

Др Мирко Васиљевић\*

## АРБИТРАЖНИ УГОВОР И ИНТЕРКОМПАНИЈСКОПРАВНИ СПОРОВИ

*Афирмација арбитражног решавања привредних спорова у области уговорног права, и на националним нивоима (као несумњив тренд, иако различитог степена) и на међународном нивоу, отворила је питање могућности таквог начина решавања и интеркомпанијскоправних спорова, како би се слобода воље инвеститора проширила из домена оснивања трговачких друштава и у домен слободе избора форума решавања могућих спорова из бројних правних односа те природе. Ипак, за разлику од уговора у којима слобода воље има примат у односу на њена ограничења (однос правила и изузетка), сфера интеркомпанијскоправних односа, иако у основи уговорна по настанку, у свом функционисању има наглашену потребу да реши сукоб уговорног и компанијског права, како би арбитрабилност тих спорова била реално могућа, а, с друге стране, сфера компанијског права увек је више од уговорног права у фокусу пажње националних јавних поредака, као универзалне установе (независно од свог обухвата) која представља брану арбитрабилности тих спорова.*

У овом чланку аутор најпре анализира правну природу конститутивних аката привредних друштава (оснивачког акта и статута акционарског друштва) у контексту арбитражног уговора, на коме се једино може засновати арбитрабилност интеркомпанијскоправних спорова, и закључује да њихова уговорна природа представља озбиљну сметњу за мандаторне арбитраже тих спорова (ако би ови акти с овом клаузулом били усвојени већином гласова), с тим што би теорија уговора по приступу могла да буде излаз за подстицај арбитрабилности, али само у затвореним формама друштава, док у јавном акционарском друштву то не би било могуће, посебно у случају непрофесионалних акционара, због потребе њихове додатне заштите установама потрошачког права. Аутор, затим, анализира и сам појам интеркомпанијскоправних спорова и системе могуће објективне арбитрабилности (*ratione materiae*) тих спорова, констатујући да српско арбитражно право и компанијско право, посебно у могућој рестриктивној концепцији „искључиве надлежности привред-

---

\* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду и председник Сталне арбитраже при Привредној комори Србије, [vaske@ius.bg.ac.rs](mailto:vaske@ius.bg.ac.rs).

них судова“ за те спорове, у најмању руку има озбиљне разлоге за промене у прилог снажења њихове арбитрабилности, уз одређена потребна појединачна искључења, где доминира интерес јавног поретка. Најзад, аутор анализира и неке аспекте мултистраначке природе интеркомпанијскоправних спорова, посебно у вези са јавним акционарским друштвима, као могуће процедуралне сметње за њихово арбитражно решавање, чак и у условима њихове евентуалне неспорне објективне арбитрабилности.

Кључне речи: *Арбитражни уговор. – Уговор о оснивању привредног друштва. – Статут акционарског друштва. – Арбитрабилност. – Интеркомпанијскоправни арбитражни спорови. – Мултистраначке арбитраже. – „Принудне“ арбитраже.*

## 1. ПОЈАМ АРБИТРАЖНОГ УГОВОРА

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

<sup>1</sup> Вид. Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris 1996, 213–328, 373–461; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009, 197–407, 563–1232; Masaaki Kondo *et al.*, *Arbitration Law of Japan*, Tokyo 2004, 43–52; Alan Redfern, Martin Hunter, *International Commercial Arbitration*, London 1992, 137; Tibor Varady *et al.*, *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, St. Paul, Minn 1999, 220–266; Aleksandar Goldštajn, Siniša Triva, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb 1987, 92–108; Toni Deskoski, *International Arbitration Law*, Skorje 2016, 161–177; Миодраг Трајковић, *Међународно арбитражно право*, Београд 2000, 231–323; Маја Станивуковић, *Међународна арбитража*, Београд 2013, 73–142; Гашо Кнежевић, *Међународна трговинска арбитража*, Београд 1999, 32–50; Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд 2009, 45–68; Јелена Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд 1998, 41–219; Александар Јакшић, *Међународна трговинска арбитража*, Београд 2003, 193–298.

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

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

Арбитражни уговор (*компромис* – ако је спор већ настао или *компромисорна клаузула* у основном правном послу за евентуални будући спор из тог посла) настаје по свим правилима уговорног права<sup>4</sup>, с тим што, осим позитивног дејства (уговарање арбитражног форума), има и негативно дејство (искључење надлежности иначе надлежног државног суда)<sup>5</sup>, односно осим материјалноправног дејства уговора (правна природа уговора – способност уговарања, овлашћење за уговарање, сагласност воља, предмет уговора и арбитрабилност – субјективна и објективна, писмена форма уговора – флексибилно схваћена, могућност прећутног закључења и закључења на основу пословних обичаја или општих услова пословања или на основу понашања странака – уговор по приступу<sup>6</sup>, дејства уговора, промена субјеката уговорног односа, престанак уговора), има и процесноправно дејство (јурисдикциона теорија процесне природе). Арбитражни уговор има аутономни правни статус (одвојивост од основног уговора у коме је садржан, независност у односу на основни уговор – постојање, пуноважност и правна дејства).<sup>7</sup> У сваком случају арбитражни уговор обавезује само уговорне стране које су га закључиле или му приступиле (не, дакле, и трећа лица, осим кад се у смислу правила субјективне арбитрабилности – *arbitrability ratione personae*, непотписници не

<sup>4</sup> Више: G. Born, 563–766; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 261–327, 373–461; М. Станивуковић, 73–77, 87–101; Ј. Перовић, 87–106, 119–149; Мирјана Чукавац, „Садржина арбитражног уговора“, *Арбитража* 2001, 15–65.

<sup>5</sup> Више: Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 395–430.

<sup>6</sup> Сагласност на арбитражни уговор може бити и прећутна или индиректна: сагласност на предметни уговор са том клаузулом конституише и сагласност на ту клаузулу, сагласност на арбитражну клаузулу у предметном уговору не укључује обавезно и сагласност на тај уговор, сагласност према околностима случаја не захтева и потпис, потпис не мора нужно значити и сагласност (принуда, превара), сагласност може произићи из понашања (конклуцентне радње) или бити прећутна (чак и усмени уговор може укључити прећутни арбитражни уговор, на основу пословних обичаја, чак и без усменог позивања на тај уговор), сагласност се може заснивати на размени уговорне документације, сагласност на арбитражу може произићи и из радњи у арбитражном поступку и без арбитражног уговора, сагласност може произаћи и из прихвата општих услова пословања (типских уговора, уговора по приступу) са арбитражном клаузулом. Вид. G. Born, 661–674; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 274–323, 373–394; М. Станивуковић, 89–95; Ј. Перовић, 132–149. За изворе права, у овом домену, домаће и међународне, вид. Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука, 1958. (Њујоршка конвенција, Закон о ратификацији, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 11/81, чл. II); UNCITRAL Модел закон о међународној трговинској арбитражи (Модел закон, документ Уједињених нација А/40/17, Анекс I, 1985, 2006, чл. 7); Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи (Европска конвенција, Уредба о ратификацији – *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 12/63, чл. 1, ст. 2); српски Закон о арбитражи – ЗА, *Службени гласник РС*, бр. 46/06, чл. 12.

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

могу сматрати трећим лицима<sup>8</sup>: цесија уговора, уступање уговора, суброгација, сукцесија, „пробијање правне личности“<sup>9</sup>, повезана привредна друштва)<sup>10</sup> или је реч о „арбитражи без уговора“ (*arbitrability without privity* – инвестиционе арбитраже на основу закључених билатералних међудржавних споразума о заштити страних инвестиција – ВІТ)<sup>11</sup> или, коначно, код инвестиционих арбитража могућност да сваки власник акција или удела, па и индиректни, као „заштићени улагач“ на основу ВІТ-а<sup>12</sup>, покрене спор против државе домаћина инвестиције, прихватајући тиме надлежност изабраног арбитражног форума да решава њихов међусобни спорни однос.

## 2. (НЕ)УГОВОРНА ПРИРОДА КОНСТИТУТИВНИХ АКТА ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА

Правно, привредно друштво настаје на уговорној основи (атилично је једночлано друштво), без обзира на то да ли има својство правног субјекта или не. Уговор о оснивању привредног друштва мора бити сачињен у писменој форми (*forma ad solemnitatem*), по правилу и уз неки облик свечане форме (овера потписа у суду, сачињавање или овера од нотара и слично).<sup>13</sup>

<sup>8</sup> G. Born (1142–1210) разликује следеће основе везаности арбитражним уговором непотписника: заступништво (агенцу), очигледно овлашћење, прећутну сагласност, алтер его и „пробијање правне личности“, доктрину „групе компанија“, уговор у корист трећих лица, гаранте, сукцесију, асигнацију и друге преносе уговорних права, суброгацију, *estoppel* и повезане доктрине, ратификацију, корпоративне директоре и *officers* (који извршавају арбитражни уговор иако су непотписници), акционаре по основу деривативних тужби за компанију, непотписнике код арбитраже у који је укључена држава, учеснике *joint venture* односа. Вид. и Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 431–452.

<sup>9</sup> Leonid Shmatenko, „Piercing the Corporate Veil is Relative“, *Young Arbitration Review (YAR)* 4(1)/2012, 25–29.

<sup>10</sup> Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 299–305; Rimantas Daujotas, „Non-signatories and Abuse of Corporate Structure in International Commercial Arbitration“, 2012, 1–23, <http://ssrn.com/abstract=2148900>, 25. март 2018; Osman Erturk Ozel, „The Group of Companies Doctrine as a Non-Signatory Issue in Arbitration Agreements“, 2016, [http://ozel.law/wp-content/uploads/2016/04/ozel\\_articles-002.pdf](http://ozel.law/wp-content/uploads/2016/04/ozel_articles-002.pdf), 25. март 2018; Sarita Patil Woolhouse, „Group of Companies Doctrine and English Arbitration Law“, *Arbitration International* 20(4)/2004, 435–444; Pedro Alberto Costa Braga de Oliveira, „Non-Signatories to the Arbitration Agreement: Recent Developments in Brazil“, 2007, <http://ssrn.com/abstract=1673008>, 25. март 2018; Мирјана Цукавац, „Арбитража и трећа лица“, *Арбитража* 2003, 28–53.

<sup>11</sup> Jan Paulsson, „Arbitrability Without Privacy“, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 10(2)/1995, 232–257.

<sup>12</sup> М. Станивуковић, 144–148.

<sup>13</sup> Вид. Frank Easterbrook, Daniel Fischel, „The Corporate Contract“, *Foundations of Corporate Law* (ed. Roberta Romano), New York 2012, 152–160.

Општи услови уговорног права који се траже за пуноважност уговора<sup>14</sup> захтевају се подједнако и за тај уговор<sup>15</sup> јер и он *има облигациона дејства* (способност уговорних страна, форма, предмет, сагласност воља, кауза). За разлику од општих правила уговорног права, која важе за уговоре који имају облигациона дејства, будући да тај уговор може да *има и статусна – институционална дејства* (када на његовој основи настаје привредно друштво као правни субјект)<sup>16</sup>, у том уговору има и одређених посебних правила која произлазе из тог дејства. Ипак, уговорна природа тих друштава доминира код друштава лица (ортачко трговачко друштво и командитно друштво), док институционална природа доминира код друштава капитала (друштво с ограниченом одговорношћу и, посебно, акционарско друштво), чиме се омогућује да та друштва функционишу *техником рада органа друштва (теорија већине)* јер њима након оснивања управљају органи друштва, а не оснивачи и доцнији чланови. То је, међутим, потпуно тачно за акционарско друштво са јавним уписом акција, које и на тај начин испољава све одлике друштва капитала, али не и за друштво са ограниченом одговорношћу (и делом и за акционарско друштво без јавног уписа акција) које и након оснивања задржава доста карактеристика друштва лица (*intuitu personae*), тако да су уместо органа друштва, ипак, често у функцији одлучивања чланови друштва (*теорија уговора*).

Уговорне стране за уговоре о оснивању привредног друштва могу бити и физичка и правна лица (осим ако то у одређеним случајевима није изричито искључено). По правилу, тај уговор није билатералан већ мултилатералан, али се углавном *не прописује максималан број уговорних страна*. Ипак, и у случају кад закони не садрже ограничење максимума уговорних страна, фактички друштва лица, па и друштво са ограниченом одговорношћу, због своје природе, тешко могу да функционишу са великим бројем ортака или чланова, што је опет фактичко питање. Најзад, иако је природа привредних друштава уговорна, закони по правилу никад не траже аутоматски престанак друштва када оно у току пословања спадне на једног ортака, па ни у случају када по закону такво друштво не може бити једночлано (друштва лица), већ редовно остављају рок (у којем може бити једночлано) за преображај таквог друштва у другу правну форму или за приступање новог ортака (члана).

<sup>14</sup> Вид. Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1980, 245–366; Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2007, 212–331.

<sup>15</sup> Српски Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/11, 83/14, 5/15, чл. 11, 94, 127, 141 и 265.

<sup>16</sup> О уговорној и институционалној концепцији привредног друштва и ставу да је оно по својој природи и уговор и институција, вид. Philippe Merle, Anne Fauchon, *Droit commercial – sociétés commerciales*, Paris 2018, 32–34; Paul Le Cannu, Bruno Dondero, *Droit des sociétés*, Paris 2012, 163–186.

Уговорна природа конститутивних аката привредних друштава, те и уговорна природа арбитражног уговора, отвара питање могуће надлежности арбитражног форума уговореног управо у тим актима. Арбитражна клаузула у конститутивном акту привредног друштва уговорне природе усваја се при оснивању друштва у складу са својом природом – једногласношћу чланова оснивача. Проблем може настати ако се арбитражна клаузула уноси у конститутивни акт друштва уговорне природе након закључења тог уговора. Ако је реч о друштвима чисте уговорне природе (независно од тога да ли имају правни субјективитет или не), дакле, ортачком трговачком друштву и командитном друштву, њихова уговорна природа мора остати у сваком случају, те би то било могуће само сагласношћу свих чланова друштва. Кад је, пак, реч о друштвима мешовите природе, и уговорне и институционалне, дакле, друштву с ограниченом одговорношћу и акционарском друштву, спорно је да ли се та клаузула након конституисања друштва може унети неком формом већине (питање је да ли оптирање за арбитражу и слободну вољу свих уговорника може „компензовати“ опција изласка из друштва несагласних чланова у случају могућности уношења такве клаузуле већинском вољом). Исто правно резонување, и код друштава чисто уговорне природе и код друштава мешовите природе, могло би се применити и на касније брисање арбитражне клаузуле из оснивачког (конститутивног) акта привредног друштва. Другачија је ситуација са каснијим променама једногласно уговорене арбитражне клаузуле без дирања у уговорну вољу за арбитражом (уговарање друге арбитражне институције, комплетирање клаузуле недостајућим одредбама и слично), што се неспорно, код свих врста друштава, може извршити и неком формом већинског одлучивања јер је воља за арбитражним решавањем спорова једногласно раније изражена.<sup>17</sup>

Арбитражна клаузула која није укључена у конститутивни акт акционарског друштва са уговорном природом – уговор о оснивању (*article of incorporation, article of association*), већ је укључена у други конститутивни акт мешовите правне природе (уговорне и нормативне), статут друштва (*by-law, statute*), након његовог доношења једногласном вољом акционара (уговорна природа), због неспорне могућности промене овог акта теоријом већине гласова акционара

<sup>17</sup> Вид. Ewald Oberhammer, Stefan Weber, „The Arbitration Agreement and the Arbitrability: The Arbitration of Corporate Disputes in Limited Liability Companies“, *Austrian Yearbook on International Arbitration 2010* (eds. Christian Klausegger et al.), Wien 2010, 25–41; Nikolaus Pitkowitz, „The Arbitration Agreement and Arbitrability, The Arbitrability of Corporate Disputes under Austrian Law – Still Open Questions?“, *Austrian Yearbook on International Arbitration 2014* (eds. Christian Klausegger et al.), Wien 2014, 44; Peter Klein, „The Arbitration Agreement – Arbitrability of Company Law Disputes“, *Austrian Yearbook on International Arbitration 2017* (eds. Gerold Zeiler et al.), Wien 2017, 30, 48–50.

скупштине друштва (институционална природа) изазива још више контроверзи. И у водећој земљи „пријатељској према арбитражи“, САД, судови су дуго времена сматрали да арбитража по деривативним тужбама, чак и код друштва с ограниченом одговорношћу, повређује јавни поредак. Данас је код тих друштава арбитража могућа практично код свих врста корпоративних спорова. Код јавних акционарских друштава код којих се арбитражна клаузула увршћује у конститутивне акте друштва након њиховог доношења, и то од одбора директора или већинским гласовима акционара, поставља се питање да ли они тада имају уговорну природу у смислу правила арбитражног права, те да ли та клаузула обавезује и несагласне акционаре и акционаре који касније стичу акције друштва. Питање је да ли би та примена и на њих била повреда јавног поретка. Америчка теорија није сасвим јединствена, с тим што већинска ипак сматра да ти „нови“ акционари, купујући акције друштва које је већ оптирало за арбитражу, односно „стари“ акционари, не користећи као несагласни „opt-out“ због усвајања арбитражне клаузуле, прећутно прихватају конститутивни акт друштва са таквом клаузулом, који има уговорну природу („уговор по приступу“). Иако се признаје недовољна преговарачка моћ тих акционара, чак и недовољна обавештеност и тиме несвесност постојања такве клаузуле, ипак се сматра да арбитража интерних спорова у јавним корпорацијама не повређује јавни поредак и да арбитража може бити надлежна на тој основи за компанијскоправне тужбе („научена страна из става према интерним споровима у затвореним друштвима“).<sup>18</sup>

Конечно, кад је реч о интеркомпанијскоправним споровима, арбитражна клаузула може бити укључена и у акт неконститутивне природе, који уређује интерне односе чланова друштва и неке односе са друштвом (уговор чланова друштва)<sup>19</sup>, или који уређује односе чланова органа друштва и друштва (уговор о међусобним правима и обавезама), или који уређује односе контролног друштва и зависних друштава (уговор о контроли и управљању).

<sup>18</sup> Упор. Verity Winship, „Shareholder Litigation by Contract“, *Boston University Law Review* 96(2)/2016, 485–542; G. Richard Shell, „Arbitration and Corporate Governance“, *North Carolina Law Review* 67(3)/1989, 517–575; Ann M. Lipton, „Manufactured Consent: The Problem of Arbitration Clauses in Corporate Charters and Bylaws“, *The Georgetown Law Journal* 104(3)/2016, 583–641; Joseph Lee, „Intra-Corporate Dispute Arbitration and Minority Shareholder Protection: A Corporate Governance Perspective“, 2015, 1–20, <http://ssrn.com/abstract=2736981>, 25. март 2018.

<sup>19</sup> Према ЗОПД (чл. 15, ст. 2) тим уговором чланови друштва који су га закључили могу уредити: 1) посебне обавезе тих чланова према друштву, 2) права и обавезе тих чланова у вези са преносом удела односно акција, 3) како ће гласати у скупштини по одређеним или свим питањима, 4) начин прерасподеле добити између тих чланова, 5) начин решавања блокаде у одлучивању, 6) друга питања од значаја за њихове међусобне односе.

У сваком случају, било да је реч о уговору о оснивању привредног друштва (било које форме), као конститутивном акту неспорно уговорне природе (уговор између чланова друштва и чланова друштва и самог друштва), или је реч о акционарском друштву и о другом конститутивном акту – статуту друштва, мешовите природе (уговорне и институционалне), или је реч о другом уговорном акту који уређује одређене односе између чланова друштава или друштва и чланова органа друштва, због неспорно уговорне природе арбитражног уговора, независно од тога у ком је од тих аката он конститутивни део, примена уговорне теорије остаје императив. Отуда, у свим случајевима кад арбитражни уговор није прихваћен једногласношћу свих чланова чији односи у случају спора треба да се решавају уговореним арбитражним форумом, уз искључење надлежног суда и тиме компанијскоправних тужби пред државним судом (директне – индивидуалне, индиректне – деривативне, колективне – *class action*),<sup>20</sup> његово дејство не би могло да се протегне на неговорнике ван правила уговорног права, евентуално коригованих до могућег компромиса уговорног и компанијског права.<sup>21</sup> Наиме, неговорници би у складу с

<sup>20</sup> Claudia H. Allen, „Bylaws Mandating Arbitration of Stockholders Disputes?“, *Delaware Journal of Corporate Law* 39(3)/2014, 769; Stacie I. Strong, „Enforcing Class Arbitration in the International Sphere: Due Process and Public Policy Concerns“, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 30(1)/2008, 100. Неки аутори истичу да то зависи од формулације арбитражног уговора, при чему су могуће три опције: да арбитражни уговор изричито предвиди „*class, mass or collective arbitration*“, да арбитражни уговор искључи те поступке или да је двосмислен или да о томе ћути. Stacie I. Strong, *Class, Mass and Collective Arbitration in National and International Law*, 2013, <https://global.oup.com/academic/product/class-mass-and-collective-arbitration-in-national-and-international-law-9780199772520?cc=rs&lang=en&>, 25. март 2018; Daniel J. Morrissey, „Will Arbitration End Securities Litigation?“, 2012, <http://ssrn.com/abstract=2048707>, 25. март 2018; John C. Coffee, „The Death of Stockholder Litigation?“, *The National Law Journal*, 13 February 2012; George W. Dent, „The Power of Directors to Terminate Stockholder Litigation: The Death of the Derivative Suit?“, *Northwestern University Law Review* 75(1)/1980, 96–146; М. Станивуковић, 148–153.

<sup>21</sup> У праву САД (*Model Business Corporation Act*, 2002, *par.* 10.20), посебно у праву државе Делавер (*Delaware General Corporation Law*, 1953) у којој се региструје већина јавних акционарских друштава, то питање се решава изричитим давањем примата правилима компанијског права (иако се оснивачком акту друштва и статуту акционарског друштва даје углавном природа уговора – уговор између корпорације и акционара, као и између самих акционара – *доктрина уговора* примењује се у тумачењу тих аката), што иде догле да и одбор директора може да мења те акте друштва (у принципу уз постојање такве овлашћујуће или неискључујуће клаузуле у оснивачком акту – са становишта уговорног права реч је о *једностраној промени акта са природом уговора на основу овог овлашћења*, као изузетка од *принципа билатералне промене*) и укључењем арбитражне клаузуле, која обвезује све чланове друштва који не искористе права несагласних чланова друштва на иступање из друштва у одређеном року (*opt-out*), а што води искључењу надлежности државних судова по основу свих компанијскоправних тужби, с обзиром на то да таква арбитражна клаузула обавезује све чланове друштва (индивидуална арбитражна тужба,



правилима компанијског права морали имати права несагласних чланова друштва<sup>22</sup>, с тим што остаје питање ако то право не искористе

деривативна арбитражна тужба, колективна арбитражна тужба). Сматра се, наиме, да таква *једнострана промена конститутивног акта друштва од одбора директора* мора бити руковођена начелима савесности и поштења (претпоставља, између осталог, и упознатост свих чланова друштва са предлогом промена – *обавеза транспарентности промена*), у доброј вери и у интересу чланова друштва и друштва, а не у сопственом интересу чланова одбора или само у интересу контролних чланова друштва (дужност пажње и дужност лојалности директора компанији – *примена doctrine business judgment rule*), те да је поштовање тих принципа под строгим надзором суда (у случају да су покренути поступци поништаја – било да је реч о једностраним променама од одбора директора или само од контролног акционара уз злоупотребу права већине), као и да, у крајњем, чланови друштва увек имају могућност укидања (стављања ван снаге) таквих промена, усвајања другачијих промена или опозива одбора директора или коначно *opt-out right*, уз обавезу компаније да им откупи капитал учешће. Вид. Albert H. Choi, Geeyoung Min, „Amending Corporate Charters and Bylaws“, 2017, 1–31, [http://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/1898/](http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1898/), 25. март 2018; С. Н. Allen, 761–762.

У пракси судова Делавера промовисане су одлуке које су *сукоб корпорацијског права* (фидуцијарна дужност директора) и *уговорног права* (природа конститутивног акта корпорације) решавале дајући примат начелу фидуцијарне дужности директора и тиме дозвољавајући пуноважност арбитражне клаузуле укључене у конститутивни акт корпорације уз примену теорије већине и тиме њено дејство и према акционарима (члановима) који нису гласали за ту клаузулу (Вид. *Boilermakers Local 154 Ret. Fund v. Chevron Corp.*, 73 A.3d 934 – *Del. Ch. Court*, 2013). Те одлуке су критиковане у америчкој правној теорији због тога што отварају пут принудној арбитражи (акционарска мањина која није гласала за арбитражу) и што дају концесију вољи директора који се у том случају могу налазити у позицији сукоба интереса (уз негирање права акционара), а корпорацијско право има посебан режим решавања института сукоба интереса и увек је са сумњом гледало на корпоративне одлуке у којима постоји сукоб интереса, те нема разлога да се тако не третира и арбитражна клаузула прихваћена вољом већине. Вид. А. М. Lipton (2016), 583–641.

У Канади, иако је уговорна природа статута корпорација спорна (ипак, пошто је реч о приватноправном акту, сматра се да „има логике“ да се тумачи применом правила уговорног права), такође је прихваћена пракса да одбор директора може једнострано мењати статут друштва, између осталог, укључујући и арбитражну клаузулу (са чијим се дејством изједначава и клаузула о одрицању од права на колективне тужбе – *class action*), али ипак у принципу на привременој основи до прве седнице скупштине корпорације. Вид. Gowling WLG, „Coming to Canada: Corporate Disputes and Litigation-Related Bylaws“, 2016, 1–10, <https://gowlingwlg.com/en/insights-resources/articles/2016/corporate-disputes-and-litigation-bylaws-canada>, 25. март 2018.

У Италији (*Legislative Decree*, No 5/2003) арбитражна клаузула у конститутивним актима друштава капитала (друштава са ограниченом одговорношћу и затворених акционарских друштава, али не и јавних акционарских друштава) обавезујућа је чак и ако је усвојена квалификованом већином од две трећине гласова, која такође обавезује и нове чланове друштва, чак и без конкретног одобрења (сагласности). Арбитражна клаузула из тих аката може се протегнути и на чланове органа друштва (директоре, ликвидаторе, интерне ревизоре), обавезујући их на основу саме чињенице прихватања таквог избора (чак и без формалног одобрења

у прописаним роковима, да ли се по теорији уговорног права може сматрати да су прећутно прихватили арбитражну клаузулу (теорија уговора по приступу) или да ипак задржавају права по правилима компанијског права – необавезаност арбитражном клаузулом, и тиме право на подизање компанијскоправних тужби пред државним судовима, што би водило могућности паралелних арбитражних и судских поступака у истим правним стварима и по истим основима. Уз то, непримена правила уговорног права у смислу немогућности примене арбитражног уговора на неуговорнике, односно ускраћивање

клаузуле). Коначно, арбитражна клаузула може се протегнути и на спорове везане за пуноважност одлука скупштине друштва. Тако: Angelo Anglani, Fabio Liguori, „Italy’s New arbitration Laws“, *The European Arbitration Review* 2007, 49–52.

И у Шпанији се арбитражна клаузула може уврстити у оснивачки акт привредног друштва капитала (па и, за разлику од Италије, јавних акционарских друштава) двотрећинском већином гласова чланова друштва (*Arbitration Act*, 60/2003, 11/2011, *art. 11 bis*). Вид. Maria Pilar Perales Viscasillas, „Some Specific Issues About Arbitrability in Spain: Back to the Past“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 4/2017, 33–36. С друге стране, Апелациони суд Сао Паола заузео је став о непуноважности арбитражне клаузуле наметнуте већином гласова у случају постојања текућег спора између акционара. Нешто касније, ипак, Федерални апелациони суд Бразила прихватио је ваљаност уврштења арбитражне клаузуле у статут друштва већином гласова, што обавезује све чланове друштва (акционаре), уз право неслагасних чланова друштва на процену и откуп акција од друштва и излазак из друштва. Вид. Nikolai Rebelo, „Petrobras Case and New Brazilian Jurisprudence on Corporate Arbitration“, 2017, 1–3, <https://www.linkedin.com/pulse/petrobras-case-new-brazilian-jurisprudence-corporate-nikolai-rebelo>, 25. март 2018.

У Русији (*Federation Law on Int. Commercial Arbitration*, No 5338–1/93, 3/2008, 29/15, чл. 7, тач. 8) арбитражна клаузула (могуће је само уговарање институционалне арбитраже) може се уврстити у оснивачки акт привредног друштва само једногласно, с тим што се односи на све учеснике (чланове друштва), само привредно друштво и друга лица која су сагласна да се односи и на њих.

У Немачкој, правна теорија стоји на становишту да укључење арбитражне клаузуле или проширење постојеће арбитражне клаузуле у оснивачком акту компаније захтева сагласност *свих* чланова (акционара), те да укључење амандманом квалификоване већине није могуће. Како сагласност у смислу арбитражног уговора не мора бити изричита (може бити и прећутна, сагласност позивањем на опште услове и слично), остаје отворено питање шта се може сматрати таквом сагласношћу код те клаузуле у конститутивним актима компаније и питање правног дејства форми прећутне сагласности. Вид. Jan Kraayvanger, Mark C. Hilgard, „Arbitrability of Shareholders’ Disputes under German Law“, *International Litigation Quarterly* 26(1)/2009.

<sup>22</sup> „Акционар може да тражи од друштва да откупи његове акције ако гласа против или се уздржи од гласања за одлуку: ...б) којом се мењају његова друга права, ако је статутом одређено да акционар из тог разлога има право на неслагасност и на накнаду тржишне вредности акција у складу с овим законом“ – српски ЗОПД, чл. 474, ст. 1, тач 6.

„Одредбе о правима неслагасних акционара сходно се примењују и на чланове друштва с ограниченом одговорношћу, осим ако је оснивачким актом тог друштва другачије одређено“ – српски ЗОПД, чл. 477.

обавезне или принудне арбитраже (за чланове друштва који нису прихватили арбитражну клаузулу), иако са становишта теорије уговора правно коректна, могла би водити злоупотреби права мањине и блокади интереса већине, као и интереса самог привредног друштва (имајући у виду предности арбитраже у односу на судско решавање спора). Чини се да су то убедљиви разлози да путоказ за решење тог сукоба компанијског и уговорног права, које компанијско право оставља отвореним, може да буде изричит прихват теорије уговора по приступу у случају „нових“ и „старих“ несагласних чланова (који не искористе опцију компанијског права за излазак из друштва) свих затворених форми друштава због постојања *intuitu personae* односа и тиме претпостављене упознатости са постојањем те клаузуле. Код јавних акционарских друштава, због непостојања *intuitu personae* односа, не би се могло узети постојање упознатости са том клаузулом. Уз то, код стицања акција на секундарном тржишту посебно од непрофесионалних акционара постоји посебна потреба да се додатно заштите по правилима потрошачког права, те би примена теорије уговора по приступу била правно тешко неприхватљива.

У том контексту, пак, српски Закон о привредним друштвима изричито каже да „лице које накнадно приступи друштву, оснивачки акт друштва, односно статут друштва обавезује од дана стицања својства члана друштва“<sup>23</sup> (што, дакле, важи и за садржану арбитражну клаузулу – правна сингуларна сукцесија – нови члан друштва, без обзира на основ стицања, правно је сукцесор свог правног претходника и ступа у његов правни положај).<sup>24</sup> Домашај те норме српског компанијског права ипак је упитан због изостанка било какве рестрикције за јавна акционарска друштва, посебно због непрофесионалних акционара који стичу акције на секундарном тржишту хартија од вредности, а који као слабија уговорна страна морају бити и у фокусу посебне заштите у смислу права потрошача. То управо чине и немачко право и пракса, који дејство арбитражне клаузуле конститутивних аката друштва на нове чланове (прећутни прихват) ипак ограничавају на друштва с ограниченом одговорношћу (редовно с релативно ограниченим бројем чланова код којих постоји однос *intuitu personae*) и чак и за нејавна акционарска друштва, али сматра врло упитним да ли то може да се примени у јавним акционарским друштвима (котирана друштва на берзама), с обзиром на то да може постојати потенцијално неограничен број нових акционара<sup>25</sup>

<sup>23</sup> ЗОПД, чл. 11, ст. 5. Вид. N. Pitkowitz, 36.

<sup>24</sup> Вид. E. Oberhammer, S. Weber, 25–41.

<sup>25</sup> Резоновање немачког Врховног суда (BGH) у одлуци познатој као одлука „*Arbitrability I*“ (April 6, 2009) да важност арбитражне клаузуле оснивачког акта компаније не треба да зависи од броја чланова, с обзиром на то да је тај број променљив, правно је утемељено, посебно због тога што се односи на друштво с

међу којима не постоји однос *intuitu personae* нужен за извлачење претпоставке о прећутној сагласности (питање је да ли се у њиховом стицању акција путем иницијалне јавне понуде, преузимања или стицања на секундарном тржишту хартија од вредности могу наћи елементи „приступања тим актима“ и тиме прећутне сагласности на арбитражну клаузулу која је садржана у конститутивним актима друштва чије су акције тако стекли, а такође је отворено и питање да ли се на такво стицање акција јавног акционарског друштва од непрофесионалних акционара примењују све захтевнија правила о заштити потрошача, те да ли они могу имати тај статус).<sup>26</sup> Решење тог питања зависи од националних закона, а распон се може кретати од изгледног негирања валидности у немачком праву, до апсолутног прихвата у корпорацијском праву САД (али уз негативан став Комисије за хартије од вредности – SEC).

### 3. ПОЈАМ ИНТЕРКОМПАНИЈСКОПРАВНИХ СПОРОВА

Одређење домена интеркомпанијскоправних спорова полазна је претпоставка и за расправу о арбитрабилности тих спорова, као и за расправу о дејству арбитражног уговора и потенцијалном дејству арбитражне одлуке. За то одређење појам „компанија“ узимамо у ширем смислу, обухватајући тиме и форме друштава које у класичном смислу чине друштва лица (ортачко привредно друштво, командитно друштво) и форме друштава које у класичном смислу чине друштва капитала (друштво с ограниченом одговорношћу и акционарско друштво). Такво одређење, иако не сасвим правнички коректно, ипак је са становишта српског права могуће, с обзиром на то да оно у том погледу прихвата романску концепцију привредних друштава која даје правни субјективитет не само формама друштва капитала већ и формама друштва лица.<sup>27</sup>

Интеркомпанијскоправни спорови представљају сложени сплет правних односа у вези са настанком привредног друштва („компаније“ у реченом смислу), функционисања друштва и престанка друштва.

ограниченом одговорношћу и везано је за његову природу. Није јасно да ли се тај став односи и на јавна акционарска друштва, али претпостављамо да у том смислу (број чланова) стоје исти разлози за такав став. Међутим, отворено је питање применљивости због природе друштва. Вид. J. Kraayvanger, M. C. Hilgard.

<sup>26</sup> Вид. Lars Markert, „Arbitrating Corporate Disputes – German approaches and International solutions to Reconcile Conflicting Principles“, *Contemporary Asia Arbitration Journal* 8(1)/2015, 38–40.

<sup>27</sup> Joseph Hamel, Gaston Lagarde, Alfred Jauffret, *Droit commercial*, Paris 1980, 17–20, 339; Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris 2006, 77–87; P. Le Cannu, B. Dondero, 219–243; Yves Guyon, *Droit des affaires*, Paris 2003, 95–97; Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд 2017, 51–67.

Због постојања вишеструких правних односа и разноврсности форми привредних (трговачких) друштава која постоје у националним правима, није могуће утврдити лимитативне листе тих спорова.<sup>28</sup> Реч је о разноврсним правним односима корпоративног порекла и природе у том својству: члан(ови) – други члан(ови) друштва, члан(ови) – привредно друштво; привредно друштво – члан(ови), члан(ови) друштва – чланови органа привредног друштва, привредно друштво – члан(ови) органа привредног друштва и слично.<sup>29</sup> Да би били предмет могућег арбитражног решавања у случају спора, сви ти односи морају бити „покривени“ арбитражном клаузулом (уговором), садржаном у конститутивним актима друштва или посебним уговорима. У том смислу и потенцијална арбитрабилност одлука скупштине привредног друштва и евентуално других органа друштва испуњава услове за арбитрабилност, у случају постојања одговарајућег арбитражног уговора, јер је реч о правним односима чланови друштва – други чланови друштва или односима привредно друштво – чланови органа друштва. Спорност потенцијалне арбитрабилности одлука органа привредног друштва, посебно одлука скупштине чланова друштва, може се налазити у другој равни – могуће дејство такве одлуке на трећа лица која нису „покривена“ арбитражним уговором због принципа хоризонталног дејства арбитражне одлуке само на лица која су дала сагласност (изричиту, прећутну у најширем поимању) на арбитражни уговор.<sup>30</sup>

Коначно, за одређење појма интеркомпанијскоправних спорова важно је и питање разграничења домена компанијског права и права хартија од вредности (уже берзанског права). Наиме, питање је да ли су у обухвату арбитражног уговора и акционари који на тржишту хартија

<sup>28</sup> Тако и: L. Markert, 31–32.

<sup>29</sup> А. Јакшић (241–242) отвара питање постојања правних односа оснивача друштва са привредним друштвом у смислу везаности арбитражном клаузулом и самог друштва (кад се она налази у његовом конститутивном акту), с обзиром на то да оно није потписник тог акта, већ су то његови оснивачи. Иако је, међутим, тачно да привредно друштво као правни субјект настаје тек уписом у регистар, те да оно не може у време кад не постоји (фаза оснивања) овластити осниваче да донесу конститутивне акте одређене садржине (укључујући и арбитражну клаузулу), а када друштво настане, оно врши вољом својих органа (које конституишу оснивачи) акт одобравања (прихватања, ратихабиције) аката својих оснивача (тима и конститутивних аката са арбитражном клаузулом), чиме ступа у одвојене односе као правни субјект и са својим оснивачима (и каснијим члановима), као и са члановима својих органа, који су покривени предметном арбитражном клаузулом конститутивних аката. О томе вид. Мирјана Радовић, „Појам уговора у име будућег друштва“, *Право и привреда* 4–6/2014, 148–175.

<sup>30</sup> Stavros L. Brekoulakis, „On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern“, *Arbitrability – International and Comparative Perspectives* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009, 20.

од вредности (секундарно тржиште) или по основу иницијалне јавне понуде (ПРО) стичу акције, с обзиром на то да они нису чланови привредног друштва до тог момента и арбитражне клаузуле из конститутивних аката друштва не односе се на њих (регулатива тржишта хартија од вредности их третира као спољне корпорацији и по правилу на њих, ако су непрофесионални инвеститори, протеже и додатна правила заштите из сфере заштите потрошача). Повреде правила стицања акција на тржишту хартија од вредности не спадају у правила корпоративног управљања и спорови по том основу нису покривени арбитражном клаузулом из интеркомпанијскоправних спорова.<sup>31</sup> То је и кључни разлог негативног става Комисије за хартије од вредности САД (SEC) о арбитрабилности тих спорова, иако се та земља може окарактерисати као водећа „пријатељска земља према арбитражи“ (*arbitration friendly* – постојање претпоставке арбитрабилности).<sup>32</sup> Истим разлозима мотивисано је и изричито законско искључење могућности уговарања арбитражног уговора у неким акционарским друштвима у Русији.<sup>33</sup> Истоветна сумњичавост и опрезност у погледу проширења примене арбитражне клаузуле на нове акционаре јавних акционарских друштава, посебно на непрофесионалне акционаре који имају потребу додатне заштите у смислу заштите потрошача (статус им је ближи статусу потрошача и тиме слабије уговорне стране него статусу инвеститора – трговца који нема посебне потребе за таквом заштитом)<sup>34</sup>, постоји и у немачком компанијском и берзанском праву и пракси.<sup>35</sup>

<sup>31</sup> О разлици интеркомпанијскоправних захтева и захтева који произилазе из тржишта хартија од вредности и о разграничењу регулације тржишта хартија од вредности и регулације корпоративног управљања (доктрина интерних корпорацијских послова), вид. Ann Lipton, *Mandating Arbitration of Securities Claims via Corporate Governance Documents?*, Business Law Prof. Blog, 2014, [http://lawprofessors.typepad.com/business\\_law/2014/09/mandating-arbitration-of-securities-claims-via-corporate-governance-documents.html](http://lawprofessors.typepad.com/business_law/2014/09/mandating-arbitration-of-securities-claims-via-corporate-governance-documents.html), 25. март 2018.

<sup>32</sup> A. M. Lipton (2016), 596–600; C. H. Allen, 775–781, 802–809.

<sup>33</sup> Арбитражна клаузула не може се уврстити у оснивачки акт акционарског друштва које има више од хиљаду акционара са правом гласа, као ни у оснивачки акт јавног акционарског друштва – *Federation Law on International Commercial Arbitration*, No 5338–1/93, 3/2008, 29/15, чл. 7, тач. 8.

<sup>34</sup> Конституисање на тој основи практично обавезне – мандаторне арбитраже (те клаузуле се често и не преговарају и нема адекватне информисаности која би оправдавала прећутну сагласност) и за акционаре потрошаче (не и за акционаре инвеститоре) са дејством одрицања „приступа суду“ отвара и само питање уставности одрицања приступа правди. Вид. Omri Ben-Shahar, „The Paradox of Access Justice and its Application to Mandatory Arbitration“, *The University of Chicago Law Review* 83(4)/2016, 1755–1817; Kenneth S. Abraham, J. W. Montgomery, „The Lawlessness of Arbitration“, 2002, [http://ssrn.com/abstract\\_id=353340](http://ssrn.com/abstract_id=353340), 25. март 2018; Stephen J. Ware, „Default Rules from Mandatory Rules: Privatizing Law Through Arbitration“, *Minnesota Law Review* 83(3)/1999, 704–754.

<sup>35</sup> Вид. L. Markert, 39–40.

#### 4. АРБИТРАЖНИ УГОВОР И „ОБАВЕЗНЕ (ПРИНУДНЕ) АРБИТРАЖЕ“

Арбитражни уговор и у сфери компанијског права и права хартија од вредности настаје у принципу применом уговорне теорије – сагласност воља свих уговорних страна (двостраначки, мултистраначки). Ипак, мешовита природа привредних друштава (уговорна и институционална), као и мешовита природа конститутивних аката у којима се уговарају арбитражни уговори (клаузуле), посебно код друштава која у класичном смислу представљају друштва капитала, отвара питање дозвољености „обавезних – принудних арбитража“, с обзиром на то да се ти акти (посебно њихове промене након настанка) могу усвојити већинским гласовима чланова друштва, ако као такви обавезују и у контексту арбитражне клаузуле преостале мањинске чланове друштва по броју гласова, или ти мањински чланови ступе у друштво након усвајања арбитражне клаузуле (искључујући тиме компанијскоправне тужбе чланова привредног друштва пред судовима).<sup>36</sup> Имајући у виду да друштва с ограниченом одговорношћу имају, с обзиром на своју природу, релативно мањи број чланова (чак и у условима тренда брисања максимума чланова у националним законима), тај проблем не постоји у толикој мери у тим друштвима јер су мањински чланови по броју гласова редовно информисани и имају сазнања о постојању арбитражне клаузуле (*intuitu personae*) и правно се може узети да су се прећутно са њом сагласили (уговор по приступу).

Проблем својеврсне валидности „обавезних – принудних арбитража“ постоји у акционарским друштвима са великим бројем акционара у којима и не постоји однос *intuitu personae*, посебно у јавним акционарским друштвима која емитују акције јавним путем (иницијалне јавне понуде са проспектом), односно чијим се акцијама тргује на секундарним тржиштима акција без ограничења. Како је реч о отвореним друштвима, у принципу са великим бројем акционара, посебно непрофесионалних акционара, без обзира на транспарентност и доступност у јавним регистрима конститутивних аката јавног друштва (који у моменту стицања акција нових акционара након настанка друштва садрже арбитражну клаузулу, као и проспекта који прати јавну емисију акција са таквом клаузулом или који упућује на такву клаузулу у конститутивним актима друштва), правно посматрано, тешко би било бранити став о њиховој упознатости са постојањем арбитражне клаузуле која их тим стицањем акција и својства акционара обавезује својим позитивним (уговорени арбитражни форум)

<sup>36</sup> Jay Eisenhofer, Michael Barry, Arbitration Threatens to Wipe Out Shareholder Rights, Pensions & Investments, 2014, <http://www.pionline.com/article/20140121/ONLINE/140129979/arbitration-threatens-to-wipe-out-shareholder-rights>, 25. март 2018.

и негативним дејством (одрицање од компанијскоправних тужби чланова друштва пред надлежним судом). За разлику од прописаних фидуцијарних дужности лица која у смислу компанијског права имају дужности према друштву (дужност пажње, дужност лојалности друштву, дужност по основу правила *business judgment*), које такође не важе за мањинске акционаре по капиталу (који немају контролно капитал учешће или бар значајно капитал учешће), компанијско право не прописује дужност информисања тих (постојећих и нових) чланова друштва са конститутивним актима друштва и тиме сазнање о постојању арбитражне клаузуле (информисање је право, а не и дужност), која би као таква могла бити праћена одговарајућом санкцијом (на пример, конституисање претпоставке прећутног прихвата такве клаузуле и њених дејстава).<sup>37</sup> Уз то, нови акционари који то постану на секундарном тржишту или у контексту иницијалне јавне понуде то постају по правилима берзанског права и не могу бити обухваћени појмом интеркомпанијскоправних односа, а тиме и спорова из тих односа покривених „затеченом“ арбитражном клаузулом. Коначно, на акционаре који стичу акције отворених друштava по правилима берзанског а не компанијског права, који се у смислу прописа о заштити потрошача могу сматрати потрошачима (непрофесионални, дисперзовани акционари) морају се применити и посебна правила о заштити потрошача (непоштена пословна пракса, обмањујућа пословна пракса), посебно правила о предуговорном информисању од друштва емитента тих акција, са прописаним санкцијама пропуштања те дужности (однос професионални емитент акција и непрофесионални стицалац акција и потреба додатне и посебне заштите слабије уговорне стране),<sup>38</sup> како би се елиминисао ефекат „обавезних – принудних арбитража“ и тиме негирала изворна уговорна природа арбитраже.

Тако је у САД у области тржишта хартија од вредности дуго времена практично био заснован *систем обавезних арбитража*, с обзиром на то да су брокерско-дилерска друштва у уговоре о купопродаји акција и других серијских хартија од вредности обавезно укључивала арбитражне клаузуле или су се, пак, потрошачи позивали на безусловна права да траже арбитражу на основу правила (*Code of Arbitration Procedure for Customer Disputes* – 12200, из 2008. године) највеће саморегулаторне организације на тржишту хартија од вредности – *Financial Industry Regulatory authority* (FINRA).<sup>39</sup> На-

<sup>37</sup> Вид. Stephen J. Ware, „The Case of Enforcing Adhesive Arbitration Agreements – with Particular Consideration of Class Actions and Arbitration Fees“, *The Journal of American Arbitration* 5(2)/2006, 251–293.

<sup>38</sup> Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/14, 6/16, чл. 13, 17–21.

<sup>39</sup> Доступно на: <https://www.finra.org/>, 25. март 2018.



кон извесног времена федерална Комисија за хартије од вредности (SEC) забранила је уговорне компромисорне клаузуле о обавезној арбитражи у потрошачким уговорима (укључујући и такве клаузуле код стицања акција иницијалним јавним понудама и код трговине акцијама отворених друштава на секундарним тржиштима)<sup>40</sup>, што је у делу правне теорије примљено с неодобравањем, уз изражавање става да то у коначном може бити лоше за инвеститоре.<sup>41</sup> Има, међутим, наговештаја да би SEC могла ускоро да промени став и прихвати валидност мандаторних арбитражних клаузула у јавним акционарским друштвима, с обзиром на то да Врховни суд САД константно подржава такве клаузуле.<sup>42</sup> С друге стране, с правом полазећи од уговорне основе настанка арбитраже, изражава се став да се арбитражно решавање спора мора увек заснивати на уговорној вољи (компромис), а не на законској принуди (принудне арбитраже су посебно критиковане код потрошачких и радноправних уговора).<sup>43</sup>

У сваком случају, право и пракса САД су и у случају тих арбитража, у којима је евидентна неравноправност уговорних страна, више наклоњени могућности арбитражног решавања спорова (па и у смислу „принудних арбитража“ за несагласне чланове компаније у погледу арбитражне клаузуле)<sup>44</sup>, за разлику од права и праксе ев-

<sup>40</sup> Jill Gross, „The Historical Basis of Securities Arbitration as an Investor Protection Mechanism“, *Journal of Dispute Resolution* 1/2016, 171–186; C. H. Allen, 775–781, 809; Hal S. Scott, Leslie Silverman, National Law Journal Op-ed: SEC’s Silent Opposition to Arbitration Bylaws is Speaking Volumes, Committee on Capital Markets Regulation, 2013, <http://www.capmksreg.org/2013/08/12/secs-silent-opposition-to-arbitration-bylaws-is-speaking-volumes/>, 25. март 2018.

<sup>41</sup> Jill I. Gross, „The End of Mandatory Securities Arbitration?“, *Pace Law Review* 4/2010, 1174, 1180–1183. Принудне арбитраже у потрошачким уговорима, укључујући и секундарно тржиште хартија од вредности и иницијалне јавне понуде акција (дакле, и пре настанка спора као део типских уговора или уговора по приступу), такође су критиковане у америчкој правној теорији. Вид. А. М. Lipton (2016), 640–641; Richard M. Alderman, „Consumer Arbitration: The Destruction of the Common Law“, *The Journal of American Arbitration* 2(1)/2003, 1–17.

<sup>42</sup> Samuel M. Ward, Michael A. Toomey, The Problems with Mandatory Arbitration of Securities Claims, The Barrack Bulletin, 2017, <http://www.barrack.com/sites/default/files/The%20Problems%20with%20Mandatory%20Arbitration%20of%20Securities%20Claims%20Law360%20Ward.Toomey.pdf>, 25. март 2018.

<sup>43</sup> Вид. Stephen J. Ware, „What Makes Securities Arbitration Different from Other Consumer and Employment Arbitration?“, *University of Cincinnati Law Review* 76/2008, 447–457; David S. Schwartz, „If You Love Arbitration, Set it Free: How ‘Mandatory’ Undermines Arbitration“, *Nevada Law Journal* 8(1)/2008, 400–422; S. J. Ware (2006), 251–293.

<sup>44</sup> Генерално, Врховни суд САД-а је изричитог става да се „питањима арбитрабилности мора посветити са здравим погледом федералне политике подршке арбитраже“. Вид. Laurence Shore, „The United States’ Perspective on ‘Arbitrability’“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009,

ропских земаља које на то питање гледају опрезније и у погледу дозвољавања арбитражног спора и у погледу постојања више ограничавајућих правила која се односе на валидност арбитражних уговора (компромисорна клаузула) који укључују економски слабију уговорну страну. Уз то, право и пракса европских земаља имају и доста процедуралних правила која се тичу изводљивости арбитражног решавања спорова у које је укључена слабија уговорна страна, како би се омогућили процедурална равноправност, правичност и поштење (питање арбитражних трошкова, прикупљање доказа, сазнавање садржаја права које се примењује) и тиме осигурала равноправност страна и у материјалноправном и у процесноправном смислу.<sup>45</sup>

Право Европске уније<sup>46</sup> и пракса Европског суда правде<sup>47</sup> промовисали су институт неправичних уговорних клаузула („*тест правичности*“), сходно којем се у случају потрошачких уговора у којима је на другој страни од професионалца економски слабија уговорна

68–83; посебно: Врховни суд САД-а је у више наврата заузео став о валидности арбитражних клаузула (*AT&T Mobility v. Concepcion*, *American Express v. Italian Colors*) у потрошачким уговорима, чак и ако их ефективно преклудирају у извршењу законских права (стицање акција после измене конститутивног акта компаније у који је укључена арбитражна клаузула са дејством и према каснијим стицаоцима и без пружања доказа тражења сагласности купца, с претпоставком упознатости са таквом клаузулом на коју се позивао сертификат о акцијама). Отуда, иако се SEC традиционално супротставља принудним акционарским арбитражама, корпорације могу да воде поступке против одлука SEC све до Врховног суда (са великим изгледима на успех код таквог стања ствари). Вид. Alison Frankel, Shareholders Beware: Federal Judge OKs Corporate Arbitration Clause, Reuters, 2014, <http://blogs.reuters.com/alison-frankel/2014/03/27/shareholders-beware-federal-judge-oks-corporate-arbitration-clause/>, 25. март 2018.

Интересанто је, међутим, да је, не тако давно, држава Делавер променила свој корпорацијски закон (*The Delaware Law of Corporations and Business Organizations*, 2015, *par.* 115) и забранила корпорацијама да укључују мандаторне арбитражне клаузуле у своје оснивачке акте или статуте, најмање до нивоа у коме те клаузуле искључују да „интеркомпанијскоправни спорови“ буду покренути пред судовима Делавера. Ипак, остаје проблем, посебно у случају да SEC евентуално промени став, са споровима из домена тржишта хартија од вредности који нису „интеркомпанијскоправни“. Изражава се очекивање да ће амерички Врховни суд, најзад, ограничити експанзивну примену америчког арбитражног закона (FAA) и зауставити ход ка мандаторним арбитражама и тиме спречити корпорације да коришћењем мандаторних арбитражних клаузула у конститутивним актима спрече акционаре да подижу компанијскоправне тужбе пред судовима. Вид. S. M. Ward, M. Toomey.

<sup>45</sup> Више: Milena Đorđević, Marko Jovanović, „Access to Arbitration by Economically Weaker Parties“, *Croatian Arbitration Yearbook* 24/2017, 77–94; Aleš Galić, „Establishing an Out-of-Court Mechanism for the Resolution of Consumer Disputes“, *Croatian Arbitration Yearbook* 24/2017, 95–117.

<sup>46</sup> *Council Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*, 93/13/EEC, 5 April 1993.

<sup>47</sup> *Océano Grupo Editorial SA v. Rocio Murciano Quintero*, C-240/98; *Asturcom Telecomunicaciones SL v. Christina Rodrigues Nogueira*, C-40/08 и други.

страна (при чему се таквом не сматра сваки потрошач јер има потрошача који су исте економске снаге као и друга уговорна страна која је редовно професионалац), која кумулативно испуњава уз то и неке друге услове (правно неука и неупућена у дате послове, неинформисана и приступа уговору који је унапред саставила друга уговорна страна – типски уговор, уговор по приступу, општи услови пословања)<sup>48</sup>, у ком случају се испитује правичност, односно неправичност укључене компромисорне клаузуле.<sup>49</sup> Правило је да се *компромисорне клаузуле* о арбитражном решавању спора из таквих потрошачких уговора проглашавају материјалноправно *ништавим* (посебно ако је седиште арбитраже у другом месту од седишта или пребивалишта потрошача, ако арбитража изазива веће трошкове за потрошача, ако су утврђена друга рестриктивна права за потрошача и слично), с тим што су уговорене арбитраже обавезне да *ex officio* пазе на такву ништавост и да ускрате своју надлежност у таквим случајевима.<sup>50</sup> С друге стране, у случају кад је у предметном потрошачком уговору настао спор, сматра се, у *принципу*, *ваљаним уговарање (компромис) надлежности арбитраже* (посебно институционалне, где потрошач има времена да се информише о правилима по којима се она води и где је, у принципу, равноправна уговорна страна, за разлику од *ad hoc* арбитраже, која је у том погледу упитна). Из истих разлога, у принципу се сматра да је, ако испуњава тест правичности (ненарушавање уговорне равнотеже и равноправности страна уз минималне стандарде заштите потрошача), *правноваљан и посебан уговор са једином клаузулом о надлежности арбитраже*, па и кад је закључен при закључењу предметног потрошачког уговора (лакша доступност и свесност постојања таквог уговора).<sup>51</sup>

## 5. СИСТЕМИ УРЕЂЕЊА ОБЈЕКТИВНЕ АРБИТРАБИЛНОСТИ ИНТЕРКОМПАНИЈСКОПРАВНИХ СПОРОВА

Арбитрабилност у области интеркомпанијскоправних спорова варира од земље до земље<sup>52</sup>, па чак и у истој земљи може варира-

<sup>48</sup> Вид. Наташа Петровић Томић, „Решавање потрошачких спорова пред арбитражом“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2014, 86–114.

<sup>49</sup> У шведском арбитражном закону (*The Swedish Arbitration Act, SFS 1999:116, Section 6, par. 1*) компромисорне клаузуле укључене пре настанка спора у потрошачки уговор немају правну ваљаност.

<sup>50</sup> D. S. Schwartz, 420–422.

<sup>51</sup> То изричито прописује: *German Code of Civil Procedure* (2005, 2013), чл. 1031 (5). За потрошачке спорове у области права осигурања више: Н. Петровић Томић, 86–114.

<sup>52</sup> Питање арбитрабилности је углавном под контролом националних судова и закона јер је упитно да ли међународни или транснационални појам арби-

ти у различитим временима, с обзиром на то да је реч о концепту који се мења временом.<sup>53</sup> Тренду развоја наклоности ка арбитражи (институционалној или *ad hoc*)<sup>54</sup> већ дуже времена доприноси повећан број арбитражних спорова на међународном нивоу, и у домену комерцијалних арбитража и у домену инвестиционих арбитража, што је узроковало да и национални нивои држава постану више пријатељски расположени према арбитражи. Ипак, тај тренд не значи и униформност гледања на потребе ширења домена објективне арбитрабилности. У том погледу, чини се, могуће је идентификовати неколико праваца – система.

Први систем, систем САД-а, одликују скоро универзална арбитрабилност (посебно постојање претпоставке арбитрабилности интеркомпанијскоправних спорова)<sup>55</sup> и ерозија тзв. *domaine reservé* државних судова<sup>56</sup> (арбитрабилност, и у домаћим, а посебно у међународним арбитражама, постаје све више правило а не изузетак, чиме се јавни поредак као империјум државе све више сужава – *the principle of favour arbitris*).<sup>57</sup> Том систему су блиске и арбитражне праксе многих других земаља које објективну арбитрабилност,

---

трабилности уопште и постоји. Ипак, иако национални концепт, арбитрабилност има међународни развој. Вид. Loukas A. Mistelis, „Arbitrability – International and Comparative Perspective“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009, 1, 6.

<sup>53</sup> G. Born (1067–1179) прави у том погледу поделу на земље „*pro-arbitration presumptions*“ (САД, Енглеска, Швајцарска, Немачка, Италија, Канада), земље „*restrictive presumption*“ и земље „*no pro-arbitration*“ или „*restrictive presumption*“. Лепезу покушаја дефинисања самог појма „арбитрабилности“, вид. у Loukas A. Mistelis, 4–6.

<sup>54</sup> О развоју и ширењу домена арбитрабилности види нарочито: G. Born, 766–788; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 347–373; Jan Paulsson *et al.*, „Arbitrability special issue“, *Arbitration International, The Journal of the London Court of International arbitration* 2/96, iii–ix.

<sup>55</sup> Mark Berger, „Arbitration and Arbitrability: Toward an Expectation Model“, *Baylor Law Review* 56(3)/2004, 800–805.

<sup>56</sup> Својим одлукама Врховни суд САД је драстично смањео обим јавног поретка као препреке арбитрабилности, чиме је знатно проширено поље арбитрабилних спорова (обухвата чак и *non-core* стечајне поступке), што је „арбитражу померило од трговачког суда ка грађанском суду опште надлежности“. Вид. S. J. Ware (1999), 716–718; M. Berger, 753–805.

<sup>57</sup> У САД се сматра да је дуготрајна судска ненаклоност арбитражи почела да се окончава доношењем Федералног арбитражног закона (FAA, 1925). Вид. Joseph T. McLaughlin, „Arbitrability: Current Trends in the United States“, *Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration* 2/96, 113–136; T. Varady *et al.*, 220–266; T. Alexander Brabant, Maxime Desplats, Serena Salem, „Arbitration and Company Law in France“, *European Company Law* 12(3)/2015, 144–150.

укључујући и интеркомпанијскоправне спорове<sup>58</sup>, решавају генералном формулом (ретко лимитативно или набрајањем појединачних случајева) могућности уговарања арбитраже „за решавање спорова који се тичу права којима странке могу слободно располагати“<sup>59</sup> (*argumentum a contrario*, права којима се не може слободно располагати, попут личних – грађанских права, као део јавног поретка – империјум државе, нису ни арбитрабилна). Иако је реч о формули која није прецизније дефинисана, ипак нема спора да су то имовинска права, којима се, као таквима, може слободно располагати, па и у смислу уговарања надлежности арбитраже (институционалне или

<sup>58</sup> Тако у француском праву и пракси објективна арбитрабилност корпоративних спорова обухвата: спорове који су произашли из уговора чланова (акционара) друштва, спорове из продаје удела или акција друштва нејавним путем (чак и ако продаја није предузета у вези са професионалном делатношћу), спорове из поништаја одлука скупштине друштва, спорове о одговорности чланова органа друштва по основу тужби друштва или чланова друштва деривативним тужбама за друштво (*The Court of Appeals Paris* одбио је захтев за поништај арбитражне одлуке, сматрајући спор арбитрабилним на основу арбитражне клаузуле у статуту друштва, 7 October 2014, n. 13/09282), спорове из именованја *ad hoc* управника-заступника друштва у случају блокаде рада органа друштва ради сазивања скупштине друштва или гласања уместо несасгласних мањинских чланова друштва, ништавост компаније, престанак (ликвидација) компаније и одлучивање о последицама престанка. Вид. T. A. Brabant, M. Desplats, S. Salem, 148–150.

У Енглеској (и Велсу) основни принцип арбитражног закона (*Arbitration Act*, 1996, *Chapter* 23, чл. 1) јесте слобода уговорних страна да, уз ограничење јавног поретка, уговоре што год желе, укључујући пожељни форум решавања спора. У складу с тим принципом корпоративни спорови се сматрају арбитрабилним, у складу са закљученим арбитражним уговором који има релативно дејство (само према уговорним странама, а не и према трећим лицима). Одговарајући први прецедент на ком је заснован тај став је: *Fulham Football Club (1987) Ltd. V. Richards*. Енглеска законодавна комисија је 1996. године предложила да арбитражна клаузула буде саставни део оснивачког акта компаније, али се даље од тог предлога није отишло јер су две ствари фигурирале као нејасне: питање заступања акционара у арбитражном процесу и како права акционара који нису укључени у процес могу бити погођена исходом арбитраже. Вид. James Carter, Sophie Payton, „Arbitration and Company Law in England and Wales“, *European Company Law* 12(3)/2015, 138–143. Интересантно је да је број корпоративних спорова (*class actions, derivative actions, disputes concerning takeover bids, disqualification of directors and others*) у Великој Британији значајно мањи него у САД. Вид. John Armour et al., „Private Enforcement of Corporate Law: An Empirical Comparison of the United Kingdom and the United States“, *Journal of Empirical Legal Studies* 6(4)/2009, 687–722.

<sup>59</sup> Вид. Француска (*Code civil*, 1804, чл. 2059–2060); Швајцарска (*Federal Code on Private International Law*, 1987 – „any pecuniary claims may be submitted to arbitration“, art. 177(1)); Шпанија (*Arbitration Act*, 60/2003, 11/2011, art. 2); Немачка (*Arbitration Act, Tenth Book of the Code of Civil Procedure* – „any claim involving economic interest“, section 1030–1); Аустрија (*Arbitration Amendment Act, BGBl No. 7/2006, 118/2013* и *amended Code of Civil Procedure, RGBl, No. 113/1895, par. 582*); Хрватска (*Zakon o arbitraži, Narodne novine RH*, бр. 88/2001, чл. 3, ст. 1); Словенија (*Zakon o arbitraži, Uradni list RS*, бр. 45/08, чл. 4–1).

*ad hoc, домаће или и стране – то је домен националних закона*) за решавање спорова (доминантност приватног интереса).<sup>60</sup>

Други систем представљају арбитражна права земаља (попут Русије) које у домену интеркомпанијскоправних спорова изричито постављају принцип арбитрабилности тих спорова, с тим што као изузетак формулишу листу неарбитрабилних спорова (као што су, на пример: стечајни спорови, спорови поводом законитости управних аката регулаторних тела, спорови поводом питања од јавног значаја, спорови поводом сазивања скупштине акционара, оспоравање аката нотара у компанијском праву, спорови из откупа акција од саме компаније, спорови поводом стицања преко 30% акција јавних акционарских друштава, спорови акционара у компанијама од стратешког значаја), уз претходну деобу тих спорова на три категорије: прво, спорови који укључују јавни елемент (спорови у вези са регистрацијом привредног друштва, спорови око искључења акционара) – ти спорови нису арбитрабилни; друго, спорови који укључују само уговорне стране (на пример, куповина акција) – ти спорови су арбитрабилни, али само у случају институционалних арбитража; треће, спорови који укључују велики број учесника (на пример, оспоравање одлука скупштине акционара) – ти спорови су арбитрабилни под одређеним условима (дужност информисања свих учесника у поступку, давање права акционарима да буду учесници или умешачи у поступку и слично).<sup>61</sup>

Најзад, чини се да посебан, у свему неузоран, систем представља српско компанијско и арбитражно право. Наиме, српски специјални арбитражни закон упоредноправно доминантној формули уређења арбитрабилности на општем плану, тиме у принципу и уређења арбитрабилности интеркомпанијскоправних спорова, додаје и одређење „осим спорова за које је одређена *искључива* (курзив: аутор) надлежност суда“.<sup>62</sup> Са становишта тог закона то

<sup>60</sup> У аустријској теорији се истиче да су интеркомпанијскоправни спорови увек имовинског карактера и као такви су арбитрабилни, при чему се додаје да се арбитражне клаузуле често укључују у оснивачке акте привредних друштава. Вид. E. Oberhammer, S. Weber, 25–41; исто и у Немачкој: Hilmar Raeschke-Kessler, „Arbitrability of Disputes Concerning Resolutions of a Limited Liability Company (GmbH)“, *Association Suisse de l'arbitrage Bulletin* 14(3)/1996, 355. Ипак, проширивање домена арбитрабилности у аустријским правним изворима на „све новчане захтеве“, како је то објашњено у пратећим материјалима, не може се схватити као обухват свих интеркорпорацијских спорова, те отуда одређене контроверзе ипак остају, посебно око арбитрабилности поништаја/побијања одлука скупштине друштва. Вид. N. Pitkowitz, 33–34.

<sup>61</sup> Доступно на: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/international-arbitration/global-legal-insights---international-arbitration-3rd-ed./russia>, 25. март 2018.

<sup>62</sup> 3А, чл. 5, ст. 1.

и не представља посебан проблем јер таква искључива надлежност постоји и у другим земљама, али проблем настаје због тога што српски компанијскоправни закон (додуше у контексту уређења месне надлежности али у заједници са законом који уређује надлежност судова и стварну надлежност), за разлику од таквих закона већине других земаља, прихвата ту формулу као такву за све компанијскоправне спорове. Наиме, наслањајући се на ту формулу, матични компанијскоправни закон Србије прописује: „У парничним и ванпарничним поступцима покренутим у случајевима предвиђеним овим законом, као и у споровима који произилазе из овог закона, *надлежан је суд* (курзив: аутор) одређен законом којим се уређује надлежност судова<sup>63</sup>, према седишту привредног друштва или предузетника, односно према месту пословања огранка страног правног лица, осим ако је овим законом предвиђена месна надлежност другог суда.“<sup>64</sup>

У окружењу такве правне инфраструктуре остаје отворено правно питање које је право значење таквог одређења појма „искључиве надлежности“ државних судова за све компанијскоправне спорове? Да ли је та „стварна надлежност“ из компанијског закона и закона који уређује судове „искључива надлежност“ из специјализованог арбитражног закона? Ако је *ratio legis* прописивања такве надлежности привредног судства за све интеркомпанијскоправне спорове који произилазе из закона који уређује све форме привредних друштава било искључење могућности уговарања надлежности домаће арбитраже, у складу с правилима арбитражног решавања спорова, мотивисан разлозима јавног поретка<sup>65</sup>, онда би то значило да приватноправни субјекти који настају вољом приватноправних власника капитала не могу својом вољом одредити форум решавања потенцијалног спора из приватноправног уговора. Такав став би водио изједначавању појма јавног поретка са институтом императивних норми<sup>66</sup>, што је, као анахрона концепција, одавно напуштен си-

<sup>63</sup> Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11, 78/11, 101/11, 101/13, 106/15, 40/15, 13/16 и 108/16, за све спорове из Закона о привредним друштвима и спорове поводом примене других прописа о организацији и статусу привредних субјеката, као и за спорове о примени прописа о приватизацији и хартијама од вредности и прописа о престанку привредних субјеката прописује *стварну надлежност* привредног и привредног апелационог суда (чл. 25 и 26).

<sup>64</sup> ЗОПД, чл. 7.

<sup>65</sup> О лимитираном значају јавног поретка за арбитрабилност, али и даљем постојању забринутости да ли арбитражи као приватни пресудитељи могу бити погодни да открију право значење јавног поретка (јавне политике), као што су то националне судије, са сугестијом да то могу подједнако чинити и особе у служби државе, као и особе у служби страна у спору, вид. S. Brekoulakis, 20–32.

<sup>66</sup> У погледу ексклузивне надлежности државних судова, еволуција у прилог арбитрабилности, која иде чак и до претпоставке арбитрабилности (као у САД)

стем одређења тог појма.<sup>67</sup> Отуда нам се чини, ипак, да *ratio legis* такве норме српског компанијскоправног законодавца (у заједници са законом који уређује судове) није у искључењу могућности уговарања арбитражног уговора и тиме ставу о неарбитрабилности компанијскоправних спорова<sup>68</sup> већ у потреби утврђивања стварне надлежности тог судства (као и посредно месне надлежности) за све спорове „покривене“ тим законом, без обзира на то да ли су странке привредни субјекти или не (члан привредног друштва као физичко лице) са циљем атракције надлежности код специјализованог судства, имајући у виду њихову истоветну природу, независно од природе странке (у противном, за спорове исте природе и са истим основом били би стварно надлежни различити судови, и специјализовани за привредне спорове и неспецијализовани судови опште надлежности). У поводу предметне арбитражне одлуке, у складу с општим правилима арбитражног права, остаје могућност прописане судске контроле такве одлуке у следству института поништаја или признања и извршења иностране арбитражне одлуке. Таква интерпретација компанијскоправног закона (и закона који уређује надлежност судова) ипак не би отклонила потребу да се то питање постави са становишта норме и њене функције неспорним<sup>69</sup> у првој промени предметних закона, како би аутономија воље приватноправних субјеката имала свој изражај и у избору форума решавања спора (уз лимитативно рестриктивно искључење арбитрабилности спорова који су у фокусу јавног поретка). У противном, став или тумачење норме

може се видети на примеру Шпаније, која важи за земљу са либералним прилазом арбитрабилности интеркомпанијскоправних спорова. „Чак и ако је неко питање подвргнуто императивним нормама, оно може бити предмет арбитраже са обавезом арбитра да поштују ова правила.“ Тако М. Р. Perales Viscasillas, 45.

<sup>67</sup> Мирко Васиљевић, „Arbitrability *ratione materiae* in company law“, *Правни живот* 11/2017, 52–56.

<sup>68</sup> „Сама чињеница да закон предвиђа да се одређена категорија спорова мора решавати пред судом не елиминира *eo ipso* предмет спора као неарбитрабилан. Потребно је да значај заштитног добра одобрава задржавање судског монопола, односно да је само суд у стању својом пресудом да креира жељено правно стање.“ Тако А. Јакшић, 243.

<sup>69</sup> Отклањање било којих дилема око (не)арбитрабилности изузетно је важно за правну сигурност учесника арбитражног спора, с обзиром на то да је то битан елемент арбитражног уговора (пуноважност предмета арбитражног спора), те тиме значајан за његову пуноважност, за заснивање надлежности арбитраже, а такође може бити основ поништаја арбитражне одлуке или одбијања признања и извршења иностране арбитражне одлуке. Вид. Piero Bernardini, „National Report for Italy, Arbitration in Company Matters“, Supplement No. 48, *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* (eds. Jan Paulsson, Lise Bosman), Kluwer Law International, The Hague 2007, 5–7; S. L. Brekoulakis, 38–43; Charalambos Pamboukis, „On Arbitrability: The Arbitrator as a Problem Solver“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009, 120–142.



да је неарбитрабилност интеркомпанијскоправних спорова правило у српском праву (још и без изузетка) био би само сигуран пут за анахронизам и изолационизам, а са становишта интереса инвеститора и економије земље, због познатих предности арбитражног решавања привредних спорова у односу на судско решавање (посебно: флексибилност, мања конфликтност и формалност, поверљивост – посебно код затворених форми друштава са *intuitu personae* природом, афирмација аутономије воље приватних инвеститора и на овом плану – у условима глобализације светских токова капитала, отклањање могућег неповерења страног инвеститора у домаће судове, олакшано признање и извршење страних арбитражних одлука, економија времена), то би било и антиразвојно. Уместо тога, правило мора бити управо супротно: интеркомпанијскоправни спорови приватноправних субјеката су арбитрабилни, али уз прописане изузетке (попут: спорови из регистрације привредних друштава и ништавости оснивања друштва,<sup>70</sup> престанак привредних друштава стечајем,<sup>71</sup> спорови поводом управноправних аката регулаторних институција и организација, спорови из продаје акција иницијалним јавним понудама или на секундарним тржиштима акција непрофесионалним инвеститорима,<sup>72</sup> спорови јавних акционарских друштава – посебно са великим бројем акционара из процедуралних разлога, спорови инфраструктурног, стратешког и регулаторног сектора и слично).<sup>73</sup>

Поимање искључиве надлежности националних судова (по правилу привредних за компанијскоправне спорове), као бране арбитрабилности, иначе је доживело значајну еволуцију. Наиме, дуго се упућивање националним компанијским законима, попут српског, на надлежне (привредне) судове као референтне за одлучивање о компанијскоправним споровима тумачило као искључивање арбитрабилности у таквим питањима.<sup>74</sup> Последњи трендови, међутим, у

<sup>70</sup> У француском праву судска пракса и теорија су дуго одбијале да прихвате арбитрабилност спорова из ништавости оснивања привредног друштва, да би на крају француски Касациони суд прихватио арбитрабилност и тих спорова (*Cass. Comm.*, 9 April 2002, n. 98–16.289).

<sup>71</sup> У француском праву су престанак (ликвидација) компаније и одлучивање о последицама престанка арбитрабилни (*Cass. Com.*, 30 Jan. 1967, *Bull.* N72), док је стечај у искључивој надлежности државних судова. Вид. Т. А. Brabant, M. Desplats, S. Salem, 150.

<sup>72</sup> Та искључења постоје и у француском праву: Т. А. Brabant, M. Desplats, S. Salem, 150.

<sup>73</sup> У упоредној пракси има више разложних и разумних примера ускраћивања давања концесије уговореном арбитражном форуму и поред постојања арбитражне клаузуле, те прихватања надлежности националних судова у случају злоупотребе права већине и „*oppression and mismanagement of minority shareholders' rights*“. Тако су судили судови Канаде, Индије, Сингапура. Вид. L. Markert, 35–37.

<sup>74</sup> Тако је, на пример, судио немачки Федерални врховни суд (BGH) педесетих година прошлог века. Вид. H. Raeschke-Kessler, 355.

овим питањима говоре о значајној еволуцији ка становишту да то не мора значити само по себи искључивање арбитрабилности таквих спорова<sup>75</sup> јер се и бројне арбитражне институције називају „арбитражним судовима“, те би искључивање арбитрабилности таквих спорова морало бити учињено изричито. То би у првом реду требало да буду питања у вези са правима којима странке не могу слободно располагати због доминације јавног – државног интереса.<sup>76</sup> Управо такву еволуцију је доживело питање арбитрабилности правне ваљаности одлука скупштине друштва с ограниченом одговорношћу и акционарског друштва, на шта се дуго гледало као на неарбитрабилно питање због искључиве надлежности судова прописане у корпорацијским законима (као и због чињенице да судска одлука о поништају такве одлуке има дејство *inter erga omnes* – на све чланове друштва и све чланове органа друштва, без обзира на то да ли су учествовали у поступку или не, као својеврстан изузетак на дејство судске одлуке само на учеснике поступка<sup>77</sup>, што арбитражна одлука ни у ком случају не би могла да има), док се данас на то питање гледа углавном као на арбитрабилно јер му арбитрабилност није изричито искључена корпорацијским прописима.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> У швајцарском праву (*Swiss Federal Statute on Private International Law*, art. 176–194) искључива надлежност судова је лимит за арбитрабилност у домаћим арбитражама, али не и у међународним комерцијалним арбитражама; то изгледа следи и из: *La Loi fédérale complétant le Code civil suisse* (1911, art. 706); у Хрватској се у том смислу јасно изјаснио матични арбитражни закон – домаћа арбитража (само међународна арбитража се не може уговорити ако је прописана искључива надлежност суда, као и ако су стране у спору домаћи привредни субјекти – независно од тога да ли су њихови значајни или контролни власници инострани субјекти, али то није препрека за уговарање надлежности домаће арбитраже, за чије уговарање више није негативна сметња „искључива надлежност судова“, ако то евентуално није на основу изричитог искључења посебним прописом. Вид. Alan Uzelac, „Nove granice arbitrabilnosti u hrvatskom pravu“, *Pravo u gospodarstvu* 41(2)/2002, 69 и даље; Милајло Дика, „Arbitrabilnost i isključiva nadležnost sudova“, *Pravo u gospodarstvu* 38(1)/1999, 25–42.

<sup>76</sup> Вид. ЗА, чл. 10, ст. 1, тач. 1, чл. 58, ст. 2, тач. 1 и чл. 66, ст. 2, тач. 1; Модел закон, документ УН А/40/17, Анекс I, чл. 34 (6) (I) и чл. 36 (6) (I); Њујоршка конвенција, чл. V (1) (c), (2) (a) и (b) – вид. Domenico Di Pietro, „General Remarks on Arbitrability under the New York Convention“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009, 84–98; Европска конвенција, чл. IX.

<sup>77</sup> У Немачкој је правни основ за такво дејство судске одлуке (нејасно је да ли се односи и на дејство арбитражне одлуке – коришћен је израз *judgments*): *Stock Corporation Act* (AktG), sec. 248, par. 1, sentence 1.

<sup>78</sup> Ипак, национални закони не гледају на то питање јединствено: у француском праву спорови из поништаја одлука скупштине компаније су арбитрабилни (Daniel Cohen, *Arbitrage et société*, LGDJ, Paris 1993, 124); с друге стране, против арбитрабилности спорова за поништај тих одлука изјаснио се турски 11<sup>th</sup> *Civil Division of the Court of Appeal*, 5/12/2012, File No. 2011/13485, Decision No. 2012/19915. Вид.

## 6. МУЛТИСТРАНАЧКА ПРИРОДА ИНТЕРКОМПАНИЈСКОПРАВНИХ СПОРОВА

Интеркомпанијскоправни спорови, посебно код јавних акционарских друштава, могу обухватати и велики број учесника, те ти спорови, иако иначе арбитрабилни, могу бити неарбитрабилни из практичних разлога. Аргумент против арбитрабилности таквих компанијскоправних спорова је и потенцијално дејство арбитражних одлука на трећа лица. Наиме, компанијскоправна одлука може имати једино дејство на приватне интересе акционара који су учествовали у поступку и који су „покривени“ арбитражним уговором (релативно дејство арбитражне одлуке између страна). Арбитражна одлука из компанијскоправног спора не може имати дејство на трећа лица, укључујући и приватне интересе других акционара који нису учествовали у поступку, иако су били обухваћени арбитражном клаузулом, као ни у односу на остала трећа лица која чак и нису била обухваћена арбитражном клаузулом (немогућност апсолутног дејства арбитражне одлуке – *inter erga omnes – in rem, res iudicata* дејство, без могућности за „opt-out“). У таквим случајевима може се десити да други чланови друштва<sup>79</sup> обухваћени арбитражном клаузулом, али

Ismail Esin, Özgün Celebi *et al.*, „Arbitrating M&A Disputes“, *Arbitration in Turkey* (eds. Ismail Esin, Ali Yesilimark), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2015, 271.

У немачком праву Федерални врховни суд (BGH) се прво (у марту 1996), тумачећи предметну одредбу акционарског закона (AktG, *sec.* 248, *par.* 1, *sentence* 1) изјаснио да се она односи само на државне судове и да су стога спорови за поништај одлука скупштине друштва с ограниченом одговорношћу (*GmbH*), чији је оснивачки акт садржао арбитражну клаузулу, неарбитрабилни (*Arbitrability I*), сматрајући да закон не обезбеђује механизам за учешће свих чланова друштва и чланова органа друштва у именовању арбитра за јединствен арбитражни поступак, као што не обезбеђује механизам против покретања других арбитражних поступака других чланова друштва или, пак, покретања другог судског поступка паралелног арбитражном поступку (додајући том и аргумент могућности дејства само судске одлуке *inter erga omnes*, а не и арбитражне одлуке). Та одлука највишег суда била је подвргнута оштрој критици, уз давање конкретних предлога (модела арбитражне клаузуле за те потребе) решавања наведених процедуралних сметњи за арбитрабилност поништаја одлука скупштине тог друштва. Коначно (април 2009), немачки Федерални врховни суд (BGH) одустао је од става израженог у предметној одлуци и заузео потпуно супротан став – одлуке скупштине друштва с ограниченом одговорношћу су арбитрабилне и имају као и судске истоветне одлуке *inter erga omnes* дејство на све чланове друштва и све чланове органа друштва, без обзира на то да ли су учествовали у арбитражном поступку, под условом да су испуњени одговарајући процедурални (пред)услови утврђени том одлуком највишег суда (*Arbitrability II*). Интересантно је истаћи да је такав став заузет иако немачки закон који уређује акционарска друштва (AktG, *par.* 246), а који се у том домену примењује и на *GmbH*, то питање сврстава у искључиву надлежност државних судова. L. Markert, 37–38, 42–48; H. Raeschke-Kessler, 356; J. Kraayvanger, M.C. Hilgard.

<sup>79</sup> Арбитрабилност тих спорова код јавних акционарских друштава, иако теоријски могућа, због великог броја учесника, што је правило код тих друштава,

који нису учествовали у арбитражном поступку, поведу други арбитражни поступак и добију другачију арбитражну одлуку.

Најчешће се питање дејства арбитражне одлуке на трећа лица (неучеснике поступка) поставља код одлука скупштине привредног друштва капитала и у случају колективних тужби типа *class action* (кад неки акционари исте класе не учествују у поступку – проблем дејства одлуке *res iudicata* према њима).<sup>80</sup> За вођење таквих поступака (арбитраже класе, арбитраже групе, колективне арбитраже) неопходно је поштовање свих правила која важе за *вишестраначку арбитражу*<sup>81</sup> – правило једнаког третмана.<sup>82</sup> Немачки Федерални врховни суд (BGH), у изузетно утицајној одлуци (*тзв. Arbitrability II*), управо да би отклонио неарбитрабилност поништаја одлука скупштине компаније (*тзв. Arbitrability I*), заузео је одређене ставове – потребне претпоставке за валидност арбитражних одлука о поништају одлука скупштине компаније<sup>83</sup>: 1) учешће свих страна у закључењу арбитражног уговора у уговору о оснивању друштва или у посебном пратећем уговору (у коме и компанија заступана од управе друштва мора бити страна)<sup>84</sup>, 2) учешће свих чланова друштва (као и компаније) у поступку конституисања арбитражног већа, и на страни тужиоца и на страни туженог (то је увек сама компанија, али јој се могу придружити и неки чланови друштва), о чему морају бити унапред обавештени и мора им се пружити једнака могућност учешћа (арбитражна клаузула мора омогућити избор коарбитра, ако је на страни тужиоца и туженог више лица, и већинском вољом<sup>85</sup>, 3) омогућавање равноправног учешћа свим члановима друштва, као и

скоро да спада у домен научне фантастике – тешкоће обезбеђења принципа једнаког третмана акционара у потенцијалном арбитражном поступку (осим код друштава са малим бројем акционара). Тако Christian Borris, „Collective Arbitration: The European Experience – Germany and the DIS Supplementary Rules of Corporate Law Disputes“, *Class and Civil Group Actions in Arbitration* (eds. Bernard Hanotiau, Eric A. Schwartz), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2016, 83; N. Pitkowitz, 43; P. Klein, 45–47.

<sup>80</sup> За немачко право, вид. Ch. Borris, 80–87.

<sup>81</sup> Вид. E. Oberhammer, S. Weber, 25–41.

<sup>82</sup> Вид. А. Јакшић, 354–370; Душица Палачковић, „Множина процесно-правних односа у арбитражном поступку“, *Арбитража* 2003, 85–96; посебно: *ICC Arbitration Rules* 2017, Art. 7–9.

<sup>83</sup> BGH, *docket no.* II ZR 124/95 (*Arbitrability I*) и BGH, *docket no.* II ZR 255/08 (*Arbitrability II*). Вид. J. Kraayvanger, M. Hilgard.

<sup>84</sup> Уговорна природа арбитраже (а мање јавни поредак) у основи је и најчешћи стварни разлог за неарбитрабилност неких интеркомпанијскоправних спорова (код стечаја, на пример, због практичних тешкоћа обухвата уговорном клаузулом о арбитражи свих поверилаца, или код побожности-ништвости одлука скупштине јавног акционарског друштва због практичне немогућности обухвата свих акционара), који разлог не стоји код надлежности судова. Вид. S. Brekoulakis, 34–37.

<sup>85</sup> Вид. P. Klein, 50–51.

члановима органа друштва у арбитражном поступку, о чему морају бити обавештени – захтев за арбитражу мора се доставити свим члановима друштва, као и самом друштву и његовим заступницима, и сви морају бити позвани на учешће у поступку, и на страни тужиоца и на страни туженог (редовно је компанија), и то у утврђеним роковима – довољна је могућност (*the right to be heard*), 4) концентрација одлучивања у једном арбитражном поступку и пред једним арбитражним већем, како би се донела само једна арбитражна одлука која обавезује све чланове друштва, компанију и њене заступнике (арбитражна клаузула мора искључити паралелне арбитражне поступке и могућност конфликтних одлука – арбитражна клаузула мора обезбедити одговарајући механизам за то – спајање и консолидација поступака).<sup>86</sup> Сва та правила арбитражног поступка код вишестраначких арбитража, какви су по правилу интеркомпанијскоправни спорови, могла би да садрже и институционална правила арбитраже пред којом се ти поступци воде<sup>87</sup>, која би у том смислу требало да садрже и препоручену арбитражну клаузулу, како би се смањио ризик вођења поступака поништаја тих арбитражних одлука по тим основима.<sup>88</sup> Испуњеност тих процесних претпоставки управо отклања питање дејства арбитражне одлуке на трећа лица (*inter erga omnes* дејство), с обзиром на то да тада и није реч о трећим лицима.<sup>89</sup>

<sup>86</sup> Велики број америчких законодавстава дозвољава и принудно спајање (консолидацију), док, ипак, многе америчке државе то дозвољавају само уз сагласност страна које учествују у поступку или ако је то предвиђено у арбитражним уговорима. Вид. Irene M. Ten Cate, „Multy-Party and Multy-Contract Arbitrations: Procedural Mechanisms and Interpretation of Arbitration Agreements under US Law“, *The American Review of International Arbitration* 15/2004, 133–159; Thomas J. Stipanowitch, „Arbitration and Multi-Party Dispute: The Search for Workable Solutions“, *Iowa Law Review* 72(3)/87, 473–529; „The Supreme Court (India) recently made an important pronouncement concerning single combined arbitration proceedings and the sustainability of an award rendered in such proceedings when the parties were governed by different arbitration clauses. In *PR Shah, Shares and Stock Broker (P) Ltd v BHH Securities*, the court considered that it would be proper and just to rule that when one party has a claim jointly against a second and a third party, and when there are provisions for arbitration in respect of both other parties, then can be a single arbitration“, <http://www.internationallawoffice.com/Account/Login.aspx?ReturnUrl=http%3a%2f%2fwww.internationallawoffice.com%2fNewsletters%2fLitigation%2fIndia%2fAmarchand-Mangaldas-Suresh-A-Shroff-Co%2fCourt-rules-on-single-arbitration-sustained-between-multiple-parties>, 25. март 2018.

<sup>87</sup> Узоран пример таквих правила за те арбитраже су: *DIS Supplementary Rules for Corporate Law Disputes (DIS SRCoLD)*, на снази од септембра 2009, Берлин 2017.

<sup>88</sup> Вид. Ch. Borris, 81–82; N. Pitkowitz, 39–41; P. Klein, 34–45.

<sup>89</sup> Са тим циљем арбитражна пракса решавања мултистраначких интеркорпоративних спорова препоручује: 1) дужност компаније и њених органа да прописно обавесте све учеснике о арбитражном поступку, 2) дужност прописивања у арбитражној клаузули крајњег рока за изјашњење свих учесника да ли ће учествовати у арбитражном поступку као страна (супарничар, умешач) или не и 3) дужност одређивања у арбитражној клаузули трећег независног лица које ће именовати арми-

Коначно, чињеница да бројне одлуке скупштине компаније морају да буду уписане у одговарајуће регистре и објављене сматра се и посебним разлогом против арбитрабилности тих одлука. Ако и арбитражне одлуке у смислу одлуке немачког Федералног врховног суда (БГХ) имају *inter erga omnes* дејство, као и одговарајуће судске одлуке (дејство према свим члановима друштва, компанији и заступницима друштва, па и према онима који нису учествовали у арбитражном поступку али су прописно обавештени и дата им је таква могућност, што је уосталом и дејство колективних тужби), онда се тај проблем елиминише. Тако је поступило шпанско право, што, чини се, није случај дејства судских и арбитражних одлука у српском праву (хоризонтално дејство одлука само према учесницима поступака као правило)<sup>90</sup>, осим ако се таквим дејством (изузетак од правила што би могао да буде узор за те потребе) не сматра дејство колективних тужби компанијског права (чија правна судбина „виси“ због проглашења неуставним одељка закона који уређује парнични поступак, а који се односи на колективне тужбе).<sup>91</sup>

## 7. БУДУЋНОСТ АРБИТРАЖЕ У ИНТЕРКОМПАНИЈСКОПРАВНИМ СПОРОВИМА

Последње деценије обележава значајно проширење домена арбитрабилних спорова, што се може окарактерисати као универзални

---

тра (и председника већа) у случају да нема споразума свих страна учесника. Вид. N. Pitkowitz, 42–43.

<sup>90</sup> Упор. *Spanish Civil Code of Procedure*, Law No. 1/2000, No. 5/2012, No. 16/2015, art. 222(3); српски Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/13, 74/13 и 55/14, чл. 361 (дејство пресуде према странкама, укључујући и супарничаре – чл. 209). Вид. и N. Pitkowitz, 31–32, 36. Иако је решење истоветно и у аустријском процесном праву, али уз додаток „ако другачије није прописано у закону“, компанијски прописи (*Limited Liability Company Act*, *RGBI*, No. 58/1906, 10/91, *Sec. 42. par. 6*; *Stock Company Act*, *BGBl*, No. 98/1965, 71/09, *Sec. 198. par. 1*) утврђују правило да одлуке скупштине друштва имају дејство према свим члановима друштва, чак и ако нису учествовали као странке у поступку њиховог поништаја (побијања), али су учесници закључења арбитражног уговора.

<sup>91</sup> Српско материјално право које регулише привредна друштва (ЗОПД, чл. 476, ст. 4 и 5), наима, прописује обавезу привредног друштва да свим несагласним акционарима исплати прописану цену акција (независно од чињенице да ли су поднели тужбу или не), као и акционару исте класе који је водио судски поступак и добио правноснажну судску одлуку, али ако друштво добровољно тако не поступи, сваки несагласни акционар за остварење тог права морао би поднети тужбу суду (према парничним прописима дозвољено је и супарничарство). Вид. Бранка Бабовић, „О увођењу групне тужбе англосаксонског права у права држава чланица ЕУ“, *Право и привреда* 4–6/17, 521–532.

тренд објективне арбитрабилности као правила.<sup>92</sup> То свакако важи и за интеркомпанијскоправне спорове, што је важно са становишта поверења инвеститора и њихове веће покретљивости, како би прокламована слобода кретања капитала и људи, као универзалне слободе, била неспутана потребом ширења домена слободе уговорне воље и на плану надлежне уговорене арбитражне институције за решавање потенцијалних спорова. *In favour arbitration trend* није више толико спутан (бар као тренд) разлозима „јавних политика“ у сфери императивних норми, јавног поретка, искључиве надлежности националних судова и слично (дакле, материјалноправним питањима – ипак посебно актуелан изузетак је потреба тражења одговора за неспорно решење сукоба уговорног и компанијског права у сфери арбитражног уговора као дела конститутивних аката компаније, а у одређеној мери и сукоб права јавних акционарских друштава и потрошачког права), колико практичноправним и процесноправним питањима закључења арбитражног уговора у случају постојања више потенцијалних уговорника, питањима дејства арбитражног уговора у случају мултистраначких арбитража, питањима (не)дејства арбитражне одлуке на трећа лица (која нису учесници арбитражног поступка али су изричити или прећутни учесници арбитражног уговора) и слично.

Материјалноправно питање (не)арбитрабилности конвергирало је, поступно, ка процесноправним питањима надлежности и осталим процедуралним питањима. У том погледу, чини се, српско арбитражно и компанијско право остало је и на материјалноправном терену још увек заробљеник превазиђеног широко постављеног стандарда „искључиве надлежности привредних судова“. Наравно, и поред таквог тренда, не чини нам се да се већ може рећи да је објективна „неарбитрабилност умрла“, иако таквих констатација већ има у правној теорији.<sup>93</sup> У сваком случају, својеврсна „слобода арбитраже, слобода арбитражног решавања и интеркомпанијскоправних спорова“ у вези са правима којима стране могу слободно располагати (имовинска права) и где, тиме, приватноправни (економски) интерес (па и кад је страна јавноправни субјект са својим *ius dominium*) доминира, утемељена је и постављена на чврсте ноге. У том погледу предњаче САД (и неке западноевропске земље), где је теорија и пракса већ промовисала принцип „претпоставке арбитрабилности“, тако да је, у случају сумње у обухват неког питања арбитрабилношћу, тумачење „*in favour of arbitration*“ (у корист арбитраже). Тај принцип се на-

<sup>92</sup> Чини се да је недоумице тог развоја најбоље изразио проф. Варади исказом „*be pro-arbitration, be pro-mediation – but be careful*“. Tibor Varadi, „What is Pro-Arbitration Today“, *Croatian Arbitration Yearbook* 21–22/2014–2015, 23.

<sup>93</sup> Karim A. Youssef, „The Death of Inarbitrability“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009, 46–67.

рочито шири у земљама *common law* правне традиције.<sup>94</sup> Занимљиво је да су и француски судови први промовисали појам „међународног јавног поретка“ и принцип аутономије арбитражног уговора, чија ће се валидност процењивати према заједничкој намери уговорних страна, императивним нормама француског права и међународном јавном поретку.<sup>95</sup> Корак даље учинила је Канада, која је практично промовисала „претпоставку сагласности за арбитражу“ у случају изостанка изричитог неприхватања, а по захтеву једне од страна.<sup>96</sup>

„Смрт неарбитрабилности“ свакако још није наступила и тешко је веровати да ће некад наступити, али је извесно да је арбитражно решавање трговачких спорова, па и интеркомпанијскоправних, постало правило а не изузетак, тако да можемо говорити о потреби промене лица савремене арбитраже: од утврђивања који су спорови арбитрабилни треба прећи на систем утврђивања спорова који су неарбитрабилни. Разуме се, улога судова у својеврсној „контролној функцији“ у погледу арбитражних одлука ради заштите јавног поретка и јавног интереса (размеђе доктрина „максималног судског надзора“ и „минималног судског надзора“), у рестриктивно дефинисаним основима, добија значај управо у условима универзализације арбитраже и промовисања својеврсног појма „међународне арбитрабилности“, односно могућности уговорних страна из различитих држава да уговоре арбитражно решавање спора и у случају кад је према предметном националном праву неарбитрабилан. Одбрана националног концепта објективне неарбитрабилности ипак остаје у светлости Њујоршке конвенције у институту извршења, иако, истина, рестриктивно у окружењу „међународне арбитрабилности“. На том путу арбитражно решавање интеркомпанијскоправних спорова има и посебно ограничење које се тиче уговорне природе конститутивних аката привредних друштава, као својеврсне бране за „принудне арбитраже“ (нарочито због непостојања *intuitu personae* природе тих друштава), посебно код јавних акционарских друштава, због наглашене потребе додатне заштите непрофесионалних акционара позајмљеним институтима из сфере потрошачког права. Ипак, код затворених друштава, сукоб уговорног и компанијског права и на том плану могао би се решити и путем доктрине уговора по приступу (првенствено због њихове *intuitu personae* природе) и, додатно, проширењем дејства компанијскоправних правила о заштити несасгласних чланова друштва са арбитражном клаузулом прихваћеном већинском вољом (гласова) и на тај основ.

<sup>94</sup> *Ibid.*, 56–57.

<sup>95</sup> *Ibid.*, 58–60.

<sup>96</sup> *Ibid.*, 61–62.



У погледу тог питања, моје коначне препоруке су следеће: прво, тренд ка арбитражи на пољу компанијског права није више толико ограничен (бар као тренд) разлозима „јавног поретка“ већ разлозима који су у природи конститутивног акта компанија. То су разлози због којих национални арбитражни и компанијски закони морају бити јасни у погледу односа између компанијског (теорија већине) и уговорног права (уговорна теорија). Друго, материјално правно питање (не) арбитрабилности поступно је конвергирало процедуралном – ка питању надлежности и другим процедуралним питањима, што мора бити решено са циљем да се избегну препреке у арбитражној пракси на том пољу, законима, процедуралним правилима и арбитражном клаузулом. Треће, ипак, постоји потреба промене приступа савременој арбитражи: уместо да се дефинише који су спорови арбитрабилни, требало би се окренути систему одређивања који спорови нису арбитрабилни. Четврто, арбитражне институције имају потребу доношења посебних додатних правила за корпоративне спорове (интерне), следећи пример водеће немачке арбитражне институције (DIS). Пето, састављачи арбитражних клаузула у конститутивном акту компаније морају обратити више пажње на „покривање“ свих интеркомпанијских спорова и свих акционара – „стarih“ и „нових“, као и обухватање свих чланова компанијских тела – „актуелних“ и „будућих“.

#### ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Abraham, K. S., Montgomery, J. W., „The Lawlessness of Arbitration“, 2012, [http://ssrn.com/abstract\\_id=353340](http://ssrn.com/abstract_id=353340), 25. март 2018.
- Alderman, R. M., „Consumer Arbitration: The Destruction of the Common Law“, *The Journal of American Arbitration* 2(1)/2003.
- Allen, C. H., „Bylaws Mandating Arbitration of Stockholders Disputes?“, *Delaware Journal of Corporate Law* 39(3)/2014.
- Anglani, A., Liguori, F., „Italy’s New arbitration Laws“, *The European Arbitration Review* 2007.
- Антић, О., *Облигационо право*, Београд 2007. (Antić, O., *Obligaciono pravo*, Beograd 2007)
- Armour, J. et al., „Private Enforcement of Corporate Law: An Empirical Comparison of the United Kingdom and the United States“, *Journal of Empirical Legal Studies* 6(4)/2009.
- Бабовић, Б., „О увођењу групне тужбе англосаксонског права у права држава чланица ЕУ“, *Право и привреда* 4–6/17. (Babović, B.,

- „O uvođenju grupne tužbe anglosaksonskog prava u prava država članica EU“, *Pravo i privreda* 4–6/17)
- Ben-Shahar, O., „The Paradox of Access Justice and its Application to Mandatory Arbitration“, *The University of Chicago Law Review* 83(4)/2016.
- Berger, M., „Arbitration and Arbitrability: Toward an Expectation Model“, *Baylor Law Review* 56(3)/2004.
- Bernardini, P., „National Report for Italy, Arbitration in Company Matters“, Supplement No. 48, *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* (eds. J. Paulsson, L. Bosman), Kluwer Law International, The Hague 2007.
- Born, G. B., *International Commercial Arbitration*, Volume 1, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.
- Borris, Ch., „Collective Arbitration: The European Experience – Germany and the DIS Supplementary Rules of Corporate Law Disputes“, *Class and Civil Group Actions in Arbitration* (eds. B. Hanotiau, E. A. Schwartz), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2016.
- Brabant, T. A., Desplats, M., Salem, S., „Arbitration and Company Law in France“, *European Company Law* 12(3)/2015.
- Brekoulakis, S. L., „On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern“, *Arbitrability – International and Comparative Perspectives* (eds. L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.
- Carter, J., Payton, S., „Arbitration and Company Law in England and Wales“, *European Company Law* 12(3)/2015.
- Choi, A. H., Min, G., „Amending Corporate Charters and Bylaws“, 2017, [http://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/1898/](http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1898/), 25. март 2018.
- Coffee, J. C., „The Death of Stockholder Litigation?“, *The National Law Journal*, 13 February 2012.
- Cohen, D., *Arbitrage et société*, LGDJ, Paris 1993.
- Costa Braga de Oliveira, P. A., „Non-Signatories to the Arbitration Agreement: Recent Developments in Brazil“, 2007, <http://ssrn.com/abstract=1673008>, 25. март 2018.
- Cozian, M., Viandier, A., Deboissy, F., *Droit des sociétés*, Paris 2006.
- Цукавац, М., „Садржина арбитражног уговора“, *Арбитража* 2001. (Cukavac, M., „Sadržina arbitražnog ugovora“, *Arbitraža* 2001)
- Цукавац, М., „Арбитража и трећа лица“, *Арбитража* 2003. (Cukavac, M., „Arbitraža i treća lica“, *Arbitraža* 2003)

- Daujotas, R., „Non-signatories and Abuse of Corporate Structure in International Commercial Arbitration“, 2012, <http://ssrn.com/abstract=2148900>, 25. март 2018.
- Dent, G. W., „The Power of Directors to Terminate Stockholder Litigation: The Death of the Derivative Suit?“, *Northwestern University Law Review* 75(1)/1980.
- Deskoski, T., *International Arbitration Law*, Skopje 2016.
- Dika, M., „Arbitrabilnost i isključiva nadležnost sudova“, *Pravo u gospodarstvu* 38(1)/1999.
- Di Pietro, D., „General Remarks on Arbitrability under the New York Convention“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.
- Đorđević, M., Jovanović, M., „Access to Arbitration by Economically Weaker Parties“, *Croatian Arbitration Yearbook* 24/2017.
- Easterbrook, F., Fischel, D., „The Corporate Contract“, *Foundations of Corporate Law* (ed. R. Romano), New York 2012.
- Esin, I. *et al.*, „Arbitrating M&A Disputes“, *Arbitration in Turkey* (eds. I. Esin, A. Yesilimark), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2015.
- Fouchard, Ph., Gaillard, E., Goldman, B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris 1996.
- Galič, A., „Establishing an Out-of-Court Mechanism for the Resolution of Consumer Disputes“, *Croatian Arbitration Yearbook* 24/2017.
- Goldštajn, A., Triva, S., *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb 1987.
- Gowling WLG, „Coming to Canada: Corporate Disputes and Litigation-Related Bylaws“, 2016, <https://gowlingwlg.com/en/insights-resources/articles/2016/corporate-disputes-and-litigation-bylaws-canada>, 25. март 2018.
- Gross, J. I., „The End of Mandatory Securities Arbitration?“, *Pace Law Review* 4/2010.
- Gross, J., „The Historical Basis of Securities Arbitration as an Investor Protection Mechanism“, *Journal of Dispute Resolution* 1/2016.
- Guyon, Y., *Droit des affaires*, Paris 2003.
- Hamel, J., Lagarde, G., Jauffret, A., *Droit commercial*, Paris 1980.
- Јакшић, А., *Међународна трговинска арбитража*, Београд 2003. (Јакшић, А., *Међународна трговинска арбитража*, Београд 2003)
- Klein, P., „The Arbitration Agreement – Arbitrability of Company Law Disputes“, *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2017 (eds. G. Zeiler *et al.*), Wien 2017.

- Кнежевић, Г., *Међународна трговинска арбитража*, Београд 1999. (Кнежевић, Г., *Međunarodna trgovinska arbitraža*, Београд 1999)
- Кнежевић, Г., Павић, В., *Арбитража и АДП*, Београд 2009. (Кнежевић, Г., Павић, В., *Arbitraža i ADR*, Београд 2009)
- Kondo, M. *et al.*, *Arbitration Law of Japan*, Tokyo 2004.
- Kraayvanger, J., Hilgard, M. C., „Arbitrability of Shareholders’ Disputes under German Law“, *International Litigation Quarterly* 26(1)/2009.
- Le Cannu, P., Dondero, B., *Droit des sociétés*, Paris 2012.
- Lee, J., „Intra-Corporate Dispute Arbitration and Minority Shareholder Protection: A Corporate Governance Perspective“, 2015, <http://ssrn.com/abstract=2736981>, 25. март 2018.
- Lipton, A. M., „Manufactured Consent: The Problem of Arbitration Clauses in Corporate Charters and Bylaws“, *The Georgetown Law Journal* 104(3)/2016.
- Markert, L., „Arbitrating Corporate Disputes – German approaches and International solutions to Reconcile Conflicting Principles“, *Contemporary Asia Arbitration Journal* 8(1)/2015.
- McLaughlin, J. T., „Arbitrability: Current Trends in the United States“, *Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration* 2/1996.
- Merle, Ph., Fauchon, A., *Droit commercial – sociétés commerciales*, Paris 2018.
- Mistelis, L. A., „Arbitrability – International and Comparative Perspective“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.
- Morrisey, D. J., „Will Arbitration End Securities Litigation“, 2012, <http://ssrn.com/abstract=2048707>, 25. март 2018.
- Oberhammer, E., Weber, S., „The Arbitration Agreement and the Arbitrability: The Arbitration of Corporate Disputes in Limited Liability Companies“, *Austrian Yearbook on International Arbitration 2010* (eds. Ch. Klausegger *et al.*), Wien 2010.
- Ozel, O. E., „The Group of Companies Doctrine as a Non-Signatory Issue in Arbitration Agreements“, 2016, [http://ozel.law/wp-content/uploads/2016/04/ozel\\_articles-002.pdf](http://ozel.law/wp-content/uploads/2016/04/ozel_articles-002.pdf), 25. март 2018.
- Палачковић, Д., „Множина процесноправних односа у арбитражном поступку“, *Арбитража* 2003. (Palačković, D., „Množina procesnopravnih odnosa u arbitražnom postupku“, *Arbitraža* 2003)
- Pamboukis, Ch., „On Arbitrability: The Arbitrator as a Problem Solver“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. L.

- A. Mistelis, S. L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.
- Paulsson, J., „Arbitrability Without Privacy“, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 10(2)/1995.
- Paulsson, J. et al., „Arbitrability special issue“, *Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration* 2/1996.
- Perales Viscasillas, M. P., „Some Specific Issues About Arbitrability in Spain: Back to the Past“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 4/2017.
- Перовић, Ј., *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд 1998. (Perović, J., *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Београд 1998)
- Перовић, С., *Облигационо право*, Београд 1980. (Perović, S., *Obligaciono pravo*, Београд 1980)
- Петровић Томић, Н., „Решавање потрошачких спорова пред арбитражом“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2014. (Petrović Tomić, N., „Rešavanje potrošačkih sporova pred arbitražom“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2014)
- Pitkowitz, N., „The Arbitration Agreement and Arbitrability, The Arbitrability of Corporate Disputes under Austrian Law – Still Open Questions?“, *Austrian Yearbook on International Arbitration 2014* (eds. Ch. Klausegger et al.), Wien 2014.
- Радовић, М., „Појам уговора у име будућег друштва“, *Право и привреда* 4–6/2014. (Radović, M., „Pojam ugovora u ime budućeg društva“, *Pravo i privreda* 4–6/2014)
- Raeschke-Kessler, H. R., „Arbitrability of Disputes Concerning Resolutions of a Limited Liability Company (GmbH)“, *Association Suisse de l'arbitrage Bulletin* 14(3)/1996.
- Redfern, A., Hunter, M., *International Commercial Arbitration*, London 1992.
- Schwartz, D. S., „If You Love Arbitration, Set it Free: How ‘Mandatory’ Undermines Arbitration“, *Nevada Law Journal* 8(1)/2008.
- Shell, G. R., „Arbitration and Corporate Governance“, *North Carolina Law Review* 67(3)/1989.
- Shmatenko, L., „Piercing the Corporate Veil is Relative“, *Young Arbitration Review* 4(1)/2012.
- Shore, L., „The United States’ Perspective on ‘Arbitrability’“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.

- Станивуковић, М., *Међународна арбитража*, Београд 2013. (Stani-vuković, M., *Međunarodna arbitraža*, Beograd 2013)
- Stipanowitch, Th. J., „Arbitration and Multi-Party Dispute: The Search for Workable Solutions“, *Iowa Law Review* 72(3)/87.
- Strong, S. I., „Enforcing Class Arbitration in the International Sphere: Due Process and Public Policy Concerns“, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 30(1)/2008.
- Strong, S. I., *Class, Mass and Collective Arbitration in National and International Law*, 2013, <https://global.oup.com/academic/product/class-mass-and-collective-arbitration-in-national-and-international-law-9780199772520?cc=rs&lang=en&>, 25. март 2018.
- Ten Cate, I. M., „Multy-Party and Multy-Contract Arbitrations: Procedural Mechanisms and Interpretation of Arbitration Agreements under US Law“, *The American Review of International Arbitration* 15/2004.
- Трајковић, М., *Међународно арбитражно право*, Београд 2000. (Trajković, M., *Međunarodno arbitražno pravo*, Beograd 2000)
- Uzelac, A., „Nove granice arbitrabilnosti u hrvatskom pravu“, *Pravo u gospodarstvu* 41(2)/2002.
- Varady, T. et al., *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, St. Paul, Minn 1999.
- Varadi, T., „What is Pro-Arbitration Today“, *Croatian Arbitration Yearbook* 21–22/2014–2015.
- Васиљевић, М., *Компанијско право*, Београд 2017. (Vasiljević, M., *Kompanijsko pravo*, Beograd 2017)
- Васиљевић, М., „Arbitrability ratiōne materiae in company law“, *Правни живот* 11/2017. (Vasiljević, M., „Arbitrability ratiōne materiae in company law“, *Pravni život* 11/2017)
- Ware, S. J., „Default Rules from Mandatory Rules: Privatizing Law Through Arbitration“, *Minnesota Law Review* 83(3)/1999.
- Ware, S. J., „The Case of Enforcing Adhesive Arbitration Agreements – with Particular Consideration of Class Actions and Arbitration Fees“, *The Journal of American Arbitration* 5(2)/2006.
- Ware, S. J., „What Makes Securities Arbitration Different from Other Consumer and Employment Arbitration?“, *University of Cincinnati Law Review* 76/2008.
- Winship, V., „Shareholder Litigation by Contract“, *Boston University Law Review* 96(2)/2016.
- Woolhouse, S. P., „Group of Companies Doctrine and English Arbitration Law“, *Arbitration International* 20(4)/2004.

Youssef, K. A., „The Death of Inarbitrability“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.

Mirko Vasiljević, PhD

Full Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

President of the Court of Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce

## ARBITRATION AGREEMENT AND INTERCOMPANY DISPUTES

### *Summary*

The affirmation of resolution through arbitration of commercial disputes in the field of contract law, both at national levels (as an undisputable trend of varying degrees) as well as at the international level, has raised the issue of the possibility of resolving intercompany disputes in this manner, in order to extend the freedom of will of investors from the domain of establishing companies to include the domain of the freedom of choice of a forum for resolving possible disputes arising from numerous legal relations of this kind. However, unlike contracts, with the primacy of free will compared to limitations (the relation of rules and exceptions), the sphere of intercompany relations, although basically contractual by its origin, has, in its functioning, an emphasized need to resolve the conflict of contract and company law in order to make the arbitrability of these disputes realistically possible, while on the other hand, compared to the contract law, the sphere of company law is always more in the focus of attention of national public orders, as a universal institute (regardless of its scope), which represents an obstacle to arbitrability of these disputes.

In this paper, the author first analyses the legal nature of the constituent acts of companies (the founding act and statute of a joint stock company) in the context of an arbitration agreement, on which the arbitrability of intercompany disputes can solely be based, finding that their contractual nature is a serious obstacle to mandatory arbitrations of these disputes (if these acts with this clause are adopted by majority of votes), and that the theory of adhesion contracts could be a solution to encourage arbitrability, but only for closed type of companies, while this would not be possible in the case of a public joint stock company, especially in the case of non-professional shareholders because of the need to additionally

protect them through consumer law. The author continues by analysing the notion of intercompany disputes and systems of possible objective arbitrability (*ratione materiae*) of these disputes, finding that the Serbian arbitration law and company law, especially with regard to the possible restrictive concept of „exclusive jurisdiction of commercial courts“ for these disputes, has at least serious reasons for changes in favour of strengthening their arbitrability, with certain necessary individual exclusions in case of the dominance of public order interest. Finally, the author also analyses certain aspects of multiparty nature of the intercompany disputes, especially regarding public joint stock companies, as possible procedural obstacles to their resolution through arbitration, even in cases of their possibly undisputable objective arbitrability.

Key words: *Arbitration agreement. – Agreement on the establishment of a company. – Statute of a joint stock company. – Arbitrability. – Intercompany arbitration disputes. – Multiparty arbitrations. – „Compulsory“ arbitrations.*

Article history:

Received: 25. 3. 2018.

Accepted: 10. 5. 2018.