

ПРОШИРЕЊЕ ДЕЈСТВА АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА¹

***Апстракт:** Дејство арбитражног споразума ограничено је и у објективном и у субјективном смислу. Тако се надлежност арбитражног суда протеже искључиво на спорове обухваћене арбитражним споразумом, који настају између његових уговорних страна. Ипак, под одређеним условима, дејство арбитражног споразума може бити проширено и на питања, односно субјекте који нису обухваћени арбитражним споразумом. У овом раду испитују се основи проширења домена арбитражног споразума, уз наглашавање уговорног карактера арбитраже. Аутор настоји да определи услове под којима арбитражни споразум може имати дејство и на непотписнике, и да идентификује ситуације у којима арбитражни суд може одлучивати о питањима која нису обухваћена овим инструментом. Детаљном анализом различитих правних концепата и института својствених различитим правним традицијама и системима, овај рад претендује да сиснтетише заједничке принципе, применљиве у свим ситуацијама у којима се питање проширења дејства арбитражног споразума може појавити.*

***Кључне речи:** арбитража, арбитражни споразум, дејство, уговорне стране.*

1. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ О ДЕЈСТВИМА АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА

Питања везана за дејство арбитражног споразума могу се посматрати кроз призму неколико различитих теоријских концепција о правној природи овог института.² Тако, представници уговорне концепције инсистирају на

¹ Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046

² Будући да се арбитража као метод решавања различитих спорова примењује већ вековима, природно је да су током времена изграђене бројне концепције о њеној правној

материјалноправним, одричући постојање процесноправних последица закључења арбитражног споразума, док је приступ заговорника јурисдикционе, процесуалистичке теорије дијаметрално супротан. Ови други инсистирају на чињеници да овлашћења страна арбитражног споразума немају свој пандан у обавезама саговорача које би се могле принудно извршити, већ се на другој страни, заправо, налазе процесни терети чије неиспуњење доводи само до слабљења процесне позиције стране која поступа противно одредбама арбитражног споразума.³ Еклектичко схватање, пак, у арбитражном споразуму проналази и материјалноправне и процесноправне елементе, тако да су по њему дејства овог инструмента материјалноправног порекла, али се она преваходно остварују на пољу процедуре.

Иако се арбитражним споразумом дерогира надлежност државног суда и пророгира надлежност арбитражног,⁴ овај уговор се разликује од уговора о пророгацији надлежности, и то по томе што у моменту његовог закључења, чак и када се ради о институционалном арбитражном суду, још увек не постоји правосудни орган на који се преноси надлежност за решавање спора. Исто тако, искључење надлежности државних судова није ни апсолутно, будући да они задржавају овлашћења да одлучују о низу питања која се јављају у току и поводом арбитражног поступка. Пророгационо, односно дерогационо дејство, није ни неопозиво, с обзиром да странама, након закључења арбитражног споразума, остаје на располагању могућност да одустану од решавања спора пред арбитражним судом и определе се за државни суд. Арбитражни споразум може се закључити и под условом или са роком, а до успостављања надлежности државног суда може доћи и у случајевима када се арбитражни суд прогласи ненадлежним, када једна од страна подигне тужбу пред државним судом а друга не истакне приговор ненадлежности, или када се стране, у случају да је уговорена алтернативна надлежност државног и арбитражног суда, определе да свој спор реше пред државном судом.⁵

природи, односно карактеру појединих арбитражноправних института. За илустративни пример разноврсности примене арбитраже видети: Ранђеловић, Н. – Историја права II – основи српске историје права, Ниш, 2012. година, стр. 29.

3 Видети Станковић, Г. – Старовић, Б. – Кеча, Р. – Петрушић, Н. – Арбитражно процесно право, Ниш, 2002. година, стр. 131.

4 Већина аутора експлицитно говори о позитивном и негативном дејству арбитражног споразума, при чему се пророгационо дејство означава као позитивно, док се дерогационо дејство поистовећује са негативним – видети, на пример, Перовић, Ј. – Уговор о међународној трговинској арбитражи, Београд, 1998. година, стр. 152 – 196.

5 О питањима алтернативне надлежности државних и арбитражних судова видети Трива, С. – Познић, Б. – Воргић, Н. – Варади, Т. – Арбитражно решавање спорова, Нови Сад, 1973. година, стр. 96.

Закључењем арбитражног споразума уговорне стране стичу право да пред државним судом пред којим је покренут поступак за решавање спора обухваћеног њиме истакну приговор ненадлежности и траже одбацивање тужбе. Стога, постојање арбитражног споразума има значај процесне сметње која вођење поступка пред државни судом чини недопуштеним.⁶ Будући да се сматра се да је тужилац подизањем тужбе пред државним судом одустао од арбитражног споразума, приговор ненадлежности може истаћи само тужени. Формулације одредаба релевантних међународних конвенција у погледу приговора ненадлежности разликују се у односу на оне садржане у нашем Закону о арбитражи утолико што се њима изричито предвиђа дужност суда да поводом приговора испита постојање и пуноважност арбитражног споразума, па да тек онда донесе одлуку о надлежности. Међутим, иако је поменута одредба нашег Закона штурта, сматра се да и у нашем праву државни судови имају ову дужност, с тим што у случају заузимања негативног става о приговору они не доносе посебну одлуку, већ такав свој став изражавају настављањем поступка.⁷ Приговор ненадлежности може се, према нашим прописима⁸ и међународним конвенцијама,⁹ изјавити пре него што се тужени упусти у расправљање о главној ствари, иначе се сматра да је и он одустао од арбитражног споразума. Са овим правилом донекле је у супротности могућност да се, паралелно са поступком пред државним судом, покрене и поступак пред арбитражним судом означеним у споразуму, која је изричито предвиђена одредбама Модел закона UNCITRAL-а и правилима Европске конвенције. Ове одредбе, наиме предвиђају да арбитражни суд може одлучивати о захтевима странака и док је поступак пред државним судом у току, односно, да литиспенденција пред државним судом не представља процесну сметњу за вођење арбитражног поступка, већ да такав карактер има само *res iudicata*.¹⁰

6 У највећем броју националних законодавстава и међународних конвенција овакво решење је прихваћено. Тако, на пример, одредба чл. 4. ст. 1. Женевског протокола о арбитражним клаузулама предвиђа да државни суд има обавезу да „на захтев једне од странака странке упуту на арбитражно суђење ако је пред тим судом покренут поступак о спору који је обухваћен пуноважним арбитражним споразумом“. Сличне одредбе садржане су и у чл. II Њујоршке конвенције, чл. VI ст. 1. Европске конвенције и чл. V ст. 1. Модел закона UNCITRAL-а.

7 Видети Голдштајн, А. – Трива, С. – Међународна трговачка арбитража, Загреб, 1987. година, стр. 150.

8 Чл. 29. ст. 1. Закона о арбитражи РС.

9 Чл. VI ст. 1. Европске конвенције и чл. 16 ст. 2. Модел закона UNCITRAL-а, по којима се приговор може истаћи до давања прве изјаве туженог која се односи на суштину спора.

10 Познић сматра да нема места литиспенденцији у случају да тужени у поступку пред државним судом буде тужен и пред арбитражним судом, с обзиром да ће он тада истаћи приговор ненадлежности арбитраже. Са друге стране, Ракић-Водинелић и Палачковић говоре о литиспенденцији и у том случају. Кнежевић је мишљења да упуштање туженог у парницу

С обзиром да се арбитражни споразум може закључити и након покретања арбитражног поступка (накнадна конвалидација или закључење по позиву арбитражне институције), његово постојање није апсолутно неопходно у моменту иницирања арбитраже. Са друге стране, само постојање арбитражног споразума не значи да је арбитражни суд дужан да прихвати вршење судске функције. Ако, пак, арбитражни суд донесе одлуку поводом спора који није обухваћен арбитражним споразумом, ако он није састављен на начин предвиђен арбитражним споразумом или не примењује правила поступка предвиђена њиме, то може представљати разлог поништаја или одбијања признања и извршења арбитражне одлуке.

Закључењем арбитражног споразума стране се опредељују за вид правне заштите, који се, у односу на правну заштиту пред државним судовима, сматра алтернативним. Овим чином оне стичу право да захтевају да се њихов сукоб реши у арбитражи, као и терет исте садржине. Међутим арбитражни споразум не ствара за стране обавезу обраћања арбитражном суду, будући да се његова надлежност не успоставља аутоматски закључењем арбитражног споразума, већ је потребан додатни импулс, који се састоји у вршењу овлашћења предвиђених арбитражним споразумом – у супротном би се радило о примени официјелне максиме, која је неспојива са природом арбитражног поступка.

Како, за разлику од уговора о пророгацији надлежности, закључење арбитражног споразума не претпоставља постојање сталне судске институције којој ће се поверити решавање спора (чак ни када се уговара институционална арбитража), право страна на партиципацију у избору арбитра и конституисању арбитражног суда подразумева се чак и када арбитражним споразумом није нормирано. Тада се посеже за аутономним арбитражним правилима или законским одредбама, које, без изузетка, предвиђају право страна у спору на учешће у формирању арбитражног суда. У случају да титулар права на учешће у избору арбитра и конституисању арбитражног суда своје право не врши, то право може прећи на друге субјекте – на пример, државне судове – ако се ради о конституисању повременог арбитражног суда, односно на тела или органе на које упућују аутономни акти арбитражних институција – код институционалних арбитража.¹¹

без истицања приговора ненадлежности води прећутној пророгацији надлежности државног суда и дерогацији надлежности арбитражног суда јер је ова пророгација јача од изричите пророгације надлежности арбитражног суда – видети Познић, Б. – Поступак избраног суда, Арбитражно решавање спорова, Нови Сад, 1973. година, стр. 96, Ракић-Водинелић, В. – Палачковић, Д. – Литиспенденција пред арбитражом и пред државним судом, Београд, Правни живот, бр. 9-10/1994. година, стр. 1361. и даље и Кнежевић, Г. – Међународна трговачка арбитража, Београд, 1999. година, стр. 105.

¹¹ Чл. 6. и 7. Арбитражних правила UNCITRAL-а.

2. ОБЈЕКТИВНЕ ГРАНИЦЕ АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА

Принципијелно посматрано, арбитражни споразум, у погледу свог дејства, подлеже основном начелу уговорног права – дејствује у границама које одреде уговорне стране.¹² Дакле, предмет арбитражног поступка може бити само захтев који је обухваћен арбитражним споразумом, док својство странке арбитражног поступка може имати само лице које је закључило арбитражни споразум или се сматра његовом страном.

Строгост начелног правила да предмет арбитражног поступка може бити само захтев који потпада под домен арбитражног споразума донекле се ублажава могућношћу покретања поступка у тренутку када арбитражни споразум још увек није закључен. У том случају потребно је да у самом поступку дође до накнадног закључења арбитражног споразума којим ће захтев садржан у радњи којом је поступак покренут бити обухваћен. Изузетак од поменутог општег правила представља и овлашћење арбитражног суда да одлучује о неком претходном питању, које не мора бити обухваћено арбитражним споразумом. Међутим, у том случају, његова одлука није подобна за стицање својства правноснажности.¹³

Ако се, пак, ради о новом захтеву за пресуду, који се истиче након подизања тужбеног захтева, обухваћеност арбитражним споразумом најчешће није довољан услов за допуштено одлучивања о њему у већ покренутом арбитражном поступку. Везивање конституисања арбитражног суда и прихватања надлежности од стране арбитра (*receptum arbitri*) за захтев за пресуду садржан у иницијалној арбитражној процесној радњи, које је својствено већини арбитражноправних система, доводи у питање могућност да арбитражни суд одлучује о свим другим захтевима који могу бити предмет арбитраже (захтевима садржаним у противтужби, приговору ради пребијања, преиначеној тужби, и сл.), с обзиром да је неизвесно да ли ће арбитра прихватити вршење судске функције у погледу нових захтева. Зато је, у циљу превазилажења оваквих проблема и унапређења функционалности механизма арбитражног решавања спорова на међународном плану, арбитражним оквирима UNCITRAL-а експлицитно предвиђено да се услови под којима је у арбитражном поступку допуштено одлучивати о свим накнадно истакнутим захтевима своде на њихову обухваћеност арбитражним споразумом. С тим у вези, овим изворима такође је нормирано да се арбитражни поступак покреће обавештењем о арбитражи (*notice of arbitration*), у којем не мора бити садржан тужбени захтев, па се конституисање арбитражног суда и прихватање надлежности од стране арбитра не везују за конкретан тужбени захтев, већ за арбитражни споразум у целини.

¹² Видети Познић, Б. – Границе арбитражног споразума, Правни живот, 11-12/93, стр. 1821.

¹³ Ibid, стр. 1824.

Наши аутономни извори регулишу само допуштеност противтужбе,¹⁴ условљавајући је обухваћеношћу захтева садржаног у њој арбитражним споразумом, док услове допуштености осталих радњи које садрже захтев за пресуду наша регулатива не нормира. О допуштености предузимања ових радњи, међутим, може се закључивати на основу одредаба које се односе на противтужбу (у којој могу бити садржани инцидентални захтев за утврђење и компензациони захтев), као и на основу одредаба о међупресуди,¹⁵ која се може донети на иницијативу арбитражног суда, али и по захтеву странака садржаном у инциденталном предлогу за утврђење или инциденталној противтужби.

Проблем одређивања објективних граница арбитражног споразума актуелизује и ситуација која настаје када дође до накнадних модификација главног уговора у којем је садржана арбитражна клаузула. Ту се поставља питање да ли се, у случају да стране нису изричито регулисале ово питање, арбитражна клаузула протеже и на спорове који превазилазе границе уговорног односа успостављене приликом закључења првобитног уговора. Има мишљења да решење овог проблема треба тражити проценом околности сваког конкретног случаја.¹⁶ Има и оних који сматрају да је обухваћеност новонасталог односа „старом“ арбитражном клаузулом противна правилу да правни однос у моменту закључења арбитражног споразума мора бити прецизно одређен. Неки аутори рестриктиван приступ овом проблему оправдавају чињеницом да су и саме стране могле отклонити сваку недоумицу изричитим регулисањем ове ситуације.¹⁷ Аутору овог рада се чини да без обзира на своју правну самосталност, арбитражна клаузула, реално представља саставни део главног уговора,¹⁸ и да се, уколико је овај сегмент модификованог уговора остао непромењен, може сматрати да је она – таква каква је била и остала – постала саставни део целине новог уговора, што представља довољну индикацију постојања воље страна да се овај елемент уговора, непромењене садржине, примени и на спорове из новонасталог правног односа.

14 Чл. 23. Правилника СТА.

15 Чл. 47. ст. 1. Правилника СТА.

16 Видети Познић, Б. – *op. cit.*, стр. 1828.

17 Видети Станковић, Г. – Старовић, Б. – Кеча. Р. – Петрушић, Н. – *op. cit.*, стр. 142.

18 Тако и Голдштајн, који из тог разлога сматра да је боље користити термин одвојивост него самосталност за однос арбитражне клаузуле према главном уговору. Он наводи да је арбитражна клаузула везана за грађанскоправни однос којем служи и да се од њега може само изузетно одвојити, тј. до коначности одлуке суда – видети Голдштајн, А. – Међународна трговачка арбитража, други дио, Загреб, 1976. година, стр. 26.

3. СУБЈЕКТИВНЕ ГРАНИЦЕ АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА

Опште је правило да арбитражни споразум дејствује само између лица која су га закључила. Међутим, будући да овај споразум спада у групу преносивих уговора, путем универзалне сукцесије у погледу главног уговора, до које може доћи смрћу физичког лица, односно спајањем, припајањем или поделом правног лица, поред сукцесије у правним односима из главног уговора, долази и до преношења права и обавеза из арбитражног споразума на друга лица.¹⁹

Када је у питању сингуларна сукцесија у погледу главног уговора, споразум о арбитражи остаје на снази и у случају уступања (цесије) уговора и потраживања, као и у случају суброгације и другим случајевима преноса потраживања, осим ако није друкчије уговорено.²⁰

3.1. Субјективне границе арбитражног споразума и уговорни односи који обухватају више од два учесника

Уговорни односи који обухватају више од два учесника све су учесталији у међународном промету. Они генеришу низ специфичних проблема везаних за арбитражно решавање спорова који из њих потичу, за које парнична процедура најчешће има одговарајућа решења, али за које арбитражна регулатива, теорија и пракса још увек нису изнашли задовољавајуће одговоре.

Ако се као пример узме уговор на чије се обе стране појављују уговорни конзорцијуми који немају јединствени правни субјективитет, и који су састављени од правних субјеката из различитих држава, приликом извршења овог уговора, или у вези са тим, спорови могу настати између различитих учесника. Чак и у ситуацији када сви субјекти на једној страни желе да покрену арбитражни поступак против свих учесника на другој могу настати одређене потешкоће. Тако се може догодити, на пример, да субјекти на страни туженог не желе да именују заједничког арбитра. Како се једнакост странака у поступку именовања арбитра сматра фундаменталним принципом арбитражног права и саставним елементом јавног поретка,²¹ настаће проблем у вези са конституисањем арбитражног трибунала. Овај проблем, у оквиру МТК, превазиђен је одредбом чл. 10. Правила Арбитраже ове институције, тако што је предвиђено или сагласно именовање арбитра од стране свих субјеката на једној страни, или, у случају када се оваква сагласност не може постићи, нити постоји споразум страна о неком другом методу именовања, именовањем три арбитра,

¹⁹ Видети Цукавец, М. – Пренос арбитражног споразума, Привреда и право, бр. 58/89.

²⁰ Чл. 13. Закона о арбитражи РС.

²¹ Видети Schwartz, E. – *Multy-Party Arbitration and the ICC: In the Wake of Dutco*, објављено у Craig, L. – Park, W. – Paulsson, J. – *International Chamber of Commerce Arbitration*, 1999. година.

од којих ће један бити одређен за председника већа, од стране Међународног суда арбитраже МТК.²²

Много је компликованија ситуација у којој само један или неки од више учесника трансакције на једној уговорној страни желе да покрену арбитражу против само једног или више, али не свих, субјеката на другој страни. Разлози за то могу бити различити. Може се десити да преостали субјекти на страни тужиоца желе да очувају добре односе са саговорачима, или да тужилац настоји да одржи коректне односе са другим субјектима на страни туженог, или да сматра да је само један од саговорника одговоран за повреду уговора. Овакви сценарији намећу бројна питања на која није лако наћи одговоре, поготову када субјекти на једној уговорној страни заједнички и солидарно одговарају за обавезе према другој, што их чини заинтересованим за исход арбитраже. Као проблематична, у овој ситуацији појављују се питања да ли тужилац може да покрене арбитражу без сагласности осталих субјеката на својој страни, да ли тужилац може покренути арбитражу само против једног субјекта на другој уговорној страни и да ли касније може покренути другу арбитражу против неког другог саговорача, да ли остали субјекти на страни тужиоца, односно туженог, могу интервенисати или се придружити у арбитражи, може ли тужени подићи противтужбу само против тужиоца или то мора учинити и против других субјеката на његовој страни.

Према преовлађујућем ставу теорије и арбитражне праксе, с обзиром на уговорну утемељеност арбитраже, у случају када субјекти заинтересовани за исход поступка нису потписници арбитражног споразума, они не би требало да имају могућност да узму учешће у њему без сагласности потписника. Ипак, барем што се тиче међународне арбитраже, чак и овакав априорни став многи аутори оспоравају, сматрајући да свеобухватна либерализација правног режима арбитраже чини овако рестриктиван приступ тумачењу арбитражних клаузула застарелим.²³ Ако, пак, имамо у виду лица која су потписала арбитражни споразум, препрека за њихову интервенцију или придруживање, наизглед не би требало да буде. Ипак, највећи број арбитражних извора чини и ову могућност проблематичном. Наиме, према традиционалном схватању, приступ

22 Видети Derains, Y. – *The Limits of Arbitration Agreement in Contracts Involving More Than Two Parties*, International Court of Arbitration Bulletin, Complex Arbitrations – Special Supplement, 2003. година, стр. 26, који истиче да је адекватном формулацијом арбитражних правила, упркос ћутању арбитражног споразума, решен један од кључних проблема вишестраначких арбитража. И у *ad hoc* арбитражама, где не постоје институционални оквири за спровођење арбитражне процедуре, странкама стоји на располагању могућност да ово питање регулишу арбитражним споразумом. Може се извести закључак да тешкоће у погледу именовања арбитра у вишестраначком контексту нису последица суштинских својстава арбитраже, већ ствар њене имплементације, у погледу које је могуће учинити адекватне адаптације.

23 Видети Hanotiau, B. – *Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues: An Analysis*, J. Int'l Arb., бр. 18, 2001. година, стр. 256.

арбитражи у својству странке могу имати само лица означена у иницијалној процесној радњи као тужилац и тужени, што практично значи да је тужилац тај који одређује ко ће бити странке у арбитражном поступку. Остала лица, без обзира на то што су евентуално стране арбитражног споразума, не могу имати овај процедурални статус. Ово правило омогућава једном од субјеката на једној страни да покрене арбитражу против само једног од саговорника, који само против тужиоца може подићи противтужбу, али онемогућава учешће потписника које тужилац није означио као странке.

Принцип детерминисаности странака арбитражног поступка актом процесне иницијативе преузет је из парничног поступка и ставља тужиоца у знатно повољнији положај, дајући му ексклузивно право да одреди свог противника. Он, такође, правилима процедуре даје примат у односу на сам арбитражни споразум, иако се арбитражни поступак покреће и води на основу овог инструмента и чак, према многим ауторима, представља његово пуко извршење. Зато неки писци истичу да би, у циљу постизања процедуралне једнакости странака, а у складу са начелом владавине уговора, потенцијалне странке у арбитражном поступку требало да буду детерминисане правним дејствима арбитражног споразума, уз могућност сваке од њих да реализује овај потенцијал.²⁴

Када се ради о могућности да тужилац покрене нови арбитражни поступак против осталих субјеката на страни туженог, она је неспорна, али повлачи ризик дуплирања трошкова и времена за решавање повезаних спорова. Ова опасност елиминисала би се спајањем арбитражних поступака, за шта би била неопходна сагласност свих странака покренутих поступака.²⁵

3.2. Арбитражни споразум и трећа лица

Своје овлашћење да спор реше, арбитражи заснивају искључиво на споразуму странака. Зато, начелно, треће лице, које се није писмено сагласило на арбитражу, не може имати својство странке у њој. Ипак, у међународној арбитражној пракси често се догађа да се арбитражни поступак покрене од стране или против субјеката који нису потписници арбитражног споразума. Тада се поставља питање да ли се, и под којим условима, арбитражни споразум

24 Тако и Nanotiau, В. – *Complex – Multicontract – Multiparty Arbitrations*, *Arb. Int'l*, бр. 14, 1998. година, стр. 384, где аутор наводи да „арбитражни поступци, ма која национална или институционална правила да се на њих примењују, просто представљају имплементацију уговора, то јест арбитражног споразума. Једна од странака арбитражног поступка, тужилац или тужени, увек је овлашћена да захтева да друга лица учествују у поступку уколико може да докаже да су она заиста стране, не поступка, већ арбитражног споразума.“

25 Одредба чл. 4. ст. 6. Правила о арбитражи МТК предвиђа да је спајање могућно све до потписивања, односно одобравања „услова поверавања“ (*Terms of Reference*).

може применити и на та лица.²⁶ У трагању за одговором на ово питање полазна тачка могу бити многобројни предмети који су решавани пред арбитражним судовима МТК, чијим се аналитичким и критичким сагледавањем могу извести одређена општа правила и начелни закључци.²⁷

Без обзира на опште правило о субјективним границама уговора, које се примењује и на арбитражни споразум, арбитражна пракса показује да су арбитражне институције склоне да у неким ситуацијама дејство арбитражног споразума прошире и на трећа лица. Један од таквих случајева је онај када је потписник арбитражног споразума лице које иступа у својству агента или заступника уговорне стране – када се треће лице, иако уско посматрано непотписник, заправо може сматрати уговорном страном арбитражног споразума. Исто тако, универзална сукцесија, асигнација и новација (када се споразумом између две иницијалне стране и трећег лица једна од иницијалних страна супституише трећим лицем у уговорном односу) могу бити повод преласка дејства арбитражног споразума на лице које га није закључило.

У случају преноса права и обавеза из главног уговора, чији је саставни елемент и арбитражна клаузула, уговорне стране могу изричито предвидети да арбитражна клаузула, заједно са главним уговором, прелази на стицаоце. Ипак, у пракси, оваква изјава воље најчешће изостаје, па се поставља питање да ли арбитражна клаузула везује и трећа лица на која прелази главни уговор. Иако правило о сепарабилности (одвојивости, самосталности) арбитражне клаузуле упућује на закључак да је одговор на ово питање негативан, тежње за афирмисањем и широм применом арбитражног решавања спорова довеле су тога да је, када је у питању пренос уговора, широко прихваћен став по којем се арбитражна клаузула сматра пратећим елементом главног уговора, тј. сматра се да се преносом главног уговора преноси и овај његов сегмент.²⁸

Када се ради о закључењу главног уговора који садржи арбитражну клаузулу у корист трећег лица, постоје одређена разилажења по питању

26 Према америчкој арбитражној доктрини постоје три групе ситуација у којима се непотписници арбитражног споразума могу принудити на учешће у арбитражи, односно у којима им се оно може допустити: 1) када се лице које није потписник арбитражног споразума може сматрати везаним њиме (*alter ego*, однос заступништва, пренос арбитражног споразума, уговор у корист трећег лица), 2) када непотписници арбитражног споразума закључе са једном од страна повезани уговор, који укључује, путем упућивања, арбитражну клаузулу садржану у првом уговору, 3) када се, с обзиром на своје понашање, лица могу сматрати обавезним на арбитражно решавање спорова и без експлицитног пристанка на одређену арбитражу – видети Lamm, C. – Aqua, J. – *Defining the Party – Who is a Proper Party in an International Arbitration Before the American Arbitration Association and Other International Institutions*, Geo. Wash. Int'l L. Rev., бр. 34, 2002-2003. година, стр. 722 – 733.

27 Ова питања детаљно су размотрена у већем броју радова публикованих у ASA, Special Series, бр. 8, 1994. година.

28 Видети Цукавец, М. – *op. cit.*, стр. 449. и Познић, Б. – *op. cit.*, стр. 1832.

везаности бенефицијара. Према неким ауторима, арбитражни споразум тада дејствује и према трећем лицу, док други ово тврђење оспоравају, истичући да ово лице није уговорна страна нити основног уговора нити арбитражне клаузуле, па његову везаност арбитражним споразумом условљавају изричитим или прећутним пристанком на арбитражу.²⁹ У том случају, према овим ауторима, заправо се и не ради о везаности трећег лица арбитражном клаузулом коју су закључила трећа лица, већ о пристанку самог тог лица на арбитражно решавање спора.

У тесној вези са питањем дејства арбитражног споразума на трећа лица је и тзв. доктрина „групе компанија.“ Група компанија (*group of companies, groupe de societes*) представља скуп друштава од којих свако поседује посебну правну самосвојност и „које, као такво нема свој посебан субјективитет, чак иако постоји јединство доношења одлука, управљања и контроле.“³⁰ Правна одвојеност субјектата по закону, између осталог, значи и немогућност да један од чланова преузима обавезе у име и за рачун осталих, као и искључење одговорности једног за обавезе осталих према трећим лицима.³¹ Ипак, реалност правног промета, нарочито међународног, показује да група компанија у односима према трећим лицима веома често фактички наступа као посебан субјект, представљајући, без обзира на формалноправни плуралитет, економско јединство (*unite economique*). Зато је основна поставка концепта групе компанија, у светлу његове примене у арбитражном праву, да правним субјектима не би требало „омогућити позивање на одвојеност правних идентитета са циљем избегавања арбитраже и одговорности у случајевима када је одвојеност вештачка, и када би се ефекти њеног одржавања састојали у повреди правде и правичности у пословању.“³² Из тог разлога и правна наука и арбитражна пракса,³³ одговарајући на захтеве реалности, под одређеним условима, групу компанија третирају као јединствен правни ентитет.

За проширење дејства арбитражног споразума на трећа лица унутар групе компанија, према досадашњој јудикатури водећих арбитражних центара, посебно МТК, потребно је, начелно, да буде испуњен барем један од праксом установљених услова. Наиме, уколико се тумачењем може закључити да постоји заједничка воља да читава група компанија буде уговорна страна арбитражног

29 Видети Jarvin, S. – *Arbitration and Third Parties*, Међународна привредна арбитража – стање и перспективе, Београд, 1997. година, стр. 72,

30 Видети Jarosson, C. – *Convention d'arbitrage et groupes de societes*, ASA Special Series, бр. 8, 1994. година, стр. 210.

31 Више о томе Васиљевић, М. – *Привредна друштва – домаће и упоредно право*, Београд, 1999. година.

32 Jarvin, S. – *op. cit*, стр. 77.

33 Више о арбитражној теорији и пракси као посредном извору права видети у Трајковић, М. – *Међународно арбитражно право*, Београд, 2000. година, стр. 225 – 230.

споразума, уколико су чланице групе, иако непотписнице арбитражног споразума и главног уговора, активно учествовале у његовом припремању, преговорима за закључење, извршењу и престанку, или уколико је компанија родитељ поступала за рачун компанија кћери, арбитражни споразум деловаће и према чланицама групе компанија које га нису закључиле.

У арбитражној пракси су прецизиране и конкретне ситуације у којима ће се сматрати да су се, осим потписника арбитражног споразума, на арбитражу обавезала и друга лица из групе. То су следећи случајеви: када је у извршењу уговора учествовала читава група, када је све чланице групе репрезентовало исто лице или је заступник поступао на начин који је саговорача довео у заблуду у погледу идентитета заступаног, када неке од чланица групе стичу директне користи од извршења уговора који садржи арбитражну клаузулу, када су чланице групе активно учествовале у преговорима за закључење уговора и његовом извршењу, када постоји заједничка воља чланица групе да се спорови повере арбитражи иако је споразум потписала само једна и када физичко лице користи више правних лица за остварење својих личних циљева.³⁴ Нарочита ситуација постоји ако страна компанија оснива посебно предузеће у складу са законима одређене државе у којој жели да послује, када се поставља питање да ли се дејство арбитражне клаузуле може проширити и на компанију родитеља.³⁵

Приликом разматрања питања да ли се може сматрати да арбитражна клаузула обавезује и непотписнике нарочито су важни прописи места арбитраже који се односе на форму арбитражног споразума.³⁶ Наиме, ако је законом места арбитраже императивним законским одредбама предвиђена обавезна писмена форма арбитражног споразума, проширењем његовог дејства на непотписнике ове одредбе биће повређене. У другим државама, пак, где захтеви у погледу форме нису тако стриктни, понашање учесника трансакције може надоместити недостатак потписа на уговору.³⁷

Илустративан пример значаја права места арбитраже у решавању питања дејства арбитражног споразума на трећа лица унутар групе компанија представља предмет *Dow Chemical v. Isover-Saint-Gobain*, из француске арбитражне

34 Видети Jarvin, S. – op. cit, стр. 77 – 80.

35 У случају да се у страниој држави оснива марионетско предузеће ради остварења недозвољених циљева, сматра се да долази у обзир примена института пробијања правне личности – видети Sandroock, O. – *Extending the Scope of Arbitration Agreements to Non-Signatories*, ASA Special Series, бр. 8, 1994. година, стр. 174 – 176.

36 И иначе, избор места арбитраже од огромног је практичног значаја за многе аспекте арбитражног поступка, па се на његовом опредељењу у фази арбитражног планирања (преговарања и састављања арбитражне клаузуле) у литератури нарочито инсистира. Видети De Ly, F. – *The Place of Arbitration in a Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: The Exercise in Arbitration Planning*, Northwestern J. Int'l L. & Bus., 1991. година, стр. 51.

37 МТК предмет бр. 3879 (*Western Helicopters*).

праксе.³⁸ У овом предмету, у вези одлучивања о сопственој надлежности, пред арбитрама се појавило питање да ли су чланице групе компанија које нису потписале основни уговор везане арбитражном клаузулом садржаном у њему. Том приликом арбитраи нису применили нити једно конкретно национално право, већ су питање своје надлежности у односу на трећа лица ценили позивањем на концепт транснационалног права, то јест *lex mercatoria*, који обухвата објективне критеријуме обичаја и начела међународне трговине, као и концепт разумних и фер очекивања странака, о којима треба судити на основу заједнички изражене воље. Сагледавајући ситуацију кроз призму овако широко постављених критеријума, арбитраи су установили да је арбитражна клаузула обавезујућа и за чланице групе које нису потписале уговор, с обзиром на њихове активности у закључењу, извршењу и престанку уговора, којима је испољена заједничка воља. Пресудан значај места арбитраже у овом случају огледа се у чињеници да је одлука донесена у земљи у чијем је праву и судској пракси теорија групе компанија већ увелико била разрађена и примењивана.³⁹ Исто тако, уредбама о арбитражи (националној и међународној)⁴⁰ у Француској, захтеви у погледу форме арбитражног споразума практично су укинута, па ни за арбитрае, ни за државни суд који је одлучивао о захтеву за поништење арбитражне одлуке, никакав проблем није представљало то што неке чланице групе компанија нису ставиле свој потпис на уговор који је садржао арбитражну клаузулу.

Већи број аутора покушао је да таксативно енумерише околности о којима арбитражни суд треба да води рачуна приликом процењивања да ли се може успоставити његова надлежност у односу на правна лица која припадају групи компанија, а која нису потписници арбитражног споразума. Тако *Blessing* наводи да су нарочито битне следеће околности: да ли се тумачењем уговора може доћи до закључка да је истинска воља страна да чланице групе компанија буду странке арбитражног поступка, да ли је понашање лица такво да сауговарача наводи на то да сматра да је оно учесник уговорног односа, да ли је чланица групе активно учествовала у закључењу и извршењу главног уговора, да ли је организациона структура групе таква да оправдава проширење арбитражног споразума и да ли меродавно право омогућава ово проширење, при чему нарочито треба имати у виду правила о пробијању правне личности и

³⁸ МТК предмет бр. 4131. Одлука којом је решено питање надлежности арбитражног суда донесена је 23. септембра 1982. године – видети *Chapelle, A. – Comment, Revue de l'arbitrage*, 1984. година, стр. 137.

³⁹ О теорији групе компанија у Француској видети *Bolard, G. – Les groupes de sociétés en droit Français*, Право и привреда, бр. 5-8/98, стр. 17 – 22.

⁴⁰ Уредба о арбитражи, од 14. маја 1980. године и Уредба о међународној арбитражи, од 12. маја 1981. године.

начело правичности у пословању.⁴¹ Са друге стране, *Jarvin* и *Jarosson* сматрају да би суд у оваквим приликама требало нарочито да поведе рачуна о томе да ли се воља уговарача може протумачити тако да се странама могу сматрати све чланице групе, да ли је матично друштво деловало за рачун зависног и колико је друштво које није потписало уговор активно учествовало у његовој припреми, преговорима за закључење и извршењу.⁴²

По питању примене теорије групе компанија у контексту дејства арбитражног споразума, наука арбитражног права није јединствена.⁴³ Са једне стране спектра су „меркатористи“ који сматрају да је питање дејства арбитражног споразума чињенично, а не правно питање, што за консеквенцу има то да се арбитра приликом одлучивања о њему не морају ослањати ни на које меродавно право (осим у случају када чињенична анализа није довољна).⁴⁴ На другој страни су конликуталисти, који заступају став да се применом теорије групе компанија на овај начин вређа принцип одвојених правних личности, као и принцип релативног дејства уговора. Исто тако, арбитражни споразум је, према одредбама већине националних закона и најзначајнијих међународних конвенција,⁴⁵ строго формални уговор, а правила о његовој форми су императивне природе и била би повређена проширењем његовог дејства на лица која га нису потписала. Зато се решење проблема увек треба тражити у меродавном праву. То ипак не значи да ови теоретичари апсолутно искључују могућност проширења субјективних граница арбитражног споразума, будући да се у свим правним системима предвиђају изузеци од поменутих принципа.⁴⁶

Неспорно је, међутим, да терет доказивања постојања претпоставки за проширење домашаја арбитражног споразума на трећа лица у оквиру групе компанија увек лежи на странци која ово проширење тражи.⁴⁷

41 Blessing, M. – *Extension of the Scope of an Arbitration Clause to Non-Signatories*, ASA Special Series, бр. 8, 1994. година, стр. 160 – 163.

42 Jarvin S. – *Extending the Scope to Non-Signatories: Group of Companies Doctrine*, ASA Special Series, бр. 8, 1994. година, стр. 199 – 201. и Jarosson, C. – *Convention d'arbitrage et groupes de societes*, ASA Special Series, бр. 8, 1994. година, стр. 220 – 226.

43 Видети Цукавец, М. – Арбитража и трећа лица, Арбитража, СТА, 2003. година, стр. 38.

44 На пример, Jarvin, S. – *Arbitration and Third Parties*, op. cit, стр. 76.

45 Њујоршка конвенција, чл. II и Европска конвенција чл. I ст. 2(a).

46 Sandrock, O. – op. cit, стр. 168. и Петровић, М. – *Lex Mercatoria* и међународна трговачка арбитража, Међународна трговачка арбитража – стање и перспективе, Београд, 1997. година, стр. 222 – 225.

47 Тако и Boissesson, M. – *Effets d'une convention d'arbitrage à l'interieur d'un groupe de societes*, Bulletin Joly, бр. 12, 1990. година, стр. 1005.

Концепту „групе компанија“ близак је појам пробијања правне личности.⁴⁸ Овај институт базиран је на потреби спречавања злоупотребе правног субјективитета једног правног лица од стране другог правног лица, физичког лица или државе, коју, за разлику од циљева које подржава теорија групе компанија, у највећем броју држава препознаје и сам законодавац.⁴⁹ У погледу овог института, у упоредном праву изграђени су одређени теоријски и практични ставови,⁵⁰ којима је заједничко својство то што предвиђају да се, уколико једно лице злоупотреби правни субјективитет правног лица да би из уговора који је то правно лице закључило стекло какву корист, дејство овог уговора може проширити и на лице које врши злоупотребу. Тако је у предмету *National Development Company of Philippines v. Adnan M. Kashoggy*⁵¹ амерички државни суд наложио господину *Kashoggy*-у да учествује у арбитражном поступку на основу чињенице да овај поседује 100% акција у компанији *Triad Holding* која је закључила арбитражни споразум и да стога представља *alter ego* ове компаније. Исто тако, у случају *Orri v. Elf Aquantine*,⁵² из француске арбитражне праксе, арбитражни суд је, током одлучивања о својој надлежности,⁵³ утврдио да је господин *Orri* приликом закључивања уговора злоупотребио предузећа која је контролисао и да се стога сматра везаним арбитражним споразумом. Апелациони суд је одбио да поништи одлуку донесену у овом поступку услед тога што је утврдио постојање економске целине подвргнуте једној вољи, као и злоупотребу у моменту закључења уговора, која се састојала у намери да

48 Овај институт настао је у енглеском праву (предмет *Solomon v. Solomon & Co Ltd*). – наведено према Јовановић, Н. – Побијање правног субјективитета компанија, Правни живот, бр. 10, 1997. година, стр. 866. Пробој правне личности у страном литератури перифрастично се означава као „игнорисање корпоративног ентитета“ (*ignoring the corporate entity*), „бушење корпоративног вела (*pearcing the corporate veil*) и сл.

49 У нашем праву овај институт регулисан је одредбом чл. 15. Закона о привредним друштвима. Наша судска пракса, као и упоредни преглед решења везаних за пробијање правне личности, изложени су у Марковић, В. – Пробијање правне личности кроз нашу судску праксу са освртом на законску регулативу других земаља, Право и привреда, бр. 5-8/2001, стр. 853 – 863.

50 То су теорија агенције или заступања, теорија економског јединства, теорија *alter ego*, и теорија злоупотребе. Више о овим теоријама видети код Јовановић, Н. – *op. cit*, стр. 874 – 879.

51 U.S. District Court (S.D.N.Y. 1992), 89 Civ. 7457/MP, Yearbook of Commerical Arbitration, бр. XVIII, стр. 506. и бр. XIX, стр. 494.

52 МТК предмет бр. 5730 из 1988. године; одлука Апелационог суда Париза од 11. јануара 1990. године, којом је ова одлука потврђена и одлука Касационог суда од 11. јуна 1991. године, којом је одбијен захтев за укидање одлуке Апелационог суда. За коментар видети Kohen, D. – *Comment*, Revue de l'arbitrage, 1992. година.

53 Видети Ћирић, А. – Компетенција компетенције, Међународна привредна арбитража – стање и перспективе, Београд, 1997. година, стр. 194 – 203.

се уговорном партнеру као саговорач подметне лице које само формално фигурира као посебан субјект.

У америчкој судској пракси, за потребе анализирања проблема дејства арбитражног споразума на лица која га нису закључила, интересантан је предмет *Carte Blanche Pte. Ltd. Singapore v. Carte Blanche International Ltd.* у којем је суд другог степена укинуо првостепену одлуку којом је утврђено да *Diners Club*, као матично предузеће предузећа *Carte Blanche International Ltd.* није дужан да изврши обавезу свог зависног предузећа наложену арбитражном одлуком. Након што је утврдио да зависно предузеће није водило пословне књиге, да оно није имало сопствену управљачку структуру и имовину и да су приходи од закљученог посла ишли директно *Diners Club*-у, виши суд је „скинуо корпоративни вео“ и позвао се на теорију *alter ego*, па је арбитражна одлука извршена директно против матичног предузећа.⁵⁴

ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

Како су концепти и институти арбитражне процедуре који омогућавају, односно чине основ, проширења дејства арбитражног споразума на трећа лица претежно изграђени и развијени у међународној и упоредној арбитражној теорији и пракси, њихова евентуална примена у нашој земљи неизоставно ће бити скопчана са многобројним проблемима и препрекама које намећу наше национално законодавство и домаћа јудикатура. Многа правила чија се примена на међународном плану, односно у неким страним системима, заобилази ради отварања врата проширењу дејства арбитражног споразума, у нашој земљи имају карактер императивних прописа, који се не могу дерогирати диспозицијом странака. Тако, на пример, правила о форми арбитражног споразума (чл. 470. и 471. старог ЗПП, односно чл. 12. новог Закона о арбитражи РС), која предвиђају обавезну писмену форму овог инструмента, имају императивну природу, па се евентуалним уговарањем меродавног права према којем захтеви форме нису тако строги, примена ових правила неће искључити. На тај начин практично је елиминисана могућност примене *lex mercatoria* у циљу ефектуирања дејства арбитражног споразума на трећа лица која га нису потписала, без обзира на њихову припадност групи компанија чија је чланица једна од уговорних страна и упркос испуњености осталих услова, које, на пример, арбитражни суд МТК узима као довољне за проширење субјективних граница арбитражног споразума. Нешто другачија била би ситуација када би се радило о злоупотреби правног лица, када би принцип забране злоупотребе права претегао у односу на

⁵⁴ О пракси америчких судова да своју међународну надлежност успостављају на основу пословања одређених субјеката преко њихових зависних предузећа видети Станивуковић, М. – Међународна надлежност судова у праву САД, Европске уније и ЕФТА, Нови Сад, 1995. година, стр. 73 – 74.

принцип строгог формализма арбитражног споразума, што би могло довести до пробијања правне личности.

У пракси наших арбитражних институција до сада није било случајева у којима је успостављена надлежности арбитражног суда у односу на лица која формално нису била уговорне стране арбитражног споразума. Међутим, са даљим отварањем наше привреде према иностранству и њеним озбиљнијим укључивањем у светске економске токове, готово је неизбежно да ће се у догледно време и наши арбитражни и државни судови наћи пред новим изазовима, који се односе на решавање проблема везаних за проширење дејства арбитражног споразума.

Prof. Dejan Janićijević, LL.D,
Faculty of Law, University of Niš,

EXTENDING THE SCOPE OF ARBITRATION AGREEMENT

Summary

The scope of arbitration agreement is limited both in subjective and objective sense. Namely, the jurisdiction of arbitration tribunal refers only to disputes covered by arbitration agreement, arising between the parties thereof. However, under certain circumstances, the effects of the agreement can be extended to issues and subject not encompassed thereby. This paper examines the grounds for expanding the reach of arbitration agreement, emphasizing the consensual nature of arbitration. The author makes an effort to determine the conditions under which arbitration agreement may affect non-signatories, and to identify the situations in which arbitration tribunal may rule on issues not covered thereby. Through the in-depth analysis of different legal concepts and institutes that belong to different legal systems, this paper attempts to synthesize the common principles applicable in all situations in which the questions of expanding the scope of arbitration agreement may arise.

Key words: *arbitration, arbitral agreement, scope, contractual parties.*

