

Prof. dr. sc. Mihajlo Dika, redovni profesor
Prof. dr. sc. Hrvoje Sikirić, redovni profesor
Prof. dr. sc. Davor Babić, izvanredni profesor
Sveučilište u Zagrebu
Pravni fakultet
Trg maršala Tita 14
10 000 Zagreb

Zagreb, 3.5.2013.

STUDIJA: PRIZNANJE I IZVRŠENJE
INOSTRANE ARBITRAŽNE PRESUDE

1. ISPRAVE NA KOJIMA SE STUDIJA TEMELJI

U svrhu sastavljanja studije, proučili smo:

- arbitražnu presudu od 12.3.2013. i izdvojeno mišljenje prof. dr. sc. Časlava Pejovića od 14.3.2013.
- Ugovor br. MSTDP – CSB – 003/1&2, *Construction of the Continental and Southern Branch of the Regional Water Supply System for the Montenegrin Coast*

Studija smo sastavili na osnovi činjenica koje su utvrdili arbitražni sud u obavljanju svoje presude. Polazimo od toga da Vam je sadržaj te presude poznat te da nam potrebe da se činjenice uodac iznesimo u ovoj studiji.

Ako bi neke isprave ili podaci o ovoj pravnoj stvari koji nam nisu poznati mogli bi utjecati na neke ovdje iznesene zaključke, molimo Vas da nas o tome obavijestite.

2. SAŽETAK

Po našem mišljenju, priznanje i izvršenje arbitražne presude koja je donesena 12.3.2013. godine u postupku pri ICA ICC trebalo bi, u slučaju prigovora Regionalnog vodovoda kojim bi se on usprotivio priznanju i izvršenju navedene odluke, odbiti prema Njujorškoj konvenciji o priznanju i izvršenju inostranih arbitražnih presuda iz 1958. godine zbog toga što se stranke nisu sporazumjele o tome da se arbitraža provede pri toj arbitražnoj instituciji.

U obrazloženju svoga stajališta naprije ćemo utvrditi mjerodavne izvore prava (3.), potom razmotriti koji bi razlozi za odbijanje priznanja i izvršenja mogli doći do primjene (4.), odgovoriti na pitanje je li sudjelovanjem u raspravi o biti spora Regionalni vodovod pristao na nadležnost arbitražnog suda (5.) te, naposljetku, na pitanje je li osnovan prigovor Regionalnog vodovoda da arbitražni sud nije nadležan jer nije ugovorena arbitraža pri ICA ICC (6).

3. IZVORI PRAVA

3.1. Međunarodni ugovori

3.1.1. Njujorška konvencija iz 1958.

Njujorška konvencija o priznanju i ovrši stranih arbitražnih odluka iz 1958. (Sl. list SFRJ, Međunarodni ugovori 11/81 od 9.10.1981.) višestrani je međunarodni ugovor koji uređuje pretpostavke pod kojima su države ugovornice dužne dati učinka ugovorima o arbitraži i arbitražnim presudama koji se prema pravu države priznanja smatraju stranim. Konvencija je na snazi u Crnoj Gori prema točki 3. Odluke o proglašenju nezavisnosti Republike Crne Gore, Sl. list RCG, 36/2006, i čl. 20. Zakona o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora, Sl. list RCG, br. 11/03.

Prema čl. 1. Konvencije svaki arbitražni ugovor koji je izvan njezine materijalne primjenjivosti na priznanje i izvršenje samo onih odluka koje su donesene na području neke druge države ugovornice, bez obzira na to da li se predmetni spor odnosi na pitanje pravnih odnosa, bez obzira jesu li oni ugovorne naravi, koji se prema njenoj nacionalnoj pravu smatraju trgovačkima (rezerva komercijaliteta) (čl. I(3)).

SFRJ je prilikom pristupanja konvenciji izjavila obje navedene rezerve i one su i danas na snazi u Crnoj Gori (čl. 1. Zakona o ratifikaciji, Sl. list SFRJ, MU 11/81).

Arbitražna presuda od 12.3.2013. udovoljava rezervi uzajamnosti, jer je Francuska Republika u kojoj je arbitražna presuda donesena ugovornica Konvencije.¹

Pretpostavljamo da se ugovor o građenju sklopljen između stranog trgovačkog društva i javnog poduzeća kao što je Regionalni vodovod, smatra „trgovačkim pravnom odnosom“ prema pravu Crne Gore, tako da se Konvencija primjenjuje i po toj osnovi. Polazišni kriterij za pitanje koji je pravni odnos prema pravu Crne Gore trgovački mogla bi, prema našem mišljenju, biti odredba čl. 17. st. 2. Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore ("Sl. list Crne Gore", br. 47/08 i 04/11) koja propisuje da su ugovori privrednih društava i preduzetnika, u smislu toga zakona, ugovori koje privredna društva i druga pravna lica koja obavljaju privrednu djelatnost, kao i preduzetnici zaključuju među sobom u obavljanju djelatnosti koje sačinjavaju predmete njihovog poslovanja ili su u vezi sa tim djelatnostima. Kako, prema našem shvaćanju, i Strabag i Regionalni vodovod obavljaju privrednu djelatnost u smislu ove odredbe, smatramo da je pretpostavka iz rezerve komercijalитета ispunjena te se Njujorška konvencija primjenjuje.

3.1.2. *Europska konvencija iz 1961.*

Europska konvencija o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži iz 1961. (Sl. l. SFRJ MU 12/1963) međunarodni je ugovor sklopljen u okviru Gospodarskog odbora UN za Europu (*UN Economic Committee for Europe*). Premda je sklopljena s ciljem promicanja međunarodne gospodarske suradnje između država Zapadnog i Istočnog bloka, do danas je na snazi. Uređuje različita opća pitanja arbitražnog prava kao što su pravo i sposobnost stranaka da ugovore arbitražu, imenovanje arbitra, organizacija arbitražnog postupka, mjerodavno pravo za bit spora ili priznanje učinaka poništaja arbitražnog pravorijeka u inozemstvu.² S obzirom na predmetnu pravnu stvar, od važnosti je da Konvencija uređuje organizaciju arbitražnog sudovanja u slučaju neopozivnog ugovora o arbitraži (čl. IV) kao i prigovor nadležnosti arbitražnog suda (čl. V).

¹ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

² D. Guschnig, "Commentary to the European Convention on International Commercial Arbitration of 1961" *YEARBOOK COMM. ARB'N* (2011), str. 304-305; S. Klesli, "The European Convention on International Commercial Arbitration – The Tale of a Sleeping Beauty" u: C. Klausegger, P. Klein et al. (ur.), *AUSTRIAN YEARBOOK ON INTERNATIONAL ARBITRATION* (2013), str. 1-22; N. Pitkowitz, "Is There Still a Scope of Application of the European Convention on International Commercial Arbitration?" u: C. Klausegger, P. Klein et al. (ur.), *AUSTRIAN YEARBOOK ON INTERNATIONAL ARBITRATION* (2013), str. 93-109.

Europska konvencija iz 1961. primjenjuje se:

- a) na ugovore o arbitraži skopljene radi rješavanja sporova koji su nastali ili će nastati iz međunarodne trgovine između fizičkih ili pravnih osoba koja imaju, u vrijeme sklapanja ugovora, uobičajeno boravište ili sjedište u različitim državama ugovornicama;
- b) na arbitražni postupak i odluke zasnovane na takvim ugovorima (čl. 1. st. 1. Europske konvencije).

Strabag ima sjedište u Austriji koja je, kao i Crna Gora, ugovornica ove konvencije,³ tako da stranke imaju sjedište u različitim državama ugovornicama u smislu čl. 1. Konvencije. Primjena konvencije ne ovisi o sjedištu arbitraže,⁴ tako da se ona primjenjuje bez obzira na to što Francuska Republika nije država ugovornica konvencije.

3.2. Unutarnji izvori prava

3.2.1. Pravo Crne Gore

Zakon o parničnom postupku Crne Gore (br. 22/2004 i 76/2006, Odluka US RCG, U br. 78/04 i 102/04 - 28/2005-31) uređuje arbitraže koje imaju sjedište u Crnoj Gori kao i one koje se, iako imaju sjedište u Crnoj Gori, prema domaćem pravu smatraju stranim (čl. 472. ZPP). Odredbe ZPP-a o arbitraži (čl. 472.-508.) ne primjenjuju se dakle u pogledu arbitraža čije je sjedište u inozemstvu, kao što je arbitraža u predmetnom slučaju.

Zakon o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (Sl. list SFRJ, br. 43/82, 72/82 i 46/96) sadrži odredbe o pretpostavkama za priznanje i izvršenje stranih arbitražnih presuda (čl. 97.-100.) kao i odredbe o postupku priznanja i izvršenja (čl. 101). Odredbe ZRSZ o pretpostavkama za priznanje i izvršenje se ne primjenjuju u pogledu predmetne arbitražne odluke, jer prema čl. 2. Ustava Crne Gore (Sl. list CG, br. 1, 1997) prednost u ovom pogledu imaju odredbe Njujorške konvencije. Njujorška konvencija doduše ne lišava stranku koja traži priznanje i izvršenje prava da se poziva na primenu čl. 101. Zakona VII (Sl. list SFRJ, Strabag br. 46/96).

³ <http://untreaty.un.org>

⁴ Vidi Hascher, op. cit. str. 511. i tamo citiranu praksu sudova različitih država ugovornica. Fouchard/Gaillard/Goldman, str. 140.

mogao tražiti priznanje i izvršenje arbitražne presude u Crnoj Gori prema njezinom unutarnjem pravu ako se arbitražna presuda ne bi mogla priznati po konvenciji. Priznanje i izvršenje prema unutarnjem pravu Crne Gore ne bi, međutim, u konkretnom slučaju, bilo povoljnije za priznanje u odnosu na Njujoršku konvenciju.

Konvencija ne uređuje pravila postupka u kojemu se odlučuje o priznanju i izvršenju (čl. III. Konvencije) već se u tom pogledu primjenjuju unutarnji propisi Crne Gore (čl. 101. ZRSZ).

3.2.2. Pravo Francuske Republike

Kako je sjedište arbitraže u ovom predmetu Pariz, pravo injerodavno za samu arbitražu je francusko pravo. Arbitražno pravo u Francuskoj kodificirano je u Zakoniku o građanskom postupku (*Code de procédure civile*) na temelju reforme arbitražnog prava koja je provedena 2011.

4. RAZLOZI ZA ODBIJANJE PRIZNANJA I IZVRŠENJA ARBITRAŽNE PRESUDE

Regionalni vodovod je tijekom arbitražnog postupka prigovorio nadležnosti arbitražnog suda zbog toga što u arbitražnoj klauzuli sadržanoj u čl. 20.6 Ugovora, nije ugovorena arbitraža pri ICA ICC. Prema našem shvaćanju, Regionalni vodovod će ostati pri tom prigovoru i protiviti se po toj osnovi priznanju i izvršenju presude u Crnoj Gori.

Prema Njujorškoj konvenciji, priznanje i izvršenje inostrane arbitražne presude može se, između ostalog, odbiti:

- ako ugovor o arbitraži iz čl. II. Konvencije nije valjan po pravu kojem su ga stranke podvrgnule ili, ako nema nikakve naznake u tom pogledu, na temelju prava zemlje u kojoj je pravotijek donesen (čl. V(1)(a)),
- ako osnivanje arbitražnog suda ili arbitražni postupak nije bio u skladu s ugovorom stranaka ili, ako takvog ugovora nema, da nije bio u skladu s pravom zemlje mjesta (sjedišta) arbitraže (čl. V(1)(d))

Na navedene razloge za odbijanje priznanja sud ne pazi po službenoj dužnosti već na zahtjev stranke protiv koje se presuda ističe (čl. V(1)(a), prva rečenica).

Prema članku V. stavcima 1. i 2. Europske konvencije iz 1961., stranka koja želi podnijeti prigovor da arbitražni sud nije nadležan treba to učiniti za vrijeme arbitražnog postupka, najkasnije onda kada se očituje o zahtjevu ili obrani koji se odnose na biti spora. U protivnom, taj prigovor ne može se isticati u nastavku arbitražnog postupka niti tijekom kasnijeg sudskog postupka o biti spora ili o izvršenju arbitražne odluke, ako su prigovor nadležnosti ovlaštene istaknuti jedino stranke.

Isto pravilo u arbitraži s međunarodnim obilježjem proizlazi iz odredbe članka 1507. francuskog Zakonika o građanskom postupku koji propisuje načelo neformalnosti ugovora o arbitraži,⁶ kao i iz odredbe članka 1466. Zakonika (u vezi čl. 1506(3)) prema kojem se smatra da se stranka koja svjesno i bez opravdanog razloga, propusti pravodobno prigovoriti pred arbitražnim sudom nekoj nepravilnosti, odrekla prava pozivati se na tu nepravilnost.⁷

Isto pravilo proizlazi i iz odredaba ZPP-a Crne Gore koje; uređuju arbitražu čije je sjedište u Crnoj Gori pretežno po uzoru na Model zakona UNCITRAL-a iz 1985. o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži. Prema čl. 481. st. 2. ZPP-a, prigovor da arbitražni sud nije nadležan tuženi mora istaknuti najkasnije kad i odgovor na tužbu, a ako arbitražni sud smatra da je zakašnjenje opravdano može naknadno dozvoliti podnošenje prigovora.

Prema praksi sudova po Njujorškoj konvenciji, stranka koja pravodobno u arbitražnom postupku ne prigovori nadležnosti arbitražnog suda, prekludirana je u pravu da se protivi priznanju arbitražnog pravoritjeka temeljem toga što ugovor o arbitraži ne postoji.⁸

Ako je, međutim, tuženik *pravodobno iznio prigovor nadležnosti*, navedena pravila nikako ne ograničavaju njegovo pravo da nakon toga sudjeluje u raspravi o biti spora. Tuženik se

⁶ Art. 1507. – *La cour est incompétente d'apprécier la validité ou l'invalidité de la convention d'arbitrage.*

⁷ Art. 1466. – *La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir.*

⁸ J. van den Berg, *THE NEW YORK ARBITRATION CONVENTION OF 1958: TRENDS IN INTERPRETATION* (Dordrecht-Boston, 1991), str. 155; David Hannicko u Wolf (ed), *NEW YORK CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS OF 10 JUNE 1958 – COMMENTARY*, (München, 2012), str. 255; *ICCA'S GUIDE TO THE INTERPRETATION OF THE 1958 NEW YORK CONVENTION: A HANDBOOK FOR JUDGES*, International Council for Commercial Arbitration (2011), str. 80-81. Vidi o tome npr. praksu njemačkih sudova: BayObLG, *YEARBOOK COMM. ARB'N.* (2005), str. 568; OLG München, *YEARBOOK COMM. ARB'N.* (2009), str. 499; OLG Schleswig, *YEARBOOK COMM. ARB'N.* (2006), str. 652, 657.

raspravljanjem o biti spora *ne odriče prigovora koji je već iznio*. On u raspravi sudjeluje tek eventualno, tj. tek za slučaj da će arbitražni sud odbiti njegov prigovor nenadležnosti.

U predmetnom postupku, Regionalni vodovod je svoj prigovor da je arbitražni sud nenadležan iznio u podnesku naslovljenom „*Plea Contesting Jurisdiction of ICC Arbitration*“ koji je upućen ICA ICC dana 11.6.2010 (t. 26. arbitražne presude). Taj prigovor je iznio i u postupku pred arbitražnim vijećem u podnescima od 14.10.2010. i 24.11.2010. Tuženik je sudjelovao tijekom arbitraže i u raspravi o glavnoj stvari, ali je pritom ostao pri svom prigovoru nadležnosti i u svojim kasnijim podnescima nije pristao na nadležnost arbitražnog suda. Uostalom, tijekom arbitražnog postupka ni sam Strabag nije tvrdio da je tuženik time što se upustio u raspravu prihvatio nadležnost arbitražnog suda niti je arbitražni sud na toj okolnosti zasnovao svoju odluku da je nadležan.

Zaključno, kako je tuženik već na samom početku arbitražnog postupka prigovorio nadležnosti te pri tome ostao tijekom čitave arbitraže, **ne može se smatrati da je sudjelovanjem u raspravi pristao na nadležnost arbitražnog suda.**

6. OSNOVANOST TUŽENIKOVOG PRIGOVORA DA NIJE UGOVORENA ARBITRAŽA PRI ICA ICC

Tuženik je u arbitražnom postupku prigovorio da arbitražna klauzula iz čl. 20.6(a) Općih uvjeta Ugovora ne predviđa arbitražu pri ICA ICC. Najprije ćemo razmotriti prema kojem pravu se treba ocijeniti osnovanost toga prigovora. Potom ćemo razmotriti odluku arbitražnog suda da se pravna praznina u arbitražnoj klauzuli treba popuniti tako da se smatra ugovorenom arbitražom ICA ICC te nakon toga pitanje tumačenja arbitražne klauzule.

6.1. Pravo mjerodavno za ugovor o arbitraži

Arbitražna klauzula treba tumačiti i njene učinke prosuđivati po pravu koje je za nju mjerodavno. U smislu odzvanja i izvršavanja strane arbitražne odluke, to pravo određuje se pravo odredbi čl. V(1)(a) Njujorške konvencije, prema kojoj je za ugovor o arbitraži mjerodavno pravo kojem su stranke ga potvrdile ili, ako nema nikakve naznake u tom pogledu, pravo zemlje u kojoj je arbitražna pravna donesena.⁹ Prema komentarskoj literaturi, ako stranke nisu izvršile

⁹ Iako odredba čl. V(1)(a) upućuje na pravo mjerodavno za valjanost ugovora o arbitraži, smatra se da je to pravo općenito mjerodavno za ugovor o arbitraži. Van den Berg, op. cit., str. 282.

izabrale pravo mjerodavno za arbitražnu klauzulu, ali su izabrale pravo mjerodavno za ugovor u kojemu je ta klauzula sadržana, smatra se da su time prešutno izabrale i pravo mjerodavno za klauzulu.¹⁰ U slučajevima u kojima su stranke izabrale pravo jedne države kao mjerodavno za glavni ugovor, a sjedište arbitraže ugovorile u drugoj državi, ne postoje ujednačena stajališta o tome je li za ugovor mjerodavno pravo prve ili druge države.¹¹ U predmetnoj pravnoj stvari, stranke su izabrale crnogorsko pravo kao mjerodavno za čitav ugovor, a za arbitražnu klauzulu nisu odredile neko drugo pravo niti su izabrale neko određeno sjedište arbitraže. Slijedom toga, prema cit. odredbi čl. V(1)(a) Konvencije mjerodavno bi bilo crnogorsko pravo.

Ovaj pristup u određivanju mjerodavnog prava različit je od onoga koji primjenjuju arbitražni sudovi sa sjedištem u Francuskoj. Prema francuskom pravu, kako je to utvrdio i arbitražni sud u predmetnoj stvari, u arbitraži koja ima međunarodni karakter, ugovor o arbitraži autonoman je u odnosu na nacionalno pravo, uključujući i pravo koje su stranke ugovorile kao mjerodavno za glavni ugovor. Ugovor o arbitraži treba, prema tom shvaćanju, tumačiti po međunarodno prihvaćenim načelima tumačenja.¹² Takvo tumačenje prihvatio je francuski Kasacijski sud (*Cour de cassation*) u predmetu *Dalico (Municipalité de Khoms El Mergeb v. Société Dalico*, 20.12.1993, no. 91-16828) te ga potvrdio nedavno u novijoj praksi (*Société d'études et représentations navales et industrielles (SOERNI) et autres vs. Société Air Sea Broker limited (ASB)*, 8.7.2009, no. 08-16025). Ovaj pristup karakterističan je za francusko pravo¹³ i različito je ocijenjen u literaturi o poredbenom arbitražnom pravu.¹⁴

¹⁰ Dva suvremena međunarodna komentara Konvencije suglasni su u tome da izbor prava mjerodavnog za ugovor načelno obuhvaća i ugovor o arbitraži. H. Kronke / P. Nacimiento et al. (ur.), *RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS: A GLOBAL COMMENTARY ON THE NEW YORK CONVENTION*, (2010), str. 223-225; Wilske/Fox u: Wolff, str. 276. Isto shvaćanje zastupaju i *Redfern i Hunter*, autori jednog od vodećih sustavnih djela o međunarodnoj arbitraži, koji navode da je arbitražna klauzula samo jedna od mnoštva klauzula u ugovoru pa se čini da je primjereno da za nju bude mjerodavno pravo koje su stranke izabrale za čitav ugovor. N. Blackaby / C. Partasides et al., *REDFERN AND HUNTER ON INTERNATIONAL ARBITRATION* (Oxford, 2009), str. 165.

¹¹ Prema *van den Bergu*, ako su stranke za ugovor izabrale pravo jedne države, a sjedište arbitraže ugovorile u drugoj, mjerodavno je pravo te druge države. Van den Berg, op. cit. 293. U prilog izabranog sjedište arbitraže izjašnjava se i Berger. Vidi K. P. Berger, "Reexamining the Arbitration Agreement: Applicable Law - Consensus or Confusion?" u: A. J. van den Berg (ur.), *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA CONGRESS SERIES 2006* (2007), str. 301-334.

¹² J. J. F. P. de F. de F., op. cit. 33.

¹³ U arbitražnim paktima većine drugih država za ugovor o arbitraži mjerodavno je neko nacionalno pravo. Pritom je jedno od vodećih rješenja u suvremenom poredbenom zakonodavstvu, alternativno upućivanje na više prava kao što su prava koja su stranke različito odabrale za glavni ugovor i arbitražni, pravo mjerodavno za bit spora i pravo sjedišta arbitraže. Prema tom rješenju, ugovor o arbitraži valjan je ako je valjan prava bilo kojega od tih prava. Ovo rješenje prihvaćen je, u ponešto različitim oblicima, npr. u švicarskom, njemačkom, austrijskom, hrvatskom ili slovenskom pravu. ZPP i ZRSZ Crne Gore ne sadrže normu o pravu mjerodavnom za ugovor o arbitraži.

¹⁴ U prilog takvom pristupu npr. L. Graff, "The Law Applicable to the Validity of the Arbitration Agreement: A Practitioner's View", u: *CONFLICT OF LAWS IN INTERNATIONAL ARBITRATION* (München, 2011), str. 20-61. Neki autori shvaćanje o autonomnosti ugovora o arbitraži od nacionalnog prava kritiziraju kao posredno nametanje

Suglasni smo sa stajalištem izraženim u arbitražnoj presudi da opća načela tumačenja ugovora prema kojima je arbitražni sud, u skladu s francuskim pravom, tumačio klauzulu – kao što su načelo dobre vjere, učinkovitog tumačenja ili načelo *contra proferentem* – u najvećoj mjeri odgovaraju načelima tumačenja koja vrijede u nacionalnim pravima, pa tako i u Zakonu o obveznim odnosima Crne Gore. Slijedom toga, pitanje da li bi arbitražnu klauzulu trebalo tumačiti po crnogorskom pravu ili prema francuskom shvaćanju o autonomnosti ugovora o arbitraži i ne bi trebalo imati presudnu ulogu. U nastavku ćemo nastojati razmotriti pitanje tumačenja prema općim međunarodno prihvaćenim načelima tumačenja kao i prema crnogorskom pravu. Kao na neformalne izvore općih načela upućivat ćemo na dva široko prihvaćena teksta: UNIDROIT načela međunarodnih trgovačkih ugovora (2010)¹⁵ i *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)* iz 2009.¹⁶

Vrijedi napomenuti da se sporazum stranaka o osnivanju arbitražnog suda odnosno pravilima postupka iz čl. V(1)(d) smatra zasebnim sporazumom u odnosu na ugovor o arbitraži (čl. II., čl. V(1)(a)). Taj sporazum, prema Konvenciji, nije podvrgnut određenom nacionalnom pravu već je autonomne naravi.¹⁷ I u pogledu toga sporazuma, koji je u pravilu također sadržan u arbitražnoj klauzuli, vrijede ista načela tumačenja i primjene kao i za ugovor iz čl. II. tako da se sve odredbe arbitražne klauzule mogu tumačiti prema istim načelima tumačenja.

6.2. Popunjavanje pravne praznine u pogledu izbora arbitražne institucije

Arbitražna klauzula iz čl. 20.6. Općih uvjeta Ugovora predviđa arbitražu (1) pri nekoj arbitražnoj instituciji, (2) koja je međunarodna, (3) koja ili ima vlastita arbitražna pravila ili je spremna primjenjivati arbitražna pravila UNCITRAL-a i (4) koja je određena u priloženim Podacima o Ugovoru (*Contract Data*). Regionalni vodovod je međutim popustio u Podacima o Ugovoru uvesti o kleribu koja određuje arbitražnu instituciju, a Sudac je popustio u skladu sa odredbom čl. 17. Među ostalima je nastojao i u ovom pitanju osu na bilo koji način progovoriti prije popisivanja Ugovora.

¹⁵ UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, 2010, available at <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>.
¹⁶ EC, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2009, available at http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfv_outline_edition_en.pdf.
¹⁷ Borris/Hennecke u Wolif, str. 332.

Postoji mnoštvo arbitražnih institucija koje udovoljavaju definiciji iz čl. 20.6 Općih uvjeta. Jedna od njih svakako je ICA ICC, ali nipošto ne i jedina. Kako je nesporno da stranke nisu usmeno pregovarale o arbitražnoj instituciji, slijedi da o tome ne postoji stranački sporazum. To je ustanovio i sam arbitražni sud koji se složio s ocjenom Regionalnog vodovoda da arbitražna klauzula nije nejasna već nepotpuna (t. presude).

Arbitražni sud je odlučio da u pogledu pitanja arbitražne institucije on treba upotpuniti pravnu prazninu u pogledu arbitražne institucije i to na način da pretpostavi da bi stranke, da su o tome pregovarale, izabrale arbitražu upravo prema pravilima ICA ICC (t. 435. presude).

Prema općim načelima ugovornog prava, sudovi, kako državni tako i arbitražni, pod određenim pretpostavkama mogu, ako je to potrebno, popuniti pravnu prazninu u ugovoru utvrđujući hipotetsku volju stranaka, tj. utvrđujući koju bi odredbu o nekom pitanju stranke ugovorile da su o tome pregovarale. Popunjavanje pravnih praznina uređeno je npr. u UNIDROIT načelima (čl. 4.8)¹⁸ kao i u DCFR (II.-9:101: Terms of a contract).¹⁹ I crnogorsko pravo sukladno je tim načelima (čl. 96. st. 2. ZOO).

Međutim, primjenom tih načela arbitražna klauzula nije se mogla popunjavati iz dva razloga: prvo, to nije bilo potrebno učiniti i, drugo, u utvrđenim činjenicama nema uporišta za zaključak da su stranke ugovorile upravo arbitražu ICC.

¹⁸ "UNIDROIT, l. 4.3: *Supplying an omitted term:*

(1) *When the parties to a contract have not agreed with respect to a term which is important for a determination of their rights and duties, a term which is appropriate in the circumstances shall be supplied.*

(2) *In determining what is an appropriate term regard shall be had, among other factors, to*

(a) *the intention of the parties*
(b) *the nature and purpose of the contract*
(c) *good faith and fair dealing*
(d) *reasonableness.*

¹⁹ "II.-9:101: *Terms of a contract*

(1) *When it is necessary to supply a term which the parties have not provided for, a court may imply an additional term, having regard to particular circumstances.*

(a) *the nature and purpose of the contract;*
(b) *the circumstances in which the contract was concluded; and*
(c) *the requirements of good faith and fair dealing.*

(3) *Any term implied under paragraph (2) should, where possible, be such as to give effect to what the parties, had they provided for the matter, would probably have agreed.*

(4) *Paragraph (2) does not apply if the parties have deliberately left a matter unprovided for, accepting the consequences of so doing."*

6.1.3. Nema dokaza da bi stranke ugovorile upravo ICA ICC da su o tome pregovarale

Prema citiranim odredbama UNIDROIT načela i DCFR, hipotetska volja stranaka može se ustanoviti samo na osnovu ostalih ugovornih odredaba i ukupnih okolnosti slučaja. To se ne može činiti primjenom nekih objektivnih kriterija, već samo na osnovu „nekih očitovanja ili ponašanja stranaka koje jasno i konkretno upućuju“ na to kakvu bi odredbu stranke ugovorile u vrijeme sklapanja ugovora.²³ Pravna praznina u klauzuli ne može se dakle popuniti upućivanjem na bilo koju instituciju pred kojom bi se arbitraža mogla provesti, samo zato da bi se spor riješio arbitražom, već upravo na onu instituciju za koju se temeljem utvrđenih činjenica osnovano može zaključiti da bi bila ugovorena.

Ništa ne govori da su bilo Strabag bilo Regionalni vodovod, a još manje i Strabag i Regionalni vodovod htjeli upravo arbitražu ICA ICC. Pitanje arbitražne institucije često ima odlučujući značaj pri ugovaranju arbitraže. Različite stranke i pravni savjetnici imaju, na osnovu svoga iskustva, različite preferencije u vezi pojedinih arbitražnih institucija. Institucije se znatno razlikuju po tome koliki su troškovi arbitražnog suđenja, kakav je njihov sustav imenovanja i potvrđivanja arbitara, kako (ako uopće) nadziru i administriraju arbitražno suđenje, kakvo im je iskustvo u pojedinim privrednim sektorima ili geografskim regijama. U ovom slučaju može se, na osnovu utvrđenih činjenica, samo spekulirati o tome koju bi instituciju konkretno Strabag i Regionalni vodovod izabrali da su o tome pregovarali.

U ugovorima sklopljenim prema uvjetima FIDIC-a često se ugovara arbitražu pri ICA ICC, ali se često ugovara i pred drugim institucijama. Ni Strabag ni arbitražni sud ne tvrde da postoji trgovački običaj da se upravo toj instituciji povjeravaju ti sporovi ili da postoje neka pravila iskustva iz kojih bi se mogao izvesti zaključak o hipotetskoj volji da se ugovori upravo arbitražu ICA ICC. Niti iz načela dobre volje, koje u ovom kontekstu spominje arbitražni sud, ne može se izvesti zaključak da bi to bila upravo arbitražu ICA ICC, jer bi svaka stranka u dobroj volji imala pravo predložiti i neku drugu instituciju koja odgovara čl. 20.6. Općih uvjeta.

Hipotetska volja stranaka može se popunjavati, paزنica može se ustanoviti samo na osnovu očitovanja kada je klauzula nastala.²⁴ Arbitražna klauzula ne može se popunjavati upućivanjem na instituciju na koju se predlaže, jer stranke to jasno i konkretno upućuju, samo zato što je arbitražu pri toj

²³ "Constructive interpretation is, in particular, inadequate if it can be solely based upon objective normative considerations. Rather, the parties' particular declarations or conduct have to indicate clearly and specifically that the constructive interpretation would have [616] complied with the hypothetical intention of both parties at the time the contract was concluded." Canaris / Grigoleit, str. 615-616.

²⁴ Ibid.

instituciji već u tijeku. To bi značilo da instituciju zapravo bira sam tužitelj, što bi bilo protivno načelu jednakosti stranaka u arbitražnom postupku.

U arbitražnoj presudi navodi se da historijat arbitražne klauzule upućuje na hipotetsku volju stranaka da se ugovori upravo arbitraža pri ICA ICC. Među strankama je nesporno, kako se navodi u presudi, da se Ugovor temelji na standardnom obrascu sadržanom u „*Standard Bidding Documents for Works*“ („SBD-W“) kojega je sastavila Svjetska banka, koja je djelomično financirala projekt. SBD-W upućuju na uvjete FIDIC-a „*Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designated by the Employer, Multilateral Development Bank Harmonized Edition 2005*“ (FIDIC MBD version 2005). Ti su pak uvjeti razmotreni u poglavlju VII priručnika pod nazivom „*User's Guide for Procurement of Works*“ koji je izdala Svjetska banka 2007. U općim uvjetima navedena je ista arbitražna klauzula kao u predmetnom ugovoru. U standardnim podacima o ugovoru (*Standard Contract Data*) koji se ispunjavaju posebno za svaki ugovor, u priručniku se uz referencu na arbitražnu klauzulu (Sub-Clause 20.6(a)) navodi napomena: „*[Insert rules of arbitration if different from those of the International Chamber of Commerce]*“. Prema shvaćanju arbitražnog suda, ta napomena odražava shvaćanje Svjetske banke, koja je sastavila priručnik SBD-W da ako naručitelj, kojemu je ta napomena adresirana, ne uvrsti druga pravila, treba smatrati da stranke nisu izabrale neku drugu instituciju već da su izabrale ICA ICC. Ta institucija bila bi, po ocjeni Svjetske banke, „*default institution*“ koja se smatra ugovorenom ako nije spomenuta druga institucija. U presudi se naglašava da to stajalište nije obvezujuće za arbitražni sud, već da se time može tumačiti klauzula kao i ponašanje stranaka, osobito Regionalnog vodovoda, pri sastavljanju klauzule (t. 441-446).

Navedeno obrazloženje polazi od toga da je jedna uputa u jednom neobvezujućem priručniku Svjetske banke vjerodostojniji dokaz o namjeri stranaka od izričitih odredaba Ugovora kojega su potpisale. Teško je vjerovati da Svjetska banka preporučuje korisnicima uvjeta da ako žele ugovoriti ICA ICC arbitražu, to učine tako da je uopće u ugovoru ne spomenu. Još je teže vjerovati da su ti korisnici spremni prihvatiti takav savjet i osloniti se na njega. Činjenica da arbitražni sud naglašava da takvo ponašanje nije za njega obvezujuće, ukazuje na to da i sam smatra da ne bi bilo razumno. Opće uvjete stranaka na taj način.

Odluka arbitražnog suda u ovom dijelu temelji se na dva razloga: 1) Svjetska banka u svojim neobvezujućim uputama preporučuje svojim korisnicima da ako žele ugovoriti ICC arbitražu, to učine na način da je uopće ne ugovore, 2) Regionalni vodovod

posvećuje veću pažnju tim uputama nego izričitim ugovornim odredbama koje sam potpisuje i prihvaća takvu preporuku Svjetske banke shvaćajući da je doista ugovorena ICC arbitraža, 3) Strabag omaškom propušta uočiti da se arbitraža ne spominje u Contract Data, ali se ipak ima pravo pozvati na navedene propuste Svjetske banke i Regionalnog vodovoda te arbitražu pokrenuti pred ICA ICC kao da je i ugovorena. Ne samo da je ovakav scenarij malo vjerojatan, već bi na osnovu ovako nesavjesnog ponašanja svih sudionika projekta bilo sasvim neprimjereno zasnovati nadležnost arbitražnog suda.

Čini se da je ipak vjerojatnije da je Regionalni vodovod naprosto omaškom propustio uvrstiti klauzulu o arbitražnoj instituciji kao što je i Strabag omaškom propustio primijetiti da klauzula nije uvrštena. Taj najjednostavniji scenarij trebao bi, prema načelu Occamove oštrice, biti ocijenjen i najvjerojatnijim. O tome da je puno vjerojatnije da se radi o omašci govori i činjenica da u ugovoru ima i drugih pogrešaka na mjestima koja se ne mogu objasniti nekom određenom namjerom ugovornih strana. Tako se npr. uputa na drukčije uvjete FIDIC-a od onih koji su ugovoreni, po ocjeni samog arbitražnog suda ne može shvatiti kao rezultat određene namjere već kao puka omaška u sastavljanju ugovora. Ako je Regionalni vodovod omaškom propustio uputiti na instituciju, kao što je Strabag propustio uočiti tu omašku, treba zaključiti da je razlog što nema očitivanja o tom pitanju jednostavno u tome što nije bilo ni namjere koja bi se mogla očitovati.

Dokaz o namjeri stranaka da ugovore upravo arbitražu ICA ICC, Strabag izvodi iz toga što je ICA ICC arbitraža ugovorena u članku 9. Ugovora o odboru za rješavanje sporova (*Dispute Board Agreement, DBA*), zasebnog ugovora s članovima toga odbora koji ne čini dio Ugovora između Strabaga i Regionalnog vodovoda (t. 419-420. presude). Tu okolnost Strabag smatra „najpouzdanijim izvorom“ namjere stranaka u pogledu arbitražne institucije (t. 421), očito pouzdanijim od već spomenute napomene u priručniku Svjetske banke koja je pak za arbitražni sud bila od središnjeg značaja. Arbitražni sud prihvatio je tvrdnju Regionalnog vodovoda da se DBA i u njemu sadržana klauzula ne primjenjuje u ovom sporu, ali je ustredio da ta klauzula može biti „dodatni izvor nanašanja“ arbitražne klauzule iz ovog ugovora, jer su i Strabag i Regionalni vodovod stranke i toga ugovora. Ta okolnost, po mišljenju arbitražnog suda, „ipak nije“ namjera stranaka da shvate ICA ICC kao *default institution*. Ona je „još jedan indicij“ o tome da bi bila ugovorena ICA ICC arbitraža (t. 442). Uključno formuliranje iz pozicije nije dovoljno govore o tome da po ocjeni arbitražnog suda ova okolnost sama za sebe nije dovoljna za zasnivanje nadležnosti arbitražnog suda. Od središnjeg značaja za odluku o nadležnosti bila je

spomenuta uputa iz priručnika, koju sam Strabag nije smatrao glavnim dokazom već tek dodatnom potvrdom zaključaka koje temelji na čl. 9. DBA te na pogrešnoj uputi na Pink Book FIDIC-a iz 2005, koju je sam arbitražni sud ocijenio nevažnom. Iz obrazloženja presude nije vidljivo zašto bi klauzula u sasvim zasebnom ugovoru kao što je DBA imala bilo kakav značaj u istraživanju hipotetske volje stranaka u pogledu njihovog međusobnog ugovora.

Temeljno pravilo arbitražnog prava je da arbitraže nema bez sporazuma stranaka. U ovom slučaju je nesporno da stranke nisu sporazumno izabrale nijednu instituciju. Umjesto da poštuje postupak koji upravo za taj slučaj predviđa Europska konvencije, tužitelj se jednostrano odlučio pokrenuti arbitražu pri ICC. Arbitražni sud osnovan prema pravilima te institucije sam je popunio arbitražnu klauzulu odredbom da se arbitraža provodi upravo pred tom institucijom. Odluka arbitražnog suda da bi stranke, da su o tome pregovarale, ugovorile upravo ICA ICC arbitražu nema uporišta u ugovornim odredbama i okolnostima slučaja. Nije nezamislivo da neki arbitražni sud umjesto stranaka popuni ugovor o arbitraži u pogledu institucije, iako presedan za takvu odluku nismo pronašli. Međutim, takvo popunjavanje ne smije biti protivno mjerodavnim međunarodnim ugovorima i mora imati uporišta u ugovornim odredbama i okolnostima slučaja, što ovdje nije slučaj.

6.3. Tumačenje arbitražne klauzule

Kao što je ranije navedeno, predmetna arbitražna klauzula ne sadrži sporazum o arbitražnoj instituciji. S time se suglasio i sam arbitražni sud time što je svojom odlukom odlučio popuniti pravnu prazninu u tom pogledu. Arbitražni sud izričito se suglasio sa stajalištem Regionalnog vodovoda da arbitražna klauzula koju su stranke sklopile nije nejasna već nepotpuna (t. 440).

Kako sporazum stranaka o arbitražnoj instituciji ne postoji, on se ne može ni tumačiti. Arbitražni sud ipak se odlučio uz obrazloženje o popunjavanju arbitražne klauzule iznijeti i razmatranja o tome kako bi klauzula trebala tumačiti primjenom općih načela tumačenja ugovora. U tom pogledu osvrnuo se posebno na dva načela tumačenja: načelo učinkovitog tumačenja i načelo *contra proferentem*. Oba načela su općeprihvaćena, ali se ne mogu primijeniti na tumačenje nečega što ne postoji. Zbog toga se kako u UNIDROIT načelima tako i u DCFR, pitanje tumačenja prema općim načelima razmatra u vezi s od popunjavanju pravnih praznina. Iako u potpunosti ove studije, osvrnut ćemo se na obrazloženje presude i u ovom dijelu.

6.3.1. Načelo učinkovitog tumačenja

Prema načelu učinkovitog tumačenja, značenje neke ugovorne odredbe po kojemu ona ima neki pravni učinak ima prednost pred značenjem po kojemu ga nema. To načelo se temelji na očekivanju da stranke koje sastavljaju ugovornu odredbu čine to zato da stvore određeni pravni učinak, a ne zato da ga ne stvore (*magis ut res valeat quam pereat*).

Metoda učinkovitog tumačenja prihvaćena je npr. u II.-8:106 DCFR²⁵ i čl. 4.5. UNIDROIT načela međunarodnih trgovačkih ugovora.²⁶ U pravu Cine Gore ono se može izvesti iz dužnosti tumačenja u skladu s osnovama obligacijskog prava i s načelom savjesnosti i poštenja.²⁷ Načelo učinkovitog tumačenja prihvaćeno je i u arbitražnom pravu.²⁸

Načelo učinkovitog tumačenja ne znači da svaku ugovornu klauzulu, bez obzira na njezin sadržaj i pod svaku cijenu, treba tumačiti tako da joj se pridaje neki pravni učinak. Ono znači samo to da ako je odredba nejasna tj. ako postoji više konkurirajućih značenja, prednost treba dati onom po kojem ona ima neki učinak.²⁹ Ako neka klauzula primjerice upućuje na nepostojeću arbitražnu instituciju, a njezin naziv slični nazivu neke postojeće institucije, ili neke druge okolnosti slučaja govore u prilog zaključku da su stranke imale na umu tu instituciju, tada treba dati prednost tumačenju da su stranke izabrale upravo tu instituciju, jer se u protivnom arbitraža ne bi mogla provesti. Primjerice, u odluci jednog arbitražnog vijeća u postupku pri ICA ICC, arbitražni sud protumačio je klauzulu koja glasi: "*In case of litigation, parties hereby agree to appeal to International Chamber of Commerce of Geneva (Switzerland) according to international rules of arbitration*". Arbitražni sud je, primjenom načela učinkovitog tumačenja, s pravom ustanovio da ovu nejasnu uputu na arbitražnu instituciju treba shvatiti kao uputu na ICA ICC, jer „Međunarodna trgovačka komora Ženeve“ ne postoji pa bi u protivnom klauzula bila neprovediva.³⁰

²⁵ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Volume I* (C. von Bar i E. Clive, eds), 2009, II.-3:176: „*Interpretation: words shall be given the meaning of the contract which, as respects, is to be preferred to any which would not*“

²⁶ „*Contract terms shall be interpreted in a way which gives the greatest effect to the contract as a whole*“

²⁷ Član 95. i 97. ZOO CG.

²⁸ ICA ICC i DCFR: „*Interpretation of Contract Clauses of International Commercial Arbitration* (1999), op. cit. str. 133; A. Siliagescu, „*Issues in International Arbitration*“ (1998), 33 *Int'l & Comp. Law/Miscell/Kröll*, op. cit. str. 265.

²⁹ P. Karrer, „*Pathological Arbitration Clauses – Malpractice, Diagnosis, and Therapy*“ u N. P. Vogt et al. (ur.) *Festschrift für Thomas Bär und Robert Karrer* (1997), str. 109-126.

³⁰ Djelomična odluka u predmetu ICC br. 7920 od 1993, *Yearbook Comm. Arb'n* (1998), str. 30.

Ako međutim sporazum o arbitražnoj instituciji ne postoji, kao što je ovdje slučaj, tada se on ne može ni tumačiti pa mu se ne može ni pridati pravni učinak temeljem načela učinkovitosti.

U arbitražnoj odluci navodi se da bi arbitražna klauzula, ako se ne shvati kao klauzula koja upućuje na ICA ICC, bila bez učinka i da bi to onemogućilo tužitelja u ostvarenju njegovih prava. Kao što je ranije rečeno, tužitelj je imao priliku u postupku prema Europskoj konvenciji utvrditi pred kojom se institucijom treba provesti postupak. Slijedom toga, arbitražna klauzula onako kako glasi može stvarati pravne učinke.

6.3.2. Načelo *contra proferentem*

Načelo prema kojemu se kod tumačenja nejasnih odredbi treba dati prednost tumačenju na štetu onoga tko ih je sastavio (*contra proferentem*) smatra se jednim od općih načela tumačenja ugovora.³¹ Ono je prihvaćeno u DCFR (čl. II.- 8:103)³² kao i u UNIDROIT načelima (čl. 4.6)³³. Prema članu 98. crnogorskog ZOO, u slučaju kad je ugovor zaključen prema unaprijed odštampanom sadržaju, ili kad je ugovor bio na drugi način pripremljen i predložen od jedne ugovorne strane, nejasne odredbe tumačiće se u korist druge strane.

U predmetnoj arbitražnoj odluci, arbitražni sud oslonio se i na ovo načelo pri tumačenju arbitražne klauzule (t. 402., 452., 453., 464. presude). Prema ocjeni arbitražnog suda, arbitražnu klauzulu u čl. 20.6. Ugovora treba tumačiti kao klauzulu koja upućuje na ICA ICC jer je Regionalni vodovod, koji se sada protivi arbitraži pri ICA ICC, tu klauzulu sastavio.

6.3.2.1. Načelo *contra proferentem* se ne primjenjuje jer je arbitražna klauzula jasna

Načelo *contra proferentem* je ograničeno je na tumačenje ugovornih odredaba koje su nejasne. Cilj odredba DCFR o pravilu *contra proferentem* navodi da se to načelo primjenjuje ako postoji sumnja

³¹ Ovo pravilo tumačenja ima svoje korijene u rimsko-pravnom načelu *Interpretatio in Operibus quibus est in ambiguitas contra stipulatorem est*. Cels. D. 34, 5, 25. Više o tome E. Zimmermann, *LAW OF OBLIGATIONS* (1996), str. 149-151.

³² "II.- 8:103 Interpretatio contra proferentem of terms of contract by party

(1) Where there is doubt about the meaning of a term not individually negotiated, an interpretation of the term against the party who supplied it is to be preferred."

³³ UNIDROIT Principles, čl. 4.6: "Contra proferentem: If contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred."

o značenju ugovorne odredbe“, a odgovarajuća odredba UNIDROIT načela ako je riječ o odredbi koja je „nejasna“. Smisao načela *contra proferentem* jest potaknuti one koji sastavljaju ugovorne odredbe da ih sroče jasno. Ako bi pravilo *contra proferentem* značilo da se jasne ugovorne odredbe tumače protiv onih koji ih pišu, takvo pravilo bi obeshrabrivalo stranke da uopće sklapaju ugovore u pismenom obliku. Ako je ugovor jasan, ne treba ga tumačiti (*in claris non fit interpretatio*).

Tužitelj u ovom postupku nije ni tvrdio da bi mu arbitražna klauzula da ju je proučio bila nejasna, već da ju svojim propustom uopće nije proučio. Svakom razumnom adresatu koji prouči čl. 20.6. Općih uvjeta i Podatke o Ugovoru (*Contract Data*) bilo bi sasvim jasno da arbitražna institucija u Ugovoru nije određena. Posebno bi to bilo jasno stranci koja ima iskustva u sklapanju ugovora o građenju i arbitražnih klauzula, kao što je Strabag.

Prema komentaru DCFR, opća pravila tumačenja u većini slučajeva omogućuju da se utvrdi jasno značenje odredbe tako da je prostor za primjenu pravila *contra proferentem* ograničen.³⁴ Odredbe UNIDROIT načela i DCFR naglašavaju da se tumačenju protiv stranke koja je sastavila odredbu treba „dati prednost“ („*to be preferred*“) u odnosu na druga tumačenja, čime se naglašava da se to pravilo može primijeniti samo u slučaju da postoji više mogućih tumačenja. Kako se navodi u komentaru DCFR, ta odredba ukazuje na to da se u primjerenim okolnostima nejasna klauzula može tumačiti i u korist osobe koja ju je sastavila.³⁵

Načelo *contra proferentem* može doći do primjene kod tumačenja ugovora o arbitraži, premda ono u tom pogledu nema važniju ulogu. U jedinom sustavnom djelu o arbitražnom pravu koje se uopće osvrće na načelo *contra proferentem* kao sredstvo tumačenja ugovora o arbitraži, navodi se da ono nije često zastupljeno u arbitražnoj praksi te da se primjenjuje u pogledu nejasnih klauzula.³⁶ U literaturi se upozorava da se kod tumačenja arbitražnih klauzula, pravilo *contra proferentem* može pribjeći tek ako je to nužno i tek ako se nejasnoća ne može otkloniti primjenom drugih metoda tumačenja.³⁷ Navodi se i to da ono ima samo pomoćnu ulogu u istraživanju stvarne volje

³⁴ DCFR, str. 563: “In many, if not most, cases the general rules on interpretation in the two preceding Articles will enable a clear meaning to be arrived at. The scope for the application of the present Article is therefore limited.”

³⁵ DCFR, str. 563: “It should be noted that the rule merely directs a preference against the party who proposed it. The rule is to be preferred. A court prefer could, be appropriate circumstances, interpret a clause which has not been established, regardless in favour of the party who proposed it.”

³⁶ Fouchard/Gaillard/Goldman, op. cit. str. 258.

³⁷ “[*Contra proferentem*] is a subsidiary rule of last resort to be applied when it has not been possible to resolve the ambiguity by the use of all other interpretative aids”. J. Rosengren, *Contract Interpretation in International Arbitration*, 30 *Journal of International*

stranaka te da ne može zamijeniti dokaze o postojanju takve volje odnosno da samo za sebe nije dovoljan dokaz ugovora o arbitraži.³⁸ Uloga toga načela je utvrditi smisao nejasnog sporazuma stranaka, a ne ustanoviti ugovor o arbitraži koji ne postoji.³⁹

Arbitražnih i sudskih odluka o primjeni načela *contra proferentem* ima vrlo malo i sve se odnose na tumačenje nejasnih arbitražnih klauzula. Primjerice, u arbitraži pred ICA ICC u predmetu br. 11869, arbitražna klauzula glasila je „arbitration in Vienna, Austria in accordance to the rules of arbitration”. Tužitelj je tvrdio da ova klauzula upućuje na ICA ICC arbitražu, a tuženik, koji je sastavio ugovor, da upućuje na arbitražu pri Saveznoj komori Austrije. U odluci o tome da je ugovorena ICA ICC arbitraža, arbitar se, tek kao na jedno od pravila tumačenja, pozvao na pravilo *contra proferentem*, s obzirom da je klauzulu sastavio tuženik. Arbitar nije uz pomoć načela *contra proferentem* popunio pravnu prazninu, već je to načelo upotrijebio kao pomoć pri istraživanju značenja nejasne arbitražne klauzule temeljem izvedenih dokaza, uključujući i iskaz svjedoka, o tome koja je bila stvarna namjera u pogledu izbora arbitražne klauzule.⁴⁰

Slično tome, u jednoj odluci Žalbenog suda u Parizu iz 2002., načelo *contra proferentem* primijenjeno je kako bi se protumačila sasvim nerazumljiva klauzula koja je glasila „seront réglées par arbitrage à Paris en accord avec les règles de l'Association internationale de l'arbitrage et le jugement sur la sentence rendue par les arbitres pourra être entériné par n'importe quel tribunal ayant juridiction à ce sujet”.⁴¹

U kontekstu tumačenja klauzule o arbitraži pri CPR, jedan savezni sud u SAD izrijekom je utvrdio je da se „doktrina *contra proferentem* prema kojoj se nejasni ugovori tumače protiv onoga

Arbitration 1 (2013), str. 11. U istom smislu i J. Waincymer, PROCEDURE AND EVIDENCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION, (2012), str. 141.

³⁸ “*Contra proferentem* can only act as a supportive tool to help discover the true intention of the parties; it cannot usurp the standard of *ubique agitur in pace* that intent. As a presumption existing in favour of a party, the principle alone is not enough to prove the parties’ intent to arbitrate.” In Sykes, “The Current Treatarian Dilemma and the Interpretation of International Commercial Arbitration Agreements: The Possible Uses and Misuses of a Tool for Solutions to Ambiguities”, 33 *IND. J. INT’L COMM. L. & ARB.* 33 (2011), str. 16.

³⁹ “The principle cannot establish the agreement but there is no reason why the arbitrator should not further question the validity of poorly supported assertions that no agreement exists. In such cases the principle is acting as an answer to a claim that ambiguity should be read *contra proferentem*, i.e. as denying the claimant’s assertion that the ambiguity is of an agreement that does not actually exist.” Sykes, 141.

⁴⁰ *Assignee of buyer (Republic of Korea) Respondent: Seller (Australia) v Seller (Australia)*, Award, ICC Case No. 11869, YEARBOOK COMM. ARB’N (2011), str. 47 - 69

⁴¹ Philippe Fouchard, Note - Cour d’appel de Paris (1^{re} Ch. C), 7.2.2002, *Revue de l’Arbitrage* (2) 2002, str. 417 - 426.

tko ih je sastavio primjenjuje samo ako se ugovor može smatrati nejasnim, a i tada samo kao posljednje sredstvo“.⁴²

Nasuprot tim odlukama, arbitražni sud u ovom predmetu pozvao se na načelo *contra proferentem* u pogledu primjene klauzule koju je sam ocijenio jasnom i tim načelom opravdao odluku da sam popuni arbitražnu klauzulu.

6.3.2.2. Strabag je imao prilike tražiti ispravak klauzule

Čak i kada bi se primjenom načela *contra proferentem* inače mogle upotpunjavati arbitražne klauzule, to se ne bi moglo činiti onda kada je druga ugovorna strana imala prilike tražiti da se klauzula dopuni odredbom o arbitražnoj instituciji.

Načelo *contra proferentem* primjenjuje se naime ako druga strana nije imala razumnu priliku pregovarati o nekoj ugovornoj odredbi. Odredba DCFR o *contra proferentem* izrijekom propisuje da se primjenjuje na odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo („*terms not individually negotiated*“), pri čemu se te odredbe definiraju kao odredbe na čiji sadržaj druga stranka nije imala prilike utjecati („*if the other party has not been able to influence its content*“).⁴³ Stoga to pravilo najčešće i dolazi do primjene u pogledu općih uvjeta kod ugovora o osiguranju gdje je mogućnost utjecaja osiguranika na opće uvjete vrlo mala te je znatno utjecalo na područje zaštite potrošača, primjerice kroz Direktivu EU o nepoštenim ugovornim odredbama.⁴⁴

U ovom slučaju nesporno je da je Strabag imao prilike utjecati na sadržaj arbitražne klauzule, ali je propustio uočiti da je arbitražna klauzula ne određuje arbitražnu instituciju. Ovdje se ne radi o

⁴² *Mark Newby, et al. v. Enron Corporation (US), et al.*, United States District Court, Southern District of Texas, 1 August 2005, YEARBOOK COMM. ARB'N (2006), str. 1211-1230, 391 Federal Supplement, Second Series (S.D. Texas 2005) str. 541; 2005 U.S. Dist. LEXIS 31077

[22] "The Outside Directors respond, and this Court agrees, that the doctrine of *contra proferentem* requiring construing an ambiguous contract against the drafter applies only where the contract is deemed ambiguous and then only as a last resort."

⁴³ II - 1117: *Terms not individually negotiated*

(1) "A term supplied by one party is not individually negotiated if the other party has not been able to influence its content, in particular because it is a standard business term or a part of an industry or trade term."

(2) "If one party supplies a selection of terms to the other party, a term will not be regarded as individually negotiated merely because the other party chooses that term from that selection."

(3) "It is irrelevant whether a term is suggested by one party as part of a standard business term or whether the other party bears the burden of proving that it has been."

Slično vrijedi i u crnogorskom pravu koji govori o ugovoru koji je pripremljen ili na drugi način predložen od neke ugovorne strane (čl. 98. ZOO CG).

⁴⁴ Canaris / Grigoleit, str. 461.

pregovorima u kojima bi zbog dominantnog položaja ili neznanja Strabag bio prinuđen potpisati opće uvjete na čiji sadržaj ne može utjecati. Strabag je imao priliku uvidom u tekst ugovora ustanoviti propust u arbitražnoj klauzuli. S obzirom na to, Strabag ne može, pozivajući se na vlastiti propust, tvrditi da se primjenom načela *contra proferentem* arbitražna klauzula treba tumačiti kao da je ugovorena arbitražna institucija po njegovom izboru.

6.3.2.3. Klauzula nije ugovorena u korist Regionalnog vodovoda

Načelo *contra proferentem* služi tome da se onemogući nesavjesnu stranku koja sastavlja ugovor da za sebe ugovori neku korist na način da to druga ugovorna strana ne primijeti. Smisao toga načela jest da se strana koja sastavlja ugovor treba pobrinuti da je drugoj strani jasno dala do znanja ugovornu odredbu koja je za tu drugu stranu nepovoljna. Stoga se ono primjenjuje samo u pogledu tumačenja odredaba ugovorenih u korist strane koja je sastavljala ugovor.⁴⁵

U ovom slučaju, nitko ni ne tvrdi da je Regionalni vodovod sastavio nepotpunu arbitražnu klauzulu da bi pogodio svojim interesima. Ni jednoj ni drugoj ugovornoj strani nije odgovaralo da arbitražna klauzula bude nepotpuna. Moglo se dogoditi da je Regionalni vodovod, a ne Strabag, bio taj koji će trebati pokretati arbitražu prema Ugovoru. U tom slučaju bi Regionalni vodovod, a ne Strabag, bio suočen s poteškoćama u pogledu toga pred kojom institucijom pokrenuti arbitražu. Načelo *contra proferentem* ne može se primjenjivati s naknadnim učinkom već samo s obzirom na vrijeme kada je klauzula ugovorena.

Zaključno, načelo *contra proferentem* ne može poslužiti kao odgovor arbitražnog vijeća na osnovani prigovor tuženika da se ne može provesti arbitraža koja nije ugovorena. Ako bi se tvrdilo da tuženik u svojoj procesnoj strategiji koristi nepotpunost arbitražne klauzule, to još ne znači da to čini protivno načelu dobre vjere. Čak kada bi se i moglo dokazati da tuženik svojim prigovorom postupa protivno dobroj vjeri, sankcija za tu povredu ne može biti ustanovljavanje nadležnosti arbitražnog suda koja nije ugovorena.

⁴⁵ Canaris/ Gögöleit, str. 461.

Zbog svega navedenog smatramo:

- (1) da se stranke u konkretnom slučaju nisu sporazumjele da se arbitraža provede pred arbitražnim sudom Međunarodnog arbitražno sudišta pri Međunarodnoj trgovačkoj komoti (*International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce*), te
- (2) da stoga eventualni zahtjev (prijedlog) za priznanje i izvršenje donesene arbitražne presude treba odbiti s obzirom na odredbu čl. V(1)(a) Njujorške konvencije.

S poštovanjem,

Prof. dr. sc. Mihajlo Dika

Prof. dr. sc. Hrvoje Sikirić

Prof. dr. sc. Davor Babić