

др Боривоје Познић,
редовни професор Правног факултета у Београду у пензији

ОПШТИ УСЛОВИ УГОВОРА И НАДЛЕЖНОСТ АРБИТРАЖЕ

Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи не предвиђа изрично могућност закључења уговора о надлежности арбитраже (изабраног суда) прихватањем општих услова за закључење правног посла који садрже и одредбе о тој надлежности. Редактори Конвенције су вероватно сматрали да би било сувишно прописати изрично такву могућност, пошто она проистиче из одредаба о начину закључења поменутог уговора. Иако су такве одредбе ушле у Закон о парничном поступку из 1978 (у даљем тексту ЗПП), његови редактори су ипак сматрали за целисходно да поменућу могућност изрично унесу у Закон. Ваља приметити да је одредби о заснивању арбитражне надлежности прихватањем општих услова посвећен посебан члан после члана у коме се говори о писменој форми уговора о арбитражи. То може да упути на закључак да се правило о писменој форми не примењује на уговор закључен тиме што изјава којом је другој страни правни посао понуђен или изјава којом је таква понуда прихваћена садржи опште услове у које је унесена и арбитражна клаузула. Овај закључак, међутим, био би погрешан, јер је тешко видети разлог за изузетак по коме би надлежност арбитраже могла бити заснована и усменим прихватањем општих услова. — Тежњом да се искључи свака сумња објашњава се и одредба Правилника о Спољнотрговинској арбитражи из 1981 (у даљем тексту Правилник о СТА), којом се такође прописује да је арбитражни уговор пуноважно закључен и кад је одредба о надлежности Арбитраже садржана у општим условима ако су они саставни део правног посла.

Оно што нас на овом месту интересује, то је питање да ли је арбитражна надлежност заснована писменим изјавама којима је закључен правни посао, ако се једна од странака позива на опште услове у које је унесена компромисорна клаузула, а ти услови садржани су у посебном документу који није приложен у изјави која на њих упућује(1). Полази се од тога да је за поменућу клаузулу прописана писмена форма, као што је случај са југословенским правом. Кад на опште услове упућује странка која прихвата понуду за закључење правног посла, о пи-

(1) У англосаксонској терминологији *external arbitration clause* или *incorporation by reference*. Податак код Ј. Вилус, *Формуларн уговори — Енциклопедија имовинског права* итд., 1978, Том 1, стр. 374.

сменом прихватању општих услова, па самим тим и арбитражне клаузуле, може бити говора само ако је понудилац писмено потврдио да је са општим условима сагласан. Повод за горње питање дају нам одредбе чл. 142. Закона о облигационим односима (ЗОО) на које ћемо се осврнути у току даљег излагања.

Мишљења су подељена. Преовлађује оно по коме арбитражна надлежност не може бити пуноважно уговорена простим позивањем на опште услове у понуди за закључење материјалноправног уговора или у изјави којом се таква понуда прихвата. Суштина овог становишта стоји се у томе што је захтев писмене форме испуњен само ако су општи услови потписани или су садржани у телеграму или у телепринту. Овај захтев испуњен је и кад је документ у који су општи услови унесени прикључен изјави која се на њих позива или су одштампани на полећини те изјаве. Штавише, Vecchione за италијанско право иде у поштовању форме један корак даље: да би надлежност арбитраже била пуноважно уговорена, потребно је да пристанак на компромисорну клаузулу буде посебно писмено потврђен и кад је странци која пристанак даје познато да је клаузула садржана у општим условима. Тиме се у ствари примењује чл. 1341. Италијанског грађанског законика, по коме је таква потврда потребна зато што је клаузула унесена у опште услове једнострано, у корист странке која те услове поставља(2). Слично томе, Fasching за аустријско право каже да је непуноважан и потписани купопродајни уговор у коме се странке уопштено позивају на образац уговора у који је унесена клаузула о надлежности арбитраже(3). Schlosser посматра овај проблем првенствено са становишта арбитражног уговора са страним елементом, на чију пуноважност се по колизионој норми примењује право по коме је писмена форма услов те пуноважности. За овог аутора је извесно да саставни делови уговора за које је обавезна одређена форма не могу бити учињени обавезним, просто, упућивањем на текстове којима није удовољено таквој форми. Доследно томе, за настанак арбитражне надлежности није довољно упућивање на опште услове испоруке ако они нису прикачени или приложени писменој понуди за закључење правног посла или изјави којом се понуда прихвата или, можда, исправи која садржи цео правни посао. Поменути аутор подвлачи захтев крајњег поштовања форме. Он истиче да позивањем на опште услове не може бити закључен пуноважан споразум о арбитражи ни кад пословни партнер већ држи у свом поседу један примерак општих услова. По истом аутору, упућивање на одвојене опште услове не чини компромисорну клаузулу обавезном ни у случају у коме се главни извођач посла у својим уговорима са помоћним извођачима позива на услове који су садржани у његовом уговору са наручиоцем посла, а у које је унесена одредба о надлежности арбитраже. Спроводећи доследно полазну мисао, овај аутор се изјашњава изрично за не-

(2) Vecchione, *L'arbitrato nel sistema del processo civile* 1971, p. 298. За пуноважност арбитражне клаузуле која је унесена у опште услове уговора или у образац припремљен од стране једне странке, исто мишљење заступају Brasch и др. у приказу италијанског права у збирци *Arbitrage international commercial, rapporteur général Peter Sanders* (издање Union internationale des avocats), p. 330. Такође, и Л. Биамонти у *Enciclopedia del diritto* износи као устаљени став правосуђа да се компромисорна клаузула, укључена у штампани образац или у уговор у коме су наведени општи услови, сматра ништавом ако није посебно писмено потврђена од стране другог уговорача — E. d. d., II, Giuffrè 1958, p. 907.

(3) Fasching, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und im internationalen Recht*, 1973, p. 24.

пуноважност арбитражне клаузуле закључене тако што се странке у тексту новог правног посла позивају на један раније међу њима закључени и уредно потписани правни посао који садржи изричну одредбу о поверавању евентуалних спорова арбитражи(4). У судској пракси САД компромисорна клаузула која је одштампана у типском уговору сматра се редовно за пуноважну ако је на њено постојање скренута пажња другој уговорној страни или ако је овој познат трговински обичај који се тиче употребе такве клаузуле. Међутим, ипак се препоручује да се клаузула изрично унесе у сам правни посао или да у кореспонденцији буде поменуто(5). И излагања О. Каһн-а проистиче да у случају о коме дискутујемо надлежност арбитраже, по владајућем схватању у САД, не би била заснована. Међутим, исти писац указује на праксу да се арбитражна надлежност сматра, понекад, по правилима трговачког удружења одређене бранше, као прећутно уговорена за спорове између чланова удружења из послова који у ту браншу спадају(6). Ј. Вилус каже, не означајући земљу на коју се то односи, да судови нису увек признавали дејство клаузули садржаној у посебном документу. Али исти аутор, имајући у виду само материјалноправне одредбе општих услова, цитира чл. 142. (ст. 3.) ЗОО и указује на то да се у упоредном праву сматра да је дошло до прећутног преузимања општих услова уколико су уговорне стране у ранијим пословним односима већ користиле исти формуларни уговор или ако је коришћење таквог уговора до те мере уобичајено у промету одређене врсте робе или у закључивању одређене врсте послова да је друга страна морала с тим да рачуна(7). Супротно схватањима којима се изражава тежња за поштовањем писмене форме, Fouchard истиче да се пракса међународне трговачке арбитраже несумњиво изјаснила у корист прећутног прихватања општих услова који у уговору нису садржани, али на које се уговор позива(8). Waehler наводи праксу Спољнотрговинске арбитраже СССР-а, по којој је за надлежност те арбитраже довољно генерално упућивање на опште услове који су садржани у ранијем уговору истих странака, а у које је укључена арбитражна клаузула. Штавише, овај аутор сматра да је таква пракса честа у уговорима закљученим у оквиру трговинских односа између СССР и СР Немачке(9). — Уговори између југословенских организација и пословних партнера из Немачке ДР често садрже одредбу којом се упућује на споразум о општим условима испоруке робе из 1969, који се односи на правне послове закључене у трговинском промету између две земље, а који предвиђа надлежност арбитраже тужене стране(10). Поводом

(4) Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 1975. Банд, I, р. 340—346. Уколико се ради о немачком праву, приказано мишљење односи се на арбитражну надлежност за спор у коме једна или обе стране немају својство пуноправног трговца. Супротно томе, немачки Законик о грађанском поступку не прописује неку обавезну форму као претпоставку за пуноважност арбитражног уговора ако је овај за обе стране трговачки посао и ако обе имају поменуто својство (§ 1027. ЗПО/П).

(5) Тако М. Домке у приказу права САД у збирци наведеној у напомени под (2), стр. 200.

(6) О. Каһн, *Handelsschiedswesen in den USA*, 1958, р. 17—26.

(7) Ј. Вилус *op. cit.*, стр. 378. и 381.

(8) Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, 1965, р. 79. Ellilä наводи за финско право једну одлуку врховног суда те земље из 1953, по којој је за пуноважност компромисорне клаузуле довољно позивање у уговору на опште услове који ту клаузулу садрже. (Цитирано у збирци наведеној у напомени под (2), стр. 220).

(9) Waehler, *Die Aussenhandelsgerichtsbarkeit in der Sowjetunion*, објављено у књизи Pfaff, *Die Aussenschiedsgerichtsbarkeit der sozialistischen Länder usw.*, 1973, р. 457.

(10) Тако, на пример, у споровима: WАНВ Interpelz (Leipzig) в. Koteks Tobus (Љубљ.), Т. 167/73; Elektronik Export Import DDR (Berlin) в. Југоелма (Београд). Т. 17/84; WМW Export Import в. Првомајска (Загреб), Т 95/83.

тако уговорене надлежности до сада није било приговора ненадлежности, па се не може рећи да је заузет став на основу исцрпног претресања. Изгледа мало вероватно да би се Арбитража огласила ненадлежном поводом приговора да компромисорна клаузула не одговара правилима о писменој форми, која су за њу прописана у ЗПП-у и у Правилнику СТА.

Гледиште које смо горе означили као владајуће засновано је на схватању да је писмена форма за арбитражни споразум прописана *ad solemnitatem*, па да би такав уговор био пуноважан потребно је да његов предмет буде изрично наведен у изјави којом се закључује. Став да је ово схватање нетачно, могао би се назвати неоправдано искључивим. Сасвим је несумњиво да се тај став може бранити. Да је тако, види се из тога што га заступају бројни аутори. Ипак, није без вредности ни мишљење да писмена форма нема код арбитражног уговора тако далекосежан значај, да би просто упућивање на одвојене опште услове у које је унесена компромисорна клаузула повукло увек непуноважност тог уговора. Кад ово кажемо, имамо у виду консеквенцу тог схватања која нам се чини претерано строгом. Наиме, ако је писмена форма овде предвиђена *ad solemnitatem*, онда би као основан морао бити усвојен приговор туженог да је он, истина, потписао изјаву којом прихвата опште услове друге стране и да не оспорава да је њему садржина тих услова била у то време позната, другим речима, да је знао за одредбу о компромисорној клаузули, али да је арбитража упркос томе ненадлежна, јер јој се тужилац обраћа на основу уговора који је због недостатка форме непуноважан. Усвојити приговор ненадлежности у таквом случају значило би, супротно правном осећању, дати предност строгом формализму, који овде не изгледа оправдан. Јер, правило о писменој форми арбитражног уговора има за циљ да странку заштити од олаког прихватања арбитражног суђења. Према томе, и мишљење које је горе наведено као владајуће, обезбеђује странку која пристаје на опште услове, да не буде због своје необазривости лишена редовног правосуђа, у које она може имати више поверења него у арбитражно решавање спора. Ако се од овог објашњења писмене форме пође, онда није неоправдано поставити питање да ли се, као једино могућно, мора усвојити схватање по коме је та форма прописана као суштинска претпоставка за ваљаност арбитражног уговора. Друго схватање које долази у обзир је оно по коме писмена форма овде има значај само сигурног доказног средства. Француски грађански законик предвиђа за компромис писмену форму (чл. 1005), али преовлађује мишљење да је та форма прописана *ad probationem*(11). Ако ово схватање пружа туженој страни исту или при-

(11) Судови при томе сматрају да је, поред исправе која тај уговор садржи, као доказ допуштена још само заклетва (Mazeud, *Leçons de droit civil*, Tome 2., 1956, p. 62. и 71) До декрета из 1980. француска пракса и наука сматрале су да за компромисорну клаузулу важи слобода форме, као и за трговачке послове за које је уговорена. Декретом од 1980, којим је извршена значајна реформа француског арбитражног права, прописана је за компромисорну клаузулу писмена форма. О слободи форме види код Robert-a који, позивајући се на чл. 109. Трговачког законика, указује на могућност прећутног прихватања клаузуле или њеног доказивања исправама или претпоставкама, али ипак препоручује да она буде изрично унесена у текст правног посла — *Arbitrage civil et commercial*, 1967, p. 180. О писменој форми клаузуле види Vincent-Guinhard, *Procédure civile*, 1981, p. 1155. Ови аутори истичу да клаузула може бити унесена не само у главни уговор него и у неки документ на који се уговор позива, што је чест случај у пракси. — Ако се једном прихвати да је писмена форма законом предвиђена *ad probationem* за компромис, како би за компромисорну клаузулу могло бити друкчије?

ближно једнаку заштиту као и прво, онда оно заслужује предност, као схватање које боље одговара потребама трговинске арбитраже. Одредбе о обавезности општих услова, прописане у чл. 142. ЗОО пружају такву заштиту. Међутим, претходно треба одговорити на питање да ли се те одредбе, иако су се приликом њиховог уношења у Закон имали у виду материјалноправни уговори, могу применити и на уговор о надлежности арбитраже, тачније, на компромисорну клаузулу која има искључиво или бар претежно процесноправни карактер. (Дискусија о правној природи те клаузуле не спада у оквиру овог излагања, па се зато у ту дискусију не упуштамо.) Убедљивији нам се чини одговор да се поменуће одредбе ЗОО могу применити и у случају који је предмет овог излагања. Тешко је видети зашто би гаранције заштите за странку на коју су општи услови адресовани биле довољне ако се ради о клаузулама које имају материјалноправни карактер, а у погледу арбитражне клаузуле те гаранције не би могле да пруже одговарајућу заштиту. Они ставови општих услова у којима се, на пример, говори о квалитативном пријему робе, о њеном осигурању или о отпреми могу бити исто тако значајни као и став који предвиђа надлежност арбитраже за евентуалне спорове. Ако се, дакле, пође од тога да се одредбе поменутог закона, које се одnose на обавезност општих услова, примењују и на арбитражну клаузулу, онда је тужена страна која је прихватила опште услове заштићена правилом по коме су за њу ти услови обавезни у случају у коме су јој били познати или морали бити познати приликом закључења уговора. Овај захтев за пуноважност пружа могућност туженој страни, кад је опште услове поставио њен пословни партнер, да оспори надлежност арбитраже тврдњом да није знала нити је морала знати да је у те услове укључена и компромисорна клаузула (чл. 142. ст. 3. ЗОО). Поводом таквог приговора тужилац мора поднети доказе о супротном, јер он сноси терет доказивања за чињенице од којих зависи надлежност, ако ова буде оспорена. Тужиоцу овај терет неће бити лак, јер у начину доказивања лежи још једна гаранција да тужени неће морати да се подвргне суђењу од стране арбитраже ако у време закључења правног посла није испуњавао захтев који се тиче знања за одредбе општих услова. Та гаранција је прописана је у ЗПП одредбом по којој се уговор о изабраном суду може доказивати само исправама (чл. 473. ст. 3). Под уговором овде треба разумети прво чињенице од којих зависи његово постојање, као што је давање изјава којима је заснован или изјава којима је престао постојати (споразумни раскид). Друго, доказивање о коме говори поменућа одредба има смисао проверавања да ли постоје чињенице од којих зависи пуноважност арбитражног уговора⁽¹³⁾. Знање за постојање компромисорне клаузуле у општим условима је једна чињеница од које по

(12) Може изгледати необично да уговорна страна оспорава да јој је у време закључења уговора садржана неких уговорних одредаба није била позната, па изјављује да се зато не сматра везаном тим одредбама. Међутим, из цитиране одредбе ЗОО несумњиво проистиче да се тужени на наведени начин може да брани. Поводом такве одбране, Fouchard цитира део образложења запажене арбитражне одлуке коју је, како он каже, донео један „еминентни професор“: „... „Мора се сматрати да се потписник једног уговора који је у сваком случају трговачки и који садржи позивање на опште услове или на било који други документ, упознао са тим условима или са тим документом и да је прихватио њихову садржину својим потписом... пошто се непознавање једног тако елементарног правила тешко може допустити пословним људима који имају неско искуство“ — *ibid.*

(13) Европска конвенција, Закон о парничном поступку и Правилник о СТА изрично помињу пуноважност поред постојања, што указује на схватање да се ради о различитим појмовима (чл. V ст. 1, чл. 485. тач. 1, одн. чл. 13. ст. 3).

Закону зависи дејство клаузуле. Исти значај имају и друге околности из којих се може извести закључак да је тужени за постојање ове клаузуле морао знати.

Тужилац, дакле, може приговор ненадлежности да обезвреди само исправама из којих се види да је тужени ипак знао или бар морао знати за постојање клаузуле. Исправе са таквом садржином он ће ретко кад имати у рукама, али та могућност није искључена. Закључак о томе да су туженом општи услови били познати моћи ће се, на пример, извести из дописа који му је тужени, у циљу мирног решења спора, упутио пре парнице, а у коме он први пут после закључења правног посла, помиње одредбу о арбитражи као саставни део општих услова. Могућно је и то да се тужилац у изјави којом упућује или прихвата понуду позива у погледу општих услова на раније закључени уговор коме су били приложени општи услови. Тужилац може поднети и одлуку арбитраже, донесену у ранијем спору из истоврсног уговора, из које се види да је туженом било познато да општи услови под којима тужилац закључује уговоре у свом пословању садрже арбитражну клаузулу. Ако му је то било познато приликом закључивања ранијих уговора, онда му је исто морало бити познато и приликом закључења последњег уговора поводом кога се оспорава надлежност арбитраже. Из онога што је горе речено проистиче да се знање туженог за арбитражну клаузулу или за чињенице које служе као основ уверења да је он такво знање у време закључења морао имати, доказују посредно, извођењем закључка из садржине исправа поднесених као доказ.

Аргументи изложени за друго од приказаних схватања чине да смо том схватању ближи него првом. Преимућство другог мишљења видимо у томе што оно спречава да арбитражно суђење избегне онај тужени који је у време закључења правног посла очигледно пристао да спор буде решен тим путем.

На крају, потребно је указати на то да и Правилник о СТА садржи одредбу по којој је арбитражни уговор пуноважно закључен и кад је одредба о надлежности Арбитраже садржана у општим условима, „ако су они саставни део основног правног посла“ (чл. 12. ст. 3). Ако се ова одредба тумачи у складу са схватањем да се знање за арбитражну клаузулу, односно постојање нужности тога знања може доказивати, онда би смисао одредбе био у томе да би за пуноважно заснивање надлежности Арбитраже било довољно да изјава којом се нуди закључење главног уговора или изјава којом се та понуда прихвата, садржи упућивање на опште услове као на саставни део тог уговора. Међутим, не може се одбацити могућност да наведена одредба Правилника буде протумачена у супротном смислу да се арбитражном клаузулом, унесеном у опште услове, надлежност Арбитраже заснива само ако странка која потписује изјаву о прихватању општих услова има у том тренутку пред собом њихов текст који је друга страна приложила својој изјави или се он налази на полеђини те изјаве, у којој се на опште услове упућује као на њен саставни део. Ово друго тумачење не би било у складу са праксом Арбитраже, која, као што се из цитираних спорова види, сматра да се њена надлежност може засновати и позивањем на опште услове који садрже арбитражну клаузулу.

SUMMARY

THE GENERAL CONTRACTUAL TERMS AND CONDITIONS AND THE JURISDICTION OF ARBITRAGE

The subject of analysis is the question of whether the jurisdiction of arbitration is established by the statements by which the legal transaction has been entered into, if one of the contractual parties should make reference to the general conditions containing the compromise clause, while these conditions are to be found in a special document which is not enclosed with the statement referring to them (the general conditions).

The reason for the posing of this question is the provision of Article 142. of the Law of Obligations.

Having stated the diversity of opinion relative to the resolution of the given question, the author outlines various views in foreign and Yugoslav theory and practice.

His own view is very similar to the view that the form which should be prescribed for the entering into an arbitration contract (agreement) is the form *ad probationem*, for it offers the defendant the same or approximately the same legal protection as the form *ad solemnitatem*, but is better suited to the requirements of commercial arbitration.

Finally, the author concludes that the Rules of Arbitration in Export-Import Transactions in Belgrade should be construed to the effect that if the statement offering the entering into the main contract or the statement accepting that offer contains reference to the general conditions, then this is sufficient requirement for the establishment of the jurisdiction of that Arbitration.

The author rejects the possibility of adverse interpretation.

RÉSUMÉ

LES CONDITIONS COMMUNES DES CONTRATS ET LA COMPÉTENCE D'ARBITRAGE

Le sujet d'observation est la question si la compétence d'arbitrage peut être fondé sur des déclarations écrites par lesquelles des ouvrages juridiques sont conclus, en cas qu'une des parties se réfère aux conditions communes, en impliquant la clause compromissoire et ces conditions se trouvent dans un document particulier qui n'est pas joint aux ces déclarations. Cette question se pose au sujet d'article 142 du Loi des rapports des obligations. En constatant la division des opinions qui concluent cette question, l'auteur expose des attitudes en théorie et en pratique yougoslave et étrangère. L'auteur, lui-même s'approche à l'avis que la forme prescrite pour la conclusion d'un accord arbitraire est la forme *ad probationem*, puisqu'elle donne à l'accusé la même ou presque la même protection comme la forme *ad solemnitatem* et elle répond mieux aux besoins d'arbitrage commerciale.

Enfin, l'auteur conclut qu'on doit interpréter le Règlement d'Arbitrage commerciale extérieure à Belgrade, de sorte que la compétence d'Arbitrage se fonde sur la déclaration de soumission pour la conclusion du contract principal, ou sur la déclaration d'acceptation de cette soumission et qu'elle contient la référence sur les conditions communes. Cependant, l'auteur n'exclut pas la possibilité d'une interprétation opposée.