

др Јелена ПЕРОВИЋ
редовни професор Економског факултета Универзитета у Београду

ПРИМЕНА *LEX MERCATORIA* ПРЕД МЕЂУНАРОДНОМ ТРГОВИНСКОМ АРБИТРАЖОМ

Резиме

Издајања у раду посвећена су појединим спорним питањима која покреће примена *lex mercatoria* у спору пред међународном трговинском арбитражом. У том контексту, анализирана је клаузула уговора међународној пословној промоцији о избору *lex mercatoria*, пре свега у смислу њене дозвољености, тумачења и примене Принципа европској уговорној праву и UNIDROIT Принципа у пракси међународне трговинске арбитраже. Посебна пажња посвећена је чињеници да се поменути клаузуле одликују значајном терминолошким неуједначеношћу, што често представља основ за различита тумачења. Из тих разлога, уговорним странама се сугерише да формулисању ове клаузуле приликује са посебном пажњом, уз избегавање широких и недовољно прецизних појмова. У раду је такође анализирана примена општих правних начела од стране арбитра у одсуству клаузуле о меродавном праву.

Кључне речи: *lex mercatoria*, арбитража, уговор, примена, тумачење.

I Увод

Клаузуле о избору права које се примењује на уговор могу имати одлучујућу улогу за успех у спору проистеклом из уговора међународног пословног промета. Разлике у решењима националних правних система у области уговорног права, решења релевантних међународних

конвенција и извора униформног уговорног права уопште, а посебно фундаменталне разлике које постоје између европско-континенталног (*civil law*) и англосаксонског (*common law*) правног система могу довести до суштински различитог исхода једног истог спора, у зависности од права које се у конкретном случају примењује. Избором права које се примењује на уговор постиже се извесност у погледу правног режима коме је уговор подвргнут, а то значи: могућност прецизног формулисања уговорних права и обавеза, тако да уговор представља адекватан израз заједничке намере уговорних страна; познавање правила релевантних за конкретан уговор, а пре свега оних која се односе на пуноважност уговора, закључење уговора, тумачење уговора, испуњење уговорних обавеза, повреду уговора, раскид уговора и накнаду штете; сигурнију процену изгледа за успех у евентуалном спору, као и познавање правила, аргумената и чињеница на које се треба позивати у случају спора.

У уговорима међународног карактера, уговорне стране су, на основу аутономије воље, овлашћене да одреде право које ће се применити на њихов уговорни однос (*lex voluntatis*). Са становишта међународног приватног права, аутономија воље уговорних страна¹ представља примарну тачку везивања за одређење меродавног права.² Уговорна клаузула којом стране одређују право које ће се применити на њихов уговорни однос назива се клаузула о избору меродавног права.³ Правила о одређењу меродавног права су у значајној мери везана за форум надлежан за решење спора проистеклог из конкретног уговорног односа, због чега се у пракси међународног пословног промета клаузула о избору меродавног права најчешће комбинује са клаузулом којом се одређује надлежност за решавање спорова. У тим оквирима, најчешће се уговара арбитража због њене прилагођености потребама међународног пословног промета и предности којима се одликује у односу на државни суд.⁴

Предмет овог рада представља анализа појединих спорних питања која покреће примена *lex mercatoria* у спору пред међународном трговинском арбитражом. У том контексту, у раду је анализирана клаузула

1 В. Ј. Deruppé, *Droit international privé*, Paris, 1997, стр. 123 и даље.

2 У савременом међународном приватном праву, начело аутономије воље је универзално прихваћено. Српски ЗРСЗ ово начело изричито предвиђа у члану 19 према коме: „За уговор је меродавно право које су изабрале уговорне стране, ако овим законом или међународним уговором није друкчије одређено.“

3 О овој клаузули као стандардној клаузули међународних привредних уговора: Ј. Перовић, *Стандардне клаузуле у међународним привредним уговорима*, Београд, 2012, стр. 135-187; S. Marchand, *Clauses contractuelles Du bon usage de la liberté contractuelle*, Helbing Lichtenhahn, 2008, стр. 251-254.

4 В. L. A. DiMatteo, *Law on International Contracting*, Kluwer Law International, Wolters Kluwer Law & Business, 2 ed., 2009, стр. 52, где се истиче: „Arbitration is the most common vehicle for dispute resolution in international commercial transactions.“

уговора међународног пословног промета о избору *lex mercatoria*, као и примена општих правних начела од стране арбитра у одсуству клаузуле о меродавном праву.

II Дозвољеност клаузуле о примени *lex mercatoria* пред Међународном трговинском арбитражом

У међународном пословном промету, уговорне стране често не желе да свој уговор подвргну праву одређене државе; уместо тога, оне се опредељују за примену транснационалних правила, која се најчешће означавају као *lex mercatoria*. Не улазећи у различита доктринарна одређења појма *lex mercatoria*, у најопштијем смислу се може констатovati да *lex mercatoria* подразумева правила транснационалног карактера (правила чији извор не представља право само једне одређене државе),⁵ као и међународне трговачке обичаје (правила понашања која се обично примењују у одређеној бранши трговачких активности).⁶

У упоредном праву широко је прихваћен став о дозвољености клаузуле о меродавном праву којом се предвиђа примена *lex mercatoria* у спору који решава међународна трговинска арбитража.⁷ Закључак о слободи уговорних страна да предвиде примену *lex mercatoria* пред међународном трговинском арбитражом произилази из самог термина „правна правила“ који се често користи у релевантним изворима права.

5 Термин „транснационална“ правила чини се адекватнијим у односу на термин „анационална“ правила с обзиром да се основни извори ових правила огледају управо у заједничким обележјима најзначајних националних правних система.

6 Уопште о *lex mercatoria*, в. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, стр. 818–819; P. K. Berger, *The creeping codification of the lex mercatoria*, The Hague, London, Boston, 1999; Ch. Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles, Exemption for Non-performance in International Arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, спец. стр. 1–3; O. Lando, „The Principles of European Contract Law and the *lex mercatoria*“, у: *Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000, стр. 391–404; L. A. DiMatteo, *нав. гело*, стр. 13 и даље.

7 B. T. Carbonneau (ed.), *Lex mercatoria and Arbitration, A discussion of the New Law Merchant*, Transnational Juris Publication, New York, 1990; F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, L.G.D.J., Paris, 1992; F. de Ly, *International Business Law and Lex mercatoria*, North-Holland, 1992; M. de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Joly, Paris, 1990, стр. 59; P. Lalive, „Arbitrage en Suisse et *lex mercatoria*. Note sur un important arrêt anglais“, *Bulletin de l'Association Suisse de l'arbitrage*, 1987, стр. 165; UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2010, UNIDROIT, Rome 2010, коментар уз Преамбулу, стр. 3; O. Lando, H. Beale, *Introduction, u Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, 2000, стр. xxiv.

Тако на пример, избор „правних правила“ од стране уговорних страна предвиђају француски Нови законик о грађанском поступку⁸ и холандски Законик о грађанском поступку.⁹ У истом смислу, швајцарски Закон о међународном приватном праву одређује да арбитража решава спор према „правним правилима“ која су изабрале уговорне стране.¹⁰ Ово решење усвојено је и у појединим изворима униформног права. Тако на пример, према Модел закону UNCITRAL-а о међународној трговинској арбитражи, „арбитражни суд одлучује о спору у складу са правним правилима која су стране изабрале као меродавна за суштину спора“.¹¹

Став о дозвољености уговарања општих правних начела у споровима пред међународном трговинском арбитражом потврђен је и у међународној арбитражној пракси. Правила Арбитражног суда ИСС предвиђају да су стране слободне да се сагласе о правним правилима која ће арбитрари применити на суштину спора.¹² У истом смислу, Међународно удружење правника (*International Law Association*) усвојило је резолуцију према којој: „Чињеница да је арбитар у међународној арбитражи засновао одлуку на транснационалним правилима (општи правни принципи, принципи заједнички за више права, међународно право, трговачки обичаји, итд.) пре него на праву одређене државе, не би смело, само по себи, да утиче на пуноважност или извршивост арбитражне одлуке, уколико су се стране споразумеле о томе да ће арбитар примењивати транснационална правила.“¹³

8 Члан 1496.

9 Члан 1054. Приликом представљања овог Закона у Парламенту 2. јула 1986. године, холандска Влада је, у контексту члана 1054, у образложењу нагласила да термин „правна правила“ подразумева не само национална права, већ и *lex mercatoria*. В. А. V. M. Struycken, у: *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, Paris, 1986, стр. 207 и 227, нав. према Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, нав. дело, стр. 815.

10 Члан 187. – „*Le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits*“. Више о овом питању у швајцарском праву, P. Lalive, J. F. Poudret, C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot, Lausanne, 1989, стр. 393; G. Kaufmann-Kohler, „Le contrat et son droit devant l'arbitre international“, у: *Le contrat dans tous ses états*, Staempfli Editions SA, Berne, 2004, стр. 364, где се констатује: „*Par ailleurs, il est généralement admis que l'arbitre n'est pas confiné au droit national, mais peut appliquer des règles anationales, souvent désignées par le terme de lex mercatoria*.“

11 Члан 28. У истом смислу и члан 42 Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и грађана других држава из 1965. године.

12 Члан 17.

13 Резолуција је усвојена поводом 65. конференције Удружења у Каиру 1992. године. Слични ставови усвојени су од стране Института за међународно право у Атини

III Тумачење клаузуле о примени *lex mercatoria*

У уговорима међународног пословног промета, клаузуле којима се предвиђа *lex mercatoria* одликују се великом термилошком неуједначеношћу. У тим оквирима, употребљавају се различите формулације, као што су на пример „општи принципи права“, „међународно прихваћена правна начела“, „пракса у међународној трговини уобичајена за одређену врсту послова“, „обичаји у међународној трговини“ и сл.¹⁴ Различите формулације клаузула о меродавном праву које се односе на примену *lex mercatoria* често су основ за различита тумачења у споровима пред међународном трговинском арбитражом.

Слобода уговарања „правних правила“ у споровима које решава међународна трговинска арбитража допушта уговорним странама да предвиде примену различитих компоненти појма који се обично означава као *lex mercatoria*. Приликом одређења конкретних правила која ће се применити у оквиру *lex mercatoria*, арбитрари полазе од тумачења клаузуле о меродавном праву. Тумачећи ову клаузулу, арбитрари морају бити свесни различите терминологије која се у пракси међународног пословног промета употребљава у контексту *lex mercatoria*, због чега тумачење не треба да буде ограничено на термине конкретне клаузуле; арбитрари треба да истраже праву намеру уговорних страна у погледу правила која ће се применити на уговор. Тако на пример, уговарање „обичаја у међународној трговини“, често упућује на намеру страна да уговор подвргну примени општих принципа права међународне трговине, иако то није изричито предвиђено. Другим речима, потребно је да арбитрари, у светлу свих релевантних околности случаја, утврде шта су уговорне стране имале у виду кад су употребиле одређену формулацију која се односи на примену правних правила. У том контексту, појам *lex mercatoria* треба разумети као општи и оквирни појам који генерише различите случајеве у којима стране не желе да подвргну свој уговор праву једне одређене државе.¹⁵

С друге стране, у одређеним случајевима, уговорне стране предвиђају примену принципа заједничких за више правних система. Тако на пример, у једном случају који је решавао Арбитражни суд ИСС, клаузулом о меродавном праву предвиђени су „заједнички принципи државе Египта и САД“, у ком случају су арбитрари морали да изврше компаративну анализу уговором предвиђених националних права, како би

1979. године у погледу уговора које закључује држава, као и од стране Института *Santiago de Compostela* 12. септембра 1989. године.

14 UNIDROIT Principles, *ibidem*; O. Lando, H. Beale, *ibidem*.

15 У том смислу, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *нав. дело*, стр. 819.

дошли до онога што се у тим оквирима може сматрати заједничким „принципима“.¹⁶ У истом смислу, уговор о изградњи тунела испод канала *la Manche*, у клаузули о меродавном праву предвиђао је примену „принципа заједничких истовремено за енглеско право и француско право, а у одсуству таквих заједничких принципа, општих принципа права међународне трговине који се примењују од стране националних и међународних судова“.¹⁷

Клаузуле којима се уговара примена принципа заједничких за више правних система могу проузроковати значајне проблеме за арбитраже који, суочени са таквом клаузулом, морају извршити темељну анализу свих предвиђених правних система у настојању да дођу до оних начела која су им заједничка. Такав задатак је изузетно сложен и деликатан; он захтева добро компаративно познавање од стране арбитра више националних правних система, посебно искуство у њиховој примени, као и осећај за издвајање оних начела која су тим системима заједничка. Како сваки арбитар, без обзира на његову стручност и добру вољу, нужно не поседује све поменуте квалификације, могуће је да примена правила на основу овакве клаузуле доведе до решења које не одговара намери уговорних страна.

IV Примена Принципа европског уговорног права и UNIDROIT Принципа на основу клаузуле о избору *lex mercatoria*

Принципи европског уговорног права примењују се *обавезно* онда кад су се уговорне стране споразумеле да они чине саставни део уговора или кад су их предвиделе као право које ће бити примењено на њихов уговор. С друге стране, Принципи *могу* бити примењени ако су се уговорне стране споразумеле да се на њихов уговор примене „општа правна начела“, „*lex mercatoria*“ и слично, или ако уговорне стране нису изабрале неко право или правна правила као меродавна за свој уговор. Принципи се могу применити и онда кад у меродавном праву односно у меродавним правним правилима нема решења за одређено правно питање које се поставило у спору.¹⁸ Слично решење предвиђено је и у погледу примене UNIDROIT Принципа. Област примене ових Принципа одређена је у Пре-

16 Одлука Арбитражног суда ICC бр. 5163, нав. према E. Gaillard, „Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux de droit“, *Journal du droit international (JDI)*, 1995, 5, стр. 23.

17 Клаузула 68 заједничких услова за уговор о изградњи који су 13. августа 1986. године закључили *Eurotunnel* и *Transmanche Link*. Нав. према Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, нав. *дело*, стр. 826.

18 Члан 1.101 Принципа европског уговорног права.

амбули у којој је предвиђено: да Принципи садрже правила за међународне трговинске уговоре; да се *обавезно* примењују кад су се уговорне стране споразумеле о њиховој примени на уговор; да се *моћу* применити кад су се уговорне стране споразумеле да се на њихов уговор примењују „општа правна начела“, „*lex mercatoria*“ и слично, као и онда кад уговорне стране нису предвиделе меродавно право за њихов уговор.¹⁹

На основу наведених правила може се закључити да је област примене оба документа постављена врло широко. Ипак, њихова примена обавезна је само у случају кад их стране експлицитно у уговору предвиде. Таква би на пример била клаузула: „На овај уговор примењују се UNIDROIT Принципи (2010).“²⁰ У осталим случајевима, а пре свега онда кад су стране предвиделе примену општих правних начела, *lex mercatoria* или неку сличну формулацију, примена Принципа представља само *једну од моћуносћии* које долазе у обзир приликом одређења меродавног права од стране арбитра. Из тих разлога, уговорне стране које су се у клаузули о меродавном праву определиле за неку од поменутих широких формулација не треба са сигурношћу да рачунају на примену Принципа европског уговорног права или UNIDROIT Принципа на њихов уговор, упркос препорукама доктрине да такве клаузуле треба тумачити у светлу упућивања на један од ова два документа.²¹

V Примена општих правних начела од стране арбитра у одсуству клаузуле о меродавном праву

Принципи европског уговорног права и UNIDROIT Принципи у одређеним случајевима могу бити примењени од стране арбитра и онда кад уговор не садржи клаузулу о меродавном праву.²² Према општем правилу, у одсуству аутономије воље, меродавно право се одређује на основу релевантних правила међународног приватног права. Ипак, поједине међународне трговинске арбитраже садрже врло флексибилна правила која дозвољавају арбитрама да, у одсуству клаузуле о меродавном праву, примене она правна правила која оцене *одговарајућим* у конкретном спору.²³ Поред тога, поједини национални закони који се одно-

19 У Преамбули се надаље предвиђа да Принципи могу бити коришћени за тумачење или допуну међународних извора униформног права.

20 В. UNIDROIT Principles, коментар уз Преамбулу, *нав. дело*, стр. 1.

21 В. на пример О. Lando, Н. Beale, *нав. дело*, стр. 96, где се наводи: „*The parties, courts or arbitrations are therefore invited to regard such clauses as referring to these Principles...*“

22 Члан 1.101 став 3(6) Принципа европског уговорног права, став 4 Преамбуле UNIDROIT Принципа.

23 В. на пример члан 17 став 1 Правила Арбитражног суда ICC према којима: „*The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal*

се на област арбитраже дозвољавају примену *lex mercatoria* од стране арбитра у случају кад стране нису предвиделе меродавно право.²⁴

Иако се арбитражи у оваквој ситуацији најчешће опредељују за одређено национално право, у појединим случајевима, они могу применити општа правна начела која су свој израз нашла у Принципима европског уговорног права и UNIDROIT Принципима. До тога може доћи на пример онда кад из уговора или околности произилази да ниједна од страна не жели да прихвати национално право друге стране или кад је уговор повезан са више националних правних система, при чему ниједна веза није довољно значајна да оправда примену једног националног права уз искључење осталих.²⁵ Примена Принципа европског уговорног права и UNIDROIT Принципа у оваквим случајевима у доктрини се образлаже чињеницом да ови документи представљају резултат компаративне анализе правила релевантних за уговорне односе, као и широке међународне дискусије о овим питањима; као такви, они су прилагођени потребама спорова који проистичу из међународних трговинских уговора у већој мери него било који посебан национални правни систем.²⁶

VI Закључак

Анализа уговорне клаузуле о избору *lex mercatoria* упућује на закључак да је реч о изузетно сложеном питању коме је, приликом формулисања уговора у међународном пословном промету, потребно посветити посебну пажњу. У случају кад уговорне стране не желе да свој уговор подвргну праву одређене државе већ се, уместо тога, опредељују за примену транснационалних правила, потребно је да избегавају уопштене и апстрактне формулације у клаузули о меродавном праву с обзиром да такве формулације носе ризик различитих тумачења и спорних ситуација. С друге стране, клаузуле којима се уговара примена принципа заједничких за више правних система могу проузроковати значајне проблеме за арбитраже који су, на основу овакве клаузуле, обавезни да изврше темељну анализу свих предвиђених правних система у циљу одређења

to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the *rules of law which it determines to be appropriate*“ (подвукао аутор), или члан 24 став 1 Правила Арбитражног института Привредне коморе Стокхолма.

24 На пример француски, белгијски, италијански и холандски законици о грађанском поступку (в. О. Lando, Н. Beale, *нав. дело*, стр. 98). Посебно о овом питању са становишта правила француског Новог законика о грађанском поступку, в. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *нав. дело*, стр. 813.

25 UNIDROIT Principles, коментар уз Преамбулу, *нав. дело*, стр. 4–5.

26 О. Lando, Н. Beale, *нав. дело*, стр. 96–97.

оних начела која су им заједничка. Такав задатак је изузетно деликатан и може довести до решења које не одговара намери уговорних страна. Из тих разлога, у случају кад се уговорне стране одреде за примену *lex mercatoria*, експлицитно уговарање одређених збирки правила као што су UNIDROIT Принципи или Принципи европског уговорног права чини се оптималним решењем са становишта извесности уговорних страна у погледу правила која ће на њихов уговор бити примењена.

Jelena PEROVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Economics, University of Belgrade

APPLICATION OF *LEX MERCATORIA* IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Summary

This contribution offers an analysis of the application of lex mercatoria in case where the parties agree to submit disputes arising from their contract to international commercial arbitration. Parties to international commercial contracts who do not wish to submit their contract to a particular domestic law sometimes provide that the contract shall be governed by the rules of transnational character. In that respect, parties use vague concepts and different formulations, such as “general principles of law”, “usages and customs of international trade”, lex mercatoria, etc. what may cause different interpretations. In order to avoid uncertainty, parties are advised to provide for the concrete set of rules such as Principles of European Contract Law or UNIDROIT Principles. The article also treats the application of the general principles of law in cases where the contract is silent as to applicable law.

Key words: *lex mercatoria, arbitration, contract, application, interpretation.*