

*Др Маја Сјанивуковић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

ХАШКА КОНВЕНЦИЈА О ИЗБОРУ НАДЛЕЖНОГ СУДА – КРИТИЧКА ПРОЦЕНА¹

Сажетак: *Хашка конвенција о избору надлежности суда усвојена је 2005. године. За сада има само једну државу уговорницу. Ипак, поставило се питање да ли би за Србију било корисно да прихвати ову Конвенцију, како би побољшала перцепције за признање домаћих судских одлука у иностранству. У овом раду аутор даје преглед одредаба Конвенције, указује на њене основне недостицаје и на могућа дејства њене примене у случају да буде прихваћена. Посебно се истичу дејства која би она неминовно имала на институције прећутне пророгације и на дејство правноснажности домаћих арбитражних одлука. Такође се напомиње да Конвенција омогућава држави и државним институцијама закључивање пророгационих споразума у корист иностранних судова, што до сада није била пракса. Као највећи недостицај овог инструмента истиче се ипак велики број изузетака из обима примене, као и могућности да свака држава засебно одреди области које би даље изузела. Куриозније је да је у Конвенцији умесно редовној боравишња као тачка везивања усвојено обично боравиште. На крају рада аутор закључује да не треба журити са прихватањем Конвенције, односно да треба сачекати да се види како ће она бити прихваћена од других земаља.*

Кључне речи: *надлежности, признање и извршење страних судских одлука, Хашка конвенција 2005., пророгациони споразум, споразум о надлежном суду*

¹ Рад је написан у оквиру факултетског пројекта „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија)“.

Настанак Конвенције

Године 1992. године САД су предложили Хашкој конференцији да започне рад на стварању универзалне („светске“) конвенције којом би се уредила надлежност и признање и извршење пресуда у грађанским и трговинским стварима.² Хашка конференција је прихватила предлог и већ 1992. године формирала радну групу за проучавање могућности хармонизације, да би 1996. овај пројекат званично уврстила у свој програм рада.³ Отпочели су преговори који су интензивно вођени од 1997 до 1999. године, кад је усвојен Преднацрт конвенције о надлежности и признању и извршењу страних пресуда у грађанским и трговинским стварима који је имао четрдесетак чланова (*Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*).⁴ На деветнаестом заседању, 2001. године, због немогућности да се постигне сагласност о великом броју питања, преговори су запали у ћорсокак и формално су окончани. Међутим, неформално су се наставили до 2002. године, када је донета одлука да се рад настави у оним областима у којима постоји сагласност државних делегација. Резултат рада неформалне радне групе био је нацрт конвенције који је послужио као основа за међудржавне преговоре вођене од 2003-2005 и за коначно усвајање Хашке конвенције о споразумима о избору надлежног суда (у даљем тексту: Конвенција),⁵ на двадесетом заседању Хашке конференције за међународним приватно право, 30. јуна 2005. године.

Циљеви и значај Конвенције

Општи циљ Конвенције је хармонизација правила која се примењују у међународној трговини и већа правна сигурност и предвидљивост за уговорне стране у међународном привредном промету.⁶ Правна несигурност

² Trevor Hartley, Masato Doguchi, *Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements Explanatory Report*, <<http://www.hcch.net/upload/exp137e.pdf>> стр. 16. [18. новембар 2012]

³ *Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments un Civil and Commercial Matters adopted by the Special Commission and Report by Peter Nygh and Fausto Pocar*, стр. 26. <<http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmpl11.pdf>> [28. новембар 2012].

⁴ *Preliminary Draft* је преведен на српски: Преднацрт конвенције о надлежности и страним одлукама у грађанским и трговачким стварима, Ревизија за европско право бр. 1/2001. године, стр. 65-98 (превод аутора овог рада).

⁵ Peter Arnt Nielsen, *The Hague Judgments Convention*, *Nordic Journal of International Law*, том, 80, 2011, стр. 100.

⁶ ГНК, *Study to inform an Impact Assessment on the Ratification of the Hague Convention on Choice of Court Agreements by the European Community*, 7 December 2007, стр. 9.

<http://ec.europa.eu/justice/civil/files/ia_choice_courts_agreement_en.pdf> [18. новембар 2012. године]

која се њоме жели отклонити односи се на решавање спорова – који суд је међународно надлежан за уговорни спор који проистиче из уговора и да ли ће пресуда коју тај суд донесе бити призната у државама обеју уговорних страна.⁷ Несигурност проистиче из различитих националних приступа у погледу признања и извршења страних пресуда, посебно од разлика између *common law* и *civil law* система.⁸

Дански аутор Нилсен истиче да је Хашка конвенција о пресудама (*The Hague Judgments Convention*), како се Конвенција понекад назива, први покушај да се глобалним правним инструментом реши питање признања и извршења страних пресуда у грађанским и трговачким стварима.⁹ Он наравно губи из вида Хашку конвенцију од 1. фебруара 1971. године о признању и извршењу страних пресуда у грађанским и трговинским стварима,¹⁰ која има пет држава чланица: Албанију,¹¹ Кипар, Холандију, Португал и Кувајт. Тешко је поверовати да ни известиоци о Хашкој конвенцији о избору надлежног суда уопште не помињу ову ранију конвенцију, осим у једној фусноти (243), у вези са признавањем судских поравнања. Њен обим примене је знатно шири, али се у Хашкој конференцији она доживљава као неуспела.¹²

У два наврата известиоци Хашке конвенције о избору надлежног суда истичу да је њен циљ да за пророгационе споразуме буде оно што је Њујоршка конвенција постала за арбитражне споразуме.¹³ То нису мале претензије. Њујоршка конвенција има сто четрдесет осам уговорница и представља камен темељац савремене међународне трговинске арбитраже. На почетку анализе значаја Конвенције о избору надлежног суда из перспективе Аустралије, аустралијски аутор Гарнет поставља питање да ли ће се Конвенција сматрати великим достигнућем у историји мултилатералне ре-

⁷ Ibidem, стр. 11.

⁸ Peter Arnt Nielsen, стр. 96.

⁹ Ibidem, стр. 118.

¹⁰ *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, Concluded 1 February 1971 <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=78> [28. новембар 2012. године] Известиоци су били Дроз и Фрагистас.

¹¹ Албанија ју је ратификовала последња, 2010. године.

¹² О разлозима њеног неуспеха видети детаљније у извештају Catherine Kessedjian: *International Jurisdiction and Foreign Judgments In Civil and Commercial Matters*, Preliminary Document no.1 7, April 1997, стр. 7-8 <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd7.pdf> [28. новембар 2012]. Она помиње да је према извештају Сталног бироа (Секретаријата) Хашке конференције од 17. маја 1992. године утврђено да постоје два главна разлога за њен неуспех. Интересантно је да се као први помиње успех Бриселске конвенције која је у великој мери преузела решења ове Хашке конвенције, а била је делом и резултат преговора истих лица, а касније и успех Луганске конвенције. Другим речима, европске државе нису биле заинтересоване да ратификују ову конвенцију јер су добиле њену замену у Бриселској и Луганској конвенцији.

¹³ Trevor Hartley, Masato Dogauchi, стр. 17 и 21.

форме међународног приватног права или ће уместо тога бити посматрана као „скупчен документ који предвиђа превише простора за уплитање националних интереса на уштрб хармонизације“.¹⁴ Чини се да је његов закључак после анализе Конвенције наклоњен овом другом предвиђању.

У неким круговима Конвенција се види као инструмент који ће омогућити да судски начин решавања спорова постане стварна и привлачна алтернатива међународној трговачкој арбитражи (тако нпр. Европска комисија сматра да је Конвенција „*an optional worldwide alternative to the existing arbitration system*“,¹⁵ а Америчко удружење адвоката да би усвајање Конвенције решило проблем неравнотеже која тренутно постоји у корист међународне трговинске арбитраже као преферираног начина решавања спорова у прекограничним пословним трансакцијама).¹⁶

Чињеница која много говори о перспективама Конвенције јесте њен статус – мада је усвојена пре седам година (2005), још увек није ступила на снагу јер за сада има само једну ратификацију, мексичку. Пошто су је потписале САД и Европска унија (обе 2009. године), очекивања су била много већа. Низ држава је разматрало и тренутно разматра могућност ратификације (Гарнет нпр. наводи Аустралију, Кину и Хонг Конг), али за сада ратификације изостају. Ипак може лако доћи до преокрета ако САД и ЕУ учине одлучијући корак. Нилсен утешно указује да је тако било и са Њујоршком конвенцијом која по њему шире чланство добија тек после 1970. када су је ратификовале САД.¹⁷

Преглед најважнијих одредаба Конвенције

Конвенција о избору надлежног суда објављена је на вебсајту Хашке конференције за међународно приватно право,¹⁸ а тамо се може пронаћи и

¹⁴ Richard Garnett, *The Hague Choice of Court Convention: Magnum Opus or Much Ado About Nothing?* *Transnational Dispute Management*, том 8, бр. 2, 2011, стр. 3 и 8.

¹⁵ European Commission, *Proposal for a Council Decision on the Signing by the European Community of the Convention on Choice of Court Agreements*, Brussels 5.9.2008 COM (2008) 538 final, Explanatory Memorandum, paragraph 1. <http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/com_2008_0538_en.pdf> [18. новембар 2012].

¹⁶ Richard Garnett, стр. 11. Видети такође текст: L.E. Teitz *The Hague Choice of Court Convention: Validating Party Autonomy and Providing an Alternative to Arbitration*, *Transnational Dispute Management*, том 3, бр. 5/2006, стр. 1-17.

¹⁷ Peter Arnt Nielsen, стр. 95. Ипак треба имати у виду да су САД биле тек 36. држава која је ратификовала Њујоршку конвенцију. Видети хронолошки преглед ратификација: <<http://www.jus.uio.no/lm/un.conventions.membership.status/doc.html#185>> [28. новембар 2012.]

¹⁸ *Convention on Choice of Court Agreements* <www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98> [18. новембар 2012]. У домаћој литератури видети: Милена Петровић, *Хашка конвенција о споразуму о искључивој надлежности суда из 2005. – кључна правила, Право и привреда*, бр. 5-7/2008, стр. 517-534.

Извештај и образложење конвенције (*Explanatory Report* у даљем тексту: Извештај) које су саставили професор Тревор Хартли и Масато Догаучи, представници Уједињеног Краљевства и Јапана.¹⁹

Сктура и циљ

Текст овог међународног уговора се састоји од преамбуле и четири поглавља: прво чине одредбе о обиму примене и дефиниције (чл. 1-4), друго одредбе о надлежности (чл. 5-7), треће одредбе о признању и извршењу (чл. 8-15) и четврто, опште одредбе (чл. 16-34).

Садржај показује да је конвенција „двострука“, јер садржи како одредбе о надлежности, тако и одредбе о признању и извршењу судских одлука донетих применом конвенцијских норми о надлежности.

Суштински циљ Конвенције, наведен у преамбули, да се обезбеди дејство споразума о искључивој надлежности (пророгационих споразума) и признање и извршење судских одлука донетих у поступку који је покренут на основу таквог споразума, остварује се доследним спровођењем три начела: 1) изабрани суд дужан је да реши спор који је покренут на основу пуноважног пророгационог споразума; 2) сваки други суд пред којим буде покренут спор мора да одбије да га решава; и 3) сваки други суд дужан је да одлуку изабраног суда призна и изврши.²⁰

Обим примене

Обим примене овог међународног инструмента вишеструко је ограничен:

а) према материји – примењује се само на спорове с међународним елементом и на пророгационе споразуме у грађанској и трговачкој материји (чл. 1) којима је предвиђена искључива надлежност суда (чл. 2),

б) по временском критеријуму – примењује се само на пророгационе споразуме који су закључени по њеном ступању на снагу у држави чији су судови изабрани као надлежни и само на поступке који су покренути после њеног ступања на снагу у држави пред чијим судом је поступак покренут (чл. 16),

в) условом узајамности (реципроцитета) – одредбе о признању одлука односе се само на одлуке суда држава чланица (чл. 8), а одредбе о признању дејства пророгационог споразума односе се само на споразум о избору суда друге државе чланице,

г) резервама (чл. 19-21), и

¹⁹ Видети фусноту бр. 2.

²⁰ Peter Arnt Nielsen., 101.

д) по врсти поступка – не примењује се у поступцима за одређивање привремене мере чак и кад је предмет спора обухваћен споразумом (чл. 7).

Штавише, материја у којој ће се одредбе Конвенције примењивати још је више сужена и односи се само на трговинске спорове²¹ и то не све. Наиме, из обима примене изузети су потрошачки уговори (чл. 2, ст. 1, т. а), појединачни и колективни уговори о раду (чл. 2, ст. 1, т. б), уговори који се закључују у грађанској материји (статус и правна способност физичких лица, обавеза издржавања, брачни уговори, завештања и наслеђивање) (чл. 2, ст. 2, т. а-д), стечајни поступак и принудно поравнање (чл. 2, ст. 2, т. е), уговори о превозу робе и путника (чл. 2, ст. 2, т. ф), спорови о повреди права конкуренције (чл. 2, ст. 2, т. х), већина спорова на основу вануговорне одговорности за штету (чл. 2, ст. 2, т. г, и, ј, к), стварна права на непокретностима и закуп непокретности (чл. 2, ст. 2, т. л), статусна питања правних лица (чл. 2, ст. 2, т. м), пуноважност и повреда права интелектуалне својине осим ауторског и сродних права (чл. 2, ст. 2, т. н и о), пуноважност уписа у јавне регистре (чл. 2, ст. 2, т. п), арбитража и судски поступци у вези са арбитражом (чл. 2, ст. 4) итд. Поред тога, на основу изјаве о резерви, државе уговорнице могу да обим примене ограниче још више и да изузму одређену материју по свом избору из њене примене ако за то имају јак интерес (*strong interest*) (чл. 21).²² Декларација на основу чл. 21 се може дати у свако доба.

Услов да предмет мора бити са међународним елементом различито се одређује с обзиром на два главна поглавља Конвенције. Када је реч о признању дејства пророгационог споразума, сматра се да је предмет са међународним елементом ако странке имају боравишта у различитим државама или ако је њихов однос или неки битан елемент спора везан за другу државу. При том се као релевантан инострани елемент не узима седиште изабраног суда. (чл. 1, ст. 2). Другим речима, није довољно да странке које имају боравишта у истој држави изаберу као искључиво надлежан суд у другој држави. Упада у очи да је као тачка везивања за лица усвојено боравиште, а не редовно боравиште, као што је то до сада било уобичајено у раду Хашке конференције. Извештај не садржи никакво објашњење због чега је то учињено. Правно лице се сматра резидентом у држави у којој има статутарно седиште, у држави по чијем је праву основано, у држави у

²¹ Ibidem.

²² Европска унија разматра стављање две такве резерве. Прва би се односила на уговоре о осигурању, а друга на уговоре о преносу ауторских права. European Commission, *Proposal*, преамбула, пасуси 14 и 15. У САД се помињу уговори о франшизингу и атхезиони уговори масовног тржишта (*non-negotiated "mass market" agreements*), као што је нпр. уговор о лиценци стандардног софтвера. Кина је најавила изузеће уговора о конзорцијуму између страних и домаћих улагача. Видети Richard Garnett стр. 18-19.

којој има центар управљања или у држави где му је главно место пословања (чл. 4, ст. 2). Тачке везивања су постављене алтернативно – довољно је да је само једна од њих у другој држави у односу на саговорача, па да се сматра да је услов „међународности“ испуњен.

Када је реч о признању судских одлука, предмет је међународни ако се пред судом државе чланице тражи признање стране судске одлуке (чл. 1, ст. 3). У том случају, одлуке изабраног суда донете у унутрашњим споровима постају извршне у другој држави чланици на основу одредаба Конвенције. У резервама, на ове одредбе се надовезује могућност да држава уговорница предвиди да њени судови могу да одбију да решавају спор иако су изабрани споразумом о искључивој надлежности, ако не постоји никаква веза између те државе, странака у спору и предмета спора с једне стране (чл. 19), и да може да одбије признање пресуде из државе уговорнице ако су странке биле њени резиденти и сви други елементи спора осим места изабраног суда су били повезани само с њом (чл. 20).

Треба имати у виду да се одредбе Конвенције такође не примењују на пружање дејства прећутном пророгационом споразуму (*submission*), нити признање и извршење пресуда које су донете на основу прећутног пророгационог споразума (односно, упуштања туженог у расправу о предмету спора без истицања приговора ненадлежности). Опет, у Извештају не налазимо никакво објашњење за то. У Преднацрту „велике конвенције“ прећутна пророгација је била уређена у чл. 5.

Упоређујући сва ова искључења са знатно једноставнијим одредбама Њујоршке конвенције које предвиђају шири обим примене, намеће се утисак о њиховој фундаменталној различитости.²³ Можемо закључити да је обим примене Хашке конвенције веома ограничен бројним изузецима и да је изузецима обухваћен низ ситуација у којима би се према савременом српском праву признало дерогационо дејство споразума о надлежности у корист страног суда и страна одлука донета на основу споразума о надлежности.²⁴

У једном домену Конвенција ипак уводи нешто ново, што до сада није постојало у домаћем праву, али је питање да ли је та новина позитивна. На основу чл. 2, ст. 5 поступак није искључен из обима примене Конвенције само на основу чињенице да је једна од уговорних страна у споразуму о надлежности држава, државни орган или агенција, као и свако лице које делује у име државе. Из тога следи да би држава (и све оно што под државу спада, као на пример јединице локалне самоуправе, разне агенције, министри итд.) могла да закључи споразум о надлежности страног суда и да

²³ Тако и Ричард Гарнет, стр. 11-12.

²⁴ До сличног закључка долази и Гарнет када је у питању право Аустралије: стр. 5.

би домаћи судови, уколико бисмо постали држава уговорница, били дужни да пруже дејство таквом споразуму, без обзира на одредбе унутрашњег права које евентуално предвиђају искључиву надлежност домаћих судова.²⁵ Уговарање надлежности страног суда у уговорима у којима је једна од уговорних страна држава или државно тело било би крајње необично, али не и незамисливо, будући да се као инвеститори и финансијери у општинама све чешће јављају страна лица. Државни представници када буду размишљали о ратификацији ове Конвенције треба себи да поставе питање да ли је Србија спремна за признање одлука страних судова у поступцима у којима је она сама била странка.

Споразум о надлежности

Споразум о надлежности који ужива заштиту конвенцијских норми треба да предвиди искључиву надлежност изабраног суда.²⁶ Ако у пророгационом споразуму није изричито наведено да је надлежност изабраног суда искључива, Конвенција успоставља обориву претпоставку да је предвиђена искључива надлежност, ако се у споразуму као надлежни одређују судови једне државе чланице (било групно, било појединачно именовањем конкретног суда те државе чланице)(чл. 1 ст. 1 у вези са чл. 3, тачке а и б). Ово за Србију није ништа ново, јер се споразум о надлежности тако тумачи и по нашем праву, односно није неопходно да садржи реч „искључива“ да би имао искључиво дејство. У неким *common law* државама (нпр. САД и Канада) иначе не важи та претпоставка, те пророгациони споразум не предвиђа искључиву надлежност ако то није изричито наведено.²⁷

Захтев форме утврђен је у чл. 3 тачка ц. Споразум о надлежности мора бити закључен или документован у писаној форми или другим средствима комуникације која чине информације доступним за каснију употребу и позивање.²⁸ На тај начин је обухваћено закључење пророгационих споразума

²⁵ Такву одредбу о искључивој надлежности садржи нпр. Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, *Службени гласник* бр. 88/2001, чл. 60. Међутим, одредбе Хашке конвенције, ако бисмо је ратификовали, имале би предност над таквим законским одредбама.

²⁶ Државе чланице могу изјавом да прошире одредбе о признању и извршењу и на одлуке судова чија је надлежност заснована на споразуму који није предвидео искључиву надлежност изабраног суда (*a non-exclusive choice of court agreement*) (чл. 22).

²⁷ М. Станивуковић, *Међународна надлежност судова у праву САД, ЕЕЗ и ЕФТА*, Нови Сад, 1995, стр. 135.

²⁸ Слична формулација је први пут уведена Модел законом УНЦИТРАЛ-а о међународној трговинској арбитражи, а усавршена је Модел Законом УНЦИТРАЛ-а о електронској трговини (чл. 6) и Конвенцијом о употреби електронских комуникација у међународним уговорима (чл. 9), из чијих одредба и води порекло.

имејлом. Упадљиво је да у овој Конвенцији нису усвојена решење из чл. 23, ст. 1, тачака б и ц Прве бриселске уредбе којим се осим писане форме признаје као пуноважна и форма коју су уговорне стране међусобно успоставиле праксом и форма која која је у складу са опште познатим трговачким обичајем. Другим речима, Конвенција је знатно рестриктивнија у погледу форме пророгационог споразума од Бриселске уредбе. Она је у том погледу рестриктивнија и од нашег Закона о решавању сукоба закона који пропушта да за споразуме о надлежности пропише посебну форму.

Самосталност пророгационе клаузуле у односу на остале одредбе уговора загарантована је чланом 3, тачка д. На основу ње, пророгациону клаузулу треба третирати као посебан уговор. Пуноважност пророгационе клаузуле не може се оспорити само због тога што је основни уговор ништав. Теорија о самосталности арбитражне клаузуле је добро позната и универзално призната у арбитражном праву, а овде је пресликана на пророгационе споразуме. То значи да се формална пуноважност пророгационог споразума оцењује одвојено од пуноважности осталих одредаба уговора и то према условима за формалну пуноважност садржаним у чл. 3 тачка б. Материјална пуноважност пророгационог споразума се такође цени одвојено и одређена је меродавним правом за уговор (тј. за споразум о надлежности). Меродавно право за материјалну пуноважност споразума о надлежности одређује суд надлежан на основу члана 5, ст. 1, члана 6 и члана 9.

Обавеза изабраног суда

Одредба о искључивој (међународној) надлежности изабраног суда да реши спор на који се споразум односи, садржана је у чл. 5 који отвара друго поглавље које носи наслов „Надлежност“. Изабрани суд има обавезу да одлучи о спору и не може се позивати на доктрину унутрашњег права која му поверава дискрециона овлашћења у погледу прихватања надлежности. Овом одредбом је искључено позивање нпр. на доктрину *forum non conveniens*, али и на постојање литиспенденције пред страним судом.²⁹ С друге стране, изабрани суд се може позвати на постојање арбитражног споразума као разлог за неприхватање надлежности.³⁰ У односу на постојеће српско право, ова одредба уноси новину утолико што домаћи суд у случају када су странке уговориле његову надлежност не би могао да одбије да поступа због неиспуњења услова да бар једна од страна има домаће држављанство односно седиште у нашој земљи, постављеног у чл. 49, ст. 2 Закона о решавању сукоба закона.

²⁹ Trevor Hartley, Masato Dogauchi, стр. 44.

³⁰ Ibidem, стр. 43, фуснота 155.

Изабраном суду је поверена и надлежност да одлучује о пуноважности самог споразума о надлежности. Он није дужан да одлучује ако је споразум ништав или рушљив (*null and void*). Тужена страна пред изабраним судом може да оспори пуноважност споразума о надлежности и да на тај начин позове суд да одлучи о том питању. Али, избрани суд би исто тако могао да оцењује пуноважност споразума и по службеној дужности, чак и ако је тужена страна не оспорава. Поставља се питање какав је статус прећутне пророгације по овој Конвенцији. Аутори Конвенције и Извештаја су избегли одговор на ово питање, али се чини да њене одредбе могу утицати на пуноважност прећутне пророгације, јер би странка која је по унутрашњем праву дужна да благовремено истакне ништавост споразума о надлежности могла да искористи одредбе Конвенције да се тек касније у поступку позове на ништавост споразума. Пошто Конвенција не ограничава могућност да избрани суд одлучује о пуноважности споразума никаквим роком, чини се да би и неблаговремен приговор да је споразум о избору надлежног суда ништав могао (или чак морао) да се разматра. Ово би било значајно одступање од постојећег правног режима који се заснива на прећутно исказаној вољи странака.

Изабрани суд о пуноважности споразума одлучује „по праву те државе“, али се у коментарима напомиње да израз „право“ обухвата и колизионе норме те државе, односно да не мора увек бити меродавно материјално право државе изабраног суда. Аутори извештаја објашњавају да би у случају да се мислило само на то право био употребљен израз „по *унутрашњем* праву те државе.“³¹ Као што је речено, меродавно право се примењује само на разлоге материјалне ништавости (нпр. незаконистост, мане воље и сл.), јер ништавост споразума у погледу форме зависи искључиво од испуњења услова одређених у чл. 3, тачка ц.

Обавеза изабраног суда да реши спор може да се искључи изјавом (резервом) државе чланице у случају да између спора и странака и тог суда не постоји друга веза осим пророгационог споразума (чл. 19).

Обавеза свих других судова

Обавеза је свих других судова држава уговорница (који нису избрани) да застану са поступком или да одбаце иницијални акт у предмету на који се односи споразум о искључивој надлежности суда (чл. 6, ст. 1). Као и Њујоршка конвенција и ова Конвенција оставља националном праву да одреди на који начин ће се пружити дејство пророгационог споразуму, застајањем у поступку или одбацивањем тужбе. Мада није изричито речено, подразумева се да се ова обавеза примењује само у случају када је изабран

³¹ Trevor Hartley, Masato Dogauchi, стр. 43.

суд државе уговорнице.³² Од ове обавезе је предвиђено пет изузетака (чл. 6, ст. 2). Прво, тај суд може да утврди да је споразум ништав или рушљив по праву државе изабраног суда (укључујући и његове колизионе норме – што значи да може доћи до узвраћања и преупућивања) (чл. 6, ст. 2, тачка а). Друго, може да утврди да је уговорној страни недостајала способност за закључење споразума (чл. 6, ст. 2, тачка б).³³ У овом случају меродавно право за способност одређује тај суд по сопственим колизионим нормама. Треће, суд пред којим је покренут поступак има овлашћење да ускрати дејство пророгационом споразуму, ако оцени да би пружање дејства споразуму имало за последицу очигледну неправду или би било очигледно супротно јавном поретку његове државе (чл. 6, ст. 2, тачка ц). Четврти изузетак односи се на изузетне околности које су наступиле, изван контроле уговорних страна, ако суд оцени да се због њиховог наступања не може разумно очекивати извршење споразума (чл. 6, ст. 2 тачка д). Последњи изузетак односи се на случај када је изабрани суд одлучио да не расправи предмет (чл. 6, ст. 2 тачка е).

Најшири простор за непризнавање дејства споразуму о надлежности у корист страног суда остављен је одредбом која суду пред којим је покренут поступак даје слободу да процени шта би била „очигледна неправда“. У Извештају се објашњава да се овај израз односи на заштиту интереса странака, за разлику од „јавног поретка“ који се односи на заштиту општих интереса. Даље се наводи:

„152. Израз „очигледна неправда“ покрива изузетне случајеве кад једна од странака не би добила поштено суђење у страној држави, можда због пристрасности или корупције, или кад постоје други разлози специфични за ту странку који би је спречили да покрене поступак пред изабраним судом или да учествује у том поступку као тужена страна. Израз се може такође односити на посебне околности у којима је споразум о надлежности закључен – нпр. ако је његово закључење производ преваре. Намера је да стандард буде висок: одредба не дозвољава суду да занемари споразум о надлежности једноставно на основу чињенице да тај споразум не би био пуноважан по домаћем праву.“³⁴

³² Како кажу аутори Извештаја, то проистиче из дефиниције споразума о надлежности садржане у чл. 3. Ibidem, стр. 46.

³³ У Извештају се наводи да прва два става одговарају чл. II ст. 3 Њујоршке конвенције о признању у извршењу арбитражних одлука у делу у коме спомиње „ништав арбитражни споразум“ (*null and void* - у српском преводу „престао да буде ваљан“), док ставови д и е покривају оно што се у Њујоршкој конвенцији наводи као споразум „без дејства или неподобан за примену“ (*inoperative or incapable of being performed*). Даље се образлаже да је сложеност ове одредбе у поређењу са наведеним чланом Њујоршке конвенције само привидна и да је изазвана настојањем Хашке конференције да се постигне већа прецизност од оне коју пружа „скелетна одредба“ Њујоршке конвенције. Ibidem, стр. 47.

³⁴ Trevor Hartley, Masato Doguchi, стр. 48.

Гарнет подсећа да тужиоци пред аустралијским судом често користе аргумент да ће им бити ускраћена правда пред изабраним судом јер је ме-родавно право које би применио изабрани суд изузетно неповољно по ин-тересе тужиоца тако да би он можда остао и без туженог захтева пред иза-браним судом. Он није сигуран да би аустралијски судови, који су иначе склони да прихвате овакве аргументе, били спречени у томе одредбама Хашке конвенције, јер је члан 6, ст. 3 о „очигледној неправди“ широко формулисан и оставља им довољно простора за њихово прихватање.³⁵ Ти-ме се умањује снага споразума о надлежности и вредност Конвенције као инструмента хармонизације.³⁶ Разлози за непризнавање споразума су овде шири од оних предвиђених у Њујоршкој конвенцији.³⁷

Конвенција не уређује питање литиспенденције, осим што у чл. 5, ст. 2 забрањује изабраном суду да одбије да одлучује („да врши надлежност“) из разлога што би о спору требало да одлучи суд друге државе. Као послед-ица тога, могуће је вођење паралелних поступака у истој ствари, јер суд пред којим је покренут поступак може да оцени да споразум о надлежно-сти није пуноважан, или да постоји неки од разлога предвиђених у чл. 6 који му даје право да одлучује упркос томе што постоји пророгациони споразум (нпр. да би пружање дејства споразуму било супротно јавном по-ретку његове државе). Одлука коју тај суд буде донео спречиће признање одлуке изабраног суда донете у другој држави уговорници.³⁸

Конвенција одступа од правила које важи у српском праву, као и у многим другим националним правима, да се пуноважност пророгацио-ног споразума (исто тако и арбитражног споразума) оцењује само по благовременом приговору странке.³⁹ На основу чл. 6 Хашке конвенције (мада то није изричито речено) суд може да одлучује по службеној дужности да ли постоји неки од разлога за ускраћивање дејства пророга-ционом споразуму. Такође, странка би могла да се позове на постојање споразума о надлежности страног суда на који се примењује Конвенција и после упуштања у расправу о предмету спора, а суд који одлучује морао би тада да поступи по чл. 6, односно да утврди да ли је споразум ништав и ако није, да се огласи ненадлежним, без обзира што приговор није био благовремен.

³⁵ Richard Garnett, стр. 8.

³⁶ Ibidem, стр. 9.

³⁷ Ibidem, стр. 12.

³⁸ Видети наслов *Признање и извршење одлуке изабраног суда*.

³⁹ Видети чл. 16 ст. 3 Закона о парничном поступку и чл. 50 Закона о решавању сукоба закона, као и чл. 14 Закона о арбитражи моделован по чл. 8, ст. 1 Модел закона УНЦИТРАЛ-а.

Признање и извршење одлуке изабраног суда

Поглавље о признању и извршењу одлука је знатно опширније од поглавља о надлежности (састоји се од осам чланова). Пресуда коју донесе изабрани суд на основу споразума о искључивој надлежности признаје се и извршава у другим државама чланицама Конвенције (чл. 8, ст. 1). Признање и извршење може се одбити само из разлога који су предвиђени Конвенцијом. Ти разлози (има их укупно седам) су таксативно набројани у члану 9. Чланови 8 и 9 инспирисани су члановима III и V Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука.⁴⁰ У члану 9 наглашено је да се признање и извршење „може“ одбити из ових разлога, а познато је да се иста формулација у Њујоршкој конвенцији тумачи у пракси појединих земаља као овлашћење суда државе чланице да призна страну арбитражну одлуку и онда кад постоји неки од разлога за непризнање наведених у релевантној одредби (члану V), посебно, кад је арбитражна одлука поништена у земљи у којој је донета.

Израз пресуда дефинисан је у члану 4, ст. 1. Bitно је да се у њој решава о суштини спора. Појам пресуде која може да се изврши обухвата и судска поравнања која је одобрио изабрани суд или су закључена пред изабраним судом (чл. 12), а не обухвата одлуке о одређивању привремених мера, чак ни оне које је донео изабрани суд. У овом делу Конвенција се разликује од Бриселске уредбе која се примењује и на извршење одлуке о привременим мерама.

У члану 8 се изричито забрањује ревизија по меритуму (преиспитивање чињеничних и правних разлога за доношење пресуде коју треба признати). Поред тога, суд од кога се захтева признање везан је чињеницама које је утврдио изабрани суд да би донео одлуку о својој надлежности. То се не односи на пресуде донете на основу изостанка (чл. 8, ст. 2).

Ако пресуда није правноснажна у земљи порекла или још није постала извршна, судови других држава чланица немају обавезу да је признају, односно да је изврше (чл. 8, ст. 3). Суд може одложити одлучивање о признању и извршењу док пресуда не постане правноснажна, односно извршна (док се не одлучи о правном леку који је уложен или док не протекне рок за подношење правног лека), а може и одбити захтев за признање односно извршење, с тим да странка може касније, кад пресуда постане правноснажна односно извршна, поново поднети захтев за признање односно извршење, (чл. 8, ст. 4).

По угледу на Њујоршку конвенцију, ако је само део пресуде подобан за признање и извршење суд може да призна, односно изврши само тај део пресуде (чл. 15).

⁴⁰ Peter Arnt Nielsen, стр. 109.

Конвенција не уређује поступак признања и извршења, већ то препушта највећим делом праву државе чијем је суду поднет захтев за признање и извршење. Једино се суд упућује да поступа експедитивно (чл. 14). Исправе које странка треба да приложи уз захтев за признање и извршење наведене су у члану 13. То су следеће исправе:

- потпун и оверен примерак пресуде;
- изворни примерак споразума о искључивој надлежности суда, или оверен примерак тог споразума, или други докази о његовом постојању;
- ако је пресуда донета на основу изостанка, изворник или оверен примерак исправе којом се установљава да је акт којиме је покренут поступак достављен лицу које је изостало;
- доказ о правноснажности и извршности пресуде у држави порекла;
- ако је реч о поравнању, уверење суда државе порекла да је судско поравнање извршено на исти начин као пресуда суда те државе;

Предвиђена је могућност да суд државе порекла изда исправу која би пратила пресуду по обрасцу који буде прописала Хашка конференција. Смисао ове исправе је да се потврди доношење пресуде и да се укратко објасни њена садржина за потребе признања и извршења. Реч је о исправи сличној оној коју издаје суд порекла пресуде на основу Бриселске уредбе.⁴¹

Разлози за непризнавање

У члану девет таксативно је набројано седам разлога због којих се може одбити признање или извршење пресуде.⁴² Томе треба додати и разлоге наведене у члану 10 и члану 11 и резерву из члана 20 о којима ће бити речи нешто касније, као и непризнавање које проистиче из примене неког другог међународног уговора. Као први разлог наводи се и овде ништавост и рушљивост споразума о надлежности према праву државе изабраног суда. Ово ипак не може бити начин да се преиспита одлука суда порекла о пуноважности споразума. Ако је суд порекла већ одлучио да је споразум пуноважан, суд признања је везан његовом одлуком (чл. 9, тачка а). Затим, признање се може одбити ако уговорна страна није имала способност да закључи споразум о надлежности, што се процењује по праву државе признања (укључујући и њене колизионе норме)(чл. 9, тачка б). Трећи разлог за непризнавање, који се односи на достављање поднеска којим је покренут поступак садржи две одредбе. Једна од њих се односи на благовремене-

⁴¹ Уз текст Конвенције садржан у Извештају приложен је и овај образац. Trevor Hartley, Masato Dogauchi, стр. 10-12.

⁴² Пошто се тачка ц која се односи на достављање иницијалног акта даље грана на две одредбе, могло би се рећи да тих разлога има и осам. Видети Peter Arnt Nielsen, стр. 110. Међутим, у Извештају се наводи да их је седам. Trevor Hartley, Masato Dogauchi, стр. 53.

ност, а друга на начин достављања. Кад је у питању благовременост, стандард који се штити је „могућност туженог да припреми одбрану“ (чл. 9, тачка ц, подтачка і).⁴³ Ако се тужени одазвао позиву суда у држави порекла одлуке, не оспоравајући достављање (под условом да је по праву те државе могао да оспори достављање), не може се касније позивати на овај разлог за непризнавање. Кад је у питању начин достављања, стандард који се мора поштовати су основна начела о достављању која се примењују у држави признања. Начин достављања примењен у држави порекла не сме бити супротан (несагласан са) овим начелима. За разлику од осталих разлога за непризнавање, овај, који има за циљ заштиту суверенитета државе у којој је извршено достављање иницијалног акта, примењује се на признање стране одлуке само у држави достављања.⁴⁴ Признање и извршење стране одлуке може се затим одбити услед преваре која је у вези са питањима поступка (чл. 9, тачка д). У примере спадају намерно достављање акта на погрешну адресу, подмићивање судије, поротника, сведока или вештака, прикривање доказа итд.⁴⁵ Одбијање следи и ако је признање и извршење очигледно у нескладу са јавним поретком државе признања (чл. 9, тачка е). Овај стандард обухвата у себи и заштиту процесног јавног поретка („ситуације када је поступак који је претходио доношењу пресуде у нескладу са основним начелима процесне правичности дате државе“). Начело *res iudicata* је подлога за два последња разлога за непризнавање: неће се признати (ни извршити) пресуда која је супротна пресуди која је у држави признања донета у спору између истих странака (чл. 9, тачка ф), нити пресуда која је супротна раније донетој пресуди у другој држави између истих странака и у истој ствари, ако та ранија пресуда испуњава услове за признање у држави признања (чл. 9, тачка г). Прва ситуација односи се на супротност пресуде чије се признање тражи са домаћом пресудом, а друга на супротност две стране пресуде чије се признање тражи. Супротна пресуда донета у држави признања спречава признање и извршење, мада није донета у истој ствари и мада је донета после стране пресуде чије се признање тражи док супротна пресуда донета у некој другој држави (која не мора бити уговорница Конвенције) спречава признање само ако су испуњени услови временске прецеденције и идентитета и ако та пресуда иначе испуњава потребне услове за признање у држави признања.⁴⁶ На тај начин се обавезе суда који није изабран да застане са поступком или да одбаци иницијални акт релативизују јер ће његова оцена о пуноважности споразума о

⁴³ Инспирација за ову одредбу долази од чл. V став 1, тачка б Њујоршке конвенције и чл. 34 ст. 2 Бриселске уредбе. Видети Peter Arnt Nielsen, стр. 112.

⁴⁴ Trevor Hartley, Masato Dogauchi, стр. 55.

⁴⁵ Ibidem, стр. 55.

⁴⁶ Ibidem, стр. 55-56.

надлежности, која треба да буде донета по праву државе изабраног суда, бити прихваћена у држави признања ако тај суд донесе пресуду пре изабраног суда, па чак и ако је донесе после изабраног суда, под условом да је тај суд, домаћи суд. Андреа Шулц, прва секретарка Сталног бироа (Секретаријата) Хашке конференције, тврди да у случају кад се као основ за одбијање признања појављује супротна пресуда донета у другој држави, суд признања примењује тест којим испитује да ли је пресуда донета у складу са чл. 6 Конвенције, односно да ли је суд који није био изабран био у праву када је одлучио да не пружи дејство пророгационом споразуму.⁴⁷ Међутим, у тексту Конвенције не налазимо основу за ову тврдњу, а такво тумачење не појављује се ни у Извештају.

У конвенцији није изричито наведено да је препрека признању и арбитражна одлука у истој ствари. За стране или међународне арбитражне одлуке (нпр. одлуке арбитражних судова ИЦСИД) то је мањи проблем, јер се те одлуке признају и извршавају по међународним уговорима који имају предност у примени над одредбама Конвенције на основу чл. 26 (Однос Конвенције са другим међународним инструментима). Тај члан даје предност у примени међународним уговорима као што су Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука и Вашингтонска конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава. Чињеница да је суд државе признања дужан да призна супротну одлуку страног арбитражног суда на основу Њујоршке или Вашингтонске конвенције представља препреку за примену чл. 8, ст. 1 Хашке конвенције. Другим речима суд коме је поднет захтев за признање неће бити дужан да призна и изврши одлуку изабраног суда државе уговорнице Хашке конвенције ако је она супротна арбитражној одлуци на коју се примењује једна од ових Конвенција.⁴⁸

Главни проблем се јавља кад су у питању домаће арбитражне одлуке, јер оне не улазе у појам „пресуде“ одређен у чл. 4, ст. 1. Суд државе признања би на основу Конвенције имао обавезу да призна пресуду изабраног суда из друге државе чланице мада је та пресуда супротна арбитражној одлуци донетој у држави признања. На пример, у уговору између холандског и српског друштва може бити уговорена надлежност Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије. Претпоставимо да се у случају спора, српско друштво обратило овој арбитражној институцији која је формирала арбитражно веће које је после годину дана донело арбитражну одлуку у спору. Холандско друштво незадовољно исходом спора, покре-

⁴⁷ Andrea Schulz, *The Future Convention on Exclusive Choice of Court Agreements and Arbitration, Transnational Dispute Management*, том 3, бр. 5, 2006, стр. 24.

⁴⁸ Ibidem, стр. 26-27.

нуло је поступак пред холандским судом у коме је холандски суд после приговора туженог оценио да арбитражни споразум није пуноважан и затим донео пресуду о предмету спора. Ако би Србија постала уговорница Конвенције чија је уговорница такође Холандија, домаћи суд би имао међународну обавезу на основу Конвенције (која би имала предност над одредабама Закона о арбитражи), да призна и изврши пресуду холандског суда, мада је она супротна ранијој пресуди арбитражног суда Спољнотрговинске арбитраже.

Додатни разлози за непризнавање и неизвршење стране пресуде предвиђени су у члановима 10 и 11, као и у чл. 20. Члан 10 се односи на претходна питања која су искључена из поља примене Конвенције, било на основу чл. 2, ст. 2 или на основу чл. 21 (декларација, односно резерва). Чињеница да је суд државе уговорнице приликом одлучивања о главној ствари одлучио и о претходном питању које не спада у поље примене конвенције не искључује аутоматски дати поступак из поља примене Конвенције (чл. 2, ст. 3). Међутим, ако је у пресуди садржана и одлука о претходном питању које је изван поља примене Конвенције (било на основу чл. 2 ст. 2 или чл. 21), тај део одлуке се неће признати ни извршити на основу Конвенције (чл. 10, ст. 1). Што је још важније, када је пресуда о главној ствари заснована на одлуци о претходном питању које је искључено из поља примене на основу чл. 2, ст. 2 или декларацијом државе чланице датом на основу чл. 21, суд државе признања није дужан да призна ни одлуку о главној ствари (чл. 10, ст. 2 и ст. 4). Тај суд може да одбије признање ако би сам решио друкчије о претходном питању.⁴⁹ Известиоци признају да је ово *sweeping exception* (изузетак који има широку примену).

Посебан изузетак од признања и извршења предвиђен је у чл. 11 за пресуде којима се на име накнаде штете досуђују износи који немају за циљ надокнаду стварно претрпљеног губитка или штете. САД су познате по таквим пресудама. Суд државе уговорнице може да одбије признање и извршење оног дела пресуде који се односи на „казнену накнаду штете“ (*exemplary or punitive damages* – чл. 11, ст. 1). При том тај суд треба да води рачуна о томе да ли досуђена штета у земљи порекла пресуде евентуално служи за покривање трошкова поступка, јер у неким земљама ти трошкови могу бити веома високи.⁵⁰ Преостали део пресуде који се односи на накнаду стварне штете, признаје се и извршава без обзира на то што је одбијено признање казног дела пресуде.

Држава чланица може да изјави да њени судови могу да одбију признање и извршење пресуде суда друге државе уговорнице у спору који је

⁴⁹ Trevor Hartley, Masato Dogauchi, стр. 57.

⁵⁰ Ibidem.

по природи њен унутрашњи спор, јер су странке имале боравиште у држави признања, а и њихов однос (тј. уговор) и други елементи битни за спор, везани су само за државу признања (чл. 20).

Одредбе о признању и извршењу из Хашке конвенције не разликују се много од одговарајућих одредаба Закона о решавању сукоба закона. Другим речима, домаћи суд би по правилу признао и извршио такве одлуке и без конвенцијских одредаба (ако је испуњен услов узајамности). Усвајање Конвенције донело би ту корист што би одлуке домаћих судова када поступају као изабрани судови на основу споразума о надлежности, биле признате и извршене у свим државама уговорницама конвенције (с тим да би оне можда биле признате и у одсуству конвенцијских одредаба, у зависности од унутрашњег права тих држава).⁵¹ Међутим, та корист би била ограниченог дмета због многобројних искључења обима примене која знатно сужавају круг одлука на чије би се признање и извршење евентуално примењивале одредбе Конвенције. Кад се узме у обзир и сложеност коју у домаћи правни систем уводи парцијално регулисање области признања и извршења страних одлука до кога би на овај начин дошло, цена конвенцијских решења можда постаје превисока.

Закључак: не журити са ратификацијом

Хашка конвенција о избору надлежног суда је поучан пример о још увек скромним донетима међународне хармонизације и сарадње у области признања страних одлука. Као минималистички исход максималистичког пројекта који је Хашка конференција за међународно приватно право предузела на иницијативу Американаца 1992. године, она је све што је остало од грандиозне идеје да се универзалном конвенцијом уреди питање надлежности, признања и извршења страних одлука у грађанским и трговинским стварима.⁵²

Преглед одредаба конвенције показује да она изузима велики број уговора из свог обима примене, да оставља државама чланицама могућност да још више сузе тај обим примене и да носи ризик да домаће арбитражне одлуке остану без дејства ако су супротне одлукама донетим на основу споразума о избору страног суда као надлежног. Такође, Конвенција повећава степен правне несигурности у случајевима прећутне пророгације, не спречава могућност вођења паралелних поступака и не осигура-

⁵¹ У већини земаља страна одлука се признаје ако је надлежност заснована на споразуму о надлежности. Видети: М. Станивуковић, М. Живковић, *Међународно приватно право – општи део*, прво издање, Београд, 2004, стр. 469-471.

⁵² По речима известилаца: „циљ се мора минимизовати“ (*the objective should be scaled down*), Trevor Hartley, Masato Dogauchi, стр. 17.

ва да одлуке домаћих судова као изабраних судова буду увек признате и извршене у државама уговорницама, јер признање споразума о надлежности и одлуке изабраног суда зависи од оцене широких правних стандарда која је препуштена судовима држава чланица. Поред тога, њеном ратификацијом, повећала би се сложеност домаћег међународног приватног права у једном домену у коме до сада није било значајнијих проблема. Кад се томе дода чињеница да Конвенција за сада није међународно прихваћена, намеће се закључак да са њеном ратификацијом не треба журити и да треба истражити и друге путеве да се побошља перспектива за признање одлука домаћих судова у иностранству.

*Maja Stanivuković, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

The Hague Convention on the Choice of Court: Critical Appraisal

Abstract

This paper makes a critical appraisal of the provisions of the 2005 Hague Convention on the Choice of Court Agreements from the perspective of Serbian Law. First, it is noted that the Convention does not apply to submission and does not regulate the effects of belated invocation of the existence of the choice of court agreement before the court not chosen. It also does not prevent that the reverse situation, that the party invokes nullity of the choice of court agreement past the initial stage in the proceedings. Secondly, the *res iudicata* effect of domestic arbitral awards seems to be jeopardized by the provisions authorizing the court of the contracting state to refuse to recognize and enforce a judgment of the other contracting state based on the choice of court agreement, solely if the judgment is inconsistent with a judgment given in the requested state (and not if it is inconsistent with an arbitral award given in the requested state). Thirdly, and most importantly, great number of exclusions from the scope of application and some very broad grounds for non-recognition of foreign forum selection clauses makes this instrument less attractive than it should be.

Key words: jurisdiction, recognition and enforcement, choice of court agreement, Hague convention 2005