

OPCIJSKE ILI JEDNOSTRANE ARBITRAŽNE KLAUZULE U HRVATSKOM PRAVU S POSEBNIM OSVRTOM NA TRŽIŠTE KAPITALA

Dr. sc. Mihaela Braut Filipović *

UDK: 347.918:336.761(497.5)

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: ožujak 2015.

Opcijske ili jednostrane arbitražne klauzule daju pravo jednoj ugovornoj strani da nakon što spor već nastane bira hoće li pokrenuti postupak pred nacionalnim ili arbitražnim sudom. Ratio ovih klauzula jest dati jednoj strani prednost pri biranju načina rješavanja sporova, i to nakon što je već došlo do spora, da na taj način olakša ostvarenje svojih potraživanja prema drugoj strani. U radu se analizira njihov položaj u anglosaksonskim jurisdikcijama, kao i odabrana sudska praksa država članica EU kontinentalnog pravnog kruga, gdje se sučeljava načelo stranačke autonomije s načelom ravnopravnosti stranaka. Istaknuti argumenti testiraju se iz aspekta hrvatskog prava, slijedom čega se opredjeljuje za položaj opcijskih arbitražnih klauzula u hrvatskome pravu. Ispituje se prisutnost ovih klauzula u sporovima iz tržišta kapitala, u okviru čega se ističu rješenja hrvatskog zakonodavca vezano uz UCITS fondove.

Ključne riječi: opcijske arbitražne klauzule, jednostrane arbitražne klauzule, UCITS fondovi, tržište kapitala, arbitražni ugovor

1. UVOD

Opcijske ili jednostrane arbitražne klauzule su klauzule u kojima jedna ugovorna strana ima pravo birati hoće li u slučaju spora pokrenuti postupak pred nacionalnim ili arbitražnim sudom. Ugovorna strana kojoj je dano pravo

* Dr. sc. Mihaela Braut Filipović, znanstveni novak – poslijedoktorand, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka; mihaela.braut@gmail.com

izbora u povoljnijem je položaju od druge. Iako postoji vrlo malo znanstvene literature o opcijskim arbitražnim klauzulama, u praksi je zabilježen sve veći trend njihova korištenja, posebice u građevinskim, pomorskim (*charter*), ulagačkim i drugim ugovorima. Stav većine država članica Europske unije prema ovim klauzulama je pozitivan. Međutim, zabilježeni su i slučajevi koji to dovode u pitanje. Analizirat će se značajnije sudske odluke u kojima su sudovi zauzeli pozitivan i negativan stav, s analizom njihovih argumenata. Odredit će se i položaj ovih klauzula u hrvatskome pravu. Poseban naglasak je stavljen na njihovu ulogu za sporove iz tržišta kapitala, posebice u domeni hrvatskih UCITS fondova. Naposljetku, iznijet će se prijedlozi na koji način sastaviti što učinkovitiju opcijsku arbitražnu klauzulu.

2. TEMELJNE ZNAČAJKE OPCIJSKIH ARBITRAŽNIH KLAUZULA

Opcijske ili jednostrane arbitražne klauzule daju pravo jednoj ugovornoj strani da nakon što spor već nastane bira hoće li pokrenuti postupak pred nacionalnim ili arbitražnim sudom.¹ Od toga valja razlikovati sporazume o prorogaciji koji, primjerice, jednoj stranci daju pravo izbora između više određenih sudova² ili između više određenih arbitraža.³

U literaturi se označavaju različitim pojmovima (*unilateral, optional, one-sided, asymmetrical* ili *hybrid arbitration clauses*). Smatramo da su pojmovi “opcijska arbitražna klauzula” ili “jednostrana arbitražna klauzula” najbliži njezinu pravnom sadržaju jer prvi pojam označava njezinu značajku da daje “opciju” jednoj od strana da bira pred kojim će se tijelom rješavati spor, a drugi označava prijepor obvezuje li takav ugovor samo jednu stranu. Stoga se zalažemo za prihvaćanje tih pojmova i u hrvatskoj stručnoj literaturi. U radu će se upotrebljavati pojam “opcijske arbitražne klauzule” (dalje u tekstu: OAK).

Ratio ovih klauzula jest dati jednoj strani prednost pri biranju načina rješavanja sporova, i to nakon što je već došlo do spora, da na taj način olakša ostvarenje svojih potraživanja prema drugoj strani.⁴ U praksi je često da takvu

¹ Draguiev, D., *Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability and Enforceability*, *Journal of International Arbitration*, vol. 31, br. 1, 2014., str. 19 – 46, str. 19.

² O takvoj vrsti asimetričnih klauzula vidi Vuković, Đ.; Kunštek, E., *Međunarodno građansko postupovno pravo*, Zgombić & Partneri, Zagreb, 2005., str. 76.

³ Takve su klauzule česte kod rješavanja ulagačkih sporova. Vidi o tomu u: Kunštek, E., *Arbitražna nadležnost ICSID*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 2002., str. 300 i dalje.

⁴ Tako Smit, H., *The unilateral arbitration clause: a comparative analysis*, *American Review of International Arbitration*, vol. 20, br. 3, 2009., str. 391 – 418, str. 394.

klauzulu u ugovor ubacuje ekonomski jača strana u svoju korist⁵, a često se pojavljuje i kao dio tipskog ugovora koji sastavlja i nudi ekonomski jača strana u procesu pregovora.

Dakle, specifična prednost OAK-a, osim prednosti koje inače imaju prorogacijske klauzule, jest to što zadržava prednosti arbitražnog i sudskog rješavanja spora u korist jedne stranke.⁶ Što će biti povoljnije za stranu koja bira, ovisit će o konkretnim okolnostima slučaja. Smatramo da će pri donošenju te odluke stranka uzeti u obzir postoje li eventualne zapreke za priznavanje arbitražnog pravorijeka države u kojoj je pravorijek potrebno priznati i izvršiti.⁷ Također, ključna su i pitanja brzine rješavanja sporova te visina troškova spora.⁸

OAK se u praksi javlja u dva oblika.⁹

Prvi je kada stranke ugovore prorogacijsku klauzulu prema kojoj je određen nadležni sud za rješavanje spora¹⁰, ali je jednoj stranci dano i pravo opcije riješiti spor arbitražom. Primjer takve klauzule bio bi: *Za rješavanje svih sporova koji proizlaze iz ovog ugovora i u vezi s njim, uključujući i spor o njegovoj valjanosti, bit će nadležan Trgovački sud u Rijeci. Iznimno, stranka x ima isključivo pravo spor riješiti arbitražom pri Stalnom arbitražnom sudištu Hrvatske gospodarske komore.*¹¹

Osnovno pitanje koje se pri tomu javlja je od kojeg će se trenutka smatrati da je sklopljen arbitražni ugovor: od trenutka sklapanja ugovora u kojem je

⁵ Tako Draguiev, *op. cit.* u bilj. 1, str. 21.

⁶ Tako Berard, M.; Dingley, J., *Unilateral option clauses in arbitration: an international overview*, Arbitration Multi-jurisdictional Guide 2014/15, 2014., <http://uk.practicallaw.com/7-535-3743> (19. veljače 2015.), str. 1. Vidi isto Perényiová, J., *Unilateral Option Clauses in Commercial Arbitration*, magistarski rad, Central European University, Budapest, 2014., http://www.etd.ceu.hu/2014/perenyiova_judita.pdf (24. veljače 2015.), str. 4.

⁷ Vidi Nesbitt, S.; Quinlan, H., *The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses*, Arbitration International, vol. 22, br. 1, 2006., str. 133 – 149, str. 134.

⁸ Tako i Smit, *op. cit.* u bilj. 4, str. 394.

⁹ Tako Nesbitt; Quinlan, *op. cit.* u bilj. 7, str. 134.

¹⁰ O prorogacijskim ugovorima vidi pregledno u: Triva, S.; Dika, M., *Gradansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2014., str. 284 i dalje. Također vidi Stürmer, M., *IV. Sporazumi o nadležnosti i mjestu ispunjenja obveze u europskom građanskom procesnom pravu*, u: Garašić, J. (ur.), *Europsko građansko procesno pravo – izabrane teme*, Narodne novine, Zagreb, 2013., str. 77 – 102.

¹¹ U komparativnoj literaturi kao tipičan OAK navodi se slično: “Notwithstanding clause x above [in which the parties submit to the jurisdiction of a particular court], party A may, at its sole option, refer any Dispute to arbitration, as provided by clause y below [which provides the details of the arbitration, i. e. arbitral rules, number of arbitrators, seat of arbitration etc.].” Vidi Nesbitt; Quinlan, *op. cit.* u bilj. 7, str. 134.

sadržano pravo opcije na arbitražu ili od trenutka kada stranka iskoristi opciju, odnosno pokrene arbitražni postupak. U ovome će se članku primarno baviti analizom ovog oblika OAK-a.

Drugi oblik je kada su stranke ugovorile arbitražu, ali je jednoj stranki dana opcija da spor riješi i pred nadležnim sudom. Primjer takve klauzule bio bi: *Sve sporove koji proizlaze iz ovog ugovora i u vezi s njim, uključujući i spor o njegovoj valjanosti, stranke će riješiti arbitražom pri Stalnom arbitražnom sudištu Hrvatske gospodarske komore. Iznimno, stranka x ima isključivo pravo spor riješiti pred nadležnim nacionalnim sudom.*

OAK se najčešće koristi u trgovačkim ugovorima. Zabilježen je trend sve češćeg umetanja ovih klauzula, osobito u franšizi¹², građevinskim¹³, pomorskim (*charter*), ulagačkim i drugim ugovorima. Osim trgovačkih, te se klauzule sve češće javljaju i pri rješavanju radnopravnih sporova i potrošačkih ugovora, čime se otvara pitanje zaštite slabije strane te može li OAK izdržati test poštenih ugovornih odredbi.¹⁴

3. POLOŽAJ OPCIJSKIH ARBITRAŽNIH KLAUZULA U COMMON LAW JURISDIKCIJAMA

Sudovi SAD-a i Velike Britanije skloni su priznavanju OAK-a.¹⁵

Razvoj sudske prakse SAD-a možemo podijeliti na razdoblje prije i poslije devedesetih godina dvadesetog stoljeća. Prije devedesetih godina američki su

¹² Iz analize ugovora o franšizi iz SAD-a proizlazi da čak 94 % njih predviđa kao način rješavanja sporova arbitražu kao jedini način ili kao opciju danoj jednoj od stranaka, i to u pravilu davatelju franšize. Vidi Drahozol, C. R., "Unfair" Arbitration Clauses, *University of Illinois Law Review*, vol. 2001, br. 3, 2001., str. 695 – 790, str. 739.

¹³ Za analizu opcijskih arbitražnih klauzula iz područja građevinskih ugovora te stajališta američkih sudova pri priznavanju valjanosti takvih klauzula vidi u: Nahmias, A. M., *The Enforceability of Contract Clauses Giving One Party the Unilateral Right to Choose Between Arbitration and Litigation*, *The Construction Lawyer*, vol. 21, 2001., str. 36 – 38.

¹⁴ Za pitanje ništetnosti arbitražnih klauzula, iako ne i opcijskih arbitražnih klauzula, vidi pregledno u: Kunda, I., *Ništetnost prorogacijskih i arbitražnih klauzula u potrošačkim ugovorima u praksi Suda EU-a*, u: Tomljenović, V.; Petrić, S.; Mišćenić, E. (ur.), *Nepoštene ugovorne odredbe, Europski standardi i hrvatska provedba*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 2013., str. 255 – 280. Također, za pregled sudske prakse Suda pravde Europske unije u pogledu arbitraže u potrošačkim sporovima vidi Baretić, M., *Ugovaranje arbitraže u potrošačkim sporovima*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 49, br. 4, 2010., str. 1095 – 1104.

¹⁵ Tako Draguiiev, *op. cit.* u bilj. 1, str. 26.

sudovi mahom odbijali priznati valjanost OAK-a¹⁶ zbog neispunjenja zahtjeva za tzv. *mutuality of obligation*.¹⁷ Riječ je o načelu prema kojemu je dvostrano-pravni ugovor ništav ako se samo jedna od stranaka nalazi u obvezi.

U novijim slučajevima američki sudovi su ipak priznavali OAK ako, unatoč neispunjenju zahtjeva *mutuality of obligation*, zadovoljavaju kriterije za tzv. *consideration*.¹⁸ Riječ je o institutu svojstvenom *common law* jurisdikcijama koji čini bitan sastojak ugovora, a određuje se kao neko pravo, odgovornost za obvezu, pogodnost ili, općenito, vrijednost koju obje ugovorne stranke daju, odnosno koja ih potiče za sklapanje ugovora.¹⁹ Prema tome, ugovori u kojima stranke nemaju *consideration* nisu valjani. Tako je, primjerice, sud u slučaju *Wright v. Circuit City Stores Inc.*²⁰ smatrao da *consideration* postoji ako stranke obećaju da će se smatrati obvezanima arbitražnim postupkom i pravorijekom. Drugim riječima, strana kojoj je dana opcija obećava da će se smatrati obvezana pravorijekom u slučaju da izabere arbitražu, a druga strana obećava to isto u slučaju da strana s opcijom izabere arbitražu kao način rješavanja spora.

Međutim, unatoč načelno pozitivnom stavu zabilježeni su i noviji slučajevi u kojima su sudovi u potrošačkim ugovorima proglašavali OAK ništavim ako su ocijenili da je protivan načelu savjesnosti i poštenja (*unconscionable*), odnosno da je nepošten prema slabijoj strani.²¹ Kao kriterije za ocjenu uzimalo se u

¹⁶ Tako Drahozal, C. R., *Nonmutual Agreements To Arbitrate*, The Journal of Corporation Law, vol. 27, br. 4, 2002., str. 537 – 565, str. 542.

¹⁷ *Hull Dye & Print Works Inc. v. Riegel Textile Corp.*, 325 N.Y.S.2d 782, 783 (N.Y. App. Div. 1971); *Reagent of Shelby Inc. v. Leumas Knitting Mills Inc.*, 387 N.Y.S.2d 843, 844 (N.Y. App. Div. 1976); *Cored Panels Inc. v. Meinhard Comm. Corp.*, 420 N.Y.S.2d 731, 731 (N.Y. App. Div. 1979); *Stevens/Leinweber/Sullens Inc. v. Holm Dev. & Mgmt. Inc.*, 795 P.2d 1308, 1313 (Ariz. Ct. App. 1990).

¹⁸ Vidi primjerice *Kelly v. UHC Mgmt. Co.*, 967 F. Supp. 1240, 1260 (N.D. Ala. 1997); *Harris v. Green Tree Financial Corp.*, 183 F.3d 173 (3d Cir. 1999); *Avid Eng'g Inc. v. Orlando Marketplace Ltd.*, 809 So. 2d 1, 4 (Fla. Dist. Ct. App. 2001); *Lombardi v. DirecTV Inc.* 549 Fed.Appx. 617 (C.A.9 (Cal.), 2013.). Iznimka od ovog shvaćanja su sudovi Arkansasa. Tako Drahozal, *op. cit.* u bilj. 16, str. 545.

¹⁹ Vidi objašnjenje i usporedbu s kontinentalnim pravnim krugom u: Nikšić, S., *Kauza obveze: srodni instituti u poredbenom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, br. 4, 2006., str. 1057 – 1102, str. 1073 i dalje.

²⁰ 82 F. Supp. 2d 1279, 1284 (N.D. Ala. 2000).

²¹ Vidi *Arnold v. United Companies Lending Corp.*, 511 S.E.2d 854 (W. Va. 1998); *Iwen v. U.S. West Direct*, 977 P.2d 989 (Mont. 1999); *Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services Inc.*, 6 P.3d 669 (Cal. 2000); *Nagrampa v. MailCoups Inc.*, 469 F.3d 1257, 1286 (9th Cir. 2006). O pitanju nesavjesnosti u arbitražnim klauzulama pred američkim sudovima vidi općenito: Stempel, J. W., *Arbitration, un-*

obzir položaj stranaka u pregovorima za sklapanje ugovora, je li OAK umetnut u tipiziranom (standardnom) ugovoru sastavljenom od strane jače ugovorne strane, postoje li nepoštene ugovorne odredbe u ugovoru i drugo. Da bi održali valjanost ovih klauzula, od trgovaca, koji ih pretežno i umeću u ugovore, traži se da opravdaju takvo postupanje.²² Recentniji američki slučajevi upozorili su da će se umetanje OAK-a u potrošačke ugovore smatrati opravdanim u slučaju kada za potrošače predstavljaju povoljan način rješavanja sporova, odnosno "...low cost, fair and consumer friendly forum."²³ Dakle, može se zaključiti da je stav američkih sudova prema OAK-u pozitivan, s posebnim naglaskom na zaštitu slabije strane u potrošačkim sporovima.

U sudskoj praksi Velike Britanije zabilježen je konstantan trend priznavanja OAK-a. U literaturi se kao ključan slučaj navodi *Pittalis v. Sherefettin* iz 1986. godine²⁴ u kojemu sud nije prihvatio prigovor da je OAK ništav jer nije dvostrano obvezujući ugovor (*not mutually binding*). Kao argument sud je naveo da pravo samo jedne stranke da bira arbitražu ne mijenja činjenicu da su se stranke izrijekom dogovorile, a time i sklopile dvostranoobvezni ugovor, da će jedna od stranaka imati opciju za arbitražu, a da će druga dopustiti i pristati na taj izbor. Ističe se i stajalište suda u slučaju *Westfal-Larsen & Co A/S v. Ikerigi Compania Naviers SA (The Messiniaki Bergen)*.²⁵ Sud je izveo zaključak da kod OAK-a arbitražni ugovor nije sklopljen do trenutka u kojemu stranka s opcijom ne izabere arbitražu za rješavanje spora. No, jednom kad stranka izabere arbitražu, tada se arbitražni ugovor ima smatrati sklopljenim.

conscionability, and equilibrium: the return of unconscionability analysis as a counterweight to arbitration formalism, Ohio State Journal on Dispute Resolution, vol. 19, br. 3, 2004., str. 757 – 860.

²² Vidi primjerice slučajeve *Stirlen v. Supercuts Inc.*, 60 Cal. Rptr. 2d 138 (Cal. Ct. App. 1997); *Macias v. Excel Bldg. Services LLC*, 767 F.Supp.2d 1002 (N.D.Cal., 2011); *King v. Hausfeld*, N.D.Cal., 2013.

²³ *McCabe v. Dell Inc.*, C.D.Cal. Apr. 12, 2007; *Beard v. Santander Consumer USA Inc.* E.D.Cal., 2012. U slučajevima kada bi bila riječ o OAK-u u kojem su stranke dogovorile arbitražu, a jedna strana ima pravo opcije rješavanja svih ili nekih sporova sudskim putem, Drahozal navodi da bi se kao opravdanje za takve klauzule moglo navesti sporove iz nekih područja prava za koje se u praksi inače smatra da ih je povoljnije rješavati pred sudom. Kao primjer navodi sporove iz intelektualnog vlasništva. Vidi Drahozal, *op. cit.* u bilj. 16, str. 553. Istom logikom moglo bi se argumentirati da se u praksi neke sporove smatra povoljnijim rješavati arbitražom.

²⁴ [1986] Q.B. 868. Također vidi primjerice slučajeve *Navigazione Alta Italia SpA v. Concordia Maritime Chartering AB (The Stena Pacifica)*, [1990] 2 Lloyd's Rep. 234; *Lobb Partnership Ltd. v. Aintree Racecourse Co Ltd.*, [2000] C.L.C. 431.

²⁵ [1983] 1 All E.R. 382.

U nastavku će se analizirati dvije presude engleskih sudova, istaknutih zbog pravnih pitanja koja su u njima raspravljana.

U prvom slučaju, NB Three Shipping Ltd. v. Harebell Shipping Ltd.²⁶ stranke su ugovorile OAK prema kojem će za sve sporove biti nadležni engleski sudovi, ali će jedna strana imati opciju rješavanja spora arbitražom.²⁷ Nakon što je između stranaka došlo do spora, stranka bez prava opcije pokrenula je sudski postupak pred engleskim sudom prije no što je druga stranka iskoristila opciju na arbitražu. Pitanje koje se tada pojavilo pred sudom jest može li stranka s opcijom za arbitražu tražiti zastoj već pokrenutog sudskog postupka te pokrenuti arbitražni postupak za isti spor. Glavni argument stranke bez prava opcije bio je da je imala pravo pokrenuti postupak pred sudom jer ju je sklopljeni ugovor jedino na to i ovlašćivao te da se opcija na arbitražu druge stranke ne odnosi na postupke koje ona pokreće.²⁸ Sud, međutim, nije uvažio navedene argumente. Zauzeo je stajalište da bi bilo protivno ekonomskom smislu OAK-a, kojemu je cilj da jednu stranku dovede u bolji položaj, oduzimanje prava opcije na arbitražu samo zato što je druga strana već pokrenula sudski postupak.²⁹ Također, sud je smatrao da stranki s opcijom treba omogućiti kontrolu nad pravom hoće li iskoristiti opciju na arbitražu, a što bi joj bilo oduzeto tumačenjem da više nema to pravo ako druga strana prije pokrene sudski postupak.

Takvo tumačenje suda moglo bi se ocijeniti vrlo strogim za stranke bez opcije koje žele pokrenuti postupak radi ostvarenja svojih prava. Također, otvara se pitanje zlouporabe prava stranke s opcijom da, nakon što je sudski postupak već pokrenut, iskoristi svoje pravo i time prouzroči dodatne parnične troškove drugoj strani te odugovlači s rješavanjem spora.

Upravo je i ta pitanja sud dotaknuo u obrazloženju presude. Iznio je stav da su stranke trebale komunicirati o načinu rješavanja spora prije no što je stranka bez opcije pokrenula sudski postupak, upravo kako bi se izbjegla nastala situacija. U konkretnom slučaju sud je ocijenio da stranka bez opcije nije potaknula takvu komunikaciju, niti je pismenim putem kontaktirala s drugom stranom glede tog pitanja. S druge strane, sud je argumentirao i kada bi se smatralo da je stranka s opcijom na arbitražu iskoristila svoje pravo. To bi bilo,

²⁶ [2005] 2 C.L.C. 29.

²⁷ Ugovorena klauzula je točno glasila: "The courts of England shall have jurisdiction to settle any disputes which may arise out of or in connection with this Charter-party but the Owner shall have the option of bringing any dispute hereunder to arbitration." *Ibid.*, str. 29.

²⁸ *Ibid.*, str. 34.

²⁹ *Ibid.*, str. 37.

osim u slučajevima kada bi pokrenula postupak, i kada bi na bilo koji način navela drugu stranu hoće li ili neće iskoristiti svoju opciju na arbitražu.³⁰

U drugom slučaju, *Law Debenture Trust Corp Plc v. Elektrim Finance BV*³¹, stranke su ugovorile arbitražu za rješavanje spora, uz iznimku da jedna od njih ima isključivo pravo opcije pokrenuti spor pred nacionalnim (engleskim) sudovima.³² I u ovome slučaju stranka bez opcije prva je pokrenula postupak, i to pred arbitražom, dok je druga stranka bez upuštanja u raspravu pred arbitražom pokrenula sudski postupak o istim pitanjima.

Argumenti stranke bez opcije išli su u smjeru da je između stranaka bio sklopljen valjan arbitražni sporazum na temelju kojega je stranka bila ovlaštena pokrenuti arbitražni postupak. Također, isticala je da bi tumačenje da stranka s pravom opcije može pokretati sudski postupak nakon što je arbitražni postupak već započeo zapravo bilo davanje prava "veta" na arbitražu, što je protivno "zdravom razumu i dovodi do apsurdna".³³ Također, navodila je da ako sud prihvati stajalište da je stranka s pravom opcije imala pravo pokrenuti sudski postupak, to uključuje "apsurdni postupak" u kojem bi stranka bez opcije bila prisiljena pitati drugu stranu prije pokretanja postupka želi li rješavati spor pred arbitražom ili nacionalnim sudom.

Sud je podržao valjanost OAK-a te je ustvrdio da iako on zaista daje jednoj strani povoljniji položaj, to isto daju i mnoge druge ugovorne odredbe.³⁴ Opisane argumente stranke bez opcije odbacio je i podržao stranku s pravom opcije na rješavanje spora pred nacionalnim sudom. Zaključio je da je stranka imala pravo iskoristiti svoju opciju sve dok se nije upustila u raspravljanje pred

³⁰ *Loc. cit.* Točan navod: "It would cease to be available if Owners [stranka s opcijom] took a step in the action or they otherwise led Charterers [stranka bez opcije] to believe on reasonable grounds that the option to stay would not be exercised." U slučaju iz 2011. godine također je izrijekom potvrđeno da pravo stranke na opciju prestaje nakon što je iskoristi, odnosno pokrene sudski ili arbitražni postupak, te se nakon toga više ne može pozivati na pravo opcije. Vidi *Deutsche Bank AG v. Tongkah Harbour Public Co Ltd.* [2011] EWHC 2251 (QB).

³¹ [2005] EWHC 1412 (Ch).

³² *Ibid.*, t. 29. 7. ugovora glasila je: "Notwithstanding Clause 29.2, for the exclusive benefit of the Trustee and each of the Bondholders, [EFBV] and [ESA] hereby agree that the Trustee and each of the Bondholders shall have the exclusive right, at their option, to apply to the courts of England..."

³³ *Ibid.*, t. 43. presude.

³⁴ *Ibid.*, t. 44. presude. Točan navod suda glasi: "I give no weight to the use by Mr Auld of pejorative terms such as "veto". [...] They give an additional advantage to one party, but so do many contractual provisions."

arbitražom ili ako bi pak sama pokrenula arbitražni postupak. No, ako stranka nije poduzela te korake, ona i dalje ima pravo iskoristiti svoju opciju, čak i ako je stranka bez opcije već pokrenula arbitražni postupak. Za razliku od prijašnjeg slučaja, sud nije smatrao ključnim jesu li stranke komunicirale o načinu rješavanja spora da bi se izbjegla opisana situacija. Iako je takvu komunikaciju ocijenio poželjnom, ustvrdio je da ona ne bi promijenila konstrukciju same klauzule prema kojoj bi stranka s pravom opcije i dalje imala pravo pokrenuti sudski postupak za rješavanje spora.³⁵

Može se zaključiti da su i engleski sudovi skloni priznavanju OAK-a. U prikazanim slučajevima vidljivo je različito tumačenje pitanja jesu li stranke trebale prethodno komunicirati kako bi izbjegle situaciju da stranka s pravom opcije iskoristi svoje pravo nakon već pokrenutog postupka, što smatramo važnim. Zalažemo se za tumačenje prema kojemu bi se, ako postoji neformalna ili formalna komunikacija između stranaka u kojoj stranka s pravom opcije daje do znanja drugoj stranki hoće li iskoristiti svoju opciju, smatralo da je stranka s pravom opcije iskoristila svoje pravo te da se na njega više ne bi mogla pozivati. U suprotnom, smatramo da bi došlo do zlouporabe prava te bi se otvorio prostor raznim manipulacijama sa svrhom odugovlačenja rješavanja spora i uzrokovanja nepotrebnih sudskih troškova.

4. POLOŽAJ OPCIJSKIH ARBITRAŽNIH KLAUZULA U KONTINENTALNOM PRAVNOM KRUGU EUROPSKE UNIJE

U kontinentalnom pravnom krugu EU prevladava pozitivan stav prema OAK-u.³⁶ Stoga će se analizirati značajnije sudske odluke u kojima su sudovi zauzeli suprotan stav, argumente koje su za to naveli te ima li to potencijalno značenje za položaj OAK-a u državama članicama EU-a.

Iako njemačko pravo priznaje valjanost OAK-a³⁷, zbog ograničenja koja

³⁵ *Ibid.*, t. 44. presude. Točan navod glasi: "It may or may not be that the Elektrim parties would be wise to indicate to Law Debenture they were going to arbitration and ask if Law Debenture was going to take proceedings which would bring that to a halt, but that does not mean that any procedure has to be implied; nor is the desirability of that step a consideration which impacts on construction. It is neutral."

³⁶ Tako Draguiev, *op. cit.* u bilj. 1, str. 27. Države članice EU-a koje se navode kao države koje ne priznaju valjanost opcijskih arbitražnih klauzula su Bugarska, Poljska i Rumunjska. Vidi Berard; Dingley, *op. cit.* u bilj. 6, str. 2.

³⁷ Tako Draguiev, *op. cit.* u bilj. 1, str. 27. Također, da je OAK općenito dopušten potvrdio je i Bundesgerichtshof (dalje u tekstu: BGH) u presudi od 10. listopada 1991., objavljenog u *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992., str. 572.

su nametnuli njemački sudovi u njemačkoj pravnoj literaturi ipak prevladava zaključak da je OAK priznat tek u iznimnim situacijama.³⁸

Ističe se presuda BGH-a od 24. rujna 1998.³⁹ u kojoj činjenice slučaja u bitnome odgovaraju prije obrađenom slučaju NB Three Shipping Ltd. v. Harebell Shipping Ltd. U tom su slučaju stranke sklopile OAK u kojem je jednoj strani dano pravo da bira između dva nacionalna suda ili određenog arbitražnog suda za rješavanje spora.⁴⁰ BGH je takvu klauzulu ocijenio nevaljanom. Ocijenio je neprihvatljivim da ako stranka bez opcije pokrene sudski postupak ne zna hoće li se stranka s opcijom pozvati na svoje pravo rješavanja spora arbitražom te na taj način "torpedirati" započeti sudski postupak. Sud je ocijenio da bi u tom slučaju došlo do nerazumno povećanih troškova i produljenja vremena potrebnog za rješavanje spora. Dodatni argument bio je i to što se OAK nalazio u tipskom, odnosno standardiziranom ugovoru.

Da bi OAK bio valjan, sud smatra da stranki bez opcije ipak treba pružiti određenu kontrolu nad postupkom. Predložena mjera od strane suda jest da

³⁸ Vidi Grau, C.; Markwardt, K., *Internationale Verträge*, Springer, Berlin – Heidelberg, 2011., str. 141; Heiermann, R., *Handkommentar zur VOB, Teil A und B Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Rechtsschutz im Vergabeverfahren*, 11. izdanje, Vieweg+Teubner, Wiesbaden, 2008., str. 275, rbr. 41.

³⁹ Objavljena u *Neue Juristische Wochenschrift*, 1999., str. 282. Njemački su sudovi u više presuda iznijeli stav da OAK ne daje pravo strani s opcijom da iskoristi opciju nakon što je druga strana već pokrenula sudski, odnosno arbitražni postupak. Vidi presudu BGH-a od 18. prosinca 1975. objavljenu u *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976., str. 852. Zanimljiva je presuda BGH-a od 16. siječnja 1989., objavljena u *Neue Juristische Wochenschrift*, 1989., str. 1477. U tom su slučaju stranke ugovorile opcijsku arbitražnu klauzulu prema kojoj je jedna stranka imala pravo riješiti spor i pred arbitražom. U sklopljenoj klauzuli stranke su čak i predvidjele da se istodobno može voditi samo arbitražni ili sudski postupak, no pod uvjetom da troškovi bilo kojeg od odabranih modusa ne prelaze 7000 njemačkih maraka. Sud je argumentirao da, iako na prvi pogled djeluje razumno, takva odredba može nedopustivo otegnuti rješavanje spora u slučaju ako se stranke spore oko više pitanja, što može podignuti vrijednost predmeta spora, a time i troškove. Drugim riječima, to bi moglo dovesti do toga da stranke ne mogu istodobno rješavati sve sporove, nego bi za neke morale čekati sudsko/arbitražno razrješenje prvih, što vremenski može trajati i više godina. Iz tog je razloga sud takvu opcijsku arbitražnu klauzulu ocijenio ništavom.

⁴⁰ Klauzula je točno glasila: "Zuständig für die Entscheidung etwaiger Rechtsstreitigkeiten ist nach unserer Wahl das Gericht in Gera oder München oder das Schiedsgericht der Hamburger Freundschaftlichen Arbitrage - unter Ausschluß der Qualitätsarbitrage – nach der Schiedsgerichtsordnung des Warenvereins der Hamburger Börse e.V." BGH od 24. rujna 1998., *loc. cit.*

se stranki bez opcije da pravo da zahtijeva od stranke s opcijom da se izjasni, odnosno da iskoristi svoje pravo nakon što je nastao spor, ali još nije pokrenut sudski niti arbitražni postupak. Također, sud smatra da treba urediti i posljedice ako se stranka s opcijom odbije izjasniti ili to napravi izvan roka.

Slijedom navedenoga, zaključujemo da se stav njemačkih sudova znatno razlikuje od opisanih stavova američkih i engleskih sudova. Iako njemački sudovi načelno podupiru OAK, iz sudske je prakse vidljivo da su postavili znatno strože kriterije za priznanje njegove valjanosti. Iz analiziranih presuda proizlazi da njemački sudovi stavljaju naglasak na načelo ravnopravnosti između stranaka kao osnovu za ocjenu valjanosti, pri čemu je dopustivo da se jedna stranka nalazi u povoljnijem položaju, no samo ako se prava i obveze objiju stranaka unaprijed preciznije urede.

Uz njemačko, valja spomenuti i francusko pravo, koje je došlo u fokus nakon presude Cour de cassation u slučaju Mme. X v. Banque Privée Edmond de Rothschild (dalje u tekstu: slučaj Rothschild).⁴¹ U tom slučaju stranke nisu ugovorile arbitražu, nego nadležnost nacionalnih sudova, pri čemu je jedna od strana imala opciju biranja bilo kojeg suda (tzv. one-sided jurisdiction clause). Takve se klauzule ugovaraju s primarnim ciljem da jednoj strani, u pravilu vjerovniku (davatelju kredita, zajmodavcu), omoguće da namiri svoja potraživanja u bilo kojoj državi u kojoj dužnik ima neku imovinu. Bez ulaženja u činjenice slučaja, kao i druge argumente koje je sud istaknuo, ističe se stajalište francuskog suda da su takve klauzule nevaljane jer sadržavaju tzv. *un caractère potestatif*, što je protivno francuskom pravu. Riječ je o odredbi prema kojoj je ugovor ništav ako njegovo ispunjenje ovisi o događaju koji je u potpunosti pod kontrolom jedne ugovorne stranke.⁴²

Primjeni li se ovakvo razmišljanje francuskog suda na OAK, u kojem se može argumentirati da sklapanje, izvršenje i raskid arbitražnog ugovora može ovisiti o volji jedne stranke, jasno je da su zaključci iz slučaja Rothschild ozbiljno doveli u pitanje priznanje OAK-a prema francuskom pravu.

Nakon slučaja Rothschild debatiralo se je li u Europi došao kraj OAK-u.⁴³

⁴¹ Cour de cassation, Chambre civile 1, 26. rujna 2012., 11-26022.

⁴² Vidi čl. 1174. Code Civilea koji predviđa: "Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige." Zabrana "potestativnog uvjeta" slična je američkom konceptu tzv. *mutuality of obligation* o kojemu je prethodno više rečeno.

⁴³ Vidi Garvey, S., *The end of the road for "one-way" jurisdiction and arbitration clauses*, <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/The-end-of-the-road-for-one-way-jurisdiction-and-arbitration-clauses-.aspx> (24. veljače 2015.). Također vidi

To je pitanje postavljeno zbog mogućeg utjecaja presude francuskog suda na sudove drugih država članica.⁴⁴ Ipak, slučaj Rothschild mahom je kritiziran, pri čemu se ističe mišljenje suca u engleskom slučaju *Mauritius Commercial Bank Ltd. v. Hestia Holdings Ltd.*⁴⁵ Jedna od stranaka argumentirala je da je mjerodavno pravo u tom slučaju mauricijsko te da, iz razloga što se ono temelji na francuskom pravu, osporavani OAK nije valjan upravo kao posljedica slučaja Rothschild. Iako se naposljetku nije primjenjivalo mauricijsko pravo, sudac se odlučio osvrnuti na presudu iz slučaja Rothschild, koju je ocijenio kontroverznom i koja je podvrgnuta kritikama domaćih i stranih pravnih pisaca⁴⁶, zbog čega nije vjerojatno da će francuski sudovi slijediti isto razmišljanje u budućim slučajevima, a još manje sudovi drugih država članica EU-a.

Iz toga proizlazi da presuda francuskog suda ipak nije uzrokovala “trajnu” štetu za operabilnost opcijskih arbitražnih klauzula u državama članicama EU-a te i dalje stoji zaključak da se, makar načelno, OAK priznaje u većini država članica EU-a.⁴⁷

Stacey, J.; Taylor, A., *Unilateral jurisdiction clauses in the UK*, International Financial Law Review, 23. rujna 2013., <http://www.iflr.com/Article/3258087/Unilateral-jurisdiction-clauses-in-the-UK.html> (24. veljače 2015.).

⁴⁴ Od dostupnih podataka ističe se presuda bugarskog suda (Bulgarian Supreme Court of Cassation, Commercial Chamber, Judgment No. 71 of 2/9/2011 in commercial case No. 1193/2010) koji je opcijsku arbitražnu klauzulu ocijenio nevaljanom zbog “potestativnog uvjeta” koji nije dopušten prema bugarskome pravu. Dakle, bugarski i francuski sudovi zauzeli su sličan pristup pri ocjeni valjanosti ovih klauzula. Pri tome, ipak, slučaj Rothschild nije bio uzor bugarskome sudu s obzirom na to da presuda bugarskog suda prethodi presudi Rothschild.

⁴⁵ [2013] EWHC 1328 (Comm).

⁴⁶ Valja napomenuti da je slučaj Rothschild kritiziran i zato što je samostalno tumačio čl. 23. Uredbe Bruxelles I koji uređuje prorogacijske klauzule (Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 12, 16.1.2001, p. 1–23). Točnije, francuski je sud utvrdio da OAK nije valjan i zato što: “...de sorte qu’elle était contraire à l’objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l’article 23 du Règlement Bruxelles I.” Vidi Cour de cassation, Chambre civile 1, 26. rujna 2012., 11-26022, *op. cit.* u bilj. 41. Kritika ovakvog tumačenja, osim meritornog zaključka suda, jest i to što je sud trebao to pitanje uputiti na Sud Europske unije kao prethodno pitanje.

⁴⁷ Primjerice, talijanski je sud opcijsku arbitražnu klauzulu ocijenio valjanom, iako i talijansko pravo poznaje zabranu “potestativnih uvjeta”. Vidi Case 5705, 11/4/2012, *Grinka in liquidazione v. Intesa San Paolo, Simest, HSBC*.

5. POLOŽAJ OPCIJSKIH ARBITRAŽNIH KLAUZULA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Zakon o arbitraži (dalje u tekstu: ZA)⁴⁸ ne uređuje OAK.⁴⁹ Takvo stanje ne iznenađuje s obzirom na to da te klauzule nisu zakonski uređene ni u komparativnim pravima. Jedan od razloga može biti i to što zakonodavci nisu bili upoznati s OAK-om u vrijeme donošenja zakona.⁵⁰

Stoga je tumačenje i priznanje valjanosti tih klauzula prepušteno sudskoj praksi. Iz dostupnih podataka do sada nije zabilježen slučaj pred hrvatskim sudovima u kojem se odlučivalo o valjanosti OAK-a. Od toga valja razlikovati slučaj u kojem su stranke sklopile arbitražni ugovor prema kojemu će samo određene sporove (primjerice, interpretacija ugovornih odredbi) rješavati arbitražom, dok će za sve druge biti nadležan nacionalni sud.⁵¹ S obzirom na načelo očuvanja tajnosti arbitražnog postupka, nije poznato jesu li se arbitražni sudovi u Republici Hrvatskoj susreli s pitanjem ocjene valjanosti OAK-a.

Pojave li se opcijske arbitražne klauzule pred hrvatskim sudovima te se postavi pitanje njihove valjanosti, smatramo da će sudovi najprije morati razmotriti jesu li stranke sklopile valjanu prorogacijsku klauzulu ili arbitražni ugovor.

Kao što je spomenuto, OAK se pojavljuje u dva osnovna oblika. U prvom obliku stranke ugovaraju arbitražu za rješavanje sporova, uz opciju jedne stranke da spor uputi na sud. U ovom slučaju smatramo da će do sklapanja arbitražnog ugovora doći već u trenutku kada su stranke ugovorile opciju, dakle od trenutka sklapanja, u pravilu, glavnog ugovora. Smatramo da se u tom slučaju pravo opcije valja tumačiti kao još jedan način raskida ugovora o arbitraži. Takvo tumačenje u skladu je s *de lege lata* rješenjima, u kojima stranke mogu raskinuti arbitražni ugovor tako da jedna stranka pokrene postupak pred sudom, a druga ne istakne prigovor nenadležnosti suda.⁵²

⁴⁸ Narodne novine, br. 88/2001.

⁴⁹ Članak 6. st. 1. ZA-a određuje arbitražni ugovor kao "ugovor kojim stranke podvrgavaju arbitraži sve ili određene sporove koji su među njima nastali ili bi mogli nastati iz određenog pravnog odnosa, ugovornog ili izvanugovornog."

⁵⁰ Tako i Smit, *op. cit.* u bilj. 4, str. 398.

⁵¹ U takvom slučaju nije riječ o OAK-u. Vidi presudu Visokog trgovačkog suda od 21. svibnja 2008., PŽ 8147/04-5.

⁵² Smisleno tumačenje čl. 42. st. 1. ZA-a. To je mahom potvrđeno i u sudskoj praksi. Vidi primjerice presudu Visokog trgovačkog suda od 8. siječnja 2008., PŽ 5882/07-3. Sud je izrijekom ustvrdio: "Arbitražni ugovor, prema tome, nije apsolutna prepreka za pokretanje parnice u istoj stvari pred sudom, već on to postaje samo ako tuženik podnese prigovor nenadležnosti suda, dok propuštanje podnošenja takvog

Stoga smatramo da će hrvatski sudovi ocijeniti valjanim OAK s opcijom jedne strane na rješavanje spora pred sudom pod uvjetom da u konkretnom slučaju nije upitno jesu li stranke ispunila formalnopravne⁵³ i materijalnopravne uvjete za njegovo sklapanje.

U drugom obliku ovih klauzula, u kojem stranke ugovaraju nadležnost nacionalnih sudova uz pravo opcije jedne stranke da spor riješi pred arbitražom, smatramo da će biti prijeporno odrediti je li došlo do sklapanja arbitražnog ugovora i, ako jest, u kojem trenutku. Drugim riječima, hrvatski će sudovi ispitati jesu li stranke postigle suglasnost volja za sklapanje arbitražnog ugovora prema općem režimu sklapanja ugovora iz Zakona o obveznim odnosima (dalje u tekstu: ZOO).⁵⁴

Je li arbitražni ugovor sklopljen, primarno će ovisiti o načinu na koji je OAK sročan. No, iz komparativne sudske prakse proizlazi da je dovoljno ugovoriti isključivo pravo jedne stranke da sve ili samo neke sporove riješi pred arbitražom. Tako je, primjerice, u prethodno spomenutom slučaju NB Three Shipping Ltd. v. Harebell Shipping Ltd. u OAK-u predviđeno da će stranke riješiti spor pred nadležnim nacionalnim sudom uz iznimku “[...] but the Owner shall have the option of bringing any dispute hereunder to arbitration.” Dakle, sadržava li ugovor odredbu takvog sadržaja, bit će riječ o OAK-u te možemo analizirati od kojeg bi se trenutka smatralo da je sklopljen arbitražni ugovor između stranaka.

prigovora predstavlja konkludentan pristanak da se ugovor raskine i tako prestane biti prepreka za pokretanje parnice pred sudom.”

⁵³ Za formalnopravne zahtjeve valjanosti arbitražnog ugovora prema ZA-u, kao i razvoju ovih zahtjeva vidi Uzelac, A., *Forma arbitražnog ugovora u hrvatskom pravu: novo uređenje, njegova ishodišta i perspektive daljnjeg razvoja*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, br. 2-3, 2006., str. 549 – 582, str. 552 i dalje. Također vidi općenito Sikirić, H., *Ugovor o arbitraži u praksi Stalnog izbranog sudišta pri HGK u Zagrebu*, Pravo u gospodarstvu, vol. 44, br. 2, 2005., str. 9 – 38. Vidi i presudu Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske u rješenju br. PŽ-2685/98 od 22. rujna 1998. Za daljnju analizu navedenog sudskog predmeta vidi Tepeš, N., *Izmjena ugovora o arbitraži*, Hrvatska pravna revija, vol. 10, br. 2, 2002., str. 126 – 133. Za iznimku od pisane forme arbitražnog ugovora vidi Triva, S.; Uzelac, A., *Hrvatsko arbitražno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 61; Miladin, P., *Institut pisane potvrde u međunarodnom trgovačkom pravu i tzv. “sklapanje” ugovora o arbitraži šutnjom u trgovačkim odnosima prema Zakonu o arbitraži*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 59, br. 2-3, 2009., str. 269 – 305, str. 273 i dalje.

⁵⁴ Narodne novine, br. 35/2005, 41/2008 i 125/2011. Vidi čl. 247. ZOO-a. O sklapanju ugovora u hrvatskome pravu vidi pregledno u: Barbić, J., *Sklapanje ugovora po Zakonu o obveznim odnosima*, Informator, Zagreb, 1980., str. 58 i dalje.

Razmatrajući klauzulu u kojoj stranke ugovaraju nadležnost određenog suda, uz isključivu opciju jedne stranke na arbitražu, postavlja se pitanje pred kojim bi tijelom stranka bez opcije mogla pokrenuti postupak. Sročje li stranke klauzulu kao u slučaju NB Three Shipping Ltd. v. Harebell Shipping Ltd., može se zaključiti da stranka bez opcije nije obvezna spor riješiti arbitražom te da je, štoviše, ovlaštena pokretati postupak samo pred nadležnim sudom. S druge strane, stranka s opcijom također nije obvezna rješavati spor pred arbitražom, nego samo ako to odabere, odnosno iskoristi svoju opciju. Iz toga zaključujemo da stranke nisu postigle suglasnost volja za sklapanje arbitražnog ugovora, odnosno da arbitražni ugovor nije sklopljen u trenutku kada su potpisale ovako sročjen OAK.⁵⁵

Međutim, neupitno je da su stranke sklopile ugovor kojim su jednoj stranci dali opciju da bira hoće li spor riješiti sudskim ili arbitražnim postupkom. Drugim riječima, stranke su ugovorile opciju⁵⁶ prema kojoj jedna strana može, ali ne mora iskoristiti isključivo pravo rješavanja spora pred arbitražom.

Smatramo da stranka s opcijom daje suglasnost na sklapanje arbitražnog ugovora kada se pozove na svoju opciju. U samom OAK-u može se odrediti, što se i preporučuje, kojom radnjom će se smatrati da je stranka iskoristila opciju. Ističemo dva ključna momenta koja možemo tumačiti kao davanje suglasnosti za arbitražu. Prvi može biti izjava stranke s opcijom, koju daje samoinicijativno ili na upit druge strane, da će iskoristiti svoju opciju za rješavanje spora arbitražom. Drugi može biti ako stranka s opcijom pokrene arbitražni postupak. Ako se način davanja suglasnosti ne odredi, riskira se da stranka bez opcije pokrene sudski postupak, nakon čega stranka s opcijom može tražiti prekid takvog postupka i upućivanje na rješavanje spora arbitražom. Time dolazi do nepotrebnih sudskih troškova, pitanja tko treba snositi troškove tako prekinutog postupka, što se ima tumačiti kao odluku stranke s opcijom hoće li koristiti opciju na arbitražu i drugo. Postavljena pitanja u svakom slučaju produljuju vrijeme potrebno za rješavanje spora, što smatramo nepovoljnim za obje stranke.

U slučaju ako stranka bez opcije pokrene sudski postupak, a stranka s opcijom se upusti u raspravljanje pred sudom, to valja tumačiti kao odricanje prava

⁵⁵ Tako i Smit iz konteksta američkog prava navodi: “[...] the doctrine of mutuality of obligation [...] would appear inapplicable to all forms of unilateral arbitration clauses. The doctrine of mutuality of obligation serves the purpose of identifying the time at which the parties to an agreement become contractually bound.” Vidi Smit, *op. cit.* u bilj. 4, str. 401.

⁵⁶ Tako i Smit smatra da nema zapreke da stranke ugovore opciju koju jedna od stran-ki može iskoristiti. Vidi *ibid.*, str. 402.

na arbitražno rješavanje spora, odnosno odluku stranke s opcijom da ipak neće koristiti svoju opciju. Postavlja se pitanje daje li i kada stranka bez opcije suglasnost na sklapanje arbitražnog ugovora. S obzirom na to da se njezin pristanak ne traži u trenutku kada stranka s opcijom odlučuje o korištenju opcije na arbitražu, smatramo da se jedino može tumačiti da je svoju suglasnost stranka bez opcije dala unaprijed, odnosno u trenutku sklapanja OAK-a.

Slijedom navedenoga, zaključujemo da se arbitražni ugovor ima smatrati sklopljenim, i to u trenutku kada stranka s opcijom na arbitražu iskoristi svoju opciju. Stoga smatramo da bi hrvatski sudovi, pod uvjetom da su ispunjeni formalnopravni i materijalnopravni uvjeti, trebali priznati valjanost OAK-a u kojem je pravo na rješavanje spora arbitražom dano jednostrano samo jednoj stranci.

Međutim, nije jasno koji bi stav hrvatski sudovi zauzeli u slučaju da stranka s opcijom iskoristi svoje pravo nakon što je stranka bez opcije već pokrenula sudski ili arbitražni postupak. Smatramo da bi pri tome sudovi sučeljivali načelo ugovorne autonomije s načelima ravnopravnosti sudionika obveznih odnosa pri sklapanju i ispunjenju ugovora⁵⁷ i načelom jednakih vrijednosti činidaba.⁵⁸ U prikazanoj komparativnoj praksi upravo se u tome razlikuje pristup njemačkih sudova u odnosu na većinu drugih sudova država članica EU-a, kao i američkih sudova.

Pitanje ravnopravnosti stranaka OAK-a valja postaviti u kontekst šireg razmatranja mogu li stranke općenito ugovoriti odredbe kojima se određena prava daju samo jednoj ugovornoj stranci. U ugovornom pravu takva situacija nije neuobičajena. Naravno, ovisit će o konkretnim okolnostima slučaja hoće li

⁵⁷ Vidi čl. 3. ZOO-a. Ravnopravnost stranaka postavlja se kao zahtjev posebice pri sklapanju ugovora, u kojima je slabija ugovorna stranka u nepovoljnijem položaju jer jača stranka može nametnuti sadržaj ugovora koji je za nju povoljniji. Odredbama ZOO-a nadalje se razradilo ovo načelo te nastojalo korigirati odnos stranaka kroz, primjerice, određenje ništetnosti pojedinih ugovornih odredbi koje jednu stranku stavljaju u nepovoljniji položaj, koje je nametnula jača stranka koristeći svoj monopolski položaj i drugo (vidi čl. 408. st. 2. ZOO-a). Vidi Gorenc, V. (ur.), *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRiF, Zagreb, 2005., str. 8 i dalje.

⁵⁸ Vidi čl. 7. ZOO-a. Načelo jednakih vrijednosti činidaba valja tumačiti kao zahtjev kojemu stranke trebaju težiti, no koji se ne provodi tako da se vrijednosti uzajamnih činidaba moraju matematički podudarati. Naprotiv, pravne posljedice propisane ZOO-om za povredu ovog načela (instituti prekomjernog oštećenja, institut bitno promijenjenih okolnosti i dr.) nastupaju kada dolazi do očitog nerazmjera vrijednosti činidaba između stranaka. Vidi Gorenc, V. (ur.), *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Narodne novine, Zagreb, 2014., str. 19.

sud ocijeniti da određeni ugovor dovodi stranke u neravnopravan položaj. Međutim, jasno je da jedna ugovorna odredba koja daje određena prava samo jednoj stranci ne čini *per se* neravnopravnim cijeli ugovor.⁵⁹ Stoga, smatramo da valja tumačiti da prema hrvatskome pravu ugovaranje OAK-a *per se* nije osnova za njegovu ništetnost zato što bi stranke stavljao u neravnopravan položaj.⁶⁰

Slijedom navedenoga, zalažemo se za opredjeljenje da, posebice u trgovačkim ugovorima, hrvatski sudovi daju prednost poštovanju ugovorne autonomije stranaka prema kojoj bi, sročili stranke takav OAK, stranka s pravom opcije mogla iskoristiti svoje pravo i nakon što je druga stranka već pokrenula postupak. Pri tome se zalažemo da se u praksi sklapaju takve opcijske arbitražne klauzule koje predviđaju svojevrsan postupak prije pokretanja sudskog ili arbitražnog postupka, koji bi svakako uključivao prethodnu komunikaciju između stranaka pri čemu bi se stranka s opcijom izjasnila hoće li koristiti svoje pravo.

6. PRIMJENA OPCIJSKIH ARBITRAŽNIH KLAUZULA NA TRŽIŠTU KAPITALA

Općenito, zabilježen je porast uporabe arbitražnih klauzula za rješavanje sporova iz tržišta kapitala.⁶¹ Kao razloge tog trenda u literaturi se navodi internacionalizacija financijskih poslova, složenost sporova iz tržišta kapitala,

⁵⁹ Tako i Smit za američko pravo navodi da okolnost da jedna ugovorna odredba daje određena prava samo jednoj stranci ne znači da ne postoji tzv. *consideration* ako postoji adekvatan *consideration* u drugim ugovornim odredbama, što je prema američkom pravu uvjet za valjanost sklopljenog ugovora. Smit, *op. cit.* u bilj. 4, str. 401.

⁶⁰ Smatramo da se taj zaključak primjenjuje i na potrošačke ugovore. Rješavanje potrošačkih sporova pred arbitražom sve je češće u praksi. Ocjena valjanosti takvih arbitražnih ugovora postavlja dodatne zahtjeve u smislu zaštite potrošača. No, činjenica da je jača strana umetnula takvu klauzulu u ugovor ne čini je automatski nepoštenom za potrošača. Za pregled aktualnih pitanja koja se u smislu nepoštenih odredbi u kontekstu arbitraže javljaju u praksi vidi Kunda, *op. cit.* u bilj. 14, str. 258 i dalje.

⁶¹ Young, M.; Pullen, A.; Freeman, J., *Demystifying the use of arbitration clauses in international finance documents*, International Banking and Financial Law, vol. 27, br. 6, 2012., str. 357 – 360, str. 357. O ulozi tzv. P.R.I.M.E.-a (*Panel of Recognized International Market Experts in Finance*) za rješavanje sporova iz tržišta kapitala pred arbitražom vidi pregledno u: Dalhuisen, J. H. H., *Arbitration in International Finance – The Emergence of P.R.I.M.E.*, 8. listopada 2012., <http://ssrn.com/abstract=2158764> (24. veljače 2015.).

zahtjevi za većom stranačkom autonomijom pri rješavanju sporova, tajnost arbitražnog postupka, priznanje i izvršenje arbitražnih pravorijeka (zbog široke prihvaćenosti Newyorške konvencije)⁶² i drugo.⁶³

Opcijske arbitražne klauzule primarno su zastupljene u sporovima iz bankarskih kredita ili zajmova u kojima je banka ili zajmodavac u pravilu stranka s opcijom na arbitražu, čime joj se omogućuje lakše namirenje tražbina prema dužniku.⁶⁴ No, osim u tim sporovima, nema dostupnih podataka o tome koriste li se opcijske arbitražne klauzule u drugim bankarskim sporovima, posebice u sporovima iz tržišta kapitala.

Indikativnim smatramo zaključak koji je iznijela ISDA (*International Swaps and Derivatives Association*) u svojem vodiču o arbitraži iz 2013. godine.⁶⁵ U njemu navodi da se OAK, iako se često koristi u ugovorima iz zajma, rijetko koristi u derivativnim ugovorima.⁶⁶ Glavni razlog rezerviranosti prema tim klauzulama jest povećani rizik za njihovo priznanje i izvršenje (posebice nakon francuskog slučaja Rothschild). Stoga ISDA nije predvidjela modelnu arbitražnu klauzulu za OAK, iako nema zapreke da je stranke ugovore za rješavanje spora iz područja tržišta kapitala. Zato se nameće zaključak da je korištenje OAK-a u sporovima iz tržišta kapitala, iako moguće, rijetko.

U hrvatskome pravu nema dostupnih podataka koriste li se opcijske arbitražne klauzule za rješavanje sporova iz tržišta kapitala. U slučaju da se i koriste, smatramo da je to iznimno rijetko, što je u skladu s opisanim svjetskim trendovima.

Međutim, smatramo da nova rješenja usvojena Zakonom o otvorenim investicijskim fondovima s javnom ponudom (dalje u tekstu: ZOIFJP)⁶⁷ za tzv. UCITS fondove otvaraju prostor tumačenju da je zakonodavac izrijekom

⁶² Konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. (Konvencija je objavljena u Službenom listu bivše SFRJ, Međunarodni ugovori, br. 11/1981. Notifikacijom o sukcesiji Hrvatska je postala strankom Konvencije 8. listopada 1991. (Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 4/1994) (dalje u tekstu: Newyorška konvencija)).

⁶³ Vidi Hanefeld, I., *Arbitration in Banking and Finance*, NYU Journal of Law & Business, vol. 9, br. 3, 2013., str. 923 i dalje.

⁶⁴ Tako Young; Pullen; Freeman, *op. cit.* u bilj. 61, str. 358. Vidi isto u: Draguiiev, *op. cit.* u bilj. 1, str. 27; Perényová, *op. cit.* u bilj. 6, str. 6.

⁶⁵ ISDA, *2013 ISDA Arbitration Guide*, 2013., <http://sites.edechert.com/10/1869/uploads/isda-arbitration-guide---full.pdf> (24. veljače 2014.).

⁶⁶ *Ibid.*, t. 2.23.

⁶⁷ Narodne novine, br. 16/2013, 143/2014.

predvidio ugovoranje OAK-a kao zakonsku obvezu društva za upravljanje koje upravlja imovinom UCITS fondova, a za sporove između društva za upravljanje i ulagatelja.⁶⁸

Relevantni članak 59. st. 1. ZOIFJP-a glasi: “Bez utjecaja na mogućnost rješavanja sporova pred sudom ili drugim nadležnim tijelom, društvo za upravljanje dužno je osigurati uvjete za izvansudsko rješavanje sporova, putem arbitraže, između društva za upravljanje i ulagatelja u UCITS fondove kojima društvo upravlja.”

Iz navedenog članka jasno proizlazi obveza društva za upravljanje da “osigura”, odnosno da sklopi arbitražni ugovor s ulagateljem (s obzirom na to da su UCITS fondovi bez pravne osobnosti, društvo za upravljanje ulazi u ugovorni odnos sa svakim pojedinim ulagateljem). Dodatni formalnopravni zahtjev koji ZOIFJP postavlja jest da arbitražni ugovor između društva za upravljanje i ulagatelja mora biti sklopljen u posebnoj ispravi, potpisanoj od strane obje stranke, te koja ne smije sadržavati druge ugovorne odredbe osim arbitraže.⁶⁹ Dakle, društvo za upravljanje i ulagatelj(i) sklapaju arbitražni ugovor u pravilu istodobno sa sklapanjem ugovora o ulaganju.⁷⁰

Unatoč obvezi sklapanja arbitražnog ugovora zakon jasno izriče da stranke zadržavaju pravo rješavanja spora pred nadležnim nacionalnim sudom. Drugim riječima, stranke zadržavaju prednosti arbitražnog i sudskog rješavanja spora, što je temeljna značajka OAK-a. Pri tome je riječ o tipu u kojem stranke ugovaraju arbitražu s opcijom jedne od stranaka da izabere rješavanje spora pred sudom.

Međutim, članak 59. st. 1. ZOIFJP-a ne uređuje izrijekom kojoj strani to pravo pripada, odnosno kojoj je strani dana opcija za rješavanje spora pred sudom te dopušta li navedena formulacija čl. 59. st. 1. ZOIFJP-a tumačenje da to pravo imaju obje stranke. Ključnim smatramo odrediti u čiju je korist određena arbitraža kao način rješavanja sporova: društva za upravljanje ili

⁶⁸ O odnosima u okviru tzv. investicijskog trokuta u UCITS fondovima (kao fondovima bez pravne osobnosti) između društva za upravljanje, depozitara i ulagatelja, kao i drugim pitanjima vezanim uz UCITS fondove vidi u: Čulinović-Herc, E.; Braut Filipović, M.; Grković, N.; *Depozitar*, u: Čulinović-Herc, E. (ur.), *Pravno uređenje UCITS fondova na tržištu kapitala*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2013., str. 275 – 360, str. 277.

⁶⁹ Čl. 59. st. 3. ZOIFJP-a.

⁷⁰ O ugovoru o ulaganju vidi više u: Čulinović-Herc, E., *UCITS fondovi i položaj ulagatelja*, u: Čulinović-Herc, E. (ur.), *Pravno uređenje UCITS fondova na tržištu kapitala*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2013., str. 103 – 186, str. 106.

ulagatelja. Moguće je da je zakonodavac uveo arbitražno rješavanje sporova između ulagatelja i društva za upravljanje kao pokušaj implementacije čl. 101. st. 1. UCITS IV Direktive⁷¹ koja predviđa da su države članice EU-a dužne osigurati učinkovite mehanizme za izvansudsko rješavanje sporova ulagatelja koji proizlazi iz okvira UCITS fondova. Upravo se za takvo tumačenje i zalažemo. Naime, ulagatelji su u UCITS fondovima najslabija stranka, čija prava zakonodavac nastoji štiti u odnosu na društvo za upravljanje s jedne i depozitara s druge strane. U ostvarivanju prava ulagatelja sudskim putem prema ovim subjektima pojavljuju se brojne prepreke⁷², od kojih se u odnosu na arbitražu dodatno ističu sporije rješavanje sporova i manja specijaliziranost suda (s obzirom na to da u sporu između ulagatelja – fizičke osobe i društva za upravljanje nadležan može biti i Općinski sud).⁷³

Prihvatimo li tumačenje da i društvo za upravljanje ima pravo opcije na sudsko rješavanje spora, uvođenje arbitražnog rješavanja spora radi dovođenja ulagatelja u bolji položaj gubi svoj smisao. Time bi društvo za upravljanje lako moglo izbjeći arbitražu ako bi to bilo u njegovu interesu.

Stoga se zalažemo za tumačenje da je pravo izbora rješavanja spora pred arbitražom ili sudom dano ulagateljima UCITS fonda. To bi značilo da nakon što između stranaka dođe do spora, ulagatelj može odlučiti hoće li spor riješiti arbitražom ili pred sudom. Posljedično, smatramo da čl. 59. st. 1. ZOIFJP-a valja tumačiti kao OAK u kojem su stranke ugovorile arbitražu, uz isključivu opciju jedne stranke – ulagatelja – da odabere sud za rješavanje spora.

7. NA ŠTO TREBA PRIPAZITI PRI IZRADI OPCIJSKIH ARBITRAŽNIH KLAUZULA

Kao što je prikazano, *ratio* OAK-a jest stavljanje jedne stranke u povoljniji položaj za ostvarivanje njezinih potraživanja prema drugoj stranci. Unatoč

⁷¹ Direktiva 2009/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 13. srpnja 2009. o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na subjekte za zajednička ulaganja u prenosive vrijednosne papire (UCITS) (preinačena), SL L 302, 17. studenoga 2009., str. 32 – 96 (dalje u tekstu: UCITS IV Direktiva).

⁷² Vidi Čulinović-Herc; Braut Filipović; Grković, *op. cit.* u bilj. 68, str. 333 i dalje. Iako se raspravlja o položaju ulagatelja pri ostvarivanju prava prema depozitaru sudskim putem, analogni se argumenti pojavljuju i za ostvarivanje prava ulagatelja prema društvu za upravljanje.

⁷³ Tako proizlazi iz smislenog tumačenja čl. 34. Zakona o parničnom postupku (Narodne novine, br. 53/1991, 91/1992, 58/1993, 112/1999, 88/2001, 117/2003, 88/2005, 02/2007, 84/2008, 123/2008, 57/2011, 148/2011, 25/2013).

privlačnosti takvih klauzula, prije svega valja imati na umu da ne priznaju sve jurisdikcije njihovu valjanost.⁷⁴ Stoga treba unaprijed predvidjeti pred kojim bi se nacionalnim sudovima tražilo priznanje arbitražnih pravorijeka ili pred kojima bi druga stranka mogla osporavati valjanost OAK-a u slučaju pokretanja arbitražnog, odnosno sudskog postupka.

Iz sudske je prakse vidljivo da se često pojavljuje pitanje može li stranka s pravom opcije iskoristiti svoje pravo nakon što je druga strana već pokrenula postupak. Takva je situacija nepovoljna za obje stranke jer dovodi do nepotrebnih parničnih troškova te produljuje vrijeme potrebno za rješavanje spora. Stoga je uputno u OAK-u predvidjeti svojevrstan postupak nakon što između stranaka dođe do spora. Primjerice, da je stranka s opcijom dužna obavijestiti drugu stranku hoće li iskoristiti opciju na arbitražu ili na sud, ili da je stranka bez opcije o tome dužna zatražiti pismeno očitovanje od stranke s opcijom. U tom je slučaju uputno predvidjeti rokove u kojima se stranka s opcijom dužna očitovati, kao i posljedice ako to ne učini.

U slučaju da stranka s opcijom iskoristi opciju nakon što je druga stranka već pokrenula sudski ili arbitražni postupak, uputno je ugovoriti koja će stranka snositi troškove postupka koji je iz tih razloga zaustavljen.

Također, da bi se izbjegla različita tumačenja, uputno je ugovoriti i od kojeg se točno trenutka ima smatrati da je stranka s opcijom iskoristila svoju opciju, odnosno od kada se više ne može pozivati na svoju opciju. To može biti od trenutka kada je dala izjavu hoće li koristiti svoju opciju, od trenutka kada je pokrenula sudski, odnosno arbitražni postupak i drugo.

8. ZAKLJUČAK

U ovome su radu analizirane osnovne značajke opcijskih ili jednostranih arbitražnih klauzula i njihov status u komparativnom i domaćem pravu. Obradena je sudska praksa američkih i engleskih sudova, a zatim i odabrani njemački i francuski slučajevi. Analizom je utvrđeno da je stav većine država članica EU-a prema OAK-u pozitivan. Međutim, u slučajevima pred francuskim, njemačkim i bugarskim sudovima naišlo se na suprotan stav. Ističe se stajalište njemačkih sudova da ne priznaju učinak OAK-a ako stranka s opcijom želi iskoristiti svoje pravo nakon što je druga stranka već započela arbitražni, odnosno sudski postupak. Također, utvrđeno je da je korištenje OAK-a

⁷⁴ Za pregledan prikaz jurisdikcija koje priznaju i koje ne priznaju valjanost opcijskih arbitražnih klauzula vidi Berard; Dingley, *op. cit.* u bilj. 6, str. 2.

za sporove iz tržišta kapitala rijetko, no da je hrvatski zakonodavac zakonom propisao ugovaranje OAK-a u ZOIFJP-u za sporove između društva za upravljanje i ulagatelja UCITS fondova. U odnosu na shvaćanje njemačkih sudova založilo se da hrvatski sudovi daju prednost stranačkoj autonomiji, pri čemu se preporučilo usvajanje svojevrsnog postupka pri sastavljanju OAK-a o prethodnoj komunikaciji između stranaka prije pokretanja postupka. Iako pred hrvatskim sudovima nije zabilježen slučaj ocjene valjanosti OAK-a, zauzeto je stajalište da bi, ako su ispunjeni formalnopravni i materijalnopravni uvjeti za valjanost prorogacijske, odnosno arbitražne klauzule, stav hrvatskih sudova prema OAK-u bio pozitivan.

Summary

Mihaela Braut Filipović ***OPTIONAL OR UNILATERAL ARBITRATION CLAUSES IN
CROATIAN LAW WITH A SPECIAL FOCUS ON
CAPITAL MARKETS**

Optional or unilateral arbitration clauses give the option to one contractual party to choose whether to commence proceedings before a national or arbitral court after the dispute between the parties has already arisen. The party with the option is at an advantage considering that choosing the more favorable dispute resolution method enhances her chances for a successful settlement. This article focuses on the basic features of optional or unilateral arbitration clauses and their position in comparative and domestic law. It analyses American and English court practice, as well as selected German and French cases. It finds that most EU Member States have a positive attitude towards optional arbitration clauses. The author emphasizes the position of German courts which invalidate these clauses if a party with the option wishes to utilize it after the other party has already commenced arbitral or judicial proceedings. Conversely, the author advocates the view that the Croatian courts should give advantage to party autonomy, where it recommends that parties provide for a special procedure when constructing optional arbitration clauses. This procedure should provide for communication between the parties before any proceedings are commenced in order to avoid parallel proceedings. Also, this article finds that, although optional arbitration clauses are rare in the field of capital markets, the Croatian legislature has provided for obligatory use of this type of clauses for disputes between management companies and investors of UCITS funds. Finally, in spite of the fact that there have been no cases before the Croatian courts regarding the validity of optional arbitration clauses, the author is of the opinion that the Croatian courts would take a positive attitude towards these clauses.

Keywords: optional arbitration clauses, unilateral arbitration clauses, UCITS funds, capital markets, arbitration agreement

* Mihaela Braut Filipović, Ph. D., Research Assistant, Faculty of Law, University of Rijeka, Hahlić 6, Rijeka; mihaela.braut@gmail.com

