

UTICAJ PREKOGRANIČNOG STEČAJA NA ARBITRAŽNI POSTUPAK

DEFINISANJE PROBLEMA

Nakon što su u većini prava stečajni sporovi prihvaćeni kao arbitrabilni,¹ osim u pogledu tzv. pitanja koja čine samu suštinu stečaja (*core issues*), u teoriji i praksi je postavljeno pitanje odnosa arbitražnog i stečajnog postupka.² Ovo zbog toga što između arbitražnog i stečajnog postupka postoje brojne sličnosti i razlike oko čije prirode su mišljenja podeljena. Dok jedni smatraju da postoje brojne sličnosti i preklapanja, drugi smatraju da je teško zamisliti da ova dva postupka zbog različitih metoda mogu zajedno egzistirati.³

Osnovna sličnost između stečajnog i arbitražnog postupka se ogleda u cilju. I jedan i drugi postupak imaju za cilj da reše sporna pitanja koja se odnose na imovinu stečajnog dužnika. Međutim, dok se u arbitražnim postupcima namiruju pojedinačni zahtevi, stečajni postupak ima za cilj da omogući namirenje kolektivnih ili grupnih zahteva, u skladu sa posebnim pravilima i načelima koji važe za

Mr Jelena Vukadinović, Institut za uporedno pravo, Ekonomski fakultet.

¹ Za uporedni prikaz rešenja koja su prihvaćena u stečajnim zakonima Nemačke, Engleske, Francuske i Holandije vid. V. Lazić, *Insolvency proceedings and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1998. Za Švajcarsku vid. L. Levy, *Insolvency in Arbitration (Swiss law)*, *Int.A.I.R.*2005, 8(1), str. 23–33.

² Vid. Vesna Lazić, *n.delo*, 1998, str.1.

³ Vid. J. Rosell and H. Prager, *International Arbitration and Bankruptcy: United States, France and the ICC.* (2001) 18(4) *Journal of International Arbitration* 417, str. 471.

stečaj.⁴ Od načela stečajnog postupka za ova razmatranja je od posebnog značaja načelo atrakcije koje se sastoji u tome što sud koji sprovodi stečajni postupak privlači u svoju nadležnost sve druge sporne postupke koji su u neposrednoj vezi sa stečajnim postupkom. Pored sličnosti, postoje i brojne razlike koje se tiču načina konstituisanja nadležnosti stečajnog suda i arbitraže,⁵ načela stečajnog i arbitražnog postupka i sadržine pravne zaštite koja se pruža u jednom i u drugom postupku. Navedene i druge sličnosti i razlike su nametnule pitanje uticaja stečajnog postupka na arbitražno rešavanje sporova.

Kao osnovno, postavlja se pitanje da li otvaranje stečaja nad jednom stranom iz arbitražnog sporazuma dovodi do suspenzije (prekida) svih ostalih postupaka ili na drugi način utiče na pokretanje i tok arbitražnog postupka i koje je pravo merodavno da reši ovo pitanje. Naime, za razliku od tzv. unutrašnjih ili nacionalnih stečajeva u kojima se primenjuje pravilo o suspenziji, arbitri i sudije u prekograničnim stečajevima su suočeni sa dilemom da li su obavezni da primene princip univezalnosti ili princip teritorijalnosti.

Prema pravilu o suspenziji, koje odražava načelo atrakcije, otvaranjem stečajnog postupka kao vrste sudskog postupka, prekidaju se ili okončavaju svi ostali postupci kako bi se sačuvala stečajna masa, a svi poverioci stečajnog dužnika (izuzev izlučnih ili na drugi način privilegovanih poverilaca) stavili u isti položaj.⁶ To praktično znači ili da će već pokrenuti sudski ili upravni postupci biti prekinuti ili da se nakon otvaranja stečaja ne mogu pokrenuti ni sudski ni arbitražni postupci. U tom smislu je i u domaćem Zakonu o stečaju predviđeno da se u trenutku nastupanja pravnih posledica otvaranja postupka stečaja, "prekidaju svi sudski postupci u odnosu na stečajnog dužnika i na njegovu imovinu, svi upravni postupci pokrenuti na zahtev stečajnog dužnika, kao i upravni i poreski postupci koji za predmet imaju utvrđivanje novčane obaveze stečajnog dužnika."⁷ Pravilo o suspenziji ili prekidu svih postupaka (i arbitražnih u onim državama čija prava priznaju arbitrabilnost ovih sporova) je u toj meri prihvaćeno kod unutrašnjih stečajeva da se može smatrati opšte prihvaćenim pravilom ili principom.⁸

⁴ Vid. M. Velimirović, *Poslovno pravo*, Podgorica, 2000, str. 175–177.

⁵ O načinima konstituisanja nadležnosti arbitražnog tribunala vid. J. Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd, 2002, str. 41 i dalje; J. Perović, *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, Beograd, 2012, str. 187 i dalje.

⁶ U ovom smislu valja razumeti da u stečaju važe posebni principi, kao što su: načelo kolektivne zaštite neprivilogovanih poverilaca, načelo ravnopravnosti, načelo univerzalnosti, princip sudskog vođenja postupka, princip ekonomije postupka i dr. Više . M. Vasiljević, *Kompanijsko pravo*, Beograd 2012, str. 440 i dalje; M. Jovanović Žattila, V. Čolović, *Stečajno pravo*, Niš, 2013, str. 20–22.

⁷ Čl. 88. Zakona o stečaju.

⁸ Vid. A. Alexander J. Belohlavek, *Impact of Insolvency of a Party on Pending Arbitration Proceedings in Czech Republic, England and Switzerland and Other Countries*, *Yearbook on International Arbitration*, (M. Roth, M. Giestlinger, ur.), EAP, Berlin, 2010, str. 145–166, dostupno i na

Kod međunarodnih ili prekograničnih stečajeva,⁹ stvar je, međutim, nešto složenija,¹⁰ posebno u slučajevima kada je pre otvaranja stečaja nad jednom od strana već pokrenut arbitražni postupak. U ovim slučajevima se kao prethodno, postavlja pitanje da li su arbitri, koji vode arbitražni postupak kao privatni postupak i na osnovu ovlašćenja privatnih ugovornih strana, uopšte dužni da uzmu u obzir i primene tuđa nacionalna pravila o prekidu postupka, tj. da prihvate princip suspenzije.¹¹ Ako jesu, šta čini pravni osnov obavezivanja. Ovo posebno i zbog toga što arbitraže nemaju klasično shvaćen *lex fori*¹² pa nisu u obavezi da postupku koji je otvoren pred sudom u državi izvan njihovog sedišta priznaju dejstvo stranog postupka.¹³ U traženju odgovora na ovo pitanje, trebalo bi razlikovati dve grupe prava, odnosno država: države u kojima je pitanje stečaja regulisano unutrašnjim nacionalnim propisima i države članice EU (osim Danske) u kojima se primenjuje Uredba o stečaju.¹⁴ Praksa pokazuje da su u njima ova pitanja različito rešena. O tome najbolje svedoče dve arbitražne odluke u predmetima *Vivendi v Elektrim*.

ELEKTRIM SLUČAJEVI

U pitanju su bila dva spora između francuske kompanije Vivendi (i ostalih) protiv poljske firme Elektrim (i ostalih). Jedan spor se odnosio na izvršenje inve-

SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1721724>, str. 151. U ovom smislu autor navodi prava Velike Britanije, Češke, Švajcarske, Austrije i Francuske (napomene br. 17-21, str. 151).

⁹ U najširem smislu prekogranični ili međunarodni stečaj postoji uvek kada su u postupak stečaja uključene najmanje dve različite države. To će, po pravilu biti slučaj kada je stečaj otvoren u jednoj državi a arbitražni postupak se vodi u drugoj državi. Vid. G. Yang, *Insolvency Proceedings and Their Effect on International Commercial Arbitration*, str. 39. Dostupno na: http://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/001/892/212/RUG01-001892212_2012_0001_AC.pdf. Postoje shvaćanja da su prekogranični stečajevi bili poznati i pre 700 godina. Tako P. R. Wood, *Principles of International Insolvency*, Sweet & Maxwell, 2007, pasus 1-059, navodi sporazum potpisan 1204 između Verone i Trenta u vezi prenosa dužnikove imovine.

¹⁰ G. Yang, *n. članak*, str. 3.

¹¹ G. Yang, *n. članak*, str. 43. navodi da su u arbitražnoj praksi prihvaćena oba rešenja: teritorijalno i univerzalno. Prema principu teritorijalnosti, činjenica da je otvoren stečajni postupak je od značaja samo za sudove i arbitraže u toj državi. Prema principu univerzalnosti, strani sudovi i arbitraže priznaju otvaranje stečaja u jednoj zemlji i zavisno od konkretnog rešenja prekidaju ili nastavljaju arbitražni postupak. Uredba EU polazi od principa univerzalnosti.

¹² R. B. Kovach, *A Transnational Approach to Arbitrability of Insolvency Proceedings in International Arbitration*, dostupno na <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/391/5979.html>, str. 56.

¹³ Kovach, *n. članak*, str. 57, u napomeni br. 290 navodi da su arbitri u brojnim odlukama ICC arbitraže smatrali da nisu vezani stečajnim postupkom koji je otvoren izvan njihovog sedišta.

¹⁴ Council Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, OJ L 160/1. Uredba je stupila na snagu 31. maja 2002. godine.

sticionih ugovora, a drugi na sporazum o poravnanju. U oba ugovora je bila sadržana arbitražna klauzula kojima je ugovorena nadležnost Londonskog međunarodnog arbitražnog suda (u daljem tekstu Londonska arbitraža) i *ad hoc* arbitraža koja će primenjivati pravila MTK i zasedati u Ženevi (u daljem tekstu Švajcarska arbitraža). Tužilac Vivendi je arbitražni postupak u oba slučaja pokrenuo pre stečaja tuženoga (Elektrim), i to pred Londonskom arbitražom 2003. godine, a pred Švajcarskom arbitražom, 2006. godine. Nad tuženom poljskom kompanijom Elektrim je 2007. godine pokrenut stečajni postupak i imenovan je stečajni upravnik koji je o pokretanju stečajnog postupka obavestio arbitre i u jednoj i u drugoj arbitraži. Stečajni postupak nad Elektrimom je pokrenut u skladu sa poljskim propisima (Zakonom o stečaju i reorganizaciji,¹⁵ u daljem tekstu PZS) u kome je, između ostalog bilo regulisano i pitanje odnosa stečajnog postupka prema ostalim postupcima koji se vode prema stečajnom dužniku. Relevantnim odredbama člana 142. Zakona o stečaju i reorganizaciji, predviđeno je da "svaka arbitražna klauzula zaključena od strane stečajnog dužnika gubi svoje pravno dejstvo od dana kada je stečaj proglašen, a svi arbitražni postupci koji su u toku će biti prekinuti."¹⁶

Arbitri u dvema arbitražama su različito protumačili navedeni član, što je za rezultat imalo dve dijametralno različite arbitražne odluke. Međutim, u kasnije pokrenutim postupcima poništaja i priznanja odgovarajući sudovi u Engleskoj i u Švajcarskoj su potvrdili tako donete arbitražne odluke. Ovo nisu jedine odluke u kojima su arbitri i sudije raspravljali sporna pitanja prekograničnih stečajeva,¹⁷ ali su u pravnoj teoriji izazvale najviše komentara upravo zbog toga što su arbitraže u vrlo sličnim pravnim situacijama zauzele potpuno različite stavove.

Stav Švajcarske arbitraže

Navedenu odredbu člana 142. PZS arbitri pred Švajcarskom arbitražom su kvalifikovali kao pitanje parnične sposobnosti i subjektivne arbitralnosti, u kontekstu sposobnosti stečajnog dužnika da nakon otvaranja stečaja učestvuje kao stranka u arbitražnom postupku. U odgovoru na postavljeno pitanje arbitri su pošli od *lex arbitri* pa su u skladu sa opštim pravilima domaće (švajcarskog) međunarodnog privatnog prava našli da pitanje parnične sposobnosti treba rešiti u skladu sa personalnim statutom. To je praktično značilo prema poljskom pravu, tj. u skladu sa odredbama člana 142. PZS. Tumačeći navedenu odredbu arbitri su našli

¹⁵ Polish Bankruptcy and Reorganization Act (PBRA) – Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze, Dz.U. 2003 nr. 60 poz. 535.

¹⁶ Čl. 142. Zakona o stečaju i reorganizaciji Poljske: "Any arbitration clause concluded by the bankrupt shall lose its legal effect as at the date bankruptcy is declared and any pending arbitration proceedings shall be discontinued."

¹⁷ A. J. Belohlavek, u navedenom članku navodi i druge odluke čeških, austrijskih i švajcarskih arbitraža i sudova.

da je stečajni dužnik od dana objavljivanja odluke o otvaranju stečaja izgubio sposobnost da učestvuje u tekućem arbitražnom postupku pa su doneli odluku o svojoj nenadležnosti. O ostalim pitanjima odnosa stečajnog i arbitražnog postupka, arbitri nisu raspravljali. U kasnije pokrenutom postupku za poništaj takve odluke, švajcarski vrhovni sud je odbio tužbu kao neosnovanu i potvrdio arbitražnu odluku. Istine radi, Vrhovni sud Švajcarske je u predmetu 4A_50/2012¹⁸ koji je bio vrlo sličan predmetu Elektrim, u presudi od oktobra 2012. godine zauzeo drugačiji stav, čime je praktično revidirao ranije zauzeti stav u presudi Elektrim.

Stav Londonske arbitraže

U gotovo istoj situaciji, arbitri Londonske arbitraže su pitanje značaja otvaranja stečaja kvalifikovali u skladu sa EU Uredbom o stečaju, koju su smatrali delom sopstvenog prava (kao *lex arbitri*), budući da je Uredba stupila na snagu i da joj je u svim državama članicama EU (osim u Danskoj) priznata direktna primena i direktno dejstvo.¹⁹ Kao opšte pravilo, Uredbom je predviđeno da se na prekogranične stečajeve (na postupak otvaranja, sprovođenja i zatvaranja stečaja) kao merodavno pravo primenjuje *lex concursus*.²⁰ Tako je odredbama člana 4.1. Uredbe stipulisano da “osim ako ovom Uredbom nije drugačije predviđeno, merodavno pravo za postupak stečaja i njegovo dejstvo je pravo države na čijoj je teritoriji stečaj otvoren...” U tački 2. istog člana, princip primene prava države gde je otvoren stečaj je konkretizovan tako što su nabrojana pitanja na koja će se primeniti *lex concursus*, kao što su: uslovi za otvaranje stečaja, sam postupak i okončane postupka, a naročito:

e) dejstvo postupka otvaranja stečaja na postojeće ugovore u kojima je jedna strana stečajni dužnik;

f) dejstvo postupka otvaranja stečaja na postupke koje su pokrenuli pojedinačni poverioci, sa izuzetkom “pravniht zahteva koji su u toku” (istakao autor).

Prema odredbama člana 15. Uredbe, na “pravne zahteve koji su u toku”, a koji se odnose na imovinu ili prava dužnika primenjuje se jedino pravo države u kojoj teku takvi pravni postupci.²¹

Nakon što su navedene odredbe Uredbe priznali kao deo *lex arbitri*, arbitri su pokrenuti arbitražni postupak kvalifikovali kao “postupak u toku” (*pending*

¹⁸ Slučaj 4A_50/2012, dostupno na http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=16.10.2012_4A_50/2012.

¹⁹ O direktnom dejstvu više vid. R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac, 2012, str. 133 i dalje.

²⁰ Čl. 4(2) Uredbe.

²¹ Čl. 15 Uredbe: “Dejstvo postupka povodom insolventnosti na pravne zahteve koji su u toku a tiču se stvari ili prava koje su dužniku oduzete reguliše samo pravo države ugovornice u kojoj se taj postupak odvija.”

lawsuit) i na njega primenili odredbe Uredbe kao deo engleskog prava,²² a ne pravo Poljske sadržano u članu 142. PZS. Kako Uredbom o stečaju nije predviđen prekid arbitražnog postupka, arbitri su nastavili sa postupkom i doneli arbitražnu odluku. U kasnije pokrenutom postupku za poništaj takve odluke, engleski sudovi (prvo trgovački, a zatim i Apelacioni) su odbili zahtev tuženoga Elektrim-a za poništaj arbitražne odluke kao neosnovan sa obrazloženjem da se od momenta otvaranja stečaja sva pitanja koja se odnose na arbitražni postupak smatraju pitanjima “u toku”, uključujući i punovažnost arbitražnog sporazuma, i regulisana su u skladu sa navedenim odredbama člana 15. Uredbe.²³

KOMENTAR ODLUKA

Već je napomenuto da su navedene arbitražne odluke samim tim što su u njima zauzeti dijametralno suprotni stavovi u pravnoj teoriji izazvale brojne komentare²⁴ u kojima su pokrenuta brojna teorijska pitanja. Uz izvesna uopštavanja, ona se mogu svesti na pitanje da li odredbe nacionalnih prava o prekidu svih postupaka nakon otvaranja stečaja treba tumačiti kao procesno ili materijalno pitanje. U praktičnom smislu pitanje se svodi na dilemu da li takve odredbe direktno i isključivo određuju da li će postupci koji su u toku pred arbitražama biti nastavljeni ili prekinuti, ili stečaj utiče i na punovažnost arbitražnog sporazuma.

Uticao pokretanja stečajnog postupka na arbitražni postupak

Posledice pokretanja stečajnog postupka se ogledaju u promeni pravnog položaja stečajnog dužnika u pogledu njegove pravne i poslovne sposobnosti. Pravna sposobnost se ograničava tako što stečajni dužnik ne može biti nosilac svih prava i obaveza kao ranije, već samo onih koje su u neposrednoj vezi sa namire-

²² Interesantno je da je odredbama dela 130(2) i 130 engleskog Zakona o stečaju iz 1986. godine predviđen prekid postupaka, ali se arbitri ni sudovi nisu pozvali na ove odredbe. (Section 130(2) Insolvency Act: 6) No legal process (including legal proceedings, execution, distress and diligence) may be instituted or continued against the company or property of the company except - (a) with the consent of the administrator, or (b) with the permission of the court. Schedule b1 para 46(6) of the Insolvency Act: 2) When a winding-up order has been made or a provisional liquidator has been appointed, no action or proceeding shall be proceeded with or commenced against the company or its property, except by leave of the court and subject to such terms as the court may impose.)

²³ Vid. A. J. Belohlavek, *n. članak*, str. 159.

²⁴ Vid. pre svih S. Jarvin, A. Magnusson, *International Arbitration Court Decisions*, Juris Publishing, 2008, str. 768; S. Kröll, *Arbitration and Insolvency- Selected conflict of laws problems, Conflict of Laws in International Arbitration* (F. Ferrari, S. Kröll), 2001, str. 217.

njem poverilaca.²⁵ Poslovna sposobnost se ograničava na obavljanje samo tekućih i već započelih poslova.²⁶ Do potpunog gubitka poslovne sposobnosti dolazi nakon prenošenja ovlašćenja upravljanja (funkcija organa upravljanja) na stečajnog upravnika.²⁷ Međutim, s obzirom da zadržava pravnu sposobnost kao i svojstvo da bude subjekat prava makar i u ograničenom obimu, stečajnom dužniku se ne dovodi u pitanje parnična sposobnost.²⁸ To praktično znači da je pravno lice u stečaju sve do završetka stečajnog postupka i brisanja iz sudskog registra sposobno da istupa kao stranka u sporovima pred sudom i drugim organima preko svog stečajnog upravnika. Otvaranje stečajnog postupka ne utiče ni na pravne poslove koji su zaključeni između stečajnog dužnika i trećih lica pre pokretanja stečajnog postupka.²⁹ Kao jedan od takvih poslova smatra se i arbitražni ugovor. S obzirom da arbitražni ugovor ostaje na snazi i nakon otvaranja stečajnog postupka, stečajni upravnik je u obavezi da se stara o njegovom izvršenju, tj. da se obrati arbitraži radi ostvarivanja potraživanja koja je ugovorio stečajni dužnik.³⁰

Imajući na umu ove činjenice teško se može naći opravdanje za odluku švajcarskog tribunala koji je član 142. PZS tumačio tako da se odnosi na sposobnost stečajnog dužnika da bude stranka u arbitražnom postupku, pri čemu je zaključio da je došlo do gubitka poslovne sposobnosti lica u stečaju.³¹ Posebno ako se ima-

²⁵ M. Vasiljević, *Poslovno pravo*, Beograd, 1999, str. 24.

²⁶ M. Velimirović, *Poslovno pravo*, Podgorica, 2000, str. 184; V. Rakić, B. Poznić, *Građansko procesno pravo*, Novi Sad, 2010, str. 148.

²⁷ M. Velimirović, *Isto*.

²⁸ *Isto*.

²⁹ *Isto*.

³⁰ B. Poznić, "Ugovor o arbitraži i arbitražni postupak", *Ugovori u međunarodnoj trgovini*, I knjiga, Beograd 1987, str. 256.

³¹ U pravnoj doktrini je bilo kontradikcija oko toga da li je tribunal tumačeći sposobnost lica u postupku mogao da se poziva na članove 154 i 155(c) Zakona o međunarodnom privatnom pravu Švajcarske (PIL). Zakon ne sadrži odredbu koja se odnosi na sposobnost ugovaranja arbitražnog rešavanja sporova fizičkih i pravnih lica, već se jedino u članu 177(2) predviđa sposobnost države i državnih organa da budu stranke u arbitražnom postupku. Tribunal je pozivajući se na opšte principe, sposobnost pravnih lica tumačio u skladu sa članovima 154 i 155(c). Na osnovu ovih rešenja došao je do zaključka da se pravna i poslovna sposobnost (subjektivna arbitrabilnost) određuju prema pravu državljanstva pravnog lica. U tom smislu je primenio poljsko pravo kao pravo nacionalnosti pravnog lica. U prilog stavu da se sposobnost pravnog lica ceni prema *lex nationalis*-u, govore i mišljenja drugih autora kao i tekst člana V (1)(a) Njujorke konvencije (koji na posredan način upućuje na upotrebu ovog prava). Među teoretičarima koji su kritikovali primenu članova PIL-a izdvajaju se G. Kaufman-Kohler, A. Rigozzi, *Arbitrage International : Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2010, str. 21, 402, navedeno prema G. Kaufmann-Kohler, L. Levy, S. Sacco, "The Survival of the Arbitration Agreement and Arbitration Proceedings in Cases of Cross-Border Insolvency: An Analysis from the Swiss Perspectives", *The Paris Journal of International Arbitration* 2010-2, str. 378, napomena 31. U prilog stavu da se sposobnost pravnog lica ceni prema *lex nationalis*, navode se autori: F. Mantilla Serrano, "International Arbitration and Insolvency Proceedings", *11 Arb. Int'l* 51, 1993, str. 63;

ju u vidu odredbe člana 185(2) PZS u kojima je predviđeno da proglašenje stečaja ne pogađa pravnu sposobnost stranke u postupku, niti njenu sposobnost da preduzima pravne radnje³²

Iako to nisu izričito naveli, čini se da su engleski arbitri odredbi člana 4.2(f) Uredbe o stečaju dali isključivi procesni karakter od čijeg tumačenja je zavisilo da li će postupak u toku biti prekinut ili nastavljen. Međutim, ostaje nejasno zašto arbitri nisu primenili odredbe Engleskog zakona o stečaju, nakon što su pozivajući se na izuzetak iz člana 4.2.(f) i kvalifikujući arbitražni postupak kao "postupak u toku", izbegli primenu pojskog prava kao *lex concursus*. Naime, odredbama člana 4.2.(f) je jedino određeno da se na odnos između stečajnog postupka i arbitražnog postupka, kao postupka "koji je pokrenut od individualnih poverilaca" ne primenjuje *lex concursus*. U takvoj situaciji je trebalo primeniti englesko pravo kao pravo države u kojoj je pokrenut postupak koji je u toku. Odredbama člana 130(2) engleskog Zakona o stečaju iz 1986. godine predviđeno je da se nakon otvaranja stečaja prekidaju svi postupci, izuzev postupaka koji se sprovedu na osnovu dozvole suda i prema uslovima koje odredi sud. Arbitri (u postupku donošenja), kao ni sudovi (u postupku poništaja i priznanja arbitražnih odluka) se, međutim, nisu pozvali na ove odredbe, već samo na Uredbu o stečaju u kojoj ovo pitanje nije regulisano.

Uticao stečaja na punovažnost ugovora o arbitraži

S obzirom da ugovor o arbitraži (kao arbitražna/kompromisna klauzula i kompromis) predstavlja osnov konstituisanja nadležnosti arbitražnog rešavanja sporova pitanje se u praktičnom smislu svodi na dilemu da li otvaranje stečaja predstavlja razlog da za poništaj arbitražnog ugovora ili ugovor ostaje na snazi, ali mu se ne priznaje pravno dejstvo.

U pravnoj teoriji se mišljenja oko toga razlikuju zavisno od toga da li se arbitražni sporazum posmatra u materijalnom ili u procesnom smislu. Ako se pođe od stava da arbitražni sporazum predstavlja vrstu ugovora kao saglasnosti volja, za njegovu punovažnost i pravno dejstvo važe opšta pravila obligacionog prava.³³ Međutim, autori koji zastupaju shvatanje o jurisdikcionoj pravnoj prirodi, smatraju da je za punovažni nastanak arbitražnog ugovora neophodno da ugovorne strane poseduju i stranačku i parničnu sposobnost.³⁴

A. Redfren, M. Hunter, *Law and practice of international Commercial Arbitration*, Sweet& Maxwell, 2004, str. 146; J. Poudret, S. Besson, *Comparative Law and International Arbitration*, Sweet& Maxwell, 2007, str. 233; G. Knežević, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Beograd, 2007, str. 39.

³² Čl. 185(2) PZS: "The declaration of bankruptcy shall not affect the bankrupt party's legal capacity or its capacity to perform legal acts."

³³ S. Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1990, str. 245.

³⁴ S.Triva, B. Poznić, N. Vorgić, T. Varadi, *Arbitražno rešavanje sporova*, Novi Sad, 1973, str. 25 i dalje; B. Starović, R. Keča, *Gradansko procesno pravo*, Novi Sad, 2004, str. 364.

U nacionalnim pravima preovladava rešenje prema kome stečajni postupci *per se* ne čine arbitražne sporazume ništavim, ali to ne znači da se podrazumeva da takvi sporazumi mogu biti primenjeni od strane nacionalnih sudova ili arbitraža.³⁵ U tom smislu je potrebno razlikovati *postojanje* i *pravno dejstvo* arbitražnog sporazuma. Drugačije rečeno, "sposobnost i nesposobnost ugovaranja ne treba mešati sa nekim sličnim situacijama, a posebno sa onim kada jedan ugovor ne proizvodi željena pravna dejstva. Tako, izvesni ugovori ne proizvode pravna dejstva ne zbog nesposobnosti stranaka, nego zbog toga što im objektivno pravo ne priznaje pravnu važnost jer se njima vređaju opšti interesi ili poseduju neki pravno relevantan nedostatak (*manu*) volje."³⁶ Opšti interesi koje je zakonodavac želeo da sačuva mogu se tražiti u pravnoj sigurnosti poverilaca. Uskraćivanjem pravnog dejstva arbitražnoj klauzuli i prekidom svih arbitražnih postupka koji su u toku, zakonodavac je hteo da uskrati mogućnost vođenja individualnih postupaka namirenja poverilaca. Na taj način poverioci svoja prava mogu ostvariti jedino pred stečajnim sudom poštujući načelo ekvivalencije namirenja poverilaca.

Iz istih razloga otvaranje stečajnog postupka ne dovodi do gubitka pravne i poslovne sposobnosti, pa samim tim ni do stranačke i parnične sposobnosti. Otvaranjem stečaja jedino umesto stečajnog dužnika, zakonski zastupnik stečajne mase postaje upravnik, čime stiče pravo za preuzimanje parnice u ime i za račun stečajnog dužnika.³⁷ U tom smislu, stečajni upravnik ima ulogu univerzalnog sukcesora u sporu, pri čemu može biti u ulozi tužioca ili tuženog. I arbitri Londonskog arbitražnog suda su smatrali da otvaranje stečaja ne utiče na pravnu sposobnost ugovorne strane iz arbitražnog sporazuma. Čak ni poljski zakonodavac nije nameravao da spornom odredbom člana 142. dovede u pitanje punovažnost arbitražnog sporazuma, već da spreči njegovo pravno dejstvo. Odredbe člana 142. PZS bi se jedino mogle tumačiti kao namera zakonodavca da spreči pravno dejstvo arbitražnom ugovoru, a nikako da dovede do njegovog poništaja. Do eventualnog poništaja može doći samo ako je prilikom zaključenja ugovora o arbitraži nedostajao jedan od bitnih elemenata ugovora ili je zaključen suprotno javnom poretku, moralu i prinudnim propisima.³⁸ Ako bi pokretanje stečaja

³⁵ Yang, *n. članak*, str. 12.

³⁶ S. Perović, *n. delo*, str. 245, 246.

³⁷ U tom slistu V. Rakić, B. Poznić navode da samo subjekt koji postoji u vreme pokretanja postupka i /ili zasnivanja parnice može biti parnična stranka. V. Rakić, B. Poznić, *n. delo*, str. 143.

³⁸ U švajcarskom pravu, materijalna punovažnost arbitražnog ugovora je definisna članom 178(2) PIL-a Odredbama navedenog člana predviđena je mogućnost tumačenja punovažnosti ugovora prema : a) pravu koje su ugovorne strane ugovorile; b) pravu koje se primenjuje na glavni ugovor; c) švajcarskom pravu. U slučaju da arbitražni ugovor nije punovažan prema pravu koje se primenjuje na glavni ugovor ili ugovor o arbitraži, ipak će "preživeti" ukoliko ispunjava uslove predviđene švajcarskim arbitražnim pravom. Prema švajcarskom zakonu, arbitražni ugovor će nastaviti da postoji nakon otvaranja stečaja nad jednom od ugovornih strana, jer se pitanje "preživljavanja" arbitražnog ugovora posmatra kroz pitanje univerzalne sukcesija koja nastupa između dužni-

predstvljao razlog za poništaj arbitražnog ugovora, to bi dovelo do poništaja svih radnji koje su preduzete pre otvaranja stečaja, pa i pokrenutog arbitražnog postupka, kao i radnji koje su preduzete od strane arbitara. Kako protekom vremena ugovor ne bi mogao biti konvalidiran, stečajni dužnik ne bi mogao da inicira nastavak postupka uz saglasnost poverilaca, kao što je predviđeno poljskim zakonom³⁹.

Međutim, Švajcarska arbitraža je tumačeći član 142. PZS zaključila da arbitražna klauzula ne proizvodi pravno dejstvo jer stečajni dužnik kao strana iz arbitražnog sporazuma ne poseduje sposobnost da bude strana u arbitražnom postupku.

JELENA VUKADINOVIĆ, LL.M., Sarbriken
Institute of Comparative Law, Faculty of Economics

IMPACT OF CROSS – BORDER INSOLVENCY ON PENDING ARBITRATION PROCEEDINGS

Summary

This paper addresses the effect that insolvency of a party to an arbitration agreement may have on a pending international arbitration in a cross-border context. It concerned with what, if any, attention an arbitral tribunal seated in one country must pay to the insolvency laws of another country that are applicable to a party to a pending arbitration when insolvency proceedings are opened against that party. This issue was considered in light of recent decisions of the English and Swiss arbitral tribunals. This article is also concerned with how foreign law rules that affect capacity of the insolvent party and its ability to be bound by the arbitration agreement should be characterised by the tribunal.

ka i upravnika, čime dolazi do preuzimanja ovog ugovora od strane stečajnog upravnika. Vid. u tom smislu: G. Kaufmann-Kohler, L. Lévy, "Insolvency and International Arbitration", *The Challenge of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, (H. Peter i dr.), 2006, str. 267. Navedeno prema G. Kaufmann-Kohler, L. Lévy, S. Sacco, *n. delo*, str. 381, napomena 43.

³⁹ G. Kaufmann-Kohler, L. Lévy, S. Sacco, *n. delo*, str. 381, 382.