

Др Јелена С. ПЕРОВИЋ ВУЈАЧИЋ*

НИШТАВОСТ УГОВОРА О АРБИТРАЖИ

Излагања у овом раду посвећена су узроцима ништавости уговора о арбитражи. Узроци ништавости уговора о арбитражи најпре су анализирани у контексту његове повезаности са уговором у коме је садржан или на који се односи и то са становишта принципа аутономије уговора о арбитражи и његових ограничења. Након тога, ништавост уговора о арбитражи посматра се самостално, у светлу узрока који погађају сам уговор о арбитражи, а који се у суштини односе на општа правила облигационог права о способности уговарања, сагласности воља, предмету и форми уговора. Ипак, кад је реч о уговору о арбитражи, неки од ових услова су подвргнути посебним правилима с обзиром на његову специфичну правну природу. Сваки од ових услова у раду је посебно анализиран и то са аспекта релевантних упоредноправних решења, ставова судске и арбитражне праксе и доктринарних полазишта.

Кључне речи: уговор о арбитражи, ништавост, арбитража, арбитра, надлежност.

І Уводне напомене

Уговор о арбитражи се у најопштијем смислу може одредити као уговор којим уговорне стране арбитражи поверавају решавање спора или спорова из њиховог правног односа. Уговор о арбитражи је неопходан услов за конституисање надлежности арбитраже и истовремено, основ дерогације надлежности државног суда. Уговор о арбитражи се јавља у два вида, у зависности од тога да ли се арбитража предвиђа за све спорове који у будућности могу настати из правног односа између страна или за спор који је већ настао. У упоредном праву уобичајено је да се први случај означава као арбитражна или компромисорна клаузула (*arbitra-*

* професор Економског факултета Универзитета у Београду

tion clause, clause compromissoire), а други као арбитражни компромис (*submission agreement, compromis d'arbitrage*).¹

Арбитражна клаузула представља уобичајену клаузулу уговора међународног пословног промета. Овом клаузулом уговорне стране предвиђају арбитражу која ће бити надлежна за решавање свих спорова који из њиховог правног односа евентуално проистекну. Обично је садржана на самом крају уговора и најчешће се комбинује са клаузулом о меродавном праву. За разлику од арбитражне клаузуле која се односи на будуће спорове, арбитражни компромис се односи на спор који је *већ настао*. До тога најчешће долази у случају кад уговор који су стране закључиле не садржи арбитражну клаузулу, па се стране, по настанку спора, споразумеју да спор реши арбитража, а не државни суд који би по општим правилима био надлежан. Ипак, арбитражни компромис се у пракси међународног пословног промета не закључује тако често као арбитражна клаузула. Разликовање арбитражне клаузуле од арбитражног компромиса нема већег практичног значаја с обзиром да савремени извори арбитражног права на једнак начин третирају оба облика уговора о арбитражи.

Да би уговор о арбитражи производио правна дејства, потребно је да се испуне услови које закон захтева за његов настанак и пуноважност. Ако у моменту закључења уговора о арбитражи недостаје неки од услова потребних за његову пуноважност, он не производи правна дејства и сматра се неважећим. Не улазећи у теоријску класификацију неважећих уговора на непостојеће и ништаве,² пажња у овом раду посвећена је случајевима у којима уговор о арбитражи не производи правна дејства, а који се означавају као узроци ништавости уговора. С обзиром да уговор о арбитражи представља основ за конституисање надлежности арбитраже, у случају његове ништавости арбитража нема надлежност за одлучивање, што проузрокује значајне и далекосежне правне последице.

Узроци ништавости уговора о арбитражи у овом раду најпре су анализирани у контексту његове повезаности са уговором у коме је садржан или на који се односи (II) и то са становишта принципа аутономије уговора о арбитражи и његових ограничења. Након тога, ништавост уго-

1 Детаљно о уговору о арбитражи, Јелена Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд, 2002; Јелена Перовић, *Стандардне клаузуле у међународним привредним уговорима*, Београд, 2012, 190–226.

2 Детаљно о теоријској подели на непостојеће и ништаве уговоре, Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1990, 447 и даље.

вора о арбитражи посматра се самостално, у светлу узрока који погађају сам уговор о арбитражи (III), а који се у суштини односе на општа правила облигационог права о способности уговарања, сагласности воља, предмету и форми уговора. Ипак, кад је реч о уговору о арбитражи, неки од ових услова су подвргнути посебним правилима с обзиром на његову специфичну правну природу. Рад се закључује сумирањем основних резултата учињене анализе (IV).

II Однос уговора о арбитражи и главног уговора: заједничка или самостална правна судбина

1. Принцип аутономије уговора о арбитражи

У савременом арбитражном праву широко је прихваћено становиште према коме уговор о арбитражи представља посебну правну целину чија је правна судбина независна од судбине главног уговора.³ Евентуална ништавост главног уговора не погађа аутоматски арбитражни уговор, те је арбитража овлашћена да одлучује о пуноважности главног уговора. Главни аргумент у прилог одвојености уговора о арбитражи од главног уговора треба тражити у дејствима процесно-правне природе које овај уговор производи, а која се пре свега састоје у стављању у покрет арбитражног механизма у случају настанка спора између страна.⁴ На основу оваквих полазишта, настао је принцип аутономије уговора о арбитражи (*separability of an arbitration clause, l'autonomie de la convention d'arbitrage*)⁵ који, у међународним и националним изворима арби-

3 За потребе овог рада, уговор у коме је садржана арбитражна клаузула односно уговор на који се односи арбитражни компромис означава се као „главни уговор“.

4 У том смислу, Carabiber констатује: "... у крајњој анализи, у мешовитој и хибридној природи арбитраже треба наћи разликујући карактер који ће дозволити да се утврде основна правила; правила која потичу из њеног уговорног карактера у почетној фази ако нема спорова између странака и јурисдикциона кад настане спор о поступку који треба применити..." (Charles Carabiber, *L'évolution de l'arbitrage commercial international, Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Paris, 1960, 150). О правној природи уговора о арбитражи: Синиша Трива, О арбитражи, њеној правној природи и о арбитражном уговору, у књизи *Арбитражно решавање спорова*, Нови Сад, 1973, 5-44; Боривоје Познић, Поступак изабраног суда, у књизи *Арбитражно решавање спорова*, Нови Сад, 1973, 45 и даље.

5 V. Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, 213 i dalje; Jean Robert, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, Paris, 1993, 249 i dalje; Боривоје Познић, Уговор о арбитражи и арбитражни поступак, *Уговори о међународној трговини - Зборник последиполомских специјалистичких студија на Правном факултету у Београду*, Београд, 1987, 247; Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *Међународно приватно право*, Београд, 2007, 590.

тражног права, представља доминантан принцип у погледу правног режима уговора о арбитражи.⁶

Принцип аутономије уговора о арбитражи у односу на главни уговор прихваћен је и у српском праву. Српски Закон о арбитражи изричито предвиђа да, ако је споразум о арбитражи закључен као арбитражна клаузула, она се, приликом одлучивања о приговору о постојању или пуноважности споразума о арбитражи, сматра независном од осталих одредаба уговора. Одлука арбитражног суда о проглашењу ништавим уговора који садржи арбитражну клаузулу не повлачи ништавост те клаузуле (чл. 28. ст. 2 и 3). Аутономија уговора о арбитражи изричито је предвиђена и Правилником о Сталној арбитражи при Привредној комори Србије, према коме »Ништавост или непостојање основног уговора не повлачи са собом ништавост арбитражног споразума« (чл. 8).

Најзначајнија правна последица принципа аутономије уговора о арбитражи огледа се у његовој независности у односу на главни уговор.⁷ Отуда произилази да постојање, пуноважност и правна дејства уговора о арбитражи не зависе од правне судбине главног уговора. Полазећи од тога, могуће је закључити да, кад је реч о односу уговора о арбитражи и

6 Тако, Модел-закон УНЦИТРАЛ-а о међународној трговинској арбитражи из 1985. са изменама из 2006. године (у даљим излагањима: УНЦИТРАЛ Модел-закон) овај принцип изричито предвиђа одређењем да се арбитражна клаузула која је саставни део неког уговора сматра као уговор независан од осталих одредаба тог уговора. Одлука арбитражног суда о томе да је тај уговор ништав сама по себи не повлачи *ipso iure* ништавост арбитражне клаузуле (чл. 16. ст. 1). Принцип аутономије уговора о арбитражи изричито је предвиђен у највећем броју модерних националних закона који се односе на област арбитраже. Тако на пример, швајцарски Закон о међународном приватном праву утврђује да се пуноважност уговора о арбитражи не може оспоравати истицањем да главни уговор није пуноважан (чл. 178. ст. 3), шпански Закон о арбитражи - да ништавост уговора не повлачи нужно и ништавост уговора о арбитражи који је у њему садржан (чл.8), док холандски Законик о парничном поступку утврђује да се уговор о арбитражи сматра и оцењује као аутономан уговор, те да је арбитража овлашћена да одлучује о пуноважности главног уговора у који је уговор о арбитражи укључен или на који се уговор о арбитражи односи (чл. 1053). И остали национални закони о арбитражи новијег датума на сличан начин утврђују принцип аутономије уговора о арбитражи. С друге стране, у земљама у којима није законом изричито предвиђен, принцип аутономије уговора о арбитражи примењује се од стране јуриспруденције. Принцип аутономије уговора о арбитражи предвиђа и велики број арбитражних правила. Више, Ј. Перовић, *Стандардне клаузуле...*, нав. дело, 217-226.

7 Друга значајна последица овог принципа огледа се у могућности да арбитражни уговор буде подвргнут праву различитом од оног које се примењује на главни уговор. Више о томе, Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, нав. дело, 77-86.

главног уговора, гашење обавеза из главног уговора,⁸ као и престанак главног уговора,⁹ у начелу не доводе до гашења уговора о арбитражи. То значи

- 8 Како би излагање о свим начинима престанка облигација у контексту њиховог утицаја на уговор о арбитражи превазилазило оквире и потребе овог рада, пажњу задржавамо на испуњењу обавезе као најчешћем начину престанка обавезе и новацији чији је утицај на уговор о арбитражи споран. Испуњење обавезе представља не само основни и најчешћи начин престанка облигације, већ је то и једини начин путем кога облигација престаје у складу са намерама и очекивањима које су субјекти имали ступајући у одређени облигациони однос. Ипак, да би испуњење обавезе довело до престанка облигационог односа, оно мора бити извршено савесно и у свему онако како обавеза гласи. Кад је реч о испуњењу обавеза из уговора у коме је садржан уговор о арбитражи, до гашења уговора о арбитражи може довести само оно испуњење у погледу кога *није* дошло до спора. Уколико у погледу испуњења уговорних обавеза проистекне спор, арбитражи су, на основу принципа аутономије уговора о арбитражи, надлежни за одлучивање о овом питању, чак и уколико, по спроведеном поступку, утврде да су све уговорне обавезе у целости испуњене, што је довело до њиховог престанка (в. Emmanuel Gaillard, John Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, 437). С друге стране, утицај новације на уговор о арбитражи отвара одређене дилеме. Према општим правилима, новација је начин престанка облигације на основу уговора који закључују поверилац и дужник, којим се они споразумевају да облигација која међу постоји престане, а да уместо ње, између истих уговорних страна настане нова облигација, која има различит предмет или различит правни основ у односу на претходно постојећу. У том смислу, путем новације уговор о арбитражи остаје лишен свог предмета, па се поставља питање да ли новација значи и гашење арбитражног уговора. Изјашњавајући се о овом питању, Апелациони суд Париза констатовао је да је уговор о арбитражи у потпуности аутономан у односу на главни уговор. Из тих разлога, поравнање или новација који се односе на уговор који садржи арбитражну клаузулу не доводе до неоперативности уговора о арбитражи (Одлука СА Paris, Mar.4, 1986, *Cosiac v. Consorts Luchetti*, нав. према *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, нав. дело, 438). С друге стране, доктрина је испољила различита становишта у погледу дејства новације на уговор о арбитражи. Тако, поједини француски аутори стоје на становишту да принципу аутономије уговора о арбитражи не треба давати тако широк домашај, полазећи пре свега од чињенице да још увек нису испитане све правне последице овог принципа. Ово становиште се у литератури доводи у сумњу, истицањем да аутономија уговора о арбитражи овлашћује арбитраже да одлуче о утицају новације на престанак уговора о арбитражи (детаљно, са навођењем одговарајућих референци, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, нав. дело, 438). О осталим начинима престанка облигације, Јелена Перовић, *Међународно привредно право*, Београд, 2018, 321-341.
- 9 На овом месту чини се потребним подвући разлику између општих начина престанка облигације с једне стране и престанка уговора с друге стране. Обавезе које настају из уговора могу престати на различите начине - нпр. испуњењем, новацијом, компензацијом, отпуштањем дуга, наступањем немогућности испуњења, итд. и то су општи начини престанка облигације, без обзира да ли они свој извор налазе у уговору, проузроковању штете или неком другом извору облигација. С друге стране, и сам уговор, као извор облигације може престати да постоји, у ком случају се гасе права и обавезе из тог уговора. Најчешћи начини пре-

да ће у случају спора, арбитража, на основу принципа аутономије уговора о арбитражи, бити надлежна да одлучује о овим питањима.

2. Ограничења принципа аутономије уговора о арбитражи

И поред широке, готово универзалне прихваћености принципа аутономије уговора о арбитражи у изворима арбитражног права, потребно је констатовати да одредбе којима се овај принцип предвиђа, најчешће не улазе у категорију императивних прописа, што значи да их стране, сагласношћу воља, могу изменити или искључити. У том смислу, у случају кад правила меродавног права о аутономији уговора о арбитражи нису императивног карактера, стране су, на основу и у границама начела аутономије воље, слободне да одступе од овог принципа. Тако на пример, стране могу изричито предвидети да ће одлука арбитра о непостојању или ништавости главног уговора аутоматски повући и ништавост уговора о арбитражи. Другим речима, то значи да стране могу уговорити¹⁰ да надлежност арбитраже да одлучује о меритуму *престаје* уколико арбитра, у смислу претходног питања, утврде да главни уговор не постоји или да је погођен санкцијом ништавости.¹¹

Поред поменутог ограничења, постоји и случајеви у којима одређени недостатак у главном уговору не доводи само до ништавости тог уговора, већ аутоматски погађа и уговор о арбитражи који је у њему садржан односно који се на њега односи. Ови случајеви, у својој кумулативности, у доктрини се означавају као „идентитет недостатака“ (*Fehleridentität*).¹²

Тако на пример, ако једна од уговорних страна није имала правну способност или способност уговарања¹³ у моменту закључења уговора који садржи арбитражну клаузулу, ништавост главног уговора доводи и до ништавости уговора о арбитражи. У контексту закључења уговора који садржи арбитражну клаузулу, способност уговарања пре свега

станка уговора у међународном пословном промету су раскид и поништај уговора. Више о томе, С.Перовић, 447 и даље.

10 В. чл. 6 (9) Правила о арбитражи Међународног арбитражног суда Међународне трговинске коморе, који почиње речима „Ако друкчије није уговорено..“.

11 Bernhard Berger, Franz Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Third edition, Berne, 2015, 242, где се наводе и ставови Швајцарског Савезног суда у погледу овог питања.

12 Детаљно о овом питању, са навођењем релевантних референци, В. Berger, F. Kellerhals, 243.

13 Под способношћу уговарања подразумева се она пословна способност која се законом захтева за одређени уговор. В. С. Перовић, 245 и даље.

покреће питање заступања. Уколико је уговор који садржи арбитражну клаузулу закључен преко заступника који је прекорачио границе овлашћења или преко лица које је поступало без овлашћења, санкције које услед тога погађају главни уговор односе се и на уговор о арбитражи.

У случају кад се на ова питања као меродавно право примењује српско право, за заступање правних лица уопште релевантне су одредбе Закона о облигационим односима које се односе на ово питање (чл. 84-88). Према њима, када заступник прекорачи границе овлашћења, заступани је у обавези само уколико одобри прекорачење. Ако заступани не одобри уговор у року који је редовно потребан да се уговор такве врсте размотри и оцени, сматраће се да је одобрење одбијено. При томе, ако друга страна није знала нити морала знати за прекорачење овлашћења, може одмах по сазнању за прекорачење, изјавити да се не сматра везаном уговором. Уколико заступани одбије одобрење, заступник и заступани су солидарно одговорни за штету коју је услед тога претрпела савесна друга страна. С друге стране, Закон садржи посебна правила о закључењу уговора од стране неовлашћеног лица. Према њима, уговор који неко лице закључи као пуномоћник у име другог без његовог овлашћења, обавезује неовлашћено заступаног само ако он уговор накнадно одобри. Страна са којом је уговор закључен може захтевати од неовлашћено заступаног да се у примереном року изјасни да ли уговор одобрава. Ако неовлашћено заступани ни у остављеном року уговор не одобри, сматра се да уговор није ни закључен. У том случају савесна страна са којом је уговор закључен, може захтевати накнаду штете од лица које је као пуномоћник без овлашћења закључило уговор. С друге стране, ако се на питање заступања примењује Закон о привредним друштвима, релевантне су одредбе овог Закона које се односе на заступање и заступнике (чл. 31-43).

Поред тога, стране могу предвидети да уговор који садржи арбитражну клаузулу мора бити закључен у одређеној форми која представља конститутивни састојак уговора – битна форма (*forma ad solemnitatem*). Уговорена форма се може предвидети како за неформалне уговоре тако и за уговоре који су по закону формални (какав је уговор о арбитражи), уз захтев да се законској форми дода и испуњење неке друге форме. У принципу, стране могу уговарати испуњење сваке форме у оквиру јавног поретка.¹⁴ Ако су стране пуноважност главног уговора условиле посебном формом, главни уговор, према општим правилима, не производи правна дејства ако није закључен у уговореној форми. У таквом случају

14 С. Перовић, 363.

поставља се питање да ли је и уговор о арбитражи који је садржан у главном уговору погођен санкцијом ништавости. Одговор треба тражити у релевантним правилима меродавног права.

Тако на пример, у швајцарском праву, на питање уговорене форме уговора који садржи арбитражну клаузулу примењује се опште правило које швајцарски Законик о облигацијама предвиђа за ову врсту форме. Према њему, ако су се стране сагласиле да уговор подвргну захтевима форме који нису прописани законом, сматра се да намеравају да се обавезу само уз испуњење те форме (чл. 16. ст. 1). У том смислу, истиче се да, ако захтев уговорене форме није испуњен, стране нису везане ни главним уговором ни уговором о арбитражи, а на основу тумачења према коме се захтев уговорене форме не односи само на главни уговор, већ и на арбитражну клаузулу коју овај уговор предвиђа.¹⁵

Кад је реч о поменутом питању у српском праву, потребно је поћи од општег правила Закона о облигационим односима о санкцијама недостатка потребне форме, према коме, уговор који није закључен у уговореној форми нема правно дејство уколико су стране пуноважност уговора условиле посебном формом (чл. 70. ст. 2). Сматрамо да примена овог правила на уговор који садржи арбитражну клаузулу, а који није закључен у уговореној форми, доводи, не само до тога да главни уговор не производи правна дејства, већ да је истом санкцијом погођен и уговор о арбитражи. Тако на пример, стране некад уговарају да уговор ступа на снагу тек онда када га потпишу све уговорне стране или још и кад је оверен од стране надлежног органа. У таквом случају, чини се да треба узети да је намера страна била да се овај додатни захтев форме главног уговора односи и на уговор о арбитражи који је у њему садржан; све док захтев уговорене форме није испуњен у погледу главног уговора, ни уговор о арбитражи не може пуноважно настати. Ипак, приликом одлучивања о овом питању, потребно је имати у виду правила о конвалидацији из члана 73. Закона, која би овде у начелу била могућа, с обзиром да се циљ уговорене форме првенствено огледа у заштити самих уговорних страна, а не у заштити одређених јавних интереса.¹⁶

Најзад, ако је главни уговор закључен под утицајем неке од мана воље које спречавају пуноважан настанак уговора (неспоразум), ни уговор о арбитражи не може пуноважно настати. У случају кад се српско

15 У том смислу, В. Berger, F. Kellerhals, 243; В. Berger, F. Kellerhals, 213.

16 Опширније, Слободан Перовић (уредник), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995, 163.

право примењује као меродавно, релевантна су одговарајућа правила Закона о облигационим односима према којима се под неспоразумом сматра заблуда о природи уговора, заблуда о предмету уговорне обавезе и заблуда о основу уговорне обавезе (чл. 63). Поред тога, у присуству физичке принуде (као облика претње), реч је о потпуном одсуству воље, тако не може бити речи о настанку уговора.¹⁷ У погледу мана воље које представљају узрок рушљивости уговора, сматрамо да се правна дејства која на главни уговор остварују заблуда о личности код уговора *intuitu personae* и претња у смислу чл. 60 Закона, односе и на уговор о арбитражи који је у њему садржан.

У контексту излагања о „идентитету неедстатака“ потребно је констатовати да принцип "*compétence- compétence*" дозвољава арбитражном већу да спроводи своју мисију и онда кад се постојање или пуноважност арбитражног уговора оспорава од стране једне од страна, независно од евентуалне ништавости главног уговора.¹⁸ Иако је принцип аутономије арбитражног уговора у односу на главни уговор довољан за решавање питања ништавости главног уговора, он остаје немоћан да оправда овлашћење арбитра када се ништавост односи искључиво на арбитражни уговор. Управо у томе се огледа специфично дејство принципа "*compétence- compétence*".¹⁹ Он дозвољава арбитрама да утврде ништавост арбитражног уговора и да донесу одлуку о својој ненадлежности. Они о томе могу одлучити било као о претходном питању било у одлуци о суштини спора. Како је у случају »идентитета неедстатака« одлука о надлежности арбитраже тесно повезана са питањима која улазе у меритум спора, чини се да арбитраи о приговору ненадлежности у оваквим случајевима треба да одлуче у оквиру одлуке о суштини спора, уколико је то могуће и оправдано у светлу околности конкретног случаја.

III Узроци ништавости уговора о арбитражи

Пре уласка у анализу појединих узрока ништавости уговора о арбитражи, потребно је констатовати да само постојање овог уговора указује на намеру страна да искључе јурисдикцију државних судова и

17 С. Перовић, 305.

18 В. на пример чл. 16. УНЦИТРАЛ Модел-закона, и чл. 28-30 српског Закона о арбитражи.

19 О овом принципу детаљно, в. Е. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, нав. дело, 395-402; Nigel Blackaby and Constantine Partasides with Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Fifth edition, Student Version, Oxford University Press, 2009, 347-349; Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, нав. дело, 156-161.

предвиде надлежност арбитраже за спор односно спорове који проистекну из њиховог правног односа. Из тих разлога, уговор о арбитражи, кад год је то објективно могуће, треба тумачити у правцу његове пуноважности, независно од појединих недостатака који га погађају, на основу опште претпоставке да су стране у суштини *хтеле* арбитражу - принцип *in favorem validitatis*. Овај принцип је широко прихваћен у упоредном арбитражном праву,²⁰ а у српском праву основ за његову примену извире из општег правила Закона о облигационим односима, према коме, ништавост неке одредбе уговора не повлачи ништавост и самог уговора, ако он може опстати без ништаве одредбе и ако она није била ни услов уговора ни одлучујућа побуда због које је уговор закључен (чл. 105). Другим речима, ако су ништавошћу погођене само одређене одредбе уговора о арбитражи, оне не повлаче ништавост уговор о арбитражи у целини, осим су те одредбе биле услов уговора или одлучујућа побуда због које је уговор закључен.

Српски Закон о арбитражи предвиђа да је уговор о арбитражи ништав ако: 1) врста спорова на који се односи није подобна за арбитражу; 2) није закључен у форми прописаној Законом о арбитражи; 3) стране нису имале потребна својства и способност за његово закључење или 4) је закључен под утицајем принуде, претње, преваре или заблуде. Уговор о арбитражи не производи дејства у односу на решавање спора који није подобан за арбитражу (чл. 10).

Посматрано са становишта општих услова облигационог права потребних за пуноважност уговора, узроци ништавости уговора о арбитражи у суштини се односе на способност уговарања, сагласност воља, предмет и форму уговора о арбитражи.²¹ Ипак, неки од ових услова су подвргнути посебним правилима с обзиром на специфичну правну природу уговора о арбитражи.²² Сваки од њих биће посебно анализиран.

1. Арбитрабилност

Да би био пуноважан, уговор о арбитражи мора бити објективно дозвољен. То значи, с једне стране, да је закључен између страна којима је

20 E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, нав. дело, 258.

21 Да би један уговор облигационог права пуноважно настао и производио правна дејства, неопходно је да се испуне услови у погледу способности уговарања, сагласности воља, предмета и основа и форме кад је реч о формалним уговорима. Детаљно, С.Перовић, 245 и даље.

22 Детаљно, Ј. Перовић, *Стандардне клаузуле...* нав. дело, 209-217.

допуштено да уговоре надлежност арбитраже (субјективна арбитрабилност), а са друге стране да се односи на материју која је подобна да буде подвргнута арбитражи (објективна арбитрабилност).²³

Кад је реч о субјективној арбитрабилности, Према српском Закону о арбитражи, уговор о арбитражи може закључити свако лице које, у складу са законом којим се уређује парнични поступак, има способност да буде странка у спору.²⁴ У погледу питања да ли држава може закључити уговор о арбитражи, владајући став у савременом арбитражном праву је да држава, влада и друга лица јавног права могу пуноважно уговарати арбитражу уколико се арбитражни уговор односи на приватноправни однос.²⁵ Овлашћење државе, њених органа, установа и предузећа у којима држава има својинско учешће да закључе уговор о арбитражи изричито је предвиђено српским Законом о арбитражи.²⁶

С друге стране, зона објективне арбитрабилности одређена је могућношћу уговарања арбитраже само у области диспозитивних прописа. То значи да предмет спора који се поверава арбитражи мора бити везан за правни однос чији садржај стране могу слободно утврђивати. У тим оквирима, степен и ширина арбитрабилности зависе у сваком поједином правном систему од поверања законодавца према арбитражном начину решавања спорова.²⁷ У српском Закону о арбитражи, границе објективне арбитрабилности одређене правилом према коме се арбитража може уговорити за решавање имовинског спора о правима којима стране слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда.²⁸ У пракси међународних трговинских арбитража, питање објективне арбитрабилности посебно се постављало у контексту

23 Детаљно о арбтирабилности, E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, нав. дело, 312–360.

24 Чл. 5 став 3. Закона

25 Тако на пример, Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи, под насловом “Могућност за правна лица јавног права да се подвргну арбитражи” у члану II/1 предвиђа да правна лица која се по закону на снази који се њих примењује, сматрају “правним лицима јавног права”, имају право да пуноважно закључе уговор о арбитражи (в. и став 2 овог члана). Детаљна компаративно-правна анализа питања, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, нав. дело, 330–345.

26 Чл. 5. став 2. Закона

27 Преглед решења појединих националних закона, N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, нав. дело, 123–125. Компаративни преглед решења националних закона, међународних конвенција, судске и арбитражне праксе, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, нав. дело, 345–373.

28 Чл. 5. став 1. Закона

права конкуренције, интелектуалне својине, корупције, ембарга УН и стечаја, потрошачких спорова, и сл.²⁹

2. Форма уговора о арбитражи

У упоредном праву, уговор о арбитражи, по правилу, мора бити закључен у писменој форми. Према традиционалном решењу заступљеном у већини извора арбитражног права, захтев писмене форме испуњен је ако је уговор саџан у једној исправи (главном уговору код арбитражне клаузуле, посебном акту код арбитражног компромиса), или је видљив из размене средстава комуникације која обезбеђују доказ о постојању уговора, као и у размени тужбе и одговора на тужбу у којима једна страна наводи постојање уговора, а друга то не оспорава. Позивање у неком уговору на исправу која садржи арбитражну клаузулу представља арбитражни уговор ако је закључен у писменој форми и ако је то позивање такво да је клаузула саставни део уговора.³⁰

Ипак, у савременом арбитражном праву изражена је тенденција ублажавања строгости захтева писмене форме арбитражног уговора. Таква тенденција резултат је потреба савременог пословног промета који, у условима развијене информатике и електронских комуникација, намеће брзину и ефикасност у закључењу правних послова и отвара питања увођења нових, поједностављених форми закључења арбитражног уговора, посебно путем електронске комуникације. Решења УНЦИ-ТРАЛ Модел-закона након измена усвојених 2006. године резултат су такве тенденције. Ново решење Модел-закона остаје при захтеву писмене форме арбитражног уговора али је овај захтев драстично ублажен предвиђањем да писмена форма постоји у случају кад је садржина арбитражног уговора забележена у било којој форми, без обзира да ли је арбитражни уговор закључен усмено, конклюдентном радњом или на други начин.³¹ Поред тога, ново решење Модел-закона предвиђа читав низ различитих начина закључења арбитражног уговора путем средстава

29 В. у целини Зборник реферата *Преобликовање граница арбитрабилности: да ли напредује мо?*, Међународна конференција, 6–7 октобар 2017, Стална арбитража при Привредној комори Србије, поводом 70. годишњице, Београд, 2017

30 В. на пример чл. II став 2. Њујоршке конвенције о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука, чл. I став 2. Европске конвенције о међународној трговинској арбитражи, чл. 7. UNCITRAL Модел-закона пре усвајања амандмана из 2006. године, чл. 178. став 1. швајцарског Закона о међународном приватном праву.

31 Чл. 7. став 3.

електронске комуникације.³² Сличан приступ у погледу форме арбитражног уговора усвојен је и у српском Закону о арбитражи, у нешто блажој форми у односу на решење УНЦИТРАЛ Модел-закона и без навођења конкретних начина закључења арбитражног уговора путем средстава комуникације.³³

У контексту недостатка прописане форме као услова пуноважног настанка уговора о арбитражи, потребно је констатовати да је недостатак форме могуће отклонити било накнадним закључењем уговора о арбитражи у прописаној форми, било разменом тужбе и одговора на тужбу у којима једна страна наводи постојање уговора, а друга то не оспорава.³⁴

3. Способност уговарања – закључење уговора о арбитражи преко заступника

Способност уговарања у контексту уговора о арбитражи значи да лица која закључују овај уговор морају имати ону врсту способности која се законом захтева за закључење те врсте уговора. Решења се разликују пре свега по томе да ли се предност даје јурисдикционој или уговорној теорији правне природе арбитраже. У том смислу, захтева се правна и пословна способност као неопходан услов пуноважности арбитражног уговора или се поред тога захтева и страначка и парнична способност, у зависности од прихваћене теорије правне природе арбитраже.³⁵ Питање је више теоријског него практичног значаја. На практичном плану, оно се може поставити у погледу физичких лица, но како су стране пред међународним трговинским арбитражама најчешће правна лица, поменуто питање нема посебног значаја.³⁶ На способност уговарања у начелу се односи оно што је у овом раду изложено у погледу субјективне арбитрабилности.

Када је реч о закључењу уговора о арбитражи преко заступника, у пракси се дешава да тужени истиче да је заступник поступао без овлашћења или да је прекорачио границе овлашћења, због чега арбитражни уговор

32 Чл. 7. став 4

33 В. чл. 12. српског Закона о арбитражи.

34 У доктрини је спорно да ли ови акти представљају закључење новог или пак, конвалидацију ранијег, усмено закљученог уговора о арбитражи. Аутор се опредељује за друго становиште, тј. да је реч о конвалидацији. В. Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, нав. дело, 132-135.

35 Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2010, 52.

36 О питањима које покреће закључење арбитражног уговора преко заступника правног лица и прекорачења овлашћења у том смислу, Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, нав. дело, 89.

не постоји или је ништав, те арбитража није надлежна. У таквом случају, уколико се српско право примењује као меродавно, за заступање правних лица уопште релевантне су опште одредбе Закона о облигационим односима о заступању (чл. 84-88) о којима је било речи у оквиру претходних излагања, као и одредбе које се односе на пуномоћје (чл. 89-94). При томе, посебно треба имати у виду правило Закона о облигационим односима које се односи на обим овлашћења пуномоћника, према коме пуномоћник *мора* имати посебно овлашћење за закључење уговора о арбитражи (чл. 91. ст. 4). Најзад, с обзиром да је уговор о арбитражи у српском праву³⁷ формалан уговор (чл. 12 Закона о арбитражи), од значаја за ово питање је и правило Закона о облигационим односима према коме форма прописана законом за неки уговор или који други правни посао важи и за пуномоћје за закључење тог уговора, односно предузимање тог посла (чл. 90).

О овом питању имала је прилике да се изјасни Стална арбитража при Привредној комори Србије, решавајући спор у коме је тужени истакао приговор ненадлежности ове Арбитраже. У предметном спору арбитражно веће је утврдило да тужени није издао посебно пуномоћје за закључење уговора о арбитражи у смислу чл. 91. ст. 4 Закона о облигационим односима. У том смислу, у Одлуци се између осталог констатује да, према српском праву као меродавном у предметном спору, 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 (чл. 91. ст. 4 Закона о облигационим односима). Према наводима арбитражног већа „Наведена одредба ЗОО-а је императивне природе и не може се искључити или изменити вољом уговорних страна, те властодавац мора пуномоћнику издати посебно пуномоћје у сваком поједином случају кад овај закључује неки од наведених уговора, у које улази и уговор о арбитражи.“ На тим основима, арбитражно веће је усвојило приговор ненадлежности и Арбитражу огласило ненадлежном да поступа у поменутом предмету.³⁸

С друге стране, као што је истакнуто у претходним излагањима, ако се на питање заступања примењује Закон о привредним друштвима, релевантне су одредбе овог Закона које се односе на заступање и заступнике (чл. 31-43).

37 Иначе, захтев писмене форме арбитражног уговора је универзално прихваћен у упоредном праву.

38 Одлука Г-1/18 од 07. марта 2019.

4. Сагласност воља

Један од услова за пуноважан настанак уговора о арбитражи јесте сагласност воља уговорних страна. У смислу општих правила облигационог права, воља за закључење уговора мора бити стварна и слободна. Српски Закон о арбитражи изричито предвиђа да је уговор о арбитражи ништав ако је закључен под утицајем принуде, претње, преваре или заблуде.³⁹ У пракси међународних трговинских арбитража, стране су се у одређеним случајевима позивале на мане воље у контексту поништаја уговора о арбитражи.

Тако на пример, заблуда о својствима арбитра или о институцији задуженој за организацију арбитражног поступка била је повод озбиљних спорова у арбитражној пракси. После одлуке француског Касационог суда из 1964. године која се односила на унутрашњу арбитражу, француска јуриспруденција заузела је једнодушан став о томе да незнање једне стране у арбитражном уговору за везе које постоје између изабраног арбитра и друге стране, конституише заблуду која може, ако је намерно изазвана од стране другог уговорника, представљати превару која повлачи ништавост арбитражног уговора. Из формулације ове одлуке произилази да је за поништај арбитражног уговора потребан квалификовани облик заблуде који се састоји у *намерном* прикривању веза које постоје између арбитра и једне стране у спору (превара).⁴⁰ Ипак, у једној каснијој одлуци истог Суда, изражено је становиште да незнање једног уговорника за везе између арбитра и другог уговорника, представља заблуду која је узрок ништавости уговора, с обзиром да је “независност духа неопходна у обављању судске власти и представља њен извор. То је један од есенцијалних квалитета арбитра”.⁴¹ С друге стране, у одлуци Апелационог суда Париза која се односила на међународну арбитражу, одбијен је поништај уговора због заблуде. У овом случају, арбитражним уговором предвиђено је да ће Арбитражни суд МТК организовати арбитражни поступак. По настанку спора, страна која је оспоравала надлежност овог Суда, позвала се на ништавост арбитражне клаузуле због заблуде, с обзиром да јој није било познато да је потпредседник овог Суда био адвокат друге стране. Ову аргументацију одбио је Апелациони Суд, а након тога и Касациони суд, уз образложење да није доказано да је у време закључења уговора потпредседник Суда био адвокат тужене

39 Члан 10. став 1. тачка 4 Закона.

40 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, нав. дело, 327.

41 *Cass. 2e civ*, 13.05.1972. године, нав. према Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *ibidem*.

стране, па се не може прихватити да је тужилац приликом закључења уговора био жртва заблуде или преваре.⁴²

Позивање страна на превару, претњу или принуду као разлоге за поништај арбитражног уговора није чест случај у арбитражној пракси. То је и разумљиво ако се има у виду да је за поништај арбитражног уговора по правилу довољно доказати постојање заблуде која се сматра узроком ништавости уговора. У једној одлуци Арбитражног суда МТК, утврђено је да нема места позивању на превару, с обзиром да добровољно извршење уговора о арбитражи доказује да ниједна страна није била жртва мане воље. У другом спору пред истим Судом, једна страна је истицала да је писмо којим је прихватила понуду за закључење уговора написано под принудом. Суд је међутим нашао да ови наводи нису доказани и одбио захтев за поништај арбитражног уговора.⁴³

5. Предмет уговора о арбитражи

Да би уговор о арбитражи пуноважно настао, његов предмет, у смислу општих правила облигационог права, мора бити могућ, одређен и дозвољен.

У контексту арбитражног уговора, предмет уговора је фактички немогућ у случају кад је овим уговором предвиђена непостојећа арбитража. У тим оквирима, могуће је да стране, из грешке или незнања, арбитражним уговором предвиде неко непостојеће тело⁴⁴ (најчешће је реч о арбитражним клаузулама с маном – *clauses patologiques*).⁴⁵ У одређеним случајевима, стране у арбитражној клаузули предвиђају арбитражу која је у моменту закључења уговора постојала али је касније престала да постоји (накнадна, субсеквентна немогућност). До накнадне немогућности најчешће долази услед политичких и државно-правних промена које настају у државни седишта уговорене институционалне арбитраже.⁴⁶ Тако,

42 *Cass. 2e civ.*, 31.03.1978. *Komentar odluke*, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *ibidem*.

43 Одлука нав. према Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, нав. дело, 326.

44 V. B. Berger, F. Kellerhals, 312.

45 Детаљно, Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, нав. дело, 42-58.

46 Такав је на пример био случај уговарања надлежности Арбитражног суда при Спољнотрговинској комори Демократске Републике Немачке који је, после уједињења Немачке 1990. године, постао Арбитражни суд у Берлину и за свој поступак прихватио UNCITRAL Правила. Поводом правне судбине арбитражних клаузула које су предвиђале поменути Арбитражу у Источној Немачкој, у немачкој судској пракси и доктрини су испоњени различити ставови. Према једном становишту, таква арбитражна клаузула погођена је санкцијом ништавости, док је друго полазило од тога да је нови арбитражни суд, као сукцесор претходне Арбитраже, над-

државно-правне промене које су се одгирале у бившој Југославији биле су повод оспоравања надлежности Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори бивше Југославије. Ипак, ова Арбитража је у својим одлукама заузимала став о континуитету рада Арбитраже.⁴⁷ С друге стране, правна немогућност предмета арбитражног уговора постоји у случају кад је тај предмет правно недопуштен, о чему је било речи у оквиру излагања о објективној арбитрабилности.

Предмет уговора о арбитражи мора бити одређен или одредив. То значи да уговорне стране могу арбитражи поверити спорове који у будућности могу проистећи из њиховог правног односа (арбитражна клаузула), као и спор из тог правног односа који је већ настао (арбитражни компромис). Тако на пример, УНЦИТРАЛ Модел-закон дефинише арбитражни уговор као “уговор којим стране подвргавају арбитражи све или одређене спорове који су међу њима настали или би могли настати у погледу *одређеног* правног односа, уговорног или вануговорног”.⁴⁸ Оно што је у контексту услова пуноважности арбитражног уговора битно, то је да се овај уговор мора односити на *одређени* правни однос између страна, без обзира да ли је реч о конкретном спору који је већ настао или пак, о споровима који би у будућности могли настати. Генерална арбитражна клаузула којом би се арбитража предвидела уопште, за све правне односе у које ступају одређена лица, била би без правног дејства.⁴⁹ У том погледу, посебно треба имати у виду правило Њујоршке конвенције према коме се признаје само онај арбитражни уговор који се закључује у погледу *одређеног* правног односа између страна.⁵⁰

Најзад, да би уговор о арбитражи био пуноважан, његов предмет се мора односити на материју која је подобна да буде подвргнута арбитражи – објективна арбитрабилност о којој је било речи у претходним излагањима у овом раду.

IV Закључак

Учињена анализа упућује на закључак да испитивање узрока ништавости уговора о арбитражи представља не само значајно, већ и

лежан за решавање клаузулом предвиђених спорова осим у случају друкчијег споразума страна. Ова спорења пресекао је немачки Савезни суд, одлучивши у корист прве тезе.

47 Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, нав. дело, 100–102.

48 Члан 7. став 1. Модел-закона.

49 Више, Г. Кнежевић, В. Павић, 50.

50 Члан II став 1. Конвенције.

деликатно и изузетно комплексно питање. Свеобухватно разумевање узрока ништавости уговора о арбитражи захтева добро познавање како правила материјалног, пре свега облигационог права, тако и арбитражног и уопште процесног права, а кад је реч о међународној арбитражи, онда и правила међународног приватног и компаративног права, одговарајућих ставова судске и арбитражне праксе, као и правне доктрине. Узроци ништавости уговора о арбитражи могу се посматрати у контексту његове повезаности са уговором у коме је садржан или на који се односи (главни уговор) али исто тако могу бити анализирани независно од главног уговора. Са аспекта повезаности уговора о арбитражи и главног уговора, доминантно је начело аутономије арбитражног уговора које недвосмислено налаже: арбитражна клаузула представља посебну правну целину чија је правна судбина независна од судбине главног уговора. Евентуална ништавост главног уговора не погађа аутоматски арбитражни уговор, те је арбитража, на основу уговора о арбитражи, овлашћена да одлучује о пуноважности главног уговора. Ипак, начело аутономије уговора о арбитражи познаје и извесна значајна ограничења. Она су детерминисана случајевима у којима одређени недостатак у главном уговору не доводи само до ништавости тог уговора, већ аутоматски погађа и уговор о арбитражи. Ови случајеви, у својој кумулативности, у доктрини се означавају као „идентитет недостатака.“ Узроци ништавости релевантни за сам уговор о арбитражи у суштини се односе на општа правила облигационог права о способности уговарања, сагласности воља, предмету и форми уговора. Ипак, кад је реч о уговору о арбитражи, неки од ових услова су подвргнути посебним правилима с обзиром на његову специфичну правну природу. Све ово указује на потребу посебне пажње приликом закључења уговора о арбитражи, у циљу избегавања спорних ситуација и различитих тумачења која, у крајњој консеквенци, могу довести до ненадлежности арбитраже.

Jelena S. PEROVIĆ VUJAČIĆ

INVALIDITY OF ARBITRATION AGREEMENT

This contribution offers an analysis of the causes of invalidity of arbitration agreement, examining first whether the arbitration agreement will necessarily be invalid as a result of invalidity of the main contract to which it relates. The analysis is made in the light of the principle of autonomy of the arbitration agreement and its particular restrictions. Furthermore, the contribution considers causes of invalidity specific to the arbitration agreement, such as lack of legal capacity, lack of capacity to act, agency without authority, lack of consent between the parties, defects of form as well as defects of subject-matter of the arbitration agreement, from the perspective of contemporary arbitration trends and comparative law solutions, case law and legal writing.

Key words: *arbitration agreement, invalidity, arbitration, arbitrators, jurisdiction.*