

Prof. dr. sc. Mihajlo Dika
Vlaška 83a
10 000 Zagreb

Prof. dr. sc. Hrvoje Sikirić
Jurišićeva 5
10 000 Zagreb

Izv. prof. dr. sc. Davor Babić
Zamenhofova 12
10 000 Zagreb

Zagreb, 22.7.2015.

STUDIJA: SUDSKA ODLUKA O PRIJEDLOGU ZA PRIZNANJE I IZVRŠENJE
INOSTRANE ARBITRAŽNE ODLUKE

L. Dvnd

Javno poduzeće "Inžinjering i usluge" d.o.o. (Inžinjering i usluge), Osijek, Republika Hrvatska, obratilo nam se, putem svoje punomoćnice Dragane Vukčević, advokatkinje iz Podgorice, s molbom za priznanje i izvršenje inostrane arbitražne odluke. Molba je priložila odluku Privrednog suda u Podgorici (R. br. 372/15 od 28.05.2015. god. godine) kojom je taj sud priznao i izvršio odluku Privrednog suda u Podgorici (R. br. 30/14 od 20.03.2015. godine) kojom je taj sud odbio prijedlog Strabag AG, Donau-City-Strasse

9, 1220, Beč, Austrija za priznanje arbitražne odluke Međunarodnog arbitražnog sudišta Međunarodne trgovinske komore br. 17146/FM/MHM/EMT od 12.03.2013.

U svojoj studiji od 03.05.2013. iznijeli smo i obrazložili svoje stajalište da prijedlog za priznanje navedene odluke treba odbiti prema čl. V(1) Konvencije o priznanju i izvršenju inostranih arbitražnih odluka iz 1958. zato što se stranke u konkretnom slučaju nisu sporazumjele da se arbitraža provede pri Međunarodnom arbitražnom sudištu pri Međunarodnoj trgovačkoj komori (International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, dalje „ICA-ICC“). Prema našem stajalištu, u predmetnoj stvari:

- svojim sudjelovanjem u raspravi tuženik nije pristao na nadležnost arbitražnog suda jer je na samom početku arbitražnog postupka prigovorio nadležnosti te pri tom prigovoru ostao tijekom čitave arbitraže,
- pravna praznina u arbitražnoj klauzuli u pogledu ugovorene institucije nije se mogla u arbitražnom postupku popunjavati primjenom načela ugovornoga prava zato što se arbitražno vijeće moglo osnovati prema čl. IV Europske konvencije o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži izi 1961., kao i zato što u utvrđenim činjenicama nema uporišta za zaključak bi stranke ugovorile upravo arbitražu pri ICA-ICC,
- kako arbitražna klazula nije nejasna već nepotpuna, ona se ne može tumačiti na način da je ugovorena arbitraža pri ICA-ICC.

U ovom mišljenju razmotrit ćemo razloge zbog kojih je Apelacioni sud ukinuo rješenje prvostupanjskog suda kojim se odbija prijedlog za priznanje navedene arbitražne odluke. U pogledu svih ostalih pitanja koja se tiču podobnosti arbitražne odluke za priznanje, upućujemo na svoju studiju od 3.5.2013.

2. Pravno mišljenje

U obrazloženju svoga rješenja Apelacioni sud navodi četiri argumenta u prilog tezi da je prvostupanjski sud rebelo uveđiti da je Regionalni sudovi u arbitražnom postupku pristao na nadležnost arbitražnog suda osnovanog pri ICA-ICC:

- „U slučaju spela od imenovanja je jednog člana arbitražnog vijeća,
- Regionalni sudovi potpisali su *Forma of Reference*“

- Regionalni vodovod izričito je priznao da je vijeće ovlašteno odlučivati o vlastitoj nadležnosti,
- načelo korisnog efekta govori u prilog nadležnosti arbitražnog suda pri ICA-ICC.

U ovom mišljenju zasebno ćemo razmotriti svaki od navedenih argumenata.

2.1. Tuženikovo imenovanje arbitra

Prema ocjeni Apelacionog suda, prvostupanjski sud pogrešno je zaključio da između stranaka nije postojao sporazum o arbitražnoj instituciji jer je propustio cijeniti da je Regionalni vodovod „odredio arbitra, odnosno da su stranke dobrovoljno i ravnopravno izvršile izbor arbitražnog vijeća suda, iako je [Regionalni vodovod] mogao nakon imenovanja arbitra od strane [Strabaga], da ne odgovori imenovanjem svog arbitra, što bi imalo za posljedicu da ne dođe do obrazovanja arbitražnog vijeća“. Sud dalje zaključuje da je „obrazovanje arbitražnog vijeća zavisilo od volje [Regionalnog vodovoda], a što je prvostepeni sud propustio da cijeni.

Čl. 8. st. 4. Arbitražnih pravila Međunarodne trgovačke komore iz 1998., koja su bila mjerodavna u predmetnoj arbitraži,¹ propisuje sljedeće: „Ako spor trebaju riješiti tri arbitra, svaka stranka će u tužbi, odnosno u odgovoru na tužbu, imenovati jednoga arbitra na potvrdu. Ako stranka ne imenuje arbitra, odredit će ga Sudište.“²

Iz navedene odredbe slijedi da propust stranke da imenuje člana arbitražnoga vijeća ne sprečava provođenje arbitražnog postupka. Ako stranka ne obavi imenovanje, člana vijeća određuje ICA-ICC i postupak se nastavlja pred tako sastavljenim vijećem. U protivnom bi vođenje arbitraže potpuno ovisilo o volji tuženika koji bi uvijek imao priliku onemogućiti provođenje postupka tako da jednostavno ne imenuje arbitra.

Iz navedenog slijedi da u predmetnoj pravnoj stvari propust Regionalnog vodovoda da imenuje člana vijeća ne bi doveo do toga da arbitražno vijeće ne bi moglo biti osnovano, kako to tvrdi Apelacioni sud. Vijeće bi bilo osnovano iako što bi, vijeće Regionalnog vodovoda, član vijeća imenuje do 30. 04. 2010.

¹ Važeća arbitražna pravila ICA-ICC koja su donesena 2010. primjenjuju se na postupke pokrenute nakon 01. 01. 2010.

² ICC Arbitration Rules 1998, Article 8(4): «Where the dispute is to be resolved by three arbitrators, each party shall nominate in the Request and the Answer, respectively, one arbitrator for confirmation. If a party fails to nominate an arbitrator, the appointment shall be made by the Court».

Prema čl. 33. Arbitražnih pravila Međunarodne trgovačke komore iz 1998., ako neka stranka nastavi sudjelovati u postupku bez iznošenja prigovora u pogledu neprimjene neke odredbe Pravila ili nekih drugih pravila mjerodavnih za postupak ili neke odluke arbitražnog vijeća ili neke pretpostavke koju ugovor o arbitraži predviđa u pogledu sastava arbitražnog vijeća ili vođenja postupka, smatrat će se da se odrekla svoga prava na prigovor.³ Iz navedenoga slijedi da je prigovor stranke nužan ali i dovoljan da bi se stranka mogla na njega kasnije pozivati. Nije potrebno da stranka koja je izjavila prigovor još mora i odbijati da sudjeluje u postupku neimenovanjem člana vijeća ili na neki drugi način.

Naveno načelo općeprihvaćeno je u komentariističkoj literaturi i praksi prema Njujorškoj konvenciji.⁴ Stranka koja ističe prigovor nenadležnosti ili neki drugi prigovor u vezi arbitraže ima pravo sudjelovati u osnivanju arbitražnog vijeća i uopće u arbitražnom postupku, u očekivanju da će vijeće naći da je njezin prigovor osnovan i usvojiti ga. Ako njezin prigovor ne bude usvojen, stranka ima pravo sudjelovati u daljnjem tijeku postupka pridržavajući pravo da kasnije osporava arbitražnu odluku zbog razloga na koji se odnosi njezin prigovor. Bilo bi protivno načelu jednakosti stranaka u postupku tražiti od stranke da se odrekne svoga prava na imenovanje arbitra ako namjerava u arbitražnom postupku prigovoriti nadležnosti, sastavu vijeća ili isticati druge prigovore. Prema vodećem traktatu o međunarodnom arbitražnom pravu, „ako bi se od stranke tražilo da zadrži svoj prigovor u pogledu nadležnosti time što će odbiti da sudjeluje u osnivanju arbitražnog vijeća predstavljalo bi nesrazmjernu kaznu i dovelo do ozbiljnih pitanja u vezi pravičnosti postupka.“⁵

Slijedom navedenog, time što je Regionalni vodovod imenovao člana arbitražnog vijeća nije zasnovan sporazum između stranaka o arbitražnoj instituciji niti se Regionalni vodovod odrekao bilo kojeg prigovora kojeg je istaknuo u arbitraži.

³ ICC Arbitration Rules 1998, Article 33: *“A party which proceeds with the arbitration without raising its objection to a failure to comply with any provision of these Rules, or of any other rules applicable to the proceedings, any direction given by the Arbitral Tribunal, or any requirement under the arbitration agreement relating to the constitution of the Arbitral Tribunal, or to the conduct of the proceedings, shall be deemed to have waived its right to object.”*

⁴ J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (Deventer/Boston, 1981), str. 135; Boris/Hanažek u *Waldkirch, New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 – Commentary*, München, 1992, str. 235; *Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Analysts*, International Council for Commercial Arbitration (2011), str. 30-31. Vidi o tome and praksu njemačkih sudova: DayOnLG, *Yearbook Commercial Arbitration* (2005), str. 358; OLG München, *Yearbook Commercial Arbitration* (2009), str. 499; OLG B. Sarag, *Yearbook Commercial Arbitration* (2010), str. 451-452.

⁵ *“Requiring a party to preserve its jurisdictional objection by refusing to participate in constitution of the arbitral tribunal would both impose a disproportionate penalty and raise serious due process concerns”*. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2nd edition (Kluwer Law International 2014), p. 1688.

2.2. Potpisivanje zadaće arbitra

Prema stajalištu Apelacionog suda, Regionalni vodovod pristao je na nadležnost arbitražnog suda time što je u arbitražnom postupku potpisao zadaću arbitra.

Zadaća arbitra (eng. *Terms of Reference*, fr. *acte de mission*) je isprava, karakteristična za arbitražu pri ICA-ICC, čija je svrha utvrditi određene važne podatke u vezi postupka te ustanoviti koji su zahtjevi i stajališta stranaka te pitanja koja trebaju biti raspravljena u daljnjem tijeku postupka.⁶ Zadaća arbitra nije ugovor o arbitraži već isprava kojom se nastoji ostvariti svrsishodno i učinkovito vođenje arbitražnog postupka.

Sastojci zadaće arbitra određeni su Pravilima ICA-ICC. Prema čl. 18. st. 1. Pravila iz 1998. zadaća arbitra sadrži:

- (a) puna imena odnosno naziv i opis stranaka;
- (b) adrese stranaka na koje se mogu slati obavijesti tijekom arbitraže;
- (c) sažetak stajališta i zahtjeva stranaka s uputom, koliko je to moguće, na iznose koji se traže;
- (d) osim ako to arbitražno vijeće smatra neprikladnim, popis pitanja o kojima se treba odlučiti u arbitraži;
- (e) puna imena, opis i adrese arbitara
- (f) mjesto arbitraže; i
- (g) podatke o mjerodavnim procesnim pravilima te, ako je to slučaj, uputa na ovlaštenje suda da djeluje kao *amiable compositeur* ili da sudi po pravičnosti.

Svaka stranka i svaki arbitar koji sudjeluje u arbitraži dužan je potpisati zadaću arbitra. Ako neka stranka to ne učini, zadaću potvrđuje Sudište (čl. 18. st. 5. Pravila iz 1998).

⁶ M. W. Bühler, T. H. Webster, *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials* (Thomson, Sweet&Maxwell, 2005), str. 227.

Ako je neka stranka u postupku istaknula prigovor nadležnosti, taj prigovor treba biti evidentiran u zadaći arbitra prema čl. 18. st. 1. točka c).⁷ Potpisivanjem zadaće stranka se ne odriče toga prigovora. Prema odluci francuskog Kasacijskog suda iz 1987., cilj zadaće arbitra je samo utvrditi pitanja koja se postavljaju u arbitraži tako da ona ne predstavlja ugovor o arbitraži ako je tuženik prigovorio nadležnosti.⁸ Potpisivanje zadaće arbitra može biti temelj za zasnivanje nadležnosti arbitražnog suda, samo ako tuženik nije izjavio prigovor nadležnosti.⁹

Slijedom navedenog, kako je Regionalni vodovod pravodobno prigovorio nadležnosti arbitražnog suda, potpisivanjem zadaće arbitra nije nastao ugovor o arbitraži pri ICA-ICC.

2.3. Priznanje nadležnosti arbitražnog suda da odlučuje o svojoj nadležnosti

Apelacioni sud dalje navodi da je tuženik pristao na nadležnost arbitražnog suda pri ICA-ICC time što je podneskom od 24.12.2007. naveo kao nesporno da je arbitražno vijeće ovlašteno samo odlučivati o svojoj nadležnosti.

U suvremenom međunarodnom i poredbenom arbitražnom pravu općeprihvaćeno je da arbitražni sud ima pravo odlučiti o svojoj nadležnosti (načelo *Kompetenz-Kompetenz*).¹⁰ Ako arbitražni sud ne bi imao to pravo, tuženik bi uvijek pukim isticanjem prigovora da ugovor o arbitraži nije sklopljen mogao opstruirati arbitražni postupak. Kako bi se omogućilo provođenje arbitražnog postupka, međunarodni ugovori i unutarnje pravo priznaju pravo

⁷ ICC Working Group on Terms of Reference, „Terms of Reference under the 1988 ICC Arbitration Rules: A Practical Guide“, ICC Court of Arbitration Bulletin 3, br. 1. (1992), str. 35; J.-C. Goldsmith, „How to Draft Terms of Reference“, Arbitration International 3, br. 4 (1987), str. 298.

⁸ Cass civ Ire, 06.01.1987, *Southern Pacific Properties Ltd and Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd v The Arab Republic of Egypt*, Yearbook Commercial Arbitration (1988), str. 152.

⁹ W. Craig, W. Park & J. Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration (3rd. 2000), 15.05; *Repub. of Serbia v. Inagrsat Int'l BV* [2009] EWHC 2353 (Comm) (English High Ct., presuda od 10.03.2007., *Société Générale de Travaux S.A.S. & S. Mayani*, Paris Court Appeal, 2007), str. 498.

¹⁰ Džordžević, „Separability and Kompetenz-Kompetenz“, A. van den Berg (ed), *Improving the Efficiency of Arbitral Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (ICC Congress Series, 1999), str. 214; Final Award in ICC Case Nos. 5515 and 5516, XXIVa Yearbook Commercial Arbitration (1999), str. 80; A. Samuel, „Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration“ (1989), str. 173; W. Park, „Domestic and International Jurisdiction: Allocation of Tasks Between Courts and Arbitrators“, 9 Arb. Disp. Res. J. (1999), str. 19; Z. Biber, „International Commercial Arbitration and Jurisdiction“, 10 INT'L J. Legal Theory Jurisprudence (2009), 1-9; P. Schlosser, „Arbitral Tribunals or State Courts: Who Must Defer to Whom?“, u *Arbitral Tribunals or State Courts: Who Must Defer to Whom?* (ASA Spec. Series No. 15 2001), str. 27.

arbitražnog suda da odluči o prigovoru da nije nadležan. Samom činjenicom da se stranka svojim prigovorom obraća upravo arbitražnom sudu i traži od njega da se oglasi nenadležnim podrazumijeva da stranka priznaje njegovo pravo da odluči o tom prigovoru. Ovlaštenje arbitražnog suda da odluči o svojoj nadležnosti postoji dakle i onda kada te nadležnosti nema.

Načelo *Kompetenz-Kompetenz* ne znači međutim da odluka arbitražnog suda o nadležnosti nije podložna naknadnoj sudskoj kontroli. Temeljno je načelo sudske kontrole arbitraže da je na sudovima da pravomoćno utvrde postoji li valjan ugovor o arbitraži i, sukladno tome, je li arbitražni sud pravilno odlučio o prigovoru da nije nadležan. Kako se sklapanjem ugovora o arbitraži stranke odriču prava na sudsku zaštitu pred redovnim sudovima, iznimno je važno da sudovi mogu preispitivati arbitražne odluke po pitanju toga je li takav ugovor uopće sklopljen.

Ako je arbitražni sud pogrešno ocijenio da je ugovor o arbitraži koji predviđa njegovu nadležnost sklopljen, arbitražna je odluka podložna tužbi za poništaj u državi mjesta arbitraže. Prema francuskom pravu, pravni temelj za takav poništaj predstavlja odredba čl. 1520., t. 1. novog Zakonika o građanskom postupku prema kojemu se poništaj može, između ostalog, tražiti, ako se arbitražni sud pogrešno oglasio nadležnim ili nenadležnim.¹¹ Sudsku kontrolu u državi mjesta arbitraže izrijeком predviđa i Europska konvencija o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži iz 1961. (čl. 5. st. 3). Odluka arbitražnog suda o nadležnosti podložna je, jednako tako, sudskoj kontroli u postupku povodom prijedloga za priznanje strane arbitražne odluke (čl. V(1)(a) Njujorške konvencije iz 1958).

Samim time što je u arbitražnom postupku priznao općeprihvaćeno načelo *Kompetenz-Kompetenz*, tj. nadležnost suda da odluči o prigovoru nenadležnosti, Regionalni vodovod nije se odrekao naknadne sudske kontrole u postupku povodom prijedloga za priznanje sudske odluke, jer to načelo ne dovodi u pitanje pravo stranaka da u sudskom postupku osporavaju odluku arbitražnog suda o tome postoji li ugovor o arbitraži.

Zaključno, načelo *Kompetenz-Kompetenz* nipošto ne podrazumijeva da arbitri bez ikakve sudske kontrole odlučuju o svojoj nadležnosti. Priznajući važeće toga načela tuženik se nije odrekao sudske kontrole arbitražne nadležnosti u postupku povodom prijedloga za priznanje predmetnog pravobrižaka. Stoga se njegov o priznanje tužnjak načelo *Kompetenz-Kompetenz* ne može smatrati sklapanjem ugovora o arbitraži pri ICA-ICC.

¹¹ Art. 1520 NCP: „Le recours en annulation n'est ouvert que si : 1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent.“

2.4. Princip korisnog efekta

U prilog ukidanja prvostupanjske odluke, Apelacioni sud nadalje navodi da se „u međunarodnom arbitražnom pravu, kada su u pitanju nepotpune arbitražne klauzule, primjenjuje princip korisnog efekta, koji polazi od pravila da svosmislenu odredbu ugovora treba tumačiti u smislu koji joj daje izvjesno dejstvo, a ne u smislu koji joj ne daje nikakvu dejstvo, te da kao i druge ugovore i arbitražni ugovor, odnosno arbitražnu klauzulu, treba tumačiti ne stricti iuris, već onako kako odgovara volji stranaka i shvatanju poštenog prometa“.

Princip korisnog efekta (ili princip učinkovitog tumačenja, *effet utile*) je doista jedan od kanona interpretacije ugovora o arbitraži koji se primjenjuju u arbitražnoj praksi.¹² Prema tom načelu, ako je odredba nejasna, tj. ako joj se može pridati više značenja, prednost treba dati onom značenju po kojem ona ima učinak u odnosu na značenje po kojemu ona nema nikakav učinak.¹³

U predmetnom slučaju, navedeno načelo ne može dovesti do zaključka da su se stranke sporazumjele o arbitraži pri ICC-ICA.

Prvo, u predmetnom slučaju se ne radi o tome da postoji više konkurirajućih značenja od kojih neka dovode do toga da sporazum ima učinak, a druga da nema. Radi se o tome da sporazum o konkretnoj arbitražnoj instituciji uopće ne postoji. Kako sporazum o takvoj instituciji ne postoji on se ne može ni tumačiti.

Drugo, arbitražna klauzula, onako kako glasi, nije bez učinka. Prema toj klauzuli arbitraža se mogla valjano provesti tako da se postupak imenovanja arbitara provede sukladno čl. IV. Europske konvencije o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži iz 1961., koja je konvencija primjenjiva u konkretnom sporu iz razloga koji su za to navedeni u prvostupanjskoj odluci. Umjesto da pokrene arbitražu sukladno tom postupku, tužitelj se odlučio pokrenuti ICC arbitražu koja nije bila predviđena ugovorom. Arbitražna klauzula u predmetnom slučaju

¹² E. Gaillard / J. Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (1999), str. 319. Za detaljnije, *Commentary on International Arbitration* (Oxford, 2012), 7.31-7.32; Low/Mirelis/Koehl, *Commentary on International Commercial Arbitration* (2011), str. 134.

¹³ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Volume I* (C. von Bar / E. Clive, eds), 2009, II-8:106: „An interpretation which renders the terms of the contract lawful, or effective, is to be preferred to one which would not.“

dakle nije bez efekta već je tužitelj pokrenuo postupak pred institucijom koja nije bila ugovorena.

3. Zaključak

Smatramo da odluku prvostupanjskog suda kojom je odbijen prijedlog za priznanje i izvršenje arbitražne odluke 17146/FM/MHM/EMT od 12.03.2013. nije trebalo ukinuti iz razloga navedenih u obrazloženju rješenje Apelacionog suda Crne Gore posl. br. Pž 372/15 od 28.05.2015. Smatramo, također, da su razlozi zbog kojih je prvostupanjski sud odbio zahtjev za priznanje valjano obrazloženi u njegovom ukinutom rješenju i da se zasnivaju, s jedne strane, na mjerodavnim konvencijskim i zakonskim odredbama te odredbama Pravilnika o IAC ICC-a koje su odredbe citirane u toj odluci, a, s druge strane, ugovorima koje su stranke sklopile i priložima uz te akte.

Stojimo Vam na raspolaganju za sva daljnja eventualna pojašnjenja ili odgovore u vezi ovoga pravnog mišljenja.

S poštovanjem,

Prof. dr. sc. Mihajlo Dika

Prof. dr. sc. Hrvoje Sikirić

Izv. prof. dr. sc. Davor Babić