

Forma arbitražnog ugovora: kako otjerati avet papirnate pismenosti?

Alan Uzelac*

Jedan od uvjeta valjanosti arbitražnog sporazuma prema hrvatskom pravu jest i njegov pisani oblik. U propisivanju formalnih zahtjeva slijedi se čl. 2(2) Newyorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. godine, odnosno nešto moderniji tekst UNCITRAL-ovog Model-zakona o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži iz 1980. godine. Premda obje odredbe oslabljuju strogost klasične "papirnat" pisane forme (tzv. "omekšana" pisana forma), u posljednje vrijeme postavlja se pitanje jesu li i takve odredbe postale ograničavajući čimbenik za uporabu arbitraže u međunarodnim trgovačkim odnosima. Ovaj se rad na temelju suvremenih rasprava o ovoj temi i vlastitih razmišljanja zauzima za temeljito revidiranje odredaba o formi arbitražnog sporazuma u sklopu predstojeće reforme hrvatskog arbitražnog prava.

I. Forma između formalizma i teleologije

Odlučujući u slučaju *Compagnie de Navigation et Transports S. A. v. MSC (Mediterranean Shipping Company) S.A.* (1995) švicarski je Federalni sud pred sobom imao pitanje je li valjana arbitražna klauzula sadržana u tipskim uvjetima tiskanima na poledini teretnice zaključene u povodu ugovora o prijevozu morem. Nju je, u skladu s poslovnim običajima i ustaljenom praksom u zaključivanju čarter partija, potpisala samo jedna od ugovornih strana. Kada je spor izbio, postavilo se pitanje valjanosti ovako zaključene klauzule koja je – standardno – upućivala na arbitražu u Londonu, prema engleskom materijalnom pravu, od arbitara koji su morali biti *commercial men engaged in shipping*.¹ Nesporno je bilo da je za formu tog arbitražnog ugovora, zaključenog između francuskog i švicarskog društva mjerodavna odredba čl. 2. st. 2. Konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih presuda (dalje: Newyorške konvencije) iz 1958. godine koja glasi: "Pod pismenim sporazumom razumijevaju se arbitražna klauzula unesena u ugovor ili kompromis, koje su potpisale stranke ili su sadržane u razmijenjenim pismima ili brzojavima".²

Problem s kojim se najviši švicarski sud suočio mogao bi se pravniku školovanom u strogoj europskokontinentalnoj formalističkoj tradiciji činiti razmjerno jednostavnim i rješivim već na prvoj razini jezične analize zakonskog teksta: ugovor nisu potpisale *stranke*, već *stranka* i stoga formalnim uvjetima nije udovoljeno. S velikim žaljenjem (za pobornike arbitraže) ili nesmiljenom ravnodušnošću (za one koji se u pobornike arbitraže ne ubrajaju) moglo bi se tako jedino konstatirati, kao što je to u jedinom tekstu o toj temi u Hrvatskoj bilo učinjeno, da "postoje objektivni čimbenici koji u dobroj mjeri sprječavaju inače hvalevrijednu nakanu da što veći broj pomorskih sporova bude rješavan arbitražom", tj. da u sklopu zaključivanja ugovora o prijevozu ugovaranje nadležnosti izbranog suda, odnosno arbitraže, jest "bez iznimne prosvijećenosti naručitelja prijevoza nemoguće ili gotovo nemoguće".³

* Dr. sc. Alan Uzelac, docent na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu.

¹ Odluka švicarskog Federalnog suda od 16. siječnja 1995. br. ATF 121 II 38, citirana prema *ASA Bulletin*, 13:3/1995, str. 503 *et passim*.

² Prijevod naveden prema Goldštajn-Triva, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb, 1987, str. 321; u engleskom izvorniku: *The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams*.

³ Bravar, A.; Obuljen, S., Izbjegavanje arbitraže u pomorskim sporovima, *Pravo u gospodarstvu*, 36:1/1997, str. 120-127 (citirano iz sažetka članka i njegova zaključka). Isti rad objavljen je na engleskom jeziku pod naslovom *Some Aspects of Arbitration in Maritime Disputes* u časopisu *Croatian Arbitration Yearbook*, 3:1996, str. 127-138.

No, to nije bio put kojim je krenuo švicarski sud. Umjesto kratkog i formularnog rješenja kojim bi konstatirao nepostojanje forme (jer jedna od stranaka nikada nije potpisala dokument u kojem je sadržan arbitražni sporazum, ili dokument koji na taj sporazum upućuje), na desetak stranica teksta Federalni sud izvlači upravo suprotan zaključak. Uz obilato citiranje švicarske, francuske i njemačke arbitražne literature⁴ sud je posebnu pozornost posvetio promjeni uloge potpisa u suvremenom međunarodnom poslovanju, zaključujući: “*Il ne faut toutefois pas perdre de vue qu’avec le développement des moyens modernes de communication, les écrits non signés ont une importance et une diffusion toujours plus grande, que l’exigence de la signature se relativise fatalement en particulier en matière de commerce international et que le traitement différent réservé aux documents signés et non signés est remis en cause.*”⁵ Slijedeći logiku svrhe propisivanja forme i primjenjujući je na konkretan slučaj, sud je u konačnici potvrdio valjanost navedene klauzule – uz dva notorna nusproizvoda: blistavu demonstraciju mogućnosti pravne argumentacije i daljnju potvrdu Švicarske kao *arbitration-friendly* sredine.

Jedan od argumenata iz te švicarske arbitražne odluke poslije je zadobio širu popularnost, što zbog njegove izrazite (arbitražne i/ili argumentativne) “naprednosti” *per se*, što zbog (inače ne tako česte) prilike da se ustanovi harmonija između doktrinarnih stajališta i sudske prakse kojoj se često prigovara konzervativnost. Ukratko, sud je *obiter dicta* izrazio shvaćanje da je tekst Newyorške konvencije iz 1958. godine uvjetovan vremenom i okolnostima u kojima je nastajao, pa da ga treba tumačiti u svjetlu kasnijih tekstova koji su nastajali sličnim povodom i sa sličnom svrhom, ali u novim okolnostima. Utoliko, navodi sud, izraz *contained in an exchange of letters or telegrams* iz čl. 2. st. 2. Konvencije iz 1958. godine treba tumačiti široko i teleološki, tako da uključuje u sebe i druga sredstva komunikacije, npr. teleks i telefaks koji u doba donošenja Konvencije još nisu bili u širokoj trgovačkoj praksi – dakle u smislu u kojem je formuliran čl. 7(2) UNCITRAL-ovog Model-zakona o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži iz 1985. godine.⁶

II. UNCITRAL na raskrižju: revizija ili reinterpretacija?

Nema spora o tome da je Newyorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih presuda iz 1958. godine među globalno najuspješnijim multilateralnim međunarodnim instrumentima. Malo koja druga konvencija može se pohvaliti time da među svojim članovima ima 121 zemlju svijeta, od Alžira do Zimbabvea (abecednim redom), među kojima su i gotovo sve industrijski važnije zemlje svijeta.⁷ Od međunarodnih konvencija koje se nalaze u nadležnosti Komisije Ujedinjenih naroda za međunarodno trgovačko pravo (UNCITRAL) usporedivu važnost ima tek Konvencija UN-a o ugovorima za međunarodnu prodaju robe (Beč, 1980) na čijoj se listi potpisnika nalazi upola manje zemalja – početkom 2000. godine bilo ih je 56 (pedeset i šest).⁸

Međutim, jednako je tako nesporno da se od 1958. godine do danas mnogo štošta promijenilo u praksi međunarodnog trgovačkog poslovanja. Teleks – novo sredstvo komuniciranja još dosta nepoznato sredinom dvadesetog stoljeća – u međuvremenu je već gotovo sasvim izišao iz upotrebe. U osamdesetim i devedesetim godinama primat brze komunikacije pripao je

⁴ Djela Volkena, Lalivea/Poudreta/Reymonda, Buchera, Schlossera i Waltera/Boscha/Brönnimanna.

⁵ Odluka Federalnog suda, *cit.* (bilj. 1), str. 510.

⁶ “*Pour l’opinion majoritaire, la disposition précitée doit s’interpréter au regard de la loi modèle de la Commission des Nations-Unies pur le Droit Commercial International [...] don’t les auteurs on voulu ainsi adapter le régime de la Convention de New York aux besoins actuels, sans devoir le modifier*”. *Ibid.*, str. 508.

⁷ Status Konvencije na dan 3. ožujka 2000, navedeno prema dokumentu UNCITRAL-a *Status of Conventions and Model Laws*, <http://www.uncitral.org/english/status/status.pdf> (preuzeto: 16. svibnja 2000), str. 10-14 (posljednje ratifikacije: Libanon, Moldova i Oman).

⁸ *Ibid.*, str. 4-8, 18 i 19 (pristup Konvenciji u 1999. godini notificirali su Urugvaj, Peru i Kirgistan).

telefaksu – no i on je krajem milenija počeo slabiti u korist elektroničkih sredstava komuniciranja, u prvom redu *e-maila* (elektroničke pošte). Širenje multimedija i ispreplitanje tehnologija prouzročilo je pojavu niza prijelaznih formi i fuziju različitih do sada odijeljenih metoda komuniciranja u globalnom selu. Žičana i bežična komunikacija, tekst i slika, radio i telefon, računalo i telefon, usmeno i pismeno – definicijama je sve teže jasno obuhvatiti i klasificirati pojave kao što su *SMS*, *teleconferencing*, *BBS*, *WAP*, *on-line chat* i slične fenomene koji velikom brzinom ulaze u široku uporabu, a čiji se nastanak (a nekada i nestanak) ne broji desetljećima, već mjesecima.

S novim tehnologijama pokušao se uhvatiti ukoštac i UNCITRAL. Još 1984. godine tajništvo je UNCITRAL-a identificiralo neke pravne probleme koji su se pojavili u vezi s uporabom računalnih zapisa i novih komunikacijskih tehnika⁹, kojim je povodom uskoro izrađen izvještaj o pravnoj vrijednosti računalnih podataka.¹⁰ Ne treba iznenaditi da je zaključak izvještaja bio da je "... na globalnoj razini, pronađeno manje problema no što se očekivalo u vezi s uporabom računalno pohranjenih podataka kao dokaza u sudskom postupku", ali da stoga "mnogo ozbiljnija prepreka uporabi računala i međusobne komunikacije među računalima u međunarodnoj trgovini proizlazi iz zahtjeva da dokumenti moraju biti potpisani i sastavljeni na papiru."¹¹ Tim je povodom UNCITRAL prihvatio preporuku (poslije poznatu kao *UNCITRAL-ova preporuka iz 1985*) u kojoj je pod točkama b) i c) vladama država članica preporučio da:

- a) revidiraju propise prema kojima određeni trgovački poslovi ili isprave koje se odnose na trgovinu moraju biti sastavljene u pisanoj formi, bilo stoga što je pisana forma uvjet ovršnosti ili valjanosti posla ili isprave, kako bi se u primjerenim slučajevima dopustilo zaključenje i transmisija posla ili isprave u računalno čitljivoj formi;
- b) revidiraju propise o rukom pisanom potpisu ili drugim metodama utemeljenim na korištenju papira kao potvrde autentičnosti isprava koje se odnose na trgovinu, kako bi se u primjerenim slučajevima razmotrila uporaba elektroničkih sredstava potvrde autentičnosti.¹²

Revizija pravnih stajališta o pisanoj formi kretala se ipak znatno sporije od dinamike ulaska novih sredstava komunikacije u opću uporabu. Stoga je nakon više od deset godina rada na harmonizaciji pravnih konzekvencija elektroničke razmjene podataka (*electronic data interchange*, *EDI*) u trgovačkoj praksi¹³, UNCITRAL 1996. godine donio Model-zakon o elektroničkoj trgovini, upotpunjen Vodičem za primjenu zakona.¹⁴ Isti je model-zakon već nakon dvije godine upotpunjen člankom *5.bis* (*Incorporation by reference*).

Takav je razvoj događanja doveo do zanimljivog paradoksa. Naime, dok je u međunarodnim razmjerima UNCITRAL bio *avant-garde* pravnog priznanja primjene novih informacijskih tehnologija, sve je bilo očitije da u najstarijim tekstovima za koje se UNCITRAL skrbi – u prvome redu u tekstu Newyorške konvencije, ali i u tekstu UNCITRAL-ovog Model-zakona o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, strši staro, "papirnato" poimanje forme kao sve izraženija prepreka u praksi međunarodne trgovine.

Proslava četrdesete obljetnice Newyorške konvencije iznjedrila je tako dilemu koja dalekosežno zadire u prošlost, sadašnjost i budućnost ove međunarodne arbitražne uspješnice, a koja se najkraće daje izraziti kao dilema između *prilagođavanja*

⁹ Vidi dokument A/CN.9/254 (*Legal aspects of automatic data processing*).

¹⁰ *Legal value of computer records*, dokument A/CN.9/265 podnesen na 18. sjednici Komisije 1985. godine.

¹¹ Isti dokument, naveden prema Vodiču za primjenu Model-zakona o elektroničkoj trgovini, izdanje UN-a E.99.V.4, New York, 1999 (dalje: Vodič), str. 65.

¹² *Ibid.* Isti je tekst potom preuzet i u Rezoluciju Opće skupštine 40/71, par. 5(b) od 11. prosinca 1985, čime je iza Preporuke stao i autoritet vrhovnog tijela UN-a.

¹³ O povijesti i pozadini donošenja Model-zakona o elektronskoj trgovini vidi Vodič, str. 63-75.

¹⁴ *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce i Guide to Enactment*. Model-zakon je prihvaćen Rezolucijom UN-a br. 51/162 na 85. plenarnoj sjednici Opće skupštine 16. prosinca 1996. Vidi *Vodič, cit.* (bilj. 11), str. 1-2.

interpretacijom ili prilagođavanja formalnom revizijom. Kako su pokazala izlaganja i rasprave za *Dana Newyorške konvencije* održanog u zgradi UN-a u New Yorku 10. lipnja 1998, ta je dilema teža no što se na prvi pogled čini: ona predstavlja možda potencijalno najveći izazov harmonizacijskim ambicijama UNCITRAL-a na globalnoj razini. Jer, supstancijalna je vrijednosna opredjeljenja možda teško, ali moguće uskladiti; oblikovanje teksta normi koje su prihvatljive za sve zahtjevan je, ali (kao što pokazuje bogata normativna produkcija) izvediv posao. No, najteže i možda najzahtjevnije jest harmoniziranje odnosa prema pravu i pravnom rasuđivanju: ovdje svaka pravna kultura ima svoje specifičnosti i procesni stil koji jedino smatra ispravnim i kojega se teško želi ili nikako ne želi odreći.

Tako se, čini se, i kod Newyorške konvencije pojavila opasnost da ta globalna uspješnica postane žrtvom i taocom vlastitog uspjeha. Sretan splet okolnosti zbog kojeg je ta konvencija postala globalni – ne samo faktički već i pravni (pravno obvezujući) – standard, nije u Babilonu svjetske diplomacije lako ponoviti. Zato su i u raspravama o prilagođavanju čl. 2. st. 2. NYC dominirala dva različita pristupa, najbolje okarakterizirana s dva različita tipa straha: strahom od zakonodavne i strahom od pravosudne inercije. Oba pristupa dijele i zajednički strah: strah od disharmonije. I jedan i drugi pristup polaze od realnosti mogućeg nepovoljnog scenarija, i počivaju na određenom tipu pesimističkog argumenta koji ovdje navodimo kao *Argument 1.* i *Argument 2.* Oba argumenta obilježila su rasprave o formi arbitražnog sporazuma, ali i više od toga – općenitu raspravu o budućnosti normativnih akata u nadležnosti UNCITRAL-a. Kako je riječ o načelnim pitanjima koja čine pozadinu problema o kojem je riječ u ovome tekstu, potrebno ih je nešto podrobnije rekonstruirati¹⁵:

Argument 1. (strah od zakonodavne inercije): Notorna je činjenica da je diplomacija spora, a nekada i dostižna. Nekada i unatoč nepostojanju prepreka splet okolnosti jednostavno faktički onemogućuje prihvaćanje nekog međunarodnog dokumenta, iako postoji dobra volja i nema načelnih suprotnih stavova. Naročito ako je riječ o temama koje nisu u krugu politički posebno važnih i interesantnih za moćne državne birokracije, nepostojanje prioriteta praktički vodi blokadi. Ako se tome pribroji ljudski faktor, nesporazumi i slabo poznavanje stručnih tema politički važnih čimbenika, vjerojatnost koliko-toliko koordinirane akcije na globalnoj razini još je manja. Što se tiče Newyorške konvencije, svaka bi njezina izmjena zahtijevala provođenje punog postupka ratifikacije. Ako bi taj postupak u nekim zemljama išao brže, a u nekima sporije, sadašnji gotovo univerzalni sustav priznanja i ovrhe stranih pravorijeka bio bi rascijepljen na dva poretka – novelirani i nenovelirani. Dvojnost bi dovela do nepreglednosti, a nepreglednost do pravne nesigurnosti. K tome, postojanje dvaju tekstova – starog i novog – obeshrabrilo bi sudove da kreativno i teleološki tumače stari režim, u očekivanju da zakonodavac donese političku odluku i prihvati (ili ne prihvati) nove prijedloge. Nastojanje za prilagođavanjem i harmoniziranjem kroz pravno obvezujuću zakonodavnu aktivnost tako prijeto tome da odvede u neprilagođenost i disharmoniju.

Argument 2. (strah od pravosudne inercije): Pravne norme mogu biti inherentno elastične, no elastičnost ima svojih granica. Premda u gotovo svakoj državi postoje određeni primjeri teleološke interpretacije, stav raznih pravnih sustava

¹⁵ Navedena rekonstrukcija tek je idealni tip argumenata izvedenih iz raznih rasprava u praksi. Autor ovog rada sam je imao prilike pratiti, uz teorijske i doktrinarne radove i dokumente UN-a, i rasprave u radnim grupama UNCITRAL-a i drugih međunarodnih organizacija u kojima su se obrađivana pitanja pojavljivala; posebno izdvajamo sastanke Radne grupe UNCITRAL-a za međunarodnu trgovačku arbitražu, Beč, 20-31.3.2000, i sastanak Ekspertne skupine Europske gospodarske komisije UN-a (ECE) o mogućoj reviziji Europske konvencije o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, također u Beču, 17-18.2.2000. Niti jedan od tih argumenata ne pripisuje se ni jednoj određenoj osobi, no tvrdimo da se kao teorijska rekonstrukcija može i jedan i drugi argument ekstrahirati iz ukupnosti teza koje su se pojavljivale u stručnoj javnosti.

prema mogućnosti kreativne primjene prava je različit. “Kreativnost” u primjeni prava na određenoj se točki pretvara u preuzimanje – ili prisvajanje – zakonodavnih funkcija, a stav velikih pravnih porodica (*common* i *civil law*) o pravnoj praksi kao izvoru prava iz temelja je različit, i takav će ostati još dugo vremena. Reakcija raznih pravnih sustava na neprilagođenost pravnog režima potrebama i realitetu može zato biti krajnje različita. Negdje će već sami suci biti prethodnica promjene, pa će svojim odlukama provocirati (a nekada i pritiskom ishoditi) veće zakonodavne promjene. Negdje će se suci suzdržavati od (samo)izazvanog aktivizma, no doktrinarni argumenti (pa i sustavna potpora međunarodnih organizacija, pa makar i na nenormativnoj osnovi) moći će ih uvjeriti da pravo primjenjuju *praeter*, a u nekim slučajevima i *contra legem*. Naposljetku, neki pravni sustavi školovani na zasadama pravnog formalizma (a nije teško pogoditi da ni Hrvatska nije daleko od tog opisa) uvijek će biti skloniji gramatičkim i logičkim argumentima negoli povijesnim i teleološkim; za suce iz takvih sustava valja pretpostaviti da riječ “crno” u zakonskom tekstu neće nikada i ni pod kojim okolnostima primjenjivati na *sivo* (a posebno ne na *bijelo*) sve dok im se formalno obvezujućim pravnim aktima za to ne daje prilika (i obveza). Na primjeru Newyorške konvencije: unatoč apelima da se riječima kao što su “arbitražna klauzula u ugovoru koji su potpisale stranke” ili “razmjena pisama ili telegrama” daje šire značenje, neće svi sudovi biti spremni prijeći preko tanke crte koja razlikuje stvaranje od primjene prava. Zato sva nastojanja da se bez promjene osnovnog normativnog teksta, interpretativnim pravilima ili neobvezujućim preporukama i rezolucijama, postigne prilagođavanje novim prilikama mogu samo dovesti do toga da, uz istu normativnu podlogu, jedan dio prakse ode u jednom, a drugi u drugom smjeru. Nastojanje za prilagođavanjem i harmoniziranjem kroz interpretativne vodiče i napatke tako prijeti tome da odvede u neprilagođenost i disharmoniju.

Opisane dileme ovdje ne prestaju. Kao što je već naznačeno, pravila Newyorške konvencije o pisanoj formi arbitražnog sporazuma – iako je posrijedi skup pravila koja su svojedobno bila pozdravljana kao “omekšana” pisana forma (a to je “omekšavanje” otišlo još korak dalje u UNCITRAL-ovom Model-zakonu) – danas su ipak bez sumnje postala odveć “tvrda”, odveć kruta. No, na opisane dvojbe valja nadodati još neka taktička, strateška i načelna pitanja, koja bi se postavljala i onda kada bi se prevladala već izložena pitanja o mogućnostima i načinu eventualne revizije Konvencije. Stoga je i pitanje forme arbitražnog ugovora, iako je tek jedno od pitanja koja bi zavrjeđivala pozornost u raspravama o evoluciji i prilagođavanju arbitražnog prava potrebama 21. stoljeća, indikativno za širu raspravu o novim potrebama arbitražnog sudovanja koja se vodila u međunarodnim forumima, među kojima je glavnu riječ i opet imao upravo UNCITRAL.

III. Pozadina pokušaja novog proboja – historijat nove inicijative

Četrdesetogodišnjica Newyorške konvencije bila je prilika da se retrospektivno ocijene njezina dostignuća, ali i ograničenja. U više navrata u povodu obilježavanja te obljetnice Newyorška konvencija bila je ponovno dovedena u središte pozornosti stručne publike – najprije na kongresu Međunarodnog savjeta za trgovačku arbitražu (dalje: ICCA) u Parizu¹⁶, a potom i na Danu Newyorške konvencije u New Yorku¹⁷. Tom je prilikom izneseno više različitih stavova i preporuka od kojih su se mnoga obraćala upravo UNCITRAL-u, pozivajući ga na intervencije u ovom području.

¹⁶ Materijali s Kongresa objavljeni su u publikaciji *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Series Vol 2, 1999.

¹⁷ Vidi publikaciju *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects*, UN Pub. No. E.99.V.2 (1999).

Te je preporuke UNCITRAL bez oklijevanja prihvatio, pa je na njegovoj 31. sjednici, održanoj 1998. godine u nastavku na Dan Newyorške konvencije pala odluka da se Komisija pobliže pozabavi radom na daljnjem razvijanju arbitraže. Prema tada dobivenom zadatku, tajništvo je UNCITRAL-a za sljedeću sjednicu Komisije izradilo dokument *O mogućem budućem radu u području međunarodne trgovačke arbitraže*¹⁸. Osim referata i rasprava s već navedenih prigodnih konferencija, prema vlastitom je navodu UNCITRAL inspiraciju crpio i iz drugih autoritativnih doktrinarnih istupanja, pa tako i iz tzv. *Freshfield* predavanja njegova glavnog tajnika Gerolda Herrmanna održanog pod provokativnim naslovom: *Treba li svijetu još uniformnih pravnih akata o arbitraži?*¹⁹

Premda nije sasvim uobičajeno da visoki izvršni organ međunarodne organizacije, koji bi po svojem institucionalnom položaju trebao samo provoditi odluke plenuma Komisije, Herrmann je u svome radu iznio više ne-sasvim-ortodoksnih stavova o pojedinim pitanjima budućeg rada UNCITRAL-a.

Između ostaloga, osvrćući se na formalne zahtjeva koje postavlja Newyorška konvencija, Herrmann navodi da se razmjerno uska i neliberalna formulacija iz čl. 2/2 može samo djelomično prevladati prihvaćanjem rješenja koje nude UNCITRAL-ovi model-zakoni o elektroničkoj trgovini i međunarodnoj trgovačkoj arbitraži. Pravi problem nije samo u prihvaćanju tehničkog napretka (npr. proširenoj uporabi telefaksa ili sve proširenoj uporabi elektronske pošte) – jer se širom interpretacijom, odnosno prihvaćanjem permisivne formulacije o “drugim sredstvima priopćavanja” iz Model-zakona nova komunikacijska sredstva mogu izjednačiti s “klasičnima” papirnatim.²⁰

Pravi problem nalazi se u kombinaciji pitanja o formi (u užem smislu) i načina zaključenja ugovora: pojam “razmjene” (*exchange*) pisama, brzjava itd. jest prema Herrmanu nesretno izabran, jer navodi na “pretjerano doslovno tumačenje u smislu uzajamne razmjene”²¹. U tome smislu ne bi bilo moguće pokriti valjanom arbitražnom klauzulom niti situacije u kojima iz činjeničnih okolnosti proizlazi da je pismeno sastavljen tekst modelskog ugovora o arbitraži prešutno (ili usmeno) prihvaćen, na primjer slučajevi u kojima se stranke usmeno pozivaju na široko poznate opće uvjete koje sadrže arbitražnu klauzulu (npr. Lloydove formularne ugovore o spašavanju brodova); neki slučajevi zaključenja posla preko posrednika (*brokera*), pomorske ugovore kod kojih je korištena teretnica i sl. U užem smislu ovdje se kao problem ne pojavljuje samo pitanje novih tehnologija; štoviše, još je prilikom priprema UNCITRAL-ovog Model-zakona o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži jedan od (neprihvaćenih) prijedloga u raspravama predlagao da se uključe “konkludentni” arbitražni sporazumi.²²

Rješenja za koja se Herrmann zalaže mogla bi se podijeliti na dva tipa sugestija: one preferirane i dugoročne, ali koje nije realno očekivati ostvariti u kratkome roku, i one kratkoročnije i realnije. Herrmann tako ne smatra da je nužno zadržati ikakvu formalnu ogradu, tj. smatra da bi bilo preporučljivo u cijelosti ukinuti pravila o formi arbitražnog

¹⁸ UN dokument A/CN.9/460.

¹⁹ Herrmann, G., Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration?, *Arbitration International*, Vol. 15 (1999).

²⁰ *Ibid.*, t. B/I.

²¹ *Ibid.*

²² Predlagano rješenje glasilo je doslovno ovako: *However, an arbitration agreement also exists where one party to a contract refers in its written offer, counter-offer or contract confirmation to general conditions, or uses a contract form or standard contract, containing an arbitration clause and the other party does not object, provided that the applicable law recognizes formation of contracts in such manner. Cf. dokument UN-a A/CN.9/WG.II/WP.37, nacr. čl. 3 (preuzeto i u: UNCITRAL Yearbook, 14:1983, drugi dio, III, B.1).*

ugovora.²³ Uspoređujući sadašnje stanje u kojem različiti sudovi na različit način tretiraju pitanje udovoljenja formalnim uvjetima u “problematičnim” situacijama s potencijalnim “liberalnim” rješenjem koje bi dopuštalo dokazivanje postojanja arbitražnog ugovora svim raspoloživim sredstvima, Herrmann zaključuje da eventualni dokazni problemi koji bi se mogli pojaviti ne bi u bitnome donijeli ništa više neizvjesnosti i pravne nesigurnosti nego do sada. Podredno, kao “manje radikalno rješenje” glavni tajnik UNCITRAL-a zagovara tek nešto malo manje permisivnu klauzulu koja bi dopustila zaključenje usmenih arbitražnih ugovora ako za glavni ugovor nije propisana posebna forma (pravilo o izjednačavanju/nediskriminiranju arbitražnog i glavnog ugovora).

Glavni tajnik UNCITRAL-a u svojim se tezama oslanja na teze nekoliko drugih renomiranih međunarodnih arbitara, pa tako rado navodi tezu Neila Kaplana koji se za liberalizaciju forme arbitražnog ugovora zalaže pitanjem: “Što je to tako specijalno u arbitražnoj klauzuli da se za nju traži pisana forma ako se ugovori vrijedni milijune dolara mogu zaključivati običnim stiskom ruke?”²⁴

Eventualne prigovore o tome da se arbitražnom klauzulom postižu tako dalekosežni učinci kao što je isključivanje “redovnog pravnog puta”, tj. jurisdikcije državnih sudova, Herrmann rješava tezom da bit arbitražnog sporazuma nije u negativnoj ideji – ideji “isključivanja”, već u pozitivnoj ideji – ideji kreacije individualiziranog suda prilagođenog potrebama slučaja. Naime, tvrdi Herrmann, arbitražna klauzula u ugovoru u kojem multinacionalni konzorcij zaključuje posao u koji su uključeni investitori, izvođači, podizvođači, projektanti i inženjeri iz više zemalja, ne isključuje niti jedan sud – takav sud koji bi bio “prirodno” nadležan ovdje i ne postoji: arbitraža je u tom primjeru, kako navodi Yves Fortier, *the only game in town*.²⁵

IV. Korak dalje od UNCITRAL-a: anticipativna rješenja komparativnog prava

U svome se radu Herrmann kao posebnim argumentom i svojevrsnom empirijskom podlogom svojoj tezi koristi primjerima iz komparativnog prava – posebno slučajevima Švicarske, Nizozemske, Engleske i Njemačke. Riječ je o zemljama koje su, unatoč tome što su u drugim elementima prihvatile rješenja UNCITRAL-ovog Model-zakona o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, u pogledu forme otišle korak dalje, modificirajući pravilo o pisanoj formi iz čl. 7(2) u korist fleksibilnijih i liberalnijih rješenja.

Tako je u arbitražnoj praksi mnogo korišteni i često citirani *švicarski* savezni Zakon o međunarodnom privatnom pravu (dalje: LPIL) u članku 178. problem forme riješio naizgled slično kao i UML, ali zamjenjujući spornu “razmjenu” priopćenja mogućnošću dokaza u tekstualnom obliku (što uključuje i “unilateralne” dokumente, tj. isprave potpisane samo od jedne od strana):

“Članak 178: 1. U pogledu forme, arbitražni će sporazum biti valjan ako je sastavljen u pisanom obliku te u obliku telegrama, teleksa, teleprinterskih priopćenja ili bilo kojim drugim načinom priopćavanja koji omogućuje tekstualni dokaz.

2. U pogledu sadržaja, arbitražni će sporazum biti valjan ako je valjan ili po pravu koje su strane izabrale, ili po pravu koje je mjerodavno za bit spora, posebno pravu koje je mjerodavno za glavni ugovor, ili ako je valjan po švicarskom pravu.”²⁶

²³ Istu je ideju Herrmann iznio na više međunarodnih skupova, npr. na ICCA konferenciji 1993. godine u Bahreinu. *Vidi* Herrmann, *The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and Its Recognition by the Courts, ICCA Congress Series No. 6 (Bahrain Conference 1993)*, str. 45 i d.

²⁴ Kaplan, *Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice?*, *Arbitration International*, 12:1996, str. 27 i d.

²⁵ Herrmann, *ibid.*

²⁶ U službenom engleskom prijevodu LPIL-a: “1. As regards its form, the arbitration agreement shall be valid if made in writing, by telegram, telex, telecopier or any other means of communication which permits it to be evidenced by text. 2. As regards its substance, the arbitration agreement shall be valid if it conforms either to the

Ponešto drugačiji put izabran je u članku 1021. *nizozemskog Zakona o arbitraži* iz 1986. godine:

“Arbitražni sporazum može se dokazivati samo pisanim sredstvima. U tu svrhu bit će dostatno da se u pisanom sredstvu predvidi arbitraža, ili uputi na opće uvjete koje predviđaju arbitražu, ako je to sredstvo izričito ili prešutno prihvaćeno od druge strane ili u njezino ime.”²⁷

U opreci s razmjerno kratkom i općenitom formulacijom švicarskog zakona, *njemačko* novo arbitražno pravo u čl. 1031. novelirane desete glave ZPO-a predviđa dugu i iscrpnu listu formalnih uvjeta valjanosti arbitražnog sporazuma. Njemački tekst kombinira “tradicionalne” pojmove iz čl. 7(2) UML (stavak 1. i – djelomično – stavak 3) no proširujući ga novim situacijama (stavak 2. i 4), sužavajući ga u posebnim situacijama (stavak 5) te izričito regulirajući neke situacije koje su se do sada smatrale prešutno sadržanima u postojećim normama (stavak 6):

“1. Arbitražni sporazum mora biti sadržan ili u ispravi koju su stranke potpisale ili u razmjeni pisama, telefaksova, telegrama ili drugih sredstava priopćavanja koja omogućuju pisani dokaz sporazuma.

2. Formalni uvjeti iz stavka 1. ovoga članka smatrat će se ispunjenima ako je arbitražni sporazum sadržan u ispravi koju je jedna strana otposlala drugoj strani, ili koju je treća strana otposlala objema stranama i – ako se na vrijeme ne izjavi prigovor – sadržaj takve isprave smatrat će se dijelom ugovora u skladu s općim uzancama.

3. Upućivanje u ugovoru koji odgovara formalnim uvjetima stavaka 1. i 2. na ispravu koja sadrži arbitražnu klazulu činit će arbitražni sporazum ako je upućivanje takvo da tu klazulu čini dijelom ugovora.

4. Arbitražni sporazum bit će također zaključen izdavanjem teretnice, ako ona sadrži izričito upućivanje na arbitražnu klazulu u čarter-partiji.

5. Arbitražni sporazumi čija je jedna od strana potrošač moraju biti sadržani u ispravi koju su osobno potpisale obje strane. Nikakvi drugi sporazumi osim onih koji se odnose na arbitražni postupak ne smiju biti sadržani u takvoj ispravi; to se također odnosi i na javnobilježničku potvrdu. Potrošač je fizička osoba koja, u pogledu pravnog posla koji je predmet spora, djeluje radi ciljeva koji leže izvan njegove trgovačke ili samostalne poslovne djelatnosti.

6. Svako nepoštovanje formalnih uvjeta bit će sanirano upuštanjem u raspravljanje o biti spora u arbitražnom postupku.”²⁸

law chosen by the parties, or to the law governing the subject-matter of the dispute, in particular the law governing the main contract, or if it conforms to Swiss law.”

²⁷ U službenom engleskom prijevodu nizozemskog zakona: “*The arbitration agreement shall be proven by an instrument in writing. For this purpose an instrument in writing which provides for arbitration or refers to standard conditions providing for arbitration is sufficient, provided that this instrument is expressly or impliedly accepted by or on behalf of the other party.*”

²⁸ U njemačkom izvorniku: “(1) *Die Schiedsvereinbarung muß entweder in einem von den Parteien unterzeichneten Schriftstück oder in zwischen ihnen gewechselten Schreiben, Fernkopien, Telegrammen oder anderen Formen der Nachrichtenübermittlung, die einen Nachweis der Vereinbarung sicherstellen, enthalten sein. (2) Die Form des Absatzes 1 gilt auch dann als erfüllt, wenn die Schiedsvereinbarung in einem von der einen Partei der anderen Partei oder von einem Dritten beiden Parteien übermittelten Schriftstück enthalten ist und der Inhalt des Schriftstücks im Fall eines nicht rechtzeitig erfolgten Widerspruchs nach der Verkehrssitte als Vertragsinhalt angesehen wird. (3) Nimmt ein den Formerfordernissen der Absätze 1 oder 2 entsprechender Vertrag auf ein Schriftstück Bezug, das eine Schiedsklausel enthält, so begründet dies eine Schiedsvereinbarung, wenn die Bezugnahme dergestalt ist, daß sie diese Klausel zu einem Bestandteil des Vertrages macht. (4) Eine Schiedsvereinbarung wird auch durch die Begebung eines Konnossements begründet, in dem ausdrücklich auf die in einem Chartervertrag enthaltene Schiedsklausel Bezug genommen wird. (5) Schiedsvereinbarungen, an denen ein Verbraucher beteiligt ist, müssen in einer von den Parteien eigenhändig unterzeichneten Urkunde enthalten sein. Andere Vereinbarungen als solche, die sich auf das schiedsrichterliche Verfahren beziehen, darf die Urkunde nicht enthalten; dies gilt nicht bei notarieller Beurkundung. Verbraucher ist eine natürliche Person, die bei dem Geschäft, das Gegenstand der Streitigkeit ist, zu ienem Zweck handelt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer*

Engleski Arbitražni zakon iz 1996. godine također je, odstupajući od UNCITRAL-ovog predložka, u čl. 5. razmjerno iscrpno regulirao formalne uvjete za valjanost arbitražnog sporazuma:

“[...]”

2. Pisani sporazum postoji:

- a) ako je sporazum sastavljen u pisanoj formi (bez obzira na to jesu li ga stranke potpisale ili ne);
- b) ako je sadržan u razmjeni pisanih priopćenja, ili
- c) ako se sporazum može dokazati ispravama.

3. Ako se stranke na neki drugi, nepisani način sporazumiju upućivanjem na uvjete koji su sastavljeni u pisanoj formi, one zaključuju pisani sporazum.

4. Sporazum se može dokazati ispravama ako je sporazum sastavljen na neki drugi, nepisani način zapisala jedna od stranaka, ili treća strana uz dopuštenje stranaka u sporu.

5. Razmjena pisanih priopćenja u arbitražnom ili sudskom postupku u kojima se jedna od stranaka u odnosu prema drugoj poziva na drugi, nepisani sporazum, a druga stranka u svome odgovoru to ne ospori imat će između tih stranaka učinak pisanog sporazuma.

6. Upućivanje u ovome dijelu na to da je nešto pisano ili u pisanom obliku uključuje i zapis toga bilo kojim sredstvima.”²⁹

Navedeni primjeri iz zemalja koje za sebe smatraju da se nalaze među vodećim svjetskim arbitražnim središtima indikativni su na više načina. Ponajprije, iz njih se može vidjeti da u dobrom dijelu razvijenih arbitražnih kultura modelska rješenja UNCITRAL-a koja propisuju formu arbitražnog sporazuma nisu zadovoljavajuća. Stoga je i norma članka 7(2) među normama od koje su zemlje koje inače gravitiraju harmonizaciji arbitražnog prava i prihvaćaju premise na kojima je UML zasnovan najviše odstupale. Međutim, jednako je tako evidentno i to da su odstupanja od UML-ovog obrasca sve samo ne uniformna; u njima je svaka od navedenih zemalja otišla svojim putem. Ipak, pokušat ćemo i u neuniformnosti istaknuti neke sličnosti i neke opreke, kao i razlike u doseg i intenzitetu.

Redosljed navođenja tih anticipativnih rješenja komparativnog prava nije niti alfabetski niti kronološki. On odgovara redosljedu kojim se navedena rješenja navode u dokumentu koji je pripremio UNCITRAL-ovo tajništvo za raspravu na sjednici radne grupe iz ožujka 2000. godine. Ako se u taj redosljed može učitati ikakav namjeran red, onda je riječ o redu koji bi trebao slijediti dalekosežnost odstupanja od model-zakona i “radikalnost” u otklonu od klasične pisane forme. Dok na jednom kraju stoji tek mali tekstualni otklon (Švicarska), na drugome kraju (Engleska) stoje formulacije koje tek po svojoj jezičnoj formi asociraju na odredbe o pisanoj formi, dok u stvarnosti predstavljaju kreaciju dalekosežne pravne fikcije. Naime, kako primjećuje i Herrmann, engleski je tekst otišao toliko daleko da “i usmenost proglašava pismenošću”, dokazujući da je fikcija jedna od omiljenih misaonih figura pravnika: “... za svrhe ovog zakona, Djed Mraz smatrat će se Duškom Dugouškom.”

selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. (6) Der Mangel der Form wird durch die Einlassung auf die schiedsgerichtliche Verhandlung zur Hauptsache geheilt.”

²⁹ U engleskom izvorniku: “(2) There is an agreement in writing – (a) if the agreement is made in writing (whether or not it is signed by the parties); (b) if the agreement is made by exchange of communications in writing, or (c) if the agreement is evidenced in writing. (3) Where parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing. (4) An agreement is evidenced in writing if an agreement made otherwise than in writing is recorded by one of the parties, or by a third party, which the authority of the parties to the agreement. (5) An exchange of written submissions in arbitral or legal proceedings in which the existence of an agreement is alleged by one party against another party and not denied by the other party in his response constitutes as between those parties an agreement in writing to the effect alleged. (6) Reference in this Part to anything being written or in writing include its being recorded in any means.”

Iako vremenska poklapanja nisu savršena, ipak se iz navedenog redosljeda može zaključiti i to da je vrijeme donošenja pojedinog akta važno: s iznimkom engleskog akta, intenzitet probijanja formalnih granica odgovara vremenu donošenja pojedinog arbitražnog zakona (poslije je zakonodavstvo ujedno sve "liberalnije"). Također se svi zakoni iz toga razdoblja mogu podijeliti u dvije skupine prema normativnoj tehnici koja se koristila: s jedne strane stoje kratke i zbirne formulacije (Švicarska, Nizozemska), a s druge strane detaljni i individualizirani opisi pojedinih situacija (Njemačka, Engleska).

No, osim tih formalnih i stilskih razlika, vrijedi upozoriti i na nužne sadržajne diskrepancije u koje vodi različitost pojedinih formulacija. Tako se, unatoč općoj tendenciji da se izbacij zahtjev za (obostranim) potpisom kao osnovicom pisane forme, koja se umjesto toga zamjenjuje zahtjevom da se arbitražni sporazum dokazuje ispravama (dakle tendenciji da se forma tretira kao dokazni, a ne konstitutivni element pravnoga posla), pojedini slučajevi mogu se po različitim od navedenih rješenja i dalje različito tretirati. Usmeni arbitražni sporazumi prema svakom od tih zakonodavnih rješenja mogu se potencijalno uvažavati ako postoji pisani dokaz o njima, no vrsta takvog "tekstualnog" dokaza i njegova dokazna snaga nije sasvim jasno određena. Valja pretpostaviti da slučaj "čistog" usmenog sporazuma ne bi bio prihvaćen niti u jednoj od navedenih jurisdikcija, ali je jednako tako dvojbeno što je "čisti" usmeni sporazum – jer bi npr. prema engleskom pravu valjan bio i usmeni sporazum o primjeni pisanih pravila arbitraže (npr. sporazum radiovezom između kapetana broda i društva registriranog za spašavanje brodova o primjeni Lloydovih pravila o spašavanju brodova – koja pak sadrže arbitražnu klauzulu). Iz literalne analize preostalih triju zakona proizlazilo bi da takav sporazum ne bi bio prihvatljiv ni u Švicarskoj, ni u Nizozemskoj, ni u Njemačkoj.

V. Službena lista prijepornih slučajeva – gdje forma guši trgovačku praksu?

Kako bi se izbjeglo različito tretiranje sličnih slučajeva u različitim jurisdikcijama u kojima se primjenjuje NYC, a ujedno i da bi se dala konkretna podloga za rasprave o daljnjem pravcu UNCITRAL-ovih napora na ovom području, u pripremnim dokumentima za 32. sjednicu Radne skupine o arbitraži tajništvo UNCITRAL-a pripremilo je listu slučajeva, odnosno "faktičkih situacija" (*fact situations*) u kojima bi se, unatoč tome što su se stranke dogovorile o sadržaju ugovora u koji je uključena arbitražna klauzula, i unatoč tome što postoji pisani dokaz o sadržaju ugovora, iz perspektive čl. II(2) NYC, odnosno njegove interpretacije u pojedinim nacionalnim jurisdikcijama, mogla dovesti u pitanje valjanost arbitražnog sporazuma.³⁰ Na listi se nalaze sljedeći slučajevi:

"(a) Nacrt ugovora koji sadrži arbitražnu klauzulu sastavila je jedna strana i poslala ga drugoj strani, koja je potom izvršila svoj dio ugovornih obveza, a da nije pisani ugovor nikada vratila ili učinila nešto drugo što bi bila 'razmjena' u pisanoj formi u odnosu na uvjete ugovora;

(b) Ugovor koji sadrži arbitražnu klauzulu zaključen je na temelju teksta ugovora koji je jedna strana predložila, a druga nije izričito u pisanoj formi prihvatila, ali se u pisanom obliku pozivala na taj ugovor u kasnijoj korespondenciji, računima ili dokumentarnom akreditivu, npr. spominjući datum i broj ugovora;

(c) Ugovor je zaključen preko brokera koji je u tekstualnom obliku potvrdio o čemu su se ugovorne strane sporazumjele, uključujući tu i arbitražnu klauzulu, no bez ikakve izravne pisane razmjene priopćenja među strankama;

(d) Upućivanje u usmenom sporazumu na pisani skup uvjeta, eventualno u standardnoj formi, koji sadrži arbitražni sporazum;

(e) Teretnica koja uključuje uvjete odgovarajuće čarter-partije upućivanjem na njih;

³⁰ Dokument UN-a A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, točka 12.

(f) Serija ugovora zaključenih među istim strankama tijekom njihova poslovnog odnosa, pri čemu su prethodni ugovori uključivali valjani arbitražni sporazum, ali sporni ugovor ne može se dokazati potpisanom ispravom ili nije bilo razmjene pismena za taj ugovor;

(g) Izvorni ugovor sadrži valjano zaključenu arbitražnu klauzulu, no takve klauzule nema u aneksu, dopuni ili novaciji ugovora, ili u nagodbi koja se na taj ugovor odnosi (takav 'daljnji' ugovor može biti zaključen usmeno ili u pisanom obliku);

(h) Teretnica koja sadrži arbitražnu klauzulu koju nije potpisao brodar ili njezin kasniji imatelj;

(i) Prava i obveze trećih osoba iz arbitražnog sporazuma u ugovorima koji prenose korist na treće osobe kao beneficijare ili sadrže stipulacije u korist treće strane (*stipulation pour autrui*);

(j) Prava i obveze trećih osoba iz arbitražnog sporazuma nakon što je došlo do asignacije ili novacije glavnog ugovora na treću osobu;

(k) Prava i obveze trećih osoba iz arbitražnog sporazuma ako se treća osoba koristi pravima koja je stekla subrogacijom;

(l) Prava i obveze iz arbitražnog sporazuma gdje je interes za ugovor prešao na sukcesore stranaka, npr. nakon pripajanja ili razdvajanja trgovačkih društava, tako da je promijenjen identitet društva;

(m) Ako tužitelj želi započeti arbitražu protiv entiteta koji izvorno nije bio strana arbitražnog sporazuma, ili ako se entitet koji izvorno nije bio strana arbitražnog sporazuma želi pozvati na nj da započne arbitražu, na primjer, pozivajući se na teoriju 'skupine društava'.³¹

Ova lista očigledno je dosta raznorodna i kazuistički sastavljena, no njezina je namjera i bila da potakne raspravu navođenjem stvarnih situacija iz prakse u kojima je ili dolazilo do različitih odluka, ili je pak riječ o situacijama u kojima nasuprot aktualnim odlukama stoji snažno uvjerenje *de lege ferenda* da bi zahtjevi novih poslovnih realnosti zahtijevali promjene u pristupu.

Sadašnji tretman tih situacija, kako navodi i tajništvo UNCITRAL-a, u velikoj mjeri ovisi o odnosu primjenjivača prava (arbitara, sudova) prema arbitraži. Međutim, evidentno je da se, uz postojeći tekst čl. II/2 NYC, moraju pronalaziti veoma inovativne metode da bi se vlastiti *arbitration-friendly* stav opravdao pravno-dogmatskim razlozima. Tako se navodi i zanimljiva strategija nekih sudova u čitanju Newyorške konvencije kojom su se u nekim jurisdikcijama uspjeli liberalizirati postavljeni formalni zahtjevi. Naime, prema njihovu stajalištu, drugi stavak drugoga članka koji određuje što će se smatrati pisanim sporazumom – "arbitražna klauzula unesena u ugovor ili kompromis koji su potpisale stranke ili su sadržani u razmjeni pisama ili brzojava" – trebalo bi podijeliti na dva alternativna uvjeta, od kojih bi se jedan odnosio na sporazume koje su stranke potpisale, a drugi na "razmjenu" isprava, koje, prema tome stajalištu, ne bi morale biti potpisane, ili ih barem ne bi morale potpisati obje stranke.³² Još je liberalnije stajalište (i u smislu slobode interpretacije, i u smislu odstupanja od formalnih ograda) zastupala delegacija Velike Britanije na 39. sjednici UNICTRAL-a, navodeći da engleski tekst članka II/2, koji počinje riječima "*The term 'agreement in writing' shall include...*" treba čitati permissivno, dakle na način da samo primjerice naznačava što se sve *može* smatrati uključenim u pojam pisanog oblika, ne oduzimajući pravo nacionalnim sudovima da tu listu prošire vlastitim dopunama.³³

³¹ *Ibid.*, str. 4-5. Prema dodanoj bilješci, teorija "skupine društava" (*group of companies*) odnosi se na povezana društva koja, premda imaju vlastiti pravni subjektivitet, u stvarnosti predstavljaju jedinstvenu ekonomsku cjelinu (*une réalité économique unique*), a k tome su i zajedno aktivno sudjelovala u zaključenju i izvršenju ugovora. Prema toj teoriji, i povezano društvo bit će obvezano arbitražnim sporazumom iako nije bilo njegova strana, uz dodatni uvjet da se može smatrati da uključivanje i takvog društva odgovara zajedničkim intencijama svih stranaka u postupku. Ta je teorija, prema autorima istog teksta, korištena u više arbitražnih postupaka (pa i u ICC arbitražama), i doživjela potvrdu nekih državnih sudova.

³² *Ibid.*, t. 13.

³³ Stajalište delegata Velike Britanije Philipa Boveyja i njegovih savjetnika Davida Simpsona i Tobyja Landaua. To stajalište zapisano je i u izvještaju radne skupine, *cit. infra*, bilj. 36, t. 97.

Međutim, takve interpretacije ostale su u manjini, tako da većinski prihvaćeno gledište u međunarodnoj praksi traži za valjanost pisanog oblika prema NYC (potpis ili razmjena priopćenja) ispunjenje barem jednoga od triju uvjeta:

- (a) pismeno koje su potpisale obje stranke;
- (b) vraćanje kopije pismena, bez obzira je li potpisana ili ne;
- (c) prihvata pismena na način da se pošiljatelju vrati drugo pismeno priopćenje.³⁴

Kao što se navodi u pripremnom dokumentu UNCITRAL-a, prema često izraženom mišljenju, "*ti su zahtjevi previše restriktivni i nisu više u suglasnosti s međunarodnim trgovačkim običajima.*"³⁵

VI. Rasprava i zaključci Radne grupe UNCITRAL-a iz ožujka 2000. – temeljne premise za reviziju Model-zakona

Hipotezu o neadekvatnosti postojećih odredbi iz pripremnih materijala potvrdila je i rasprava na Radnoj skupini UNCITRAL-a za međunarodnu trgovačku arbitražu održana u Beču od 20. do 31. ožujka 2000. Opći je stav zauzet na radnoj skupini bio da doslovna interpretacija čl. II/2 NYC više ne odgovara zahtjevima današnje međunarodne trgovine³⁶ te da "ugovorna praksa i uloga međunarodne trgovačke arbitraže u međunarodnoj trgovini u načelu zahtijevaju da svi slučajevi spomenuti u t. 12. (s eventualnom iznimkom slučaja 'skupine društava' navedenim pod m)) trebaju biti uključeni u slučajeve valjanog pisanog oblika sporazuma, pod uvjetom da je stvarno postojao sporazum među strankama (ili da je stranka poslije postala obvezana arbitražnim sporazumom) i da je postojao pisani dokaz sporazuma, koji, međutim, ne mora biti isprava što su je potpisale obje strane ili razmjena poruka među strankama."³⁷

Sasvim očekivano, mišljenja delegata o tome koliko su stvarno u aktualnoj praksi međunarodne trgovine (i praksi nacionalnih sudova) prihvaćeni slučajevi navedeni u t. 12 kao situacije valjane arbitražne klauzule bitno su se razlikovala. Premda je određeni broj predstavnika tvrdio da u njihovim zemljama svi, ili gotovo svi slučajevi jesu pokriveni interpretacijom NYC-a (u kombinaciji s mjerodavnim nacionalnim pravom), gotovo da i nije bilo slučaja koji se nije pokazao na ovaj ili onaj način kontroverznim. Kroz raspravu se, međutim, jednako tako došlo do stajališta da se postavljeni problemi mogu podijeliti na dvije skupine, od kojih se prva u užem smislu odnosi na formu arbitražnog sporazuma (primjeri (a) do (h)), dok se druga (primjeri (i) do (l)) odnosi na širi krug koji nadilazi čisto pitanje forme i postavlja probleme primjene mjerodavnog materijalnog prava, posebno s obzirom na uvjete za prelazak ugovornih prava i obveza na treće osobe.³⁸ Premda je izneseno stajalište da potonja pitanja nadilaze mogućnosti radne skupine i ne mogu biti riješena samo promjenama NYC-a i UML-a, načelno nije bilo dvojbe oko toga da bi se moralo omogućiti da i takve situacije budu uniformno interpretirane, i to u pravilu kao slučajevi u kojima bi arbitraža bila moguća. Suzdržanost je izražena samo prema posljednjem primjeru (teorija "skupine društava"). Što se pak tiče pitanja forme sporazuma u užem smislu, i ovdje je pitanje razlučeno na dva aspekta. Jedan se odnosi općenito na primjenu novih tehnika komunikacije, i može se dijelom već sada riješiti primjenom čl. 7(2) UML-a i interpretacijom NYC-a u svjetlu UML-a, a dijelom u budućnosti kroz rad na prihvaćanju Model-zakona o elektroničkoj

³⁴ *Ibid.*, t. 14.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ UN-dokument br. A/CN.9/468 – *Report of the Working Group on Arbitration on the work of its thirty-second session (Vienna, 20-31 March 2000)*, t. 88 (u daljnjem tekstu: *Report WG 2000*).

³⁷ *Ibid.*, t. 98.

³⁸ *Cf. ibid.*, t. 95.

trgovini, koji bi problem novih elektroničkih sredstava trebao riješiti na općenit način, izjednačavajući "klasične" pisane dokumente s elektroničkima.³⁹ Drugi dio, izražen u postavljenim primjerima, nadilazi pitanja metoda transmisije i odnosi se na manifestaciju volje stranaka (npr. pitanje konkludentnog prihvata i sl.).

U dijelu rasprava upozoreno je na to da pojedine zemlje (npr. Danska i Švedska) uopće nemaju zahtjev za pisanom formom arbitražnog sporazuma, i da takav režim u osnovi ne proizvodi probleme, jer se egzistencija arbitražnog sporazuma dokazuje jednako tako kao i postojanje bilo kojeg drugog ugovora za koji nije propisan uvjet forme. Iako je izraženo dosta simpatija za ambiciju da se u cijelosti napusti zahtjev pisanosti, određen broj predstavnika isticao je da bi takva dalekosežna promjena, iako u osnovi motivirana željom za promicanjem arbitraže, mogla djelovati kontraproduktivno, jer bi mogla izazvati reakciju državnih sudova koji bi se mogli usprotiviti proširenju arbitražne nadležnosti.⁴⁰ U kontekstu općih rasprava o načinu promjene (obvezujući protokol uz NYC ili neobvezujući dokument) izražene su i dvojbe oko mogućnosti da veći broj zemalja u dogledno vrijeme prihvati amandmane na NYC. Stoga je, čini se, prevladala težnja za "balansiranim pristupom". U zaključcima je tako navedeno da bi trebalo osigurati pristup koji bi istovremeno omogućavao da se sve ili najveći broj opisanih faktičkih situacija smatra obuhvaćenim valjanom arbitražnom klauzulom i udovoljavao dvjema temeljnim idejama koje stoje iza zahtjeva forme za arbitražni sporazum: "(a) da postoji dostatan dokaz o uzajamnoj volji da se spor podvrgne arbitraži i tako isključi sudska nadležnost; i (b) da postoji nekakav zapis s obzirom na arbitražu kako bi se stranke obavijestilo (ili upozorilo) da isključuju sudska nadležnost."⁴¹ U izradi pravila koja bi omogućila takav kompromisni pristup spominjana je i mogućnost da se kao uzor razmotre već navedena pravila nacionalnih zakonodavstava Švicarske, Njemačke, Nizozemske i Engleske, kao i neke novije međunarodne inicijative.⁴²

Put daljnjeg rada i način postizanja harmonizacije i napretka u toj domeni potaknuo je intenzivne rasprave u Radnoj skupini. Najdalekosežniji prijedlozi – prijedlog da se izradi obvezujući protokol kojim bi se mijenjao tekst čl. II(2) Newyorške konvencije, ili da se izradi tzv. omnibus-protokol koji bi se ticao zahtjeva pisane forme u nizu međunarodnih konvencija – nisu dobili jednoglasnu podršku. Zanimljivo je da najintenzivniji otpor takvoj ideji nisu pružali pobornici "tvrde" pisane forme (kojih u radnoj skupini i nije bilo), već predstavnici zemalja koje prema formi imaju najelastičniji pristup, kao što su Sjedinjene Države i Velika Britanija. Njihov je argument bio da bi pokušaj promjene teksta Konvencije mogao dovesti u pitanje njihovu već etabliranu praksu fleksibilne interpretacije, pa su stoga inzistirali da svako moguće buduće rješenje ima jedino eksplanatornu ulogu (... *for the avoidance of doubt...*, ... za izbjegavanje moguće sumnje...).

Zato je konačni zaključak radne skupine bio da se pripremi modelska zakonska norma koja bi u prvome redu trebala "razjasniti" opseg čl. 7(2) UML-a. Uz nju, tajništvo UNCITRAL-a trebalo bi pripremiti tekst vodiča koji bi objasnio pozadinu i namjenu takve norme. Zaključeno je i to da bi trebalo prihvatiti deklaraciju, rezoluciju ili izjavu kojim bi se potaknula intepretacija Newyorške konvencije koja bi sadržavala široko razumijevanje

³⁹ Taj model-zakon određuje npr. općenito kada podatkovna poruka udovoljava zakonskim uvjetima pisane forme (čl. 6) i kada takva poruka može biti izjednačena s potpisanim porukom (čl. 7) ili s izvornikom (čl. 8). Podatkovna poruka (*data message*) definirana je u čl. 2(a) kao poruka "generirana, poslana, primljena ili pohranjena elektroničkim, optičkim ili sličnim sredstvima koja uključuju, ali se ne ograničavaju na elektroničku razmjenu podataka (EDI), elektroničku poštu, telegram, teleks ili telefaks". *Vidi UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996*, New York, 1999.

⁴⁰ To je bio npr. argument ruske delegacije (Komarov).

⁴¹ *Report WG 2000*, t. 98.

⁴² Npr. rad Haaške konferencije o međunarodnom privatnom pravu na Konvenciji o nadležnosti i stranim presudama u građanskim i trgovačkim stvarima.

zahtjeva pisanog oblika iz čl. 2(2).⁴³ Napokon, zaključeno je i da bi trebalo pripremiti nacrt dokumenta kojim bi se potvrdilo da se čl. 2(2) treba tumačiti tako da uključi nova elektronička sredstva općenja onako kako su ona određena u čl. 2. Model-zakona o elektroničkoj trgovini.⁴⁴

Nastavak rada Radne skupine predviđen je za kraj studenoga 2000.⁴⁵

VII. Evaluacija odredaba o formi: granice omekšavanja i pravac reformskih nastojanja u Hrvatskoj u usporedbi sa svjetskim trendovima

Na pragu reforme hrvatskog arbitražnog prava, međunarodne rasprave o primjerenosti formalnih zahtjeva za valjanost arbitražnog ugovora imaju u Hrvatskoj posebnu aktualnost. Kako je rad na donošenju novoga Zakona o arbitraži⁴⁶ u poodmakloj fazi, pruža se prilika da se u kratkome roku još jednom razmotre postojeća formalna ograničenja i anticipativno unesu u domaći pravni poredak moderna rješenja koja će profitirati od recentnih rasprava najpoznatijih svjetskih arbitražnih stručnjaka.

Drugi razlozi, inherentni hrvatskom nacionalnom pravnom poretku, dodatno daju važnost iznesenim pitanjima. Prvi od njih odnosi se na nacionalnu pravnu kulturu: s obzirom na naslijeđenu tradiciju uske, gramatičke analize, treba biti suzdržan u pogledu sposobnosti nacionalnog pravosuđa da teleološkom i historijskom interpretacijom nadograđuje domaći pravni poredak. Tako, premda nema razloga sumnjati u sklonost hrvatskog trgovačkog sudstva arbitraži (potenciranu željom da se preopterećeno pravosuđe rastereti viška sporova), ipak treba ozbiljno izraziti skepsu bi li većina sudova prije navedene faktičke situacije smatrala slučajevima valjane arbitražne klauzule, kako prema domaćem pravu (čl. 470. ZPP), tako i prema mjerodavnom međunarodnom instrumentu (čl. 2(2) NYC).

Moglo bi se čak ići i dalje, pa izraziti i rezervu prema tome bi li svaki hrvatski sud koji bi trebao odlučivati o valjanosti arbitražne klauzule zaključene razmjenom telefaksa u povodouzahtjeva za priznanje strane arbitražne odluke smogao hrabrosti da odluči kako "Newyoršku konvenciju treba primjenjivati u svjetlu UNCITRAL-ovog Model-zakona" i da prizna takvu odluku – jer, doslovno, tekst čl. 2(2) zaista ne spominje telefaks – koji u doba pisanja konvencije nije ni postojao.⁴⁷

Malobrojne odluke domaćih sudova o tom pitanju doduše pružaju razloga za umjereni optimizam, no istodobno svjedoče i o problemima. Tako je Visoki trgovački sud u odluci iz

⁴³ *Report WG 2000*, t. 99.

⁴⁴ *Ibid.*, t. 106.

⁴⁵ Naredna, 33. sjednica Radne skupine zakazana je za 20. studenoga do 1. prosinca 2000. u Beču (vidi <http://www.uncitral.org/english/commiss/meetings.htm> (5.9.2000).

⁴⁶ Prvi tekst Nacrta, koji je izradio akademik Siniša Triva, predstavljen je na Četvrtim hrvatskim arbitražnim danima u Zagrebu u prosincu 1996, a objavljen u *Pravu u gospodarstvu*, 36:1/1997, str. 5-48 (engleski prijevod objavljen je u *Croatian Arbitration Yearbook*, 3/1996, str. 217-238). Nakon široke rasprave o tome nacrtu u radnoj skupini koju je osnovala Hrvatska arbitražna udruga i Stalno izbrano sudište pri HGK, izrađene su još dvije verzije nacrta. O radu na nacrtima i njihovim temeljnim rješenjima vidi Triva, S., Skica 3 za Nacrt Zakona RH o arbitraži, *Pravo u gospodarstvu*, 38: 1/1999, str. 5-41. Posljednja varijanta Nacrta objavljena je na Šestim hrvatskim arbitražnim danima u prosincu 1998, a za engleski prijevod skice 3 vidi *Croatian Arbitration Yearbook*, 5/1998, str. 19-45. Od srpnja 2000. rad na Nacrtu preuzelo je povjerenstvo Ministarstva pravosuđa, uprave i lokalne samouprave.

⁴⁷ Doduše, čl. 99. st. 1. t. 5. ZRSZ pisma i brzopjave proširuje teleprinterskim saopćenjima, a prema nekim shvaćanjima tumačenje "pisanog oblika" koji se spominje trebalo bi uskladiti s odredbama čl. 470. ZPP (dakle, ubrojiti ovdje i "druga telekomunikacijska sredstva"). Međutim, u skladu s čl. 3. ZRSZ, taj se zakon ne primjenjuje ako je neki odnos reguliran međunarodnim ugovorom, pa komentatori tako i izričito navode "da su odredbe koje se odnose na priznanje arbitražnih odluka isključene NYC ukoliko su ispunjeni uslovi za njenu primjenu." Vidi Dika/Knežević/Stojanović, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd, 1991, str. 14 i 332.

1998. godine priznao stranu arbitražnu odluku odbivši prigovor protivne strane, koja je tvrdila da telefaks poruka kojim se jedna strana suglasila s izborom arbitra pojedinca nije valjana jer se izmjena arbitražne klauzule može sastaviti samo u istoj pisanoj formi kao i ugovor, i biti "potpisana i ovjerovljena od obje ugovorne strane". Sud je, naprotiv, ustanovio da je, unatoč tome što se primjenjuje NYC koji spominje samo pisma i brzojave, "...izmjena faks-poruke jednako pouzdano sredstvo koje omogućuje da se sa sigurnošću utvrde sadržaj i davatelj izjave kao što je to i brzojav" te se pozvao na odredbe glavnog ugovora koje su dopuštale i komunikaciju stranaka telefaksom.⁴⁸ Činjenica je, međutim, da se u tom predmetu i nije osporavala formalna valjanost arbitražne klauzule *per se*, već samo sastav arbitražnog suda, koji navodno nije bio u skladu s izvornom (neizmijenjenom) klauzulom.

U izvođenju zaključka u prilog formalne valjanosti arbitražnog sporazuma neće sudovima uvijek pomoći niti najautoritativniji domaći komentar Newyorške konvencije, koji doduše spominje da se "tendencija omekšavanja pravila o formi ugovora konstantno potvrđuje i širi", ali istodobno naglašava da je "pismena forma bitan element arbitražnog ugovora (*ad substantiam*), pa se ne može nadomjestiti npr. konkludentnim prihvaćanjem pismene ponude za sklapanje ugovora o arbitraži, ili izvršavanjem glavnog ugovora, ili izdavanjem jednostranog pismenog posvjedočenja o usmeno sklopljenom ugovoru (tzv. *sales and purchase confirmation letter*)".⁴⁹ Sličan komentar koji isključuje unilateralne pisane dokumente kao prihvatljivu formu nalazi se i uz čl. 7(2). UML.⁵⁰ Teze o nemogućnosti konkludentnog prihvata ugovora o arbitraži vrlo bi vjerojatno ponukale domaći sud da u faktičkoj situaciji (*a*) iz UNCITRAL-ovog dokumenta zaključi da arbitražni sporazum nije valjano zaključen.

Opasnosti od restriktivne primjene – a time i od pada ispod razine međunarodnih arbitražnih standarda i trgovačkih običaja – množe se kada uzmemo u obzir da se u hrvatskoj praksi "pisani oblik" općenito shvaća kao isprava (u pravilu na papiru) koju su *potpisale* obje ugovorne strane. Ako tome dodamo odredbe čl. 90. ZOO (iz koje proizlazi da punomoć za zaključenje arbitražnog ugovora mora biti dana u formi koja važi i za arbitražni ugovor) i čl. 91. st. 4. ZOO (koja za zaključenje arbitražnog ugovora traži specijalnu punomoć), proizlazi da će u praksi za sud biti nesporni samo oni arbitražni sporazumi na kojima se nalaze autentični potpisi ovlaštenih organa-zastupnika. Time bi se, čak, mogla dovesti u pitanje i valjanost arbitražnih klauzula u ugovorima ovjerenima izvornim pečatom društva, ako je uz taj pečat, umjesto potpisa direktora, potpis njegov zamjenika – inače ovlaštenoga da zamjenjuje direktora u svim poslovima, no bez izričitog navođenja ovlaštenja da zaključi arbitražni sporazum u konkretnom slučaju (koji se npr. može ticati samo formularnog aneksa koji je jedan u nizu radnji vezanih uz stalni poslovni odnos stranaka). Činjenica da je među uvjetima tzv. omekšane pisane forme i razmjena brzojava (odn. teleksa) kod kojih potpis i nije moguće staviti još uvijek ne mora biti dostatan argument za sud da kod drugih sredstava (npr. telefaksa) taj potpis ne traži. Bez odgovarajućih zakonskih i komentarskih priprema, možemo se bojati, neki bi hrvatski sudovi potencijalno mogli "omekšanu" formu "razmjene" pisama mogli uvjetovati i sadržajno, tražeći za valjanost ugovora izričit pristanak na predloženi nacrt ugovora (ili čak na arbitražnu klauzulu).⁵¹ Uobičajena svjetska praksa o

⁴⁸ Odluka Visokog trgovačkog suda RH, Pž-2685/98 od 22. rujna 1998. Zanimljivo je da je sud, argumentirajući iz ugovorne odredbe koja je predviđala da će se "sve obavijesti i druga komunikacija između stranaka odvijati pismeno, a može biti izvršena pismom, telefaksom ili teleksom", zanemario doktrinu o separabilnosti arbitražnog ugovora, navodeći da "nije rečeno da bi za arbitražni ugovor u pogledu forme i njegove izmjene vrijedio drugi pravni režim, različit od onoga koji vrijedi za brodograđevni ugovor." Ovo potonje rješenje jest svakako avangardno i u velikoj mjeri u skladu sa svjetskim trendovima da se formalno izjednače arbitražni ugovor i "obični" ugovori, no možda i nije sasvim u skladu s važećim hrvatskim pravom.

⁴⁹ Cf. Goldštajn-Triva, *cit.*, str. 322, t. 3.

⁵⁰ *Ibid.*, str. 503, t. 2.

⁵¹ Dakle, potvrdu u formi "primili smo Vaš nacrt Ugovora br. xx i prihvaćamo ga u cijelosti, uključujući i klauzulu o rješavanju sporova iz čl. yy", dakako, uz potpis i pečat direktora.

kojoj svjedoče neki sudionici UNCITRAL-ove Radne skupine⁵², da se "razmjenom" smatra svaki čin ugovorne strane kojim se referira na prijedlog ugovora u kojem je sadržana arbitražna klauzula⁵³, jest, čini se, shvaćanje koje će se tek trebati probiti. Ne treba, jasno, podcijeniti sposobnost hrvatskih trgovačkih sudova da pravo primjenjuju prilagođavajući ga novim poslovnim realitetima. No, uz sadašnje zakonsko stanje ostaje i previše prostora za pravnu nesigurnost.

Naravno, moguće je pokušati izvesti i argumente u prilog "konzervativnoj" i "restriktivnoj" interpretaciji odredaba o formi – dakle u prilog zadržavanja sadašnjih odredaba o formi i njihovom doslovnom tumačenju. Klasičan primjer za to polazi od teze da u razmjerno nerazvijenoj arbitražnoj sredini, zbog suzbijanja zloraba i negativnih pojava, kao i zbog eventualne reakcije državnih sudova koji bi na takve pojave reagirali poništajem donijetih arbitražnih pravorijeka, treba zadržavati striktno formalne standarde, između ostaloga i zato da bi se arbitraži nevjeste stranke posebno upozorile na to u što se upuštaju zaključujući arbitražni sporazum. Dodatni aspekt tog argumenta već je iznesen – on počiva na tezi da je isključenje nadležnosti državnog pravosuđa odveć ozbiljna stvar da bi se prepustila pukom neformalnom sporazumu stranaka. Već i za druge, blaže oblike sporazuma o nadležnosti – npr. za prorogaciju mjesne nadležnosti⁵⁴ - domaće pravo traži pisani oblik kao uvjet valjanosti; *argumento a minori ad maius*, za arbitražni sporazum koji u cijelosti isključuje nadležnost državnog pravosudnog sustava, i možda vodi donošenju odluke koja će se u Hrvatskoj smatrati stranom odlukom, trebalo bi zadržati ista ili stroža pravila.

U izvjesnoj mjeri neki od tih argumenata pogađaju bit problema. Ipak, u cjelini oni su ipak pretjerani i preuveličani. Ne treba se samo pozivati na međunarodni konsenzus o potrebi daljnjeg omekšavanja formalnih uvjeta (što može biti i određena "moda" u međunarodnoj poslovnoj zajednici). Naime, već iz detaljnije analize mogućih opasnosti može se pokazati da ograda kod forme arbitražnog sporazuma nisu niti najbolje mjesto niti najprimjerenije sredstvo za njihovo suzbijanje. Niska arbitražna kultura na najbolji se način suzbija obrazovanjem, ali i poticanjem šire uporabe arbitraže koja će omogućiti stvaranje potrebne baze iskustva; zloraba i negativne pojave na najbolji se način suzbijaju primjerenom sudskom praksom koja će kroz praksu priznanja i ovrhe iscrtati finu liniju između dopuštenoga i nedopuštenoga, a eventualno i težim sankcijama pogoditi one koji za zlorabom posegnu. Eventualnih poništenja odluka ne treba se bojati ako su razlozi za poništenje primjereni i izlaze iz biti stvari – upravo suprotno, treba se bojati poništenja koja su utemeljena na artifičijelnim formalnim (bolje: formalističkim) razlozima u situacijama u kojima bi poslovna praksa i temelji *fair* postupanja zahtijevali da se arbitražni judikat prizna kao valjan. Argument o potrebi da se stranke kroz formu upozore na ozbiljnost i posljedice zaključenja arbitražnog sporazuma već je bio pobijan tezom da arbitražni sporazum danas nije ništa neobično u poslovnoj praksi – nešto na što bi trebalo posebno upozoravati – te da se, uostalom, i inače u međunarodnoj trgovini na neformalan i brz način zaključuju poslovi iznimne složenosti, važnosti i dalekosežnosti. Napokon, autori poput Herrmanna i Fortiera⁵⁵ opetovano su pobijali ideju o tome da se bit arbitraže nalazi u *negativnom* elementu – isključivanju "prirodne" jurisdikcije određenog državnog suda – tvrdeći da takvog "prirodnog" suda u složenim multinacionalnim transakcijama i nema, što indicira potrebu promjene razumijevanja biti arbitraže: arbitraža bi, prema tome, trebala u svome temelju imati *pozitivnu* ideju o autonomnoj kreaciji vlastitog suda koji bi najbolje odgovarao upravo individualnom slučaju.

⁵² Poznati američki arbitražni stručnjak sudac Howard Holtzmann.

⁵³ Npr. ako jedna strana drugoj pošalje ponudu u kojoj je sadržana arbitražna klauzula, a druga pošalje (primi) robu i izda račun (narudžbenicu, priznanicu) za robu referirajući se na broj ponude.

⁵⁴ Vidi čl. 70. st. 3. ZPP.

⁵⁵ Cf. *supra* pod III., bilješka 25 i tekst na koji se odnosi.

Posebnu pozornost možemo posvetiti tezi koja se poziva na analogiju s drugim jurisdikcijskim sporazumima. U domaćem pravu, na primjer, ugovor o prorogaciji mjesne nadležnosti bit će valjan samo ako je pismeno sastavljen; štoviše, dodatno je ograničenje sadržano i u obvezi da se isprava o sporazumu o nadležnosti priloži uz tužbu.⁵⁶ Takve odredbe o pisanosti sporazuma znatno su oštrije od onih koje isti zakon propisuje za formu arbitražnog sporazuma. Takvo je rješenje u teoriji kritizirano, te je izraženo mišljenje da bi "bilo mjesto daljem omekšavanju pravila o formi ugovora po ugledu na odredbu čl. 470. i 471. ZPP".⁵⁷

Zanimljivo je, međutim, da Zakon o rješavanju sukoba zakona (ZRSZ) iz 1982. godine ne sadrži izričite odredbe o formi ugovora o prorogaciji. Budući da su do njegova donošenja za sporazume o prorogaciji apsolutne nadležnosti vrijedila ista pravila kao i za sporazume o prorogaciji mjesne nadležnosti, neki komentatori smatraju da bi "problem trebalo riješiti pribjegavajući analognoj primjeni pravila o formi sporazuma o mjesnoj nadležnosti (čl. 70. st. 3. ZPP) i pravila o formi sporazuma o izabranom [sic!] sudu (čl. 470. ZPP), te uzeti da i ugovor o međunarodnoj nadležnosti stranog suda ili suda SFRJ mora biti pismen".⁵⁸ No, čak i komentatori koji se zalažu za tu analogiju i učitavanje formalnih ograničenja ugovora o mjesnoj nadležnosti na ugovore o međunarodnoj sudskoj nadležnosti naglašavaju da bi se trebalo služiti "elastičnim i relativno liberalnim kriterijima", tj. odredbama o tzv. omekšanoj pisanoj formi koje se odnose na arbitražni sporazum.⁵⁹ O problemima povezanim s interpretacijom te pravne praznine govori i različita sudska praksa o pitanju je li prorogacijska klauzula sadržana u teretnici valjana ili ne.⁶⁰ Pojedini elementi iz te prakse relevantni su i za raspravu o formi arbitražnog sporazuma kod koje se pitanje valjanosti arbitražne klauzule sadržane u teretnici već postavljalo.

Posebna pravila o formi ugovora o prorogaciji međunarodne sudske nadležnosti sadržana su u Luganskoj i Bruxelleskoj konvenciji EU o sudskoj nadležnosti i ovrsi sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima.⁶¹ U obje konvencije nalazi se u čl. 17. istovjetan tekst o formi sporazuma o nadležnosti – naime, sporazum o prorogaciji međunarodne sudske nadležnosti na sudove druge države članice bit će valjan ako je zaključen:

1. u pisanom obliku ili usmeno uz pisanu potvrdu;
2. u obliku koji odgovara običajima koji postoje među strankama; ili
3. za međunarodnu trgovinu, u formi koja odgovara trgovačkim običajima koje su stranke poznavale ili morale poznavati i koje stranke u ugovorima toga tipa u odgovarajućoj grani trgovine općenito poznaju i redovito uvažavaju.⁶²

⁵⁶ Čl. 70. st. 3. i 4. ZPP. Odredba st. 4. prema kojoj treba priložiti "ispravu o sporazumu" tumači se na dva različita načina – prema jednom stajalištu riječ je o ispravi u kojoj je sam sporazum zaključen, dok drugo, elastičnije stajalište, smatra da to može biti i bilo koja druga isprava koja bi dokazivala postojanje (pisanog) ugovora. Za potonje mišljenje cf. Wedam-Lukić, *Međunarodna i medrepublička pristojnost*, Diss. 1983, str. 169.

⁵⁷ Triva/Belajec/Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986, str. 221.

⁵⁸ Dika/Knežević/Stojanović, *op. cit.* (bilj. 47), str. 182. Vidi i Triva/Belajec/Dika, *ibid.*: "Iako ZRSZ to izričito ne propisuje, trebalo bi uzeti da je za valjanost i ovog sporazuma bitno da bude zaključen u pismenoj formi".

⁵⁹ Dika/Knežević/Stojanović, *op. cit.* (bilj. 47), *ibid.*

⁶⁰ *Vidi npr.* Vps HSI 2207/77 za nevaljanost; Vps GiH SI 502/74 o njezinoj valjanosti. Cf. Dika/Knežević/Stojanović, *ibid.*

⁶¹ Luganska konvencija o sudskoj nadležnosti i ovrsi sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima od 16.9.1988. (države članice: Austrija, Belgija, Danska, Njemačka, Finska, Francuska, Grčka, Velika Britanija, Irska, Island, Italija, Luksemburg, Nizozemska, Norveška, Portugal, Švedska i Španjolska); Bruxelleska konvencija o sudskoj nadležnosti i ovrsi sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima od 27.9.1968. jest konvencija koja važi među zemljama članicama Europske unije. Citirano prema: Borić (ur.), *Internationales Privatrecht und Zivilverfahrensrecht*, Beč, 1999.

⁶² Čl. 17. st. 1. *in fine*. Valja spomenuti da isti članak u st. 5. i 6. sadrži i posebne odredbe, prema kojima će, i unatoč valjanosti prorogacijskog sporazuma, stranka moći pokrenuti postupak i kod suda čija je nadležnost derogirana ako je sporazum o nadležnosti zaključen samo u korist jedne od stranaka. Slično, kod ugovora o radu sporazumi o nadležnosti bit će valjani samo ako su zaključeni nakon nastanka spora, ili (u Bruxelleskoj

Osim tih konvencija, koje su po svome opsegu primjene ograničene na zemlje članice EU, u sklopu Haaške konferencije o međunarodnom privatnom pravu iz 1996. godine posebno povjerenstvo radi na nacrtu Konvencije o nadležnosti i stranim presudama u građanskim i trgovačkim stvarima.⁶³ Preliminarni nacrt te konvencije prihvatio je posebno povjerenstvo 30. listopada 1999, te ga je, uz opsežan pozadinski materijal, stavilo na uvid stručnoj javnosti.⁶⁴ U Nacrtu čl. 4. st. 2. te konvencije (Izbor suda – *Choice of Court*) sadržane su i odredbe o formi sporazuma o izboru foruma:

"Sporazum u smislu st. 1. bit će valjan s obzirom na svoj oblik ako je zaključen ili potvrđen –

1. u pisanom obliku;
2. bilo kojim drugim sredstvima priopćavanja koja obavijest čine dostupnom tako da se može koristiti u naknadnom upućivanju;
3. c) u skladu s običajem koji stranke redovito slijede;
4. d) u skladu s običajem koji su stranke bile ili morale biti svjesne i koji redovito slijede stranke u ugovorima iste prirode u odgovarajućoj grani privrede ili trgovine."⁶⁵

U komentaru predložene odredbe navodi se da je istodobno riječ o "minimalnim i maksimalnim uvjetima", zbog čega pri primjeni ne bi dolazila u obzir aplikacija normi nacionalnog prava. Povjerenstvo je odbacilo prijedloge o mogućoj referenciji na drugačiju praksu suda – ako on npr. prihvaća i sporazume koji ne ispunjavaju navedene uvjete, kao i na prijedloge da se omogući državama članicama da propišu dodatne uvjete, npr. uvjet da sporazum bude sastavljen na određenom jeziku ili da ga moraju potpisati obje stranke.⁶⁶ Komentirajući točke a) i b), izvjestitelji navode da je supstancijalni uvjet **zapis** (*recorded form*) teksta sporazuma na koji se može kasnije referirati – "izvorni sporazum ne mora biti zapisan – on može biti i usmen"⁶⁷, no potrebna je kasnija njegova potvrda u pisanom obliku. Jednako tako, "slijedi da potpis bilo jedne bilo druge stranke nije bitan; prihvata ili potvrda zapisanog sporazuma može se utvrđivati i drugim sredstvima." [...] "Jasno je da bi formalni zapis prihvata stranke kojoj je upućen prijedlog odabira suda bio najbolji dokaz. No on nije esencijalan: o prihvatu se može zaključiti i iz drugih radnji ili ponašanja ili čak i iz propusta da se pravodobno uloži prosvjed."⁶⁸ *A fortiori*, kod primjene stavaka c) i d) bit će moguća i potpuna usmenost sporazuma, ako je to u skladu s individualnim ili generalnim (trgovačkim) običajima u konkretnom slučaju.

konvenciji) ako se na njih poziva poslodavac kako bi pokrenuo postupak kod suda različitog od suda sjedišta poslodavca.

⁶³ Vidi <http://www.hcch.net> za pregled recentnih nastojanja Haaške konferencije.

⁶⁴ Vidi <http://www.hcch.net/e/workprog/jdgm.html>.

⁶⁵ U engleskom izvorniku: "*An agreement within the meaning of paragraph 1 shall be valid as to form, if it was entered into or confirmed-*

1. a) *in writing;*
2. b) *by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;*
3. c) *in accordance with a usage which is regularly observed by the parties;*
4. d) *in accordance with a usage of which the parties were or ought to have been aware and which is regularly observed by parties to contracts of the same nature in the particular trade or commerce concerned."*

⁶⁶ Peter Nygh; Fausto Pocar, *Report of the Special Commission*, Preliminary Document No 11, <ftp://hcch.net/doc/jdgmpl1.doc>, komentar uz čl. 4. Preliminarnog nacrtu.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

Sve navedene inicijative i recentna rješenja na nacionalnoj i internacionalnoj razini mogu potvrditi tezu da je sazrelo vrijeme za redefiniciju formalnih uvjeta za procesne sporazume. Možda se može izvesti i dalekosežniji zaključak: da je sazrelo vrijeme za cjelovitu redefiniciju pojma pisanosti/pismenosti i njegove uloge u suvremenim pravnim porecima.

Funkcija pisane forme u obveznom pravu dovodi se u vezu s dva nastojanja: prvo, s nastojanjem da se osigura *dokaz* da je ugovor zaključen (kao i dokaz identiteta ugovornih strana i sadržaja ugovorenih prava i obveza) te, drugo, s nastojanjem da se kroz svečanu formu dade *upozorenje* ugovornim stranama da stupaju u pravni odnos koji za njih može imati dalekosežne posljedice. Obje funkcije, *probacijska* i *monitorna*, obično se navode kao razlog za to da se odstupi od načela neformalnosti i konsenzualnosti ugovora - pravila da se ugovori zaključuju *solo consensu*.

Valja podcrtati činjenicu da i probacijski i monitorni aspekti ovise o finome balansiraju pri pravno-političkim ocjenama uloge pojedinog ugovornog odnosa. Naime, obje funkcije postoje kod gotovo svakog tipa ugovora – jer se kod svakog ili gotovo svakog ugovora mogu pojaviti dokazne poteškoće; isto tako, malo se koji ugovor može smatrati toliko "neozbiljnim" da bi svako upozorenje na nj bilo sasvim suvišno. Tek u suodnosu sa suprotstavljenim nastojanjem za učinkovitošću – za brзом cirkulacijom pravnog prometa koja pretpostavlja lako i neformalno zaključenje ugovora – može se naći dovoljan ili nedovoljan razlog za propisivanje formalnih ograničenja. Zauzimanjem za neformalne ugovore zakonodavac svjesno želi potaknuti njihovo zaključivanje, pa makar i po cijenu eventualnih dokaznih poteškoća i lakomislenosti sudionika; obratno, podižući formalna ograničenja, favorizira se višestruka provjera, sporo ali sigurno ugovaranje – pa makar i po cijenu obeshrabrivanja dobrog dijela potencijalnih ugovaratelja. Korelacija između dokaznih poteškoća koje bi se nalazile u "prirodi stvari" odnosno socijalne i ekonomske važnosti ugovora te zakonodavčeve ocjene da je forma u jednom slučaju potrebna, a u drugome ne, ne mora nužno postojati.

Ako ocjenjujemo svrhu propisa o formi ugovora, mogli bismo stoga uz dvije navedene funkcije, *probacijsku* i *monitornu*, navesti još jednu specifičnu funkciju forme. Tu funkciju nazvali bismo *preferencijskom* funkcijom, a ona bi se sastojala u sustavnoj želji zakonodavca da određene pravne odnose – određene ugovore i druge pravne akte – potiče, a druge ne. Notorno je i sasvim neupitno da će visoki formalni zahtjevi odbiti dobar dio kontrahenata, dok bi niski formalni prag, ili njegov posvemašnji izostanak, naprotiv na njih mogao djelovati i poticajno.

Primijenjeno na slučaj arbitraže, može se dosta jasno iz historijskih činjenica odčitati kako je preferencijska funkcija snažno dominirala pred probacijskom i monitornom. Naime, od etatističkog i na sudove usredotočenoga ozračja devetnaestog stoljeća, do suvremenih rasprava prožetih proarbitražnim duhom, može se kontinuirano pratiti padanje formalnih ograda – premda je arbitražni sporazum i danas jednako važan i dalekosežan kao i nekada, a i dokazne poteškoće nisu se veoma bitno smanjile. Iza želje da se formalne prepreke zadrže ili učvrste i želje da se one skinu leži u prvome redu konkretan stav o poželjnosti arbitraže i potrebe da se ona u većem ili manjem krugu predmeta zaista i provodi. Razina formalnih prepreka povijesno je odgovarala odnosu između snaga koje su poticale arbitražu i snaga koje su bile suzdržane prema ideji isključivanja državne sudbenosti u korist "privatnog" sudovanja u kome su stranke zaista *domini litis*. Posljednje rasprave u forumima UNCITRAL-a pokazale su da i danas u određenim nacionalnim jurisdikcijama postoji određena doza sumnji prema arbitraži, zbog čega nije jednostavno postići opći konsenzus o potpunoj deformalizaciji, koju uz potporu mnogih arbitražnih eksperata zastupa glavni tajnik Herrmann.

Formula za kojom sada traga UNCITRAL – ujedno i formula kakvu bi mogla i trebala anticipirati hrvatska reforma arbitražnog prava – jest formula koja bi, zaogrnutu pod plašt formalnosti, sadržavala minimum prepreka koje bi u praksi mogle dovesti do zaključka o nevaljanosti arbitražnog sporazuma zbog odsutnosti pismenosti – pa makar i "omekšane". Mnogobrojni argumenti iz dosadašnjih rasprava mogli bi se jednim dijelom svesti na nastojanje da se onemogućiti neloyalnim strankama uspješno osporavanje postojanja arbitražnog sporazuma oslanjanjem na propise o formi, unatoč tome što je iz raspoloživih dokaznih sredstava očito da je sporazum o arbitraži postojao.

Sudska praksa u interpretaciji "omekšane" forme iz UNCITRAL-ovih dokumenata i NYC u razvijenim je zemljama odbacila pisanu formu kao konstitutivan uvjet valjanosti arbitražnog sporazuma; čini se da je velik broj zemalja, ako ne sve, uvjet "*exchange of [...] means of telecommunication which provide a record of the agreement*" protumačio ne samo u smislu koji polazi od tehnološkog napretka u sredstvima komuniciranja, zbog čega se nova i nova sredstva mogu pravno izjednačiti s "papirnatom" formom pismenosti. Još važnije od toga jest da se *exchange* (razmjena) i *record* (zapis) tumače kao *dokazna sredstva* za postojanje arbitražnog ugovora, a ne kao njegov nužni uvjet – drugim riječima, kao dokazna forma (*forma ad probationem*), a ne kao bitan uvjet tzv. formalnog ugovora (*forma ad solemnitatem*). Tako, na primjer, oko slučajeva u kojima su stranke usmeno zaključile arbitražni sporazum, na koji se poslije referiraju u svojoj korespondenciji, uglavnom nije bilo dvojbe da je riječ o valjanom temelju za arbitražu – premda bi stroga primjena pravila o *formi ad solemnitatem* trebala dovesti do suprotnog zaključka.

Ipak, u sadašnjoj redakciji čl. 7(2) UML ugrađena je proturječnost koja može voditi do različitih rezultata u sličnim slučajevima. Naime, nasuprot klauzuli *record of the agreement* – što je i u našem prijevodu u ZPP-u protumačeno kao *pisani dokaz o sklopljenom sporazumu* – stoji početak iste rečenice, koji govori o tome da će uvjet pisane forme biti ispunjen ako je "sporazum *sadržan (contained)* u ispravi [...] ili u razmjeni..."⁶⁹ Čitajući odredbu na taj način, može se doći do suprotnog zaključka – da UML ne traži (samo) dokaz sporazuma, već i to da **sam sporazum bude sadržan** u papirnatoj ispravi ili razmijenjenim priopćenjima. Slična dvojnost postoji i u čl. 470. st. 3. ZPP koji govori o tome da je ugovor sklopljen u pisanom obliku i onda "kad je **sklopljen** razmjenom pisama..." – što bi doslovno značilo da se u razmjeni mora sadržavati sam sporazum, a ne samo referiranje (upućivanje) na njega.

Predstojeća reforma hrvatskog arbitražnog prava pruža priliku da se uklone navedene dvojbe – možda čak i prije no što to u sporom diplomatskom postupku bude imao prilike učiniti UNCITRAL. U konačnoj formulaciji odredaba o formi arbitražnog sporazuma svakako bi trebalo poći od već iznesenih zaključaka UNCITRAL-ove radne skupine prema kojima je sadašnje određenje iz NYC-a i UML-a nezadovoljavajuće jer ne odgovara potrebama suvremene poslovne prakse. Ako se zauzme stajalište da još nije sazrijelo vrijeme za potpunu deformalizaciju (što je svakako još jedna moguća, možda čak i poželjna opcija), sadašnje odredbe o formi trebalo bi u najmanju ruku pojasniti kako bi nesumnjivo pokrivala neke, ili većinu, problematičnih faktičkih situacija iz radnog materijala UNCITRAL-a.⁷⁰ Preporučljivo bi bilo članak formulirati tako da "pisanost" bude jasno određena kao uvjet koji ograničava dokazivanje, a ne kao uvjet valjanosti sporazuma – kao *forma ad probationem*, a ne kao *forma ad solemnitatem*. Sukladno tome, trebalo bi biti nesumnjivo riješiti sljedeća već navedena problematična pitanja iz prakse: pitanje potpisa kao uvjeta pisane forme, pitanje pisane potvrde neformalnog sporazuma, pitanje konkludentnog prihvata pisane ponude, pitanje formalnog ili neformalnog upućivanja na pisana arbitražna pravila, pitanje valjanosti

⁶⁹ "An agreement is in writing if it is *contained in a document signed by the parties or [contained] in exchange...*".

⁷⁰ *Vidi supra*, pod V., bilješka 31 i tekst koji se na nju odnosi.

arbitražne klauzule u teretnici, pitanje valjanosti usmenih uglavaka u posebnim područjima (u skladu s individualnim ili partikularnim običajima). Od eventualnih modela za buduću reformu najbolje temelje predstavljaju prije navedene odredbe novog njemačkog i engleskog prava te tekstovi Luganske i Bruxelleska konvencije, kao i nacrti Haaške konvencije.

Naravno, valja podsjetiti da čak ni navedene odredbe neće u svakom slučaju pružiti rješenje za sve faktičke situacije iz dokumenta UNCITRAL-a. Razlog tome jest u prvom redu u njihovoj raznorodnosti, koja nije uvijek povezana (samo) s propisima o formi arbitražnog ugovora, već se dotiče i drugih pitanja – u prvom redu općih pitanja o sukcesiji prava i obveza. Navedene faktičke situacije mogu se sažeti i klasificirati u sljedeća opća pitanja:

1. Treba li "razmjenu pisama itd." iz čl. 2(2) NYC i čl. 7(2) UML tumačiti u smislu da je potpis i pečat ovlaštene osobe obiju ugovornih strana (tamo gdje je to tehnički moguće, npr. kod pisma i telefaksa) konstitutivan uvjet valjanosti sporazuma?
2. (Uz pretpostavku negativnog odgovora na prvo pitanje) Može li se suglasnost na pisanu ponudu arbitražnog sporazuma dati u konkludentnom obliku (izvršenjem ugovora, upućivanjem na ponudu iz kojeg je očito da je ponuda prihvaćena)?
3. Može li punomoćnik stranke - treća osoba, valjano opunomoćena da zaključi glavni ugovor – zaključiti i ugovor o arbitraži u ime i za račun zastupanoga?
4. Može li, čak i u slučaju da nisu ispunjene formalne pretpostavke iz prethodnih točaka, biti valjan neformalno zaključeni arbitražni sporazum ako je to u skladu s praksom između stranaka, odnosno posebnim poslovnim običajima u određenom području – posebno u slučaju više povezanih ugovora kod kojih u nekima postoji formalno valjana arbitražna klauzula, a kod drugih ne – ako nema posebnih okolnosti koje upućuju na želju da se isključi arbitraža?
5. Mogu li se prava i obveze iz arbitražnog ugovora prenositi na treće osobe kao i druga prava i obveze iz glavnog ugovora?
6. Može li se, iz razloga svrhovitosti ili pravičnosti, proširivati arbitražna klauzula i na one sudionike koji nisu izvorno bili strane arbitražnog sporazuma, ali su oni ili povezani interesom i statusnim odnosima s jednom stranom ili s više strana u arbitražnom sporazumu, ili imaju izrazit pravni ili ekonomski interes za ishod spora, ili bi razlozi ekonomičnosti i pravne sigurnosti upućivali na potrebu da se i treće osobe uključi u arbitražu?

Čini nam se da bi trebalo biti sasvim evidentno da bi zahtjevi današnje pravne i poslovne prakse zahtijevali da se na sva prije navedena pitanja, eventualno s iznimkom pitanja pod 6, odgovori potvrdno.

U navedenom pravcu trebao bi se kretati i reformski rad na donošenju novoga hrvatskog Zakona o arbitraži. Iako možda još nije vrijeme za cjelovitu deformalizaciju ugovora o arbitraži, sazrijele su uvjeti za daljnji korak prema "omekšavanju" zahtjeva pisane forme. Dio tih koraka već se vidi u objavljenom Nacrtu zakona o arbitraži – npr. u ukidanju odredbe Zakona o obveznim odnosima koja je tražila da za zaključenje arbitražnog ugovora punomoćnik ima posebnu (specijalnu) punomoć. No, još su neki koraci potrebni, u prvom redu prema napuštanju *formae ad solemnitatem*, i kretanje prema *formae ad probationem*. Trebat će veoma pažljivo izraditi navedene norme kako bi se na najmanju moguću mjeru reducirali slučajevi u kojima bi provođenje arbitraže ili valjanost arbitražnog pravorijeka bili dovedeni u pitanje unatoč tome što nije sporno da je u doba zaključenja ugovora postojala volja obiju strana za provođenjem arbitraže.

Temelj u reformi odredaba o formi i valjanosti arbitražnog sporazuma trebala bi biti ocjena da u suvremenim trgovačkim odnosima arbitraža danas jest nepisani standard. U odnosima ravnopravnih ugovornih partnera danas je veća opasnost u krutim i zastarjelim zakonskim

restrikcijama negoli u preširokoj permisivnosti u priznanju sporazuma o arbitraži. Time se, jasno, ne isključuje činjenica da u velikom broju dispozitivnih odnosa stranke nisu sasvim ravnopravne, i da je stoga jedna od ugovornih strana u prilici nametati svoje uvjete. Uz širenje kruga sporova koji se mogu podvrgnuti arbitraži, povećava se i vjerojatnost da će se arbitraži podvrgavati i takvi sporovi. U međunarodnoj arbitražnoj praksi poznati su slučajevi u kojima su jači ugovorni partneri nametali slabijima način rješavanja sporova koji je dodatno otežavao njihov položaj. Svojevrsan odgovor na takve pojave sastoji se u posebnim odredbama o arbitraži u tzv. potrošačkim sporovima, npr. u prije navedenoj odredbi njemačkog prava koja za valjanost arbitražnih sporazuma čija je jedna od strana potrošač propisuju strogo pisani oblik.⁷¹ Takve mjere opreza ne bi bile suvišne niti u hrvatskom pravu, u prvom redu radi izbjegavanja negativnog publiciteta koji bi pratio takve "arbitraže".

Prava opasnost od arbitraže u sporovima među izrazito neravnopravnim partnerima, uključujući tu i sporove u kojima sudjeluju potrošači, ne postoji – ako državni sudovi primjereno obavljaju svoj posao. U postupku poništaja domaćih arbitražnih odluka, odnosno priznanja i ovrhe stranih arbitražnih odluka, sud je ovlašten i dužan paziti na to je li arbitražni postupak osiguravao procesnu ravnotežu i pružao primjerena procesna sredstva objema strankama da pred nepristranim tijelom u *fair* postupku ravnopravno sudjeluju u arbitraži. Arbitražni pravorijek donijet u postupku u kojem stranke nisu imale jednaku mogućnost odabira arbitara, jednaku mogućnost iznošenja činjenica i predlaganja dokaza, jednaku mogućnost utjecanja na tijek postupka i korištenja procesnim prigovorima – takav arbitražni pravorijek bio bi pobojan ili ništav po više osnova. Pretpostaviti je da bi sudovi, u okviru ograničenog postupka kontrole arbitražnog pravorijeka, još strože primjenjivali odredbe o jamstvu načela saslušanja stranaka i jednakosti u postupanju kada bi utvrdili da je riječ o odnosu među izrazito neravnopravnim ugovornim stranama. Čak i kada to ne bi bio slučaj, takve pojave ne mogu se suzbijati odredbama o formi arbitražnog sporazuma, jednostavno zato što posljedice koje se protive osnovnim pravilima poštenog suđenja nisu rezultat *arbitraže kao takve*, već upravo *povrede temeljnih načela arbitraže*. Dominantnoj ugovornoj strani, uostalom, u pravilu neće biti teško privoljeti slabijeg partnera da o "arbitraži" koja bi joj davala *unfair* prednosti sastavi sporazum koji je prema postojećim pravilima o obliku formalno valjan. Na kraju krajeva, ako je riječ o arbitraži s elementom inozemnosti, arbitraža već predstavlja svojevrsan kompromis u odnosu prema alternativama koje – premda ih se ne može *a priori* opisati kao *unfair* – jednu od strana stavljaju u neravnopravan položaj da svoja prava brani pred državnim sudovima i po materijalnom i procesnom pravu druge strane.

Daljnje omekšanje pravila o pisanom obliku arbitražnog sporazuma zato je danas jednako važan element razvoja arbitraže kao i rad na općem podizanju arbitražne kulture. O oba elementa internacionalno je postignuta široka suglasnost arbitražnih eksperata. Ako se iskoristi ova prilika i prihvati zakonski režim koji bi odgovarao postignutom međunarodnom konsenzusu, Hrvatska bi bila u prilici da se jednom postavi u red zemalja koje predvode u formulaciji i zakonskom pozitiviranju rješenja koja odgovaraju zahtjevima međunarodne trgovine i standardima arbitražnog prava XXI. stoljeća. Na svjetskoj arbitražnoj i poslovnoj sceni takav će se potez sigurno znati cijeliti.

⁷¹ Za st. 5. § 1031. njemačkog ZPO *vidi supra*, bilj. 28 i tekst na koji se odnosi.