

**Јована ВЕЛИЧКОВИЋ\***

## **АРБИТРАЖНИ СПОРАЗУМ КОД УГОВОРА О ПРОДАЈИ УДЕЛА – ТРИ (СПОРНА) ПИТАЊА У ВЕЗИ ПУНОВАЖНОСТИ СПОРАЗУМА**

### **Резиме**

Чланак се бави анализом арбитражног споразума код уговора о продаји удела у контексту одређених питања која утичу на пуноважности споразума. Наиме, примарно питање које се поставља при анализи пуноважности арбитражног споразума код уговора о продаји удела јесте да ли су спорови у вези уговора о продаји удела арбитрабилни имајући у виду да се на уговор о продаји удела, поред општих правила уговорног права, примењује и статусни закон. Потом, у пракси се поставило питање да ли арбитражни споразум којим се уговора арбитражка за решавање спорова у вези уговора о продаји удела мора бити закључен у истој форми као и уговор о продаји удела, те да ли странке својом вољом форму арбитражног споразума могу да уподобе форми која је прописана за уговор о продаји удела. Такође, у случају када се уговор о продаји удела закључује преко пуномоћника, веома спорно питање јесте да ли пуномоћник мора да има изричito овлашћење за закључење арбитражног споразума, поред пуномоћја датог за закључење уговора о продаји удела, као и које елементе пуномоћје мора да садржи.

**Кључне речи:** уговор о продаји удела, арбитрабилност, арбитражни споразум, форма споразума, форма и садржина пуномоћја за закључење споразума

### **I. Увод**

Уговор о продаји удела у друштву са ограниченом одговорношћу један је од честих уговора у пракси, али до сада није био предмет детаљ-

---

\* Мастер, адвокат у Београду, студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду

нијег интересовања од стране теорије компанијског и облигационог права.<sup>1</sup> Уговор о продаји удела би се најједноставније могао дефинисати као уговор којим се продавац обавезује да купцу пренесе својину над уделом у друштву са ограниченом одговорношћу, док се купац (стицац) обавезује да продавцу исплати одређену купопродајну цену.<sup>2</sup> Овако дефинисан уговор о продаји удела се уклапа у општи појам уговора о продаји облигационог права. Међутим, као што је случај и са осталим уговорима који се закључују у материји компанијског права, уговор о продаји удела је далеко сложенији институт који се не може свести само на постојање обавезе преноса удела, као и обавезу исплате цене. Наиме, уговор о продаји удела, осим услова прописаних општим правилима уговорног права, потребно је да испуњава и додатне услове који су прописани статусним законом. У том погледу Закон о привредним друштвима (у даљем тексту: ЗПД) прописује посебне разлоге за рушљивост уговора о продаји удела, а то су: повреда права прече куповине,<sup>3</sup> повреда права друштва на одређивање купца удела<sup>4</sup> и изостанак сагласности друштва на уговор о продаји удела.<sup>5</sup> Имајући у виду наведено у конкретном случају се може догодити да иако уговор о продаји удела садржи све неопходне елементе са становишта уговорног права, уговор ипак може бити поништен уколико постоји основ предвиђен статусним законом. Када је реч о садржини уговора о продаји удела потребно је напоменути да се у нашој пословној пракси (барем када је реч о значајнијим компанијама) структура уговора о продаји удела углавном формира по угледу на инострану праксу. Овајка вакса постоји више од једне деценије, међутим постојећа „трансплантирана“<sup>6</sup> садржина уговора о продаји удела до сада није била предмет разматрања правне теорије, што изненађује јер је углавном реч о правним институтима који нису блиски српском праву. Наиме, уговор о продаји удела обично садржи део који се назива „изјаве и гаранције“

1 Закон о привредним друштвима не познаје појам уговора о продаји удела, већ говори о уговору о преносу удела, који свакако обухвата и појам уговора о продаји удела, као начин преноса удела уз накнаду. Види: Закон о привредним друштвима, Службени гласник РС, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон и 5/2015 - ЗПД, чл. 175. ст. 2.

2 Види: Закон о облигационим односима - ЗОО, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, Службени лист СРЈ, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 и 44/99, чл. 454. ст. 1.

3 ЗПД, чл. 163.

4 ЗПД, чл. 167. ст. 6.

5 ЗПД, чл. 168. ст. 6.

6 Уобичајена садржина уговора о продаји удела која се виђа у пословној пракси представља својеврсни правни трансплант јер је у потпуности креирана по угледу на инострана права, а у одређеним сегментима садржи институте непознате српском праву.

(енгл. *representations and warranties*), које су по својој природи блиске одговорности за материјалне недостатке ствари, али се заснивају на потпуно другачијој логици, затим одредбе о обештећењу (енгл. *indemnification*), затим обавезе продавца према купцу које постоје након промене власника удела у регистру (енгл. *covenants*), затим посебне услове који су потребни да се испуне како би купац стекао право да се упише у регистар као власник удела, а продавац право на исплату цене (енгл. *conditions*), посебне разлоге за раскид/престанак уговора (енгл. *termination provisions ("outs")*).<sup>7</sup> Одредба уговора о продаји удела која се релативно често виђа у пракси је арбитражна клаузула којом странке уговорају надлежност арбитраже за решавање свих спорова који могу настати поводом уговора.<sup>8</sup> Примена арбитражне клаузуле код уговора о продаји удела је у великој мери специфична из неколико разлога. Прво, поставља се питање да ли арбитражна клаузула код уговора о продаји удела (укључујући њене измене и допуне) мора бити сачињена у истој форми као и сам уговор о продаји удела. Затим имајући у виду да се уговор о продаји удела често закључује од стране пуномоћника, у пракси се поставило питање да ли је за закључење арбитражног споразума од стране пуномоћника неопходно посебно овлашћење, поред овлашћења за закључење уговора о продаји удела и које елементе овлашћење мора да садржи. На крају, веома важно питање код арбитражне клаузуле код уговора о продаји удела јесте питање постојања објективне арбитрабилности<sup>9</sup>, уколико се на уговор примењује српско право. У основи сва три наведена питања се односе на евентуално постојање узрока ништавости арбитражног споразума.<sup>10</sup> О наведеним питањима биће речи у наредним излагањима.

- 7 John Coates, M&A Contracts: Purposes, Types, Regulation, and Patterns of Practice, ECGI - Law Working Paper No. 292/2015, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2593866>, 10.04.2018, 8, 9. Детаљније видети у: Kenneth Adams, *Structure of M&A Contracts*, 2011.
- 8 Занимљив је податак да се арбитражна клаузула код уговора о продаји удела чешће уговора у Европи, него у Сједињеним Америчким Државама. Видети: CMS European M&A Study 2017, доступно на адреси: <https://cms.law/en/content/download/286733/7168914/version/2/file/CMS%20European%20M%26A%20Study%202017.pdf>, 12.04.2018.
- 9 Објективни домашај арбитражног споразума се одређује правним односом поводом кога је арбитражни споразум закључен. Види: Гашо Кнежевић, Владимира Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2013, 58. У том смислу под појмом објективна арбитрабилност се подразумева законом дозвољена могућност да се решавање одређене врсте спорова повери арбитражи. Види: Закон о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006 – ЗА, чл. 5.
- 10 У нашој судској пракси заузет је став да је суд овлашћен да испитује пуноважност арбитражне клаузуле једино у поступку по тужби ради утврђивања ништавости арбитражне одлуке (Види: Решење Привредног апелационог суда, Пж. 1057/2015 од 21.10.2015. године - Судска пракса привредних судова - Билтен бр. 1/2016). У образложењу одлуке суд је навео да је

## II. Арбитрабилност

Прво питање које се поставља код сваког арбитражног споразума који се утвада у области која макар и делом припада компанијском праву јесте да ли је предмет спора у конкретном случају арбитрабилан, односно да ли може бити поверен на решавање арбитражи. Арбитрабилност у компанијском праву<sup>11</sup> тренутно је веома актуелна тема у српском праву, док се у иностраној пракси и теорији о овој теми говори већ дуже време.<sup>12</sup> Један од основних принципа арбитрабилности јесте да у основи сваки спор имовинско-правне природе може бити поверен на решавање арбитражи, по ком основу арбитрабилност углавном не постоји само у

„Закон о арбитражи прихватио доктринарно правило *competenz-competenz* (у преводу надлежност за надлежност) које по својој правној природи представља правну фикцију по којој је арбитражни суд увек надлежан да одлучи о својој надлежности. Како Закон о арбитражи у чл. 7. предвиђа да државни суд може у вези са арбитражом предузимати само оне радње које су изричito одређене тим законом и како Закон о арбитражи не предвиђа могућност подношења посебне тужбе редовном суду ради утврђивања ништавости арбитражне клаузулe (не предвиђа је ни у посебном одељку који регулише ништавост), произлази да је редовни суд овлашћен да испитује пуноважност арбитражне клаузулe једино у предвиђеном поступку по тужби ради утврђивања ништавости донете арбитражне одлуке од стране арбитражног суда.“ Овакво схаватање суда није у складу са ЗА који у члану 14. прописује да суд коме је поднета тужба у ствари која је предмет споразума о арбитражи оглашава се ненадлежним и одбације тужбу по приговору странке који мора да буде поднет пре упуштања у расправљање о предмету спора, осим ако утврди да је споразум о арбитражи очигледно ништав, да је без дејства или да га није могуће извршити. Дакле, ЗА иако у ограниченом обиму ипак дозвољава да суд одлучује о пуноважности арбитражног споразума пре него што се о овом питању изјасни уговорена арбитража. За додатну аргументацију видети у: Г. Кнежевић, В. Павић, 70-73.

- 11 Сам појам арбитрабилности у компанијском праву није у потпуности дефинисан, односно није јасно да ли је у контексту арбитрабилности споран само сегмент спорова који настају унутар друштва између чланова друштва и/или чланова и друштва, или евентуално овај појам укључује и спорове који настају између компаније и њених чланова и трећих лица, а заснивају се на одредбама компанијског права. Већина арбитражних правила која уређују поступак пред арбитражом у компанијским споровима (енгл. *Corporate Law Disputes*) дефинишу овај појам као спорове који настају само унутар сфере компаније. Видети допунска арбитражна правила за компанијске спорове немачког арбитражног института (DIS). О проблемима арбитрабилности спорова који настају унутар компаније видети: Cem Veziroglu, *Arbitrability of Disputes Arising from Joint Stock Company Law*, ISTAC Newsletter, 2017, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=3046152>, 11.04. 2018.
- 12 О расправи о арбитрабилности у српском компанијском праву видети: Мирко Васиљевић, „*Arbitrability Ratione Materiae in Company Law*”, Зборник реферата - Преобликовање граница арбитрабилности: да ли напредујемо ? Међународна конференција 6-7. октобар 2017. године, Стална арбитража при Привредној комори Србије, 2017, 76-92.

споровима у којима постоји одређени јавни интерес.<sup>13</sup> Имајући у виду наведено, као и чињеницу да је законом дефинисан циљ привредног друштва остваривање добити која припада искључиво члановима друштва,<sup>14</sup> поставља се питање где се налази суштина проблема објективне арбитрабилности у компанијском праву. Углавном се сматра да је корен проблема арбитрабилности у компанијском праву тај што уговорање арбитраже као механизма решавања спорова може бити супротно основним принципима компанијског права.<sup>15</sup> Када је реч о српском праву, поред принципијелних проблема који ће вероватно бити анализирани од стране законодавца у тренутку када арбитрабилност компанијских спорова буде детаљније разматрана, у овом тренутку основни проблем који може представљати препреку објективне арбитрабилности компанијског права јесте чл. 7. ЗПД који прописује да у парничним и ванпарничним поступцима покренутим у случајевима предвиђеним овим законом, као и у споровима који произлазе из овог закона, надлежан је суд одређен законом којим се уређује надлежност судова према седишту привредног друштва или предузетника, односно према месту пословања огранка страног правног лица, осим ако је овим законом предвиђена месна надлежност другог суда. Наведена одредба ЗПД се може тумачити на начин да ЗПД прописује искључиву надлежност државног суда за решавање свих спорова који произистичу из одредби ЗПД.<sup>16</sup> Са друге стране, имајући у виду да је чл. 5. Закона о арбитражи прописано да се арбитража може уговорити за решавање имовинског спора о правима којима странке слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда, могуће је закључити да у српском праву за решавање компанијско-правних спорова може бити надлежан само државни суд, али не и арбитража. Отуда, поставља се питање да ли је дозвољено да уговор о продаји удела садржи арбитражну споразум којим се решавање спорова из уговора поверава арбитражи. Ово је веома значајно питање из разлога јер се

13 Lars A. Markert, Arbitrating Corporate Disputes – German Approaches and International Solutions to Reconcile Conflicting Principles, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 8, No. 1, 2015, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2612404>, 1.4.2018, 34.

14 ЗПД, чл. 2.

15 Један од најозбиљнијих проблема јесте како обезбедити да сви субјекти у компанији дају сагласност на арбитражни споразум, а у том контексту и дилема у ком документу друштва треба да се нађе арбитражна клаузула, као и на који начин промена власника удела/акција треба да утиче на дејство арбитражне клаузуле. L. Markert, Arbitrating Corporate Disputes – German Approaches and International Solutions to Reconcile Conflicting Principles, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 35, 39.

16 М. Васиљевић, 79.

арбитражна клаузула у уговорима о продаји удела уговора већ дуже време, док је проблем објективне арбитрабилности у српском компанијском праву уочен тек недавно. Већ на самом почетку може се дати одговор да је арбитражни споразум садржан у уговору о продаји удела пуноважан, у смислу чл. 10. Закона о арбитражи из најмање два разлога. Прво, чл. 7. ЗПД није стипулисан на начин да се њиме прописује искључива надлежност суда, јер чл. 7. ЗПД не садржи речи „искључива надлежност“. Слична дилема може постојати и у погледу питања да ли је чл. 7. ЗПД уговорена искључива месна надлежност суда према месту седишта привредног друштва, а самим тим да ли је дозвољен споразум о месној надлежности за решавање спорова који могу проистећи из одредби ЗПД. Ово питање до сада није било предмет разматрања у нашој судској пракси, док се хрватска судска пракса и теорија о овом питању изјаснила негативно и изнела став да одредба закона којом се за решавање спорова унутар друштва прописује месна надлежност суда према месту регистрованог седишта друштва није одредба о искључivoј месној надлежности суда.<sup>17</sup> Основни аргумент који се истиче јесте да искључива надлежност суда може постојати само када је то јасно прописано законом.<sup>18</sup> У том погледу, на исти начин треба тумачити и чл. 7. ЗПД и закључити да овим чланом закона није прописана искључива месна надлежности суда за решавање компанијско-правних спорова. Нужна последица оваквог тумачења јесте да се у српском праву не може говорити о постојању искључиве надлежности државног суда за решавање спорова који могу проистећи из одредби ЗПД. Друго, потребно је имати у виду да садржина уговора о продаји удела, односно права и обавезе из уговора чије испуњење се може захтевати тужбом не заснивају се само на одредбама ЗПД, већ и општим правилима облигационог права. Ово питање није било сасвим јасно у пракси, те се дешавало да се тужба због исплате купопродајне цене из уговора о продаји удела закљученог између физичког и правног лица поднесе привредном суду. У једном случају привредни суд се у одмаклој фази поступка огласио стварно ненадлежним и предмет проследио суду опште надлежности. Суд опште надлежности је затим изазвао сукоб надлежности, након чега је Врховни касациони суд одлучио да је у овом случају надлежан суд опште надлежности. У образложењу решења Врховни касациони суд је naveо да имајући у виду предмет спора – исплата купопродајне цене за одлучивање о тужбеном захтеву

17 Слађана Арас Крамар, *Поступак пред трговачким судовима, трговачки статусни парнични поступци*, Загреб, 2014, 17.

18 С. Арас Крамар, 18.

надлежан је суд опште надлежности. Дакле, Врховни касациони суд се у конкретном случају није детаљно изјашњавао о правној природи предмета спора, али се на посредан начин закључује да је суд сматрао да се правни основ тужбе не заснива на одредбама ЗПД, већ општим правилима облигационог права. Имајући у виду наведено, може се закључити да када је реч о спору који за предмет има права и обавезе из уговора о продаји удела који се заснивају на општим правилима уговорног права, одредбе ЗПД, па ни спорна одредба чл. 7. не могу бити релевантни, а самим тим ни објективна арбитрабилност права и обавеза из уговора не може бити упитна. Са друге стране поставља се питање да ли би иста ситуација постојала када би спор настао у вези одредби ЗПД које регулишу пренос удела у друштву са ограниченим одговорношћу (који појам у себи укључује и уговор о продаји удела). ЗПД садржи одредбе о обавезној форми уговора о преносу удела, као и посебне основе за поништај уговора. Када је реч о форми уговора о продаји начелно је могуће да уговор није закључен у законом прописаној форми и да по том основу једна од уговорних страна поднесе тужбу за утврђење ништавости уговора. У овом случају може се сматрати да се правни основ тужбе заснива на кумулацији одредбе ЗПД о обавезној форми и одредбе Закона о облигационим односима<sup>19</sup> којом се регулишу последице непостојања законом прописане форме.<sup>20</sup> Када је реч о посебним основима рушљивости уговора о продаји удела прописаних ЗПД, потребно је имати у виду да се тужба за поништај подноси од стране трећег лица, а не једне од уговорних страна, које самим тим није потписник арбитражног споразума и у односу на кога објективна арбитрабилност није упитна у контексту који је претходно наведен. Са друге стране арбитражна клаузула може бити од значаја у односу између уговорних страна када је реч о спору који се односи на захтеве последица рушљивости уговора.<sup>21</sup> Међутим, у свим наведеним случајевима, без обзира да ли се примењују одредбе ЗПД или општа правила облигационог права дозвољеност уговарања арбитраже не би требало да буде упитна јер је реч о имовинско-правном спору за који не постоји законом прописана искључива надлежност суда, јер ЗПД

19 Када постоји кумулација одредби ЗПД и општих правила облигационог права у спору између правног и физичког лица, у основи прави проблем постоји код одређивања стварне надлежног суда јер привредни суд у овим околностима може бити надлежан само уколико је спор заснован на одредбама ЗПД, па управо арбитража може бити један од начина да се овај проблем превазиђе. Види: Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, чл. 25.

20 ЗОО, чл. 70.

21 ЗОО, чл. 113.

не прописује искључиву надлежност државног суда за решавање спорова који могу проистећи из одредби овог закона.

### III. Форма арбитражног споразума

Законом о арбитражи (у даљем тексту: ЗА) прописано је да споразумом о арбитражи странке поверијавају арбитражном суду на решавање своје будуће спорове или спорове настале из одређеног правног односа, који може бити садржан у одредби уговора (арбитражна клаузула) или у посебном уговору.<sup>22</sup> На основу наведеног се закључује да ЗА у погледу захтева формалне пуноважности арбитражног уговора<sup>23</sup> захтева једино писану форму, те да у конкретном случају може бити само спорно да ли је испуњен захтев писане форме или није. Међутим, када је реч о арбитражном споразуму који се закључује у вези са уговором о продаји удела постоји додатна околност која може довести у питање постојање формалне пуноважности арбитражног споразума. Наиме, ЗПД прописује да се удео преноси уговором у писаној форми са овереним потписима преносиоца и стицаоца, а може се пренети и на други начин у складу са законом.<sup>24</sup> Имајући у виду наведено у пракси се поставило питање да ли када је реч о арбитражном споразуму код уговора о продаји удела, арбитражни споразум мора бити сачињен у форми коју закон прописује за уговор о преносу удела. Ово питање није у великој мери нелогично јер општа правила облигационог права као један од принципа прихватају паралелизам форме, сходно којем се „акцесорни акти“ закључују у истој форми као и извор облигације на који се односе.<sup>25</sup> Јасно је да у случају када је арбитражни споразум постигнут у форми арбитражне клаузуле које је садржана у тексту уговора о продаји удела, да би услов форме био задовољен како по ЗПД, тако и по ЗА. Отуда, спорно питање које се у овом контексту поставља јесте да ли је пуноважан арбитражни споразум који је закључен одвојено од уговора о преносу удела, код којег странке нису овериле потписе, а споразумом странке уговорају надлежност арбитраже за решавање свих спорова који могу проистећи из претходно закљученог уговора о преносу удела. Додатно, значајније питање које се може поставити јесте да ли измене арбитражног споразума (на пример промене иницијално уговорене арбитражне институције) производе правно дејство уколико су постигнуте усменим споразумом или у облику

22 ЗА, чл. 9.

23 О појму формалне пуноважности арбитражног споразума видети: Г. Кнежевић, В. Павић, 47.

24 ЗПД, чл. 175. ст.1.

25 ЗОО, 38, 45, 90, 344.

писане форме без овере потписа. Одговор на постављена питања садржан је у ЗА. Наиме, ЗА у чл. 10. ст. 1. тач. 2. прописује да је споразум о арбитражи ништав уколико није закључен у форми прописаној *овим законом*. Затим, у чл. 12. ЗА је прописано да споразум о арбитражи мора да се закључи у писменој форми, при чему закон додатно прецизира када се сматра да је писана форма арбитражног споразума испуњена, а међу којим условима се не захтева овера потписа. Имајући у виду цитиране одредбе ЗА, може се рећи да је неспорно да када је реч о арбитражној клаузули код уговора о продаји удела на који се примењује српско право, арбитражна клаузула биће пуноважна, чак и уколико је сачињена или изменењена након закључења уговора о продаји удела у форми писаног споразума без овере потписа, јер је за пуноважност арбитражног споразума неопходна само форма прописана ЗА, али не и неким другим законом. Истог мишљења је пре неколико година био и немачки Федерални суд правде, који се у образложењу своје одлуке позвао на аутономију арбитражног споразума<sup>26</sup> и чињеницу да је законом прописана само писана форма арбитражног споразума.<sup>27</sup> У овом контексту додатно питање које се може поставити јесте у ком односу се налазе принцип слободе утоварања и форма арбитражног споразума прописана чл. 12. ЗА, односно да ли странке својом вољом могу уговорити виши или нижи степен формалности арбитражног споразума. Полазећи од чл. 10. ЗА јасно је да уговорне стране код уговора о продаји удела не би могле да уговоре мањи степен формалности арбитражног споразума, у односу на форму прописаном ЗА. Међутим, сасвим другачије је питање да ли би странке на пример могле да уговоре да арбитражни споразум који је садржан у уговору о продаји удела може бити изменењен само у форми коју ЗПД прописује за уговор о продаји удела. Такође, теоретски је могуће да уговорне стране у уговору продаји о удела само предвиде могућност утоварања арбитраже, али да одреде да ће стране обавезивати искључиво арбитражни споразум чији потписи су оверени. У оба хипотетичка случаја постојање само писаног споразума, без овере потписа, требало би да буде довољно за пуноважност, односно измене арбитражног споразума. Наиме, када је реч о томе да се уговором о продаји удела предвиди само могућност будућег утоварања арбитраже (али самим уговором арбитра-

26 Аутономија арбитражног споразума се дефинише као самосталност арбитражног споразума у односу на главни уговор, која у крајњем исходу доводи до одвојеног разматрања пуноважности арбитражног споразума и главног уговора, те непуноважност једног од наведена два уговора не утиче на пуноважност другог уговора. Г. Кнежевић, В. Павић, 52-54.

27 Одлука Федералног суда правде бр. III ZB 83/13 од 24. јула 2013. године.

ја још увек није уговорена), али под условом постојања овереног споразума, закључење споразума у писаној форми, без овере потписа ипак би било довољно за пуноважност арбитражног споразума јер би у том случају био испуњен услов форме прописан ЗА који је једини релевантан за пуноважност арбитражног споразума по српском праву. Са друге стране, уколико је реч о арбитражној клаузули у којој је наведено да иста може бити изменењена или допуњена само у форми у којој је закључен уговор о продаји удела ситуација је мало другачија, јер овде постоји пуноважна арбитражна клаузула, те је само питање да ли су пуноважне и измене или допуне таквог споразума. У овом случају, измена арбитражног споразума у писаној форми без овере потписа, чак и када је овера потписа уговорена, такође би требало да буде пуноважна, јер је опште правило српског уговорног права да уговор за чије је закључење уговорена посебна форма може бити раскинут, допуњен или на други начин изменењен и неформалним споразумом.<sup>28</sup> Дакле, закључује се да било да се узму у обзир одредбе ЗА или одредбе ЗПД, арбитражни споразум закључен у уговору о продаји удела може бити изменењен или допуњен и обичном писаном формом, без овере потписа, чак и када је овера потписа уговорена као обавезан елемент форме измене арбитражног споразума.<sup>29</sup>

#### IV. Пуномоћје за закључење арбитражног споразума

Законом о облигационим односима<sup>30</sup> прописано је да пуномоћник не може без посебног овлашћења за сваки поједини случај преузети меничну обавезу, закључити уговор о јемству, о поравнању, о избраном суду, као ни одрећи се неког права без накнаде. Водећи се овом одредбом закона суд је у једној одлуци навео следеће „Када је у питању посебно пуномоћје, да би закључио уговор о арбитражи пуномоћник мора имати посебно овлашћење за сваки поједини случај (Закон о облигационим односима члан 91. ст. 4). Ово пуномоћје, у смислу члана 90. истог закона, мора бити у писменој форми. У посебном пуномоћју, треба да буду назначени сви битни елементи арбитражног уговора, што значи да није довољно само овластити пуномоћника да закључи арбитражни уговор. Пуномоћник коме је дато опште (генерално) пуномоћје мора имати посебно

28 ЗОО, 69. ст. 2.

29 Овај закључак је у складу са тенденцијама „либерализације“ форме арбитражног споразума. Видети: Alan Uzelac, The Form of the Arbitration Agreement and Fiction of Written Orality How Far Should We Go?, 2011, доступно на адреси: <http://www.alanuzelac.from.hr/Pdf/Radovi/forma-cay.pdf>, 11.04.2018.

30 ЗОО, чл. 91. ст. 4.

пуномоћје за закључење арбитражног уговора, будући да "редовно пословање" не подразумева и предузимање овог правног посла.<sup>31</sup> Форма, врста и садржина пуномоћја за закључење арбитражног споразума код уговора о продаји удела имају посебан значај из разлога, јер у случају када се уговор о продаји удела закључује преко пуномоћника, закључење уговора о продаји удела обично није једина правна радња коју пуномоћник обавља у име и за рачун свог послодавца. Наиме, у овом случају пуномоћник се веома често ангажује да би спровео правну анализу циљног друштва, а затим и преговоре о условима продаје/куповине удела. Преговори овим поводом могу потрајати, а уговорање арбитражне клаузуле може бити и резултат самих преговора, а не иницијални предлог властодавца. У том погледу, а у контексту одредбе Закона о облигационим односима о неопходној врсти пуномоћја за закључење арбитражног споразума, као и цитиране одлуке суда, као спорно појављује се питање да ли у околностима када је продаја удела/куповац удела ангажовао пуномоћника за закључење уговора о продаји удела, неопходно да властодавац истом пуномоћнику изда посебно овлашћење за закључење арбитражног споразума, мимо датог пуномоћја за закључење уговора о продаји удела. Додатно питање које се поставља јесте да ли би у пуномоћју морали бити назначени сви битни елементи арбитражног уговора. Циљ овог рада није да коначно одговори на ова спорна питања, већ да их представи стручној јасности и да одређене смернице за размишљање. Почетна тачка за решавање ових спорних питања јесте да ли је пуномоћје којим се пуномоћник овлашћује за закључење конкретног уговора о продаји удела по својој правној природи опште<sup>32</sup> или посебно<sup>33</sup> (овлашћење) пуномоћје у смислу чл. 91. Закона о облигационим односима. Тумачењем чл. 91. Закона о облигационим односима долази се до закључка да закон под општим пуномоћјем подразумева пуномоћје које је дато за будуће правне послове из редовног пословања властодавца чији је настанак неизвестан, у смислу броја и конкретне садржине. Са друге стране, посебно пуномоћје је оно које је дато за тачно одређен правни посао, без обзира да ли спада у домен редовног или ванредног пословања властодавца. Имајући у виду наведено, пуномоћје које се даје за закључење конкрет-

31 Решење Вишег трговинског суда, Пж. 13602/2005(3) од 26.6.2006. године - Судска пракса трговинских судова - Билтен бр. 2/2006.

32 ЗОО, чл. 91. ст. 2: „Пуномоћник коме је дато опште пуномоћје може предузимати само правне послове који долазе у редовно пословање“.

33 ЗОО, чл. 91. ст. 3: „Посао који не долази у редовно пословање може пуномоћник предузети само ако је посебно овлашћен за предузимање тог посла, односно врсте послова међу које он спада“.

ног уговора о продаји удела по својој правној природи представља посебно овлашћење. У том смислу, одредба чл. 94. ст. 4. Закона о облигационим односима може бити тумачена на два начина. Прво, уколико је дато посебно пуномоћје за закључење конкретног правног посла, пуномоћник има овлашћење да закључи арбитражни споразум у име и за рачун послодавца и када у том пуномоћју није наведено да пуномоћник може закључити арбитражни споразум. Друго, чак и када је дато посебно пуномоћје за закључење конкретног правног посла, за закључење арбитражног споразума је неопходно постојање додатног овлашћења за закључење арбитражног споразума (садржано у иницијалном овлашћењу или је дато касније у форми одвојеног овлашћења). Које од наведених тумачења је исправно, веома је тешко оценити. Систематским тумачењем садржине целог чл. 94. Закона о облигационим односима стиче се утисак да је посебно/изричito овлашћење за закључење арбитражног споразума неопходно само у околностима када је дато опште пуномоћје, а правни посао поводом којег се закључује арбитражни споразум спада у домен редовног пословања властодавца.<sup>34</sup> Другим речима, арбитражни споразум није могуће закључити на основу општег пуномоћја. С друге стране, не може се у целости оспорити ни схватање да је посебно овлашћење за закључење арбитражног споразума неопходно, без обзира да ли је претходно дато опште или специјално пуномоћје, с обзиром на околност да закон изричito прописује да пуномоћник не може без посебног овлашћења за *сваки поједини случај* закључити арбитражни споразум. Управо навођење речи „*сваки поједини случај*“ могу бити тумачене да је за сваки поједини арбитражни споразум неопходно постојање посебног овлашћења, без обзира на врсту претходно датог пуномоћја, а које би било садржано у оквиру датог специјалног пуномоћја или у виду одвојеног пуномоћја.<sup>35</sup> Када је реч о садржини посебног пуномоћја за закључење арбитражног споразума, ово питање је у потпуности препуштено схватању трибунала и судова, јер закони не садрже ни минимум индиција како би требало поступати у погледу овог питања. У том погледу, за пословну праксу није прихватљив горе наведени став суда да је неопходно у пуномоћју навести битне елементе арбитражног споразума, пре свега у случајевима у којима преговори за закључење уго-

34 Види: Борислав Благојевић, Врлета Круљ (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1980, 254.

35 У теорији се овлашћење из члана 194. ст. 3. ЗОО назива *mandatum specialis*, док се овлашћење за закључење правних послова из члана 91. ст. 4. ЗОО назива *mandatum specialissimum*, што указује да је можда ипак реч о две врсте специјалног пуномоћја. Слободан Петровић (уредник), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995, стр. 194.

вора о продаји удела трају месецима и када на самом почетку када се издаје пуномоћје нису познати детаљи арбитражног споразума, а који ће и сами бити предмет преговора. Додатно, суд у цитиранију одлуци није дефинисао појам битног елемента арбитражног споразума, што додатно отежава примену схватања суда у пракси. На основу општих правила уговорног права закључује се да би битни елементи арбитражног споразума били они елементи без којих арбитражни споразум не би могао пуноважно настати. Имајући у виду да ЗА није дефинисано које конкретно елементе мора имати сваки арбитражни споразум, захтев суда да пуномоћје за закључење арбитражног споразума мора садржати битне елементе споразума је прилично упитан. Овакво тумачење је додатно спорно и из разлога, јер не постоји основ да се оваква врста захтева поставља само у односу на правне радње из чл. 91. ст. 4. Закона о облигационим односима, а не и у односу на сличне ситуације. На пример, судови у пракси приликом закључења поравнања захтевају само да је у пуномоћју наведено да пуномоћник може закључити поравнање, али никада не захтевају да у пуномоћју буде наведена и садржина поравнања.<sup>36</sup> Полазећи од претходно наведених спорних питања о којима ће се судска и арбитражна пракса вероватно убудуће изјашњавати, потребно је указати да веома значајно место при решавању горе наведених питања има одредба закона о форми пуномоћја. Наиме, Закон о облигационим односима прописује да форма прописана законом за неки уговор или који други правни посао важи и за пуномоћје за закључење тог уговора, односно за предузимање тог посла.<sup>37</sup> У том погледу када је у питању форма пуномоћја за закључење арбитражног споразума, овлашћење за закључење арбитражног споразума мора бити дато у форми прописаној чл. 12. ЗА. Ова околност има посебан значај код уговора о продаји удела, јер у околностима када постоји пуномоћје за закључење уговора о продаји удела које мора да буде оверено, а које не садржи изричito овлашћење за закључење арбитражног споразума, или садржи такво овлашћење, али без дефинисања садржине споразума, пуномоћје за закључење арбитражног споразума, а самим тим и арбитражни споразум би морали да буду пуноважни уколико постоји макар комуникација између властодавца и пуномоћника која омогућава писмени доказ о споразуму пуномоћника и властодавца о овлашћењу за закључење арбитражног споразума и садржине

36 У Хрватској ово питање је изричito решено законом, те је прописано да „Ако је за ваљаност пуномоћни мјеродавно право Републике Хрватске, овлаштење за закључење главног уговора обухваћа и овлаштење за склапање уговора о арбитражи.“ Види: Закон о арбитражи, *Народне новине*, бр. 88/01, чл. 8.

37 ЗОО, чл. 90.

тог овлашћења. У том погледу, за пуномоћје за закључење арбитражног споразума код уговора о продаји удела је од посебног значаја правило о самосталности арбитражног споразума и закључак да је за арбитражни споразум неопходна форма прописана само ЗА, али не и форма прописана за закључење уговора о преносу удела.

## V. Закључак

Арбитражна клаузула код уговора о продаји удела у пракси представља један од најчешћих одредби уговора, нарочито у околностима када једана уговорна страна има седиште у иностранству. Анализа арбитражног споразума обично се не везује за врсту уговора код које је уговорена, из ког разлога се углавном сва спорна питања везују са појам арбитражног споразума као таквог, а не за арбитражни споразум који је закључен код конкретног уговора. Међутим, када је реч о арбитражном споразуму који се закључује код уговора о продаји удела ситуација је нешто другачија, а што се показало у практичној примени арбитражне клаузуле, јер питања која на теоријском нивоу можда нису спорна у пракси ипак могу узроковати одређене недоумице. Имајући и виду да уговор о продаји удела по природи ствари има веома близке везе са компанијским правом, између осталог као појам регулисан је изричito ЗПД, прво питање које се може поставити при анализи појма арбитражне клаузуле код уговора о продаји удела јесте да ли је арбитражна клаузула дозвољена, имајући у виду (за сада) спорну објективну арбитрабилност компанијских спорова у српском праву. Арбитрабилност компанијских спорова у компанијском праву је упитна због могућег тумачења да је чланом 7. ЗПД уговорена искључива надлежност државног суда за решавање свих спорова који се заснивају на одредбама ЗПД. У том погледу арбитрабилност спора који може произести из уговора о продаји удела могла би зависити од чињенице да ли је реч о спору који потиче од дела уговора који је регулисан општим правилима уговорног права или одредбама ЗПД. Међутим, у крајњем исходу ипак се долази до закључка да чак и када би се спор поводом уговора о продаји удела заснивао на одредбама ЗПД, постојала би објективна арбитрабилност јер се не може прихватити тумачење је да чл. 7. ЗПД уговорена чак ни искључива месна надлежност суда, а самим тим ни надлежност суда као таквог за решавање компанијско-правних спорова, подразумева се под условом да су испуњени преостали критеријуми арбитрабилости у српском праву. Такође, имајући у виду да је уговор о продаји удела формални уговор, у једном броју случајева у иностраној пракси поставило се питање да ли и арбитражни спора-

зум код уговора продаји удела и његове измене или допуне морају бити закључене у истој форми. Ово питање је у српском праву на прилично јасан начин решено јер је у чл. 10. ЗА прописано да је ништав само онај арбитражни споразум који није закључен у форми прописаној тим законом. На овај начин ЗА је искључио могућност да другачија форма арбитражног споразума, мимо оне прописане ЗА може бити релевантна за пуноважност арбитражног споразума, било да је законом прописана за правни посао поводом којег се уговора арбитража или да је предвиђена од стране уговорних страна. На крају, чини се најважније питање које се поставља управо код закључења уговора о продаји удела је врста и садржина пуномоћја неопходна за закључење арбитражног споразума. Ово питање је од посебног значаја у процесу закључења уговора о продаји удела из разлога јер се пуномоћје за закључење уговора у пракси најчешће издаје на самом почетку процеса продаје када детаљи садржине уговора о продаји удела нису познати. У том контексту се поставља питање да ли пуномоћник који има овлашћење да закључи уговор о продаји удела може да закључи и арбитражни споразум или му је потребно посебно овлашћење (садржано у оквиру иницијалног овлашћења или дато накнадно) које при томе мора да садржи одређене елементе. Ово питање које је за сада веома спорно је од велике важности за праксу из ког разлога би било пожељно да се убудуће ближе дефинише од стране стручне јавности или у судској пракси, а у циљу постизања правне сигурности. Овде је потребно посебно имати у виду смисао одредби закона које могу навести на закључак да је такво пуномоћје неопходно, а то је заштита властодавца од слободне процене пуномоћника у делу одлучивања које може у значајној мери да ограничи права властодавца, у околностима када не постоји конкретизација овлашћења, као што је на пример право на приступ државном суду уколико се уговори арбитража. У том погледу поставља се питање да ли наведена сврха постоји у околностима када пуномоћник у складу са инструкцијама властодавца води цео поступак продаје удела и на крају учествује у креирању уговора о продаји удела. Отуда кључно питање јесте да ли у оваквим околностима има потребе за посебном заштитом властодавца или би захтевање посебног овлашћења одређене садржине би сувише формалистички приступ, који можда не би био толико у супротности са законом, али био био супротан потребама праксе.

**Jovana VELIČKOVIĆ, M.A.  
Attorney at law in Belgrade  
PhD student at the Faculty of Law University of Belgrade**

**ARBITRATION CLAUSE IN SHARE PURCHASE  
AGREEMENTS – THREE (DISPUTABLE) ISSUES REGARDING  
VALIDITY OF THE CLAUSE**

**Summary**

*This article deals with the arbitration clause in the share purchase agreements in the context of certain issues that affect the validity of the arbitration agreement. Specifically, the first issue when considering arbitration clause in share purchase agreement should always be whether the dispute in relation to the share purchase agreement is arbitrable, having in mind that the share purchase agreement, besides general rules of Contract law, is also regulated by the Company law. Furthermore, practice imposed the question whether the arbitration agreement, under which all disputes from the share purchase agreement should be settled, has to be concluded in the same form as the share purchase agreement and whether the contracting parties can agree that the arbitration agreement will be valid only under condition that is concluded in the same form as the share purchase agreement. Also, in cases where the share purchase agreement is concluded through the attorney, it is very disputable whether the attorney must have special authority to conclude the arbitration agreement, beside the power of attorney given for the share purchase agreement, and which elements such power of attorney has to contain.*

**Keywords:** *share purchase agreement, arbitrability, arbitration agreement, form of the agreement, form and content of power of attorney for concluding the agreement.*