
ПРИВРЕДНИ СПОРОВИ – СУДСКИ И АРБИТРАЖНИ

др **Мирослав ПАУНОВИЋ**
адвокат у Београду

САДРЖАЈ АРБИТРАЖНИХ СПОРАЗУМА

Резиме

Пред сйранке се, не само у међународним йословним йтрансакцијама, йосйавља йийање да ли своје сйорове йтреба да изнесу на решавање државним судовима или арбийтражама. У овом друћом случају йосйавља се и йийање како сйранке йтреба да изразе своју намеру да сйор изузму из надлежностйи националних судова и йрејусйе их арбийтражи као йривайној инсйййуцији. Како сйранке йтреба да йосйује да би осйурале да њихово ойредељење за арбийтражу буде йризнайто у националним йравним сисйемима? Како да на најбољи начин, својим арбийтражним сйоразумом, уреде майтерију решавања сйорова йућем арбийтраже? Треба ли да корисйе сйандардне клаузуле уз евенйуалне мање измене у изузейним случајевима или йтреба да се уйусйе у израду комйлекснијих арбийтражних сйоразума, йрилаћоћених конкретним сйуацијама односно йприроди йосла и сйранака? Који сасйојци арбийтражној сйоразума су бићни, да ли су сви дећаља који се сусрећу у йракси неојходни или зайраво оййерећују сйоразум и моју да изазову йешкоће у њевој реализацији?

У раду се анализира садржај арбийтражних сйоразума и укаже на йийања која йтреба имаћи на уму када се йрисйуја њиховој изради. Аућор смайра да сйранке йтреба да насйоје да у свој арбийтражни сйоразум унесу више дећаља од једносйавне изјаве да намеравају да своје сйорове из одрећеној односа изнесу йред арбийтражу.

Кључне речи: арбийтража, арбийтражни сйоразум, арбийтражни йосйу-йак, меродавно йраво.

I Споразум странака основ за надлежност арбитраже

Универзални принцип модерних арбитражних закона је да уговор игра кључну улогу у руковођењу арбитражом. Споразум странака пружа најважнија правила за уређивање арбитраже и спровођење арбитражног поступка.

У правним системима ово овлашћење странка заснива се на различитим разлозима.¹ Али основно полазиште свих је да се слобода уговарања налази у самој сржи начина уређивања арбитраже; оно што странке предвиде својим споразумом постаје право које се на арбитражу примењује.²

Судови могу наметати свој ауторитет арбитражи у одређеним ситуацијама. Сви модерни арбитражни закони дозвољавају да суд контролише арбитражни процес. Међутим, мешање судова у рад арбитраже је јако ограничено и има основ и своди се само на обезбеђење извршења арбитражног споразума и одлуке донете на основу њега.

Садржина арбитражног споразума, било да је уоквирен посебним споразумом или посебном одредбом основног уговора, може имати велики значај на права и обавезе уговорних страна.

Најпре, споразумом о арбитражи елиминише се право странака да се за решење спора обраћају државном суду односно оне се арбитражним споразумом одричу права на остварење уговорних права кроз судски поступак. Овакав избор странака је врло чест, посебно у пословним трансакцијама са међународним обележјем, јер се сматара да поступак пред државним судовима у неколико важних аспеката не одговара интересима странака у трговачким стварима.

Ово, практично, значи да се арбитражним споразумом делегира одлучивање о индивидуалним правима у приватни сектор и, по многим, у још недовољно регулисану, посебну „сервисну индустрију“. Појединци, као приватна лица, у функцији арбитра, добијају тиме овлашћење да поступају као судије. Тржишни фактори (настојање „давалаца“ услуга да обезбеде посао односно арбитра да осигурају поновно именовање) и правила институционалних арбитража су једини „регулатори“ овог сектора и његових учесника. Ово би се тешко могло сматрати посебним

1 Вид. F. V. Weigand (ed.), *Practitioner's Handbook on International Arbitration*, 2002, Минхен, Беч, Берн, стр. 12–16.

2 T. Varady, J. J. Barcelo III, A. T. Von Mehren, *International Commercial Arbitration – a Transnational Perspective*, 2. издање, Њујорк, 2003, поглавље под насловом „The Arbitration Agreement as the Cornerstone of the Arbitration Process“, стр. 84 и даље; вид. и Г. Кнежевић, В. Павић, *Арбитража и ADR*, 2009, Београд, стр. 35.

гаранцијама, те таква ситуација, поред очигледног размаха арбитраже, понекад изазива и оклевање пред избором: суд или арбитража.³

Друга функција доброг арбитражног споразума је да омогући ефикасан арбитражни поступак из кога ће произаћи одлука коју ће бити могуће извршити.⁴

II Развој арбитражних споразума

Може се посведочити да постоји тенденција да арбитражно законодавство јасније и детаљније уреди одређене области. Овај развој би требало да се одрази и на арбитражне споразуме у смислу да у њиховом тумачењу не буде неспоразума о ваљаности и домаћају одлуке странака да спор изнесу на арбитражу.

У пракси постоје познате формулације арбитражних споразума, са врло „економичном“ изјавом странака о намери да спор реше путем арбитраже. Овим, уходаним, методом странке најчешће одређују да ће спор бити решен по арбитражном правилнику или под окриљем одређене арбитражне институције.⁵ Пошто су ове стандардне клаузуле једноставне, директне и познате, постоји разумљиво оклевање странака да одступе од познатог пута.

Међутим, како се право трговинске арбитраже развија, тако се уочава и извесна тенденција да се сачињавају и комплекснији, софистициранији арбитражни споразуми. У њиховој изради узимају се у обзир особености конкретних странака и њихових пословних односа, те врло различите околности које их окружују. Ово доводи до појаве споразума који имају посебну, детаљнију и сложенију „конфигурацију“.

Оно што би требало да буде циљ израде оваквих споразума, прилагођених конкретној ситуацији, јесте да они не смеју да закомпликују арбитражани поступак, већ да им је сврха да осигурају његову потпуну функционалност. Морају се тачно проценити околности од којих зависи формулисање арбитражног споразума, те потреба и обим улажења у детаље које оне захтевају. Отуда, израда комплексног арби-

3 Вид. F. V. Weigand, *нав. дело*, стр. 11, где се говори о стварању „међународне арбитражне индустрије“ (*international arbitration industry*), која има за циљ не само да „промовише правду и фер поступање, већ и... арбитражни бизнис“.

4 О функцијама арбитражних споразума вид. Г. Кнежевић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 61.

5 Г. Кнежевић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 62-65, говоре о „минималистичком“ приступу у изради арбитражних споразума, те констатују да арбитражни споразуми, поред основних, неопходних елемената, често садрже и додатне састојке.

тражног споразума не може бити сама себи циљ и у том поступку мора се избећи *l'art pour l'art* приступ.

III Избор између институционалне и *ad hoc* арбитраже

Странке најпре морају да се одлуче да ли ће своје спорове препустити арбитражи под окриљем одређене арбитражне институције (тзв. „администриране“ арбитраже), или *ad hoc* арбитражи. Од овог избора зависи умногоне и садржина њиховог арбитражног споразума.

Чак и када се, у овом другом случају, одреде за примену познатих *UNCITRAL*-ових правила за *ad hoc* арбитраже, странке морају саме да организују и спроведу арбитражу. Овај приступ ставља их пред озбиљан изазов и задатак да, најпре, предвиде арбитражним споразумом низ правила за одвијање арбитраже која се иначе налазе у правилницима арбитражних институција. Пошто у случају настанка спора тешко може да се очекује да сарађују у утврђивању правила за његово разрешење, упутно је да странке та правила предвиде већ на самом почетку пословног односа.

С друге стране, арбитражне институције имају одређена искуства у административним аспектима арбитражног поступка, што може смањити нерегуларности поступка које могу довести до тешкоћа у реализацији арбитражних одлука. И сама репутација арбитражних институција може допринети лакшем извршавању арбитражних одлука које су донели трибунали примењујући њихова правила.

И код избора арбитражне институције којој се поверава спор странке морају узети у обзир више момената. Један од пресудних може се утврдити анализом трошкова арбитражног поступка у оквиру одређених институција.

IV Садржина „модерних“ арбитражних споразума

За сврхе разматрања садржине арбитражних споразума, њихови елементи се могу груписати у неколико категорија.⁶

У првој групи су они састојци арбитражних споразума без којих они не постоје односно без којих се лако може осујетити њихова примена.

6 Интересантна подела арбитражних споразума садржана је код P. D. Friedland, *Arbitration Clauses for International Contracts*, Њујорк, 2. издање, 2007, стр. 57 и даље где се говори о неопходним елементима, „препорученим“ елементима и опционим елементима. F. V. Wiegand, *нав. дело*, стр. 16 и 17, дели елементе садржаја арбитражних споразума на минималне (оне које мора садржати сваки споразум) и опционе.

Другу групу чине они елементи који се препоручују, који су стандардни и који доприносе јасном тумачењу и примени споразума странака да спор изнесу на решавање арбитражи.

У арбитражној пракси се наилази и на споразуме са елементима који се могу окарактерисати као опциони, који нису неопходни, али странке се опредељују да их у арбитражни споразум унесу из разних разлога, пре свега да би прецизирали своје намере у погледу арбитражног поступка.

Арбитражни споразуми понекад садрже и елементе који се могу сматрати споредним, узгредним, мање важним, без којих би арбитражни споразуми могли да буду примењени без тешкоћа.

V Неопходни елементи арбитражних споразума

Два су кључна елемента арбитражних споразума, без којих они не би могли да функционишу. Један састојак је изјава странака да су се определиле за арбитражано решавање спорова, а други је одређивање предмета спора односно спорова који се износе на арбитражу.⁷

Одредба споразума којом се странке опредељују за арбитражу, као „приватан“ метод решавања спорова, неопходна је да би се ова функција изузела из надлежности државних судова.

Да ли је избор арбитражног судовања могућа односно прихватљива опција прво је питање које странке морају да размотре у свим околностим. У међународним пословним односима мало је питања која су „резервисана“ за судове, те странке ретко могу да погреше и да уговоре да на арбитражу износе и спорове који спадају у искључиву судску надлежност.⁸ Међутим, има и питања код којих су могућа колебања и на која тек треба да одговори судска и арбитражна пракса (овде спадају, на пример, нека питања из области статуса привредних друштава и др.). Некада је, начелно, могуће да се одређења питања изнесу пред међународну трговинску арбитражу, али се поставља питање да ли је целисходно да се странке определе за такву опцију (где интервенција арбитраже не би била делотворна односно где судско решавање више одговара природи спора односно где специфични судски поступци могу довести до непосредније заштите интереса странака).⁹

7 О битним елементима арбитражног споразума вид. Ј. Перовић, „Формулисање клаузуле о арбитражи у међународним привредним уговорима“, *Правни животи*, бр. 11/2012.

8 О искључивој судској надлежности вид. М. Станивуковић, М. Живковић, *Међународно приватно право*, Београд, 2004, стр. 448 и 449.

9 В. S. Weber, Е. Oberhammer, „The Arbitration of Corporate Disputes in Limited Liability Companies“, у: С. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2010, Беч, стр. 25–29.

На овој тачки се долази и до других разлога које странке треба да размотре када одлучују на који ће начин разрешавати своје спорове. Начелно, на опредељење за арбитражу, посебно у међународним пословним трансакцијама, упућују неке предности арбитраже у односу на судско решавање спорова (неутралност, стручност, ефикасност, економичност, флексибилност, поверљив карактер и др.). Међутим, увек се може поставити питање да ли ове општеприхваћене особености арбитраже, у конкретним околностима, оправдавају избор арбитраже. Има, наиме, ситуација у којима би препуштање одређене врсте спорова локалним судовима (судовима у месту испуњења уговора) било по неколико основа целисходније.

У ситуацијама када једна од странака може да искористи своју преговарачку позицију створене су и арбитражне клаузуле по којима та странка, уколико се појављује у улози тужиоца па чак и ако је тужена страна, може да бира између арбитраже и државног суда. Овакви споразуми (који се у пракси називају „асиметрични споразуми“) отварају одређена питања која могу довести и до оспоравања овог решења у судским поступцима после доношења арбитражне одлуке.¹⁰

Сагласност странка да се опредељују за арбитражу мора да буде изричита и, до скоро без изузетка у упоредном праву, изражена у писаној форми. У међународној арбитражној пракси је развијен метод за тумачење арбитражних споразума када воља странака да се обрете арбитражи није изражена на јасан начин (овакви се споразуми колоквијално називају „патолошким“).¹¹ Наиме, у пракси се полази од тога да је могуће истражити стварну намеру странка (да се „поправи“ оно што оне нису јасно изразиле). Но, овај метод мора да има врло ограничену примену и не може довести до конструкције да су странке оптирале за арбитражу када то није прецизно речено. Отуда се овај метод најчешће користи када су се странке јасно определиле за арбитражу позивајући се на неку арбитражну институцију, али је нису тачно име-

10 Пример тзв. *sole option clause* или „асиметричне клаузуле“ даје се код P. D. Friedland, *нав. дело*, стр. 283–285.

11 О методама тумачења арбитражних споразума и појму „патолошких“ клаузула вид. E. Gaillard, J. Savage (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Хаг, Бостон, Лондон, 2007, стр. 254–266; исто W. L. Craig, W. W. Park, J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3. издање, стр. 127–154. О клаузулама у којима Међународна трговинска комора као арбитражна институција није тачно означена и њиховим домањима вид. Y. Derains, E. A. Schwartz, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, Хаг, Лондон, Бостон, стр. 87–92; исто A. M. Whitesell, „The Drafting of Arbitration Clauses: Recent Issues in ICC Cases“, *зборник реферата са III Belgrade Arbitration Conference 'International Commercial Arbitration – Trends and Challenges'*, 2011, стр. 13 и даље. О мањкавим арбитражним споразумима и о степену њихове „патологије“ пишу и Г. Кнежевић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 65–68.

новале, па се из онога што су рекле може без резерве закључити на коју су институцију мислиле. Ако су се странке јасно одлучиле за арбитражу, али нису тачно навеле институцију, а из употребљених формулација се не може са сигурношћу закључити коју су арбитражу имале на уму, узима се да су се определиле за *ad hoc* арбитражу (то су тзв. „бланко“ арбитражне клаузуле).¹² Дакле, покушаји да се „оснажи“ нејасни арбитражни споразуми не могу довести до проширивања надлежности арбитраже и на случајеве у којима ту вољу није могуће без поговора утврдити. Уколико се једна странка противи тумачењу о надлежности коју заступа друга страна, свако прихватање надлежности од стране арбитраже по правилнику одређене институције ако је странке нису бесговорно означиле, представља и ризик да одлука у судском поступку буде поништена или да буде одбијено њено признање и извршење.

А управо је та потреба да се обезбеди то да арбитражна одлука, која је сама по себи коначна, буде и спроводива односно извршива, ако је потребно и принудним путем, централно питање о коме странке треба да воде рачуна већ при изради арбитражних споразума. Тек са таквим исходом (одлука која може да буде извршена) цео арбитражни процес, са свим својим предностима, добија свој пуни смисао.

Када се одлуче да избегну државне судове, странке треба да се одлуче и да ли желе да арбитражном поступку претходи неки поступак „алтернативног“ решавања спорова (процес мирења кроз директне преговоре или посредовање). У неки пословима (код комплекснијих послова, послова велике вредности, који трају у дужем периоду, као што су подухвати у грађевинарству, у којима се користе општи услови уговора развијени од стране међународних удружења инжењера – *FIDIC* и др.) предвиђен је и посебан поступак у коме се, пре изношења на арбитражу, спор мора изнети на разрешење органу предвиђеном уговором (код уговора о грађењу и испоруци опреме: надзорни инжењер у функцији „квази-арбитра“, комисија за претходно решавање спорова, „пресудитељи“ и сл.).¹³ Страна која није задовољна одлуком овог органа може изнети спор на арбитражу ако ту намеру најави у одређеном року; само ако најави намеру обраћања арбитражи у одређеном року по пријему одлуке или по протеклу рока у коме је орган требало да донесе одлуку, уговорна страна може иницирати арбитражни поступак. Да се не би компромитовао арбитражни поступак, препоручује се странкама да утаначе како се поступак мирења спроводи, колико траје, када се сматра да није успео, те када се и под којим условима незадовољна

12 E. Gaillard, J. Savage, *нав. дело*, стр. 266–268.

13 О арбитражним споразумима којима странке уређују поступак пред органом за „прелиминарно“ решавање спорова, пре изношења на арбитражу, вид. P. D. Friedland, *нав. дело*, стр. 143–156.

страна може обратити арбитражи; без ових прецизирања (која су, како је наведено, доста разрађена у грађевинским уговорима у међународној пракси), увек се може поставити питање да ли је арбитражна тужба преурањена или да ли је уопште дозвољена.

Други неопходан елемент арбитражних споразума без којих они не могу опстати је прецизно одређивање предмета односно спорова који странке намеравају да изнесу на арбитражу. Како је наведено, први је услов да су ти спорови подобни за арбитражу, односно да су „арбитрабилни“ (да нису резервисани за државне судове или да нису на други начин искључени из арбитражног одлучивања и да је спор настао између странака којима није забрањено да склапају арбитражне споразуме).¹⁴

VI Стандардне клаузуле у арбитражном споразуму

Један број одредби редовно се налази у арбитражним споразумима; странама се препоручује да одређена питања обавезно уреде споразумима, али и без њих споразум био могао да буде реализован. Најчешће се у ову групу елемената споразума сврставају одредбе о избору права, месту арбитраже и конституисању арбитражног већа. Ако се око ових питања странке не договоре, а определиле су се за институционалну арбитражу, решења ће бити пронађена у одредбама арбитражног правилника изабране институције. У случају *ad hoc* арбитраже, у одсуству уговорних углавака, ако се странке не договоре о именовању арбитра или се арбитраи које су именовале странке не договоре око трећег арбитра, конституисање трибунала ће, на захтев једне од странака, бити извршено уз помоћ суда (овде се може поставити питање који би национални суд био надлежан за ој поступак ако странке нису одредиле место арбитраже). И остали елементи из ове групе (избор права и одређивање места арбитраже) биће утврђени од стране изабраних арбитра или органа изабране арбитражне институције.

Арбитражни споразуми у савременим пословним трансакцијама по правилу садрже и одредбе о избору права. Овим избором права странке могу да уреде различите стране арбитраже – и у погледу права меродавног за суштину спора, као и за сам поступак. Избор права може бити одлучујући за исход арбитраже, а у многим питањима сад-

14 О субјективној и објективној арбитрабилности вид. W. L. Craig, W. W. Park, J. Paulsson, *нав. дело*, стр. 60–74; исто J. Перовић, *La convention d'arbitrage en droit commercial international*, 2000, Београд, стр. 114–127. О материјалној пуноважности арбитражног споразума и способности странака да закључе арбитражни споразум вид. Г. Кнежевић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 50–52.

ржи упутства за понашање странака у одређеним ситуацијама, чиме се управо могу спречити спорови.

Данас је општеприхваћено да странке могу да за суштину спора одреде и право које нема директну везу са њиховим пословним аранжманом.¹⁵ По правилу се уговара да се право које странке изаберу као меродавно за уговор примењује и на разрешење спора који настаје из тог уговора. Но, овај избор не треба да буде извршен насумице, што се, иначе, у пракси редовно чини – рутинским избором меродавног права (на пример, врло често, швајцарског материјалног права), без стварног сагледавања како су поједина питања, која могу бити значајна за странке, па и у случају спора, конкретно уређена тим правом (да ли и колико решења изабраног права одступају од националног права странака и од решења у међународним конвенцијама, како су уређени поједини институти, како се тумаче у судској пракси, у доктрини, колико је изабрано право познато странкама, итд.).

Поред избора националног материјалног права за уговор, па и за решење спорних питања, у арбитражном споразуму срећу се и друга решења. Тако се странке позивају и на трговачке обичаје и на *lex mercatoria* (и неки арбитражни правилници упућују арбитра да у разрешењу спорова имају у виду и ова правила),¹⁶ на *UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts* код уговора о продаји и на Бечку конвенцију о уговорима о међународној продаји робе.

Особеност арбитражног решавања спорова је и у томе што странке могу овластити арбитра да спор реше „по правичности“ (*ex aequo et bono, amiable composition*). Оваквом одредбом арбитражног споразума странке дају арбитрама право да спор реше не држећи се дословце уговора, те конкретног материјалног права, већ вођени својим осећајем за праведно решење у конкретним околностима (многи правни писци с правом истичу да се, и у оваквој ситуацији, арбитра морају придржавати основних постулата садржаних у праву које су странке изабрале или

15 У Арбитражном правилнику МТК који је на снази од 1. јануара 2012, наводи се да су „странке слободне да изаберу правна правила која ће бити примењена од стране арбитражног већа на меритум спора“, а да „[у] одсуству договора странака, арбитражно веће примењује правила за која нађе да су одговарајућа“ (чл. 21.1). Слично је и правило Правилника о спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Србије које одређује да су арбитра овлашћени да, када избор права не изврше странке, примене норму које „сматрају најприкладнијим у том случају“ (чл. 48.2).

16 Тако се у Арбитражном правилнику МТК одређује да арбитражно веће узима у обзир одредбе уговора између странака, као и „релевантне трговачке обичаје“ (чл. 21.2). Закон о арбитражи Србије одређује, такође, да арбитра, ако право не одреде саме странке, у међународној арбитражи примењују право које оцене „прикладним“ (чл. 50 ст. 3).

које су они дужни да одреде ако су странке пропустиле да овај избор изврше).¹⁷

У пракси се странке врло ретко посебно изјашњавају о праву које се примењује на арбитражни споразум, те се узима да је то оно право које су странке изабрале као меродавно за цео уговор (мада се, начелно, може уговорити и да за сам арбитражни споразум буде надлежно неко друго право). Оба могућа решења имају интересантне и важне последице, те код избора меродавног права треба водити рачуна и о последицама избора не само у погледу тумачења дејстава уговора, већ и у вези са тумачењем и применом арбитражног споразума.

Странке могу уговорити и посебно право за уређивање самог арбитражног поступка, односно споразумом извршити и избор процесног права. У овом погледу странке морају водити рачуна да ускладе такав избор са обавезујућим процесним правилима места арбитраже (*lex loci arbitri*). Ове одредбе споразума треба да узму у обзир и правила изабране арбитражне институције, уколико су се странке определиле да користе таква правила.

У разрађеним арбитражним споразумима странке ретко пропусте да одреде и место арбитраже. Овај детаљ може, такође, имати значајан утицај на ток арбитражног поступка. Пре свега, модалитети и обим мешања државних судова у арбитражни поступак зависе од места које је одређено као место арбитраже – за одлучивање о надлежности, када треба конституисати арбитражно веће ако једна од странака врши опструкцију (код *ad hoc* арбитража), у случају поништаја арбитражне одлуке, итд. Са становишта извршења арбитражне одлуке избор места арбитраже није, међутим, толико битан, јер је Њујоршку конвенцију о признању и извршењу страних арбитражних одлука прихватио велики број земаља.¹⁸

Код одређивања места арбитраже треба узети у обзир и неке практичне аспекте (постојање инфраструктуре, могућност обезбеђења преводилачких и секретарских услуга, удаљеност од места странка, и др.).

Избор арбитра је можда најкритичнији аспект сваке арбитраже. Отуда, ваљани арбитражни споразуми (када се не позивају на правилник одређене арбитражне институције) садрже и одредбе о начину конституисања арбитражног трибунала или избору арбитра-појединца

17 М. Станивуковић, П. Ђундић, *Међународно приватно право*, Нови Сад, 2008, стр. 158 и 159.

18 Списак држава уговорница Конвенције дат је код Д. Бабић, Ch. J. Holst, *Међународно приватно право – Збирка унутарњих, еуропских и међународних прописа*, Загреб, 2011, стр. 1448.

који треба да реши спор. У овом погледу се у пракси наилази на читав низ уговорних решења. По правилу, странке одређују број арбира, те начин и рокове њиховог именовања (укључујући и именовање председника када се странке определе за трибунал). Много ређе се у пракси наилази на одредбе о томе које квалификације или посебна знања треба да имају арбитри (на пример, област у којој арбитри треба да су стручњаци, знање језика итд.). Вероватно зато што је то комплексна, а у одређеној мери и контроверзна материја, питања независности, неутралности, објективности, времена које треба да посвете решавању спора, те професионалних стандарда којих арбитри треба да се придржавају готово никада се не уређују арбитражним споразумима (делимично је ова материја уређена правилницима арбитражних институција).

VII Опциони елементи садржаја арбитражних споразума

У неким арбитражним споразумима, када се странке определе да детаљније уреде своје односе за случај спора, наилази се и на одредбе које могу бити значајне, али без којих би арбитражни поступак могао да се одвија. Међу ове одредбе спадају и оне којима се уређују нека процесна питања, језик поступка, те углавци о арбитражној одлуци.

Када се упусте детаљније у процесна питања, арбитражни споразуми утврђују структуру и садржај арбитражног поступка, те процесна овлашћења арбитра (чешћи је случај да о овим питањима одлучују арбитри, по правилу уз консултацију са странкама).¹⁹ Од усвојених решења може зависити и ефикасност арбитражног поступка.

На листи елемената у вези са поступком који могу да буду унети у арбитражни споразум налази се више ставки. Тако се странке могу споразумети о начину достављања доказа. Због разлике у приступу коришћењу исправа као доказа између различитих правних система, странке понекад прецизирају да ли предвиђају фазу „обелодањивања“ докумената (свака страна може у овој фази захтевати да јој друга страна достави одређену документацију, уз обавезу стране да по захтеву поступи, али и овлашћење арбитра да одбију захтев у одређеним ситуацијама – ако захтевана документација није релевантна за спор или њено обезбеђење изазива велике трошкове и сл.). И у погледу коришћења исказа сведока и налаза вештака као доказног средства потребна су детаљна утаначења које странке понекад уносе у арбитражни споразум (и у овој материји долазе до изражаја разлике између појединих правних култура). Тако

19 I. Welser, G. de Berti, „Best Practices in Arbitration: A Selection of Established and Possible Future Best Practices“, у: C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Беч, стр. 79–92.

се споразумима уређују начин презентирања писаних исказа и налаза, начин позивања на усмену расправу, начин организовања усмене расправе, те обим и начин испитивања и унакрсног испитивања на усменој расправи, као и доказна снага исказа и налаза сведока и вештака ако се не појаве на усменом испитивању. Чак и правилници сталних арбитражних институција не уређују ова питања у довољној мери, па је потребно да их уреде странке, саме (у арбитражном споразуму) или уз помоћ или по налогу арбитра. Неки од докумената понуђених међународној арбитражној пракси могу да помогну странкама, као и арбитрама, у формулисању процесних правила за одвијање арбитраже. У овакве изворе спадају, пре свега, Правила Међународног удружења адвоката за поступак доказивања у међународним арбитражама (*International Bar Association – IBA Rules on Taking Evidence in International Arbitration*) која странке често уносе у своје споразуме директним позивањем на њих. Од помоћи странкама, и арбитрама, могу бити и *UNCITRAL Notes on organizing an international arbitration proceedings*.

Опциони елемент арбитражних споразума су и стипулације којима странке уређују одређена питања у вези са арбитражном одлуком. Странке могу предвидети да образложење одлуке може бити дато без детаља, на сумаран начин, а могу овластити арбитра да арбитражну одлуку уопште не образлажу. Има разлога који могу да оправдају овакво решење (убрзавање поступка), али код разматрања овакве могућности треба имати на уму да се, у изради образложења, арбитра морају изјаснити о ставовима и аргументима странака, о доказима које су странке понудиле, те о закључцима о чињеницама које су из доказне грађе извукли, као и о томе како су применили правила надлежног права. Овим се повећава одговорност арбитра, а изнети разлози за одлуку могу допринети да страна која је спор изгубила добровољно изврши одлуку.

VIII Споредни састојци арбитражног споразума

И друга питања се налазе на дневном реду преговора странака о арбитражним споразумима. Нека од њих су једноставна и решења се подразумевају (на основу природе арбитражног поступка), те их странке само потврђују, док о другима не постоји сагласност ни у теорији ни у пракси међународне трговинске арбитраже, па странке могу наћи да је корисно да их разреше.

Тако странка понекад прецизирају да је арбитражни поступак поверљиве природе, те да једна страна не може се у јавности да износи детаље спора, поступка или одлуке без сагласности друге стране. Изузе-

так је давање података о арбитражи на захтев регулаторних тела или надлежних државних органа који врше контролу пословања странке.²⁰

Одређивање привремених мера од стране арбитраже врло је сложено питање (ово овлашћење је садржано у све више националних законодавстава, посебно оних која су прихватила *UNCITRAL*-ов Модел закон о арбитражи, а помињу га и сви новији правилници арбитражних институција).²¹ Без детаљних утаначења, само на основу законских одредаба или одредаба правилника, ово овлашћење арбитра није лако спровести у пракси, па се странке понекад упусте у формулисање детаљнијих правила у овом погледу.

Странке се, истина врло ретко, упусте и у разматрање и уређивање питања дејстава њиховог арбитражног спораума и на лица која га нису закључила. Ово се пре свега односи на случај уступања уговора (када одређују да се споразум односи и на пријемника односно да се, са уступањем основног уговора, уступа и арбитражни споразум), као и на укључивање повезаних лица у арбитражу.

Ретко се наилази и на одребе арбитражног споразума о томе да ли се у арбитражном поступку може истаћи компензациони приговор – дакле, да ли тужени у своју одбрану може истаћи пребој са потраживањем из пословног односа који није обухваћен арбитражним споразумом. О овом питању нема јединственог става ни у теорији ни у пракси арбитраже, а ни прописи не садрже решења на која би странке могле да се ослоне, па уређење овог питања споразумом има оправдање.

Има правних система у којима правила о професионалној активности страних правника не дозвољавају да странке заступају страни адвокати, а понегде се тумачи да се то правило односи и на заступање на арбитражи. Иако странке овај проблем настоје да превазиђу одговарајућом одредбом арбитражног споразума, питање је да ли на тај начин могу да отклоне наведена правила која се примењују у месту арбитраже.

Странке понекад одређују и како арбитри треба да распореде трошкове арбитражног поступка. Најчешће предвиђају да арбитри све трошкове треба да распореде на странке према успеху у спору, а некада ово правило утврђују само за трошкове арбитра (и арбитражне институције), док у погледу трошкова учешћа самих странака у поступ-

20 Пример клаузуле о поверљивом карактеру арбитражног поступка приказује се код P. D. Friedland, *нав. дело*, стр. 225.

21 Закон о арбитражи Србије одређује да арбитражни суд може, на предлог странке, да одреди привремену меру „коју сматра потребном с обзиром на предмет спора“ (чл. 31). Правилник о спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Србије, понавља ову законску одредбу (чл. 43).

ку одређују да ће свака странка сносити своје трошкове. Наилази се и на одредбе да арбитри треба да трошкове арбитраже (накнаде и трошкови арбитрара и институције) поделе на странке у једнаким деловима.²²

Листа одредби које странке разматрају приликом израде арбитражних споразума може се односити и на друга питања.

IX Одредбе арбитражних споразума у посебним случајевима

Код уговора са више страна постоје озбиљне тешкоће у изради арбитражних споразума, посебно када они треба да буду примењени у ситуацијама када странке, које се налазе у истој процесној улози (тужиоца или туженог) могу имати супротстављене интересе (када су им интереси заједнички, могу се, на пример, лако унапред договорити око начина именовања заједничког арбитра, око заступања у поступку и сл.). И правила већине арбитражних институција су састављена за једноставне случајеве када у поступку учествују само две стране, те је потребно да се арбитражним споразумом прилагоде за ситуације када ће у спору учествовати више страна. Тешкоћу у изради арбитражних споразума за случајеве вишестраних арбитража може представљати и то што тужилац може отпочети поступак против само једне од странака које се могу наћи на туженој страни, а да решење спора захтева да тужбом буду обухваћене сва лица на тој страни, или да пак тужени жели да у спор укључи и лица из уговорног односа која тужилац није означио као тужене. Странке могу покушати да и ово сложено питање супарничарства, и мешања трећих лица у арбитражу, разреше комплексним арбитражним споразумом, како би смањиле могућност да се на том питању осујети или одуговлачи арбитражни поступак.²³

Странке се могу наћи пред озбиљним проблемима ако имају намеру да арбитражним споразумом унапред обезбеде спајање („хармонизацију“, „консолидацију“) спорова из више повезаних двостраних, а нарочито вишестраних уговора. Требало би да, у оваквим ситуацијама, странке обезбеде да сви повезани уговори садрже истоветне или комплементарне арбитражне клаузуле. Чак и у законодавствима у којима су судови овлашћени да наложе спајање повезаних арбитража, неће моћи

22 Пример арбитражне клаузуле о трошковима даје P. D. Friedland, *нав. дело*, стр. 231.

23 О мешању трећих лица у арбитражу и вишестраној арбитражи, те о споразумима којима странке настоје да постигну хармонизацију више повезаних поступака вид. S. Brekoulakis, „The Relevance of the Interest of Third Parties in Arbitration“, *Зборник реферата са III Belgrade Arbitration Conference 'International Commercial Arbitration – Trends and Challenges'*, 2011, стр. 109 и даље. О примерима клаузула о консолидацији повезаних спорова које се срећу у пракси. P. D. Friedland, *нав. дело*, стр. 129–141.

тако да поступи када су странке предвиделе неспојиве арбитражне поступке за решавање спорова. Поред тога, странке треба да предвиде метод за спајање различитих поступака, при чему треба да воде рачуна о више фактора, укључујући и ризик „преклапања“ поступака који су започети пред различитим арбитражним трибуналима, те потребу да се ускладе ставови више лица која се могу наћи у истој процесној улози у спору.

Једно од решења које се среће у пракси је да сва лица која могу бити обухваћена арбитражом по повезаним уговорима потпишу споразум („протокол“) у коме би био садржан њихов арбитражни споразум (у коме би били побројани сви основни уговори, спорови који из њих могу да произађу, те странке у тим споровима, као и арбитражна институција по чијим правилима би се спорови решавали). Посебно би се протоколом уредио начин спајања спорова у различитим ситуацијама односно комбинацијама које могу настати из повезаних уговора.

Следећа могућност је да се у арбитражној клаузули у сваком од повезаних уговора (који се тачно набрајају) предвиди сагласност потписника на спајање са арбитражним поступком из сваког другог повезаног уговора са листе. На овј начин, преко „унакрсних“ и комлементарних арбитражних клаузула, чини се покушај да се превазиђе правило да странке могу да обавезу само себе, а не и стране из других уговора. И у овој солуцији остају за уређивање питања начина спајања поступака, начина избора заједничких арбитрара за различита лица у истој процесној улози и сл.

Можда је сва сложеност ове материје и довела до тога да се странке за сада ретко опредељују да арбитражним споразумима уређују питања вишестраних арбитража и спајања поступака, те што су неки од покушаја да се ова питања регулишу претрпела неуспех односно што је њихово разрешење у пракси озбиљно угрозило начело ефикасности рада арбитраже.²⁴

Х Закључна напомена

Странке треба да размотре више фактора који утичу на садржину њихових арбитражних споразума. При том треба да имају на уму да је

24 У последњој верзији Арбитражног правилника Међународне трговинске коморе учињени су покушаји да се нешто детаљније уреди питања приступања нових странака (мешање) у арбитражни поступак (чл. 7), вишестраних арбитража (чл. 8), захтева који проистичу из више уговора (чл. 9), те спајања арбитражних поступака (чл. 10). Спајању поступака, мешању трећих лица у арбитражни поступак, те именовњу арбитрара у вишестраној арбитражи одређену пажњу је посветио и нови Швајцарски арбитражни правилник из јуна 2012 (чл. 4 и 8).

сврха тих споразума да се постигне економичност и ефикасност арбитражног поступка, као и да са сигурношћу могу очекивати да ће одлука, као резултат арбитраже, бити извршена. Ова основна сврха укључује и циљ да се арбитражни поступак одвија са што мање трзавица и без исцрпљивања странака на процедуралним питањима која их одвлаче од разматрања суштине спора.

Израдом комплекснијих арбитражних споразума, којима се дају одговори на питања која могу искрснути у току поступка, странке на одређени начин антиципирају и превазилазе потенцијалне ризике који могу довести до осујећења њихове одлуке да спор изнесу на арбитражно решавање, или бар до тога да се неке предности арбитраже изгубе. На овај начин се, што у условима савремене међународне трговинске арбитраже није безначајно, обезбеђује и већа заштита интереса странака у арбитражи и омогућава већа контрола арбитражног процеса и поступања самих арбитра.

Miroslav PAUNOVIĆ, PhD
Attorney at Law, Belgrade

CONTENT OF THE ARBITRATION AGREEMENTS

Summary

The author discusses the threshold issues faced by the parties when considering the arbitration as dispute resolution method in their international commercial contracts.

Arbitration is of ostensibly voluntary character and freedom of contract is at very core of how the law regulates arbitration. The parties are free to determine the content of their arbitration agreements, irrespective of whether they are in form of a separate agreement or in form of an arbitration clause in the main contract.

The content of the arbitration agreement can have enormous impact upon the rights of contracting parties. The author advocates departure from standard clauses (with well recognized and economical statement of parties' intent as to arbitration) and drafting of more elaborated, complex arbitration agreements, custom fitted to the parties and their transactions. In that process, functionality of the process in terms of economy, efficiency and effectiveness, as the highly prized objective of this development, should be always maintained.

Analyzing ingredients of the arbitration agreements, grouped and characterized as standard, optional and incidental, the author underlines the purpose of modern arbitration agreements as follows: stimulation of customary practice in drafting of complex agreements, achievement of economy, efficiency and effectiveness of arbitration, securing smooth setting in motion and progress of arbitration, anticipation of risks and providing for parties to protect and secure their rights, and to exercise greater control over arbitrators and arbitral process.

Key words: *arbitration, arbitration agreement, arbitration procedure, governing law.*