

PRISILNE ARBITRAŽE

Rezime: Namera je ovim radom razjasniti značenje prideva “prisilna” uz reč arbitraža, a koji se vezuje uz arbitražne postupke koji su za stranke nadležni nezavisno o postojanju njihove volje da spor reše upravo na takav način. Takve arbitraže suprotnost su ostalim arbitražama po nedostatku volje i saglasnosti stranaka da sporove reše pred izabranim telom i u skladu sa izabranim pravilima ili pravilima tog izabranog tela, kao bitnog elementa koji razlikuje “prisilne” od “dobrovoljnih” arbitraža. Stranke u ovim slučajevima često nemaju ni prethodnog saznanja o telu nadležnom za rešavanje sporova, pa čak ni o pravilima koja će se primenjivati postupku, a što može znatno uticati na konačno ostvarenje i zaštitu prava iz takvog pravnog posla ili odnosa. Također, po mojem mišljenju, neki autori svojstvo “prisilne arbitraže” (arbitrage obligatore, compulsory arbitration, Zwangsschiedsgericht) neosnovano priznaju i onim arbitražnim sudovima čija nadležnost je ipak zasnovana u ugovorima sklopljenima upravo između stranaka tog ugovora, zbog čega pridjev “prisilne” gubi na svojem značenju i snazi. Bitan element u razlikovanju “prisilnih” i “dobrovoljnih” arbitraža mora upravo biti u postojanju volje i saglasnosti stranaka da svoje sporove rešavaju baš pred sudom kojeg su sami izabrali ili potpisivanjem Ugovora pristali na nadležnost suda predloženog od druge strane. “Prisila” da se zbog nužnosti ili želje za potpisivanjem određenog ugovora ili drugog pravnog posla pristaje na arbitražu koju je predložila “jača strana” po mojem mišljenju ne čini takvu arbitražu “prisilnom”, baš zbog postojanja mogućnosti druge strane da se odupre takvoj prisili.

Ključne reči: Arbitraža, prisilna arbitraža, javni beležnik, zakon o javnom beležniku, stečajni zakon

1. Uvod

Nezavisno o interesima i jačini stranaka potpisnica, arbitraža je prisilna samo ako stranke niti jednom svojoj radnjom ne mogu otkloniti njenu nadležnost za rešavanje sporova. Ovakvo mišljenje je suprotno mišljenju nekih autora i pravnoj nauci, a iz kojeg razloga mi i je namera ovim radom pridonijeti razumijevanju stvarnog pojma “prisilne arbitraže”. Zakonom o arbitraži (dalje u tekstu: ZA) koji je stupio na snagu 19.10.2001. godine omogućeno je osnivanje arbitražnih ustanova i ad hoc arbitraža bez ikakvih ograničenja. Takvim normiranjem zaustavljena je dotadašnja praksa da nositelji arbitražne delatnosti budu samo one arbitražne ustanove osnovane pri gospodarskim komorama te je pružena mogućnost nesmetanog širenja arbitražnog suđenja i na ustanove koje bi osnovali npr. poduzetnici, sportaši, glazbenici ili pripadnici bilo koje druge delatnosti za rešavanje sporova koji nastanu među njima. Također, u današnjem poslovnom okruženju je od iznimnog značaja brzi dovršetak suđenja i ishođenje odluke koja ima sve odlike pravomoćne sudske presude, odnosno iznošenje vlastitog slučaja pred osobe specijalizirane za predmet suđenja, a koje sve karakteristike nisu svojstvene sudovanju pred redovitim državnim sudovima. Arbitri u takvim postupcima su u pravilu stručnjaci i praktičari u području u kojem sude, pa samim tim i dobri poznavatelji poslovnih običaja i prakse. Sve to posledično utiče i na samu finansijsku stabilnost osobe verovnika jer omogućuje istome brzo ishođenje pravoleka osnovem kojega je ovlašten prisilnim putem

naplatiti svoje potraživanje, odnosno prisilno izvršiti bilo koji drugi nalog iz pravoleka. Retka okolnost u zakonodavstvu da se jedan zakon, u ovom slučaju ZA, nije niti jednom mijenjao od dana stupanja na snagu, dakle već više od 14 godina, ukazuje da bi materijalne i procesne odredbe koje se odnose na uređenje arbitražnog suda i samo sudovanje bile jasne i nedvosmislene, a što samo svedoči poželjnosti osnivanja arbitražnih sudova i rešavanja sporova pred tim telima. Već sama činjenica izjednačenosti pravoleka i pravomoćne sudske odluke svakako doprinosi poželjnosti rešavanja sporova pred arbitražnim sudom.

Prednost arbitražnih sudova i ad hoc arbitraža u odnosu na redovne sudove ogleda se upravo u uskoj specijaliziranosti arbitara iz područja koje je predmetom spora, brzini rešavanja sporova, tajnosti postupka, prihvatljivim troškovima te nepostojanju žalbe na doneseni pravolek, osim ukoliko se strane arbitražnog ugovora ne dogovore drugačije. Takvim odlikama arbitražnog suđenja ostvarene su sve pretpostavke da se državni sudovi rasterete sa ogromnim priljevom novih predmeta te da se smanji vremensko razdoblje od podnošenja tužbe do ishoda pravomoćne presude. Međutim u državi i dalje je u poslovnoj praksi retko ugovaranje nadležnosti arbitražnih sudova za rešavanje sporova. Činjenica je da strana društva koja posluju sa domaćim pravnim osobama češće zahtevaju ugovaranje arbitražne klazule te nadležnost stranog arbitražnog sudišta, međutim između domaćih pravnih osoba takav trend još nije vidljiv. I dalje prevladava želja da se sporovi rešavaju pred redovnim sudovima, nezavisno o svim manjkavostima takvog suđenja, koje se prvenstveno ogleda u brojnosti novopristiglih predmeta te duljini trajanja postupka. Tako je npr. za rešavanje parničnih predmeta u nadležnosti trgovačkih sudova potrebno 343 dana, dok je Viskom trgovačkom sudu za rešavanje predmeta potrebno 1109 dana. Radi obrade teme ovog rada pojašnjavam da je arbitražni sud ili izabrani sud nedržavno pravosudno telo (sud) koje svoje ovlaštenje crpi iz sporazuma stranaka; sastavljeno je od jedne ili više osoba o čijem izboru su se stranke sporazumjele te kojemu stranke sporazumno i dobrovoljno povjeravanju donošenje pravoleka - meritorne odluke o sporu. Dakle, naglasak je na dobrovoljnosti stranaka da svoj spor reše pred arbitražnim sudom, naravno ako je arbitrabilan, isključujući pritom, također dobrovoljno, nadležnost redovnih sudova za odlučivanje o sporu. "Čitav je niz razloga zbog kojih držimo da će mnogi subjekti rađe ugovoriti arbitražu kao sredstvo rešavanja sporova, nego li podvrgnuti rešenje njihova spora nadležnom državnom sudu. Među ostalim i zbog povjerenja u stručnost i objektivost arbitara koje sami izabiru, njezine brzine, efikasnosti, elastičnosti i tajnosti arbitražnog postupka, velikim dijelom zbog nepovjerenja u državne sudove poslovnog sedišta druge stranke, zbog nepoznavanja jezika druge stranke i procesnih pravila države protivnika, te

međunarodne ovršnosti arbitražnog pravoleka”. Bit arbitraže je njezin nedržavni karakter, odnosno arbitražni sudovi su privatni sudovi kojima je povjereno, voljom stranaka i umesto državnih sudova, raspravljanje i rešavanje sporova. Danas u svetu postoji mnoštvo arbitraža osnovanih od strane nedržavnih tela ili privatnih osoba, sve s ciljem rešavanja specijaliziranih sporova u kojima su arbitri stručne osobe koje dolaze upravo iz te specijalizirane delatnosti. Međutim, u nekim slučajevima je zakonom propisana nadležnost arbitražnih sudova za rešavanje određene vrste sporova, pa se na takav način isključuje element dobrovoljnost stranaka da spor povjere na rešavanje upravo tom sudu. Dakle, do nadležnosti arbitražnih sudova dolazi kada se ostvari zakonom određeni pravni odnos, odnosno spor oko pitanja koje je nadležno rešiti samo ono arbitražno telo propisano zakonskom odredbom.

1. Propisi kojima je “nametnuta” arbitraža

Prvenstveno smatram da zakonsko propisivanje obveze stranaka da svoj spor povjere na rešavanje arbitražnom sudu nije sinonim za nikakvo uskraćivanje ili umanjivanje prava stranaka koji svoje sporove rešavaju pred takvim arbitražnim sudom, a što upravo pojam “prisilna arbitraža” može sugerisati. Smatram čak da je zakonsko normiranje obveze da se određeni sporove povere arbitražnom sudu upravo podsticaj širenju arbitražne delatnosti koja se uostalom odvija unutar propisa koje donosi zakonodavac, te u kojoj svaki pojedinac može zaštititi svoja prava i interese na jednak način kao i suprotna strana. U prilog ovoj tvrdnji ide činjenica da zakonodavac nadzire rad i delatnost takvih arbitražnih ustanova i arbitražnih sudova, pa zakonski “podsticaj” da se spor reši pred arbitražnim sudom ne bi trebao imati nikakav otežavajući efekat za osobu koja svoja prava ili interese zbog takvog normiranja ne može zaštititi pred redovnim sudom. Naime, protiv pravoleka donesenog od strane domaće ad hoc arbitraže ili arbitražne ustanove, nezadovoljna strana može u skladu sa čl. 36. st. 1. ZA podneti tužba za poništavanje, a sve u skladu sa daljnjim odredbama predmetnog člana. Takva odredba je kogentne naravi, što znači da je nedozvoljeno odricanje strana arbitražnog sporazuma od propisanog ovlašćenja, odnosno da je ništava odredba Sporazuma kojom bi se stranke ili jedna od stranaka odrekla prava na podnošenje tužbe za poništenje pravoleka. Zabrana predmetnog odricanja je dodatno naglašena čl. 36. st. 6. ZA. Razlozi za poništenje pravoleka propisani su čl. 36. st. 2. ZA 12 te se dijele na one čije postojanje treba dokazati stranka koja podnese tužbu, a koji su navedeni pod podtačkom 1., te na one na koje sud pazi po službenoj dužnosti. Čl. 36. st. 6. ZA “Stranke se ne mogu unapred odreći prava na pobijanje pravoleka tužbom za poništenje“. Naravno, stranke se mogu naknadno odreći podnošenja tužbe

za poništenje pravolek i to jednostavnom radnjom, propuštanjem podnošenja tužbe za poništenje pravoleka u prekluzivnom roku iz čl. 36. st. 3. ZA. Na takav način može egzistirati pravolek koji bi bio suprotan javnom poretku. Čl. 36. st. 2. ZA “Pravolek može poništiti sud iz člana 43. stav 1. ovoga Zakona, i to samo:

1) ako stranka koja podnese tužbu dokaže: da ugovor o arbitraži iz člana 6. ovoga Zakona nije uopšte bio sklopljen ili da nije bio valjan, da stranka u postupku nije bila sposobna zaključiti ugovor o arbitraži i biti stranka u sporu (član 7.) ili da stranka nije bila uredno zastupana, da stranka koja je podnela tužbu za poništenje pravoleka nije bila uredno obaviještena o pokretanju arbitražnog postupka ili da joj je na drugi nezakonit način bilo onemogućeno raspravljanje pred arbitražnim sudom, da se pravolek odnosi na spor koji nije predviđen arbitražnim ugovorom, ili koji nije obuhvaćen njegovim odredbama, ili da sadrži odluke o predmetima koji prekoračuju granice ugovora o arbitraži, s time da se, ako se odluka o predmetima koji su podvrgnuti arbitraži može odvojiti od onih koja joj nisu podvrgnuta, može poništiti samo onaj dio odluke u kome se nalaze odredbe koje se odnose na predmete koji nisu bili podvrgnuti arbitraži, da sastav arbitražnog suda ili arbitražni postupak nisu bili u skladu s ovim Zakonom ili dopuštenim sporazumom stranaka, a to je moglo uticati na sadržaj pravoleka, da pravolek nije obrazložen ili potpisan u smislu odredaba člana 30. stav 3. i 5. ovoga Zakona, ili

2) ako sud nađe, i kad se stranka nije pozvala na taj razlog: da predmet spora nije arbitrabilan prema zakonima Države, da je pravolek u suprotnosti s javnim poretkom Države “. dužnosti (ex officio), čak i kad se stranka nije pozvala na te razloge, a koji su navedeni pod podtačkom 2. navedenog člana. Postupak radi poništenja pravoleka započinje tužbom koja se mora podneti u roku od tri meseca od dana kada je stranci koja ju je podnela dostavljen pravolek. Ako je tužba podnesena u slučaju kada egzistira dopunski pravolek (čl. 33. ZA) ili je zatražen ispravak ili tumačenja pravoleka (čl. 34. ZA), rok od tri meseca počinje teći od dana kada je stranci koja podnosi tužbu dostavljen dopunski pravolek ili ispravak ili tumačenje pravoleka. Čl. 43. st. 1. ZA propisana je nadležnost Trgovačkog suda u za odlučivanje o tužbi za poništenje pravoleka arbitražnog suda i to za predmete iz stvarne nadležnosti trgovačkih sudova. Čl. 40. ZA je propisano da u vezi “stranog” pravoleka državni sud ne može odlučivati povodom tužbe za poništenje pravoleka već samo u postupku priznanja i izvršenja stranog pravoleka, sve u skladu s odredbama čl. 40. ZA. ZA nije propisan rok za podnošenje žalbe na prvostepenu odluku kojom je odlučeno o tužbi za poništenje pravoleka, kao što je to propisano za žalbu protiv rešenja donesenog u postupku priznanja kao o glavnoj stvari, pa se žalba podnosi

u skladu s odredbama Zakona o parničnom postupku kojima je propisan način podnošenja žalbi na odluke Trgovačkog suda. Samim tim, o žalbama odlučuje Visoki trgovački sud Države i Vrhovni sud Države. Obzirom da sudsku kontrolu valjanosti pravoleka ocjenjuju Trgovački sud, Visoki trgovački sud Države i Vrhovni sud Države, možemo zaključiti da postoje mnogi mehanizmi ocene i kontrole zakonitosti pravoleka donesenih od strane bilo domaćih bilo stranih ad hoc arbitraža ili arbitražnih ustanova, pa zaključno i onih pravoleka donesenih od strane prisilnih arbitraža. To je naravno još jedan podsticaj jačanju arbitražne delatnosti i pristajanju na arbitražne klauzule.

Međutim otežavajuću okolnost širenju opisanog podsticaja, zasigurno može predstavljati činjenica da egzistira sudska odluka u kojoj se jasno zaključuje da protiv pravoleka prisilne arbitraže nije dopušteno podneti tužbu radi poništenja pravoleka. Predmetnom odlukom donesena su Pravila o poslovima koji se ne mogu prekidati za vreme štrajka ili isključenja s rada u trgovačkom društvu G.I.N. Žalitelj u žalbi navodi da konkretan spor ne spada u nadležnost suda jer se tužbom ne pobija arbitražna odluka donesena u arbitražnom postupku, koji je, u smislu Zakona o arbitraži, zasnovan na dobrovoljnosti stranaka i arbitražnom ugovoru. Vrhovni sud Države međutim, u svojoj odluci po predmetnoj žalbi, iznosi pravno shvaćanje da sud u smislu odredbe čl. 36. ZA ne odlučuje o tužbi za poništenje odluke koju je donela prisilna arbitraža iz čl. 278. st. 4. i st. 5. ZR kojom je odlučeno o pravilima o poslovima koji se ne smiju prekidati u smislu čl. 278. st. 1. i 2. ZR i to iz nekoliko razloga: prema odredbi čl. 36. st. 1. ZA tužba za poništenje može se podneti samo protiv pravoleka arbitražnog suda;

obzirom da u skladu sa čl. 2. st. 1. t. 3. ZA arbitražni sud svoje ovlaštenje crpi iz sporazuma stranaka, jasno je da kod prisilne arbitraže nedostaje arbitražni sporazum, pa samim tim ne egzistira ni pravolek “arbitražnog suda”; Ovim Rešenjem naglašava se najbitnija i jedina razlika između “prisilnih” arbitraža i “ostalih” arbitraža, a to je stranački nedostatak elementa dobrovoljnosti prilikom zasnivanja ugovornog ili izvanugovornog odnosa da se spor reši pred takvom arbitražom. Tako se istim Rešenjem pruža pojašnjenje da, cit: “Za razliku od dobrovoljne arbitraže, kod koje je za uspostavljanje njezine nadležnosti potreban sporazum stranaka spora u smislu odredbe čl. 2. st. 1. tačka. 3. ZA, u slučaju posebne, prisilne arbitraže spor pred arbitražnim sudom može izneti i samo jedna stranka u sporu, a postupak se može provesti i bez sudelovanja druge stranke u imenovanju predsednika arbitražnog suda, odnosno bez sudelovanja te stranke u arbitražnom postupku”. “Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno delo protiv njega, svako ima

pravo da zakonom ustanovljeni nezavisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj...”

Ukoliko takvu “prisilnu” odlikuju karakteristike nepristranosti arbitara koji sudeluju u postupku, primena u postupku relevantnih zakonskih propisa, omogućavanje strankama da sudeluju u postupku te da se izvode relevantni dokazi koje stranke u postupku predlažu, tada smatram da obvezivanjem stranaka zakonskim odredbama da svoje sporove reše pred “prisilnom” arbitražom nisu povređene prethodno citrane odredbe zakona i konvencije. U svakom drugačijem slučaju, takva arbitraža bi bila nedopuštena te bi bila povređena ustavom i konvencijom zajamčena prava.

Na kraju, zaključujemo da se u zakonski obavezujućim arbitražama odlučuje isključivo o sporovima iz izvanugovornih odnosa nastalih nastupom određenog događaja normiranog zakonskim odredbama

2. Zakon o javnom beležništvu

Čl. 17. st. 9. Zakona o javnom beležništvu (dalje u tekstu: ZJB) propisana je obavezna arbitraža između osiguravatelja, Komore javnih beležnika i Ministarstva pravosuđa u slučaju nastanka spora oko sadržaja uslova osiguranja koje bi zajednički trebali utvrditi osiguranici u Državi u dogovoru s Ministarstvom i Komorom. Istim uslovima reguliše se i odgovornost javnih beležnika za štetu koju bi isti mogli počinili trećim osobama obavljanjem svoje službene dužnosti. ZJB određeno je stalno izabrano suđenje pri ekonomskoj komori kao arbitražna ustanova koja bi organizovala vođenje postupka. Postupak se treba započeti tek nakon proteka roka do 30 dana unutar kojega se druge dve strane bile dužne odgovoriti na zahtev jedne strane kojim su predloženi uslovi osiguranja. Pravolek stalnog izbranog sudišta kojim se određuju uslovi osiguranja za narednu godinu je pravomoćan i deluje prema svim osiguranicima, Ministarstvu, Komori i javnim beležnicima. Zakonskim propisivanjem nadležnosti stalnog izbranog sudišta pri ekonomskoj komori može se smatrati, u nedostatku drugačijeg sporazuma, da su stranke pristale i na primenu Pravilnika o arbitraži pri stalnom izabranom suđenju ekonomske komore (pravila), a u skladu s kojim Pravilima će se provoditi postupak, od imenovanja arbitara do donošenja pravoleka. Međutim, iz inače jasne odredbe čl. 17. st. 9. ZJB nije jasno kako bi glasilo tužbeni zahtev bilo koje zainteresirane strane kojom bi započeo postupak utvrđivanja uslova osiguranja. Naime, arbitražni sud vezan je tužbenim zahtevom i ne sme izlaziti iz granica postavljenih tužbenih zahtevom. Činjenica je da je do spora i došlo jer

ne postoji saglasnost zainteresovanih strana oko uslova osiguranja, pa je i izvesno da će strana, po čijoj tužbi je i započeo postupak u kojem se trebaju utvrditi uslovi osiguranja za narednu godinu, postaviti zahtev u kojem su sadržani uslovi koji su po njenom mišljenju najpovoljniji. Naravno takvi tužbeni zahtev sud ne mora u celosti oceniti kao najpovoljniji, pa je moguće i da se tužbeni zahtev odbije u celosti ili usvoji samo u delu. Šta ako se tužbeni zahtev odbije? U tom slučaju nisu utvrđeni najpovoljniji uslovi osiguranja, a ostale strane gube mogućnosti isticanja novog tužbenog zahteva zbog prekluzije roka iz čl. 17. st. 9. ZJB. Ukoliko se tužbeni zahtev samo delimično usvoji, onda je arbitražni sud i samo delimično utvrdio najpovoljnije uslove, međutim takvo utvrđenje je suprotno cilju iz čl. 17. st. 9. ZJB kojim je jasno naznačeno da se moraju utvrditi uslovi osiguranja, dakle u potpunosti. Uzveši u obzir i činjenicu da arbitražni sud, nakon što provede sve dokaze, ne sme samostalno zaključivati i pravolekom odrediti koji bi to bili “najpovoljniji uslovi” koji bi se primenjivali na odnos među strankama u sporu, tada je izvestan nastanak situacije u kojoj bi uslovi među strankama ostali neutvrđeni. Zakon o radu (dalje u tekstu: ZOR) više od svih drugih zakonskih propisa u svojim odredbama predviđa arbitražu kao mesto rešavanja sporova između poslodavaca i radnika ili poslodavaca i sindikata, i to:

- a) u slučaju uskrate saglasnosti radničkog veća na odluku o otkazu radniku kod kojeg je od strane ovlaštenog tela utvrđeno smanjenje radne sposobnosti uz preostalu radnu sposobnost, smanjenje radne sposobnosti uz delimični gubitak radne sposobnosti ili neposredna opasnost od nastanka smanjenja radne sposobnosti koju je utvrdilo ovlašteno telo u skladu s posebnim propisom;
- b) u slučaju uskraćenosti saglasnosti radničkog veća na odluke poslodavca navedene čl. 151. st. 1. ZOR, a za valjanost kojih odluka je nužna saglasnost radničkog veća;
- c) u slučaju uskraćenosti radničkog veća na odluku poslodavca o otkazu ugovora o radu sindikalnom radniku za vreme obavljanja te dužnosti i šest meseci nakon prestanka te dužnosti;
- d) u slučaju spora između radnika i poslodavca vezanog uz utvrđenje pravila o proizvodno-održavajućim i nužnim poslovima koji se ne smiju prekidati za vreme štrajka ili isključenja s rada;

Nadalje, čl. 214. st. 4. ZOR predviđena je arbitraža i za slučaj ako sindikat i poslodavac ne postignu sporazum o određivanju poslova koji se ne smiju prekidati za vreme štrajka ili

isključenja s rada. Ovom odredbom ujedno je predviđeno i osnivanje ad hoc arbitraže u kojoj bi svaka strana, dakle poslodavac i sindikat, imali pravo na imenovanje jednog arbitra, te predsjednika koji bi bio “nezavisan”, a kojeg bi sporazumno odredili sindikat i poslodavac.

- 1) otkazu kandidatu za člana radničkog veća koji nije izabran, u razdoblju od tri meseca nakon utvrđenih konačnih rezultata izbora;
- 2) otkazu radniku kod kojeg je zbog ozlede na radu ili profesionalne bolesti došlo do smanjenja radne sposobnosti uz preostalu radnu sposobnosti ili do smanjenja radne sposobnosti uz delimični gubitak radne sposobnosti, odnosno otkazu radniku osobi s invaliditetom;
- 3) otkazu radniku starijem od šezdeset godina;
- 4) otkazu predstvniku radnika u organu poslodavca uvrštavanju osoba iz člana 34. stav 1. ovoga Zakona u kolektivni višak radnika, osim u slučaju kada je poslodavac u skladu s posebnim propisom pokrenuo, odnosno provodi postupak likvidacije”.

Već ovom formulacijom vidljiva je suvišnost imenovanja arbitara od strane stranaka u sporu obzirom da je jasno da isti arbitri neće biti nepristrani, kako je to obvezno čl. 12. st. 1. i 2. ZA. Također nelogično je što se odredbom st. 7. predviđa mogućnost da jedna strana odbije sudelovati u arbitražnom postupku, u kojem slučaju odluku o poslovima koji ne smeju prekidati donosi predsjednik veća. Međutim nejasno je kako će sud imenovati predsjednika veća ukoliko prethodno druga strana odbija sudelovanje u postupku, pa samim tim i ne može izraziti svoje neslaganje s drugom stranom oko imenovanja predsjednika veća da bi sud tada svojom odlukom mogao imenovati predsjednika veća. Kako će takvu odluku moći doneti predsjednik veća ukoliko prethodno nisu ni ispunjeni uslovi za imenovanje predsjednika veća?

Iz svih ovih razloga ekonomičnije bi bilo propisati sudelovanje samo jednog arbitra u postupku kojeg bi imenovao predsjednik nadležnog suda te koji bi bio nezavisan od stranaka u sporu. U tom slučaju sve odredbe ZOR kojima je propisana “prisilna arbitraža” jamčile bi efikasnost u donošenju odluka, te izbegavanje bilo kakvih situacija koje bi mogle otežati donošenje pravilnog i zakonitog pravoleka.

U prilog ovakvom rešenju svakako ide i činjenica da je u arbitražnom postupku izvesno da će svaki arbitar glasati u skladu sa interesima strane od koje je predložen kao arbitar, jer je on pre svega ipak predstavnik te strane. Obzirom da bi u slučaju nemogućnosti postizanja dogovora između ta dva predstavnika, odlučujući bio glas “nezavisnog predsjednika” skladno

čl. 28. st. 2. ZA, tada je ekonomičnije i svrsishodnije odmah zakonski normirati da u ovakvim predmetima sudi arbitar pojedinac koji se imenuje kako je već gore predloženo. Obzirom da u ZOR-u nema odredbi kojima bi se propisivala pravila za takve arbitražne postupke, do primene bi došla opšta pravila ZA.

3. Stečajni zakon

Čl. 268. st. 1. Stečajnog zakona (dalje u tekstu SZ) propisana je ovlašćenje stečajnog upravnika da na zahtev poverioca koji je upućen u parnici, arbitraži poveri rešenje tog istog spora. Sigurno je da se ovakvim normiranjem nastoji omogućiti poveriocu utvrđivanje njegove tražbine u što hitnijem roku, posebno što je utvrđivanje njegove tražbine od bitnog značaja za njegova prava i ovlašćenja u stečajnom postupku. Naime, pravo glasa na skupštini poverioca imaju stečajni poverioci čije su tražbine utvrđene, dok oni stečajni poverioci čije su tražbine osporene nemaju pravo glasa na skupštini, osim ako svoju tražbinu dokazuju izvršnom ispravom, te u slučaju da tako na skupštini poverioca odluče stečajni upravnik i prisutni poverioci sa pravom glasa. U pravnom sistemu Države egzistiraju i drugi pravni propisi kojima je “nametnuta” arbitraža kao mesto rešavanja spora. Tako Zakon o medijima previđa arbitražu koja je ovlašćena doneti Statut medija, u slučaju da se o istome u roku od najviše 6 meseci od početka rada medija ne dogovore izdavač i predstavnik novinara. Nadalje, Zakon o obavljanju geodetske delatnosti određuje arbitražu kao mesto rešavanja spora između članova komore ovlašćenih inženjera geodezije uz dodatno naglašavanje da se predmetni sporovi izuzimaju iz sudske nadležnosti.

Nadalje, čl. 13. Opštih uslova ugovora o provođenju zdravstvene zaštite iz obveznog zdravstvenog osiguranja predviđena je obvezujuća arbitraža za slučaj spora između zavoda za zdravstveno osiguranje s jedne strane i zdravstvenih ustanova, zdravstvenih radnika privatne prakse, te drugih provoditelja zdravstvene zaštite, s druge strane. Također, istom odredbom je predviđen sastav arbitraže koja se sastoji od četiri člana, i to od toga dva predstavnika Zavoda, jedan predstavnik nadležne komore i jedan predstavnik ugovornog subjekta Zavoda.

Također, predviđeno je i da predsednika arbitraže imenuje ministar zdravstva, pa je u skladu sa tom ovlašćenja moguće da ministar za predsednika arbitraže imenuje npr. predstavnika HZZO-a. Obzirom da bi u slučaju istog broja glasova odlučujući bio glas predsednika arbitraže, jasno je da bi se u opisanom slučaju postavila sumnja u objektivost

arbitara, odnosno pitanje da li bi taj arbitar donio pravolek koji bi bio suprotan interesima HZZO-a.

Istim članom propisano je i da ugovorna strana nezadovoljna odlukom arbitraže može u roku od 30 dana od dana donošenja odluke pokrenuti sudski spor pri nadležnom sudu, pa je jasno da pravolek u ovom postupku ne bi bio ni obvezujući ni konačan za arbitražne stranke. Naposljetku, i Zakona o zadrugama predviđa obvezujuću arbitražu u slučaju spora između članova ili radnika zadruge. Međutim, taj isti zakon navodeći u istoj odredbi, cit: “dužni su pre obraćanja sudu ili drugom telu izvan zadruge...” ne ograničava pravo stranaka arbitražnog spora da nakon donošenja pravoleka svoja prava zaštite i putem suda ili drugog tela izvan zadruge.

Opšti uslovi ugovora o provođenju zdravstvene zaštite iz obveznog zdravstvenog osiguranja (Narodne novine br. 11/07). Čl. 13. Opštih uslova ugovora o provođenju zdravstvene zaštite iz obveznog zdravstvenog osiguranja, cit:

“Ugovorne strane saglasne su da će se sva prijemna pitanja proizišla iz ugovornog odnosa rešavati dogovorno. Ugovorne strane saglasne su da se u slučaju nemogućnosti dogovora preporne pitanja rešavaju putem arbitraže, osim u slučajevima ugovorom propisanog trenutnog raskida ugovora. Ugovorne strane saglasne su da arbitražu iz Stava 2. ovog člana sačinjavaju dva predstavnika Zavoda, jedan predstavnik nadležne komore i jedan predstavnik ugovornog subjekta Zavoda. Ugovorne strane saglasne su da predsednika arbitraže imenuje ministar nadležan za zdravstvo. Ugovorne strane saglasne su da pokretanje postupka pri arbitraži ne prekida rok utvrđen za raskid ugovora, osim ako se ugovorne strane nakon donete odluke arbitraže ne dogovore drukčije. Ugovorne strane saglasne su da odluka arbitraže obavezuje ugovorne strane. Ugovorna strana nezadovoljna odlukom arbitraže može u roku od 30 dana od dana donošenja odluke pokrenuti sudski spor pri nadležnom sudu”. Zakon o zadrugama (Narodne novine br. 34/11, 125/13, 76/14). Čl. 41. Zakona o zadrugama, cit: “Ako je u zadruzi osnovano mirovno veće ili arbitraža, članovi i radnici zadruge dužni su pre obraćanja sudu ili drugom telu izvan zadruge zatražiti rešavanje spora pred mirovnim većem, odnosno arbitražom”.

4. “Prisilne arbitraže” predviđene ugovornim odredbama

Kao što je već i naglašeno, odredbama ZA je omogućeno osnivanje ad hoc arbitraža i arbitražnih ustanova s ciljem da se omogući brzo i efikasno sudovanje koje bi bilo alternativna opcija suđenju pred redovnim sudovima te da se rasterete ionako već pretrpani redovni sudovi. Istim zakonom nisu predviđeni nikakvi organizacijski ili drugi preduslovi za osnivanje arbitraža, dok je za sami arbitražni postupak jedino ograničenje da se u istome mora odlučivati o sporu koji je arbitrabilan, a za međunarodnu arbitražu da se radi o sporu za koji nije predviđena isključiva nadležnost domaćeg suda. Takvom slobodom osnivanja arbitraža omogućeno je poslovnim subjektima da u brojnim adhezijskim ugovorima, Pravilnicima o radu, Opštim uslovima poslovanja pa i raznim trgovačkim ugovorima koje predlažu drugoj strani, predvide arbitražu kao mesto rešavanja mogućeg spora. Takav zaključak je zasnovan na čl. 6. st. 4. ZA skladno kojem Upućivanje u glavnom ugovoru na ispravu (opšte uslove za sklapanje pravnog posla, tekst drugog ugovora i slično) koja sadrži arbitražnu klauzulu predstavlja ugovor o arbitraži ako je upućivanje takvo da je ta klauzula sastavni dio toga ugovora. Neki su se poslovni subjekti već povelili za navedenom mogućnosti te u svojim aktima predvideli arbitražu kao mesto rešavanja spora. Mogućnost osnivanja arbitraže omogućuje poslovnim subjektima da u granicama utvrđenima ZA-om donesu pravila skladno kojima će se provoditi postupak pred tom arbitražom, primenjujući pritom pravo merodavno za razrešenje spora. Ključno je da druga strana pristaje na predmetnu arbitražu samim potpisom osnovnog ugovora unapred pripremljenog od tog poslovnog subjekta, u kojem se samim pozivanjem na akte “jače” ugovorne strane koji čine sastavni dio Osnovnog ugovora, pristaje na nadležnost arbitraže za slučaj spora, kao i na pravila koja se odnose na takvu arbitražu. U nedostatku posebnih pravila te arbitraže, postupak bi se provodio u skladu sa opštim pravilama ZA. Istina je da je ovakav način zapravo “nametnuti” način rešavanja spora putem arbitraže, jer stranka u poslovnom odnosu često nema druge mogućnosti nego pristati na takav ugovor ako želi poslovati sa “jačom” stranom. Međutim, isto tako treba uzeti u obzir i da je danas uobičajeno da “jača” ugovorna strana predlaže nacrt ugovora te saradnju uslovljuje ne samo sa mestom rešavanja spora već i sa svim drugim sastojcima ugovora koji su istoj od važnosti za poslovanje. Po primanju ugovora, “slabijoj” strani se pruža mogućnost izbora da li pristati na predloženo ili ne. Činjenica da u navedenim situacijama manjka volja druge ugovorne strane za pristajanjem na opisani način rešavanja spora, odnosno da je druga ugovorna strana “prisiljena” na potpisivanje ugovora kojim je za slučaj spora određena takva arbitraža, ukazuje na prvi pogled na nedopuštenost takvih odredbi.

Međutim, smatram da insistiranje “jače” stranke iz ugovora da se spor reši pred određenim arbitražnim sudom u skladu sa pravilima tog suda ne predstavlja “prisilnu arbitražu”, iako su i takva mišljenja barem delimično prisutna u pravnoj nauci. Tako se u nekim slučajevima pod pojmom “prisilna arbitraža”, cit: “...zapravo misli na situaciju u kojoj jedna od strana u “(1) Ako to nije u protivnosti s odredbama ovoga Zakona, stranke se mogu sporazumeti o pravilima postupka kojih će se arbitražni sud pridržavati ili tako da ih same odrede ili upućivanjem na određena pravila, zakon ili na drugi prikladan način. (2) Ako takvog sporazuma nema, arbitražni sud može, ako to nije u protivnosti s odredbama ovoga Zakona, provoditi postupak na način koji smatra prikladnim. Ovlaštenja arbitražnog suda uključuju i ovlaštenje da pravila postupka odrede samostalno ili upućivanjem na određena pravila, zakon ili na drugi prikladan način te ovlaštenje za odlučivanje o dopustivosti, važnosti i dokaznoj snazi predloženih i izvedenih dokaza”.

Član 27. ZA, cit:

“(1) Arbitražni sud odlučit će po pravnim pravilima koja su stranke izabrale kao merodavna za bit spora. Svako upućivanje na pravo ili pravni sistem određene države tumačit će se, osim ako se stranke nisu izričito drukčije sporazumjele, kao neposredno upućivanje na supstancijalna pravila te države, a ne na njezina pravila o određivanju merodavnog prava.

Ako stranke ne postupe u skladu s odredbama Stava 1. ovoga člana, arbitražni sud će suditi po pravu za koje smatra da je sa sporom u najužoj vezi. Arbitražni sud odlučit će o sporu po pravičnosti (*ex aequo et bono*, *en qualité d'ami compositeur*) samo ako su mu stranke izričito dale takvo ovlaštenje.

U svakom slučaju arbitražni sud odlučit će u skladu s odredbama ugovora te će uzeti u obzir merodavne običaje“. Tako je npr. u Sjedinjenim Američkim Državama već 1999. godine 10 velikih banaka koje izdaju kreditne kartice, dakle, American Express, Citibank, First USA, Capital One, Chase i Discover, formiralo grupu koja se naziva “Arbitražna koalicija“, s ciljem promocije uporabe arbitražnih klauzula koje isključuju mogućnost podnošenja tužbe pred redovnim sudom. U javnosti je trenutno prisutan otpor takvom načinu ugovaranja arbitražnih klauzula, jer se smatra da su upravo prisilne arbitraže i stvorene ss samo jednim ciljem da bi štatile interese predlagača arbitražnih klauzula. nekom pravnom odnosu, koja je gospodarski ili na neki drugi način očigledno moćnija od druge, nameće drugoj strani sklapanje arbitražnog sporazuma i na taj način je onemogućava da zaštitu svojih subjektivnih prava traži od državnog suda. Obično se radi o velikim korporacijama koje se na ovakav način stavljaju u povoljniji

položaj u odnosu na svoje sukontrahente”. Međutim u nastavku se ipak iznosi ograničenje na način da se cit: “...u takvim slučajevima ipak ne bio moglo reći kako se radi o “prisilnoj arbitraži”, jer su ugovorne strane zapravo pristale na njenu nadležnost”. Suprotno svemu nameće se pitanje da li bi zaista takve odredbe ipak bile nedopuštene te da li postoje instrumenti i osnova koji omogućuju “slabijoj” ugovornoj strani poništenje takvog ugovora o celosti ili samo odredbe o nadležnosti? Prilikom razmatranja navedene ocene treba prvenstveno uzeti u obzir činjenicu da odredbe o nadležnosti, odnosno načinu rešavanja sporova koji bi mogli proizaći iz raznih vrsta ugovora, ne predstavljaju bitan sastojak bilo kojeg ugovora koji egzistira na tržištu. Tako npr. ZOR u čl. 12. i 13. propisuje bitne sastojke Ugovora o radu, Zakon o obveznim odnosima u čl. 380 – 388 propisuje bitne sastojke Ugovora o kupoprodaji, Zakon o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora čl. 5. st. 2. propisuje bitne sastojke Ugovora o zakupu poslovnog prostora, odnosno čl. 36. st. 6. bitne sastojke Ugovora o kupoprodaji poslovnog prostora, čl. 52. st. 1. Zakona o leasingu propisuje bitne sastojke ugovora o leasingu, čl. 10. st. 2. Zakona o potrošačkom kreditiranju propisuje bitne sastojke Ugovora o kreditu, itd...

Dakle, niti jedan od tih zakona kojima su uređeni neki od najučestalijih ugovora u praksi, ne predviđa da bi odredba o načinu rešavanja sporova predstavljala bitan sastojak ugovora. Druga ugovorna strana može smatrati da je odredba o nadležnosti ništavna ili borbena, međutim za takvu tvrdnju treba dokazati zakonom propisane pretpostavke. Obzirom na pretpostavke propisane Zakonom o obveznim odnosima koje se trebaju ispuniti da bi određeni Ugovor bio ništavan ili pobojan, smatram da je malo verovatno da bi druga ugovorna strana uspeła sa zahtevom da je samo odredba o nadležnosti ništavna ili borbena navodeći samo da je pristala na takvu odredbu radi nužnosti konačnog sklapanja ugovora sa “jačom” stranom. U takvim situacijama uvek treba imati na umu da “slabija” ugovorna strana može jednostavno ne prihvatiti tu “nametnutu” odredbu i ne pristati na sklapanje ugovora. Ako se radi, kako je već rečeno, o ništavosti ili poboynosti odredbe koja je utjecala na sklapanje ugovora ili koja se odnosi na bitan sastojak ugovora, jasno je da takav ugovor ne proizvodi efekte, međutim isto se ne bi primenjivalo u slučaju ništavosti ili poboynosti odredbe o nadležnosti. U tom slučaju ugovor bi ostao na snazi, a sudska nadležnost bi se utvrđivala u skladu sa merodavnim zakonskim propisima.

Uostalom, činjenica je da ugovorne strane u poslovnim odnosima često ne poznaju ni zakonske propise kojih su se dužni pridržavati pa ipak da bi zaključili određeni ugovor prihvataju primenu stranog prava i nadležnost stranog redovnog suda za slučaj spora, dakle

pristaju svoje sporove rešiti unutar “stranog” pravnog sistema. Zar bi navedena odredba bila ništetna ili borbena jer stranka ne poznaje strano pravo ili zbog razloga što je bila prisiljena pristati na primenu stranog prava da bi sklopila takav Ugovor. Siguran sam da bi sud odbio kao neosnovan tako istaknuti prigovor. Dakle, pristupanjem ugovoru sa arbitražnom klauzulom se ipak “potvrđuje usklađena volja” ugovornih strana da se spor povjeri na rešavanje arbitražnom sudu.

Međutim, ipak su propisane okolnosti čiji nastup nesporno uzrokuje ništetnim odredbu kojom je za slučaj spora ugovorena nadležnost arbitražnog suda. Naime, Zakon o zaštiti potrošača je jedini zakonski propis koji eksplicitno propisuje u kojim slučajevima se ugovorne odredbe, pa tako i odredbe o nadležnosti arbitražnog suda za slučaj spora, mogu smatrati nepoštenima. Reč je o institutu nepoštenih ugovornih odredbi koje su u hrvatsko zakonodavstvo ušle preuzimanjem Direktive Veća 93/13/EEZ od 05.04.1993. godine o nepravilnim odredbama potrošačkih ugovora. Predmetnim zakonom uređuje se zaštita osnovnih prava potrošača pri kupnji proizvoda i usluga, a potrošačem se smatra svaka fizička osoba koja sklapa pravni posao ili deluje na tržištu izvan svoje trgovačke, poslovne, obrtničke ili profesionalne delatnosti. Bitno je za naglasiti da je predmetni zakon ograničen samo na zaštitu potrošača, fizičkih osoba, te se npr. pravne osobe ne mogu pozivati na zaštitu zasnovanu ovim zakonom iako i one svakodnevno sklapaju ugovore koje se ne odnose isključivo na njihovu poslovnu delatnost. Tako su čl. 50. ZZP-a taksativno propisane odredbe koje bi se u ugovorima mogle smatrati nepoštenima, sve pod uslovom da su ispunjenje pretpost arbitražavke iz čl. 49. Zakona o zaštiti potrošača kojim je propisan pojam nepoštene ugovorne odredbe.

Odredba čl. 51. ZZP-a sadrži odlučujuće okolnosti koje treba uzeti u obzir prilikom ocene da li je pojedina ugovorna odredba poštena ili ne. 76 Čl. 54. ZZP-a propisuje da se dvojbene ili nerazumljive odredbe tumače u smislu koji je povoljniji za potrošača, dok je čl. 55. ZZP-a propisana ništetnost nepoštene ugovorne odredbe. Sud Evropske unije je već u nekim predmetima raspravljao o nepoštenim ugovornim odredbama u potrošačkim ugovorima koje se odnose Čl. 5. tačka. 15. ZZP-a

Npr. ugovor o pružanju telekomunikacijskih usluga, ugovor o servisu voznog parka, ugovor o održavanju poslovnih prostorija, itd... Sve su to ugovori o kojima pravne osobe, kao korisnici usluga nemaju dovoljno saznanja i ne predstavljaju ugovore iz delatnosti za koju su registrirane u registru Trgovačkog suda, a na koje moraju pristati ukoliko žele da im se navedene usluge i izvrše.

Član 49. Zakona o zaštiti potrošača, cit:

”(1) Ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo smatra se nepoštenom ako, suprotno načelu savesnosti i poštenja, uzrokuje znatnu neravnotežu u pravima i obavezama ugovornih strana na štetu potrošača.

Smatra se da se o pojedinoj ugovornoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo ako je tu odredbu unapred formulisao trgovac, zbog čega potrošač nije imao uticaja na njezin sadržaj, pogotovo ako je reč o odredbi unapred formulisanog Standardnog ugovora trgovca. Ako se pojedinačno pregovaralo o pojedinim aspektima neke ugovorne odredbe, odnosno o pojedinoj ugovornoj odredbi, a celokupna ocena ugovora ukazuje na to da je reč o unapred formulisanom Standardnom ugovoru trgovca, to neće uticati na mogućnost da se ostale odredbe toga ugovora ocene nepoštenima. Ako trgovac tvrdi da se o pojedinoj ugovornoj odredbi u unapred formulisanom Standardnom ugovoru pojedinačno pregovaralo, dužan je to dokazati. Odredbe ove glave Zakona ne primenjuju se na ugovorne odredbe kojima se u ugovor unose zakonske odredbe prisilne prirode, odnosno kojima se u ugovor unose odredbe i načela konvencija koje obvezuju sve strane u sporu. Čl. 51. ZZP-a, cit: “Prilikom ocene je li određena ugovorna odredba poštena uzimati će se u obzir priroda proizvoda ili usluge koji predstavljaju predmet ugovora, sve okolnosti pre i prilikom sklapanja ugovora, ostale ugovorne odredbe, kao i neki drugi ugovor koji, s obzirom na ugovor koji se ocenjuje, predstavlja glavni ugovor“. Od osnivanja 1952. zadatak Suda Evropske unije je osiguravanje „poštovanja prava u tumačenju i primeni“ ugovora. U okviru tog zadatka Sud Evropske unije: nadzire zakonitost akata institucija Evropske unije, osigurava da države članice poštuju obaveze koje proizlaze iz ugovora i daje tumačenje prava Evropske unije na zahtev nacionalnih sudova. Sud, dakle, predstavlja sudbenu vlast Evropske unije i u suradnji sa sudovima država članica osigurava jedinstvenu primenu i tumačenje prava Unije. Sud Evropske unije, čije je sjedište u Luxembourgu, čine tri suda: Sud, Opšti sud (osnovan 1988.) i Službenički sud (osnovan 2004.). Od osnivanja ta tri suda donela su oko 28.000 presuda. Službene stranice na sudsku nadležnost, a koji predmeti su inicirani od nacionalnih sudova putem zahteva sudu EU za prethodnom odlukom. Tako se u spojenim predmetima Oceano Grupa Editorial SA protiv Rocio Murciano Quinter i Salvat Editores SA protiv Jose M. Sanchez Alcon Prades i dr. utvrđivala nedopuštenost ugovorne odredbe iz ugovora o kupoprodaji kojim je za slučaj spora ugovorena nadležnost suda po mestu sedišta trgovačkog društva, iako je po španskom pravu za slučaj spora nadležan sud po mestu prebivališta tuženika, potrošača. Sud sedišta trgovačkih društava (sud u Barceloni) u presudi od 27.06.2000. godine iznosi zaključke da je potrošač u slabijem položaju u odnosu na drugu

ugovornu stranu i pogledu njegove pregovaračke moći i pogledu nivoa njegovog znanja, pa stoga pristaje na unapred sročene odredbe ugovora jer nema stvarne mogućnosti uticati na njih. Stoga sud EU presuđuje da zaštita predviđena za potrošače pretpostavlja da nacionalni sud mora biti u mogućnosti utvrditi po službenoj dužnosti da li je odredba ugovora pred njime nepoštena već pri preliminarnoj oceni može li se dopustiti daljnje postupanje po tužbi pred nacionalnim sudovima, sa konačnim zaključkom da zahtev za tumačenjem u saglasnošću sa Direktivom nameće nacionalnom sudu posebno da prednost daje tumačenju koje bi mu dopustilo po službenoj dužnosti otkloniti nadležnost koja mu je poverena putem nepoštene odredbe.

Povod za takvu odluku sud je našao i u činjenici da se u potrošačkim sporovima često zahteva isplata iznosa koji su daleko niži od naknade koju bi potrošač bio dužan podmiriti svome punomoćniku za zastupanje pa se u većini slučajeva potrošači odlučuju i ne ulagati pravne lekove, samo kako bi izbegli stvaranje dodatnih troškova. Također, pristajanjem na nadležnost suda koji se ne nalazi u mestu prebivališta potrošača, istome je otežano doći na ugovoreno suđenje bez da snosi opet određene troškove puta i prevoza, pa da izbegne i ove troškove, potrošači se ne odazivaju pozivima iz kojeg razloga i ne sudeluju u postupku. Istovremeno, takva klazula omogućava prodavača da sve sporove rešava pred sudom njegovog sedišta, a što dolazak i sudelovanje u postupku, posebno ako se uzmu u obzir finansijski resursi tog prodavača, čine znatno olakšanim u odnosu na potrošača.

Dakle, odredba je nepoštena samo ako sud u svakom konkretnom slučaju uz razmatranje svih činjenica i okolnosti koje su mu poznate, zaključi da se o istoj odredbi nije posebno pregovaralo, te da ista suprotno načelu, savesnosti i poštenja, uzrokuje znatnu neravnotežu u pravima i obavezama ugovornih strana, a sve na štetu potrošača. Identična stajališta Sud Evropske Unije je potvrdio i u drugim predmetima u kojima je jasno naglasio da sistem zaštite koji provodi Direktiva 93/13 počiva na ideji da se potrošač nalazi u slabijem položaju u odnosu na prodavca ili dobavljača što se tiče pregovaračke snage i nivoa informacija, te obzirom na slabiji potrošač potrošača, zaključuje da nepoštene odredbe nisu obvezujuće za potrošača. U tom kontekstu sud odlučuje da je nacionalni sudija dužan po službenoj dužnosti proceniti nepošteni karakter ugovorne odredbe koja ulazi u područje primene Direktive 93/13 i time ispraviti neravnotežu između potrošača i prodavca ili dobavljača čim raspolaže potrebnim pravnim znanjem i činjeničnim elementima. Dakle, vidimo da je zakonodavac za potrošačke ugovore predividio posebnu vrstu nadzora koja omogućuje nacionalnom sudu da sam utvrđuje da li je ugovorna odredba o nadležnosti nepoštena, odnosno da li je ista na štetu potrošača. U cilju dodatne zaštite potrošača, zakonodavac ide i korak dalje te potrošačke ugovore čini

primerom zakonskog ograničenja ugovaranja “prisilnih arbitraža”. Naime, pod taksativno navedenim odredbama iz čl. 50. ZZP-a za koje zakonodavac propisuje da se mogu smatrati nepoštenima, navedena je i odredba kojom se cit: «...isključuje, ograničava ili otežava pravo potrošača da prava iz ugovora ostvari pred sudom ili drugim nadležnim telom, a pogotovo odredba kojom se obavezuje potrošača na rešavanje spora pred arbitražom koja nije predviđena merodavnim pravom, odredba koja onemogućava izvođenje dokaza koji idu u prilog potrošaču ili odredba kojom se teret dokaza prebacuje na potrošača kada bi, prema merodavnom pravu, teret dokaza bio na trgovcu». Zakonodavac dakle pretpostavlja nepoštenost odredbe u kojoj se “obavezuje potrošača na rešavanje spora pred arbitražom koja nije predviđena merodavnim pravom”. Ovakav način isključenja arbitraže je po mojem mišljenju sasvim suprotan pojmu i cilju arbitražnog suđenja, a uostalom i sasvim nejasan, iako je zasnovan na tački q. iz Dodatka Direktivi 93/13/EEZ. Naime, još jednom naglašavam da je ZA omogućeno osnivanje arbitražnih ustanova i ad hoc arbitraža bez ikakvih proceduralnih ograničenja, te je pred istima dopušteno iznošenje sporova koji su arbitrabilni, odnosno onih sporova za koje zakonom nije propisana izričita nadležnost redovitih sudova. Također, arbitraži je dozvoljeno da donosi pravila u skladu sa kojima će se provoditi postupak, a koja također moraju biti usklađena sa odredbama ZA i ZPP-a. Takva arbitraža u celosti je osnovana u skladu sa merodavnim zakonskim odredbama te je ovlašćena donositi pravoleke sa snagom pravomoćne sudske presude. Naravno, dopuštenost takvih pravoleka se utvrđuje opet u skladu sa odredbama ZA, ali u konačnici dopuštenost ili nedopuštenost pravoleka ne može imati uticaja na dopuštenost ili nedopuštenost arbitraže kao tela koje rešava sporove među strankama.

Izraz “arbitraža koja nije predviđena merodavnim pravom”, kako je navedeno Zakonom o zaštiti potrošača, a za koju se zakonom pretpostavlja da uzrokuje nedopuštenost odredbe kojom je ista ugovorena, svakako stvara pravnu nesigurnost te potrebu sa preciziranjem ove zakonske odredbe. Naime, postavlja se pitanje koja bi to bila “arbitraža predviđena merodavnim pravom”? Po gramatičkom tumačenju odredbe zaključak je da bi to bila samo ona arbitraža na koju zakon jasno i tačno upućuje kao mesto rešavanja arbitrabilnih sporova. U protivnom, nedopušteno bi bilo ugovaranje druge arbitraže koja nije isključivo zakonom navedena kao mesto rešavanja spora. Prihvatanjem ovakvog tumačenja kao ispravnog, ugrozio bi se u potpunosti cilj ZA i pravo na slobodno osnivanje arbitražnih ustanova i ad hoc arbitraža jer bi bilo nemoguće zakonom navoditi sve arbitraže kao mesto za rešavanje sporova. Naime, svaki osnivač arbitraže agitirao bi kod zakonodavca da njegova arbitraža bude u odredbama zakona, dok bi u potpunosti nestala svrha za osnivanje bilo koje ad hoc arbitraže, dakle arbitraže

osnovane samo za određeni spor. Samim tim, smatram da je nužno izvršiti izmenu navedene odredbe, na način da se zabrane arbitraže koje nisu osnovane i koje ne deluju u skladu sa ZA, ali bi se u tom slučaju trebala proširi i odredba čl. 36. st. 2. ZA koja propisuje razloge za poništenje pravoleka na način da sud može poništiti pravolek ako je donesen od arbitraže koja nije osnovana u skladu sa ZA. Međutim, razmatrajući takav razlog za poništenje pravoleka, sud bi trebao ulaziti u osnivačke dokumente arbitraže te ispitivati usklađenost u skladu sa odredbama ZA. Mislim da je nasvrhovitije rešenje ukidanje u cjelosti odredbe čl. 50. t. 19. Zakona o zaštiti potrošača. Zaključno, dodatna zaštita potrošača predviđena je i čl. 6. st. 6. ZA kojim je propisana obveza da ugovor o arbitraži mora biti zasebno sastavljen kod potrošačkog ugovora, ukoliko je arbitraža predviđena kao mesto rešavanja spora koji bi mogao proizaći iz potrošačkog ugovora. U prilog takvom zaključku Vrhovni sud navodi da, cit:

“...sud u smislu odredbe čl. 36. ZA ne odlučuje o tužbi za poništenje odluke koju je donela prisilna arbitraža iz čl. 278. st. 4. i st. 5. ZR kojom je odlučeno o pravilima o poslovima koji se ne smiju prekidati u smislu čl. 278. st. 1. i 2. ZR i to zbog nekoliko bitnih razloga.

Naime, prema odredbi čl. 36. st. 1. ZA protiv pravoleka arbitražnog suda može se podneti tužba za poništenje u skladu s odredbom toga člana.

Odredbom čl. 2. st. 1. tačka 3) ZA propisano je: ""arbitražni sud" (izbrani sud) je nedržavni sud koji svoje ovlaštenje za suđenje crpi iz sporazuma stranaka."

Kada citiranu odredbu čl. 2. st. 1. tačka 3) ZA primenimo na konkretni slučaj proizlazi da u konkretnom slučaju nije ispunjena osnovna pretpostavka propisana tom odredbom ZA (nedostaje sporazum stranaka) jer se u ovom postupku radi o tužbi za poništenje odluke prisilne, odnosno posebne arbitraže iz čl. 278. st. 4. i st. 5. ZR.

Nadalje, odredbom čl. 6. ZA propisan je pojam ugovora o arbitraži, oblik i merodavno pravo koje se primenjuje na takve ugovore. Tako je odredbom čl. 6. st. 1. ZA propisano da je ugovor o arbitraži ugovor kojim stranke podvrgavaju arbitraži sve ili određene sporove koji su među njima nastali ili bi mogli nastati iz određenog pravnog odnosa, ugovornog ili izvanugovornog. Taj se ugovor može sklopiti u obliku arbitražne klauzule u nekom ugovoru ili u obliku posebnog ugovora.

Prema odredbi čl. 2. ZA ugovor o arbitraži je valjan ako je sklopljen u pisanom obliku. Ugovor je sklopljen u pisanom obliku ako je unesen u isprave koje su stranke potpisale ili ako je sklopljen razmjenom pisma, telefaksa, brzojava ili drugih sredstava telekomuniciranja koja omogućavaju pisani dokaz o ugovoru, bez obzira jesu li ih stranke potpisale. Povezujući citirane

odredbe čl. 6. st. 1. i st. 2. ZA na konkretan postupak u kojem se zahteva poništenje odluke posebne, prisilne arbitraže iz čl. 278. ZR dolazimo do zaključka da u ovom slučaju nema ugovora o arbitraži, jer stranke u ovoj parnici, odnosno poslodavac i sindikat ugovor o arbitraži nisu sklopili, niti se nisu dobrovoljno sporazumeli da će ovaj, konkretni spor podvrgnuti arbitraži u smislu ZA. Osim toga, iz sadržaja odredbe čl. 36. st. 2. ZA proizlazi da sud može poništiti pravolek arbitražnog suda samo u iznimnim slučajevima, taksativno navedenim u toj odredbi. Odredbom čl. 2. tačka 1) a) ZA kao zakonski razlog za poništenje pravoleka arbitražnog suda propisano "da ugovor o arbitraži iz člana 6. ZA nije uopšte bio sklopljen ili da nije bio valjan." Kada bi citiranu odredbu primenili na konkretan spor proizlazi da bi sud koji odlučuje o tužbi za poništenje pravoleka podnesenog protiv odluke posebne arbitraže iz čl. 278. ZR uvek morao poništiti takvu odluku s obzirom da poslodavac i sindikat ugovor o arbitraži u smislu čl. 6. ZA uopšte nisu sklopili, niti se nisu dobrovoljno sporazumjeli da će ovaj, konkretni spor podvrgnuti arbitraži u smislu ZA.

Nadalje, jedan od zakonskih razloga za poništenje pravoleka arbitražnog suda je (čl. 36. st. 2. tačka 1) e) ZA jest da sastav arbitražnog suda ili arbitražni postupak nisu bili u skladu s ZA ili dopuštenim sporazumom stranaka, a to je moglo uticati na sadržaj pravoleka. Navedena zakonska odredba svojim je sadržajem protivrečna sadržaju odredbi čl. 278. st. 4. do st. 7. ZR, kojima je propisana nadležnost i sastav posebne, prisilne arbitraže i postupanje takve arbitraže u slučaju kad jedna stranka odbija sudelovati u arbitražnom postupku. S obzirom da u konkretnom slučaju tužba za poništenje nije podnesena protiv pravoleka arbitražnog suda koji svoje ovlaštenje crpi iz sporazuma stranaka, već je tužba podnesena protiv presude prisilne odnosno posebne arbitraže iz čl. 278. ZR, kojom su donesena Pravila o poslovima koji se ne smiju prekidati za vreme štrajka ili isključenja s rada, žalitelj u žalbi osnovano ističe da je pravostepeni sud počinio bitnu povredu odredaba parničnog postupka iz čl. 354. st. 2. tačka 2. Zakona o parničnom postupku ("Narodne novine", broj 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 2/07, 84/08, 96/08, 123/08 i 57/11 – dalje: ZPP) kada se upustio u odlučivanje o tužbenom zahtevu da se poništi odluka prisilne arbitraže jer je time odlučeno o zahtevu u sporu koji ne ide u sudsku nadležnost." Dakle, ono što je bitno, a što bi moglo uticati na pravnu sigurnost osobe koja smatra da su pravolekom "prisilne arbitraže" ispunjeni uslovi za poništenje iz čl. 36. ZA, jest prvenstveno činjenica da VSRS radi jasnu razliku između "dobrovoljne" arbitraže i "prisilne" arbitraže. Naime, VSRS navodi da "prisilnu" arbitražu ne smatra arbitražnim sudom iz čl. 2. st. 1. tačka. a. ZA jer nedostaje sporazum stranaka kojim stranke sve svoje sporove koji mogu nastati iz njihovog odnosa poveravaju arbitraži na rešavanje. Obzirom da ne postoji

sporazum između stranaka, tada ne postoji ni poništenjeni razlog iz čl. 36. st. 2. tačka. 2. U protivnom, sud zaključuje, svaki pravolek “prisilne” arbitraže koja svoju nadležnost osnovi na zakonskoj odredbi bi bio poništen od strane suda koji odlučuje o tužbi jer kod takvih arbitraža nedostaje ugovor o arbitraži.

Dakle, iz razloga što “prisilna arbitraža” ne predstavlja arbitražni sud iz čl. 2. st. 1. tačka. a. ZA, protiv pravoleka iste arbitraže nije dopušteno podnošenje tužbe radi poništenja iz čl. 36. ZA. Također, VSRS ističe i da ne postoji ni poništenjeni razlog iz čl. 36. st. 2. tačka. e. ZA vezan uz sastav arbitražnog suda ili uz arbitražni postupak, obzirom da je nadležnost i sastav arbitražnog suda propisana odredbom čl. 278. st. 4. do. 7. ZOR 09. Ukoliko se ovakav Stav VSRS prihvati, možemo zaključiti da je pravolek “prisilne” arbitraže konačan, te da protiv istog nije moguće izjavljivati nikakve pravne lekove propisane odredbama ZA. Protiv istog pravoleka bi se mogla podneti samo Ustavna tužba Ustavnom sudu Države. Međutim, takav Stav VSRS je po mojem mišljenju u celosti neprihvatljiv i neodrživ jer je prvenstveno suprotan Odluci Ustavnog suda Države broj: U-I-503/1993 od 04.12.1996. godine.

Dakle, Ustavni sud jasno ukazuje da je nedopušteno bilo kakvo uskraćivanje pravne zaštite na, u ovom slučaju, pravolek “prisilne” arbitraže koju je imenovala Vlada RS. Ustavni sud smatra da je takvo uskraćivanje pravne zaštite suprotno tada važećem Ustavu Države, tačnije čl. 18. i čl. 19. st. 2., bez obzira što pravolek predmetne arbitraža nije akt upravne vlasti niti tela koje ima javne ovlašćenja. Već ova odluka Ustavnog suda dovoljna je za zaključiti da je neodrživ zaključak Vrhovnog suda Države iz Rešenja pod brojem GŽ-12/12 kojim uskraćuje zakonsku zaštitu protiv pravoleka “prisilnih” arbitraža. Nadalje, nedopustivo je i razlikovanje između pravoleka “prisilne” arbitraže i pravoleka “dobrovoljne arbitraže”. ZA kao *lex specialis* u odnosu na Zakon o parničnom postupku nije predviđeno uskraćivanje pravne zaštite protiv pravoleka, jer iako su u trenutku donošenja ZA u pravnom sistemu već na snazi bile neke odredbe koje su propisivale “prisilnu” arbitražu, dakle bilo je već poznato egzistiranje prisilnih arbitraža, ZA niti bilo kojim drugim zakonom nije predviđeno razlikovanje između tih arbitraža niti je bilo kojom odredbom “prisilna” arbitraža stavljena u nepovoljniji položaj u odnosu na “dobrovoljnu” arbitražu. Uskraćivanjem pravne zaštite na pravoleke “prisilne arbitraže”, takva arbitraža naposljetku postaje nepoželjno sredstvo u rukama zakonodavca kojim isti svesno ograničava prava stranaka koje svoj spor rešavaju pred tom arbitražom. Ukoliko bi se kao ispravnim prihvatio stav iz predmetnog Rešenja VSRS, tada bi ZA trebalo izmeniti na način da se jasno naglasi da je nedopušteno zakonsko obavezivanje stranaka da svoje sporove rešavaju

pred bilo kojom arbitražom. Sve to da se izbegne mogućnost uskraćivanja pravne zaštite pozivanjem na ovo rešenje VSRS.

5. Komparativni prikaz dopuštenosti prisilnih arbitraža

U prilog činjenici aktualnosti teme “Prisilnih arbitraža”, svedoči i pojačana zainteresiranost stručne javnosti za razmatranjem prednosti i mana takvih arbitraža te valjanosti arbitražnih klauzula. Naime, nezavisno o pravnom poretku unutar kojega se razmatra pojam “prisilne arbitraže” nesporno je da se istu uvek karakteriše kao telo koje je uvek naklonjenije “jačoj” strani, pa je samim tim i nesigurno sredstvo za jednaku zaštitu prava i interesa obe strane takve arbitraže. Posebno u postupcima zaštite prava radnika i potrošača. Tako su odredbe o arbitraži u potrošačkim ugovorima u pravnoj teoriji Sedinjenih Američkih Država karakterisane kao sredstvo putem kojeg jača strana iskorištava informacijsku i novčanu prednost na vlastitoj strani, a sve na štetu potrošača, kao slabije strane. Naime, jača strana koja predlaže arbitražnu klauzulu može odabrati telo pred kojim će se provesti arbitraža i pravo koje će biti merodavno za postupak arbitraže, pa već ovim odabirom stječe prednost nad potrošačem. Višim troškovima arbitraže u odnosu na sudski postupak, svakako se utiče na potrošača da ne započinje postupak, ukoliko nije u potpunosti siguran u uspeh u sporu. Što se tiče arbitražnih klauzula u ugovorima o radu i u potrošačkim ugovorima, praksa SAD-a se odlikuje bezbrojnim primerima u kojima se radnicima ili potrošačima kroz arbitražne klauzule uskraćuje pravo da u postupcima protiv poslodavaca ostvaruju pravo na isplatu naknade štete s naslova kaznene odgovornosti, pravo na naknadu odvjetničkih troškova. U istim postupcima je ograničen iznos odgovornosti poslodavca koji je čak ispod zakonskog minimuma, skraćeni su rokovi zaSt arbitražare za pojedine procesne radnje, nametnute su dodatne naknade i troškovi potencijalnim tužiteljima, ograničeno je ili čak isključeno isticanje dokaznih predloga te je naposljetku naglašeno pravo poslodavaca / trgovaca na jednostrano imenovanje arbitara te obveza radnika i potrošača da svoje sporove povjere na rešavanje samo arbitražama, dok se poslodavcima /trgovcima/ ostavlja mogućnost zaštite svojih prava i sudskim putem. Činjenica je i da egzistiraju drugačije sudske odluke oko valjanosti takvih odredbi, odnosno drugačije odluke u vezi prava radnika na podnošenje tužbe pred arbitražom ili redovnim sudom, kao i drugačije regilisana određena prava potrošača. Upravo iz tog razloga egzistira čak i nekoliko programa za rešavanje radnih sporova kojima je cilj da se uređeniji telo koje bi provodilo postupak, a u kojem bi radnik na pravedan i zakonit način ostvario svoje zahteve i štitio svoja prava prema poslodavcu. Rezultat takvog postupka bilo bi donošenje pravičnog i zakonitog pravoleka koji ne bi mogao biti

poništen sudskim putem. Kao jedan od najefikasnijih programa za razrešenje radnih sporova u kojemu obe strane štiti načelo pravičnosti često se spominje Anheuser Busch program koji je zasnovan 1997. godine. Taj program sastoji se od obavezujuće arbitraže koju karakteriše donošenje odluka u hitnom roku te pravičnost i otvorena komunikacija među stranama postupka. Program je zasnovan kao rezultat želje za otvorenom komunikacijom između radnika i upravljačkog osoblja te želje sa smanjenjem odvjetničkih troškova i brzog rešavanja sporova između radnika i poslodavca. Sastoji se od tri koraka rešavanja odnosa i to:

1. korak: radnik podnosi Odelu za ljudske resurse zahtev sa opisom određene povrede za koju radnik smatra da je uzrokovana radnjom poslodavca,
2. korak: ukoliko Odel za ljudske resurse otkloni kao neosnovan takav zahtev radnika, započinje se sa postupkom mirenja, te naposljetku i
3. korak: ukoliko se bezuspješno dovrši postupak mirenja, radnik podnosi tužbu arbitraži koja donosi svoju odluku. Predmetna odluka je obavezujuća i jedino merodavna među strankama.

Arbitar se imenuje sa liste arbitara Američke arbitražne asocijacije, a stranke su slobodne same odabrati mesto i vreme provoidenja arbitraže, koje se obično odvija u krugu od 40 km od mesta jedinice u kojoj je nastao spor. Ukoliko radnik ne može sebi priuštiti advokata, tada se ni kompanija ne sme u postupku služiti uslugama advokata. Svi dokazi moraju se provesti u roku od 10 dana od dana kada je započeo postupak arbitraže. Odluka arbitra se ne objavljuje i nema uticaja na stranke koje nisu sudelovale u arbitražnom postupku. Zaključno, a u vezi valjanosti arbitražne klauzule u radnim odnosima, žalbeni sud okruga Kolumbija, SAD u svojoj odluci *Cole v Burns International Security Services*, zauzima stav da je sud dužan dati pravnu snagu svakom arbitražnom sporazumu koji:

- a) predviđa neutralne arbitre,
- b) omogućuje izvođenje dokaznih predloga,
- c) zahteva pisanu odluku,
- d) predviđa strankama iste potpore koje bi im bile pružene i pred redovnim sudovima,
- e) ne zahteva od radnika da plaća nerazumne troškove ili troškove arbitara kao uslov za podošenje tužbe pred arbitražu.

Nakraju, Federal Arbitration Act donesen još 1925 godine propisuje da ako se spor odnosi na ugovor koji u sebi sadržava arbitražnu klazulu, a postupak je pokrenut pred sudom,

sud je dužan na zahtev jedne od stranaka zatsati sa postupkom, te prepustiti spor na odlučivanje arbitražnom telu. Arbitražna odluka se može osporavati samo iz sledećih razloga: ako je donesena prevarom, ako je arbitar bio pristran, ako je arbitar odbio provesti merodavne dokaze te ako je arbitar prekoračio svoje ovlašćenje propisano arbitražnim sporazumom. Mnoge velike kompanije danas u SAD-u, kao što su Anheuser-Busch InBev, Citigroup, Darden Restaurants, Haliburton, J.C. Penney, Lowes, Oracle, Rent-A-Center, Securitas, Sysco, United Healthcare i Wells Fargo, predviđaju arbitražne klazule u ugovorima o radu sa svojim zaposlenima, a što samo svedoči činjenici da je veliki broj radnika iz različitih delatnosti dužan svoja prava i potraživanja prema poslodavcima izlagati i ostvarivati pred arbitražama. U pravnom sistemu Ujedinjenog Kraljevstva arbitražne klauzule i nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima propisane su UTCCR kojim je u taj pravni sistem implementirana Direktiva 93/13/EEZ. Iako je UTCCRom eksplicitno propisano kada će se smatrati da je određena odredba nepoštena, i dalje je sumljivo šta tačno znači pojam “značajna neravnoteža” kao i činjenica da englesko ugovorno pravo ne poznaje doktrinu “dobre vere (good faith doctrine), koja je odlika zakonodavstva ostalih zemalja Evropske Unije. Međutim, zakon jasno propisuje da nepoštena odredba ne obavezuje ugovorne strane, ali da ugovor ostaje na snazi ukoliko ugovor može opstati bez te nepoštene odredbe. Dakle, ako je arbitražna klauzula nepoštena, ugovor i dalje ostaje na snazi, a eventualni spor će se rešiti pred sudskim telom. U odnosu na arbitražu, UTCCR preuzima istu formulaciju kao i Zakon o zaštiti potrošača te potrošačke sporove smatra arbitrabilnima, s tim da se termin “arbitraža koja nije predviđena merodavnim pravom” (arbitration not covered by legal provisions), tumači u užem smislu kao kategorija nepoštenih arbitražnih klauzula kojom su stranke isključile ovlašćenje suda da kontrolira zakonitost donesenog pravoleka. Napominjem da je takva zaštita ograničena čl. 69 (1) Arbitration Act iz 1996. godine kojim je strankama “ne domaće” arbitraže omogućena potpuna sloboda za isključenjem prava na poništenje pravoleka. Nadalje, u Ujedinjenom Kraljevstvu, Brazilu, Francuskoj i Nemačkoj u celosti su nedopuštene arbitražne klauzule koje su ugovorene između radnika i poslodavca i to pre nego što nastane radni spor između istih osoba. Dakle, nakon nastanka radnog spora, radnik i poslodavac mogu slobodno i saglasno poveriti arbitraži rešavanje spora. U protivnom, sporovi se rešavanju pred specijalizovanim radnim sudovima, kao npr. Superior Labor Court (Brazil), Conseils de Prud’homme (Francuska), Arbeitsgerichte (Nemačka) i Employment Tribunals (Ujedinjeno Kraljevstvo). Zakonskim normiranjem da su stranke svoje sporove obvezne rešiti pred arbitražama, zakonodavac svakako daje podsticaj širenju arbitražne delatnosti. Takav podsticaj je poželjan jer mu je prvenstveni cilj da se umanjí priliv predmeta pred redovnim sudovima te da svojom efikasnošću vođenja postupka i brzini

donošenja pravoleka doprinese sigurnosti poslovne delatnosti. Takav podsticaj je i u skladu sa sve većim razvojem arbitraže i u međunarodnoj trgovini i međunarodnim ugovornim odnosima, a čemu svedoči i veliki broj međunarodnih akata koji regulišu ovu problematiku u okviru arbitražnog prava kao npr. Ženevski protokol o arbitražnim klauzulama iz 1923. godine, Ženevska konvencija o izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1927. godine, Newyorška konvencija o priznanju i izvršenju inostranih odluka iz 1958. godine, Evropska konvencija o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, itd.

Međutim, suprotno jasnoći odredbi Zakona o arbitraži i nepromjenjivosti njegovih odredbi, ipak egzistiraju pravna mišljenja i sudska rešenja kojima se stvara pravna nesigurnost u vezi karaktera “prisilnih” arbitraža i pravoleka takvih arbitraža. Obzirom da je evidentan porast zakonskih odredbi kojima se stranke usmeravaju da svoje sporove reše pred takvom arbitražom, jasno je da bi se prihvatanjem Rešenja Vrhovnog suda Države br. G12/12 kao ispravnog, ugrozila sama svrha arbitražnog suđenja i isto učinilo nepoželjnim sredstvom rešavanja sporova. Posledica toga bi svakako bila i zabrana zakonodavcu da predviđa “prisilne” arbitraže, baš zbog zaštite Ustavom zajamčenog prava na pravičan sud i prava na izjavljivanje pravnih lijekova. U cilju da se izbegne donošenje novih odluka koje bi bile zasnovane na Stavu Vrhovnog suda Države iz Rešenja br. GŽ-12/12, dovoljno bi bilo izvršiti jednu “kozmetičku” izmenu Zakona o arbitraži na način da se definicija arbitražnog suda iz čl. 2. st. 1. t. 3. nadopuni na način da je arbitražni sud (izabrani sud) nedržavni sud koji svoje ovlaštenje za suđenje crpi iz sporazuma stranaka ili odredbe zakona. Takvom nadopunom biti će otklonjeni svi pokušaji zauzimanja Stava da postoje razlike između pravoleka “prisilne” i pravolek “dobrovoljne” arbitraže u odnosu na mogućnost izjavljivanja pravnih lekova na takav pravolek. Također smatram da je suvišno da zakonodavac “određuje” strankama pred kojom arbitražnom ustanovom treba provesti postupak, kao što je to npr. slučaj kod Zakona o javnom beležništvu kojim je određeno stalno izabrano suđenje pri ekonomskoj komori kao arbitražna ustanova koja bi organizovala vođenje postupka između osiguravatelja, Komore javnih beležnika i Ministarstva pravosuđa u slučaju nastanka spora oko sadržaja uslova osiguranja koje bi zajednički trebali utvrditi osiguranici u Državi u dogovoru s Ministarstvom i Komorom. Ukoliko je ZA omogućeno nesmetano osnivanje arbitražnih ustanova, onda smatram da u skladu s tim treba omogućiti strankama da same odrede pred kojom arbitražom provesti postupak, odnosno omogućiti onoj stranci koja prva podnese tužbu da “bira” pred kojom arbitražom provesti postupak. Pravo na odabir ne bi smjelo uticati na ustavom i zakonom propisana prava drugih stranaka toga spora da ravnopravno sudeluju u postupku. U protivnom,

na takav pravolek bi svaka stranka koja smatra da je postupak proveden suprotno merodavnim zakonskim propisima, imala pravo podnošenja pravnih lekova, pre svega onih propisanih ZA.

Uostalom, iako arbitražne ustanove uprihoduju znatan novac od provođenja arbitražnih postupaka, ipak se ne bi smela ostaviti mogućnost da ona arbitražna ustanova koja je u određenom trenutku zakonodavcu bliža ishodi da upravo ona bude zakonom propisana kao jedino mesto pred kojim se može voditi arbitražni postupak u određenoj pravnoj stvari ili odnosu. Osim što takav uticaj na zakonodavca može oslabiti razvoj i drugih arbitražnih ustanova u Državi, može stvoriti i pravnu prazninu u slučaju da zakonom određena arbitražna ustanova prestane postojati, a odmah nakon prestanka predmetne ustanove nije izvršena izmena zakona kojom je ista arbitražna ustanova navedena kao jedino mesto pred kojim se može voditi arbitražni postupak u određenoj pravnoj stvari ili odnosu.

Zaključak:

Sud Evropske unije je u nekim odlukama odlučivao baš o dopuštenosti ugovaranja arbitraže, ali u potrošačkim ugovorima. Tako u postupku Elisa Maria Mostaza Claro protiv Centro Movil Milenium SL koji je nastao iz ugovora o pružanju mobilne telefonije između potrošača i telekomunikacijske kompanije, a koji je sadržavao arbitražnu klazulu prema kojoj je za sve sporove nadležno telo Asociacion Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad, sud u presudi navodi da je cilj Direktive Veća 93/13/EEC štititi slabiju stranu, te da iz navedenog razloga sud pred kojim se vodi postupak za poništenje pravoleka ima isključivo pravo, nezavisno o prigovoru potrošača, utvrditi da li je arbitražni sporazum, odnosno arbitražna klazula nepoštena. Slične odluke Sud Evropske unije je donosio i u nekim drugim predmetima, u kojima npr. zaključuje da nacionalni sud ispravno utvrđuje nedopuštenost arbitražne klazule koja kao mesto rešavanja spora predviđa arbitražu koja je toliko udaljena od mesta prebivališta potrošača da bi isti za dolazak pred tu arbitražu imao veći trošak nego što je iznos iz postupka, a također takvu klauzulu kompanija sama sastavlja i predviđa u svim svojim ugovorima sa potrošačima. Isti sud donosio je uglavnom presude u predmetima u kojima je odlučivao o potrošačkim ugovorima, a kojima, kako je već rečeno, zakon pruža veliki stupanj nadzora i kontrole, te zaključuje da nacionalni sud države članice po službenoj dužnosti mora ispitati nepoštenost ugovorne odredbe, ali radi teme ovog rada nije potrebna daljnja analiza takvih presuda. Ono što je dalje bitno jest da Sud Evropske unije u svojim presudama daje tumačenja o pravnoj prirodi određenih arbitraža te njihove nadležnosti za odlučivanje o određenim stvarima. Razlog navođenja ovih presuda jest postavljanje pitanja zašto zakon i sudska praksa potrošačkom ugovoru daju veću zaštitu nego npr. ugovoru o radu koji je također široko primenjiv u praksi ili bilo kojem drugom ugovoru koji u sebi sadrži arbitražnu klauzulu. Suprotno tome što bi strana koja smatra da postoje okolnosti koje uzrokuju poništenje pravolek trebala imati jednake mogućnosti za podnošenje tužbe protiv pravoleka domaće “dobrovoljne” arbitraže kao i za podnošenje tužbe protiv pravoleka domaće “prisilne” arbitraže, egzistira sudska odluka koja navodi suprotno. Naposljetku, obzirom da su odredbe ZA dovoljno jasne i precizne te uglavnom identične sa zakonskim odredbama i ostalih zemalja kojima je regulisana materija arbitražnog suđenja, smatram da je nužno otkloniti uticaj i egzistiranje bilo koje sudske prakse ili mišljenje koje bi onemogućavalo isticanje pravnih lekova na pravoleke “prisilne” arbitraže ili radilo bilo kakvo razlikovanje između pravoleka “prisilne” ili “dobrovoljne” arbitraže. U protivnom bi svaki pokušaj širenju arbitražne delatnosti u Državi mogao biti suzbijen već u samom njegovom početku.

Literatura:

1. Perović Jelena, Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži, Beograd 1998;
2. Redfern, Alan, Hunter, Martin J., Law and Practice of International Commercial Arbitration, London 1999;
3. Samuel, Adam, Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law (1989);
4. Schwab, Karl Heinz, Schiedsgerichtsbarkeit, 6th edn., 2000;
5. Stnivuković, Maja, „Međunarodna trgovačka arbitraža u pravu SAD“, Međunarodna trgovinska arbitraža (ur. D. Mitrović), Beograd 1996;
6. Stanivuković, Maja, „Merodavno pravo za arbitražni sporazum“, Pravni život 12/1998;
7. Van den Berg, Albert Jan, “Consolidated Commentary of Cases Reported in Volumes XX (1995) – XXI (1996)”, Yearbook Commercial Arbitration Vol. XXI 1996;
8. Wietzorek, Michael, The Form of the International Arbitration Agreement under the 2011 French Arbitration,
9. Janićijević D., “Arbitraža”, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2011, str. 87.

Nikola Đurić

Internacionalni univerzitet Brčko,

Pravni fakultet

FORCED ARBITRATION

Summary: The intention of this work is to clarify the meaning of the adjective "forced" in addition to the word arbitration, which is related to arbitration procedures that are competent for the parties, regardless of the existence of their will to resolve the dispute in such a way. Such arbitrations are the opposite of other arbitrations due to the lack of will and consent of the parties to settle disputes before an elected body and in accordance with the chosen rules or rules of that chosen body, as an essential element that distinguishes "forced" from "voluntary" arbitrations. The parties in these cases often have no prior knowledge of the body responsible for resolving disputes, or even of the rules that will be applied to the procedure, which can significantly affect the final realization and protection of rights from such a legal transaction or relationship. Also, in my opinion, some authors unjustifiably recognize the attribute of "compulsory arbitration" (arbitrage obligatore, compulsory arbitration, Zwangsschiedsgericht) to those arbitration courts whose jurisdiction is nevertheless based on contracts concluded precisely between the parties to that contract, which is why the adjective "compulsory" loses its meaning and power. An important element in distinguishing between "forced" and "voluntary" arbitration must be the will and consent of the parties to settle their disputes before the court they chose themselves or, by signing the Agreement, agreed to the jurisdiction of the court proposed by the other party. "Compulsion" to agree to arbitration proposed by the "stronger party" due to the necessity or desire to sign a certain contract or other legal transaction does not, in my opinion, make such arbitration "forced", precisely because of the possibility of the other party to resist such coercion.

Keywords: Arbitration, compulsory arbitration, notary public, law on notary public, bankruptcy law