸² 437 U.S. 629. Суд се у образложењу своје одлуке ослонио на одлуку донету у случају *Scherk* у коме је прихватио арбитрабилност спорова из Закона о хартијама од вредности (*Securities Exchange Act*), а као разлог је навео и међународни карактер спора. Суд је свој став образложио тиме да би другачије решење нанело штету међународној трговини, и угрозило спремност привредника да закључују арбитражне уговоре.

⁶⁸³ Вид. одлуку окружног суда у предмету *PPG Industries Inc v. Pilkington Plc*, 825 F Supp.1465

⁶⁸⁴ *Mitsubishi*, 473 U.S. стр. 638.

⁶⁸⁵ P. M. Baron. S. Liniger, "A Second Look at Arbitrability, Approaches to Arbitrability in the United States, Switzerland and Germany", *Arbitration International*, Kluwer 2003, 19(2003) 1, стр. 31.

⁶⁸⁶ S. L. Karamanian, *The Road to the Tribunal and Beyond: International Commercial Arbitration and United States Courts*, 34 *GEO. WASH. INT'L L. REV.* 17, аутор препоручује да се судови укључе у неухватљивост доктрине "другог погледа"; T. Newport, "Tortious Interference with International Contracts", 9 *Current Int'l Trade L. J.* 2000, стр. 80, 84 . Наведено према C. Rogers, N, Landi, *Arbitration of Antitrust Claims in the United States and Europe*, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 07-01, стр. 13.

одбацио разлику између националних и међународних спорова наводећи да су сви RICO захтеви арбитрабилни.⁶⁸⁷

5.5. Арбитрабилност картелних спорова у праву Европске уније

Прописи о конкуренцији у ЕУ (комунитарни прописи) су усмерени на остваривање слободне интракомунитарне трговине и имају задатак да омогуће успостављање унутрашњег тржишта и остваривање економске ефикасности. Картелно право чини део права конкуренције којима се штити начело слободне тржишне конкуренције које представља јавни интерес.⁶⁸⁸ Имајући у виду овакве опште или јавне циљеве, прописи о конкуренцији се сматрају "примарно јавно правним прописима"⁶⁸⁹ који улазе у појам јавног поретка сваке државе.⁶⁹⁰ По својој природи, картелно право чине прописи из више грана права и имају карактеристике управног, грађанског, привредног, облигационог, кривичног права, што отежава њихово тумачење и примену.

У поређењу са правом конкуренције у САД, комунитарни картелни прописи садржани у члановима 101. и 102. Уговора о функционисању Европске уније (УФЕУ), нису директно усмерени на обезбеђивање користи потрошачима *per se*, већ представљају инструмент за отклањање унутрашњих тржишних препрека.⁶⁹¹ Стога је дуго времена право конкуренције Европске уније посматрано кроз функцију и циљеве јединственог тржишта Уније. У том смислу ваља разумети одредбе члана 101. УФЕУ, који забрањује закључивање рестриктивних споразума који могу да наруше конкуренцију на унутрашњем тржишту како се поново не би

⁶⁸⁷ Вид. одлуку у предмету *Shearson/American Express v. McMahon*, 107 S.Ct. 2332(1987). Спор се односио на потраживање из RICO, али се аналогично може закључити да се арбитрабилност из међународних RICO спорова може проширити и на домаће спорове из конкуренције. Вид. *Gilmer v. Interstate / Johnson Lane Corp.*, 500 U. S. 20 (1991).

⁶⁸⁸ V. Bouček, *н. дело*, стр. 54.

⁶⁸⁹ P. L. Landolt, *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, Kluwer, 2006, стр. 22.

⁶⁹⁰ К-Н. Böckstiegel, "Public Policy and Arbitrability", у: VIII th Int. Arb. Congress, *ICCA Congress series no. 3*, Deventer, 1987, 177-204, стр. 195.

⁶⁹¹ J. Hrle, *International Arbitration and Competition Law*, мастер теза, Institute of Comparative law, Faculty of Law, McGill University, Montreal, Quebec, 1999, стр.21.

успоставиле границе између држава чланица.⁶⁹² Из сличних разлога је одребама члана 102. УФЕУ забрањена злоупотреба доминантног положаја. У наведеним одредбама, међутим, нема речи о арбитрабилности ових спорова, нити постоје процесно правне одредбе које регулишу арбитражни поступак.

Члан 101. УФЕУ се заснива на принципу забране, па се у првом ставу наводи која су понашања неприхватљива на унутрашњем тржишту Уније, док се у другом ставу наводе ефекти недопуштеног понашања. Као санкција је предвиђена ништавост сваког споразума којим се вређа конкуренција на одређеном тржишту, односно забрана понашања којим се злоупотребљава доминантни положај. У случају рестриктивних споразума, у трећем ставу члана 101. УФЕУ, предвиђени су дозвољени изузеци.

Картелни спорови настају кад неки од учесника на тржишту повреди наведене одредбе, на пример закључи рестриктивни споразум или злоупотреби доминантну позицију. Како повреде картелних прописа изазивају јавне и приватне последице, а с обзиром на сложену правну природу картелних прописа, о споровима могу расправљати управна, прекршајна, казнена, као и државна тела и органи. У неким правима је појединим од наведених тела или органа унутрашњим прописима дата искључива надлежност или за одлучивање о свим захтевима из картелног спора, или за одлучивање о појединим питањима. Искључива надлежност за утврђивање да ли постоји повреда је обично поверена регулаторним телима или другим специјализованим државним телима или судовима. У таквим ситуацијама се поставља питање да ли уговорне стране могу уговорити надлежност арбитраже, тј. да ли су картелни спорови арбитрабилни. У одговору на постављено питање би требало разликовати јавноправне и приватно правне последице повреде картелних прописа.

О јавноправним последицама повреде картелних прописа дуго времена је владало уверење да арбитражи нису подобни за њихово решавање, јер их могу бирати моћне компаније које управо нарушавају конкуренцију. Стога је задатак надгледања и

⁶⁹² Упутство Комисије ЕУ, чл. 101(3) УФЕУ.

примене свих облика права конкуренције, па и картелних прописа, био поверен искључиво Европској комисији.⁶⁹³ Након оснивања ЕЕЗ Европска комисија је Уредбом број 17, од 1962. године, добила искључиво право да утврђује да ли постоје забрањени рестриктивни споразуми и да ли учесници на унутрашњем тржишту злоупотребљавају доминантни положај. У случају да утврде постојање повреде, Комисија је изрицала санкције. Само у појединим националним правима је и државним судовима било допуштено да одлучују о грађанско правним последицама постојања картелних споразума, на пример о накнади штете као последици ништавости картелног споразума. У истим границама се могло поставити и питање да ли о томе могу одлучивати и арбитри. Међутим, у почетку арбитри нису били вољни да одлучују о постојању повреде и имовинско правним захтевима насталим из рестриктивних споразума или злоупотребом доминантног положаја, због страха да донета одлука неће бити извршена позивањем на повреду јавног интереса, у делу у коме је одлучено о постојању картелног споразума. Стога су своју надлежност заснивали само у случајевима у којима је коначном одлуком надлежног државног тела утврђена повреда правила конкуренције.⁶⁹⁴ О постојању повреде у ЕУ, као и о престанку повреде и о изузецима, је одлучивала Европска комисија, а у државама чланицама национална регулатрона тела у првом степену, и надлежни судови, у другом степену.

До промене у схватању је дошло након процеса модернизације и ступања на снагу Уредбе број 1/2003, о чему је раније било речи. О промени става и признању арбитрабилности сведочи и већи број донетих одлука⁶⁹⁵ у којима су покренута бројна питања. Једно од питања се односило на обавезу арбитража да примене чланове 101. и 102. УФЕУ не само кад су њихову примену уговориле странке, већ

⁶⁹³ Уредбом бр. 17 из 1962.године Комисија је уживала искључиво право да одлучује о повредама тадашњих чл. 85. и 86. Уговора о оснивању ЕЗ.

⁶⁹⁴ J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 485. Аутори поткрепљују свој став наводећи судску и арбитражну праксу у напомени бр. 24.

⁶⁹⁵ M. Blessing, "Arbitrating Antitrust and Merger Control", *Swiss Commercial Law Series*, Vol. 14, Zürich 2003, стр. Доступно на http://de.baerkarrer.ch/publications/4_3_14.pdf. Последњи приступ 20.05. 2015.

и "ex officio" - као императивне одредбе које улазе у појам комунитарног јавног поретка.⁶⁹⁶

Што се тиче националних судова, Суд правде је чланове 101. и 102. УФЕУ сматрао правилима јавног поретка и националне судове обавезао да их примењују по службеној дужности или *ex officio*, без обзира да ли су њихову примену стране уговориле.⁶⁹⁷ Што се тиче арбитража, Суд правде је у одлуци донетој у предмету *Eco Swiss*,⁶⁹⁸ на исти начин обавезао и арбитра. У прилог обавезне примене чланова 101. и 102. говори и доктрина директног дејства,⁶⁹⁹ али и практично сазнање арбитра да донете одлуке могу бити предмет преиспитивања националних судова који одредбе чланова 101. и 102. сматрају делом јавног поретка, по сличној логици која стоји иза доктрине "другог погледа."⁷⁰⁰

Питање је нешто сложеније када је реч о арбитрабилности спорова из става 3. члана 101. УФЕУ, тј. картелних спорова који се тичу дозвољених изузетака. Овде се као основно, поставило питање да ли арбитра могу да одлучује о изузетима за које не важе забране из члана 101. ставови 1. и 2. УФЕУ, након што је ова надлежност призната националним судовима.

У правној теорији једни сматрају да језичко тумачење Уредбе број 1/2003 упућује на закључак да се на ово право не могу позивати арбитраже, јер нису обухваћене појмом "трибунала" и немају право да од Суда правде траже да одлучи о претходном питању.⁷⁰¹ Већина аутора, међутим, сматра да систематско тумачење

⁶⁹⁶ Вид. L. A. Velasco san Pedro i dr., *Private Enforcement of Competition Law*, Lex Nova 2011, стр. 387; S. V. Walle, *Private Antitrust Litigation in the European Union and Japan: A Comparative Perspective*, Maklu, 2013, стр. 214.

⁶⁹⁷ Вид. пресуде Суда правде у здруженим предметима C-430 i C-431/1993, *Jeroen van Schijndel and Others v. Stichting Pensionenfonds voor Fysiotherapeuten*, [1995] ECR I-4705.

⁶⁹⁸ C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. v Benetton International NV*, [199] ECR I-3055. Међутим, општи правобранилац А. Saggio је у истом предмету сматрао да члан 85 (ондашњи) не чини део јавног поретка па су арбитра дужни да се крећу само у границама права које су стране одабрале. Вид. AG Opinion, тач.. 21. i 22.

⁶⁹⁹ L. A. Velasco san Pedro и др., *н. дело*, стр. 388. Међутим, у правној теорији не постоји потпуна сагласност око овог питања. *Исто*, стр. 390, и напомену број 25.

⁷⁰⁰ *Исто*, стр. 391.

⁷⁰¹ *Исто*, стр. 392.

које узима у обзир не само демонополизацију, већ и децентрализацију одлучивања након модернизације, упућује на закључак да приватно правна примена права конкуренције обухвата и право арбитража да одлучују и о постојању изузетака из става 3. члана 101. УФЕУ.⁷⁰² Додуше, и арбитража може на посредан начин обезбедити одлуку о претходном питању, тако што ће у току арбитражног поступка од националног суда тражити да одлучи о постојању изузетака и тако навести национални суд да се обрати Суду правде са истим питањем. Национални судови ово питање могу поставити у поступку поништаја или признања и извршења тако донетих арбитражних одлука⁷⁰³, аналогно поступку који је означен као поступак (доктрина) "на други поглед".

Што се тиче међусобног односа и својеврсне конкуренције надлежности између арбитража и националних судова и њиховог односа према Суду правде, арбитраже се налазе у повољнијем положају јер формално немају обавезу да спорно питање упућу Суду правде на прелиминарно одлучивање,⁷⁰⁴ нити су дужни да застану или прекину одлучивање о спорном захтеву, док Комисија не доноси одлуку о постојању повреде.⁷⁰⁵

⁷⁰² У прилог оваквог става се наводи чињеница да арбитражи не познају границе меродавног права. Вид. К. Hilbig, *Das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot im internationalen Handelsschiedsverfahren, Anwendung und Gerichtliche Kontrolle*, Munich 2006, стр. 99-107. Уредба 1/2003 није помињала арбитражу, тако да су арбитражи по "старом систему" који је важио све до 2002. године примењивали прве две тачке из члана 101. УФЕУ. Вид. одлуке у предметима C-393/92, *Gemeente Almelo et al. v. Energiebedrijf Ijsselmij NV*, [1994] ECR I-1477; *Eco Swiss*.

⁷⁰³ Вид. S. V. Walle, *н. дело*, стр. 212.

⁷⁰⁴ А. Komninos, "Assistance by the European Commission and Member States Authorities in Arbitrations", у *EU and US antitrust Arbitration, A Handbook for Practitioners*, G. Blanke, Ph. Landolt (ured), Kluwer, 201 стр. 737.

⁷⁰⁵ L. Idot, *н. дело*, стр. 88, наводи да арбитражни трибунал може застати са доношењем одлуке, али одлука о застоју мора се донети у складу са арбитражним правом, при чему се мора имати у виду рок за доношење коначне одлуке као и да арбитражи накнадно морају добити одобрење за продужетак рока предвиђеног за доношење одлуке. Ово, наравно, уколико желе да сачекају одлуку Комисије.

5.6. Арбитрабилност картелних спорова у осталим националним правима

Иако је арбитрабилност картелних спорова данас прихваћена у готово свим развијеним земљама,⁷⁰⁶ пут признавања је био постепен и различит од државе до државе. Као карактеристично се у том погледу наводи искуство Немачке и држава тзв. германске правне породице. У Немачкој су класични картели као облик удруживања привредних субјеката свој врхунац досегли у време пред I светски рат и непосредно након тога.⁷⁰⁷ Као облик удруживања и јединственог наступања на тржишту, картели су имали за циљ да осигурају уједначено понашање учесника који су за решавање својих спорова, посебно међународног карактера, редовно бирали арбитраже. Арбитраже су биле погодне јер су странкама у спору, пре свега, гарантовале тражену дискрецију. Међутим, кад је број картела достигао такав број да су почели да гуше тржишну утакмицу, нарочито између два светска рата, поставило се питање њиховог стављања под контролу како у погледу настанка, тако и у погледу понашања на тржишту. Стога се после II светског рата приступило "коренитој реформи" у којој је арбитража, уместо раније водеће улоге добила само помоћну улогу.⁷⁰⁸ Основну улогу у надгледању рада картела и спровођењу нових правила о конкуренцији су добили национални судови и национална регулаторна тела, а након оснивања ЕЕЗ, Комисија. Ипак, и поред резерви у погледу арбитражног решавања картелних спорова, већ се у Закону против ограничења тржишне конкуренције, из 1957. године,⁷⁰⁹ нашла одредба о могућој употреби арбитраже за решавање грађанскоправних последица због повреде немачког картелног права.⁷¹⁰ У мањем или већем обиму и под различитим

⁷⁰⁶ У САД. Вид. случај *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 Us 614 (1985); *Kotom Elect., Inc. v. JBL Consumer Prods., Inc.*, 93 F. 3d 724 (11th Cir.1996); за Француску: *Labinal Sa v. Mors and Westlnd Aerospace Ltd.*, (1993) Rev. Arb. 645. CA Paris 19.5.1993; Италија: *Telecolor SpA v. Technicolor SpA*, 47 .Giust.Civ. I-1373 (1997), Corte di Cassazione, 21.8.1996, бр. 7733; У Великој Британији: *ET Plus SA et al. v. Welter et al. (Comm)* [2006] Lloyd's Rep.251; [2005] EWHC 2115. Супротно вид. земље Латинске Америке и Бразил.

⁷⁰⁷ Вид. V. Bouček, *н. дело*, стр. 63.

⁷⁰⁸ Исто, стр. 65.

⁷⁰⁹ "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen" (немачки скраћено: GWB) од 27. јула 1957, BGBl. I, 1081. ZPOTN ступио је на снагу 1. јанура 1958.

⁷¹⁰ V. Bouček, *н. дело*, стр. 66.

условима данас је арбитрабилност картелних спорова призната и у правима осталих држава. Тако су према једној студији из 1993. године, од 21 истражене државе, само у правима 3 државе (Аустрија, Немачка и Швајцарска) за спорове због повреде права конкуренције била прописана посебна правила за покретање арбитражног поступка.⁷¹¹ У правима највећег броја држава је заузет врло либералан став. За арбитрабилност картелних спорова се тражило да стране докажу да њима слободно располажу и да се спорови односе на својинска права.⁷¹² Само у малом броју држава биле су забрањене арбитраже за спорове који су укључивали питања јавног поретка (чл. 2060. Француског Грађанског законика).

Извештај је показао и да се у националним правима могу разликовати два приступа овом питању. Један, који је базиран на забрани антиконкурентске праксе (САД, ЕУ, Немачка, Француска, Шпанија, Грчка, Португалија) и, други, који се заснива на контроли злоупотребе положаја на тржишту (Белгија, Шведска, Пољска, Швајцарска).⁷¹³ У првом случају, арбитражи могу одлучивати само о оним споровима из права конкуренције код којих је друго тело већ установило да постоји повреда права о заштити конкуренције. Код другог приступа, арбитражи је призната пуна надлежност као и националним судовима, тј. право да мериторно одлучују и о постојању повреде и о грађанско правним последицама кршења картелног права. У том случају се картелни спор може одредити као спор о грађанско правним последицама повреде одредби картелног права. Овакав став је потврђен и у судској пракси. Тако је Швајцарски федерални суд, већ од 1992. године потврдио арбитрабилност ових спорова⁷¹⁴, док је париски апелациони суд

⁷¹¹ Вид. *Competition and Arbitration Law*, ICC Dossier of the Institute of International Business Law and Practice, Publication No 480/3, и извештај који је поднео L. Idot, No. 22-24, стр. 47-48.

⁷¹² Вид. *Worldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes*, WIPO, Geneve 1994, стр. 76.

⁷¹³ L. Idot, *Introductory Report*, ICC Dossier No 480/3, стр. 49, наведено према *Worldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes*, стр. 76.

⁷¹⁴ Tribunal fédéral suisse 28 Apr 1992; [1992] ASA Bull 368. У питању је била арбитражна одлука ad hoc арбитражног трибунала који је заседао у Женеви, у вези уговора између белгијске и италијанске компаније.

ослањајући се на пресуду у предмету *Ganz*⁷¹⁵ и у предмтима *Labinal*⁷¹⁶ и *Aplix*⁷¹⁷ сматрао да арбитрабилност ових спорова није искључена због чињенице да правила која се примењују на ове спорове спадају у правила јавног поретка. Суд је закључио да арбитражни трибунал може одлучивати о грађанскоправним последицама незаконитог понашања странака са становишта правила јавног поретка, која се могу директно применити на однос између страна. У Италији је Милански апелациони суд 2003. године, признао арбитрабилност ових спорова⁷¹⁸, док су две године касније то исто учинили и енглески судови.⁷¹⁹ Данас је у готово свим државама чланицама Уније⁷²⁰ прихваћен став о арбитрабилности ових спорова. Чини се да једино у Белгији још увек постоје извесне дилеме око арбитрабилности ових спорова.⁷²¹

5.7. Важење теорија "другог погледа" изван САД

Без обзира на разлике у теоријским образложењима, из претходног излагања се може закључити да су судови и у САД и ЕУ признали арбитрабилност спорова због повреде права о заштити конкуренције који се односе на грађанско правне последице настале таквом повредом. Поступак признања је, међутим, текао споро, посебно у праву ЕУ због особене природе и улоге која је праву конкуренције додељена Уговорима о оснивању, али и због традиције и наслеђене правне културе у појединим државама чланицама. Ипак, без обзира што је арбитрабилност данас прихваћена у готово свим националним правима, то не значи да су национални судови у потпуности лишени учешћа у решавању ових

⁷¹⁵ Paris, *Ganz*, Rev.arb.1991, стр. 478 са коментаром, Idot; Наведено према J. Poudret i S. Besson, *н. дело*, стр. 297, напомена 929.

⁷¹⁶ Paris, *Labinal*, Rev. Arb.1993, стр. 645 са коментаром Jarrosson; Paris, *Aplix*, Rev. Arb.1994, стр. 164, са коментаром Jarrosson. Наведено према J. Poudret i S. Besson, *н. дело*. стр. 297, напомена 930.

⁷¹⁷ *Société Aplix v Société Velcro*, Appel Paris, 14 October 1993 [1994] *Rev Arb.* 165.

⁷¹⁸ *Instituto Biochimico Italiano v. Madaus AG*, Court of Appeal, Milan 13 Sep.2002, *Dir. Ind.*346(2003)

⁷¹⁹ Случај Eurotunnel, *ET Plus SA v. Jean-Paul Welter & The Channel Tunnel Group Ltd* [2005] EWHC 2115 (Comm); ICC Case 7673/ 1993, 1997 *Riv. Arb.*431.

⁷²⁰ Вид. European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law, C. D. Ehleramnn, I. Aranasiu (уред.), Hart Publishing, 2003, стр. 345.

⁷²¹ J. Poudret, S. Besson, *н. дело*, str 299, напомена 952.

случајева. Они ће и даље у оквирима приватноправне примене права конкуренције паралелно или конкурентно са арбитражама одлучивати о повреди права конкуренције, али су поред тога добили и нову "надзорну" улогу, која се састоји у контроли примене права конкуренције пред арбитражама. Ова контролна функција судова је у америчкој правној доктрини означена као теорија "другог погледа." Теорија другог погледа није ништа друго него контрола арбитражне одлуке у поступку извршења где државни судови задржавају за себе право да, не улазећи у меритум спора, анализирају да ли су приликом доношења одлуке поштована начела о заштити конкуренције. У америчкој пракси ова теорија је развијена у предмету *Mitsubishi*, док је у ЕУ о њој било дискутовано у предметима *Nordsee*⁷²² и *Eco Swiss*.⁷²³ У одлуци донетој у предмету *Nordsee*, Суд правде је заузео став да арбитражи нису овлашћени да од Суда правде траже одлуку о претходном питању, тј. да нису овлашћени на претходно упућивање.⁷²⁴ У одлуци донетој у предмету *Eco Swiss*, Суд је заузео став да члан 81 (данас члан 101. УФЕУ) мора бити схваћен као део јавног поретка, па се арбитражна одлука може поништити ако је супротна његовим одредбама. Међутим, ако у прописаном року није покренут поступак за поништај арбитражној одлуци ће се признати дејство пресуђене ствари (*res iudicata*).⁷²⁵

⁷²² *Nordsee Deutsche Hochseefisherei GmbH v. Reederai Mond Hochseefisherei Nordstend AG & co KG* (101/81) [1082] ECR. 1095.

⁷²³ C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. v Benetton International NV*, [199] ECR I-3055.

⁷²⁴ Право подношења захтева за претходно одлучивање припада судовима који одлучују о признању и извршењу тако донетих арбитражних одлука. Вид. Одлуке у предметима C-125/04 *Guy Denuit and Betty Corednier v Transorient-Mosaique Voyages and Culture SA* [2005] ECR I-923, тач.. 13. И одлуку у предмету C-555/13 *Merck Canada Inc., v Accord Healthcare Ltd and Others*, још није објављена тач.. 15-25. Доступна на интернет страници <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=148021&pageIndex=0&doclang=HR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=302762> Вид. коментар у М. Marquis, R. Cisotta, *н. дело*, стр. 245.

⁷²⁵ М. Marquis, R. Cisotta, *н. дело*, стр. 244.

III АРБИТРАБИНОСТ СПОРОВА ИЗ СТЕЧАЈНОГ ПРАВА

1. Општа питања

Отварање стечаја над привредним субјектом производи низ последица које погађају положај не само субјекта у стечају, већ и његових пословних партнера, пре свега поверилаца.⁷²⁶ За привредног субјекта у стечају, отварање стечаја означава престанак са уобичајеним начином пословања и улазак у регулисани поступак гашења, који ће довести до његовог правног престанка. Како је, међутим, за време "нормалног" пословања исти субјекат ушао у бројне послове у којима је према трећим лицима преузео низ обавеза, покретање стечајног поступка отвара питање судбине таквих правних послова, тј. неизмирених права и обавеза који су њима преузети. За трећа лица је сврха отварања стечаја да им под истим и унапред познатим условима обезбеди сразмерно намирење потраживања. За предмет овог рада су од значаја само они послови са трећим лицима у којима је стечајни дужник уговорио арбитражни начин решавања спорова. У таквим споровима се поставља питање да ли ће се о њиховој судбини решавати према правилима стечајног поступка или у складу са арбитражим уговором. Како и стечајни поступак има за циљ да реши спорна питања између стечајног дужника и његових поверилаца, то је могуће да дође до преклапања интереса или својеврсног сукоба надлежности између стечајних органа и уговорене арбитраже. То је могуће због тога што се арбитражни и стечајни поступак воде према различитим начелима.

Имајући у виду наведено, као спорна се постављају три питања. Прво, да ли отварање стечаја над једном од страна из арбитражног уговора утиче на пуноважност и само постојање арбитражне клаузуле или на њену примену. Друго,

⁷²⁶ Вид. више М. Васиљевић, *Пословно право*, Београд 1999, стр. 318. и даље; И. Јанковец, *Привредно право*, Београд 1999, стр. 217 и даље; М. Велимировић, *Пословно право, предузећа-уговори-банкарски послови-хартције од вредности*, Подгорица 2000, стр. 175. и даље; М. Васиљевић, *Компанијско право*, Београд 2013, стр. 557 и даље.

да ли отварање стечајног поступка утиче на покретање арбитражног поступка или, а ако је већ покренут на његову даљу судбину. Треће, да ли се разликује дејство арбитражне одлуке донете у току стечајног поступка, у односу на одлуке које не прати истовремено вођење стечајног поступка.⁷²⁷ Да су наведена питања од посебног теоријског и практичног значаја сведочи чињеница да је стечај регулисан не само у готово свим националним правима, већ и у међународним изворима. У домаћем праву, ова питања су регулисана Законом о стечају,⁷²⁸ Законом о арбитражи и о одговарајућим одредбама Закона о парничном поступку. Од међународних извора, у ЕУ је донета Уредбу број 1346/2000 о стечајним поступцима,⁷²⁹ као обавезујући извор права са унификованим решењима за стечајеве у државама чланицама, док је препоручена примена УНЦИТРАЛ Модела закон о прекограничном стечају (1997)⁷³⁰ и Принципа европског стечајног права (2003).

2. Утицај отварања стечаја на постојање и пуноважност арбитражног уговора

Отварањем стечаја стечајни дужник губи пословну и процесну способност, те не може закључивати нови арбитражни уговор, нити бити странка у арбитражном поступку по постојећем арбитражном уговору.

Ако пре тога није закључен уговор о арбитражи (компромисорна клаузула) након отварања стечаја, стечајни дужник неће моћи да уговори арбитражу ни компромисом јер се пословна способност дужника гаси отварањем стечаног поступка, па не може закључити ни други правни посао који је усмерен на

⁷²⁷ Вид. М. Станивуковић, "Закон о стечају и арбитража", *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, 1/2014, стр. 121.

⁷²⁸ Сл. гласник РС бр. 104/2009, од 16. 12. 2009.

⁷²⁹ Council regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 On Insolvency proceedings, OJ L 160, 30.6.2000, стр. 1–18.

⁷³⁰ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, 1997, доступно на http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html. Текст прате: УНЦИТРАЛ Практични водич о сарадњи у прекограничним стечајевима (2009), УНЦИТРАЛ Модел закон о прекограничном стечају: судска перспектива (2013) Водич за доношење закона и тумачење, од 2013. године.

имовину под стечајем. Стога се питање утицаја стечаја може поставити само у случајевима када је арбитражни уговор закључен пре отварања стечаја.

Питање утицаја отварања стечаја је у националним правима решено на три начина. У највећем броју националних права отварање стечаја не утиче на постојање уговора о арбитражи (Швајцарска, Француска, Холандија, УК, Немачка).⁷³¹ У осталим државама, отварање стечајног поступка чини непримењивим арбитражни уговор, а заинтересована страна може тражити његов поништај (Пољска, Шпанија), или је повериоцима дато право да самостално одлуче и оптирају за једно или друго решење (Италија).⁷³²

Према првом решењу, отварање стечаја над једном или обе стране из уговора о арбитражи не утиче на постојање и пуноважност уговора.⁷³³ И након отварања стечаја, уговор производи пророгационо и дерогационо дејство које се простире и на стечајног управника који ступа на место ранијег дужника. Овакво решење је прихваћено, на пример, у француском и холандском праву.⁷³⁴

Према *француском* праву, сви спорови о правима о којима странке могу слободно да располажу могу бити предмет арбитражног уговора, осим питања која чине унутрашњи јавни поредак.⁷³⁵ Спорови чије решење задире у унутрашњи јавни поредак се сматрају неарбитрабилним. Како се колективно намирење поверилаца третитира као део јавног поретка, произилази да се ови спорови могу решавати само пред домаћим судовима, осим ако су у питању међународне арбитраже. У

⁷³¹ Вид. V. Lazić, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1998, стр. 181-183, 231.

⁷³² Вид. K. Sach, *Insolvency Proceedings and International Arbitration*, Collected Courses of the International Academy for Arbitration Law, 1(2001) na 1(2013), стр. 17. Dostupno na <http://www.arbitrationacademy.org/wp-content/uploads/2014/01/Arbitration-Academy-Klaus-Sachs.pdf>. Последњи приступ 22. маја 2015.

⁷³³ М. Станивуковић, *н. дело*, 2014, стр. 121.

⁷³⁴ Вид. V. Lazić, *Arbitration and Insolvency Proceedings: Claims of Ordinary Bankruptcy Creditors*, vol 3.3 Electronic Journal of Comparative Law, December 1999, стр. 4 и даље, доступно на: <http://www.ejcl.org/33/art33-2.html>. Последњи приступ 24. 04. 2015.

⁷³⁵ *Исто*, стр.12, напомена 46.

прилог овом ставу говори став суда у случају *Jean X. v. International Company for Commercial Exchanges (Income)*⁷³⁶.

У питању је био спор између француске компаније која ја закључила три уговора са компанијом из Египта, као купцем, о продају ситног шећера. У уговорима је била садржана арбитражна клаузула према којој ће сви спорови који настану из уговора бити решити пред арбитражним трибуналом. Октобра 2001, египатска компанија је покренула поступак пред арбитражним трибуналом ради испуњења обавеза преузетих уговором. У међувремену, маја 2003, надлежни француски суд је отворио стечајни поступак над туженим, а јула 2003. године суд је наложило ликвидацију стечајног дужника (туженога). Јанура 2004. године, арбитражни трибунал је донео одлуку у корист тужиоца и наложио туженоме да исплати штету. Након што је тужилац од француског суда затражио извршење арбитражне одлуке, стечајни управник је уложио жалбу позивајући се на повреду унутрашњег јавног поретка.

Апелациони суд је 8. Новембра 2007, одбацио жалбу туженог и у свом образложењу поновио разлоге које је навео у пресуди у случају *Thales v. Euromissile*⁷³⁷, по којој се признање или извршење стране арбитражне одлуке може одбити једино у случајевима када одлука представља флагрантно, стварно и конкретно кршење јавног поретка. У конкретном случају, Апелациони суд је сматрао да је повреда била чисто формалне природе. Међутим, у поступку пред Касационим судом Француске, Суд је поништио одлуку Апелационог суда позивајући се на разлоге јавног поретка. Суд је сматрао да је арбитражни трибунал повредио јавни поредак Француске тако што је наредио страни која је инсолвентна да плати одређену износ на име штете. Према мишљењу Суда трибунал је требало да ограничи своју надлежност и да одлуку о постојању штете

⁷³⁶ *Jean X. v. International Company for Commercial Exchanges (Income)*, No.48 Cour de Cassation, First Civil Chamber, 6 May 2009, Доступно на <http://legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020594892 &fastReqId=276128787&fastPos=1>.

⁷³⁷ *Thales Air Defence BV v. GIE Euromissile et al.* (Paris Court of Appeals, Nov. 18, 2004) *Revue de l'arbitrage*, 2004. No. 1.

упути стечајном суду у поступку верификације, при чему би се одредила висина потраживања. Позивајући се на стечајно право Француске као и на јавни поредак Суд је потврдио став да сви грађански поступци, па и арбитражни поступак, треба да буду прекинути док траје стечајни поступак и да се висина потраживања може одредити само у верификационом поступку стечајног поступка.

Из овога се може закључити да арбитражна одлука донета након отварања стечајног поступка има деклаторну природу и да на основу ње индивидуални поверилац не може наплатити своје потраживање независно од осталих поверилаца. Од поверилаца се захтева да у поступку верификације приложе такве одлуке које ће се третирали као доказ *о постојању* потраживања, док ће се висина потраживања одлучити тек у стечајном поступку.

Што се тиче дејства отварања стечаја на арбитражни поступак који је већ покренут, Суд је обавезао арбитражни трибунал да прекине поступак, чиме је потврдио да стечај сам по себи не представља препреку за конституисање надлежности међународне арбитраже.⁷³⁸

И према домаћем праву би требало сматрати да отварање стечајног поступка не ставља ван снаге раније закључени арбитражни уговор. На такво тумачење упућују одредбе Закона о арбитражи у којима отварање стечаја није предвиђено као разлог за престанак арбитражног уговора, као и из одредби Закона о стечају у делу који је насловљен као "Последице отварања стечајног поступка на правне послове," чланови 94-100.⁷³⁹

Међутим, и пуноважни арбитражни уговор може бити неоперативан ако стечајни дужник нема средстава да покрије арбитражне трошкове.⁷⁴⁰

⁷³⁸ Ch. von Krause, G. Filhol, *International Arbitration and French Insolvency Proceedings: French Supreme Court Reiterates Importance of Public Policy*, доступно на <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/10/28/international-arbitration-and-french-insolvency-proceedings-french-supreme-court-reiterates-importance-of-public-policy/>

⁷³⁹ М. Станивуковић, *н. дело*, 2014, стр. 122.

⁷⁴⁰ Вид. К-Н. Böckstiegel, S. Kröll, P. Nacimiento, *Arbitration in Germany, the Model Law in Practice*, Kluwer, 2007, General Overview, стр. 61, марг. бр. 162. О финансијској способности странака као услову за пуноважност арбитражног споразума вид. Р. Živković, *Effects of Bankruptcy on*

Према другом решењу, отварање стечајног поступка чини ништавим арбитражни уговор који је раније закључио стечајни дужник. Тако пољски Закон о стечају и реструктурирању прописује да арбитражна клаузула коју је закључила страна која је пала под стечај, "губи своје правно дејство од датума отварања стечаја, а сваки арбитражни поступак који је у току се обуставља."⁷⁴¹ У том случају, стечајни управник може покренути поступак пред судом.

Према трећем решењу, стечајни поверилац је овлашћен да одлучује о неизвршеним уговорима, па и о уговору о арбитражи, да ли ће их извршити или одбити.⁷⁴² Пример за овакво решење се може наћи у италијанском Закону о стечају.⁷⁴³ И према енглеском праву, арбитражни уговор који је закључен пре отварања стечајног поступка производи правно дејства након отварања стечајног поступка, ако је стечајни управник дао сагласност на арбитражни уговор.⁷⁴⁴ У случају да се стечајни управник не сагласи са арбитражним уговором, спор ће се решити пред арбитражом само ако надлежан стечајни суд након што добије сагласност друге уговорне стране или уз сагласност већа поверилаца, сматра да питања предвиђена у арбитражном уговору или у вези са арбитражним уговором могу бити решена пред арбитражом. Коначну реч у решавају арбитражног спора има надлежни суд који може и без изричитог пристанка стечајног управника упутити спор на арбитражу.

Arbitration Proceedings, CEU Budapest 2012. стр. 40. доступно на: http://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=0CEMQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww.etd.ceu.hu%2F2012%2Fzivkovic_patricia.pdf&ei=ZCpvVfKbDYGZsgG4p4CQDA&usg=AFQjCNHQm_Z2OVBMH4kGU83-pVzhdc-W4A&sig2=KoYwrhz0N2dl9HaEAhXRwA&bvm=bv.94911696,d.bGg

⁷⁴¹ Чл. 142.

⁷⁴² К. Sach, *н. дело*, стр. 20.

⁷⁴³ Legislative Decree No. 5/2006, допуњен са Legislative Decree No. 169/2007. Одредбама члана 72. овог Закона предвиђено је да "У случају када стране из споразума нису извршиле или нису обе у потпуности извршиле споразум, ако једна стана објави стечај, даље извршење споразума, осим ако је другачије предвиђено у овом делу, остаје суспендовано док поверилац не изјави, по овлашћењу одбора поверилаца, да ће наставити са испуњењем споразума уместо стечаја, преузимајући све релевантне обавезе, или да раскида споразум..." Вид. Baker & McKenzie, *International Arbitration Yearbook: 2010-2011*, Juris Publishing, стр. 284.

⁷⁴⁴ М. Mustill, S. Boyd, *Commercial Arbitration*, (2001), стр. 72 наведено према С. Liebscher, *н. дело*, стр. 170.

3. Који су спорови арбитрабилни

Код одређивања арбитрабилности стечајних спорова потребно је узети у разматрање два елемента. Прво, да је над једном од страна из арбитражног уговора пре покретања арбитражног поступка или у току његовог трајања покренут стечајни поступак. Друго, да се стечајни поступак води не само ради намирења индивидуалних интереса странака у спору, већ и неких општих или јавних интереса. Стога правила о стечајном поступку у неким националним правима чине део унутрашњег јавног поретка, а у другим правима, део међународног јавног поретка. Зависно од тога какав је значај дат наведеним чињеницама, у националним правима је питање арбитрабилности схваћено и регулисано на различите начине. Разлике се манифестују у погледу признања арбитрабилности уопште или у погледу предмета арбитрабилности, тј. листе питања која се сматрају арбитрабилним.

Што се тиче питања генералног признања арбитрабилности стечајних спорова, и поред извесних разлика у конкретним решењима и одређених колебања појединих судова, као генерални може се извући закључак да је у мањој или већој мери у свим националним правима призната арбитрабилност споровима из стечаја. Међутим, у судској пракси и усвојеним законским решењима направљена је разлика између тзв. "чистих" стечајних спорова и спорова који се тичу имовинско правних захтева поверилаца према стечајном дужнику.

У прву групу "чистих" (енгл. "*pure*" или "*core*") спорова или спорова "који имају директну везу" са стечајним поступком,⁷⁴⁵ спада отварање, вођење и затварање стечајног поступка, као и именовање стечајног судије. Као опште, прихваћено је правило да о овим питањима одлучује стечајни суд и да се, због природе стечаја, пред арбитражом не може водити стечајни поступак, чак и ако би стране о томе постигле споразум.⁷⁴⁶ О томе постоји сагласност у литератури⁷⁴⁷ и судској

⁷⁴⁵ ИСС одлука у предмету 6697 (1990), *Casa v Cambior*, Rev Arb 1992, стр. 135.

⁷⁴⁶ Вид. С. Liebscher, "Insolvency and Arbitrability", у *Arbitrability*, стр. 166. У домаћој теорији М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 122.

пракси.⁷⁴⁸ У овом смислу би одредбе члана 6. домаћег Закона о стечају, о поштовању "начела судског спровођења поступка", и одредбу члана 16. истог Закона, према којој стечајни поступак спроводи суд на чијем подручју је седиште стечајног дужника, требало тумачити као искључиву судску надлежност.⁷⁴⁹

Слично решење је прихваћено и у немачком и аустријском праву. Према немачком арбитражном праву сви имовински спорови (спорови од економског интереса - *vermogensrechtlicher Anspruch*), у које спадају и спорови из стечаја, су арбитрабилни. Једино се за неимовинске спорове захтева и да странке о њима могу постићи поравнање.⁷⁵⁰ Стечај једног од уговорних странака из арбитражног уговора не повлачи немогућност решавања спорова пред арбитражом *per se*. И у немачкој правној теорији је прихваћен став да сви спорови који се односе на стечај могу бити решени пред арбитражом.⁷⁵¹ Чак и када је предвиђена искључива надлежност стечајног суда, таква надлежност не представља препреку за арбитражно одлучивање. Стечајни суд је надлежан да решава само чисте стечајне захтеве,⁷⁵² док о осталим захтевима, као што су питања верификације својинских спорова и избегавање лажних трансакција⁷⁵³ расправља уговорена арбитража. И према аустријском праву, отварање стечаја над једном од странака у поступку не чини такав спор неарбитрабилним. Отварањем стечаја ранији дужник губи пословну способност да закључи нови арбитражни уговор и парничну способност да буде странка у покренутом арбитражном поступку, али на његово место ступа стечајни управник, а ранији арбитражни уговор остаје на снази.

⁷⁴⁷ За попис аутора види пре свих S. Jarvin, A. Magnusson, *International Arbitration Court Decisions*, Juris Publishing, 2008, стр. 768.

⁷⁴⁸ Више о пракси америчких судова вид. Ch. Dorta, „Arbitration and insolvency proceedings”, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, Year LVII, 2009, No. 3, стр. 84.

⁷⁴⁹ М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 123.

⁷⁵⁰ Вид. параграф 1030(1) немачког Закона о арбитражи, књ. 10. Законика о грађанском поступку и коментар Trittmann/Hanefeld у: К.Н. Böckstiegel, S.Kröll, P. Nacimiento, *н. дело*, стр. 112. и даље. О арбитрабилности стечајних спорова, вид. стр. 123, и напомену 27.

⁷⁵¹ Вид. V. Lazić, *н. дело*, 1998, стр. 164.

⁷⁵² Чл. 102, 158, 163, 190, 202 German Bankruptcy Code.

⁷⁵³ G. Yang, *Insolvency Proceedings and Their Effect on International Commercial Arbitration*, LLM thesis, University of Ghent, стр. 11.

4. Директни и индиректни стечајни спорови

И поред тога што је након одлуке у предмету *Mitsubishi* дошло до либерализације у схватању арбитрабилности спорова који се тичу јавног интереса, спорови из стечајног права су остали "терен конфронтације јавних и приватних интереса," управо и због тога што између стечајног и арбитражног поступка постоје бројне сличности и разлике.⁷⁵⁴

Основна и начелна сличност између арбитражног и стечајног поступка је у сврси: оба имају за циљ да реше конкретни проблем. Али, између њих постоје бројне разлике о којима ће више речи бити у наставку. Посебна пажња ће бити посвећена ситуацијама у којима се ова два поступка преклапају и коегзистирају у простору и времену.⁷⁵⁵

Почетна разлика постоји у начину конституисања надлежности арбитражног трибунала и стечајног суда. Док арбитража своју надлежност заснива на сагласности воља уговорних страна, стечајни поступак се покреће као последица стечаја. Стечај⁷⁵⁶ настаје као последица немогућности да стечајни дужник испуни преузете обавезе и регулисан је законским прописима без могућности да странке својим договором дерогирају надлежност суда. С друге стране, стечајни поступак представља судски поступак који се одвија пред националним судовима.⁷⁵⁷ Арбитража је приватни или "ван судски" метод решавања спорова заснован на

⁷⁵⁴ Вид. више Ј. Вукадиновић, "Утицај прекограничног стечаја на арбитражни поступак", *Правни живот*, 11/2013, стр. 351.

⁷⁵⁵ J. Rosell, H. Prager, "International Arbitration and Bankruptcy: United States, France and the ICC". (2001) 18(4) *Journal of International Arbitration*, стр. 471.

⁷⁵⁶ Под стечајем се подразумева ликвидација правног лица, односно банкрот физичког лица и реорганизација правног лица. Док код реорганизације, одређено предузеће наставља свој пословни и правни живот на тржишту, код ликвидације правни субјект престаје да постоји, а дугови које је преузео током трајања се могу намирати искључиво у колективном поступку намирења након отварања стечајног поступка. Овакав начин дефинисања присутан је у САД и државама чланицама Европске уније. Више о општем појму стечаја вид. у: И. Јанковец, *Привредно право*, Београд 1999, стр. 210-231, М. Васиљевић, *н.дело*. 1999, стр. 311-334; М. Велимировић, *Пословно право, предузећа-уговори-банкарски послови – хартије од вриједности*, Подгорица, 2000, стр. 175-201; В. Чоловић, *Стечајно право*, Бања Лука 2010, М. Васиљевић, *н. дело*, 2013, стр. 557-584.

⁷⁵⁷ C. Liebscher, „Insolvency and Arbitrability“, *Arbitrability*, стр. 165.

начелима аутономије воље и приватног начина решавања спорова. Стечајни поступак карактерише централизација поступака пред надлежним стечајним судом и посебна начела као што су једнакост поверилаца, економичност и судско вођење поступка.

Спорови који настају као последица отварања стечајног поступка се, као што је већ наговештено, према повезаности са стечајним поступком и њиховој допуштености у погледу решавања пред арбитражним трибуналом могу поделити у две групе. Прва група спорова се *директно тиче стечајног поступка* и искључиво се могу решавати пред стечајним судом. То су тзв. суштински стечајни спорови (*core insolvency disputes*). Ови спорове се тичу следећих питања: отварање стечајног поступка, именовање стечајног управника, утврђивање износа који се исплаћују из имовине дужника, као и верификација, инвентаризација, реорганизација, прикупљање и дистрибуција средстава који чине имовинску масу,⁷⁵⁸ али и остали захтеви којима се штити јавни интерес, укључујући и кривичну одговорност за одређена дела. У тзв. "*non-core*" се убрајају захтеви поверилаца за утврђивање постојања потраживања (за оцену основа), спорови који се односе на оспоравање висине (износа) потраживања привилегованих и непривилегованих поверилаца⁷⁵⁹, захтеви из противправног понашања управника, одбора поверилаца и експерата (вештака), потраживања из поништеног или раскинутог уговора због посебних права поверилаца, као и потраживања која нису усмерена на стечајну масу.⁷⁶⁰ И спорови који директно не произилазе из стечајног поступка и која се не односе директно на стечај, као што су питања повреде уговора и преварне радње у име дужника од стране стечајног управника према трећим лицима, се сматрају *non core* питањима.⁷⁶¹

У националним правима, спорове који директно произилазе из стечајног поступка једини је предвидео амерички законодавац који је у Закону о стечају у члану

⁷⁵⁸ V. Lazić, *н. дело*, 1998, стр. 154 ; Ch. Liebscher, *н. дело*, стр. 166.

⁷⁵⁹ Ch. Liebscher, *н. дело*, стр. 169.

⁷⁶⁰ G. Yang, *н. дело*, стр. 7.

⁷⁶¹ A. Resnick, "The Enforceability of Arbitration Clauses in Bankruptcy", *15 Am. Bankr.Inst. L. Rev.*, 2007, стр.194.

157(2)(б) навео листу "неисцрпних" питања за коју је предвиђена надлежност стечајног суда.⁷⁶² Према *Bankruptcy Reform Act*, стечајном суду је дата надлежност да одлучује како о стечајном поступку, тако и о свим грађанским поступцима везаних за стечај. Овим је централизован целокупан стечајни поступак, а суд је добио искључиву надлежност за решавање у свим поступцима насталим из или у вези са стечајним поступком.⁷⁶³ Суд је надлежан да расправља и о свим споровима насталим у вези са имовином стечајног дужника без обзира где се она налази. Овакво решење је типичан пример атракционе надлежности. Међутим, закон је предвидео два изузетка. У првом случају, суд се може уздржати од расправе у споровима који произилазе из стечајног поступка или су у вези са њим, ако је то у интересу правде или у интересу заједнице и поштовања општих правила државе. У другом случају суд ће бити дужан да се уздржи у поступцима у којима је држава један од субјеката (*state law claim*) или у случајевима када се расправља о споредним питањима стечајног права, уколико су одређени услови испуњени.⁷⁶⁴

5. Утицај стечајног поступка на арбитражни поступак

Због сличности које постоје између арбитражног и стечајног поступка и због владајућег става да отварање стечајног поступка не ставља ван снаге арбитражни уговор, поставља се питање да ли и како покретање стечајног поступка утиче на покретање или ток арбитражног поступка. При томе је могуће разликовати две ситуације: кад арбитражни поступак није покренут пре отварања стечаја и кад је арбитражни поступак покренут, у току је, али није закључен у време када је једна од страна пала под стечај. У неким националним правима се прави и даља разлика на случајеве у којима стечајни дужник има положај повериоца и тужиоца, и на

⁷⁶² Чл. 157 (b)(2) U.S.C, 2006 година. Наведено према G. Yang, *н. дело*, стр. 8.

⁷⁶³ Део 1334 (a) 28 U.S.C.A.

⁷⁶⁴ Чл. 1334 (c)(2) услови су следећи : 1) благовремено предат предлог странке, 2) да се поступак односи само на стечајни поступак, а не да произилази из њега (тзв. споредни поступак), 3. Уколико је поступак „у вези са којима поступак не може бити покренут пред судовима САД због одсуства надлежности према овом члану" 4. Ако је поступак започет и може бити правовремено пресуђен, то би требало урадити у наведеном суду одговарајуће надлежности.

случајеве када се стечајни дужник налази у положају туженога од кога повериоци траже да измири преузете обавезе. Међутим, последња подела није од значаја за одржавање и ток арбитражног поступка, већ једино за начин извршења тако донете одлуке, зависно од тога да ли је треба извршити на стечајној маси или њоме досуђено потраживање у корист стечајне масе. Због тога ће у даљем излагању бити речи само о првој подели.

Чињеница да у већини националних права отварање стечајног поступка над једном од уговорних страна не утиче на правоваљаност потписаног арбитражног уговора,⁷⁶⁵ подразумева обавезу страна да спор покрену пред уговореном арбитражом или да као тужени учествују у поступку пред арбитражом, а не пред судом. Међутим, аутономија воље стечајног дужника, као једне странке у спору, је значајно сужена и усмерена је на испуњавање циљева који су постављени стечајним правом: прикупљање и наплату потраживања од дужника и сразмерно намирење поверилаца. При томе се у неким правима разликује положај стечајног дужника када наступа као поверилац према трећим лицима са којима има уговорену арбитражну клаузулу и када се налази у улози туженога и дужника.

У споровима у којима наступа као поверилац, стечајни управник је дужан да након отварања стечаја сва потраживања сматра доспелим и да против трећих лица која нису измирила своје обавезе према његовом претходнику покрене поступак пред арбитражом у циљу наплате потраживања. Ова обавеза произилази из опште обавезе стечајног управника да се стара о имовини дужника.⁷⁶⁶ У овом смислу ваља разумети одредбу члана 94. став 1. Закона о стечају, према којој "Ако стечајни дужник и његов саговорач до отварања стечајног поступка нису у целости или делимично извршили двострано теретни уговор који су закључили, стечајни управник може, уместо стечајног дужника, испунити уговор и тражити испуњење од друге стране." Наведена одредба се, међутим, не односи на арбитражни уговор који, како се са правом истиче у теорији, јесте двострани

⁷⁶⁵ Вид. V. Lazić, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International/T.M.C. Asser Instituut, 1998, Chapter VI.

⁷⁶⁶ Вид. Baker & McKenzie, *н. дело*, стр. 279.

уговор, али није теретан у смислу да намеће права и обавезе уз накнаду.⁷⁶⁷ То значи да стечајни дужник нема право избора у погледу покретања арбитражног поступка или учешћа у њему. Он је на то обавезан. Ова обавеза произилази и из пуноважног арбитражног уговора и из ситуације у којој се налази као стечајни дужник.

Стечајни управник је дужан и да учествује у арбитражним поступцима у којима има положај туженога. Учешћем у арбитражном поступку, од њега се очекује да у складу са начелима стечајног права оспори арбитрабилна потраживања и дуговања и њихову висину.

Друга ствар о којој би арбитражи требало да воде рачуна у поступку који је покренут пре отварања стечаја над једном од страна, јесте да на место раније стране долази стечајни управник и да му арбитражи морају оставити времена да припреми свој наступ, те да у том циљу на одређено време прекину поступак. Тако ће према немачком⁷⁶⁸ и швајцарском⁷⁶⁹ праву арбитражни поступак бити суспендован једино за време које је неопходно стечајном управнику да се упозна са случајом и припреми одбрану. Само отварање стечаја над једном од уговорних страна неће довести до нужног прекида тј застоја поступка пред арбитражом.

Према француском праву, сви поступци који се воде за време стечајног поступка, а усмерени су на стечајну масу дужника биће суспендовани. Странке ће се упутити да своје потраживање пријаве стечајном суду, након чега ће покренути процеси после пријаве странака⁷⁷⁰ (уколико странке то желе) бити настављени без услова посебног одобрења.⁷⁷¹

⁷⁶⁷ М. Станивуковић, *н. дело*, 2014, стр. 122.

⁷⁶⁸ Вид. V. Lazić, *н. дело*, стр. 292-294; J-F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр.505.

⁷⁶⁹ L. Levy, "Insolvency in Arbitration(Swiss law)", *Int. A.I.R.*2005, по. 8(1), стр. 23, 24. Код међународне арбитраже са седиштем у Швајцарској, арбитражи имају дискрециону моћ да одлуче да ли ће застати са поступком или не. О томе више у G. Kaufmann- Kohler, L. Lévy " Insolvency and internation Arbitration", *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21 st Century*, (Н. Peter, N. Jeandin, J. Kilborn), Schulthess 2006, стр. 269.

⁷⁷⁰ G. Yang, *н. дело*, стр. 35, напомена 131.

⁷⁷¹ V. Lazić, *н. дело*, стр. 292 и даље. Исто схватање застуљено је и у Холандији. Према чл.25(2) Холандског закона о стечају, сви правни поступци који се воде против имовине стечајног

Као што је већ речено, арбитри могу због непостојања средстава у току поступка констатовати неоперативност арбитражног уговора, као што је било у предмету *Casa v Cambior*.⁷⁷² Овде је тужилац било предузеће које је основано у Луксембургу и које је покренуло арбитражни поступак против туженог чије је седиште било у Квебеку. У међувремену над тужиоцем је покренут стечајни поступак у Луксембургу, након чега је тужени затражио од трибунала да нареди тужиоцу да достави гаранцију да ће покрити трошкове трибунала. Међутим, трибунал је одбио да донесе овакву меру, са образложењем да би се тиме повредио општи принцип једнаког третмана странака. Ипак, за овај рад је интресантан став трибунала поводом арбитрабилности спора и пуноважности арбитражне клаузуле. У образложењу одлуке арбитри истичу да: " Чињеница да је над странком покренут стечајни поступак није довољна да се спор прогласи неарбитрабилан *per se*. Једино питања која су директно повезана са стечајним поступком, тј. они спорови који произилазе из примене правила која су специфична за тај поступак ће се сматрати неарбитрабилним." ⁷⁷³

6. Меродавно право за оцену арбитрабилности и дејство стечаја

6.1. Право седишта арбитражног трибунала и право земље могућег извршења арбитражне одлуке

С обзиром да арбитражни трибунал нема *lex fori*, арбитри нису обавезани да примене колизионе норме домаће државе у којој арбитража има седиште, па се и питање меродавног права за арбитрабилност стечајних спорова одређује према општим правилима о меродавном праву за арбитрабилност, о којима је било речи.

дужника биће суспендовани и захтев за потраживањем поверилац ће морати да пријави у поступку верификације у стечајном поступку. У случају да дође до оспоравања пријављеног потраживања, поступак поводом оспоравања се може наставити у већ започетом поступку. Напомињемо да се у слову закона не говори о поступку пред арбитражом, већ се користи општи појам правног поступка, какав рецимо налазимо и у Уредби ЕУ.

⁷⁷² МТК одлука у спору *Casa v. Cambior*, br. 6697, Rev.arb.1992, стр. 135- 142.

⁷⁷³ МТК одлука у спору бр. 6697 (1990), *Casa v Cambior*, Rev Arb 1992, стр. 135. Трибунал је овакав став заузео пре више од 20 година, али је на истом становишту остао и неколико година касније у МТК случају бр. 11876. Више о овом случају у **International Court of Arbitration Bulletin**, Vol 20 No 1 (2009) , стр. 86.

Ипак, како стечајне спорове карактеришу императивна правила која по правилу чине део домаћег (унутрашњег) јавног поретка, то се поставља питање да ли су арбитрари везани таквим императивним одредбама као делом домаћег јавног поретка државе седишта арбитраже, или су везани само правилима међународног јавног поретка,⁷⁷⁴ на пример, у погледу аутоматског прекида или застоја у арбитражном поступку након отварања стечаја или у погледу трајања застоја. У националним правима и пракси су по овом питању прихваћена различита решења. Тако, на пример, према француском, италијанском и холандском праву, правила о стечају улазе у појам међународног јавног поретка, па ће у случају да арбитрари не прекину поступак након отварања стечаја, донета одлука бити поништена због повреде међународног јавног поретка.⁷⁷⁵ Међутим, понашање арбитра након отварања стечаја се на другачији начин квалификује према немачком и швајцарском праву. Ако након отварања стечаја арбитрари не застану са поступком, то се неће сматрати повредом јавног поретка, ако тиме није повређено начело једнаког третмана поверилаца.⁷⁷⁶ Према немачком праву, стечај једне стране не доводи до прекида или обустављања арбитражног поступка, осим ако се стране нису другачије споразумеле.⁷⁷⁷ Разлике постоје и у погледу других питања, као што је обавеза поверилаца да пријаве своје потраживање након отварања стечаја, чак и ако арбитрари нису застали са поступком.

У пракси се арбитрабилност спорова најчешће одређује према праву седишта арбитраже или према праву државе извршења арбитражне одлуке, како би се избегла опасност да донета арбитражна одлука не буде призната или да буде поништена. Међутим, док је релативно лако одредити право земље у којој арбитража има седиште (*lex loci arbitri*), сложеније је питање како одредити право места извршења одлуке, кад на место извршења претендују више држава. Ако се

⁷⁷⁴ Вид. J-F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 609, напомена. 706.

⁷⁷⁵ Вид. D. Baizeau, "Arbitration and Insolvency: Issues of Applicable Law", у: *New Developments in International Commercial Arbitration*, С. Mueller, А. Rigozzi (уред.), Schulthess, 2009, стр. 102

⁷⁷⁶ J-F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, стр. 505.

⁷⁷⁷ Вид. одлуку Немачког савезног суда од 28.02. 1957. (BGHZ 24, 15(18), коју у том погледу наводе Sachs/Lörcher, стр. 295, нап. бр. 123, у: К-Н. Böckstiegel, S. Kröll, P. Nacimiento (уред.), *Arbitration in Germany, The Model Law in Practice*, Wolters, 2007.

након отпочињања арбитражног поступка покрене стечајни поступак над једном од уговорних страна, као додатно се поставља питање да ли су арбитрари дужни узети у обзир правила која уређују стечајни поступак као и последице отварања стечајног поступка које се могу одразити на већ закључени арбитражни уговор.

У случајевима када на арбитрабилност спора треба да примене стечајно право земље седишта арбитраже или земље могућег извршења арбитражне одлуке потребно је разликовати две ситуације. Једна је ситуација уколико се земља седишта арбитраже или земља у којој се тражи извршење одлуке поклапа са земљом стечајног поступку. У том случају постоји подударане *lex loci arbitri* и *lex concursus*. У тим ситуацијама пред арбитрама је прилично једноставан задатак, и састоји се у томе што ће приликом дефинисања арбитрабилности спора применити правила о арбитражи и додатни критеријум о непостојању правила о искључивој надлежности стечајног суда установљеним у правилима *lex concursus*. Друга, нешто сложенија, ситуација постоји ако се *lex concursus* не поклапа са *lex arbitri*, али се правила стечајног поступка примењују од стране судова земље седишта арбитраже на основу правила о признавања страних стечајних поступака. Значајна унификација ових правила је извршена Уредбом Европске заједнице о међународном стечају⁷⁷⁸ и УНЦИТРАЛ Модел законом о међународном стечају.⁷⁷⁹ У њима је као принцип прихваћено признавање последица отварања стечајног поступка на територији једне државе од стране друге државе, а последице стечајног поступка отвореног над дужником у једној држави се шире на његову имовину где год се она налазила.

Разлика постоји и у правној природи донете арбитражне одлуке у току трајања стечајног поступка.

⁷⁷⁸ Council Regulation no.1346/2000 on Insolvency Proceedings, 29 May 2000, Official Journal of the European Union 2000 L 160/1. Уредбом је регулисана и обавеза признавања стечајног поступка између држава. Према одредбама члана 4. Уредбе, као основно предвиђено је решење према коме се дејство стечајног поступка уређују према праву земље отварања стечајног поступка (*lex concursus*). Изузетак од овог решења је предвиђен у члану 15. у коме се наводи да ће се дејство стечајног поступка у поступцима који се воде тумачити према праву земље у ком се ти поступци одвијају.

⁷⁷⁹ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, 30 May 1997, 36 I.L.M.1386.

IV АРБИТРАБИЛНОСТ СПОРОВА ИЗ ХАРТИЈА ОД ВРЕДНОСТИ И БАНКАРСКИХ ПОСЛОВА

1. Уводна објашњења

Под хартијама од вредности се подразумевају писане исправе којима се њихов издавалац обавезује да испуни обавезу уписану на тим исправама њиховим законитим имаоцима.⁷⁸⁰ Једну од основних карактеристика хартија од вредности чини њихова преносивост (негоцијабилност) или промет који се реализује куповином и продајом или залагањем. Пословима промета се могу бавити правна и физичка лица приватног и јавног карактера. Пренос се може вршити непосредно или преко посебних овлашћених лица - брокера и на посебним местима - тржишту хартија од вредности. Због великог значаја, учесталости,⁷⁸¹ великог броја учесника и велике вредности⁷⁸² која се преноси, држава има посебну улогу и задатак да учесницима у промету обезбеди потребну правну сигурност појединцима, али и да заштити државни или јавни интерес. Јавни интерес се манифестује у специфичном односу који се успоставља између брокера и државе, а који је регулисан императивним правним правилима. У општем смислу, императивним правилима се регулишу правила понашања учесника на финансијском тржишту и сама структура тржишта, са циљем да се обезбеди заштита инвеститора и регулише општи оквир функционисања националне економије.⁷⁸³ Приватни интерес је присутан у односима који се успостављају

⁷⁸⁰ Вид. чл. 234. ЗОО. У домаћој теорији: И. Јанковец, *н. дело*, стр. 529; М. Велимировић, *Банкарски послови и хартије од вредности*, Београд 1996, стр. 61; : М. Васиљевић, *Пословно право*, Београд 1999, стр. 725; М. Васиљевић, *Трговинско право*, 2014, стр. 423.

⁷⁸¹ По учесталости решавања спорова пред арбитражом, спорови који за предмет имају купопродају хартија од вредности представљају једне од најчешће решаваних. Вид. више D. Masucci, "Securities Arbitration: A Success Story: What Does the Future Hold?", 31 *Wake Forest Law Review*, 1996, стр. 183, доступно на <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=&handle=hein.journals/wflr31&div=13&id=&page=> Вид. I. Hanefeld, "Arbitration in Banking and Finance", *NYU Journal of Law & Business*, 9(2013) 917, стр. 917, 922.

⁷⁸² I. Hanefeld, *н. дело*, стр. 922. наводи два спора у вредности од 7 и 10 милијарди долара.

⁷⁸³ I. Bantekas, "Arbitrability in Finance and Banking", *Arbitrability*, стр. 297.

између лица која купују или продају акције преко финансијског, банкарског брокера. Ови односи се заснивају на уговорима које закључују заинтересоване стране, у којима је приватни интерес доминантан и присутнији него у било којој другој области.⁷⁸⁴ У таквим пословима уговорне стране су овлашћене не само да самостално регулише своје односе, него и да уреде начин и могућност решавања евентуалних спорова. Међутим, у случајевима када се промет обавља на берзама, правилима берзе је често предвиђена надлежност арбитраже организоване при берзи, при чему су брокери као чланови берзе обавезани да поштују и примењују ова правила. Чак и када брокери нису на изричит начин прихватили правила о надлежности арбитраже организоване при берзи чији су чланови, на то их могу обавезивати трговачки обичаји.⁷⁸⁵ И у једном и у другом случају купци хартија од вредности (инвеститори) практично приступају већ формулисаној арбитражној клаузули. Купци се јављају у улози посебне врсте потрошача или слабије стране са суженим преговарачким могућностима. Друга врста односа се успоставља између брокера и купаца на основу индивидуалних преговора и посебно закључених уговора.

О арбитрабилности се може говорити само код наведених спорова, док односи између државног апарата и брокера остају у надлежности судова.

2. Решења у националним правима

Осим у мањем броју трговачких закона или прописима о заштити потрошача, о хартијама од вредности⁷⁸⁶ или компанијским прописима, питање арбитрабилности није на посебан начин регулисано у националним правима. У таквим ситуацијама се о арбитрабилност може закључити на основу општих правила о

⁷⁸⁴ Исто, стр. 294.

⁷⁸⁵ За немачку праксу вид. Е. Schwark, *Boerzengesetz*, Kommentar, 1994, стр. 190-191.

⁷⁸⁶ Вид. чл. 37. немачког Закона о вредносним папирима (*Wertpapierhandelsgesetz*) да арбитражни уговор о будућим споровима из хартија од вредности обавезује стране у њему само ако су обе стране трговци или корпоративна тела организована у складу са јавним правом.

арбитрабилности или на основу успостављене судске праксе,⁷⁸⁷ посебно у водећим финансијским центрима, као што су САД и Немачка.

У САД је област промета хартија од вредности регулисана Законом о хартијама од вредности, од 1933. године (у даљем тексту ЗХВ)⁷⁸⁸ и Законом о промету хартија од вредности, од 1934. године⁷⁸⁹ (у даљем тексту ЗПХВ). Законом о хартијама од вредностима издаваоцима хартија од вредности је под претњом грађанске и кривичне одговорности прописана обавеза да купцима дају сва обавештења и информације које су од значаја за конкретан посао, док је продавца обавезао да те податке не злоупотребе или погрешно прикажу.

Циљ закона је био да заштите правни положај инвеститора (купаца) акција и да ојачају финансијско тржишта земље.⁷⁹⁰ У формулацији конкретних решења пошло се од претпоставке да између издавалаца и купаца хартија од вредности постоји очигледна неравнотежа у преговарачкој позицији коју је потребно изравнати заштитом купаца (инвеститора) као слабије стране.⁷⁹¹ Заштиту инвеститора је требало омогућити спречавањем преварног понашања при понуди и куповини хартија од вредности и обавезивањем дилера (продаваца) хартија да открију све чињенице које су од значаја за куповину акција и да о њима обавесте купца, као и обавезом регистрације хартија од вредности. За несавесне и преварне

⁷⁸⁷ I. Bantekas, *н. дело*, стр. 293-316.

⁷⁸⁸ Закон о хартијама од вредности (Securities Act, Pub. L. No. 73-22, 48 Stat. 74 (1933)). Закон уређује трансакције које се дешавају на примарном тржишту акција, захтевајући да емитери акција приликом продаје пруже све неопходне информације о акцијама на тржишту. Закон је донет након краха финансијског тржишта са двоструком улогом. Емининенти хартија од вредности су у обавези да открију материјалне чињенице (информације) инвеститорима, док са друге стране забрањено је да се хартије од вредности базирају и емитују на основу лажних информација и праксе. У том смислу, под појмом "материјалне" информације предвиђене чланом 12 овог закона, означене су информације које утичу на разумну процену инвеститора о акцијама компаније. Основни циљ је да се инвеститорима обезбеди реалан и тачан увид у чињенице и информације које дорпиносе доношењу инвестиционих одлука.

⁷⁸⁹ Securities Exchange Act (Pub. L. No. 73-291, 48 Stat. 881 (1934)), Закон о промету хартија од вредности.

⁷⁹⁰ J. E. Kerr, "The Arbitration of Securities Law after Rodriguez and the Impact on Investor Protection", *Marquette Law Review*, 2(1989)73, стр. 218.

⁷⁹¹ Вид. D. C. Nelson, "The Arbitrability of Securities Disputes between Brokers and Customers – Phillips v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc", *Creighton Law Review*, 20(1987), стр. 1014.

продавце предвиђена је грађанска и кривична одговорност. На овај начин су купци упознати са свим добрим и лошим странама куповине акција чиме се спречавају куповине засноване на преварним радњама продаваца чиме се чува правна сигурност и поштовање финансијског тржишта.⁷⁹² Што се тиче међусобног односа, замишљено је да се два закону допуњују по питању правне заштите купаца хартија од вредности.⁷⁹³ Инвеститорима, тј. лицима која купују акције и друге хартије од вредности је према Закону о хартијама од вредности дато право да се могу обратити суду у циљу накнаде штете коју су претрпели због лажног и преварног понашања продавца, а које је резултирало закључењем уговора. Продавцима је под претњом ништавости, било забрањено да закључе споразум којим би се одступило од прописаних решења. Одлучивање о споровима из уговора о купопродаји хартија од вредности,⁷⁹⁴ одредбама члана 22. ЗПХВ било је поверено федералним и окружним судовима.⁷⁹⁵ Из формулације члана 14. ЗПХВ, којим је уговорним странама било забрањено да одступе од било које одредбе овог закона, може се закључити да је судовима била поверена искључива надлежност. У правној теорији је, међутим, тумачење члана 14. изазвало доста полемике и различитих схватања која су допринела да се члан 14. прогласи једним од „криваца“ неарбитрабилности. Једни су, у њему употребљени израз "одрицање" (*waiver*) разумели као да се односи на забрану искључења одговорности брокера

⁷⁹² J. Nelson, "Securities Arbitration" *Golden Gate University Law Review*, vol.21, Iss.2[1991]. Art.7, стр. 409 напомена 29.30.

⁷⁹³ Чл. 12(2) Security Act из 1933. Предвиђа обавезу продавца да купцу открије све неопходне информације приликом продаје хартија од вредности. Уколико дође до повреде ове обавезе, продавац може тражити правну заштиту. Члан 10(б) Закона о промету хартија од вредности предвиђа ширу заштиту купца хартија од вредности која поред заштите од ускраћивања информација предвиђа и заштиту у другим преварним понашањима продавца.

⁷⁹⁴ Чл. 22 Закона из 1933: "SEC. 22. (a) The district courts of the United States and United States courts of any Territory shall have jurisdiction of offenses and violations under this title and under the rules and regulations promulgated by the Commission in respect thereto, and, concurrent with State and Territorial courts, except as provided in section 16 with respect to covered class actions, of all suits in equity and actions at law brought to enforce any liability or duty created by this title. Any such suit or action may be brought in the district where- in the defendant is found or is an inhabitant or transacts business, or in the district where the offer or sale took place, if the defendant participated therein, and process in such cases may be served in any other district of which the defendant is an inhabitant or where- ever the defendant may be found."

⁷⁹⁵ Вид. став Врховног суда у предмету *Wilko v Swan* и тумачење одредби члана 12(2) Закона о хартијама од вредности (Вилко доктрина).

приликом пружања неопходних информација купцу акција. Други су сматрали да је наведеном формулацијом налогодавцима и брокерима забрањено да у међусобним уговорним односима уговарају арбитражно решавање спорова.⁷⁹⁶ У сваком случају, неарбитрабилност ових спорова је тумачена као непоштовање принципа аутономије воље и слободе уговарања.⁷⁹⁷

3. Судска пракса у Сједињеним Америчким Државама

Судови у Сједињеним Америчким Државама су у почетку заузели став о неарбитрабилности спорова који за предмет имају финансијску трансакцију. Такав став су образлагали различитим аргументима, о којима ће више речи бити у наставку. Општа оцена је да су судови своју праксу постепено мењали од потпуног неприхватања (одбијања, *waiver*), преко признавања делимичне арбитрабилности, зависно од тога према ком закону су спорови решавани, да би на крају заузели потпуно либерални став и прихватили арбитрабилност.

До постепеног прихватања арбитрабилности у односима између налогодаваца и брокера и дилера је дошло тек након осамдесетих година прошлог века и одлукама Врховног суда САД у предметима *Shearson/American Express Inc. v. McMahon*⁷⁹⁸ (у даљем тексту *McMahon*) и *Rodriguez De Quijas v. Shearson/American Express*.⁷⁹⁹ Питање арбитрабилности спорова који за предмет имају неко финансијско право, постављено је након одлуке у случају *Mitsubishi*. Иако у случају *Mitsubishi* нису разматрана питања из банкарских послова, донета арбитражна одлука је утицала на формирање либералнијег става америчких судова према овој врсти спорова.⁸⁰⁰

⁷⁹⁶ I. Banteks, *н. дело*, стр. 298.

⁷⁹⁷ Више R. E. Spiedel, "Contract Theory and Securities Arbitration: Whither Consent?," 62 *Brook. L. Rev.*, 1996 стр. 1335, 1337; G. R. Shell, "Fair Play, Consent and Securities Arbitration: A Comment on Spiedel," 62 *Brook. L. Rev.*, 1996, стр. 1365.

⁷⁹⁸ 482 U.S. 220, 243 (1987).

⁷⁹⁹ Вид. W: Hermann, "Arbitration of Securities Disputes: *Rodriguez* and New Arbitration Rules Leave Investors Holding a Mixed Bag", *Indiana Law Journal*: Vol. 65: Iss. 3, Article 7. доступно на: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol65/iss3/7>

⁸⁰⁰ Више W. Park, "Arbitration in Banking and Finance", *Essays in International Finance & Economic*

У правној теорији се као један од првих случајева у коме се расправљало о арбитрабилности и могућем конфликту између решења у раније донетом Закону о арбитражи, из 1925. године, и решења из Закона о хартијама о вредности, наводи предмет *Wilko v Swan*.⁸⁰¹ Без обзира што није признао арбитрабилност спорова насталих у односима између купаца и продаваца хартија од вредности, суд је подстакао размишљање о њиховој арбитрабилности.⁸⁰² Случај се односио на преварно понашање приликом продаје акција. Тужилац *Wilko*, у овом случају купац хартија од вредности, је поднео тужбу против брокерске куће *Swan*, која се бавила продајом хартија од вредности. У свом захтеву тужилац је навео преварно понашање продавца⁸⁰³ приликом продаје акција и, позивајући се на члан 12(2), Закона о хартијама од вредности,⁸⁰⁴ захтевао накнаду штете. Пошто је тужилац већ био покренуо поступак пред судом, тужени се позвао на арбитражну клаузулу која је била уговорена у уговору о продаји акција и захтевао прекид судског поступка. Врховни суд је одбио такав захтев и наставио судски поступак са образложењем да су Законом о хартијама од вредности у формалном смислу

Law, No.10, The London Institute of International Banking, Finance & Development Law, 1997.

⁸⁰¹ *Wilko v. Swan* - 346 U.S. 427 (1953), доступно на: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/346/427/case.html> За коментар види, између осталих, J. M. Gaitis, "Unraveling the Mystery of *Wilko v. Swan*: American Arbitration Vacatur Law and the Accidental Demise of Party Autonomy", 7 *Pepp. Disp. Resol. L.J.* Iss. 1 (2006) Доступно на: <http://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol7/iss1/1>.

⁸⁰² О утицају ове пресуде у америчкој пракси вид. J. M. Gaitis, *н. дело*, F. Chet Taylor, "The Arbitrability of Federal Securities Claims: *Wilko's Swan Song*", 42 U. *Miami L. Rev.*, 1987, стр. 203 и даље.

⁸⁰³ Преварно понашање наведено од стране тужиоца огледало се у „rump and dump“ шеме коју му је предочио продавац приликом куповине акција а која се касније није реализовала, чиме је *Wilko* био оштећен за очекивану добит.

⁸⁰⁴ Чл.12(2), 48 Stat.84, 15 U.S.C. § 771(12): „ Any person who-(paragraf 2) sells a security (whether of not exempted by the provisions of s. 77c of this title, ither that paragraf (2) of subsection (a) of s.77c of this title), by the useo f any means or instrument of transportation or communication in interstate commerce oro f the mails, by means of a prospectus or oral communication, which includes an untrue statement of a meterial fact or omits to state the material facts necessary in order to make the statements, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading (the purchaser not knowing of such untruth or omission) and who shall not sustain the burden of proof that he did not know, and in the exercise of reasonable care could not haveknown, of such untruth or omission, shall be liable to the person purchasing such a security from him, who may sue either at law or in equity in any course of competent jurisdiction, to recover the consideration paid for such security with interest thereon, less the amount of any income received thereon, upon the tender of such security, or for damages is he no longer owns the securities.

забрањени претходни арбитражни уговори и да нису у складу са "проинвестиционом политиком".⁸⁰⁵ Наведени су и други разлози за "непријатељски став према арбитражном решавању спорова,"⁸⁰⁶ као што су: сложеност материје, лоша опремљеност арбитражног трибунала, могућност доношења арбитражне одлуке која не садржи образложење, недостатак снимљеног материја током процеса (недостатак *trake-record*), неповерење у стручност чланова трибунала приликом испитивања материјалних чињеница, узак круг предвиђених разлога за поништај арбитражне одлуке, немогућност судске ревизије арбитражне одлуке чак и у случајевима битне повреде права. Осим тога, у конкретном случају Суд је сматрао да арбитражна клаузула треба да буде поништена пошто је садржана у типском уговору у коме је једна страна економски слабија и у коме по правилу нема преговарања око садржине уговора.⁸⁰⁷ У сваком случају, Суд је на овај начин исказао неповерење према арбитражном решавању спорова тумачећи чланове 14. и 22. Закона о хартијама од вредности, на начин који је одговарао задржавању судске надлежности. Дуго година се сматрало да се одлука донета у случају *Wilko* односи и на спорове настале на секундарном тржишту хартија од вредности према Закону о промету хартија од вредности из 1934. године.⁸⁰⁸ Међутим, о споровима насталим на

⁸⁰⁵ Према одредбама чл. 14 Закона о хартијама од вредности: „Any condition, stipulation, or provision binding any person acquiring any security to waive compliance with any provision of this subchapter or of the rules and regulations of the Commission shall be void! У овом случају арбитражна клаузула је посматрана као „ stipulation.“ Вид Ј. Керг, *н. дело*, стр. 222. Више о овом случају вид. Р. Martinez- Fraga, *The Influence on International Commercial Arbitration*, стр. 15 . У образложењу одлуке, судија Ред је истакао "Buyers who arbitrated claims waiver the special provisions enacted om their behalf. Even though their claims would still be arbitrated under the 1933 Act, they would have no guarantee that arbitrators would understand it, and in the absence of a written opinion from the arbitrator no basis for judicial review of the award. It seems to us that Congress must have intended the anti-waiver provision to apply to waiver of judicial trial and review".

⁸⁰⁶ G. N. Malson, "Securities Arbitration: Resolution of Disputes Between Securities Brokers and their Customers", 21 *Golden Gate U. L. Rev.* (1991), стр. 408, доступно на: <http://digitalcommons.law.ggu.edu/ggulrev/vol21/iss2/7>.

⁸⁰⁷ Више о одвојеном мишљењу судије *Frankfurter v. P. Martinez-Fraga*, *The American Influence on International Commercial Arbitration*, Cambridge, 2009, стр. 20.

⁸⁰⁸ C. L. Griffin, *Shearson/American Express v. McMahon: The Diminishing Role of Courts in Securities Disputes*, 1988 *BYU L. Rev.* 443 (1988), стр. 443, напомена 13. Доступно на: <http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol1988/iss2/7>.

секундарном тржишту Врховни суд је расправљао тек у случају *Scherk v. Alberto Culver*.⁸⁰⁹

Спор се односио на уговор између немачког држављанина *Scherk-a* и америчке компаније *Alberto Culver* у вези преноса акција компаније тј. продаји компаније и преносу свих трговачких жигова, која је пословала унутар Европске уније. Уговор је садржао арбитражну клаузулу којом је била предвиђена надлежност МТК арбитраже у Паризу. Након закључења уговора, америчка компанија је поднела тужбу пред америчким судом наводећи материјалне недостатке који су постојали на жиговима. *Scherk* је са друге стране тражио прекид поступка позивајући се на арбитражну клаузулу садржану у уговору. Суд је приликом одлучивања о даљем наставку или прекиду поступка посебну пажњу посветио правној природи трансакције која је била у основи главног уговора. За разлику од случаја *Wilko*, у коме су уговорне стране биле домаћа лица, у случају *Sherk* је постојао елемент иностраности. Суд је своју одлуку о упућивању странака на арбитражу засновао на посебности овог случаја, тј. на разлици између финансијских послова у унутрашњем и у међународном промету. Спорни однос је оквалификовао као "потпуно међународни споразум"⁸¹⁰ у коме је садржана ваљана и примењива арбитражна клаузула. Суд је истакао да члан 12(2) Закона о хартијама од вредности који је примењен на случај *Wilko*, експлицитно предвиђа право превареног купца (акција) да се приватном тужбом одбрати суду за накнаду штете позивајући се на грађанску одговорност продавца акција (у Закону је ово право одређено као "специјално" право на накнаду). Свој захтев купац може поднети савезном или федералном суду. Са друге стране, према члану 10. Закона о хартијама од вредности, који се, такође, примењивао на случај *Sherk*, тужба због преварног понашања продавца се може подићи једино пред федералним судом.⁸¹¹ У свом образложењу Суд наводи да је могућност избора суда пред којим се тужба може подићи ужи у односу на предвиђене могућности према Закону о хартијама

⁸⁰⁹ *Alberto-Culver Co. v. Scherk*, 484 F.2d 611 (7th Cir. 1973), *rev'd*, 417 U.S. 506 (1974).

⁸¹⁰ *Исто*, на 515.

⁸¹¹ *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S.506, 519-20(1974), на 513.

од вредности,⁸¹² али да закони не садрже ни једну одредбу која се односи на арбитражно решавање. Међутим, позивајући се међународни карактер посла,⁸¹³ Суд је заузео став о једнакости арбитражног и судског поступка и истакао да је законодавац могао да искључи могућност арбитражног решавања у самом Закону, ако је то желео, без обзира што је Законом о промету хартија од вредности сужена надлежност судова пред којима се тужба може подићи. У случају *Wilko* Суд је процесне одредбе закона којима се уређује надлежност тумачио као забрану одрицања од судског решавања спорова. Међутим, у Закону о промету хартија од вредности одредба о забрани је схваћена као ускраћивање могућност покретања поступка пред савезним судом, али не и пред арбитражним трибуналом. Поред овог аргумента, правна природа главног уговора је утицала на позитиван став о арбитражи. Суд је навео да америчким грађанима не треба ускратити могућност да склапају међународне уговоре и да решавање спорова из њих поверавају арбитражама. У супротном, могао би се угрозити углед америчких трговаца као и међународна трговина. На основу свега тога, Суд је заузео став да је арбитражна клаузула обавезујућа па је странке упутио на арбитражу.

Одлуком у случају *Scherk*, Суд је отворио врата арбитрабилности спорова на које се примењује Закон о хартијама од вредности, али је као нерешено остало питање арбитрабилности спорова на које се примењује Закон о промету хартијама од вредности. Овакав став је потврђен у случају *Shearson/ American Express Inc. v. McMahon*⁸¹⁴ и у случају *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc.*⁸¹⁵

У случају *McMahon*, брачни пар Махон је тужио брокера брокерске куће *Sherson & American Express* наводећи да је брокер прекорачио овлашћења добијена од брачног пара, улажући у високо ризичне трансакције, при чему је за себе остварио

⁸¹² Исто, 513-514.

⁸¹³ Суд се позивао на одлуку донету у случају *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co.* у коме је расправљано питање међународног карактера главног уговора. У конкретном случају, основни уговор није садржао арбитражну клаузулу, већ су се странке определиле да спор реше пред судом у Лондону иако је уговор и спор био у тешкој вези са правом САД. Суд је навео и да ће клаузула о изборном суду бити пуноважна уколико је слободно уговорена без утицаја преваре.

⁸¹⁴ 482 U.S. 220 (1987).

⁸¹⁵ 490 U.S. 477 (1989).

одређену материјалну корист. У главном уговору који је брачни пар потписао са брокерском кућом била је и арбитражна клаузула. Међутим, и поред тога, тужиоци су поднели тужбу суду, наводећи да је брокер прекршио одредбе члана 10(б) Закона о промету хартијама од вредности као и одредбе Закона против рекетирања и корупције (RICO). Тужени се позивао на арбитражну клаузулу захтевајући да се прекине поступак пред судом и да се настави пред уговореном арбитражом. Разматрајући наведени приговор, окружни суд је заузео став да је за решавање о захтеву који се односи на повреду одредби Закона о спречавању корупцију (RICO) надлежан суд, док је за одлучивање о делу тужбеног захтева који се односи на повреду Закона о промету хартијама од вредности надлежна арбитража. Апелациони суд је, међутим, само делимично прихватио овакав став сматрајући да оба тужбена захтева морају бити решени пред судом. Случај је добио епилог пред Врховним судом САД који је за разлику од окружног и апелационог суда, заузео став да су захтеви из RICO и Закона о промету хартија од вредности арбитрабилни и да се могу решавати пред арбитражом. Таквим ставом, Врховни суд је коначно потврдио и прихватио политичко опредељење Конгреса о позитивном и про арбитрабилном ставу према приватном начину решавања спорова исказаном у Федералном Закону о арбитражи из 1925. године. Терет доказивања неарбитрабилности одређеног захтева пребачен је на странку која оспорава арбитрабилност. Оспоравајући арбитрабилност захтева, брачни пар *McMahon* се позивао на одредбе члана 29. Закона о хартијама од вредности,⁸¹⁶ којим није дозвољено одступање од одредби предвиђених Законом, посебно наглашавајући да је одредбама члана 27. истог Закона, предвиђена ексклузивна надлежност федералног суда у споровима који су настали по овом Закону. Међутим, судови су на различите начине тумачили и разумели одредбе члана 27. о ништавости сваког споразума који би обавезивао странке да одустану од

⁸¹⁶ Чл. 29. (a) Any condition, stipulation, or provision binding any person to waive compliance with any provision of this title or of any rule or regulation thereunder, or of any rule of a self-regulatory organization, shall be void. (Било који услов, клаузула или одлука која обавезује особу да се одрекне поштовања био које одредбе овог закона или било ког правила или прописа настаналог на основу закона, или било ког правила самосталне регулаторне организација, биће навежећи.)

поштовања било које одредбе овог Закона. Док су једни сматрали да је поменутом одредбом забрањено уговарање приватног начина решавања спорова, други су сматрали да Закон само забрањује подношење тужбе савезном суду уколико је Законом већ предвиђена надлежност федералног суда. Брачни пар *Маһон* је члан 27. тумачио као немогућност уговарања арбитражног трибунала. Врховни суд је сматрао да се "забрана одрицања" из члана 29. односи само на права и обавезе у материјалном смислу,⁸¹⁷ али не и на процесне одредбе⁸¹⁸ овог Закона, као што су одредбе о надлежности суда.

У донетој одлуци, Суд је истакао да се чланом 29(а) забрањују споразуми којима се искључује поштовање одредби (обавеза) предвиђених законом, док члан 27 не предвиђа било какву обавезу коју лице које тргује на тржишту мора да испуни (у овом смислу обавезу откривање информација). Стога нема основа за позивање на члан 27. који не предвиђа додатну материјалну обавезу продавца хартија од вредности, нити је странкама забрањена могућност уговарања арбитражног решавања ове врсте спорова. Таквим ставом Суд је практично потврдио одлуку Апелационог суда да је арбитражно одлучивање од случаја *Wilko* напредовало и да се пред арбитражним трибуналом могу решавати и комплексна питања из спорова Закона о хартијама од вредности.⁸¹⁹ Такође је цитирао и део образложења из одлуке у предмету *Mitsubishi* наводећи да се странке уговарањем арбитражног решавања не одричу материјалних права које имају према Закону већ се само опредељују за другачији форум пред којим ће се решавати евентуални спор. Арбитрабилност ових спорова је потребно прихватити и због уједначавања правила и услова пословања на финансијском тржишту, јер би у супротном повериоци примарног тржишта бити у неповлашћеном положају од поверилаца

⁸¹⁷ Судија Sandra Day O' Connor у случају *McMahon* је истакла да Закон из 1934 једино забрањује одрицање од усаглашености са сваком одредбом закона, за разлику од Закона из 1933 који предвиђа забрану одрицања самих одредби Закона.

⁸¹⁸ Вид. више J. Kerr " The Arbitration of securities Law Disputes after *Rodrighes* and the Impact on Investor Protection", *Marquette Law Review* , Vol. 73:217, стр. 234.

⁸¹⁹ У одвојеном мишљењу судије Sandra Day O' Connor, изнета је примедба апелационом суду који је донео одлуку која је супротна пресуди у случају *Wilko* јер није сачекао да се Врховни суд огласи по овом питању.

секундарног тржишта. Овакав став Суд је потврдио и у три године касније донетој одлуци у предмету *Rodrigeues de Quojas v. Sherson/American Express Inc.* у коме је у потпуности оповргао разлоге којима се суд руководио у случају *Wilko*.

Након ових арбитражних и судских одлука, више се не поставља питање арбитрабилности спорова који за предмет имају промет акција, осим у случајевима када Конгрес експлицитно не одлучи другачије.⁸²⁰ Арбитрабилност финансијским споровима је прихваћена и у арбитражним прописима европских држава.⁸²¹

Осим у генералном смислу, може се говорити и о арбитрабилности појединих финансијских послова (споразума).

4. Немачка пракса

Као што је раније напоменуто, Немачка спада у ред малобројних земаља у чијем праву је питање арбитрабилности спорова из хартија од вредности регулисано посебним Законом о хартијама од вредности. Према одредбама параграфа 28. Закона, арбитражна клаузула је пуноважна и обавезује само ако обе уговорне стране имају својство трговца (*Vollkaufmann*), компаније или трговца изван Немачке. За физичка (приватна) лица као купце тако предвиђена арбитражна клаузула није правно ваљана, али им је остављена могућност да уговоре арбитражу компромисом, након што настане спор. Наведено ограничење се не примењује ни на спорове из послова који се извршавају изван Немачке. Осим овог ограничења, одредбама параграфа 53, су прописана ограничења и код инвестиционих уговора о фјучерсима и опцијама (*Boersentermingeschaeft*) ако инвеститор има домицил у Немачкој. И ови уговори обавезују само ако обе стране имају својство трговца или, ако је уговор закључен са приватним купцем, ако је брокерска кућа под контролом Комисије за хартије од вредности и ако уговор садржи посебно упозорење за инвеститора. Ако, у складу са наведеним

⁸²⁰ E. Deason "Perspectives on Decisionmaking from the Blackmun Papers: The Case on Arbitrability of Statutory Claims", *Missouri Law Review*, volume 70, Issue 4, Fall 2005, стр. 1142.

⁸²¹ I. Bantekas, *н. дело*, стр. 300.

правилима, уговор о фјучерсима и опцијама није обвезујући, сматра се обичним уговором о "игри на срећу" (*gambling contract*).

5. Критички осврт на теоријске разлоге неарбитрабилности

Разлоге на које су судови у САД до одлуке донете у предмету *Rodrigues*, позивали против арбитрабилности спорова из промета хартија од вредности се могу поделити у две групе: оне који су се темељили на решењима у постојећим законским решењима и оне засноване на правно-теоријским разлозима. О законским препрекама насталим углавном због различитог тумачења одредби о "забрани одступања...", било је речи у претходној тачки. Овде ће бити речи о приговорима против "наметнуте" арбитраже који се темеље на поштовању начела аутономије воље.

Наиме, уговори између брокера и купаца хартија од вредности по предмету спадају у широку категорију уговора о услугама, а по начину закључивања у групу уговора по приступу или атхезионих уговора. Као што је познато, атхезионе уговоре, по правилу, карактерише неједнака снага преговарача и могућност економски јаче стране да другој страни наметне своје услове. Стога су ради заштите слабије стране предвиђене различите мере заштите, као што су: обавезивање брокерских кућа да инвеститорима (купцима) скрену пажњу не само да је предвиђена посебна арбитража, него и на њене карактеристике, да арбитражну клаузулу посебно истакну у тексту (болдирају),⁸²² посебан начин тумачења таквих уговора и право слабије стране да тражи делимични или потпуни поништај неправичних одредби. Међутим, како се поступак за поништај таквих уговора могао покренути само пред националним судовима, амерички судови су у почетку одредбу о "забрани одступања..." тумачили тако да је забрањено одступити од надлежности суда (и уговарање арбитража) јер би се

⁸²² Вид. Н. Van Houtte, "Arbitration Involving Securities Transactions", *Arbitration International*, 12(1996)4, стр. 405-414.

тима онемогућило слабијој страни да искористи поменуто право⁸²³ Такав став суд је заузео и у случају *Wilko*.

Пракса, међутим, показује да правна природа уговора не мора нужно да одређује снагу и позицију уговорне стране. Чак и у случајевима у којима је страна која је приступила уговору, економски слабија страна, питање поштовања или непоштовања арбитражне клаузуле није нужно везано за економску снагу, већ за спремност странака да испуне оно што су се договориле. Са друге стране, правило о тумачењу нејасних одредби атхезионих уговора у корист слабије стране, није резервисано само за судове, већ га подједнако могу користити и арбитражи.

Стога би као одлучујуће разлоге за признавање арбитрабилности требало узети предмет и правну природу уговора између брокера и купаца хартија од вредности. Наиме, у пословима откупа и продаје хартија од вредности брокери наступају као својеврсни посредници који по налогу једних или других врше посебну врсту услуга која се састоји у куповини или продаји хартија од вредности. У том погледу, уговор о промету хартија од вредности спада у категорију уговора о услугама које са једне стране закључује налагодатац, а са друге стране лице које ће поступити по налогу. У ову групу послова се убрајају заступништво, посредовање, комисион и остали послови који у основи имају налог. Уговорне стране су физичка или правна лица која се професионално баве овог делатношћу. Стране овог уговора обављају комерцијалну делатност, чиме је одређен и карактер закљученог уговора као посла трговачке, комерцијалне природе. Из ових разлога се може говорити и о арбитрабилности појединих послова којима се обављају финансијске и банкарске трансакције.

⁸²³ Н. Van Houtte, "The Law of Cross Border Securities Transactions", Sweet & Maxwell, 1999, стр. 246.

V АРБИТРАБИЛНОСТ СПОРОВА ИЗ КОМПАНИЈСКОГ ПРАВА

Под споровима из компанијског права подразумевају се спорови између компаније (трговачког или привредног друштва или корпорације) и трећих лица (спорови из области промета робе и услуга) и спорови унутар компаније (статусни спорови).⁸²⁴ Спорови из односа које привредно друштво успоставља са трећим лицима се могу означити као "спољни" или екстерни. Спорови који настају унутар правног лица, а односе се на корпорацију, осниваче, деоничаре и директоре називају се "унутрашњи" спорови. Питање арбитрабилности се не поставља као посебно у спољним односима, већ се решавају у складу са природом облигационог односа. Оно се поставља код унутрашњих односа из два разлога. Прво, због тога што оснивачки акти или акти о унутрашњој организацији често садрже једнострано формулисану арбитражну клаузулу да ће се сви спорови о питањима која су у актима регулисана одлучивати пред одређеном арбитражом. Често је то интерна арбитража организована у оквиру саме компаније. Друго, специфичност тако донетих арбитражних одлука је у томе што оне производе дејство не само према странкама из спора, већ и према ширем кругу лица: свим запосленима, или осталим акционарима, члановима друштва са ограниченом одговорношћу, повериоцима и слично.

Кад је реч о арбитражним клаузулама из статута и других општих аката, као спорно се поставља питање како таква једнострано формулисана клаузула као врста арбитражног уговора обавезује и лица (раднике, акционаре, повериоце) који нису учествовали у њеном формулисању и закључивању.⁸²⁵

⁸²⁴ O. Caprasse, "Objective arbitrability of corporate disputes-Belgium and France", *Onderneming en ADR*, (C.J.M. Klaassen и други уред.), Kluwer 2011, стр. 79

⁸²⁵ О томе за немачко право вид. Naas, коментар уз члан 1066. Немачког Закона о арбитражи, у: К-Н. Böckstiegel, S. Kröll, P. Nascimento, *н. дело*, стр. 637-8, бр. 34.

У другом случају, као спорно се поставља питање како оправдати и образложити *erga omnes* дејство арбитражне одлуке.

Одговор на нека од ових питања се може наћи у малом броју националних права која у својим законима о арбитражи⁸²⁶ као посебно питање регулише и спорове из компанијског права. Међутим, анализа упоредно правних прописа показује да у већини националних права ово питање није решено, већ се примењују општа правила о објективној арбитрабилности.⁸²⁷ То практично значи да се арбитрабилним сматрају сви спорови који су имовинског карактера и којима стране могу слободно да располажу. Осим ових елемената, на обим арбитрабилности може утицати и схватање појма "спор". О појму "спора" као предмету објективне арбитрабилности већ је било речи у уводном делу овог рада. Овде се питање значења појма "спор" јавља због тога што се арбитражна клаузула у статуту или другом општем акту компаније може и шире тумачити тако да обухвати и сваку разлику (*differences*) у складу са терминологијом коју користи Њујоршка конвенција о признању и извршењу у члану II(1).⁸²⁸

Као унутрашњи компанијски спорови који су у већини права арбитрабилни наводе се спорови о:⁸²⁹

1. тумачењу статута и других унутрашњих општих аката
2. ограничењима код преноса удела или акција;
3. опозиву директора;

⁸²⁶ Холандски Закон о арбитражи у члану 1020 (5).

⁸²⁷ У праву Француске се дуго година арбитражна клаузула садржана у унутрашњим споровима поништавала, за разлику од међународне арбитраже када се арбитражна клаузула може извршити. Изузетак у унутрашњој арбитражи представљала је одредба којој се дозвољава да за спорове за које је надлежни привредни суд арбитражна клаузула ће бити пуноважна. Међу споровима за које је према Commercial Code надлежан привредни суд убрајају се спорови настали између деоничара у трговачким компанијама. Овакав став је каснијим изменама замењен одредбом која на шири начин уређује ово питање предвиђајући арбитрабилним све спорове који се односе на трговачку компанију уколико су испуњени основни критеријуми објективне арбитрабилности.

⁸²⁸ На ову дилему оправдано упућује P. P. Viscasillas, "Arbitrability of (Intra-) Corporate Disputes", у: *Arbitrability*, стр. 279.

⁸²⁹ Исто, стр. 284.

4. штети за коју одговара директор и о њиховим зарадама,
5. грађанско правној одговорности директора;
6. праву гласања;
7. подели добити;
8. вредности акција.

Као спорни се сматрају спорови који су регулисани унутрашњим императивним одредбама и који спадају у искључиву надлежност националних судова. Као додатни разлог против арбитрабилности ових спорова се наводи *erga omnes* дејство донетих арбитражних одлука.

1. Решења у националним правима

У правима малобројних држава у којима је ово питање регулисано посебним прописима, предвиђена су различита решења.

У једној групи права, статусни спорови се начелно сматрају арбитрабилним, према општим критеријумима о објективној арбитрабилности.⁸³⁰ Као пример се може навести право Немачке у коме се сви спорови од економског интереса сматрају арбитрабилним.⁸³¹ Појам "економског интереса" се широко тумачи и

⁸³⁰ Вид. О. Caprasse, *н. дело*, напомена 40, стр. 89. Р. Parales Viscasillas, *н. дело*, стр. 281, напомена бр. 25. новоди у овом смислу решење Француског закона о организацији судова (L 411-4 i 411-6) и Холандски закон о арбитражи (1986) и чл. 1020.5. И у праву Аустрије нема посебних одредби о арбитрабилности корпорацијских спорова па се о њима одлучује на основу општих критеријума који су одређени у параграфу 582. Закона о грађанском поступку (2006). Вид. N. Levanova, G. Saria, *Arbitration in Company Disputes-Main Features in Russia and Austria* (October 30, 2011). Доступно на ССРН: <http://ssrn.com/abstract=1951565>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1951565>. И према немачком праву (параграфи 1030 и 1066. Закона о арбитражи) арбитрабилним се сматрају сви спорови у којима постоји економски интерес (*vermogensrechtlicher Anspruch*). Сви спорови засновани на корпоративном праву се сматрају као спорови са економским интересом. Вид. Н. Raeschke-Kessler, "The Arbitrability of Intra-corporate Disputes in a German GmbH", у : *The Practice of Arbitration, Essays in Honour of Hans van Houtte*, 2012, стр. 198. У овом смислу се изјаснио и немачки Савезни суд у одлуци BGH, 6 April 2009 – II ZR 255/08, BGHZ 180, 221 = NJW 2009, 1962. у којој је признао потпуну арбитрабилност у споровима између партнера или између компаније и њених партнера (интеркорпоративни спорови).

⁸³¹ Након реформе Закона о парничном поступку од 1998. године (ZPO), не тражи се и способност странака да таквим спором располажу у смислу поравнања. Право поравнања је од значаја само за спорове који нису од економског интереса.

обухвата не само све захтеве за плаћање, већ и друге захтеве, као што је право на опозив споразума или право да се захтева уздржавање или нечињење.⁸³² За арбитрабилност ових спорова се не захтева и слободно располагање и могућност постизања поравнања. Слобода располагања и могућност поравнања се захтева за признавање објективне арбитрабилности код спорова који нису обухваћени "економским интересом". Корпоративни спорови обухватају и једну и другу врсту спорова. Спорови који се односе на економске интересе се начелно сматрају арбитрабилним и обухватају спорове који се тичу односа између компаније и акционара или оснивача и међусобне спорове између оснивача и акционара. У друштвима са ограниченом одговорношћу као спорови са економским интересом се наводе захтеви друштва према оснивачима да уплате оснивачки улог (*Einbringung der Stammeinlage*) и право мањинских чланова на информисање и приступ информацијама (*Informationsrechte*). Код акционарских друштава економски интерес постоји у споровима који се тичу обавезе акционара да уплате оснивачки улог, као и захтеви који се тичу поделе добити.

За признавање арбитрабилности споровима који не укључују "економски интерес" се захтева да стране о њима могу постићи поравнање. Како у друштвима са ограниченом одговорношћу и акционарским друштвима о поравнању одлучује скупштина, ови спорови се свде на признавање арбитрабилности одлукама и закључцима скупштине. Спор настаје код оних одлука или закључака који нису донети једногласно и манифестује се као право мањинских чланова или акционара да пред арбитражом покрену поступак за поништај или преиспитивање тако донетих одлука. Као спорно се поставља питање да ли се ови спорови сматрају арбитрабилним. О арбитрабилности ове врсте неекономских спорова биће више речи у наредној тачки.

У правима појединих држава странкама је препуштено или да саме уговоре и изаберу арбитражу и повере јој конкретни спор, или им је арбитража наметнута. Обавезујућа арбитражна клаузула може бити садржана у уговору о оснивању или

⁸³² С. Duve, "Arbitration of Corporate Law Disputes in Germany", у: К-Н. Böckstiegel, S.Kröll, P. Nacimiento, *н. дело*, стр. 979, бр. 5.

у статуту предузећа. Тако је у правима Финске и Шведске предвиђено обавезно арбитражно решавање одређених спорова,⁸³³ док је у праву Шпаније предвиђена и добровољна и обавезујућа арбитража.⁸³⁴

Постоје и права, као што је право Руске Федерације, у којима није призната арбитрабилност унутар компанијским споровима.⁸³⁵

2. Разлози против арбитрабилности спорова из компанијског права

Као општи разлози за непризнавање арбитрабилности наводе се три приговора: заштита јавног поретка и примена императивних правних правила, искључива надлежност судова⁸³⁶ и релативно дејство арбитражне одлуке. *Erga omnes* дејство арбитражне одлуке је од посебног значаја приликом гашења правног лица.

⁸³³ Р. Р. Viscasillas, *н. дело*, стр. 282, у напмени број 28 наводи да је реч о споровима поводом истискивања слабијег деоничара (squeeze out) или замрзавања послова (freezing out transaction). Обавезно решавање пред арбитражом корпоративних спорова било је предвиђено и у Трговачким законима у Француској и Белгији.

⁸³⁴ Као пример наметнуте арбитраже се наводи решење из члана 323. Шпанског трговачког законика, од 1829. године, у коме је предвиђено да ће сви спорови између акционара бити решени пред арбитражом без обира да ли о томе постоји уговор

⁸³⁵ Тако је према одредбама члана 33. Закона о арбитражном поступку Руске федерације, за корпорацијске спорове предвиђена искључива надлежност руских трговачких судова. Под корпорацијским споровима се подразумевају спорови који се односе на оснивање, реорганизацију, ликвидацију правних лица, спорови који се односе на својину над акцијама, о избору, престанку и суспензији менаџмента, у вези захтева оснивача, учесника или чланова корпорације који захтевају накнаду штете. Вид. D.Dobkowski, Arbitrability of corporate disputes in Poland and in Russia, доступно на <http://www.kpmg.com/PL/pl/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/2013/Arbitrability-of-corporate-disputes-in-Poland-and-Russia.pdf>. и S.Strembelev, Y.Kryvoi, Arbitrability of Corporate Disputes in Russia: To Be or Not to Be (January 23, 2014). CIS Arbitration Forum Paper 1/2014, Journal "Zakon", April 2013, No.4, p. 108-118. Доступно на SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2383736>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2383736> Међутим, у мају 2015. године државној скупштини је поднет предлог новог Закона о арбитражи (Законопроект № 788111-6 Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации), који предвиђа арбитрабилност.

⁸³⁶ Навешћемо пример немачког закона о акционарским друштвима који предвиђа ексклузивну надлежност окружног суда за спорове који настану. Тумачећи ову одредбу закона, суд је нашао да тиме што је предвиђена надлежност није искључена могућност арбитражног решавања. Овом одредбом је само прецизирана надлежност између судова али није искључена могућност арбитражног одлучивања. Овакав став је заступљен и приликом тумачење чл. 22 Уредбе 44/2001 о надлежности и признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким споровима.

Први приговор се заснива на традиционалном схватању да питања која спадају у домен јавног поретка и која су регулисана императивним правилима не могу бити арбитрабилна. У компанијском праву су императивним правилима регулисана бројна питања: поступак оснивања, основачки улог, обавеза регистрације, промет уделима и акцијама, начин реорганизације и престанка привредног друштва и друга питања.⁸³⁷ Међутим, у случају унутрашњих компанијских спорова ово схватање је значајно измењено "новим трендовима."⁸³⁸ Као пример се наводе спорови везани за пуноважност одлука и закључака скупштине акционара. Раније су ови спорови сматрани неарбитрабилним јер су регулисани императивним правилима и као такви су чинили део јавног поретка, будући да су се одлуке скупштине тичале и трећих страна и утицале на "социјалне или јавне интересе."⁸³⁹ Данас је овакво схватање напуштено или значајно ублажено. У неким правима арбитрабилност је призната и споровима који се односе на поништај акта о оснивању компаније⁸⁴⁰ и на спорове у вези гашења компаније.⁸⁴¹

И схватање другог приговора је значајно еволуирало кад су у питању спорови из компанијског права. За разлику од традиционалног схватања према коме искључива надлежност домаћих судова такве спорове аутоматски чини неарбитрабилним, код спорова из компанијског права такво схватање је значајно ублажено. Као пример за то се наводи пракса судова у Руској Федерацији који су све до најновијих измена Закон о арбитражи, спорове о пуноважности одлука скупштине акционара сматрали неарбитрабилним.⁸⁴²

⁸³⁷ Вид. М. Васиљевић, *Право трговачких друштава, домаће и упоредно право*, Београд 1999.

⁸³⁸ Р.Р. Viscasillas, *н. дело*, стр. 285.

⁸³⁹ *Исто*, стр. 286.

⁸⁴⁰ Арбитрабилност је прихваћена у праву Белгије, Шведске, Швајцарске, САД, али их већи део правне теорије у Италији и Француској сматра неарбитрабилним.

⁸⁴¹ У праву Француске и Финске ови спорови се сматрају арбитрабилним, док су мишљења подељена у правима САД, Сингапура, Шпаније. У француској судској пракси су све до одлуке Касационог суда од 2002. године (*Court de Cassation*) ови спорови сматрани неарбитрабилним. И према италијанском праву, ови спорови не уживају арбитрабилност.

⁸⁴² Вид. предложене измене Закона о арбитражама Руске Федерације, из 2015. године и одредбе Уредбе Савета ЕЦ број 44/2001, о надлежности и признању пресуда у грађанским и трговачким стварима.

Трећи приговор против арбитрабилности се заснива на уобичајеном релативном или *inter partes* дејству које производи арбитражна одлука. Међутим, интра-компанијски спорови могу бити не само двостраначки, као што је, на пример, спор између члана друштва са ограниченом одговорношћу и самог друштва у вези обавезе члана да уплати свој улог, већ и вишестраначки, као што су спорови у вези одлука скупштине акционара или оснивача. У пракси се не појављују проблеми код арбитража које су засноване на арбитражним уговорима садржаним у статутима друштва, када су у спор укључене само две стране. Међутим, спорови у вези закључака донетих на скупштини, погађају више лица: све акционаре, или чланове друштва са ограниченом одговорношћу, или све повериоце, или и запослене, без обзира што ова лица нису учествовала у арбитражном поступку - мултистраначка арбитража. Стога се као отворено поставља питање да ли се арбитражна клаузула у статуту може сматрати обичним арбитражним уговором, или као мулти-страначка клаузула која овлашћује арбитра да донесу *erga omnes* арбитражну одлуку.⁸⁴³ Од одговора на ова питања зависи право трећих лица која нису задовољна арбитражном одлуком да у истој ствари покрену нови судски или арбитражни поступак и да ли су судови и арбитражи везани ранијом одлуком.

У немачкој пракси се о овим питањима изјаснио Савезни суд разматрајући питање пуноважности арбитражних клаузула у статутима немачких друштава са ограниченом одговорношћу (GmbH), којима су за све спорове између оснивача друштва и између друштва и оснивача била предвиђена искључива надлежност арбитража.⁸⁴⁴ Према схватању Суда арбитражне клаузуле су, пре свега, намењене за двостраначке арбитраже и морају бити формулисане да омогуће арбитражу између две странке, а не за мултистраначку арбитражу. Стога је арбитражне клаузуле из статута друштва са ограниченом одговорношћу у којима је била предвиђена искључива надлежност арбитраже за све спорове између оснивача

⁸⁴³ Вид. С. Duve, *н. дело*, стр. 985, бр. 25.

⁸⁴⁴ Вид. Н. Raeschke-Kessler, Germany, Ch. 21. у: *The International Arbitration Review*, (J. Н. Carter уред.) Law Business Research Ltd, 2014, стр. 257.

друштва и друштва према оснивачима, прогласио ништавим.⁸⁴⁵ Овакав став Суда је од посебног значаја за одлуке скупштине оснивача или акционара, које могу бити или пуноважне, или непоноважне за све акционаре или за све чланове друштава са ограниченом одговорношћу. Другачије речено, одлука не може бити пуноважна за неке акционаре (макар били у већини), а за друге непноважна. Из тих разлога арбитражна одлука мора производити дејство према свима, а не само према странкама у спору. Имајући у виду релативно дејство арбитражне одлуке, Савезни суд је сматрао да арбитражни уговор којим се намерава успоставити мултистраначка арбитража мора бити на посебан начин формулисан и задовољити посебне услове⁸⁴⁶ како би у интракомпанијским споровима проширио дејство арбитражних одлука које се односе на закључке скупштине на све акционаре или све партнере.⁸⁴⁷

Овакав захтев Суд је извео из општег правила да нико не може бити присиљен на арбитражу без своје сагласности. То практично значи да се сви акционари или партнери морају сагласити са арбитражном клаузулом, без обзира да ли се клаузула налази у статуту или у посебном документу. У процесном смислу, то значи и да се сваком акционару или члану друштва са ограниченом одговорношћу мора омогућити да од почетка учествује у арбитражном поступку или да му се касније прикључи. У том циљу сви акционари и чланови морају бити благовремено обавештени о покретању арбитраже и мора им се дати прилика да учествују у конституисању арбитраже.⁸⁴⁸ О овим питањима која произилазе из вишестраначке арбитраже, посебно у погледу једнаког права свих учесника у арбитражи да учествују у именовању арбитра, се на сличан начин изјаснио и Француски касациони суд у предмету *Siemens v Dutco*.⁸⁴⁹

⁸⁴⁵ Исто.

⁸⁴⁶ Н. Raeschke-Kessler, *н. дело*, 2012, стр. 200.

⁸⁴⁷ Н. Raeschke-Kessler, *н. дело*, 2014, стр. 257.

⁸⁴⁸ Због сложене природе и бројних захтева који се постављају пред овакав вишестраначки арбитражни уговор, немачки DIS је 2010. године препоручио своја Допунска правила за корпоративне спорове. Вид www.dis-arb.de.

⁸⁴⁹ 7 January 1992 – XV Yearbook Com. Arb. (1992) 124. Коментар вид. J-Luis Delvolve, *Multiparism: The Dutco Decision of the french Cour de cassation, Arbitration International*,

VI АРБИТРАБИЛНОСТ СПОРОВА ИЗ ЕМБАРГА

1. Појам

Ембарго представља међународно правну санкцију трговачке природе коју намећу међународне организације или држава према другим државама због повреде међународних стандарда или обавеза.⁸⁵⁰ Најчешће се састоји у забрани или ограничавању трговине, као извоза или увоза одређених производа, али и као забрана обављања одређених финансијских трансакција. Сврха ембарга је, према одредбама члана 39. Повеље ОУН, "одржавање и успостављање међународног мира и безбедности". Мере ембарга могу заводити државе и међународне организације. У првом случају су у питању једностране мере односно државе којима се касније могу придружити и друге државе. У другом случају, одлуку о ембаргу доноси овлашћено тело у оквиру међународне организације. И у једном и другом случају су у питању једностранни акти које наведени суверенитети доносе без консултовања или преговора са државом на коју се односе забране извоза или увоза или друге санкције. С обзиром да одлуке доносе суверене државе, испитивање њихове пуноважности и оправданости према теорији суверенитета и "доктрине о државним актима" (*Act of State Doctrine*), није дозвољено од стране националних судова других држава.⁸⁵¹ Међутим, ова доктрина се не примењује на приватне арбитраже. Арбитрама није ускраћено право да разматрају и питања из међународног јавног права.

2. Спорна питања

У случају ембарга, као спорно се поставља питање да ли о мерама ембарга могу одлучивати арбитраже и какво правно дејство мере ембарга производе у односу на основни посао и на арбитражну клаузулу. У погледу права према коме треба

9(1993)2, стр. 197-202.

⁸⁵⁰ Вид. Р. М. Дохеу, *International Sanctions in Contemporary Perspective*, Macmillan Press, 1987, стр. 4.

⁸⁵¹ F-V. Weigand, *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, OUP, 2009, стр. 50, марг. бр. 1.136.

ценити наведена питања, као опште правило је прихваћено право места седишта арбитраже, али се пракса судова разликује у погледу арбитрабилности таквих спорова. У литератури се у том смислу наводе различити ставови које су у том погледу заузеле италијански и швајцарски судови. У једном спору између италијанских тужилаца и ирачког туженог предузећа⁸⁵² италијански Апелациони суд је, упркос постојању арбитражне клаузуле у основном уговору, такав спор сматрао неарбитрабилним и одбио одлуку првостепеног суда о својој ненадлежности. У образложењу одлуке, Суд је навео да се арбитрабилним сматрају спорови у којима странке могу слободно да располажу уговорним правима и обавезама. У конкретном случају то им је онемогућено увођењем ембарга, па се спорови који су били арбитрабилни пре увођења ембарга, након ембарга сматрају неарбитрабилним.

Међутим, када се у сличној ситуацији нашао швајцарски Врховни суд је заузео потпуно другачији став у спору између италијанског посредника (агента) и ирачког купца.⁸⁵³ Италијански тужилац је покренуо поступак за плаћање посредничке провизије пред уговореном арбитражом, која се огласила надлежном и донела арбитражну одлуку. У поступку за поништај такве одлуке, Врховни суд је одбио захтев са образложењем да је према швајцарском праву једини услов арбитрабилности садржан у захтеву да се спор односи на својину.

3. Утицај ембарга на арбитражни уговор

На основу ставова у арбитражној доктрини⁸⁵⁴ као и коментарисане арбитражне и судске праксе⁸⁵⁵ може се закључити да увођење ембарга утиче на судбину основног уговора, али не и на арбитражни уговор.⁸⁵⁶

⁸⁵² Fincantieri-Cantieri Navali Italiani SPA (Italy) v. Ministry of Defense, Armament and Supply Directorate of Iraq, Republic of Iraq, 21 Yearbk. Comm. Arb'n 594 (Genoa, Italy Ct of App. 1996). Вид. коментар у J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *н. дело*, стр. 211-212. пас. бр. 9-72.

⁸⁵³ Tribunal Federal, 23 June 1992 Fincantieri-Cantieri Navali Italiani SPA and Oto Melare SpA v M and Arbitration Tribunal, XX YBCA 766 (1995).

⁸⁵⁴ L. Matray, "Embargo and Prohibition of Performance", *Acts of State and Arbitration*, (K. Böckstiegel i drugi), 1997, стр. 69.

⁸⁵⁵ О признавању арбитражне надлежности од стране судова вид. више случајева: *Fincantieri-*

Увођење ембарга може довести до поништаја основног посла или његово извршење учинити немогућим, али ће арбитражна клаузула у складу са начелом аутономије (арбитражне клаузуле) остати на снази.⁸⁵⁷ Потребно је, међутим, да је ембарго уведен након закључења главног уговора.⁸⁵⁸ У случају да је у моменту закључења постојала забрана трговине која се односи на предмет спора, према општим правилима облигационог права, основни посао не може пуноважно настати па ни арбитражна клаузула.

У новијој арбитражној пракси⁸⁵⁹ и теорији⁸⁶⁰ увођење ембарга или санкција се узимају као чињенице која предствљају вишу силу.⁸⁶¹ Последице више силе се

Cantieri Navali italiani SpA v M, ASA Bull 58-68 (1993) Switzerland, Tribunal Federal, 23 June 1992; *United Kingdom v Boeing Co*, 29 June 1993 XIX 240 - 248 (1994) (United States Court of Appeals No. 92-9242); France, Tribunal de Grande Instance Paris, 28 October 1988, *Drexel Burnham Lambert Ltd v Philipp Brothers*, and 29 June 1989, *Philipp Brothers v Drexel*, Rev Arb 497 (1990); Supreme Court of Qudbcc, 15 February 2000, *Air France v KébaMbaye et al*, 18(1) ASA Bull 116 - 143 (2000).

⁸⁵⁶ Вид. М. Scherer, Swiss Embargos and their Impact on Contracts Governed by Swiss Law Illustrated by the Swiss Sanctions against Iran, Kluwer Arbitration Blog: <http://kluwarbitrationblog.com/blog/2011/04/05/swiss-embargos-and-their-impact-on-contracts-governed-by-swiss-law-illustrated-by-the-swiss-sanctions-against-iran/>

⁸⁵⁷ Вид одлуку Swiss Federal Supreme Court, у предмету *Fincantieri v OTO Melara*, ASA Bulletin 1993, 58 која се односи се на санкције уведене према Ираку.

⁸⁵⁸ У том случају говоримо о ембаргу као околности која узрокује накнадну немогућност испуњења обавеза. Државе које су прихватиле традицију римског права, немогућност испуњења у време закључења уговорора посматрају као чињеницу која спречава пуноважни настанак уговора. У том смислу, вид. више Ј. Перовић, *н. дело*, 2012, стр. 62 и 67.

⁸⁵⁹ Вид. предмет *Subcontractor v Contractor*, и одлуку Chamber of National and International Arbitration of Milan, 20 July 1992, *Int'l Const L Rev* 201 (1993).

⁸⁶⁰ Вид. G. J. C. e Silva, *Transnational Public Policy in International Arbitration*, Queen Mary College, University of London, PhD, 2007, стр. 239. марг. бр. 5.88

⁸⁶¹ Вид. Chamber of National and International Arbitration of Milan, 20 July 1992, *Subcontractor v Contractor*, *Int'l Const L Rev* 201 (1993); ICC Case No 9473, Final Award of 2 January 1999, *Buyer v Seller*, XXVI YBCA 18 - 23 (2001).

У споровима који су решавани при СТА при ПКЈ настали као последица увођења ембарга ОУН према Југославији, ембарго је третиран као чињеница која предствља вишу силу у оквиру меродавног права. Виша сила на главни уговор може утицати на два начина: да одложи (суспендује) настанак, или да спречи извршења преузете обавезе. Вид. Одлуку Т 3838/88 од 25.04.1995., Зборник бр. 58., Т 13/94 од 28.11.1995., Зборник бр. 67.; Т5/91 од 5.12. 1996., Зборник бр. 79. Наведено према А. Јакшић, *н. дело*, стр. 163, напомена 592

огледају у одлагању настанка или спречавању извршења преузетих обавеза, али не утичу на арбитрабилност спора.⁸⁶²

У појединим одлукама питање арбитрабилности спорова о ембаргу је третирано и као питање јавног поректа због кога се може тражити престанак или измена основног посла. Тако је у спору из 1996. године, који је вођен пред Арбитражним судом МТК, тужилац из Сирије поднео тужбу против две италијанске компаније због провизије везане за закључење уговора о продаји војне опреме Ираку. Италијанске компаније су се позивале на неарбитрабилност због ембарга који су Ирану увеле Уједињене Нације. Питање арбитрабилности арбитраи су тумачили према праву које се примењује на арбитражни уговор поштујући вољу уговорних страна. Уговорне стране су као меродавно уговорили право Швајцарске. Одлучујући у спору арбитраи су истакли да "иако је природа спора таква да може налагати примену правила јавног поретка, то не значи да је спор неарбитрабилан. Арбитар приликом одлучивања мора поштовати правила међународног јавног поретка, али се не мора огласити ненадлежним."⁸⁶³

⁸⁶² Спорови вођени против Југославије након увођења ембарга од стране међународне заједнице указују да увођење ембарга суштински не утиче на пуноважност главног уговора, те да сви спорови који настану се могу решавати пред арбитражним трибуналом. Случај бр. 96074 од 10. Децембра 1996. Предмет уговора била је продаја кавијара од стране југословенске фирме мађарској страни. На уговор се примењивала Бечка конвенција. Доступно на <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961210h1.html>

Тако је у спору који је вођен пред Арбитражним судом Привредне коморе у Будимпешти између југословенске фирме као тужиоца и мађарске фирме као туженог, трибунал заузео став да санкције наметнуте Југославији 1992. године, не ослобађају мађарску страну преузетих обавеза.

⁸⁶³ Предмет бр. 6719 пред МТК арбитражом из 1994.године. *Syrian party v. Two Italian companies*, 121 J.D. I. 1071(1994)

ЗАКЉУЧАК

Постојање несугласица и спорова је својствено људској природи и карактеру. Историја показује да су мањи или већи спорови постојали независно од типа друштвене или политичке заједнице и да су постојали и у племенским заједницама и у модерним државама и да ће вероватно постојати и у будућности. У таквим приликама је потпуно разумљиво да су паралелно са споровима тражени и развијани механизми за њихово решавање или превазилажење. За разлику од чињенице да су настајали независно од организације друштва, њихово решавање је условљено поверењем у друштвену заједницу или њене појединце. Другачије речено начин и механизми решавања спорова зависе од друштвених, економских и политичких фактора.

Анализа је показала да су током времена успостављани бројни и разноврсни механизми и технике за решавање спорова које се могу поделити на добровољне и наметнуте. Наметнуте начине одређује држава организацијом различитих судова и трибунала и карактеришу их унапред утврђена императивна правила по којима учесници у спору могу да покрену поступак, чврста правила поступка и обавезујући карактер донете одлуку чије извршење обезбеђује друштвена заједница. Добровољне, или према модерној терминологији алтернативне, начине карактерише добровољност и поверење. Поверење у оне који решавају спорове је црвена нит или константа која се провлачи кроз све појавне облике добровољног начина решавања спорова без обзира на време кад су настали.

С обзиром да и арбитраже делују у конкретним и организованим друштвима и правним порецима, као основно се поставља питање њеног односа према држави и њеном судству. При томе се као конкретна постављају следећа питања: да ли је за настанак и рад арбитража потребна сагласност државе и да ли су арбитражи у решавању спора везани државним правом или могу одлучивати по сопственим правилима или правилима странака у спору. Одговори на ова питања су садржана у појму арбитрабилности.

Формално правно посматрано, арбитраже представљају творевину аутономије воље уговорних страна и њихов настанак и рад зависе од уговорних страна и

њихове спремности да конкретни спор повере арбитрама на решавање. Међутим, без обзира на постојање овакве формалне аутономије, арбитраже раде у конкретном државном, правом уређеном поретку (државном правном поретку) у коме морају бити признате и обавезне су да раде у складу и у границама постављених услова. Ослањање на државно право је очевидно како код доношења, тако и код извршења арбитражних одлука и огледа се или у позајмљивању правила државног (меродавног) права, или кроз захтев да арбитражна одлука која није добровољно извршена буде призната од државног правног поретка и извршена уз асистенцију државног принудног апарата. Када су у питању међународне арбитраже, потребна је и толеранција "међународне заједнице" чије границе одређују релевантни међународни извори арбитражног права. У том смислу се међународне трговинске арбитраже могу сматрати аутономном творевином трговаца које постоје захваљујући толеранцији државе и државних судова. И утицај државе се може сагледати кроз анализу појма арбитрабилности.

Појам арбитрабилности је сложен и вишезначан. Сложеност се огледа у правно-политичком карактеру и садржини, а вишезначан јер му се у теорији и пракси дају различита значења. У правно-политичком смислу, држава кроз уже или шире дефинисање арбитрабилности у суштини исказује свој однос као јавне власти према приватном начину суђења, а дугорочно посматрано, као спремност да се одрекне својих прерогатива у корист приватних тела. Преглед анализираних решења показује да је питање арбитрабилности због свог значаја регулисано у свим националним правима у различитим изворима арбитражног или општег процесног права. Као основни елеменат постојања арбитрабилности је у свим правима узета слобода располагања спором, схваћена као право уговорних страна да могу сами одлучивати о правима и обавезама из свог правног односа. Разлике, међутим, постоје у погледу питања да ли је то довољно или се овом захтеву додаје и услов да се права и обавезе односе на имовинске захтеве, или да потичу из пословних (економских) односа. У неким правима и захтевом да односно питање не спада у искључиву надлежност домаћих судова.

У раду је арбитрабилност анализирана као унутрашње својство (у чистом теоријском облику) и у функционалном смислу.

У теоријском смислу, под арбитрабилности се подразумева подобност спора да буде решен од стране приватног тела кога одаберу уговорне стране. У судској и арбитражној пракси, посебно у САД, арбитрабилност се схвата као скуп услова који треба да буду испуњени да о конкретном спору може да одлучује арбитража, а не суд.

Као унутрашње својство спорног односа, арбитрабилност представља подобност права и обавеза да о њему одлучује приватно тело основано од самих субјеката, а не државни судови. У чистом значењу, подобност зависи од карактера самог односа и садржине права и обавеза независно од државног правног поретка и његових атрибута. Као такав, чист појам арбитрабилности је садржан у појму "решивости" спора. Тако посматрани, арбитрабилни су они спорови који су решиви. Међутим, као правно-политички појам, садржина арбитрабилности се не исцрпљује само у "решивости", као унутрашњем елементу, већ и у његовом признању од стране јавне власти, што чини спољни елемент арбитрабилности. Тако се као арбитрабилни сматрају спорови које државе својим правилима признају као подобне за решавање. Границе подобности држава одређује на непосредан и посредан начин: постављањем услова о којима је било речи, или признањем (и извршењем) донетих арбитражних одлука. У првом случају, држава то чини одређивањем појмова објективне и субјективне арбитрабилности. А у другом, прописивањем услова за признање стране арбитражне одлуке.

Интервенција државе у теоријску садржину решивости као чистог појма, арбитрабилност ставља у функцију остваривања других (виших, спољних, државних) циљева, а не само циљева које су имале у виду странке у спору. Да се ови циљеви не морају подударати види се из различитог одређивања арбитрабилности у различитим државама, тј. правним системима, нарочито субјективне арбитрабилности код које није спорно да ли одређена правна лица могу да се појаве пред арбитражом, већ да ли ће им то дозволити држава.

У раду је, осим у тачки о теоријском аспекту, појам арбитрабилности анализиран у функционалном смислу. На његове функције или мисију се могу ослонити како странке у спору, тако и држава. У генералном смислу, странке у споровима пред међународним трговинским арбитражама очекују да арбитраже начином свог рада

и својим одлукама подстичу несметано одвијање међународне трговине. Таква очекивања се заснивају не само на предностима која се традиционално наводе у корист арбитража у односу на судове (бржи поступак, већа професионализација, мањи трошкови), већ и на очекивању да арбитражи могу уместо према различитим националним правима да суде према универзалном праву трговца - новом *lex mercatoria*.

Државе од арбитража очекују пре свега да растерете домаће судове и то је један од практичних разлога признавања арбитрабилности.

Анализа је показала да се код дефинисања арбитрабилности у објективном смислу (арбитрабилност *ratione materiae*) полази од слободе располагања спором. У неким правима је то довољно, док се у другим правима наглашава да спор мора бити имовинске природе или и да није резервисан за искључиву надлежност домаћих судова. Ипак, без обзира на додатне услове, основ арбитрабилности чини слобода располагања која се темељи на начелу аутономије воље. Тако посматрана, арбитрабилност представља једну од еманципација аутономије воље. Међутим, њено постојање (арбитрабилности) се не може извести само из аутономије воље. Није спорно да се арбитрабилност не може замислити без признавања аутономије, али је њен функционални карактер чини зависном од признавања од стране државног суда, тј. од државе као јавне власти. Различити државни интереси су учинили да се јединствено схваћено начело аутономије воље на различите начине прихвата у арбитражним уговоримаа у погледу граница арбитрабилности. То је имало за последицу да у изворима арбитражног права није прихваћен јединствени појам арбитрабилности у објективном смислу.

У погледу субјективне арбитрабилности, која је схваћена као способност страна да као странке учествују у арбитражном поступку, као отворено питање око чијег одговора не постоји потпуна сагласност постављено је питање обима имунитета на који се могу позивати државна и јавна тела. Анализирана су различита решења која у том погледу постоје у међународним и националним изворима и констатовано је да се ужим или ширем тумачењем права на имунитет директно утиче и на оперативност арбитрабилности.

На обим арбитрабилности утичу и јавни поредак, схватање института *competence-competence* и меродавно право које ће бити примењено на конкретни спор.

У погледу јавног поретка констатовано је да је у судској и арбитражној пракси прихваћено постојање унутрашњег или националног јавног поретка, али да не постоји сагласност да ли паралелно са њим постоји и међународни јавни поредак и у чему се он разликује од националног. Но без обзира на ове разлике, јавни поредак је схваћен као оквир у коме се може кретати арбитрабилност, мада постоје и покушаји да се арбитрабилност третира као део јавног поретка.

У оквиру општих разматрања, у раду је посебна пажња посвећена питању арбитражног уговора: настанку, правном дејству и престанку.

Констатовано је да арбитражни уговор представља правни основ за успостављање пуноважне арбитраже и да је регулисан у свим националним правима која су анализирана. Оно око чега не постоји сагласност у правној теорији јесте правна природа овог уговора. При томе, постоји сагласност да и арбитражни уговор спада у категорију уговора грађанског (облигационог) права и да у погледу настанка мора имати исте елементе који се траже и за традиционалне уговоре: способност уговарања, сагласност воља, предмет, основ и да је сачињен у прописаној форми.

У погледу сагласности, као отворено је разматрано питање који обим сагласности је довољан и у којој форми мора бити дата. Наиме, чињеница да је спор подобан да буде решен од арбитра још не значи и да ће бити изнет пред арбитражу. За то је потребно да арбитрабилност, као латентно унутрашње стање, буде активирана или операционализована, тј. стављена у практичну функцију. То се постиже закључивањем арбитражног уговора и подношењем захтева за покретање арбитражног поступка. Ове две радње су међусобно условљене и правно повезане у смислу да се арбитражни поступак може покренути само на основу пуноважног арбитражног уговора. Уговорне стране су тек закључивањем арбитражног уговора своје право располагања спорним односом на јасан начин пренеле или повериле арбитрама.

Уговор о арбитражи по својој правној природи спада у уговоре грађанског или облигационог права, али има и неке посебности. Стога је за његово разумевање и тумачење потребно применити општа правила грађанског права, али и посебна правила.

О постојању правне или пословне способности као услову за закључење арбитражног уговора у раду је расправљано у оквиру субјективне арбитрабилности и констатовано да сва физичка лица са стицањем пословне способности стичу право и да закључују арбитражне уговоре. И код правних лица способност уговарања је везана за њихову пословну способност, али је пословна способност једнака обиму правне способности, тако да правно лице које има правну способност располаже и општом пословном способношћу. Од овако одређене способности уговарања потребно је разликовати способност да се буде странка у арбитражном поступку (парнична способност). У случају правних лица, посебно кад је реч о држави и државним телима, правни поредак је, независно од способности уговарања (правне и пословне способности) ограничио, а у одређеним случајевима и потпуно забранио, таквим лицима да буду тужена или да буду странке у парничном и арбитражном поступку. Оправдање за ово посредно ограничавање (субјективне) арбитрабилности се налази у теорији о имунитету.

Што се тиче обима сагласности који мора постојати за настанак пуноважног арбитражног уговора, и на арбитражни уговор се примењују општа правила облигационог уговора.

У односу на остале уговоре грађанског права, арбитражни уговор се разликује према предмету. Предмет арбитражног уговора је поверавање (пренос) овлашћења на арбитраже да конкретни спор дефинитивно реше. Будући да једино уговорне стране из основног посла располажу правом да одлучују о његовој судбини, ово право засновано на начелу аутономије воље, обухвата и право да спор повере трећем лицу на решавање. У томе се састоји пророгационо дејство постигнуте сагласности. Поверавање се врши у форми арбитражне клаузуле која представља једну од уговорних клаузула у основном послу (уговору), или у форми посебног арбитражног уговора. Оно по чему се овакав пренос издваја од

преноса у осталим уговорима облигационог права јесте наглашен значај поверења. Закључивањем компромисорне клаузуле или закључивањем компромиса уговорне стране манифестују две врсте поверења. Прва се односи на међусобне односе: односе између уговорних страна које верују да ће им евентуални спорни однос боље или ефикасније решити од њих изабрани арбитраи, него државни суд. Друго поверење се односи на именоване арбитрае којима након именовања практично поверавају судбину целог посла, тј. огромне имовинске вредности. У том смислу се може говорити не само о тзв. класичним елементима *intuitu personae* и *inter partes*, већ и тзв. спољном поверењу у именоване арбитрае. У социолошком смислу, свако поверавање спора арбитражи значи смањено поверење у државне судове, тј. у државу као организовану заједницу засновану на принудним прописима и устаљеној подели власти.

Иако у садржинском смислу о поверавању спора на решавање трећем лицу самостално одлучују уговорне стране на основу начела аутономије воље, пренос мора бити учињен у прописаној форми и кретати се у прописаним границама. Границе су одређене појмовима објективне и субјективне арбитрабилности, а у погледу форме, прописано је да мора бити у писаној форми. У пракси се, међутим захтев "*писане*" форме широко тумачи тако да обухвати и комуникацију савременим електронским средствима, путем рачунара, СМСом и на други начин. Важно је једино да се садржина постигнуте сагласности може утврдити на поуздан и проверљив начин, без обзира како је до ње дошло.

У погледу садржине, арбитражни уговор се разликује од класичних облигационих уговора и по правном дејству. За разлику од облигационих уговора који уговорним странама намећу обавезе да нешто учине (да испоруче робу, пренесу документе или својину, плате цену и слично), арбитражним уговором уговорне стране преносе своја овлашћења на одлучивање о спорном односу.

Наведене особености су резултат његове мешовите: материјално правне и процесно правне природе.

У функционалном смислу, арбитражни уговор представља правни основ за конституисање арбитраже па се евентуални недостаци у арбитражном уговору неспорно рефлектују не само на настанак (формирање) арбитраже, већ и на њен

рад, садржину арбитражне одлуке и на њено признање и извршење. Стога се формулисању арбитражног уговора мора посветити посебна и пуна пажња. У супротном, или неће настати арбитражни уговор, или ће бити закључен уговор са недостацима. У теорији су такви уговори означени као уговори са патолошким клаузулама.

У тумачењу арбитражних уговора са патолошким клаузулама могућа су два приступа: ужи или стриктан и шири или либералан. Према првом приступу патолошке клаузуле могу учинити арбитражни уговор неоперативним, зависно од природе недостатка. Други приступ карактерише тежња да се у што је могуће већем броју случајева и такве клаузуле прихвате као оперативне.

Други део рада је посвећен питањима арбитрабилности посебних спорова, тј. спорова из оних односа који су до скора сматрани јавно правним споровима и споровима који су због посебних разлога били изузети из надлежности арбитража. У питању су спорови из права интелектуалне својине, картелни спорови, стечајни спорови, спорови из хартија од вредности, компанијски спорови и спорови у вези ембарга. Без обзира што су према предмету и садржини у питању различити спорови, све их карактерише постојање две врсте односа: јавно правне и приватно правне природе.

Тако се код спорова из права интелектуалне својине разликују они који се односе на регистрацију од стране јавне власти и спорови комерцијалне природе, у вези преноса или уступања на коришћење претходно заштићених права. Слично је и код спорова због повреде правила о конкуренцији. Једна врста се односи на утврђивање и оцену да ли је дошло до повреде права конкуренције, док се други спорови тичу накнаде штете настале таквом повредом. У првом случају су у питању спорови настали из тзв. јавноправне примене права конкуренције, док је у другом случају реч о приватно-правној примени права конкуренције. Питање арбитрабилности се посебно поставља у погледу права арбитраже да одлучује о јавноправној примени, као и погледу правног дејства одлуке донете од стране регулаторних тела. Анализа је показала да се арбитрабилност признаје тзв. комерцијалним споровима, а да постоји тенденција да се постепено призна и осталим споровима.

Према решењима која су прихваћена у већини правних система, правила о отварању и вођењу стечајног поступку чине део јавног поретка, па спорови који се односе на ова правила не могу бити предмет арбитражног решавања. Међутим, спорови који су повезани са отварањем стечаја над једном од уговорних страна арбитражног уговора у већини држава се сматрају подобним за решавање пред арбитражом. Под овим споровима се разумеју спорови који се односе на имовинско правне захтеве поверилаца према стечајном дужнику. У стечајним споровима се између осталих постављају и питања: утицаја отварања стечајног поступка над једном од уговорних страна на пуноважност и примену уговора о арбитражи, као и односа између отварања стечајног поступка и покретања или наставка арбитражног поступка.

Слична правила се примењују и на решавање спорова из хартија од вредности. У оним споровима у којима је доминантан приватни интерес прихваћена је подобност спора за арбитражно одлучивање, док спорови који у себи садрже елементе јавно правног односа, попут оних који могу настати између брокера и државног апарата, остају ван надлежности арбитраже.

На крају се као општи, могу издвојити два закључка. Прво, анализа је показала да је питање арбитрабилности сложено правно-политичко питање чија садржина и обим зависе од низа фактора који су сублимисани у спремности државе да "развласти" своје судове и да дозволи појединцима да одређене спорове повере на решавање арбитражама као паралелном и конкурентном приватном начину "судовања." Дугорочно посматрано, то води постепеном смањењу значаја и улоге државе и државних судова у организовању свакодневног живота, а посебно код извршавања послова промета робе и услуга.

Друго, са становишта развоја међународне трговине, арбитрабилност представља снажан, ако не и одлучујући фактор њеног развоја. Анализа постојећег стања у много чему подсећа на ситуацију која је постојала у време када је настало средњевековно *lex mercatoria* које је имало одлучујућу улогу за настанак средњевековног и каснијег модерног трговачког и међународног трговачког права. Разлика је, међутим, у разлозима због којих се то чини. Средњевековни трговци су своја правила стварали како би надоместили незаинтересованост и

неспремност државе да својим правилима регулише бројне области трговачког пословања. Данашњи трговци се обраћају међународним трговинским арбитражама јер верују да ће од њих изабрани арбитраи најбоље разумети њихове интересе и да ће у складу не само са појединачним интересима, већ и општим интересом за развој светске трговине донети праведну и рационалну одлуку.

Списак коришћене литературе

Литература на страним језицима

Adamo, R. K., "Overview of International Arbitration in the Intellectual Property Context," *The Global Business Law Review*, vol. 2 :7 , 2011. стр. 7-28, доступно на <http://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1008&context=gblr>

Alvater, E., Prunskiene, K., (уред.), *Intellectual Property Rights in Central and Eastern Europe*, IOS Press, Amsterdam 1998.

Arfazadeh, H., "Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited", *Arbitration International*, Vol. 17/1(2001) , стр. 73-88.

Alfazadeh, H., "In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception", *Am.Rev. Int. Arb.* (The American Review of International Arbitration) vol.13, no 1-4, 2002, стр. 43-65.

Baizeau, D., "Arbitration and Insolvency: Issues of Applicable Law", *New Developments in International Commercial Arbitration*, (C. Mueller, A. Rigozzi (уред.), Schulthess, 2009, стр. 97-120.

Baker & McKenzie, *International Arbitration Yearbook: 2010-2011*, Juris Publishing

Списак коришћене литературе

- Baniassadi, M.R., "Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration", 10 *Int'l Tax & Bus. Law* 59, 1992, стр. 60-83, доступно на <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol10/iss1/2>
- Bankas, E., *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2005.
- Bantekas, I., "Arbitrability in Finance and Banking", *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, (Loukas A. Mistelis Stavros L. Brekoulakis, (уред.), Kluwer Law International, 2009, стр. 293- 316.
- Baron, P. M., Liniger, S., "A Second Look at Arbitrability, Approaches to Arbitrability in the United States, Switzerland and Germany", *Arbitration International*, Volume 19, Issue 1, 1 March 2003 стр. 27-54.
- Barracough, A., Waincymer, J., "Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6, 2005. доступно на: <http://www.law.unimelb.edu.au/files/dmfile/downloadebcc1.pdf>
- Baun, B. R., "Arbitration of Federal Domestic Antitrust Claims: How Safe is the American Safety Doctrine", *Pepperdine Law Rev.*, vol. 16, 1989, стр. 210-236.
- Belohlavek, A. J., *Law Applicable T Arbitration Agreement and Arbility of a Dispute*, доступно на: <http://www.ksu.lt/downloads/2014/09/Law-Applicable-t-Arbitration-Agreement-and-arbitrability-of-a-Dispute.pdf>

Списак коришћене литературе

- Belohlavek, A., "The Legal Nature of International Commercial Arbitration and the Effects of Conflicts between Legal Cultures", *Law of Ukraine/Pravo Ukrajinu*, No. 2, 2011, стр. 18-31.
- Belohlávek, A., *Arbitration Law of Czech Republic: Practice and Procedure*, JURIS, 2013.
- Berger, K., "Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?", *International Arbitration 2006 Back to Basics?*, ICCA Congress ser no.13 (Van den Berg (уред.)), Kluwer, 2006, стр. 301-340 .
- Berger, K.P: *International Economic Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993.
- Bermann, G., "The "Gateway" Problem in International Commercial Arbitration", *The Yale Journal of International Law*, Vol. 37, No.1, 2012, стр. 1-50.
- Bernardini, P., "The problem of arbitrability in General", *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards : The New York Convention in Practice*, (Gaillard, Di Petro уред.), Cameron, 2008, стр. 503- 522.
- Beulker, J., *Eingriffsnormenproblematik in Internationalen Schiedsverfahren*, Max-Planck Institute für ausländisches und internationales Privatrechts, Mohr Siebeck, 2005.
- Bishop, D., Etri, j., *International Commercial arbitration in South America*, доступно на <http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop3.pdf>

Списак коришћене литературе

Blackaby, N., Partasides, C., Redfen, A., Hunter, M., *Redfren and Hunter on International Arbitration*, OUP, 2009.

Blanke, G. Landolt, Ph., *EU and Us Antitrust Arbitration: a Handbook for Practitioners*, Kluwer, 2011.

Blessing M. "The New International Arbitration Law in Switzerland, a Significant Step Towards Liberalism", *Journal of International Arbitration*, vol 5, no. 2, 1988. стр. 9-88

Blessing, M., "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", *Arbitration International*, Vol. 12, No. 2, 1996, стр. 191-221.

Blessing, M., "Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration", *Journal of International Arbitration*, No.4, 1997, стр. 677-691.

Blessing M. "The Law Applicable to the Arbitration Clause and Arbitrability", *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention - ICCA Congress Series*, No. 9, 1999, стр. 168-188.

Blessing, M., *Introduction to Arbitration- Swiss and International Perspectives*, Kluwer / Helbling & Lichtenhahn, 1999

Blessing, M., "Arbitrating Antitrust and Merger Control", *Swiss Commercial Law Series*, Vol. 14, Zürich 2003, доступно на : http://de.baerkarrer.ch/publications/4_3_14.pdf.

Списак коришћене литературе

Böckstiegel, K.-H., *Arbitration and State Enterprises*, The Hague 1984.

Böckstiegel, K.-H., "The Legal Rules Applicable in International Commercial Arbitration Involving States or State-controlled Enterprises", *International Arbitration: 60 Years on a Look at the Future*, Paris 1984, стр. 117- 176.

Böckstiegel, K.-H., "Public Policy and Arbitrability", *ICCA Congress Series No. 3*, (P. Sanders (уред.), Kluwer, 1987, стр. 177-204.

Böckstiegel, K.-H., "States in the international arbitral process", *Contemporaru problems in International Arbitration* (J. Lew уред.), Queen Mary Collage, University of London, 1987, стр. 40-49.

Böckstiegel, K.-H. Kröll, S. Nacimiento P., (уред.), *Arbitration in Germany, The Model Law in Practice*, Wolters, 2007.

Böckstiegel, K.-H., "Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement", *IBA Journal of Dispute resolution*, Special Issue 2008, стр. 123-133.

Böckstiegel, K.-H., Kröll,S., Nacimiento, P., "Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations - General Overview", *Transnational Dispute Management*, Vol. 6, Issue 1, March 2009, стр. 1-162.

Bono S. i drugi., *Sovereign Immunity and Enforcement of Arbitral Awards: Navigating International Boundaries* , доступно на:
<http://www.mayerbrown.com/files/Publication/2e0f7077-9b25-430e-8b70-6a8f8c1a9d76/Presentation/PublicationAttachment/1be4c54c-bfc2-4d78-9403-85e37c560f43/12270.PDF>.

Born, G., *International Commercial Arbitration: Commentry and Materials*, second ed., Kluwer, Tha Hag 2001.

Born, G., *International Commercial Arbitration* , Kluwer, 2009.

Braun, B., "Arbitration of Federal Domestic Antitrust Claims: How Safe is the American Safety Doctrine?", *Pepperdine Law Review*, Vol.16, 1989, стр. 201-236.

Brekoulakis, S., "Law applicable to arbitrability Revisiting the Revisited Lex Fori" , *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, (L. Mistelis, S. Brekoulakis (уред.)), Kluwer, 2009, стр. 99-119.

Brekoulakis, S., "Fundamental Observation and applicable law: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern", *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, (L. Mistelis, S. Brekoulakis (уред.)), Kluwer, 2009, стр. 19-44.

Brekoulakis, S., "Arbitrability and conflict of jurisdictions: the relevance of 'lex fori' and 'lex loci arbitri'," *Conflict of Laws in International Arbitration* 117 (F. Ferrari, S. Kroll (уред.)) European Law Publishers, Munich 2010, стр. 117-137.

Briner, R., "The arbitrability of intellectual Property Disputes with Particular Emphasis on the situation in Switzerland;" *Wordwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disutes WIPO*, Publication br. 728(E), 1994, стр. 1-35.

Brunner, Ch., *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles - Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, Kluwer, 2008.

Списак коришћене литературе

- Buchanan, M.A., "Public policy and International Commercial Arbitration", vol. 26 *American Business Law Journal*, 1988, стр. 511-531.
- Bucher, A., Tschanz, P.Y., *International arbitration in Switzerland*, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1989.
- C. Corree, C., Yussuf A., (уред.), *Intellectual Property and Internatioanal Trade: The TRIPs Agreement*, Kluwer, 1998.
- Cafari Panico, R., "Jurisdiction and applicable law in the case of so-called pathological arbitration clauses in view of the proposed reform of the Brusseles I-Regulation: the arbitrator's jurisdiction", *Conflict of Laws in International Arbitration*, Issue I, (F. Ferrari, S. Kröll (уред.)), European Law Publishers, Munich 2010, стр. 81-117.
- Caprasso, O., "Objective arbitrability of corporate disputes-Belgium and France", *Onderneming en ADR*, (C.J.M.Klaassen i drugi(уред.)) Kluwer, 2011, стр. 79-101.
- Carbonneau, T., Janson, F., "Cartesian Logic and Frontier politics: French and American Concept of Arbitrability", *Tulane Journal of International and Comparative Law*(Tul. Int'l & Comp. L), vol. 2, 1994, стр. 193- 211.
- Chamlongrasdr, D., *Foreign State Immunity and Arbitration*, Cambridge University Press, London 2007.
- Chukwumerije, O., *Choice od Law in International Commercial Arbitration*, Praeger, 1994.

Списак коришћене литературе

Cohn, Cf E.J., "Waiver of Immunity", 34 *British Year Book of International Law* (BRIT. YB. INT'L L.), 1958, стр. 260-273.

Cook, T., Garsia, A. I., *International Intellectual Property Arbitration*, Vol. 2 Arbitration in Context series, Kluwer Law International, 2010.

Copinger, S., *On Copyright*, London 1971.

Craig, W. L., Park, W. W., Paulsson, J., *International Chamber of Commerce Arbitration*, Paris 1984.

Craig, W. L., Park, W. W., Paulsson, J., *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana Publications, 2. издање 1990.

Craig, W.L., Park, W.W., Poulsson, J., *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3.издање. New York 2000.

Cremades, B., *State Participation in International Arbitration*, доступно на:
http://www.cremades.com/pics/contenido/STATE_PARTICIPATION_IN_INTERNATIONAL_ARBITRATION.pdf

Cung, L., Smith Freehills, H., *Recent Trends in State Immunity*, доступно на:
<http://kluwarbitrationblog.com/blog/2013/04/25/recent-trends-in-state-immunity/>,

Darains, Y., "Public Policy and the Law Applicable to the Disputes in International Arbitration", *International Council for Commercial Arbitration*, VIII the International Arbitration Congress, New York 1986, стр. 257-318.

Списак коришћене литературе

David, R., *Arbitration in International Trade*, Deventer 1985.

Deason, E., "Perspectives on Decision making from the Blackmun Papers: The Case on Arbitrability of Statutory Claims", *Missouri Law Review*, volume 70 Issue 4, 2005, стр. 1132-1181.

Delaume, G. R., *Transnational Contracts*, (Ch. E Stewart (уред.)), Oceana Publications, New York 1997.

Delvolve, J-L., "Multiparism: The Dutco Decision of the french Cour de cassation", *Arbitration International*, 9/2, 1993, стр. 197-202.

Delvolvé, J-L., Rouche, J., Pointon, G. H., *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, Kluwer, 2009.

Derains, Y., "Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales." 3 *Revue de l'arbitrage*, 1973, стр. 122- 149.

Derains, Y., "Public Policy and Law Applicable to the Dispute in International Arbitration", *ICCA New York Arbitration Congress*, 1986, стр. 227- 251.

Dessemontet, F., "Arbitration of Intellectual Property Rights and Licensing Contracts", *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention 1958 in Practice*, (E. Gaillard, D. Di Pietro (уред.)), London, Cameron May, 2008, стр. 553- 573.

Списак коришћене литературе

Dietz, A., *Protection of Intellectual Property in Central and Eastern Europe*, Paris, OECD, 1995.

Dobkowski, D., *Arbitrability of corporate disputes in Poland and Russia*, доступно на:
<http://www.kpmg.com/PL/pl/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/2013/Arbitrability-of-corporate-disputes-in-Poland-and-Russia.pdf>

Dolmas M., Grierson J. "Arbitration and the Modernization of EC Antitrust Law: New Opportunities and New Responsibilities," 14(2) *ICC Bull.* (2003), стр. 37-51.

Domke, M., *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, Mundelein, Illinois 1968.

Domke, M., *Arbitration*, Encyclopedia Britannica, 1974.

Dorda Ch., "Arbitration and insolvency proceedings," *Annals FLB – Belgrade Law Review*, Year LVII, No. 3, 2009, стр. 83-89.

Doxey, P. M., *International Sanctions in Contemporary Perspective*, Macmillan Press, 1987.

Durchslag, M. R., *State Sovereign Immunity: A Reference Guide to the United States Constitution*, Greenwood Publishing Group, 2002.

Duve, C., "Arbitration of Corporate Law Disputes in Germany", *Arbitration in Germany, The Model Law in Practice*, (К-Н. Böckstiegel, S.Kröll, P. Nacimiento, (уред.)), 2007, стр. 975- 1011.

Списак коришћене литературе

Dorđević, M., "The Foreign Trade Court of Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce", *World arbitration Reporter: International Encyclopedia of arbitration Law and practice* (L. Mistelis, L. Shore, S. Brekoulakis, H. Smit, (уред.)), New York 2010, стр. 20-72.

Ehlermann, C.D., Aranasiu, I., (уред.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Hart Publishing, 2003.

Eismann, F., *La clause d' arbitrage pathologique*, Etudes Minoli, 1974 .

Enterria, J., "The role of Public Policy in International Commercial Arbitration", 21 *Law and Policy in International Business* (L& Poly Int'l Business),1989-1990, стр. 389-412.

Fadlallah, I., "Are States Liable for the Conduct of Their Instrumentalities?", *State Entities in international Arbitration*, (E. Gaillard , J. Younan , (уред.)), Juris Publishing, 2008, стр. 19-30.

Faizat, Badmus-Busari, *Sovereign Immunity and Enforcement of Awards in International Commercial Arbitration*, доступно на :
SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2336664> ili
на <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2336664>

Fasching, H., *Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und im internationalen Recht*, Wien: Manz, 1973.

Списак коришћене литературе

Fortier, I. Y., "Arbitrability of Disputes", *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, (A. Aksent i drugi, (уред.)) ICC Publishing 2005, стр. 269-284.

Fouchard, Ph., Gaillard, E., Goldman, B., *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 1999.

Fox, H., *The Law of State Immunity*, OUP 2013.

Fox, H., "Restraints on the Exercise of Jurisdiction", *International Law*, (M. Evans, уред.), OUP 2013, стр. 361-394.

Gaillard, E., Edelstein, J., "Recent Developments in State Immunity from Execution in France: Creighton v Qatar", *Mealey's Int'l Arb. Rep.*, Vol.15, No.10, 2000, стр. 49-65.

Gaitis, J. M., "Unraveling the Mystery of Wilko v. Swan: American Arbitration Vacatur Law and the Accidental Demise of Party Autonomy", *7 Pepp. Disp. Resol. L.J.* Iss. 1 (2006), доступно на : <http://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol7/iss1/1>

Grantham, W., "The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes," *Berkeley Journal of Intl. Law*, 1996, стр. 175-220.

Griffin, C. L., *Shearson/American Express v. McMahon: The Diminishing Role of Courts in Securities Disputes*, 1988 *BYU L. Rev.* 443 (1988), доступно на : <http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol1988/iss2/7>

Списак коришћене литературе

Grigera Naón, H. A., *Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration*, J.C.B. Mohr, 1992.

Grigera Naón, H. A., "Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration", 289 *Collected Courses, Hague Academy of Intl. L.* 9 (2001), стр. 183-371.

Grossberg, J., "The Magnuson-Moss Warranty Act, the Federal Arbitration Act, and the Future of Consumer Protection", *Cornell Law Review*, Volume 93 Issue 3 March 2008, доступно на : <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3092&context=clr>.

Gurry, F., "Objective Arbitrability – Antitrust Disputes- Intellectual Property Disputes", 6 *Swiss Arbitration Association Special Series*, 1994, стр. 110-120.

Halket, T. D., *Arbitration of International Intellectual Property Disputes*, Juris Publishing, 2012.

Hanefeld, I., "Arbitration in Banking and Finance", *NYU Journal of Law & Business*, Vol. 9, 2013, стр. 917-939.

Hanotiau, B., "What Law governs the issue of arbitrability", *Arb. Int'l* 12(4), 1996, стр. 391- 403.

Hanotiau, B., "The Law Applicable to Arbitrability", 26 *Singapore Academy of Law Journal*, 2014, стр. 874- 885.

Списак коришћене литературе

- Harris, T.L., "The Public Policy Exception to the Enforcement of International Arbitration Awards Under the New York Convention" *Journal of International Arbitration* 24(1) , 2007, стр. 9-24.
- Hascher, D.T., "European Convention on International Commercial Arbitration of 1961", *Yearbook Comm. Arb'n XXXVI* , 2011, стр. 507-546.
- Hass, U., "Convention on Recognition and Enforcement of foreign Arbitral Award, New York 1958", *Practitioner's Handbooks on International Arbitration*,(F-Bernd Weigand, C. H. Beck (уред.)), Múnich 2002. стр. 400-535.
- Hermann, W., "Arbitration of Securities Disputes: Rodrigez and New Arbitration Rules Leave Investors Holding a Mixed Bag", *Indiana Law Journal*: Vol. 65: Iss. 3, Article 7. доступно на : <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol65/iss3/7>
- Hilbig, K., *Das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot im internationalen Handelsschiedsverfahren, Anwendung und Gerichtliche Kontrolle*, Munich 2006.
- Hrle, J., *International Arbitration and Competition Law*, master teza, Institute of Comparative law, Faculty of Law, McGill University, Montreal, Quebec, 1999.
- Idot, I., "The Role of Arbitration in Competition Disputes", *The Reform of EC Competition Law: New Challenges*, (I. Kokkoris, (уред.)), Kluwer, 2009, стр. 75-95.
- Jacobs, E. J., "The Battle of the Forms: Standard Term Contracts in Comparative Perspective" *International and Comparative Law Quarterly* / Volume 34/Issue 02/ April 1985, стр. 297- 316.

Списак коришћене литературе

Jarvin, S., Magnusson, A., *International Arbitration Court Decisions*, Juris Publishing, 2008.

Karamanian, S. L., "The Road to the Tribunal and Beyond: International Commercial Arbitration and United States Courts", 34 *GEO. WASH. INT'L L. REV.*, 2002, стр. 17-100.

Kaufmann - Kohler, G., Lévy L., "Insolvency and international Arbitration", *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21 st Century*, (H. Peter, N. Jeandin, J. Kilborn, (уред.)), Schulthess 2006, стр. 257-284.

Kaufmann-Kohler, G., "Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity", *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, стр. 1–17.

Kerr, J.E., "The Arbitration of Securities Law after Rodriguez and the Impact on Investor Protection", *Marquette Law Review*, br. 2, vol. 73, 1989, стр. 217-257.

Kessedjian, C., "Public order in European Law", *Erasmus Law Review* ,Volume 01 Issue 01, доступно на: http://www.elevenjournals.com/tijdschrift/ELR/2007/1/ELR_2210-2671_2007_001_001_003.pdf

Komninos, A., "Assistance by the European Commission and Member States Authorities in Arbitrations", *EU and US antitrust Arbitration, A Handbook for Practitioners* ,(G. Blanke, Ph. Landolt (уред.)), Kluwer, 2011, стр. 727- 753.

Списак коришћене литературе

Komninos, A., *Arbitration and EU Competition Law* (April 12, 2009). Доступно на:
SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1520105> или
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1520105>

Kozolchuk, B., "The Commercialization of Civil Law and the Civilization of Commercial Law", 40. *Louisiana Law Review* (La. L. Rev.), 1979, стр. 3-47.

Kröll, S., Kraft, P. "Ten Years of UNCITRAL Model Law in Germany" 1(2007) 3 *World Arbitration & Mediation Review*, 2007, стр. 439- 485.

Kronke, H., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2010.

Lagarde, P., "Public Policy", *International Encyclopedia of Comparative Law*, Chapter III. (J. C. B. Mohr, Martinus уред.) Nijhoff Publishers 1994.

Laliv, P., "Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration", *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* (P. Sanders, (уред.)) ICCA Congress Series 3, 1987, стр. 258-318.

Landi, N., Rogers, C., *Arbitration of Antitrust Claims in the United States and Europe* (2007) . Bocconi Legal Studies Research Paper No. 07-01, Corcorrenza e Mercato, 2007. доступно на : <http://ssrn.com/abstract=962334>

Lazić, V., *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International/ T.M.C. Asser Institut, 1998.

Списак коришћене литературе

- Lazić, V., "Arbitration and Insolvency Proceedings: Claims of Ordinary Bankruptcy Creditors", vol 3.3 *Electronic Journal of Comparative Law*, December 1999, доступно на: <http://www.ejcl.org/33/art33-2.html>.
- Lee, M., "Antitrust and Commercial Arbitration : An Economic Analysis" , *St. John's Law Review*, vol: 62/1, 1987, стр. 1- 44.
- Levanova, N., Saria, G., *Arbitration in Company Disputes-Main Features in Russia and Austria* (October 30, 2011). Доступно на: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1951565> <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1951565>.
- Levy, L., "Insolvency in Arbitration(Swiss law)", *Int. A.I.R.* vol.8, 2005, стр. 23-33.
- Lew, J., *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards* , New York 1978.
- Lew, J., "The Law Applicable to the Form and Substance of Arbitration Clause", *ICCA Congress Series* No 9, Paris 1998, стр. 114-145.
- Lew, J., Mistelis, L., Kroll, S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003.
- Lew, J., "Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority " *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* , Kluwer, 2009, стр. 241-261.
- Lew, J., *Contemporary Problems in International Arbitration*, Springer, 2013.

Списак коришћене литературе

- Liebscher, C., "European Public Policy. A Black Box?", *J. Intl. Arb.* 17, no. 3, 2000, стр. 73-88.
- Liebscher, C., "Insolvency and Arbitrability", *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer, 2009, стр. 165-178.
- Malson, G. N., "Securities Arbitration: Resolution of Disputes Between Securities Brokers and their Customers", 21 *Golden Gate U. L. Rev.* (1991), доступно на: <http://digitalcommons.law.ggu.edu/ggulrev/vol21/iss2/7>
- Maniruzzaman A.F. M., "Immunity and Enforcement of the Arbitration Award against State Entities : Recent trends in Practice", *Arbitration Practice*, Chapter 28. (A.F. M. Maniruzzaman, (уред.)) JURIS, 2010, стр. 335-350.
- Maniruzzaman, A. F. M., *Sovereign Immunity and the Enforcement of Arbitral Awards Against State Entities: Recent Trends in Practice*, доступно на : http://www.academia.edu/11090561/SOVEREIGN_IMMUNITY_AND_ENFORCEMENT_OF_AWARDS_IN_INTERNATIONAL_COMMERCIAL_ARBITRATION.
- Maniruzzaman, A.F.M., "Sovereign International Arbitration Practice", *American Arbitration Association*, 335, доступно на : https://www.academia.edu/519348/Sovereign_Immunity_and_the_Enforcement_of_Arbitral_Awards_against_State_Entities_Recent_Trends_in_Practice.
- Marasinghe, L., "The Modern Law of Sovereign Immunity" 54 (5) *Modern L. Rev.*, Sept. 1991, стр. 664-684.

Списак коришћене литературе

- Marquis, M., Cissota, R., *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, Edward Elgar Publishing, 2015.
- Martinez- Fraga, P., *The American Influence on International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2009.
- Masucci, D., "Securities Arbitration: A Success Story: What Does the Future Hold?", 31 *Wake Forest Law Review*, 1996, стр. 183, доступно на: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=&handle=hein.journals/wflr31&div=13&id=&page>
- Matray, L., "Embargo and Prohibition of Performance", *Acts of State and Arbitration*, (K. Böckstiegel i drugi,(уред.)),1997, стр. 69-98.
- Mayer, P., "Mandatory Rules of Law in International Arbitration" , 2 *Arbitration Internation*, 1986, стр. 274–293/322.
- Mistelis, L. A., "Is Arbitrability a National or an International Law Issue?", *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, 2009, стр. 1-18
- Mustill, M., Boyd, S., *Commercial Arbitration*, LexisNexis Butterworth, 2001.
- Mustill, M., "Is it a bird...", *Liber Amicorum Claude Reymond*, Editions du Juris-Classeur, Paris 2004, стр. 205-215.
- Muthucumaraswamy, S., *The Settlement of Foreign Investment Disputes and Law*, ICSID Arbitration, 2002.

Списак коришћене литературе

- Nacimiento, P., "Article V (1) (a)", *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke i ostali, (уред.)), Kluwer Law International, 2010, стр. 205-230.
- Nelson, D. C., "The Arbitrability of Securities Disputes between Brokers and Customers – Phillips v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc", *Creighton Law Review*, vol. 20, 1987, стр. 1009- 1032.
- Nelson, J., "Securities Arbitration" *Golden Gate University Law Review*, vol.21, Iss.2, 1991, стр. 27-60.
- Newman, L., Radine, R., *Soft Law in International Arbitration*, Juris Publishing, 2014.
- Newport, T., "Tortious Interference with International Contracts", 9 *Current Int'l Trade L. J.* 2000, стр. 80-87.
- Onyema E., *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*, Routledge, 2010.
- Ozumba, O., *Enforcement of arbitral awards: Does the Public Policy exception create inconsistency?*, доступно на :
file:///C:/Users/Ja/Downloads/cepmlp_car13_8_127246631%20(1).pdf
- Pamboukis Ch., "On Arbitrability: The Arbitrator as a Problem Solver", *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*,(L. Mistelis, S. Brekoulakis, (уред.)), Wolters Kluwer, 2009, стр. 121-141.

Списак коришћене литературе

- Papeil, A- S., " Conflict of overriding mandatory rules in arbitration" , *Conflict laws in International Commercial arbitration*, (S. Kröll, F. Ferrari, (уред.)), European law publishers, стр. 341-379.
- Park, W., "Arbitration in Banking and Finance", *Essays in International Finance & Economic Law*, No.10, The London Institute of International Banking, Finance & Development Law, 1997, стр. 1-63.
- Paulsson, J., "May a state invoke its internatl law to repudiate consent to international commercial arbitration?", 2 *Arbitration International*, 1986, стр. 90-99.
- Pavić, V., *Revolution, Evolution and Devolution: Overview of the Past Twenty Years of Competition Legislation in Serbia*, доступно на :http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2101611,
- Perloff S., "The Ties that Bind: The Limits of Autonomy and Uniformity in International Commercial Arbitration", *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, Vol. 13, 1992, стр. 323- 337.
- Perović, J., Đorđević, M., "Resolution of commercial disputes through arbitration as a contribution to improvement of business environment in Serbia", *Ekomika preduzeća*, vol. 61, no. 3-4, 2013, стр. 238-255.
- Poudret, J.F., Besson S., *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, London 2007.

Списак коришћене литературе

- Poulsion, J., *May a state invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitration?*. Доступно на: <http://translex.uni-koeln.de/touch/document.php?docid=127900>
- Raeschke-Kessler, H. "The Arbitrability of Intra-corporate Disputes in a German GmbH – A Comment on OLG Frankfurt am Main, 2010", *The Practice of Arbitration, Essays in Honour of Hans van Houtte*, Hart Publishing Ltd., 2012, стр. 195-202.
- Raeschke-Kessler, H., "Germany", *The International Arbitration Review*, (J. H. Carter, (уред.)), Law Business Research Ltd, 2014, стр. 250- 266.
- Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N., Partasides C., *Law and practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2004.
- Reinisch, A., "European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures", *The European Journal of International Law*, vol. 17, no. 4, 2005, стр. 803-836.
- Resnick, A., "The Enforceability of Arbitration Clauses in Bankruptcy", 15 *Am. Bankr.Inst. L. Rev.*, 2007, American Bankruptcy Institute Law Review, стр. 183-222.
- Rodger, B., MacCulloch, A., *Competition Law and Policy in the EC and UK*, London 2009.
- Romero, E, S., "Are States liable for the Conduct of Their Instrumentalities? ICC Case Law", *State Entities in International Arbitration*, IAI Series on International

Списак коришћене литературе

- Arbitration No 4 (E. Gaillard , J. Younan, (уред.)), Juris Publishing, 2008, стр. 31-55.
- Rosell, J., Prager, H., "International Arbitration and Bankruptcy: United States, France and the ICC". 18(4) *Journal of International Arbitration*, 2001, стр. 417-433.
- Rubino Sammartano, M., *International Arbitration Law and Practice*, треће издање, JURIS, New York 2014.
- Ruehl, G., "The Battle of Forms: Comparative and Economic Observations", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 24 (2003), стр. 189-224.
- Sach, K., "Insolvency Proceedings and International Arbitration", *Collected Courses of the International Academy for Arbitration Law*, 1(2001), доступно на: <http://www.arbitrationacademy.org/wp-content/uploads/2014/01/Arbitration-Academy-Klaus-Sachs.pdf>.
- Sajko, K., "Arbitration agreement and arbitrability Solutions and Open Issues in Croatian and Comparative Law", 3 *Croat. Arbit. Yearb.* 43, 1993, стр. 123-138.
- Sajko, K., "On arbitrability in Comparative Arbitration- An Outline", *Zbornik PFZ*, 60, (5) , Zagreb 2010, стр. 961-969.
- Samuel, A., *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zurich 1989.

Списак коришћене литературе

- Sanders, P., "Quo Vadis Arbitration?", *Sixty Years of Arbitration Practice: a Comparative Study*, Kluwer, 1999.
- Sayed, V.A., *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2004.
- Schäffer, E., "Arbitrability of Intellectual Property Law Disputes in Germany" , *Arbitration in Germany* (Prof. Dr. Karl Heinz Böckstiegel, Dr. Stefan Kröll, Dr. Patricia Nacimiento (уред.)), 2007, стр. 953-974.
- Scherer, M., *Swiss Embargos and their Impact on Contracts Governed by Swiss Law Illustrated by the Swiss Sanctions against Iran*, Kluwer Arbitration Blog, доступно на: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/04/05/swiss-embargos-and-their-impact-on-contracts-governed-by-swiss-law-illustrated-by-the-swiss-sanctions-against-iran/> INTRNET
- Schwab, K.H., *Shiedsgerichtsbarkeit*, München, 1979.
- Schwebel, S., Lahne, S., "Public policy and Arbitral Procedure", *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series No. 3, (P. Sanders, (уред.)), Kluwer Law International, 1987, стр. 205-226.
- Scwebel, S. M., *International Arbitration: Three Salient Problems*, CUP, Cambridge, 1987.
- Sever, J. R., "The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy Checks on Us. And Foreign Arbitration: Arbitration out of Control?", *65 Tnl. L. Rev.* 1991, стр. 1661-1676.

Списак коришћене литературе

Shell, G. R., "Fair Play, Consent and Securities Arbitration: A Comment on Spiedel," *62 Brooklyn Law Review*, 1996, стр. 1365-1380.

Shepard, A., "Mandatory Rules in International Commercial Arbitration – An English Law Perspective", *Am. Rev. of Int'l. Arb.*, 18, 2007, стр. 121-145.

Shore, L., "The United States' perspective on " Arbitrability", *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, (Mistelis and Brekoulakis (уред.)), Kluwer, 2009, стр. 69-84.

Silva, G. J. C., *Transnational Public Policy in International Arbitration*, Queen Mary College, University of London, PhD, 2007.

Smith, M.A., Cousté, M., T. Hield et al., "Arbitration of Patent Infringement and Validity Issues Worldwide", *Harvard Journal of Law & Tehnology*, Vol. 19, No. 2, 2006, стр. 299-356.

Spiedel, R. E., "Contract Theory and Securities Arbitration: Whither Consent?," *62 Brook. L. Rev.*, 1996, стр. 1335- 1390.

Steingruber A.M., *Consent in International Arbitration*, The Oxford University Press, 2012.

Steingruber, A. M., *Notion, Nature and Extent of Consent in International Arbitration*, PhD, London, 2009. Доступно на:
<https://qmro.qmul.ac.uk/jspui/bitstream/123456789/415/1/STEINGRUBERNotionNature2009.pdf>

Списак коришћене литературе

- Stipanowich, T., "Soft Law in the Organization and General Conduct of Commercial Arbitration Proceedings", поглавље у *Soft law in International Arbitration*; Pepperdine University Legal Studies Research Paper No. 2014/4. Доступно на: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2407187>
- Straus, J., "The Patent System in the European Union, a Critical Appraisal and Suggestions for its Improvement", *Privreda i pravo*, br.58, Beograd 1997, стр. 783-797.
- Strembelev, C., Y.Kryvoi, *Arbitrability of Corporate Disputes in Russia: To Be or Not to Be* (January 23, 2014). CIS Arbitration Forum Paper 1/2014; Journal "Zakon", April 2013, No.4, стр. 108-118. Доступно на SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2383736> <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2383736>
- Thumm, N., *Intellectual Property Rights*, Heidelberg 2000.
- Turck, N. B., "French and US Courts Define Limits of Sovereign Immunity in Execution and Enforcement of Arbitral Awards", *Arb. Int'l. Vol.* 17(3), 2001, стр. 327-342.
- Tratnik, M., Ferčić, A., *EC Competition Law*, Pogestei, Beograd/ Niš/ Novi Sad/Maribor 2008.
- Uzelac, A., "New Boundaries of Arbitrability Under the Croatian Law on Arbitration", 9 *Croat. Arbit. Yearb* , 2002, стр. 139-159.

Списак коришћене литературе

- Uzelac, A., "(In)Arbitrability and Exclusive Jurisdiction", *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution: Liber Amicorum Eric Bergsten*, (S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales & Rogers, (уред.)) Kluwer Law International, 2011, стр. 451-466.
- Van den Berg, A. J., *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Hag 1981.
- Van den Berg, A., "The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: redundancy or compability", *Arbitration International*, Vol. 5, Issue 3, 1989, стр. 214-229.
- Van de Berg, A. J., "The New York Arbitration Convention And State Immunity", *Acts of State and Arbitration*, Collection of Reports and Materials from the Joint Colloquium DIS/CEPANI/NAI, Keln, 24 april 1996, стр. 41-61.
- Van Houtte, H., "Arbitration Involving Securities Transactions", 12 (4) *Arbitration International*, 1996, стр. 405- 428.
- Van Houtte, H., *The Law of Cross Border Securities Transactions*, Sweet & Maxwell, 1999.
- Várady, T., Barceló, J.J., von Mehren, A. T., *International Commercial Arbitration – A transnational Perspective*, 3rd edition, Thomson West, St. Paul MN, 2006.
- Velasco san Pedro L. A., et.al., *Private Enforcement of Competition Law*, Lex Nova 2011.

Списак коришћене литературе

- Venugopalan, R. , *Sovereign Immunity and Arbitration, State as a party to arbitration: what does the immunity shield cloak?*, доступно на: <http://scholarbank.nus.edu.sg/bitstream/handle/10635/15486/Sovereign%20Immunity%20and%20Arbitration.pdf?sequence=1>
- Vibhute, K.I., "International Commercial Arbitral Tribunal and Sovereign Immunity: Some Conceptual Reflections", 3 *Current Law Journal*, issue 86, 1996, стр. xxxvi-xcii
- Vibhute, K. I., "Waiver of State Immunity by an Agreement to Arbitrate and International Commercial Arbitration", *J Bus. L* 550, 1998, стр. 550-563.
- Vicente, D. M., "Arbitrability of intellectual property disputes: a comparative survey," *Arbitration International*, 31/1, 2015, стр. 163-170.
- Viscasillas, P., "Arbitrability of (Intra-) Corporate Disputes", *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (L. A. Mistelis S. L. Brekoulakis, (уред.)), Kluwer Law International, 2009, стр. 273-292.
- Von Hoffmann, B., "Internationally Mandatory Rules of Law before Arbitral Tribunals", *Act of State and Arbitration* (К-Heinz Böckstiegel, (уред.)) Köln, Berlin, Bonn, München, 1997, стр. 3-29.
- Von Mehren, A. T., The "Battle of the Forms": A Comparative View, 38 *AM. J. Comp. L.* 265 (1990), стр. 265-298.
- Waincymer, J., "The CISG and International Commercial Arbitration : Promoting a Complimentary relation Between Substance and Procedure", *Sharing International*

Списак коришћене литературе

Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H Kritzer, (C. Andersen, U. Schroeter, (уред.)), Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2008, стр. 582-600.

Walder- Bohner, H. U., *Zivilprozessrecht*, Zurich 1983.

Walle, S. V., *Private Antitrust Litigation in the European Union and Japan: A Comparative Perspective*, Maklu, 2013.

Weigand, F-B, Baumann, A., "Introduction" u *Practioners Handbook on International Commercial Arbitration*, (F-B. Weigand уред.) Oxford university Press, 2009, стр. 1-119.

Weigand, F-B., *Practioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, OUP, 2009.

Wetter, J.G., "Pleas of Sovereign Immunity and Act of Sovereignty before International Arbitral Tribunals", 2 *J. Int'l Arb.* 1, 1958, стр. 7-20.

Whish, R., *Competition law*, Oxford, 2005.

White, B., *Industrial Property and Copyright*, London 1962.

Wietzorek, M., *The Form od the International Agreement under the 2011 French Arbitration Law*, доступно на:
<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/04/07/the-form-of-the-international-arbitration-agreement-under-the-2011-french-arbitration-law/>.

Списак коришћене литературе

Willimsky, S.M., "The Concept(s) of Competition", *European Competition Law Review*, бр. 1, 1997, стр. 54-80.

Wu, W., "International Arbitration of Patent Disputes," 10 *J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.*, 2011, стр. 384- 409.

Yang, G., *Insolvency Proceedings and Their Effect on International Commercial Arbitration*, LLM thesis, University of Ghent, 2013.

Youssef, K., "The Death of Inarbitrability", *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, (L. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, (уред.)), Kluwer Law International, 2009, стр. 47-68.

Živković, P., *Effects of Bankruptcy on Arbitration Proceedings*, CEU Budapest 2012.

доступно

на:

http://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=0CEM QFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww.etd.ceu.hu%2F2012%2Fzivkovic_patricia.pdf&ei=ZCpvVfKbDYGZsgG4p4CQDA&usg=AFQjCNHQm_Z2OVBMH4kGU83-pVzhdc-W4A&sig2=KoYwrhz0N2dl9HaEAhXRwA&bvm =bv.94911696,d.bGg

Литература на српском и језицима држава бивше Југославије

Антић, О., *Облигационо право*, Београд 2011.

Аврамов, С., Крећа, М., *Међународно јавно право*, Београд 2007.

Списак коришћене литературе

Бартош, М., " Процес комерцијализације грађанаког права", *Анали Правног факултета у Београду*, 67, стр. 1-14.

Бардош, Б., *Сукоб закона код уговора о трансферу технологије са елементом иностраности*, Нови Сад 1989. (докторска дисертација)

Беговић, Б., Мијатовић, Б., *Антимонополска политика у СР Југославији*, Београд 2002.

Беговић, Б., Мијатовић, Б., *Нова антимонополска политика: предлог решења*, Београд 2003.

Беговић, Б., Павић, В., *Шта је то конкуренција и како се штити*, Београд 2010.

Беговић, Б., Павић, В., *Увод у право конкуренције*, Београд 2012 .

Бесаровић, В., "Арбитражно решавање спорова из области интелектуалне својине," *Међународна привредна арбитража- Стање и перспективе*, зборник реферата, Београд 1997. стр. 60-72.

Бесаровић В., *Интелектуална својина*, Београд 2011.

Вуџек, V., *Arbitrabilnost kartelnih sporazuma*, (doktorska disertacija), Zagreb 1996.

Цукавац, М., "Арбитрабилност спора", *Арбитража*, Часопис Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије, Београд 2000, стр. 26-54.

Списак коришћене литературе

Цукавац, М., "Садржина арбитражног уговора", *Арбитража*, часопис Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије, Београд 2001, стр. 15-66.

Чоловић, В., *Стечајно право*, Бања Лука 2010.

Тирић, А., "Компетенција компетенције међународних трговинских арбитража", зборник радова *Међународна привредна арбитража- стање и перспективе*, Београд 1997, стр. 194-204.

Данковиц-Степановић, С., "Одговорно спровођење пословних концентрација: у каледоскопу усаглашавања права конкуренције РС и ЕУ", *Правни живот*, бр.11, 2011, стр. 187-204.

Dika, M., "Arbitrabilnost i isključiva nadležnost sudova", *Pravo u gospodarstvu*, 38/1, Загреб 1999, стр. 25-42.

Dika, M., "Konvencija o priznanju i izvršenju inozemskih arbitražnih odluka (New York, 1958) i Konvencija o rješavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država (Washington, 1965)", *Privreda u Pravo* 3-4/1983, стр. 47-61.

Ђорђевић, М., "Начело савесности и поштења-универзални принцип међународне трговине", *Liber amicorum Thomas Meyer*, Београд 2009, стр. 445-469.

Ђорђевић, М., *Арбитража - појам, карактеристике и врсте*, ППТ презентација доступно на <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/yormil/Arbitraza.pdf>

Списак коришћене литературе

Етински, Р., Ђајић, С., *Међународно јавно право*, Нови Сад 2012.

Galey, G., "Posebno o odnosu između nacionalnog prava konkurencije zemalja-članica Evropske zajednice i komunitarnog prava", *Правни живот*, бр.12, 2011, стр. 423-436.

Goldštajn, A., Kapor, V., *Konvencije i pravilnici o spoljnotrgovinskim arbitražama*, *Informator*, Zagreb 1964.

Goldštajn, A., Triva, S., *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb 1987.

Ilić, D., *Patološke arbitražne klauzule*, Pravni fakultet u Zagrebu, 2007

Јанковец, И., *Привредно право*, Београд 1999.

Јањић, М., *Индустријска својина и ауторско право*, Београд 1982.

Јездић, М., *Међународно приватно право*, II издање, Београд 1976.

Кеча, Р., *Арбитражни споразум*, Нови Сад, 1999.

Кнежевић, Г., *Меродавно право за трговачки уговор о међународној продаји робе*, докторска дисертација, Београд 1987.

Кнежевић, Г., *Међународна трговачка арбитража, основна питања и проблеми*, Београд 1999.

Списак коришћене литературе

Кнежевић, Г., *Међународна трговинска арбитража*, Београд 2007.

Кнежевић, М., "О појму и значају арбитрабилности", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1-2/2008, стр. 873-892.

Кнежевић Г., Павић, В., *Арбитража и АДР*, Београд 2010.

Костић-Мандић М., (уред.), *Међународно приватно право и заштита страних инвестиција*, Подгорица 2008.

Марковић, С., *Ауторско право и сродна пава*, Београд 1979.

Марковић, С., *Патентно право*, Београд 1997.

Марковић, С., *Право интелектуалне својине*, Источно Сарајево 2007.

Пак, М., *Међународно приватно право*, II издање, Београд 1986.

Пак, М., *Међународно приватно право*, IV издање, Београд 2000.

Павић, В., "Противтужба и компензациони приговор у арбитражном спору", *Анали Правног факултета у Београду*, 2 /2005, стр. 145-160.

Списак коришћене литературе

Павић, В., Ђорђевић, М., "Примена Бечке конвенције у арбитражној пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије", *Правни живот*, бр. 5-8/ 2008, стр. 572-606.

Перовић, Ј., "Пуноважност уговора о арбитражи", *Међународна привредна арбитража - стање и перспективе*, Београд 1997, стр. 123-139.

Перовић, Ј., "Спорне одредбе компромисорне клаузуле", *Правни живот*, бр. 12/1997, стр. 321-334.

Перовић, Ј., *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд 2002.

Перовић, Ј., "Аутономија уговора о арбитражи", *Право и привреда*, бр. 5-8/2008, стр. 535-544.

Перовић, Ј., *Стандардне клаузуле у међународним привредним уговорима*, Београд 2012.

Перовић, Ј., "Формулисање клаузуле у арбитражи у међународним привредним уговорима", *Правни живот*, бр. 11/2012, стр. 199-220.

Перовић, Ј., "Арбитражно право у земљама региона", *Форум за грађанско право Југоисточне Европе*, ГИЗ Регионална конференција у Тирани, март 2013.

Перовић, С., *Облигационо право*, Београд 1980.

Списак коришћене литературе

Перовић, С., "Недопуштени уговори у спољној трговини", *Уговори у међународној трговини*, Београд 1987, стр. 53-117.

Перовић, С., "Јавни поредак и арбитража", *Међународна привредна арбитража-стање и перспективе*, Београд 1997, стр. 275-307.

Петровић М., "Јавни поредак и међународна трговачка арбитража" *Правни живот*, бр. 9-10/1994, стр. 1405- 1413.

Петровић, М., *Решавање спорова пред међународном трговачком арбитражом*, Крагујевац 1996.

Петровић, М., "Пуноважност арбитражног споразума", *Хармонизација грађанског права у региону*, Источно Сарајево 2013, стр. 479-497.

Поповић, Д., "Жигом заштићене ознаке, кључне речи и оглашавање на интернету", *Право и природа*, бр. 4-6/2011, стр. 927-947.

Поповић, Д., *Искључива права интелектуалне својине и слобода конкуренција*, Београд 2013.

Познић, Б., "Уговор о арбитражи и арбитражни поступак", Зборник последипломских специјалистичких студија на Правном факултету у Београду под називом *Уговори у међународној трговини I*, Београд 1987, стр. 235-275.

Познић, Б., Ракић Водинелић, В., *Грађанско процесно право*, Београд 2010.

Списак коришћене литературе

Рајчевић, Т., "Закони обавезне примене и јавни поредак у међународном приватном праву", *Страни правни живот* 3/ 1998, стр. 71-101.

Станивуковић, М., "Арбитража између држава и улагача на основу двостраних споразума о заштити и унапређењу улагања", *Зборник радова у спомен проф.др Миодрага Трајковића*, Београд 2006, стр. 514-533.

Станивуковић, М., *Међународна арбитража*, Службени гласник, 2013.

Станивуковић, М., Живковић, М., *Међународно приватно право*, општи део, Службени гласник 2013.

Станивуковић, М., "Закон о стечају и арбитража", *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, 1/2014, стр. 119-135.

Станковић, Г. Старовић, Б, Кеча, Р, Петрушић, Н., *Арбитражно процесно право*, Ниш 2002.

Трајковић, М., *Међународно арбитражно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2000.

Triva, S., "O arbitraži, njenoj pravnoj prirodi i o arbitražnom ugovoru", *Arbitražno rešavanje sporova*, (S. Triva i dr. (уред.)) Novi Sad 1973.

Triva, S., Uzelac, A., *Hrvatsko arbitražno право*, Zagreb 2007.

Списак коришћене литературе

Uzelac, A., "Arbitražne klauzule-male greške nesagledivih posledica", *Hrvatsko gospodarstvo*, 57/1994, стр. 82-84.

Uzelac, A., "Nove granice arbitražnosti prema Zakonu o arbitraži", *Pravo u gospodarstvu* 2/2002, Zagreb 2002. стр. 58-77.

Uzelac, A., "Arbitražnost - aktuelno uređenje i neka otvorena pitanja u hrvatskom pravu", *PUG* 4/2010, Zagreb 2010, стр. 1016-1045.

Варади, Т., *Међународно приватно право*, Нови Сад 1987.

Варади, Т., *Међународно приватно право*, Нови Сад 1990.

Варади, Т., Бордаш, Б., Кнежевић, Г., Павић, В., *Међународно приватно право*, Београд 2012.

Васиљевић, М., "50 година Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије у Београду", *Међународна привредна арбитража-стање и перспективе*, Београд 1997, стр. 3-14.

Васиљевић, М., *Пословно право*, Београд 1999.

Васиљевић, М., "Природа и карактеристике Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије у Београду", *Арбитража* 1/2000, стр. 3-14.

Васиљевић, М., *Водич за читање Закона о привредним друштвима*, Београд 2004.

Списак коришћене литературе

Васиљевић, М., *Компанијско право*, Београд 2013.

Васиљевић, М., *Трговинско право*, Београд 2014.

Велимировић, М., *Пословно право, предузећа-уговори-банкарски послови-хартије од вредности*, Подгорица 2000.

Вукадиновић, Р., *Увод у институције и право Европске уније*, Крагујевац 2012.

Вукадиновић, Р., Вукадиновић, В., "Приватне тужбе за накнаду штете због повреде картелних прописа ЕУ и Србији", *Актуелна питања савременог законодавства*, Будвански правнички дани, 2013, стр. 187-206.

Вукадиновић, Р., *Међународно пословно право*, Крагујевац 2014.

Вукадиновић, Ј., "Утицај прекограничног стечаја на арбитражни поступак", *Правни живот*, 11/2013, стр. 351-360.

Вукадиновић, В., *Картелни споразуми и слобода уговарања*, магистарски рад (необјављено)

Живковић, М., *Обим сагласности неопходан за закључење уговора*, Београд 2006.

Страна судска и арбитражна пракса

Списак коришћене литературе

A

Af-Cap Inc. v. Chevron Overseas (Congo) Limited, 475 F.3d 1080 (9th Cir. 2007),
dostupno na <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1463158.html>

Air France v KébaMbaye et al, 18(1) ASA Bull (2000), str. 116

American safety Equipment Corp. v. J. P. McGuire & Co, 391 F.2d (2d Cir.1968),
dostupno na <http://openjurist.org/391/f2d/821/american-safety-equipment-corp-v-j-p-maguire-and-co-american-safety-equipment-corp>

B

Benteler v. Belgium, ad hoc award (nov. 18, 1989) Rev. Arb 1989, str. 339.

BRT v. SABAM, 127/73 [1974] ECR 51.

Buyer v Seller, ICC Case No 9473, Final Award of 2 January 1999XXVI YBCA
(2001), str. 18

C

Casa v Cambior, ICC odluka u predmetu 6697 (1990), Rev. Arb. 1992, str. 135.

Comite populaire de la municipalite de Khoms El Mergeb v. Dalico Contractors, Rev.
Arb.(1991) str. 456, prevod na engleski 6 Int'l Arb. Rep. Bl (Sept.1991), potvrđeno
Cass.le civ. Dec. 20, 1993

Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company ,
16 Januar 1995, dostupno na <http://www.bger.ch/fr> (Website of Swiss Federal
Tribuna)

Company M v M SA, XIV YBCA (1989), str. 618

Company Z and others v State Organization ABC, VIII YBCA 94(1983) str. 109

Concordia Agritrading Pte Ltd v Cornelder Hoogewerff (Singapore) Pte Ltd, 3
SINGAPORE LAW REPORTS (REISSUE) 1999, str. 618.

Connecticut Bank of Commerce v. Republic of Congo, 309 F.3d 240, 254 (5th Cir.
2002), dostupno na <http://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1160722.html>

Списак коришћене литературе

Contractor A (Luxembourg) v. Ministry of Agriculture and Water Management of Republic Z, State Fund for Development of Agriculture of Republic Z and Government of Republic Z, Dec. 22, 2001 Award, ICC no. 9762, XXIX Y.B. COM. ARB.(2004), str. 26.

Creighton Limited v Minister of Finance of Qatar and Minister of Municipal Affairs and Agriculture of Qatar, Appeal judgment sl. Broj 98-19068 (Official Case No), (2000) 207 Bulletin civil I, 135, ILDC 772 (FR 2000), dostupno na <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ildc/772fr00.case.1/law-ildc-772fr00>

Creighton Ltd v. Govt St Qatar, slučaj br. 98-7063 181 F.3d 118 (D.C. Cir. 1999), dostupno na <http://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCOURTS-caDC-98-07063/USCOURTS-caDC-98-07063-0>

Creighton v Government of Qatar, 181 F.3d 118 (D.C.Cir. 1999), dostupno na <http://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCOURTS-caDC-98-07063/USCOURTS-caDC-98-07063-0>

Cudak v. Lithuania (no.15869/02), Eur. Ct. H.R., 2010

D

Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc., [2003] 1 R.C.S. 178, 2003 CSC 17 SCC, dostupno na <http://www.canlii.org/fr/ca/csc/doc/2003/2003csc17/2003csc17.pdf>

Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrgesellschaft mbh v. Ras Al Khaimah National Oil Company, . Odluka doneta 12. juna 1990.godine, objavljeno u 3 WLR (1987) str. 1023, online: ICLR <<http://cases.iclr.co.uk/Subscr/Search.aspx>

E

E.g. European Gas Turbines SA v. Westman International Ltd, 30 Sept. 1993, Rev. Arb (1994), str. 359, objavljena i u XX Yearbook (1995), str. 198

Eco Swiss China Time Ltd. v Benetton International NV, C-126/97, [199] ECR I-3055, dostupno na <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=101389&doclang=en>

Erick Benteler KG and Helmut Benteler KG v Belgian State and SA ABC, Journal des Tribunaux 230 (1984), X YBCY 37(1985) Rev. Arb. (1989), str. 339.

Списак коришћене литературе

ET Plus SA et al. v. Welter et al. (Comm) [2006] Lloyd's Rep. Str. 251; [2005] EWHC 2115, dostupno i na <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationLawRep/Et%20Plus%20SA%20v%20Welter%202005.pdf>

ET Plus SA v. Jean-Paul Welter & The Channel Tunnel Group Ltd (Eurotunnel) [2005] EWHC 2115 (Comm), dostupno i na <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationLawRep/Et%20Plus%20SA%20v%20Welter%202005.pdf>

Etablissement Raymond Gosset v Carapelli, Cass 1e Civ, 7 May 1963, Juris- Classeur Péeiodique (JCP), ED.G., Pt. 11, Vol. 1, No. 13, str. 405.

European State company v. Middle-East State company, ICC award no. 7373, Feb. 3, 1997 Final Award, neobjavljena.

F

Fincantieri – Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara SpA v. Ministry of Defence, Armament and Supply Directorate of Iraq, Republic of Iraq, 4 Riv Arb (1994), str. 505 ; XXI YBCA (1996), str. 594.

Fincantieri v OTO Melara, ASA Bulletin 1993, str. 58

Fincantieri-Cantieri Navali Italiani SPA (Italy) v. Ministry of Defense, Armament and Supply Directorate of Iraq, Republic of Iraq, 21 Yearbk. Comm. Arb'n (1996), str. 594

Fincantieri-Cantieri Navali Italiani SPA and Oto Melare SpA v M and Arbitration Tribunal, XX YBCA (1995), str. 766 (1995).

Fincantieri-Cantieri Navali italiani SpA v M, Switzerland, Tribunal Federal, 23 June 1992, ASA Bull (1993), str. 58-68

First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan (94-560), 514 U.S. 938 (1995), dostupno na <https://www.law.cornell.edu/supct/html/94-560.ZO.html>

Fougerolle SA v. Ministry of Defence of the Syrian Arab Republic, XV YBCA (1990), str. 515.

G

Списак коришћене литературе

Gaetano Butera v Pietro e Romano Pagnan, Corte di cassazione, 18 September 1978, br. 4167, IV YBCA (1979), str. 296.

Gaetano Butera v Pietro e Romano Pagnan, Corte di cassazione, 18 September 1978, br. 4167, IV YBCA (1979) str. 296

Ganz v Chemins defer , Court d' appel.Paris, Marc 21 1991, Rev. arb. (1991), str. 478

Gatoil v. National Iranian Oil Co., Court d' appel Paris, Dec. 17, 1991, Rev. Arb.(1993), str. 281. prevod na engleski 7Int'l Arb. Rep. Bl (July 1992).

Gemeente Almelo et al. v. Energiebedrijf Ijsselmij NV, C-393/92, [1994] ECR I-1477, dostupno na <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61992CJ0393&from=EN>

Gilmer v. Interstate / Johnson Lane Corp., 500 U. S. 20 (1991), dostupno na <https://www.law.cornell.edu/supct/html/90-18.ZS.html>

Green Tree Financial Corp. v Bazzle (02-634)539 U.S. 444 (2003), dostupno na <https://www.law.cornell.edu/supct/html/02-634.ZO.html>

Guy Denuit and Betty Corednier v Transorient-Mosaique Voyages and Culture SA [2005] ECR I-923, C-125/04 , dostupno na <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5d3eff3abcc1c4b51ae2dfd37eba3d678.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OahuOe0?docid=64180&pageIndex=0&doclang=EN&mode=&dir=&occ=first&part=1&cid=265936>

H

Howsam V. Dean Witter Reynolds, INC. (01-800) 537 U.S. 79 (2002)

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88585&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=252347>

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/482/220/>

I

Instituto Biochimico Italiano v. Madaus AG, Court of Appeal, Milan 13 Sep.2002, Dir. Ind. (2003), str. 346.

Ipitrade International, S.A v Federal Republic of Nigeria, 482 F. Supp. 1175, 1178 (DDC 1980), dostupno na

Списак коришћене литературе

http://www.leagle.com/decision/19781289465FSupp824_11168/IPITRADE%20INTERN.%20v.%20FEDERAL%20REPUBLIC%20OF%20NIGERIA

J

Jean X. v. International Company for Commercial Exchanges (Income), No.48 Cour de Cassation, First Civil Chamber, 6 May 2009, dostupno na <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020594892>

Jeroen van Schijndel and Others v. Stichting Pensionenfonds voor Fysiotherapeuten, C-431/1993, [1995]ECR I-4705, dostupno na

K

KFTCIC v. Icori Estero, Court d' appel Paris, June 13, 1996, u Rev. Arb. (1997), str. 251.

Kotom Elect., Inc. v. JBL Consumer Prods., Inc., 93 F. 3d 724 (11th Cir.1996)

-Labinal Sa v. Mors and Westlnd Aerospace Ltd., Court d' appel Paris 19.5.1993., Rev. Arb. (1993), str. 645.

L

LIAMCO v Libya, Tribunal fédéral Suisse, 19 June 1980, ATF 106 Ia 142, 62 ILR 228, dostupno na : <http://www.trans-lex.org/261400>

Libyan American Oil Company (LIAMCO) V Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, 24 923 F.2d 380, 385 (5th Cir. 1991), dostupno na http://www.leagle.com/decision/19801657482FSupp1175_11488/LIBYAN%20AM.%20OIL%20CO.%20v.%20SOCIALIST%20PEOPLE'S,%20ETC.

M

M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co, 407 U.S. 1, 1972, dostupno i na <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/407/1>

Maritime International Nominees Establishment V Republic of Guinea, 1981 693 F2D 1094, dostupno na <http://openjurist.org/693/f2d/1094/maritime-international-nominees-establishment-v-republic-of-guinea>

Списак коришћене литературе

Marque Seigle v. Coflexip, Court d'appel de Paris, 14 March 1989, Rev. Arb. (1991), str. 355.

Miner Enters., Inc. v. Adidas AG, No. 95 C 1872, 1995 WL 708570

Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler - Plymouth Inc, United States Court of Appeals, First Circuit, 20 December 1983, dostupno na <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/>

Moses H. Cone Memorial Hosp. v. Mercury Construction Co., 460 U.S. 1, 103 S.Ct. 927, 74 L.Ed.2d 765 (1983)

Municipalité de Khoms El Mergeb v. Société Dalico, December 20, 1993, Case no. 91-16828, 121 Clunet 432, 1 Rev. Arb, (1994), str. 118.

Myrtoon Steamship v. Agence judiciaire du Trésor, Juris Classeur périodique , vol. II, (1957), 85 CLUNET 1002.

N

Nordsee Deutsche Hochseefisherei GmbH v. Reederai Mond Hochseefisherei Nordstend AG & co KG (101/81) [1082] E.C. R. 1095., dostupno na <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61981CJ0102&from=EN>

O

ONIC v. Capitaine du SS San Carlo, Cour de Cassation, 14 April 1964, 92 Clunet 646(1965)

P

PacifiCare Health Systems, Inc. v. Book - 538 U.S. 401 (2003), dostupno na https://scholar.google.com/scholar_case?case=15886710701628149309&q=PacifiCare+Health+Systems,+Inc.+v.+Book&hl=en&as_sdt=2006&as_vis=1

Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. -v- Société Générale de l'Industrie du Papier RAKTA, 508 F.2d 969 (second Circuit, 1974) and Bank of America 508 F. 2d 969 (2nd Cir., 1974)

Party to an Oil Concession Agreement v State, ICC award no. 8035, 124 JDI (1997) , str. 1040.

Philipp Brothers v Drexel, Rev Arb (1990), str. 497

Списак коришћене литературе

PPG Industries Inc v. Pilkington Plc, 825 F Supp.1465, dostupno na http://www.leagle.com/decision/19932290825FSupp1465_12087/PPG%20INDUSTRIES.%20INC.%20v.%20PILKINGTON%20PLC

predmet XLVIII-P-4473/02, od 9. 9. 2003, potvrđenu od strane Visokog trgovačkog suda VTSRH, Pž-1574/04, od 12. prosinca 2006. Odluka je objavljena u Izboru odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, odluka pod brojem 17. na str. 212. Dostupno na http://www.vtsrh.hr/uploads/Dokumenti/Zbirka_13.pdf

Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co. , 388 U.S. 395 (1967), 87 S.Ct. 1801, 18 L.Ed.2d 1270.

R

Rachardson v Mellish All ER (1984), 258, presuda od 30.12. 1994., ASA Bulletin, 1995, str. 217.

Republique de Cote d'Ivoire -v- Norbert Beyrard, 12 Jan. 1993, Rev. Arb. (1993), str. 685

Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž 13602/2005(3) od 26.6.2006, Bilten br. 2/2006 (Sudska praksa trgovinskih sudova)

Robobar v Finncold, Corte di cassazione, 28 October 1993, br. 10704/93, XX YBCA (1995), str. 739.

Rodriguez De Quijas v. Shearson/ American Express, 490 U.S. 477 (1989), dostupno i na <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/490/477>

Roses v Moller et Cie , Cour de cassation, 27 July 1937, 1 Dalloz (1938), str. 25

S

S & Davis International Inc v The Republic of Yemen, XXVI YBCA (2001), str 978 ; 218 F 3d 1292 (II Cir, 2000), dostupno na <http://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1210755.html>

Sam v. Perrin, Court of Appeal, Paris, October 8, 1998, 2 Rev. Arb. , (1999), str. 350.

Saudi Arabia v Nelson, 507 US 349, dostupno na <https://www.law.cornell.edu/supct/html/91-522.ZS.html>

Списак коришћене литературе

- Scherk v. Alberto Culver, 484 F.2d 611 (7th Cir. 1973), rev'd, 417 U.S. 506 (1974),
dostupno i na <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/417/506/>
- Seetransport Wiking trader Schiffahrtgesellschaft MBH & Co, Kommandigesellschaft
v. Navimpex Centrala Navals, 989 F. 2d 572, dostupno na :
http://www.leagle.com/decision/199410829F3d79_190.xml/SEETRANSPORT%20WIKING%20TRADER%20v.%20NAVIMPEX%20CENT%20NAVALA
- Seller (F.R. Germany) v. Buyer (F.R. Germany), Landgericht, München, 20 June 1978,
Yearbook V (1980) str. 260
- Shearson/American Express Inc. v. McMahon, 482 U.S. 220, 243 (1987), dostupno i na
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/482/220/>
- Société Aplix v Société Velcro, Appel Paris, 14 October 1993, Rev Arb. (1994), str.
165
- Societe Arabe des Engrais Phosphates et Azotes - SAEPA v Gemanco srl, XXII YBCA
(1997), str. 737
- Société Bomar Oil N.V. v Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP), Case no.
91-15.194, Court de cassation France, 09. November 1993, Bulletin I N° 313(1993)
, str. 218
- Société Hilmarton Ltd v Société Omnium de traitement et de valorisation (OTV), Case
no. 92-15.137, Cour de cassation France, 23 March 1994, Yearbook Commercial
Arbitration XX (1995), str. 663.
- Sphere Drake Insurance Pie v Marine Towing Inc, 16 F 3d 666, (5th Cir 1994),
dostupno na <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/16/666/491774/>
- SPP (Middle East) Ltd, Southern Pacific Properties Ltd v Arab Republic of Egypt
General Company for Tourism and Hotels, ICC award no. 3493, 16 Februar, IX
Yearbook Commercial Arbitration (1984) str. 111
- Ste L. et B. Cassia v. S.te Pia Investments, Court of Cassation (France) July 10, 1990,
Rev. arb., (1990), str. 857
- Subcontractor v Contractor, Int'l Const L Rev (1993), str. 201

T

Списак коришћене литературе

Telecolor SpA v. Technicolor SpA, Corte di Cassazione, 21.8.1996, br. 7733.,
Giust.Civ. I-1373 (1997), str. 47.

Thai-Europe Tapioca Service Ltd v Pakistan , 1 WLR 1975, str. 1485

Thales Air Defence BV v. GIE Euromissile et al. (Paris Court of Appeals, Nov. 18,
2004) Revue de l'arbitrage, 2004. No. 1, str. 529.

The Parlement Belge (1880) LR 5 PD (1879), str. 197

Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria, 2 WLR, 1977, str. 356

Trésor Public v. Galakis, Court de cassation , 2 May 1966, 93 Clunet 648, 1996.

Two Israeli companies v The Government of an African state, isto poznato pod nazivom
Solel Boneh Intl Ltd and Water resources Development Intl (Israel) v. The
Republic of Uganda and National Housing and Constitution Corp of Uganda,
ICC Award no 2321, 1974, objavljeno u YBCA I, 1976, str. 133.

V

Victory Transport Inc. v. COMISARIA GENERAL, ETC., 232 F. Supp. 294 (S.D.N.Y.
1963), dostupno na <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/232/294/1748740/>

W

W. V. F. and V, Odlluka od 30 Decembra 1994, Bull. ASA(1995), str. 217.

Wilko v. Swan - 346 U.S. 427 (1953), dostupno i na:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/346/427/case.html>

БИОГРАФИЈА АУТОРА

Мр Јелена Вукадиновић је рођена 9. фебруара 1983. године у Крагујевцу где је завршила основну школу као носилац "Вукове дипломе." У Крагујевцу је завршила и Прву Крагујевачку гимназију са одличним успехом. Године 2002/2003. је уписала Правни факултет у Крагујевцу, који је и завршила са просечном оценом 9,92.

Октобра 2008. године је уписала мастер студије на Europa-Institute у Saarbrikenу, University of Saarland (Немачка) на коме је после положених испита и одбрањеног мастер рада код професора Хана (Michael Hahn), 2009. године, стекла звање "Мастер привредног права ЕУ".

Године 2009. је уписала магистарске студије на Правном факултету у Бања Луци, на смеру Међународно право, где је марта 2010. године положила усмени магистарски испит са одликом. Магистарску тезу под називом "Споразум о стабилизацији и придруживању као врста мешовитог споразума у праву ЕУ", одбранила је 30 јуна 2011. године.

На докторске студије на Правном факултету Универзитета у Београду, уписана је 2011. године. Одлуком Наставно научног већа Правног факултета у Београду, 23 септембра 2013. године, кандидату је одобрена тема докторске дисертације, а за менторе предложени проф. Мирко Васиљевић и доцент Милена Ђорђевић.

Од школске 2010/2011. године је ангажована као демонстратор на предмету Међународно привредно право на Економском факултету Универзитета у Београду. Фебруара 2011. године засновала је радни однос у Институту за Упоредно право као истраживач приправник, а у марту 2012. године је изабрана за истраживача сарадника.

За потребе Института за упоредно право, мр Јелена Вукадиновић је, између осталог, радила на пројектима "Српско и европско право - упоређивање и усклађивање", "Израда прегледа законодавства система одбране Републике Србије", "Упоредноправна анализа о дозвољености, производњи и употреби генетски модификованих организама". Јелена Вукадиновић је учествовала на

Списак коришћене литературе

бројним конференцијама у земљи и иностранству. Уредник је часописа "Ревија за европско право" и секретар часописа "Страни правни живот" .

Током студирања, као једна од најбољих студената у Републици Србији, добила је више награда и признања од следећих институција: Фонда академика "Драгослава Срејовића", "Еуробанке ЕФГ", Задужбине "Студеница" - Сан Франциско, Универзитета у Крагујевцу. Користила је и стипендије Универзитета у Augsburgu, Владе Републике Немачке, Фонда за младе таленте Владе Републике Србије

Јелена Вукадиновић говори енглески и немачки језик, а служи се италијанским. Аутор је или коаутор петнаест радова из области међународног трговинског и арбитражног права као и права Европске уније.

Прилог 2.

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора __**Јелена Вукадиновић**

Број индекса _____

Студијски програм _____

Наслов рада _____**Улога арбитрабилности у процесу решавања спорова пред међународном трговинском арбитражом**_____

Ментор __**проф. Др Мирко Васиљевић, доц.др Милена Ђорђевић**_____

Потписани/а __**Јелена Вукадиновић**_____

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла за објављивање на порталу **Дигиталног репозиторијума Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис докторанда

У Београду, 26.2. 2016. _____

Прилог 3.

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

Улога арбитрабилности у процесу решавања спорова пред међународном трговинском арбитражом

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство
2. Ауторство - некомерцијално
3. Ауторство – некомерцијално – без прераде
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима
5. Ауторство – без прераде
6. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци, кратак опис лиценци дат је на полеђини листа).

Потпис докторанда

У Београду, _26.2. 2016.

1. Ауторство - Дозвољавање умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.

2. Ауторство – некомерцијално. Дозвољавање умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.

3. Ауторство - некомерцијално – без прераде. Дозвољавање умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.

4. Ауторство - некомерцијално – делити под истим условима. Дозвољавање умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.

5. Ауторство – без прераде. Дозвољавање умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.

6. Ауторство - делити под истим условима. Дозвољавање умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.