

Katarina Prica*

MERODAVNO PRAVO ZA FORMALNU PUNOVAŽNOST ARBITRAŽNOG SPORAZUMA IZ UGLA TRENUTKA OCENE**

U zavisnosti od trenutka ocene formalne punovažnosti arbitražnog sporazuma, možemo doći do različitih rezultata u pogledu merodavnog prava. Posmatrajući arbitražni sporazum u fazi priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka, dolazimo do zaključka da je supstancijalna norma člana 2 Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka izvor prava za ocenu njegove formalne punovažnosti, kao i načelno pri ispitivanju punovažnosti arbitražnog sporazuma pred sudom, a pre donošenja konačne arbitražne odluke. Ovo nas navodi na zaključak da postoji izvesnost u pogledu merodavnog prava, ali nas odmah sama Konvencija demantuje svojim članom 7 kojim nudi mogućnost da se od njenih normi odstupi. Imajući na umu da se supstancijalno pravilo člana 2 Njujorške konvencije ne može primeniti u fazi poništaja arbitražne odluke, te da je i član 1 Evropske konvencije o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži ograničenog domašaja, iz perspektive srpskog prava su sagledana dva moguća načina dolaska do merodavnog prava za ocenu formalne punovažnosti arbitražnog sporazuma: pribegavanje ili nacionalnim normama arbitražnog prava koje nas na direktan način vode do rešenja, ili pak kolizionim normama domaćeg prava kada se javlja dilema u pogledu izbora adekvatne kolizione norme. U fazi kada sam arbitražni sud treba da donese odluku o izboru merodavnog prava za ocenu formalne punovažnosti arbitražnog sporazuma, zaključuje se da bi trebalo da vodi računa o kasnijim fazama postupka prilikom zasnivanja nadležnosti, drugim rečima, ne zanemarujući odredbe relevantnih međunarodnih sporazuma.

* Autorka je studentkinja master studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, katarinaprica@gmail.com (Republika Srbija)

** Rad je osvojio treću nagradu na konkursu „Gašo Knežević“ za najbolje radove studenata osnovnih i master studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu iz oblasti alternativnog rešavanja trgovinskih sporova (arbitraža i medijacija), školske 2020/21. godine.

Ključne reči: *Međunarodna trgovinska arbitraža. – Arbitražni sporazum. – Formalna punovažnost. – Merodavno pravo. – Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Premda se u gotovo svakom tekstu posvećenom arbitražnom rešavanju međunarodnih trgovinskih sporova ističe značaj valjano zaključenog arbitražnog sporazuma, ovde ćemo još jednom to podvući. Naime, kako je punovažan arbitražni sporazum¹ osnov nadležnosti arbitražnog tribunala da postupa, te donese konačnu arbitražnu odluku u konkretnom slučaju, jasno je da je pitanje njegove punovažnosti i te kako relevantno. Ono šta pak nije jasno na prvi pogled jeste složenost odgovora kao i potencijalne zamke i slepe ulice u kojima se možemo naći prilikom razmatranja ove teme. Kako je problem punovažnosti arbitražnog sporazuma višeslojan,² a obim ovog rada po prirodi stvari ograničen, ovde ćemo analizirati samo jedan njegov segment – materiju formalne punovažnosti.³ Da budemo još precizniji, težićemo da dođemo do odgovora na pitanje koje je pravo merodavno za ocenu formalne punovažnosti arbitražnog sporazuma posmatrano prema različitim fazama arbitražnog postupka, te postupaka kontrole arbitražne odluke. Ovo stoga što se pitanje punovažnosti de facto može postaviti u svakoj od faza detaljno obrađenih u nastavku, kada se potencijalno dolazi do različitih rešenja, a što ne ide u prilog pravne sigurnosti. Kako rešenja zavise od izvora arbitražnog prava na koji se nadležni organ oslanja prilikom ocene formalne punovažnosti arbitražnog sporazuma, nastojaćemo da se u meri dozvoljenoj obimom ovog rada pozabavimo analizom i tumačenjem relevantnih izvora prava, te da naslutimo moguća rešenja uočenih dilema u tom pogledu, a pozivajući se, između ostalog, na stavove doktrine koji nisu uvek u harmoniji. Sledećim redom će teći

- 1 O dejstvu arbitražnog sporazuma vid. Emmanuel Gaillard, John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 1999, 381 i dalje.
- 2 O punovažnosti arbitražnog sporazuma vid. Maja Stanivuković, *Međunarodna arbitraža*, Službeni glasnik, Beograd 2013, 87–113.
- 3 Na ovu temu vid. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 2014², 617–626.

razmatranje. Počecemo nećim šta se danas, ćini, nespornim, a to je pitanje izbora merodavnog prava za formalnu punovaćnost arbitraćnog sporazuma kada se ono postavi u fazi priznanja strane arbitraćne odluke. Ovde ćemo se najpre fokusirati na supstancijalno pravilo ćlana 2 Njujorćke konvencije o priznanju i izvrćenju stranih arbitraćnih odluka iz 1958. godine (NJK),⁴ te na Preporuku UNCITRAL-a⁵ u vezi sa njenim tumaćenjem, ali i na ćlan 7 NJK, mada vaćnijim u kontekstu izvrćenja arbitraćnih ugovora, ni ovde bez znaćaja. Zatim, idemo jedan korak unazad, te razmatramo pitanje merodavnog prava za formalnu punovaćnost arbitraćnog sporazuma, ali ovoga puta iz vizure drćavnog organa pred kojim je traćeno da se doneta domaća arbitraćna odluka ponićti, pri tom konsultujući, izmeću ostalog, Evropsku konvenciju o mećunarodnoj arbitraći iz 1961. godine (EK).⁶ Nadalje su razmatrane tri situacije u kojima isto pitanje moće da se postavi pred nadlećnim sudom, ali ovog puta pre donoćenja konaćne arbitraćne odluke. Kako ćemo uopćte polaziti od domaćaja Njujorćke konvencije i njenog teksta koji se pokazao kao ne sasvim u skladu sa razvojem arbitraćne prakse, i ovde ćemo naroćitu paćnju posvetiti ćlanu 2 NJK, te odnosom njegovog stava 3 i ćlana 7 NJK, a u svetlu Preporuke UNCITRAL-a i odredaba Model zakona o mećunarodnoj trgovinskoj arbitraći (MZ).⁷ Nadalje, posebno poglavlje biće posvećeno arbitraćnom tribunalu i tome kako bi trebalo da rezonuje u odnosu na pitanje formalne punovaćnosti arbitraćnog sporazuma prilikom odlućivanja o sopstvenoj nadlećnosti, šta će ujedno ćiniti i dobar deo zakljućnih napomena.

- 4 Zakon o ratifikaciji konvencije o priznanju i izvrćenju inostranih arbitraćnih odluka, *Slućbeni list SFRJ – Mećunarodni ugovori*, br. 11/81. Za tekst Njujorćke konvencija o priznanju i izvrćenju stranih arbitraćnih odluka vid. <http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15432.pdf>, 10. oktobar 2020.
- 5 Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its thirty-ninth session, https://unctad.org/en/Docs/a61d17_en.pdf, 10. oktobar 2020.
- 6 Uredba o ratifikaciji Evropske konvencije o mećunarodnoj trgovinskoj arbitraći sa zavrćnim aktom specijalnog sastanka punomoćnika, *Slućbeni list SFRJ – Mećunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 12/63; Za tekst Evropske konvencije o mećunarodnoj arbitraći vid. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1964/01/19640107%2002-01%20AM/Ch_XXII_02p.pdf, 10. oktobar 2020.
- 7 Za tekst UNCITRAL Model zakona o mećunarodnoj trgovinskoj arbitraći sa izmenama iz 2006. vid. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf, 10. oktobar 2020.

Važno je podvući da ćemo dileme koje se budu javile u ovom radu sagledavati iz perspektive država članica⁸ NJK⁹ koje su svoje propise sastavljale po ugledu na Model zakon,¹⁰ ali i da ćemo u određenim trenucima skretati s opšteg plana i baviti se konkretnim pitanjima iz vizure srpskog suda.

2. FORMALNA PUNOVAŽNOST ARBITRAŽNOG SPORAZUMA U POSTUPKU PRIZNANJA I IZVRŠENJA STRANE ARBITRAŽNE ODLUKE

Kako kada govorimo o sporu, govorimo o suprotstavljenim interesima, ne čudi što često nezadovoljna stranka, u fazi priznanja strane arbitražne odluke, poslednji put pokušava da spreči da takva arbitražna odluka postane izvršni naslov u zemlji priznanja, koristeći se različitim sredstvima. Ono šta joj stoji na raspolaganju u takvoj situaciji, regulisano je članom 5 Njujorške konvencije, a u ovom radu ćemo se baviti, kao što je već nagovešteno, smetnjom priznanju koja se tiče nepunovažnosti arbitražnog sporazuma.¹¹

Najveći broj arbitražnih sporazuma se sklapa u vidu arbitražnih klauzula u okviru ugovora o osnovnom poslu¹² kada saugovarači imaju šansu da napismeno odrede pravo merodavno za taj arbitražni sporazum, te posebno aspekt formalne punovažnosti, a koju neretko ne iskoriste.¹³ Ne ulazeći u razloge ovakve prakse,¹⁴ posledica je jasna – merodavno pravo za formalnu punovažnost mora odrediti organ pred

8 Kao i arbitražnog suda koji svoju odluku donosi u okviru neke od tih zemalja.

9 Za trenutni status NJK vid. United Nations Commission on International Trade Law, https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2, 10. oktobar 2020.

10 Za trenutni status MZ-a vid. United Nations Commission on International Trade Law, https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status, 10. oktobar 2020.

11 Čl. 5, st. 1, tač. a Njujorške konvencije.

12 Vid. Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Arbitraža i ADR*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2009, 45.

13 O stavu irelevantnosti izbora merodavnog prava za ocenu formalne punovažnosti arbitražnog sporazuma od strane saugovarača, a u kontekstu uniformne primene člana 2 NJK vid. G. B. Born, *op. cit.*, 618.

14 Vid. G. Knežević, Vladimir Pavić, *op. cit.*, 45–46.

kojim se to pitanje postavi, a u ovom slučaju, to je ovlašćeni organ zemlje priznanja.¹⁵

Da bi se uopšte započelo sa postupkom priznanja strane arbitražne odluke, stranka koja traži priznanje (i izvršenje) načelno mora postupiti u skladu sa članom 4 Njujorške konvencije. Naime, član 4 kaže da stranka koja traži priznanje i izvršenje uz zahtev za priznanje i izvršenje treba da podnese i izvornik odluke tj. njen overen prepis, kao i original arbitražnog sporazuma o kojem je bilo reči u članu 2 Konvencije tj. njegov overen prepis. Dodatno član 4 predviđa da ukoliko odluka ili sporazum nisu na jeziku zemlje u kojoj se na odluku poziva (zemlja priznanja), stranka koja postavlja zahtev za priznanje i izvršenje odluke će obezbediti i prevod ovih dokumenata.¹⁶ Pre nego što nastavimo sa ispitivanjem ovog člana, treba se osvrnuti na sledeće. Model zakon (MZ) UNCITRAL-a je pretrpeo izmene 2006. godine, kada je, između ostalog, iz teksta MZ-a, preciznije člana 35, izbačena obaveza stranke koja traži priznanje strane arbitražne odluke da podnese original ili overenu kopiju arbitražnog sporazuma.¹⁷ Ovo je naravno išlo zajedno sa izmenama člana 7 MZ-a koji reguliše arbitražni sporazum na savremen način tj. načine, a koji će nam naročito biti značajan prilikom razmatranja izvršenja arbitražnih sporazuma, a u kontekstu člana 7 NJK. Ako razumemo svrhu donošenja MZ-a¹⁸ i razlog izmena originalnog teksta, ne iznenađuje što član 7 tzv. zemljama Model zakona¹⁹ nudi dve opcije definisanja arbitražnog sporazuma, jednu u svetlu principa konsenzualizma (Option II), dok se druga opcija svodi

15 U Republici Srbiji sud je taj koji je apsolutno nadležan za priznanje strane arbitražne odluke, vid. čl. 64, st. 2 Zakona o arbitraži – ZA, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006.

16 Čl. 4 Njujorške konvencije.

17 Vid. Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/MLARB-explanatoryNote20-9-07.pdf>, 10. oktobar 2020.

18 Ukratko o MZ-u vid. United Nations Commission on International Trade Law, https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration, 10. oktobar 2020.

19 Tibor Varadi, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2018, 579 „Pošto je to model, a ne konvencija, može se preuzeti u celini, ili u delovima, sa izmenama ili bez njih, te nije sasvim nesporno koji se zakoni danas mogu smatrati kao zakoni koji predstavljaju recepciju MZ.“ Nadalje, jasno je da je

na definisanje pisane forme arbitražnog sporazuma (Option I). Iz ovoga se naslućuje da su države Model zakona pozvane da (ako već nisu) rasterete (ili potpuno ukinu) zahtev(e) forme arbitražnog sporazuma u svojim nacionalnim zakonima. Bez obzira na to što MZ zahtev pisane forme najpre u članu 7 svodi na najmanju moguću meru,²⁰ druga opcija²¹ ga potpuno eliminiše, definišući arbitražni sporazum kao „sporazum stranaka da sve ili samo neke sporove koji su između njih već nastali ili mogu nastati u vezi sa konkretnim pravnim odnosom, bio on ugovorne prirode ili ne, podvrgnu arbitraži“. To da je MZ naročito liberalan po pitanju forme i pro-arbitražno orijentisan je jasno na prvi pogled, a posebno njegovim upoređivanjem sa Njujorškom konvencijom koja je, istina, gotovo tri decenije od Model Zakona starija, a čiji tekst, iz razumljivih razloga,²² nije menjan. Da bismo se vratili članu 4 Njujorške konvencije, morali bismo ga staviti u kontekst njenog člana 2. Definicija arbitražnog sporazuma u članu 2 NJK ide u pravcu strogog zahteva forme: „pod pisanim ugovorom podrazumeva se arbitražna klauzula uneta u ugovor ili kompromis, potpisan od strane saugovarača ili sadržan u razmeni pisama ili telegrama“.²³ Iz ovoga je, dakle, jasno da su član 2 i 4 NJK u potpunoj saglasnosti. Član 2, još jednom, zahteva da forma arbitražnog sporazuma bude pisana, a član 4 razumno uslovljava postavljanje zahteva za priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke dostavljanjem, između ostalog, pisanog arbitražnog sporazuma (u originalu ili overenom prepisu). Treba li, međutim, član 2 tumačiti strogo jezički restriktivno, te da li treba zemlje priznanja da odbijaju priznanje arbitražnih odluka (ne započinju s postupkom uopšte) koje nisu zasnovane na pisanim arbitražnim sporazumima u smislu člana 2? Drugim rečima, kako treba tumačiti, te primenjivati član 4 NJK? Ukoliko bismo član 2 NJK tumačili na prethodno opisan način, susreli bismo se sa pitanjem svrhe koju ima preporuka UNCITRAL-a, a u vezi sa interpretacijom člana 2 NJK.

poziv zemljama koje nisu još uvek uskladile svoje nacionalno arbitražno zakonodavstvo sa ovom preporučenom regulativom uvek otvoren.

20 Čl. 7, Opcija 1 Model zakona s izmenama iz 2006.

21 Čl. 7, Opcija 2 Model zakona s izmenama iz 2006.

22 Howard M. Holtzmann, Joseph Neuhaus, Edda Kristjánsdóttir, Thomas W. Walsh, *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, Netherlands 2015, 608.

23 Čl. 2, st. 2 NJK.

Ovim smo došli do crvene niti ovog poglavlja – kako je celishodno tumačiti član 2 Njujorške konvencije imajući na umu s jedne strane njen cilj,²⁴ a s druge generalnu ideju međunarodnih sporazuma za unifikacijom materije kojom se bave?

Gorepomenuta preporuka UNCITRAL-a iz 2006. godine može biti od izuzetnog značaja. Kažemo može biti jer je neobavezujuća za države članice Konvencije, te sud države priznanja može, suprotno njenim uputstvima, odbiti priznanje arbitražne odluke zasnovane na arbitražnom sporazumu koji ne ispunjava kriterijume člana 2 (2) NJK usko tumačene. To naravno ne znači da ćemo odustati od razmatranja ove preporuke kako nam ona još jednom skreće pažnju na jezik NJK koji je prevaziđen, te u neskladu sa vrtoglavim razvojem tehnologija koji svakako utiče i na međunarodnu trgovinu, te arbitražno rešavanje sporova. Preporuka UNCITRAL-a u vezi sa tumačenjem stava 2, člana 2 se svodi na to da ovaj član treba da se tumači tako kao da ne reguliše iscrpno pitanje forme već *exempli causa*.²⁵ Ako na ovo dodamo još i činjenicu da je 2013. godine na snagu stupila i Konvencija Ujedinjenih nacija o upotrebi elektronske komunikacije u međunarodnim ugovorima²⁶ koja je, premda ne široko prihvaćena,²⁷ i te kako značajna zbog *functional equivalence* pristupa²⁸ pri sklapanju ugovora s međunarodnim elementom, a koja se odnosi i na arbitražne sporazume,²⁹ analiza teksta „restriktivne“ NJK dobija novu dimenziju. Zaključak koji iz ove Preporuke možemo izvesti je da, ako su okolnosti pod kojima se arbitražni ugovor smatra zaključenim u pisanoj formi samo „primera

24 Vid. fn. 5.

25 Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its thirty-ninth session https://unctad.org/system/files/official-document/a61d17_en.pdf, 10. oktobar 2020.

26 Vid. za tekst Konvencija Ujedinjenih nacija o upotrebi elektronske komunikacije u međunarodnim ugovorima https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf, 10. oktobar 2020.

27 Za status Konvencije koju Republika Srbija još uvek nije ratifikovala vid. United Nations Commission on International Trade Law, https://uncitral.un.org/en/texts/e-commerce/conventions/electronic_communications/status, 10. oktobar 2020.

28 Kratko o Konvenciji i njenom značaju vid. United Nations Commission on International Trade Law, https://uncitral.un.org/en/texts/e-commerce/conventions/electronic_communications, 10. oktobar 2020.

29 Vid. United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf, 10. oktobar 2020.

radi“ navedene u članu 2 NJK, ovu odredbu nije nemoguće prilagoditi zahtevima realnosti i elektronske trgovine.³⁰ Valja se međutim na ovom mestu osvrnuti na član 7 NJK koji dozvoljava zainteresovanoj strani da iskoristi pravo koje bi imala po pravu ili ugovorima zemlje u kojoj se poziva na arbitražu odluku, a u svrhu korišćenja tom arbitražnom odlukom tj. radi priznanja i izvršenja takve arbitražne odluke (more-favourable-right provision). Naime, kako član 7 NJK dozvoljava zainteresovanoj strani pozivanje³¹ na pravo koje postavlja blaže zahteve u pogledu priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka, moguće je da se punovažnost arbitražnog sporazuma, te samim tim i formalna punovažnost, u ovoj fazi postupka i ne ispituje, a ukoliko pravo zemlje priznanja ne postavlja kao uslov priznanja i izvršenja postojanje, odnosno punovažnost arbitražnog sporazuma, kada bi bilo moguće da odluka zasnovana na arbitražnom sporazumu koji ne ispunjava zahtev forme koji postavlja NJK ipak bude priznata. Važno pitanje u ovom smislu je da li se stranka, pozivajući se na blaže uslove priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka nacionalnog prava, odrekla primene NJK *in toto* ili je pak tzv. cherry picking dozvoljen. Sama NJK ne sadrži odredbu koja bi izričito odgovorila na ovo pitanje, stavovi doktrine su oprečni, a posledice različite. S jedne strane, u Van den Bergovoj (Van den Berg) studiji koja se u detalje bavi Njujorškom konvencijom, autor insistira na tome da se zainteresovana stranka ne može u pogledu nekog od uslova za priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke, a koji je blaže postavljen u odnosu na Konvenciju, pozivati na nacionalno pravo zemlje priznanja, a u pogledu drugih uslova, na Konvencijski režim, uz argument da bi se na taj način ugrozilo pravno jedinstvo odredaba NJK, odnosno odredaba konkretnog nacionalnog prava.³² S druge strane je stav da nigde u Konvenciji ne stoji zabrana u ovom pogledu, te da

30 U ovom smislu vid. Toby Thomas Landau, „The Requirement of a Written Form For an Arbitration Agreement When „Written“ Means „Oral“, *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions* (ed. Albert Jan Van den Berg), ICCA & Kluwer Law International, Netherlands 2003, 27–28.

31 O tome da li zainteresovana strana mora da se pozove ili sud na sopstvenu inicijativu može primeniti blaže pravo vid. New York Convention Guide, https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=10&menu=628&opac_view=-1, 15. oktobar 2020.

32 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law and Taxation Publishers, T.M.C. Asser Institute, The Hague 1981, 86–87.

ako je to u skladu sa svrhom priznanja strane arbitražne odluke, treba dozvoliti mogućnost ovakve kombinacije odredaba različitih izvora arbitražnog prava.³³ Ono u vezi čega pak ne bi trebalo da bude dileme jeste komplementarna primena Evropske konvencije o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži³⁴ i to po principu maksimalne efikasnosti.³⁵

Dakle, imajući na umu, s jedne strane, istorijski kontekst u kom je NJK napisana, a, s druge strane realnost u kojoj se trgovina, te arbitražna praksa razvija, nije neobično što je došlo do toga da se određene odredbe ovog međunarodnog instrumenta moraju korigovati. Rešenje je pronađeno u objavljivanju neobavezujućeg instrumenta koji dolazi od autoritativnog tela, a kojim se preporučuje tumačenje određenih normi, na opisan način, a sve radi ostvarenja cilja NJK tj. radi lakšeg izvršenja stranih arbitražnih odluka. Naime, u ovoj, krajnjoj fazi arbitražnog postupka, formalna punovažnost arbitražnog sporazuma se ceni prema supstancijalnom pravilu sadržanom u članu 2 NJK kako na njega referiše član 5, stav 1, tačka a, a koje treba da bude tumačeno (kao i konvencija uopšte) prema pravilima Bečke konvencije o ugovornom pravu (BK) iz 1969. godine sadržanim u čl. 31 i 32 koji se supsidijarno primenjuju.³⁶ Norme BK nas upućuju na to da se instrumenti međunarodnog javnog prava tumače, između ostalog, u skladu sa predmetom i ciljem konkretnog međunarodnog instrumenta, te imajući ovo na umu, nije teško doći do zaključka da su tumačenja koja nudi UNCITRAL u saglasnosti sa ciljem NJK usmerenim ka unapređenju međunarodne trgovine i rešavanja međunarodnih sporova arbitražom.³⁷ Moramo, međutim, jednu stvar imati na umu – dozvoljavajući odstupanja od Konvencije u svetlu člana 7, prihvatamo pravnu nesigurnost u pogledu ishoda svakog konkretnog spora. U ovom svetlu na kraju treba posma-

33 E. Gaillard, J. Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 1999, 376.

34 Za ovaj rad je značajan čl. 1, st. 2, tač. a o kojem će dalje biti reči.

35 A. J. van den Berg, *op. cit.*, 386.

36 Uredba o ratifikaciji Bečke konvencije o ugovornom pravu, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 30/72; Za tekst Bečke konvencije o ugovornom pravu vid. <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>, 15. oktobar 2020.

37 U ovom smislu vid. Vodič Međunarodnog saveta za trgovinsku arbitražu (IKKA) za tumačenje Njujorške konvencije iz 1958. godine, https://www.arbitration-icca.org/media/6/38897457492242/judges_guide_serbian_final_online-cover.pdf, 15. oktobar 2020.

trati i član 4 NJK. Države čiji su zahtevi u pogledu forme arbitražnog sporazuma rasterećeni krutosti će tim zahtevima prilagoditi i normu nacionalnog zakonodavstva koja bi bila pandan članu 4 NJK, a na koji zainteresovana strana takođe može da se poziva u svetlu člana 7 NJK.³⁸ Drugim rečima, ukoliko je zemlja priznanja strane arbitražne odluke u svoje pravo unela odredbu jednaku Drugoj opciji člana 7 MZ, ona će njoj upodobiti i normu koja se tiče dokumenata koji moraju biti podneti ne bi li se započelo sa postupkom priznanja tj. neće tražiti podnošenje originala ili prepisa arbitražnog sporazuma.³⁹

Premda Preporuka UNCITRAL-a ne garantuje uniformno tumačenje odredbe NJK koja se tiče forme arbitražnog sporazuma, ona pomaže da se takvo tumačenje postigne. Na sudovima je da ocene hoće li se ovom tumačenju i prikloniti ili će član 2 NJK posmatrati kao maksimum i minimum zahteva forme u jednom,⁴⁰ te ga primenjivati strogo u skladu sa njegovim tekstom, a protivno potrebama moderne trgovine.

3. FORMALNA PUNOVAŽNOST ARBITRAŽNOG SPORAZUMA U POSTUPKU PONIŠTAJA DOMAĆE ARBITRAŽNE ODLUKE

Jednako kao i postupak priznanja i izvršenja strane arbitražne odluke, postupak poništaja predstavlja jednu vrstu kontrole arbitražnih odluka od strane nadležnih državnih organa i to kontrole ispunjenosti procesnih pretpostavki ne bi li se jedna arbitražna odluka mogla proglasiti valjanom prema kriterijumima konkretnog pravosuđa. Kako je i u ovom procesnom trenutku moguće odluku „napadati“ na temelju

38 New York Convention Guide, https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmsspage&pageid=10&menu=628&opac_view=-1, 15. oktobar 2020. U vom smislu vid. Vodič Međunarodnog saveta za trgovinsku arbitražu (IKKA) za tumačenje Njujorške konvencije iz 1958. godine, https://www.arbitration-icca.org/media/6/38897457492242/judges_guide_serbian_final_online-cover.pdf, 15. oktobar 2020.

39 Srpski ZA sadrži normu koja je identična čl. 4 NJK (čl. 65 ZA) i koja je u skladu sa normom čl. 12 ZA koji zahteva da arbitražni sporazum bude sklopljen u pisanoj formi, te objašnjava zahtev pisane forme.

40 Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle, „Article II“, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (eds. Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, Nicola Christine Port), Kluwer Law International, Netherlands 2010, 47.

nepunovažnosti arbitražnog sporazuma, jasno je da se organ nadležan za ispitivanje postojanja uslova za poništaj konačne arbitražne odluke može naći u nedoumici u vezi sa pitanjem koje je pravo merodavno za formalnu punovažnost arbitražnog sporazuma ukoliko ono nije izabrano od strane saugovarača.

Na samom početku valja napomenuti to da postupak poništaja, za razliku od postupka priznanja i izvršenja nije uniformno uređen globalnim međunarodnim ugovorom. Međutim, konvencija koja je značajna kako za Republiku Srbiju, tako i za dobar deo evropskih zemalja (ali ne samo evropskih),⁴¹ a koja se bavi i određenim aspektima poništaja domaće arbitražne odluke, sadrži i interesantno pravilo u vezi sa formom arbitražnog sporazuma. Reč je o već pomenutoj Evropskoj konvenciji o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži i odredbi njenog člana 1. Evropska konvencija, iako doneta samo tri godine nakon NJK iznenađuje ostavljanjem konkretne mogućnosti za punovažnost arbitražnog sporazuma koji nije zaključen u pisanoj formi u svom članu 1, stav 2, tačka a. Posle prvih nekoliko redaka koji podsećaju na kruti član 2 NJK, nailazi potencijalno rasterećenje: „pod arbitražnim sporazumom podrazumevamo... u odnosima između država čija prava ne zahtevaju da arbitražni sporazum bude u pisanom obliku, svaki arbitražni ugovor sklopljen u obliku koji dozvoljavaju ta prava“. Dilema na koju ovde nailazimo leži u nesrećnoj formulaciji ove norme iz koje ne možemo nesporno zaključiti o pravima kojih država je reč. Smisleno rešenje bi se moglo naći u sledećem. Naime, kako član 1, stav 1, tačka a, koji se tiče polja primena EK, određuje da će se Konvencija primenjivati na „sporazume o arbitraži zaključene u cilju rešavanja sporova koji su nastali ili će nastati iz međunarodne trgovine između fizičkih ili pravnih lica koja imaju, u vreme zaključenja sporazuma, uobičajeno boravište ili svoje sedište u različitim državama ugovornicama“, logično bi bilo da se u stavu 2, tačka a, istog člana, upućuje upravo na te države ugovornice u kojima je, u trenutku zaključenja sporazuma, bilo uobičajeno boravište, odnosno sedište saugovarača.⁴² Kako dilema rađa dilemu, sledeće pitanje koje bi

41 Za trenutni status Konvencije vid. United Nations Treaty Collection, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&clang=en, 10. oktobar 2020.

42 Na ovu temu E. Gaillard and J. Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 1999, 378–9; Dominique T. Hascher, *European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 – Commentary*, <https://www.arbitrationicca>.

moglo da se postavi jeste, da li je neophodno da zahtevi forme relevantnih prava budu istovetni, te ako nisu, zahtevi kog prava će biti merodavni za konkretan arbitražni sporazum. Mada se teško može naići na pravne norme koje regulišu pitanje forme arbitražnog sporazuma blaže od onoga kako to radi EK (ne postavljaju zahtev pisane forme) a koje se umnogome razlikuju jedna od druge, priklanjamo se stavu koji daje prednost normama manje liberalnog prava.⁴³

Opisano stoji kao rešenje u prethodno navedenim situacijama, kada se pitanje formalne punovažnosti postavi pred nadležnim organom države članice EK. Međutim, budući da više država sveta nije nego što jeste deo ovog instrumenta međunarodnog javnog prava, potrebno je dati odgovor na pitanje koje će pravo biti merodavno u situacijama u kojima nije moguće posegnuti za članom 1 EK. Kako ni na odredbe Njujorške konvencije ne možemo računati imajući na umu njeno polje primene,⁴⁴ ostaje nam da se okrenemo normama nacionalnog prava, te da odgovorimo na pitanje treba li nadležni organ u ovoj fazi arbitražnog postupka, da posegne za kolizionim ili materijalnim normama nacionalnog prava.

Prvi impuls prilikom donošenja odluke o tome treba li konsultovati norme nacionalnog prava o rešavanju sukoba zakona ili pak norme nacionalnog zakona o arbitraži jeste da se proverí da li postoji relevantan element inostranosti.⁴⁵ U situaciji nepostojanja međunarodnog elementa, stvar je jasna – primeniće se odredbe nacionalnog prava koje nude direktno rešenje za privatnopravni problem. Međutim, u slučaju kada je privatnopravni odnos međunarodno obeležen, postavlja se pitanje načina regulisanja tog odnosa. Drugim rečima, hoće li se do rešenja doći direktno, neposrednim putem, ili pak indirektno, posredstvom kolizionih normi *lex fori*.⁴⁶ Kako će krug čitalaca ovog rada uglavnom činiti srpski pravnici, na ovom mestu ćemo probati da sagledamo obe

org/media/4/49305067580462/media113534204360520hascher_commentary_on_the_european_convention_1961.pdf, 13. oktobar 2020.

43 E. Gaillard and J. Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 1999, 378–9.

44 Na ovu temu vid. D. Schramm, E. Geisinger, P. Pinsolle, *op. cit.*, 43; A. J. van den Berg, *op. cit.*, 19–22, 173, a naročito 21 i 22.

45 Vid. T. Varadi *et al.*, *Međunarodno privatno pravo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2018, 31–35.

46 *Ibid.*, 35–39.

mogućnosti i to iz perspektive suda Republike Srbije, te da izvedemo određene zaključke.

Iako srpski Zakon o arbitraži, na pomalo sporan način, zauzima stav u prilog teritorijalnog kriterijuma podele arbitražnih odluka na domaće i strane,⁴⁷ uzimamo da je upravo taj kriterijum apsolutno prihvaćen u nas, te shodno tome zaključujemo da pred srpski sud može samo biti podneta tužba za poništaj arbitražne odluke donete na teritoriji Republike Srbije. Pravila koja postavlja srpski ZA u svojim članovima 1 i 2 su značajna za dalju analizu. Iz člana 1 ZA je jasno da je predmet ovog Zakona unutrašnja i međunarodna⁴⁸ arbitraža, dok član 2 u svom prvom stavu predstavlja nedoslednu recepciju člana 1 Model zakona o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži. Član 2, u stavu 1 određuje da se odredbe ZA primenjuju na arbitražu čije je sedište u RS, odnosno, domaću arbitražu. Međutim, već na prvi pogled je jasno da to ne može biti slučaj kako ZA sadrži i, između ostalog, norme kojima se uređuje priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka tj. arbitražnih odluka donetih u inostranstvu.⁴⁹ Nadalje, u stavu 2 i 3 istog člana stoji da se dispozitivne norme srpskog ZA ne moraju primenjivati u međunarodnim arbitražama, odnosno, da stranke mogu predvideti da se umesto nekih dispozitivnih normi srpskog ZA, primenjuju norme nekog drugog prava (pravnih pravila) a kada je reč o međunarodnim arbitražama. S toga, imajući na umu prethodno rečeno, ali i član 58, stav 1, tačka 1 ZA, koji sugerise kolizioni pristup pri rešavanju ovog problema u postupku poništaja, te propisuje da će sud usvojiti tužbeni zahtev za poništaj samo ako tužilac dokaže da sporazum o arbitraži

47 U tekstu čl. 57, st. 1 i 2 i 64, st. 3 ZA možemo uočiti nedoslednost zakonodavca u pogledu odabira kriterijuma podele arbitražnih odluka na domaće i strane. Naime, čl. 57 određuje da su domaće arbitražne odluke, odluke donete u unutrašnjoj ili međunarodnoj arbitraži u Republici Srbiji, te da samo protiv takvih arbitražnih odluka može biti podneta tužba za poništaj domaćem sudu. S druge strane, čl. 64 za stranu arbitražnu odluku kaže da je to „odluka koju je doneo arbitražni sud čije je mesto van Republike [Srbije], kao i odluka koju je doneo arbitražni sud u Republici [Srbiji] ako je na arbitražni postupak primenjeno strano pravo“. Ako bismo čl. 64 čitali do kraja, mogli bismo doći do zaključka da bi domaća arbitražna odluka ujedno mogla biti i strana, pod uslovom da je na arbitražni postupak primenjeno strano pravo.

48 Vid. čl. 3 ZA za definiciju međunarodne arbitraže.

49 Vladimir Pavić, Milena Đorđević, „Novine u pravnom okviru za ADR u Srbiji“, *Harmonius Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 1/2014, 256.

nije punovažan po pravu koje su stranke sporazumno odredile ili po pravu Republike Srbije ako se stranke nisu drukčije sporazumele,⁵⁰ možemo zaključiti sledeće. Bez obzira na to da li se koristimo kolizionim ili materijalnim normama domaćeg prava, rezultat je isti – punovažnost arbitražnog sporazuma, pa prema tome i formalna punovažnost arbitražnog sporazuma kojom se na ovom mestu bavimo, se ceni, u odsustvu drugačijeg dogovora saugovarača, prema članu 12 ZA. Istini za volju, nije nemoguće ni pledirati u korist primene člana 7, iako opšteg, Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (ZRSZ)⁵¹ čija je pravna kategorija postavljena znatno uže od one u članu 58, stav 1, tačka 1 ZA, te koji rešava sukob zakona konkretno u pogledu prava merodavnog za formu pravnog posla, a koji kao alternativne tačke vezivanja postavlja mesto gde je pravni posao zaključen i pravo merodavno za sadržinu pravnog posla.⁵² U ovako postavljenim okolnostima jasno je da ne možemo izvući zaključak o primeni člana 12 ZA.

Naposletku se valja podsetiti delovanja UNCITRAL-a, te zao kružiti ovo izlaganje dvema stvarima. Prvo, time da je danas izražena tendencija ublažavanja zahteva forme u nacionalnim pravima kako razlozi⁵³ propisivanja forme, kao bitnog sastojka ugovora,⁵⁴ lagano čile. Drugo, time da se, imajući na umu rad na harmonizaciji (i unifikaciji) izvora arbitražnog prava od strane UNCITRAL-a, može očekivati da, u budućnosti, ne bude od velikog značaja to kom pravu će nas odvesti domaće kolizione norme, jer će sva ličiti jedno na drugo.

50 Čl. 58, st. 1, tač. 1 ZA.

51 Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja – ZRSZ, *Službeni list SFRJ*, br. 43/82 i 72/82 – ispr., *Službeni list SRJ*, br. 46/96, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006 – dr. zakon.

52 Za ovo stanovište vid. Aleksandar Jakšić, *Međunarodna trgovinska arbitraža*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2003, 224. U ovakvom gledištu leži opasnost kada se formalna punovažnost arbitražnog sporazuma ispituje u postupku poništaja, jer se razlozi za poništaj imaju usko tumačiti.

53 O korisnim stranama forme pravnog posla uopšte Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, *Službeni list SFRJ*, Beograd 1990, 196. O funkciji forme prilikom sastavljanja arbitražnih sporazuma, T. T. Landau, *op. cit.*, 21–23.

54 S. Perović, *op. cit.*, 360.

4. FORMALNA PUNOVAŽNOST ARBITRAŽNOG SPORAZUMA U POSTUPKU PRED SUDOM PRE DONOŠENJA KONAČNE ARBITRAŽNE ODLUKE

Kako je rešavanje o (ne)punovažnosti arbitražnog sporazuma ujedno i rešavanje o nadležnosti arbitražnog suda, neophodno je osvrnuti se na dva važna dejstva punovažnog arbitražnog sporazuma: pozitivno i negativno. Pozitivno dejstvo arbitražnog sporazuma podrazumeva obavezu saugovarača da konkretan spor podnesu na rešavanje arbitraži, dok negativno dejstvo isto tako podrazumeva obavezu, ali obavezu da se stranke uzdrže od podnošenja konkretnog spora na rešavanje pred državni sud. Bilo kako bilo, ipak se pred državnim sudom neretko nađe spor u odnosu na koji postoji dilema u vezi sa nadležnošću. Situacije u kojima sudovi mogu ispitivati nadležnost arbitražnog suda, te samim tim i punovažnost arbitražnog sporazuma, su sledeće. Prva situacija se svodi na slučaj kada jedan od saugovarača arbitražnog sporazuma, umesto pred arbitražni sud, spor podnese na rešavanje pred neki od državnih sudova tj. koji i nakon započetog arbitražnog postupka, podnese tužbu nacionalnom sudu. Druga situacija je kada neka od stranaka traži od suda da odluči o pitanju nadležnosti arbitražnog suda, a o čemu je arbitražni sud već doneo odluku kao o prethodnom pitanju. Treća zamisliva situacija jeste da se sud, pozvan da asistira u konstituisanju ad hoc arbitražnog suda, pozabavi i prima facie punovažnošću arbitražnog sporazuma.⁵⁵ Analizu ćemo započeti od prve situacije.⁵⁶

Nesporno je da arbitražni sud ima pravo da odlučuje o svojoj nadležnosti, pa sve i da je arbitražni sporazum kojim je „ugovorena“ nadležnost konkretnog arbitražnog suda – ništav.⁵⁷ Međutim, ovo pravo nije rezervisano samo za arbitražni sud. Kako smo imali prilike da

55 Vid. M. Stanivuković, *op. cit.*, 87.

56 Na ovom mestu nije obrađena situacija podnošenja deklaratorne tužbe kojom se od suda zahteva da donese utvrđujuću odluku o tome da je arbitražni sporazum ništav budući da takva opcija ne postoji u domaćem arbitražnom pravu. Za ovo videti G. Knežević, V. Pavić, *op. cit.*, 72–73.

57 Ovo je u skladu sa doktrinom kompetenz-kompetenz, vid. *Ibid.*, 70–71. Na ovu temu takođe vid. Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, „Negative effect of competence-competence: the rule of priority in favour of the arbitrators“, <https://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2008/07/>

vidimo gore, u postupku poništaja i priznanja i izvršenja se takođe može, na zahtev stranaka, preispitivati postojanje nadležnosti arbitražnog suda u konkretnom postupku, a kroz ispitivanje valjanosti arbitražnog sporazuma. Ovde je doduše stvar drugačija. Naime, u situaciji kada se pred sud iznese predmet u stvari koja je, navodno, rezervisana za arbitražu, te kada tužena strana podnese prigovor nenadležnosti suda, pozivajući se na postojanje arbitražnog sporazuma u smislu člana 2 NJK, sud je u obavezi, prema članu 2, stav 3 Njujorške konvencije, da taj arbitražni sporazum izvrši tj. da stranke uputi na arbitražu, bez obzira na to da li je s arbitražom već započeto, odnosno bez obzira na to pred kojim je nacionalnim sudom tužba podneta, dokle god je to neki od sudova zemalja NJK.⁵⁸ Ovo pravilo nije bez izuzetka jer sud neće tako postupiti u slučaju kada oceni da arbitražni sporazum nije valjan, da je bez dejstva ili ga je nemoguće izvršiti.⁵⁹ Makar dve dileme mogu se javiti u vezi sa ovom odredbom. Najpre, pitanje koje ovde postavljamo se odnosi na to po normama kog prava će sud oceniti da li je arbitražni sporazum valjan, da li ima dejstvo i da li ga je moguće izvršiti, a zatim i u kojoj meri sud ovo treba da ispituje.⁶⁰ S obzirom na to da sam tekst NJK sadrži supstancijalno pravilo u vezi sa formom arbitražnog sporazuma, te da uz pomoć Preporuke UNCITRAL-a imamo jasan putokaz po pitanju tumačenja ovog pravila, na pragu smo rešenja prve dileme. Poteškoće može zadavati nedostatak objašnjenja pojmova „valjanosti“, „dejstva“ i „nemogućnosti izvršenja“ u samoj NJK, mada nedoumicu u pogledu tumačenja ovih izuzetaka od pravila člana 2, stav 3, možemo rešiti uz pomoć Bečke konvencije o ugovornom pra-

Negative%20Effect%20of%20CompetenceCompetence%20The%20Rule___/Files/View%20Full%20Text/FileAttachment/IA_070208_01.pdf, 13. oktobar 2020.

58 Zbog ove obaveze suda da uputi stranke na arbitražu, kažemo da važi, premda oboriva, pretpostavka valjanosti arbitražnog sporazuma. Oborivost se ogleda u tome što sud u ograničenom broju slučajeva, opisanih u čl. 2, st. 3 NJK, ne upućuje stranke na arbitražu.

59 Srpski ZA u čl. 14 sužava ovlašćenja suda prilikom preispitivanja punovažnosti arbitražnog sporazuma na očiglednu nepunovažnost, nemanje dejstava i nemogućnost izvršenja.

60 U ovom smislu vid. E. Gaillard, Y. Banifatemi, „Negative effect of competence-competence: the rule of priority in favour of the arbitrators“, https://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2008/07/Negative%20Effect%20of%20CompetenceCompetence%20The%20Rule___/Files/View%20Full%20Text/FileAttachment/IA_070208_01.pdf, 13. oktobar 2020.

vu. Ovdje je važno osvrnuti se na član 7 NJK, te njegovo tumačenje u svetlu primene i na arbitražne ugovore, o čemu preporuku možemo naći u gorepomenutom instrumentu UNCITRAL-a, kojim se dozvoljava „zainteresovanoj strani da iskoristi pravo koje bi imala po pravu ili ugovorima zemlje u kojoj se poziva na arbitražni sporazum, radi priznanja punovažnosti takvog arbitražnog sporazuma“.⁶¹ Naime, treba li sud, ako se strana koja se pred sudom poziva na arbitražni sporazum koji, premda ne zadovoljava zahteve forme postavljene u članu 2 NJK, ispunjava zahteve forme blaže postavljene u pravu foruma, da konstatuje da je sporazum nepunovažan ili pak treba da ga podvrgne proveru po kriterijumima blažeg prava? Kako Van den Berg kaže „ne bi imalo smisla odbiti izvršenje arbitražnog sporazuma koji ne ispunjava uslove člana 2 NJK, a u isto vreme dozvoliti da se odluka doneta na osnovu njega služi članom 7 NJK, te bude izvršena“.⁶² U svetlu ovoga zaključujemo da je moguće da se stranka koja se poziva na postojanje arbitražnog sporazuma, ujedno pozove i na norme blažeg, domaćeg, prava,⁶³ a dilema koja se tu javlja jeste na liniji toga da li je sud države članice NJK obavezan da postupa u skladu sa članom 2, stav 3 NJK sada kada se sama stranka pozvala na blaže pravo u pogledu forme. Ako bismo se podsetili prethodno pomenute dileme u vezi sa primenom „ostalih odredaba“ NJK, u slučaju pozivanja na član 7, te ideje da se tada njena primena isključuje in toto, mogli bismo zaključiti sledeće.⁶⁴ Sud od kog se traži izvršenje arbitražnog sporazuma, ne bi imao obavezu i da ga izvrši, osim ukoliko takva obaveza izvire iz odredaba nacionalnog, do-

61 Vid. Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/MLARB-explanatoryNote20-9-07.pdf>, 10. oktobar 2020.

62 A. J. van den Berg, *op. cit.*, 87.

63 Da ovo nije tako, mogli bismo postaviti bar dva pitanja. Prvo bi bilo zašto je Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL) uopšte sastavila Model Zakon za međunarodnu trgovinsku arbitražu kao pomoć državama pri reformi i unapređenju nacionalnog arbitražnog zakonodavstva koji postavlja znatno blaže zahteve u odnosu na NJK, ako deo tako usvojenih odredaba nacionalnih zakona ne bi mogao da se koristi kako je u koliziji, kao liberalniji, sa jednim široko prihvaćenim međunarodnim izvorom arbitražnog prava? Drugo pitanje bi išlo u korak s ovim, a to je – zašto su zatim odredbe MZ dodatno lišene stega formalnosti 2006. godine, naročito se osvrćući na čl. 7?

64 Vid. drugo poglavlje ovog rada.

maćeg, prava, a izviraće ukoliko je dosledno prepisan Model Zakon tj. njegov član 8.⁶⁵ Na ovom mestu možemo naići i na nedoumicu koja se javila i u praksi, a to je, da li je sud ograničen normom člana 7 NJK na svoje supstancijalno pravo ili do „blažeg prava“ može doći i primenom svojih kolizionih normi.⁶⁶ Ovo ostavljamo otvorenim kao i pitanje u kojoj meri sudovi zapravo treba da ispituju izuzetke od pravila izvršenja svakog arbitražnog sporazuma, na šta nema odgovora u NJK, a u vezi sa čim su stavovi prakse oprečni.⁶⁷

Šta se, međutim dešava sa drugom opisanom situacijom u kojoj je od suda traženo da odluči o pitanju nadležnosti arbitražnog suda (ne o sporu koji je pred arbitražni sud iznet), a o kojem je arbitražni sud već zauzeo stav. Da li je moguće primeniti adekvatno tumačene odredbe članova 2 i 7 NJK ili pak nema mesta njihovoj primeni kako je stav 3, člana 2 ograničen svojim tekstom na situaciju u kojoj se saugovarač arbitražnog sporazuma obraća sudu za rešavanje spora o pitanju u vezi sa kojim je arbitražni sporazum i sklopljen. Srpski ZA i sam pravi razliku između ove dve situacije. Naime, on u članu 14 obavezuje sud na postupanje u skladu sa stavom 3, člana 2 NJK, a članove 29 i 30 posvećuje ovoj situaciji kojom se trenutno bavimo. ZA u članu 29 dozvoljava podnošenje prigovora nenadležnosti arbitražnog suda da postupa u konkretnom slučaju, dok u članu 30, stav 2 stoji da „ako arbitražni sud o prigovoru odluči kao o prethodnom pitanju, svaka stranka može u roku od 30 dana od dana dostavljanja odluke da zahteva od suda određenog zakonom da odluči o tom pitanju“. Dileme koje stvara ovaj član su brojne, a one u vezi sa pravnim sredstvom koje se koristi ne bi li se od suda tražilo da odluči o ovom pitanju i kakvoćom odluke koju

65 U ovom smislu je relevantna odredba čl. 8 Model Zakona.

66 New York Convention Guide, https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=10&menu=628&opac_view=-1, 13. oktobar 2020. Vid. D. Schramm, E. Geisinger, P. Pinsolle, *op. cit.*, 47–48.

67 Za stavove sudova zemalja članica NJK u ovom smislu vid. New York Convention Guide, https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=10&menu=618&opac_view=-1, 13. oktobar 2020.

Za argumente u prilog *prima facie* standardu ispitivanja vid. E. Gaillard, Y. Banifatemi, „Negative effect of competence-competence: the rule of priority in favour of the arbitrators“, https://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2008/07/Negative%20Effect%20of%20CompetenceCompetence%20The%20Rule___/Files/View%20Full%20Text/FileAttachment/IA_070208_01.pdf, 13. oktobar 2020.

sud donosi, te njenim posledicama su naročito značajne.⁶⁸ U slučaju da sud donosi odluku o nadležnosti, te da, ukoliko proceni da je arbitraža nadležna, ima obavezu da postupa u skladu sa članom 2, stav 3 NJK, te uputi stranke na arbitražu tj. izvrši arbitražni sporazum, moglo bi se pledirati u prilog primene odredaba NJK u vezi sa formom arbitražnog sporazuma i u ovoj situaciji kao i u prethodnoj. Međutim, pri donošenju zaključka ne smemo zanemariti jasan tekst člana 2, stava 3 NJK. U slučaju neprimenljivosti supstancijalne norme NJK koja se tiče forme arbitražnog sporazuma, sud države članice Evropske konvencije, ukoliko su ispunjeni uslovi iz člana 1, stav 1, tačka a Konvencije, može na već opisan način⁶⁹ primeniti normu EK koja se tiče forme arbitražnog sporazuma, a da na taj način ne remeti primenu ostalih odredaba NJK. Ako međutim nisu ispunjeni ni uslovi za primenu EK, dolazimo, iz perspektive srpskog suda, do već pomenute dileme⁷⁰ – treba li sud da se koristi, pri ispitivanju formalne punovažnosti arbitražnog sporazuma, a u slučaju s međunarodnim elementom, normama ZA tj. normom člana 12, ili pak treba da se koristi domaćim kolizionim normama, kada bi najviše imalo smisla primeniti član 7 ZRSZ-a.⁷¹

Treća navedena situacija pak više podseća na prvu. U ovom slučaju nije formiran arbitražni sud, te shodno tome, nije imao priliku da odlučuje prvi o svojoj nadležnosti. Naime, kako je ovde reč o tome da jedna stranka traži asistenciju suda pri formiranju arbitražnog tribunala, logično bi bilo da sud pre no što priskoči u pomoć, proveriti postoji li valjan osnov nadležnosti *ad hoc* arbitražnog suda. Međutim, ovo nije nužno i jedina situacija u kojoj sud može arbitraži služiti kao pomoćnik⁷², te se može postaviti pitanje, da li će sud u svakom slučaju pre asistencije, proveravati da li je arbitražni sporazum valjan. Ovo pitanje se javlja otud što srpski ZA ni kada bi to imalo smisla ne konstituše obavezu za sud da prilikom pomoći u imenovanju arbitara, a na zahtev stranke, ispita postoji li valjan osnov nadležnosti.⁷³ Na prvi pogled čine se mogućim dva rešenja ove situacije iz perspektive srpskog suda. Prvo

68 V. Pavić, M. Đorđević, *op. cit.*, 256.

69 Vid. u trećem poglavlju ovog rada.

70 Vid. u trećem poglavlju ovog rada.

71 Kada bi recimo u čl. 30, st. 2 ZA bilo reči o tužbi za poništaj, u igru bi ušao i čl. 58, st. 1, tač. a, te bi smo se s analizom vratili na treće poglavlje ovog rada.

72 Svakako nije prema srpskom ZA. Za ulogu sudova u postupku arbitraže vid. G. Knežević, V. Pavić, *op. cit.*, 125–128.

73 Vid. čl. 16 i 17 ZA.

bi bilo da ZA namerno nije regulisao ovo pitanje, te da shodno tome, sud u ovoj situaciji ni ne treba da ispituje punovažnost arbitražnog sporazuma već ako se to pitanje postavi u kasnijoj fazi postupka, sud potencijalno postupi kako je gore opisano.⁷⁴ Drugo rešenje bi moglo biti u shodnoj primeni člana 2 NJK.⁷⁵

5. FORMALNA PUNOVAŽNOST ARBITRAŽNOG SPORAZUMA U POSTUPKU PRED ARBITRAŽNIM SUDOM

Premda punovažan arbitražni sporazum znači nadležnost, te u krajnjoj liniji naknadu za arbitre, ne smemo izgubiti iz vida da je ipak osnovna obaveza arbitara kada se late dužnosti da donesu valjanu arbitražnu odluku koja se može izvršiti.⁷⁶ Upravo to arbitri i treba da imaju na umu prilikom procenjivanja postojanja sopstvene nadležnosti tj. punovažnog arbitražnog sporazuma.

Iako svaka država postavlja svoja pravila u vezi sa formom arbitražnog sporazuma, što nas može navesti na razmišljanje o tome kakve su uopšte šanse arbitara da donesu odluku koja će biti priznata u svakoj od država u kojoj se priznanje traži, ugovornim stranama arbitražnog sporazuma ovo neće zadavati glavobolje ukoliko su pri sklapanju sporazuma ispunjeni zahtevi forme koje postavlja član 2 NJK. Arbitražni sudovi iako nedržavni organi, te ni u kom slučaju direktno vezani NJK, ipak će i te kako voditi računa o njenim odredbama, imajući na umu da je arbitrima stavljeno u nadležnost da donesu privatnu presudu koja, pored toga što treba da opstane kao izvršni naslov, potencijalno treba i da postane izvršni naslov u inostranstvu, i to u najvećem broju slučajeva, upravo prema pravilima NJK.⁷⁷ Ovo nikako ne znači da će arbitri odbiti da raspravljaju o sporu jer arbitražni sporazum ne zadovoljava

74 Za odredbe nekih stranih zakona vid. M. Stanivuković, *op. cit.*, 173.

75 *Ibid.*, 172–173. Za suprotan stav vid. Nadja Erk-Kubat, *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, Kluwer Law International, Netherlands 2014, 73.

76 Za obaveze međunarodnih arbitara vid. G. B. Born, *op. cit.*, 1986 i dalje.

77 U pogledu zaključaka na ovu temu vid. Klaus Peter Berger, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 2015³, 426; Julian David Mathew Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*,

kriterijume forme postavljene u NJK. Naprotiv, nije nekada ni moguće unapred znati gde će se izvršenje arbitražne odluke tražiti, te ne bi imalo smisla iz ovog razloga odbiti raspravljanje spora. Arbitražni sud bi tada trebalo da se pozabavi time da li konkretan sporazum ispunjava zahteve forme države sedišta arbitraže, te ako ih ispunjava, šta znači da su ti zahtevi blaži, onda će smatrati arbitražni sporazum punovažnim u pogledu forme. Ovo najpre zbog toga što baš država sedišta arbitraže može biti ta u kojoj će se tražiti izvršenje arbitražne odluke i njen poništaj, ali i zbog toga što se arbitražna odluka doneta na osnovu takvog arbitražnog sporazuma možda može priznati u državi koja postavlja blaže uslove priznanja i izvršenja strane arbitražne odluke, a za šta osnov možemo naći u članu 7 NJK.⁷⁸

Sve i da su stranke arbitražnog spora ugovorile da se na formalnu punovažnost njihovog ugovora o arbitraži primenjuje određeno pravo, te arbitri pri zasnivanju svoje nadležnosti prošli kroz zahteve konkretnog prava kao kroz filtere, pa na kraju i zasnovali svoju nadležnost, te odluka zasnovana na takvom arbitražnom sporazumu ne bude poništena po ovom osnovu, ipak će se u postupku priznanja strane arbitražne odluke (ako do njega dođe) najčešće konsultovati član 2 NJK, uz uvažavanje ili bez uvažavanja preporuke UNCITRAL-a.⁷⁹

Optimalno je za saugovarače, zato, da se pri formulisanju arbitražnog sporazuma konsultuju sa preporučenim klauzulama vodećih arbitražnih institucija, te da prate date putokaze ne bi li izbegli brigu u pogledu formalne punovažnosti arbitražnog sporazuma.

6. ZAKLJUČAK

Kao što vidimo, jedino državni organi mogu ocenjivati punovažnost arbitražnog sporazuma nakon donošenja konačne arbitražne odluke. Zato je važno da arbitražni sud dobro razmisli na samom početku na kakvim sporazumima zasniva svoju nadležnost, te da li će tako doneta arbitražna odluka služiti svrsi. Drugim rečima, u prilikama kakve su danas, mudro bi bilo da arbitri prilikom zasnivanja nadležnosti vode

Kluwer Law International, Netherlands 2003, 117; A. J. van den Berg, *op. cit.*, 185–190.

78 J. D. M. Lew, L. A. Mistelis, S. Kröll, *op. cit.*, 117.

79 Vid. fn. 16.

računa kako o odredbama NJK, tako i o praksi suda zemlje priznanja arbitražne odluke (kada je moguće pretpostaviti koja će to zemlja biti) u pogledu tumačenja člana 2 Konvencije, budući da ona ne mora biti zasnovana na neobavezujućoj Preporuci UNCITRAL-a. Naime, gotovo je izvesno da će arbitražni sporazumi i odluke, u situacijama pokrivenim poljem primene NJK, biti podvrgnuti kriterijumima člana 2, te je u tom smislu sigurna luka za saugovarače da se drže nešto tradicionalnijih načina zaključivanja arbitražnih sporazuma.⁸⁰

S druge strane je stav da je nakon više od 60 godina primene NJK došlo vreme da se njene odredbe ažuriraju i prilagode komunikacionim tehnologijama nezamislivim u vreme donošenja Konvencije.⁸¹ I mada je ovaj rezon upitan kako stoji na suprotnom kraju potrebe za jednoobraznim pravnim uređenjem konkretne pravne oblasti,⁸² treba imati na umu da su i danas organi primene arbitražnog prava rastrzani u pogledu tumačenja njenih odredaba, te da uniformnost postupanja samim tim nije zagarantovana.

Kao što smo imali prilike da vidimo u ovom radu, na neizvesnost u vezi sa pravom koje će se primeniti na ispitivanje formalne punovažnosti arbitražnog sporazuma nailazimo na svakom koraku i u svakoj fazi postupka, šta je, imajući na umu značaj arbitražnog sporazuma, nedopustivo. I premda je pravna nesigurnost donekle ublažena delovanjem UNCITRAL-a na stvaranju Model zakona, ostaje otvoreno pitanje da li je potpuno bez osnova razmišljati o novom, za države članice obavezujućem, instrumentu međunarodnog javnog prava, koji bi zahvatio u materiju arbitražnog prava šire no što je to slučaj sa NJK i čije bi norme bile prilagođene sadašnjem vremenu, ali ne i na njega ograničene.⁸³

80 Ovako A. J. van den Berg, *op. cit.*, 173 i 174.

81 Nadine Lederer, „Article II(2) of the New York Convention and Modern Means of Electronic Communication: Are Letters and Telegrams an Archaic Relic from the Past?“, *SchiedsVZ | German Arbitration Journal* 5/2017, 247.

82 U ovom smislu vid. H. M. Holtzmann *et al.*, *op. cit.*, 608. Preovladava shvatanje da je ideja o izmenama odredaba NJK nepraktična budući da bi svaka od država članica pojedinačno morala da se izjasni o tome da li prihvata unete izmene, za šta je potrebno više godina tokom kojih bi vladala dva različita režima priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka i arbitražnih ugovora.

83 U ovom maniru, doduše u kontekstu izmena odredaba NjK N. Lederer, *op. cit.* Autorka podseća da je NjK u vreme svog donošenja bila savremena, ali da je njen tekst, konkretno tekst člana 2, krut u pogledu definisanja arbitražnog

Katarina Prica

LAW APPLICABLE TO THE FORMAL VALIDITY OF THE ARBITRATION AGREEMENT FROM THE POINT OF THE ASSESSMENT MOMENT

Summary

Depending on the moment of the assessment of the formal validity of the arbitration agreement, we can be led to different results regarding the applicable law. Observing the agreement at the stage of the recognition and enforcement, we can reach the conclusion that the substantial provision of Article II of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 is the relevant source of law for the assessment of its formal validity, as well as, in principle, at the stage before the court, and before the arbitral award is rendered. This being said, we may erroneously conclude that there is certainty with regard to the applicable law, as the Convention itself allows the application of its provisions to be departed from by referring to its Article VII. Bearing in mind that the application of the substantial provision of the Article II of the New York Convention is excluded at the stage of setting aside of the arbitration award, as well as the fact that the European Convention on the International Commercial Arbitration of 1961 has narrow scope of application, from the Serbian law perspective two different possibilities open up with regard to the methods of reaching the applicable law for the assessment of the formal validity of the arbitration agreement: either resorting to the national arbitration provisions which leads us directly to the result, or to the domestic conflict-of-law rules, in case the dilemma regarding the choice of the adequate conflict-of-law rule, occurs. At the stage when the arbitral tribunal itself should make a decision on the applicable law to formal validity of the arbitration agreement, it is concluded that it should take into consideration succeeding stages of the procedure, i.e. not neglecting the relevant provisions of the international agreements.

sporazuma, te da je ubrzo prevaziđen. Stoga, autorka sugerše da bi se u budućnosti trebalo opredeliti za norme koje je lako prilagoditi zahtevima vremena u kom se primenjuju.

Key words: *International commercial arbitration. – Arbitration agreement. – Formal validity. – Applicable law. – New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.*

LITERATURA

- Berger P. K., *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 2015.
- Born B. G., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 2014.
- Erk-Kubat N., *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, Kluwer Law International, Netherlands 2014.
- Gaillard E., Banifatemi Y., *Negative effect of competence-competence: the rule of priority in favour of the arbitrators*, https://www.shearman.com/~/_media/Files/NewsInsights/Publications/2008/07/Negative%20Effect%20of%20CompetenceCompetence%20The%20Rule_/Files/View%20Full%20Text/FileAttachment/IA_070208_01.pdf
- Gaillard E., Savage J., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 1999.
- Hascher T. D., *European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 – Commentary*, https://www.arbitrationicca.org/media/4/49305067580462/media113534204360520hascher_commentary_on_the_european_convention_1961.pdf
- Holtzmann M. H., Neuhaus J., Kristjánsdóttir E., Walsh W. T., *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, Netherlands 2015.
- Jakšić A., *Međunarodna trgovinska arbitraža*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2003.
- Jan van den Berg A., *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law and Taxation Publishers, T.M.C. Asser Institute, The Hague 1981.

- Knežević G., Pavić V., *Arbitraža i ADR*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2009.
- Landau T. T., „The Requirement of a Written Form For an Arbitration Agreement When „Written“ Means „Oral“, *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, (ed. Albert Jan Van den Berg), ICCA & Kluwer Law International, Netherlands 2003.
- Lederer N., „Article II(2) of the New York Convention and Modern Means of Electronic Communication: Are Letters and Telegrams an Archaic Relic from the Past?“, *SchiedsVZ | German Arbitration Journal*, 5/2017.
- Mathew Lew D. J., Mistelis A. L., Kröll S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 2003.
- Pavić V., Đorđević M., „Novine u pravnom okviru za ADR u Srbiji“, *Harmonius Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 1/2014.
- Perović S., *Obligaciono pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd 1990.
- Schramm D., Geisinger E., Pinsolle P., „Article II“, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (eds. Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, Nicola Christine Port), Kluwer Law International, Netherlands 2010.
- Stanivuković M., *Međunarodna arbitraža*, Službeni glasnik, Beograd 2013.
- Varadi T., Bordaš B., Knežević G., Pavić V., *Međunarodno privatno pravo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2018.