

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**Упоредна анализа арбитражне клаузуле и
арбитражног уговора као два вида арбитражног
споразума**

(мастер рад)

Ментор
проф.др Дејан Јанићијевић

Студент
Филип Кековић
Број индекса: М001/23-О

Ниш, 2024. године

САДРЖАЈ

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ.....	1
I ОБЕЛЕЖЈА И ЕЛЕМЕНТИ АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА	4
1. Општи преглед.....	4
2. Арбитрабилност спора као услов пуноважност арбитражног споразума.....	4
3. Услови за пуноважност арбитражног споразума.....	9
3.1. Уговорне стране.....	9
3.2. Сагласност воља.....	9
3.3. <i>Essenti negotii</i> арбитражног споразума и <i>Facultativa negotii</i> арбитражног споразума.....	11
3.4. Форма уговора о арбитражи.....	12
II АРБИТРАЖНИ УГОВОР КАО ВИД АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА.....	15
1. Појам и правна природа арбитражног уговора, као вида арбитражног споразума, у међународном арбитражном праву.....	15
2. Начини закључења уговора о арбитражи.....	18
III АРБИТРАЖНА КЛАУЗУЛА КАО ВИД АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА....	20
1. Појмовно одређење арбитражне клаузуле као вида арбитражног споразума.....	20
1.1. Појам и правна природа арбитражне клаузуле.....	20
1.2. Опште, посебне и патолошке арбитражне клаузуле.....	21
2. Пуноважност арбитражне клаузуле.....	23
2.1. Писана форма арбитражне клаузуле.....	23
2.1.1. Упућивање на акт у коме је садржана арбитражна клаузула.....	24
2.1.2. Арбитражна клаузула у електронској трговини.....	25

2.2.	<i>Намера за арбитражно решавање спора</i>	26
3.	Однос арбитражне клаузуле и општих услова пословања.....	27
IV	КАРАКТЕРИСТИКЕ АРБИТРАЖНЕ КЛАУЗУЛЕ И АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА.....	30
1.	Основне разлике између арбитражне клаузуле и арбитражног уговора.....	30
2.	Оцена споразума о арбитражи: предности и недостаци.....	32
3.	Арбитражни споразуми у српском праву: тренутно стање и препоруке.....	34
	ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА.....	37
	ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТРАТУРЕ.....	39
	ПОПИС ОСТАЛЕ ИСТРАЖИВАЧКЕ ГРАЂЕ.....	40
	ЕЛЕКТРОНСКИ ИЗВОРИ	41
	РЕЗИМЕ	42
	SUMMARY.....	43
	БИОГРАФИЈА.....	44

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Арбитража представља алтернативни начин решавања спорова пред недржавним судовима. Реч је о начину решавања спорова са дугогодишњом традицијом, али и светлом будућношћу, узевши у обзир чињеницу да се првенствено међународна трговинска арбитража све више развија. Имајући у виду добровољну примену арбитраже, предвиђено је да се спорови решавају путем арбитраже само уколико постоји арбитражни споразум странака¹, којим странке поверавају решавање спорова, како будућих, тако и оних који су настали из конкретног правног посла, арбитражном суду² који чине независни арбитри.

Мотив за истраживање у персоналном контексту огледа се у чињеници да арбитража представља алтернативни и добровољни начин решавања спорова, заснован на аутономији воља уговорних страна. Имајући у виду тренд глобализације и убрзани развој међународне трговине, коме су у многоме допринеле и савремене технологије, повећана је и потреба за ефикасним решавањем спорова те се већина правних субјеката неретко одлучује да решавање одређеног спора повери арбитражном суду.

Значајно је напоменути да је привредни развој и долазак мултинационалних компанија у Србију довео до тога да из године у годину и домаћа арбитражна пракса буде богатија. Самим тим, треба напоменути да основни пропис из области арбитраже јесте Закон о арбитражи из 2006. године.³

Правни основ за поверавање спора недржавном, арбитражном, суду представља арбитражни споразум од чије садржине зависи и сам арбитражни поступак и одлука коју ће он исходovati. Према томе, арбитражни споразум можемо дефинисати као посебан правни акт, који представља двострану сагласну изјаву воља два лица, тј. уговорних страна, којим се оне обавезују да ће решавање већ насталог или будућег спора који произађе из конкретног правног односа, о правима којима слободно располажу, поверити на решавање трећим, незаинтересованим лицима (арбитражном већу) или трећем лицу (арбитру појединцу), преносећи на тај начин јурисдикциона овлашћења са државног на недржавни суд.⁴

Наиме, садржина арбитражног споразума дефинише и сам арбитражни поступак, одређујући арбитре који ће поступати, место арбитраже, меродавно право, границе

¹ <https://paragraflex.rs/dnevne-vesti/020720/020720-vest6.html>, приступљено дана: 08.07.2024. године

² *Ibid.*

³ Закон о арбитражи, „Сл. гласник РС“, бр. 46/2006.

⁴ Гордана Станковић, *Арбитражно право*, Ниш, 2008, стр. 23.

одлучивања и слично. Од ваљаности арбитражног споразума зависи и могућност признања и извршења страних арбитражних одлука. Самим тим, потребно је посветити велику пажњу приликом сачињавања арбитражног споразума. У том смислу, у мастер раду се желе утврдити основне врсте арбитражних споразума идентификовањем њихових елементарних карактеристика и специфичности. Наиме, арбитражни споразум се јавља у два основна облика: у облику посебног уговора о арбитражи и у облику арбитражне клаузуле, те ће у наставку рада бити више речи о овим облицима.

Значајно је напоменути да арбитражни споразум, као правни основ решавања арбитражних спорова, представља предмет интересовања бројних и истакнутих правних теоретичара. Међутим, још увек не постоји консензус по питању најзначајнијих елемената арбитражног споразума. Свакако, арбитражна пракса и нормативни оквир изнедрили су и идентификовали елементарну садржину арбитражних споразума, како у виду арбитражног уговора, тако и у виду арбитражне клаузуле.

Истраживање обављено за потребе писања овог рада се базира на основној хипотези да су арбитражна правила, у суштини, адекватно постављена. Међутим, велики значај арбитражном праву даје и пракса арбитражних судова те је анализа арбитражних одлука од суштинске важности за разумевање и анализу арбитражног права, а првенствено анализа арбитражних споразума, као предмет овог рада.

Рад се састоји из четири целине које су наизглед независне, али су суштински повезане и представљају веран и детаљан приказ видова арбитражних споразума.

У првом делу рада приказана су заједничка обележја и елементи, укључујући и услове за пуноважност, арбитражног уговора и арбитражне клаузуле као два вида арбитражног споразума.

У другом делу рада приказан је арбитражни уговор, као вид арбитражног споразума. Такође, у овом делу рада приказан је и теорисјки и историјски аспект арбитражног уговора.

Трећи део истраживања посвећен је анализи арбитражне, односно компромисорне клаузуле, као вида арбитражног споразума. У том контексту, посебна пажња се придаје решењима у склопу Њујоршке конвенције и српског позитивног законодавства оличеног у Закону о арбитражи.

У четвром делу рада приказана је анализа арбитражног уговора и арбитражне клаузуле, са посебним освртом на различита дејства која производе, узевши у обзир њихов историјски развој и упоредноправну традицију. У том циљу, у овом делу рада

извршена је детаљнија анализа арбитражне праксе у односу на претходне делове рада, са посебним акцентом на српску арбитражну праксу.

Наиме, циљ истраживања обављеног за потребе писања овог рада јесте представљање видова арбитражног споразума, уз систематично и аналитично приказивање различитости између арбитражне клаузуле и арбитражног уговора са њиховим практичним консеквенцама. У том циљу, изнета су запажања аутора о стању српског арбитражног права уз давање одређених смерница *de lege ferenda* домаћим креаторима прописа о арбитражи.

Приликом израде рада, а узевши у обзир предмет и циљ истраживања, коришћени су различити научни методи. Наиме, највећим делом коришћени су догматички и нормативни метод, са циљем сазнавања садржине норми које регулишу арбитражу, а првенствено арбитражне споразуме. Даље, приликом анализе упоредног законодавства коришћен је метод функционалне компарације. Затим, имајући у виду услове и узроке који су допринели настанку и развоју различитих видова арбитражних споразума, уследила је потреба за коришћењем историјског и социолошког метода. Даље, у циљу анализе дејстава различитих видова арбитражних споразума у пракси, коришћен је статистички метод.

На крају рада сумирани су резултати истраживања до којих је аутор дошао приликом израде мастер рада и изнета су закључна разматрања.

I ОБЕЛЕЖЈА И ЕЛЕМЕНТИ АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА

1. Општи преглед

Као што је већ истакнуто, арбитражни споразум може се закључити у виду арбитражног уговора и у виду арбитражне клаузуле. Наиме, арбитражни уговор јесте самосталан правни посао и закључује се са циљем да стране већ настали спор повере на решавање арбитражи. Дакле, за разлику од арбитражне клаузуле, закључује се у моменту када пословни односи нису на највишем могућем нивоу, што у многоструко одређује и садржину самог уговора. Ипак, и у овим моментима је потребно испоштовати захтеве за пуноважност арбитражног уговора, с обзиром на то да непоштовање ових захтева доводи до ништавости арбитражног уговора и немогућности да се спор реши арбитражним путем, што може довести до погоршања пословних односа. Но, моменат закључења наводи странке да садржину уговора о арбитражи често врло детаљно одреде, па се неретко у овим уговорима налазе одредбе о именима арбитрара, трошковима поступка, језику суђења, меродавном праву и слично.

Свакако, треба напоменути да арбитражни уговор, односно арбитражни компромис, иако настао на принципима уговорног права, производи и позитивна и негативна дејства. Наиме, позитивна дејства арбитражног уговора огледају се у уговарању арбитражног форума, док се негативна дејства огледају у искључењу надлежности државног суда, који би иначе био надлежан за решавање у конкретной правној ствари.⁵

Дакле, заједничка обележја и елементи арбитражног уговора и арбитражне клаузуле јесу постојање арбитрабилности спора (субјективне и објективне), затим, постојање способности уговарања, овлашћења за уговарање, сагласности воља уговорних страна, предмета арбитражног уговора и одговарајућа форма уговора.⁶ У наставку рада биће више речи о условима за пуноважност арбитражног споразума.

2. Арбитрабилност спора као услов пуноважност арбитражног споразума

Начелно говорећи, уговорне стране су слободне да, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, уреде своје односе. Међутим, слобода

⁵ Мирко Васиљевић, *Арбитражни уговор и интеркомпанијски спорови*, Анали Правног факултета у Београду, година LXVI, 2/2018, стр. 9.

⁶ Дејан Јанићијевић, *Правни значај арбитражног споразума*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. L, 2007, (стр. 127-142), стр. 129.

уговарања арбитражног решавања спора није у потпуности неограничена. Држава није спремна да се одрекне надлежности и препусти одлучивање арбитражним судовима у одређеним областима, па могућност арбитражног одлучивања зависи од толеранције саме државе и њене спремности да подржи вансудске механизме решавања спорова.

Дуго је егзистирала теза о нижем нивоу правне заштите који пружа арбитража у односу на редовне судове у парничном поступку, те се неретко истицало да се странке често одлучују за ефикасност арбитраже, а на уштрб квалитетне правне заштите коју би имале у парници. Међутим, данас арбитража пружа и ефикасну и квалитетну правну заштиту.

Наиме, могућност уговарања арбитраже ограничава се на одређене врсте спорова и одређене спорове и назива се арбитрабилност. Ипак, како наводи проф. Јакшић, „сама чињеница да закон предвиђа да се одређена категорија спорова мора решавати пред судом не елиминира ео *ipso* предмет спора као неарбитрабилан. Потребно је да значај заштитног добра одобрава задржавање судског монопола, односно да је само суд у стању својом пресудом да креира жељено правно стање.“⁷

У том смислу, разликујемо субјективну и објективну арбитрабилност. Наиме, субјективна арбитрабилност подразумева закључивање уговора о арбитражи, односно арбитражног споразума, између субјеката тј. страна којима је то дозвољено, док објективна арбитрабилност подразумева допуштеност закључивања споразума о арбитражи у одређеној материји.⁸

Према карактеру ограничавања могућности да се један спор нађе пред арбитражним судом разликујемо три врсте арбитрабилности: арбитрабилност *ratione materiae*, арбитрабилност *ratione personae* и арбитрабилност *ratione jurisdictionis*.⁹

Арбитрабилност *ratione materiae* се у упоредном законодавству најчешће одређује у облику генералне клаузуле и у позитивној формулацији. Наш законодавац у члану 5. став 1. Закона о арбитражи наводи који су то спорови *ratione materiae* арбитрабилни, а то су имовински спорови о правима којима је странка дозвољено да располажу, изузев оних спорова за које је предвиђена искључива надлежност државног суда.¹⁰ Дакле, објективна арбитрабилност постоји уколико је реч о спору имовинске

⁷ Александар Јакшић, *Међународна трговинска арбитража*, Београд 2003, стр. 243.

⁸ Јелена Перовић Вујачић, *Ништавост уговора о арбитражи*, Арбитражно, стечајно и извршно право, Право и привреда, бр. 4-6/2018 (стр. 555-573), стр. 565.

⁹ Дејан Јанићијевић, *Арбитража кроз одлуке државних судова*, Ниш, 2023 стр. 23.

¹⁰ Закон о арбитражи, чл. 5. ст. 1.

природе којим странке могу слабодно располагати.¹¹ Савремена тенденција арбитражног права је да се домен ове арбитрабилности шири што је у складу са савременим светским политикама.

Италијанско право, на пример, комбинује принцип позитивне генералне клаузуле и негативне енумерације. Наиме, италијански правни систем, у начелу, сматра да постоји арбитрабилност оних спорова у којима је допуштено закључивање поравнања, при чему таксативно набраја спорове који нису арбитрабилни.¹²

Свакако, у погледу постојања арбитрабилности значајно је поменути случај који се нашао пред Спољнотрговинском арбитражом при Привредној комори Србије. Наиме, тужилац у овом спору је из Србије, првотужени и трећетужени су из Литваније, а друготужени је из Шведске. У конкретном случају, тужиочев правни претходник закључио је уговор са првотуженим и друготуженим. У међувремену је над првотуженим отворен стечај те је он истакао приговор ненадлежности арбитраже. Наиме, према литванском закону сви грађански поступци о новчаним захтевима стечајног дужника морају бити упућени суду пред којим се стечај води, те спор у односу на првотуженог није арбитрабилан.¹³

Када је реч о постојању арбитрабилности спорова у упоредном праву, значајно је поменути постојање арбитрабилности компанијских спорова. Наиме, у француском праву и арбитражној пракси, на пример, постоји арбитрабилност спорова насталих из уговора чланова, односно акционара друштва, затим спорова из продаје удела или акција друштва нејавним путем, даље спорова произашлих из поништаја одлука скупштине друштва, као и спорова о одговорности чланова органа друштва по основу тужби друштва или чланова друштва подношењем деривативних тужби за друштво и сл.¹⁴

Даље, у англосаксонском праву (Енглеској и Велсу) фундаментално начело арбитражног права јесте аутономија воље уговорних страна, ограничена институтом јавног поретка. На основу тога, компанијски спорови јесу арбитрабилни и делују *inter*

¹¹ Јелена Перовић Вујачић, *op. cit.*, стр. 565.

¹² Гордана Станковић, Боривој Старовић, Ранко Кеча и Невена Петрушић, *Арбитражно процесно право*, Ниш, 1999, стр. 88.

¹³ Делимична одлука Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије Т-12/10 од 15. новембра 2011. године, наведено према: Маша Смиљана Шовић, *Обележја савременог арбитражног споразума - мастер рад*, Правни факултет у Нишу, 2021, стр. 53.

¹⁴ Мирко Васиљевић, *op. cit.*, стр. 27.

partes. Овакав став први пут заузет је 1987. године у случају *Fulham Football Club Ltd. V. Richards*.¹⁵

Такође, значајно је поменути да правни системи неких земаља, попут Русије, наводе листу неарбитрабилних спорова, где убрајају стечајне спорове, спорове поводом законитости управних аката регулаторних тела, спорове настале поводом питања од јавног значаја, спорове из сазивања скупштине акционара, оспоравање аката нотара у компанијском праву, спорове настале из откупа акција од компаније, спорове из стицања више од 30% акција јавних ад или спорове акционара у компанијама од стратешког значаја.¹⁶

Свакако, треба напоменути да у новије време све више пажње стручне јавности заокупљају питања арбитрабилности спорова који потичу из права интелектуалне својине¹⁷, као и спорови настали из антимонополског права¹⁸.

Што се тиче лица која могу да искључе надлежност државних судова и уговоре надлежност арбитражног суда, односно арбитрабилности *ratione personae*, наш Закон о арбитражи каже да ову могућност има свако физичко или правно лице као и држава, њени органи, установе и предузећа у којима она има својинско право, при чему се способност странке да закључи арбитражни споразум утврђује према правилима Закона о парничном поступку, односно лице које је способно да буде странка у парничном поступку може закључити и арбитражни споразум.¹⁹ Једноставније речено, субјективну арбитрабилност има свако лице које има парничну способност.²⁰

У погледу арбитрабилности *ratione jurisdictionis* треба поменути да је искључива надлежност државних судова предвиђена одредбама Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља²¹. Према томе, ексклузивно овлашћење за решавање спорова државни судови задржавају када су у питању брачни спорови, патернитетски и матернитетски спорови, спорови о законском издржавању, спорови о усвојењу, затим када се ради о расправљању непокретне заоставштине која се налази на територији

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Marc Blessing, *Arbitrability of Intellectual Property Disputes*, *Arbitration International*, Volume 12, Issue 2, 1 June 1996, (191-222), pp. 191.

¹⁸ Georgios I. Zekos, *Antitrust/Competition Arbitration in EU versus U.S. Law*, *Journal of International Arbitration* 25(Issue 1), 2008, (1-29), p. 1.

¹⁹ Закон о арбитражи, чл. 5. ст. 2-3.

²⁰ Јелена Перовић Вујачић, *op. cit.*, стр. 565.

²¹ Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља, "Сл. лист СФРЈ", бр. 43/82 и 72/82 - испр., "Сл. лист СРЈ", бр. 46/96 и "Сл. гласник РС", бр. 46/2006 - др. закон

Србије, споровима о праву својине на непокретностима које се налазе на територији Републике Србије и др.²²

Такође, треба поменути и постојање институционалне арбитрабилности, као и територијалне арбитрабилности. Наиме, институционална арбитрабилност се односи на врсту арбитражног суда коме је решавање спора поверено, односно да ли је спор поверен сталном арбитражном суду који је организован у оквиру одређене врсте удружења или *ad hoc* арбитражи, оформљеној за потребе решавања конкретног спора.²³

Територијална арбитрабилност се односи на међународну надлежност арбитражног суда. Према томе, у зависности од тога да ли одређени спор решава арбитражни суд са седиштем у нашој земљи или у иностранству, разликују се унутрашња и међународна арбитража.²⁴

Постојање арбитрабилности спора је од пресудног значаја за настанак и опстанак арбитражне одлуке. Наиме, повреда правила о арбитрабилности коју је у поступку учинио арбитражни суд, санкционишу по службеној дужности државни судови који врше њихову контролу у поступку признања и извршења одлуке. Чланом 58. Закона о арбитражи прописано је да ће суд поништити арбитражну одлуку ако предмет спора није арбитрабилан по нашем законодавству или су дејства одлуке супротна императивним прописима.²⁵

У поступку признавања и извршења иностране арбитражне одлуке разликују се две могућности:

1) када спор није арбитрабилан по праву меродавном за споразум или по праву државе у којој је одлука донесена - у овој ситуацији примениће се одредба члана 66. Закона о арбитражи која каже да ће се одбити признање и извршење иностране арбитражне одлуке ако тај захтев поднесе страна против које се признање тражи ако та страна поднесе доказ суду да споразум није пуноважан по праву које су стране определиле у споразуму или по праву државе у којој је одлука донета;²⁶

2) када спор није арбитрабилан по домаћем праву - суд ће једноставно одбити признање и извршење арбитражне одлуке ако утврди да предмет спора није арбитрабилан по домаћем праву. У овом случају суда на руку иде познавање домаћег права, а не као у првом, да доноси одлуку на основу доказа која странка приложи, јер се

²² Маја Станивуковић и Мирко Живковић, *Међународно приватно право*, Службени гласник, Београд, 2023, стр. 147.

²³ Гордана Станковић, *op.cit.*, стр. 32.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Закон о арбитражи, чл. 58.

²⁶ Закон о арбитражи, чл. 66. ст. 1.

увек на доказе које суду достављају странке гледа као на доказе другог реда у односу на доказе и право које познају и предлажу домаће институције.

Такође, треба напоменути да већина правних система садржи одредбе према којима постојање арбитражног споразума представља процесну сметњу за поступање државног суда. Право на истицање приговора ненадлежности државног суда припада туженом, пре упуштања у расправљање, а с обзиром да га се тужилац одрекао самим подношењем тужбе.²⁷

3. Услови за пуноважност арбитражног споразума

3.1. Уговорне стране

Најпре, уговорне стране могу бити физичка и/или правна лица, при чему уговор о арбитражи у име и за рачун правног лица закључује законски заступник. Треба напоменути да, код нас, законски (статутарни) заступници друштва јесу лица која су Законом о привредним друштвима одређена као таква за сваки поједини облик друштва, а законски заступник друштва може бити физичко лице или друштво регистровано у Републици Србији.²⁸ Такође, лице може овластити и пуномоћника да у његово име и за његов рачун закључи уговор о арбитражи. Свакако, пуномоћник своју легитимисаност за закључивање споразума доказује постојањем пуномоћја, које би требало да буде специјално, издато само за закључење конкретног уговора о арбитражи.

Такође, треба напоменути да у случају да је над привредним субјектом отворен стечајни поступак, не постоји могућност да стечајни управник закључи споразумо арбитражи, имајући у виду да је након отварања стечајног поступка пословна способност правног лица ограничена.²⁹

Правна санкција закључивања споразума о арбитражи од стране неовлашћених лица јесте ништавост уговора.³⁰

3.2. Сагласност воља

²⁷ Дејан Јанићијевић, *Арбитража у пракси*, Ниш, 2020, стр. 41.

²⁸ Закон о привредним друштвима, "Сл. гласник РС", бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021, чл. 31. ст. 1. и 2.

²⁹ Гордана Станковић, *op.cit.*, стр. 34.

³⁰ Закон о арбитражи, чл. 10. ст. 1. тач. 3.

Затим, неопходно је постојање сагласности воља уговарача. Уколико је споразум закључен под утицајем мана воље (принуда, претња, превара или заблуда), он је ништав.³¹ Притом, пуноважност споразума цени се према правилима меродавног права које су они уговорили, а уколико меродавно право није изабрано, пуноважност ће се ценити према правилима српског права.³²

Према одлуци некадашњег Вишег трговинског суда, услове за пуноважност арбитражног споразума цени сама арбитража а евентуално и суд у поступку за признање, поништај или извршење арбитражне одлуке. Ако пуноважност споразума цени наш суд, он пре свега утврђује да ли се примењује нека међународна конвенција, па ако то није случај, треба применити мерила нашег права, а ако су странке уговориле меродавно право, морају бити испуњени услови и из нашег права и из изабраног права.³³

У погледу важности постојања сагласности воља приликом закључивања уговора о арбитражи значајно је указати на случај из француске праксе. Наиме, према одлуци француског Касационог суда из 1964. године, која се односила на унутрашњу арбитражу, незнање једне стране у арбитражном уговору за везе које постоје између изабраног арбитра и друге стране, ствара заблуду која може, у случају да је изазвана са намером друге уговорне стране, представљати превару која доводи до ништавости арбитражног уговора. Дакле, да би се поништио уговор о арбитражи, неопходно је постојање квалификованог облика заблуде који се састоји у намерном прикривању веза које постоје између арбитра и једне стране у спору.³⁴ С друге стране, у новијој одлуци истог Суда заузет је став према којем незнање једне уговорне стране за везе између арбитра и друге уговорне стране уговорника представља заблуду која доводи до ништавости уговора, из разлога што је “независност духа неопходна у обављању судске власти и представља њен извор. То је један од есенцијалних квалитета арбитра”.³⁵

У погледу међународне арбитраже треба указати на одлуку Апелационог суда Париза којом је одбијен је поништај уговора због заблуде. Наиме, у предмету који се нашао пред овим судом уговором о арбитражи било је предвиђено да ће Арбитражни суд МТК организовати арбитражни поступак. Међутим, касније се једна од страна

³¹ Закон о арбитражи, чл. 10. ст. 1. тач. 4.

³² Гордана Станковић, *op.cit.*, стр. 36.

³³ Решење Вишег трговинског суда, Пвж. 118/07 од 16.2.2007. године, извор: <https://pn2.propisi.net/Home/ShowDocument/?di=rp45464&dt=rp&dl=15906>, приступљено: 18.07.2024. године

³⁴ Јелена Перовић Вујачић, *op. cit.*, стр. 569.

³⁵ Cass. 2e civ, 13.05.1972. године, према: *Ibid.*

позвала се на ништавост арбитражне клаузуле због заблуде, истакавши да јој није било познато да је потпредседник овог Суда био адвокат друге стране. Међутим, Апелациони, а касније и Касациони су у Паризу су одбили наводе тужиоца, истакавши да у поступку није доказано да је у време закључења уговора потпредседник Суда био адвокат тужене стране, па се не може прихватити да је тужилац приликом закључења уговора био жртва заблуде или преваре.³⁶

3.3. Essenti negotii арбитражног споразума и Facultativa negotii арбитражног споразума

Питање садржине самог арбитражног споразума од великог је значаја с обзиром на утицај његових одредби на права или правне интересе страна које га закључују, јер ни једна странка не би закључила арбитражни споразум уколико би јој такав вид правне заштите осујетио права или правне интересе. У савременом свету да би један арбитражни споразум био и заиста ваљан и постојан, требало би осим тога што стране јасно изјављују намеру да окончају потенцијални спор пред арбитражним судом да и сам споразум што је више могуће прилагоде садржини главног правног посла и спору који је из њега потекао.

Када је реч о обавезној садржини уговора о арбитражи, неопходно је да он садржи тачно и прецизно означавање насталог спора који ће бити предмет арбитражног поступка. Идентификација спора мора бити одређена како на субјективној тако и на објективној основи, односно морају се означити стране у спору као и сам предмет спора. Правни спор може да потекне из било ког правног односа који се сматра арбитрабилним.

Дакле, предмет уговора о арбитражи је фактички немогућ у случају кад је њиме уговорена непостојећа арбитража, па макар то било и услед грешке или незнања уговарача. Могуће је и да дође до тзв. накнадне немогућности, као што је 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. Или пак уговарање надлежности Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори бивше Југославије.³⁷

³⁶ Cass. 2e civ, 31.03.1978. године, према: *Ibid.*

³⁷ Јелена Перовић Вујачић, *op. cit.*, стр. 570.

Означењем лица у арбитражном споразуму, означавају се субјекти који ће бити судије у арбитражном поступку. Самим развојем арбитраже као метода решавања спорова довољно је у споразуму навести институцију која ће вршити функцију арбитражног суда, као што је нпр. Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије .

У погледу факултативних елемената, као што су значење имена арбитра или избор меродавног права, треба напоменути то да је потребно да су факултативни елементи у складу са правилима императивне природе. Уколико су факултативни елементи у супротности са императивним нормама, сходно начелу *in favorem contractus*, уведеном са циљем одржања уговора на правној снази, сматраће се да факултативни елементи нису ни уговорени те ће се применити императивне норме.³⁸ На пример, у немачком праву уговор о арбитражи би био ништав једино у случају да га стране уговорнице не би ни уговориле без спорне одредбе.³⁹

Међутим, уколико је уговором о арбитражи предвиђен паран број арбитра, такав уговор о арбитражи биће ништав. У случају парног броја арбитра постоји могућност настанка парализе одлучивања, те је наш законодавац експлицитно предвидео да у случају да је споразумом о арбитражи предвиђено више арбитра, њихов број мора да буде непаран.⁴⁰

Оно што је суштински важно јесте да се међу факултативним одредбама може наћи и одредба у споразуму која га орочује или условљава као и одредбе о одређивању састава арбитражног суда те и одредбе о одређивању материјалног права. Од великог значаја је и дефинисање у арбитражном споразуму да се стране определе за институционалну или *ad-hoc* арбитражу, начина конституисања арбитражног суда, личне способности и објективност арбитра, избор меродавног права, итд.

3.4. Форма споразума о арбитражи

Уопште узев, уговорно право усвојило је принцип консенсуализма. Међутим, у погледу пуноважности споразума о арбитражи традиционално је прихваћен захтев испуњења писмене форме. Пуљко истиче да данас сви правни системи заузимају став према којем је уговор о арбитражи ваљан једино уколико је закључен у писменој

³⁸ Гордана Станковић, *op.cit.*, стр. 36.

³⁹ Дејан Јанићијевић, *Арбитража у пракси*, Ниш, 2020, стр. 41.

⁴⁰ Закон о арбитражи, чл. 16. ст. 2.

форми.⁴¹ Разлог за овакво решење лежи у чињеници да се одступа од употребе механизма редовног суда, те још увек постоји одређено неповерење редовних судова у арбитражу што има за последицу захтевање писмене форме уговора о арбитражи. С друге стране, писмена форма споразума о арбитражи представља и својеврсни подсетник уговарачима да се одричу употребе механизма редовног суда.⁴²

Наш Закон о арбитражи прописује писмену форму као услов пуноважности арбитражног споразума.⁴³ Важно је уочити да је неопходно поштовање писмене форме прописане за арбитражни споразум и у случају да за основни правни посао није прописана писмена форма. Оваква ситуација доводи до тога да се у пракси основни правни посао закључи у писменој форми.⁴⁴ Сама писмена форма која је предвиђена за закључивање арбитражног уговора примењује се и на пуномоћја која се односе на овај уговор, као и на случајеве уступања, односно преузимања уговора, попут цесије.⁴⁵

Модел закона UNCITRAL Model Law-а доживео је 2006. године промене члана 7, којом приликом су уведена два приступа при регулацији форме арбитражног споразума.⁴⁶

1) Први приступ признаје пуноважност споразума који је закључен у било којој форми, уз услов да о садржини закључног споразума остане сведочанство у писаној форми. Њиме се признаје пуноважност споразума у свим формама које се сматрају једнаким писаној форми. Није потребно потписивање и размена писмена међу странама.⁴⁷ Уколико се тужилац у тужби позива на арбитражни споразум, а тужени у одговору на тужбу то не оспори, или ако једна уговорна страна у уговору упућује на неки документ, као што су нпр. општи услови пословања, у коме је садржана арбитражна клаузула, долази до стварања арбитражног споразума у писменој форми, уколико се може сматрати да упућивање ову клаузулу чини делом уговора.⁴⁸

2) Други приступ не поставља никакве формалне услове за закључење арбитражног споразума.⁴⁹ Савремени начин живота подразумева употребу електронских средстава комуникације, па се сматра да је испуњен захтев писмене

⁴¹ Hrvoje Puljko, *Neovisnost ugovora o arbitraciji u odnosu na glavni ugovor*, Pravni vjesnik, 20:1-2/2004, str. 197.

⁴² Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2013, стр. 47.

⁴³ Закон о арбитражи, чл. 12, ст. 1.

⁴⁴ Дејан Јанићијевић, *Арбитража у пракси*, Ниш, 2020, стр. 27.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Дејан Јанићијевић, *Арбитража кроз одлуке државних судова*, Ниш, 2023, стр. 30.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Дејан Јанићијевић, *Арбитража у пракси*, Ниш, 2020, стр. 27.

⁴⁹ *Ibid.*

форме уколико се подацима који су садржани у електронској комуникацији може приступити.⁵⁰

Када је реч о начину регулисања ове материје у упоредном праву, писмену форму као услов пуноважности (*ad solemnitatem*), предвиђају и најзначајнији упоредноправни извори, попут америчког Федералног закона о арбитражи или енглеског Арбитражног закона, али и међународни извори, као што су Њујоршка конвенција или Европска конвенција.⁵¹

Бројни теоретичари, пак, стоје на становишту да је у питању доказна форма – *ad probationem*, те да није реч о битном елементу пуноважности⁵², а у време доношења UNCITRAL Model Law-a⁵³, 1985. године, велики број земаља признавао је пуноважност и усменим арбитражним споразумима. Условљавање пуноважности споразума о арбитраже поштовањем писмене форме наилази на бројне критике, те се наводи да је апсурдно да се основни уговори, вредни више милиона долара, могу закључити *sole consensu*, односно усмено, док се за споразум о арбитражи захтева писмена форма. С друге стране, захтевање писмене форме споразума у одређеној мери успорава развој арбитраже, као поузданог и ефикасног пута за решавање спорова.⁵⁴

С обзиром на постојање писмене форме арбитражног споразума, очекујемо и постојање одређеног писмена, са потписима страна уговорница, у коме су садржани елементи споразума о арбитражи (обавезни и факултативни).⁵⁵ Међутим, ово правило је ублажено у већини правних система тако што је предвиђено да арбитражни уговор не мора бити садржан у једној исправи, већ је довољно само да свака страна потпише примерак који је намењен другој страни.⁵⁶ Немачко право, на пример, стоји на становишту да, у случају да је странка физичко лице у чију редовну или самосталну делатност не спада правни посао из којег је спор настао, споразум мора бити садржан у заједничкој исправи коју својеручно потписују обе уговорне стране.⁵⁷

Не смемо занемарити чињеницу да се највећи број пословних односа сада води путем савремених средстава комуникације. Из тог разлога предвиђено је да је споразум о арбитражи закључен у писменој форми и у случају да је закључен разменом порука

⁵⁰ Дејан Јанићијевић, *Арбитража кроз одлуке државних судова*, Ниш, 2023, стр. 27.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Милан Пак, *Међународно приватно право*, књига II, Београд, 1985, стр. 87.

⁵³ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006, извор: <https://uncitral.un.org/en/texts>, приступљено: 18.07.2024. године

⁵⁴ Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2013, стр. 48.

⁵⁵ Дејан Јанићијевић, *Арбитража кроз одлуке државних судова*, Ниш, 2023, стр. 27.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

путем средстава комуникације, у случају да је могуће његово писмено доказивање, независно од тога да ли садржи потписе странака.⁵⁸ То значи да је могуће закључивање споразума путем писама, телекса, телеграма, мејла или смс-порука.

Савремена теоријска схватања предвиђају пуноважност арбитражног уговора и у случају конклюдентног прихватања писмене понуде, уз услов да писмена понуда садржи нацрт уговора, да се страна којој је понуда упућена није противила у делу који се односи на арбитражни споразум, те да се из обичаја који важе у правном промету може закључити да је понуда прихваћена.⁵⁹ Ипак, признање пуноважности уговора закљученог конклюдентним радњама је и предмет бројних критика, нарочито имајући у виду да је прихватање пуноважности уговора насталог на основу пасивног држања у супротности са одредбама Њујоршке конвенције која подразумева размену писмена, односн активно понашање.⁶⁰

Ипак, правни системи одређених земаља, попут Шведске, Финске, Аргентине, Италије и других, признају пуноважност чак и усменим уговорима, али под одређеним условима.

II АРБИТРАЖНИ УГОВОР КАО ВИД АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА

1. Појам и правна природа арбитражног уговора, као вида арбитражног споразума, у међународном арбитражном праву

Уопштено говорећи, уговор представља двострани правни посао заснован на сагласности воља уговорних страна. Када је реч о арбитражном уговору, арбитражни уговор представља двострани, именовани уговор, који закључују странке из основног правног посла са циљем да већ настали спор повере на решавање арбитражном суду.⁶¹ Дакле, реч је о класичном уговору облигационог права, заснованом на начелу аутономије воље, уз поштовање јавног поретка, принудних прописа и добрих обичаја, са *inter partes* дејством. Због његовог значаја, често се назива “*кичмом арбитражног права*”⁶², као и “*каменом темељцем арбитражног процеса*”⁶³.

⁵⁸ Закон о арбитражи, чл. 12, ст. 3.

⁵⁹ Алан Узелац, *Форма арбитражног уговора у хрватском праву: ново уређење, његова исходишта и перспективе даљег развоја*, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 2-3/2006, стр. 561.

⁶⁰ Закон о ратификацији Конвенције о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука, "Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори", бр. 11/81, чл. II

⁶¹ Дејан Јанићијевић, *Арбитража у пракси*, Ниш, 2020, стр. 10-15.

⁶² Мирко Васиљевић, *op. cit.*, стр. 8.

⁶³ Tibor Várady, John J. Barceló III, Arthur T. von Mehren, *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, St. Paul, Minn 1999, p. 83-84.

У новијој правној литератури за означавање уговора о арбитражи користи се технички термин “уговор о арбитражном суду”.⁶⁴ Такође, у правној теорији, арбитражни уговор назива се још и уговор о изабраном суду, као и компромис (*енг. submission agreement; compromis*). Дакле, одавде можемо закључити да је реч о начину решавања спора постизањем одређеног споразума који прате уступци обеју страна како би се постигао договор којим су обе стране у одређеној мери задовољне.

Значајно је напоменути да арбитражни уговор, иако на први поглед сличан, треба разликовати од уговора о пророгацији надлежности. Наиме, приликом закључења уговора о пророгацији надлежности, уговорне стране преносе надлежност на већ постојећи орган - суд. С друге стране, приликом закључења арбитражног уговора, уговорне стране преносе надлежност за решавање спора на орган који још увек није установљен. Дакле, чак и у случају уговарања надлежности арбитражне институције која већ постоја, попут Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије, овлашћење за решавање спора даје се арбитру или арбитражном већу.⁶⁵ Свакако, у овом случају постоји дерогација надлежности државног суда и преношење надлежности на арбитражу.⁶⁶

Дакле, пророгационо дејство арбитражног споразума огледа се у успостављању надлежности арбитражног суда, као недржавног органа, при чему одређени теоретичари пророгационо дејство означавају као позитивно, док се дерогационо дејство означава као негативно.⁶⁷ Притом, закључењем арбитражног споразума искључење надлежности државних судова није апсолутно, ни неопозиво. Даље, арбитражни споразум може бити закључен под условом или роком.⁶⁸ Такође, треба напоменути да је у случају *Jagdish Chander v. Ramesh Chander & Ors* из 2007. године истакнуто је да “употребљене речи треба да покажу одлуку и обавезу да се спор повери арбитражи, а не само да предвиди могућност да се иде на арбитражу”. У супротном, арбитражни споразум је ништав.⁶⁹

Захваљујући начелу аутономије воље, арбитражни уговор представља самостални правни посао чија правна судбина не зависи од главног уговора.⁷⁰ “Главни аргумент у прилог одвојености уговора о арбитражи од главног уговора треба

⁶⁴ Гордана Станковић, *op. cit.*, стр. 28.

⁶⁵ Дејан Јанићијевић, *Арбитража у пракси*, Ниш, 2020, стр. 11.

⁶⁶ Јелена Перовић Вујачић, *op. cit.*, стр. 555.

⁶⁷ Дејан Јанићијевић, *Арбитража у пракси*, Ниш, 2020, стр. 37.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Jagdish Chander v. Ramesh Chander & Ors, Supreme Court*, 26.04.2007, наведено према: Дејан Јанићијевић, *op. cit.*, стр. 38.

⁷⁰ Tibor Várady et al., *op. cit.*, p. 83-84.

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.”⁷¹ Овакав став, којим експлицитно признаје самосталност уговора о арбитражи, заузима и велики број законодавстава из упоредног права, попут швајцарског Закона о међународном приватном праву који у чл. 178. ст. 3 истиче “да се пуноважност уговора о арбитражи не може оспоравати истицањем да главни уговор није пуноважан”⁷² или шпанског Закон о арбитражи који у члану 8. наводи да ништавост главног уговора не повлачи нужно и ништавост уговора о арбитражи.⁷³

Још је јаснији холандски Законик о парничном поступку који у чл. 1053. истиче 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.⁷⁴

Такође, треба истаћи и то да одређени аутори сматрају да постоји могућност поверавања спорова насталих из вануговорних односа арбитражном суду на решавање.⁷⁵ Такође, хрватски Закон о арбитражи у члану 6. ставу 1. експлицитно наводи могућност решавања вануговорних спорова путем арбитраже.⁷⁶ Свакако, треба напоменути да неопходан услов за решавање вануговорних спорова арбитражним путем представља њихов основ, дакле, мора бити реч о споровима произашлим из односа трговачке природе, тј. споровима који су у вези са трговачким уговорним односом или настали поводом њега.⁷⁷

Када је реч о правној природи арбитражног уговора, треба напоменути да српска правна теорија заступа становиште према којем арбитражни уговор представља материјалноправни уговор са значајним процесноправним дејствима. С друге стране, италијанска, француска, енглеска и америчка школа заговарају становиште према којем

⁷¹ Charles Carabiber, *L'évolution de l'arbitrage commercial international*, Recueil des cours de l'Académie de droit international, Paris, 1960, 150, наведено према: Јелена Перовић Вујачић, *op. cit.*, стр. 559.

⁷² Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL) of December 18, 1987, art. 178, извор: https://www.umbrecht.ch/fileadmin/downloads/Swiss_Federal_Code_on_Private_International_Law_CPIL_2017.pdf, приступљено 17.07.2024. године

⁷³ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, art. 8, извор: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646&p=20151006&tn=0>, приступљено 17.07.2024. године

⁷⁴ Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1053, извор: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001827/2024-07-01>, приступљено 17.07.2024. године

⁷⁵ Јелена Перовић, *Пуноважност уговора о арбитражи*, Међународна привредна арбитража - стање и перспективе, Београд, 1997, стр. 123-124, наведено према: Дејан Јанићијевић, *Арбитража у пракси*, Ниш, 2020, стр. 10.

⁷⁶ Закон о арбитражи, "Narodne novine" бр. 88-1498/01, чл. 6. ст. 1, извор: <https://www.iusinfo.hr/document?sopi=NN2001B88A1498>, приступљено 17.07.2024. године

⁷⁷ Александар Голдштајн, Синиша Трива, *Међународна трговачка арбитража*, Загреб, 1987, стр.135.

је реч о материјалноправном уговору, док аустријска и швајцарска теорија сматрају да је реч о процесноправном послу.⁷⁸

Такође, правна теорија је током времена издвојила три различита схватања правне природе уговора о арбитражи: цивилистичко, публицистичко и еклектичко схватање.

Према цивилистичком схватању, које познаје старија правна теорија, док је у новијој литератури напуштено, уговор о арбитражи представља институцију грађанског, првенствено облигационог, права (*ius civile*). Цивилистичко схватање поима арбитра као пуномоћнике уговорних страна, којима је поверено да реше спор и уреде спорни однос на најбољи могући начин, док сама одлука арбитра представља уговор.⁷⁹

Публицистичко схватање одређује уговор о арбитражи као процесну установу, регулисану процесноправним правилима, са процесноправним дејствима. Временом су се у оквиру публицистичког схватања издвојила два приступа: према првом приступу, уговор о арбитражи представља процесну радњу диспозитивног карактера, док према другом схватању уговор о арбитражи представља процесноправни уговор.⁸⁰

Према еклектичком схватању, уговор о арбитражи има мешовиту природу и представља спој контрактуалних и публицистичких елемената, па је у исто време и облигационоправни и процесноправни уговор. Такође, према овом схватању, реч је о институту који је истовремено и материјалноправни и процесноправни. Његова специфичност је у томе што не обавезује стране да спор изнесу на решавање арбитражном суду чак и када је уговор закључен. Такође, не може се извршити принудним путем јер његово извршење зависи искључиво од воље уговорних страна.⁸¹

Такође, значајно је напоменути да је југословенско предратно законодавство познавало могућност поверавања спора арбитражи на основу једностране изјаве воље овлашћеног лица. Ова могућност се и даље задржала у немачком и аустријском праву.⁸²

2. Начини закључења уговора о арбитражи

Редовни и најчешћи начин закључивања уговора о арбитражи јесте пре покретања арбитражног поступка, у писменој форми и на основу сагласности воља

⁷⁸ Гашо Кнежевић, *Међународна трговачка арбитража*, Београд, 1999, стр. 34.

⁷⁹ Гордана Станковић, *op. cit.*, стр. 30.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Гордана Станковић и остали, *op.cit.*, стр. 100.

уговорних страна. У овом случају уговор о арбитражи представља плод преговора уговарача.

Но, постоји могућност и накнадног закључивања уговора о арбитражи, по позиву и уз помоћ арбитражне институције, у току самог поступка који је се води пред њом. Одавде следи да теорија разликује уобичајене и специфичне случајеве закључивања уговора о арбитражи.⁸³

Даље, теорија разликује две могућности у оквиру специфичних случајева закључивања уговора о арбитражи. Према првом моделу, постоје случајеви конвалидације, где уговор није закључен у писменој форми, а према другом моделу уговор је тек накнадно и закључен, у току самог поступка пред арбитражном институцијом. У наставку рада биће више речи о начинима закључивања уговора о арбитражи.

Како је напред већ речено, за пуноважност уговора о арбитражи неопходно је да он буде закључен у писменој форми. Међутим, постоји могућност конвалидације усмених уговора. Конвалидација се у овом случају постиже подизањем тужбе у којој ће се тужилац позвати на уговор о арбитражи, док тужени у одговору на тужбу неће оспорити постојање уговора.⁸⁴ Дакле, у овом случају до конвалидације долази накнадно, у току поступка, путем процесних механизма, тј. разменом тужбе и одговора на тужбу између странака у поступку.⁸⁵

Друга могућност накнадног закључивања уговора о арбитражи заснована је на позиву арбитражне институције. Наиме, арбитражна правила која примењују поједине арбитражне институције омогућавају да, у случају када тужилац арбитражнј институцији поднесе тужбу и не приложи арбитражни споразум, сама институција позове туженог да се изјасни да ли накнадно прихвата да арбитражна институција реши спор. У случају пристанка туженог, долази до накнадног закључења уговора о арбитражи по позиву и уз посредовање арбитраже институције.⁸⁶ Овде је реч о закључивању уговора о арбитражи путем процесноправних инструмената. На пример, ову могућност предвиђа Правилник СТА који наводи да Секретаријат Арбитраже може позвати туженог да се у року од 30 дана од дана пријема позива изјасни да ли прихвата надлежност СТА при Привредној комори Србије.⁸⁷

⁸³ Гордана Станковић, *op. cit.*, стр. 36.

⁸⁴ Дејан Јанићијевић, *Арбитража кроз одлуке државних судова*, Ниш, 2023, стр. 16.

⁸⁵ Гордана Станковић, *op. cit.*, стр. 37.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Дејан Јанићијевић, *Арбитража кроз одлуке државних судова*, Ниш, 2023, стр. 17.

III АРБИТРАЖНА КЛАУЗУЛА КАО ВИД АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА

1. Појмовно одређење арбитражне клаузуле као вида арбитражног споразума

1.1. Појам и правна природа арбитражне клаузуле

Арбитражна клаузула или компромисорна клаузула, (*енг. arbitral clause*) представља посебну одредбу односно клаузулу у основном послу којом се уговара надлежност арбитраже за све спорове који настану у вези са основним послом. Свакако, уношењу арбитражне клаузуле у основни уговор претходе успешни преговори о битним елементима главног уговора па се из тог разлога ова клаузула назива и “поноћна клаузула”⁸⁸ или “шампањ клаузула”⁸⁹ јер се договара у позитивној атмосфери, уз шампањац.

У претходном делу рада било је речи о арбитрабилности компанијских спорова у упоредном праву. На овом месту треба истаћи да руско право у погледу арбитрабилности компанијских спорова, а на основу арбитражне клаузуле садржане у статуту правног лица, заузима став да се компанијски спорови могу решавати пред арбитражним трибуналима, при чему свака промена статута, односно арбитражне клаузуле која је у њему садржана захтева сагласност свих чланова правног лица.⁹⁰ Дакле, овде је реч о интеркомпанијским споровима.

У погледу пуноважности арбитражне клаузуле која није имплементирана у основни, конститутивни, акт акционарског друштва (уговор о оснивању) већ је имплементирана у статут који подлеже промени на основу једногласне одлуке акционара, у пракси и теорији не постоји консензус. Наиме, судови и истакнути теоретичари у САД не могу да остигну сагласност у овом погледу. Међутим, у новије време све је више заговорник става да је реч о пуноважном споразуму о арбитражи.⁹¹

Такође, треба напоменути да се у случају интеркомпанијскоправних спорова истиче да арбитражна клаузула може бити укључена и у уговоре о међусобном

⁸⁸ Alan Redfern, Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed. London: Sweet and Maxwell, 2004, p. 156.

⁸⁹ Слободан Вукадиновић, *Арбитражна клаузула у општим условима пословања: актуелне тенденције у међународној трговачкој versus потрошачкој арбитражи*, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 3/2020 (стр. 379-404), стр. 381.

⁹⁰ Јелена Вукадиновић Марковић, *Уговор о арбитражи према Закону о међународној трговинској арбитражи Руске Федерације*, Увод у право Русије, Институт за упоредно право, Правни факултет у Београду, Београд, 2017, (стр. 283-291), стр. 289.

⁹¹ Мирко Васиљевић, *op. cit.*, стр. 13.

уређивању односа, попут уговора чланова друштва или уговора о међусобним правима и обавезама, као уговора о контроли и управљању.⁹²

Такође, истакнуто је да уговор о арбитражи представља самосталан правни посао, независан у односу на главни уговор који представља повод спора. С обзиром на чиљеницу да се арбитражна клаузула уноси у главни уговор, поставља се питање “каква је природа арбитражне клаузуле у односу на главни уговор?” Иако на први поглед делује да је реч и зависном, несамосталном сегменту главног уговора, ипак је реч о самосталном, независном и аутономном правном послу. Став о самосталној природи арбитражне клаузуле прихваћен је након Другог светског рата, када је почело усвајање става о мешовитој правној природи арбитражног споразума.

Наиме, арбитражна клаузула представља једини основ надлежности арбитражног суда па самим тим постоји потреба да се сачува и њена пуноважност. Уколико би ништавост главног уговора повлачила и ништавост арбитражне клаузуле, отворио би се пут за различите злоупотребе у циљу осујећења арбитраже. Овакво решење је важно и како би се арбитражни уговор и арбитражна клаузула у пракси третирали на јединствен начин.

Међутим, самосталност арбитражне клаузуле у односу на основни уговор може резултирати и тиме да усмено закључен уговор буде пуноважан, док се пуноважност арбитражне клаузуле не би признала. Арбитража путем теорије competence–competence доноси одлуку о судбини арбитражне клаузуле и основног уговора. Према томе, *“сагласност на главни уговор (основни посао) у ком је садржана арбитражна клаузула означава и сагласност на арбитражну клаузулу, док сагласност на арбитражну клаузулу не значи и сагласност на основни посао. Сагласност не значи и нужно потписивање, јер потпис може бити предмет преваре или принуде, те у тим случајевима нема праве сагласности уговорних страна.”*⁹³

1.2. Опште, посебне и патолошке арбитражне клаузуле

Моменат закључивања арбитражног споразума у виду арбитражне клаузуле доводи до немогућности да се спор који ће евентуално бити предмет арбитражног поступка одреди довољно прецизно.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Јелена Вукадиновић Марковић, Витомир Поповић, *Неуговорнице арбитражног споразума као странке арбитражног поступка: теорија групе компанија*, Страни правни живот, год. LXVI, бр. 2/2022, стр. 190.

Већина арбитражних институција, попут СТА при Привредној комори Србије, препоручују општу формулацију која се може унети у споразум у виду клаузуле. На пример, “Странке су сагласне да сваки спор из овог уговора или у вези са овим уговором буде коначно решен арбитражом организованом у складу са Правилником Сталне арбитраже при Привредној комори Србије.”⁹⁴ Сличну формулацију даје и Хрватска господарска комора, па препоручује уношење следеће одредбе: “Сви спорови који произлазе из овог уговора и у вези с њим, укључујући и спорове који се односе на питања његовог ваљаног настанка, повреде или престанка, као и на правне учинке који из тога проистјечу, коначно ће се ријешити арбитражом у складу с важећим Правилником о арбитражи при Сталном арбитражном судишту Хрватске господарске коморе (Загребачким правилима).”⁹⁵ Предност опште формулације јесте у томе што се избегава стварање вештачких подела између директних и индиректних, као и између уговорних и вануговорних спорова.

У погледу садржине посебне арбитражне клаузуле значајно је поменути случај *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15*⁹⁶, где је у арбитражној клаузули било наведено да ће се евентуални спор решавати путем арбитраже једино уколико се односи на евенталну експропријацију имовине улагача. У конкретном случају Telenor Mobile Communications A.S. се позивао на клаузулу најповлашћеније нације настојећи да прошири дејство арбитражне клаузуле на повреде правичног и једнаког третмана инвеститора. Међутим, суд је одбио овај захтев.

У теорији се среће назив “патолошке” клаузуле којим се означавају лоше и недовољно прецизно формулисане арбитражне клаузуле. У зависности од тежине недостатака које садрже, деле се на лакше и теже. Најчешћи недостаци из групе лакших састоје се у недовољно јасној формулацији захтева да се спор реши путем арбитраже, затим у погрешно означеном месту седишта институционалне арбитраже, као и у грешкама у именима арбитра. С друге стране, теже патологије састоје се у вештачки створеним процесним одредбама, попут комбиновања меродавних права или правила арбитражног и парничног поступка.⁹⁷

⁹⁴ <https://www.stalnaarbitraza.rs/preporucena-klauzula/>, приступљено: 30.07.2024. године

⁹⁵ <https://www.hgk.hr/stalno-arbitrazno-sudiste-pri-hgk/arbitrazne-klauzule>, приступљено: 30.07.2024. године

⁹⁶ Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, извор: <https://www.italaw.com/cases/1093>, приступљено: 30.07.2024. године

⁹⁷ Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДП*, Београд, 2013, стр. 68.

2. Пуноважност арбитражне клаузуле

2.1. Писана форма арбитражне клаузуле

У претходном делу рада истакнут је захтев писане форме као услов пуноважности уговора о арбитражи. Исти је случај и у погледу пуноважности арбитражне клаузуле, што потврђује и велики број случајева из праксе. Наиме, према ставу који је 1993 године заузео суд у Хонг Конгу, захтев за писменом формом споразума има за циљ да се осигура да су стране недвосмислено пристале на арбитражу.⁹⁸

Значајан је и став који је усвојен у случају *Schiff Food Products Inc. v. Naber Seed & Grain Co. Ltd.* где се истиче да арбитражни споразум не мора да садржи потписе свих страна⁹⁹, а према ставу који је заузео суд Хонг Конга, размена писмена између самих уговорних страна не мора постојати.¹⁰⁰ Треба напоменути да је у случају *Schiff Food Products Inc. v. Naber Seed & Grain Co. Ltd.* заузет став да потребе савременог правног промета и средства комуникације изискују либерално тумачење чл. 7. ст. 2. Модела закона, те да је довољан и прећутан пристанак да писмену понуду арбитраже.¹⁰¹

Такође, уколико се тужилац у тужби позове на арбитражни споразум, а тужени ове наводе не оспори у одговору на тужбу, сматра се да постоји писмени арбитражни споразум.¹⁰²

Врховни суд Индије је у случају *Great Offshore Ltd. v. Iranian Offshore Engineering & Construction Company* 2008. године усвојио став да судови не постављају услове пуноважности арбитражног споразума које не наводи Модел закона у члану 7. став 2, а све из разлога минимизирања надзорне функције државних судова, с обзиром да су арбитражни споразуми резултат аутономије воље уговорних страна.¹⁰³

Када је реч о постојању сведочанства о арбитражном споразуму, треба истаћи да је у случају *H. Small Limited v. Goldroyce Garment Limited* усвојен став да споразум не испуњава захтев писмене форме уколико не постоји сведочанство о пристанку на споразум о арбитражи, у писменој форми.¹⁰⁴

⁹⁸ Дејан Јанићијевић, *Међународна трговинска арбитража у пракси*, Ниш, 2017, стр. 31.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Дејан Јанићијевић, *Арбитража у пракси*, Ниш, 2020, стр. 29.

¹⁰⁴ *Ibid.*

Даље, случај *Hissan Trading Co. Ltd. v. Orkin Shipping Corporation* усваја став да документа која нису настала у исто време када и споразум о арбитражи не представљају засведочење споразума у смислу чл. 7 ст. 2 Модела закона.¹⁰⁵ Међутим, овај став преиначен је у случају *William Company Pty. Ltd. and Spaceframe Buildinga Ltd. v. Caledonian Techmore Limited & Hanison Construction Co. Ltd*, па је закључено да је захтев писмености испуњен и уколико су усмени арбитражни споразуми накнадно преточени у писмену форму.¹⁰⁶

Из практичних разлога допуштено је и закључивање уговора у усменој форми, под условом да се она накнадно потврди у писменој форми, за шта су пример тзв. sales and purchase confirmation letter. Наиме, када су се странке споразумеле о садржају уговора, ако се једна странка на тај уговор позива приликом комуникације са другом, путем средстава која задовољавају писмену форму, а пасивност друге стране према обичајима који важе у правном промету може схватити као сагласност.¹⁰⁷

2.1.1. Упућивање на акт у коме је садржана арбитражна клаузула

У члану 7. став 2. Модела закона прописано је да арбитражни споразум постоји и уколико га странке не укључе у уговор, већ одредбу о постојању споразума унесу у уговор, под условом да сам уговор у коме је садржано упућивање испуњава захтеве писмене форме, те да се може сматрати да је клаузула део уговора.¹⁰⁸

Важно је истаћи да не упућивање не мора бити експлицитно.¹⁰⁹ Овакав став потврђен је и у великом броју случајева из судске праксе. Мали број случајева, попут *Miramichi Pulp and Paper Inc. v. Canadian Pacific Bulk Ship Services Ltd.*, прихвата став да је неопходно експлицитно упућивање.¹¹⁰

Случај који се 1994. године појавио пред канадским судом показује какве недоумице се могу појавити када је реч о захтеву да клаузула мора бити део уговора. Наиме, у товарни лист су стране инкорпорисале све услове које су претходно поставиле у уговору о превозу робе бродом, а за који је издат предметни товарни лист. Арбитражна клаузула садржана у уговору била је ограничена на спорове проистекле приликом извршења уговора. Суд је закључио да се клаузула не може применити на спорове који

¹⁰⁵ Дејан Јанићијевић, *Арбитража кроз одлуке државних судова*, Ниш, 2023, стр. 34.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Дејан Јанићијевић, *Међународна трговинска арбитража у пракси*, Ниш, 2017, стр. 35.

¹⁰⁸ Дејан Јанићијевић, *Арбитража кроз одлуке државних судова*, Ниш, 2023, стр. 33-34.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

се односе на товарни лист, истичући да би одлука била другачија ако би арбитражна клаузула експлицитно предвиђала примену на спорове који се односе на товарни лист издат на основу главног уговора, или да су стране експлицитно поменуле арбитражну клаузулу.¹¹¹

Суд у Хонг Конгу је исте године у предмету *Astel-Peiniger Joint Venture v. Argos Engineering & Heavy Industries Co. Ltd.* имао сличан случај, али са другачијим исходом. Наиме, у овом случају имамо постојање под-подуговора, где су под-подуговарачи у свој под-подуговор унеле услове који су били постављени у подуговору, али нису експлицитно поменуле арбитражну клаузулу која је уметнута. Арбитражна клаузула ограничена је само на спорове између уговарача и подуговарача радова, настале у бази подуговорних односа. Суд је закључио да је воља страна изражена у мери која је довољна да се арбитражна клаузула инкорпорише у уговорни однос, уз потребна прилагођавања.¹¹²

2.1.2. Арбитражна клаузула у електронској трговини

Случај *Quebec Inc. v. Fafard*, који се 2004. године појавио пред судом у Квебеку, унео је дилему везану за положај арбитражне клаузуле приликом електронске трговине. Врховни суд Канаде донео је одлуку да, уколико се арбитражна клаузула налази на један клик на хиперлинк на дну странице коју купац посећује, нема речи о екстерној клаузули. С друге стране, ако је потребно више корака да би се дошло до арбитражне клаузуле или се она налази на другим страницама, а за које не постоји хиперлинк, реч је о екстерној клаузули.¹¹³

Као што је већ истакнуто, практични разлози захтевају размену информација и одвијање пословних односа путем савремених средстава комуникације. На том становишту стоји и судска пракса. Наиме, један амерички суд заузео је став да се арбитражни споразум може закључити и путем факса, што се истиче у случају *Onc Lines Limited v. Sino-American Trade Advancement Co. Ltd.*¹¹⁴ Применом аналогije закључујемо да су пуноважни и споразуми закључени путем мејла, смс-порука, писама, телекса, или других средстава комуникације, уколико остављају писмено сведочанство о садржини споразума. Но, треба напоменути да руско право заузима другачије

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.*

становиште. Наиме, руско право предвиђа да ће услов писане форме бити испуњен и ако је сагласност постигнута разменом електронских порука али тако да садржи електронске потписе уговорних страна, док се само проста размена мејлова неће се сматрати као испуњен услов писане форме уговора арбитражног споразума.¹¹⁵

У погледу арбитражнијих клаузула у електронској трговини значајно ја поменути да eBay¹¹⁶ користи арбитражне клаузуле у војим уговорима са корисницима. Наиме, у арбитражним клаузулама које примењује eBay одређено је да ће се спорови решавати пред Америчком арбитражном асоцијацијом и махом је реч о споровима који проистичу услед незадовољства корисника куповином или притужби на рад платформе.

Један од најпознатијих сајтова, Amazon¹¹⁷, такође садржи арбитражне клаузуле у својим условима коришћења па се корисници приликом регистрације обавезују да ће евентуалне спорове решавати применом арбитраже. Специфичност која је садржана у арбитражним клаузулама платформе Amazon јесте забрана подношења групних тужби, како би се смањили трошкови поступака и убрзало њихово решавање.

Свакако, треба напоменути да арбитражне клаузуле садрже и услови коришћења платформе Airbnb¹¹⁸, као и PayPal¹¹⁹, што довољно говори о значају решавања спорова путем арбитраже када је реч о великим компанијама које на тај начин желе да смање трошкове и на што ефикаснији начин реше спор.

2.2. Намера за арбитражно решавање спора

Споразум о арбитражи, како у виду уговора, тако и у виду клаузуле, представља кичму арбитражног решавања спора па је неопходно да буде пуноважан и у материјалноправном смислу, односно мора бити резултат истинске воље странака којој не прете спољни фактори.

Питање материјалноправне пуноважности арбитражног споразума који се закључује у виду арбитражне клаузуле је од нарочитог значаја у стварима везаним за спорт, с обзиром на то да је спортска индустрија веома специфична. То је заправо одраз специфичности спорта. У споровима који су се нашли пред Судом за спортску

¹¹⁵ <https://iclg.com/practice-areas/international-arbitration-laws-and-regulations>, приступљено: 29.07.2024. године

¹¹⁶ <https://www.ebay.com/help/policies/member-behaviour-policies/user-agreement?id=4259>, приступљено: 29.07.2024. године

¹¹⁷ <https://www.nytimes.com/2021/07/22/business/amazon-arbitration-customer-disputes.html>, приступљено: 29.07.2024. године

¹¹⁸ <https://www.airbnb.rs/help/article/2908>, приступљено: 29.07.2024. године

¹¹⁹ <https://www.paypal.com/rs/home>, приступљено: 29.07.2024. године

арбитражу у Лозани суд је првенствено тумачио постојање праве намере странака изражене у конкретном акту.¹²⁰

С друге стране, треба поменути случај *Stretford v. Football Association Ltd*, који је Фудбалски савез Енглеске покренуо против Стретфорда, менаџера некадашњег познатог фудбалера Вејна Рунија, где је суд заузео став да је чак и присилно добијен пристанак ипак пуноважан. Наиме, спор који је разматрао енглески суд произилази из дозволе менаџера за заступање спортиста, која је садржала арбитражну клаузулу, за коју је Стефорд истакао да заправо није имао другог избора него да пристане на арбитражну клаузулу ако је желео да настави да ради као спортски агент. Међутим, суд је закључио да овакав начин пристанка на арбитражу не садржи елементе принуде.¹²¹

Већ наведени случај *Quebec Inc. v. Fafard* доноси став према којем је неопходно изражавање намере да се спор реши путем арбитраже, те да се у арбитражном споразуму изричито наводи да ће пресуда арбитражног суда бити коначна и обавезујућа.¹²² Случај *Investissement Charlevoix Inc. v. Gestion Pierre Gingras Inc.* који се 2010. године појавио пред судом у Квебеку признао је пуноважност споразуму, иако није наведено да ће одлука арбитражног суда бити коначна и обавезујућа.¹²³

Немачки суд суочио се са двосмисленом арбитражном клаузулом у два случаја, одлучивши да ће клаузула о избору надлежности државног суда моћи да се примени тек уколико се захтева његова интервенција у арбитражном поступку.¹²⁴

3. Однос арбитражне клаузуле и општих услова пословања

Општа правила која регулишу материју уговорног права прописују да се стране које потписују арбитражни споразум обавезују само у погледу дела који се налази изнад њихових потписа.¹²⁵

Пракса закључивања формуларних, типских и адхезионих уговора ублажава ово правило. Наиме, наш Закон о арбитражи предвиђа да се споразум сматра закљученим и у случају да се одредба о надлежности арбитражног суда налази у општим условима за

¹²⁰ Petra Pocrnić Perica, *Ugovor o arbitraži u pravnim stvarima vezanima uz međunarodni sport*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 54, 2/2017., str. 457- 481.

¹²¹ *Stretford v. Football Association Ltd*, High Court (Chancery) (EWHC (CH) 479 (2006.)), извор: <https://www.5rb.com/case/stretford-v-the-football-association-ltd-another-ca/>, приступљено: 01.08.2024. године

¹²² Дејан Јанићијевић, *Арбитража кроз одлуке државних судова*, Ниш, 2023, стр. 27-29-

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*

закључење правног посла или, пак, у тексту другог уговора¹²⁶, док Правилник СТА прописује да се одредба налази у општим условима, као саставном делу основног правног посла¹²⁷. Важно је истаћи да ни један од ова два извора не предвиђа нужно постојање физичког јединства између општих услова и главног уговора¹²⁸ али је неопходно се у главном уговору недвосмислено упућује на опште услове, у погледу арбитражне клаузуле.¹²⁹

UNCITRAL Model Law у члану 7. став 2. прописује да је за пуноважност арбитражне клаузуле која је садржана у општим условима неопходно закључивање уговора у писменој форми, а да се позивање на опште услове мора извршити тако да се може сматрати саставним делом главног уговора.¹³⁰

Упоредноправна теорија заузима став према којем је могуће и прећутно споразумевање о примени општих услова, те се и арбитражна клаузула може налазити у њима, уколико су се општи услови већ примењивали у њиховим међусобним односима, или је, пак, примена општих услова у конкретној области толико уобичајена да се могла подразумевати.¹³¹

Још једно важно питање које се појавило у пракси јесте да ли је задовољена форма као услов пуноважности арбитражног споразума у случају када писана комуникација упућује на опште услове пословања или је, пак, потребно посебно нагласити у комуникацији да је клаузула садржана у ОУП и изричито је поменути. Став Швајцарског савезног суда у случају *Tradax Export SA (Panama) v Amoco Iranian Oil Company* јесте да члан 2. Њујоршке конвенције треба да се тумачи у складу са својом сврхом и интересом који тај члан штити, тј. да је захтев за писани облик намењен заштити уговорних страна које закључују уговор који такође значи и одрицање од одређених права, посебно права приступа редовни суд. Што се тиче конкретног интереса који се разматра, кључно је преиспитати све битне околности конкретног случаја, а нарочито да ли странке поседују искуство у свом послу или не, јер је потребан другачији приступ закључивању уговора који се односи на опште услове ако су такви услови странкама већ познати или нису.¹³²

¹²⁶ Закон о арбитражи, чл. 12. ст. 3.

¹²⁷ Правилник СТА, чл. 13, ст. 3.

¹²⁸ Дејан Јанићијевић, *Арбитража кроз одлуке државних судова*, Ниш, 2023 стр. 29.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ UNCITRAL Model Law, art. 7. p. 2.

¹³¹ Дејан Јанићијевић, *Арбитража кроз одлуке државних судова*, Ниш, 2023, стр. 29.

¹³² Swiss Tribunal Federal, *Tradax Export SA (Panama) v Amoco Iranian Oil Company*, извор: <https://www.bger.ch/fr/index.htm>, приступљено: 01.08.2024. године

Међутим, Грађански законик Италије предвиђа да је неопходно да је уговорна страна знала за постојање арбитражне клаузуле у општим условима пословања друге стране и на њих дала изричит и недвосмислени пристанак¹³³, док немачко право захтева личне потписе уговорних страна у случају да је једна уговорна страна потрошач који пристаје на опште услове постојања трговца.¹³⁴

Уопште узев, тренд либерализације захтева писане форме арбитражног споразума присутан је у трговинској арбитражи, док је, с друге стране, у потрошачким арбитражама присутан тренд рестриктивног тумачења захтева писане форме, који подразумева и постојање својеручних потписа на посебном акту у коме је садржана арбитражна клаузула.¹³⁵

Ипак, у случају *Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières v. Bomar Oil*¹³⁶ који се нашао пред француским судом, заузет је став да је арбитражни споразум пуноважан иако је садржан у форми клаузуле у ОУП на које се упућује, те да се посебно упућивања на арбитражну клаузулу не сматра условом за закључење пуноважног споразума о арбитражи.¹³⁷

Као што је већ истакнуто у претходном делу рада, потребе праксе довеле су до ублажавања строгог формализма. Наиме, често се дешава у пракси да је састављање јединственог писмена немогуће, па је став теорије да треба признати пуноважност арбитражног споразума у ситуацијама када се воља страна не доводи у питање¹³⁸, а што је и став судске праксе који је истакнут у случају *Dreistern Werk v. Société Crouzier*.¹³⁹

Свакако, увек треба водити рачуна о суштинским намерама и жељама уговорних страна. Поштовање формализма по сваку цену ипак у многоме представља одлику редовог судовања, док је суштина арбитраже управо поштовање аутономије воља и ефикасно решавање спора,

¹³³ Codice Civile 2023: aggiornato con le ultime modifiche legislative apportate dal D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, come modificato dalla L. 29 dicembre 2022, n. 197 ("Riforma Cartabia"), art. 1341, извор: <https://www.brocardi.it/codice-civile/>, приступљено: 30.07.2024. године

¹³⁴ Јелена Вукадиновић Марковић, Витомир Поповић, *op. cit.*, стр. 191.

¹³⁵ Слободан Вукадиновић, *op. cit.*, стр. 399.

¹³⁶ *Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières v. Bomar Oil*, Judgment of the French Court of Cassation (First Civil Chamber), 11 Oct 1989, извор: <https://jusmundi.com/en/document/decision/fr-entreprise-tunisienne-dactivites-petrolieres-v-bomar-oil-arret-de-la-cour-de-cassation-87-15-094-wednesday-11th-october-1989>, приступљено: 30.07.2024. године

¹³⁷ Слободан Вукадиновић, *op. cit.*, стр. 384.

¹³⁸ Дејан Јанићијевић, *Арбитража кроз одлуке државних судова*, Ниш, 2023 стр. 30.

¹³⁹ Јелена Вукадиновић Марковић, *Арбитражна клаузула у општим условима пословања - питање форме или сагласности уговорних страна*, Правни живот бр. 11/2016, (стр. 287-297), стр. 296.

IV КАРАКТЕРИСТИКЕ АРБИТРАЖНЕ КЛАУЗУЛЕ И АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА

1. Основне разлике између арбитражне клаузуле и арбитражног уговора

Најпре, разликовање уговора о арбитраже и арбитражне клаузуле има своје корене у француској правној теорији 19. века. Наиме, тадашњи аутори су сматрали да је за пуноважност уговора о арбитражи неопходно да он садржи предмет спора и имена арбитра, те, по логици ствари, арбитражна клаузула није могла да производи правно дејство. Овакво схватање споразума о арбитражи имало је за последицу то да се арбитражна клаузула поимала само као предуговор који обавезује уговорне стране да закључе уговор о арбитражи у који ће унети све неопходне елементе, а првенствено одредити предмет спора и имена арбитра.¹⁴⁰

Као што је у претходном делу рада већ истакнуто, уговор о арбитражи представља самосталан, посебан, уговор којим странке поверавају решавање спора арбитражном суду, док арбитражна клаузула представља посебну клаузулу инкорпорисану у други, постојећи, уговор. Међутим, иако је арбитражна клаузула у материјалном погледу саставни део основног уговора, она ужива аутономију па се и њена пуноважност цени независно од оцене пуноважности и дејстава основног правног посла.

Затим, моменат закључења такође је различит. Наиме, уговор о арбитражи закључује се након настанка спора, *ex post*, док се арбитражна клаузула укључује у уговор о основном правном послу, за случај да спор евентуално настане у будућности, дакле *ex ante*.

С обзиром на моменат закључења, следи и трећа разлика која је статистичке природе. Наиме, имајући у виду чињеницу да се уговор о арбитражи закључује у моменту када спор већ постоји, тада су односи уговорних страна већ поремећени, “захладнели”, те се и могућност постизања сагласности у погледу одређивања садржине уговора о арбитражи смањује. Из тог разлога, у пракси је много мањи број закључених уговора о арбитражи у односу на број арбитражних клаузула које се закључују док су односи страна још хармонични.

¹⁴⁰ Јелана Вукадиновић Марковић, *Уговор о арбитражи - основ дерогације надлежности судова*, Актуелна питања из области грађанског права из Босне и Херцеговине - теорија и пракса. Удружење судија Републике Српске, Бања Лука, 2016 (стр. 65-75), стр. 67.

Даље, с обзиром на то да у време уношења арбитражне клаузуле у уговор о основном правном послу стране не очекују настанак спора, неретко се дешава да арбитражна клаузула има одређене мањкавости у погледу садржине. То је донекле логична последица чињенице да се ова одредба уноси само “за сваки случај”, узевши у обзир предности арбитражног решавања потенцијалног спора у односу на редовни судски пут.

С друге стране, уколико дође до потребе закључења уговора о арбитражи, стране много пажљивије уређују његову садржину, настојећи да избегну укључивање механизма државног суда у свој однос. Такође, неретко се дешава да је арбитражна клаузула садржана у општим условима пословања. Но, чак и када се уноси у одређени уговор, она је типизирана јер је најчешће сачињавају одређене институције или експерти, док закључивање уговора о арбитражи захтева преговарање и редиговање текста.¹⁴¹

Међутим, међународни правни промет се непрестано развија и праћен је све сложенијим пословима и трансакцијама што захтева усклађивање и прилагођавање садржине арбитражног споразума, првенствено у виду арбитражне клаузуле, потребама конкретног случаја.

Ипак, треба напоменути да постоји могућност накнадног “уређивања” арбитражне клаузуле. Наиме, у случају да у арбитражној клаузули нису садржани сви елементи, странке могу закључити уговор о арбитражи који ће у овом случају представљати допуну арбитражне клаузуле.¹⁴²

Затим, значајна разлика између ова два института јесте у погледу њиховог домашаја. Наиме, арбитражна клаузула представља правни основ за арбитражно решавање спора само из конкретног уговорног односа. С друге стране, уговор о арбитражи има много шири домашај те омогућава решавања спорова из уговорних, али и из вануговорних односа.¹⁴³

Даље, у погледу правних последица треба напоменути да уговор о арбитражи постаје обавезујућ након настанка спора, када странке склопе договор и уговоре арбитражу. С друге стране, арбитражна клаузула постаје обавезујућу у моменту закључивања основног уговора чији је саставни део.

¹⁴¹ Гордана Станковић, *op. cit.*, стр. 29.

¹⁴² Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2013, стр. 46.

¹⁴³ *Ibid.*

На послетку, различит је и начин престанка уговора о арбитражи и арбитражне клаузуле. Дакле, уговор о арбитражи престаје у моменту доношења одлуке којом се решава арбитражни спор. С друге стране, арбитражна клаузула престаје да важи тек у тренутку престанка основног уговора, с обзиром на то да постоји могућност настанка спорова док год траје основни уговор.¹⁴⁴

Ипак, Узелац стоји на становишту да не треба, искључити ни другачије комбинације у погледу момента закључења споразума о арбитражи и момента настанка спора који је његов предмет, те тако оставља могућност да постоји посебан уговор или посебан анекс главном уговору који садржи одредбе о решавању будућих спорова или могућност постојања уговорне клаузуле на основу које ће се неки већ настали спор поверити арбитражи на решавање.¹⁴⁵

Када је реч о предностима арбитражне клаузуле у односу на уговор о арбитражи, треба истаћи да се предности закључења арбитражне клаузуле првенствено огледају у пријатељском окружењу у ком странке приступају закључивању овог уговора па ће самим тим имати веће шансе да се сагласе у погледу круцијалних питања вођења арбитражног поступка у случају настанка спора, попут избора меродавног права или места седишта арбитраже.¹⁴⁶

2. Оцена споразума о арбитражи: предности и недостаци

Неки теоретичари решавање спорова путем арбитраже третирају као услужну индустрију чији су носиоци велике арбитражне институције, попут Међународне трговинске коморе, Америчке арбитражне асоцијације, Лондонског суда међународне арбитраже, Међународног центра за решавање инвестиционих спорова, Кинеске међународне економске и трговинске арбитражне комисије, Сингапурског центра за међународну арбитражу и великих привредних комора као што су Штокхолмска, Циришка и Женевска привредна комора. У прилог овом ставу наводе да свака институција има своја арбитражна правила која примењује.¹⁴⁷

Даље, неретко се истиче да се квалитет услуга арбитра формира по тржишним принципима, односно да на квалитет услуга арбитра пресудан утицај има намера

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Алан Узелац, *op.cit.*, стр. 555.

¹⁴⁶ Јелена Вукадиновић Марковић, Витомир Поповић, *op. cit.*, стр. 189.

¹⁴⁷ John Kerr, Conrad Harper, Peter Thomas, Robert Smit, Elizabeth Fuerstman, Comparison of International Arbitration Rules, 2002, према: Дејан Јанићијевић, *Арбитража кроз одлуке државних судова*, Ниш, 2023 стр. 13.

арбитра да привуку све већи број корисника услуга и амбиција да изграде репутацију објективних и “пожељних”, с једне стране, а са друге стране је то нормативни оквир арбитражних институција, тј. садржина и квалитет прописа које примењују.¹⁴⁸

Као можда и највећи недостатак арбитраже наводи се непостојање одговорности арбитра у случају непрофесионалног спровођења поступка, па се у случају непоступања по арбитражном споразуму као једина санкција наводи могућност да таква арбитражна одлука буде поништена, док сами арбитри остају изван домашаја санкције за непрофесионално понашање. У овом случају можемо говорити једино о нарушавању њихове репутације што би могло да резултира мањим бројем корисника њихових услуга. У прилог “недодирљивости” арбитра Bristow истиче да је “став о имунитету арбитра у тој мери прихваћен у одштетном праву да се врло ретко оспорава”.¹⁴⁹

Свакако, треба истаћи да пракса познаје и могућност проширења домашаја арбитражног споразума у субјективном погледу. Наиме, савремено пословање доводи до потребе да се прошири субјективно дејство споразума о арбитражи у случају повезаних правних лица као што су групе компанија, првенствено друштва у односу матичног и зависног. Случај *The Dow Chemical Company and others v. Isover Saint Gobain*¹⁵⁰ направио је значајне измене у дотадашњој арбитражној пракси.

Наиме, матично друштво Dow Chemical из Америке и зависно друштво Dow Chemical из Француске нису биле потписнице арбитражног споразума. Међутим, једно од зависних друштава из групе компанија потписало је споразум о арбитражи са Isover Saint Gobain. На основу овог споразума, Dow Chemical из Америке и Dow Chemical из Француске су заједно са зависним друштвом из групе компанија које је потписник споразума, покренуле спор против туженог Isover Saint Gobain. Арбитражни суд је, применом правила *lex mercatoria* донео одлуку да наведене компаније представљају јединствену целину у економском смислу па самим тим могу бити и јединствена странка у арбитражном поступку, са становишта процесног права. Треба напоменути да на повезаност наведених друштава указује и околност да је ћерка компанија користила жиг мајке компаније без посебног правног основа, као што је, на пример, уговор о лиценци.¹⁵¹

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ David Bristow, *The gathering storm of mediator and arbitrator liability*, Disp. Res. J., br. 55, 2000, str. 16, према: Дејан Јанићијевић, *Арбитража кроз одлуке државних судова*, Ниш, 2023 стр. 14.

¹⁵⁰ ICC Case No. 4131, Interim Award of 23 September 1982, YCA 1984, published in: Clunet 1983, извор: https://www.trans-lex.org/204131/_/icc-award-no-4131-yca-1984-at-131-et-seq-/, приступљено: 30.07.2024. године

¹⁵¹ Јелена Вукадиновић Марковић, Витомир Поповић, *op. cit.*, стр. 193.

Захваљујући овом случају, идентична одлука донета је и у случају *Mahanagar Telephone Nigam Limited v. Canara Bank & Ors.* из 2019. године, где је потписник арбитражног споразума била мајка компанија, али је спор покренут од стране ћерке компаније, која је финансијски зависна од мајке компаније.¹⁵²

Свакако, само постојање економске повезаности компанија јесте неопходан, али не и довољан услов за проширење дејства арбитражног споразума. Поред тога, потребно је и учешће компаније у предуговорној фази, као и намера да повезано друштво буде обавезано споразумом, што се тумачи у зависности од околности сваког конкретног случаја.¹⁵³

У прилог експанзији арбитраже треба истаћи и истраживање професора Бергера који је дошао до закључка да данас близу 90% важних међународних уговора садржи арбитражну клаузулу¹⁵⁴.

3. Арбитражни споразуми у српском праву: тренутно стање и препоруке

У српској арбитражној пракси се неретко дешавало да тужени истиче недостатак овлашћења за заступање или прекорачење граница овлашћења од стране заступника у случајевима када се уговор о арбитражи закључује преко заступника. Овим аргументима тужени често поткрепљује приговор ненадлежности арбитраже те истиче да такав споразум не постоји или је ништав, па самим тим арбитража није надлежна.¹⁵⁵ Уколико у оваквим ситуацијама примењујемо српско право као меродавно, за заступање правних лица уопште релевантне су опште одредбе Закона о облигационим односима о заступању и пуномоћју (чл. 84-94)¹⁵⁶.

Према одредбама Закона о облигационим односима, пуномоћнику је неопходно посебно овлашћење за закључење уговора о арбитражи¹⁵⁷, а имајући у виду да је одредбама члана 12. Закона о арбитражи предвиђено да је уговор о арбитражи

¹⁵² *Mahanagar Telephone Nigam Limited v. Canara Bank & Ors.*, Supreme Court of India, 8th August 2019, извор: <https://jgu.edu.in/mappingADR/mahanagar-telephone-nigam-limited-v-canara-bank-ors/>, приступљено: 30.07.2024. године

¹⁵³ Јелена Вукадиновић Марковић, Витомир Поповић, *op. cit.*, стр. 194.

¹⁵⁴ Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Kluwer Law International, 2010, р. 145.

¹⁵⁵ Јелена Перовић Вујачић, *op. cit.*, стр. 568.

¹⁵⁶ Закон о облигационим односима, "Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, "Сл. лист СРЈ", бр. 31/93, "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003 - Уставна повеља и "Сл. гласник РС", бр. 18/2020", чл. 84-94.

¹⁵⁷ Закон о облигационим односима, чл. 91. ст. 4.

формалан¹⁵⁸, овде треба применити и одредбе члана 90. 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.¹⁵⁹

Овакав случај нашао се пред Сталном арбитражом при Привредној комори Србије, те је у наведеном спору арбитражно веће утврдило да тужени није издао посебно пуномоћје за закључење уговора о арбитражи у смислу чл. 91. ст. 4 Закона о облигационим односима, па самим тим пуномоћник не може без посебног овлашћења за сваки поједини случај, између осталог, закључити уговор о арбитражи. 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.“ У складу са наведеним, арбитражно веће је усвојило приговор ненадлежности и Арбитражу огласило ненадлежном да поступа у поменутом предмету.¹⁶⁰

Ипак, не треба занемарити чињеницу да би претерани формализам у овој области могао довести до немогућности решавања спора путем арбитраже уколико не би постојала подударност у погледу лица која су потписала арбитражни споразум и лица која покрећу поступак пред арбитражом. Наиме, савремени друштвени токови и убрзани развој пословања и модерних технологија захтева и постојање могућности уступања правних послова. Самим тим, могућност преноса основних правних послова, попут цесије, преузимања дуга, приступања дугу, сукцесије, спајања, припајања, поделе или издвајања привредних друштава и слично, захтева постојање могућности преноса споразума о арбитражи. Према томе, тренд је савремене арбитражне праксе да се арбитражно право либерализује па се не може говорити о строго личном односу уговорних страна.

У погледу могућности преноса арбитражног споразума значајно је указати на упоредну праксу према којој у случају цесије, “цедент је везан арбитражном клаузулом на начин да не може уживати сва уступљена му права без прихваћања обвезе да своја евентуална потраживања рјешава арбитражно. Стога јасно произлази, како из закона (мисли се на чланак 136 енглеског Закона о власништву), тако и уговорног статуса

¹⁵⁸ Закон о арбитражи, чл. 12.

¹⁵⁹ Закон о облигационим односима, чл. 90.

¹⁶⁰ Одлука Т-1/18 од 07. марта 2019. године, наведено према: Јелена Перовић Вујачић, *op. cit.*, стр. 568.

цедента, да су му уступом пренесена права из арбитражне клаузуле као и из свих других одредаба уговора.“¹⁶¹

Уопште узев, српска арбитражна правила су добро постављена и формулисана по угледу на правила најзначајнијих међународних органа и тела. Међутим, неопходно је континуирано праћење међународне арбитражне праксе и препорука најзначајнијих институција, као и редовне измене и усклађивања домаћих прописа са међународним изворима права.

Такође, значајан корак ка унапређењу поступка арбитраже код нас представљало би доношење подзаконских аката са циљем разраде и одговарајуће имплементације законских норми. На пример, доношење одговарајућег кодекса професионалне етике би у мноме допринело поверењу грађана и привредних субјеката у арбитражу.

Велики проблем представља недовољно развијена свест о могућности решавања спорова путем арбитраже па је и домаћа арбитражна пракса сиромашнија у односу на праксу највећих земаља света, са веома развијеном привредом и пословном свешћу. Ширењу свести о предностима и добробитима арбитражног решавања спорова би засигурно донело континуирано едуковање, првенствено правника и привредних субјеката. На овом путу значајан корак би представљало организовање семинара на којима би се у улози предавача нашли еминенти стручњаци из земље и света који би указивали на све предности арбитраже, али и на значај адекватно постављене “кичме” арбитражног права, односно арбитражног споразума. У том циљу би требало на едукацијама указати на добре, али и лоше примере из арбитражне праксе, као и на све елементе које би требало да садрже добри споразуми о арбитражи.

С обзиром на то да нема добре арбитраже ни без добрих арбитра, неопходно је спровођење сталних обука арбитра који учествују у решавању спорова код нас, првенствено кроз сарадњу са највећим арбитражним центрима у свету, али и кроз јачање капацитета домаћих арбитражних институција који би подразумевао повећање броја арбитра. Један од начина за то јесте и увођење домаћих правника у рад институција, почев још од обука за време студија.

Свакако, узевши у обзир све напред наведено у погледу арбитраже у Србији, чини се да смо ипак на добром путу ка популаризацији арбитражног решавања спорова, али је пред нама много посла како бисмо достигли најразвијеније земље света у погледу арбитраже.

¹⁶¹ Зоран Тасић, *Одлуке страних судова и арбитража: Право трећих да своја потраживања остварују у арбитражном поступку*, Поредбено поморско право, год. 45, 2006, стр. 172.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

У претходном делу рада истакнуто је да арбитражни споразум представља “кичму арбитражног права”. Након анализе значаја арбитражног споразума, како у виду уговора о арбитражи, тако и у виду арбитражне клаузуле, можемо рећи да овај назив у потпуности оправдава.

Наиме, предност арбитражног решавања спорова у односу на редовне судске механизме лежи у његовој економичности и ефикасности у првом реду. Међутим, арбитража пружа могућност странама да саме изаберу нормативни оквир у чијим границама ће се арбитри кретати. Основ за избор најзначајнијих инструмената, попут места арбитраже, арбитрара, меродавног права, процесног права, језика поступка трошкова поступка и слично, представља управо споразум о арбитражи.

Моменат у коме се странке одлучују да склопе споразум о арбитраже у великој мери одређује и саму садржину споразума. Према томе, арбитражне клаузуле су у великој мери типске, што је и разумљиво донекле, имајући у виду да странке не очекују да ће спор настати, а самим тим немају све информације о карактеристикама конкретног случаја. С друге стране, уговор о арбитражи се управо припрема за решавање конкретног случаја, који је већ настао, па је самим тим и његова садржина много прецизније уређена.

Иако у пракси постоји много већи број арбитражних клаузула у односу на арбитражне уговоре, у овом раду је најпре обрађен арбитражни уговор. Разлог за то јесте управо у чињеници да је реч о правном инструменту који до сада није заокупио много пажње ни у теорији ни у пракси. Међутим, уколико би се посветило више пажње значају уговора о арбитражи, несумњиво би се повећао и број спороца који би се решавали путем арбитраже. Свакако, с обзиром да су у овом делу детаљније представљена обичајна и услови за пуноважност уговора, у делу посвећеном арбитражној клаузули указано је само на специфичности овог правног инструмента, а првенствено на уношење арбитражне клаузуле у опште услове пословања, али и на значај арбитражне клаузуле у електронској трговини.

Последња целина рада замишљена је тако да на сажет начин прикаже закључке до којих је аутор дошао приликом истраживања обављеног за потребе писања рада. У првом реду, указано је на разлике између уговора о арбитражи и арбитражне клаузуле, као и на њихове предности и недостатке. На крају последње целине приказано је стање

арбитраже у Србији те је указано на могућности које стоје на располагању домаћим стручњацима и институцијама са циљем јачања капацитета и промоције арбитраже,

Истраживање је несумњиво указало на велики теоријски и практични значај арбитраже. У том смислу треба напоменути да најзначајније арбитражне институције о којима је било речи у претходном делу рада имају веома богату арбитражну праксу. Такође, непрестано раде на јачању својих капацитета и унапређењу арбитраже како би ишла у корак са временом. У том смислу је неопходно праћење развоја модерних технологија, нарочито развоја савремених средстава комуникације, електронске трговине, а у новије време присутан је и значајан развој вештачке интелигенције. Све ово захтева и адекватно постављен нормативни оквир па је неопходно радити и на усклађивању прописа и савремених трендова.

Арбитража је “жива наука” па је у раду приказан и велики број случајева из праксе. Махом је реч о споровима из међународне трговине, енергетике, грађевинарства, али и спорта.

Такође, приказана је и упоредноправна регулатива. Имајући у виду значај међународног пословања и утицај великих компанија, указано је на различито регулисање арбитраже у компанијском праву, уз навођење конкретних примера из праксе и законодавстава. Свакако, представљена је и могућност проширеног дејства споразума о арбитражи у случају групе компанија. Ово је нарочито значајно уколико узмемо у обзир чињеницу да велике светске компаније настоје да у своје “окриље” узму велики број мањих компанија како би пословале у односу међусобне зависности.

ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТРАТУРЕ

1. Васиљевић Мирко, *Арбитражни уговор и интеркомпанијски спорови*, Анали Правног факултета у Београду, година LXVI, 2/2018.
2. Вукадиновић Марковић Јелена, *Арбитражна клаузула у општим условима пословања - питање форме или сагласности уговорних страна*, Правни живот бр. 11/2016, (стр. 287-297).
3. Вукадиновић Марковић Јелена, *Уговор о арбитражи према Закону о међународној трговинској арбитражи Руске Федерације*, Увод у право Русије, Институт за упоредно право, Правни факултет у Београду, Београд, 2017, (стр. 283-291).
4. Вукадиновић Марковић Јелена и Поповић Витомир, *Неуговорнице арбитражног споразума као странке арбитражног поступка: теорија групе компанија*, Страни правни живот, год. LXVI, бр. 2/2022.
5. Вукадиновић Слободан, *Арбитражна клаузула у општим условима пословања: актуелне тенденције у међународној трговачкој versus потрошачкој арбитражи*, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 3/2020 (стр. 379-404), стр. 381.
6. Голдштајн Александар, Трива Сениша, *Међународна трговачка арбитража*, Загреб, 1987.
7. Јакшић Александар, *Међународна трговинска арбитража*, Београд 2003.
8. Јанићијевић Дејан, *Арбитража у пракси*, Ниш, 2020.
9. Јанићијевић Дејан, *Арбитража кроз одлуке државних судова*, Ниш, 2023.
10. Јанићијевић Дејан, *Међународна трговинска арбитража у пракси*, Ниш, 2017.
11. Јанићијевић Дејан, *Правни значај арбитражног споразума*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. L, 2007, (стр. 127-142).
12. Кнежевић Гашо, *Међународна трговачка арбитража*, Београд, 1999.
13. Кнежевић Гашо и Павић Владимир, *Арбитража и АДП*, Београд, 2013.
14. Пак Милан, *Међународно приватно право*, књига II, Београд, 1985.
15. Перовић Вујачић Јелена, *Нишавост уговора о арбитражи*, Арбитражно, стечајно и извршно право, Право и привреда, бр. 4-6/2018 (стр. 555-573).
16. Перовић Јелена, *Пуноважност уговора о арбитражи*, Међународна привредна арбитража - стање и перспективе, Београд, 1997, стр. 123-124, наведено према: Дејан Јанићијевић, *Арбитража у пракси*, Ниш, 2020.
17. Станивуковић Маја и Живковић Мирко, *Међународно приватно право*, Службени гласник, Београд, 2023.
18. Станковић Гордана, *Арбитражно право*, Ниш, 2008.
19. Станковић Гордана, Старовић Боривој, Кеча Ранко и Петрушић Невена, *Арбитражно процесно право*, Ниш, 1999.
20. Тасић Зоран, *Одлуке страних судова и арбитража: Право трећих да своја потраживања остварују у арбитражном поступку*, Поредбено поморско право, год. 45, 2006.
21. Узелац Алан, *Форма арбитражног уговора у хрватском праву: ново уређење, његова исходишта и перспективе даљег развоја*, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 2-3/2006.
22. Шовић Маша Смиљана, *Обележја савременог арбитражног споразума - мастер рад*, Правни факултет у Нишу, 2021.
23. Berger Klaus Peter, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Kluwer Law International, 2010.
24. Blessing Marc, *Arbitrability of Intellectual Property Disputes*, *Arbitration International*, Volume 12, Issue 2, 1 June 1996, (191-222).

25. Bristow David, *The gathering storm of mediator and arbitrator liability*, Disp. Res. J., br. 55, 2000.
26. Carabiber Charles, *L'évolution de l'arbitrage commercial international*, Recueil des cours de l'Académie de droit international, Paris, 1960.
27. Kerr John, Harper Conrad, Thomas Peter, Smit Robert, Fuerstman Elizabeth, *Comparison of International Arbitration Rules*, 2002.
28. Pocrnić Perica Petra, *Ugovor o arbitraži u pravnim stvarima vezanima uz međunarodni sport*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 54, 2/2017, str. 457- 481.
29. Puljko Hrvoje, *Neovisnost ugovora o arbitraži u odnosu na glavni ugovor*, Pravni vjesnik, 20:1-2/2004.
30. Redfern Alan, Hunter Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed. London: Sweet and Maxwell, 2004.
31. Várady Tibor, Barceló III John J, Arthur T. von Mehren, *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, St. Paul, Minn 1999.
32. Zekos Georgios I, *Antitrust/Competition Arbitration in EU versus U.S. Law*, Journal of International Arbitration 25(Issue 1), 2008, (1-29).

ПОПИС ОСТАЛЕ ИСТРАЖИВАЧКЕ ГРАЂЕ

1. Делимична одлука Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије Т-12/10 од 15. новембра 2011. године Одлука Т-1/18 од 07. марта 2019. године.
2. Закон о арбитражи, „Сл. гласник РС“, бр. 46/2006.
3. Закон о облигационим односима, "Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89.
4. Закон о привредним друштвима, "Сл. гласник РС", бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021.
5. Закон о ратификацији Конвенције о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука, "Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори", бр. 11/81.
6. Закона о решевању сукоба закона са прописима других земаља, "Сл. лист СФРЈ", бр. 43/82 и 72/82 - испр., "Сл. лист СРЈ", бр. 46/96 и "Сл. гласник РС", бр. 46/2006 - др. Закон
7. Одлука Т-1/18 од 07. марта 2019. године
8. Правилник СТА
9. Решење Вишег трговинског суда, Пвж. 118/07 од 16.2.2007. године
10. Cass. 2e civ, 13.05.1972. године
11. Cass. 2e civ, 31.03.1978. године
12. Codice Civile 2023: aggiornato con le ultime modifiche legislative apportate dal D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, come modificato dalla L. 29 dicembre 2022, n. 197 ("Riforma Cartabia").
13. *Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières v. Bomar Oil*, Judgment of the French Court of Cassation (First Civil Chamber), 11 Oct 1989.
14. ICC Case No. 4131, Interim Award of 23 September 1982, YCA 1984.
15. *Jagdish Chander v. Ramesh Chander & Ors*, Supreme Court, 26.04.2007.
16. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.
17. *Mahanagar Telephone Nigam Limited v. Canara Bank & Ors.*, Supreme Court of India, 8th August 2019.
18. *Stretford v. Football Association Ltd*, High Court (Chancery) (EWHC (CH) 479 (2006.))

19. Swiss Tribunal Federal, Tradax Export SA (Panama) v Amoco Iranian Oil Company, 1984.
20. Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL) of December 18, 1987.
21. Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15
22. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006, art. 7. p. 2.
23. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
24. Zakon o arbitraži, "Narodne novine" br. 88-1498/01.

ЕЛЕКТРОНСКИ ИЗВОРИ

1. <https://iclg.com/practice-areas/international-arbitration-laws-and-regulations>,
2. <https://iclg.com/practice-areas/international-arbitration-laws-and-regulations>,
3. <https://jgu.edu.in/mappingADR/mahanagar-telephone-nigam-limited-v-canara-bank-ors/>,
4. <https://jusmundi.com/en/document/decision/fr-entreprise-tunisienne-dactivites-petrolieres-v-bomar-oil-arret-de-la-cour-de-cassation-87-15-094-wednesday-11th-october-1989>,
5. <https://paragraflex.rs/dnevne-vesti/020720/020720-vest6.html>,
6. <https://pn2.propisi.net/Home/ShowDocument/?di=rp45464&dt=rp&dl=15906>
7. <https://uncitral.un.org/en/texts>,
8. <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001827/2024-07-01>,
9. <https://www.5rb.com/case/stretford-v-the-football-association-ltd-another-ca/>,
10. <https://www.bger.ch/fr/index.htm>
11. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646&p=20151006&tn=0>,
12. <https://www.brocardi.it/codice-civile/>,
13. <https://www.ebay.com/help/policies/member-behaviour-policies/user-agreement?id=4259>,
14. <https://www.hgk.hr/stalno-arbitrazno-sudiste-pri-hgk/arbitrazne-klauzule>,
15. <https://www.italaw.com/cases/1093>,
16. <https://www.iusinfo.hr/document?sopi=NN2001B88A1498>,
17. <https://www.nytimes.com/2021/07/22/business/amazon-arbitration-customer-disputes.html>,
18. <https://www.nytimes.com/2021/07/22/business/amazon-arbitration-customer-disputes.html>, <https://www.airbnb.rs/help/article/2908>,
19. <https://www.paypal.com/rs/home>,
20. <https://www.stalnaarbitraza.rs/preporucena-klauzula/>,
21. https://www.trans-lex.org/204131/_/icc-award-no-4131-yca-1984-at-131-et-seq-/,
22. https://www.umbrecht.ch/fileadmin/downloads/Swiss_Federal_Code_on_Private_International_Law_CPIL_2017.pdf
23. <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001827/2024-07-01>,

Упоредна анализа арбитражне клаузуле и арбитражног уговора као два вида
арбитражног споразума

РЕЗИМЕ

Кључне речи: арбитражни уговор, арбитражна клаузула, арбитражни споразум, спор, арбитражни поступак

Овај мастер рад представља резултат темељног истраживања аутора обављеног у циљу представљања видова арбитражног споразума и њиховог значаја за целокупан тог арбитражног поступка. Иако суу раду у највећој мери коришћен догматички и нормативни метод, треба напоменути да су приликом израде мастер рада коришћени и метод функционалне компарације, историјски, социолошки и статистички метод.

У погледу стрктуре рада, треба истаћи да рад чине три целине. Наиме, у првом делу рада, који је уједно и најобимнији, приказан је арбитражни уговор, као вид арбитражног споразума, са приказом садржине, форме и дејства овог споразума. У овом делу рада приказани су и услови за пуноважност арбитражног уговора.

Други део рада приказује арбитражну клаузулу као вид арбитражног споразума. Имајући у виду чињеницу да су најзначајнији елементи арбитражног споразума, попут услова за пуноважност, приказани у првом делу рада, аутор у другом делу рада истиче само специфичности које важе за арбитражну клаузулу. Значајно место у овом делу рада представља приказ односа арбитражне клаузуле и општих услова пословања, као и значај арбитражне клаузуле у електронској трговини, што је нарочито значајно имајући у виду развој и свеprisутност савремених средстава комуникације.

У трећем делу рада приказана је анализа разлика између љрбитражног уговора и арбитражне клаузуле, са њиховим предностима и недостацима. У овом делу рада приказано је и српско арбитражно право, уз анализу тренутног сстања и препоруке аутора које би могле допринети унапређењу и развоју арбитражног права у Србији.

Неспорно је да арбитража представља ефикасан и економичан пут за решавање спорова. Такође, квалитет правне заштите код арбитраже, можемо слободно рећи, ни мало не заостаје за квалитетом правне заштите у редовним судским поступцима.

Comparative analysis of the arbitration clause and the arbitration agreement as two types of arbitration agreement

SUMMARY

Key words: arbitration agreement, arbitration clause, arbitration agreement, dispute, arbitration proceeding

This master's thesis is the result of the author's thorough research carried out in order to present the types of arbitration agreement and their importance for the entire arbitration procedure. Although the dogmatic and normative method was used to the greatest extent in the work, it should be noted that the method of functional comparison, historical, sociological and statistical methods were also used during the preparation of the master's thesis.

Regarding the structure of the work, it should be noted that the work consists of three parts. Namely, in the first part of the work, which is also the most comprehensive, the arbitration agreement is presented, as a type of arbitration agreement, with a description of the content, form and effect of this agreement. In this part of the paper, the conditions for the validity of the arbitration agreement are presented.

The second part of the paper shows the arbitration clause as a type of arbitration agreement. Bearing in mind the fact that the most important elements of the arbitration agreement, such as conditions for validity, are presented in the first part of the paper, the author highlights only the specifics that apply to the arbitration clause in the second part of the paper. An important place in this part of the work is the presentation of the relationship between the arbitration clause and the general terms of business, as well as the importance of the arbitration clause in electronic commerce, which is particularly significant considering the development and ubiquity of modern means of communication.

The third part of the paper presents an analysis of the differences between the arbitration agreement and the arbitration clause, with their advantages and disadvantages. In this part of the work, Serbian arbitration law is presented, along with an analysis of the current situation and recommendations of the author that could contribute to the improvement and development of arbitration law in Serbia.

It is undeniable that arbitration is an efficient and economical way to resolve disputes. Also, the quality of legal protection in arbitration, we can freely say, does not lag behind the quality of legal protection in regular court proceedings.

БИОГРАФИЈА

Аутор Кековић Филип рођен је 09.08.2000. године у Прокупљу. Основну школу „9.Октобар“ завршио је у Прокупљу 2015. године, као носилац Вукове дипломе и учесник такмичења из српског језика и историје. Средњу школу у Прокупљу, гимназија (друштвено језички смер) завршио је 2019. године, са одличним успехом.

Правни факултет Универзитета у Нишу уписао је 2019. године, а дипломирао 11. септембра 2023. године, са просечном оценом 9,00. За време основних студија био је стипендиста Министарства просвете, науке и технолошког развоја, а 2023. године и добитник „Доситејеве стипендије“ Фонда за младе таленте Републике Србије.

Мастер академске студије на Правном факултету Универзитета у Нишу, општи смер, ужа грађанскоправна научна област, уписао је школске 2023/2024. године.

Од 1. фебруара 2024. године члан је Адвокатске коморе у Нишу, као адвокатски приправник – волонтер.

Говори енглески и француски језик.

**ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ ШТАМПАНОГ И ЕЛЕКТРОНСКОГ ОБЛИКА
МАСТЕР РАДА**

Име и презиме аутора мастер рада: Филип Кековић

Наслов мастер рада: Упоредна анализа арбитражне клаузуле и арбитражног уговора
као два вида арбитражног споразума

Ментор: Проф. др Дејан Јанићијевић

Изјављујем да је електронски облик мастер рада у pdf формату истоветан штампаном
облику, који сам предала Правном факултету Универзитета у Нишу.

У Нишу, _____

Потпис аутора

ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ И ОДОБРАВАЊУ ОБЈАВЉИВАЊА МАСТЕР РАДА

Изјављујем да мастер рад, под насловом *Упоредна анализа арбитражне клаузуле и арбитражног уговора као два вида арбитражног споразума*, пријављен и одбрањен на Правном факултету Универзитета у Нишу:

- представља резултат сопственог истраживачког рада;
- није у целини, нити у деловима с моје стране пријављиван на одбрану на другим факултетима или универзитетима;
- не крши ауторска права или интелектуалну својину других лица.

Дозвољавам да се овај мастер рад чува у библиотеци и објави на сајту Правног факултета Универзитета у Нишу.

Аутор мастер рада: _____

У Нишу, _____

Потпис аутора
