

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

## **Арбитража и везани уговори**

Успостављање надлежности арбитраже када су у питању везани уговори представља једно од многих контраверзних питања савремене арбитраже. У највећем броју случајева радило се о постојању једног комплексног правног односа између две странке који је био регулисан путем више уговора, од којих чак сви нису ни морали бити исте правне природе. Закључивање више уговора доводило је до ситуација (у пракси се то релативно често дешавало) да неки од везаних уговора садрже а неки не садрже арбитражну клаузулу, или да неки садрже клаузулу о надлежности једне, а други о надлежности друге арбитражне институције или чак и суда неке државе. С обзиром на основно правило арбитражног поступке да се надлежност арбитраже може засновати једино пуноважним арбитражним уговором, по правилу закљученим у писменој форми, овакве ситуације су отварале могућност да, уколико би спор настао, један правни однос који се базира на истом чињеничном стању буде расправљан од стране више јурисдикција па и у више различитих земаља, никад потпуно, него само делимично расветљен и да буду донете некад и дијаметрално различите арбитражне односно судске одлуке. Због тога је један део доктрине формулисао становиште (спроведено кроз низ одлука из праксе међународних арбитража)<sup>1)</sup> да арбитража, под извесним условима, може успоставити своју надлежност и у погледу уговора који не садржи арбитражну клаузулу ако арбитражну клаузулу садрже уговор или уговори са којима је спорни уговор на неки начин повезан.

1. Види код *Ph.Fouchard, B.Goldman, E.Gaillard* : "Traité de l'arbitrage commercial international", Paris 1996. стр. 317-321.

Ситуације у којима се везани уговори могу појавити у пракси су различите и у зависности од њих теорија и пракса су покушале да формулишу одређене ставове.

## **I Надлежност арбитраже у случају када сви везани уговори садрже арбитражну клаузулу**

### *a) Клаузуле о надлежности исте арбитраже*

Прва ситуација постоји уколико је један правни посао регулисан путем потписивања више уговора од којих је сваки од уговора репродуковао идентичну арбитражну клаузулу. Одговор је једноставан а једино питање које би се могло поставити у овом случају је да ли је исто арбитражно веће (или арбитар појединац) надлежно да расправи све спорове настале по основу више уговора. Пошто сви спорови произлазе из истог правног односа и између истих странака и базирају се на истом чињеничном стању разлози економичности налажу да их расправи исто арбитражно веће. Међутим, у случају да међу странкама не постоји сагласност, теорија и пракса заузимају становиште да се, тумачећи вољу странака, може доћи до закључка да су странке репродукујући истоветну арбитражну клаузулу у више повезаних уговора желеле да исти арбитражни трибунал расправи укупност целокупног односа и све спорове који би из њега могли произаћи.<sup>2)</sup> Свако другачије решење довело би до нерационалног трошења времена и новца и, што је још горе, могућности да различити арбитри донесу различите арбитражне одлуке што би довело до правно неподношљиве ситуације.

Интересантно решење предвиђа члан 24 Правилника Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије<sup>3)</sup>. Наиме, и у случају да су странке једна против друге поднеле више тужби пред Спољнотрговинском арбитражом које потичу из различитих правних односа, Секретаријат арбитраже ће настојати да се ради веће економичности поступи по овим тужбама споје и да о њима одлучи исто арбитражно веће, под условом да странке пристану на спајање поступака. Уколико се ради о истом правном односу регулисаном кроз више уговора према мишљењу аутора, арбитражно веће би могло извршити спајање поступака и без сагласности странака.

Друга ситуација је веома слична првој па је и решење истоветно. Овде је у питању један оквирни уговор који садржи арбитражну клаузулу на који се позивају сви остали уговори који се склапају у вези реализације оквирног уговора. Закључење арбитражног уговора путем позивања на арбитражну клаузулу садржану у неком другом уговору или општим условима пословања је општеприхваћен начин склапања арбитражног уговора предвиђен како UNCITRAL-овим Модел Законом (члан 7 став 2) тако и свим модерним законима о арбитражи. У југословенском праву регулисан је чланом 471 ЗПП-а<sup>4)</sup>. Ни у овом случају не треба да буде

2. Тако код: *Ph.Fouchard, Goldman, Gaillard*, наведено дело, стр. 318 као и одлука ICC арбитраже у спору но. 5989 донета у Женеви, *Yearbook Commercial Arbitration* 1994. стр. 74.

3. "Сл. лист СРЈ" бр. 52/97 и 64/2001.

неких недоумица у погледу надлежности истог арбитражног већа (или арбитра појединца) да расправи целокупност спорног односа по основу свих закључених уговора те важи исто што је горе речено.

*б) Клаузуле о надлежностии различитиих арбитражних институција/комбиновање арбитражне и судске надлежностии*

Тешкоће настају уколико више уговора којима је регулисан исти правни однос садрже различите арбитражне клаузуле (уговарање различитих арбитражних институција или ад хоц и институционалне арбитраже итд) односно неки од уговора садржи арбитражну а други клаузулу којом се уговара надлежност редовног суда извесне државе. Странке се без сумње у сваком моменту могу договорити да све спорове подвргну надлежности једне јурисдикције, било арбитражне било судске. У недостатку сагласности странака арбитражни трибунал не би могао проширити дејство арбитражне клаузуле са једног уговора на други који садржи другачију арбитражну или пак клаузулу о уговарању надлежности суда, па макар се водили и упоредни поступци пред различитим јурисдикцијама који могу довести до различитих правних решења<sup>5)</sup>. Свако друго становиште било би апсолутно неприхватљиво мењање воље странака без обзира на проблеме које свако "комбиновање" надлежности може проузроковати.

Међутим, постоје правни системи у којима је законом дозвољено вршити спајање (консолидацију) више повезаних арбитражних односно арбитражних и судских поступака и спровођење поступка пред само једном арбитражном институцијом. Наиме, према праву САД и Холандије могуће је извршити спајање повезаних поступака и против воље једне од странака. Право Холандије спајање поступака допушта једино када је у питању арбитража која се сматра домаћом.<sup>6)</sup> Што се тиче арбитража које се спроводе у САД спајање (консолидација) поступка је у искључивој надлежности државних судова који су овлашћени да одлуче да ли ће дозволити спајање поступака и пред којом арбитражном институцијом ће бити спроведен консолидовани поступак. Услов је да се сви поступци спроводе или треба да се спроведу у САД. Начелно, суд неће дозволити спајање поступака без сагласности обе странке уколико се на поступак примењује федерални закон.<sup>7)</sup> Без обзира на то неки судови су наложили спајање одвојених арбитражних поступака, пошто су

4. О закључењу арбитражног уговора путем упућивања на арбитражни уговор садржан у другој исправи видети : Голдштајн, Трива: "Међународна трговачка арбитража", Загреб 1987, стр. 143 ; Мирјана Цукавац: *Форма арбитражног споразума у југословенском праву*, "Право и привреда" бр 11-12/2000 стр. 62
5. Тако у ИСС спору но 4392 (одлука донета 1983. год) арбитражи су одбили да дозволе да се прошири дејство арбитражне клаузуле садржане у оквирном уговору на помоћни уговор који је сам садржавао одредбу која се позивала на клаузулу из општих услова продаје којом је била предвиђена надлежност државног суда. "Journal de Droit International", 1983 стр. 907, коментар Y. Derains.
6. Члан 1046 Закона о грађанском поступку у редакцији из 1986. год., формулисан како би се изашло у сусрет потребама домаће грађевинске индустрије.

установили да се у тим поступцима мора одлучити о неким заједничким питањима.<sup>8)</sup> Такође, судови су одобравали спајање поступака и онда када странка која се томе противила није успела да докаже да би спајањем претрпела штету по своје интересе.<sup>9)</sup> Иако је у начелу потребна било изричита било прећутна сагласност странака у материји која се односи на савезни закон, у материји која је регулисана меродавним правом неке од федералних држава, суд је надлежан да одлучи о спајању арбитражних поступака без обзира на сагласност странака.<sup>10)</sup>

## II Надлежност арбитраже када само неки од везаних уговора садрже арбитражну клаузулу

a) *Везани уговори који се односе на један правни посао -теорија "groupes de contracts"*<sup>11)</sup>

Теорија "groupes de contracts" је производ теоретичара меркантилистичке школе<sup>12)</sup>. Према мишљењу ове теорије у случају када постоји више везаних уговора, било да се њима регулише један однос било да представљају низ сукцесивних уговора, од којих неки или само један садрже арбитражну клаузулу док је други не садрже, арбитражи су надлежни да на основу утврђеног чињеничног стања одлуче да ли међу уговорима постоји довољна веза на основу које би се сматрало да сви уговори представљају јединствену пословну трансакцију чије решавање треба да буде

7. Спорови у којима је извршена консолидација поступака у америчкој судској пракси су веома бројни те ће се примера ради навести само неки од њих : *Government of the United Kingdom of Great Britain Through United Kingdom Procurement Office, Ministry of Defence v. Boeing Co.* 998 F2d68 (2d Cir.1993) ; *Protective Life Insurance Corp. v. Lincoln National Life Insurance Corp.* 873F2d 281 (11th Cir. 1989) ; *Matter of Arbitration between Coastal Shipping Ltd. and Southern Petroleum Tankers Ltd.* 812 F. Supp 396 (SDNY1993) .
8. У спору *Hoover Group Inc v. Probala&Associates*, 710 F. Supra 677 (N.D. Oh. 1989.) суд је нашао да су оба уговора у основи идентична, да се на обе арбитраже расправљају иста питања која се односе на исто чињенично и правно стање те да би одвојено арбитражање представљало опасност у погледу доношења различитих арбитражних одлука.
9. У спору *Sociedad Anonima De Navegacion Petrolera v. CIA. De Petroleos De Chile S.A.* 634FSupp 570 (SDNY 1992) суд је одобрио спајање поступка због постојања идентичних правних и чињеничних питања у оба спора узимајући у обзир могућност доношења конфликтних одлука као и то да за странку која се противила спајању нису могле да наступе било какве штетне последице.
10. У спору *New England Energy Inc. v. Keystone Shipping Co.*, 855 F2d 1 (1st Cir. 1988) , cert. denied, 489 U.S. 1077, 109 S. Ct. 1527, 103 L. Ed.2d 832 (1989) одобрено је спајање два арбитражна поступка, без обзира што арбитражни уговор није садржао одредбе које би се односиле на ово питање, због тога што је законом Масачусетса изричито била предвиђена ова могућност.
11. На енглеском "Group of Contracts" као и "Single/Uniform Business Transaction Doctrine"
12. О *lex mercatoria* више код : Милена Петровић, *Lex mercatoria и међународна трговачка арбитража*, "Зборник радова Међународна привредне арбитража-стање и перспективе", Београд 1997. стр. 215-231.

подвргнуто у целини надлежности арбитраже<sup>13)</sup>. У пракси међународних арбитража “groupes de contracts” доктрина је примењена у бројним случајевима.

Један од најпознатијих и много цитираних случајева а уједно и један од првих у коме је примењена теорија “троупес де контрацтс” је чувени случај из праксе ICSID-a<sup>14)</sup>. У спору Société Ouest –Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. Republic of Senegal<sup>15)</sup> ICSID арбитража је закључила да дејство арбитражне клаузуле из једног уговора мора бити проширено и на други уговор које су склопиле исте странке а који се односио на реализацију истог пројекта образујући тзв. економско јединство (unite économique) и да је арбитража надлежна да расправи укупан спорни однос.

Теорија “groupes de contracts” примењена је и у великом броју случајева из праксе ICC арбитраже. Једна од најпознатијих и најранијих била је одлука у тзв. случају Пирамида<sup>16)</sup> где су арбитражи одлучили да цела трансакција “мора бити посматрана као јединствена уговорна схема која је имала за циљ имплементацију два пројекта.”

Позивање на “јединствену уговорну схему” извршено је и у једном скоријем ICC случају (случај но7929, арбитражна одлука донета 8. фебруара 1995. год)<sup>17)</sup> где је арбитражни суд имао да одлучи да ли се дејство арбитражне клаузуле из уговора о ортаклуку који је закључен маја 1986. може проширити и на уговор о кооперацији које су исте странке закључиле јуна 1987. а који уопште није садржао арбитражну клаузулу, иако је ранији уговор о ортаклуку окончан 1. јула 1987. год. арбитражно веће са седиштем у Цириху је путем међуодлуке нашло да је арбитража надлежна у односу на оба уговора која сачињавају “део пословног односа који је почео 1985. год. и кроз кога је *inter alia* изражена воља да се сви спорови који буду настали решавају путем арбитраже” и да је арбитража надлежна да расправи и све тужбене и противтужбене захтеве који произлазе и из уговора о кооперацији а не само из уговора о ортаклуку. Арбитражи су закључили да је неопходно узети у обзир целокупни однос између странака јер представља “јединствену уговорну схему”. Швајцарски судови су по правилу у поступку судске контроле давали подршку успостављању надлежности арбитраже у односу на уговоре за које су арбитражи сматрали да чинине једну целину<sup>18)</sup>.

13. Marc Blessing, *The Law Applicable to the Arbitration Clause and Arbitrability*, "ICCA Congress series" no 9, стр. 179-180

14. International Center for Settlement of Investment Disputes -Међународни центар за решавање инвестиционих спорова између држава и држављана других држава успостављен у оквиру Светске Банке у Вашингтону.

15. ICSID случај но АРБ/82/1, наведено према А.Ј. van den Berg, "ICCA Yearbook Commercial Arbitration XVII" (1992) стр. 51 и даље

16. *Pyramids Case – SPP v. Egypt and EGOH*, ICC случај но. 3493 одлука донета 16. фебруара 1983. објављена у Sigvard Jarvin and Yves Darains, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985* стр. 124 и даље

17. Приказ овог случаја дат према М.Белесинг, наведено дело, стр.179

Но уколико је сматрано да нису били испуњени услови за постојање везаних уговора, ИСС арбитража је одбијала да прошири надлежност на уговоре који нису били покривени арбитражном клаузулом.<sup>19)</sup> Од околности сваког конкретног случаја је зависило да ли ће се сматрати да један паралелни или сукцесивни, акцесорни или независни уговор који не садржи арбитражну клаузулу чини са уговором (или уговорима) који садрже арбитражну клаузулу тзв. “економско јединство” или “јединствену уговорну схему” чиме сви заједно представљају једну јединствену пословну трансакцију која треба да се повери на решавање арбитражи.

За присталице “groupes de contracts” доктрине одговор на питање проширења дејства арбитражне клаузуле када су у питању везани уговори фактичко је а не правно питање. Одговор ће бити увек позитиван уколико се пажљивом анализом свих околности дође до уверења да су уговори довољно повезани да је неопходно да читав однос буде решен на јединствен начин и путем једне арбитражне одлуке, без обзира што неки уговори из групе не садрже арбитражну клаузулу. Сви уговори у питању морају бити интерпретирани везано за укупан однос у који су имплементирани и узимајући у обзир све обичаје које су странке могле успоставити у међусобном пословању. Тек тада се уз примену начела објективно фер и субјективно разумних очекивања обе странке може доћи до закључка да ли арбитражна клаузула садржана у једном уговору може послужити као “кишобран” и за друге уговоре између истих странака.<sup>20)</sup>

#### б) Сукцесивни уговори

Ситуација када се две странке налазе у сталном пословном односу који резултира склапањем низа сукцесивних уговора исте или сличне природе од којих неки од каснијих уговора не садрже арбитражну клаузулу садржану у претходним уговорима, на први поглед је слична горе наведеној, али има и своје специфичности. Такав однос на пример постоји између испоручиоца робе и сталног купца где се често посао може реализовати и путем обичне *fax* наруџбине од неколико речи а у којој по правилу неће бити текстуално репродукована арбитражна клаузула из претходних уговора, коју су странке уобичајено уговарале. Да ли се на основу уо-

18. Тако у спору *KCA Drilling v. Sonatrach*, ИСС спор но 5651 (одлука о надлежности арбитраже донета 16. септембра 1988.) арбитражи су одлучили да арбитражна клаузула из иницијалног уговора о бушењу нафте делује и у односу на *Apex* по 5 који је такође био предмет спора, а у коме није била текстуално репродукована арбитражна клаузула из иницијалног уговора. У поступку за поништај, швајцарски суд је потврдио арбитражну одлуку (ATF 116 Ia 56)
19. Тако у ИСС спору но 7375 (одлука објављена у "Mealey's International Arbitration Report", 1996, но.12) арбитражно веће је после веома пажљиве анализе свих околности случаја и спроведеног доказног поступка закључило да се дејство арбитражне клаузуле садржане у уговору који је закључен 1971.год. не може проширити на осам потоњих уговора закључених између 1973 и 1978.год јер каснији сукцесивни уговори нису били акцесорни већ потпуно независни од уговора закљученог 1971. год.
20. Marc Blessing, наведено дело стр. 180.

бичајене праксе између странака може закључити да постоји прећутни пристанак на арбитражу уговорану у ранијим уговорима?

Питање сукцесивних уговора третира се и у оквиру “groupes de contracts” теорије, али и као један од начина прећутног закључења арбитражног уговора на основу праксе устаљене у пословним односима између странака.<sup>21)</sup> У правима која третирају арбитражни уговор као консенсуални правни посао, као што су на пример француско или шведско право, а *lex mercatoria* као извор права, у суштини се целокупно питање везаних уговора, било да се њима регулише један сложени правни посао или представљају групу независних сукцесивних уговора своди на тумачење претпостављене воље странака на основу које арбитражи могу закључити да су се ове прећутно сагласиле да арбитражна клаузула коју су странке уобичајено уносиле у своје уговоре буде пуноважна и у односу на онај уговор где (омашком?) није унета.

Одлука арбитраже у правима која прихватају могућност склапања арбитражног уговора на основу устаљене праксе странака такође ће зависити од процене чињеничног стања. Многобројни примери из француске јуриспруденције могу послужити као пример. Тако је једном својом пресудом Апелациони суд Париза<sup>22)</sup> сматрао да је у ситуацији када су странке биле у дужем пословном односу и редовно уговарале надлежност извесне арбитражне институције оправдано сматрати да је чињеница да је таква арбитражна клаузула била уобичајени начин уговарања решавања спорова између њих довољна да се може претпоставити да су је странке прећутно укључиле и у спорни уговор који је касније закључен путем једноставне размене телекса. Дакле, констатовање постојања уобичајене праксе између странака је одлучујућа чињеница без које је недозвољено извршити проширење дејства претходно закључених арбитражних уговора на онај који је касније закључен. У једном другом ИСС спору<sup>23)</sup> арбитражи су одбили да прошире дејство арбитражне клаузуле из три уговора на четврти који је био исте природе, јер су нашли да међу странкама није постојала уобичајена пракса уговарања одређене арбитраже. Међутим, уколико упркос уобичајене праксе каснији уговор садржи арбитражну клаузулу којом се уговара надлежност друге арбитраже или клаузулу којом се уговара надлежност суда, тада би проширења дејства арбитражне клаузуле из претходних уговора на каснији уговор било недопустиво, јер је правилније закључити да су се тиме странке сложиле да промене арбитражну клаузулу.<sup>24)</sup>

Међутим, чак и у неким правима где је арбитражни уговор формални правни посао а постоји велика скепа према *lex mercatoria* као извору права, пример за то може бити немачко право, јуриспруденција је у неким својим одлукама сматрала

21. О прећутном закључењу арбитражног уговора види: Мирјана Цукавац, наведено дело, стр. 57-60.

22. Пресуда од 18. марта 1983. *Revue d'arbitrage*, 1983.491, коментар J. Robert.

23. Одлука у ИСС спору но. 7154 донета је 1993. год. "Journal de droit international", 1994 стр. 1058 коментар Y. Derains.

24. Ph. Fouchard. *ibid*, наведено дело стр. 321-322.

да је арбитражни уговор пуноважно закључен уколико се на основу уобичајене праксе странака и тумачењем њихове претпостављене воље може сматрати да су оне хтеле да подвргну надлежности исте арбитражне институције која је раније међу њиме редовно уговарана и уговор који није садржао арбитражну клаузулу<sup>25)</sup>.

*в) Југословенско право и могућности успостављања надлежности арбитраже у односу на везане уговоре*

Према југословенском праву арбитражни уговор може бити пуноважно закључен само у писменој форми. Шта се сматра писменом формом регулисано је члановима 470 и 471 Закона о парничном поступку. Једини начин тзв. прећутног закључења арбитражног уговора које познаје југословенско право је путем размене тужбе, у којој тужилац истиче постојање арбитражног уговора, а тужени у одговору на тужбу то не оспорава. Остали начини прећутног закључења арбитражног уговора као што су тзв “унилатерално” закључење и закључење арбитражног уговора на основу уобичајене праксе између странака до сада нису били прихваћени у југословенском праву и пракса Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије се негативно изражавала о могућности да се на такав начин може закључити пуноважан арбитражни споразум.<sup>26)</sup>

Чланови 470 и 471 југословенског Закона о парничном поступку у потпуности одговарају члану VII (2) UNCITRAL-овог Модел закона којим је регулисана форма арбитражног уговора и који се у овој материји може сматрати правним стандардом у материји међународног арбитражног права. Међутим, без обзира на горе речено, савремене тенденције крећу се ка све већем ублажавању захтева форме и отварању могућности прећутног закључења арбитражног уговора и у оним земљама где је арбитражни уговор строго формални правни посао. У неким земљама прећутно закључење арбитражног уговора је изричито предвиђено самим законом, као што је то случај у Холандији<sup>27)</sup> и Немачкој<sup>28)</sup>, док је у неким земљама то потврђено многобројним одлукама из судске праксе, као нпр. у Швајцарској и САД.

Но без обзира на који начин будући југословенски Закон о арбитражи, који је у припреми, буде регулисао питање форме арбитражног уговора, путем тумачења се као што смо видели могу омењати и веома строги услови форме, те аутор сматра да у будућој пракси СТА не би требало *a priori* одбацити сваку могућност успостављања надлежности арбитраже у погледу везаних уговора из следећих разлога :

25. О тим одлукама видети код Rene David, "L'arbitrage dans le commerce international", Economica, Paris, 1982 стр. 284.

26. Одлука Спољнотрговинске арбитраже 7/94 од 4. децембра 1996. год. којом се СТА огласила ненадлежном. Приказ ове одлуке дат је у М. Цукавац, наведено дело, стр. 60-62.

27. Члан 1021 Закона о парничном поступку Холандије.

28. Члан 1031 став 2 Закона о парничном поступку Немачке.

Арбитража је у свету, а изузетак не би требало да представља ни наша земља, постала уобичајени начин решавања спорова између привредних субјеката и све мање је присутно неповерење у њу као “алтернативни” облик обављања правосудне функције. Разлози економичност и поступка налажу да се један сложени однос између две странке повери на разматрање једној јурисдикцији која треба да се изјасни на јединствен начин о свим повезаним захтевима и противзахтевима странака, узимајући у обзир све околности случаја. Зашто та јурисдикција не би била арбитража?

Друго, и у случају да проширење дејства арбитражне клаузуле из једног уговора на друге уговоре не прође судску контролу, односно поступак признања и извршења арбитражне одлуке, последице по саму арбитражну одлуку у целини нису у потпуности катастрофалне – она може бити и делимично поништена<sup>29)</sup>, односно делимично призната<sup>30)</sup>.

Бојазан да у овом случајевима може доћи и до евенталних злоупотреба и неоснованог проширења надлежности арбитраже све више уступа пред тенденцијом брзине и ефикасности арбитраже као водећег начина решавања међународних привредних спорова.

---

29. Члан 34 (2) (IV) UNCITRAL-овог Модел закона.

30. Члан V (1) (ц) Њујоршке конвенције, члан 99 став 2 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима ("Сл. лист СФРЈ", 43/82 и 72/82).