

*Доц. др Јелена Беловић*

Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици

## ИМУНОСТ АРБИТРАЖЕ НА ПОЛИТИЧКЕ ПРИЛИКЕ

*Одлука Међународне трговинске коморе у Паризу<sup>1</sup> (у даљем тексту: Арбитража) у предмету ИСС бр. 16369/ГЗ од 27. априла 2011. године интересантна је не само из разлога што је један ад актера овог спора предузеће „Трепча“ из Звечана, које се налази под привременом управом Мисије Привремене администрације Уједињених нација (УНМИК), тачније под управом специјализоване Косовске поверилачке агенције, већ и због тога што се у овом арбитражном поступку на различите начине покушавала оспорити надлежност арбитраже позивом на конкретне друштвено-политичке околности.*

*Међутим, Арбитража се у овом случају приклонила модерном ставу да предузећа која су у власништву државе или су друштвена својина нису имуна од потраживања поверилаца, као и да се не могу позивати на јавноправне препреке у циљу да оправдају неиспуњење својих комерцијалних обавеза. У овом случају, занимљиво је и то што јавноправне препреке не поставља суверена држава већ међународна заједница. Заправо, овде је реч о „хибридном“ моделу јавноправних ограничења, зато што се поједина од ових ограничења могу приписати међународној заједници, док за друга то не важи, с обзиром на то да своју функцију испуњавају искључиво на локалном нивоу.*

**Кључне речи:** ИСС; „Трепча“; Уредбе УНМИК-а; Одлука о мораторијуму; *Amicus curiae*; Инсолвентност.

---

Јелена Беловић, [jelena.belovic@pr.ac.rs](mailto:jelena.belovic@pr.ac.rs).

<sup>1</sup> International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce – ICC, [www.iccarbitration.org](http://www.iccarbitration.org).

## 1. УКРАТКО О ПРЕДМЕТУ

### 1.1. Чињенице случаја

Повод за спор у овом случају био је Уговор о купопродаји цинк концентрата, који је „Трепча“, као тужена страна (у Уговору – продавац) закључила са швајцарском компанијом која се бави рударством и трговином обојених метала (купац, у овом случају тужилац), октобра месеца 2008. године.

С обзиром на то да је тужени, по наводима тужиоца, пропустио да испоручи уговорену количину робе онако како је то договорено, тужилац је за последицу овог неизвршења претрпео штету, али и платио пенале једној америчкој компанији која је специјализована за продају метала и концентрата широм света, а са којом је тужилац био у уговорном односу. Такође, тужилац је претрпео и штету због флукуације цена на тржишту метала.

Тужичеви захтеви били су следећи: а) да Арбитража донесе одлуку којом утврђује да је тужени прекршио Уговор; б) да обавезе туженог да плати тужиоцу штету због изгубљене добити; в) да обавезе туженог да плати тужиоцу штету коју је претрпео због насталих пенала; г) да обавезе туженог да плати тужиоцу штету због нарушене репутације и угледа; д) да обавезе туженог да плати тужиоцу трошкове консултација и правних хонорара, као и изгубљено време руководиоца; њ) да обавезе туженог да плати камату на било који пресуђени износ; као и е) да обавезе туженог да сноси све трошкове Арбитраже, укључујући и адвокатске хонораре и трошкове настале у припремању и вођењу Арбитраже.

Поступајући<sup>2</sup> по захтевима и поднесцима страна, Арбитража је 27. априла 2011. године донела одлуку којом је делимично уважила захтеве тужиоца.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Поступак који је регулисан ИСС Правилником од 1998. године покренут је тужичевим захтевом за Арбитражу 2009. године. Како број арбитра не је био утврђен у арбитражној клаузули, а имајући у виду накнадни договор странака да случај преда арбитра појединцу, ИСС је предузео потребне кораке у правцу именовања арбитра појединца. У складу са чл. 18 (3) ИСС Правилника, 15. јула 2010. године, одобрен је акт Мисије (Агенда за поступање у спору) који су потписали тужилац и тужени. Одржана је једна расправа, на којој је био присутан само тужилац. Остала комуникација одвијала се писменим путем.

<sup>3</sup> Одлуком су усвојени захтеви тужиоца под а, б и њ. У погледу трошкова, одлучено је да ће обе стране подједнако сносити трошкове, хонораре и таксе који су настали вођењем Арбитраже.

## 1.2. Правни оквир

Уговорне стране су у основном уговору одредиле меродавно право, наводећи: „Овај Уговор ће бити регулисан и тумачен у складу са материјалним правом Швајцарске“.

Поред тога, стране су уговориле и примену INCOTERMS правила-2000, на извршење Уговора.

Уговорна клаузула предвиђа да је швајцарско право меродавно. Швајцарска је уговорница Бечке конвенције о међународној продаји робе из 1980. године (у даљем тексту: БК). Арбитража је утврдила да Уговор спада у делокруг примене БК и да је БК материјално право Швајцарске. Такође, и Савезна Република Југославија и Република Србија<sup>4</sup> су државе уговорнице.<sup>5</sup> Ослонцем на одредбе БК, арбитар је усвојио захтев тужиоца којим је он тврдио да је тужени прекршио Уговор.<sup>6</sup> У оквиру швајцарског правног поретка тражен је и одговор на питање о арбитрабилности спора (тужени је тврдио да спор није арбитрабилан према косовском праву). Одговоре на питања за које швајцарско право, нити БК нису имали одговор, арбитар је тражио позивајући<sup>7</sup> се на *правила* која је у конкретном случају сматрао прикладним. Ово решење присутно је у правилницима престижних арбитражних институција и

---

<sup>4</sup> Како је косовски правни оквир различит од српског, постављало се и питање важења конвенције. У теорији се сматра да је ово питање веома осетљиво, јер додирује и политичку сферу живота. Тако је у једном енглеском случају судија Кармиски одбио да примени супстанцијално право које је тада важило у земљи у којој је било меродавно (дакле, позитивно право те земље), већ је применио стари закон те исте територије, образлажући такво поступање чињеницом да територијалну промену није признало Уједињено Краљевство. – Т. Варади et al., *Међународно приватно право*, 9. издање, Београд 2007, 190–191.

<sup>5</sup> И да уговорне стране нису изабрале швајцарско право као меродавно, БК би се ипак примењивала на основу чл. 1(1)(а) јер обе стране имају своје место пословања у државама уговорницама.

<sup>6</sup> Чл. 33 (а)(б)(ц) Бечке конвенције о међународној продаји робе. Арбитар је у конкретном случају утврдио да се непреузимање робе од стране тужиоца у хитном року не може квалификовати као избегавање Уговора, и да не види никакве околности да би изрекао да се рок од 21 дан сматра неразумним роком, с обзиром на то да је у питању некваљива роба. Ако је тужени сматрао (услед притисака од стране представника синдиката) да је у питању хитан рок за преузимање испоруке, онда је у оквиру разумног рока требало да фиксира тачан датум преузимања робе. Наиме, иако се чл. 33 односи само на обавезу испоруке робе, он подразумева и друге обавезе продавца, нарочито у погледу пружања обавештења купцу у погледу одређивања времена за преузимање испоруке. – „UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *The Journal of Law and Commerce*, Vol. 30, Special Issue, 2012, 137.

<sup>7</sup> Чл. 17(1) Правилника ICC.

неким арбитражним законима.<sup>8</sup> У погледу тумачења клаузуле *rebus sic stantibus*, арбитар се позивао на наднационалне трговачкоправне изворе правила, конкретно на Принципе међународних трговачких уговора (UPICC из 1994. и 2004. године) препоручене од стране UNCITRAL-а,<sup>9</sup> израђене од стране Међународног института за унификацију приватног права (UNIDROIT). У преамбули ових принципа наведено је да се они: „Могу користити за тумачење или допуноу инструмената међународног једнообразног закона“.

Међутим, у конкретном случају, тужени се, у току трајања поступка, налазио у специфичном поступку реорганизације, услед чега је важећи *lex concursus* (закон о стечају)<sup>10</sup> хипотетички могао да има последице на арбитражу, нарочито у погледу арбитрабилности спора, а самим тим могао је да доведе у питање и надлежност арбитраже. Управо је позивом на *lex concursus* тужени у арбитражном поступку оспоравао надлежност арбитраже да поступа у конкретном спору.

## 2. НАДЛЕЖНОСТ АРБИТРАЖЕ

### 2.1. Основ надлежности

Основ за надлежност у овом случају је арбитражна (компромисорна) клаузула основног Уговора о купородаји цинк концентрата, која гласи:

„Сви спорови који проистекну, или су у вези са овим Уговором, биће коначно решени сходно Правилима Арбитраже Међународне трговинске коморе од једног или више арбитра именованих у складу са наведеним Правилима.

Место Арбитраже биће Цирих, Швајцарска.

Језик поступка биће енглески.

На поступак ће се примењивати процедурална правила која ће Ар-

---

<sup>8</sup> Г. Кнежевић, В. Павић, *Арбитража и АДР*, Београд 2009, 141. 1

<sup>9</sup> Комисија УН за међународно трговинско право, у оквиру које је израђена и БК.

<sup>10</sup> Косовски правни оквир у том смислу чине: Резолуција Савета безбедности УН 1244/1999 од 10. јуна 1999. године; Уредба УНМИК-а 1999/1 од 25. јула 1999. године; Уредба УНМИК-а 2002/12 од 13. јуна 2002. године у вези оснивања Косовске поверилачке агенције са изменама и допунама од стране Уредбе УНМИК-а 2005/48 од 22. априла 2005. године; Уредба УНМИК-а 2002/13 од 13. јуна 2002. године о оснивању Специјалне коморе Врховног суда Косова у вези косовских поверилачких и сродних питања, са изменама и допунама од стране Уредбе УНМИК-а 2008/4 од 5. фебруара 2008. године и од стране Уредбе УНМИК-а 2008/19 од 31. марта 2008. године; *Одлука о мораторијуму* Специјалне коморе Врховног суда од 9. марта 2006. године. Подаци о косовским законима доступни на: [www.gazetazyrtare.com](http://www.gazetazyrtare.com).

битражни суд издати што је пре практично могуће после конституисања и даљег упуства које се периодично даје од стране Арбитражног суда. Закон о парничном поступку Цириха (до обима који је практичан и разуман) биће супсидијарно примењив, осим ако Арбитражни суд другачије не одлучи“.

Неопходан услов за заснивање надлежности Арбитраже јесте валидна арбитражна клаузула. О валидности арбитражне клаузуле одлучује сама Арбитража на основу општеприхваћене доктрине „*Kompetenz-Kompetenz*“. Принцип „*Kompetenz-Kompetenz*“ повезан је са принципом одвојивости арбитражне клаузуле, што значи да евентуална ништавост главног уговора не погађа пуноважност арбитражног споразума.<sup>11</sup>

У принципу, странке имају право да саме одреде право по коме ће се процењивати пуноважност арбитражног споразума. Уколико оне то нису учиниле, као меродавно право се примењује путативни *lex cause* (закон који је меродаван за предмет спора) или закон места у коме арбитража заседа. Обе инструкције у овом случају упућују на швајцарско право као меродавно.

Према чл. 178 (1) швајцарског Закона о међународном приватном праву,<sup>12</sup> арбитражна клаузула испуњава услове у погледу форме и арбитражни споразум је са становишта форме пуноважан. Што се материјалних услова пуноважности арбитражног споразума тиче, Арбитража је упутила на примену чл. 177 швајцарског закона који гласи:

„1. Било који спор који се тиче новчаних потраживања може бити предмет арбитраже.

2. Ако је страна у арбитражном споразуму држава или предузеће или организација која је контролисана, не може да се ослони на сопствени закон у циљу да оспори његову надлежност да буде страна у арбитражи или арбитрабилност спора који покрива арбитражни споразум.“

## 2.2. Оспоравање надлежности – аргументи туженог

У свом одговору на захтев о Арбитражи, тужени је захтевао од Арбитраже да одбије надлежност, сматрајући да Арбитража нема надлежност да решава по овом питању сходно важећем (косовском) закону који прописује искључиву надлежност Специјалне коморе Врховног суда Косова у споровима попут овога.

---

<sup>11</sup> Полазећи од овог становишта, одбијен је аргумент туженог да Арбитража није надлежна услед ништавости главног уговора, с обзиром на то да према мишљењу туженог „Трепча“ није имала правну способност да закључи уговор.

<sup>12</sup> Swiss Federal Statute on Private International Law, 1987, Chapter 12: International Arbitration.

Тужени је тврдио да је према уредбама УНМИК-а бр. 2002/12 и 2008/4 од 2008. године, Косовска поверилачка агенција једино тело које је било надлежно да управља „Трепчом“.<sup>13</sup> Такође, Уредбом УНМИК-а бр. 2002/13 основана је Специјална комора Врховног суда Косова у вези са питањима која се тичу ове агенције, у вези потраживања која настану, или су у вези са мандатом агенције која управља предузећима која су у друштвеној или државној својини, као што је тужени. Специјална комора је 2006. године донела „Одлуку о мораторијуму“, којом су суспендоване све радње, поступци или делатности било које врсте у циљу извршења или задовољавања било ког потраживања против „Трепче“, а које се (условно) могу наставити само са дозволом издатом од стране Специјалне коморе Врховног суда. Арбитар је одбацио овај аргумент туженог са ослоном на већ цитирани чл. 177 швајцарског закона.

Тужени је оспоравао надлежност Арбитраже и аргументом да Специјалну комору Врховног суда Косова треба третирати као „међународни суд“. Међутим, Арбитар је у спору утврдио да у овом случају нису испуњени услови да се Специјална комора Врховног суда сматра „међународним судом“. Арбитража није прихватила ни овај аргумент туженог. Према доминантном погледу у међународном јавном праву, постоје две карактеристичне особине међународног суда или трибунала: прво, да је конституисан на основу споразума између држава или међународних организација; друго, његова надлежност и задатак је да одлучује о питањима од значаја за међународно (јавно) право. Док Специјална комора, конституисана под управом Савета безбедности УН, очигледно испуњава формални критеријум, не испуњава други критеријум да би се сматрала међународним судом. Међународним се, у том смислу, могу сматрати: Међународни суд правде, Међународни поморски суд, Међународни кривични суд, итд.

С обзиром на то да је у складу са косовским уредбама сва управна и менаџерска одговорност везана за пословање „Трепче“ била поверена Косовској поверилачкој агенцији, „Трепча“ није имала правну способност да закључи уговор, а према мишљењу туженог, лица која су потписала уговор деловала су „*ultra vires*“ (изнад снаге).<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Агенција је основана Уредбом УНМИК-а 2002/12 од 13. јуна 2002. године, с циљем да очува или повећа вредност, одрживост и корпоративну управу над друштвеним и јавним предузећима на Косову. За друштвена предузећа, Агенција је у могућности да иницира „spin off“ процесе и ликвидацију, који представљају иницијалне поступке приватизације. Сва овлашћења Агенције додељена су Управном одбору, који чине четири међународна директора и четири становника Косова. Свакодневним радом Агенције управља тим састављен од професионалног локалног и међународног особља.

<sup>14</sup> Више у поднаслову III.

### 2.3. *Amicus curiae* (пријатељи суда) поднесак

Поднесци *amicus curiae* редовно се достављају у поступцима пред Европским судом за људска права.<sup>15</sup> Они нису особеност у традиционалним процесним поступцима, а такође се ретко срећу пред арбитражама.

Тек од недавно ови документи се прихватају у арбитражним споровима, искључиво у оним везаним за инвестиције. Наиме, све до недавно, инвестиционе арбитраже иницијално су одбијале захтеве за учешће „треће стране“ у поступцима, уз образложење да постоји значајна разлика између процедуре пред арбитражом и процедура пред домаћим или међународним судовима. Данас, са позивом на UNCITRAL Арбитражна правила,<sup>16</sup> или ICSID правила,<sup>17</sup> овај став се мења и арбитража је далеко толерантнија у погледу захтева за учешће „треће стране“. У модерној литератури сматра се да инвестициона арбитража, за разлику од комерционалне, која обично производи ефекте само између уговорних страна, има шире ефекте који се могу простирати на јавни сектор (као што су вода, земљиште, нафта, заштита животне средине), и да стога треба дозволити учешће „треће стране“.<sup>18</sup>

Овај документ се у судском и арбитражном поступку, по правилу, перципира као значајан извор информација, али ништа више од тога, односно он нема никакав посебан правни статус (као што је то случај према правилима поступка одређених међународних судова).

У августу 2009. године, тужени је Арбитражи поднео „*amicus curiae* (пријатељи суда) поднесак“ који је издат од стране директора Канцеларије за правне послове УНМИК-а, и који је потврђивао аргументе туженог. Тужилац је неколико пута оспорио прихватљивост овог документа у Арбитражи, истичући да он није у складу са ИСС правилима. Међутим, Арбитража је упркос чињеници да ово није инвестициони већ чисто комерционални спор, прихватила документ, као документ без правне снаге, који у начелу може да служи Арбитражи само као извор

---

<sup>15</sup> Сходно чл. 36 (2) Европске конвенције о људским правима: „Председник Суда може, уколико је то у интересу правде, да позове било коју Високу страну уговорницу, која не учествује у спору, или било коју особу за коју сматра да није апликант, да достави писани коментар или узме учешће у суђењу.“ – R. Mackenzie, P. Sands, “International Courts and Tribunals Amicus Curiae”, *Max Plank Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Wolfrum) Heidelberg and Oxford 2010; L. Bartholomeusz, „The Amicus Curiae before International Courts and Tribunals“, *Non-State Actors and International Law* Vol. 5, 2005, 209–281.

<sup>16</sup> <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitraltexts/arbitration/1976Arbitrationrules>.

<sup>17</sup> ICSID правила, <https://icsid.worldbank.org/>

<sup>18</sup> E. Levine, “Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implication of an Increase in Third-Party Participation“, *Berkeley Journal of International Law* 1/2011, 205.

информација. Међутим, иако је Арбитража прихватила наведени документ, одлука се није базирала на тврдњама садржаним у њему.

### 3. ПРАВНА СПОСОБНОСТ ТУЖЕНОГ

Тужени је више пута током поступка оспоравао правну способност лица које је потписало основни уговор о купопродаји цинк концентрата. Иако је у свом *amicus curiae* поднеску директор Канцеларије за правне послове УНМИК-а тврдио да је закључивање основног уговора са тужиоцем без дозволе Косовске поверилачке агенције био чин *ultra vires*, арбитар је нашао да ова чињеница није од значаја за поступак, позивајући се на опште правило компанијског права да орган какав је управни одбор може да прекрши интерна ограничења, али да таква кршења никада немају спољашњи утицај. Директор себе излаже санкцијама према акционарима, надзорним одборима, итд. Али, трансакција, у овом случају (уговор) остаје на снази и друга страна се може ослонити на тај уговор. У конкретном случају, „Трепча“ није прибавила дозволу Агенције за закључење основног уговора, али је тај недостатак могао имати утицај само на унутрашње односе у „Трепчи“. Друго, у складу са Уредбом УНМИК-а бр. 2005/48,<sup>19</sup> набрајање и исцрпна листа трансакција које захтевају претходну дозволу Агенције не обухвата (закључивање – прим. аутор) уговоре о купопродаји, нити арбитражне споразуме.

Трећи аргумент који је подржавао одлуку Арбитраже проистиче из швајцарског Закона о међународном приватном праву из 1987. године, из одредбе чл. 158, која гласи: „Компанија не може истицати ограничења на овлашћења за заступање директора, службеника или агента који су непознати по закону места пословања или пребивалишта друге стране, осим ако је друга страна знала или требало да зна за ограничења.“

Страни трговци и пословне организације, чак и ако редовно бораве и активне су у региону, веома често нису у позицији да разумно тумаче и схватају неретко специфичне, техничке и понекад веома компликоване законске акте које усваја привремена управа током периода транзиције.

Ова одредба у потпуности је компатибилна са одредбом чл. 13 Уредбе ЕУ о праву које се примењује на уговорне обавезе,<sup>20</sup> који носи назив

<sup>19</sup> Чл. 5.4 ове Уредбе гласи: „Од дана доношења Одлуке о мораторијуму (...) предузеће мора претходно да добије писано одобрење од Агенције да би могло да обави било коју од следећих трансакција: а) продају, стицање или пренос било које имовине предузећа осим земљишта; б) склапање споразума о позајмици; в) обустављање или прекид било ког уговора или споразума; г) започињање или окончање правног или арбитражног поступка; д) одрицање од права или овлашћења; њ) било који поступак који утврди Агенција; е) исплате плата запосленима, уз услов да Агенција одобри те исплате само до обима до којег су средства коришћена за те исплате добијена из прихода (...).“

<sup>20</sup> *OJL 177/6* од 17. јуна 2008. године, Уредба бр. 593/2008 о меродавном праву за уговорне обавезе, *eur-lex.europa.eu*.



*Правна и пословна неспособност*, и који гласи: „Код уговора који су склопиле особе из различитих држава, физичка особа која би на основу права те државе имала пословну и правну способност може се позивати на пословну и правну неспособност која је последица права друге државе, само ако је друга уговорна страна знала за ту неспособност у време закључења уговора, односно није знала због непажње.“

Ова одредба, иако саставни део позитивног права Швајцарске, није (и није требало да буде – прим. аутор) примењена зато што се тиче правне и пословне способности *физичких лица*, али је овде наведена у циљу да покаже да њен смисао кореспондира са смислом чл. 158 швајцарског Закона о међународном приватном праву који се односи на питања правне и пословне способности правних лица.

### 3.1. Утицај *lex concursus* на положај туженог

Једна од веома деликатних вежби модерног арбитражног права је сте утицај инсолвентности на арбитрабилност и арбитражни поступак уопште. У суштини, реч је о колизији између приватне природе арбитраже и јавног интереса за обезбеђењем најповољнијег колективног намерења стечајних поверилаца. Правни оквир којим се питање стечаја регулише мора да направи не само прави баланс између интереса стечајних поверилаца, већ и да пронађе адекватно друштвено и политички прихватљиво решење, што пре свега значи задовољавање јавног интереса. Стечајни и арбитражни поступак почивају на два, у суштини различита, принципа: *par conditio creditorum* и *pacta sunt servanda*.<sup>21</sup>

Како међународна арбитража дуго важи за један „нормалан“ метод решавања спорова из међународних пословних односа, на међународном плану већ дуго постоји тежња за усвајањем сигурног, предвидљивог и конзистентног приступа у решавању колизије између питања арбитрабилности и стечаја, нарочито у данашњој економској клими, када расте спектар инсолвентности.<sup>22</sup> У оквиру Европске уније на снази је Уредба Савета бр. 1346/2000 од 29. маја 2000. године о стечајном поступку.<sup>23</sup> Овим питањем бавио се и UNCITRAL, па је 1997. године представљен Модел закон о прекограничној инсолвентности,<sup>24</sup> као и Правни водич UNCITRAL за закон о стечају.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> C. Dorda, “Arbitration and Insolvency Proceedings“, *Annals FLB – Belgrade Law Review* 3/2009, 84.

<sup>22</sup> R. B. Kovasc, *A Transnational Approach to the Arbitrability of Insolvency Proceedings in International Arbitration*, Melbourne 2012, 94.

<sup>23</sup> *OJ L 160* од 30. јуна 2000. године.

<sup>24</sup> UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency 1997 (1997) 36 ILM 1386.

<sup>25</sup> UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, adopted 25 June 2004, U.N. Sales

У Швајцарској, као и у другим континенталним земљама, судови и арбитраже прате модернији, или либералнији, приступ задржавајући надлежност да одлучују у споровима чак и у вези питања стечаја, укључујући и потраживања у вези саме имовине.<sup>26</sup> Сматра се да арбитража не узурпира јавна овлашћења уколико поступа у споровима где се једна страна налази пред стечајним поступком. С друге стране, постоји општа сагласност да питања као што су покретање стечајног поступка, именовање стечајног управника, прикупљање средстава, као и ликвидација предузећа, нису арбитрабилна.

У конкретном случају, седиште ИСС арбитраже било је у Швајцарској, па отуда не чуди што се арбитар приклонио модернијем схватању по питању односа инсолвентности на арбитражни поступак.

Наиме, у нашем случају арбитар је закључио да се три фазе морају разликовати. Одговор на питање ко је имао овлашћење да закључи уговор, а самим тим и арбитражни споразум, као и да учествује у арбитражном поступку, зависио је од тога у којој су се фази релевантне радње предузимале. Арбитар разликује следеће фазе:

1. Прва фаза, која обухвата период од оснивања Агенције (Уредба УНМИК-а од 13. јуна 2002. године, до 9. марта 2006. године, односно до доношења Одлуке о мораторијуму);
2. Друга фаза, обухвата период од доношења Одлуке о мораторијуму до именовања стечајног управника; и
3. Трећа фаза, период након именовања стечајног управника.

Како трећа фаза није започета у току трајања арбитражног поступка, а нарочито не у време закључења Уговора, отклоњене су и њене хипотетичке последице које су могле имати веома значајан утицај на положај туженог. Према правилима *lex concursusa*, руководство „Трепче“ било би лишено овлашћења да обавезује компанију, а у случају да је то и учинило пре почетка ове фазе, стечајни управник имао би право да настави или суспензује извршење Уговора.

Да је Уговор закључен којим случајем пре почетка друге фазе, дакле пре 9. марта 2006. године, питања пуноважности Уговора и арбитражне клаузуле не би била уопште разматрана, с обзиром на то да се мандат Агенције концентрисао на надзор над пословањем, што није утицало на спољни правни однос предузећа.

Све релевантне радње, као што су закључење Уговора, покретање арбитражног поступка и његово трајање, десиле су се у другој фази.

No. E.05V.10 (2005), [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf).

<sup>26</sup> L. Levy, “Insolvency in Arbitration (Swiss Law)“, *International Arbitration Law Review* 1/2005, 23.

Стога, њена анализа била је од круцијалног значаја за решење овог спора. Арбитар се није устручавао да укаже на имперфектности не само косовског правног оквира, већ и рада релевантних тела (Агенције и Канцеларије за правне послове УНМИК-а).

Арбитар је на више места указивао на „хибридност“ косовских уредаба, у том смислу што се у једној истој уредби истовремено користи англосаксонски и немачки концепт (рецимо појма „уговор“), па тако није јасно ком концепту одговарају правна дејства Уговора. На Косову су питања инсолвентности, до фазе именовања стечајног управника, регулисана Уредбом УНМИК-а бр. 2005/48.<sup>27</sup> Арбитар је одредбе ове уредбе тумачио на следећи начин. Улога Агенције и даље је само надзорна, али за поједине категорије правних аката предузеће мора да добије писану сагласност Агенције, док за поједине трансакције (које се по правилу односе на акте отуђивања имовине), мора да добије и налог Специјалне коморе Врховног суда Косова. Систематским тумачењем наведених одредаба, арбитар налази да је писану сагласност, односно дозволу Агенције било потребно прибавити у оним трансакцијама које су од већег економског значаја, а да је за оне трансакције које су везане за земљиште било потребно прибавити још и судски налог. Арбитар је од странака захтевао да се изјасне о чињеници да ли је тражена и да ли је прибављена агенцијска дозвола, међутим ниједна страна на ово питање није експлицитно одговорила, у чему је арбитар видео пропусте у раду Агенције. Али, и у чињеници да је руководство „Трепче“ комуницирало са трећим лицима, путем преписке која у заглављу користи акроним УНМИК-а и печат компаније, арбитар такође види пропуст Агенције у вршењу надзора над предузећем, сматрајући да су ови пропусти без утицаја на спољни правни однос предузећа. Косовско право морало је да буде консултовано зато што, у складу са чл. 155 швајцарског Закона о међународном приватном праву, право инкорпорације треба да одговори да ли је валидно пуномоћје за заступање компаније од стране лица која их заступају, сходно њиховим правилима о организацији. Чуди и чињеница да у предуговорној фази није било тендерског поступка и да се фаза која претходи закључењу уговора ослањала искључиво на директну комуникацију страна, што се такође квалификује као пропуст у раду Агенције. На основу ове анализе, арбитар закључује да је руководство туженог имало овлашћење да обавезе предузеће и да је Уговор валидно закључен. Сви пропусти који су учињени представљају интерни однос и без утицаја су на трећа лица.

*Lex fori concursus* је донекле могао да има утицаја на сâм арбитражни поступак. Једна од алтернатива је одлагање арбитражног поступка

<sup>27</sup> Чл. 5.1 (б), 5.3, 5.4 и 5.5 Уредбе од 22. априла 2005. године.

до именована стечајног управника. Такво одлагање захтевало би од Арбитраже да узме у обзир и државну политику и правце њеног развоја.<sup>28</sup> Арбитража је по овом процедуралном питању имала широко дискреционо овлашћење, како у складу са правилима швајцарског права, тако и у складу са ИСС правилима, али ипак је одлучила да у складу са начелом ефикасности арбитражног поступка, тј. брзог решавања спорова, ову опцију не узима у разматрање. Овакав став свакако је поткепљивала и чињеница да ни једна страна није поднела захтев за одлагање арбитражног поступка.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Оно што је опште место у домаћој правној науци, а што несумњиво добија своју потврду и ван граница наше земље, јесте чињеница да косовски правни оквир нема капацитет да реши бројна правна питања. Но, на срећу, арбитража је имуна на имперфектности локалних правних система, што се на основу анализе овог случаја да закључити. Она се уистину показује као „наднационална“ и спремна да на глобалном плану одговори на захтеве савременог доба, као што је рецимо питање инсолвентности предузећа која се јављају као стране у поступку.

Економска, друштвена и политичка криза добија своје конкретне обресе на локалном нивоу, али одговор на кризу (са становишта арбитраже) није локалан, већ, напротив, увек конструисан са становишта једне више перспективе.

За сада о овом предмету знамо само то да је прошле године поводом одлуке Арбитраже поднет захтев за признање и извршење пред Привредним судом у Приштини, у складу са косовским Законом о арбитражи.<sup>29</sup> Одговор на захтев за признање и извршење још увек није дат. У сваком случају, предвиђена је другостепена надлежност Врховног суда Косова.

#### ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

##### Библиографске референце

1. Bartholomeusz, Lance, “The *Amicus Curiae* before International Courts and Tribunals“, *Non-State Actors and International Law* Vol. 5, 2005;
2. Варади, Тибор *et al.*, *Међународно приватно право*, 9. издање, Службени гласник, Београд 2007;

---

<sup>28</sup> L. Levy, 30.

<sup>29</sup> Закон о Арбитражи Косова, *Службени лист*, бр. 02/L-75, од 5. јуна, 2008. године на основу Уредбе UNMIK/UR/2008/30.

3. Dorda, Christian, “Arbitration and Insolvency Proceedings“, *Annals FLB – Belgrade Law Review* 3/2009;
4. Kovasc, Robert B., *A Transnational Approach to the Arbitrability of Insolvency Proceedings in International Arbitration*, Melbourne 2012;
5. Кнежевић, Гашо, Павић, Владимир, *Арбитража и АДР*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009;
6. Levine, Eugenia, “Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implication of an Increase in Third-Party Participation“, *Berkeley Journal of International Law* 1/2011;
7. Levy, Laurent, “Insolvency in Arbitration (Swiss Law)“, *International Arbitration Law Review* 1/2005;
8. Mackenzie, Ruth, Sands, Philippe, “International Courts and Tribunals Amicus Curiae“, *Max Plank Encyclopedia of Public International Law* (ed. Rüdiger Wolfrum), Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law – Oxford University Press, Heidelberg and Oxford 2010;
9. „UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *The Journal of Law and Commerce*, Volume 30, Special Issue, 2012.

#### Правни прописи и документи

1. Бечка конвенција о међународној продаји робе;
2. Закон о Арбитражи Косова, *Службени лист*, бр. 02/L-75;
3. ICSID правила, <https://icsid.worldbank.org/>;
4. Swiss Federal Statute on Private International Law, 1987;
5. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, adopted 25 June 2004, U.N. Sales No. E.05V.10 (2005), [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf);
6. UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency 1997 (1997) 36 ILM 1386;
7. Уредба ЕУ о праву које се примењује на уговорне обавезе, *OJL* 177/6 од 17. јуна 2008. године;
8. Уредба Савета бр. 1346/2000 од 29. маја 2000. године о стечајном поступку, *OJL* 160 од 30. јуна 2000. године.

*Assistant Professor Jelena Belović, LL.D.*

Faculty of Law, University in Priština, with temporary seat in Kosovska Mitrovica

## ARBITRATION IMMUNITY REGARDING SOCIAL AND POLITICAL CIRCUMSTANCES

### *Summary*

The Award of the International Chamber of Commerce (hereinafter: Arbitration) in the case No.16369/GZ from 27. April 2011, is interesting not only because of the fact that one of the actors is Trepca company engaged in mining and smelting, which is now re-registered as Trepca Enterprise under Kosovo Trust Agency Administration (founded by United Nations Mission In Kosovo Administration). Nonetheless, in this arbitral proceeding, there were more than one Respondent's requests to point of lack of the Arbitration Jurisdiction on the ground of social and political circumstances.

However, the Arbitration notes that it shares the modern view that state-owned or government-controlled enterprises must not be allowed to shield themselves against claims from creditors by involving public law induced impediments with a view to excusing themselves from not living up to their commercial commitments. There is one more interesting point in this case, since the public-law limitations derives not from a state, but from international community. As a matter of fact, there is a „hybrid“ model of public-law limitations, since some of limitations could be attributed to international community, and some of them plays role only on the local level.

**Key words:** *ICC; „Trepca“ company; UNMIK Regulations; The Moratorium Decision; Amicus curiae; Insolvency.*