

JELENA VUKADINOVIĆ

ODNOS UGOVORA O PRENOSU POTRAŽIVANJA I ARBITRAŽNE KLAUZULE

U V O D

Ugovaranje arbitraže u sporovima iz međunarodnih poslovnih odnosa postalo je pravilo u međunarodnoj trgovini. Brzina, tajnost, manji troškovi postupka, stručnost arbitara, efikasnost izvršenja odluke predstavljaju samo neke od razloga zbog kojih se ugovorne strane opredeljuju za ovakav način rešavanja spорова.¹ Nakon što nastane spor, uobičajeno je da ugovorne strane iz arbitražnog ugovora budu stranke u arbitražnom postupku. Ipak, u praksi se dešava da tužilac ili tuženi u arbitražnom postupku bude lice koje nije potpisnik arbitražnog ugovora. U takvim situacijama se govori o promeni subjekata arbitražnog ugovora,

Mr Jelena Vukadinović (LLM Saarbrücken), Institut za uporedno pravo u Beogradu, Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu.

¹ Više o prednostima arbitraže u odnosu na državni sud vid.: J. Perović, "Formulisanje klauzule u arbitraži u međunarodnim privrednim ugovorima", *Pravni život*, 11/2012, str. 199, napomena br. 1; G. Knežević, V. Pavić, *Arbitraža i ADR*, Beograd 2010, str. 18 i dalje; T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2012, str. 573, 574; J. Perović, *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, Beograd 2012, str. 187; J. Lew, L. Mistelis, S. Kroll, *Comparative Internatioanl Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003, str. 5-9; A. Redfern, *Law and practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2004, str 23-25; N. Blakaby, C. Partasides, A. Redfen, M. Hunter, *Redfren and Hunter on International Arbitration*, OUP, 2009, str. 31-44

odnosno o promeni identiteta subjekata.² Do promene subjekata može doći njihovom voljom (na osnovu ugovora o cesiji) ili nezavisno od njihove volje (u slučaju smrti jedne strane ili zbog prestanka postojanja pravnog lica). U praksi su češći slučajevi promene samo jedne strane (ili dužnika ili poverioca), ali je moguće i da obe strane budu promenjene. Bez obzira na način zbog čega i kako je do toga došlo, promena subjekata ne utiče na sadržinu obligacije, tj. na njen identitet.³ U Prednarcu Građanskog zakonika Republike Srbije (u daljem tekstu Prednact ili PGZ),⁴ u delu petom, koji je naslovljen kao "Promena poverioca ili dužnika", regulisana su pitanja ustupanja potraživanja ugovorom ili cesijom i promena dužnika, u okviru koje su regulisani preuzimanje duga, pristupanje dugu i preuzimanje ispunjenja.⁵ Za ova razmatranja su od značaja rešenja predviđena za ustupanje potraživanja sadržana u članovima 486. do 493. Prednacrta.

Predmet ovog rada je prenos prava iz posebne vrste ugovora - ugovora o arbitraži, do koga dolazi zbog ustupanja potraživanja iz osnovnog posla u kome je sadržana arbitražna klauzula i pravno dejstvo prenosa na sudbinu arbitražne klauzule. Kao sporna se postavljaju pitanja da li je uopšte dozvoljen ovakav prenos, a ako jeste, kako ga tretirati: kao prenos sporednih prava i obaveza ili kao samostalni (glavni) prenos. Osim zbog navedene teorijske dileme, pitanje je i od praktičnog značaja, budući da firme kao ugovorne strane u osnovnom poslu i strane iz ugovora o arbitraži, često "trguju" svojim potraživanjima tako što ih prodaju ili ustupaju trećim licima. Za nove poverioce (cesionare) je u takvim slučajevima od posebnog značaja da znaju da li su prenosom osnovnog posla zajedno sa pravom potraživanja dobili i pravo da protiv starog dužnika pokrenu arbitražni postupak. U tom cilju će u prvom delu rada biti reči o pojmu cesije i arbitražnog ugovora, dok je drugi deo rada posvećen pitanju da li se prenosom potraživanja automatski prenosi i arbitražna klauzula.

² V. O. Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2011, str. 122.

³ Isto.

⁴ Prednact Građanskog Zakonika Republike Srbije, druga knjiga, *Obligacioni odnosi*, Beograd, 2009.

⁵ Cesijom se vrši promena subjekata na strani poverioca. Ustupanje potraživanja (cesija) je ugovor kojim poverilac (ustupilac, cedent) penosi svoje potraživanje koje ima prema dužniku (cesionaru) na treće lice (prijemnika, cesionara). Promena subjekata na strani dužnika naziva se preuzimanje duga koje se vrši ugovorom između dužnika i trećeg lica (preuzimaoca), na koji je pristao ugovorom. Svaka strana u dvostranom ugovoru može, ako na to pristane druga strana, ustupiti ugovor nekom trećem licu, koje time postaje nosilac svih njenih prava i obaveza iz tog ugovora. Ustupanje ugovora ugovorni odnos između ustupioca i druge strane prelazi na prijemnika i drugu stranu u času kad je druga strana pristala na ustupanje, a ako je druga strana dala svoj pristanak unapred, u času kada je obavestena o ustupanju.

Opšta pravila o arbitražnom ugovoru i njegovim pravnim dejstvima

Ugovor o arbitraži predstavlja posebnu vrstu saglasnosti volja kojom ugovorne strane spor ili sporove iz svog pravnog odnosa poveravaju na rešavanje arbitraži.⁶ Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka, od 1958. godine, (u daljem tekstu Njujorška konvencija)⁷ arbitražni ugovor definiše kao pisani ugovor kojim se stranke obavezuju da podnesu na arbitražu sporove ili neke od sporova koji nastanu, ili bi mogli nastati između njih po određenom pravnom odnosu, ugovornom ili vanugovornom, koji se odnosi na pitanje koje je podobno za rešavanje arbitražnim putem.⁸ Zakon o arbitraži Republike Srbije⁹ pod arbitražnim ugovorom podrazumeva ugovor kojim stranke poveravaju arbitražnom sudu na rešavanje svoje buduće sporove ili sporove nastale iz određenog pravnog odnosa.

Kao i svaki drugi ugovor, i ugovor o arbitraži nastaje saglasnošću volja ugovornih strana. Saglasnost volja može biti sadržana u posebnom ugovoru (kompromis) ili u klauzuli glavnog ugovora koja se označava kao kompromisna ili arbitražna klauzula. Kompromisom se ugovara nadležnost arbitraže nakon nastanka spora, dok se u kompromisnoj klauzuli predviđa nadležnost arbitraže za sve sporove koji mogu nastati u zaključenom ugovoru (osnovni posao ili glavni ugovor). Predmet ovog rada je ograničen na prenos kompromisne (arbitražne) klauzule.

Po načinu nastanka kompromisna klauzula spada u kategoriju klasičnih ugovora građanskog prava. Otuda je i za njen nastanak potrebno da budu ispunjeni uslovi koji se odnose na sposobnosti stranaka za ugovaranje, saglasnosti volja, predmeta i osnova, a ponekad i forme.¹⁰ Nakon punovažnog nastanka, ugovor o arbitraži proizvodi pozitivno i negativno dejstvo, tj. prorogaciono i derogaciono dejstvo.¹¹ Pozitivno dejstvo se ogleda u mogućnosti da se spor reši pred arbitražom, čime su ugovorne strane prorogirale (uspostavile) nadležnost arbitražnog tribunala. Istovremeno, zaključenjem arbitražnog ugovora ugovorne strane su derogirale nadležnost nacionalnih sudova. Nemogućnost da ugovorne strane iz ar-

⁶ Više o arbitražnom ugovoru: J. Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd 1998; R. Keča, *Arbitražni sporazum*, Novi Sad 1999.

⁷ Konvencija je ratifikovana Zakonom o ratifikaciji Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka, *Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori*, broj 11/81.

⁸ Čl. II (1) Njujorške konvencije.

⁹ Zakon o arbitraži, *Sl. Glasnik RS*, br. 46/06.

¹⁰ O uslovima punovažnosti ugovora uopšte, S. Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd 1980, str. 245.

¹¹ V. G. Stanković, B. Starović, R. Keča i N. Petrušić, *Arbitražno procesno pravo*, Niš 2002, str. 132.

bitražnog ugovora o istoj stvari pokrenu sudski postupak, predstavlja negativno dejstvo arbitražnog ugovora.¹²

Kao i ostali ugovori, i ugovor o arbitraži proizvodi pravno dejstvo samo između strana koje su ga zaključile. U tome se ogleda njegovo relativno, *inter partes* dejstvo. Samo u izuzetnim slučajevima se obaveze iz ugovora mogu odnositi i na treća lica, koja nisu ugovorne strane konkretnog ugovora. To će biti, na primer, u slučaju univerzalne sukcesije, ako ugovor nije zaključen s obzirom na lična svojstva ličnosti, i ako ugovorne strane nisu isključile mogućnost univerzalne sukcesije.¹³ Postoje i lica koja pod određenim uslovima postaju subjekti ugovornog odnosa na osnovu volje samih ugovornih strana. Prvobitne strane iz ugovornog odnosa mogu svoja prava i obaveze iz glavnog ugovora preneti na treća lica ugovorom o ustupanju potraživanja i ugovorom o preuzimanju duga. U prvom slučaju j reč o promeni poverioca, a u drugom, o promeni dužnika. U slučajevima kada je u osnovnom poslu sadržana arbitražna klauzula, postavlja se pitanje kako se promena subjekata obligacija do koje je došlo odražava na arbitražnu kluzulu.

S obzirom da bi analiza svih slučajeva promene subjekata ugovornog odnosa prevazilazila naslov ovog rada, dalja izlaganja su ograničena na odnos ugovora o cesiji i arbitražne klauzule.

Opšta pravila o cesiji

Cesija predstavlja pravni posao u kome dolazi do promene subjekata na strani poverioca.¹⁴ Ovim pravnim poslom se vrši ustupanje potraživanja na osnovu ugovora između poverioca, ustupioca (cedenta) i trećeg lica, prijemnika (cesionara), tako da treće lice preuzima sva prava koje je ustupilac (cedent) imao i studug treba da izmiri trećem licu umesto poveriocu.¹⁵

Ugovor o cesiji je u Zakonu o obligacionim odnosima regulisan u članovima 436-445, čija rešenja su sa izvesnim dopunama i predloženim alternativama preuzeta i u članovima 486. do 495. Prednacrta Građanskog Zakonika. Prema

¹² V. više J. Perović, *n. delo*, 1998, str. 152 i dalje.

¹³ S. Perović, *n. delo*, str. 373.

¹⁴ U nekim teorijskim raspravama, cesijom se označavaju promene subjekta i na strani dužnika. Ipak, potrebno je praviti razlika između ustupanja potraživanja ili cesije i preuzimanju duga. U tom smislu, u ovom radu pod cesijom se isključivo podrazumeva ustupanje potraživanja.

¹⁵ Čl. 436. ZOO. O cesiji naročito v. M. Konstantinović, *Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Pravni fakultet u Beogradu, 1969, čl. 360-370, str. 147; Ž. Đorđević, V. Stanković, *Obligaciono pravo*, Beograd 1974, str. 519-522; J. Radišić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2000, str. 375-379; O. Antić, *n. delo*, str. 251.

odredbama člana 436. ZOO i članu 486. Prednacrta, "Poverilac može ugovorom zaključenim sa trećim preneti na ovoga svoje potraživanje, izuzev onog čije je prenos zabranjen zakonom ili koje je vezano za ličnost poverioca, ili koje se po svojoj prirodi protivi prenošenju na drugoga. Ugovor o ustupanju nema dejstva prema dužniku, ako su on i poverilac ugovorili da ovaj neće moći preneti potraživanje na drugoga ili da ga neće moći preneti bez dužnikovog pristanka."¹⁶ U Prednacrta je predložena i alaternativa, da se na kraju stava 2. tačka zameni zarezom i da se dodaju reči: "u kom slučaju ugovor o prenošenju nema dejstva prema dužniku ako je treći za to znao."

Za predmet ovog rada je od značaja i odredba člana 437. ZOO, koja je preuzeta u članu 487. Prednacrta, prema kojoj pored prenosa potraživanja, na prijemnika (cesionara) prelaze i sporedna prava. Kao sporedna su, primera radi, nabrojana sledeća prava: prvenstvene naplate, hipoteka, zaloga, prava iz ugovora sa jemcem, pravo na kamatu, ugovornu kaznu, ali nije pomenuto i pravo novog poverioca da se poziva na arbitražnu klauzulu iz prenetog ugovora. U pravnoj teoriji se navodi da predmet cesije mora biti obligacija, i to potraživanje koje je dopušteno i podobno za prenos.¹⁷ To praktično znači da se mogu prenositi sva potraživanja čiji prenos nije zabranjen i ona koja nisu isključivo vezana za ličnost ustupioca (cedenta). Iz uslova da se prenos mora odnositi na obligaciju ili potraživanje, na posredan način se može zaključiti da samostalni prenos arbitražne klauzule, kao posebnog pravnog posla, nije dozvoljen cesijom. Nakon što je ustupanjem potraživanja novi poverilac stupio na mesto starog, za pravno dejstvo arbitražne klauzule su od značaja novouspostavljeni pravni odnosi.

Odnos između cesionara (prijemnika) i cesusa (dužnika) odlikuje pravilo prema kome cesionar ima prema cesusu ista prava koja je cedent imao prema cesusu do ustupanja.¹⁸ Dužnik ostaje isto lice, s tim što svoje dugovanje sada namiruje prijemniku, a ne ustupiocu. Za punovažni nastanak ugovora o cesiji se ne zahteva pristanak dužnika. Polazi se od pretpostavke da je dužniku svejedno kome će izmiriti dug: starom ili novom poveriocu, ako mu to ne izaziva posebne troškove ili nelagodnosti. Stoga ne učestvuje u ugovoru o prenosu, iako ustupanje proizvodi dejstva i prema njemu.¹⁹ Ustupilac potraživanja će odgovarati prijemniku za punovažnost ustupljenog potraživanja, ali mu ne garantuje da će druga strana, dužnik, ispuniti svoje potraživanje, osim ako drugačije nije ugovoreno. Ustupilac

¹⁶ Čl. 486 Prednacrta građanskog zakonika (čl. 436 ZOO)

¹⁷ O. Antić, *n. delo*, str. 124.

¹⁸ M. Perović, "Ustupanje potraživanja ugovorom- cesija", *Pravni život* 10/2014, str. 627.

¹⁹ V. više *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, (B. Blagojević, V. Krulj ured.), Savremena administracija, 1980, čl. 436 i 438, str. 925- 929.

sa druge strane ne odgovara dužniku da će prijemnik ispuniti preuzetu obavezu iz ugovora. U slučaju, da jedna od strana, bilo da je reč o prijemniku ili dužniku, ne ispuni svoju obavezu iz ugovora, postavlja se pitanje na koji način će se sporni odnos rešiti imajući u vidu postojanje arbitražne klauzule. Kao osnovno se postavlja pitanje da li prenosom potraživanja ustupilac prenosi na prijemnika i arbitražnu klauzulu koja je sadržana u glavnom ugovoru.

Odnos između kompromisorne klauzule i ugovora o ustupanju potraživanja

U nacionalnim pravnim sistemima,²⁰ pravnoj teoriji²¹ i sudskoj praksi²² prevladava shvatanje da se zajedno sa prenosom potraživanja iz glavnog ugovora prenosi i arbitražna klauzula na prijemnika. Zakon o arbitraži Republike Srbije je u tom smislu jasan i predviđa da: "Sporazum o arbitraži ostaje na snazi i u slučajevima ustupanja (cesije) ugovora ili potraživanja, osim ako nije drukčije ugovoreno."²³ Međutim, u međunarodnoj praksi ne postoji tako čvrsto opredeljenje. Razlike su došle do izražaja prilikom usvajanja teksta UNCITRAL Konvencije o ustupanju potraživanja u međunarodnoj trgovini,²⁴ kao i pojedinim odlukama nacionalnih sudova i arbitraža.²⁵ Pri tome se kao sporna postavljaju dva pitanja. Prvo, da li se se može govoriti o "automatskom" prenosu arbitražne klauzule, s obzirom na odvojenost arbitražne klauzule od osnovnog ugovora (autonomija arbitražne klauzule) u kome je sadržana. Drugo, kako u poslu prenosa tretirati arbi-

²⁰ Čl. 13. Zakona o arbitraži RS; Komentar Zakona o obligacionim odnosima, (B. Blagojević, V. Krulj ured), 1980, čl. 438, str. 928; čl. 13 Zakona o arbitraži Tajlanda.

²¹ B. Poznić, "Ugovor o arbitraži i arbitražni postupak", *Ugovori u međunarodnoj trgovini*, Beograd 1987, str. 252; J. Perović, *n. delo*, 1998, str. 198; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *International Commercial Arbitration*, Kluwer, 1999, str. 440 i dalje. A. Vincze, *Arbitration Clause - Is it transfereed to the Assignee?*, *Nordic Journal of Commercial Law*, br. 2003/1, str. 2; Lew, Mistelis and Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003, str. 147, pasus br. 7-52.

²² *V. Hosiery Mfg Corp v. Goldston* 238 N. Y. 22, 143 N. E. 779 (1924); *Transkei v. F.J. Berger and Steyr-Daimler-Puch AG*, Odluka od 13. Octobra 1992, ASA Bull. 1993, str. 68.

²³ Čl. 13 Zakona o arbitraži RS.

²⁴ UNCITRAL Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, <http://www.uncitral.org/english/texts/payments/paymentsindex.htm>.

²⁵ Za praksu Spoljnotrgovinske arbitraže u ranijem SSSR i sudsku praksu u današnjoj Rusiji: *All-Union Foreign Trade Association ('Sojuzneftexport') v. JOC Oil Ltd*, Foreign Trade Arbitration Commission of the USSR Chamber of Commerce and Industry, odluka od 9 jula 1984 u predmetu No. 109/1980 ponovo objavljena u (1993) XVIII Y.B. Comm. Arb. 92, tač. 17; *Application of IMP Group (Cyprus) Ltd for Enforcement of the Arbitral Award*, Ruling of the Judicial Collegium for Civil Cases of the Moscow District Court, 21 aprila 1997, objavljena (1998) XXIII Y.B. Comm. Arb. 745-9.

tražnu klauzulu, kao sporedno ili kao osnovno pravo. Sudovi i arbitraže su u tom pogledu zauzimali različite stavove.

U sporu *Lachman v. Trunkline LNG Co.*²⁶ koji se vodio pred sudom države Njujork, sud je zauzeo stav da prema merodavnom pravu države Njujork, prijemnika ne obavezuju dužnosti koje je prethodni poverilac preuzeo ranijim ugovorom, bez njegovog izričitog pristanka. Sud je zauzeo i stav da arbitražna klauzula ne može biti preneti zajedno sa prenosom potraživanja na prijemnika, bez njegovog izričitog pristanka.

U obrazloženju ove odluke je navedeno da na drugo lice (prijemnika) može biti preneto samo pravo, dok prenos obaveze zahteva njegov izričit pristanak. Sud je istakao da prenos potraživanja predstavlja pravo, dok arbitražna klauzula nameće i obavezu za prijemnika. Arbitražno rešavanje sporova obavezuje prijemnika da u slučaju spora pravdu potraži pred privatnim organom. U tom smislu, zaključenjem ugovora o prenosu prijemnik je izrazio saglasnost da prihvati pravo da potražuje od dužnika određenu prestaciju, ali ne i obavezu da u slučaju spora, postupak pokrene pred arbitražom. Prijemnik bi posebno morao da pristane na arbitražnu klauzulu da bi ga klauzula obavezivala. Na osnovu ovog i drugih slučajeva u sudskoj praksi SAD je kao opšte prihvaćeno pravilo da arbitražna klauzula ne može biti preneti na prijemnika osim ako eksplicitno ili implicitno pristane na prenos.²⁷

I bugarski Vrhovni kasacioni sud²⁸ je u postupku poništaja arbitražne odluke, našao da prijemnik potraživanja nije vezan arbitražnom klauzulom koja je sadržana u glavnom ugovoru. Postupak je pokrenut povodom spora iz ugovora o prodaji mašina, zaključenog između bugarske kompanije (A) i Londonske kompanije (C). U ugovor je bila uneta arbitražna klauzula kojom je predviđena nadležnost arbitražnog suda pri bugarskoj trgovačkoj i industrijskoj komori. Nakon zaključenja ugovora, Londonska kompanija je svoje potraživanje prema kompaniji A prenela na bugarsku kompaniju B, koja je pokrenula postupak pred arbitražnim tribunalom zbog neizvršenja obaveze isporuke mašina od strane kompanije A. Arbitražni tribunal je doneo odluku u korist kompanije B. U ovom postupku, arbitražni tribunal je svoju nadležnost zasnovao nakon što se bugarski okružni sud oglosio nenadležnim i stranke uputio na arbitražu. Kompanija B je spor prvo pokrenula

²⁶ *Lachman v. Trunkline LNG Co*, 11 753 F.2d 8, 9-10 (2d Cir. 1985).

²⁷ V. više D. Girsberger, Ch. Hausmaninger, "Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate", 8 *Arb. Intl.* (1992) 121, str. 124 i 125.

²⁸ V. arbitražnu odluku br. 436/2010 od 23.12.2011. godine, i odluku Vrhovnog Kasacionog suda br. 70/2012 od 15 juna 2012. Navedeno prema D. Sarbinova, *The Effect of an Assignment of Contractual Rights on Arbitration Clauses. An Interpretation by the Highest Court in Bulgaria*, *Young International Arbitration Group*, str. 1.

pred okružnim sudom Bugarske, u kom se kompanija A pozvala na postojanje arbitražne klauzule, osporavajući sudsku nadležnost. Sud je prigovor kompanije A prihvatio i uputio stranke na arbitražni postupak. Odluka suda o nenadležnosti je smatrana presuđenom stvari, *res judicata*. Tribunal je svoju nadležnost objasnio i time da je prihvaćeno opšte pravilo po kom se arbitražna klauzula prenosi putem prenosa potraživanja na prijemnika. U postupku poništaja tuženi je osporavao postojanje arbitražne klauzule kao osnova nadležnosti tribunala.

Bugarski Vrhovni kasacioni sud je žalbu kompanije A ocenio kao dopuštenu, ali neosnovanu navodeći da u Bugarskoj nije kao opšte prihvaćeno pravilo o automatskom prenosu. Prema shvatanju Suda, prenos potraživanja na prijemnika ne znači da prijemnik stupa u arbitražni ugovorni odnos. Sud je istakao da prijemnik može postati strana ugovornog odnosa samo ako se poverilac i dužnik iz tog odnosa saglase sa tim prenosom. U konkretnom slučaju, dužnik nije bio upoznat sa prenosom potraživanja a samim tim nije mogao ni da se saglasi sa promenom stranke ugovora. Sa druge strane, sud je našao da je arbitražni tribunal imao nadležnost da odlučuje o slučaju iz čisto procesnih razloga jer je okružni sud doneo odluku o svojoj nenadležnosti. Kako je odluka okružnog suda presuđena stvar, isključivo iz tog razloga tribunal može prihvatiti nadležnost arbitražnog tribunala. Međutim, time se ne prihvata stav da je prijemnik strana arbitražnog ugovora.

Za razliku od navedenog stava koji su zauzeli sudovi u SAD²⁹ i Bugarskoj³⁰ nemački Vrhovni sud stao je na stanovište da se prenosom prava iz glavnog ugovora istovremeno prenosi i arbitražna klauzula.³¹ Za punovažan prenos potraživanja nije potreban izričit pristanak prijemnika. Sud je arbitražnu klauzulu tumačio kao jedan od načina obezbeđenja u smislu člana 401. Nemačkog građanskog

²⁹ V. isto slučaj: *United States v. Panhandle Eastern Corp.*, 672 F.Supp. 149 (D.Del. 1987), porpora-Ing-Ing-trunkline-Ing-co.

³⁰ U ovom smislu videti i arbitražnu odluku 8/2001. Međutim, u drugim brojnim slučajevima, arbitraža je zauzimala suprotni stav. V. *Internal Arbitration Case No. 211/2006*, *Internal Arbitration Case No. 135/2005*, *International Arbitration Case No. 50/2003*, *International Arbitration Case No. 8/2001*; *Arbitration Case No. 69/2001*; *Arbitration Case No. 54/2000*; *Arbitration Case No. 7/1996*; *Arbitration Case No. 68/1994*; *Arbitration Case No. 30/1994* *Arbitration Case No. 44/1993*. Navedeno prema D. Sarbinova, *n. članak*.

³¹ V. Slučaj BGH, 02.03.1978-III ZR 99/76; BGH, 71 BGHZ 162, 164-165 (1978), navedeno prema A. Redfren, *n. delo*, str. 151, napomena 17; Za noviju praksu v. slučaj. br. A1 Nr. 117, A1 NR edsspruchsammlung/urteile/zustaendigkeit_des_schiedsgerichts/a1_nr117/1173668?view=mobile, poslednji pristup: 25.4.2015.

zakonika (BGB). Prema ovom pravilu,³² sa prenosom prava tj. cesijom na novog poverioca prenose se i obaveze iz hipoteke, hipoteke plovila, založna prava kao i obaveze jemstva glavnog poverioca. Tumačeći ovu odredbu Sud je zaključio da je pravna priroda arbitražne klauzula ista kao i klauzula o hipoteci. Ona je akcesorne pravne prirode i prati potraživanje iz glavnog ugovora, te se automatski prenosi na prijemnika ne zahtevajući kao uslov njegovu izričitu saglasnosti.³³

I francuski sudovi su podržali automatski prenos arbitražne klauzule uz ugovor o cesiji.³⁴ Opravdanje za ovakavo tumačenje je nađeno u akcesornoj pravnoj prirodi arbitražne klauzule.³⁵ Arbitražna klauzula se tretira kao i svaka klauzula ugovora koja prati njegov prenos bez izričite i posebne saglasnosti prijemnika za svaku klauzulu pojedinačno.³⁶ U suprotnom, ukoliko prenos arbitražne klauzule nije praćen prenosom glavnog ugovora, takav prenos bi bio pogoden sankcijom ništavosti jer mu nedostaje predmet na koji se klauzula odnosi.³⁷

Na sličan način postupaju i švajcarski sudovi.³⁸ U ovom smislu se navodi odluka Švajcarskog Vrhovnog suda u slučajeva *Muller*³⁹ i *Trankei*⁴⁰, u kojoj je zauzet stav da se prema švajcarskom pravu prenosom potraživanja prenosi i arbitraž-

³² Čl. 401 BGB : prenos prava iz ugovora o hipoteci, hipoteci plovila ili hartija od vrednosti prenose se putem asignacije (cesije) na prijemnika.

³³ V. Stein, Jonas & Schlosser, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 20 izdanje, 1987, čl. 1025 BGB, Nr. 40-41; čl. 1027 BGB, Nr. 7, 1987. Navedeno prema D. Girsberger, Ch. Hausmaninger, *n. članak*, napomena 31.

³⁴ V. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *n. delo*, str. 427, pas. br. 712.

³⁵ V. čl. 1692. Građanskog zakonika. U pravnoj teoriji v. Jean-Louis Delvolvé, J. Rouche, G. H. Pointon, *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, Kluwer, 2009, str. 75-78, pas. br. 137-140.

³⁶ Za suprotni stav v. odluku u predmetu *SMABTP v. Statinor* [1997] *Rev. Arb.* 550 na str. 552 u kom se za validan prenos arbitražne klauzule zahtevala izričita saglasnost prijemnika, jer arbitražna klauzula sadrži i obavezu sa kojom se prijemnik mora saglasiti.

³⁷ J. Perović, *n. delo*, 1998, str. 198.

³⁸ Za pregled prakse v. A. C. Sinclair, *The Assignment of Arbitration Agreements, Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards The New York Convention 1958 in Practice*, str. 23 dostupno na: http://www.giur.uniroma3.it/materiale/didattico/International_arbitration/Sinclair%20on%20assignment%20of%20arbitration%20agreements.pdf

³⁹ *Muller v. Bossard*, Odluka Federalnog suda od 25. Januara 1977, objavljena u *Official Court Reporter (ATF)* 103 II 75.

⁴⁰ *Trankei v. F. J. Berger and Steyr-Daimler-Puch Ag*, Odluka od 13. Octobra 1992, objavljeno u *ASA Bull.* 1993, str. 68.

na klauzula. Ovakvo shvatanje se temelji na akcesornoj pravnoj prirodi arbitražne klauzule,⁴¹ koja je potvrđena u novijoj praksi švajcarskih sudova.⁴²

U pravnoj teoriji su o pitanju prenosa arbitražne klauzule zajedno sa prenosom potraživanja, iskristalisana dva shvatanja. Jedna grupa autora se zalaže za automatski prenos arbitražne klauzule sa prenosom potraživanja, dok se drugi zalažu za odvojeni prenos, odnosno prenos klauzule uz prethodni pristanak prijemnika.

Protivnici shvatanja o automatskom prenosu arbitražne klauzule na prijemnika se pozivaju na pravnu prirodu arbitražnog ugovora.⁴³ U arbitražnom pravu je prihvaćena teorija o autonomiji klauzule o arbitraži,⁴⁴ prema kojoj je ugovor o arbitraži u materijalnom i kolizionom pogledu odvojen (autonoman) od glavnog ugovora.⁴⁵ Materijalna odvojenost se ogleda u tome što se punovažnost arbitražne klauzule ispituje posebno u odnosu na valjanost glavnog ugovora i prema posebnim materijalnim pravilima. Ukoliko glavni ugovor bude poništen, raskinut ili se utvrdi da nije ni zaključen, arbitražna klauzula može ostati na snazi. U skladu sa takvim shvatanjem, ugovor o cesiji se tumači prema materijalno-pravnim rešenjima koja su sadržana u građanskim zakonicima, na primer u Nemačkom građanskom zakoniku, Francuskom građanskom zakoniku ili u ZOO. Međutim, pošto ugovor o arbitraži nije isključivo ugovor materijalno-pravne prirode jer proizvodi procesna dejstva, na njegovo tumačenje se primenjuju drugačija rešenja. U koliziono-pravnom smislu, punovažnost arbitražne klauzule može se ocenjivati prema pravu različitom od prava koje se primenjuje na punovažnost glavnog ugovora.

⁴¹ V. odluku od 7. Avgusta 2001. Federal Tribunal, ASA Bulletin 1/2002. str. 88, pasus 2c; *Deutz AG v. General Electric Company*, ICC case Br. 10574.

⁴² V. odluke u predmetima *Nextrom Holding S.A. and Nextrom S.A. (Švajcarska) v. Watkins International S.A. (Panama)*, Federal Tribunal, Odluka od 9. Maja 2009, objavljena u ASA Bull. 1/2012, str. 80.

⁴³ G. Backhausen, "Schiedsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsvertragsrechts", SCH A 20/4, 1990, str. 57-66.

⁴⁴ V. J. Perović, *n. delo*, 1998, str. 67-86; J. Perović, "Autonomija ugovora o arbitraži", *Pravo i privreda*, br. 5-8/2008, Beograd, str. 535-544, G. Knežević, V. Pavić, *n. delo*, str. 52-54, J. Perović, *n. delo*, 2012, str. 217-228; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *n. delo*, str. 213-259. i dalje, G. Born, *International Commercial Arbitration: Commentary and materials*, Kluwer, 2001, str. 70 i dalje; J.F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2007, str. 132.

⁴⁵ V. slučaj Gosset, Cass. civ. Ire, 7.5.1963, 91 J.D.I. 82 (1964); slučaj Hecht, Cass. civ. Ire, J.D.I. 843 (1972); J. Perović, *n. delo*, 2012, str. 217 i dalje; M. Stanivuković, *Međunarodna arbitraža*, Službeni glasnik, 2013, str. 79.

Dosledna primena principa autonomije arbitražne klauzule *podrazumeva* i da se u slučaju ustupanja potraživanja arbitražna klauzula tretira odvojeno i da se njen prenos ne vezuje automatski za osnovni posao. U suprotnom, bilo bi "nedosledno" istovremeno se zalagati i za poštovanje principa autonomije i za automatski prenos arbitražne klauzule.⁴⁶

Pored nevedenog argumenta, isti autori navode i da je pravo na arbitražno suđenje lično, personalno pravo koje nije regulisano materijalnim pravilima koja se odnose na prenos potraživanja. Zastupnici ovog stava navode i shvatanje da arbitražno rešavanje sporova predstavlja svojevrsnu obavezu koja se ne može preneti na drugog bez njegovog izričitog pristanka⁴⁷ i ne može se tretirati kao sporedno pravo.⁴⁸ Činjenica da arbitražni ugovor obavezuje i dužnika otvara pitanje položaja dužnika nakon prenosa potraživanja.

Automatski prenos arbitražne klauzule može dovesti i do pogoršanja položaja dužnika. Ukoliko su dužnik i ustupilac potraživanja arbitražnom klauzulom predvideli nadležnost arbitraže sa sedištem u zemlji čije pravo nije pravo poverioca i dužnika, ova neutralnost može biti narušena promenom poverioca. Promena poverioca može dovesti do toga da prijemnik potraživanja bude iz zemlje sedišta arbitraže, što nužno ne znači nepovoljniji položaj dužnika, ali ostavlja takvu mogućnost. Dužnik se prilikom zaključenja arbitražnog ugovora rukovodi određenim legitimnim očekivanjima koja se zasnivaju na ličnosti poverioca ili očekivanom mestu sedišta arbitraže, koja mogu na ovaj način biti dovedena u pitanje. Naime, do ugovaranja arbitražne klauzule može doći iz različitih razloga. Jedan od razloga je verovanje jedne ili obe stranke da u slučaju spora pred arbitražnim tribunalom imaju većih izgleda za uspeh. Iz tih razloga nije od značaja samo ličnost arbitara, već i ličnost ugovornika sa kojom je ugovor zaključen. Kako u slučaju prenosa potraživanja saglasnost dužnika nije neophodna, u arbitražnom postupku se može desiti da dužnik postane primetno slabija strana u odnosu na poverioca. Do pogoršanja položaja dužnika može doći u slučaju kada poverilac prenese samo deo potraživanja tako da dužnik stiče dva poverioca sa kojima potencijalno može biti u sporu.

⁴⁶ D. Girsberger, Ch. Hausmaninger, *n. članak*, str. 136; P. Landolt, "The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz", *Journal of International Arbitration* 30, br. 5 (2013): 511-530, str. 519.

⁴⁷ Schopp, "Die Abtretung im Schiedsgerichtsverfahren", *Konkurs, Treuhand und Schiedsgerichtsbesen [KTS]*, 1979, str. 103-105; G. Schrickler, "Zür Geltung von Schiedsverträgen bei Anspruchsabtretung", *Festschrift für Karlheinz Quack*, 1991, str. 259.

⁴⁸ K. Lionnet, *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*. Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 1996, str. 65; D. Girsberger, C. Hausmaninger, *n. članak*, str. 121, 131, 137.

Protiv ovakvog shvatanja se može navesti mogućnost strana da isključe ili ograniče prenos potraživanja, ili da uslove dobijanjem saglasnosti prijemnika ili dužnika. Međutim, treba imati u vidu da prilikom zaključenja ugovora ugovorne strane često ne razmišljaju o pitanjima kao što su prenos potraživanja i rešavanje sporova.

Autori koji se zalažu za automatski prenos arbitražne klauzule⁴⁹ navode da je ona akcesorne pravne prirode kao što je i klauzula o izboru suda. Akcesornost klauzule je u funkciji glavnog ugovora⁵⁰, i treba da omogući da se prenosom potraživanja zadrži mogućnost rešavanja sporova pred arbitražom. U suprotnom, ako se ne bi prihvatio automatski prenos, obesmisllila bi se njena funkcija.⁵¹ Volja ugovornih strana da se budući spor reši pred arbitražom je osnovni motiv zaključenja arbitražnog ugovora koja se ne menja ako se strane ugovora promene.

Drugim rečima, prenos potraživanja je bez uticaja na prava ugovornih strana da se pozovu na arbitražnu klauzulu, tako da u slučaju spora dužnik ne gubi pravo da se pozove na arbitražni ugovor koji je zaključio sa ustupiocem.⁵² Ustupio bi pravni interes da postupa u toj stvari, budući da je preneo potraživanje na prijemnika.⁵³

Na argumente da je neophodan poseban pristanak prijemnika da bi ga arbitražna klauzula obavezivala, zagovornici prenosa odgovaraju da se zaključenjem ugovora o prenosu potraživanja prijemnik saglasio sa svim klauzulama sadržanim u ugovoru. Prilikom zaključenja ugovora, prijemnik je saglasan sa preuzetim obavezama u celini te nije potrebno davati poseban pristanak na pojedinačne obaveze preuzete ugovorom.⁵⁴ Na takvo tumačenje upućuje i "princip razumnosti," na koje su se arbitražni tribunali pozivali u svojim odlukama,⁵⁵ princip "do-

⁴⁹ A. J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer, 1981, str. 145; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *n. delo*, str. 428.

⁵⁰ J. F. Poudret, S. Besson, *n. delo*, str. 245, 246, posebno v. napomenu 623, 624. B. Poznić, "Granice arbitražnog ugovora", *Pravni život* br. 11-12/1990, str. 1832, posebno napomena 30.

⁵¹ V. odluke koje u ovom smislu navodi A. Vincze, *n. članak*, str. 3, napomena br. 9.

⁵² Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *n. delo*, str. 444.

⁵³ J. Perović, *n. delo*, 1998, str. 199.

⁵⁴ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *n. delo*, str. 427, pas. br. 712.

⁵⁵ V. odluku ICC No. 3281, 1981.; odluku ICC No. 1704, 1977 i odluku ICC No. 2626, 1977. navedeno prema M. Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice*, Kluwer, 2001, str. 290, 291.

bre vere",⁵⁶ kao i načelo pravne sigurnosti.⁵⁷ Shvatanje o automatskom prenosu arbitražne klauzule podržano je i u sudskoj praksi u velikom broju država.⁵⁸

Ipak, i prema zagovornicima automatskog prenosa, potrebno je razlikovati slučajeve u kojima je potrebna izričita saglasnost dužnika na ugovor o prenosu potraživanja. To su ugovori koji su zaključeni s obzirom na lična svojstva ličnosti. Motivi zaključenja ugovora s obzirom na lična svojstva mogu biti iskazana u ugovoru, ali mogu proizilaziti iz okolnosti slučaja. Ako ugovorom nije izričito predviđeno da je u pitanju ugovor *intuitu personae*, teško je dokazati da je ugovor zaključen isključivo zbog osobina ugovornih strana, te da prenos arbitražne klauzule zahteva pristanak dužnika. Da bi se ove neizvesnosti izbegle, neohodno je da se prilikom zaključenja ugovora navede posebni karakter ugovornih strana ili da se eksplicitno isključi mogućnost prenosa potraživanja.

ZAKLJUČAK

Analiza postojeće sudske i arbitražne prakse pokazuje da se u većini prava sa prenosom potraživanja iz osnovnog posla automatski prenosi i arbitražna klauzula sadržana u njemu. To se objašnjava na različite načine. Najčešće se kao argumenti navode: poštovanje autonomije volje ugovornih strana, primena opštih pravila obligacionog prava o prenosu akcesornih ili pratećih prava kod cesije, ekonomska svrha arbitražne klauzule, kao i poštovanje principa dobre vere, uzajmnih očekivanja i pravne sigurnosti. Bez obzira što se teorijski argumenti koji se pri tome navode razlikuju, kao zajednički praktični imenilac se može označiti bojazan da bi bez priznavanja prenosa arbitražni sporazum ostao bez dejstva. U tom slučaju bi se izneverila i opravdana očekivanja i namera koju su strane imale prilikom zaključivanja osnovnog posla i samog arbitražnog sporazuma. Ovakvo shvatanje podržavaju arbitraže i sudovi u većini *civil law* zemalja: Nemačkoj, Francuskoj, Italiji, Holandiji, Švedskoj, Švajcarskoj, ali i u Kini, a delimično je prihvaćeno i u zemljama *common law* sistema.

Kao razlozi protiv automatskog prenosa arbitražne klauzule u slučaju cesije, navodi se princip odvojenosti ili nezavisnosti arbitražnog sporazuma u odnosu na osnovni posao, teškoće oko dokazivanja pisane forme i pogoršanje položaja

⁵⁶ V. odluku u predmetu protiv jednog jugoslovenskog preduzeća: *Montedipe SpA v. JTP-RO Jugotanker, The 'Jordan Nicolov'* [1990] 2 *Lloyd's Rep.* 11, 17. Sud je zauzeo stav da je novi poverilac obavezan arbitražnom klauzulom i da ne može braniti prenetu prava bez prihvatanja obaveze na arbitriranje. Međutim, prema shvatanju engleskog suda, zakonska cesija ne prenosi samo koristi, već i teret arbitražne klauzule, navedeno prema A. C. Sinclair, *n. delo*.

⁵⁷ A. Vincze, *n. članak*, str. 4.

⁵⁸ Isto. v. slučajeve koje autor navodi u napomeni br. 15.

dužnika kao jedne strane u arbitražnom sporazumu u slučaju kad je cesijom prenet samo deo potraživanja, dok za ostali deo dužnik iz osnovnog posla i dalje dužuje starom poveriocu.

Imajući navedene razlike u vidu, a polazeći od principa autonomije volje i svrhe arbitražne klauzule smatramo da je u Zakonu o arbitraži prihvaćeno rešenje u skladu sa savremenom tendencijom i da rešenja koja su predviđena u Prednacrtu ne utiču neposredno na ovo pitanje.

Ipak, da bi se izbegli problemi do kojih može doći ustupanjem potraživanja zbog toga što nacionalna prava predviđaju različita rešenja, potrebno je da ugovorne strane u arbitražnom ugovoru ovo pitanje reše na nedvosmilan način, posebno ako žele da spreče ili uslove prenos arbitražne klauzule. Volja ugovornih strana za arbitražno rešavanje sporova mora biti izražena na jasan i nedvosmislen način, tako da ne ostvalja sumnje u pogledu namere strana na arbitražno odlučivanje. Uobičajeno je da se arbitražna klauzula formuliše tako da je arbitraža nadležna "za sve sporove koji proisteknu iz ovog ugovora ili u vezi sa njim". U tom slučaju, pravi se razlika između sporova koji nastaju iz ugovora i sporova koji nastaju u vezi sa njim. Ako je u osnovnom poslu čija su potraživanja prenet na ovaj način formulisana arbitražna klauzula, opravdanim će se smatrati da je arbitražnom tribunalu poverena nadležnost da odlučuje o punovažnosti ugovora o prenosu potraživanja. Osim što ugovorne strane mogu isključiti prenos potraživanja, prilikom zaključenja ugovora o cesiji se moraju poštovati i ograničenja sadržana u pravilima javnog poretka, prinudnih propisa i dobrih običaja.