

---

# ЧЛАНЦИ

---

др Мирко ВАСИЉЕВИЋ  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду  
и председник Сталне арбитраже Привредне коморе Србије

## АРБИТРАЖА БЕЗ АРБИТРАЖНОГ УГОВОРА (директног или индиректног)

### Резиме

Арбитражни уговор, било као самосталан (компромис) или као део основног уговора (компромисорна клаузула), представља незаобилазан правни инстинктивни арбитражни решавања спорова, са самосталном правном природом и независном позицијом у односу на основни уговор.

Арбитражни уговор због принципа релативног дејства уговора делује само између уговорних страна. Ипак, у савременим условима, чак и конститутивног исмене форме овог уговора (доминантно решење националних и међународних извора арбитражног права) не значи и немоћност проширене дејства арбитражног уговора и на неуговорнике, под одређеним претпоставкама. У овом раду, аутор анализира претпоставке дејства арбитражног уговора на трећа лица – неоптиснике („арбитража без арбитражног уговора“), у случају комерцијалних арбитража, код инстинктивна „пробоја правне личности“ и инстинктивна групе друштва, као и код инвестиционих арбитража на „индиректне улајаче“ (власнике директних улајача кинжала у земљу домаћина инвестиције). Најзад, аутор, у овом контексту, критички разматра пониклиј конкретне арбитражне одлуке од српског правосудја јуким позивањем на неоптисојање арбитражног уговора између свих учесника општука и неоптисни састав проширене арбитражног већа и поред суоптисних трендова релевантне међународне арбитражне праксе.

**Кључне речи:** комерцијална арбитража, арбитражни уговор, *труја друкчија*, „*иробој иравне личностии*“, инвестициона арбитража, индиректни улагач.

## І Арбитражни уговор „алфа и омега“ арбитраже

Кичма арбитражног права је свакако воља странака изражена у арбитражном уговору (компромис или компромисорна клаузула у предметном правном послу – *Agreement to Arbitrate*)<sup>1</sup> о поверавању решавања спора из међусобног уговорног односа арбитражи,<sup>2</sup> ако је исти арбитрабилан (подобан за решавање путем арбитраже). Како је реч о класичном уговору облигационог права, с обзиром на то да има релативно дејство (*inter partes*), уговарање овакве клаузуле произилази из слободе уговарања (аутономија воље), чије границе на уопштен начин утврђује закон (принудни прописи, јавни поредак, добри обичаји).<sup>3</sup>

Арбитражни уговор (*компромис* – ако је спор већ настао или *компромисорна клаузула* у основном правном послу за евентуални будући спор из тог посла) настаје по свим правилима уговорног права,<sup>4</sup> с тим што поред позитивног дејства (уговарање арбитражног форума) има и

1 Вид. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, 213–328, 373–461; G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Kluwer Law International, 2009, 197–407, 563–1232; M. Kondo, T. Gotoet. al., *Arbitration Law of Japan*, Tokyo, 2004, 43–52; A. Redfern, M. Hunter, *International Commercial Arbitration*, London, 1992, 137; T. Varady et al., *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, St. Paul, Minn, 1999, 220–266; A. Goldštajn, S. Triva, *Међународна трговачка арбитража*, Zagreb, 1987, 92–108; T. Deskoski, *International Arbitration Law*, Skopje, 2016, 161–177; M. Trajković, *Међународно арбитражно право*, Beograd, 2000, 231–323; M. Станивуковић, *Међународна арбитража*, Beograd, 2013, 73–142; G. Knežević, *Међународна трговинска арбитража*, Beograd, 1999, 32–50; G. Knežević, V. Pavić, *Арбитража и АDR*, Beograd, 2009, 45–68; J. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Beograd, 1998, 41–219; A. Јакшић, *Међународна трговинска арбитража*, Beograd, 2003, 193–298.

2 „Арбитражни споразум је угаони камен (камен темељац) арбитражног процеса,“ одричући судску надлежност и поверавајући потенцијални арбитрабилни спор уговореној арбитражи. Арбитражни уговор (клаузула) има самосталну правну судбину (начело аутономије) независно од правне судбине уговора чији је евентуално саставни део. Вид. T. Varady, et. al., 83–84, 124–130.

3 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени листи СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени листи СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени листи СЦГ*, бр. 1/2003, чл. 10.

4 Више: G. Born, 563–766; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 261–327, 373–461; M. Станивуковић, 73–77, 87–101; J. Перовић, 87–106, 119–149; M. Цукавац, „Садржина арбитражног уговора“, *Арбитража*, Beograd, 2001, 15–65.

негативно дејство (искључење надлежности иначе надлежног државног суда),<sup>5</sup> односно поред материјалноправног дејства уговора (правна природа уговора – способност уговарања, овлашћење за уговарање, сагласност воља, предмет уговора и арбитрабилност – *субјективна и објективна*, писмена форма уговора – флексибилно схваћена, могућност прећутног закључења и закључења на основу пословних обичаја или општих услова пословања или на основу понашања странака – уговор по приступу,<sup>6</sup> дејства уговора, промена субјеката уговорног односа, престанак уговора) има и процесноправно дејство (јурисдикциона теорија процесне природе). Арбитражни уговор има аутономни правни статус (одвојивост од основног уговора у коме је садржан, независност у односу на основни уговор – постојање, пуноважност и правна дејства).<sup>7</sup> У сваком случају, арбитражни уговор *обавезује само уговорне стране* које су га закључиле или му приступиле (не, дакле, и трећа лица, *осим кад се* у смислу правила субјективне арбитрабилности – *arbitrability ratione personae*, *нейојийисници не моју сматрајти прећим лицима*.<sup>8</sup> цесија

5 Више: Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 395–430.

6 Сагласност на арбитражни уговор може бити и прећутна или индиректна: сагласност на предметни уговор са овом клаузулом конституише и сагласност на ову клаузулу, сагласност на арбитражну клаузулу у предметном уговору не укључује обавезно и сагласност на тај уговор, сагласност према околностима случаја не захтева и потпис, потпис не мора нужно значити и сагласност (принуда, превара), сагласност може произилазити из понашања (конкluentне радње) или бити прећутна (чак и усмени уговор може укључити прећутни арбитражни уговор, на основу пословних обичаја и без усменог позивања на тај уговор), сагласност се може заснивати на размени уговорне документације, сагласност на арбитражу може произилазити и из радњи у арбитражном поступку и без арбитражног уговора, сагласност може произаћи и из прихвата општих услова пословања (типских уговора, уговора по приступу) са арбитражном клаузулом. Вид. G. Born, 661–674; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 274–323, 373–394; М. Станивуковић, 89–95; Ј. Перовић, 132–149.

За изворе права, у овом домену, домаће и међународне, вид: Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука, 1958. (Њујоршка конвенција, Закон о ратификацији, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 11/81, чл. II; УНЦИТРАЛ Модел закон о међународној трговинској арбитражи (Модел закон, *документ Уједињених нација А/40/17, Анекс I*, 1985, 2006, чл. 7; Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи (Европска конвенција, Уредба о ратификацији – *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 12/63), члан 1, ст. 2; српски Закон о арбитражи – СЗА, *Службени лист РС*, бр. 46/06, чл. 12.

7 О претпоставци независности и аутономности (одвојивости од основног уговора): G. Born, 311–407; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 213–259; Ј. Перовић, 67–85; М. Станивуковић, 78–81, А. Јакшић, 195–199.

8 G. Born (1142–1210) разликује следеће основе везаности арбитражним уговором непотписника: заступништво (agensy), очигледно овлашћење, прећутна сагласност, *alter ego* „пробијање правне личности“, доктрина „групе компанија“, уговор у корист трећих лица, сукцесија, асигнација и други преноси уговорних права, суброгација,

потраживања, уступање уговора, суброгација, сукцесија – осим ако није друкчије уговорено),<sup>9</sup> „пробијање правне личности“,<sup>10</sup> повезана привредна друштва),<sup>11</sup> или се ради о „арбитражи без уговора“ (*arbitrability without privity* – инвестиционе арбитраже на бази закључених билатералних међудржавних споразума о заштити страних инвестиција – БИТ),<sup>12</sup> или, коначно, код инвестиционих арбитража могућност покретања спора против државе домаћина инвестиције од стране сваког власника акција или удела, па и индиректног, као „заштићеног улагача“ на основу БИТ-а,<sup>13</sup> прихватајући тиме надлежност изабраног арбитражног форума да решава њихов међусобни спорни однос.

### 1. Писмена форма арбитражног уговора – ограничење проширења субјективне арбитрабилности?

Посебно важно питање граница субјективне арбитрабилности и евентуалног проширења овог домена је питање обавезности писмене форме арбитражног уговора (схваћене у флексибилном смислу), као битног елемента овог уговора, чије неиспуњење чини уговор ништавим и тиме последично представља ограничење могућности проширења

*estoppel* и повезане доктрине, ратификација, корпоративни директори *and officers* (који извршавају арбитражни уговор иако су непотписници), гаранти, акционари по основу деривативних тужби за компанију, непотписници код арбитраже у који је укључена држава, учесници *jointventure* односа. Вид. и: Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 431–452.

9 СЗА, чл. 13.

10 L. Shmatenko, „Piercing the Corporate Veil is Relative“, *Young Arbitration Review (YAR)* Nr. 10/2012, 25–29.

11 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 299–305; R. Daujotas, „Non-signatories and Abuse of Corporate Structure in International Commercial Arbitration“, 1–23, <http://ssrn.com/abstract=2148900>; O. ErturkOzel, „The Group of Companies Doctrine as a Non-Signatory Issue in Arbitration Agreements“, [http://ozel.law/wp-content/uploads/2016/04/ozel\\_articles-002.pdf](http://ozel.law/wp-content/uploads/2016/04/ozel_articles-002.pdf); S. P. Woolhouse, „Group of Companies doctrine and English Arbitration Law“, *Arbitration International*, Vol. 20, Issue Nr. 4/2004, 435–444; P. A. Costa Braga de Oliveira, „Non-Signatories to the Arbitration Agreement: Recent Developments in Brazil“, [хтп://ссрн.цом/абстракт=1673008](http://ssrn.com/abstract=1673008); Д. Јанићијевић, „Проширење дејства арбитражног споразума“, Зборник: *Заштити људских и мањинских права у европском правном поређу*, LXII, 2012, 283–299; Р. Игњачевић, „Проширење арбитражног споразума на непотписника са освртом на две арбитражне одлуке“, *Liber Amicorum Гаио Кнежевић*, 267–273; У. Живковић, „Субјективни домаћај арбитражног споразума и трећа лица: изузеци од принципа *inter partes* у заснивању надлежности арбитраже“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2013, 437–453; М. Цукавац, „Арбитража и трећа лица“, *Арбитража*, Београд 2003, 28–53.

12 J. Paullsson, „Arbitrability Without Privaty“, *ICSIDReview – Foreign Investment Law Journal*, Nr. 10/1995, 232–257.

13 М. Станивуковић, 144–148.

субјективне арбитрабилности на непотписнике овог уговора. Ово је посебно важно код расправе око института „пробијања правне личности“, као и института групе повезаних друштава (група друштава) и одређених форми злоупотребе права које воде оштећењу интереса поверилаца из предметног уговорног односа.

Нема спора да већина националних арбитражних закона (где спада и српски арбитражни закон),<sup>14</sup> као и међународни извори арбитражног права, захтевају писмену форму овог уговора и дају јој природу битног елемента уговора (услов пуноважности уговора). Ово би практично значило да се овај уговор не може закључити *solo consensus* и *lex mercatoria* не би тиме могла бити извор арбитражног права. Ипак, већ постоји вишедеценијска арбитражна пракса превазилажења овог услова пуноважности арбитражног уговора, те тиме и заснивање праксе проширења субјективне арбитрабилности и на случајеве недостатка ове форме, када се питање дејства арбитражног уговора *на нейојџиснике* поставља *џрвенсџивено као чињенично џиџање а не џравно џиџање*. Овакве арбитражне одлуке „преживеле“ су и поступке судске контроле предвиђене законима земље извршења (евентуално и признања). У овом погледу карактеристични су посебно случајеви примене института „пробијања правне личности“, као и примене института групе друштава и евентуалне злоупотребе права која оштећује интересе поверилаца из предметног уговорног односа. Ван ових изузетака национална императивност писмене форме арбитражног уговора и њеног правног дејства, као евентуалног меродавног права извршења (евентуално и признања) арбитражне одлуке, остаје нетакнута. Ипак, извршење арбитражне одлуке која укључује непотписника (у флексибилном смислу) арбитражног уговора, у земљи порекла те одлуке, ако „преживи“ судску контролу правног дејства изостанка писмене форме у односу на непотписника, не представља посебан проблем, али извршење (и признање) такве одлуке у другој држави, без обзира на национални третман природе изостанка такве форме у односу на непотписника, због конститутивности такве форме у међународним арбитражним изворима (посебно Њујоршкој конвенцији),<sup>15</sup> остаје у домену одређене неизвесности.<sup>16</sup>

14 СЗА, чл. 10 и 12.

15 Њујоршка конвенција, чл. II (2).

16 Карактеристичан у овом смислу је случај арбитражне одлуке *ICC Orri* (бр. 5730/88). Овом одлуком, применом теорије „пробоја правне личности“ господин *Orri* је оглашен директно одговорним тужиоцу за дугове својих друштава које је контролисао склапајући уговоре у намери да се на захтев поверилаца позове на одвојене правне личности друштава која су склапала те уговоре (намера подметања статиста или пуких фигураната из уговора као уговорних страна, мешајући имовину друштва уговорника са другим друштвом или са својом личном имовином и вршећи тиме злоупотребу и оштећење поверилаца).

## 2. Комерцијална арбитража без арбитражног уговора у случају групе друштава

Нова референтна арбитражна пракса референтних арбитражних институција у случају комерцијалних арбитража проширује субјективну арбитрабилност и на непотписнике арбитражног уговора (непостојање арбитражног уговора), под одређеним условима (испуњеност претпоставки), на чланове групе друштава (постојање матичног и зависних друштава).<sup>17</sup>

Група друштава као целина нема правни субјективитет, већ правни субјективитет имају све чланице групе (зависна друштва и матично друштво).<sup>18</sup> Ипак, чланице групе не могу се међусобно посматрати као

Пресудом Апелационог суда Париза (11. јануар 1990) потврђена је ова одлука (коментар: D. Kohen, *Revue de l'arbitrage*, 1992, 125). Француски Касациони суд је пресудом од 11. Јуна 1991, одбио захтев за укидање одлуке Апелационог суда (коментар: D. Kohen, *Revue de l'arbitrage*, 1992, 73).

Ова арбитражна одлука је призната и извршена у Грчкој (која такође према свом националном арбитражном праву захтева обавезну писмену форму арбитражног уговора, као и Њујоршка конвенција – у конкретном случају *iocsidin Orri није лично йоийииса йредмејини арбијйражни ујовор*), где је господин Orri поседовао значајну имовину. Иначе, процедура признања и извршења ове одлуке у Грчкој није прошла без тешкоћа и различитог приступа судова различите инстанце: првостепени суд Атине је одобрио извршење ове одлуке, али је по жалби Апелациони суд Атине укинуо одлуку првостепеног суда, да би коначно по жалби Врховни суд Грчке (пресуда бр. 544/96) поништио пресуду Апелационог суда с позивом на чињеницу да Апелациони суд Атине није уважио чињеницу да је пресуда Апелационог суда Париза стекла снагу пресуђене ствари (*resiudicata*) у односу на грчке судове (дејство страних судских одлука), што је у поновном поступку Апелациони суд Атине и прихватио (пресуда бр. 10575/96). Више: М. Цукавац (2003), 43–47.

- 17 О појму групе друштава: А. Hicks, S. H. Goo, *Company Law*, Oxford, 2004, 454–467; J. H. Farrar, *Company Law*, London-Edinburgh, 1988, 486–493; P. Merle, A. Fauchon, *Droit commercial – sociétés commerciales*, Paris, 2001, 703–783; Y. Guyon (2003), *Droit des affaires*, Paris, 2003, 624–678; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris, 2006, 613–633; R. Pennington (1995), *Company Law*, London, 1995, 968–993; M.D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, *Les sociétés commerciales*, Paris, 1999, 781–808; P. L. Cannu, V. Dondero, *Droit des sociétés*, Paris, 2012, 939–997; J. Birdsetal., *Boyle and Birds Company Law*, London, 1995, 21–30; M. Gillooly, *The Law Relating to Corporate Groups*, Sydney, 1993; J. Dine, *The Governance of Corporate Groups*, Cambridge, 2000; H. Bardet et al., *Les Holding*, Paris, 1991; M. Pariente, *Les groupes de sociétés*, Paris, 1993; G. Wirth et al., *Corporate Law in Germany*, München, 2010, 207–218; М. Васиљевић, *Компанијско йраво*, Београд, 2019, 600–621; В. Круљ, *Правни режим и облици концентрација у йривреди*, Београд, 1978, 144–145; М. Сукијасовић, *Мултиационално йрегузеће*, Београд, 1981; Р. Ђуровић, *Међународно йривредно удруживање*, Београд 1985, 207–220; Р. Ђуровић, *Мултиационалне компаније*, Београд, 1977; С. Шогоров (2003а), *Право йривредних друшййава*, Нови Сад, 2003а, 248–259; Т. Јевремовић Петровић (2014), *Групе йривредних друшййава*, Београд, 2014.

- 18 Групу друштава регулише и српски: Закон о привредним друштвима – ЗОПД – *Службени йласник РС*, бр. 36/11, 99/11, 83/44, 5/14 и 44/18), чл. 549–566.

трећа лица, те односи међу њима (било по хоризонталу, било по вертикали) нису односи међу нечланицама групе. У економском смислу чланице групе друштва представљају економско јединство, те ова чињеница често утиче и на признавање одређених правних дејстава и правних последица постојања групе (у порескоправној сфери и рачуноводственој сфери, у сфери биланса, радноправној сфери и слично), иако по правилу не у имовинскоправној сфери и тиме сфери одвојене одговорности чланица групе за своје обавезе. Ипак, управо институт групе друштва погодан је институционални оквир за праксу „пробоја правне личности“, с обзиром на то да је матично (контролно) друштво фактичком контролом над зависним друштвима у позицији да „пробојем њиховог правног субјективитета“ пребацује њихову имовину у имовину матичног друштва оштећујући повериоце тих друштава.

У сфери арбитражног права, иако матично друштво (најчешће) није уговорна страна у уговору зависног друштва и неког уговорника у ком је садржана арбитражна клаузула, те по теорији арбитражног права не може бити у принципу обавезано ни позитивним ни негативним дејством те клаузуле (надлежност уговорене арбитраже и искључење надлежности суда), *фактичка чињеница позиције матичног друштва* у односу на зависна друштва у управљачком смислу често значи и укљученост тог друштва у некој или свим фазама живота тог уговора у материјалном смислу (поступак закључења, праћење извршења, неуредност извршења, раскид) и тиме и процесном смислу (везаност арбитражним уговором као саставним уговором основног уговора или као посебним уговором). Иста ситуација може бити и на међусобној релацији зависних друштава или у обрнутом односу (обавезност арбитражног уговора из основног уговора матичног друштва и трећег лица и за зависна друштва која нису уговорне стране), све зависно од конкретних фактичких околности процеса закључења и извршења основног уговора, што се као *чињенично стање утврђује током арбитражног поступка*.<sup>19</sup>

19 Прецедентна одлука у овом смислу донета је од стране ICC арбитраже: *Dow Chemical v. Isover-Siant Goban* (ICC no. 4131), 23. septembar 1982, *Revue de l'arbitrage* 1984, 137, коментар: А. Chapelle). У овом случају арбитражно веће састављено од врхунских ауторитета у сфери арбитражног права (проф. Р. Sanders – председавајући и коарбитри: проф. В. Goldman и проф. Vasseur) међуодлуком о надлежности одлучило је да је арбитража надлежна и у односу на чланице групе Dow Chemical, које иначе нису биле потписнице основног уговора а тиме ни арбитражне клаузуле у том уговору. Против ове одлуке уложен је био захтев за поништај који је Апелациони суд Париза одбио (21. октобар 1983) позивајући се на појам групе друштва и економског јединства чланица групе, што води заједничкој вољи свих чланица групе, те тиме обавезности арбитражне клаузуле и за непотписнике (*Revue de l'arbitrage*, 1984. 98, коментар: А. Chapelle). Ова одлука послужила је као прецедент за низ других истоветних одлука ICC арбитражног суда: *проширење*

### 3. Комерцијална арбитража без арбитражног уговора у случају „пробоја правне личности“

Нова референтна арбитражна пракса референтних арбитражних институција у случају комерцијалних арбитража проширује субјективну арбитрабилност и на непотписнике арбитражног уговора (непостојање арбитражног уговора), под одређеним условима (испуњеност претпоставки), ако се ради о примени института „пробоја правне личности“.<sup>20</sup>

Институт „пробоја правне личности“ релативизује два важна правна принципа: принцип релативног дејства уговора (између уговорника) и принцип одвојености субјективитета сваког правног субјекта. Ипак, примена овог института је изузетна и условљена је *чињеничним утврђењем злоујотребе одвојених њравних субјективитетиа* и последично оштећењем интереса поверилаца појединих друштава мешањем њихове имовине са имовином других друштава и тиме оштећењем интереса поверилаца тог друштва. Овај институт регулише и српски Закон о привредним друштвима.<sup>21</sup>

Референтна арбитражна пракса референтних арбитражних институција у низу случајева проширила је дејство арбитражног уговора на непотписнике тог уговора применом теорије „пробоја правне личности“ и повезаног института *alter ego*. Карактеристичан у овом смислу је већ цитирани арбитражни случај *Orri*.<sup>22</sup> Такође, у арбитражном спору (ICC са седиштем у САД) *National Development Company (NDC) v. Triad Holdingu A. Khashoggi*, проширено је дејство арбитражне клаузуле која

*дејства арбитражне клаузуле мајичној друштва и трећеј лица на зависна друштва тој мајичној друштва: ICC, no. 4402 (1983), ICC, no. 4504 (1985), ICC, no. 6972 (1989), ICC, no. 6519 (1991), ICC, no. 7102 (1994), ICC, no. 2375 (1995), ICC, no. 8553 (1997); проширење дејства арбитражне клаузуле зависној друштва и трећеј лица на мајично друштво тој зависној друштва: ICC, no. 5730 (1988), ICC, no. 5721 (1990), ICC, no. 8553 (1997).*

20 О институту „пробијања правне личности“: L. C. B. Gower, *Principles of Modern Company Law*, London, 1992, 108–138; L. C. B. Gower, P. L. Davies (2008), *Principles of Modern Company Law*, London, 2008, 193–211; J. Charlesworth, (ed. G. Morse et al.), *Charlesworth & Morse Company Law*, London, 1995, 26–33; R. Hamilton, *The Law of Corporations*, Minnesota, 1991, 81–102; J. H. Farrar, *Company Law*, London-Edinburgh, 1988, 57–69; E. R. Ivamy, *Company Law*, London, 1978, 8–21; Y. Guyon (2003), *Droit des affaires*, Paris, 2003, 141–144; R. P. Austin, I. M. Ramsay, *Ford's Principles of Corporations Law*, Chatswood, N. S. W., 2007, 137–147; R. Pennington, *Company Law*, London, 1995, 39–42; М. Васиљевић, *Компанијско њраво*, Београд, 2019, 81–89; В. Јовановић, *Предузећа и друштва њрема Закону о њредузећима*, Београд, 1990, 56; Ј. Барбић, *ОУР у њравном њромеју*, Загреб 1984, 337–338; Б. Забел, *Ојштии ѡојлед на њравне личностии и ОУР као њравна лица*, скрипта, Нови Сад, 1976, 58–60.

21 ЗОПД, чл. 18.

22 ICC, no. 5730/88.



је постојала између уговорника NDC и Triad Holding-a и на треће лице – A. Khashoggi, које није било потписник основног уговора и тиме ни арбитражне клаузуле у том уговору али је било 100% власник туженика – Triad Holding. Како је овај арбитражни поступак вођен у САД, где сама арбитража не може да одлучује у том случају о својој надлежности према непотписнику арбитражног уговора, већ то може само надлежни суд, то је тужилац NDC захтевао од суда надлежног дистрикта (*Southern District Court of New York*) да о томе одлучи, што је овај и учинио доносећи одлуку о дејству те арбитражне клаузуле и на друготуженог – A. Khashoggi, иначе непотписника, применом теорије „пробоја правне личности“ и теорије *alter ego* (A. Khashoggi је као власник 100% првотуженика – Triad Holding, у основи његов *alter ego*).<sup>23</sup> По жалби друготуженог – Апелациони суд the Second District потврдио је ову одлуку, након чега је арбитражни трибунал донео одлуку о солидарној одговорности оба туженика – Triad Holding и A. Khashoggi (физичко лице).

Питање извршења арбитражне одлуке која укључује треће лице непотписника арбитражног уговора у контексту основног правила да се арбитражна одлука може извршити само против потписника тог уговора отвара одређене додатне проблеме. Ипак, Њујоршка конвенција (члан VII) отвара и могућност извршења арбитражне одлуке против непотписника арбитражног уговора ако право земље извршења то допушта. Пракса судова САД управо то омогућује применом теорије „пробоја правне личности“ не само за спровођење арбитражног поступка против непотписника већ и за извршење тако донете одлуке.<sup>24</sup>

23 Одлука Southern District Court of New York, no. 89 Civ 7457/MP, *Yearbook Commercial Arbitration*, no. XVIII, 506 и XIX, 494. Иначе, америчка судска пракса теорију *alter ego* примењује кад утврди не само 100% власништво, већ и кад се у том случају кристи исти меморандум и заштитни знак, кад иста лица руководе друштвима, кад матично друштво има редован надзор над зависним друштвом, *што се у сваком конкретном случају утврђује као чињенично стање*.

24 Тако је амерички суд одобрио извршење међународне арбитражне одлуке у односу на матично друштво иако је арбитражна одлука била донета против његовог зависног друштва: *Carte Blanche Pte Ltd. (CBS –Singapur) v. Diners Club International, Inc.* 2F, 3d, 24 (2d, Cir. 1993), *Arbitration & the Law*, 1993–1994, *AAA General Counsel's Report*. Предмет спора био је уговор о франшизи са арбитражном клаузулом, који је закључен између Carte Blanche Pte Ltd. (CBS), као тужиоца и Carte Blanche International Ltd. (CBI), као туженика. У првој одлуци District Court је заузео став да Diners Club као матично друштво није обавезан на основу арбитражне одлуке (непотписник), али је Апелациони суд по жалби заузео став да је Diners Club матично друштво и да је CBI његово зависно друштво (потписник арбитражне клаузуле), а како је поступак извршења арбитражне одлуке против зависног друштва (CBI) био безуспешан због недостатка имовине, тужилац је захтевао извршење против матичног друштва (Diners Club), што је и исходио. Апелациони суд је констатовао да је нижи суд погрешно што није дозволио „пробијање корпоративног вела“ и по том основу извршење против матичног друштва, иако зависно друштво није

#### 4. Инвестициона арбитража –арбитража са или без арбитражног уговора

Основ за инвестиционе арбитраже не представља директни арбитражни уговор уговорних страна, већ у неку руку индиректни арбитражни уговор који закључују две државе (*BIT – Bilateral Investment Treaty*) или више држава (*MIT – Multilateral Investment Treaty*), чији је предмет заштита страних инвестиција у земљи домаћину инвестиције, са таквом клаузулом о надлежности неке инвестиционе арбитраже. На овој основи и поред тога што не постоји директна арбитражна клаузула између иностраног улагача и државе домаћина инвестиције, оваква индиректна арбитражна клаузула основ је за надлежност уговорене арбитраже. Аналогно комерцијалним арбитражама, код инвестиционих арбитраже се поставља питање да ли се ова клаузула о надлежности арбитраже може односити не само на иностраног директног улагача са тако заштићеним „инвестиционим улагањем“, већ и на тзв. индиректног улагача – физичко или правно лице које поседује акције или уделе директног улагача (својеврсно проширење дејства појма заштићени директни „инвеститор“ и на индиректног инвеститора власника или сувласника директног инвеститора).

Да ли је, дакле, могуће да друштво А буде тужилац из инвестиционог уговора који има друштво Б по основу претрпљене штете проузроковане од стране државе домаћина и њених организација? Пракса међународних инвестиционих трибунала у низу случајева тумачећи у врло широком смислу појам „инвестиција“ и „инвеститор“ давала је позитиван одговор на ово питање, било да се радило о индиректном улагачу које има националну припадност директног улагача, било да је имало националну припадност државе домаћина или неке треће земље.<sup>25</sup> Чак, пракса водећег међународног сталног инвестиционог трибунала (*ICSID центар*, Вашингтон) дозвољава да се као тужилац појави и лице (власник акција или удела) које није непосредни власник друштва директног улагача, без обзира колико друштава и које националне припадности стоје између тог тужиоца и директног улагача (практично се овим поводом истих мера државе домаћина и истог чињеничног стања може

---

имало запослене, није имало своју имовину, нити посебну управу, као ни свој меморандум и пословне књиге, већ је све то припадало матичном друштву, као и приходи које је остваривало зависно друштво, закључујући да у таквом случају право New York-а „захтева извршење арбитражне одлуке директно против Diners Club-а, као матичног друштво, те да је пробој корпоративног вела у овом случају не само неопходан већ и потребан“.

25 Simens A. G. v. Argentina, ICSID, no. ARB/02/8, 2004; Enron Corporations and Ponderosa Assets, L. P. v. Argentina, ICSID, no. ARB/01/3, 2004; Waste Management Inc. V. Mexico („No. 2“), ICSID, no. ARB (AF), 2004.

појавити више тужби различитих тужилаца друштава из групе друштава, што може водити неприхватљивом умножавању износа штете).<sup>26</sup>

## 5. Српско правосуђе и арбитража без арбитражног уговора

У српском праву домаће арбитражне одлуке могу бити по тужбеном захтеву подвргнуте судској контроли у контексту њихове ништавости, по основу лимитативно набројаних законских разлога формалне и процедуралне (не и материјалне) природе,<sup>27</sup> док се иностране одлуке подвргавају поступку признања и извршења. На срећу, у домаћој пракси овакви захтеви су доста ретки, а још ређе је изрицан поништај по покренутим поступцима. Ипак, нашу пажњу (као и пажњу правничке јавности Србије), што је и директни мотив за писање овог рада, привукао је вишегодишњи такав поступак против једне арбитражне одлуке Спољнотрговинске арбитраже (СТА) при Привредној комори Србије (сада Сталне арбитраже) пред српским правосудним институцијама, као и наравно сама коначна одлука о таквом поништају.

Реч је о арбитражној одлуци СТА, бр. Т 12/2010 од 15. новембра 2011. године (делимична одлука о надлежности) и Коначној одлуци СТА, бр. Т-12/2010 од 19. септембра 2012. године, по тужби Агенције за приватизацију Републике Србије против иностране компаније Х, због неизвршења уговора о приватизацији српске компаније У. *Арбитражно веће је донело њрво делимичну одлуку којом је уишврдило своју надлежност*<sup>28</sup> и у односу на друготуженика по проширеном тужбеном захтеву (који није постојао у време закључења предметног уговора о приватизацији и није могао бити потписник тог уговора са арбитражном клаузулом о надлежности ове арбитраже, као што је то случај са првотужеником као потписником овог уговора, а кога је статусном променом издвајања основао управо првотуженик, пребацујући на њега сву имовину и запослене и тиме изазивањем сопственог стечајног разлога, након чега је и отворен стечај над њим у току арбитражног поступка),

26 Више: М. Станивуковић, 148; М. Цукавац, „Дејство арбитражног споразума на трећа лица – трговинска и инвестициона арбитража“, *Право и њривреда*, бр. 4–6/2018, 317–323.

27 Закон о арбитражи, чл. 58.

28 Српски Закон о арбитражи (чл. 28) прихвата доминантну теорију континенталног права *competence-competence* према којој сам арбитражни суд може одлучивати о својој надлежности (што може бити предмет судске контроле у контексту захтева за поништај), за разлику од англосаксонске праксе где је то одлучивање у надлежности суда. Више: М. Васиљевич, Александр Чирич, „Арбитражное соглашение и доктрина „компетенции-компетенции“: современные тенденции, Международный коммерческий арбитраж: вызовы современности“ – *Сборник*, Киев 2017, 57–73.

а затим и коначну арбитражну одлуку делимичним усвајањем тужбеног захтева тужиоца (око 17 милиона Евра плус камата). Арбитражно веће је било трочлано и то два инострана члана (председник арбитражног већа афирмисани професор Међународног приватног и Арбитражног права државног Правног факултета у Загребу) и један члан (водећи познавалац Арбитражног права и праксе из Словеније), док је трећи члан био професор Грађанског и Облигационог права Правног факултета Универзитета у Београду.

Обе арбитражне одлуке, и делимична и коначна, биле су предмет захтева за поништај по два основа: проширење тужбеног захтева на непотписника арбитражне клаузуле – друготуженика (основаног од првотуженика у току арбитражног поступка) и састав проширеног петочланог арбитражног већа које је одлучивало у складу са законом и правилима СТА о надлежности арбитраже у односу на друготуженика (трочлано арбитражно веће и председник и потпредседница СТА, која је у то време имала консултантски уговор са тужиоцем и није тиме испуњавала услов независности и непристрасности). Проширено петочлано арбитражно веће донело је одлуку о надлежности арбитраже и у односу на друготуженика једногласно. Судски поступак поништаја предметне делимичне арбитражне одлуке је окончан, док је поступак одлуке о захтеву за поништај коначне одлуке још у току, али таква одлука може бити само као и одлука у вези делимичне арбитражне одлуке која решава питање надлежности арбитраже у односу на друготуженика – непотписника арбитражне клаузуле.

Судски исходи по захтеву за поништај делимичне предметне одлуке били су следећи: Привредни суд Београд (П 80/2012, 10. 9. 2012) усваја тужбени захтев за поништај делимичне арбитражне одлуке, заузимајући став о ненадлежности арбитраже у односу на друготуженика непотписника арбитражне клаузуле (непостојање арбитражног споразума), као и став о непрописном саставу проширеног арбитражног већа које је одлучивало о надлежности арбитраже;<sup>29</sup> Привредни апелациони суд по жалби (Пж 10228/12, 12. 2. 2014) укида предметну пресуду Привредног суда Београд и враћа на поновни поступак; у поновном поступку Привредни суд Београд остаје код своје раније одлуке о поништају ове делимичне арбитражне одлуке (П 1734/2015, 1. 10. 2015); након овог по жалби Привредни апелациони суд доноси пресуду којом преиначава пресуду Привредног суда Београд о поништају ове делимичне арбитражне одлуке и одбија захтев за поништај (Пж 4503/16, 20. 9. 2017); коначно, Врховни касациони суд по ревизионом захтеву

29 Ово су, иначе, разлози за поништај арбитражне одлуке према слову српског Закона о арбитражи чл. 58 ст. 1 тач. 1 и 4.

преиначује пресуду Привредног апелационог суда о одбијању захтева за поништај и потврђује пресуду Привредног суда Београд (П 1734/2015) о поништају ове делимичне арбитражне одлуке из истоветних разлога (Прев 37/2018, 25. 10. 2018).

Шта рећи о овом судском маратону и посебно ревизионој одлуци Врховног касационог суда? Заробљеник голе форме и огољене законске норме о непостојању арбитражног споразума са друготуженим који не постоји у време закључења уговора о приватизацији са арбитражном клаузулом и кога управо потписник овог уговора са овом клаузулом оснива у току арбитражног поступка, пребацујући на њега сву своју имовину и запослене (*у несјорној намери ошћећења поверилаца*, укључујући и тужиоца у овом арбитражном поступку), а остављајући у својој „имовини“ само права и обавезе из приватизационог уговора и пратећих кредита, не хајући за уговорне (уговор о приватизацији) и законске забране мењања свог статуса без обезбеђења интереса поверилаца (конкретно Агенције за приватизацију Републике Србије).

Релевантна арбитражна пракса, како је то у овом раду изложено, сукоб форме (непостојање арбитражног уговора са одређеним уговорницима) и суштине (забрана злоупотребе права оштећењем интереса поверилаца од стране дужника) увек решава у корист интереса поверилаца и за то се служи разним правним гимнастикама, које представљају корак даље од закона али не без закона, јер *по налаже принцип иравичности, принцип забране злоупотребе права и принцип заштити поверилаца*: флексибилност форме арбитражног уговора, теорија групе друштва, теорија „пробоја правне личности“, забрана злоупотребе права дужника оштећењем интереса поверилаца и слично.

У конкретном случају, арбитражно веће се огласило надлежним и у односу на друштво које је у арбитражном поступку основао првотужени управо у циљу осујећења каузе приватизационог уговора и тиме немогућности испуњења уговорних обавеза, те је пошло од *примата солидарне одговорности новонасталој друштва* – друготуженика из имовине првотуженика са првотужеником (над којим је иначе покренут стечајни поступак и који је до доношења коначне арбитражне одлуке престао да постоји),<sup>30</sup> те о последичној немогућности да се на овај начин избегну уговорне обавезе из уговора о приватизацији и тиме и осујети арбитражна клаузула из тог уговора (престанак потписника изазваног његовим једностраним актима). *Арбитражно веће је, с иравом, сматрало да у оваквој ситуацији (ишћење је чињенично – пребацавање све имовине на новоосновано друштво, а не формално иравно – непостојање арби-*

30 The Sixth Council Directive – Division of Public Limited Companies (82/991/EEC), чл. 12; ЗОПД, чл. 505 и 506.

тражног уговора с непостојећим субјектом у време његовог закључења) нема потребе да се прибегава другим правним конструкцијама, па ни утврђењу злоупотребе права оштећењем интереса повериоца из приватизационог уговора.

У погледу другог наводног основа поништаја предметне делимичне арбитражне одлуке, непрописног састава проширеног арбитражног већа (учешће једног члана који је имао консултантски уговор са тужиоцем из арбитражног спора), чини се да се може применити исто правно резонување. Са становишта „голе и огољене форме“ постоји повреда арбитражног поступка која може да води поништају арбитражне одлуке. Ипак, са становишта суштине, одлука о надлежности арбитраже у односу на *нейојийисника арбитражној уговора донета је једногласно у њејочланом већу*, те један глас „спорног“ члана овог већа није ни у ком смислу, посебно не одлучујућем, утицао на одлуку. Треба ли на овом месту посебно истаћи да „*инстийиуи толеранције*“ у праву постоји уграђен у бројне институте, управо зато да би онемогућио ефекат „*dura lex sed lex*“, који је понекад изузетно неправичан: неодговорност продавца за незнатне материјалне недостатке ствари;<sup>31</sup> неодговорност превозника у сваком случају за прописани проценат транспортног кала; учешће осигураника у сношењу одређених мањих износа штете и поред покривености осигурањем (франшиза);<sup>32</sup> непостојање основа за побијање/ништавост одлука скупштине привредног друштва у случају недостатака у поступку њеног сазивања, одржавања и одлучивања, ако је реч о недостацима „мањег значаја“ („повреда у мањој мери“, „неодлучујући гласови у смислу постизања кворума или потребне већине за доношење одлуке“)<sup>33</sup> и слично. Од Врховног касационог суда се у конкретном случају могло очекивати да у оваквом и овом случају призове у помоћ аналогне правне институте, истоветног домашаја и дејства, да је само мало више био правнички креативнији, логичнији, можда и одговорнији према праву и властитој држави.

## 6. Quo vadis арбитражо у Србији?

Какве су поруке и последице оваквог поништаја једне арбитражне одлуке домаће институционалне арбитраже са традицијом од 72 године (основана 1947.)? Ако се покушају занемарити економске последице (око 20 милиона евра мање у буџету Србије), што правницима и може бити дозвољено, иако са горким укусом у устима, онда се свакако не сме и не може занемарити порука коју носи временска димензија овог

31 ЗОО, чл. 478 ст. 3.

32 М. Васиљевић, *Трговинско право*, Београд 2018, 189 и 298–299.

33 ЗОПД, чл. 381.

судског маратона (од доношења делимичне арбитражне одлуке 2011. године и коначне арбитражне одлуке 2012. године, преко вишестепеног – тростепеног поступка поништаја код три судске инстанце, протекло је осам, односно седам година). Овим се практично негира логична чињеница да је арбитражно решавање спорова због једноступености далеко ефикасније и брже у односу на судске (економија времена). Ова одлука о поништају је живи сведок да то у Србији (а нас наша земља интересује) није случај – тужилац, макар то била и сама Република (или њена организација) као држава, *нема извршиву арбитражну одлуку* (обустава извршења због поступка поништаја пред надлежним судовима) *ни после осам година од њеној доношења*, а ко зна кад ће је имати у поновном арбитражном поступку након овог поништаја (који може уследити тек кад се заврши, за још коју годину (*sic!*), и започети поступак поништаја коначне арбитражне одлуке), где га чека још много неизвесности у формалном смислу, с обзиром на то да постоје бројне правне празнине тока постпоништајног арбитражног поступка и одлуке.

Има нешто крајње труло у „држави Данској“ (читај правосудном систему Србије!), кад је одлучивање о поништају арбитражне одлуке тростепено и у надлежности три судске инстанце, посебно ако је, а јесте, то одлучивање у недовољно професионалним рукама, посебно неспецијализованим рукама, које могу себи да дозволе да заклањајући се иза голе законске фасаде и не познајући токове арбитражног живота (како арбитражне праксе, тако и арбитражне теорије и тумачења арбитражних прописа у контексту нових животних реалности и потреба и тиме продукиваних нових правних института), као и чини се и не познајући филозофију мисије права, те се усуде да пониште арбитражну одлуку донету од врхунских међународних арбитра са неспорним ауторитетом у међународном арбитражном свету, од којих већина чланова арбитражног већа (укључујући и председника) не само да су странци, већ су и из држава које још увек нису баш пријатељски наклоњене Србији, која је у конкретном случају тужилац, а чији тужбени захтев логиком свог професионалног ауторитета усвајају. Али, *no pasaran!* Ту је домаћи Врховни (уз то и „касациони“) суд! Ако је право толико немоћно да заштити повериоца и ако право нема механизма да спречи превласт антиправа и злоупотребе права, онда оно нема никакву сврху, а ваљда је ноторно да је с правом тешко али би без права било далеко теже. У околностима, пак, оваквих судских одлука „ничим изазваних“ илузија је веровати да ће пословни свет, домаћи а посебно инострани, уговорати надлежност домаће арбитраже, која очигледно, за разлику од медијације, није љубимац у овом домену неактивног домаћег законодавца, као ни домаћег судства у иначе прешироком домену надзора над арбитражним поступком и арбитражним одлукама.

**Mirko VASILJEVIĆ, PhD**

**Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Law**

**President of Permanent Court of Arbitration of the Serbian Chamber of Commerce**

## **ARBITRATION WITHOUT ARBITRATION AGREEMENT (direct or indirect)**

### **Summary**

*Arbitration agreement, either independent (compromise) or as a part of basic contract (compromisory clause), represents unavoidable legal concept in the framework of arbitration disputes resolution with independent legal nature and position in relation to the underlying contract.*

*Arbitration agreement has effect only between contracting parties due to the principle of inter partes contract's effect. Nevertheless, in the occurring conditions, even the constitutiveness of the writing form of this contract (prevailing solution in national and international sources of arbitration law) does not impede the extension of its effects on non contracting parties if certain conditions are fulfilled. In this paper, the author analyzes presumptions of arbitration agreement legal effect with regard to third parties – non-signatories (“arbitration without arbitration agreement”), in the event of commercial arbitrations, as well as the concepts of piercing the corporate veil and group of companies, and finally with regard to portfolio investors in investment arbitrations (owners of direct capital investors to the host country). Finally, in the same context, the author critically analyzes the annulment of the arbitration award by the Serbian judiciary simply invoking non – existence of the arbitration agreement among all participants of the arbitration procedure, as well as to the improper composition of the extended arbitration tribunal, despite the opposite trends of the relevant international arbitration jurisprudence.*

**Key words:** *commercial arbitration, arbitration agreement, group of companies, piercing the corporate veil, investment arbitration, portfolio investor.*