

Ivana Radomirović*
Jelena Vukadinović Marković**

pregledni naučni rad
UDK 347.44:341.62
10.56461/rep250123.05.R

FORMA ARBITRAŽNOG SPORAZUMA ***

Apstrakt

Predmet rada je analiza pismene forme arbitražnog sporazuma u savremenom uporednom i međunarodnom pravu. Opravdana očekivanja privrednih subjekata u pravnom prometu, kao i pojava savremenih sredstava komunikacije dovele su do različitih inicijativa na polju uređivanja forme sporazuma o arbitraži, od čega se u pogledu korektivnih tehnika uočava prezumpcija ispunjenja pismene forme u slučajevima kada se, po tradicionalnom određenju pismene forme, ne bi uzelo da ona postoji. Jedan od načina izbegavanja pravila o strogoj pismenoj formi jeste pretpostavka postojanja sporazuma o arbitraži u slučaju prekluzije prava na isticanje prigovora nenadležnosti arbitražnog suda. Od naročitog značaja je i tehnika zaključenja sporazuma o arbitraži upućivanjem, pozivanjem na drugi pravni akt ili opšte uslove koji u sebi sadrže i arbitražnu klauzulu, pa se u teoriji postavilo i pitanje da li upućivanje treba da bude izričito, ili da se iz njegove

* Istraživač pripravnik u Institutu za uporedno pravo, Beograd, Srbija, e-mail: i.radomirovic@iup.rs

** Doktor pravnih nauka, naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo, Beograd, Srbija, e-mail: j.vukadinovic@iup.rs

Rad je primljen 2. jula 2023, godine, a prihvaćen za objavljivanje 2. avgusta 2023. godine.

*** Rad je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2023. godini (evidencioni broj: 451-03-47/2023-01/200049 od 3. 2. 2023).

sadržine može naslutiti da je cilj upućivanja da se zaključi arbitražni sporazum. Rad se bavi analizom ovih pitanja i preispitivanjem funkcije forme arbitražnog sporazuma u poređenju sa tradicionalnim funkcijama forme kod ugovora građanskog prava, imajući u vidu njegove specifičnosti, pri čemu se kao primarna funkcija forme navodi funkcija obezbeđivanja pouzdanog dokaza o postojanju i sadržini sporazuma o arbitraži.

Ključne reči: forma, arbitražni sporazum, Njujorška konvencija, UNCITRAL, pismena forma, punovažnost arbitražnog sporazuma.

I Uvod

Značaj koji ima sporazum o arbitraži najbolje se oslikava rečima da je arbitražni postupak dobar onoliko koliko je dobar sporazum o arbitraži.¹ Punovažnost i sprovođenje arbitražnog sporazuma ima niz značajnih posledica, od čega se ističe vršenje prava i obaveze strana da pokrenu arbitražni postupak, zasnivanje nadležnosti arbitraže da reši spor, ustanovljavanje obaveze nacionalnih sudova da strane upute na arbitražu, kao i pravo strana da zahtevaju izvršenje arbitražne odluke donete na osnovu arbitražnog sporazuma.²

Pored opštih uslova punovažnosti koji važe za sve pravne poslove, sporazum o arbitraži mora ispuniti dodatne uslove, poput arbitrabilnosti spora koji je predmet sporazuma i podobnosti strana da zaključe ovaj sporazum.³ Takođe, sporazum o arbitraži mora biti zaključen u pismenoj formi, što je još jedan od uslova njegove punovažnosti. Ovaj uslov je tradicionalno postavljen, kako u većini nacionalnih zakonodavstava, poput srpskog, tako i u relevantnim međunarodnim instrumentima, kao što su Konvencija UN o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka (u daljem tekstu: Njujorška konvencija) i UNCITRAL Model-zakon o arbitraži iz 1985. godine, sa posebnim izmenama od 2006.

Sa modernim razvojem tehnologija u savremenom poslovnopravnom ambijentu, forma *ad solemnitatem* sporazuma o arbitraži nailazi na kritike u teoriji i praksi. Smatra se da pismena forma kao uslov punovažnosti može dovesti do ometanja nesmetanog odvijanja pravnog prometa, te da ne odgovara savremenim

¹ J. Vukadinović Marković, *Postupak rešavanja sporova pred međunarodnim trgovinskim arbitražama*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2022, 64.

² L. Graffi, *Securing Harmonized Effects of International Arbitration Agreements*, 1st ed., LAP LAMBERT Academic Publishing 2013, 1.

³ Više o subjektivnoj i objektivnoj arbitrabilnosti vid. J. Vukadinović, *Uloga arbitrabilnosti u procesu rešavanja sporova pred međunarodnom trgovinskom arbitražom*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu 2016.

zahtevima i potrebama pravnog prometa i da čak može izneveriti opravdana očekivanja strana da će svoj spor moći da povere arbitraži. Kako u praksi često arbitražna klauzula predstavlja samo jedan deo drugog ugovora kojim se zasnivaju odnosi između privrednih subjekata, može se očekivati situacija prema kojoj je ugovor u celini punovažan, dok se pitanje punovažnosti arbitražne klauzule postavlja odvojeno. Ove i slične kritike dovele su do različitih inicijativa na polju uređivanja forme sporazuma o arbitraži, od čega se u pogledu korektivnih tehnika uočava prezumpcija ispunjenja pismene forme u slučajevima kada se, po tradicionalnom određenju pismene forme, ne bi uzelo da ona postoji. Još jedan način izbegavanja pravila o strogoj pismenoj formi jeste pretpostavka postojanja sporazuma o arbitraži u slučaju prekluzije prava na isticanje prigovora nenadležnosti arbitražnog suda. Od naročitog značaja je i tehnika zaključenja sporazuma o arbitraži upućivanjem, pozivanjem na drugi pravni akt ili opšte uslove koji u sebi sadrže i arbitražnu klauzulu, pa se u teoriji postavilo i pitanje da li upućivanje treba da bude izričito, ili da se iz njegove sadržine samo može uočiti da je cilj upućivanja da se zaključi arbitražni sporazum.⁴ Iako je u pitanju tehnika inkorporacije, a ne pitanje forme sporazuma o arbitraži, reč je o još jednom od niza načina na koji je iskazana težnja da se zahtev pismene forme oslabi, kako bi na bolji način odgovarao potrebama prometa.

Opravdana očekivanja privrednih subjekata u pravnom prometu, kao i pojava savremenih sredstava komunikacije ipak ne ukazuju nesporno na gubitak svih funkcija forme sporazuma o arbitraži. Stoga je potrebno otići korak nazad i kroz analizu tradicionalnih funkcija forme utvrditi da li savremena svrha forme obezbeđuje postizanje onih funkcija forme koje se danas smatraju poželjnim kada govorimo o sporazumu o arbitraži. Ako je forma sporazuma o arbitraži i dalje potrebna za zaštitu određenih interesa, potrebno je postaviti i pitanje sankcije nedostatka forme sporazuma o arbitraži, uz uvažavanje specifičnosti ovog sporazuma koji nije klasičan ugovor građanskog prava. Stoga se ovaj rad bavi kako tradicionalnim učenjem o cilju forme, tako i posledicama njenog nedostatka kada je ona uslov punovažnosti ugovora. Zatim, kroz analizu nacionalnih propisa Republike Srbije i drugih zemalja, kao i relevantnih međunarodnih instrumenata, biće uočeni trendovi u shvatanju pismene forme sporazuma o arbitraži i stavu o njenoj neophodnosti u savremenom arbitražnom pravu.

⁴ Više vid. J. Vukadinović Marković, Arbitražna klauzula u opštim uslovima poslovanja - pitanje forme ili saglasnosti ugovornih strana, *Pravni život* 65(2016)11, 287-297.

II Opšte napomene o formi i posledicama njenog neispunjenja

Član 70 Zakona o obligacionim odnosima⁵ Republike Srbije uređuje pitanje posledica nedostatka forme koja je propisana zakonom i ugovorne forme. U slučaju nedostatka zakonske forme, ugovor nema pravno dejstvo, dok je kod ugovorne forme potrebno utvrditi nameru strana o tome kakvo pravno dejstvo su želele da daju formi. Ovo pravilo korigovano je ciljem zbog koga je forma propisana, tako da ZOO predviđa mogućnost da ovaj ugovor ipak proizvodi pravna dejstva, a da ga pogađaju druge pravne posledice u zavisnosti od cilja zbog koga je forma propisana. Pošto je postavljena opšta pretpostavka da forma predstavlja uslov punovažnosti ugovora, tako će i nedostatak ugovorne forme po pravilu dovesti do toga da ugovor ne proizvodi pravno dejstvo. Druga mogućnost je da je forma ugovorena kao jedini dokaz postojanja i sadržine ugovora, što dovodi do toga da se u slučaju eventualnog spora kao jedino dokazno sredstvo može koristiti sam ugovor, dok je izvođenje drugih dokaznih sredstava isključeno. Srpsko pravo ne poznaje ugovorenu dokaznu formu, a u doktrini se smatra i da ne bi bila ni zamisliva, jer bi se protivila načelu slobodnog sudijskog uverenja i slobodne ocene dokaza. Ovo se odnosi samo na postupke koji se vode pred sudovima Republike Srbije, što znači da ovom logikom nisu obuhvaćeni i arbitražni postupci. Dakle, nedostatak ugovorne forme ne utiče na punovažnost ugovora, već čini postupak dokazivanja postojanja i sadržine ugovora praktički nemogućim u slučaju eventualnog sudskog spora, tako da se posledice nedostatka ugovorne forme nekada neće ni ispoljiti na faktičkom planu. Kada je reč o formi koja služi kao prost dokaz, ona svakako ne utiče na punovažnost ugovora, niti limitira dokazna sredstva koje ugovorne strane imaju na raspolaganju. Nakon što ugovor bude zaključen, nastaje obaveza ugovornih strana da sačine ugovornu ispravu u određenoj formi. Stoga, odsustvo proste dokazne forme može imati samo relativna dejstva, ukoliko je za nezaključenje ugovora u toj formi odgovorna jedna od ugovornih strana.

ZOO poznaje dve vrste ugovora koji ne ispunjavaju sve uslove koji se tiču njihove punovažnosti, a to su apsolutno ništavi i relativno ništavi (rušljivi ugovori). Međutim, pravna teorija poznaje još dve vrste ugovora koji po svojoj prirodi nisu punovažni, a to su prvo tzv. hramajući ugovori, čija pravna sudbina je neizvesna i zavisi od saglasnosti zakonskog zastupnika, čija saglasnost dovodi do ratihabije pravnog posla i on od davanja saglasnosti postaje pravno

⁵ Zakon o obligacionim odnosima (ZOO), *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 - Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.

perfektna.⁶ Druga vrsta jesu tzv. nepostojeći ugovori, čije postojanje takođe nije prepoznao ZOO, a čiji nedostaci su toliko ozbiljni da oni sprečavaju nastanak ugovora u potpunosti, kod kojih uslovi za nastanak ugovora nisu ispunjeni, za razliku od prethodnih slučajeva, u kojima ugovor nastaje u neperfektnom obliku.⁷ Razlikovanje nepostojećih i apsolutno ništavih ugovora gubi na značaju u praksi, a imajući u vidu istovetnost sankcija koje pogađaju ove ugovore.⁸

Dakle, kod posledica nedostatka forme se postavljaju dva pitanja: da li je takav ugovor uopšte nastao, odnosno da li je reč o nepostojećem, odnosno ništavom ugovoru, i drugo, na koju drugu sankciju može uputiti cilj, odnosno svrha forme. Zakonodavac se u ovom slučaju koristio izrazom "ne proizvodi pravna dejstva", što je primarna sankcija nedostatka forme. U istoj odredbi sadržan je i izuzetak od ovog pravila, tako da će ugovor ipak proizvoditi pravna dejstva ako to nije protivno cilju zbog koga je forma propisana. Ukoliko cilj propisa nije zaštita javnih interesa, ugovor će proizvoditi pravna dejstva.⁹ S druge strane, kada je pretežna svrha forme zaštita privatnih interesa, izvršenje obaveza iz ništavog ugovora moglo bi se smatrati konkludentnim odricanjem ugovornih strana od zaštite koja im je pružena zakonskom formom.¹⁰ Ipak, prof. Perović komentarišući formalnu punovažnost ugovora navodi pojedine ugovore u pogledu kojih izražava sumnju da bi se ovakav stav mogao prihvatiti, uprkos tome što se tim ugovorima pretežno štite privatni interesi, te kao primer navodi i ugovor o izabranom sudu.¹¹ Formulu sankcije usled nedostatka forme posredstvom utvrđivanja interesa koji se formom štiti nije uvek jednostavno iznaći, tako da je potrebno za svaki pojedini ugovor utvrditi njegove specifičnosti i svrhu, te nakon toga postaviti pitanje pravnih posledica neispunjenja zahteva forme.

Pored zakonom predviđene forme arbitražnog sporazuma, koja je pismena (uz određene modalitete, o čemu će biti reči u daljem tekstu rada), strane mogu

⁶ M. Živković, "Konvalidacija nevažećeg pravnog posla prema Zakonu o obligacionim odnosima", u: *Zbornik treće regionalne konferencije o obveznom pravu* (ur. M. Baretić, S. Nikšić), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2022, 63.

⁷ K. Dolović Bojić, *Pravno nepostojeći ugovori*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2021, 42.

⁸ S. Perović, D. Stojanović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Kragujevac-Gornji Milanovac 1980, 286.

⁹ K. Dolović Bojić, *n. delo*, 153.

¹⁰ S. Perović, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Beograd 1964, 124.

¹¹ *Isto*, 125.

punovažnost arbitražnog sporazuma usloviti i formom koja je stroža od pismene. Sporazum strana u pogledu forme arbitražnog sporazuma ne može biti sproveden sudskim putem, donošenjem kondemnatorne sudske odluke kojom se tužena strana obavezuje da zaključi arbitražni sporazum u određenoj formi.¹² U skladu sa tradicionalnom podelom funkcija forme na zaštitnu, koja je namenjena zaštiti kako javnih, tako i privatnih interesa, i dokaznu, forma sporazuma o arbitraži ima višestruke ciljeve. Ona pre svega služi da obezbedi pouzdan dokaz o postojanju sporazuma o arbitraži i njegovoj sadržini. Stoga se dokazna funkcija forme najčešće i ističe, imajući u vidu da postojanje sporazuma o arbitraži isključuje sudsko odlučivanje, odnosno dovodi do eventualnog odbacivanja tužbe koja za predmet ima odnose obuhvaćene sporazumom o arbitraži.¹³ Ide se dotle i da se dokazna funkcija forme ističe i kao primarna, obezbeđujući dokaz o nameri strana da spor (ili sporove) poveri arbitraži.¹⁴ Zaštita privatnih interesa se ogleda u sprečavanju ugovornih strana da donesu pre nagljenu i ishitrenu odluku u pogledu opredeljenja da se njihov spor reši pred arbitražom, te im nameće potrebnu dozu opreza prilikom zaključenja sporazuma o arbitraži.¹⁵ Stoga se ovlašćeni sud u postupku preispitivanja punovažnosti sporazuma o arbitraži, putem postojanja sporazuma u pismenoj formi u kome su se obe strane saglasile, kroz ovu formu uverava da su ugovorne strane nedvosmisleno izrazile svoju volju da spor poveri na rešavanje arbitraži. Može se postaviti pitanje u kojoj meri je forma upravljena na zaštitu javnih interesa, odnosno da li pravna sigurnost nalaže potrebu da se sudovima i eventualnim trećim licima obezbedi odgovarajući stepen izvesnosti u pogledu toga da li su se strane odrekle prava da spor rešavaju pred redovnim sudovima i da li su svoj spor poverile arbitraži.

Imajući u vidu da su strane arbitražnog sporazuma bez izuzetka učesnici poslovnih odnosa, poslovni entiteti od kojih se očekuje određeni stepen znanja i iskustva, ali i opreznosti, čini se da zaštitna funkcija forme slabi na uštrb očuvanja arbitražnog sporazuma. Naime, veća je verovatnoća da su strane u

¹² K. Dolović Bojić, *n. delo*, 151.

¹³ L. B. Santos, *The Formal Requirements for Arbitration Agreements*, LAP LAMBERT Academic Publishing 2010, 23, <https://www.perlego.com/book/3307906/the-formal-requirements-for-arbitration-agreements-an-analysis-of-the-new-york-convention-and-the-uncitral-model-law-pdf>, posećena: 18 .6. 2023.

¹⁴ J. Walker, Agreeing to disagree: Can we just have words? CISG Article 11 and the Model Law Writing Requirement, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/walker.pdf>, posećena: 24 .6. 2023.

¹⁵ U. Grušić, Subjektivni domašaj arbitražnog sporazuma u srpskom pravu, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava* 2(2020)2, 91.

arbitražnom sporazumu napravile grešku u pogledu forme, nego grešku u pogledu poveravanja spora arbitraži na rešavanje, naročito jer to u savremeno doba postaje redovniji način rešavanja sporova. Uprkos tome, arbitražni sporazum podleže i opštim uslovima punovažnosti, kao i svi pravni poslovi, pa je potrebno rešiti pitanje da li izjava volje usmerena na zaključenje sporazuma o arbitraži zaista postoji, odnosno, da li je stvarna, ozbiljna i slobodna. Da li upućivanje da pismeno ili drugi akt koji u sebi sadrži arbitražnu klauzulu, bez njenog izričitog spominjanja, upućuje na postojanje takve izjave volje? Pravni akt ili dokument koji sadrži arbitražnu klauzulu, mora biti poznat ili je drugoj strani morao biti poznat u trenutku zaključenja ugovora, inače se ne može govoriti o postojanju relevantne volje da se spor poveri na rešavanje arbitraži.¹⁶ Ako je arbitražna klauzula sadržana u opštim uslovima poslovanja, pa ugovor upućuje na njih, onda se na takav sporazum imaju primeniti i pravila o formularnim ugovorima sadržana u materijalnim propisima, prema kojima opšti uslovi obavezuju drugu stranu samo ako su joj bili poznati ili morali biti poznati u trenutku zaključenja ugovora, kao i da će važiti posebne pogodbe ukoliko dođe do njihovog neslaganja sa opštim uslovima. Iz stilizacije odredbe člana 142 ZOO proizlazi da za punovažnost upućivanja nije od značaja upućivanje na pojedine odredbe sadržane u opštim uslovima, pa tako ni onu koja u sebi sadrži arbitražnu klauzulu.

Za razliku od većine pravnih poslova građanskog, materijalnog prava, sporazum o arbitraži po pravilu nije predmet samostalnog postupka u kome se postavlja pitanje njegove punovažnosti, već se ispituje ili u momentu zasnivanja nadležnosti arbitražnog suda, ili u postupku priznanja arbitražne odluke donete na osnovu takvog sporazuma. U slučaju pokretanja arbitražnog spora, tuženi svoj pristanak da se vodi spor pred arbitražom, u formi izjave volje, potvrđuje u pismenoj formi ili usmeno na zapisnik, a to može učiniti i konkludentno, učešćem u arbitražnom postupku i upuštanjem u raspravljanje o predmetu spora, bez isticanja prigovora nenadležnosti ili punovažnosti sporazuma o arbitraži, iako ovde nije reč o arbitražnom sporazumu već o prekluziji prava na isticanje prigovora nenadležnosti, koje nije karakteristika arbitražnog postupka već je poznato i u sudskom građanskom postupku. Na taj način se pitanje postojanja i kvaliteta izjave volje sadržane u arbitražnom sporazumu i ne postavlja, ili se pruža dodatna prilika da se ovakav sporazum održi na snazi, odnosno osnaži, kako bi se delalo u pravcu *favor arbitrandum*.

¹⁶ M. Petrović, "Punovažnost arbitražnog sporazuma", u: *Harmonizacija građanskog prava u regionu* (ur. D. Marković-Bajalović), Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Pale 2012, 485.

III O formi arbitražnog sporazuma

1. O pismenoj formi u arbitražnom pravu

Može se uočiti određeni stepen nedoslednosti u određenju pismene forme. Tradicionalno, u našoj pravnoj nauci se pismena forma sastoji u ispravi u kojoj je sadržan tekst ugovora, i koja je potpisana od strane lica koja se ugovorom obavezuju.¹⁷ Potpis ugovornih strana nije neophodan ako je ugovor zaključen razmenom pisama ili drugim sredstvom komunikacije koje omogućava da se sa izvesnošću utvrdi sadržina i davalac izjave.¹⁸ U teoriji se ističe i neujednačeno tumačenje forme sporazuma o arbitraži u različitim pravnim sistemima.¹⁹

Takođe, zahtev pismene forme se različito tumači u današnje vreme, u odnosu na vreme kada je Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka otvorena za potpisivanje.²⁰ Tumačenje odredbe člana 2 Njujorške konvencije nailazi na znatan stepen različitosti u različitim nacionalnim jurisdikcijama i različitim arbitražama. Prema Njujorškoj konvenciji, pismenim sporazumom se smatra arbitražna klauzula uneta u ugovor, ili kompromis, potpisani od stranaka ili sadržani u razmenjenim pismima ili telegramima. Na osnovu jezičkog tumačenja je jasno da razmenjena pisma i telegrami ne moraju sadržati potpis ugovorne strane. Ova odredba nailazi na oštre kritike u pogledu njenog uskog određenja pojma pismenog sporazuma, kako zbog svoje rigidnosti, tako zbog nepodobnosti da odgovori potrebama međunarodnog poslovnog okruženja.²¹ Međutim, ova odredba Njujorške konvencije u teoriji se smatra prevaziđenom,²² te se upućuje na fleksibilnije tumačenje ove odredbe u smislu odredbe člana VII Njujorške konvencije, prema kome bi trebalo primeniti pravo suda ukoliko je ono liberalnije u pogledu zahteva forme.²³ Neujednačenosti u

¹⁷ Za zaključenje dvostranog ugovora dovoljno je da obe strane potpišu jednu ispravu ili da svaka od strana potpiše primerak isprave namenjen drugoj strani. Čl. 72 st. 3 ZOO.

¹⁸ Čl. 72 st. 4 ZOO.

¹⁹ J. Vukadinović Marković, V. Popović, (Ne)ugovornice arbitražnog sporazuma kao stranke arbitražnog postupka: teorija grupe kompanija, *Strani pravni život* LXVI(2022)2, 190.

²⁰ L. B. Santos, *The Formal Requirements for Arbitration Agreements*, 13.

²¹ L. Graffi, *n. delo*, 23.

²² G. Herrmann, "The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and its Recognition by the Courts", u: *Congress Series: International Arbitration in a Changing World – XIth International Arbitration Conference*, Bahrain, 1993 (ed. A. J. van den Berg), 46. cit. prema: J. Walker, Agreeing to disagree: Can we just have words? CISG Article 11 and the Model Law Writing Requirement.

²³ U. Grušić, *n. delo*, 85.

tumačenju primene pripisuje se i kao posledica okolnosti u kojima je član 2 Njujorške konvencije donet, imajući u vidu da je u završnu verziju teksta uključen tek na poslednjim sastancima Njujorške konferencije, a pošto je inicijalna zamisao njenih tvoraca bila da obuhvati samo materiju priznanja i izvršenja arbitražnih odluka, a ne i arbitražnih sporazuma.²⁴

Potreba "deformalizacije", odnosno umanjenja zahteva forme kod svih vrsta ugovora, čime se ujedno i umanjuju prepreke nesmetanoj trgovini, naročito je izražena kod arbitražnih sporazuma, kod kojih povećan promet roba i usluga, brzina i učestalost prometa naročito nalažu da se odnosi koji proizilaze iz ovakvih odnosa reše svakog nepotrebnog formalizma. Stoga i srpski Zakon o arbitraži, koji je sastavljen po uzoru na UNCITRAL pravila, sadrži takozvanu "tradicionalnu" definiciju pismene forme ugovora, za koju se zahteva da ugovor bude unet u ispravu i potpisan od strane lica koja se njime obavezuju. U skladu sa trendom konsenzualizma, ostale odredbe člana 12 Zakona o arbitraži usmerene su na "relaksiranje" zahteva pismene forme, navodeći niz slučajeva u kojima se smatra da je ugovor zaključen, iako nisu ispunjeni uslovi za tradicionalan pojam pismene forme ugovora.²⁵ Ove odredbe su namenjene očuvanju punovažnosti sporazuma o arbitraži kroz izjednačavanje slučajeva sadržanih u ovim odredbama sa klasičnom pismenom formom, čime su obuhvaćeni najčešći i samim tim praktično najbitniji slučajevi u kojima nije ispunjen zahtev pismene forme u pravom smislu reči.²⁶

Tako će se sporazum o arbitraži smatrati zaključenim u pismenoj formi ako je zaključen putem sredstava komunikacije, koja omogućavaju pismeni dokaz o sporazumu stranaka, bez obzira da li su te poruke stranke potpisale.²⁷ Tako se dalje smanjuje mogućnost zloupotrebe zahteva forme, koja se javlja i kod tradicionalne pismene forme, a do koje može doći pobijanjem ovog sporazuma ili ukazivanjem na nepunovažnost sporazuma samo zato što isti nije praćen potpisima ugovornih strana.²⁸ Takođe, sporazum će se smatrati zaključenim i ako su se stranke u pismenom ugovoru pozvale na drugo pismeno koje sadrži

²⁴ L. Graffi, *n. delo*, 2.

²⁵ Interesantno je napomenuti da se zakonodavac služi pretpostavkom da se ugovor smatra "zaključenim", a ne "punovažnim", što bi išlo u prilog shvatanju da se forma smatra uslovom nastanka, a ne punovažnosti ugovora.

²⁶ A. Uzelac, Forma arbitražnog ugovora u hrvatskom pravu: novo uređenje, njegova ishodišta i perspektive daljnjeg razvoja, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* LVI(2006)2-3, 552.

²⁷ Čl. 12 st. 3 Zakona o arbitraži.

²⁸ A. Uzelac, *n. delo*, 560.

sporazum o arbitraži, ako je cilj tog pozivanja da sporazum o arbitraži postane sastavni deo ugovora.²⁹ Dakle, da bi se sporazum smatrao zaključenim, potrebno je, pored pismene forme, da upućivanje na drugo pismeno bude sadržano u ugovoru, o čemu naš zakonodavac zauzima nedvosmislen stav, implementirajući pravilo o inkorporaciji upućivanjem (*incorporation by reference*).

Iako je izričito upućivanje neophodno, postavlja se pitanje da li je i izričito spominjanje arbitražne klauzule sadržane u tom pismenu takođe neophodno, ili je dovoljno uputiti na pismeno koje klauzulu sadrži. Upućivanje generiše pitanja koja se tiču tehnike zaključenja, a ne same forme, imajući u vidu da forma ugovora u kome se upućivanje vrši svakako mora biti pismena.³⁰ Iako naš zakonodavac nameće i zahtev da samo pozivanje na drugo pismeno ima za cilj uključivanje sporazuma o arbitraži u ugovor, ovaj korektiv nije dovoljan da sa zadovoljavajućim stepenom jasnoće reši dilemu da li je potrebno arbitražnu klauzulu izričito spomenuti ili ne. Ovo pitanje nije dosledno rešeno u drugim pravnim sistemima. Dok je u italijanskoj sudskoj praksi uočena sklonost ka stavu da pozivanje na arbitražnu klauzulu mora biti izričito, u francuskom i švajcarskom pravu je zauzet suprotan stav.³¹ Model-Zakon UNCITRAL-a u članu 7, stav 2 govori o potrebi da upućivanje na dokument koji sadrži arbitražnu klauzulu bude "takvo" (*such*) da klauzulu učini delom ugovora, što znači da upućivanje mora da ima određene kvalitativne elemente koji ponovo, nisu precizirani. Isto rešenje može se naći i u nemačkom Zakoniku o građanskom postupku, prema kome pozivanje na dokument koji sadrži arbitražnu klauzulu konstituiše sporazum o arbitraži, ukoliko je pozivanje takvo da čini klauzulu sastavnim delom ugovora.³²

2. Pismena forma arbitražnog sporazuma kao uslov punovažnosti

Pismena forma arbitražnog sporazuma zahteva se i u francuskom pravu, ali samo kada su u pitanju unutrašnje arbitraže. Tako francuski Zakonik o građanskom postupku izričito predviđa ništavost kao sankciju povrede pravila o formi sporazuma o arbitraži. Uslov pismene forme se smatra ispunjenim i ukoliko je sporazum zaključen razmenom pismena, odnosno ako proizilazi iz dokumenta na koji se upućuje u glavnom ugovoru.³³ S druge strane, isti propis u

²⁹ Čl. 12 st. 4 Zakona o arbitraži.

³⁰ A. Uzelac, *n. delo*, 565.

³¹ L. B. Santos, *n. delo*, 25.

³² Čl. 1031 Zakonika o građanskom postupku (*Zivilprozessordnung*) Nemačke.

³³ Čl. 1443 francuskog Zakonika o građanskom postupku (*Code de procédure civile*).

članu 1507 predviđa da sporazum o međunarodnoj arbitraži nije podložan bilo kakvim zahtevima forme u pogledu svoje punovažnosti, pri čemu se međunarodnom arbitražom u smislu Zakonika o građanskom postupku Francuske smatra ona arbitraža koja implicira interese međunarodne trgovine. Dakle, francusko arbitražno pravo poznaje jasnu razliku između unutrašnje ili interne i međunarodne arbitraže, koja proizvodi posledice i na polju uslova punovažnosti sporazuma kojim se ona konstituiše, uočivši potrebu za liberalizacijom uslova punovažnosti sporazuma o međunarodnoj arbitraži. Ovakvim rešenjem zakonodavac izražava stav da je potrebno pružiti veći stepen zaštite punovažnosti sporazuma o međunarodnoj, nego o unutrašnjoj arbitraži. Takođe, moglo bi se postaviti i pitanje da li se na ovaj način favorizuje i stimuliše opredeljenje za međunarodnu arbitražu. Arbitražni sporazum se ne može tretirati kao bilo koji drugi ugovor, a imajući u vidu njegovu specifičnu, procesnu svrhu, i činjenicu da se njime na zasnivaju, tzv. "suštinska" prava.³⁴

U švajcarskom pravu, sporazum o arbitraži mora biti zaključen u pisanom obliku, ili putem drugog vida komunikacije koji obezbeđuje da sporazum bude dokazan u tekstualnom obliku.³⁵ Švajcarsko arbitražno pravo je bitno izmenjeno reformom iz 2021. godine, ali izmene u pogledu forme sporazuma o arbitraži nisu bile toliko opsežne koliko bi se moglo očekivati. Primeri evidencije ugovora u tekstualnom obliku, poput teleteksa i telegrama su izostavljeni, dok je dejstvo odredbi člana 178 Federalnog zakona o međunarodnom privatnom pravu prošireno i na arbitražnu klauzulu predviđenu jednostranim pravnim aktom ili statutom. Pismena forma predviđena ovim zakonom ne može se izjednačiti sa onom predviđenom švajcarskim Zakonom o obligacionim odnosima, pošto se za punovažnost arbitražnog sporazuma ne zahteva da ovaj bude potpisan, već je izjava volje u elektronskoj korespondenciji dovoljna za nastanak punovažnog sporazuma.³⁶

Model-Zakon UNCITRAL-a sadrži odredbu prema kojoj sporazum o arbitraži mora biti u pisanom obliku. On je u pisanom obliku ukoliko je zabeležen u bilo kojoj formi, nezavisno od toga da li je sporazum zaključen usmeno, konkludentnim radnjama, ili na drugi način. Na ovom mestu se jasno uočava

³⁴ J.-B. Racine, Le Principe de Validité de la Convention d'Arbitrage International en droit Français: un Principe Dynamique, *International Journal of Procedural Law* XLII(2013)1, 44.

³⁵ Čl. 178 st. 1. švajcarskog Federalnog zakona o međunarodnom privatnom pravu (*Loi fédérale sur le droit international privé*). Zakon formuliše pisanu formu kao zahtev punovažnosti (*validité*), a ne uslov nastanka sporazuma, što ukazuje na kategoriju ništavih, a ne nepostojećih ugovora.

³⁶ S. Besson, A. Rigozzi, La Réforme du droit Suisse de l'Arbitrage International, *Revue de l'arbitrage* (2021)1, 21.

najveće proširenje shvatanja o pismenoj formi. Zahtev pismene forme je zadržan, kao i u Njujorškoj konvenciji, ali je određenje pismene forme znatno prošireno. Sporazumu o arbitraži može se pristupiti u bilo kojoj formi, dok god je sadržina sporazuma zabeležena (*recorded*). Praktične posledice ovakvog određenja su da sporazum o arbitraži može biti zaključen u bilo kojoj formi, pa čak i usmenoj, ili prećutno. Naravno, na ovaj način je rešeno i pitanje neophodnosti potpisa na ispravi, koje je takođe ostatak tradicionalnog shvatanja pismene forme sporazuma.

Sporazum će se smatrati zaključenim u pisanom obliku i ako je zaključen putem sredstava elektronske komunikacije, ako su informacije sadržane u njemu tako da im se može naknadno pristupiti radi pozivanja na njih; "elektronska komunikacija" znači svaka komunikacija koja se vrši između strana putem poruka koje nose podatke; "poruke koje nose podatke" su informacije stvorene, poslate, primljene ili uskladištene putem elektronskih, magnetnih, optičkih ili drugih sredstava, što naročito podrazumeva elektronsku razmenu podataka, elektronsku poštu, telegram, teleks i telekopiju. Dalje, sporazum o arbitraži je zaključen u pisanom obliku ako je sadržan u razmeni zahteva za pokretanje arbitražnog postupka (arbitražne tužbe) i odgovora na nju, ukoliko je u "tužbi" izneta tvrdnja da sporazum o arbitraži postoji, a druga strana ga nije osporila. Upućivanje na bilo koji drugi dokument koji sadrži arbitražnu klauzulu konstituiše arbitražni sporazum u pisanom obliku, ukoliko je takvo upućivanje podobno da klauzulu učini sastavnim delom ugovora. Model-Zakon UNCITRAL-a na još detaljniji i precizniji način proširuje pojam pismene forme arbitražnog ugovora, težeći da obuhvati sva savremena sredstva komunikacije. Ovde je najpre prepoznata potreba redefinisanja pojma pismene forme sporazuma o arbitraži, usled opravdane bojazni da se previše strogom definicijom izopšte savremena sredstva komunikacije, za koja strane mogu opravdano očekivati da konstituišu arbitražni sporazum. Tako se i javila potreba za izmenama odredaba Model-Zakona UNCITRAL-a koje se tiču forme sporazuma o arbitraži, a imajući u vidu da su odredbe donete čak 1985. godine i više ne odgovaraju potrebama prometa, i čak mogu osujetiti očekivanja i namere strana. Inače, francuski Kasacioni sud je već 1999. godine uočio potrebu za očuvanjem sporazuma o arbitraži oslobađajući ga rigidnih zahteva forme, pa je izneo stav da je sporazum o međunarodnoj arbitraži punovažan na osnovu proste saglasnosti volja strana, bez zahteva forme, a isti stav po tom pitanju zauzeli su i drugi francuski sudovi, što je otvorilo put pravilu o punovažnosti arbitražnog sporazuma bez ikakvih zahteva u pogledu forme.³⁷

³⁷ J.-B. Racine, *n. delo*, 47.

IV Zaključak

Intenziviranje pravnog prometa, pojačanim zahtevima brzine zaključivanja sporazuma u cilju ubrzanog odvijanja prometa robe i usluga, nije umanjilo potrebu za obezbeđivanjem pouzdanog dokaza o postojanju i sadržini sporazuma o arbitraži. Pored usporavanja pravnog prometa i ometanja u poslovanju putem modernih sredstava komunikacije, pismenoj formi se pripisuje i mogućnost zloupotrebe, koja se i inače javlja kao negativna strana forme. Nesavesna ugovorna strana može zloupotrebiti zahtev forme kao uslov punovažnosti, koristeći nedostatak forme kao način da izbegne ispunjenje svojih obaveza ili oteža ili onemogućuje vođenje arbitražnog postupka.³⁸ Međutim, savremene tendencije u komunikaciji i cirkulaciji dovele su do izmeštanja težišta diskusije sa pitanja punovažnosti (ili nastanka), na pitanje dokazivanja postojanja sporazuma o arbitraži. Time je i svrha forme dobila značajno uporište u dokaznoj funkciji.

Specifičnosti sporazuma o arbitraži dolaze do izražaja kako prilikom određenja forme, tako i njenih pravnih posledica. Tradicionalni pojam pismene forme ugovora svojstven ugovorima građanskog prava nije dovoljan da odgovori na savremene zahteva brzine odvijanja prometa i osnovanih očekivanja stranaka u pogledu punovažnosti njihovog sporazuma, koji je najčešće sadržan u nekoj široj ugovornoj ispravi, ili u opštim uslovima poslovanja, a pismena forma kao uslov punovažnosti je i dalje dominantno rešenje u uporednom pravu. Stoga se ekstenzivno tumačenje pismene forme ugovora postiže kroz presumpcije ispunjenja zahteva pismene forme posredstvom razmene pismena u elektronskom obliku, čime se postiže dokazna funkcija forme, jer se na taj način obezbeđuje pouzdan dokaz o postojanju i sadržini sporazuma o arbitraži. Ovo je način da se uvažavaju i očekivanja privrednih subjekata, koje po prirodi stvari karakteriše veći stepen znanja i iskustva nego druga lica koja u pravne odnose stupaju sa nelukrativnim ciljevima, pa se očekuje da je u odnosima u koje oni stupaju manje izražena potreba za njihovom zaštitom od lakomislenosti i olakog pristupanja zaključenju sporazuma. Pored toga, kontrola punovažnosti arbitražnog sporazuma može se sprovesti i u postupku pokretanja arbitražnog postupka, u kom slučaju drugoj strani stoji na raspolaganju isticanje procesnih prigovora, koji aktiviraju i materijalnu kontrolu punovažnosti sporazuma. Propuštanje druge strane da istakne prigovor pre upuštanja u raspravljanje o predmetu spora dovodi do procesne prekluzije, ali ujedno i pokazuje stav druge strane o postojanju arbitražnog sporazuma, pa bi i postavljanje pitanja ništavosti

³⁸ A. Uzelac, *n. delo*, 557.

sporazuma bilo nesvrishodno. Iz napred navedenih razloga evolucija pismene forme arbitražnog sporazuma, trend njenog ublažavanja i ustanovljavanje materijalnih i procesnih fikcija postojanja punovažnog arbitražnog sporazuma odgovara opravdanim očekivanjima ugovornih strana, novim sredstvima komunikacije između privrednih subjekata i modernim potrebama pravnog prometa u poslovnom okruženju.

Ivana Radomirović*

Jelena Vukadinović Marković**

Form of Arbitration Agreement

Summary

The subject of this work is the analysis of the written form of the arbitration agreement in contemporary comparative and international law. The justified expectations of business entities in legal transactions, as well as the occurrence of modern means of communication, have led to various initiatives in the field of regulating the form of arbitration agreements, from which, in terms of corrective techniques, the presumption of the fulfilment of the written form can be observed in cases where, according to the traditional definition of the written form, it wouldn't be met. Another way to avoid the rule on the strict written form is the assumption of the existence of an arbitration agreement in case of preclusion of the right to assert the objection of lack of jurisdiction of the arbitral tribunal. Of particular importance is the technique of concluding an arbitration agreement by referring to another legal act or general conditions that contain an arbitration clause, so in theory, the question arose whether the reference should be explicit, or whether it should only be inferred from its content that the purpose of the referral is to conclude an arbitration agreement. The paper deals with the analysis of these issues and the re-examination of the function of the form of the arbitration agreement in comparison with the traditional functions of the form in civil law contracts, taking into account its specificities, whereby the primary function of the form is the function of providing reliable proof of the existence and content of the arbitration agreement.

* M.A., Junior Research Assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade.

** PhD, Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade.

Keywords: form, arbitration agreement, New York Convention, UNCITRAL, written form, validity of arbitration agreement.

Literatura

Besson, S., Rigozzi, A., La Réforme du droit Suisse de l'Arbitrage International, *Revue de l'arbitrage* (2021)1, 11-56.

Dolović Bojić, K., *Pravno nepostojeći ugovori*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2021.

Graffi, L., *Securing Harmonized Effects of International Arbitration Agreements*, 1st ed., LAP LAMBERT Academic Publishing 2013.

Grušić, U., Subjektivni domašaj arbitražnog sporazuma u srpskom pravu, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava* 2(2020)2, 79-97.

Perović, S., *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Beograd 1964.

Perović, S., Stojanović, D., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Kragujevac-Gornji Milanovac 1980.

Petrović, M., "Punovažnost arbitražnog sporazuma", u: *Harmonizacija građanskog prava u regionu* (ur. D. Marković-Bajalović), Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Pale 2012, 479-497.

Racine, J.-B., Le Principe de Validité de la Convention d'Arbitrage International en droit Français: un Principe Dynamique, *International Journal of Procedural Law* XLII(2013)1, 42-57.

Santos, L. B., *The Formal Requirements for Arbitration Agreements*, LAP LAMBERT Academic Publishing 2010, <https://www.perlego.com/book/3307906/the-formal-requirements-for-arbitration-agreements-an-analysis-of-the-new-york-convention-and-the-uncitral-model-law-pdf>, posećena: 18.6.2023.

Uzelac, A., Forma arbitražnog ugovora u hrvatskom pravu: novo uređenje, njegova ishodišta i perspektive daljnjeg razvoja, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* LVI(2006)2-3, 549-582.

Vukadinović, J., *Uloga arbitrabilnosti u procesu rešavanja sporova pred međunarodnom trgovinskom arbitražom*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2016.

Vukadinović Marković, J., Arbitražna klauzula u opštim uslovima poslovanja - pitanje forme ili saglasnosti ugovornih strana, *Pravni život* 65(2016)11, 287-297.

Vukadinović Marković, J., *Postupak rešavanja sporova pred međunarodnim trgovinskim arbitražama*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2022.

Vukadinović Marković, J., Popović, V., (Ne)ugovornice arbitražnog sporazuma kao stranke arbitražnog postupka: teorija grupe kompanija, *Strani pravni život* LXVI(2022)2, 187-204.

Walker, J., Agreeing to disagree: Can we just have words? CISG Article 11 and the Model Law Writing Requirement, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/walker.pdf>, posećena: 24.6.2023.

Živković, M., "Konvalidacija nevažećeg pravnog posla prema Zakonu o obligacionim odnosima", u: *Zbornik treće regionalne konferencije o obveznom pravu* (ur. M. Baretić, S. Nikšić), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2022, 61-80.

Propisi i drugi akti

Francuski Zakonik o građanskom postupku (*Code de procédure civile*) od 1. januara 1976, sa izmenama.

Konvencija UN o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka (Njujorška konvencija) od 1985 (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – New York Convention*).

Nemački Zakonik o građanskom postupku (*Zivilprozessordnung*) od 5. decembra 2005, sa izmenama.

Švajcarski Federalni zakon o međunarodnom privatnom pravu (*Loi fédérale sur le droit international privé*) od 18. decembra 1987, sa izmenama.

UNCITRAL Model zakon o arbitraži od 1985, poslednje izmene 2006 (*Uncitral Model Law on International Arbitration*).

Zakon o arbitraži, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006.

Zakon o obligacionim odnosima (ZOO), *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 - Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.