

*Мирјана Цукавац,
секретар Сјољнојтрговинске арбитраже
при Привредној комори Југославије, Београд*

Способност странке да закључи арбитражни уговор

Странка која закључује арбитражни споразум мора бити способна да се обавезе у своје име и за свој рачун, и то је један од услова пуноважности уговора о арбитражи, без кога се не може ни засновати њене надлежност. Нема сумње да се ради о правној и пословној способности уговорача¹⁾. Проблем настаје према ком закону треба проценити правну и пословну способност странака.

Члан V (1) (а) Конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958.године (Њујоршка конвенција) предвиђа да се признање и извршење стране арбитражне одлуке може одбити уколико су странке из арбитражног уговора (односно једна од њих) "биле неспособне на темељу закона који се на њих примењује". Европска конвенција о међународној трговачкој арбитражи из 1961. године у члану VI (2) такође предвиђа да ће судови држава уговорница приликом оцене пуноважности арбитражног уговора разматрати "важност таквог споразума у погледу способности странака по закону који се на њих примењује" чиме се у основи понавља решење из Њујоршке конвенције. Међутим, ни једна ни друга конвенција не дају одговор према ком закону ће се способност оценити.

Несумњиво је да је према одредбама обе конвенције неопходно да странке из арбитражног уговора буду способне да га закључе, а за оцену те способности се мора прибећи одговарајућим колизионим нормама. Сматра се да су одредбе о способности странака део *ius cogens* сваког правног система, те странке не могу сво-

1. Исто, Г. Кнежевић, Међународна трговачка арбитража, основна питања и проблеми, Београд, 1999.г. стр. 39.

јом вољом одредити право меродавно за њену оцену²⁾. При томе, меродавно право биће различито одређено у односу на физичка односно правна лица.

I – Физичка лица

Зависно од правног система пред којим се питање поставља, способност уговарања арбитраже може бити подвргнута различитим правним режимима: националном праву уговорача у континенталним правима с тим, да ако се ради о апатридама или лицима са статусом избеглице биће подвргнута праву пребивалишта или сталног боравишта; праву домицила у англосаксонским правима, или пак праву које је меродавно за основни уговор као што је случај у неким земљама САД³⁾.

При одређивању меродавног права одлучујућу улогу ће имати право места седишта арбитраже, што је у складу са решењем из члана 5. Резолуције Института за међународно право из 1959. године⁴⁾ којом је предвиђено да способност уговарања арбитраже треба да буде регулисана законом на кога упућују правила о сукобу закона која важе у седишту арбитражног суда⁵⁾.

Прибегавање колизионим нормама седишта арбитраже, иако има преимућства због каснијег поступка евентуалног поништења арбитражне одлуке, трпи у задње време критике једног дела арбитражне доктрине. Основна замерка је да примена *lex personalis* странака у истим случајевима може довести до различитих решења, односно да лица исте старости и занимања буду способна односно неспособна да закључе арбитражни споразум као последица примене различитих националних права: права држављанства односно домицила странака. Због тога ови аутори предлажу одступање од традиционалних правила о сукобу закона и подвргавање способности странака праву меродавном за арбитражни уговор⁶⁾. Међутим, овај предлог, осим неких држава САД, као што је горе наведено, до сада није имао одјека у позитивном праву.

У циљу спречавања контрадикторних решења *Fouchard, Goldman, Gaillard*⁷⁾ формулишу једно материјално правило и предлажу да се при оцени способности странака примени претпоставка "да је свака особа која обавља неку привредну активност у виду професије способна да закључи арбитражни уговор у циљу обављања те активности"⁸⁾.

2. Г. Кнежевић, Ibid.

3. American Law Institute, Restatement of the Law (Second), Conflict of Laws rd, Sect. 198, 187-188. Исто и код A.J. Van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958. стр. 276. и 277.

4. Annuaire, 1959 II P. 374.

5. У истом смислу у: Redfern & Hunter, Law and practice of International Commercial Arbitration, London, 1991. стр. 148.

6. B. Goldman: Les conflits de lois en matière d'arbitrage international de droit privé, Rec. cours, La Haye, 1963.

7. Fouchard, Goldman, Gaillard: Traite d'Arbitrage Commercial International, Paris, 1996, стр. 269.

8. Fouchard... Ibid.

Међутим, када се ради о способности физичких лица у праву међународне трговачке арбитраже ово питање има више теоретски карактер.

Југословенско право

Према југословенском праву, свако потпуно пословно способно физичко лице може закључити арбитражни уговор. Пословно неспособно лице ће заступати његов законски заступник, а лица стављена под старатељство њихов старалац, према општим правилима којима је регулисана способност према Закону о браку и породици. За југословенско право које припада систему континенталног права, меродавно право за оцену способности физичких лица биће право држављанства тог лица.

II - Правна лица

Према припадности правног лица процењивање се питања важна за способност уговарања а то су: питање његове правне и пословне способности, организације и огранака и овлашћења за заступање.

Способност уговарања арбитраже биће подвргнута праву оне државе чију припадност има правно лице. И овде постоје два система колизионо – правног одређивања припадности правног лица.

Према првом систему, способност правног лица биће подвргнута праву оне државе где се налази његово стварно седиште. Овај систем преовлађује у већини континенталних права (Немачка, Француска, Луксембург, Белгија)⁹⁾.

Према другом систему способност правног лица ће се ценити према праву оне земље где је правно лице основано. Овај систем преовлађује у земљама *common law* система, као и у Швајцарској и Холандији.

Што се тиче Југославије, према члану 17. Закона о МПП-у¹⁰⁾ право меродавно за способност правних лица одредиће се на првом месту према систему инкорпорације, који је основни, а који може бити коригован системом седишта. То значи да ће способност правног лица бити подвргнута праву према чијим прописима је то правно лице основано, а ако има стварно седиште на територији неке друге земље, и она га сматра својим, способност ће се ценити према праву те друге државе.

Примена колизионог метода, као што је то био случај и код оцене способности физичких лица, може у истим случајевима довести до различитих решења везано за способност правних лица. И овде ће одлучујућу улогу у оцени способности имати право седишта арбитраже. Међутим, када су у питању правна лица, питање њихове способности да закључе арбитражни уговор ће се углавном сводити на питање овлашћења за заступање.

9. *Fouchard*... Навед. дело, стр. 265.

10. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима, Сл. лист СФРЈ, бр. 42/82 и 72/82.

III – Заступање

Законски заступник

Овлашћење за заступање законских заступника правног лица, као што је горе наведено биће подргнуто праву оне земље чију припадност има то правно лице. То право ће дефинисати органе који по закону заступају правно лице и одредиће ширину њиховог пуномоћја.

По правилу, законски и статутарни заступник правног лица имају право да закључују арбитражне споразуме који обавезују правно лице.

Према југословенском Закону о предузећима, заступник предузећа капитала је директор, уколико законом није другачије одређено¹¹⁾. Дакле, директор предузећа је овлашћен да закључи арбитражни споразум. Ограничење директора да закључи арбитражни споразум мора бити предвиђено оснивачким актом или статутом предузећа и бити уписано у судски регистар¹²⁾. Заступање предузећа може бити поверено и другим органима предузећа, с тим да то мора бити изричито предвиђено у оснивачком акту и статуту предузећа и уписано у судски регистар.

Према Закону о предузећима командитно друштво заступа комплементар¹³⁾ а командитор само по добијеном пуномоћству или прокури. Када су у питању ортачка друштва, сваки члан ортачког друштва заступа друштво¹⁴⁾ и према томе има право да закључи арбитражни споразум.

Са положајем законског заступника изједначени су и прокуристи, који имају право да закључе арбитражни споразум без посебног пуномоћја, с обзиром да своја овлашћења црпу из одредаба самог Закона о предузећима које их изричито овлашћују на закључивање уговора који се тичу пословања предузећа¹⁵⁾.

а) Прекорачење граница сјајшћарних овлашћења законских засћујника

У статуту предузећа односно у оснивачком акту могу бити предвиђена разна ограничења за законске заступнике у погледу закључења арбитражног споразума. Питање које се тада поставља је да ли таква ограничења обавезују правно лице.

У већини европских права усвојен је принцип недејства интерних ограничења овлашћења заступника предузећа, па макар била и уписана у регистар трговачких друштава.¹⁶⁾

Према првој директиви ЕУ законска ограничења за заступање се увек могу истицати према трећим лицима (чл. 9 ст. 1), док се ограничења предвиђена стату-

11. Закон о предузећима, Сл. лист СРЈ, бр. 29/96, 33/96, 29/97, 59/98 и 74/99, чланови 41 (1) и 63.

12. Члан 41 (2) и (4) ЗОП.

13. Члан 178 ЗОП.

14. Члан 133 ЗОП.

15. Чланови 43 и 45 ЗОП-а.

16. Упоредно правно, види код *Васиљевић*, Привредна друштва, домаће и упоредно право, Београд, 1999, стр. 66 и даље.

том или одлуком надлежног органа предузећа не могу истицати према трећим лицима чак и када су објављена (члан 9 ст. 2).¹⁷⁾

За недејство статутарних ограничења према трећим лицима су и *Fouchard, Goldman, Gaillard* према којима органи предузећа који руководе предузећем треба да се сматрају овлашћеним да закључе арбитражни уговор који ће обавезивати предузеће без обзира на рестриктивне одредбе статута или закона који се на њих примењује. Према њиховом мишљењу овај принцип се може сматрати материјалним правилом у области међународних трговинских арбитража¹⁸⁾.

У југословенском праву, међутим, сада постоје два супростављена правна режима која регулишу ово питање: један модеран установљен Законом о предузећима и други упоредно правно већ углавном напуштен – режим Закона о облигационим односима.

Према Закону о предузећима, арбитражни уговор закључен противно ограничењима садржаним у статуту и оснивачком акту обавезује правно лице за чији рачун је уговор закључен, и поред тога што је ограничење уписано у судски регистар¹⁹⁾.

Овакво решење Закона о предузећима супротно је са решењем из чл. 55. Закона о облигационим односима којим је предвиђено да уколико заступник може закључити одређени уговор само уз сагласност неког органа предузећа, па та сагласност није дата, сматра се да уговор није ни закључен.

Овакво двојство најмање је пожељно за правну сигурност и исправан је став *М. Васиљевића* према коме су неопходне измене одговарајућих одредби Закона о облигационим односима у циљу њиховог усклађивања са упоредним правом.²⁰⁾ У прилог модерног решења Закона о предузећима говоре и практични разлози. Наиме, начин закључивања уговора у оквиру модерних пословних односа (факсом, преко Интернета), онемогућава странке да у сваком случају врше увид у судске регистре и упознају се са ограничењима која су тамо забележена.

Пуномоћник

Арбитражни споразум може се закључити преко пуномоћника, а заступани може бити како физичко тако и правно лице. Мередавно право за пуномоћје биће на првом месту право које су странке изричито изабрале²¹⁾ а у недостатку избора право седишта или сталног пребивалишта пуномоћника²²⁾.

17. Прва директива ЕУ 68/151 из 1968.године о координацији правила заштите интереса акционара (чланова) и трећих лица, признатих од држава чланица у компанијама у оквиру значења другог параграфа члана 58 Римског уговора, у циљу чињења ове заштите еквивалентном у ЕУ (ОЈ но 1968 L 65/8).

18. *Fouchard...* Ibid, стр. 272.

19. Члан 41 (5) ЗОП-а. Више код *М. Васиљевић*, Коментар Закона о предузећима, Београд, 1996, стр. 52.

20. *М. Васиљевић*, Привредна друштва, Ibid, стр. 75.

21. Чл. 19 ЗММП-а; чл. 5. Хашке конвенције о мередавном праву за уговоре о посредовању и заступању од 14. марта 1978. године.

За закључење арбитражног уговора према већини права потребно је специјално пуномоћје²³⁾, дато за сваки поједини случај. Генерално пуномоћје за закључење свих правних послова није довољно.

У југословенској литератури до скоро је владало мишљење да пуномоћје за закључење арбитражног споразума мора да обухвати, осим битних елемената, још и низ других састојака²⁴⁾. Упориште за овакав став не постоји у југословенском законодавству а и у пракси би било тешко замислимо да пуномоћник преговара о елементима арбитражног споразума уз низ унапред датих ограничења. Такав начин преговарања би потпуно онемогућио закључење арбитражног споразума²⁵⁾.

а) Прекорачење граница овлашћења пуномоћника

Уколико пуномоћник прекорачи границе свог овлашћења при закључењу арбитражног уговора, питање је да ли тако закључен арбитражни споразум обавезује властодавца. У југословенском праву и у овом случају различит одговор дају Закон о облигационим односима и Закон о предузећима, па за неусклађеност режима ова два закона важи све што је напред речено.

Ситуација је јаснија када су у питању физичка лица код којих се у овом случају примењује једино Закон о облигационим односима²⁶⁾, према коме ако пуномоћник закључи арбитражни споразум без сагласности властодавца или уколико прекорачи границе пуномоћја, властодавац је у обавези само уколико накнадно одобри учињено прекорачење. Кад властодавац одобри прекорачење (било изричито или прећутно, конкluentним радњама као што су именовање арбитра, упуштање у расправу о меритуму спора и сл.) сматра се да је арбитражни споразум пуноважан и да производи дејство од момента закључења. Насупрот томе, ако сагласност није дата сматра се да уговор о арбитражи није ни закључен.

Другачији режим предвиђа Закон о предузећима према коме прекорачење овлашћења пуномоћника има дејства према трећем лицу само уколико је оно за њих знало или морало да зна²⁷⁾. Закон о предузећима овде дакле у потпуности прихвата теорију о привидном пуномоћју.

Теорија о привидном пуномоћју (*mandat apparent*) је једно од најстаријих материјалних правила француског међународног приватног права и значи да је забра-

22. Члан 20 тач. 3 ЗММП-а, члан 6. Хашке конвенције.

23. Члан 91 (4) Закона о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и Сл. лист СРЈ бр. 31/93 и 22/99; члан 396 (3) швајцарског Закона о облигационим односима; члан 1008 аустријског Грађанског законика.

24. *Голдшиџајн, Трива*, Међународна трговачка арбитража, Загреб, 1987, стр. 140. Ово мишљење прихвата и *Ј. Перовић*: Уговор о међународној трговинској арбитражи, Београд, 1998, стр. 92.

25. Тако и *Јакишић* у: Међународна трговинска арбитража у СРЈ – Унутрашњи и међународни извори, Београд, 1999, стр. 226.

26. ЗОО, члан 87.

27. Члан 42 (3) ЗОП.

њено једној странци да се позива на своју неспособност или недостатке у пуномоћју свог привидног заступника уколико њен сауговарач за такве недостатке није могао знати из оправданог разлога. Ово правило је први пут примењено од стране француског Касационог суда још далеке 1861. године у чувеном случају *Lizardi* у односу на способност странака²⁸⁾, а касније проширено и на пуномоћје. Теорија привидног пуномоћја потврђена је и правилима комунитарног права: чланом 11 Римске конвенције од 19. јуна 1980. године о праву које се примењује на уговорне облигације а прихваћена је и у великом броју националних права²⁹⁾.

Иако су одређени аутори испољили извесне резерве, истичући да онај који закључује уговор о арбитражи има обавезу да се, најмање, обавести о пословној способности и овлашћењу за заступање свог сауговорача³⁰⁾, теорија привидног заступања потврђена је и у многим одлукама у пракси³¹⁾.

б) Форма пуномоћја

Међународни извори не садрже одредбе о форми пуномоћја која је неопходна да би се закључио пуноважан арбитражни уговор. Питање је да ли се захтеви форме у смислу члана II (2) Њујоршке конвенције и члана 7 (2) UNCITRAL-овог модел закона могу проширити и на форму пуномоћја или решење треба тражити у склопу колизионих норми права земље седишта арбитражног суда, односно земље где се тражи признање и извршење стране арбитражне одлуке.

Већина аутора сматра да Њујоршка конвенција не захтева проширење услова форме из члана II (2) на пуномоћ³²⁾. Међутим, у теорији, али и у пракси присутна су и другачија мишљења³³⁾.

Примена колизионих норми на форму пуномоћја доводи до примене различитих решења зависно од меродавног материјалног права које уређује форму и садржину пуномоћја.

28. *Ancel et Lequette*: Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé.

29. Више у *M.N. Jolard – Bachellier*, L'apparence en droit international privé, LGDJ, Paris, 1984.

30. *J. Robert*: L'arbitrage, 5. ed, 183, No 268. У шестом издању ове књиге из 1993. године аутор није поновио ову резерву.

31. У 1989. години Апелациони суд Париза је имао прилику да примени теорију о привидном заступању у односу на закључење једног међународног арбитражног уговора. Пошто је констатовао да је "арбитража уобичајени начин решавања спорова међу трговцима" и да "закључење компромиса у трговачким стварима представља акт текућег пословања" суд је потврдио да је једна странка могла оправдано да верује да се у пуномоћју једног од директора извесног предузећа садржи и пуномоћје за закључење арбитражног уговора. Суд је затим потврдио да "и у случају претпоставке да директору није дато формално пуномоћје (то) предузеће се (сматра) обавезаним актима свог привидног заступника". Paris, 4. Janv. 1980, Rev. arb. 1981. 161, note P. Level.

32. *Van den Berg*: The New York Convention - it's effects, interpretation, problems у: The New York Convention of 1958, ASA Special Series no 9 стр. 228; *Andreas Reiner*: The Form of the Agent's Power to Sign an Arbitration Agreement and Article II(2) of the New York Convention, ICCA Congress Series No 9, стр. 82 и даље; код нас *Јакшић*, Нав. дело, стр. 443.

Тако према члану 90 Закона о облигационим односима у југословенском праву форма пуномоћја подвргнута је истим условима као и форма главног уговора а то значи да овлашћење за закључење арбитражног уговора мора бити дато у писменој форми. Исто решење прихваћено је и у италијанском (члан 1302. Грађанског закона Италије) и у грчком праву. У овим земљама, форма пуномоћја ће увек одговарати захтевима из члана II (2) Њујоршке конвенције.

На другој страни су права која не захтевају строгу везу између форме главног уговора и форме пуномоћја као што су напр. аустријско (члан 1008. аустријског Грађанског законика) и немачко право (члан 167II немачког Грађанског законика). У овим правима пуномоћје за закључење арбитражног споразума може бити усмено, што ће зависити од тумачења сврхе форме. Незгода је што је у пракси тумачење сврхе обавезне писмене форме арбитражног споразума доводило до контрадикторних одлука³⁴⁾.

IV – Способност странке над којом је отворен стечајни поступак

Отварањем стечајног поступка над стечајним дужником овај губи пословну способност. Ово правило важи како у Југославији³⁵⁾ тако и у упоредном праву. Од момента наступања правних последица стечаја, стечајног дужника заступа стечајни управник као законски заступник. То значи да стечајни дужник не може закључити арбитражни споразум пошто је над његовом имовином отворен стечајни поступак, а исто важи и у случају отварања поступка принудне ликвидације³⁶⁾.

Стечајни управник као законски заступник стечајног дужника има право да закључи арбитражни споразум према шведском (осим за излучне и разлучне тужбе) и енглеском праву. У неким правима стечајном управнику је за закључење арбитражног споразума потребна дозвола неког другог органа стечајног поступка (према француском праву потребна је сагласност стечајног судије).³⁷⁾

Према чл. 120 југословенског Закона о стечају, стечајни управник може закључивати нове уговоре само ради уновчења имовине дужника и ради извршења

33. Тако на пример Landgericht Hamburg је 1977.године пресудио да се услови форме из члана II(2) Њујоршке конвенције имају применити и на пуномоћ јер "одобрење усменог пуномоћја водило би злоупотреби захтева законске форме установљене Њујоршком конвенцијом". (16.3.1977.године RIW/AWD 1978, 126). Овакво решење немачког суда изазвало је изненађење јер се према члану 167II немачког Грађанског законика форма основног уговора не протеже на форму пуномоћја.

34. Више код *Andreas Reiner*, Ibid.

35. Члан 92. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, Сл. лист СФРЈ бр. 84/89 и Сл. лист СРЈ бр. 37/93 и 28/96.

36. Члан 157 (1) Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.

37. О стечају и арбитражи више код *Ивица Јанковић*: Стечај и међународна трговинска арбитража у: Међународна привредна арбитража – Стање и перспективе, Београд, 1997, стр. 237.

започетих послова и послова неопходних да би се спречило наступање штете на имовини дужника. Стечајно веће може условити својом сагласношћу склапање ових уговора. Према *Голдмидџу*, за склапање арбитражног уговора одобрење стечајног већа треба сматрати за обавезно.³⁸⁾

38. *Голдмидџ, Трива*, Нав. дело, стр. 137.