

Др Маја Стјанивуковић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду

ЗАКОН О СТЕЧАЈУ И АРБИТРАЖА¹

Сажетак: У раду се анализирају правне празнине у Закону о стечају које постоје када је у питању арбитража и одговара се на питање како да се оне премосте језичким и циљним тумачењем. Размотрене су правне празнине које се односе на ваљаност и применљивост арбитражној споразума после отварања стечајној постојка, дејство отварања стечајној постојка на арбитражни постојак који је у току и дејство арбитражне одлуке у стечајном постојку.

Аутор закључује да се наведене правне празнине делом могу појунити одговарајућим тумачењем. Арбитражни споразум не престаје да важи отварањем стечајној постојка над једном од страна у споразуму, јер је суд искључиво надлежан за спровођење стечајној постојка, али не и за спорове о оспореним изражавањима стечајних поверилаца и захтеве излучних поверилаца. Ипак се пожеба за флексибилним тумачењем речи „парница“, иако да обухвати и арбитражни постојак. После отварања стечајној постојка, стечајни поверилац може испитати само деклараторне, а не и кондемпторне захтеве против стечајној дужника у арбитражном постојку.

Када су у питању арбитражни постојци који су у току, отварање стечајној постојка има за последицу прекид арбитражној постојка, који траје док се не стекну услови за његов наставак, при чему није неопходно чекаати да стечајни суд наложи тужиоцу наставак постојка. Тужилац жеба да преиначи свој ранији обавезујући тужбени захтев у утврђујући.

Арбитражна одлука о оспореном изражавању има дејство према стечајном дужнику и према свим верицима стечајној дужника и даје стечајном вериоцу право да тражи исправљање коначне листе утврђених изражавања.

Кључне речи: стечај, арбитража

¹ Рад је написан у оквиру истраживања на пројекту „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија)“ за 2014. годину.

Правни систем Србије је још увек „у изградњи“. Штавише, разни делови грађевине граде се истовремено и при томе се не поклања пажња другим сегментима који ничу на истом простору. Тако се догоди да два закона буду донета у кратком размаку времена од само три године (2006-2009), али да буду међусобно неусклађена. Реч је о Закону о арбитражи (2006)² и Закону о стечају (2009)³. У једном свом ранијем раду критиковала сам заједно са коаутором одредбе претходног Закона о стечајном поступку које су се односиле на међународни стечај.⁴ Да ли због наше или друге критике или једноставно због проблема који су настали у спровођењу лоше формулисаних норми, тек законодавац је приликом доношења новог закона исправио те пропусте и сада су одредбе о међународном стечају сасвим разумљиве и применљиве. Слично томе, и критика која ће уследити у овом раду има конструктиван циљ, да се дође до бољих и потпунијих законских решења када су у питању стечајни поступци и њихове последице.

Закон о стечају не садржи ниједну одредбу која би била посвећена статусу арбитражног споразума и арбитражног поступка у случају да стечај буде покренут над стечајним дужником који је у својим пословним односима са повериоцима и другим лицима уговарао арбитражу.⁵ То је необично с обзиром на популарност арбитраже међу привредницима и често уношење арбитражних клаузула у уговоре у привреди. Већ сама та чињеница наговештава да у закону постоје правне празнине које могу имати за последицу неизвесност и неуједначеност у примени права. Анализом одредаба Закона о стечају указаћемо на оно што у њему недостаје када је у питању арбитража и на пут да се постојеће правне празнине премосте циљним тумачењем, док се не усвоје одговарајуће измене закона.

У овој анализи узимамо у обзир неколико типичних ситуација које се могу појавити у пракси:

- стечајни поступак је отворен против дужника који је у уговору са својим пословним партнером (његовим дужником или повериоцем) уговорио арбитражу, али арбитражни поступак још није покренут;
- стечајни поступак је отворен против дужника који је тужилац у већ покренутом арбитражном поступку;

² Закон о арбитражи – ЗОА, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006.

³ Закон о стечају – ЗОС, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон и 71/2012 – одлука Уставног суда.

⁴ Станивуковић М., Ђундић П.: *Рецепција међународног права у унутрашње право на примеру српског Закона о стечајном поступку (2004)*, 1. Научни скуп "Право и језик", Крагујевац: Правни факултет, 4 Мај, 2004, 253-272

⁵ О овој теми у нашој старијој литератури видети: Ивица Јанковец, „Стечај и међународна трговачка арбитража“, *Међународна привредна арбитража – стана и иерсекиииве*, Београд, 1997, 231-239.

- стечајни поступак је отворен против дужника који је тужени у већ покренутом арбитражном поступку;
- стечајни поступак је отворен против дужника чије је потраживање према другом дужнику утврђено у арбитражној одлуци; и
- стечајни поступак је отворен против дужника чије је дуговање према стечајном повериоцу утврђено у арбитражној одлуци.

Пошто у њему нема ниједне одредбе о арбитражи, констатујемо да бар на први поглед, Закон о стечају не даје одговоре на три важна питања: да ли отварање стечајног поступка има извесно дејство на ваљаност и применљивост арбитражног споразума (1); затим, какво је дејство отварања стечајног поступка на арбитражни поступак који је у току (2); коначно, какво је дејство арбитражне одлуке у стечајном поступку (3).

1. Ваљаност и применљивост арбитражног споразума после отварања стечајног поступка над једном од страна у споразуму

Арбитражни споразум не престаје да важи отварањем стечајног поступка над једном од страна у споразуму. Законом о стечају то није предвиђено као правна последица отварања стечаја,⁶ као што је на пример предвиђено за уговоре о раду које је стечајни дужник закључио са запосленима.⁷ Додуше, чак ни отказ уговора о раду не наступа аутоматски по отварању стечаја, него тек по одлуци стечајног управника.⁸ Закон о арбитражи не предвиђа престанак арбитражног споразума из овог разлога. Последице стечаја детаљно су уређене у петом делу Закона о стечају који је насловљен „Отварање стечајног поступка“, који се састоји од седам поглавља, од којих су четири директно посвећена тој теми: поглавље 4 (Последице отварања стечајног поступка по стечајног дужника, чл. 74-79), поглавље 5 (Последице отварања стечајног поступка на потраживања, чл. 80-87), поглавље 6 (Процесноправне последице отварања стечајног поступка, чл. 88-93) и поглавље 7 (Последице отварања стечајног поступка на правне послове, чл. 94-100).

У члану 74 предвиђене су последице располагања стварима и правима која улазе у стечајну масу. Тумачењем члана 74, став 2 Закона о стечају у

⁶ Насупрот томе, изричиту одредбу ове врсте садржи пољски Закон о стечају и реорганизацији, члан 142: „Арбитражна клаузула коју је закључио стечајни дужник губи дејство од дана када буде проглашено банкротство и сваки арбитражни поступак који је у току се обуставља.“ (превод аутора са енглеског); Martin Aebi, Harold Frey, *Impact of Bankruptcy on International Arbitration Proceedings - A Special Case Does not Make a General Rule: Note* - 31 March 2009 - Swiss Supreme Court, *ASA Bulletin*, Kluwer Law International, 2010, Volume 28, Issue 1, 113.

⁷ ЗОС, чл. 77, ст. 1.

⁸ ЗОС, чл. 77, ст. 2.

складу са начелом супротности (*a contrario*), долазимо до закључка да правни посао располагања стварима и правима који је стечајни дужник закључио пре отварања стечајног поступка и даље производи дејство.⁹

Члан 94 на следећи начин уређује последице отварања стечајног поступка на двостранотеретне уговоре:

„Право на избор у случају двостранотеретног уговора

Члан 94

Ако стечајни дужник и његов сауговорач до отварања стечајног поступка нису у целости или делимично извршили двостранотеретни уговор који су закључили, стечајни управник може, уместо стечајног дужника, испунити уговор и тражити испуњење од друге стране.

Ако стечајни управник одбије испуњење, сауговорач стечајног дужника може остварити своје потраживање као стечајни поверилац.

Ако сауговорач стечајног дужника позове стечајног управника да се изјасни о испуњавању уговора, стечајни управник је дужан да сауговорача стечајног дужника, у року од 15 дана од дана пријема позива, писмено обавести о томе да ли намерава да испуни уговор.

Ако стечајни управник остане код испуњења уговора па у току стечајног поступка престане да га извршава, потраживање по основу тог уговора сматра се обавезом стечајне масе.

Одредбе овог члана примењују се на све двостранотеретне уговоре, осим ако је овим законом за одређене уговоре другачије прописано.“

Израз „двостранотеретни уговор“ није дефинисан у Закону о стечају (ни у Закону о облигационим односима), али је јасно да се односи на две уобичајене класификације уговора – на једнострано и двострано обавезне и на теретне и добротине. Док нема сумње да су арбитражни споразуми двострано обавезни, они излазе изван оквира друге поделе. Не може се за њих рећи ни да су теретни нити да су добротине. Они немају за циљ промет робе или услуга уз накнаду већ избор надлежног органа за решавање спорова. Уговорне стране у таквом споразуму обавезују се да ће у случају спора прибећи одређеном начину његовог решавања, а не да ће једна од њих пренети другој нешто уз накнаду или без накнаде. Због тога сматрамо да се члан 94 Закона о стечају не односи на арбитражне споразуме и да стечајни управник нема право избора у погледу испуњења таквог уговора. У упоредном праву, посебно у угледној швајцарској судској пракси, сматра се да је стечајни управник везан раније уговореним арбитражним спо-

⁹ ЗОС, чл. 74, ст. 2: „Правни посао располагања стварима и правима која улазе у стечајну масу, који је стечајни дужник закључио после отварања стечајног поступка, не производи правно дејство, осим у случају располагања за која важе општа правила поуздања у јавне књиге, а друга страна има право да захтева враћање противчинидбе из стечајне масе као стечајни поверилац.“

разумом стечајног дужника.¹⁰ Док ово решење није спорно када стечајни управник одлучи да испуни двострани уговор, проблем се може појавити посебно у ситуацији када стечајни управник, користећи своје право избора, одбије испуњење двостраног теретног уговора који садржи арбитражну клаузулу. Тада саговорач стечајног дужника своје потраживање може остварити као стечајни поверилац.¹¹ Различити правни системи различито решавају питање да ли је стечајни управник и тада везан арбитражним споразумом. У неким од њих, суду је остављено дискреционо право да у тој ситуацији одреди да ли ће обавезати странке на арбитражу у случају спора из тог уговора.¹²

У недостатку изричите законске норме у домаћим законима о стечају и арбитражи, која би предвидела престанак важења арбитражног споразума, на његову ваљаност после отварања стечајног поступка могла би да утиче једино евентуална неарбитрабилност спора. Наиме, ако је сваки спор у коме учествује стечајни дужник неарбитрабилан, онда би и арбитражни споразум који везује таквог дужника постао ништав по отварању стечајног поступка.¹³ Подобност спора за арбитражу, или арбитрабилност, дефинисана је у члану 5, ст. 1 Закона о арбитражи. Услови за арбитрабилност су кумулативно одређени:

- мора бити реч и о имовинском спору,
- мора бити реч о спору о правима којима странке слободно располажу и
- за спор не сме бити предвиђена искључива надлежност суда.

Испуњеност ових услова одређује се тумачењем у коме последњу реч има надлежни државни суд. Искључива надлежност суда или апсолутна судска надлежност, постоји кад је законом одређено да једино државни суд може одлучивати о неком питању. О томе тада не може одлучивати орган управе, лице које врши јавна овлашћења, нити неко друго тело, па ни арбитражни суд. Искључива надлежност суда може се установити само законом.

Суд је искључиво надлежан за спровођење стечајног поступка. То је предвиђено чланом 6 Закона о стечају који прокламује начело судског спровођења поступка. За стечајни поступак не може се уговорити арбитража чак ни кад би се сви повериоци и дужник споразумели о томе. Суд је на

¹⁰ Видети одлуку Савезног суда Швајцарске у предмету *ClearStar*, DFT 117II94,98. Исто је и у немачком праву: Stefan Michael Kröll, National Report for Germany (2007) у: Jan Paulsson (ed), *International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 1984, Supplement No. 48, February 2007, 14.

¹¹ ЗОС, чл. 94, ст. 2.

¹² На пример у енглеском праву, на основу чл. 349А Закона о несолвентности из 1986.

¹³ ЗОА, чл. 10.

основу тога искључиво надлежан за остваривање потраживања поверилаца према стечајном дужнику. Ово предвиђа члан 80, став 1 Закона о стечају: „Потраживања поверилаца према стечајном дужнику *остварују се само* у стечајном поступку.“ Остваривање треба схватити као наплату потраживања, укључујући и извршење на имовини стечајног дужника. Циљ стечајног поступка је колективно намирење стечајних поверилаца,¹⁴ те је предмет тог поступка према томе, неарбитрабилан.

Овом искључивом надлежношћу ипак нису обухваћени спорови који се јављају у вези са стечајним поступком. Остаје да се утврди да ли су арбитрабилни спорови о оспореним потраживањима поверилаца према стечајном дужнику и спорови за остваривање потраживања излучних поверилаца. О том важном питању, Закон о стечају ћути.

По покретању стечајног поступка, обезбеђени и необезбеђени повериоци су дужни да у кратком року пријаве потраживање у стечајном поступку ако намеравају да учествују у сразмерном намирењу на преосталој имовини дужника.¹⁵ Пријава потраживања је обавезна и за повериоце који су са стечајним дужником везани арбитражним споразумом, јер извршење арбитражне одлуке која би евентуално била донета није могуће изван стечајног поступка, због забране намирења и извршења на имовини стечајног дужника.¹⁶ Стечајни управник може пријављено потраживање да оспори или призна.¹⁷ Ако га буде признао, нема више основа за позивање на арбитражни споразум, јер је потраживање постало неспорно међу странкама, оно је утврђено.¹⁸ Сразмера у којој ће оно моћи да се намири одређује се у стечајном поступку, јер се једино у том поступку о томе може одлучивати. У таквој ситуацији и арбитражни споразум се гаси, једноставно због тога што је престала његова сврха, нема више спора за чије је решавање уговорен.

Насупрот томе, ако је потраживање повериоца оспорено, спор о имовинском праву између повериоца и стечајног дужника опстаје, он је и даље актуелан. Тај спор без икакве сумње испуњава прва два услова за арбитрабилност, јер је реч о имовинском спору и о правима којима странке (стечајни управник, као заступник стечајног дужника и стечајни поверилац) слободно располажу, што потврђују и законске одредебе о медијацији које сведоче да се странке могу међусобно поравнати.¹⁹ Треба дакле само

¹⁴ ЗОС, чл. 2.

¹⁵ *Ibid.*, чл. 111.

¹⁶ *Ibid.*, чл. 93, ст. 1.

¹⁷ *Ibid.*, чл. 113, ст. 2.

¹⁸ V. Lazić, „Arbitration and Insolvency Proceedings: Claims of Ordinary Bankruptcy Creditors“, *Electronic Journal of Comparative Law*, 3 December 1999. Доступно на: www.ejcl.org/33/art33-2.html, поглавље 4.3.1.

¹⁹ Видети ЗОС, чл. 115 – Медијација.

проверити да ли је испуњен и трећи услов, да не постоји искључива надлежност суда за решавање оваквог спора.

У Закону о стечају није предвиђена искључива надлежност суда за ову врсту спорова, али је с друге стране, пропуштањем да се помене арбитража и арбитражни поступак, створена дилема о правилном тумачењу интенција законодавца. Последице оспоравања потраживања предвиђене су у члану 17 Закон о стечају:

„Оспорена потраживања

Члан 117

Поверилац чије је потраживање оспорено упућује се на *јарницу* ради утврђивања оспореног потраживања, коју може да покрене у року од осам дана од дана пријема закључка из члана 116. овог закона, односно од дана истека рока за медијацију у складу са чланом 115. овог закона.

.....

Поверилац који је упућен на *јарницу* дужан је да о покретању *јарнице* односно о наставку прекинуте *јарнице* обавести поступајућег стечајног судију у року од 15 дана од дана покретања или наставка *јарнице*.

Ако поверилац из става 1. овог члана не обавести стечајног судију о покретању *јарнице*, одговоран је за трошкове и штету проузроковану пропуштањем. (нагласак аутора)“

Вишеструким понављањем речи „парница“ законодавац ствара утисак да је судско решавање о оспореном потраживању једино могуће, а при том превиђа могућност да су странке, стечајни поверилац и стечајни дужник, у уговорном односу из кога потиче оспорено потраживање раније ваљано уговориле арбитражу. Да ли се на основу таквог превида законодавца и пропуштања да се помене арбитража, може извести закључак о искључивој надлежности суда за решавање о оспореним потраживањима? По нашем мишљењу не. Искључива надлежност (стечајног) суда да би постојала и да би искључивала арбитрабилност, мора бити изричито прописана.

Кад су између странака (стечајног управника и повериоца) спорни постојање и висина потраживања које треба да буде урачунато у стечајном поступку, реч је о засебном спору који не улази у опсег надлежности стечајног судије. Мада је повезан са стечајним поступком, овај спор се решава, по претпоставци из Закона о стечају, у посебном парничном поступку који се води пред истим судом.²⁰ Упућивање на акцесорни парнични поступак има за циљ да растерети стечајног судију, да га ослободи од решавања спорова у стечајном поступку, који треба да буде брз и ефикасан. Исти циљ може се једнако остварити и упућивањем на раније уговорену

²⁰ ЗОС, чл. 118, ст. 2.

арбитражу. У ствари, неупућивање на арбитражу, представљало би непотребно осујећивање арбитражног споразума и воље уговорних страна,²¹ без икакве конкретне користи по друштво, стечајног дужника или по друге стечајне повериоце.

Искључива надлежност суда за спорове о оспореним потраживањима стечајних поверилаца не може се изводити ни из правила о атракцији стварне и месне надлежности која постоје у Закону о стечају и у Закону о парничном поступку.²² Из њих проистиче намера законодавца да се сви парнични поступци против стечајног дужника концентришу код једног суда, суда пред којим се води стечајни поступак. Треба ипак разликовати атракцију стварне и месне надлежности у корист стечајног суда (*vis attractiva concursus*) од искључења надлежности свих других органа осим суда, за решавање одређене врсте спорова. Атракција је предвиђена под претпоставком да је парнични суд пре отварања стечајног поступка био стварно и место надлежан за решавање датог спора. Ако то није случај, јер је постојао споразум о арбитражи, само отварање стечајног поступка не може одједном створити правни основ за надлежност парничног суда тамо где она претходно није постојала. Уосталом, да је друштвени интерес за концентрацију поступака о оспореним потраживањима израженији од интереса да се спроведе уговорена арбитража, законодавац би и за њих предвидео искључиву надлежност суда, као што је то учинио за стечајни поступак, чиме би аутоматски искључио њихову арбитрабилност.

Начела стечајног поступка (начело заштите стечајних поверилаца, једнаког третмана и равноправности и економичности) неће бити нарушена ако се о постојању и висини оспореног потраживања одлучи у арбитражном, а не у судском парничном поступку. Арбитражни суд, исто као и државни, може да одлучи о тим питањима. Његова одлука може једнако да послужи стечајном повериоцу као правни основ за намирење у стечајном поступку пред судом.

Законодавац у Закону о арбитражи прописује да је арбитражни суд чија је надлежност уговорена, еквивалент државног суда, а арбитражни

²¹ Као што је један енглески судија приметио, треба заштитити легитимна очекивања уговорних страна у арбитражном споразуму, да ће њихова воља бити поштована: “[t]he expectation of those who agree to have their disputes resolved by arbitration that the dispute will be resolved by the arbitral tribunal to which they have agreed under the supervision of the relevant court is no less legitimate than that of those who expect their disputes to be resolved in and by a court”. *Josef Syska and Elektrim S.A. v. Vivendi Universal S.A. et al.* [2008] EWHC 2155 (Comm), fn. 53 et seq.

²² ЗОС, чл. 91, ст. 3 и 4, као и чл. 118, ст. 2; Закон о парничном поступку - ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука Уставног суда и 74/2013 – одлука Уставног суда, чл. 57.

поступак третира као еквивалент парничног поступка. Ако је седиште арбитражног суда у Србији, његова одлука је изједначена са правноснажном одлуком домаћег суда, а ако му је седиште у иностранству, његова одлука има еквивалентан статус као страна судска одлука, односно изједначава се са домаћом судском одлуком после признања.²³ Због тога нема разлога да се и у стечајном контексту не призна та еквиваленција. Ако би се занемарио арбитражни споразум и странке обавезно упућивале на парницу, арбитража би била знатно ослабљена као алтернатива суђењу, а један од циљева њеног законског регулисања, тј. да се растерете државни судови, био би битно угрожен. Сви аргументи говоре дакле у прилог арбитрабилности спорова који се односе на оспорена потраживања, па не чуди што је такво правило прихваћено у назначајнијим страним арбитражним системима, на које се треба угледати.²⁴

Из свега што је речено закључујемо да у позитивном праву Србије, нема одредбе која би прописивала искључиву надлежност суда за решавање спорова о оспореним потраживањима који настају у току стечајног поступка, што значи да су ови спорови арбитрабилни. У случају да повериоца оспореног потраживања и стечајног дужика везује пуноважан арбитражни споразум и да се поверилац позове на постојање арбитражног споразума, стечајни суд, уместо на парницу, треба да упути повериоца да покрене арбитражу. Чињеница да у Закону о стечају то није изричито поменуто, не смета стечајном судији да сходно примени члан 14 Закона о арбитражи из којег проистиче ненадлежност суда за решавање спорова који су предмет арбитражног споразума.

Исти исход је могуће постићи на основу ширег тумачења речи „парница“, као што га предлажу аутори коментара Уредбе бр. 1346/2000 Европске уније о стечајном поступку. Према њима, реч парнице (“*lawsuits*”) употребљену у тој уредби треба тумачити тако да обухвата све парничне поступке и арбитраже „које имају за циљ да се утврди постојање, пуноважност, садржина или износ потраживања (“*which seek to determine*

²³ ЗОА чл. 64.

²⁴ На пример, уговорни спорови између дужника против кога је покренут стечајни поступак и трећег лица остају у надлежности арбитра према француском праву. Com., 13.06.2006, *Société Prodim v. Berthé ès qual.*, Rev. arb. 2006.864; Com., 02.06.2004, *Société Industry et autres v. Société Alstom Power Turbomachines and Com.*, 14.01.2004, *Prodim v. Logidis*, Rev. arb. 2004.591, n. Ancel. Цит. према: Yves Derains, Laurence Kiffer, National Report for France (2013) у: Jan Paulsson (ed), *International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 1984, Supplement No. 74, May 2013, 1–98. Иста је ситуација и у Швајцарској: Robert Briner, Paolo Michele Patocchi, National Report for Switzerland (2008) у: Jan Paulsson (ed), *International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 1984, Supplement No. 51, March 2008, 14.

the existence, validity, content or amount of a claim”).²⁵ Овакво шире тумачење је усвојено у једној одлуци енглеског суда у којој је прихваћено да се речи парница у току („*lawsuit pending*”) из члана 4, ст. 2 и члана 15 ове Уредбе морају тумачити тако да се односе и на арбитражу.²⁶

Поједини захтеви стечајног повериоца ће ипак постати неарбитрабилни, због искључиве надлежности стечајног суда. После отварања стечајног поступка, стечајни поверилац не може више истицати обавезујући захтев против стечајног дужника у арбитражном поступку јер стечајни повериоци остварују своја потраживања само у стечајном поступку.²⁷ Као и парнични суд, арбитражни суд може да утврди основаност потраживања и износ који стечајни дужник дугује стечајном повериоцу, али не може да обавезе дужника на исплату тог износа.²⁸ Арбитражна одлука треба да буде утврђујућа јер сада служи једној сврси: да се на основу ње утврде постојање и основаност потраживања и тако омогући стечајном суду да одреди статус датог повериоца у стечајном поступку, односно да његово потраживање евентуално уврсти у листу утврђених потраживања.²⁹

Захтеви излучних поверилаца остају изван сфере искључиве надлежности стечајног суда. Закон о стечају овде је јасан: излучни повериоци могу своје потраживање *осићваривајти* у свим судским и *дружим* поступцима.³⁰ Ако су везани са стечајним дужником арбитражним споразумом, то значи да излучни повериоци треба да покрену арбитражни поступак, а арбитражни суд може донети и кондемпнаторну, а не само утврђујућу одлуку против стечајног дужника.

Ипак, упркос могућности попуњавања правних празнина тумачењем, изостанак било какве одредбе о арбитражи у Закону о стечају ствара правну несигурност. Поставља се на пример, питање да ли стечајни поверилац може да покрене арбитражни поступак на основу ваљаног арбитражног споразума и пре одлуке стечајног суда којом се упућује на арбитражу, тј. да ли му је за то потребна одлука стечајног суда. Затим, шта треба да ради стечајни поверилац ако га суд уместо на арбитражу погрешно упутује на парницу? Да ли може ипак да покрене арбитражу и да само обавести о томе стечајни суд, полазећи од сходне примене члана 117, став 3, или је пак

²⁵ Miguel Virgos, Francisco Garcimartin, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, 2004, 76.

²⁶ *Josef Syska and Elektrim S.A. v. Vivendi Universal S.A. et al.* [2008] EWHC 2155 (Comm), fn. 52.

²⁷ ЗОС, чл. 80, ст. 1.

²⁸ Тако је и у Француској. Видети: Y. Derains, L. Kiffer, 16.

²⁹ ЗОС, чл. 116, ст. 7.

³⁰ ЗОС, чл. 80, ст. 3. Додуше, у чл. 112, ст. 5 Закона о стечају помињу се само судски поступци.

дужан да покрене парнични поступак, па да тек у њему истакне приговор неналежности суда на основу члана 14 Закона о арбитражи? Одговоре на ова питања мораће да да судска пракса, али је могуће да ће бити дивергентних решења.

2. Дејство отварања стечајног поступка на арбитражни поступак који је у току

Отварање стечаја у тренутку кад је арбитражни поступак већ у току није реткост. Арбитражни спор може бити један од симптома лошег финансијског стања у коме се станка налази, које ће у даљем развоју догађаја довести до њене инсолвентности, а затим и до стечаја. У стечајном закону међутим нису одређене процесноправне последице стечаја на арбитражни поступак који је у току и у коме је стечајни дужник странка. Требало је у закону предвидети да ли се такав арбитражни поступак, било да је покренут у земљи или у иностранству, може наставити или се мора окончати. С друге стране, ни Закон о арбитражи не уређује последице отварања стечаја над једном од странака у арбитражном поступку.

По већини националних стечајних права, стечајни дужник не губи способност да учествује у арбитражном поступку услед отварања стечајног поступка. Мада у Закону о стечају ово питање није изричито решено, из чињенице да се судски поступци у којима је стечајни дужник тужилац или тужени могу наставити под условима прописаним у чл. 89 и 90 проистиче, да он и даље има страначку и парничну способност. Из тога би следило да услед стечаја не губи ни страначку способност и парничну способност у арбитражном поступку.³¹

Једно од основних начела стечајног поступка јесте начело заштите поверилаца, које се остварује колективним намирењем из имовине стечајног дужника. Даном отварања стечајног поступка образује се стечајна маса у коју улази целокупна имовина стечајног дужника, сва његова права и обавезе. Индивидуално намирење необезбеђених поверилаца од тог тре-

³¹ Швајцарски Савезни суд је одбио тужбу за поништај арбитражне међуодлуке којом се арбитражни суд са седиштем у Швајцарској огласио ненадлежним за пољског туженика који је отишао под стечај. Арбитражни суд је на основу претходно цитиране одредбе пољског Закона о стечају закључио да тужени по меродавном пољском праву више нема страначку и парничну способност те да не може бити странка у арбитражном поступку. Ова арбитражна одлука, као и одлука Швајцарског Савезог суда да је не поништи, доста су критиковане у пракси, јер су се и арбитражни и Савезни суд ослонили на мишљења вештака, мада је у закону било доста индиција да стечајни дужник по пољском праву ипак задржава страначку и парничну способност и да чак може да учествује и у накнадно покренутом арбитражном поступку. Предмет *Vivendi c/ Elektrim DFT 4A_428/2008*. Видети опширније: М. Аebi, Н. Frey, 113–123.

нутка је преклудирано, а обезбеђени повериоци могу се индивидуално намирити из средства обезбеђења само уз дозволу стечајног суда. Уместо додашњих органа управљања привредним друштвом, именује се стечајни управник који води све послове и заступа стечајног дужника.

Процесноправна последица отварања стечаја је прекид свих судских поступака који су вођени у односу на дужника и његову имовину.³² Прекид арбитражних поступака није предвиђен законом,³³ али се у таквом случају намеће као најбоље решење. За наставак арбитражног поступка у том тренутку нема услова јер једна од странака више није заступана (даном отварања стечајног поступка престају заступничка и управљачка права директора, заступника и пуномоћника и прелазе на стечајног управника³⁴). Такође, пословно име стечајног дужника се мења – додаје се назив „у стечају“ – што не утиче на његов статус странке,³⁵ али изискује нотирање ове промене и у арбитражном поступку. Стечајном управнику, као законском заступнику, неопходно је оставити одређено време да се упозна са ситуацијом стечајног дужника, с његовим уговорима, правима и обавезама, и са судским и арбитражним поступцима које је водио и који су против њега вођени. Не може се очекивати да управник одмах по отварању стечајног поступка преузме арбитражни поступак у стадијуму у којем је био. Подсећамо да се арбитражни поступак у коме учествује стечајни дужник може водити не само у Србији, већ и у некој другој земљи, па је штета што законодавац није предвидео ову последицу (прекид арбитражног поступка), јер уколико арбитражни суд процени да је за питање последица стечајног поступка на арбитражни поступак меродавно српско право, у њему неће наћи јасно решење.

Арбитражни поступак који је прекинут због отварања стечајног поступка над тужиоцем наставиће се кад стечајни управник преузме поступак или кад га арбитражно веће на предлог противне стране позове да то учини. Никакве одлуке стечајног суда за ово нису неопходне, јер се не сматра да је реч о радњи од изузетног значаја.³⁶ Стечајни управник преузи-

³² ЗОС, чл. 88.

³³ Слично томе, швајцарско и немачко право не обавезују арбитраже да прекину арбитражни поступак у случају отварања стечајног поступка. Видети: Jean-François Poudret, Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, London, 2007, 505.

³⁴ ЗОС, чл. 74, ст. 1.

³⁵ У америчкој судској пракси било је случајева да су се судови позивали на аргумент да је реч о новом правном лицу да би се ускратило дејство арбитражном споразуму који је стечајни дужник закључио пре отварања стечајног поступка. V. Lazić, одељак 3.2.

³⁶ ЗОС, чл. 28, ст. 1. Не сматра се да је побијање правних радњи стечајног дужника подношењем тужбе радња од изузетног значаја. Сходно томе, ни наставак арбитражног поступка не би се могао сматрати радњом од изузетног значаја.

ма арбитражни поступак у оном стању у коме је он био пре прекида проузрокованог отварањем стечаја.³⁷

Већу дилему изазива питање кад и под којим условима може да се настави арбитражни поступак прекинут због отварања стечаја над туженим. Претпоставка је да ће после отварања стечаја поверилац стечајног дужника поступити по својој обавези из члана 111 да писмено пријави потраживање стечајном суду. У тој пријави, треба да наведе да пред арбитражним судом тече арбитража.³⁸ Ако на испитном рочишту стечајни управних оспори потраживање, стечајни судија закључком упућује повериоца чије је потраживање оспорено (стечајног или разлучног повериоца) „на наставак прекинутог парничног поступка ради утврђивања оспореног потраживања“. Уместо на наставак парничног поступка, он у овом случају треба да упути странке на наставак арбитраже.

Стечајни судија је у најбољем положају да заштити право повериоца на арбитражно решавање спора које је угрожено отварањем стечајног поступка. Услед приватног карактера арбитраже тужилац улаже значајна средства у покретање и вођење арбитражног поступка да би остварио своје потраживање. Често тужилачка страна предујмљује све арбитражне трошкове,³⁹ а ако је реч о међународној арбитражи ти трошкови могу бити изузетно високи. Неуважавањем интереса да се арбитражни спор доведе до краја доношењем арбитражне одлуке, стечајни судија би могао повериоцу да нанесе велику штету, а ако је фаза у којој се арбитражни поступак налази поодмакла, та штета може бити још већа.⁴⁰ Сви предујмљени арбитражни трошкови могли би у том случају бити изгубљени. Из тог разлога би стечајни судија требало да примени флексибилно тумачење речи „наставак парничног поступка“ из члана 90, став 1, тачка 3, тако да упути тужиоца да настави прекинути арбитражни поступак.

Поново, без обзира на могућност флексибилног тумачења, изостанак изричите норме која би предвидела дужност суда да упути тужиоца на наставак арбитраже, може представљати проблем уколико судија не поступи овако, већ уместо тога, игноришући арбитражни поступак који је у току,

³⁷ ЗОС, чл. 118, ст. 1.

³⁸ *Ibid.*, чл. 111, ст. 3.

³⁹ На пример, по Правилнику о Спољнотрговинској арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 2/2014, чл. 54, ст. 1.

⁴⁰ То је констатовано и у одлуци енглеског апелационог суда у раније цитираном предмету *Josef Syska and Elektrim S.A. v. Vivendi Universal S.A. et al.*: „*The parties have contracted for arbitration. They ought to have it. Moreover, where international arbitration proceedings are already afoot, the creditor claimant may have staked much time and effort, in incurred much expenses, in asserting its rights.*“ *Josef Syska and Elektrim S.A. v. Vivendi Universal S.A. et al.* Judgment of 9 July 2009, [2009] EWCA Civ 677.

на основу члана 117 упути тужиоца да покрене парницу ради утврђивања оспореног потраживања. Тада ће тужилац бити у дилеми како да поступи јер му у случају да не покрене парницу у року од осам дана, неће бити признато својство стечајног повериоца.⁴¹

С друге стране, арбитражни суд ће такође бити у недоумици да ли да настави поступак у ситуацији када закључак стечајног судије није прописан као нужан услов за наставак поступка. У америчком праву стечајног судији је дато дискреционо овлашћење да одлучи да ли ће упутити стечајног повериоца чије је потраживање оспорено у стечајном поступку да настави арбитражни поступак.⁴² Прекинути арбитражни поступак може се наставити ако буде донета таква одлука стечајног судије. Насупрот томе, у холандском правном систему арбитража се после прекида може наставити без посебног одобрења стечајног судије, чим се утврди да је потраживање оспорено. Довољно је да арбитражно веће обавести стечајног управника и одбор поверилаца да се арбитража наставља.⁴³

Евидентно је да би обустављање арбитражног поступка у случају да тужени оде под стечај био крајње незадовољавајуће решење. Тиме би се омогућавало туженицима да злоупотребе Закон о стечају у циљу ометања арбитражног поступка, поготово ако имамо у виду да поступак стечаја може да покрене и сам дужник.⁴⁴ Треба бити свестан да у ситуацијама када је тужбени захтев висок постоји јако искушење да се покуша изигравање арбитражног споразума – било тако што би сам дужник предложио покретање стечајног поступка или би то учинио други поверилац који је са њим повезано лице. Проузроковање лажног стечаја, које је предвиђено као кривично дело,⁴⁵ није лако доказати, тако да су овакве злоупотребе могуће упркос запрећеним санкцијама.

Може се бранити теза да ни у српском праву арбитражни суд није обавезан да чека на закључак стечајног судије да би наставио поступак. На основу члана 7 Закона о арбитражи државни суд може, у вези с арби-

⁴¹ ЗОС чл. 117, ст. 1 и чл. 35, ст. 13.

⁴² *In re White Mountain Mining Co., L.L.C.*, 403 F.3d 164, 168-70 (4th Cir. 2005); *In re U.S. Lines, Inc.*, 197 F.3d 631, 639-41 (2d Cir. 1999).

⁴³ V. Lazić, одељак 4.3.2.1. Видети чл. 29 Закона о стечају Холандије (превод на енглески: <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/bankruptcyact022.htm>). Треба приметити да се у тексту релевантне одредбе не користи термин арбитража, већ парница, али се у Холандији тај термин тумачи тако да обухвата и арбитражни поступак који је у току. Gerard J. Meijer, Marike R. P. Paulsson, National Report for The Netherlands (2012) у: Jan Paulsson (ed), *International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 1984, Supplement No. 71, October 2012, 18.

⁴⁴ ЗОС, чл. 55, ст. 1.

⁴⁵ Кривични законик - КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013, чл. 236.

тражом, да предузима само оне радње које су изричито предвиђене тим законом, а упућивање тужиоца да настави арбитражни поступак није изричито предвиђено. Такође, евентуална (погрешна) одлука стечајног суда којом упућује стечајног повериоца да покрене парнични поступак (уместо да настави арбитражни поступак), не може се сматрати одлуком државног суда о надлежности арбитражног суда и ни на који начин не обавезује арбитражни суд. Арбитражна одлука која ће резултирати из арбитражног поступка може за тужиоца да има значај и вредност без обзира на стечај туженог, те нема разлога да арбитражни суд у оваквој ситуацији не настави поступак.

Тужилац (поверилац), заједно са предлогом за наставак арбитражног поступка који подноси арбитражном суду, треба да преиначи свој ранији обавезујући тужбени захтев у утврђујући, јер арбитражни суд по отварању стечајног поступка више није надлежан да усвоји обавезујући захтев.

3. Дејство арбитражне одлуке у стечајном поступку

Стечајни поверилац који докаже своје потраживање у арбитражном поступку, има право да тражи исправљање коначне листе утврђених потраживања. Закон ни ово није изричито утврдио (у члану 116, став 7 помиње се само „парница на коју је упућен“), али то проистиче из целисходног и разумног тумачења речи „парница“. Правноснажна одлука о оспореном потраживању има дејство према стечајном дужнику и према свим повериоцима стечајног дужника.⁴⁶ Појам правноснажна одлука обухвата и арбитражну одлуку.⁴⁷ Ако је арбитражни суд решавао у иностранству, мора да се претходно испита да ли арбитражна одлука испуњава услове за признање, да би јој се признало дејство правноснажности у Србији.

Арбитражну одлуку треба третирати као извршну исправу у смислу Закона о стечају и Закона о извршењу и обезбеђењу.⁴⁸ Стечајни управник може да оспорава потраживања која су пријављена на основу арбитражне одлуке, али ако у прописаном року не покрене парницу (тј. тужбу за поништај домаће арбитражне одлуке или жалбу против решења о признању стране арбитражне одлуке), потраживање утврђено арбитражном одлуком се сматра признатим.⁴⁹ На основу тумачења постојећих законских одредаба можемо закључити да је дејство арбитражних одлука у стечајном поступку обезбеђено мада их закон изричито не помиње.

⁴⁶ ЗОС, чл. 118, ст. 3.

⁴⁷ ЗОА, чл. 64, ст. 1.

⁴⁸ Зако о извршењу и обезбеђењу - ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011 – др. закон и 109/2013 – одлука Уставног суда, чл. 13 и 14, ст. 1.

⁴⁹ ЗОС, чл. 117, ст. 5.

Закључак

У овом раду анализирали смо правне празнине у Закону о стечају које постоје када је у питању арбитража и дали одговоре на питање како да се постојеће правне празнине премосте језичким и циљним тумачењем, док се не усвоје одговарајуће измене закона. Размотрене су три правне празнине које се односе на ваљаност и применљивост арбитражног споразума после отварања стечајног поступка, дејство отварања стечајног поступка на арбитражни поступак који је у току и дејство арбитражне одлуке у стечајном поступку.

Дошли смо до закључка да се наведене правне празнине могу попуни-ти одговарајућим тумачењем. Тако, из постојећих одредаба може се извести закључак да арбитражни споразум не престаје да важи отварањем стечајног поступка над једном од страна у споразуму. Суд је искључиво надлежан за спровођење стечајног поступка, али не и за спорове о оспореним потраживањима стечајних поверилаца и захтеве излучних поверилаца. Посебно се истиче потреба флексибилног и циљног тумачења речи „парница“, тако да обухвати и арбитражни поступак. Такво тумачење било би у складу са Европском уредбом о стечају по угледу на коју су неке од законских одредаба и сачињене. Ипак, после отварања стечајног поступка, стечајни поверилац може истицати само деклараторне, а не и кондемпнаторне захтеве против стечајног дужника у арбитражном поступку.

Када су у питању арбитражни поступци који су у току, отварање стечајног поступка има за последицу прекид арбитражног поступка. Прекид траје док се не стекну услови за његов наставак, при чему није неопходно чекати да стечајни суд наложи тужиоцу наставак поступка. Тужилац (поверилац), заједно са предлогом за наставак арбитражног поступка који подноси арбитражном суду, треба да преиначи свој ранији обавезујући тужбени захтев у утврђујући.

Арбитражна одлука о оспореном потраживању има дејство према стечајном дужнику и према свим повериоцима стечајног дужника и даје стечајном повериоцу право да тражи исправљање коначне листе утврђених потраживања.

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

Serbian Law on Bankruptcy and Arbitration

Abstract: *The paper identifies gaps existing in the current Bankruptcy Act of the Republic of Serbia with respect to arbitration, and proposes ways to bridge them by literal and teleological interpretation. Gaps are identified as regards the validity and enforceability of the arbitral agreement subsequent to the opening of the bankruptcy proceedings, the effects of opening of the bankruptcy proceedings on the pending arbitral proceeding, and the effects of an arbitral award in bankruptcy proceedings.*

In the authors view, these gaps may be bridged by appropriate statutory interpretation. For example, arbitration agreement should not become automatically inoperative by the fact of opening of the bankruptcy proceedings over one of the parties to the agreement. Although the court has exclusive jurisdiction for conducting the bankruptcy procedure, this exclusive jurisdiction does not extend to disputes on contested claims of bankruptcy creditors, nor to claims of third parties related to the right of exclusion of things from the bankruptcy estate. The author advocates a broad interpretation of the term "litigation" used in the Act, so that it may include also the arbitral proceedings.

Arbitral proceedings that are pending will need to be stayed as a result of opening of the bankruptcy procedure over the debtor, until the bankruptcy administrator has been appointed and after he has had sufficient time to get acquainted with the claims. The proceedings may be continued when these conditions are met, provided that the claim was contested, without arbitral tribunal having to wait for the bankruptcy court to order the claimant to resume the proceedings. After opening of the bankruptcy proceedings, however, the bankruptcy creditor may no more seek condemnatory relief against the bankruptcy debtor in the arbitral proceedings, and should consequently rephrase its claims as declaratory claims.

Arbitral award deciding on the contested claim will have effect towards the bankruptcy debtor, but also towards all other creditors of the bankruptcy debtor, since it should confer the bankruptcy creditor with the entitlement to seek an amendment of the final list of ascertained claims.

Key words: *bankruptcy, arbitration*