Република Србија
Привредни апелациони суд
6 Пж 4758/12
31.10.2012. године
Београд

ПРИВРЕДНИ АПЕЛАЦИОНИ СУД, у већу састављеном од судија: Иване Павловић, председника већа, Драгољуба Јанковића и Марине Томић, чланова већа, у правној ствари тужиоца ", из Малезије, чији је пуномоћник , адвокат из Београда, против туженог ДОО, из Београда, чији је пуномоћник адвокат из Београда, ради дуга, вредност предмета спора 110.387,50 USD, одлучујући о жалби туженог против решења Привредног суда у Београду 24 П 13286/2011 од 23.03.2012. године, у седници већа одржаној дана 31.10.2012. године, донео је

Р Е Ш Е Њ Е

ОДБИЈА СЕ као неоснована жалба туженог, па се решење Привредног суда у Београду 24 П 13286/2011 од 23.03.2012. године ПОТВРЂУЈЕ.

О б р а з л о ж е њ е

Побијеним решењем првостепеног суда одбијен је приговор стварне ненадлежности тог суда, као неоснован.

Благовременом жалбом тужени побија наведено решење у целини из свих законских разлога и предлаже да се исто укине и предмет врати првостепеном суду на поновни поступак, или преиначи у корист жалиоца.

Испитујући побијено решење у смислу одредби чл. 372., у вези чл. 388. Закона о парничном поступку, Привредни апелациони суд налази да је жалба туженог неоснована.

Према одредби чл. 14. Закона о арбитражи, суд коме је поднета тужба у ствари која је предмет споразума о арбитражи оглашава се ненадлежним и одбацује тужбу по приговору странке, који мора да буде поднет пре упуштања у расправљање о предмету спора, осим ако утврди да је споразум о арбитражи очигледно ништав, да је без дејства или да га није могуће извршити.

Према одредби чл. 4. Закона о арбитражи, спор може да се решава путем арбитраже само на основу споразума странака. Спор за који је уговорена арбитража решава Арбитражни суд, који чине арбитри.

Доктрина аутономије арбитражног споразума данас је широко прихваћена у упоредном праву и институционалним правилницима. Закон о арбитражи Републике Србије у члану 28. прописује да, ако је споразум о арбитражи закључен

као арбитражна клаузула, она се, приликом одлучивања о приговору о постојању или пуноважности споразума о арбитражи, сматра независном од осталих одредаба уговора. Одлука арбитражног тела о проглашавању ништавим уговора који садржи арбитражну клаузулу не повлачи ништавост те клаузуле.

У члану 12. Закона о арбитражи предвиђена су 4 различита алтернативна начина да арбитражни споразум буде формално пуноважан: 1. споразум садржан у исправама које су странке потписале (процесна писмена форма); 2. споразум закључен разменом порука путем средстава комуникације која омогућавају писмени доказ, при чему потписи нису нужни (ублажена писмена форма); 3. споразум који се позива на друго писмено које садржи арбитражни споразум, ако је циљ тог позивања да се инкорпорира арбитражни споразум (инкорпорација); 4. тужилац писменим путем покрене арбитражни спор, а тужени изричито прихвати арбитражи и са тим се сагласи у писменој форми или у изјави на записнику на рочишту (накнадна варијанта класичне форме). Такође, споразум постоји ако тужени узме учешће у арбитражном поступку и до упуштања у расправљање о предмету спора не истакне приговор да не постоји споразум о арбитражи, односно не оспори надлежност арбитражног суда (закључење споразума конклудентним путем).

Арбитражни споразум производи процесна дејства, али је у основи ипак само уговор. С тога његова пуноважност, осим формалне има и своју материјалну страну. Да би арбитражни споразум био пуноважан неопходно је, дакле, да су се странке сагласиле о *esentialia negotii* и да су то учиниле у границама које је допуштао законодавац. За разлику од питања форме, питање права меродавно за арбитражни споразум се у погледу материјалних аспеката јавља у нешто заоштренијој варијанти. У домену материјалне пуноважности арбитражног споразума битни су забрана генералне клаузуле (чл. 9. Закона о арбитражи), непаран број арбитара (чл. 16. став 2. Закона о арбитражи), арбитрабилност (чл. 5. Закона о арбитражи), с тим што ће, коначно, пуноважност арбитражног споразума бити угрожена манама воље уговарача, исто као и сваки други уговор. Члан 10. Закона о арбитражи предвиђа да је један од разлога ништавости арбитражног споразума и то што је закључен под утицајем принуде, претње, преваре или заблуде.

У правној доктрини се указује да постоје и дефектне клаузуле („патолошке“ клаузуле), с тим што постоји лакши и тежи степен патологије. Дефектне клаузуле се често срећу у пракси и пред арбитражним трибуналом или судом намећу сложен задатак интерпретације. Дакле, реч је о састављању и тумачењу арбитражног споразума.

У правној доктрини се као школски пример лакшег облика патологије наводи конфузна клаузула: „(спорови) ће бити поверени арбитражи у Сеулу, Република Кореја, пред Корејским трговинским арбитражним трибуналом и арбитром појединцем, у складу са Правилима о мирењу и арбитражи Међународне трговинске коморе“. Дакле, ту се истовремено врши позивање на две арбитражне институције, Корејски трговински арбитражни трибунал и арбитражу Међународне трговинске коморе (ICC), при чему јасно која од те две институције води поступак, по чијим правилима се поступак води и да ли корејска институционална арбитражи заправо представља орган именовања арбитра у поступку пред МТК (ICC) арбитражом са седиштем у Сеулу.

Тужени током поступка тврди да су парничне странке закључиле Уговор о заступању дана 01.06.2006. године, да се потраживање тужиоца темељи на том уговору, јер тужилац није доказао да постоји други правни или пословни однос између парничних странака, по основу кога потражује утужени износ. При томе се посебно позива на овлашћење од 14.05.2009. године.

С друге стране, тужилац оспорава надлежност арбитраже, јер се његово потраживање не односи на Уговор о заступању који је закључен између парничних странака, а осим тога тврди да се арбитражни споразум не може извршити, јер је реч о патолошкој клаузули.

По оцени првостепеног суда, потраживање тужиоца према туженом не темељи се на Уговору о заступању од 01.06.2006. године, па се арбитражна клаузула не може применити. С друге стране, по мишљењу првостепено суда, арбитражна клаузула се не може извршити.

Тужени је током поступка истакао приговор ненадлежности суда Републике Србије, јер је за решавање спора уговорена арбитража, али га је наслoвио као приговор стварне ненадлежности. Због тога га и првостепени суд у изреци побијене одлуке тако именује, мада се из образложења првостепене одлуке јасно види да је оцењен приговор ненадлежности суда Републике Србије, са становишта како могућности примене споразума о арбитражи из Уговора о заступању, тако и са становишта да ли је споразум о арбитражи ништав, без дејства, односно да ли га је могуће извршити.

У проведеном поступку нису учињене битне повреде одредаба парничног поступка на које се жалилац позива, нити битне повреде одредаба парничног поступка на које другостепени суд пази по службеној дужности. У проведеном поступку није учињена ни битна повреда одредаба парничног поступка из чл. 361. став 2. тачка 12. Закона о парничном поступку.

Првостепена одлука нема недостатака због којих се не може испитати. Она садржи јасне и непротивречне разлоге, насупрот наводима жалбе туженог.

Тужени види контрадикторност у првостепеној одлуци због тога што се првостепени суд с једне стране позива на то да се арбитражни споразум не може применити, јер потраживање не потиче из Уговора о заступању, а с друге стране говори о томе да је арбитражна клаузула у Уговору о заступању патолошка.

Ови наводи жалбе нису основани.

Према потпуно јасној одредби чл. 14. Закона о арбитражи, суд коме је поднета тужба у ствари која је предмет споразума о арбитражи оглашава се ненадлежним и одбациће тужбу по приговору странке, који мора да буде поднет пре упуштања у расправљање о предмету спора, осим ако утврди да је споразум о арбитражи очигледно ништав, да је без дејства и да га није могуће извршити.

Првостепени суд резонује да, чак и у случају да се прихвати теза туженог да потраживање тужиоца потиче из Уговора о заступању, споразум о арбитражи не би могао да се изврши, будући да се ради о патолошкој арбитражној клаузули.

Према члану 18. Уговора о заступању, кога су закључиле парничне стране у Београду дана 01.06.2006. године, спорови везани за овај уговор, или поводом овог уговора, решаваће се арбитражном у складу са Правилником о измирењу и арбитражи Међународне трговинске коморе у Паризу, тј. са Спољнотрговинском арбитражом при Привредној Комори Србије. По одређивању арбитра,

примењиваће се језик тог арбитра. Правила за рад арбитраже водиће се по прописима швајцарског права.

И по мишљењу другостепеног суда, арбитражна клаузула из чл. 18. Уговора о заступању се не може извршити. Реч је о патолошкој арбитражној клаузули. Већ је речено како арбитражна клаузула гласи. Није јасно да ли су уговорне стране имале у виду било коју арбитражу, а хтеле да примене арбитражна правила – ICC правила, или ПКС. Није јасно да ли су странке мислиле да ће бити надлежна арбитража ICC при МТК (Међународној трговинској комори), или Спољнотрговинска арбитража при ПКС. Начин на који је формулисана арбитражна клаузула не даје предност ни једној од њих. Енглеска скраћеница „i.e." се преводи као „то јест", будући да та скраћеница стоји испред речи или реченице која појашњава претходну изјаву, или је чини детаљнијом. О томе се у конкретном случају не ради, јер се у предметној арбитражној клаузули не ради о појашњењу, јер је тврдња која стоји након те скраћенице у супротности са претходном. Notorno је да ICC при МТК није исто и Спољнотрговинска арбитража при ПКС.

Због тога се не могу прихватити као основани наводи жалбе да нигде није наведено у питање место арбитраже, односно о којој арбитражи је реч, и да су уговарачи нејасноћу оставили само у погледу примене процесних правила.

Томе треба додати да свака арбитража мора се одвијати по неким процесним правилима. Међутим, то мора бити један једини сет правила, и било каква нејасноћа у погледу процесног окружења будуће арбитраже биће фатална. Решења не смеју бити половична, ма колико странке желеле да компромисно створе неутралну атмосферу.

Управо је то случај када је у питању арбитражна клаузула садржана у чл. 18. Уговора о заступању који је закључен између парничних странака. Обе су странке желеле да имају по део свог познатог правног окружења, али су жељу за неутрализацијом арбитраже извеле на најгори могући начин. Другим речима, компромис не сме бити сам себи сврха.

Чак и тежи облици патолошких арбитражних клаузула могу одрадити свој посао како треба. То је могуће ако су странке кооперативне и да тужени не прибегне оспоравању постојања и смисла арбитражног споразума, или да то не чини тужилац подношењем тужбе државном суду. Могуће је да чак и накнадним споразумом странке исправе дефектну клаузулу и прецизирају шта су заправо хтеле да постигну. Међутим, то у конкретном случају није присутно, јер тужилац јасно оптира државни суд, а не арбитражу, сматрајући да је арбитражна клаузула неизвршива.

Нејасне арбитражне клаузуле често воде широком тумачењу и такав ризик постоји код сваке патолошке арбитражне клаузуле. Запажено је да код тзв. патолошких клаузула постоји тенденција арбитра да оздраве такву клаузулу. Таква појава покушаја оздрављења резултирана је и све већим залагањем правне доктрине за примену принципа корисног ефекта (*effect utile*). Залагање за овај принцип мора бити ограниченог дејства. Запажено је да арбитри фаворизују арбитраже у којима су ангажовани, тумачењем воље уговорника да су баш управо мислиле на ту арбитражу када су уговориле арбитражну клаузулу. Принцип *favor arbitrandum* се не повређује залагањем да се арбитражни споразум треба тако

тумачити како одговара вољи уговорника и схватању добрих и коректних пословних односа.

Међутим, примена тог правила не може значити да је компромис сам себи сврха.

Према томе, по оцени другостепеног суда, на потпуно и правилно утврђене чињенице, првостепени суд је правилно применио материјално право, без битних повреда одредаба парничног поступка на које се жалилац позива и без битних повреда одредаба парничног поступка на које другостепени суд пази по службеној дужности.

С тога су се стекли услови да се применом одредбе из чл. 387. став 1. тачка 2. Закона о парничном поступку одлучи као у изреци.

Цењени су и остали наводи жалбе туженог, па за исте другостепени суд налази да нису од утицаја на правилност донете одлуке, те их са тог разлога није посебно ни образлагао.

ДЈ/ЈО

Председник већа – судија
Ивана Павловић, с. р.

За тачност отправка