

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Поништај арбитражне одлуке

(мастер рад)

Ментор
Проф. др Дејан Јанићијевић

Студент
Нина Јовановић
Број индекса:М021/14

Ниш, 2017.

САДРЖАЈ

I УВОД	1
II КОНТРОЛА АРБИТРАЖНЕ ОДЛУКЕ У ПОСТУПКУ ПО ТУЖБИ ЗА ПОНИШТАЈ.....	4
1. Разлози за поништај арбитражне одлуке	8
1.1. <i>Непуноважност или непостојање арбитражног споразума</i>	9
1.2. <i>Повреда начела контрадикторности</i>	11
1.3. <i>Прекорачење надлежности у погледу предмета одлучивања</i>	14
1.4. <i>Нерегуларности приликом конституисања арбитражног суда</i>	16
1.5. <i>Арбитрабилност</i>	18
1.6. <i>Повреда јавног поретка</i>	20
III МЕЂУНАРОДНИ ИЗВОРИ ПРАВА.....	22
1. Женевски споразуми	22
2. Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. године	23
3. Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи из 1961. године....	24
4. УНЦИТРАЛ Модел закон о арбитражи из 1985. године	27
IV КОНТИНЕНТАЛНИ ПРАВНИ СИСТЕМ	29
1. Српско право.....	29
2. Француско право.....	32
3. Швајцарско право	33
4. Немачко право	36
V COMMON LAW ПРАВНИ СИСТЕМ.....	38
1. Америчко право.....	38
2. Енглеско право	40
VI ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ПОНИШТАЈА АРБИТРАЖНЕ ОДЛУКЕ	43
1. Признање и извршење арбитражне одлуке поништене у земљи порекла.....	43
2. Арбитражни споразум након поништаја арбитражне одлуке	51
VII ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА.....	54
ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ.....	56
ПОПИС ОСТАЛЕ ИСТРАЖИВАЧКЕ ГРАЂЕ	58
ЕЛЕКТРОНСКИ ИЗВОРИ.....	59
САЖЕТАК И КЉУЧНЕ РЕЧИ.....	60
SUMMARY AND KEY WORDS.....	61
БИОГРАФИЈА АУТОРА.....	62

I УВОД

Арбитража је начин решавања спорова у коме су се странке сагласиле да спор повере трећем независном лицу-арбитру, који ће применом права изабраног од странака, у арбитражном поступку, донети коначну и обавезујућу одлуку за странке.

Слобода у избору арбитра и права које ће се применити у конкретном случају, поверљивост, прилагодљивост потребама странака и брзина поступка су предности арбитраже у односу на судски поступак, због којих она постаје све популарнија и препознатљива као успешан механизам за решавање спорова. “Ово се посебно односи на међународне трговинске арбитраже код којих међународна правила и институције са запаженим успехом обезбеђују поштен, неутралан, стручан и ефикасан механизам за решавање тешких, међународних спорова.”¹

Арбитража се често описује као алтернативни метод решавања спорова, тј као замена судском поступку пред државним судовима. Међутим, мора се приметити да арбитража не би достигла овакав успех и популарност да није било подршке судова и других државних орган. Слобода уговарања у арбитражном поступку, ипак, није неограничена, већ иста зависи од националних правних система.

Арбитража није једини изборни метод за решавање спорова ван суда, пошто се спорови међу странкама, по њиховом избору могу решити медијацијом или преговорима, али је она у предности испред наведених алтернативних метода јер је слична судском поступку, а одлуке су обавезујуће за странке и подлежу судској контроли, што није одлика других алтернативних метода.

“Ефикасна арбитража подразумева напетост између ривласких циљева- коначности и праведности. Ослобођење арбитражне одлуке од судске контроле промовише коначност,

¹ Катарина Јовичић, Преиспитивање одлука међународних трговинских арбитража у поступку поништења, Институт за упоредно право, Монографија, Београд, 2009. стр. 9

док побољшање поштења захтева одређену меру судског надзора. Победник у арбитражи тражи коначност одлуке, док губитник жели пажљив судски надзор сумњиве одлуке.”²

Управо ова два појма, коначност као особина одлуке која искључује могућност жалбе и праведност као израз остваривања правде, довели су до конституисања института поништаја арбитражне одлуке који се остварује нападањем арбитражне одлуке тужбом за поништај пред судовима државе у којој је одлука донета.

Странке поверавају свој спор арбитражи, користећи њене погодности, а заузврат добијају коначну и обавезујућу одлуку која одговара пресуди у судском поступку. Коначност одлуке је у интересу странке која је добила спор и она је један од разлога за поверавање спора арбитражи и избегавање дугих и исцрпљујућих поступака пред судовима који трају дуги низ година како би се стигло до правноснажне пресуде која више не може да се напада жалбом.

Како у арбитражном поступку, као и у сваком другом поступку у коме се решавају спорови настали међу странкама, може доћи до одређених грешака, сви правни системи, па и наш, предвиђају контролне мере ради отклањања истих.

Испитивање правилности арбитражних одлука врши се у два поступка. Један је поступак признања и извршења арбитражне одлуке, који се спроводи када се тражи извршење арбитражне одлуке у земљи различитој од земље у којој је она донета. У овом поступку противник странке која тражи извршење може се позвати на одређене разлоге, и уколико су они испуњени, спречити признање и извршење одлуке. Други поступак је поступак поништаја арбитражне одлуке, када странка незадовољна арбитражном одлуком сматра да је при њеном доношењу било неправилности и тражи да се она из одређеног разлога поништи.

Разлози поништаја и разлози одбијања признања су готово идентични, па се закључује да се тиме желела постићи одређена стабилност у погледу опстанка једне одлуке и могућности предвиђања њене судбине. И поред напред наведених контролних механизма за отклањање неправилности у арбитражном поступку може доћи до тога да поништена

² William W. Park, Why Courts Review Arbitral Awards, *Festschrift für Karl-Heinz Bockstiegel* 595, 2001., стр. 596

арбитражна одлука буде у другој држави призната и извршена, што све указује на потребу рада на унификацији ове области, како на регионалном тако и на глобалном нивоу.

С обзиром на све већу примену арбитраже у решавању међусобних спорова и потребу уједначавања арбитражног поступка на регионалном и глобалном нивоу, овај рад се бави институтом поништаја арбитражне одлуке, разлозима који чине једну арбитражну одлуку ништавом, решењима у међународним изворима, али и у домаћем и упоредном праву, те правним последицама самог поништаја које утичу на арбитражну одлуку и арбитражни споразум који јој је претходио.

II КОНТРОЛА АРБИТРАЖНЕ ОДЛУКЕ У ПОСТУПКУ ПО ТУЖБИ ЗА ПОНИШТАЈ

“Питања везана за поништај арбитражне одлуке су међу најтежим за уређивање у модел закону“³.

Већ овај закључак из Извештаја Комисије УН о међународном трговинском праву, који је претходио доношењу УНЦИТРАЛ Модел закона, говори нам о комплексности материје која је пред нама, те о тешкоћама које су се јавиле већ у самом регулисању правних правила која су основа уређења питања везаних за право странке да захтева поништај.

Основ за разматрања у овом делу рада биће управо решења предвиђена у УНЦИТРАЛовом Модел закону, јер су она прихваћена у највећем броју модерних арбитражних закона и као таква су најрепрезентативнија за анализу овог института.

Предмет поступка по тужби за поништај арбитражне одлуке је арбитражна одлука за коју странка сматра да има неки недостатак. Арбитражну одлуку можемо одредити као одлуку арбитра о спору који су странке арбитражним споразумом повериле арбитражном суду и коју је исти донео након одржаног арбитражног поступка. Одлука арбитражног суда је аналогна пресуди у поступку пред државним судом. Она може да садржи одлуку о правним питањима, о фактичким спорним питањима или о правима и обавезама странака. Њена битна одлика је да има снагу коначне одлуке и као таква је у меритуму обавезујућа за странке и има дејство пресуђене ствари између њих, што значи да предмет спора не може опет бити предмет расправе пред судом нити арбитражом.

Нема општеприхваћене дефиниције арбитражне одлуке. Од међународних извора права Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука „под арбитражним одлукама подразумева не само одлуке које донесу арбитраи наименовани за одређене случајеве него и оне које донесу стални арбитражни органи којима су се странке

³ Report of the United Nations Commission on International Trade Law: A/CN.9/207, Yearbook Volume XII: 1981, para.107 доступно на : https://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1981-e/yb_1981_e.pdf

подвргле“⁴. Домаћи Закон о арбитражи одређује да „арбитражни суд доноси одлуку о предмету спора којом решава о свим захтевима странака(коначна арбитражна одлука)“⁵.

Поред коначне арбитражне одлуке којом се решавају сва спорна питања између странака, арбитражни суд може донети и делимичну одлуку којом се решавају питања зрела за решавање, али не и сва питања из спорног односа; привремену или међуодлуку која не представља коначно решење спора; одлуку на основу поравнања странака; одлуку због изостанка али уз поштовање права странке да буде саслушана и уз обавезу да странке буду једнако третиране; допунску одлуку коју доноси уколико је пропустио да реши о неком питању а странке у одређеном року поднесу захтев за доношење допунске одлуке.

Арбитражна одлука може бити донета у унутрашњој или међународној арбитражи, па тако разликујемо домаћу и међународну арбитражну одлуку.⁶ У неким правним системима, законом којим се уређује арбитражу не прави се разлика између унутрашње и међународне арбитраже, већ се на сваку арбитражу са седиштем у тој држави примењују иста правна правила⁷. Ова разлика ће у тим држава доћи до изражаја уколико применом националног закона или међународног документа (Њујоршка конвенција о признању и извршењу стране арбитражне одлуке из 1958. године) међународна арбитражна одлука буде предмет поступка признања и извршења стране арбитражне одлуке. У другим државама није довољна чињеница да се арбитража одржава са седиштем у тој држави већ и да ли постоји неки страни елемент у спору који је поверен арбитражи да би се одредило која ће се правна правила примењивати. Тако ће се на арбитраже које решавају чисто домаће спорове применити једна, а на спорове са страним елементом друга правила⁸. Такође, имамо и националне правне системе који имају заједничке одредбе за унутрашњу

⁴ Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука члан 1 став 2

⁵ Закон о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006

⁶ Међународна арбитража је чланом 1 Закона о арбитражи РС одређена као арбитражно решавање спора са страним елементом.

⁷ Аустрија, Белгија, Чешка, Данска, Енглеска и Велс, Естонија, Финска, Немачка, Мађарска, Ирска, Италија, Летонија, Литванија, Норвешка, Пољска, Португалија, Шкотска, Словачка, Словенија, Шпанија и Шведска.

⁸ Бугарска, Кипар, Француска, Грчка, Малта, Румунија и Швајцарска.

и међународну арбитражу, али предвиђају и неке изузетке када је реч о међународној арбитражи.⁹

Када говоримо о могућности нападања арбитражне одлуке, странци стоје на располагању практично две опције. Прва, да се поступку признања и извршења арбитражне одлуке иницираном од друге стране противи, или друга да не чека до до те ситуације дође већ да подношењем тужбе за поништај суду државе у којој је одлука донета, као другог правног средства које стоји незадовољној странци на располагању, доведе у питање правилност арбитражне одлуке.

Коначност јесте једна од примарних користи арбитражне одлуке и у том смислу она не би требало да буде предмет контроле. Ово је главна разлика између арбитражне одлуке и одлуке државног суда, јер за разлику од пресуда првостепених судова, арбитражне одлуке се не могу побијати жалбом чак иако постоје неке уочљиве грешке.

Објашњење ове особине лежи у самој структури арбитраже: када дође до арбитражног споразума, странке се одричу њиховог права да се обрате државном суду у корист јурисдикције арбитражног суда. Можемо рећи чак и да би сама воља странака да повере решавање спора арбитражи била доведена у питање када би знали да одлука којом је решен њихов предмет може поново бити предмет разматрања пред државним судом. Такође проширена судска контрола меритума одлуке би била неспојива са идејом арбитраже као брзе методе решавања спорова; уколико би арбитражна одлука могла да се напада жалбом из истих разлога као и пресуда државних судова, то би довело до тога да странке морају да чекају дуго док не дођу до пресуђене ствари у њиховом предмету, имајући у виду дужину трајања поступака пред државним судовима.

Ово не значи да арбитражна одлука не може бити предмет испитивања, сасвим супротно, сви национални правни системи предвиђају ограничене разлоге за тужбу против арбитражне одлуке. Ипак, може се приметити да су ови разлози доста ужи у односу на разлоге предвиђене за побијање пресуде у парничном поступку, јер они не залазе у

⁹ У Швајцарској, Белгији, Шведској и Француској постоје сличне одредбе, које предвиђају право странака да споразумно искључе право на поништај арбитражне одлуке. Услов је да се ради о странкама које нису држављани ових држава и немају пребивалиште ни боравиште у њима. На овај начин се ове државе промовишу као седиште за ефикасно решавање спорова.

меритум арбитражне одлуке о самом спору, већ се фокусирају на специфичне процесне грешке, у случају чијег постојања се одлука мора поништити. УНЦИТРАЛ Модел Закон представља пример за овакав приступ и многе државе су под утицајем ових правила донеле и националне законе који уређују арбитражу као и поништај арбитражне одлуке.

Из процедуралних разлога се арбитражна одлуке може нападати (са додатком повреде јавног поретка) у следећим државама: Аустрија, Белгија, Бугарска, Хрватска, Чешка, Данска, Естонија, Финска, Француска, Немачка, Грчка, Мађарска, Ирска, Литванија, Норвешка, Пољска, Португалија, Румунија, Словачка, Словенија, Шпанија, Шведска и Швајцарска.

Поред ових традиционално процесних разлога, неки национални системи додају и материјалне разлоге, на пр разлоге за тужбу који се односе на меритум одлуке коју је донео арбитражни суд. Ипак, чак и када постоји овакво решење могућност тужбе је ограничена и углавном не укључује грешке у погледу утврђивања чињеница(*errores in facto*).

Неки правни системи дозвољавају странкама могућност да нападају арбитражну одлуку на основу погрешне примене права(*errores in iure*): то је случај са Енглеском и Велсом. Ипак, странке могу арбитражним споразумом ограничити право на тужбу по том основу. Даље, тужба се може поднети из овог разлога само уз сагласност свих странака или уз дозволу суда. Дозвола суда је могућа само у одређеним ситуацијама. Погрешна примена права мора се односити на право Енглеске и Велса, или право Северне Ирске за суд у Северној Ирској. Додатно, члан 69 став 2 Закона о арбитражи, предвиђа да суд мора наћи да ће одлука о спорном питању битно утицати на једну или више странака; да се ради о спорном питању које је поверено арбитражном суду на одлучивање; да је одлука арбитражног суда очигледно погрешна; да се ради о спорном питању од општег јавног значаја и да је одлука арбитражног суда доведена у озбиљну сумњу; и да је и поред одлуке странака да спор буде решен путем арбитраже, имајући у виду све околности, праведно и исправно, да суд реши то питање. Иако енглески Закон о арбитражи предвиђена могућност тужбе због погрешне примене права, успешне тужбе су ретке.

Слично решење је усвојено и у Шкотској, где закон предвиђа не обавезну тужбу на основу шкотског права.

У Италији, тужба због повреде права је могућа само уколико су странке то изричито предвиделе у свом арбитражном споразуму.

Малта, је у овом погледу изузетак, јер предвиђа могућност тужбе под одређеним ограничењима и на основу чињеница и на основу права.

1. Разлози за поништај арбитражне одлуке

До 80их година су закони који уређују арбитражу широм света садржали различите основе за поништај арбитражне одлуке. То се променило доношењем УНЦИТРАЛ Модел закона 1985. године. Модел закон је доста успешан и примењен је као узор за уређење арбитраже у више од 60 држава, укључујући и српски Закон о арбитражи из 2006. године на који је такође извршио позитиван утицај. Модернизација арбитражног права у другим државама је углавном у складу са Модел законом. Из тог разлога ћемо разлоге за поништај проучити у оквиру оних које предвиђа Модел закон, а то су следећи:

1) уколико не постоји пуноважност арбитражног споразума-што укључује сагласност воља, писану форму, садржину споразума, предмет споразума.

2) повреда начела контрадикторности-једнак третман странака и омогућавање странке да се изјасни

3) прекорачење надлежности у погледу предмета одлучивања-одлуком је одлучено више од онога што је поверено арбитрама или је пак одлучено о питањима која нису поверена арбитрама на одлучивање

4) нерегуларности приликом констутисања арбитражног суда- повреда правила приликом конституисања арбитражног суда, недостатак непристрасности и независности арбитра

5) непостојање арбитрабилности - подобности спора да буде решен у арбитражи

6) повреда јавног интереса-повреда основа морала и правде седишта арбитраже

Иако су разлози за поништај арбитражне одлуке садржани у члану 34 став 2 скоро идентични разлозима за одбијање признања и извршења предвиђеним у члану 36 став 1, ипак постоји једна практична разлика коју можемо приметити. Тужба за поништај се може поднети само суду у држави у којој је одлука донета, док захтев за извршење може бити поднет суду било које државе. Тако да ће приликом тумачења основа везаних за повреду јавног поретка и неарбитрабилности спора постојати разлике у зависности од права које суд примењује (у држави поништаја или држави извршења).

“Битно је такође нагласити и да је, када је реч о разлозима на које суд пази по захтеву странке, странка дужна да у току самог арбитражног поступка приговори таквим неправилностима, јер у супротном неће моћи да их истиче као разлог у тужби за поништај. У том случају, принцип *venire contra factum proprium* спречава да странка прећути одређени процесни пропуст како би, ако не буде одлучено у њену корист, сачувала „муницију” за напад на одлуку у поступку поништаја.”¹⁰

1.1. Непуноважност или непостојање арбитражног споразума

“Арбитражни уговор је такав акт којим се уговорне стране обавезују да спор имовинско-правне природе који је настао или може настати из њиховог правног односа, који спада у домен међународних трговинских односа, уговорних или вануговорних, повере на решавање и одлучивање, од њих изабраној арбитражи.”¹¹ Ово је један начин дефинисања арбитражног споразума, који се осим у форми уговора може јавити и у облику арбитражне клаузуле, што је и чешћи случај.

Основ арбитражног решавања спора јесте претходно постојање арбитражног споразума странака о заснивању надлежности арбитражног суда у погледу одређеног спора. Тако да уколико нема овог споразума нема ни овлашћења арбитра да реше спор.

Арбитражни споразум, односно арбитражна клаузула морају имати одређене карактеристике како би били пуноважани.

¹⁰ Гапо Кнежевић, Владимир Павић, Арбитража и адр, Београд, 2013

¹¹ Јелена Перовић, Уговор о међународној трговинској арбитражи, Београд: Службени лист СРЈ, 2002, стр. 42

Можемо приметити да су то услови који се иначе траже за закључивање уговора у облигационом праву. Пре свега странке морају имати уговорну способност, односно бити правно и пословно способне. Затим, споразум о арбитражи мора бити резултат изричитих, јасних, слободних и сагласних изјава воље странака. Не сме бити мана воље странака, изјава воље не сме бити дата под принудом, преваром или услед битне заблуде. Предмет арбитражног споразума мора бити одређен, односити се на спор из одређеног правног односа странака, а не може се односити уопштено на све спорове одређених странака. Последњи услов јесте писмена форма арбитражног споразума, коју предвиђају и Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука¹² и УНЦИТРАЛ Модел закон¹³. Већина националних правних система захтева услов писмене форме, међутим не тумаче сви исто овај захтев. Уколико најшире схватимо писмену форму арбитражног споразума, прихватићемо да је арбитражни споразум пуноважан ако је:

-сачињен у писаној форми на папиру и потписан од стране уговорница и представља један документ

-настао кроз размену писама, телеграма, телефакса или других средстава комуникације која пружају доказ о насталом споразуму

-резултат размене тужбе и одговора на тужбу, где се једна страна позива на постојање арбитражног споразума, а друга страна не приговара његовом постојању

-постоји одредба уговора која упућује на арбитражну клаузулу која се налази у другом документу, уколико је уговор у писаној форми и уколико је одредба таква да се арбитражна клаузула може схватити делом уговора¹⁴

Углавном се захтева и потпис странака, међутим постоје и национални закони који овај услов сматрају застарелим, па га не повезују са пуноважношћу арбитражног споразума¹⁵.

¹² Конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. године, члан II, став 2

¹³ УНЦИТРАЛ Модел закон, члан 7, тачка 2

¹⁴ Услови предвиђени у United Nations Conference on Trade and Development, Dispute settlement, International Commercial Arbitration, 5.2 The Arbitration Agreement, United Nations, New York and Geneva, 2005, стр. 21-22, доступно на : http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add39_en.pdf

Још један услов пуноважности је арбитрабилност спора, али како арбитрабилност представља посебан разлог за поништај о њему ћемо писати касније.

1.2. Повреда начела контрадикторности

Ово је основно начело, изражено латинском сентенцом *audi alteram partem*, које захтева да свакој странци мора бити дата фер и разумна шанса да изнесе свој став и да одговори на тврдње друге стране.

Како би се странци омогућило да учествује у арбитражи, потребано је да она буде обавештена о самој арбитражи као и о именовану арбитра. Такође потребно је омогућити јој да се изјасни, што значи да је потребно да буде уредно позвана. Међутим, овде се поставља питање по ком праву се утврђује да ли је достављање позива и обавештења странци било у складу са законом. Имајући у виду да странке бирају арбитражу, управо због неформалнијег начина њеног вођења и бржој и ефикаснијој процедури од судске, потребно је и ова правила тумачити у том духу. „Стога при процени да ли је странка обавештена о поступку и именовану арбитра суд треба да размотри да ли је обавештавање било у складу са прописима које су странке евентуално уговориле као меродавне, а не према стандардима који важе за парнични поступак. Такође, меру у којој је у поступку остварено начело контрадикторности суд не треба да цени кроз призму парнице, већ имајући у виду да су странке оптирале да свој спор реше у неформалнијој и релаксиранијој атмосфери, те да су арбитрама дале шира овлашћења како да спор што ефикасније окончају. Коначно, у арбитражном поступку (као и у парничном) пропусти у обавештавању (достављању) нису сами по себи разлог за поништај, већ се цене са становишта ефеката које су проузроковали.”¹⁵

Повреда овог начела је у вези са обавезом предвиђеном чланом 18 Модел закона која обавезује на једнак третман странака, као и обавезом да свака странка има право на презентовање свог случаја. Принципи предвиђени овим начелом се протежу кроз цео арбитражни поступак и кршење неког од њих може довести до поништаја одлуке по тужби незадовољне стране.

¹⁵ Енглески Закон о арбитражи из 1996. године, члан 5 став 2 тачка а предвиђа да се сматра да је споразум сачињен у писаној форми, без обзира да ли је потписан од стране странака или не.

¹⁶ Гашо Кнежевић, Владимир Павић, Арбитража и адр, Београд, 2013

Пример из швајцарске судске праксе нам показује један начин тумачења повреде права странке да изнесе свој став у арбитражном поступку.

Спор је настао између агента шпанских играча Хосе Игнацио Ургијо Гоитија и бразилског играча Лидсон Силва Муниза. Гоитија је пореклом из Шпаније и имао је ФИФА лиценцу. Лидсон је имао пребивалиште у Португалу. 2003. године Гоитија и Лидсон су закључили уговор којим је Гоитије стекао ексклузивно право да штити Лидсонова права на европском тржишту. 2003. године Спортинг Лисабон је ангажовао Лидсона, али не као резултат Гоитејеве интервенције, бар према речима Лидсона. Агент је поднео тужбу у складу са уговореном клаузулом ексклузивитета. Тужба је одбијена како од судије Комитета статуса играча, тако и од стране Суда спортске арбитраже у Лозани (the Court of Arbitration for Sports-CAS) одлуком од 8. августа 2008. године. Гоитија се затим жалио и Федерални суд је поништио одлуку.

Наиме, суд је нашао да је право странке да се изјасни основни принцип швајцарског права и да подразумева и дужност за арбитре са седиштем у Швајцарској да дају странкама могућност да изразе своје ставове о правним питањима важним за спор, а да прибегавање тотално неочекиваном правном аргумену да би се решио спор представља повреду права странке да се изјасни уколико тужилац основано није могао да очекује да ће примена законске одредбе зависити од самовоље арбитражног суда. Да би одбио Гоитијеву тужбу, која се заснивала на ексклузивности садржаној у уговору из 2003. године, Суд спортске арбитраже је применио одредбу Швајцарског закона, по којој је споразум који забрањује лицу које тражи запослење да ангажује другог агента ништав и не може бити принудно извршен. У конкретном случају ради се о спору између шпанског агента са домицилом у Шпанији који тужи бразилског играча са домицилом у Португалији, који је притом ангажован од стране португалског клуба, без икакве везе са швајцарским материјалним правом, чију примену Кодекс Суда спортске арбитраже и Статут ФИФЕ предвиђају само као допунског права. Ипак, то не значи да је тужилац требало да наслути да ће доћи до примене њему непознатих одредби швајцарског права, која се примењују само на сличне активности у Швајцарској или од стране Швајцарске, и да му на основу тога ускрате право које тражи да изведе из своје ексклузивности која му је гарантована 2003. године. Ово поготову с тога што ни једна од странака није предвидела примену швајцарског

материјалног права у арбитражном поступку, а Суд спортске арбитраже је пропустио да пита странке о овом правном питању и да их позове да се о томе изјасне. На тај начин је повређено право странке да изнесе свој став, што је основ за поништај арбитражне одлуке.¹⁷

Овај пример из праксе илуструје да је право странке да изнесе свој став, да се изјасни у поступку једно од основних принципа на којима почива не само сваки судски поступак, већ и онај пред арбитражом, те да арбитражи употребом неочекиваног правног аргумента на којима заснивају своју одлуку да одбију захтев странке, заправо крше његово право да се чује његов глас о правном питању које је предмет спора.

Ово је право странке, којим она може да се користи, али и не мора. То је нашао и Врховни суд Канаде када је одбио поништај арбитражне одлуке, образлажући да је сврха члана 18 Модел закона УНЦИТРАЛа да заштити странку од нечувених и непромишљених поступака арбитражног суда. Није њена намена да заштити странку од њених грешака и стратегијских избора.¹⁸

Строго тумачење овог разлога за поништај налазимо у образложењу одлуке од 23. фебруара 2013. године Врховног суда Аустрије¹⁹, где је истакнуто да је право странке да изнесе свој став повређено само у случају да странци није уопште омогућено да се изјасни. Суд је нашао да би право странке да се изјасни било повређено у случају да је арбитражни суд у својој одлуци одступио од правног става који је заступао током арбитражног поступка, а да странка није добила могућност да се изјасни о томе. Међутим то у конкретном предмету, где је тужилац истакао да арбитражни суд није расправио о свом правном ставу са странкама, није случај. Даље је суд у одлуци навео да би до поништаја одлуке из овог разлога могло да дође уколико би повреда права странке да се изјасни била таквог степена који је одговарајући за поништај судске пресуде према аустријском праву.²⁰

¹⁷ 4A_400/2008 Judgement of February 9, 2009, First Civil Law Court, доступно на <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/9%20f%C3%A9vrier%202009%204A%20400%202008.pdf>

¹⁸ Corporation Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. v. STET International S.p.A., 1999 CanLII 14819 (ON SC), <<http://canlii.ca/t/1vvn5>>, retrieved on 2017-02-03

¹⁹ Од 2014. године Врховни суд Аустрије има искључиву надлежност за поништај арбитражних одлука и ово је његова четврта одлука од тад.

²⁰ Austrian Supreme Court, 23. February 2016, 18OCg 3/15p

1.3. Прекорачење надлежности у погледу предмета одлучивања

“Прекорачење овлашћења арбитра у погледу предмета спора може бити квалитативно, ако су арбитра судили о захтеву који странка није ставила, или квантитативно, када арбитра досуде и преко постављеног захтева. У пракси се најчешће догађа да арбитра пресуди о захтеву који не произилази из односа који је основа арбитражног споразума.”²¹

Арбитра своје овлашћење да реше одређени спор црпе из арбитражног споразума странака, па самим тим њихова овлашћења нису неограничена када се нађу у улози да одлуче о повереним питањима спора насталог између одређених странака. Тада они не смеју проширити своју надлежност и изаћи ван онога што је предвиђено као предмет о коме ће се расправљати пред арбитражом, тако што ће одлучити о нечему што странке нису тражиле или пак тако што ће досудити више него што је постављено захтевом странака као предмет спора.

Као пример кад овај разлог доводи до поништаја арбитражне одлуке размотрићемо недавни предмет из шведске праксе.

Шведски Апелациони суд (the Svea Court of Appeal) пресудом од 25. јуна 2015. године поништио је у целости арбитражну одлуку Штокхолмског комитета трговине (Stockholm Chamber of Commerce) на основу тога што је арбитражни суд прекорачио свој мандат. Апелациони суд је заузео став да када је арбитражни суд прекорачио мандат, а нејасно је који део одлуке је обухваћен прекорачењем, арбитражна одлука ће се поништити у потпуности. Раније се о овом концепту расправљало само у доктрини. Ово је једна од малобројних арбитражних одлука које су поништене у шведској пракси задњих година.

Својом одлуком, објављеном у Штокхолму 9. децембра 2013. године, арбитражни суд је решио спор између First National Petroleum Corporation (FNP) и ОАО Тумменeftegas (TNG).

²¹ Катарина Јовичић, Преиспитивање одлука међународних трговинских арбитража у поступку поништења, Институт за упоредно право, Монографија 162, Београд, 2009., стр. 40

Спор између напред наведених странака се тичао заједничког подухвата предвиђеног у уговору закљученом између странака 1992. године о експлоатацији нафтних поља у Сибиру. ФНП је навео у арбитражном поступку да је ТНГ прекршио уговор о заједничком подухвату и тражио накнаду штете за повреду уговора. Арбитражни суд је закључио да је ТНГ прекршио споразум и наложио му да надокнади штету ФНПу, судске таксе и трошкове арбитражног поступка.

Међутим, незадовољан оваквом одлуком, ТНГ је искористио своје право за иницирање поступка поништаја и засновао своју тужбу за поништај на чињеници да је арбитражни суд прекорачио свој мандат или да је макар начинио процесне грешке тако што је одлучивао о питањима на која се странке нису позивале. ТНГ је истакао да је мандат арбитражног суда био лимитиран на околности које су наведене у „Заједничком резимеу о правним основима”. Резиме је састављен на иницијативу арбитражног суда, али је на крају био резултат сагласности странака.

У резимеу, ФНП се позвао на чињеницу да је ТНГ направио погрешну интерпретацију о нафтним токовима. ФНП није навео ништа везано за нафтне резерве. Током арбитражног поступка, како ФНП тако и ТНГ су правили разлику између појмова „нафтни токови” и “нафтне резерве” и нигде у резимеу није предвиђено да ће термин нафтни токови укључити или покрити и термин нафтне резерве. Разлика између ових појмова је такође направљена и у арбитражној одлуци. Упркос томе арбитражни суд је расправљао о питању да ли је ТНГ погрешно тумачио количину његових процењених нафтних резерви.

Арбитражни суд је нашао да је ТНГ дао ФНПу одређене информације у односу на његове нафтне резерве, да су ове информације биле нетачне и да је ТНГ знао да су те информације нетачне, закључујући да је ТНГ намерно обмањивао ФНП по овом питању. Даље, арбитражни суд је нашао да се ФНП повукао са пројекта због погрешног тумачења ТНГа у односу на нафтне резерве и да је ТНГ после тога безуспешно покушао да исправи информације. Као закључак, арбитражни суд је засновао своју одлуку на чињеници да је ТНГ обмањивао ФНП у односу на нафтне резерве а не нафтне токове. На овај начин арбитражни суд је прекорачио своју надлежност.

Шведски апелациони суд је образложио своју одлуку о поништају арбитражне одлуке, тако што је пре свега навео да је арбитражни суд обавезан да своју одлуку донесе у границама постављеним споразумом странка као и само на основу околности које су странке навеле. Ако арбитражни суд донесе одлуку засновану на околностима које саме странке нису навеле, то ће значити прекорачење надлежности.

У конкретном случају, Апелациони суд је нашао да је резимеом странака одређен оквир за одлучивање арбитражног суда и да је арбитражни поступак ограничен на основе и правна питања садржана у резимеу. Апелациони суд је даље утврдио да је арбитражни суд испитујући фактичке околности и правне чињенице које нису наведене у резимеу од стране ФНПа као тужиоца суд прекорачио своју надлежност. Арбитражна одлука је поништена у целости, јер није било могуће раздвојити делове одлуке на које је утицало прекорачење мандата од делова не које јесте, јер се у конкретном случају та питања преклапају, па самим тим није могућ делимичан поништај.²²

1.4. Нерегуларности приликом конституисања арбитражног суда

Како ће се конституисати арбитражни суд одређују саме странке арбитражним споразумом. Арбитражни суд може да чини један или више приватних индивидуа који су ангажовани од стране странака како би решили њихов спор и донели обавезујућу одлуку. Странке се најчешће одлучују за једног арбитра кога морају изабрати заједнички или за арбитражно веће од три арбитра, када свака странка бира по једног арбитра, док се избор председника већа врши у складу са арбитражним споразумом. У већини земаља странке имају слободу при избору арбитра, тако да не постоје неки специјални услови предвиђени за вршење ове функције. Али оно што је обавезујуће у свим правним оквирима јесте да се од арбитра захтева његова независност и непристрасност. Уколико странке не могу да се споразумеју око именовања арбитра или уколико једна од странака не изабере арбитра, национална правна правила и институционална правила садржа механизме који овлашћују државни суд или арбитражну институцију да изврши избор.

²² Svea Court of Appeal, 25 June 2015, Stockholm, Case no. T 2289-14 доступно на: <https://www.arbitration.sccinstitute.com/Views/Pages/GetFile.ashx?portalId=89&cat=79572&docId=2446158&propId=1578>

Приказ из праксе имамо у Немачкој, чији закон уређује арбитражу по узору на Модел закон УНЦИТРАЛа. Поступак је инициран тужбом за поништај арбитражне одлуке на основу тога што је арбитражни суд био непрописно састављен. И то из разлога што је један од тројице арбитра био непристрасан. Успешно је завршен по странку која је тражила поништај на основу одлуке од 2. фебруара 2014. године Вишег окружног суда Минхена, која је и потврђена, у поступку по жалби, од стране немачког Врховног суда(Bundesgerichtshof).

Како бисмо боље разумели разлог за поништај који предвиђа Модел закон УНЦИТРАЛа у члану 34, а по узору на њега и немачки Закон о арбитражи садржан у немачком Законнику о грађанском поступку члан 1059 став 2 тачка д, да арбитражна одлука може бити поништена од стране суда државе порекла одлуке, уколико састав арбитражног суда или арбитражни поступак није у складу са немачким законом о арбитражи или прихватљивом одредбом арбитражног споразума, уколико је то по свој прилици утицало на одлуку, представићемо одлуку немачког Врховног суда из децембра 2014. године, у предмету I ZB 23/14.

Предмет се односио на спор у односу на лизинг уговор за термална купатила који је закључен 1986. године и који је садржао клаузулу да ће се решавање спора поверити већу од тројице арбитра са седиштем у Немачкој. 2010. године је дошло до спора и спор је поверен ад хок арбитражи на територији Немачке у складу са споразумом. Свака од странака је изабрала једног арбитра, а затим су њих двојица изабрали председника већа. Једна од странака(назваћемо је тужилац) поднела је захтев за изузеће председника већа због његове непристрасности. Међутим, арбитражни суд је одбацио овај захтев, па се тужилац жалио на одлуку арбитраже Вишем окружном суду. За то време је арбитражни суд наставио поступак и донео одлуку априла 2013. године против тужиоца. Одлука суда о изузећу арбитра је донета тек јануара 2014. године и то у корист тужиоца, на основу које је утврђено да је таква одлука оправдана јер председник арбитражног већа у свом одговору није пружила доказе којима би оспорила основану сумњу у њену независност и непристрасност. На основу овакве одлуке, тужилац је тражио поништај арбитражне одлуке позивајући се на то да арбитражни суд није био прописно састављен у односу на меродавно право и на споразум странака јер је нађено да је председник већа пристрасан.

Тужени је приговорио, са образложењем да је одлука арбитражног суда донета једногласно и да стога пристрасност председника арбитражног већа нема утицај на арбитражну одлуку. Такође су и два арбитра изабрана од стране странака приложила изјаву у којој су навели да је арбитражна одлука пуноважна јер пристрасност председника већа није имала утицај на одлуку арбитражног суда и да чак и кад би арбитражни суд поново био конституисан иста одлука била донета јер би њих двоје имали већину гласова.

Ипак суд није прихватио овакве наводе и поништио је арбитражну одлуку. Приликом испитивања до ког степена је пристрасност председника арбитражног већа имала утицај на једногласну одлуку, суд је нашао да стандард за ту оцену не би требао бити превисок. Да ли је одлука донета једногласно или није нема утицаја на разлог за поништај на који се тужилац позива по члану 1059 став 2 тачка д. Даље је нашао да изјава два арбитра изабрана од странака, такође нема доказну снагу. Пристрасни арбитар је био неодвојив део арбитражног суда и учествовао је у арбитражном поступку. Његова пристрасност је могла потенцијално да утиче на друге арбитре кроз његово учешће на састанцима и разматрањима. Како је сама његова присутност у арбитражном суду очигледно имала утицај на одлуку, то није потребно утврђивати посебну узрочну везу између неправилне конституције арбитражног суда и оспорене одлуке. Са друге стране суд је нашао да изјаве дате од стране два арбитра доводе у сумњу њихову непристрасност и квалификованост.²³

1.5. Арбитрабилност

Арбитрабилност је правни институт који одређује да ли се нека врста спора може поверити арбитражи. Свака држава одређује врсту предмета који могу бити поверени арбитражи. Границе арбитрабилности се стално шире, али правна правила у овом погледу нису у потпуности хармонизована. Неки спорови су општеприхваћени као арбитрабилни (на пример тужбе из трговинских односа) а други јасно одређени као неарбитрабилни (кривични предмети). Међутим постоје различити приступи у националним правним системима који спорови се могу поверити арбитражи.

²³ Higher Regional Court Munich, Decision of 10 February 2014, 34 Sch 7/13, доступна на : <http://www.disarb.org/de/47/datenbanken/rspr/olg-m%C3%BCnchen-az-34-sch-7-13-datum-2014-02-10-id1584>

Углавном је важећи принцип да предмет арбитраже могу бити сви спорови у којима странке могу да закључе судско поравнање. Ипак, постоје разлике између држава.

Институт који одређује да ли се нека врста спора може поверити арбитражи назива се арбитрабилност. Можемо рећи да арбитрабилност дели све спорове у две врсте-оне који се могу поверити арбитражи и оне који су у искључивој надлежности државних судова.

Поред тога што арбитрабилност одређује границу између две врсте спорова, оних које ће решавати арбитража уколико јој га странке повере и оних код којих странке не могу пренети надлежност арбитражном суду са државног суда, арбитрабилност представља и разлог за одбијање признања и извршења, односно разлог за поништај арбитражне одлуке.

Најчешћи начин регулисања арбитрабилности је да су арбитрабилни сви спорови који могу бити предмет поравнања. Такође се често одређује да су арбитрабилни спорови о правима којима странке могу слободно да располажу. Многе државе имају овакву генералну одредбу којом на уопштен начин одређују арбитрабилне спорове²⁴, док друге врше негативну енумерацију, таксативно наводећи у којим споровима се не може уговорити арбитражно решавање²⁵. Такође могуће је ограничити арбитрабилност јавним поретком²⁶ или искључивањем арбитраже у споровима у којима постоји јавни интерес²⁷ или пак предвидети да је арбитражно решавање могуће у свим грађанским стварима без изузетка, што је редак случај²⁸.

Неарбитрабилност значи да спор не може бити решен путем арбитраже, односно да су странке у законској обавези да њихов спор буде предмет судског поступка пред државним судом. Ограничења арбитрабилности углавном потичу из става законодавца да су поједина питања од јавног интереса, као што су кривични предмети, или да се ради о односима у којима је једна страна у изразито неповољнијем положају од друге, као што су

²⁴ Аустрија, Белгија, Бугарска, Данска, Естонија, Португалија, Француска, Италија, Холандија, Луксембург, Мађарска, Шпанија, Финска, Шведска

²⁵ Ирска, Летонија, Словенија

²⁶ Швајцарска

²⁷ Русија

²⁸ Пољска

потрошачки спорови. У таквим ситуацијама законодавци сматрају да је важно да такви спорови буду у искључивој надлежности државног правосуђа.

1.6. Повреда јавног поретка

Разматрања у вези јавног поретка се тичу правних или културних вредности једне државе, иако је тачно одређење овог појма и којих вредности се тиче одређено индивидуално националним правом сваке државе. Питање јавног поретка се може појавити у погледу самог предмета спора, странака или у погледу неког аспекта или елемента арбитражног поступка као целине.

„Овај основ за поништај садрже готово сва национална законодавства, Модел Закона УНЦИТРАЛа о међународној трговачкој арбитражи, изузев Европске конвенције о међународној трговинској арбитражи што се сматра озбиљним недостатком ове Конвенције.”²⁹

Оно што представља проблем јесте то што у националним законима углавном не постоји законско одређење појма јавног поретка, а ни међународне конвенције се нису бавиле давањем ближег одређења овог појма. Ради се о разлогу за поништај који је материјалноправне природе и као такав омогућава да суд испитује садржину арбитражне одлуке како би утврдио да ли евентуално постоји кршење јавног поретка.

Противност арбитражне одлуке јавном поретку се често описује и као последња шанса странке незадовољне арбитражном одлуком да покуша да је нападне, јер се под овај разлог заиста могу подвести најразличитије појаве и тако издејствовати контрола садржине одлуке. Због тога се често приликом разматрања о јавном поретку цитира опис енглеског судије стар скоро два века да је „јавни поредак веома немиран коњ, који када га зајашеш, не знаш где ће те одвести”³⁰

Такав став налазимо и у домаћој литератури, па тако каже „опрезност у употреби јавног поретка је разумљива-реч је о институту довољно еластичном да просто мами да се

²⁹ Душанка Ђурђев, Разлози за поништај арбитражне одлуке, Право теорија и пракса, Нови Сад, Новембар-Децембар 1996. број 11-12, стр. 131

³⁰ Richardson v. Mellish, 1824, judge Burrough

под њега подвуку сви аспекти мериторне контроле која је (као што смо видели) у принципу недопуштена у поступку поништаја.³¹

Тенденција је да се појам јавног поретка сузи увођењем међународног јавног поретка (*ordre public international*) који треба да се схвати у духу међународног приватног права, значи пре свега оног дела јавног поретка државе који, када би био повређен, би спречио странку да се позива на страно право, страну пресуду или страну одлуку. “Овим не треба схватити појам међународног јавног поретка као јавног поретка који је део међународног права или јавног поретка који је заједнички за више држава (тада је пре реч о транснационалном јавном поретку). Међународни јавни поредак се генерално сматра као јавни поредак ужег обима од домаћег јавног поретка.”³²

Можемо рећи да под овим појмом подразумевамо императивна правила државе, правила морала, добрих обичаја и уопште правних принципа који су прихваћени од цивилизованих народа. Велики број случајева из праксе је препознао одређене активности, као што су корупција, трговина дрогом, кријумчарење и тероризам, као незаконите практично свуда у свету.³³

³¹ Гашо Кнежевић, Владимир Павић, Арбитража и АДР, Београд, 2013

³² Final report on public policy as a bar to enforcement of international arbitral awards, International law association, New Delhi Conference(2002), Committee on International Commercial Arbitration, Recommendation 1(b) 11.

³³ Interim report on public policy as a bar to enforcement of international arbitral awards, International Law Association, London Conference(2000), Committee on International Commercial Arbitration, стр. 7

III МЕЂУНАРОДНИ ИЗВОРИ ПРАВА

Међународни извори права су веома значајни у области арбитражног права, поготову уређења међународне арбитраже, јер се помоћу њих долази до уједначених правила и њиховој примени од већег броја држава. У овом одељку ћемо се упознати са неким међународним конвенцијама по хронолошком реду њиховог доношења и тако уочити развој арбитражног права на наднационалном нивоу.

1. Женевски споразуми

Почетак покушаја унификације и либерализације међународне трговинске арбитраже обележило је доношење Протокола о арбитражним клаузулама 24.09.1923. године (Женевског протокола)³⁴ и Конвенције о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука 26.09.1927. године (Женевске конвенције)³⁵, обе донете под окриљем Друштва народа у послератном периоду, у Женеви.

Женевски протокол је значајан, пре свега, јер је обезбедио да државе потписнице признају пуноважност арбитражном споразуму, као начину на који се решавање спора између страна уговорница поверава арбитражи. Такође, обавезује државе које су ратификовале протокол да обезбеде извршење арбитражних одлука донетих под њиховом јурисдикцијом. Недостатак протокола да омогући извршење арбитражних одлука на међународном нивоу, ван државе порекла одлуке, је покушала да отклони Женевска конвенција.

Наиме, Женевска конвенција је предвидела услове за признање стране арбитражне одлуке, уз обавезу да се ради о државама потписницама Женевске конвенције и протокола и тако допринела развоју међународне арбитраже. Додуше ови услови су, између осталог, од странке која је тражила признање и извршење арбитражне одлуке у држави различитој од државе у којој је арбитражна одлука донета обавезивали да арбитражна одлука буде

³⁴Протокол о арбитражним клаузулама од 24.09.1923. године, ратификован 1958. *Службени гласник СФРЈ*, бр. 4/59, доступан на http://interarb.com/vl/g_pr1923

³⁵Конвенција о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука од 26.09.1927. године, ратификована 1958. *Службени гласник СФРЈ*, бр 4/59, доступна на http://interarb.com/vl/g_co1927

коначна, што је водило различитим тумачењима коначности у различитим националним правним системима.

Сам поништај арбитражне одлуке се у Женевској конвенцији помиње у члану 2(а) као разлог за одбијање извршења стране арбитражне и то одбијање извршења одлуке поништене у земљи порекла.

2. Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. године

Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука³⁶ је донета као резултат незадовољства са Женевским протоколом о арбитражним клаузулама од 1923. године и Женевском конвенцијом о извршењу иностраних арбитражних одлука од 1927. године. Иницијатива за замену Женевских споразума је потекла 1953. године од Међународне привредне коморе која је након спроведеног истраживања дошла до закључка да систем успостављен Женевским споразумима више не одговара потребама међународне трговине. Даљи рад на конвенцији је наставио Економски и социјални савет под окриљем Уједињених нација што је довело и до нацрта конвенције 1955. године о коме се расправљало током конференције Уједињених нација у Њу Јорку од маја до јуна 1958. године. Резултат је био усвајања Њујоршке конвенције 10. јуна 1958. године.

“Њујоршка конвенција представља, без сумње, најзначајнији међународни уговор посвећен арбитражи и дала је немерљив подстицај развоју и прихватању арбитраже као алтернативе државном судовању.”³⁷ Ратификација од стране 157 држава³⁸ говори о утицају који је извршила на глобалном нивоу у погледу унификације правила која су њен предмет регулисања, а то је признање и извршење стране арбитражне одлуке.

Поништај арбитражне одлуке се помиње као негативна претпоставка за признање и извршење арбитражне одлуке, о којој надлежни орган земље у којој се тражи признање и

³⁶ Конвенција о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука од 10.06.1958. године, ратификована 1981. године. *Службени лист СФРЈ-међународни уговори* бр.11/81, доступна на <http://www.overa.rs/konvencija-o-priznanju-i-izvrseњу-inostranih-arbitraznih-odluka.html>

³⁷ Гапо Кнежевић и Владимир Павић, *Арбитража* и адр, Београд, 2013

³⁸ Последња држава која је извршила ратификацију је Ангола 12. августа 2016. године, док је списак свих држава које су ратификовале Њујоршку конвенцију доступан на <http://www.newyorkconvention.org/list-of-contracting-states>

извршење не води рачуна по службеној дужности, већ само на основу приговора противне стране поткрепљеног доказима да је одлуку поништила надлежна власт у земљи у којој или на основу чијег је закона одлука донета³⁹. У случају да поступак поништаја није завршен у земљи порекла одлуке, надлежни орган може одложити решавање о извршењу одлуке, а такође може и на захтев странке која тражи извршење, наложити другој странци да поднесе одговарајуће обезбеђење⁴⁰. “Дакле Њујоршка конвенција не пружа разлоге због којих се арбитражна одлука може поништити, већ само упућује да о поништају арбитражне одлуке одлучује земља у којој, или на основу чијег је закона донета одлука, односно да је поништај арбитражне одлуке регулисан националним законима. Самим тим одлука се подвргава правним средствима те земље и њеној судској контроли.”⁴¹

Република Србија, као правни сукцесор СФРЈ, је потписница Њујоршке конвенције, уз 3 резерве, а то су да се Конвенција примењује само на оне арбитражне одлуке које су донете после ступања Конвенције на снагу (1981. године), да се примењује на бази реципроцитета, само у односу на оне арбитражне одлуке које су донете на територији друге чланице Конвенције, као и да је потребно да се ради о споровима који се према националном законодавству сматрају привредним.

3. Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи из 1961. године

Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи⁴² представља мултилатерални споразум који регулише одређене аспекте међународне арбитраже. Донета је три године након Њујоршке конвенције о признању и извршењу арбитражних одлука, а сама материја коју регулише се донекле и поклапа са оном обухваћеном

³⁹ Члан V став 1 тачка (е) Њујоршке конвенције гласи : „Признање и извршење одлука биће одбијени, на захтев странке против које се одлука истиче, једино ако та странка поднесе доказ надлежној власти земље у којој су тражени признање и извршење : (е) да одлука још није постала обавезна за странке или да ју је поништила или обуставила надлежна власт у земљи у којој, или на основу чијег је закона донета одлука.“

⁴⁰ Члан VI Њујоршке конвенције : „Ако се од надлежне власти означене у члану V ставу 1 под (е) захтева поништење или обустава одлуке, власт пред којом се позива на одлуку може, ако то сматра умесним, одложити решавање о извршењу одлуке. Она може, исто тако, на захтев странке која тражи извршење одлуке, да нареди другој страни да поднесе одговарајуће обезбеђење.”

⁴¹ Марија Крвавац, Поништај арбитражне одлуке-општа решења-*Правни живот*, број 11/2005, стр. 743

⁴² Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи од 21.04.1961. године, ратификована 1963. године. *Службени лист СФРЈ-међународни уговори и други споразуми* бр.12/63, доступна на http://demo.paragraf.rs/demo/combined/Old/t/2003_05/t05_0148.htm

Њујоршком конвенцијом, а све у циљу побољшања примене арбитраже на међународном нивоу.⁴³ Она кроз десет чланова уређује питања везана за арбитражни споразум, конституисање арбитраже и својства арбитра, начин организовања арбитражног поступка, судске надлежности и меродавног права, као и поништаја арбитражне одлуке. Ипак, може се приметити да је њен домашај ужи од Њујоршке конвенције, јер је ратификована од стране 31 државе⁴⁴, за разлику од Њујоршке која је ратификована у 157 држава.

Примена Конвенције одређена је чланом I ставом 1 и остварује се у односу на :

1) споразуме о арбитражи закључене у циљу решавања спорова који су настали или ће настати из међународне трговине између физичких или правних лица која имају, у време закључења споразума, уобичајено место боравка или своје седиште у различитим државама уговорницама

2) арбитражни поступак и одлуке засноване на споразумима означеним у претходном члану.

“Када је о поништењу арбитражних одлука реч, Конвенција успоставља два правила

-одлука о поништењу арбитражне одлуке производи правно дејство само под условом да се заснива на неком од разлога предвиђених самом конвенцијом и

⁴³ Циљ доношења Европске конвенције о међународној трговинској арбитражи изражен у преамбули Конвенције :“Потписани, уредно овлашћени, сазвани под окриљем Економске комисије Уједињених нација за Европу, пошто су констатовали да је 10. јуна 1958. на Конференцији Уједињених нација о међународној трговинској арбитражи била потписана у Њујорку Конвенција о признавању и извршењу страних арбитражних одлука, желећи унапређивање развитка европске трговине уклањањем, колико је то могуће, извесних тешкоћа које могу ометати организацију и рад међународне трговинске арбитраже у односима између физичких или правних лица разних европских земаља, сагласили су се о следећим одредбама..“

⁴⁴Тренутно важи у Албанији, Аустрији, Азербејџану, Белорусији, Белгији, Босни и Херцеговини, Бугарској, Буркини Фасо, Хрватској, Куби, Чешкој, Данској, Финској, Француској, Немачкој, Мађарској, Италији, Казахстану, Летонији, Луксембургу, Црној Гори, Пољској, Молдавији, Румунији, Русији, Србији, Словачкој, Словенији, Шпанији, Македонији, Турској и Украјини. Можемо приметити да поред европских држава, има и неевропских као што су Куба и Буркина Фасо, док с друге стране Швајцарска као познати центар за решавање међународних трговинских спорова није потписница ове Конвенције. Извор : https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&clang=en

-одлука о поништењу арбитражне одлуке у једној држави уговорници предствља основ за одбијање признања и извршења те одлуке у некој другој држави уговорници када је поништење извршено у држави у којој је, или по чијем закону је одлука донета.”⁴⁵

Поништај арбитражне одлуке регулисан је чланом IX Конвенције у коме су наведени следећи разлози за поништај :

1)ако су стране у арбитражном споразуму биле, по закону који се на њих примењује, под извесном неспособношћу или поменути споразум није у важности по закону коме су га стране подвргле или у недостатку ма каквог позивања на то, по закону земље у којој је одлука донета

2)ако страна која тражи одбацивање одлуке није била уредно обавештена о именовању арбитра или о арбитражном поступку или је на други начин била у немогућности да изложи свој став

3)ако се одлука односи на спор који није предвиђен или не спада у оквиру који су предвиђени за арбитражу, или садржи одлуке о стварима изван оквира који су предвиђени за арбитражу, под условом да ако одлуке о стварима предвиђеним за арбитражу могу бити издвојене од оних које нису тако предвиђене, онај део одлуке који садржи одлуке о стварима предвиђеним за арбитражу не треба да буде поништен

4)ако састав арбитражног већа или арбитражни поступак нису били у сагласности са споразумом страна или ако нема таквог споразума, у складу са чланом IV ове Конвенције⁴⁶.

Такође, Европска конвенција ограничава примену члана V став 1 тачка (е) Њујоршке конвенције тако што сам поништај у земљи порекла арбитражне одлуке неће бити довољан разлог да се не дозволи њено признање и извршење у некој другој држави уговорници и једне и друге Конвенције. Успешан поништај арбитражне одлуке биће значајан само уколико је до поништаја дошло на основу разлога наведених у члану IX

⁴⁵ Катарина Јовичић, Преиспитивање одлука међународних трговинских арбитража у поступку поништења, Институт за упоредно право, Монографија 162, Београд, 2009, стр.108

⁴⁶ Члан IV Европске конвенције о међународној трговинској арбитражи уређује организовање арбитраже. Цео члан се може наћи у *Службеном листу СФРЈ-међународни уговори и други споразуми* бр. 12/63. Доступно на : http://demo.paragraf.rs/demo/combined/Old/t/t2003_05/t05_0148.htm

Европске конвенције о међународној трговинској арбитражи⁴⁷. Можемо да приметимо да су разлози предвиђени Европском конвенцијом готово индентични условима за одбијање признања и извршења које усваја Њујоршка конвенција у члану V став 1 тачка (а) до тачке (д). Заједнички су разлози неспособност странака, неважност арбитражног споразума, повреда правила поступка (изостанак позива и повреда права странке да се изјасни), прекорачење овлашћења арбитра и нерегуларности приликом састављања арбитражног већа и спровођења поступка.

Следеће што можемо уочити је да се међу разлозима наведеним у Европској конвенцији не налазе арбитрабилност спора и повреда јавног поретка. Тако да уколико арбитражна одлука буде поништена у држави порекла на основу неког од ова два разлога, може се десити да суд државе извршења не одбије извршење овакве одлуке.

“Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи није регулисала сва питања у вези са поништајем арбитражне одлуке, па тако није одређен режим за поништај, а нису утврђени ни рокови у којима се може тражити поништај арбитражне одлуке, те стога није учињен целовит корак у стварању јединственог међународног правног режима за поништај арбитражне одлуке”.⁴⁸

4. УНЦИТРАЛ Модел закон о арбитражи из 1985. године

УНЦИТРАЛ Модел закон о међународној трговинској арбитражи је усвојила Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право (УНЦИТРАЛ) 21. јуна 1985. године. Творци Модел закона су сматрали да он даје солидну и обећавајућу основу за жељену хармонизацију и побољшање националних права. Његова материја покрива све фазе арбитражног поступка, почев од арбитражног споразума до признања и извршења арбитражне одлуке и изражава глобалну сагласност која постоји о основним принципима и правилима у међународној арбитражној пракси. Сама форма модел закона је изабрана као средство за хармонизацију и побољшање из разлога флексибилности коју пружа државама које припремају своје националне законе по угледу на Модел закон. Потреба за

⁴⁷ Члан IX став 2 Европске конвенције о међународној трговинској арбитражи из 1961. године

⁴⁸ Душанка Ђурђевић, Разлози за поништај арбитражне одлуке, *Право-теорија и пракса*, Нови Сад, 1996. година, бр.11-12, стр. 127

доношењем оваквог акта производ је чињенице да су национални закони често неадекватни за примену у међународним споровима, као и чињеници да постоје значајне разлике између арбитражних правила националних права различитих држава.

Модел закон садржи тридесетишест чланова, који су подељени у осам глава. Глава VII под називом „Правна средства против арбитражне одлуке” УНЦИТРАЛ Модел закон о арбитражи у члану 34. предвиђа следеће разлоге за поништај арбитражне одлуке:

1. неспособност странака за закључење арбитражног споразума
2. непостојање пуноважног арбитражног споразума
3. необавештеност странке о именовану арбитра или о арбитражном поступку, као и онемогућавање странке да изнесе своје ставове
4. арбитражном одлуком је одлучено о питањима која нису обухваћена арбитражним споразумом
5. састав арбитражног суда или вођење арбитражног поступка нису у сагласности са стварним споразумом странака, а ако нема споразума уколико нису у сагласности са правилима Модел закона
6. неарбитрабилност предмета спора
7. уколико је дошло до повреде јавног поретка, која укључује озбиљна одступања од основних начела процесне правде.

IV КОНТИНЕНТАЛНИ ПРАВНИ СИСТЕМ

Како је материја поништаја арбитражне одлуке у надлежности националних закона о арбитражи, упознаћемо се са решењима предвиђеним пре свега у домаћем праву, а затим и у другим европским правима (француском, швајцарском и немачком). На овај начин стећи ћемо увид у начине на који је уређен институт поништаја у нашој земљи и у неким од најпознатијих центара за арбитражно решавање спорова.

1. Српско право

Материја арбитражног права у Србији је регулисана Законом о арбитражи из 2006. године⁴⁹. Пре доношења овог закона, није постојало јединствено уређење, већ су правила о арбитражи била делом у Закону о парничном поступку из 1974. године⁵⁰ који је садржао норме везане за арбитражни поступак, положај арбитраже и поништај арбитражне одлуке, а делом у Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља⁵¹ који иначе представља извор међународног приватног права, а у области арбитражног права је уређивао материју признања страних арбитражних одлука.

Законом о арбитражи у глави VIII од члана 57 - 63 члана, прописано је да се арбитражна одлука може побијати тужбом за поништај у року од три месеца од дана када је тужилац примио арбитражну одлуку. Почетак тока рока ће се разликовати уколико је странка поднела захтев за исправку, тумачење или допуну одлуке, када ће рок од три месеца за подношење тужбе почети да тече од дана достављања одлуке о овим захтевима странци. Странке не могу унапред да се одрекну права на тужбу за поништај арбитражне одлуке.

⁴⁹ Закон о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, доступан на : http://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_arbitrazi.html

⁵⁰ Закон о парничном поступку из 1974. године, *Службени лист СФРЈ*, бр.4/77

⁵¹ Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени гласник РС*, бр. 46/06

Тужба за поништај се може поднети само против домаће арбитражне одлуке⁵². Приликом одређивања појма домаће арбитражне одлуке, није довољно применити само члан 57 став 2 Закона о арбитражи, већ и члан 64 став 3 који одређује појам стране арбитражне одлуке⁵³. Домаћом арбитражном одлуком сматра се она одлука коју је донео арбитражни суд на територији Републике Србије у поступку прописаном српским процесним законом. Одлуке донете од стране арбитражног суда применом страног процесног права сматрају се страном арбитражном одлуком и не могу се оспоравати тужбом за поништај.

Када је реч о надлежности, поред одређивања међународне надлежности, потребно је одредити и стварну и месну надлежност суда. Закон о арбитражи садржи одредбе на основу којих се одлучује о месној надлежности тако што у члану 57 став 3 предвиђа да је за одлучивање о тужби за поништај месно надлежан суд места арбитраже. Што се тиче стварне надлежности, иста није регулисана Законом о арбитражи, већ Законом о уређењу судова који у члану 25 одређује надлежност привредног суда, који између осталог одлучује о признању и извршењу страних судских и арбитражних одлука у споровима у којима се као једна од странака јавља привредни субјекат. У другим случајевима, надлежан је Виши суд сходно члану 23 ставу 3 Закон о уређењу судова.⁵⁴ На поступак по тужби за поништај арбитражне одлуке примењују се одредбе закона који уређује парнични поступак.

„Када се ради о разлозима за поништај арбитражне одлуке сада важећим Законом о арбитражи напуштено је раније законско решење да арбитражна одлука може да се поништи и из разлога предвиђених за понављање поступка. На овај начин, разлози за поништај су сведени на разумну меру.“⁵⁵

⁵² Појам домаће арбитражне одлуке одређен је чл. 57 ст. 2 ЗОА као одлуке која је донета у унутрашњој или међународној арбитражи у Републици. Тиме је је Србија прихватила територијални критеријум за одређивање припадности арбитражне одлуке.

⁵³ Појам стране арбитражне одлуке одређен је чл. 64 ст. 3 Закона о арбитражи као одлуке коју је донео арбитражни суд чије је место ван Републике, као и одлуке коју је донео арбитражни суд у Републици ако је на арбитражни поступак примењено страно право.

⁵⁴ Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС* 101/2011, 101/2013, 106/2015-др.закон, 13/2016 и 108/2016

⁵⁵ Добросав Митровић, Закон о арбитражи Републике Србије, Арбитража-број 4, Спољнотрговниска арбитража при Привредној комори Србије, Београд, 2006, стр.81-86

Разлози за поништај арбитражне одлуке подељени су у две групе разлога у члану 58. Закона о арбитражи прави разлику у зависности од тога да ли се ради о разлозима о којима суд води рачуна по службеној дужности или се они испитују само на захтев тужиоца уз потребне доказе. Ови разлози су таксативно набројани и нема места њиховом самовољном мењању од стране самих странака, јер су ове одредбе, као и остале одредбе закона којима се уређује поништај арбитражне одлуке императивне природе. Разлози које суд разматра по иницијативи странке и уз подношење доказа су следећи:

1. Тужиочев захтев за поништај ће се усвојити уколико арбитражни споразум није пуноважан према праву које су странке одредиле, односно према праву Србије ако странке нису саме изабрале право које ће се примењивати

2. Арбитражна одлука ће се поништити уколико је нездовољној странци било повређено право да учествује у арбитражном поступку (није била уредно обавештена о именовану арбитра или о самом арбитражном поступку, или из неког другог разлога није могла да изнесе своје ставове)

3. Поништиће се арбитражна одлука и уколико је приликом њеног доношења дошло до прекорачења овлашћења арбитра у смислу што је решен спор који није био обухваћен споразумом о арбитражи или се радило о спору који је обухваћен арбитражним споразумом али су прекорачене његове границе. У овом другом случају арбитражна одлука се може и делимично поништити, ако је могуће да се одвоји део одлуке којим су прекорачене границе споразума о арбитражи од остатка одлуке.

4. Још један разлог за поништај је да је учињена повреда споразума о арбитражи у погледу састава арбитражног суда или арбитражног поступка, односно повреда правила сталне арбитражне институције којој је поверена организација арбитраже. Уколико је тај споразум у супротности са неком одредбом Закона о арбитражи од које странке не могу одступити или уколико нема споразума странака о овим питањима, онда ће разлог за поништај бити повреда одредаба Закона о арбитражи о саставу арбитражног суда или арбитражног поступка.

5. Арбитражна одлука ће се поништити и уколико је заснована на лажном исказу сведока или вештака, на фалсификованој исправи или је до одлуке дошло извршењем кривичног дела арбитра или странке, што је странка која тражи поништај дужна доказати правноснажном пресудом.

Два су случаја на која је суд дужан да пази по службеној дужности и изрекне поништај одлуке:

1. Суд пази на арбитрабилност спора и онда када странке то нису навеле као разлог на коме заснивају свој захтев за поништајем, па ће поништити арбитражну одлуку уколико предмет спора према праву Србије није подобан да буде решен у арбитражи.

2. Други разлог на који суд пази по службеној дужности јесте повреда јавног поретка Србије и то уколико су дејства арбитражне одлуке у супротности са јавним поретком Србије суд ће изрећи поништај арбитражне одлуке по службеној дужности.

Треба напоменути да се арбитражна одлука због напред наведених повреда испитује само поводом тужбе заинтересоване стране.

2. Француско право

Последње реформе у француском арбитражном праву извршене су 13. јануара 2001. године усвајањем новог Закона о арбитражи⁵⁶ који је саставни део француског Законика о грађанском поступку (Code of Civil Procedure) од 1442 до 1527 члана и који уређује истовремено и унутрашњу и међународну арбитражу⁵⁷.

Што се тиче контроле арбитражне одлуке, уколико је реч о унутрашњој арбитражи, француско право предвиђа могућност улагања жалбе само уколико су се странке претходно тако споразумеле (члан 1489). У том случају, када су странке уговориле право улагања жалбе на арбитражну одлуку, оне неће имати право да траже поништај арбитражне одлуке и тако иницирају поступак поништаја (члан 1491). Са друге стране право жалбе, у случају међународне арбитраже, је увек искључено, тако да је страна арбитражна одлука предмет контроле француских судова само по тужби за поништај (члан 1518). Док суд по жалби о арбитражној одлуци расправља у меритуму, у поступку

⁵⁶ French law on arbitration, Decree No. 2011-48 of 13 January 2011, translated by Emmanuel Gaillard, доступно на: <http://www.parisarbitration.com/wp-content/uploads/2014/02/French-Law-on-Arbitration.pdf>

⁵⁷ Више о извршеној реформи: Emmanuel Gaillard, France Adopts New Law On Arbitration, New York Law Journal, volume 245-no.15, an ALM Publication, 2011, доступно на: <http://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2011/01/France-Adopts-New-Law-On-Arbitration/Files/View-full-article-France-Adopts-New-Law-On-Arbitration/FileAttachment/IA012411FranceAdoptsNewLawOnArbitrationegaillard.pdf>

поништаја арбитражне одлуке нема таква овлашћења већ само испитује процесне повреде које могу бити разлог за поништај арбитражне одлуке.

У случају арбитражне одлуке међународне арбитраже донете у Француској закон предвиђа пет разлога за поништај арбитражне одлуке у члану 1520 :

1)арбитражни суд је погрешно засновао своју надлежност или се погрешно огласио ненадлежним

2)арбитражни суд није правилно конституисан

3)арбитражни суд је донео одлуку не придржавајући се мандата који му је поверен

4)нису поштована правила поступка

5)признање или извршење одлуке су супротни међународном јавном поретку.

Када је о домаћој арбитражи реч, поред напред наведених разлога 1-4 који су индентични, француски закон у члану 1492 предвиђа и да признање или извршење одлуке не смеју бити у супротности са француским јавним поретком, а одлука се може поништити и из следећих разлога:

1)ако у арбитражној одлуци нису наведени разлози на којима се она заснива

2)ако на арбитражној одлуци није наведен датум њеног доношења

3)ако су на арбитражној одлуци изостављени потписи или имена арбитра који су одлуку донели

4)ако арбитражна одлука није донета потребном већином гласова.

3. Швајцарско право

Швајцарска је међу светски најпопуларнијим центрима за решавање међународних трговинских спорова. Била је високо котирана као место за арбитражу у недавно објављеном извештају о правним инструментима и арбитражној пракси у Европи(базирано

на студији припремљеној за Комитет за правна питања Европског парламента⁵⁸). У овој највећој емпиријској студији арбитражне праксе која је икада обављена, Швајцарска је добила знатно више препорука од свих других учесника у овој анализи. Највећи светски трговци бирају Швајцарску за место решавања својих спорова. Швајцарска је друго по реду најпопуларније место за арбитражу које примењује институционална правила Међународне привредне коморе (ICC Rules) са 66 арбитража започетих у 2015. години. Такође Швајцарска правила међународне арбитраже (Swiss Rules), са последњим изменама од 1 јуна 2012. године, су веома популарна, са 100 нових случајева уписаних при Швајцарској комори, арбитражној институцији, у 2015. години. Од укупног броја спорова 74% учесника у овим споровима који су поверени на решавање применом Швајцарских правила међународне арбитраже имају своје регистровано седиште или домицил ван Швајцарске.

Швајцарско арбитражно право се не заснива на УНЦИТРАЛ Модел закону, већ је регулисано Швајцарским законом о међународној арбитражи и налази се у оквиру 12ог поглавља Федералног закона међународног приватног права (Federal Private International Law Act-PIA) који је на снази од 1 јануара 1989. године. За примену овог закона потребно је да су испуњени следећи услови:

1) да је седиште арбитраже на територији Швајцарске

2) да барем једна од странака нема ни пребивалиште ни боравиште у Швајцарској у време када је арбитражни споразум закључен.

Нема фундаменталних разлика између поглавља 12 ПИЛЕ и УНЦИТРАЛ Модел закона, иако је поглавље 12 доста краће. Поглавље 12 даје велику аутономију странкама, а у одсуству њиховог договора, дискрецији арбитра.

Од 1. јануара 2011. године на швајцарске унутрашње арбитражне поступке се примењују правила новог швајцарског Закона о грађанском поступку, почев од члана 353 па на даље.

⁵⁸ Legal instruments and practice in the EU, study for the JURI Committee, 2014, доступна на: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU\(2015\)509988_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU(2015)509988_EN.pdf)

Постоји само једно средство за поништај стране арбитражне одлуке. Странка може да поднесе тужбу за поништај арбитражне одлуке Савезном швајцарском врховном суду и то засновану на неком од таксативно набројаних разлога у члану 190 Савезног закона о међународном приватном праву:

1)неправилности у погледу образовања арбитражног суда(или избора арбитра појединца)

2)арбитражни суд је погрешно засновао своју надлежност или се погрешно огласио ненадлежним

3)арбитражном одлуком је прекорачено овлашћење дато арбитражним споразумом или је пропуштено да се одлучи о свим захтевима повереног спора

4)повреда права на једнакост странака или права странке да буде саслушана

5)арбитражна одлука је противна јавном поретку.

Тужба за поништај арбитражне одлуке се мора поднети у року од 30 дана од дана сазнања странака за одлуку и подноси се Савезном швајцарском врховном суду.

Пракса Савезног врховног суда у поступцима поништаја арбитражних одлука се одликује рестриктивношћу и брзином у одлучивању. Задњих година, мање од 7% захтева за поништај арбитражне одлуке је било успешно, а Савезном врховном суду је требало у просеку 6 месеци да донесе своју коначну одлуку.

Могућност коју предвиђа швајцарско право чланом 192 став 1 је да странке изричитом изјавом воље у арбитражном споразуму или у накнадно постигнутом писаном споразуму искључе право на подношење тужбе за поништај или ограниче то право на један или више разлога предвиђених у члану 190 став 2 Швајцарског савезног закона о међународном приватном праву.

4. Немачко право

Немачко арбитражно право се заснива на УНЦИТРАЛ Модел Закону. Закон о арбитражи се налази у склопу Законика о грађанском поступку(Zivilprozessordnung)⁵⁹ и то у оквиру десете књиге од 1025 до 1066 члана. Закон је на снази од 1. јануара 1998. године и уређује унутрашњу и међународну арбитражу са седиштем у Немачкој. Према статистици Немачке институције за арбитражу(Deutsche Institution fuer Schiedsgerichtsbarkeit-DIS), 140 нових арбитража је регистровано у 2015. години, што је готово једнако броју од 147 арбитража у 2014. години. Међународних арбитража при Немачкој институцији за арбитражу је у 2015. години је било 34, у поређењу са 38 у 2014-ој. Док је број ад хок арбитража процењен на преко 1000.⁶⁰

Поништај арбитражне одлуке регулисан је у поглављу VIII одељку 1059 и очигладан је утицај УНЦИТРАЛ Модел закона о арбитражи на начин на који је овај институт уређен. Средство којим се иницира поступак за поништај арбитражне одлуке је тужба за поништај. Она се не може поднети након протеча рока од три месеца од дана пријема арбитражне одлуке, осим уколико се странке нису споразумеле другачије. Овај рок ће се продужити за још највише месец дана од дана пријема одлуке о захтеву странке, који је она поднела тражећи исправку, тумачење или допуну арбитражне одлуке у складу са чланом 1058 немачког Законика о грађанском поступку. Тужба за поништај се свакако, невезано од рока, не може поднети уколико је арбитражна одлука проглашена извршном од стране немачког суда.

Разллози који могу довести до поништаја арбитражне одлуке су они које странка докаже и они на које суд пази по службеној дужности. У прву групу спадају:

1) неспособност странке из арбитражног споразума по праву које се примењује на њега да закључи арбитражни споразум,

⁵⁹ Немачки закон о арбитражи од 01.01.1998. године, доступно на:
<http://www.disarb.org/em/51/materials/german-arbitration-law-98-id3>

⁶⁰ Статистички подаци о броју арбитражних поступака на територији Немачке преузети са сајта главне немачке арбитражне инситуције Deutsche Institution fuer Shiedsgerichtsbarkeit-DIS :
<http://www.disarb.org>

2) непуноважност арбитражног споразума по праву чију су примену странке предвиделе или по праву Немачке, уколико споразума о праву које ће се применити нема или је неважећи

3) странка није била уредно обавештена о избору арбитра или о арбитражном поступку, или је на други начин онемогућена да изнесе свој став

4) ако је арбитражном одлуком решено о спору који није обуваћен арбитражним споразумом или су одлуком прекорачене границе арбитражног споразума, с тим што је могућ делимични поништај уколико се може одвојити део одлуке који се односи на спор чије решавање је предвиђено арбитражним споразумом од осталог дела одлуке

5) састав арбитражног већа или арбитражни поступак нису били у складу са немачким арбитражним правом или са одредбама ваљаног арбитражног споразума, а може се закључити да је то утицало на одлуку.

Закон предвиђа још два разлога на која суд пази по службеној дужности:

1) спор поверен на арбитражно решавање није арбитрабилан по немачком праву

2) признање или извршење одлуке би имали дејство које је противно јавном поретку.

У поступку за поништај арбитражне одлуке суд има овлашћење да поништи арбитражну одлуку и врати предмет арбитражном суду на поновно суђење.

Немачки закон о арбитражи предвиђа и правило у вези правних последица поништаја, а то је да поништај арбитражне одлуке, ако се супротно не докаже, враћа дејство арбитражном споразуму као средству да се решавање одређеног спора повери арбитражи.

V COMMON LAW ПРАВНИ СИСТЕМ

Настављамо са применом упоредноправног метода, како бисмо заокружили преглед института поништаја и сагледали и решења предвиђена у америчком и енглеском правном систему. На овај начин смо употпунили компаративну анализу започету са међународним изворима права као инструментима који имају највећу моћ утицаја на решења у националним правним системима.

1. Америчко право

У Сједињеним америчким државама, арбитража се често схвата као ефикаснија и јефтинија алтернатива суђењу од стране државних судова и због тога и њена популарност у односу на суђење расте. Неке од предности су да омогућава да се избегне дуг и често скуп процес пред америчким државним судом, као и порота, а са друге стране обезбеђује поверљивост. Главни недостатак је што ипак није у потпуности искључен утицај државног суда, с обзиром да постоји право на тужбу незадовољне странке, као и могућност да се одобри приступ изјавама сведока и документима, као и право да се прикључе додатне странке у току поступка.

У Америци се одржавају како домаће тако и међународне арбитраже. Домаћа арбитража је најчешћа у финансијском, грађевинском и радном сектору, док се међународни спорови најчешће решавају у Међународном центру за решавање спорова (International Centre for Dispute Resolution-ICDR) Америчке асоцијације за арбитражу (American Arbitration Association-AAA) чија је популарност значајно порасла задњих година, па је ICDR/AAA арбитража међу најчешће коришћеним арбитражама у свету. Такође арбитраже под администрацијом Међународног центра за решавање спорова (International Centre for Dispute Resolution-ICDR) и Међународне трговинске коморе такође имају често седиште у Америци, док се за ад хок арбитраже најчешће примењују арбитражна правила УНЦИТРАЛа.

Федерални закон о арбитражи (the Federal Arbitration Act-FAA) усвојен је 1925. године и кодификован у наслов 9 Кодификације Америчких Држава, уређује арбитражне поступке у САД и обавезује САД на поштовање неколико међународних споразума.

Федерални закон о арбитражи није заснован на УНЦИТРАЛ Модел закону и значајно му временски претходи. Такође, свих 50 америчких држава је донело своје арбитражне акте засноване на Униформном арбитражном акту или ревизираном униформном арбитражном акту.

У америчком праву се прави разлика између домаће и међународне арбитражне одлуке. Став 1 Федералног закона о арбитражи регулише домаћу арбитражну одлуку, док став 2 и 3 садрже правила о међународној арбитражној одлуци и примену Њујоршке и Панамске конвенције.

Главна разлика између домаће и међународне арбитражне одлуке је у разлозима из којих се може испитивати арбитражна одлука. Тако, домаћа арбитражна одлука подлеже рестриктивнијим разлозима за поништај, док се на стране арбитражне одлуке примењују правила Њујоршке и Панамске конвенције за признање и извршење арбитражних одлука.

Странка може поднети тужбу за поништај домаће или стране арбитражне одлуке пред америчким државним судом у року од 3 месеца од доношења или достављања арбитражне одлуке (став 12 и 208 Федералног закона о арбитражи). Члан 10 Федералног закона о арбитражи утврђује следеће разлоге за поништај арбитражне одлуке:

- 1) када је арбитражна одлука донета уз примену корупције, преваре или нечасних средстава
- 2) када је било очигледне пристрасности или корупције арбитра
- 3) када је услед пристрасног понашања арбитра које се огледа у одбијању одлагања саслушања и поред очигледних разлога, или у одбијању да изведе доказе који су важни за утврђивање чињеница, или су на било који други начин својим понашањем права странака била угрожена
- 4) када су арбитраи прекорачили своја овлашћења или их тако избегавали да коначна, заједничка и финална одлука о повереном спору није донета.

Да ли суд може да поништи одлуку из разлога који нису предвиђени, као што су повреда јавног поретка или погрешна примена права, остаје отворено питање у САД.

Када одлучују о тужби за поништај арбитражне одлуке, судови могу одлучити да застану са поступком извршења арбитражне одлуке што је уређено чланом 12 Федералног закона о арбитражи.

Просечна дужина трајања поступка поништаја се разликује, и креће се од 1 до неколико година у зависности од сложености питања и других околности.

2. Енглеско право

Енглеска(укључујући и Велс и Северну Ирску) је једна од светски водећих арбитражних правних система што се огледа у два аспекта. Први је везан за стручњаке за арбитражу који су најконцентрисанији у Лондону, док сам Лондон из бројних разлога остаје веома привлачно место које странке бирају за седиште своје арбитраже. Други је да само енглеско право и прецедентно право имају велики утицај широм света.

Важећи закон је Закон о арбитражи из 1996. године који се примењује када је место арбитраже у Енглеској, Велсу или Северној Ирској. Енглеска и Велс нису усвојиле УНЦИТРАЛ Модел закон, иако је нацрт Закона о арбитражи у неком погледу био под његовим утицајем.

Контрола или жалба на арбитражну одлуку је могућа у 3 случаја:

- 1) у случају недостатка стварне надлежности арбитраже(члан 67 Закона о арбитражи)
- 2) у случају озбиљних неправилности (члан 68 Закона о арбитражи)
- 3) на основу права (члан 69 Закона о арбитражи)

Тужба за поништај или жалба се мора поднети у року од 28 дана од датума на арбитражној одлуци или у року од 28 дана од дана обавештења о исходу жалбе на арбитражну одлуку, ревизије, исправке одлуке или додатне одлуке(члан 70 став 3 Закона о арбитражи).

Странке могу да се договоре да искључе право на жалбу због погрешне примене права. Не постоји могућност да се искључе остала два разлога, која се односе на озбиљне неправилности и недостатак надлежности.

Ипак, уколико странка у току поступка пропусти да приговори, може изгубити право да се касније позива на тај разлог у тужби за поништај(члан 73 Закона о арбитражи):

- 1) да арбитражни суд није стварно надлежан
- 2) да има неправилности у спровођењу арбитражног поступка
- 3) да је дошло до непоштовања било које одредбе арбитражног споразума или одредбе Закона о арбитражи
- 4) да је било неких других неправилности које су утицале на арбитражни суд или на арбитражни поступак.

Обратићемо пажњу на разлог предвиђен чланом 69 који предвиђа могућност испитивања арбитражне одлуке због погрешне примене материјалног права у поступку пред Вишим судом. Суд може, уколико нађе да је захтев основан, да врати одлуку арбитражном суду како би је евентуално исправио, или пак да арбитражну одлуку у целости или делимично поништи. Уочава се да увођењем овог разлога за поништај, Закон о арбитражи у Енглеској, одступа од УНЦИТРАЛ Модел закона, и да је управо ова одредба оно што чини арбитражу у Енглеској специфичном и препознатљивом.

Због погрешне примене материјалног права, жалба се може изјавити само у одређеним случајевима.

Пре свега, жалба је могућа само када је реч о примени енглеског права, што значи да погрешна примена страног права не може бити разлог за жалбу, чак ни онда када је седиште арбитраже у Енглеској. Овај разлог није изричито наведен, већ до њега долазимо, имајући у виду да се у енглеском праву питања везана за страног право сматрају чињеничним питањима. Затим, жалба је могућа само уз сагласност странака. Али како је тешко замислити да ће успешна странка у спору изнетом пред арбитражу желети да се арбитражна одлука испитује, а да арбитражна правила најпознатијих арбитражних институција искључују право на жалбу, споразум странака је остварив само уколико је саставни део првобитног арбитражног споразума. За то је ипак потребан виши ниво познавања арбитражног права који странке углавном немају. Други случај када је могуће испитивање арбитражне одлуке по овом основу, када нема сагласности странака, јесте уз дозволу суда. Међутим, та дозвола је могућа само уколико : а)решење питања ће битно

утицати на једну или више странака б) ради се о питању које је било поверено арбитражном суду на решавање в) на основу чињеничног стања утврђеног у арбитражној одлуци г) одлука арбитражног суда о том питању је очигледно погрешна или д) се ради о питању од општег јавног значаја и исправност одлуке арбитражног суда је под озбиљном сумњом и њ) да је поред споразума странака да спор повере арбитражи, праведно и исправно имајући у виду све околности случаја да суд одлучи о том питању.

Очигледно да, иако је жалба на основу погрешне примене права битна карактеристика енглеског арбитражног права која се ретко налази у другим арбитражним законима, она ипак подлеже бројним разлозима како би била усвојена, тако да у пракси није велика вероватноћа да ће се државни судови мешати у примену права арбитра.

VI ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ПОНИШТАЈА АРБИТРАЖНЕ ОДЛУКЕ

Последње, али не најмање значајно питање овог рада јесу правне последице поништаја арбитражне одлуке. Пре свега треба обратити пажњу на то шта се дешава са самом поништеном одлуком, да ли ће оцена суда државе порекла да та одлука нема дејства бити поштована и у другим државама те ће се одбити признање такве одлуке или ће ипак она наћи пут до извршења користећи „погодности” неких правних система. Такође, друго, не мање важно, јесте питање арбитражног споразума којим су странке уговориле арбитражни поступак који је резултирао арбитражном одлуком која је поништена од стране државног суда. Да ли тај споразум о арбитражи и даље обавезује странке да конкретни спор повере арбитражи или је потребно закључити нови споразум.

1. Признање и извршење арбитражне одлуке поништене у земљи порекла

Једна од често навођених предности арбитраже је та да ће судови држава потписница Њујоршке конвенције признати и извршити арбитражну одлуку, осим ако се појави неки од таксативно наведених разлога за одбијање признања и извршења. Ипак, једна од правних области у којој се државе не слажу јесте да ли арбитражна одлука која је поништена у земљи порекла може или не може бити призната и извршена у другој држави.

Основ сваке анализе овог питања јесте V члан Њујоршке конвенције који предвиђа разлоге због којих се извршење арбитражне одлуке “може” одбити. Међу овим разлозима јесте и разлог предвиђен чланом V(1)(e) да је одлука поништена од стране овлашћених органа у месту доношења одлуке. Језичким тумачењем ове одредбе долазимо до закључка да постоји дискреција суда који одлучује о извршењу, те да теоретски не постоји препрека да судови признају и изврше одлуку која је поништена у месту доношења. Доста земаља заузимају овај став. Међутим, значајан број држава заузима супротан став и у пракси неће дозволити извршење арбитражне одлуке која је претходно поништена. На основу наведеног није довољно применити само језичко тумачење, већ треба имати у виду и различита тумачења о значају које се даје месту арбитраже и схватању његове улоге од стране државе у којој се тражи признање и извршење стране арбитражне одлуке.

Постоје два схватања. Прво је да је место арбитраже резултат случаја. Арбитражни суд не функционише као државни суд, само зато што има седиште у одређеној држави. Арбитрима не поверава овлашћење држава у којој арбитража има седиште, већ укупност свих правних прописа који признају под одређеним условима арбитражни споразум и арбитражну одлуку. Због тога можемо рећи да арбитри немају надлежност сами по себи, те да из тог разлога ни одлуке државних судова у месту арбитраже не би требало да имају утицаја на валидност испитиване одлуке.

Прво схватање је доминантно у одређеним земљама, посебно у Француској. У познатом Хилмартон случају, Касациони суд је пресудио да је швајцарска арбитражна одлука међународне природе, што значи да није везана за швајцарски правни систем и да наставља да постоји иако је поништена у седишту арбитраже. У другом, исто тако познатом, Путрабали случају, Касациони суд је потврдио принцип из Хилмартон случаја и нашао да је међународна арбитражна одлука међународна одлука која је заснована на не-националном арбитражном праву и да стога њен поништај у земљи порекла нема утицаја на њено извршење у другој држави. Било је и других одлука на основу којих се закључује да ће француски судови извршити арбитражну одлуку чак иако је поништена у земљи порекла.

Холандски судови имају сличан приступ као француски судови. Најпознатији је случај *Yukos Capital v. Rosneft*, где је Апелациони суд у Амстердаму нашао да то што је руски суд поништио руску арбитражну одлуку није довољно да спречи њено извршење у Холандији. У овом предмету је, Апелациони суд нашао да има доказа да је одлука руског суда била пристрасна и да није резултат независног одлучивања, јер се јасно види да је на њу утицала руска кампања против противника жалиоца, одн тужиоца, због чега је дозволио извршење налазећи да је поништена одлука праведна.

Супротно овом, друго гледиште је да је место арбитраже готово једнако надлежности државних судова. По овом схватању, место арбитраже уређује арбитражни споразум и конституисање и форму арбитражног суда као и поступак и форму арбитражне одлуке. Судови места арбитраже надгледају правилно функционисање процесних аспеката арбитраже, па из тог разлога, они имају и овлашћење да на крају процеса потврде или

пониште одлуку. Другим речима, место арбитраже, према овом схватању, повезује арбитражу са правним системом државе у којој се арбитража одржава.

Ово друго гледиште одговара положају енглеских судова. Конкретно, енглески судови имају традиционално схватање да када је страна арбитражна одлука поништена од стране државног суда седишта арбитраже, енглески судови немају право да признају и изврше такву одлуку.

Овде ћемо изнети један занимљив случај из праксе, који је прва одлука такве врсте у енглеској пракси када је енглески Апелациони суд дозволио извршење арбитражне одлуке иако је био у току поступак њеног поништаја у земљи порекла одлуке који је имао основане шансе за успех, из разлога што је поступак поништаја пред Нигерјским судом предуго трајао. Наиме, 2004. године компанија X је добила спор против нигеријске државне компаније која производи петролеј Y, за накнаду штете у износу од 152 милиона америчких долара. Y је тражио поништај одлуке у месту арбитраже у Нигерији. X је потражио извршење арбитражне одлуке у Енглеској, где га је дочекао закључак енглеског суда да захтев за поништај нигеријском суду има реалне шансе за успех и одбио захтев за извршење. 2014. године, због бројних процесних проблема и навода Y да је до доношења арбитражне одлуке дошло услед преваре, нигерјски поступак поништаја је и даље трајао. Процене експерата су да би поступак могао да потраје наредних 20 до 30 година. Када је X поновио захтев за извршење одлуке, Виши суд у Енглеској је сматрао да, упркос дугом трајању поступка за поништај, Y има велике шансе да добије поништај одлуке због преваре, те да извршење арбитражне одлуке треба да буде одложено до даљњег. Међутим, Апелациони суд је изменио одлуку Вишег суда, пре свега зато што је X доказао знатне промене у околностима од подношења првог захтева за извршење, а такође и зато што продужено одлагање у поступку пред нигерјским судом сада оправдава да се дозволи извршење одлуке. Прво, Апелациони суд је закључио да је константно одлагање завршетка поступка поништаја довољна промена околности која оправдава да се поново испитају околности под којима је први пут одложена одлука. Нагласили су да дуплирање времена од претходно очекиване 4 године за завршетак поступка, на 9 година потребних да се реши обичан процесни захтев, представља довољан разлог да се опет размотри захтев за извршење. Затим је додао да члан 103 став 4 Закона о арбитражи из 1996. године даје

могућност енглеским судовима да одложе или одобре извршење одлуке, онда када је поступак за поништај у току, а да у конкретном случају када постоји овакво катастрофално одлагање завршетка поступка пред нигеријским судом, X има пуно право да му се дозволи извршење арбитражне одлуке. Закључак је суда да би даље одлагање доношења одлуке о извршењу било противно Њујоршкој конвенцији која се залаже за брзо извршење одлука. Ово отвара врата и другим странкама које су суочавају са дугим поступком поништаја одлуке у месту доношења одлуке, да потраже извршење одлуке у Енглеској. Колико конкретно дуго мора трајати поступак, је индивидуално питање, имајући у виду да је овде било реч о екстремно дугом трајању, па остаје да се види да ли ће и поступак који траје неколико година дати довољну основу енглеским судовима да дозволе извршење одлуке.

Можемо запазити да Њујоршка конвенција иако ствара простор за признање и извршење одлуке поништене у земљи порекла, не предвиђа критеријуме ни правне оквире за одлучивање судова да признају или не одлуку поништену у земљи седишта арбитраже, што представља недостатак, али такође ствара простор за нова решења која ће се прилагодити потребама учесника међународне арбитраже.

Поред Француске, која важи за државу познату по извршењу поништених арбитражних одлука, и Америка се јавља као земља која би могла да јој парира.

Тако, у случају Хромалој (Chromalloy) из 1996. године, амерички дистриктски суд дозволио је извршење одлуке која је донета у Египту(који је потписница Њујоршке конвенције) и поништена од стране египатског суда. Суд је образложио одлуку тиме да реч „може” у члану V(1)(е) Њујоршке конвенције, дозвољава, али не обавезује суд да одбије извршење одлуке. Амерички суд је одбио да призна одлуку египатског суда о поништају одлуке, јер је та одлука била противна истовремено и америчком јавном поретку(који је против детаљне, материјалне контроле арбитражне одлуке) и арбитражном споразуму странака(које су искључиле могућност материјалне контроле арбитражне одлуке). Прећутни фактор у овом случају може бити и тај да је поништај одлуке био у корист египатске владе, а против страних инвеститора.

Следећи случај показује однос и америчке и француске праксе у истом случају. Односи се на спор између међународне компаније Бехтел(International Bechtel Company

Limited) и Одељења цивилне авијације владе Дубаија(the Department for Civil Aviation of the Government of Dubai-DCA), у коме је пресуђено арбитражном одлуком у корист Бехтела 20. фебруара 2002. године и досуђено му 24.4 милиона долара. Како Влада Дубаија није добровољно исплатила овај износ, Бехтел је затражио принудно извршење од стране првостепеног суда у Дубаију, док се истом суду влада Дубаија обратила са противзахтевом за укидање одлуке. Првостепени суд Дубаија је укинуо арбитражну одлуку са образложењем да сведок у арбитражи није положио заклетву која је предвиђена правом Дубаија. Бехтел се затим жалио Касационом суду Дубаија на одлуку првостепеног суда. 15. маја 2004. године је Касациони суд Дубаија потврдио одлуку о укидању арбитражне одлуке првостепеног суда. Бехтел се жалио, али је истовремено и тражио признање арбитражне одлуке од америчког Дистриктског суда(Дистрикт Колумбије), док је друга страна тражила да се тај захтеб одбије. 5. фебруара 2004. амерички суд је донео одлуку да застане са поступком док суд Дубаија не одлучи о жалби, али је запазио да:

„Ништавост арбитражне одлуке коју суд Дубаија заснива једино на основу разлога да сведок није правилно положио заклетву, када се ни једна од странака није жалила на форму у којој је заклетва дата, а имајући у виду и одредбу арбитражног споразума да ће арбитражна одлука бити коначна и обавезујућа и да неће бити жалби било ком суду, сматрамо крајњом границом административне природе онога што Американци називају правдом“

Одељење цивилне авијације је поновило свој захтев да се обустави поступак пред америчким судом, који је и усвојен 8. марта 2005. године. Тада Уједињени Арапски Емирати нису били потписница Њујоршке конвенције(приступили су 13. јуна 2006. године). С обзиром на то, Бехтел је покушао да тражи извршење под условима предвиђеним у Федералном закону о арбитражи, али како нису испуњени услови предвиђени овим законом, амерички судови нису могли да расправљају о Бехтелевом захтеву.

Међутим, Бехтел се обратио и првостепеном француском суду, са захтевом за извршење арбитражне одлуке, који је 21. октобра 2003, године, док је поступак по жалби у Дубаију и даље био у току, одредио извршење арбитражане одлуке против Одељења цивилне авијације Владе Дубаија. У то време УАЕ нису били члан Њујоршке конвенције,

али је на снази био билатерални споразум између Француске и УАЕ о међусобном признању и извршењу пресуда и одлука. Аргументи против ове одлуке су били да овај споразум захтева признање одлуке Касационог суда Дубаија у Француској, као и да би извршење одлуке било противно јавном поретку што је разлог за одбијање признања и извршења предвиђен Француским грађанским закоником.

Апелациони суд у Паризу је одбио ову аргументацију и закључио да пресуда која укида арбитражну одлуку (за разлику од пресуде по жалби која укида домаћу одлуку) не захтева да буде призната под условима предвиђеним напред наведеним споразумом, као и да извршење арбитражне одлуке није противно јавном поретку, јер:

“не може бити предмет признања у Француској; пресуде донете у поступку поништаја, исто као и налози за погубљење, немају међународни ефекат јер делују само унутар одређеног територијалног суверенитета, и не могу бити предмет разматрања страног судије.“

Закључак суда је да „француско право не прави разлику да ли је поништај резултат различитог законског уређења разлога за поништај или различитог судског тумачења истих разлога, те ће приступ бити исти: признање арбитражне одлуке у француском правном систему зависиће само од основа француског права за признање арбитражне одлуке, као практично приватног акта“⁶¹

Потврђена одлука у случају КОММИСА се придружује непрекидно растућој пракси судова широм света у борби са питањем да ли државни суд државе потписнице Њујоршке конвенције треба да призна и изврши страну арбитражну одлуку поништену у држави порекла. Међутим, тренутно је само неколико правних система заузело јасан став који може да наговести како ће се њени судови понашати у овој ситуацији.

Можемо донети закључак да су правни системи који ће вероватно одобрити извршење арбитражне одлуке поништене у земљи порекла САД, Француска и Холандија, што показују и следећи случајеви.

⁶¹ Emmanuel Gaillard, *The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin*, article based on the report presented by author to the ICCA Congress in Paris, May 1998, стр. 30

Одлука КОММИСА потврђује недавне одлуке америчких судова у којима је употреба права да изврше одлуку поништenu у земљи порекла ограничена на остваривање „основне представе о томе шта је пристojно и праведно” у Сједињеним америчким државама. У ранијем случају из 2013. године, *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, амерички Апелациони суд је дозволио извршење арбитражне одлуке поништене у земљи порекла, уз образложење да је подношење жалбе против арбитражне одлуке у Египту повредило коначну и обавезујућу природу арбитражне одлуке и да би одбијање признања одлуке било противно про-арбитражној природи америчког јавног поретка. Ипак, многи амерички судови нису пратили ову одлуку и одбили су да признају извршење одлуке која је поништена у земљи порекла. Ипак, ово касније прецедентно право оставља отвореном могућност да амерички судови одбију да признају поништај стране арбитражне одлуке из разлога јавног поретка. У случају *TermoRio S.A.E.S.P. v. Electranta S.P.*, амерички Апелациони суд је нагласио потребу да поништај одлуке од стране страног суда крши основне појмове правде. Пратећи ТермоРио стандард други степен америчког Апелационог суда нашао је да су у предмету КОММИСА доведени у питање основи праведности и због тога потврдио одлуку дистриктског суда који је применом дискреције дозволио извршење одлуке поништене у земљи порекла. Кроз случај КОММИСА оживљен је не само принцип Хромалој који дозвољава америчким судовима да признају одлуку поништenu у земљи порекла, већ и стандард случаја ТермоРио који судовима даје сужену дискрецију да тако поступе само у случају када је одлука страног суда о поништају фундаментално неправедна.

Са одлуком КОММИСА, Америка је потврдила да је раме уз раме са Француском, као земљом која је истакнута и традиционално позната као пријатељски настројена ка арбитражи, склона ка томе да дозволи извршење одлука поништених у земљи порекла. Ипак, за разлику од америчких судова, који захтевају постојање фундаменталне неправде како би извршили поништenu одлуку, француски судови прате јасан стандард без већих одступања, по коме се арбитражне одлуке признају и извршавају невезано од поништаја, без довођења у питање да ли је поступак поништаја пред страним судом праведан.

Став који је француски суд у 2005.ој заузео у познатом случају *Societe Hilmarton Ltd v Societe OTV*, је као принцип потврђен у каснијем случају маја 2012. године када ја

Париски врховни суд у предмету *Maximov v. NLMK* признао арбитражну одлуку донету у Русији и након тога поништено од стране руског суда из разлога што спор није био арбитрабилан. Без улажења у разлоге поништаја, Француски врховни суд је закључио да поништај од стране руског суда није довољан разлог за одбијање признања и извршења одлуке у Француској.

Холандски судови су имали сличан приступ као и амерички, тако што су испитивали правичност поступка поништаја арбитражне одлуке при одлуци да ли признати или не извршење поништене одлуке. У случају из 2009. године, *Yukos Capital S.A.R.L. v. ОАО Rosneft*, амстердамски Апелациони суд потврдио је одлуку донету у Русији, као извршиву у Холандији, иако је руски суд исту поништио, налазећи да поништај одлуке није резултат независног и непристрасног суђења. Септембра 2012. године амстердамски Апелациони суд је применио сличан приступ у предмету *Nikolai Viktorovich Maximov v. OJSC Novolipetski Metallurgichesky Kombinat*, који такође садржи одлуку донету у Русији и након тога поништено од стране руских судова. Холандски суд је нашао да је руска одлука резултат нефер суђења, те да као таква нема дејство када се процењује извршење арбитражне одлуке.

Државе које су оцењене да би могле признати арбитражну одлуку која је поништена у земљи порекла су и Аустрија, Хрватска, Данска, Исланд, Либија, Луксембург, Мексико, Панама, Пољска, Шпанија и Турска, иако судови ових земаља још увек нису заузели јасан став по овом питању. Судови у другим државама уговорницама Њујоршке конвенције су становишта да то што је арбитражна одлука поништена у земљи порекла значи да не може бити призната и извршена. То су Енглеска, Немачка, Мађарска, Индија, Италија, Јапан, Кореја и Швајцарска, иако судови ових земаља још нису заузели јасан став по овом питању.⁶²

Овде као закључак додајемо још један критеријум који би могао помоћи при одлуци да ли признати поништено арбитражну одлуку, наиме „судија који одлучује о признању и извршењу треба да одреди да ли су разлози поништаја примењени од судије у месту арбитраже одговарајући међународним стандардима. Уколико јесу, ради се о поништају по

⁶² The 2012 ICC Guide to National Procedures for Recognition and Enforcement of Awards under the New York Convention

међународним стандардима и одлука не треба бити извршена. Уколико је основа поништаја непризната од стране међународне праксе или уколико је заснована на нетолерантном критеријуму, судија је суочен са локалним стандардом поништаја. Тада судија треба да игнорише такав поништај и да призна и дозволи извршење поништене одлуке.⁶³

2. Арбитражни споразум након поништаја арбитражне одлуке

Након поништаја арбитражне одлуке се поставља и питање судбине арбитражног споразума на основу ког је спор поверен арбитражи која је донела арбитражну одлуку. Да ли ће странке морати да се поново споразумеју ако желе да њихов спор решава арбитража или ће на основу ранијег споразума моћи поново да конституишу нову арбитражу која ће решити спорни однос. Ово питање није јединствено регулисано па се јављају различита решења.

Сам Модел закон УНЦИТРАЛа се не бави питањем ефекта поништаја арбитражне одлуке.

На овом месту наводимо став Апелационог суда у Сингапуру који је заузео када је разматрао да ли суд који одлучује о поништају арбитражне одлуке има моћ да врати предмет поништене одлуке истом арбитражном суду који је претходно донео ту одлуку. Закључак суда је да је мандат арбитражног суда коме су странке повериле решавање спора истрошен једном када је донета обавезујућа и коначна одлука.

У складу са овим ставом је и члан 32 Модел закона УНЦИТРАЛа који одређује трајање арбитражног поступка и каже да се арбитражни поступак прекида, између осталог, доношењем коначне одлуке. Као изузетак се наводе члан 33 који се односи на доношење допунске одлуке и исправљање грешака и члан 34 став 4 који даје овлашћење суду који одлучује о поништају да застане са поступком поништаја и врати одлуку арбитражном суду како би отклонио грешке које представљају основ за поништај.

⁶³ Jan Paulsson, Awards set aside at the place of arbitration, Enforcing Arbitration Awards under New York Convention, Experience and Prospects-радови поводом Дана Њујоршке конвенције, одржаном 10 јуна 1998. године поводом прославе 40-о годишњице Конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука донетој 10 јуна 1958. године, доступно на: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/NYCDay-e.pdf>

Даље је суд нагласио да чињеница да је арбитражна одлука поништена, не представља само по себи сметњу за арбитражни споразум и његову валидност између странака. Генерално арбитражни споразум преживљава поништај арбитражне одлуке и може се конституисати нови арбитражни суд да реши спор између странака, осим наравно уколико је арбитражна одлука поништена из разлога што није било важећег арбитражног споразума између странака.

Немачка је једна од земаља која је у свом Закону о арбитражи прихватила концепт да је арбитражни споразум након поништаја арбитражне одлуке и даље валидан. Одредбом члана 1059 става 5 одређује да ће након поништаја арбитражне одлуке арбитражни споразум бити поново оперативан за одређени предмет спора, уколико нема неких супротних индикација.

Наш Закон о арбитражи из 2006. године уређује питање арбитражног споразума кроз одредбе о арбитражном поступку након поништаја одлуке тако што прописује да ће арбитражни споразум обавезивати и даље странке док се они другачије не споразумеју. За то предвиђа два негативна услова, а то су, да није дошло до поништаја арбитражне одлуке због неваљаности арбитражног споразума и да у самом споразуму ниси била наведена имена одређених арбитрара. Тумачењем ове одредбе закључујемо да ће на основу истог арбитражног споразума странке моћи основати нову арбитражу која ће решити њихов спор, уколико нису испуњена два напред наведена негативна услова. Што је и логично, јер уколико је утврђено да нема арбитражног споразума или је он неважећи неће се ни моћи на основу њега спровести пуноважан арбитражни поступак, а с друге стране уколико су странке већ самим споразумом одредиле одређена лица за арбитраре, тако што су их означила именом и презименом, они не би могли опет чинити арбитражно веће, имајући у виду да су доношењем коначне арбитражне одлуке испунили своју функцију. Међутим, наредни став овог члана предвиђа да је за вођење новог арбитражног поступка између истих странака и у вези са истом ствари потребан нови споразум о арбитражи. То нас наводи на закључак да ипак споразум о арбитражи више нема дејства, након што је арбитражна одлука поништена од стране надлежног суда и да ће се странке морати опет договорити у форми арбитражног споразума, уколико желе да решења њиховог спора повере арбитражи. Овакав закључак оправдан је уколико се узме у обзир и члан 47 Закона

о арбитражи, који уређује окончање арбитражног поступка, те у првом ставу одређује да се арбитражни поступак окончава доношењем коначне арбитражне одлуке. Тако је овлашћење арбитра за решење спора исцрпљено из арбитражног споразума и поништајем коначне арбитражне одлуке која је резултат арбитражног поступка који су они спровели ствара се потреба за доношењем новог споразума о арбитражи, уколико и даље постоји воља за овим начином решења спора.

VII ZAKЉUЧNA RAZMATRAЊA

Са све већим развојем међународне трговине, али и других правних односа у којима се јавља инострани елемент, повећава се и потреба за алтернативним суђењем у односу на државно. Странке налазе већ годинама решење у арбитражи, уживајући све њене погодности у жељи за што ефикаснијим, приватнијим и прилагодљивијим потребама странака начином решења спора. Жеља да се спор оконча без дугих и за странке исцрпљујућих судских процеса, за које је велика вероватноћа да ће нарушити даљи пословни однос између партнера који су дошли до конфликтног односа и нада да ће управо независни и непристрасни арбитри за посебном стручношћу за дати предмет донети коначну и обавезујућу одлуку је оно што наводи странке широм света да одаберу управо арбитражу као начин решења спора. Хармонизација и унификација правних правила, за шта су нарочито заслужне међународне конвенције и Модел Закон УНЦИТРАЛа, је оно што је додатно утицало на привлачност арбитраже. Овде наглашавамо да је утицај Модел Закона УНЦИТРАЛа немерљив на уједначеност правила у овој области, али да и даље треба да се ради на усаглашавању, поготову у погледу института поништаја арбитражних одлука, али и правних последица поништаја.

Како већина странака приликом уговарања арбитраже не размишља о томе да њихов спор може ипак доћи и до суда, те и не посвети довољно пажње проучавању ових одредби може се догодити да од ефикасног и повољног поступка дођу до вишегодишње парнице са неизвесним завршетком. Због тога је потребно и даље радити на међународном нивоу на уређењу ове области, како би се повећала сигурност странака и поверења у институт арбитраже. До тада је на странкама, да при самом уговарању арбитраже проуче правила која би била примењена на њихов случај, уколико би нека од њих затражила поништај, те из којих разлога би то могла да учини, какав би био поступак, које су шансе да и поред поништаја дође до признања њихове одлуке и у којој земљи, шта ће бити са њиховим спором уколико се арбитража ипак покаже као неуспешна и арбитражна одлука буде поништена. На већину ових питања одговор дају национални закони места арбитраже, па се зато јавља појава позната као куповина форума-forum shopping⁶⁴, ситуација да се

⁶⁴ Више о куповини форума : Linda Silberman, Maxi Scherer, Forum Shopping and Post-Award Judgments, PKU Transnational Law Review, 2014, стр.115-156

поједина места, односно државе сматрају повољнијим за арбитражу од других због својих правних правила, односно тумачења истих.

„Задовољавајуће решење лежи у формулисању ефикасног и хармонизованог режима судске контроле који ће бити искључиво у рукама компетентних судова у седишту арбитраже. Такав режим ће повећати ефикасност и поузданост међународне арбитраже која ће, заузврат, водити повећаном поверењу свих учесника, укључујући и међународну пословну заједницу, у овај јединствен приватни механизам за решавање спорова. На крају, заједно са подстицањем националних законодаваца да усвоје уједначен режим судске контроле, судијски положај националних судија ће бити префињен и побољшан“⁶⁵ Јасно је да би користи од уређења института поништаја арбитражне одлуке имали сви учесници арбитраже, и то не само странке и изабрани арбитри, већ и државни судови, односно судије.

⁶⁵ Hossein Abedian, *Judicial Review of Arbitral Awards in International Arbitration*, *Journal of International Arbitration* 28, no.6(2011):589-626, стр. 625-626

ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ

- 1) Albert Jan van den Berg, Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?, ICSID Review, 2014, str. 1-26
- 2) Александар Голдштајн, Синиша Трива, Међународна трговачка арбитража, Информатор, Загреб, 1987
- 3) William W. Park, Why Courts Review Arbitral Awards, Festschrift fur Karl-Heinz Bockstiegel 595, 2001
- 4) Владимир Павић, Милена Ђорђевић, Новине у правном оквиру за АДР у Србији, Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ-правни, економски и социолошки аспекти, Пројекат Правног факултета Универзитета у Београду, 2014
- 5) Гашо Кнежевић, Владимир Павић, Арбитража и АДР, Београд, 2013
- 6) Дејан Јанићијевић, Арбитража, Ниш, 2011
- 7) Душанка Ђурђевић, Разлози за поништај арбитражне одлуке, Право-теорија и пракса, Број 11-12, Нови Сад, Новембар-Децембар 1996, стр.126-134
- 8) Добросав Митровић, Закон о арбитражи Републике Србије, Арбитража, број 4, Београд, 2006, Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије, стр. 79-84
- 9) Emmanuel Gaillard, The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin, 14 ICSID Review 16, 1999
- 10) Jared Hanson, Setting Aside Public Policy: the PEMEX Decision and the Case for Enforcing International Arbitral Awards Set Aside as Contrary to Public Policy, Georgetown Journal of International Law, Vol.45, 2014, str. 825-860
- 11) Јелена Перовић, Уговор о међународној трговинској арбитражи, Београд: Службени лист СРЈ, 2002
- 12) Катарина Јовичић, Правне последице поништења арбитражне одлуке, Арбитража, број 4, Београд, 2006, Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије, стр. 59-76
- 13) Катарина Јовичић, Одлуке међународних трговинских арбитража које се могу поништавати пред судом, Правни живот-часопис за правну теорију и праксу, број 12/2007, књига 512, Београд, 2007, стр. 583-596

- 14) Катарина Јовичић, Преиспитивање одлука међународних трговинских арбитража у поступку поништења, Београд, 2009, Институт за упоредно право, Монографија 162
- 15) Катарина Јовичић, Међународна трговинска арбитража: разлози поништења арбитражних одлука, Српско право и међународне судске институције, приредио Др Јован Ђирић, Институт за упоредно право, Београд, 2009
- 16) Linda Silberman, Maxi Sherer, Forum shopping and Post-Award Judgments, PKU Transnational Law Review, 2014, str. 115-156
- 17) Маја Станивуковић, Поништај арбитражне одлуке у домаћој судској пракси, Арбитража, број 4, Београд, 2006, Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије, стр. 165-198
- 18) Марија Крвавац, Поништај арбитражне одлуке, Правни живот-часопис за правну теорију и праксу, Број 11/2005, књига 495, Београд, 2005, стр.735-746
- 19) Michael Wietzorek, Arbitration in Serbia, Austrian Arbitration Yearbook 2009, C.H. Beck-Staempfli-Manz, Vienna, 2009
- 20) Miljenko Appio Giunio, Mogućnosti napadanja arbitražne odluke, Zbornik PFZ, 56(2-3), 771-799, 2006
- 21) Мирјана Цукавац, Аустрија донела нови Закон о арбитражи, Арбитража, број 4, Београд, 2006, Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије, стр. 203-208
- 22) Мирјана Цукавац, 30 година примене УНЦИТРАЛОВИХ арбитражних правила, Арбитража, број 4, Београд, 2006, Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије, стр. 263-267
- 23) Мирослав Николић, Тужба за поништај арбитражне одлуке и принудна арбитража, Привредна друштва у светлу актуелних измена закона: зборник радова, 2012, стр. 137-148
- 24) Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, Међународно приватно право, Београд, 2010
- 25) Hossein Abedian, Judicial Review of Arbitral Awards in International Arbitration, Journal of International Arbitration 28, no.6(2011), 589-626

ПОПИС ОСТАЛЕ ИСТРАЖИВАЧКЕ ГРАЂЕ

- 1) Закон о арбитражи, Службени гласник РС, бр. 46/2006
- 2) Конвенција о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука од 10.06.1958. године, ратификована 1981. године. Службени лист СФРЈ-међународни уговори бр.11/81
- 3) Закон о парничном поступку из 1974. године, Службени лист СФРЈ, бр.4/77
- 4) Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, Службени лист СРЈ, бр. 46/96 и Службени гласник РС, бр. 46/06
- 5) Протокол о арбитражним клаузулама од 24.09.1923. године, ратификован 1958. Службени гласник СФРЈ, бр. 4/59
- 6) Конвенција о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука од 26.09.1927. године, ратификована 1958. Службени гласник СФРЈ, бр 4/59
- 7) Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи од 21.04.1961. године, ратификована 1963. године. Службени лист СФРЈ-међународни уговори и други споразуми бр.12/63
- 8) Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС* 101/2011, 101/2013, 106/2015-др.закон, 13/2016 и 108/2016

ЕЛЕКТРОНСКИ ИЗВОРИ

- 1) https://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1981-e/yb_1981_e.pdf
- 2) http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add39_en.pdf
- 3) <http://www.swissarbitrationdecisions.com>
- 4) <http://www.disarb.org>
- 5) <http://www.canlii.org/>
- 6) <https://treaties.un.org>
- 7) <http://kluwerarbitrationblog.com/>
- 8) <http://www.newyorkconvention.org>
- 9) <http://www.arbitration-icca.org/articles.html>
- 10) http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html
- 11) <http://www.uncitral.org>
- 12) <https://www.arbitration.sccinstitute.com/Views/Pages/GetFile.ashx?portalId=89&cat=79572&docId=2446158&propId=1578>

САЖЕТАК И КЉУЧНЕ РЕЧИ

Наслов:

Поништај арбитражне одлуке

Сажетак:

Арбитража је начин решавања спора у коме су се странке сагласиле да свој спор повере трећем независном лицу-арбитру, који ће применом од странака изабраног права у арбитражном поступку донети коначну и обавезујућу одлуку за странке. Коначност одлуке је у интересу странке која је добила спор и разлог за поверавање спора арбитражи и избегавање дугих и исцрпљујућих поступака пред судовима пред којима је често потребан дуги низ година како би се стигло до правноснажне пресуде која више не може да се напада жалбом. Предмет поступка по тужби за поништај арбитражне одлуке је арбитражна одлука за коју странка сматра да има неки недостатак. Разлози за поништај арбитражне одлуке су непонуважност или непостојање арбитражног споразума, повреда начела контрадикторности, прекорачење надлежности у погледу предмета одлучивања, нерегуларности приликом конституисања арбитражног суда, арбитрабилност и повреда јавног поретка. Утицај Модел Закона УНЦИТРАЛа је немерљив на уједначеност правила у овој области, али постоји потреба за даљим радом на усаглашавању, поготову правних правила у погледу института поништаја арбитражних одлука, али и правних последица поништаја.

Кључне речи:

арбитража, поништај арбитражне одлуке, разлози за поништај, правне последице поништаја арбитражне одлуке

SUMMARY AND KEY WORDS

Title:

The annulment of the arbitral award

Summary:

Arbitration is a way of resolving a dispute in which the parties have agreed to refer their dispute to a third independent party-arbitrator, who will in arbitration proceedings by applying the law chosen on behalf of the parties make a final and binding award for them. The finality of the award is in the interest of the party who won the case and it is also another reason for the submission of the dispute to arbitration and avoiding long and exhausting court proceedings where there is often needed several years to get to the final judgment which can no longer be subject of an appeal. The subject of annulment proceedings is an arbitral award is the award for which the party thinks that has some irregularities. Grounds for setting aside an arbitral award are : validity or no-existence of an arbitral agreement, due process, excess of authority regarding matter of dispute, irregularities in the constitution of the arbitral tribunal, arbitrability and violations of public policy. The impact of the UNCITRAL Model Law is immeasurable in the uniformity of rules in this area, but there is still a need for further work on harmonization, especially in the field of legal rules regarding the institution of setting aside arbitral awards, as well as the legal consequences of the annulment.

Keywords:

arbitration, annulment of the arbitral award, setting aside arbitral award, grounds for setting aside an arbitral award, legal consequences of annulled arbitral award

БИОГРАФИЈА АУТОРА

Нина Јовановић је рођена 03.07.1990. године у Нишу, општина Медијана, Република Србија. Живи у Нишу и полазник је почетне обуке на Правосудној академији од 2017. године.

Основну школу „Учитељ Таса” у Нишу завршила је 2005. године као носилац дипломе “Вук Караџић”, а средњу школу “Прву нишку гимназију Стеван Сремац” завршила је 2009 са одличним успехом.

Основне академске студије права на Правном факултету Универзитета у Нишу, у обиму од 240 ЕСПБ бодова, уписала је школске 2009/2010 године, а дипломирала је 16.04.2014. године са просечном оценом 8,85(осам и 85/100), чиме је стекла стручни назив дипломирани правник.

Приправнички стаж је као као судијски приправник-волонтер обавила у Вишем суду у Нишу, у периоду од 12.05.2014. године до 12.05.2016. године, где је претежно радила на изради нацрта судских одлука у парничној и кривичној материји.

Правосудни испит положила је дана 30.09.2016. године са одликом из предмета кривично право.

Мастер академске студије права на општем смеру, на грађанско-правном модулу уписала је школске 2014/2015 године на Правном факултету Универзитета у Нишу, а испите предвиђене студијским програмом положила је са просечном оценом 9,2 (девет и 2/10).

Од знања страних језика, истиче енглески из ког има Кембриџ Сертификат(Cambridge English: Advanced-Certificate in Advanced English-CAE) и немачки језик.

ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ
ШТАМПАНОГ И ЕЛЕКТРОНСКОГ ОБЛИКА МАСТЕР РАДА

Име и презиме аутора мастер рада: Нина Јовановић

Наслов мастер рада: Поништај арбитражне одлуке

Ментор: Проф. др Дејан Јанићијевић

Изјављујем да је електронски облик мастер рада у pdf формату истоветан штампаном облику, који сам предала Правном факултету Универзитета у Нишу.

У Нишу, _____

Потпис аутора

ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ И ОДОБРАВАЊУ ОБЈАВЉИВАЊА МАСТЕР РАДА

Изјављујем да мастер рад, под насловом Поништај арбитражне одлуке, пријављен и одбрањен на Правном факултету Универзитета у Нишу:

- представља резултат сопственог истраживачког рада;
- није у целини, нити у деловима с моје стране пријављиван за одбрану на другим факултетима или универзитетима;
- не крши ауторска права или интелектуалну својину других лица.

Дозвољавам да се овај мастер рад чува у библиотеци и објави на сајту Правног факултета Универзитета у Нишу.

Аутор мастер рада: Нина Јовановић

У Нишу, _____

Потпис аутора
