

Урош ЖИВКОВИЋ, мастер  
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

## СУБЈЕКТИВНИ ДОМАШАЈ АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА И ТРЕЋА ЛИЦА: ИЗУЗЕЦИ ОД ПРИНЦИПА *INTER PARTES* У ЗАСНИВАЊУ НАДЛЕЖНОСТИ АРБИТРАЖЕ

### Резиме

*Аутор у овом раду испитује различите основе за одступање од класичних граница арбитражног споразума и могућности за његово проширење на стране неопишенице. Анализом доступне праксе међународних институционалних и ad hoc арбитража које су се бавиле овим феноменом као и општојезичких академских дискусија на тему, у раду се дефинишу теорије које у својој основи захтевају макар прећућну сагласност стране неопишенице као и оне које дозвољавају проширење без сагласности. Посебна пажња припада се идентификацији опшеницијалних основа који могу послужити као основ за проширење арбитражних споразума у праву Републике Србије и повезане проблеме који су се издвојили у скорој судској пракси, те могућности решавања истих од стране судија у будућем периоду.*

**Кључне речи:** проширење арбитражног споразума, неопишенице, субјективне границе арбитражног споразума, прећућна сагласност, трећа лица.

## I Увод

Од маргиналне алтернативе судском одлучивању, арбитража је прерасла у основни механизам решавања спорова у прекограничним трансакцијама, па закључење уговора о међународној продаји роби без уговарања арбитражне клаузуле данас представља пре изузетак него правило. Међутим, док приступ суду није ограничен постојањем претходног пророгационог споразума, сагласност воља страна да спор изнесу пред арбитражни трибунал представља основ надлежности арбитраже. Стога би се и арбитражна одлука донета без пуноважног арбитражног споразума сматрала потпуно безвредном.<sup>1</sup> Принцип аутономије воље одређује и дејство арбитражног споразума, јер споразум страна не представља само темељ арбитражног поступка већ поставља и границе у којима ће арбитражни трибунал донети своју одлуку. Уколико би арбитража донела одлуку о захтеву или правном питању који превазилазе обиме које су стране путем арбитражног споразума поставиле, створиле би се могућности за успешан поништај (домаће), односно основ за одбијање захтева за признање и извршење (стране) арбитражне одлуке.<sup>2</sup>

Поред наведених објективних, у круг ограничења нужно улази и *inter partes* дејство арбитражног споразума, имајући у виду да лица која нису дала своју сагласност, односно закључила споразум, не могу бити странке у арбитражном поступку.

Но, и поред јасно формулисаног принципа, пракса међународних трговинских арбитража забележила је ситуације у којима су трибунали и арбитри појединци доносили одлуке да у круг страна у поступку укључе и трећа лица (како физичка, тако и правна лица) која нису потписала арбитражни споразум односно стране које се налазе ван његовог „традиционалног“ субјективног домашаја.<sup>3</sup> Оваква одступања

1 Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДП*, Београд, 2009, стр. 45; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, The Hague, 2009, стр. 197; Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, J. Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2009, стр. 85–86; Michael McIlwraith, John Savage, *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, The Hague, 2010, стр. 5.

2 Вид. чл. 34 УНЦИТРАЛ модел-закона о међународној трговинској арбитражи (*1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, United Nations doc. A/40/17, Annex 1*) као и чл 5 Конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. године (у даљем излагању: Њујоршка конвенција) који предвиђа да је непуноважност споразума о арбитражи разлог за одбијање признања и извршења стране арбитражне одлуке; исто решење усваја и чл. 58 Закона о арбитражи (*Службени гласник РС*, бр. 46–2006).

3 Практика арбитраже Међународне трговинске коморе у Паризу је посебно индикативна – вид. *ICC Award no. 4131*, међуодлуку од 23. септембра 1982. године, *Dow*

од *inter partes* дејства арбитражног споразума<sup>4</sup> се међу европско-континенталним теоретичарима арбитражног права најчешће називају „проширење арбитражне клаузуле на стране непотписнице“ док англосаксонска доктрина чешће користи израз „придруживање непотписница“ арбитражном поступку. Без обзира на учесталост, ни један ни други термин, као примећује Парк,<sup>5</sup> не осликавају прецизно случајеве у којима арбитри одлучују да у оквиру поступка разматрају и тужбени захтев упућен од стране или против субјекта који никада није потписао спорни уговор. Ово посебно имајући у виду да сагласност за вођење поступка не мора нужно бити у писаној форми, још мање експлицитно исказана, док одређена лица, иако нису ставила свој потпис на уговор, могу бити главни учесници одређеног правног посла па би термин „непотписница“ стога обухватао и оне стране које само формално нису потписнице иако су ефективно биле „носиоци“ трансакције. Штавише, како су случајеви у којима су арбитраже одступиле од традиционалних субјективних граница арбитражног споразума засновани на низу различитих правних конструкција,<sup>6</sup> а правна доктрина није заузела једнообразан став у решавању овог проблема, термилошка непрецизност на коју смо указали јавља се као нужност. За потребе овог рада определили смо се да „проширење арбитражног споразума на стране непотписнице“ буде *terminus technicus* којим ћемо у даљем излагању означавати случајеве у којима се одступа од класичног *inter partes* дејства арбитражне клаузуле.

Међутим, права дилема која настаје у овим ситуацијама није само термилошке природе. Захтев тужиоца да се, примера ради, на туженој страни арбитражним поступком обухвате и оснивачи друштва које је дужник и страна у уговору, имајући у виду да је само друштво несолвентно, обојен је врло рационалном идејом – тужилац након успешно окончаног поступка жели да на страни туженог има платежно

*Chemical France (France) et al. v. ISOVER SAINT GOBAIN (France)*, доступно на адреси: <http://www.trans-lex.org/204131>, 13. април 2013 (у даљем тексту означена као: *Dow Chemical*); *ICC Award no. 8385* коначна одлука из 1995. године, *Company X (USA) v. Companies Y (Belgium) & Z (Belgium)*, одабрани делови доступни на адреси: <http://www.trans-lex.org/208385>, 13. април 2013.

- 4 У даљем излагању, термин „арбитражни споразум“ биће употребљаван да значи не само посебан уговор страна о арбитражи већ и арбитражну клаузулу којом су стране уговориле арбитражу као начин решавања спорова који проистичу из односног уговора.
- 5 William W. Park, „Non-Signatories And International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma“, у: Permanent Court of Arbitration (ed.), *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford, 2009, стр. 2.
- 6 Вид. Jeff Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, The Hague, 2012, стр. 502–503.

способног дужника (или дужнике) над којим ће моћи да изврши своје потраживање. Са друге стране, када оснивачи нису стране у уговору који садржи арбитражну клаузулу и нису дали сагласност да буду означени као странке у поступку, поставља се низ питања: како арбитража треба да поступи са оваквим захтевом? У којим ситуацијама је оправдано и правно дозвољено да се арбитражним поступком обухвате и она лица која нису очигледне стране у поступку? Да ли се основ за проширење арбитражног споразума тражи у националном праву или наднационалним правилима?

У покушају да се на ова питања дају конкретни одговори, у наставку овог рада биће анализирана пракса међународних трговинских арбитража (како институционалних тако и *ad hoc* арбитража) као и доступне доктринарне дискусије. Додатно, како је проблем субјективног проширења арбитражног споразума од скоро постао актуелан и у пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Републике Србије, односно Привредног суда у Београду, аутор ће покушати да у светлу постојеће праксе на међународном нивоу предложи решења која би била како у складу са правним поретком Републике Србије тако и са актуелним тенденцијама у развоју института проширења арбитражног споразума на стране непотписнице.

## II Одређивање круга мање очигледних страна у поступку

У контексту арбитражног поступка, захтев за проширење арбитражног споразума може доћи како од стране која је арбитражни споразум потписала тако и од саме непотписнице. Уколико тужилац захтева проширење арбитражног споразума на страну која није потписница, такав захтев углавном је инспирисан жељом да се поступком обухвати и лице чије финансијско стање и имовина гарантују адекватно намирење потраживања. Са друге стране, уколико непотписница жели да се укључи у поступак, најчешће на страни тужиоца, то чини јер као страна која је ефективно учествовала у извршењу уговора и која чини део веће уговорне шеме има интерес да се о свим повезаним правима и обавезама одлучује у оквиру једног поступка. Одлучивање о повезаним правним питањима и повезаним лицима у оквиру једног поступка заснива се на идеји практичне ефикасности арбитраже и економичности поступка, док се сама арбитража заснива на идеји консенсуализма – па изгледа да је успостављање баланса између ових опречних идеја у случајевима проширења арбитражног споразума најтежи задатак арбитражног трибунала.

Сасвим је извесно да су и један и други сценарио проширења арбитражног споразума обојени интересом страна да поступак буде окон-

чан извршивом арбитражном одлуком.<sup>7</sup> Како показују случајеви из арбитражне праксе, непотписница која је укључена у поступак скоро увек је лице које је имало суштинску улогу у изградњи или рушењу спорног уговорног односа, па самим тим се никако не може сматрати „неповезаним“ односно „трећим“ лицем. Међутим, у којим ситуацијама ће проширење бити оправдано и када ће арбитражна одлука бити у складу са стандардима за признање које прописује Њујоршка конвенција, зависи од основа за проширење арбитражног споразума за који се арбитражни трибунал определи. Како бисмо разумели потешкоће које се јављају у сваком од наведених сценарија, у предстојећем одељку посвећујемо посебну пажњу природама и врстама основа за проширење арбитражног споразума.

### III Природа и врсте основа за проширење арбитражног споразума на стране непотписнице

Одступање од субјективних граница арбитражног споразума и проширење на непотписнице представља изузетак од општег, *inter partes* правила арбитражног поступка. У доношењу одлуке о постављеном захтеву да се у оквиру поступка укључе и стране непотписнице, арбитражни трибунали одиграли су кључну улогу у стварању овог изузетка. Ипак, хетерогеност основа који су коришћени у досадашњим арбитражним одлукама како би се образложиле ситуације у којима су се трибунали користили овим изузетком не дозвољава њихово јасно разграничавање и груписање. Претходна констатација не би требало да буде зачуђујућа ако се има у виду да пракса ретко када брине о доктринарној прецизности, па све академске поделе правних основа за проширење арбитражног споразума на стране непотписнице нужно не могу бити свеобухватне. У том смислу, и подела коју представљамо у оквирима овог рада засигурно неће описати све ситуације у којима су арбитраже доносиле одлуку да одступе од класичног *inter partes* дејства арбитражног споразума. Међутим, како би се идентификовали најчешће коришћени основи из упоредног права који ће дозволити адекватну примену овог изузетка у оквирима правног поретка Републике Србије, аутор се определио за широко прихваћени критеријум сагласности који основе за проширење арбитражног споразума дели на оне који се заснивају на имплицитној сагласности непотписница (теорије прећутне сагласности) и оне који не захтевају сагласност (теорије проширења без сагласности).

7 О ситуацијама у којима ће страна непотписница покренути поступак поништаја односно када ће се супротставити признању вид. Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations – Multiparty, Multicontract, Multi-issues and Class Actions*, The Hague, 2005, стр. 227–229.

## 1. Теорије прећутне сагласности

Проширење арбитражног споразума на стране које нису директно пристале на уговор који садржи арбитражну клаузулу, односно на арбитражни споразум, заснивају се на објективном испитивању понашања једне стране (непотписнице) у вези са наведеним уговором или уговорним односом. Неспорно је да највећи број развијених правних система данас предвиђа могућност да лице постане страна уговорница, односно страна у арбитражном споразуму, не само експлицитним давањем сагласности већ и сопственим поступцима у току трајања уговорног односа којима се исказује намера тог лица да буде означено као страна у уговору.<sup>8</sup>

Проблем са којим се арбитражни трибунали сусрећу у оцени постојања прећутне сагласности огледа се у томе што намера лица да буде, у одређеном делу, учесник у извршењу дела основног уговора, не подразумева увек и намеру тог лица као непотписнице да буде обухваћено правном снагом арбитражног споразума. Како је за потребе пуноважног проширења арбитражног споразума неопходно да арбитражни трибунал установи постојање прећутне сагласности стране непотписнице да буде обухваћена арбитражним споразумом,<sup>9</sup> то је задатак арбитра да детаљном анализом поступака стране непотписнице установе постојање њене индиректне намере да буде део арбитражног поступка.

Са друге стране, специфичности међусобне пословне повезаности између страна у поступку као и различите правне традиције из које долазе арбитрари утицали су на то да доказивање прећутне сагласности кроз понашање стране непотписнице по принципу „дела говоре више од речи“ у одлукама арбитражних трибунала добије и своје издвојене облике. О два најкарактеристичнија основа прећутне сагласности биће више речи у предстојећим пасусима.

---

8 G. Born, *нав. дело*, стр. 1150; вид. Felipe Vollbrecht Sperandio, „The Reach of the Arbitration Agreement to Parties Involved in the Same Legal Relationship“, *Revista E-mercatoria*, Vol. 11, no. 1/2012, стр. 171–173.

9 Вид. одлуку арбитражног трибунала у случају *ICC Award no. 5721*, коначна одлука из 1990. године, *Company X (USA) v. Company X (Egypt)*, одабрани делови доступни на: <http://translex.uni-koeln.de/output.php?docid=205721>, 15. април 2013. године, где арбитражни споразум није проширен на господина Z, директора тужиоца, имајући у виду да трибунал није могао са сигурношћу да утврди да је господин Z својим поступцима (потписивањем два уговора у име и за рачун туженог привредног друштва) исказао намеру да буде обавезан арбитражним споразумом па самим тим и страна у поступку.

а) Теорија естопела<sup>10</sup>

Поступци страна непотписница релевантни су како у току преговора, закључења, измена и извршења основног уговора тако и у периоду када је спор већ настао. Пракса америчких судова концептуализовала је посебну врсту естопел теорије која се у контексту проширења арбитражног споразума односи на страну непотписницу и њене поступке након што је међу странама у уговору дошло до спора. Наиме, уколико се страна непотписница самостално позивала на постојање арбитражног споразума – како би одбила могућност да државни суд донесе одлуку о спорним правима и обавезама уместо арбитраже – сматра се да у касније покренутом арбитражном поступку та страна непотписница не може истицати да никада није пристала на арбитражни споразум који је основ надлежности арбитраже.

Овакво резонување америчких судова<sup>11</sup> у домену проширења арбитражних споразума и проналажењу прећутне сагласности у претходном поступању стране непотписнице треба посматрати са одређеном дозом резерве. На првом месту, иако се естопел може посматрати као опште прихваћени принцип међународног права, у својој сржи овај институт остаје творевина англо-америчке правне културе који се у Европи ретко користи у оквирима међународне трговинске арбитраже.<sup>12</sup> Затим, како упозорава Парк, америчко право не познаје само један теоријски концепт естопела, па је естопел у контексту арбитраже потребно разликовати од других естопел теорија које амерички судови примењују.<sup>13</sup> Поред наведеног, треба имати у виду и да су на сличним основама на којима се естопел теорија у проширењу арбитражних споразума засни-

10 Теорија естопела (енгл. *Estoppel*) у најопштијем смислу представља концепт по којем лице не може избећи одговорност или последице правног посла на који се само претходно ослањало или из којег је претходно стекло корист – вид. Вгуан А. Гарнер (ед.), *Black's Law Dictionary*, St. Paul, 2007, стр. 589–591; за схватање ове доктрине у енглеском праву вид. John Cartwright, „Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law“, *European Journal of Comparative Law*, Vol. 10.3/2006, доступно на адреси: <http://www.ejcl.org/103/art103-6.pdf>, 16. април 2013; према неким ауторима, насличнија доктрина у континенталним правним системима која би по свом обиму и основи одговарала естопелу је начело *venire contra factum proprium* – вид. G. Vogt, *нав. дело*, стр. 1194.

11 Вид. одлуку Апелационог суда 11. округа САД од 30. децембра 1993. године, *Sunkist Soft Drinks v. Sunkist Growers*, 10 F.3d 753 (11<sup>th</sup> Cir. 1993), доступно на адреси: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/10/753/584082/>, 15. април 2013; исти приступ и у одлуци Врховног суда државе Тексас од 22. децембра 2006. године, *Meyer v. WMCO-GP LLC*, SW3d 302, доступно на адреси: <http://www.supreme.courts.state.tx.us/historical/2006/dec/040252.htm>, 16. април 2013.

12 В. Нанотиу, *нав. дело*, стр. 20.

13 W. Park, *нав. чланак*, стр. 16.

ва, судови континенталних правних система доносили одлуке користећи се концептом *bona fides* поступања у уговорним односима или забрани злоупотребе права.<sup>14</sup> Стога, када се мало дубље сагледају суштина овог института и оквири и начин примене у пракси америчких судова, може се уочити да је основ естопела заправо концепт правичности.<sup>15</sup>

На бази правичног и једнаког поступања, те основаних очекивања страна у поступку, непотписница која није дала изричиту сагласност али се понашала на начин који указује на постојање намере да буде страна у арбитражном поступку, представљаће пуноважан основ за проширење арбитражне клаузуле. Међутим, и поред суштине института естопела који је за одређене ауторе део транснационалног правног поретка<sup>16</sup> лимитирани домет ове теорије у Европи и пракси арбитражних трибунала оставља дилему у којим ситуацијама ће теорија естопела пронаћи место као редовни основ за проширење арбитражног споразума, између осталог и у будућој пракси арбитража и судова на територији Републике Србије.

#### б) Теорија групе компанија

Учешће непотписнице у преговорима, извршењу и раскиду уговора се већ више од две деценије у контексту теорије групе компанија посматра као индикација сагласности непотписнице да буде део арбитражног поступка.<sup>17</sup> У случају *Dow Chemical* који је поставио преседан у пракси међународних трговинских арбитража, стране непотписнице (*Dow Chemical* привредно друштво из Америке и *Dow Chemical* зависна компанија из Француске) су покушавале да се придруже поступку (на страни тужиоца) који су покренула зависна привредна друштва из групе *Dow Chemical*, и поред противљења тужене компаније (*Isover Saint Gobain*). Одлучујући о постављеном захтеву, арбитражни трибунал је закључио да група компанија, и поред одвојене правне личности

14 Mohamed S. Abdel Wahab, „Extension of Arbitration Agreements to Third Parties“, у: Franco Ferrari, Stefan Kröll (eds.), *Conflict of Laws in International Arbitration*, Munich, 2011, стр. 168.

15 Вид. James M. Hosking, „The Third Party Non-Signatory’s Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice without Destroying Consent“, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 4-3/2004, доступно на адреси: <http://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol4/iss3/6>, 17. април 2013, стр. 536–537.

16 J. Hosking, *нав. чланак*, стр. 537.

17 Вид. Yves Derains, „L’extension de la clause d’arbitrage aux non-signatories – la doctrine des groupes de sociétés“, *ASA Special Series*, Vol. 8/1994, стр. 241 и даље; W. Park, *нав. чланак*, стр. 22; међуодлука у случају *Dow Chemical*; Franz T. Schwarz, Christian W. Konrad, *The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria*, The Hague, 2009, стр. 353.



свих чланица, чини јединствену економску целину те да у случају када једна од страна у потпуности контролише зависна друштва и при том учествује у закључењу, извршењу и раскиду уговора, арбитражни споразум који су закључила зависна друштва може бити проширен и на матично привредно друштво, односно другу чланицу групе.

Битно је истаћи да се сама припадност групи компанија не сматра довољним основом за проширење, већ се у контексту међусобне повезаности и чињенице да је непотписница учествовала у преговорима, извршењу и раскиду основног уговора дозвољава проширење арбитражне клаузуле.<sup>18</sup> Стога би се проширење арбитражног споразума у ситуацијама у којима непотписница јесте члан групе компанија (постоји блиска економска и правна повезаност) али није суштински утицала на преговоре, извршење и раскид уговора, сматрало непуноважним и превазилазило би оквире ове доктрине.<sup>19</sup>

Како је група компанија чисто процесна теорија која је настала (и у највећем делу остала<sup>20</sup>) у оквирима француске арбитражне и судске праксе, и поред бројних арбитражних одлука које су испратиле логику *Dow Chemical* случаја, упоредноправни значај ове доктрине барем за европске арбитражне правне традиције заправо није велики. Са једне стране, у односу на ситуације у којима се страна непотписница није сагласила да води поступак и не жели да буде странка у арбитражи, случај *Dow Chemical* не би могао да послужи као адекватан стандард за проширење арбитражног споразума, па се сама теорија не може посматрати као универзално применљива. Са друге стране, само међусобна правна и економска повезаност привредних друштава – у правним системима који се заснивају на ограниченој одговорности чланова привредног друштва – ретко ће бити прихваћена као валидан изузетак од *inter partes* дејства арбитражног споразума. Ово не значи да теорију

18 Вид. Pierre Mayer, „Extension of the Arbitration clause to Non-Signatories under the French Law“, у: Permanent Court of Arbitration (ed.), *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford, 2009, стр. 190.

19 Bernard Hanotiau, „Multiple Parties and Multiple Contracts in International Arbitration“, у: Permanent Court of Arbitration (ed.), *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford, 2009, стр. 38.

20 Велики број развијених арбитражних јурисдикција – укључујући САД, Немачку и Швајцарску – није у потпуности прихватио теорију групе компаније као основ за проширење арбитражног споразума – вид. М. Abdel Wahab, *нав. чланак*, стр. 156–157; У Енглеској је чак департаман за привредне спорове Високог суда Енглеске и Велса у случају који се водио по тужби за поништај арбитражне одлуке изричито навео да теорија групе компанија никако не чини саставни део права Енглеске – вид. пресуда од 4. фебруара 2004. године, *Peterson Farms Incorporated v. C & M Farming Limited* (APPL.R. 02/04), доступно на адреси: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitLawReports/Peterson%20v%20Farming%202004.pdf>, 17. април 2013.

групе компаније треба посматрати као „егзотичну воћку“ непознатог укуса у другим јурисдикцијама, јер основна идеја на којој се заснива доктрина (конклюдентно понашање непотписнице и блиска економска повезаност) саставни је део модерних правних поредака. Међутим, како скоро сви развијени европско-континентални правни системи познају теорије проширења одговорности у материјалном праву које су добиле своје место у области проширења арбитражног споразума,<sup>21</sup> судови и арбитраже ван територије Француске нерадо ће подржати примену ове доктрине.

## 2. Теорије проширења без сагласности

Полазна премиса у арбитражном одлучивању је да су се странке споразумеле да спор повере независном трибуналу и да су сагласне да о њиховим правима и обавезама одлучују изабрани арбитри. Уколико не постоји споразум, арбитража нема основ за свој мандат. У процесном смислу то значи да арбитри не могу засновати своју надлежност над лицем које није страна у арбитражном споразуму, односно не могу обавезати непотписницу на чинидбу у оквиру своје одлуке. На овој претпоставци се и заснива могућност изједначавања арбитражне одлуке са правноснажном судском одлуком, као и целокупан систем признања и извршења страних арбитражних одлука заснован на Њујоршкој конвенцији. Без правне извесности и сигурности арбитража не би представљала поуздан механизам за решавање спорова.

Претпоставка ограничене одговорности оснивача привредног друштва функционише по врло сличном принципу. Уколико сви учесници поштују правила игре, претпоставке имају правну снагу. Међутим, изузеци од овог фундаменталног правила постоје управо у случајевима када несавесна страна користи принцип ограничене одговорности како би, на штету поверилаца, избегла плаћање доспелих обавеза или неосновано прибавила корист. Успостављање одговорности оснивача за обавезе друштва у случајевима фrawdолозног понашања заснива се на изузетку од правила ограничене одговорности. Пробијање правне личности<sup>22</sup> један је од таквих изузетака ограничене одговорности код

21 Примера ради, институт пробијања правне личности (енгл. *piercing of the corporate veil*) о којем ће бити више речи у оквиру теорија проширења без сагласности.

22 Упоредноправно посматрано, овај институт се у енглеској правној терминологији означава са „*piercing of the corporate veil*“ или „*lifting of the corporate veil*“, као „*levee du voile social*“ у француској правној терминологији односно као „*Durchgriff*“ у Немачкој. Америчка правна традиција овај концепт познаје и у нешто другачијем облику под називом „*alter ego*“, али свим наведеним теоријама је заједничко то да се концепт одговорности заснива управо на фrawdолозном поступању лица које, у редовном току ствари, не би било одговорно за обавезе друштва капитала.

друштва капитала који познају скоро сви развијени правни системи,<sup>23</sup> јер према општем правном принципу на властитом неправу не може се заснивати право.

Како национална права дозвољавају ситуације у којима је могуће осниваче правног друштва држати као одговорне за обавезе друштва онда када је дошло до незаконитих располагања односно злоупотреба друштва, арбитражни трибунали сусрели су се са питањем: да ли је могуће, по правилима установе пробијања правне личности, извршити проширење арбитражног споразума на страну непотписницу како би се у оквиру истог поступка обухватило не само привредно друштво које је страна уговорница већ и фrawdолозни оснивачи? Овај тип питања се свакако не би поставио пред националним судовима, имајући у виду да се правила о заснивању надлежности судова суштински разликују од правила заснивања надлежности арбитраже – па се проблем сагласности непотписнице уговора ретко јавља као спорно. Међутим, пред арбитражним трибуналом је задатак да прво утврди да у конкретном поступку има надлежност у складу са постојећим арбитражним споразумом (*ratione personae* и *ratione materiae*) па тек онда да уђе у меритум и одлучи о спорним правним питањима која чине део тужбеног (и евентуално противтужбеног) захтева.

Како примећују водећи ауторитети арбитражног права, данас је овај концепт широко прихваћен као изузетак од правила да без сагласности стране непотписнице нема места вођењу арбитражног поступка.<sup>24</sup> Питање пробијања правне личности као основ за проширење арбитражне клаузуле више је пута било предмет расправљања различитих арбитражних трибунала, као и националних судова, који се слажу да у основи овог изузетка лежи идеја правичности<sup>25</sup> – односно да би било

23 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2005, стр. 52–54; Мирко Васиљевић, „Пробијање правне личности – *piercing of the corporate veil*“, *Правни животи*, бр. 11/1995, стр. 17; Angela Schneeman, *The Law of Corporations and other Business Organizations*, Clifton Park, 2010, стр. 256–257; Reinier Kraakman, John Armour, Paul Davies, Luca Enriques, Henry Hansmann, Gerard Hertig, Klaus Hopt, Hideki Kanda, Edward Rock, *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach*, Oxford, 2009, стр. 139.

24 Вид. G. Born, *нав. дело*, стр. 1153–1154; J. Waincymer, *нав. дело*, стр. 528–529; Jean-François Poudret, „L’originalité du droit français de l’arbitrage au regard du droit comparé“, *Revue Internationale de Droit Comparé*, бр. 1/2004, стр. 139–140; Karim Youssef, „The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Universal Arbitration Between Freedom and Constraint: The Challenges of Jurisdiction in Multiparty, Multi-Contract Arbitration“, у: Albert Jan van den Berg (ed.), *Arbitration: The Next Fifty Years*, The Hague, 2012, стр. 119–120.

25 Вид. ICC Award no. 8385, коначна одлука из 1995. године, *Company X (USA) v. Companies Y (Belgium) & Z (Belgium)*, одабрани делови доступни на адреси: <http://www.trans-lex.org/208385>, 13. април 2013; такође вид. пресуду Швајцарског федерал-

супротно принципу *bona fides* у уговорном праву да се несавесна страна штити привидом правне личности, како у смислу материјалне одговорности тако и од надлежности арбитраже у поступку који проистиче из спорног уговора. Следи да се, поред утврђивања фразулозног поступања стране непотписнице, посебно испитивање прећутне сагласности не захтева у контексту пробијања правне личности, због чега се овај и слични институти називају теоријама проширења арбитражног споразума без сагласности непотписнице.

Посматрајући постојећу арбитражну праксу, све теорије националних права које се занимају на концепту пробијања правне личности односно обарања претпоставке ограничене одговорности друштва у случајевима фразулозног понашања оснивача у материји проширења арбитражних споразума на стране непотписнице имају ограничен ефекат и треба их тумачити као изузетке од општег правила. Наиме, очување интегритета арбитражног поступка и адекватно тумачење арбитражног споразума предуслови су за извршиву арбитражну одлуку. Уколико би се примена ових института као основа за проширење арбитражног споразума поставила прешироко, судска контрола арбитражне одлуке (иако лимитирана) често би доводила или до поништаја домаће или до одбијања захтева за признање стране арбитражне одлуке.<sup>26</sup> Упоредноправно посматрано, проширење на основу пробијања правне личности прихваћено је као валидан изузетак од традиционалних граница арбитражног споразума, с тим да је од случаја до случаја пресудна анализа целокупног чињеничног стања и свих релевантних околности како би се утврдило да је основа за проширење арбитражног споразума заиста и било.

На који начин је овом проблему приступљено у пракси арбитража и судова на територији Републике Србије, које су дилеме које постављају границе домаћег правног поретка и на који начин би требало системски приступити овом изузетку чини саставни део предстојећих одељака.

---

ног врховног суда од 16. октобра 2003. године, *X. S.A.L., Y. S.A.L. et A. v. Z. Sàrl*, ASA Bulletin, vol. 22, 2004, стр. 364–389, где у поступку за поништај арбитражне одлуке Суд закључује да би било супротно принципу добре вере и правичности, који прожима међународно привредно пословање, да појединац који непрекидно учествује у извршењу уговора може да се сакрије иза застора одвојене правне личности друштва које је потисало уговор, противећи се чињеници да је и сам везан не само уговором већ и арбитражном клаузулом из уговора; на сличним основама донета је и коначна одлука *ad hoc* арбитраже из 1991. године, са седиштем у Женеви, *ALPHA S.A. à BETA & Co., Société d'Etat de droit ruritanien*, ASA Bulletin, vol. 10, 1992, стр. 202–258.

26 Вид. Christoph Liebscher, *The Healthy Award: Challenge in International Commercial Arbitration*, The Hague, 2003, стр. 341.

#### IV Проблем проширења арбитражног споразума у пракси арбитража и судова Републике Србије

До скоро се питање пробијања правне личности у оквирима правног поретка Републике Србије постављало искључиво као питање доктринарних разматрања, имајући у виду да је и поред озаконења установе пробијања правне личности наша судска пракса остала колебљива према примени овог института из не баш потпуно разумљивих разлога.<sup>27</sup> Имајући претходно наведено у виду, иако законски оквир који уређује питање пробијања правне личности врло јасно дозвољава овакво одступање од принципа ограничене одговорности,<sup>28</sup> проактиван приступ судова у том смислу изостаје па се поставило и питање на који би начин домаћи судови реаговали када би се у поступку поништаја (домаће) или признања (стране) арбитражне одлуке разматрала пуноважност арбитражног споразума који је проширен тако да обухвати и страну непотписницу. На примеру из скорашње праксе покушаћемо да прикажемо проблеме који постоје у схватању субјективних граница арбитражног споразума у домаћем судству.

Крајем 2012. године пред Привредним судом у Београду усвајајућом пресудом окончан је првостепени поступак по тужби за поништај делимичне арбитражне одлуке Спољнотрговинске арбитраже из 2011. године коју је поднело привредно друштво А против државне агенције Б.<sup>29</sup> Према образложењу пресуде, у оквиру арбитражног поступка, а по захтеву државне агенције Б, дошло је до успешног проширења арбитражне клаузуле на привредно друштво А као трећетуженог и то како по основу примене института пробијања правне личности тако и по основу статусних промена које су настале, услед којих је привредно друштво А (непотписница) солидарно одговарало са првотуженим друштвом у арбитражном поступку (потписница арбитражног споразума). Привредно друштво А, иако је било уредно обавештено о покретању поступка, није истакло приговор ненадлежности трибунала нити се упустило у расправљање у поступку. Суд је тужбени захтев за поништај арбитражне одлуке усвојио у складу са чл. 58 ст. 1 тач. 4 Зако-

27 М. Васиљевић, *Компанијско право*, стр. 53.

28 Вид. Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011 и 99/2011), чл. 18; сличну одредбу садржао је и у претходни Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004), чл. 15.

29 Пресуда Привредног суда у Београду П. 80/2012 од 10. септембра 2012. године (необјављено) која се по тужби привредног друштва А водила против државне агенције Б, ради поништаја делимичне арбитражне одлуке коју је донела Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије крајем 2011. године.

на о арбитражи,<sup>30</sup> међутим, расправа о разлозима за поништај није обухватила суштински разлоге проширења арбитражне клаузуле. Наиме, суд је утврдио да је у поступку повређено право тужиоца на независан и непристрасан трибунал, имајући у виду да је у проширеном саставу арбитражног већа учествовало и лице које према оцени суда није било независно у одлучивању, па је овај процесни недостатак оцењен као основ за поништај делимичне одлуке. Разлози за проширење арбитражног споразума и пуноважност одлуке арбитражног већа у том смислу нису детаљно образложени.

Неколико других, успутних закључака које је суд изнео у свом образложењу међутим, могу бити индикација општег става према примени института пробијања правне личности у домену проширења арбитражне клаузуле. Суд наводи да је тужилац „новоформирано привредно друштво које није потписало уговор нити арбитражну клаузулу, нити је сходно чл. 13 Закона о арбитражи дошло до уступања уговора или потраживања“ а затим и да „судска контрола арбитражне одлуке у погледу примене материјалног права није допуштена, па у том случају није овлашћен да испитује да ли је арбитражно веће примењивало одредбе Закона о привредним друштвима“. Из наведеног првенствено се може закључити да је схватање концепта пробијања правне личности пред домаћим судовима, нажалост, још увек ограничено на домен примене материјалног права, односно да се иста теоријска концепција не посматра као основ за проширење арбитражног споразума. Затим, стране код арбитражног споразума још увек су категорија која се посматра стриктно формално – стране у поступку су лица која су своју изричиту сагласност за вођење арбитражног поступка дала писаним путем. На крају, утисак који образложење пресуде оставља када је у питању примена теорије проширења арбитражног споразума на стране непотписнице је да свест о потребама модерне интерпретације постојећих правила домаћег права још увек није нашла свој пут до судова.

Свесни чињенице да је претходна пресуда за сада само један пример из судске праксе и да притом суштински заобилази директно расправљање о проблему проширења арбитражног споразума, озбиљније критике ће сачекати даљи развој у судском одлучивању у овој области. Но и поред тога, изгледа да је за потребе адекватног тумачења норми како Закона о арбитражи тако и Закона о привредним друштвима неопходно усвојити одређене моделе који се могу наћи у упоредном праву. На првом месту, круг страна у арбитражном споразуму и проблем проширења треба тумачити уско али прецизно – чист формализам био би у супротности са међународно постављеним стан-

30 Закон о арбитражи, чл. 58 ст. 1 тач. 4.

дардима које прихатају како земље које су као и Србија усвојиле УН-ЦИТРАЛ модел-закон тако и Њујоршку конвенцију. Затим, примену института пробијања правне личности која је усвојена у домаћем праву и представља једно од решења која Закон о привредним друштвима експлицитно усваја требало би проширити и на питања одређивања круга странака у арбитражном поступку. Овакав приступ био би у складу не само са вредностима које штити Закон о арбитражи већ и са основним циљем ефикасног решавања спорова у оквиру арбитражног поступка. На крају, зарад очувања правила да странке у арбитражи могу бити само лица која су своју сагласност дала, треба потврдити изузетак да се у случају фrawdолозног поступања у круг страна могу укључити и несавесна лица, односно оснивачи, онда када су испуњени сви услови које закон предвиђа.

## V Закључна разматрања

Проширење арбитражног споразума на стране непотписнице не представља ново питање у упоредном праву. Већ више од три деценије арбитражни трибунали решавају о захтевима за укључење лица које није потписало уговор, а национални судови широм света у поступцима за контролу арбитражне одлуке испитују пуноважност проширења на непотписнице. Иако се могући основи за проширење разликују од једног правног поретка до другог, могу се уочити бар две засебне ситуације у којима би одступање од субјективних граница арбитражног споразума било прихваћено као неспорно. На првом месту, уколико се непотписница самостално позива на постојање арбитражног споразума како би одбила надлежност домаћег суда, чиме јасно показује сагласност да буде страна у поступку, проширење арбитражне клаузуле не би требало да наиђе на озбиљне препреке у каснијој судској контроли арбитражне одлуке. Затим, када непотписница на фrawdолозан начин користи друштво да би се ограничила од одговорности, чиме ефективно избегава и надлежност уговорене арбитраже – посебно када право земље суда познаје институт пробијања правне личности (или сличан изузетак од ограничене одговорности чланова друштва капитала) – проблем у поступку поништаја, односно признања не би требало да постоји уколико је арбитражни споразум проширен на такво несавесно лице.

Посматрано из перспективе права Републике Србије – ни један од претходна два сценарија не би требало да буде споран – посебно када је арбитражна одлука донета у иностранству. Наиме, иако страна непотписница није формално део уговора односно арбитражног споразума, субјективни домаћај арбитражног споразума (бар у наведеним

ситуацијама) валидно је проширен. Овакве арбитражне одлуке већ су пролазиле филтер за признање и извршење по стандардима Њујоршке конвенције које усваја и српско право, односно Закон о арбитражи.

Додатно, ни у ситуацијама у којима је одлука донета од стране арбитраже која је седиште имала на територији Републике Србије, уколико би се применили наведени основи за проширење, не би требало усвојити захтев за поништај из најмање два разлога. Прво, српски законодавац је пре више од десет година предвидео могућност да лица која злоупотребе правило о ограниченој одговорности друштва одговарају за његове обавезе. Стога би и проширење арбитражног споразума – засновано на принципу пробијања правне личности на чисто процесном нивоу – требало да представља правно основан изузетак. Супротно тумачење довело би до постојања дуплих стандарда приликом примене материјалног права пред националним судовима и арбитражама што би био директан пут ка правној несигурности – имајући у виду да је домаћа арбитражна одлука изједначена у снази са домаћом правноснажном судском одлуком. Друго, уколико би српски суд прихватио приговор непотписнице о постојању арбитражног споразума и упутио стране на арбитражу, па касније поништио (или одбио признање) арбитражне одлуке која је против наведене непотписнице донета на основу проширеног арбитражног споразума, страни која је покренула поступак ефективно би било ускраћено право на приступ суду.

Уопштено речено, две описане ситуације у којима може доћи до проширења арбитражног споразума не би биле у супротности са домаћим правним поретком. Штавише, поступање арбитражног трибунала у складу са наведеним основама за проширење арбитражног споразума који има седиште на територији Републике Србије било би у складу не само са домаћим правом већ и постојећом праксом међународних трговинских арбитража. Како се пракса домаћих судова, барем према сазнањима аутора, за сада своди на пример који је анализиран у оквиру овог рада, још увек нема простора за прави критички осврт на резонување око питања проширења арбитражног споразума. Но, имајући у виду како је до данас питање пробијања правне личности третирано од стране судова оправдано је очекивати резервисаност правосуђа у прихватању овог концепта. У том смислу, надамо се да ће претходна разматрања унети бар мало светла у оквиру наведене проблематике и бити подстрек за судије да у гранцама овог дозвољеног изузетка усвоје флексибилнији став у тумачењу пуноважности арбитражних споразума у поступцима контроле домаћих и страних арбитражних одлука.



**Uroš ŽIVKOVIĆ, M.A.**

**Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade**

## **DELINEATING THE SUBJECTIVE SCOPE OF THE ARBITRATION AGREEMENT WITH RESPECT TO THIRD PARTIES: EXCEPTIONS TO THE RULE OF *INTER PARTES* IN ESTABLISHING THE JURISDICTION OF THE ARBITRAL TRIBUNAL**

### **Summary**

*The author examines different basis for extension of the arbitration agreement to non-signatory parties and their applicability in the context of existing arbitration practice. The paper analyses available case law of institutional and ad hoc arbitrations that dealt with the issue of multi-party arbitration and extension of the arbitration agreement to non-signatories as well as scholarly writings on the topic, delineating the theories for extension of non-signatories based on consent as well as theories that require no consent. Particular focus of the paper lies in identification of the concepts that could be used within the boundaries of Serbian legislation and judiciary as well as related controversies arising out of recent court cases. The final section of the paper concludes on potential interpretative standings as well as possible solutions that could be adopted in the future practice of the national courts with respect to the issue of extension of the arbitration agreement to non-signatory parties.*

**Key words:** *extension of the arbitration agreement, non-signatories, subjective boundaries, implied consent, third parties.*