

UDK: 347.918/919

CERIF: S142, S144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2002257J

**Стефан ЈОВАНОВИЋ\***

демонстратор и студент мастер студија на Правном факултету  
Универзитета у Београду

## РЕШАВАЊЕ О ПРИГОВОРУ НЕНАДЛЕЖНОСТИ ЗБОГ УГОВОРЕНЕ АРБИТРАЖЕ У СУДСКОЈ ПРАКСИ

### Сажетак

*Када странка покрене поступак пред судом, а ипужени поднесе приговор ненадлежности због уговорене арбитраже, суд долази у позицију решавања о својој (не)надлежности. Улога суда у том поступку је ограничена, те уколико је поднесен арбитражни споразум, постоји претпоставка да је арбитража надлежна, осим ако се не утврди да споразум очигледно није ваљан. Наши судови су се досида били, по природи ствари, налазили у ситуацији да о приговору апсолутне ненадлежности одлучују, а овај рад је посвећен анализи начина на који су то судови чинили. Препознато је неколико проблематичних прашања о којима су привредни судови и Врховни касациони суд морали да решавају како би одлучили о ваљаности арбитражног споразума, те су у раду учињене одређене смернице и закључци како би српски судови могли да са више самопоуздања и уравнотежености у будућности одговарају на ове изазове.*

---

\* Електронска адреса аутора: [stefanmjovanovic@gmail.com](mailto:stefanmjovanovic@gmail.com).

**Кључне речи:** Арбитража. – Суд. – Приговор ненадлежности. – Надлежности. – Судска пракса. – Арбитражни споразум. – Арбитрабилности. – Способности странака. – Пайолошке клаузуле.

## I Уводна разматрања

Арбитража је приватни начин решавања спорова, одређен аутономијом воље странака, који се одвија ван државног правосуђа. Због бројних предности арбитраже, као што су избор арбитра (те и њихова стручност), бирање места арбитраже, језика поступка, процедуралних правила, олакшаног признања и извршења одлуке, као и бројних других предности, у пословним односима (пре свега оним међународним) арбитражно решавање спорова постаје све доминантније. Странке користе могућност да се спор из њихове комплексне пословне трансакције реши на компетентном и, по адекватним параметрима који одговарају комплексности и аутентичности самог спора, одређеном терену. Свако мешање судова у овај приватни начин решавања спорова потенцијално нарушава његову хармонију, те доводи до могућег осујећења интенције странака, али и важних постулата арбитражног решавања спорова. Због тога, арбитражни закони ограничавају улогу суда на оне нужне аспекте, који су пре свега контролни, с обзиром на то да је арбитража најчешће једноставна. У складу са тим, и српски Закон о арбитражи (у даљем тексту: ЗОА),<sup>1</sup> једна од основних компоненти регулаторног оквира за српску арбитражну сцену,<sup>2</sup> ограничава улогу државног суда да у вези са

1 Закон о арбитражи – ЗОА, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006. Доношењем овог закона Србија је ушла у такозване „Модел-закон јурисдикције“ јер су у њему усвојена правила усклађена са решењима која су плод активности хармонизације арбитражног права од стране Уједињених нација, односно њене посебне организације УНЦИТРАЛ (*United Nations Commission on International Trade Law*). До априла 2020. године укупно 83 државе, односно 116 јурисдикција, је своје законодавство базирало на Модел закону, што знатно допринио уједначавању прописа на међународном нивоу у арбитражној материји, што је од изузетне важности имајући у виду заступљеност арбитраже као начина решавања трговинских спорова са елементима иностраности. Листа свих Модел-закон јурисдикција доступна је на адреси: [https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial\\_arbitration/status](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status), 8. 4. 2020.

2 Друга важна компонента била би Конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*; у даљем тексту: Њујоршка конвенција), доступно на адреси: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/new-york-convention-e.pdf>, 8. 4. 2020. Закон о арбитражи преузима решења Њујоршке конвенције у погледу признања и извршења страних арбитражних одлука, али свакако ова конвенција представља међународни уговор ратификован у Србији, те и део формалних из-

арбитражом предузима само оне радње које су изричито одређене тим законом.<sup>3</sup>

Ипак, улога суда у арбитражном решавању спорова је нужна и углавном се заснива на контроли надлежности арбитраже док је поступак још увек у току, контроли у поступку поништаја домаће арбитражне одлуке, те у провери коначне стране арбитражне одлуке приликом поступка признања и извршења. Ипак, не треба занемарити ни улогу суда као потенцијалну помоћ арбитражи у оним аспектима где су њене ингеренције и даље често недовољне.<sup>4</sup> Како ове ингеренције суда да се уплиће у арбитражни поступак могу да имају озбиљне последице, према ЗОА оне даље од онога на шта је суд изричито овлашћен не смеју ни да се прошире.

Оно што ће бити предмет истраживања у овом раду јесте начин решавања правосудних органа о приговору ненадлежности суда због постојања арбитражног споразума. Наиме, након избијања спора из пословног односа странка може увидети да би по њене интересе било боље да спор реши судски орган или једноставно сматра да арбитража није ваљано уговорена. Као последица тога, она подноси тужбу суду. Друга странка има право да, пре упуштања у меритум, подношењем приговора оспори надлежност суда да о том спору решава. Према општеприхваћеним законским решењима у свету, постоји обавеза суда да странке упуту на арбитражу. Међутим, то је лако рећи, али у пракси је некада тешко то и спровести. Постоји више пратећих питања која доводе у недоумицу суд на који начин треба да реши о својој надлежности када се нађе у ситуацији да се спор поднесе на судско решавање и поред уговорене арбитраже. Након општих смерница код решавања о приговору ненадлежности, у раду ће се анализирати управо та питања, која су се показала као проблем у судској пракси, те ће бити дати одређени предлози који могу допринети правилном и хармонизованом одлучивању о приговору ненадлежности суда када је за предметни спор уговорена арбитража.

---

вора арбитражног права (ратификовани међународни уговори) у нашој земљи. Конвенцији је до априла 2020. године приступила 161 држава.

3 ЗОА, чл. 7.

4 У вези са тим, у нашем праву странка може да поднесе суду захтев за доношење привремених мера (чак и кад је арбитража у другој држави). Могуће је и да арбитражни суд буде надлежан за одређивање привремене мере ако се странке не договоре другачије. Вид. ЗОА, чл. 15 и чл. 31.

## II Опште смернице код решавања о приговору ненадлежности суда због постојања арбитражног споразума

Аутономијом воље, у законом дозвољеном оквиру, прожето је целокупно арбитражно решавање спорова. Арбитражни споразум је сагласност воља странака да се спорови који настану из њиховог одређеног пословног односа или у вези са њим реше арбитражом. Без њега недостаје кључни сегмент сваке арбитраже, јер тек његовим закључивањем странке дерогирају надлежност судова који би иначе, према правилима о надлежности, били позвани да реше спор. Када се странке договоре да се њихов спор реши арбитражом, оне се одричу једног важног права – да се њихов спор судски реши, те настаје ново право – право да креирају свој приватни систем правде.<sup>5</sup>

Ипак, аутономија воље странака није неограничена. Постоје одређена правила која странке и арбитражи<sup>6</sup> морају да поштују, а постављају се као услов за правилно уговарање и спровођење арбитраже и која се морају поштовати независно од интенције лица чија се воља у арбитражном поступку спроводи.<sup>7</sup> Са друге стране, као што странке и арбитражи имају обавезу да воде рачуна о томе да се арбитража ваљано уговори, одвија, те да буде донесена ваљана арбитражна одлука, тако и суд мора да води рачуна да се не уплете у овај приватни начин решавања спорова више него што је то дозвољено. Стога, као што је раније наведено, наш закон ограничава улогу суда на оне радње које су одређене тим законом.<sup>8</sup>

5 Може се рећи и да право које тада настаје јесте право на успостављање процеса за решавање спора. Више о томе вид. Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge, 2008, 17.

6 Према преовлађујућем ставу, правни однос између странака и арбитра заснива се на уговору (*receptum arbitrii*). Најприсутније је схватање да је у питању двострани *sui generis* уговор (при чему се признаје мешовита природа арбитраже), а постоје и размишљања да се ради о трипартитном уговорном односу између уговорних страна, арбитра и арбитражне институције (уколико је уговорена институционална арбитража). Ипак, мање прихваћено становиште је да у мешовитој природи арбитраже доминирају јурисдикциона овлашћења за пресуђење спора, чиме је положај арбитра сличан положају судија, те да овлашћења проистичу директно из самог закона. Вид. Јелена Перовић Вујачић, „Обавезе арбитра у међународној трговачкој арбитражи“, *Правни животић*, бр. 11/2019, 230–235; Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2009, 88.

7 Правила која странке и арбитражи морају да поштују су: арбитрабилност спора, форма арбитражног споразума, способност странака да споразум закључе и спор доделе арбитражи, непостојање мане воље, непристрасност арбитра, равноправност странака, начело контрадикторности (права одбране), као и сва остала о којима се води рачуна у поступку поништаја домаће и признања (и извршења) стране арбитражне одлуке.

8 ЗОА, чл. 7.

Оно што је посебно значајно питање јесте начин поступања суда о поднетом приговору ненадлежности када друга странка у поступку поднесе тужбу државном суду уместо уговореној арбитражи (својеврсни сукоб надлежности).<sup>9</sup> Питање је од велике важности јер његово неадекватно решавање потпуно онемогућава да се арбитража спроведе, иако је изражена воља странака о таквом начину решавања њиховог спора. Упутство суду за поступање у случају да тужилац поднесе тужбу суду, а тужени оспори надлежност суда због уговорене арбитраже, дају и ЗОА и Њујоршка конвенција.

Наиме, ЗОА прописује да се суд коме је поднета тужба у ствари која је предмет споразума о арбитражи оглашава ненадлежним и одбацује тужбу по приговору странке који мора да буде поднет пре упуштања у расправљање о предмету спора, осим ако утврди да је споразум о арбитражи очигледно ништав, да је без дејства или да га није могуће извршити. Њујоршка конвенција предвиђа да суд државе уговорнице, пред којим је покренута парница по неком питању о коме су странке закључиле арбитражни споразум, упућује странке на арбитражу на захтев једне од њих, осим ако установи да је уговор ништав, да је без дејства или неподобан за примену (*null and void, inoperative or incapable of being performed*).<sup>10</sup> Примећује се да ЗОА знатно прецизније даје инструкцију суду на који начин да поступа у истој ситуацији, што је и разумљиво с обзиром на то да је Њујоршка конвенција вишестрани међународни уговор који је настао преговорима између представника великог броја држава које имају и различите интенције приликом прецизнијег регулисања ових одредаба. Према ЗОА, последица покретања парнице пред судом и поред уговорене арбитраже је веома јасна – оглашавање ненадлежности и одбацивање тужбе. Упућивање на арбитражу је свакако логична последица и решења из ЗОА (иако закон то изричито не користи као формулацију, оглашавање ненадлежности и одбацивање тужбе је супсумирано под њу), а неспорно је и да суд пази

9 У овом случају може да се постави и питање захтева за накнаду штете коју је тужени претрпео покретањем судског поступка и поред уговорене арбитраже. Наиме, вођење паралелних поступака или вођење поступка пред судом док се не огласи ненадлежним, те накнадно покретање арбитражног поступка, могу да доведу до додатних (може се рећи и непотребних) трошкова (уколико се могу квантификовати) који су у узрочној вези са непоштовањем валидног арбитражног споразума. Вид. Nadja Erk-Kubat, *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, International Arbitration Law Library, Vol. 30, Kluwer Law International, 2014, 71.

10 Њујоршка конвенција, чл. 2 ст. 3. О ближим објашњењима термина „ништавог“, „без дејства“ и „неподобног за примену“ арбитражног споразума из Њујоршке конвенције, вид. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2001, 160; M. L. Moses, 31–33.

на постојање арбитражних споразума само по приговору странке, не и *ex officio*. Закон о парничном поступку налаже суду да се у случају апсолутне ненадлежности огласи ненадлежним, одбаци тужбу и укине све радње у поступку.<sup>11</sup> Знатан број одлука српских судова редовно користи овај члан о апсолутној (не)надлежности суда (некада и једино) за заснивање одлуке о својој (не)надлежности због уговорене арбитраже.<sup>12</sup>

Јасно је да ЗОА не оставља никакву дискрецију суду уколико оцени да је арбитражни споразум ваљан – он се мора огласити ненадлежним, те одбацити тужбу. Може се рећи и да постоји претпоставка ваљаности арбитражног споразума с обзиром на формулацију да се суд оглашава ненадлежним (и одбацује тужбу), *осим* ако не утврди да постоји ограничен број разлога да поступи супротно.<sup>13</sup> Имајући све ово у виду, питање од велике важности јесте колико је активна улога суда приликом процењивања да ли је арбитражни споразум ваљан. Имајући у виду да је општеприхваћено правило арбитражног права да арбитра имају овлашћење да сами одлучују о својој надлежности (доктрина *Kompetenz-Kompetenz*), те да постоји аутономија арбитражног споразума, увек би требало тежити да арбитражни суд о својој надлежности и одлучи. Уколико једна странка поднесе тужбу пред државним судом, овлашћење правосудног органа би требало да буде да само *prima facie* одреди да ли је арбитражни споразум ваљан, те да упути странке на арбитражу. Праву анализу и темељну оцену надлежности треба препустити арбитрама који ће одлучити да ли постоји ваљани арбитражни споразум који ту арбитражу овлашћује да о предметном спору, односно о меритуму решава.<sup>14</sup> Оправдање томе налазимо управо у нашем ЗОА,

11 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020, чл. 16.

12 Врховни касациони суд, Прев 137 од 11. 12. 2014. године; Врховни касациони суд, Прев 113, 29. 10. 2015; Врховни касациони суд, Прев 58/2016 од 6. 10. 2016. године; Форум судија Србије, *Приручник за примену Закона о парничном поступку*, Београд, 2017, 22.

13 О оваквом тумачењу погледати чл. 2 Њујоршке конвенције, где се сматра да је правни режим Конвенције наклоњен извршењу (арбитражне одлуке и арбитражног споразума), те и на претпоставци ваљаности (формалне и материјалне) арбитражних споразума, која се може оборити само уколико суд установи да постоји неки од ограниченог броја разлога за неваљаност арбитражног споразума. Вид. Међународни савет за трговинску арбитражу, Водич Међународног савета за трговинску арбитражу (ИККА) за тумачење Њујоршке конвенције из 1958. године, 2016, доступно на адреси: [https://www.arbitration-icca.org/media/6/38897457492242/judges\\_guide\\_serbian\\_final\\_online-cover.pdf](https://www.arbitration-icca.org/media/6/38897457492242/judges_guide_serbian_final_online-cover.pdf), 8. 4. 2020, 40.

14 У том смислу, интересантна је пресуда ВКС у којој се констатује да државни суд (у складу са чл. 7 ЗОА) може у вези арбитраже да предузима само оне радње које су изричито одређене тим законом. Стога, државни суд може само да испитује да ли су испуњени услови из чл. 10 ЗОА за ништавост арбитражне клаузуле, а не и

који предвиђа да се суд оглашава надлежним само ако су мањкавости споразума „очигледне“, те не улази у дубоку анализу и испитивање ваљаности истог.<sup>15</sup> Значајно је рећи и да Њујоршка конвенција предвиђа јасан приступ који фаворизује арбитражу (тзв. *pro-arbitration approach*), који треба да води судије (а сматра се да то и чини у судској пракси држава чланица) приликом одлучивања о (не)надлежности.<sup>16</sup> Такође, значајно је споменути и да ЗОА предвиђа да ако арбитражни суд о приговорима одлучи као о претходном питању, свака странка може у року од 30 дана од дана достављања одлуке да захтева од суда одређеног законом да одлучи о том питању, те је то поступак у ком суд има могућност да подробно испита надлежност арбитраже.<sup>17</sup>

Ипак, приликом примене члана 14 ЗОА, пре свега када странка која је поднела тужбу суду оспори да је ваљан арбитражни споразум који је приложио тужени, суд може доћи у различите дилеме, те бити у недоумици колика је линија између „очигледне“ неваљаности арбитражног споразума и дубоке анализе питања да ли је споразум ништав, без дејства или га није могуће извршити. Пред нашим судовима отворила су се интересантна питања у поступцима у којима је суд морао да решава на основу члана 14 ЗОА, те је донекле видљива борба између нижих и виших судова да ли је домаће правосуђе надлежно за решавање по тужби.

### **III Анализа судске праксе у материји решавања о апсолутној ненадлежности суда због подношења тужбе у ствари која је предмет споразума о арбитражи**

Даље излагање у раду биће према неколико кључних питања која су се јављала приликом одлучивања судова о својој (не)надлежности, с тим што ће посебна пажња, али не и искључива, бити посвећена одлукама Врховног касационог суда РС.

---

да ли су испуњени претходни услови за отпочињање арбитраже. Ову чињеницу цени сама арбитража по приговору странака. Вид. Врховни касациони суд, Прев 256/2017 од 23. 11. 2017. године.

- 15 Ово решење је предвиђено у нашем ЗОА у чл. 14, али се то не може рећи и за Модел закон (према којем је наш Закон о арбитражи руковођен), нити за Њујоршку конвенцију. Чак је приликом усаглашавања нацрта Модел закона одбијен предлог да се у чл. 8 придода и реч „очигледно“ и да се направи дефинитивно опредељење за ограничено испитивање од стране суда. Г. Кнежевић, В. Павић, 71–72.
- 16 Ово је важно због униформног тумачења и примењивања Њујоршке конвенције. N. Erk-Kubat, 71.
- 17 ЗОА, чл. 30 ст. 2.

## 1. Патолошке клаузуле и субјективна арбитрабилност спора

У решењу Врховног касационог суда Србије (у даљем тексту: ВКС) из 2015. године,<sup>18</sup> у којем је одлучивано о приговору ненадлежности Привредног суда поводом споразума о репрограмирању дуга, поставила су се два интересантна питања: способност странке да закључи арбитражни споразум и питање очекиване реакције суда на патолошку арбитражну клаузулу (ако се клаузула у овом случају тако уопште може назвати). Наиме, уговор о репрограмирању дуга закључен је са елементом иностраности у субјекту, односно закључили су га лиценцирани ФИФА агент из стране државе и српско спортско удружење. У уговору је предвиђено да је уговор сачињен у складу са ФИФА одредбама, те да су за спорове који настану из овог споразума надлежна релевантна тела ФИФЕ у складу са ФИФА одредбама. Привредни и Привредни Апелациони суд огласили су се апсолутно ненадлежним у складу са чланом 14 ЗОА смаграјући да су странке у спору на овај начин уговориле надлежност Арбитражног суда за спорт у Лозани, с обзиром на то да је странкама било познато да према правилима ФИФЕ по жалбама на одлуке тела ове асоцијације поводом статуса и трансфера играча одлучује наведени арбитражни суд. Нижестепени судови су сматрали да, иако одредба за решавање спорова у споразуму о репрограмирању дуга не садржи реч „арбитража“, да њена садржина јасно указује на намеру странака да искључе државне судове и да потенцијалне спорове решавају у арбитражном поступку, те су се огласили апсолутно ненадлежним и одбацили тужбу страног правног лица на основу члана 16 ЗПП и чланова 19 и 14 ЗОА (из ревизијске одлуке није јасна релевантност члана 19 ЗОА, док су члан 16 ЗПП и 14 ЗОА устаљени механизам који се користи приликом решавања по приговору ненадлежности). Насупрот томе, ВКС сматра да се ради о патолошкој клаузули, где није јасна воља уговорних страна да спор буде решен арбитражом. Проблем који види највиши суд је у томе што одредба споразума закљученог између уговорних страна „не садржи изричиту арбитражну клаузулу“.<sup>19</sup> ЗОА прописује да се споразум о арбитражи сматра закљученим и ако се странке у писаном уговору позову на друго писмено које садржи споразум о арбитражи (општи услови за закључење правног посла, текст другог уговора и слично) ако је циљ тог позивања да споразум о арбитражи постане саставни део уговора.<sup>20</sup> Оно што су утврдили нижестепени судови, а што се чини неспорно и ВКС-у, Правилник ФИФЕ (чију су меродавност изричито уговориле странке у главном уговору) као крајњу инстанцу

18 Врховни касациони суд, Прев 113 од 29. 10. 2015. године.

19 Врховни касациони суд, Прев 113 од 29. 10. 2015. године.

20 ЗОА, чл. 12 ст. 4.



предвиђа надлежност арбитраже у Лозани. Међутим, ВКС даље наводи на правило о територијалном важењу Закона о арбитражи<sup>21</sup> сматравши да је оно ограничено само на арбитражу и арбитражни поступак када је место арбитраже на територији Србије. Претпостављамо да је разлог помињања територијалне примене ЗОА учињено како се члан 12 став 3 тог закона не би ни разматрао.<sup>22</sup>

Према статуту ФИФЕ заиста је очигледно да је опште правило (како наводе нижестепени судови) да се спор решава арбитражом (може се чак рећи да је статутом забрањено да се спорови решавају судским путем).<sup>23</sup> Иако на крају одлуке ВКС даје смернице којима првостепени суд треба да се води приликом поновног решавања о приговору ненадлежности, те одвојено поставља питања стварне воље уговорних страна да спор повере арбитражи и способности странке, лиценцираног ФИФА агента као правног лица да такав споразум закључи, у централном образложењу одлуке посвећеном питању постојања арбитражног споразума то питање је везано управо за способност лиценцираног агента. Чини се да по мишљењу ВКС проблем код арбитражног споразума није толико неизречито изражена воља уговорних страна за арбитражно решавање спора, већ питање способности правног лица да такав споразум закључи. Ипак, и поред таквог образложења ВКС оставља да проблем стварне воље уговорних страна да уговоре арбитражу „лебди у ваздуху“ као будући терет предат на решавање првостепеном суду.

На крају одлуке ВКС напомиње да предметни спор јесте спор из члана 1 Закона о парничном поступку за који је прописана судска правна заштита, али да се судска заштита може искључити у случају уговора о арбитражном решавању спорова, под условом да се ради о уговореној арбитражној клаузули и могућности арбитрабилног решавања спора. Даље испитивање арбитрабилности у односу на природу и странке у поступку нижестепеном суду налаже да буде обављено према правилима

21 ЗОА, чл. 2 ст. 1 предвиђа: „Одредбе овог закона примењују се на арбитражу и арбитражни поступак када је место арбитраже на територији Републике Србије“.

22 И без примене чл. 12 ст. 4 ЗОА српски судови су прихватили такво правило. Вид. Решење Вишег трговинског суда, Пж. 13602/2005(1) од 26. 6. 2006. године у којем је суд навео да је посебно потребно нагласити да је уговор о арбитражи пуноважно закључен у погледу форме и када је садржан у општим условима за закључење правног посла (чл. 471 ЗПП), односно ако су општи услови саставни део основног правног посла (Правилник СТА, чл. 13 ст. 3). У конкретном случају није било спорно да се уговор састоји од више аката. Сам уговор се у чл. 6 позива на опште услове кредитирања који представљају сепаратни акт у коме је у тачки 25 садржана арбитражна клаузула.

23 Статут ФИФЕ (*FIFA Statutes*), доступно на адреси: <https://resources.fifa.com/image/upload/fifa-statutes-5-august-2019-en.pdf?cloudid=ggyamhxxv8jrdfbekrrm>, 8. 4. 2020, чл. 59 ст. 2.

Арбитражног суда за спорт. Тиме је суд покренуо интересантно питање меродавног права за арбитрабилност спора.<sup>24</sup> Ипак, могло би се рећи да тако нешто није требало да постане задатак нижестепених судова јер је арбитража више него овлашћена да сама одлучује о својој надлежности. ВКС је могао да прихвати мишљење нижестепених судова, те да *prima facie* анализом арбитражног споразума установи да арбитражни споразум постоји у складу са релевантним правилима чију су применљивост стране у уговору успоставиле. Даља питања о арбитрабилности спора, постојању стварне воље уговорних страна да закључе арбитражни споразум, те питање способности странака, била би решена од стране арбитраже у складу са правилом *Kompetenz-Kompetenz*.<sup>25</sup>

Поставља се питање да ли је клаузула из уговора о репрограмирању дуга уопште патолошка, те да ли је заиста потребно утврђивати стварну вољу уговорних страна да спор подвргну арбитражи. Патолошке клаузуле (*pathological or defective clauses*) су дефектни (манљиви) арбитражни споразуми који, у зависности од степена патологије, не пружају јасну перцепцију о томе шта су се стране у уговору договориле (категоризацију разлика у манљивом сачињавању клаузула Ајземан (*Eisemann*) описује као „црни музеј“ арбитраже).<sup>26</sup> Такве се мане могу односити на недоследност, несигурност или неоперабилност, те у најгорем случају могу резултирати тиме да се клаузула сматра неважећом.<sup>27</sup> Мотиви странака не морају бити усмерени на будуће осујећивање надлежности потенцијалне арбитраже, те могу више бити плод несмотрености странака.<sup>28</sup> У најмање пожељном сценарију (исто толико и ретком), може

24 За разматрања о меродавном праву за субјективну и објективну арбитрабилност спора, вид. Милена Петровић, „Међународна трговачка арбитража и међународно приватно право“, *Ревивија Којаоничке школе*, бр. 1/2019, 174–182.

25 Правило је успостављено и процедуралним правилима Арбитражног суда за спорт у Лозани (*CAS Code: Procedural Rules*), доступно на адреси: <https://www.tas-cas.org/en/arbitration/code-procedural-rules.html>, 8. 4. 2020, чл. 39 ст. 4.

26 Gary B. Born, Matteo Angelini, Carina Alcoberro Llivina, „Rethinking „Pathological“ Arbitration Clauses: Validating Imperfect Arbitration Agreements“, *Finances in International Arbitration: Liber Amicorum Patricia Shaughnessy* (eds. Sherlin Tung, Fabricio Fortese, Crina Baltag), Kluwer Law International, 2019, 36.

27 Daniel Girsberger, Pascal J. Ruch, „Pathological Arbitration Clauses: Another Lawyers' Nightmare Comes True“, *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* (eds. Stefan Michael Kroll, Loukas A. Mistelis, Viscasillas P. Perales, V. Rogers), Kluwer Law International, 2011, 126.

28 Ипак, с обзиром на то да се арбитражна клаузула закључује пре настанка спора (у периоду када се претпоставља да до спора неће ни доћи, већ да ће сарадња бити плодносна за обе стране), мане арбитражног уговора су више плод непажње уговорних страна него њихове воље управљене на ограничавање (може се рећи и осујећивање) арбитражне надлежности. У том смислу, вид. и Решење Вишег трговинског суда, Пж. 13602/2005(2) од 26. 6. 2006. године. Често се у теорији ар-

доћи и до ситуације да патологија арбитражне клаузуле буде таква да се суд сматра ненадлежним јер арбитражни споразум сматра валидним, док арбитража истовремено не може (јер сматра да не треба) да заснује своју надлежност јер има супротно становиште. Тада се странке сусрећу са својеврсним одбијањем правде (*denial of justice*) који се често помиње као могући проблем негативног сукоба међународне надлежности суда, али овог пута у светлу арбитражног и судског механизма решавања спорова.<sup>29</sup>

Има више врста патолошких клаузула, такозване „бланко клаузуле“,<sup>30</sup> клаузуле које упућују на непостојећу институцију, контрадикторне клаузуле и још многе друге. Без обзира на то, сматра се да се заједнички сет правила може примењивати на њихово валидирање.<sup>31</sup> Патолошке клаузуле осим што задају неприлике судовима, много чешће то чине арбитражама приликом одлучивања о њиховој надлежности. У даљем тексту биће изложен један случај који је спроведен пред Београдским арбитражним центром,<sup>32</sup> као потенцијална смерница судовима у њиховом даљем препознавању, решавању и поступању са патолошким клаузулама. Арбитар појединац је у складу са ЗОА и Правилником Београдског арбитражног центра<sup>33</sup> одлучивао о својој надлежности. Спор је проистекао из уговора о пружању консултантских услуга између енглеског и српског друштва. Енглеско друштво је тужбу због неисплаћене

битражне клаузуле називају „поноћне“ или „шампањ“ клаузуле с обзиром на тренутак њиховог састављања и (не)заинтересованост странака да квалитетно то питање реше. Више о разлозима, вид.: Г. Кнежевић, В. Павић, 61–62; М. L. Moses, 39–40.

29 Вид. Klaus Peter Berger, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, 3rd edition, Kluwer Law International, 2015, 280; Тибор Вараци, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, седамнаесто издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018, 486.

30 Мада бланко клаузуле (иако и оне могу бити проблематичне) могу бити без типичних облика патологије, већ само непотпуне из тог разлога што једино што се из њих може закључити јесте да су странке желеле да спор реше арбитражом. Пример бланко клаузуле: „За све спорове биће надлежна арбитража.“ Такође, код бланко клаузуле се често реферише на недостатак назначења броја арбитра и начина њиховог именовања. Вид. Emmanuel Gaillard, John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, 497, 525.

31 G. V. Born, M. Angelini, C. Alcoberro Llivina, 36.

32 Београдски арбитражни центар, редигована арбитражна одлука у предмету БАЦ 1–2015.

33 Правилник Београдског арбитражног центра – Београдска правила, доступно на адреси: <https://www.arbitrationassociation.org/beogradski-arbitrazni-centar/pravilnik/>, 16. 4. 2020.

уговорене цене за услуге поднело БАЦ-у на основу следеће арбитражне клаузуле:

„У случају да дође до спора из овог Уговора или у вези са њим, странке ће покушати да реше спор путем пријатељске консултације. Уколико спор не буде решен у разумном року, било које или сва спорна питања могу бити изнета на коначну и обавезујућу арбитражу у складу са законима Републике Србије. Одлука арбитра биће коначна и на основу ње може бити донета пресуда од стране Привредног суда у Новом Саду који је надлежан у Републици Србији.“<sup>34</sup>

Тужени у поступку није учествовао, те је арбитар утврдио да ће се поступак спровести и без његовог учешћа у складу са Београдским правилима<sup>35</sup> и да ће арбитар ценити и приговоре које је тужени могао да истакне, те и приговор ненадлежности који (што је вредно помена), по мишљењу арбитра постоји самим пропуштањем туженог да учествује у поступку.<sup>36</sup>

Арбитар је одлуку о својој ненадлежности у предметном спору засновао логиком која следи. Прво, утврдио је да су се странке неспорно определиле за арбитражно решавање спорова, односно да су дерогирале надлежност државних судова.<sup>37</sup> Даље, странке се нису договориле око тога да ли ће се њихов спор решавати пред институционалном или *ad hoc* арбитражом, те да у Србији постоје две институције које би долазиле у обзир за именовање арбитра (Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори и БАЦ).<sup>38</sup> Даље, покретање арбитраже пред БАЦ једностраним актом тужиоца нарушава једнакост странака.<sup>39</sup> Оно што је најважније, арбитар примећује да спорна арбитражна клаузула није нејасна, него непотпуна и да се у томе састоји кључни проблем.

У одлуци је сматрано да арбитражна клаузула која не одговара изричито на питање да ли је уговорена институционална или *ad hoc* арби-

34 Клаузула је у изворном облику на енглеском језику, као и цео уговор за пружање консултантских услуга.

35 Београдска правила, чл. 6 ст. 7.

36 Стога је арбитар констатовао да је овлашћен да о питању надлежности самостално одлучује на основу чл. 28 ст. 1 ЗОА и чл. 14 Београдских правила.

37 Треба поменути да у одлуци о надлежности ни у једном моменту није анализиран крај арбитражне клаузуле, где се предвиђа да ће се на основу коначне арбитражне одлуке донети пресуда од стране Привредног суда у Новом Саду који је надлежан у Републици Србији. Такође, није анализирано ни то што арбитражна клаузула гласи да стране „могу“ спор поднети арбитражи.

38 Још један проблем у предметном случају јесте што у моменту закључења арбитражне клаузуле БАЦ још није био основан. Вид. Одлука БАЦ 1–2015, пар. 39.

39 Одлука БАЦ 1–2015, пар. 40.

тража јесте више подобна да успостави надлежност *ad hoc* арбитраже,<sup>40</sup> поготово имајући у виду да се тужени није изјаснио о прихватању надлежности изабраног арбитра именованог од стране БАЦ-а. Заправо, у овом спору арбитар није сматрао да горенаведена патолошка клаузула, и поред своје непотпуности, не врши ваљано дерогирање надлежности редовног суда у корист арбитраже. Напротив, сматрао је да *ad hoc* арбитража заснована путем таквог арбитражног споразума може бити потпуно оправдана. Ипак, спорни арбитражни споразум није се могао тумачити ни на који начин тако да оправда надлежност арбитра именованог од стране БАЦ-а.

Да би арбитар сматрао да је надлежан, морао би да установи утврђивањем хипотетичке воље странака<sup>41</sup> да би странке, да су се договарале о томе, изабрале БАЦ као институцију која ће организовати арбитражу и изабрати арбитра. С обзиром на то да се овде, како се наводи у одлуци, ради о „бланко клаузули“ из које се само чита да је надлежна арбитража (али ништа више од тога), „оздрављење“ ове клаузуле на начин да доведе до надлежне арбитражне институције није могуће. У одлуци су разматрана два начела тумачења уговора: начело корисног ефекта и начело *contra preferentem*.<sup>42</sup>

Начело корисног ефекта, који је разматран приликом одлучивања, је прихваћен метод „оздрављења“ арбитражних клаузула и у теорији и у пракси.<sup>43</sup> Што се тиче судске праксе, Виши трговински суд у одлуци из 2006. године констатује да се тумачење нејасне арбитражне клаузуле ради утврђивања праве воље странака које су је закључиле да спор повере арбитражи најчешће у међународном арбитражном праву врши уз примену тзв. „принципа корисног ефекта“. Овај принцип полази од

40 Закључак арбитра је у складу са схватањем да одсуство одређења арбитражне институције пред којом ће се водити спор „обично представља јасну индикацију оптирања за *ad hoc* начин решавања спорова.“ Вид. Г. Кнежевић, В. Павић, 62.

41 Хипотетичка воља странака се утврђује према времену када је клаузула настала. Вид. Одлука БАЦ 1–2015, пар. 40. У предметном спору, с обзиром на то да институција није постојала у моменту закључења клаузуле, немогуће је претпоставити да су странке желеле, у моменту настанка клаузуле, ову арбитражну институцију.

42 Многа уговорна правила и начела се примењују на арбитражни споразум, јер се и он *per se* сматра двостраним уговором. Ј. Перовић Вујачић, 232; Решење Привредног апелационог суда, Пж. 11649/2010 од 31. 8. 2011. године: „Арбитражни споразум представља врсту уговора с обзиром на то да настаје сагласношћу воља уговорних страна, те стога, као и било који други уговор, може се правно оцењивати у погледу постојања сагласности воља.“

43 Примећује се да би ускраћивање ефекта наводно патолошким арбитражним споразумима било у супротности са Њујоршком конвенцијом и већином савременог арбитражног законодавства јер оно ускраћује дејство заједничких намера страна у погледу решавања њихових спорова. Вид. G. V. Born, M. Angelini, C. Alcoberro Livina, 37.

правила да двосмислену одредбу уговора треба схватити у смислу који јој даје извесно (можемо рећи пожељно) дејство и на тај начин установити (ако је могуће) да су странке хтеле да изузму надлежност државног суда, „што значи да се формира оборива претпоставка да је воља странака била да спорни однос расправе пред арбитражом“.<sup>44</sup> Даљи стандарди које треба пратити су, по схватању суда, схватање поштеност промета и општа правила тумачења уговора која предвиђа облигационо право.<sup>45</sup>

Слична схватања заступа и арбитар у одлуци БАЦ-а који је, пошавши од начела корисног ефекта, установио да арбитражни споразум о институцији за решавање спора не постоји, те се не може вршити тумачење „нечега што не постоји“.<sup>46</sup> У одлуци се позива и на начело *contra preferentem*, познато из члана 100 Закона о облигационим односима који предвиђа правило да у случају да је уговор закључен према унапред одштампаном садржају, или кад је уговор био на други начин припремљен и предложен од једне уговорне стране, нејасне одредбе тумаче се у корист друге стране.<sup>47</sup> Ипак, ни ово начело тумачења општег уговорног права није било могуће у предметном спору из најмање два разлога: није познато која је страна редиговала и понудила арбитражну клаузулу, те друго, она и даље остаје непотпуна, без икаквог споразума о арбитражној институцији.

Из разматране одлуке БАЦ-а и решења Вишег трговинског суда, које даје добре стандарде о принципу корисног ефекта приликом тумачења патолошких клаузула, можемо извести најмање неколико закључака који могу да буду будуће смернице судовима. Може се рећи да „оздрављењу“ патолошких клаузула увек треба тежити, али да „оживљавање“ арбитражне клаузуле није могуће јер се ни из чега не може стварати нешто. Када је „лечење“ арбитражне клаузуле могуће, примењујемо пре свега принцип корисног ефекта, али такође тражење хипотетичке воље странака можемо спроводити и путем општих начела уговорног права. „Бланко клаузуле“ саме по себи јесу патолошке, али оне чак и када су потпуно неупотребљиве да заснују надлежност арбитражне институције, могу бити потпуно способне да обавезу странке на *ad hoc* арбитражу.<sup>48</sup>

44 Решење Вишег трговинског суда, Пж. 13602/2005(2) од 26. 6. 2006. године.

45 *Ibid.*

46 Одлука БАЦ 1–2015, пар. 45.

47 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени лист РС*, бр. 18/2020.

48 У овом смеру иду и судови из других држава. Вид. *Hong Kong Court of First Instance, Lucky-Goldstar Int'l (HK) Ltd v. Ng Moo Kee Eng'g Ltd, Arbitration & Dispute Resolution Law Journal*, 1994, 49.

Осврнућемо се још кратко на анализу одлуке ВКС из 2015. године, односно на питање да ли је лиценцирани ФИФА агент био овлашћен да закључи арбитражни споразум. Наиме, по мишљењу ВКС дискутабилно је да ли према Правилима о посредницима за играче посредник као правно лице може да буде овлашћен да закључи споразум о репрограмирању дуга који садржи одредбу о решавању спорова.<sup>49</sup> Како суд наводи, у конкретном случају није утврђено да ли је посредник имао потребан капацитет за закључење споразума, те да ли се по правилима поступка пред Арбитражним судом за спорт у Лозани као странка може појавити правно лице или само лиценцирани агенти као физичка лица. Ако узмемо у обзир да се овде поставља питање да ли је посредник могао да закључи уговор о репрограмирању дуга, а да се арбитражни споразум посматра као одвојен од основног уговора (аутономија арбитражног споразума – *separability doctrine, separability presumption*),<sup>50</sup> те да је суд препознао да је потребно да се увиди да ли према уговореној арбитражи споразум јесте закључен и да ли се правно лице може појавити као странка, а на крају да непуноважност главног уговора не утиче *per se* на пуноважност арбитражног споразума (што проистиче из аутономије арбитражног споразума), долазимо до закључка да ни ово питање није требало препустити првостепеном суду на поновно решавање, већ *prima facie* надлежној арбитражи.

## 2. Објективна арбитрабилност спора

У одлуци ВКС из 2014. године суд је одлучивао о приговору ненадлежности истакнутог од стране Агенције за приватизацију (тужене стране) у спору који је покренуо Конзорцијум правних лица.<sup>51</sup> У уговору о продаји друштвеног капитала друштвеног предузећа у реструктурирању била је одређена арбитражна клаузула у којој се у случају спора прихвата надлежност Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије према правилима те арбитраже. Тужена агенција је 2009. године раскинула уговор на основу Закона о приватизацији, због чега је и тужилац покренуо спор. Првостепени суд се огласио апсолутно ненадлежним са позивом на члан 16 ЗПП (као што је раније наведено, неки судови се позивају само на овај члан и поред постојања ЗОА који специфичније

49 Иако је наведени споразум закључио посредник као правно лице, ради се о споразуму који је одвојен од споразума које је посредник закључивао у својој делатности вршења радња и услуга које је захтевао тужени, а које су везане за трансфер и професионални уговор једног играча.

50 ЗОА, чл. 28 ст. 2; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2014, 350; M. L. Moses, 18; Г. Кнежевић, В. Павић, 53–54.

51 Врховни касациони суд, Прев 137 од 11. 12. 2014. године.

регулише ово питање), док се другостепени суд позвао на члан 14 ЗОА, те потврдио одлуку првостепеног суда. ВКС није био задовољан одлуком, те је вратио предмет на поновно одлучивање како би се испитала арбитрабилност предметног спора поводом тужбеног захтева за утврђење да је уговор о продаји капитала на снази и да производи правно дејство, која по схватању ВКС није ни близу извесности.<sup>52</sup> Наиме, у својој одлуци највиши суд уочава да у нижестепеним поступцима није утврђено да ли је уговор о продаји друштвеног капитала друштвеног предузећа у реструктурирању арбитрабилан, а да се ради о сложеном уговору закљученом на основу јавноправних овлашћења Агенције за приватизацију, те да његова садржина има имовинскоправне и статусноправне елементе.

Приликом разматрања ове одлуке, потребно је анализирати једно питање, а то је оно које се односи на арбитрабилност приватизационих спорова. Наиме, ВКС је у разматраној одлуци осим уочавања сложености уговора, те његових имовинских и статусноправних елемената, препознао и да:

„те специфичности ограничавају примену општег режима уговорног права на све елементе уговора о продаји друштвеног капитала субјекта приватизације. Статусноправни елементи уговора о продаји друштвеног капитала регулисани су Законом о приватизацији и подзаконским актима о продаји друштвеног капитала у вези са релевантним одредбама Закона о привредним друштвима и тада важећег Закона о регистрацији привредних субјеката. Тим елементима уговорне стране не могу слободно располагати, па ни уговарати надлежност арбитраже јер је то супротно члану 5 став 1 Закона о арбитражи.“<sup>53</sup>

Закон о уређењу судова предвиђа да у споровима који произлазе из примене Закона о привредним друштвима, примене других прописа о организацији и статусу привредних субјеката, као и у споровима о примени прописа о приватизацији и хартијама од вредности, привредни суд суди у првом степену.<sup>54</sup> Иако овај члан може да створи дилему да ли је за

52 Према чл. 5 ст. 1 ЗОА, арбитража се може уговорити за решавање имовинског спора о правима којима странке слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда. На основу тога видимо да према ЗОА услов арбитрабилности има две компоненте: спор мора бити имовински о правима којима странке слободно располажу и спор не сме бити у искључивој надлежности суда. Вид. Г. Кнежевић, В. Павић, 51.

53 Врховни касациони суд, Прев 137 од 11. 12. 2014. године, 2–3.

54 Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 – одлука УС, 87/2018 и 88/2018 – одлука УС, чл. 26 ст. 1 тач. 3.



ове спорове уговорена искључива надлежност државног правосуђа, то не би требало да се дешава јер законодавац ту не користи реч „искључива“. Наиме, искључива надлежност суда је изузетак који постоји само онда када је изричито наведена.<sup>55</sup> Компанијске спорове, спорове поводом уговора о преносу удела и друга повезана питања, попут уговора из *mergers and acquisitions* трансакција, не можемо сматрати самим по себи неарбитрабилним.<sup>56</sup> Такође, исто би требало да важи и за продају друштвеног капитала друштвеног предузећа. Искључива надлежност судова за приватизационе спорове била би могућа да је законодавац то предвидео, али то се није десило, те не можемо сматрати да се ради о споровима који нису арбитрабилни због тога што само суд о њима може да решава.<sup>57</sup> Као образложење, ВКС у разматраној одлуци наводи да статусноправни елементи у приватизационим споровима који проистичу из уплетених закона представљају сегменте којима странке не могу слободно располагати, те ни уговарати арбитражу, јер би то било у супротности са чланом 5 став 1 ЗОА, мада не раздваја који су то статусноправни елементи а који имовински, о којима би се и по мишљењу суда могло решавати арбитражом. Ипак, у одлуци се наводи да се раније одвијао спор између истих странака поводом уговорне казне из истог уговора пред Спољнотрговинском арбитражом, због чега можемо да закључимо да је то чисто, или барем доминантно, имовински део уговора, односно део сложеног уговора који је подобан за арбитражу.

Из одлуке највишег суда није јасно који су то статусноправни елементи којима странке не могу слободно да располажу (те ни уговарати надлежност арбитраже), па је на овом месту потребно нагласи-

55 Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља предвиђа у чл. 47: „Искључива надлежност суда Републике Србије постоји кад је то овим или другим савезним законом изричито одређено.“ Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља – ЗМПП, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр., *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени лист РС*, бр. 46/2006 – др. закон.

56 У том смислу, закључак аутора који су разматрали арбитрабилност компанијских спорова, уговора о преносу удела и осталих повезаних питања у вези са чл. 7 Закона о привредним друштвима вид. у: Мирко Васиљевић, „Арбитражни уговор и интеркомпанијски спорови“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2018, 29–30; Јована Величковић, „Арбитражни споразум код уговора о продаји удела – три (спорна) питања у вези пуноважности“, *Право и њивреда*, бр. 4–6/2018, 490. Ипак, уколико је *mergers and acquisitions* трансакција структурирана на систему директног преноса имовине, а та имовина су непокретности на територији Републике Србије, може се сматрати да постоји искључива надлежност српског суда према чл. 56 ЗМПП. Вид. Стефан Јовановић, „Потенцијални проблеми арбитражних одлука у *mergers and acquisitions* трансакцијама“, *Правни животи*, бр. 11/2019, 499–500.

57 Владимир Павић, „Осврт на праксу Врховног касационог суда у арбитражној материји“, *Усклађивање њословној љрава Србије са љравом ЕУ (2019)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019, 377.

ти да чак и када су односи регулисани императивним прописима, то није препрека за уговарање арбитраже.<sup>58</sup> Неарбитрабилни су спорови у којима је друштвени интерес снажно изражен, али арбитража је подобан начин решавања спорова у којима су странке слободне и да закључе поравнање, те да тиме замене судску одлуку.<sup>59</sup> У складу са тим, Агенција за приватизацију је имовинским правима слободно располагала, те била компетентна да се и са купцима поравна у вези са споровима насталим из тог уговора.<sup>60</sup>

Ипак, може се рећи да ВКС има својеврсну потенцијалну еволуцију у схватању о арбитрабилности приватизационих спорова. Наиме, у једној одлуци из 2008. године заузима се „бланкетни став“ о неарбитрабилности приватизационих спорова.<sup>61</sup> У горе анализираној одлуци из 2014. године, неарбитрабилним се сматрају спорови из статусноправних питања који, по мишљењу суда, постоје због карактера закона који се примењују на њих, а у скорашњој одлуци из 2018. године (ради се о пресуди којом је поништена арбитражна одлука), питање арбитрабилности приватизационог спора између Агенције за приватизацију и страног конзорцијума није се ни постављало.<sup>62</sup>

#### IV Закључна разматрања

Из анализиране судске праксе можемо видети да судови и даље не поступају у арбитражној материји са великим самопоуздањем. Присутна су лутања, те препирка између нижих судова и највишег суда у погледу важних питања. *Simta simtagim*, делује да су нижестепени судови више вољни да спор препусте на решавање арбитражи онда када тужени поднесе приговор њихове апсолутне ненадлежности, док Врховни касациони суд, приликом решавања по ревизији, бива више заинтересован да отвори питање пуноважности арбитражног споразума, те да преда одређене смернице првостепеном суду приликом поновног решавања.

58 Г. Кнежевић, В. Павић 51. Присутан је развој схватања о арбитрабилности спорова у различитим областима, као што су спорови о заштити конкуренције, интелектуалне својине, пореза... Вид. Марко Јовановић, „О неким разликама између трговинске и инвестиционе арбитраже“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018, 346; Дијана Марковић Бајаловић, „Арбитрабилност спорова из права конкуренције *ratione materiae*“, *Правни живоић*, бр. 11/2019, 379.

59 Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, 573.

60 В. Павић, 377.

61 Анализа доступна у: В. Павић, 372.

62 Врховни касациони суд, Прев 37/2018. О анализи те одлуке, вид. Мирко Васиљевић, „Арбитража без арбитражног уговора (директног или индиректног)“, *Право и привреда*, бр. 10–12/2019, 17–20.

Решење овог проблема можемо тражити на неколико нивоа. Судови би приликом тумачења важећег Закона о арбитражи требало да консултују хармонизована тумачења и сакупљену светску судску праксу у различитим коментарима, те стручној и научној литератури у области међународног права. На тај начин ће допринети уједначеном тумачењу у материји арбитраже која је нужна због њеног међународног значаја, што је и био циљ преузимања једног глобално прихваћеног сета правила.

Законодавац такође може прецизније регулисати одређена питања, јер многа од њих, као што је на пример питање арбитрабилности, скоро искључиво почивају на развоју судске праксе, што показују и промењена схватања о арбитрабилности појединих врста спорова који су раније традиционално били неподобни за арбитражу.

И на крају, странке морају обратити пажњу приликом закључивања арбитражног споразума, како би предупредиле различита спорења око његове пуноважности, те и постојања. Проблем је посебно истакнут када су у питању патолошке клаузуле, али је значајан и у погледу других питања.

### Коришћена литература

- Berger Klaus Peter, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, 3rd edition, Kluwer Law International, 2015.
- Born Gary B., Angelini Matteo, Alcoberro Llivina Carina, „Rethinking „Pathological“ Arbitration Clauses: Validating Imperfect Arbitration Agreements“, *Finances in International Arbitration: Liber Amicorum Patricia Shaughnessy* (eds. Sherlin Tung, Fabricio Fortese, Crina Baltag), Kluwer Law International, 2019.
- Born Gary B., *International Commercial Arbitration*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2014.
- Варади Тибор, Бордаш Бернадет, Кнежевић Гашо, Павић Владимир, *Међународно приватно право*, седамнаесто издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018.
- Васиљевић Мирко, „Арбитража без арбитражног уговора (директног или индиректног)“, *Право и привреда*, бр. 10–12/2019.
- Васиљевић Мирко, „Арбитражни уговор и интеркомпанијски спорови“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2018.
- Величковић Јована, „Арбитражни споразум код уговора о продаји удела – три (спорна) питања у вези пуноважности“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018.

- Gaillard Emmanuel, Savage John, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.
- Girsberger Daniel, Ruch Pascal J., „Pathological Arbitration Clauses: Another Lawyers’ Nightmare Comes True“, *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* (eds. Stefan Michael Kroll, Loukas A. Mistelis, Viscasillas P. Perales, V. Rogers), Kluwer Law International, 2011.
- Erk-Kubat Nadja, *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, International Arbitration Law Library, Vol. 30, Kluwer Law International, 2014.
- Јовановић Марко, „О неким разликама између трговинске и инвестиционе арбитраже“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018.
- Јовановић Стефан, „Потенцијални проблеми арбитражних одлука у *mergers and acquisitions* трансакцијама“, *Правни живои*, бр. 11/2019.
- Кнежевић Гашо, Павић Владимир, *Арбитража и АДР*, Београд, 2009.
- Марковић Бајаловић Дијана, „Арбитрабилност спорова из права конкуренције *ratione materiae*“, *Правни живои*, бр. 11/2019.
- Moses Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge, 2008.
- Павић Владимир, „Осврт на праксу Врховног касационог суда у арбитражној материји“, *Усклађивање њословној љрава Србије са љравом ЕУ (2019)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019.
- Перовић Вујачић Јелена, „Обавезе арбитра у међународној трговачкој арбитражи“, *Правни живои*, бр. 11/2019.
- Петровић Милена, „Међународна трговачка арбитража и међународно приватно право“, *Ревија Кољаоничке школе*, бр. 1/2019.

**Stefan JOVANOVIĆ**  
Graduate student instructor and master student at the  
University of Belgrade Faculty of Law

## **RESOLUTION ON COMPLAINT OF JURISDICTION FOR CONTRACTUAL ARBITRATION IN JUDICIAL PRACTICE**

### **Summary**

*It is important to be considered in which way is allocated the jurisdiction between a domestic court and an arbitral tribunal and how to resolve the conflict of competence. Arbitral proceeding will only be allowed in case it is based on a valid and effective arbitration agreement. Nevertheless, judicial power to review arbitral jurisdiction has to be restricted. Excessive court's intervention in arbitration undermines both party autonomy and the efficiency of arbitration and can cause relinquishment of the right to arbitrate. Indeed, it is not uncommon that a court's jurisdiction is invoked by a claimant as a dilatory tactic, however, a party can be noncommittal about arbitration, simply observing an arbitration agreement as null and void, inoperative or incapable of being performed. If a party commences a court proceeding, the party insisting on the enforcement of the arbitration agreement can invoke the parties' agreement to arbitrate as a defense before the national court. If the respondent fails to file a plea before making submissions on the merits the domestic court's lack of jurisdiction is healed. In case that defendant provides arbitration agreement, there is a presumption that the arbitration is competent, unless it is evident that agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed. The role of the domestic court in this proceeding has to be limited and restricted. In Serbia, the protective barriers between arbitration and national court systems are the New York Convention and Serbian Law on Arbitration. Domestic courts have frequently been in a position to rule on the objection of lack of jurisdiction, and this paper analyzes how the courts dealt with conflict of competence. Several following issues have been identified, issues that the commercial courts and the Serbian Supreme Court of Cassation had to address in order to decide on the validity of the arbitration agreement. Furthermore, due to the fact that one of the main goal in the arbitration field is the harmonization of the laws as well as the case law, the author provides some guidelines and conclusions so that the Serbian courts can more confidently respond to these challenges.*

**Key words:** *Arbitration. – Court. – Jurisdictional Plea. – Jurisdiction. – Case Law. – Arbitration Agreement. – Arbitrability. – Capacity of Parties to Conclude Arbitration Agreement. – Pathological Clauses.*

Датум пријема рада: 20. 4. 2020.

Датум прихватања рада: 17. 5. 2020.