

ŠIRENJE UČINAKA ARBITRAŽNE KLAUZULE NA TREĆE PUTEM PROBOJA PRAVNE OSOBNOSTI

Petar Ceronja, mag. iur.*

UDK: 347.72.036:347.918

347.51:347.72

DOI: 10.3935/zpfz.72.12.22

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: prosinac 2021.

U radu se razmatra mogućnost širenja učinaka arbitražne klauzule na osobe koje nisu strane arbitražnog ugovora putem instituta proboja pravne osobnosti. Proboj pravne osobnosti institut je prava društava kojim su obuhvaćeni slučajevi u kojima se probija, zanemaruje pravni subjektivitet društva kako bi se zahvatilo imovinu odnosno druga prava članova društva. Izlažu se osnovne materijalpravne pretpostavke za proboj odnosno tipični slučajevi i razlozi proboja s osnova primjene pravnih pravila prava društava. Zastupa se stajalište da je u hrvatskom pravu, u skladu sa stajalištima poredbene pravne književnosti, dopušteno proširiti učinak arbitražne klauzule na članove društva koji nisu ugovorne strane arbitražnog ugovora ako se za to ispune pretpostavke. Upozorava se kako proboj pravne osobnosti općenito, pa tako i širenje učinka arbitražne klauzule putem proboja, predstavlja iznimku od općeg pravila te pred stranu koja se poziva na proboj postavlja visok prag tereta i standarda dokazivanja. Proboj pravne osobnosti stavlja se u odnos s drugim slučajevima širenja arbitražne klauzule na tzv. nepotpisnike arbitražnog ugovora (Non-Signatories). Izlažu se tipični slučajevi i razlozi za širenje učinaka arbitražne klauzule na članove društva probojem odnosno zanemarivanjem pravne osobnosti društva. Konačno, praktičarima se savjetuje kako pristupiti sastavljanju arbitražne klauzule da bi se izbjegla potreba za širenjem klauzule probojem te ih

* Petar Ceronja, mag. iur., tajnik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg Republike Hrvatske 3, 10000 Zagreb; petar.ceronja@pravo.hr;
ORCID ID: orcid.org/0000-0002-0513-779X

se upozorava koje sve okolnosti moraju uzeti u obzir ako razmatraju proširiti arbitražnu klauzulu s osnova proboja pravne osobnosti.

Ključne riječi: arbitraža, arbitražna klauzula, proboj pravne osobnosti

1. UVOD**

Razmatranjem mogućnosti širenja učinaka arbitražne klauzule (arbitražnog ugovora) na treće osobe putem proboja pravne osobnosti društava (trgovačkih društava, napose društava kapitala) dovode se u pitanje neki od temeljnih postulata prava društava i arbitražnog prava. Radi se o načelnoj neodgovornosti članova trgovačkih društava (kapitala) za obveze društva odnosno postojanju tzv. zida pravne osobnosti između članova društva i njegovih članova te o pravilu da nitko ne može biti prisiljen sudjelovati kao stranka u arbitražnom postupku bez postojanja valjane arbitražne klauzule (arbitražnog ugovora) koji stranku veže odnosno pristanka na rješavanje određenog spora arbitražom.

Ograničenje poduzetničkog rizika osnivača odnosno članova društava kapitala potaknulo je razvoj slobodnog poduzetništva, gospodarski napredak i razvoj te u konačnici ukupno blagostanje zajednice u kojoj je takvo ograničenje predviđeno. Stoga ne bi bilo pretjerano tvrditi da pravilo o neodgovornosti članova trgovačkih društava kapitala za obveze predstavlja jedan od temelja razvoja suvremenih demokratskih društava koja njeguju slobodu poduzetništva, uključujući i Republiku Hrvatsku.

Prema Zakonu o trgovačkim društvima (dalje: ZTD)¹ sva trgovačka društva su pravne osobe. Trgovačko društvo svojstvo pravne osobe stječe upisom u sudski registar, a gubi ga brisanjem iz njega (čl. 4. ZTD-a). Upis trgovačkog društva u sudski registar konstitutivne je prirode te od tog trenutka postoji nova pravna

** Rad je posvećen dr. sc. Zoranu Paraću, dragom profesoru, šefu, mentoru i čovjeku. Prof. dr. sc. Zoran Parać kao bliski suradnik akademika Jakše Barbića bio je jedan od pionira (ponovnog) stvaranja pravne grane prava društava u Republici Hrvatskoj te je jedan od autora Zakona o trgovačkim društvima. Osim toga, prof. dr. sc. Zoran Parać dao je značajan doprinos razvoju arbitražne prakse u Republici Hrvatskoj, prije svega kroz arbitražne postupke pri Stalnom arbitražnom sudištu pri Hrvatskoj gospodarskoj komori. U tom smislu i njemu u čast je i odabrana tema koja, na granici hereze, spaja pravo društava i arbitražno pravo.

Osnovne teze i preliminarni zaključci izloženi su na skupu ICC Regional Conference, New ICC Expedited Procedure Rules for Small Claims and Regional Challenges u Zagrebu, 23. svibnja 2017.

¹ Narodne novine br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 111/12, 68/13, 110/15, 40/19.

osoba čija se imovina razlikuje od imovine članova te pravne osobe (društva).² U pravne odnose iz gospodarske djelatnosti osnovanog društva ne ulaze članovi društva, pojedinačno ili zbirno, već oni svoje imovinske interese iz predmeta poslovanja društva načelno ostvaruju putem članstva u društvu odnosno putem držanja udjela u društvu (dionica odnosno poslovnih udjela).

U čl. 9. st. 1. ZTD-a određeno je da trgovačko društvo odgovara za svoje obveze cijelom svojom imovinom pri čemu od navedenog pravila o odgovornosti trgovačkog društva za obveze načelno nema iznimke. Člankom 10. ZTD-a, međutim, propisani su slučajevi u kojima i uvjeti pod kojima za obveze trgovačkog društva mogu odgovarati i članovi društva. Tako je u čl. 10. st. 2. propisano da članovi društva s ograničenom odgovornošću, dioničari dioničkoga društva i komanditori u komanditnom društvu ne odgovaraju za obveze društva osim kad je to propisano ZTD-om.³ Navedene odredbe ZTD-a predstavljaju konkretizaciju načela odvojenosti pravnog subjektiviteta članova društva od pravnog subjektiviteta društva te se odstupanje od tog načela naziva probojem pravne osobnosti (probojem zida pravne osobnosti, *lifting/piercing the corporate veil*).⁴ Iako se u pravilu o institutu proboja pravne osobnosti govori povodom slučajeve odgovornosti članova društva za obveze društva prema trećim osobama (vjerovnicima), u pravnoj se književnosti ističe da se taj institut ne javlja isključivo glede odgovornosti za obveze društva.⁵ Drugim riječima, postoji prostor da se zid pravne osobnosti probije prema članu društva i u pogledu širenja učinaka arbitražne klauzule kojoj član društva nije u formalnom smislu pristupio, ali je tom klauzulom nesporno vezano društvo kojeg je član.

² Barbić, J., *Pravo društava, knjiga prva, Opći dio*, treće, izmijenjeno izdanje, Zagreb, 2008., str. 215.

³ Prema čl. 10. st. 1. ZTD-a članovi javnoga trgovačkog društva i komplementari u komanditnome društvu odgovaraju za obveze društva osobno, solidarno i cijelom svojom imovinom. S obzirom na to da se ukupna gospodarska aktivnost u načelu odvija putem trgovačkih društava kapitala (društava s ograničenom odgovornošću i dioničkih društava), kako zbog njihova broja tako i gospodarske snage, za potrebe ovog rada razmatraju se isključivo pretpostavke odgovornosti članova u tim društvima.

⁴ O proboju pravne osobnosti detaljno u Barbić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 291. – 305., Barbić, J., *Odgovornost članova za obveze društva kapitala*, Pravo u gospodarstvu, 53 (2014.)2, str. 397. – 434., Brnabić, R., *Proboj pravne osobnosti i odgovornost za obveze*, doktorska disertacija, Zagreb, 2010. (neobjavljeno). U pogledu određenih pitanja proboja za društva s ograničenom odgovornošću vidi Širola, N., *Odgovornost članova društva s ograničenom odgovornošću za nedopušten zahvat u imovinu društva*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 61 (2011.), 5, str. 1687. – 1728.

⁵ Barbić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 292., ističe kao primjer i pitanje može li član društva u dobroj vjeri steći vlasništvo pokretne stvari od društva koje nije njezin vlasnik.

Osnovno načelo arbitražnog prava jest ono po kojem arbitražni sud ovlast za vođenje arbitražnog postupka i posljedično za donošenje pravorijeka crpi iz sporazuma strana vezanih arbitražnom klauzulom odnosno arbitražnim ugovorom.⁶ Prema čl. 6. st. 1. Zakona o arbitraži⁷ (dalje: ZA) ugovor o arbitraži je 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, a može se sklopiti u obliku arbitražne klauzule u nekom ugovoru ili u obliku posebnog ugovora. Riječ je o konkretizaciji načela relativnosti obveznih odnosa koje je sadržano u odredbi čl. 336. st. 1. Zakona o obveznim odnosima⁸ (dalje: ZOO) kojom je propisano da ugovor stvara prava i obveze za ugovorne strane. No kao što i u obveznom pravu postoje slučajevi u kojima se odstupa od tog načela, tako i arbitražno pravo poznaje primjere odstupanja kod kojih se učinci arbitražne klauzule šire i na osobe koje nisu potpisnice arbitražnog ugovora te se načelno ne bi smatrale vezanima arbitražnom klauzulom. ZA kao i većina nacionalnih zakonodavstava (ili međunarodnih multilateralnih arbitražnih instrumenata) u pravilu ne sadržavaju odredbe kojima bi se uredilo pitanje širenja učinka arbitražne klauzule na treće osobe.⁹

Navedeno, međutim, ne znači da se učinci arbitražne klauzule ne mogu proširiti na treće osobe putem sudske i arbitražne prakse primjenom postojećih materijalnopравnih i procesnopравnih rješenja. Tako se, kao primjeri slučajeva u kojima se arbitražna klauzula pod određenim pretpostavkama može proširiti na treće, u poredbenoj pravnoj književnosti navode slučajevi ugovora u korist trećega, univerzalne sukcesije, prijenosa ugovora, cesije, preuzimanja duga, a svakako i proboja pravne osobnosti.¹⁰ Čini se da u domaćoj pravnoj književno-

⁶ O tome nema prijepora u bogatoj inozemnoj i domaćoj pravnoj književnosti. Vidi, primjerice, Born, G., *International Commercial Arbitration*, Third Edition, 2021., str. 251. i dalje, Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A., Hunter, M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Sixth Edition, 2015., str. 71., Gaillard, M., Savage, J., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999., str. 191. i dalje, Dika, M., Triva, S., *Građansko parnično procesno pravo*, VII., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2004., str. 854., Sikirić, H., *Ugovor o arbitraži*, Pravo u gospodarstvu 2/2002., str. 35. – 56, str. 36., Triva, S., Uzelac, A., *Hrvatsko arbitražno pravo*, Zagreb, 2007., str. 54.

⁷ Narodne novine br. 88/01.

⁸ Narodne novine br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21.

⁹ Tepeš, N., *Assignment of the Arbitration Agreement*, Croatian Arbitration Yearbook, Vol. 10, Zagreb, 2003., str. 117., navodi kao iznimku Arbitration Act of the Kingdom of Thailand, koji predviđa da se u slučaju prijenosa bilo kojeg zahtjeva ili obveze postojeći arbitražni ugovor koji se odnosi na taj zahtjev ili obvezu širi i na stjecatelja.

¹⁰ Born, *op. cit.* u bilj. 6, str. 1532. – 1599., Blackaby, Partasides, Redfern, Hunter, *op. cit.* u bilj. 6, str. 85. – 91.

sti pitanje širenja učinaka arbitražne klauzule (pa i probojem pravne osobnosti) nije bilo detaljnije razmatrano. Ipak, postoje shvaćanja koja, barem za određene slučajeve, nesporno dopuštaju mogućnost širenja učinaka arbitražne klauzule na osobe koje nisu potpisnice arbitražnog ugovora,¹¹ a jednako je tako utvrđeno i u domaćoj sudskoj praksi u slučaju cesije tražbine iz obveznog odnosa na koji se odnosi arbitražna klauzula te prijenosa ugovora u kojem je sadržana arbitražna klauzula.¹²

2. MATERIJALNOPRAVNE PRETPOSTAVKE PROBOJA PRAVNE OSOBNOSTI

Načelna odvojenost imovine članova društva od imovine društva odnosno neodgovornost članova za obveze društva, uz sve koristi koje nedvojbeno donosi, može izazvati i negativne posljedice skrivanjem članova iza pravne osobnosti društva, poduzimanjem radnji u vlastitom interesu suprotno interesima društva i vjerovnika te općenito izbjegavanjem svega onoga što bi za njih moglo biti negativno u pravnim odnosima društva s trećima pri čemu se narušava ravnoteža stjecanja koristi i snošenja posljedica poslovno vezanih za takve koristi.¹³ Slijedom navedenoga, ZTD predviđa iznimku od načela da dioničari dioničkoga društva i članovi društva s ograničenom odgovornošću u pravilu ne odgovaraju za obveze društva. U čl. 10. st. 3. ZTD-a utvrđeno je da se onaj tko zloupotrebljava okolnost da kao član trgovačkog društva ne odgovara za obveze društva ne može pozivati na to da po zakonu za te obveze ne odgovara. Drugim riječima, osnovni uvjet proboja pravne osobnosti i temeljna materijalnopravna pretpostavka proboja jest zloupotreba načelne neodgovornosti za obveze društva, a postojanje zloupotrebe mora se dokazati u svakom pojedinom slučaju u

¹¹ Barbić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 630., u pogledu širenja učinaka arbitražne klauzule unesene izmjenom društvenog ugovora ili statuta na članove koji nisu glasali za odluku kao i buduće članove društva koji se nisu pojedinačno obvezali arbitražnom klauzulom. Jednako tako i Čulinović-Herc, E., Butorac, V., *Arbitražno rješavanje sporova između ulagatelja i društava koja kotiraju na burzi zbog povrede dužnosti objavljivanja informacija na tržištu kapitala*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 4/2009., str. 662.

Markovinić, H., *Ugovor o cesiji*, doktorska disertacija, (neobjavljeno), Zagreb, 2005., str. 182., zastupa stajalište da se arbitražni ugovor koji se odnosi na sporove iz određenog obveznog odnosa u slučaju cesije širi i na cesionara kao i na cesusa u odnosu prema cesionaru. U tom smislu i Eraković, A., *Promjena subjekata u obveznompravnom odnosu (cesija i preuzimanje duga)*, Računovodstvo i financije, 2/1996., str. 102.

¹² Presuda Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske Pž-6833/11 od 26.4.2012. te odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske U-III/1162/2001 od 5.12.2001. (dostupno na <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa>).

¹³ Barbić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 291.

kojem se na zloupotrebu poziva.¹⁴

Utvrđenje postojanja zloupotrebe u pravu društava dakle je *quaestio facti* i pristupa mu se od slučaja do slučaja. No, iako su mogućnosti zloupotrebe okolnosti da članovi trgovačkih društava kapitala ne odgovaraju za obveze društva različite te teoretski i praktično raznolike, u čl. 10. st. 4. ZTD-a primjerice je određeno kad se smatra da postoji zloupotreba. Zloupotreba postoji:

1. ako se član društva koristi društvom za to da bi postigao cilj koji mu je inače zabranjen
2. ako se član društva koristi društvom da bi oštetio vjerovnike
3. ako član društva protivno zakonu upravlja imovinom društva kao da je to njegova imovina
4. ako član društva u svoju korist ili u korist neke druge osobe umanjuje imovinu društva, iako je znao ili morao znati da društvo neće moći podmiriti svoje obveze.

Iz dikcije čl. 10. st. 4. ZTD-a („*smatra se... naročito...*“) jasno proizlazi da nabrojane slučajeve nije taksativno, nego se navode tipični primjeri u kojima zloupotreba postoji, s učinkom da se u takvim slučajevima smatra da ima mjesta odgovornosti odnosno proboju pravne osobnosti.¹⁵ Pritom nije važno na koji se način zloupotrebljava okolnost da član društva kapitala za obveze društva ne odgovara, već je potrebno objektivno utvrditi da je zloupotreba bilo, pri čemu dovoljno široka formulacija odredbe ZTD-a pruža zaštitu vjerovnicima društva kapitala od postupanja članova društva koji zloupotrebljavaju svoju načelnu neodgovornost za obveze društva.¹⁶ Pitanju proboja potrebno je pristupiti s iznimnom pažnjom te iscrpno provesti dokazni postupak da bi se nedvojbeno utvrdilo postoje li okolnosti koje opravdavaju neograničenu osobnu odgovornost člana za obveze društva.¹⁷

Dogmatsku podlogu za uređenje pitanja odgovornosti članova društva za obveze društva valja prije svega tražiti u općim načelima obveznog prava sadržanima u čl. 4. i čl. 6. ZOO-a odnosno u načelima savjesnosti i poštenja i zabrane zluporabe prava.¹⁸ Riječ je ujedno o univerzalno prihvaćenim načelima

¹⁴ Barbić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 299.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Petrović, S., Ceronja, P., *Osnove prava društava*, Zagreb, 2019., str. 37.

¹⁷ Širola, *op. cit.* u bilj. 4, str. 1719. U tom smislu i Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci Pž-1235/2015 od 19.3.2019. koji ističe da je sud dužan zloupotrebu ocjenjivati od slučaja do slučaja. Odluka dostupna na (<https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa>).

¹⁸ Čl. 4. ZOO-a određuje da su u zasnivanju obveznih odnosa i ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa sudionici dužni pridržavati se načela savjesnosti i poštenja, a u

u svim, za hrvatsko pravo značajnim poredbenim pravima, bez obzira na to je li riječ o ugovornom, statusnom ili arbitražnom pravu.

Konkretnije, učenje o probouju pravne osobnosti intenzivno se razvija u njemačkom pravu nakon 2. svjetskog rata, i to pod utjecajem prava SAD-a prema kojemu su sudovi, nakon ispunjenih pretpostavki za to, podizali tzv. „zaštitni veo” pravne osobnosti koji se primjenom načela odvojenosti pravnih subjekata postavlja između pravne osobe i njezinih članova, pri čemu je podizanje tog „vela” lakše što je broj članova u društvu manji.¹⁹ U pravu SAD-a učenje o probouju razvilo se na temelju sudskih odluka glede odgovornosti za obveze pravne osobe kad osobe koje iza nje stoje zloupotrebljavaju činjenicu da je riječ o pravnoj osobi, pri čemu su sudovi željeli spriječiti prijevaru (*fraud*), nepravdu (*injustice*), izbjegavanje pravne odgovornosti (*evasion of just responsibility*), iskrivljivanje ili skrivanje istine (*distortion* ili *hiding of the truth*) ili neopravdano isticanje prigovora (*unjust raising of a defense*).²⁰

U njemačkom se pravu o probouju pravne osobnosti razvilo više teorija, a treba reći da prevladavaju tzv. mješovite teorije u kojima se ističu pojedine pretpostavke koje se moraju ispuniti da bi se prihvatio probou pravne osobnosti.²¹ Zajedničko svim tzv. mješovitim teorijama jest ocjena i odluka konkretnog suca (arbitra) o tome moraju li negativne pravne posljedice pogoditi samo društvo ili i njegove članove, uz važnu napomenu da je poštovanje odvojenosti pravilo, a probou svakako iznimka.²² Općenito, u njemačkoj se pravnoj književnosti u biti i ne postavlja pitanje zakonske utemeljenosti probouja²³ vjerojatno stoga što u njemačkim propisima ne nalazimo odredbu koja odgovara središnjoj odredbi

čl. 6. određeno je da je zabranjeno ostvarivanje prava iz obveznog odnosa suprotno svrsi zbog koje je ono propisom ustanovljeno ili priznato.

¹⁹ Barbić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 291.

²⁰ Barbić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 292.

²¹ Barbić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 292., objašnjava da se radi o učenju o subjektivnoj zloupotrebi prava čija je karakteristika da se načelo odvojenosti pravne osobe od članova ne primjenjuje u slučaju zloupotrebe za postizanje nedopuštenog cilja, pri čemu je stajalište kasnije objektivizirano pa je dovoljno da se pravna osoba objektivno koristi za postizanje takvog cilja, a ne zahtijeva se i postojanje zle vjere – te o učenju o cilju (primjeni) pravne norme prema kojem probou pravne osobnosti znači neprimjenjivanje pravne norme o odvojenosti pravne osobe od članova, s time da se nadomješta nekom drugom normom pri čemu se relativizira načelo odvojenosti tako da se ocjenjuje je li u konkretnom slučaju odvojenost pravne osobe i članova u skladu sa smislom i ciljem norme. Detaljno o svim teorijama i učenjima o probouju u njemačkoj pravnoj književnosti i u Brnabić, *op. cit.* u bilj. 4, str. 35. – 44.

²² Barbić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 292. – 293.

²³ Brnabić, *op. cit.* u bilj. 4, str. 44.

ZTD-a o proboju pravne osobnosti – čl. 10. st. 3. ZTD-a.²⁴ Ipak, posebno vrijednima i primjenjivima na hrvatsko pravo treba smatrati shvaćanja njemačke doktrine kako su zla namjera ovlaštene osobe društva ili predvidivost nastanka štetnih posljedica za drugu stranu odlučujući u ocjeni postojanja zloupotrebe.²⁵ Drugim riječima, pravilo čl. 10. st. 3. ZTD-a o zloupotrebi posebice se ima primijeniti ako se može dokazati postojanje zle vjere u radnjama osoba koje vode poslove društva odnosno u vjerojatnosti nastanka štetnih posljedica za osobe koje ulaze u pravne odnose s društvom.

Za potrebe ovog rada važno bi bilo navesti i prevladavajuća stajališta engleske pravne književnosti odnosno sudske prakse o podlozi za proboj pravne osobnosti i tipičnim slučajevima proboja u engleskom pravu. To stoga što se radi o konceptima koji su duboko prodrli u arbitražnu praksu međunarodne trgovačke arbitraže na valu svima dobro znanog utjecaja anglo-američkog prava i pravnih instituta na međunarodnu trgovinu i arbitražno pravo – kako će analiza pokazati i u pitanju širenja učinka arbitražne klauzule. Engleska sudska praksa za pitanje proboja navodi tri moguća rješenja odnosno varijante: društvo kao zastupnik člana (*agency*), teorija korporacijskog vela (*corporate veil*) te teorija o jedinstvenom gospodarskom subjektu odnosno pothvatu (*single economic unit*).²⁶ *Agency* konstrukcija polazi od pretpostavke da vladajuće društvo sveobuhvatno i trajno kontrolira ovisno društvo (društvo kćer) radi ostvarenja vlastitih ciljeva, što znači da odgovara za obveze koje je preuzelo društvo kćer kao njegov zastupnik.²⁷ Teorija korporacijskog vela (*corporate veil*) čini se još manje jasnom od *agency* konstrukcije, no bit bi bila ispitivanje i dokazivanje okolnosti koristi li se određeno društvo kao puka „fasada“ drugog pravnog subjekta.²⁸ Konstruk-

²⁴ Barbić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 304., upozorava nas na tu važnu razliku njemačkog i hrvatskog prava društava.

²⁵ U tom smislu Brnabić, *op. cit.* u bilj. 4, str. 44.

²⁶ Detaljno u Brnabić, *op. cit.* u bilj. 4, str. 45. – 54.

²⁷ Brnabić, *op. cit.* u bilj. 4, str. 46. – 49., koji sumira stajališta engleske sudske prakse koja je i sama rijetko primjenjivala predmetnu konstrukciju, a posebice ju je relativizirala novija sudska praksa koja kao nelogičnost odnosno prepreku primjeni *agency* navodi jasnu namjeru člana društva s jednim članom da vodi takvo društvo, što je po naravi stvari suprotno namjeri stvaranja društva koje bi ujedno bilo i zastupnik tog člana.

²⁸ Brnabić, *op. cit.* u bilj. 4, str. 49. – 52., analizira ključne presude engleske sudske prakse u kojima se ova teorija razmatrala, poput presude u predmetu *Adams vs. Cape Industries plc.* te *Woolfson vs. Strathclyde Regional Council*. Iz navedenih, ali i nekih drugih presuda, može se zaključiti da se i u ovim slučajevima zahtijeva postojanje određene razine namjere u izbjegavanju ispunjenja obveza odnosno prijevartnom postupanju, pri čemu se uzimaju u obzir okolnosti postojanja grupne strukture, njihovih međusobnih odnosa, poduzetničke aktivnosti i kapitaliziranosti društva kćeri

cija o *single economic unit* polazi od toga da se, u određenim slučajevima, društva koncerna imaju smatrati ne samo jedinstvenom gospodarskom već i pravnom cjelinom, pa samim time pravna osobnost pojedinih društva u koncernu nije od značenja jer za obveze odgovara jedinstvena gospodarska cjelina.²⁹ No čini se da sve teorije i konstrukcije imaju jedan zajednički nazivnik – potrebu dokazivanja određene razine zloupotrebe pravnog subjektiviteta društva koja se javlja u pravnim odnosima s trećim osobama za korist člana društva.

Sudska praksa i pravna književnost iznjedrili su karakteristične grupe slučajeva odgovornosti članova društva za proboj, a to su miješanje imovine člana i društva, vladajući položaj člana u društvu i potkapitalizacija društva.³⁰ Drugim riječima, ako se određeni činjenični sklop može podvesti pod jedan od navedenih slučajeva, a možda i kombinaciju više njih, postojali bi snažni indiciji da bi se s uspjehom mogla probiti pravna osobnost odnosno utvrditi odgovornost člana društva za obveze društva – pa i proširiti arbitražna klauzula. Primjerice, ne bi bilo posve neuobičajeno da jedno društvo koje je u odnosu ovisnosti prema vladajućem društvu nije ujedno i potkapitalizirano, s imovinom koja nije jasno odvojena od člana u vladajućem položaju.

Miješanje imovine člana i društva obuhvaća slučajeve u kojima se za pojedine ili za sve predmete koji ulaze u imovinsku masu ne može jasno i sigurno odrediti pripada li pravo glede njih u imovinu društva ili u imovinu člana, miješanje sfera društva i člana tako da se odvojenost tih dvaju subjekata dovoljno jasno ne istakne, kao i neki drugi slučajevi prijevernog postupanja (primjerice da se fiktivno, bez stvarne, razumno opravdane poslovne potrebe dogovara posredovanje tako da se dio cijene u obliku provizije prebacuje drugom društvu ili drugim društvima koje je osnovao član prvog društva i tako dovodi do izigravanja vjerovnika).³¹ Okolnosti koje upućuju na miješanje imovina prije svega su neuredno ili netočno vođenje poslovnih knjiga društva te izvlačenje imovine iz društva. Štoviše, navodi se da je nužna pretpostavka postojanja miješanja imo-

da bi se utvrdilo koristi li se društvo isključivo kao „fasada“

²⁹ Brnabić, *op. cit.* u bilj. 4, str. 53., navodi da je engleska sudska praksa otpočela s primjenom te konstrukcije, no da ju je ubrzo počela napuštati, citirajući kao ključnu presudu u predmetu *Bank of Tokyo Ltd. vs. Karoon* u kojoj *Court of Appeal* smatra da je moguće da su društvo majka i društvo kćer u gospodarskom smislu jedna cjelina, no da je u pravnom smislu uvijek riječ o različitim subjektima, što je okolnost koja se ne smije olako zaobići.

³⁰ Tako na temelju bogate njemačke pravne književnosti Barbić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 292., kao i Brnabić, *op. cit.* u bilj. 4, str. 53.

³¹ Barbić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 300. – 303. O miješanju imovina vrlo detaljno i Brnabić, *op. cit.* u bilj. 4, str. 71. – 124.

vina kumulativno postojanje tih dviju okolnosti.³² U svakom slučaju, miješanje imovina kao jedan od praktičnih slučajeva kad je proboj dopušten prepoznaje i domaća sudska praksa.³³ Miješanju imovina, u smislu posebnih pretpostavki za proboj iz čl. 10. st. 4. ZTD-a, najviše bi odgovarao slučaj u kojem član društva protivno zakonu upravlja imovinom društva kao da je to njegova imovina.

Za proboj pravne osobnosti s osnova odnosa vladajućeg i ovisnog društva treba naglasiti kako činjenica da je riječ o vladajućem društvu nije sama po sebi dovoljna da dovede do proboja.³⁴ Različiti pojavni oblici utjecaja unutar povezanih društava, uključujući i odnose ovisnog i vladajućeg društva,³⁵ detaljno su uređeni glavom VI. ZTD-a odredbama čl. 473. – 511. te je izvan dosega ovog rada obrazlagati tu složenu materiju.³⁶ Treba reći da ZTD poznaje različite slučajeve u kojima društvo koje ima prevladavajući utjecaj nalaže određeno

³² Brnabić, *op. cit.* u bilj. 4, str. 120.

³³ Tako je Vrhovni sud Republike Hrvatske u odluci Rev - 60/04 od 6. listopada 2004., objavljenoj u ING pregledu sudske prakse, br.1/2005., odjeljak 2, str. 5., između ostalog zauzeo i stajalište da je time što je osnovalo novo društvo, a to samo po sebi nije zabranjeno i ne predstavlja zlouporabu prava, vladajuće društvo koristilo poslovanje ovisnog društva za svrhe koje inače ne bi moglo postići, da je došlo do miješanja imovine člana društva i društva u stečaju, jer su iste osobe vodile poslove u oba društva u istim poslovnim prostorijama, imale su ista sredstva rada, a u blokadi su bili računi obaju društava te ni knjigovodstvena evidencija imovine društva nije bila uredna. Nadalje, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci donesenoj u predmetu Pž-6369/2004 od 17. veljače 2004., objavljenoj u Zborniku odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske 1994-2004, br. 9, Zagreb, 2004., odluka pod br. 293/VIII, zauzeo je stajalište da društvo član drugog društva odgovara za obveze tog drugog društva njegovim vjerovnicima ako je došlo do miješanja imovine tih društava pa se za pojedine predmete ne može odrediti u imovinu kojeg društva pripadaju, pri čemu su u tom slučaju iste osobe vodile poslove obaju društava u istim poslovnim prostorijama, radnici su u njima radili istim sredstvima rada, žiro-računi obaju društava bili su blokirani, a nije bila uredna knjigovodstvena evidencija njihovih imovina. Odluke detaljnije obrazlaže Barbić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 299. i 301.

³⁴ Barbić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 299.

³⁵ Prema čl. 475. st. 1. i 3. ZTD-a ovisno društvo je pravno samostalno društvo na koje neko drugo društvo (vladajuće društvo) može imati neposredno ili posredno prevladavajući utjecaj, pri čemu se smatra da neko društvo može imati prevladavajući utjecaj u drugome društvu ako kao dioničar ili član društva ima pravo izabrati odnosno imenovati i opozvati imenovanje odnosno razriješiti većinu članova uprave odnosno većinu izvršnih direktora ili članova nadzornog odbora odnosno upravnog odbora društva ili na temelju sporazuma sklopljenog s drugim dioničarima ili članovima tog društva ima kontrolu nad većinom glasačkih prava u društvu.

³⁶ O povezanim društvima detaljno u Barbić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 633. – 750. O vladajućem položaju kao pretpostavci proboja i tipičnim slučajevima detaljno u Brnabić, *op. cit.* u bilj. 4, str. 177. – 256.

postupanje ovisnom društvu na njegovu štetu, a u interesu vladajućeg društva ili društva u koncernu, pri čemu i propisuje pravne posljedice (sankcije) takvog postupanja.³⁷ U svim tim slučajevima ne može se govoriti o proboju pravne osobnosti.³⁸ Riječ je naprosto o zakonom propisanim situacijama u kojima se anticipiraju negativne posljedice određenog postupanja (prije svega prema vjerovnicima) tipičnog za slučajeve povezanosti (ovisnosti) u kojima je istovremeno određen i način saniranja negativnih posljedica. Ipak, odgovornost će postojati u onim slučajevima u kojima se dokaže da je ispunjena subjektivna pretpostavka zloupotrebe okolnosti da se inače ne odgovara za obveze ovisnoga društva te bi se u tim s slučajevima moglo s uspjehom pokušati primijeniti odredbe čl. 10. st. 3. i st. 4. ZTD-a.³⁹

Potkapitaliziranima se smatraju ona društva čiji kapital nije dostatan za obavljanje djelatnosti, uzimajući u obzir njihov opseg i vrstu poslovanja, odnosno ako društvo nema kapital koji bi prema vrsti djelatnosti i opsegu poslovanja bio primjeren srednjoročnim i dugoročnim financijskim potrebama društva.⁴⁰ Domaća pravna književnosti razlikuje dvije vrste potkapitalizacije, nominalnu i materijalnu, pri čemu je široko prihvaćeno stajalište da materijalna potkapitalizacija dovodi do proboja pravne osobnosti i odgovornosti članova društva te u tom slučaju članovi odgovaraju za obveze kao i društvo.⁴¹ Slučaj potkapitali-

³⁷ Primjerice, dužnost pokrivanja gubitaka ovisnom društvu, odgovornost vladajućeg društva u faktičnom koncernu da ovisnom društvu nadoknadi štetu koja mu je nastala zbog uputa vladajućeg društva, dužnost isplate primjerene naknade odnosno otpremnine vanjskim dioničarima, zahtjev vjerovnika ovisnog društva za pružanjem osiguranja, odgovornosti glavnog društva u slučaju priključenja i sl.

³⁸ Brnabić, *op. cit.* u bilj. 4, str. 178. – 189., analizira predmetne slučajeve i donosi takav zaključak koji valja prihvatiti.

³⁹ U tom smislu Barbić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 304. Vidi i presudu Vrhovnog suda Republike Hrvatske u predmetu Revt 159/2011 od 24.1.2012. u kojoj Vrhovni sud jasno navodi da bi „...odgovornost ipak postojala dokaže li se da je ispunjena subjektivna pretpostavka zloupotrebe okolnosti da se inače ne odgovara za obveze ovisnoga društva (primjerice da je to društvo korišteno kao sredstvo ostvarenja ciljeva koje nije bilo dopušteno vladajućem društvu)...dakle, mora se raditi o utjecaju člana društva na rad društva koji dovodi do raspolaganja imovinom društva suprotno propisima ili poslovnim običajima...Sama činjenica neplaćanja dugovanog iznosa od društva s ograničenom odgovornošću, tj. nemogućnost tužitelja kao vjerovnika da od društva s ograničenom odgovornošću kao dužnika naplati svoje potraživanje, ne znači ujedno i postojanje odgovornosti člana tog društva u smislu čl. 10. st. 3. ZTD-a.“ Odluka dostupna na (<https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa>).

⁴⁰ Brnabić, *op. cit.* u bilj. 4, str. 126. i 129., s pozivom na dominantna stajališta njemačke pravne književnosti.

⁴¹ Brnabić, *op. cit.* u bilj. 4, str. 127. Tako i Barbić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 305., koji nominalnu potkapitalizaciju definira kao slučaj kad društvo potrebu za vlastitim kapitalom zadovoljava uzimanjem kredita, a materijalnu potkapitalizaciju kao slučaj

zacije predviđen je u biti u čl. 10. st. 4. t. 4. ZTD-a koji zloupotrebu kao pretpostavku proboja presumira u slučaju u kojem član društva u svoju korist ili u korist neke druge osobe umanju imovinu društva, iako je znao ili morao znati da društvo neće moći podmiriti svoje obveze. Ne bi bilo neuobičajeno uz potkapitalizaciju utvrditi i određene druge okolnosti koje upućuju na zloupotrebu neodgovornosti za obveze poput namjere da se prevare vjerovnici društva,⁴² čime se otvara mogućnost i primjeni odgovornosti s osnova čl. 10. st. 4. t. 2. ZTD-a.

Uzimajući u obzir sve navedeno o materijalnopравnim pretpostavkama za proboj pravne osobnosti, treba reći i da je praktično osobito važno voditi računa o tome o kojem se tipu društva, čiji se pravni subjektivitet namjerava probiti, u konkretnom slučaju radi. Obilježja dioničkog društva i društva s ograničenom odgovornošću su različita, posebice kad govorimo o mogućnosti utjecaja članova društva na vođenje poslova društva.⁴³ Osim tipa društva, okolnost koju posebno treba cijiniti jest broj članova društva, a nije bez značenja i okolnost pripada li društvo u velike, srednje ili male poduzetnike u skladu s primjenjivim računovodstvenim i revizijskim propisima.⁴⁴ Uvažavajući činjenicu da se proboj utvrđuje u konkretnom sudskom (arbitražnom) postupku od slučaja do slučaja, kao i da stvarnost odnosno raznoliki činjenični supstrati mogu dovesti i do drugačijih rješenja, idealtipski bi se vjerojatnost za proboj pokušalo rangirati tako da bi njegovo utvrđenje bilo najmanje vjerojatno kod dioničkog društva s velikim brojem dioničara čije dionice kotiraju na uređenom tržištu kapitala, a najvjerojatnije kod društava s ograničenom odgovornošću s jednim članom, koji je ujedno i član uprave društva. U tom smislu vjerojatnost proboja, pa i za potrebe širenja učinka arbitražne klauzule, mogli bismo uvjetno rangirati kako slijedi (od najmanje do najviše vjerojatnog odnosno od i. do vi.):

1. dioničko društvo (dionice kotiraju na uređenom tržištu/veći broj tzv. *free float* dionica)
2. dioničko društvo (više dioničara, dionice ne kotiraju na uređenom tržištu)
3. dioničko društvo (dioničar u vladajućem položaju ili dioničar pojedinac)

kad društvo nema sredstava za redovito poslovanje, primjerice jer su izostali izvori sredstava.

⁴² U tom smislu Barbić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 305.

⁴³ Poznato je, primjerice, da dioničari u dioničkom društvu nemaju mogućnost davanja obveznih uputa članovima uprave društva, a ta mogućnost postoji u društvu s ograničenom odgovornošću. Detaljno u Barbić, J., *Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala, svezak II., 7.*, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2020., str. 34. i str. 396. – 397.

⁴⁴ U tom smislu za tu okolnost Brnabić, *op. cit.* u bilj. 4, str. 122.

4. društvo s ograničenom odgovornošću (veći broj članova)
5. društvo s ograničenom odgovornošću (član u vladajućem položaju ili član pojedinac)
6. društvo s ograničenom odgovornošću (član pojedinac koji je i član uprave).⁴⁵

3. PROCESNOPRAVNA PITANJA I MOGUĆNOSTI ŠIRENJA ARBITRAŽNE KLAUZULE PROBOJEM PRAVNE OSOBNOSTI

Pitanje sudjelovanja trećih osoba koje nisu u formalnom smislu strane ugovora o arbitraži naziva se pitanjem tzv. *non-signatories*, odnosno trećih osoba koje nisu potpisnice odnosno strane ugovora o arbitraži. Riječ je o problematici o kojoj se mnogo piše i raspravlja, gotovo bez iznimke sa stajališta relevantne arbitražne i sudske prakse i arbitražne doktrine, što i ne čudi s obzirom na to da je riječ o pitanju koje nije uređeno propisima.⁴⁶ Rezultat nedostatka pisanih pravnih pravila u nacionalnim zakonodavstvima i međunarodnim instrumentima o tom pitanju jest vrlo raznolik dogmatski pogled arbitražne pravne književnosti na moguća rješenja otvorenih pitanja.⁴⁷ Ipak, nema nikakvog spora da se svi vodeći komentatori slažu da sudjelovanje trećih osoba nepotpisnika u arbitražnom postupku ne bi trebalo biti sporno, i to po različitim osnovama. No, sve doktrine po kojima je širenje učinka arbitražne klauzule dopušteno na treće predstavljaju tek podlogu za procjenu postoje li u svakom konkretnom slučaju osnove za širenje arbitražne klauzule, pri čemu se u obzir uzimaju i ocjenjuju sve relevantne činjenice, ponašanje strana prije i nakon sklapanja arbitražnog ugovora, istražuje se prava volja ugovornih strana, ocjenjuje sadržaj teksta arbitražne klauzule i sl.⁴⁸

⁴⁵ U vezi s potonjim slučajem valja citirati i dio presude *Video* njemačkog Saveznog Vrhovnog suda (BGH-a) iz 1991. godine u kojoj se kaže da ako je većinski ili jedini član društva istovremeno i jedini član uprave, teško je zamisliti intenzivniji način provođenja upravljačke moći. Izdvojeno iz Brnabić, *op. cit.* u bilj. 4, str. 196.

⁴⁶ Born, *op. cit.* u bilj. 6, str. 1523. – 1525., koji kao rijedak primjer navodi arbitražno zakonodavstvo Perua, u ograničenom opsegu i engleski *Arbitration Act* iz 1996. Usp. i bilj. 9 u pogledu zakonodavstva Kraljevine Tajland.

⁴⁷ Born, *op. cit.* u bilj. 6, str. 1525., navodi da su sve teorije i pristupi u osnovi utemeljeni na općim pravilima ugovornog, trgovačkog prava odnosno prava društava, poput odnosa zastupanja u svim pojavnim oblicima (*agency*), alter ega (što se u biti koristi kao sinonim za proboj pravne osobnosti), presumiranog pristanka (*implied consent*), *estoppel*, ugovora u korist trećeg, cesije, subrogacije, jamstava i sl.

⁴⁸ Born, *op. cit.* u bilj. 6, str. 1527. U tom smislu i Hanotiau, B., *Complex Arbitrations: Multi-party, Multi-contract, Multi-issue – A Comparative Study*, Kluwer Law Interna-

Kao što je uvedeno i istaknuto, proboj pravne osobnosti u arbitražnoj praksi i relevantnoj međunarodnoj pravnoj književnosti prepoznat je kao jedan od slučajeva mogućeg širenja arbitražne klauzule na osobe koje nisu potpisnice ugovora o arbitraži. Takvom se stajalištu ne može prigovoriti s osnova činjenice da član društva na koje se arbitražna klauzula širi nije potpisnik ugovora o arbitraži u formalnom smislu. Upravo suprotno, formalna valjanost ugovora o arbitraži odnosno arbitražne klauzule (uključujući i valjano očitovanje volje ugovornih strana) predstavlja pretpostavku za širenje njezina učinka na osobu koja nije potpisnik arbitražnog ugovora. Naime, nevaljanost arbitražnog ugovora nužno bi značila i nemogućnost širenja njegova učinka na člana društva, a u konačnici bi dovela i do poništaja arbitražnog pravorijeka povodom tužbe za poništaj pravorijeka s osnova čl. 36. st. 2. t. 1.a ZA-a. Drugim riječima, puka činjenica da osoba na koju se arbitražna klauzula odnosno njezin učinak šire nije potpisnica ništa ne govori o valjanosti arbitražnog ugovora.

Širenje učinka arbitražne klauzule probojem pravne osobnosti prije svega je procesnopravno pitanje odnosno pitanje postoji li nadležnost (*jurisdiction*) uključiti u arbitražu stranu koja nije potpisnica arbitražnog ugovora. Pitanje širenja klauzule valja odvojiti od pitanja materijalnopravne odgovornosti za obveze nepotpisnika iz nekog konkretnog pravnog odnosa. Stoga bi se, slijedeći uvriježenu strukturu arbitražnog postupka (*jurisdiction – merits – quantum*) o širenju arbitražne klauzule probojem pravne osobnosti imalo odlučiti u dijelu pravorijeka koji govori o nadležnosti arbitražnog suda za odlučivanje. Osoba može biti smatrana stranom ugovora o arbitraži uz širenje učinka arbitražne klauzule, a da ne bude istodobno odgovorna prema drugoj strani kad se donosi odluka o rješenju o biti spora; vrijedi i obrnuto – može postojati odgovornost druge strane za obveze iz određenog pravnog odnosa, a da istodobno nema dovoljno argumenata za širenje arbitražne klauzule,⁴⁹ što znači da se bit spora u pogledu odgovornosti nepotpisnika ima riješiti pred redovnim sudom. Navedeno stajalište prirodna je posljedica odvojenosti arbitražnog ugovora (arbitražne klauzule) od osnovnog ugovora sklopljenog između ugovornih strana.⁵⁰

tional, 2020., str. 194., s pozivom na predmet ICC Case no. 9517 u kojem je arbitražno vijeće zaključilo da je *...pitanje može li se osoba koja nije poimenice određena u arbitražnom ugovoru pozvati na arbitražnu klauzulu pitanje koje mora biti raspravljeno od slučaja do slučaja, uz pomnu analizu svih okolnosti u kojima je arbitražni ugovor sklopljen, pravne i stvarne odnose koji postoje na strani jedne strane arbitražnog ugovora, a koje jesu ili su mogle biti poznate drugoj strani, stvarnu ili pretpostavljenu namjeru ugovornih strana u pogledu prava nepotpisnika na sudjelovanje u arbitraži i sve okolnosti i razmjere sudjelovanja nepotpisnika u ispunjenju prava i obveza iz ugovora te u sporu koji je nastao iz ugovora.*

⁴⁹ U tom smislu Born, *op. cit.* u bilj. 6, str. 1531.

⁵⁰ Ta odvojenost proizlazi već i iz čl. 6. st. 1. ZA-a u kojem stoji kako se ugovor o ar-

Proširiti arbitražnu klauzulu s osnova proboja pravne osobnosti ovlast je koja pripada arbitražnom sudu. Posljedica je to važnog načela arbitražnog prava o pravu arbitražnog suda da odlučuje o vlastitoj (ne)nadležnosti, uključujući i o pitanju postojanja i valjanosti ugovora o arbitraži (*competence-competence principle, Das Kompetenz-Kompetenz Prinzip*), pa i u odnosu na osobu na koju se klauzula ima proširiti. To jasno proizlazi i iz prve rečenice čl. 15. st. 1. ZA.⁵¹ Načelo *Kompetenz-Kompetenz* ključno je načelo koje omogućava uredno odvijanje arbitražnog postupka, pa i šire, funkcioniranje arbitražnog sudovanja. Naime, kad arbitražni sud ne bi bio ovlašten sam odlučiti o vlastitoj nadležnosti, to bi uvelike ugrozilo mogućnost i/ili društvenu prihvatljivost arbitražnog rješavanja sporova.

U nedostatku tog načela, arbitražni bi sud morao povodom svakog, pa i očigledno neosnovanog prigovora nenadležnosti, zastati s arbitražnim postupkom i prepustiti nekom drugom forumu da odluči o tome je li arbitražni sud nadležan dalje postupati ili ne, što bi dovodilo ili moglo dovesti do opstrukcije arbitražnog postupka.⁵² Načelo *Kompetenz-Kompetenz* čini se osobit-ao značajnim upravo u slučajevima kad je već u fazi pokretanja arbitražnog postupka očigledno sporno je li neka od stranaka u postupku uopće vezana arbitražnom klauzulom odnosno može li se klauzula proširiti na osobu koja očigledno nije njezina potpisnica.

Odluka o tome hoće li se arbitražna klauzula proširiti uz primjenu proboja pravne osobnosti u velikoj mjeri ovisi i o procesnom položaju i držanju nepotpisnika. Radi se o razlici između tzv. *Consenting Non-signatories* i *Non-consenting Non-signatories* odnosno o tome pristaje li osoba koja nije formalna potpisnica

bitraži može sklopiti u obliku arbitražne klauzule u nekom ugovoru ili u obliku posebnog ugovora. Jednako proizlazi i iz čl. 15. st. 1. ZA. Dika, Triva, *op. cit.* u bilj. 6, str. 873., jasno navode da se arbitražna klauzula koja je sastavni dio nekog ugovora smatra kao sporazum neovisan o ostalim odredbama tog ugovora. U smislu navedenog se ugovor o arbitraži i definira kao materijalnopravni ugovor s procesnopravnim učincima. Tako Sikirić, *op. cit.* u bilj. 6, str. 36.

⁵¹ Arbitražni sud može odlučivati o svojoj nadležnosti, uključujući i odlučivanje o svakom prigovoru o postojanju ili valjanosti ugovora o arbitraži.

⁵² Treba, međutim, dodati da iz dikcije same odredbe čl. 15. st. 1. ZA-a proizlazi da se tom odredbom izrijeком ne isključuje mogućnost da drugi forum odlučuje o postojanju i valjanosti ugovora o arbitraži. Time što se ovom odredbom propisuje da o tom pitanju arbitražni sud može odlučivati, ne propisuje se ujedno da drugi forum (redovni državni sud) o tome ne smije odlučivati. Drugim riječima, priznavanje načelne nadležnosti arbitražnog suda koja služi onemogućavanju opstrukcije arbitraže ne isključuje nužno i automatski od odlučivanja o ovom pitanju državni sud, no riječ je o složenom problemu koji se ima raspraviti zasebno, neovisno o temi ovog rada.

ugovora o arbitraži na arbitražu ili joj se aktivno opire.⁵³

Po logici stvari bilo bi mnogo lakše odlučiti o širenju arbitražne klauzule na osobu koja se arbitraži ne opire. To ni u kom slučaju ne znači da će nepotpisniku koji pristaje na arbitražu uvijek biti dopušteno sudjelovati u arbitražnom postupku, već da razina analize, argumentacije i dokaza mora biti mnogo veća i opsežnija u slučajevima kad se osobu koja se aktivno opire arbitraži sili na arbitražu nego kad se osobi dopušta sudjelovati kao stranci u arbitražnom postupku.⁵⁴

Sporno je može li uopće doći do primjene širenja arbitražne klauzule probojem pravne osobnosti u slučaju u kojem tužitelj (ili jedan od tužitelja) tvrdi da se arbitražna klauzula kojom je vezano društvo čiji je tužitelj član ima primijeniti i na njega. U takvom slučaju pitanje pristanka na arbitražu nije sporno, no problematična može biti argumentacija o tome koja bi bila osnova za širenje arbitražne klauzule. Ako uzmemo u obzir da je osnovna pretpostavka proboja pravne osobnosti određena zloupotreba prava, a o tome nema spora niti u kontekstu širenja učinaka arbitražne klauzule probojem pravne osobnosti,⁵⁵ ne može se zastupati stajalište da bi bilo dopušteno proširiti arbitražnu klauzulu u tom slučaju te takvu zloupotrebu prihvatiti i potvrditi.

Ipak, u arbitražnoj praksi bilo je slučajeva u kojima je bilo dopušteno širenje arbitražne klauzule na vladajuće društvo u položaju tužitelja iako je samo ovisno odnosno povezano društvo bilo formalni potpisnik arbitražnog ugovora. Svojevrsni presedan takvog širenja učinka arbitražne klauzule je predmet *Dow Chemical vs. Isover St. Gobain*.⁵⁶ Treba, međutim, naglasiti da arbitražna pravna književnost ovaj slučaj smatra primjerom širenja učinka arbitražne klauzule putem tzv. doktrine povezanih društava („*Group of Companies*“ *Doctrine*).⁵⁷ Dok-

⁵³ Park, W., *Non-signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma*, u *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford University Press, 2009., para 1.77., Kryvoi, Y., *Piercing the Corporate Veil in International Arbitration*, *The Global Business Law Review*, 2011., str. 169. – 186., str. 174.

⁵⁴ Park, *op. cit.* u bilj. 53, para 1.78.

⁵⁵ Besson, S., *Piercing the Corporate Veil: Back on the Right Track*, u Hanotiau, Bernard; Schwartz, Eric (eds.), *Multiparty Arbitration, Dossiers of the ICC*, Kluwer International, ICC, 2010., str. 147. – 159., str. 148., Born, *op. cit.* u bilj. 6, str. 1548. i 1549., Born, G., *International Arbitration: Cases and Materials* (Second Edition), 2015., str. 562., Park, *op. cit.* u bilj. 53, para 1.58., Voser, N., *Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties, 50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, Albert Jan van den Berg (ed.), 2009., str. 343. – 410., str. 377.

⁵⁶ ICC Case No. 4131.

⁵⁷ Born, *op. cit.* u bilj. 6, str. 1559. – 1561., Ferrario, P., *The Group of Companies Doctrine in International Arbitration: Is There any Reason for this Doctrine to Exist?*, *Journal of*

trina povezanih društava u arbitražnom pravu u osnovi potječe iz francuskog prava te se drži za nedovoljno jasnu, donekle i kontroverznu,⁵⁸ a u biti znači da se određeno društvo može smatrati vezanim arbitražnom klauzulom ako pripada određenoj grupi povezanih društava, a ujedno je moguće utvrditi jasnu namjeru ugovornih strana da se tom društvu prizna položaj stranke u arbitražnom postupku iako samo nije formalno vezano arbitražnom klauzulom.⁵⁹

Potreba za razgraničenjem slučaja širenja učinka arbitražne klauzule probijem pravne osobnosti od širenja primjenom doktrine povezanih društava je očigledna. U oba slučaja govorimo o povezanim odnosno ovisnim društvima (pravnim osobama) jer ne može postojati proboj bez društva čiji se pravni subjektivitet zanemaruje i najmanje jednog člana društva koji je dužan trpjeti zanemarivanje pravila o odvojenosti. Kao što je prije i pojašnjeno, odnos ovisnosti odnosno povezanosti između društava jedan je od temelja i polaznih točaka za procjenu ima li mjesta probiju pravne osobnosti u pravu društava.

U smislu arbitražnog prava sličnosti ovdje prestaju. Doktrina povezanih društava utemeljena je na istraživanju prave volje ugovornih strana odnosno na namjeri ugovornih strana (barem presumiranoj), posebice nepotpisnika, na rješavanje spora arbitražom.⁶⁰ Da bi se prava volja utvrdila, činjenica povezanosti tek je polazna točka analize, a u obzir se uzimaju odnosi ugovornih strana prije, za vrijeme i nakon sklapanja ugovora, ponašanje u ispunjenju ili raskidu ugovora, okolnost da potpisnik(ci) ili nepotpisnik(ci) čine jedinstvenu gospodarsku cjelinu (*undivided economic reality*).⁶¹ S druge strane, središnja točka širenja arbitražne klauzule putem probija pravne osobnosti jest određena razina zloupotrebe pravila odvojenosti člana društva od društva, pri čemu se posebno istražuje postojanje prijevarnog postupanja (*fraud*), zloupotrebe prava (*abuse of rights*) odnosno drugog protupravnog korištenja pravnim subjektivitetom druš-

International Arbitration, 2009., 26 (5), str. 647. – 673., Park, *op. cit.* u bilj. 53, para 1.70 – 1.73.

⁵⁸ Born, *op. cit.* u bilj. 6, str. 1559., upozorava da je doktrina prepoznata kao primjenjiva tek u rijetkim jurisdikcijama, prije svega u francuskom pravu, te da doživljava određene kritike, ponajviše u germanskom pravnom krugu.

⁵⁹ Besson, *op. cit.* u bilj. 55, str. 148., Born, *op. cit.* u bilj. 6, str. 1559.

⁶⁰ Besson, *op. cit.* u bilj. 55, str. 148.

⁶¹ Born, *op. cit.* u bilj. 6, str. 1559., citira relevantni dio odluke *Dow Chemical* u kojem je arbitražno vijeće zaključilo da *...neovisno o odvojenoj pravnoj osobnosti svakog člana grupe, oni predstavljaju jedinstvenu gospodarsku cjelinu...stoga se arbitražna klauzula širi na sve članice grupe slijedom njihove aktivne uloge u sklapanju, ispunjenju i raskidu ugovora, te je u skladu s pravom voljom svih stranaka u postupku da ih se smatra „pravim“ ugovornim stranama.*

U tom smislu i Gaillard, Savage, *op. cit.* u bilj. 6, str. 287., Park, *op. cit.* u bilj. 53, para 1.72.

tva u korist člana društva.⁶² Stoga se može zaključiti da je doktrina povezanih društava u biti ugovorna teorija širenja učinaka arbitražne klauzule,⁶³ dok proboj pravne osobnosti predstavlja tzv. korporativnu, statusnu teoriju širenja učinka arbitražne klauzule.⁶⁴

Proboj pravne osobnosti kao osnova za širenje učinka arbitražne klauzule stoga se po prirodi stvari praktično primjenjuje kad se stranka na koju se klauzula želi proširiti nalazi na strani tuženika. Ako se takva stranka uputi u raspravljanje pred arbitražnim sudom bez prigovora na okolnost da je obuhvaćena tužbom (ili uz izričit pristanak), valja zaključiti da arbitražni sud neće odbiti nadležnost odlučivati u takvoj pravnoj stvari. U takvom bi slučaju bilo mjesta i primjeni čl. 6. st. 8. ZA-a po kojem se smatra da je arbitražni ugovor valjan (dakle i da postoji u odnosu na stranu za koju je njegovo postojanje sporno) i ako tužitelj podnese tužbu arbitražnom sudu, a tuženik ne prigovori nadležnosti arbitražnog suda najkasnije u odgovoru na tužbu u kome se upustio u raspravljanje o biti spora. Radi se zapravo o tome da se arbitražna klauzula dopušta s osnova pristanka, pa zapravo nema govora o širenju učinka arbitražne klauzule s osnova proboja pravne osobnosti.⁶⁵ Nije vjerojatno i zamislivo da bi tuženik koji nije formalni potpisnik arbitražne klauzule (primjerice vladajuće društvo), upuštajući se u raspravljanje (za što mogu postojati raznoliki razlozi na strani tuženika procesne, materijalnopravne odnosno taktičke prirode), propustio u cijelosti osporiti činjenični supstrat tužbe koji bi nužno morao ići za tim da učini vjerojatnim postojanje određene razine zloupotrebe člana društva kako bi se dokazao proboj, a samim time i arbitražna nadležnost. To stoga što bi propust u osporavanju takvih činjenica mogao u konkretnom slučaju dovesti i do materijalnopravnog proboja odnosno odgovornosti člana društva za obveze društva.⁶⁶

Ako se stranka na koju se arbitražna klauzula s osnova proboja pravne osobnosti ima proširiti protivi takvom proširenju osporavajući činjeničnu i pravnu osnovu za proboj, arbitražni sud mora odlučiti o tome postoji li osnova i opravdanje za proboj primjenom određenih kriterija. Ključno pitanje koje se pritom

⁶² Born, *op. cit.* u bilj. 6, str. 1545. – 1549., s pozivom na različite odluke sudova i arbitražnih vijeća u SAD-u, Engleskoj, Francuskoj, Njemačkoj, Švicarskoj, Kanadi, Irskoj itd.

⁶³ Poput odnosa zastupanja u svim pojavnim oblicima (*agency*), presumiranog pristanka (*implied consent*), ugovora u korist trećeg, cesije, prijenosa ugovora, subrogacije, jamstava.

⁶⁴ Besson, *op. cit.* u bilj. 55, str. 148.

⁶⁵ U tom smislu Park, *op. cit.* u bilj. 53, para 1.60.

⁶⁶ Na obrnuti slučaj upućuje Park, *op. cit.* u bilj. 53, para 1.60., s pozivom na predmet *Fluor Daniel Intercontinental vs. General Electric Co.*, koji naglašava kako okolnost da se u takvom slučaju arbitražna klauzula proširuje na člana društva temeljem pristanka ne mora nužno značiti utvrđenje odgovornosti člana društva za obveze društva.

nameće jest koje će standarde, pravna pravila i po kojem pravu arbitražni sud primijeniti. Drugim riječima, koje je pravo primjenjivo na proboj pravne osobnosti i širenje učinka arbitražne klauzule. U arbitražnoj praksi na ovo temeljno pitanje postoje različiti odgovori, no dominantno je stajalište ono po kojem se u analizi postoje li razlozi za proboj (pa i za proširenje arbitražne klauzule na nepotpisnika), barem kao polazna točka, ima primijeniti pravo sjedišta društva čija se pravna osobnost probija (*lex societatis*).⁶⁷

Tom stajalištu valja se prikloniti. Proboj pravne osobnosti tipični je institut prava društava koji svoju primjenu temelji na pravnim pravilima, sudskim odlukama i doktrinarnim stajalištima nacionalnih pravnih sustava. Nadalje, proboj pravne osobnosti u kontekstu širenja učinka arbitražne klauzule doktrinarno je i obilježen kao korporativan, statusni način širenja njezina učinka na treće, pa stoga valja ponajprije primijeniti statusna pravila koja se primjenjuju na ono društvo čija se pravna osobnost zanemaruje.⁶⁸ Posve bi logično i uvjerljivo bilo očekivati da tužitelj u argumentiranju razloga zašto bi trebalo arbitražnu klauzulu proširiti na člana društva primijeni sva ona načela i standarde za proboj koji su određeni propisom ili ustanovljeni u sudskoj praksi onog pravnog sustava kojem to društvo pripada po mjestu sjedišta društva. O tome ne bi trebalo biti nikakvog spora kad je riječ o arbitražama (sporovima) bez međunarodnog obilježja u smislu ZA-a.⁶⁹ U tim slučajevima ujedno bi se radilo i o domaćim arbitražama, odnosno o arbitražama čije je mjesto na području Republike Hrvatske, pa bi primjena pravila i načela za proboj određena ZTD-om dolazila u obzir i po ovoj osnovi.⁷⁰

Osim primjene *lex societatis*, u poredbenopravnoj arbitražnoj praksi postoje shvaćanja da se na proboj prave osobnosti radi širenja arbitražne klauzule mogu primijeniti i pravo primjenjivo na ugovor o arbitraži, pravo primjenjivo na osnovni ugovor (temeljni pravni posao), pravo mjesta arbitraže ili opća odno-

⁶⁷ Born, *op. cit.* u bilj. 6, str. 1556, sumira da su svi vodeći autoriteti tog stajališta, iako ga on sam ne dijeli. Park, *op. cit.* u bilj. 53, para 1.64., s druge strane, stajalište o primjeni *lex societatis* naziva već i tradicionalnim, uobičajenim.

⁶⁸ U tom smislu Besson, *op. cit.* u bilj. 55, str. 154.

⁶⁹ Prema čl. 2. st. 1. t. 6. ZA-a spor bez međunarodnog obilježja je spor u kome su stranke fizičke osobe s prebivalištem ili uobičajenim boravištem u tuzemstvu, odnosno pravne osobe koje su osnovane po pravu Republike Hrvatske, osim ako spor ne ispunjava uvjete za spor s međunarodnim obilježjem koji se u skladu s čl. 2. st. 1. t. 7. ZA-a definira kao spor u kojem je barem jedna od stranaka fizička osoba s prebivalištem ili uobičajenim boravištem u inozemstvu odnosno pravna osoba koja je osnovana po stranom pravu.

⁷⁰ Usp. čl. 2. st. 1. t. 2. ZA-a i čl. 3. ZA-a kojim je uređeno pitanje arbitralnosti.

sno međunarodna načela trgovačkog i arbitražnog prava.⁷¹ Svakome od navedenih stajališta mogu se uputiti određeni prigovori, no svaki bi od njih, u skladu s okolnostima pojedinog slučaja, mogao naći svoju primjenu i u međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, odnosno sporovima s međunarodnim obilježjem. Polazeći od toga da je podloga za primjenu proboja pravne osobnosti načelo savjesnosti i poštenja odnosno zabrane zloupotrebe prava, zamislivo je da u određenim slučajevima pravni sustavi država u kojima su pojedina društva osnovana ne poznaju taj institut te ga ne primjenjuju na način koji je poznat i priznat u nama bliskim pravnim sustavima zapadnog tipa, bez obzira na to radi li se o angloameričkom ili kontinentalnom pravnom krugu. Štoviše, osnivači odnosno članovi društva zbog izbjegavanja odgovornosti s osnova proboja, takve bi jurisdikcije mogli i posebno, s namjerom, birati kao sjedišta društava koja osnivaju. Bilo bi posve moguće zamisliti da bi u takvim slučajevima arbitražni sud odlučio zanemariti *lex societatis* kao pravo primjenjivo za proboj te odlučio razmotriti primjenu nekog drugog primjenjivog prava odnosno kriterija.⁷²

Što se tiče prava primjenjivog na ugovor o arbitraži⁷³ ili na osnovni ugovor, osnovni prigovor proizlazi iz činjenice da proboj pravne osobnosti zahtijeva preliminarnu odluku o tome može li se arbitražna klauzula (kojom član nije formalno vezan) uopće proširiti na člana društva. Stoga, da bi arbitražni sud o tome odlučio, mora primijeniti pravila i kriterije koji ne mogu ujedno biti određeni ugovorima kojima član društva nije *prima facie* vezan niti kojih je stranka.⁷⁴

⁷¹ Born, *op. cit.* u bilj. 6, str. 1557. Potonje Born naziva „*uniform international principles*“ ili „*general principles of law*“, dok ih Park, *op. cit.* u bilj. 53, para 1.68., naziva „*transnational norms*“.

⁷² Kao primjer toga navodi se slučaj *First National City Bank vs. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba (Bancec)*, 462 U.S. 611, 613, iz 1983., pred Vrhovnim sudom SAD-a u kojem je Vrhovni sud odlučio zanemariti primjenu kubanskog prava kao prava države sjedišta društva na proboj pravne osobnosti.

⁷³ Čl. 6. st. 7. ZA-a propisuje da je za materijalnopravnu valjanost ugovora o arbitraži mjerodavno pravo koje su stranke izabrale, a ako stranke nisu izabrale mjerodavno pravo, mjerodavno će biti pravo koje je mjerodavno za bit spora ili pravo Republike Hrvatske.

⁷⁴ U tom smislu Born, *op. cit.* u bilj. 53, str. 562. i dalje, povodom analize arbitražnog suda u predmetu ICC case No. 8385. Radi se o sporu između društva X, sa sjedištem u SAD-u, država Maine, kao tužitelja, i društva Y, sa sjedištem u Belgiji, te društva Z, vladajućeg u odnosu na Y, također sa sjedištem u Belgiji, kao tuženika. Z je bio obuhvaćen tužbom zbog insolventnosti društva Y. Pravo primjenjivo na ugovor, u skladu s čl. 15. Ugovora, jest pravo države New York, SAD, pri čemu je mjesto arbitraže New York. Arbitar je odbio primjenu prava države New York s osnova čl. 15. ugovora i izloženih razloga te objasnio ... „*Referring to article 15 in order to determine the applicable law would amount to putting the cart before the horse.*”

Takav pristup u biti bi predstavljao i svojevrsnu logičku pogrešku te ne nailazi na značajniji odjek u arbitražnoj praksi.

Ostaje razmotriti i mogućnost primjene prava mjesta arbitraže (*lex fori*) kao prava primjenjivog na proboj. Primjena prava mjesta arbitraže na ovo pitanje predstavljala bi razuman pristup, posebice ako se u obzir uzme činjenica da je, posebice u međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, primjena prava mjesta arbitraže općeprihvaćena i uobičajena.⁷⁵ Dodatno, valja imati na umu i da pravorijek arbitražnog suda ima pripadnost države u kojoj se nalazi mjesto arbitraže,⁷⁶ stoga tu okolnost valja uzeti u obzir pri razmatranju priznanja i ovrhe pravorijeka. Prigovor primjeni *lex fori* u primjeni na proboj pravne osobnosti može se uputiti s osnova uobičajenog izbora mjesta arbitraže koje bi za stranke u postupku predstavljao neutralni forum. Može se, dakle, očekivati da *lex fori* nema blisku vezu s pravom sjedišta društva čija se pravna osobnost probija.⁷⁷ Kako je proboj pravne osobnosti izvorno institut prava društava koji se u kontekstu širenja arbitražne klauzule primjenjuje u arbitražnom pravu, njegova primjena po redovnom bi toku stvari trebala imati određenu vezu s pravom sjedišta društva. Stoga njegova primjena može doći u obzir kao podredna u odnosu na *lex societatis*.

Određeni krug autora zalaže se za primjenu općih odnosno međunarodnih načela trgovačkog i arbitražnog prava kao osnove za probijanje pravne osobnosti i proširenje arbitražne klauzule.⁷⁸ Primjena takvih načela ima određenih prednosti, posebice u međunarodnoj trgovačkoj arbitraži. Razlozi za njihovu primjenu krili bi se u zaštiti poštenih trećih osoba kojima pravo sjedišta društva ne bi pružalo odgovarajuću zaštitu u slučaju zloupotrebe pravne osobnosti,⁷⁹ neovisnosti o često različitim standardima proboja u nacionalnim pravima, čime se postiže predvidljivost i učinkovitost, traženju pragmatičnih i *fair* rješenja u svakom pojedinom slučaju kao i zbog toga što se na taj način u obzir uzimaju i potrebe međunarodne trgovine i međunarodnih odnosa.⁸⁰ S obzirom na sve što je o proboju pravne osobnosti u materijalnopravnom smislu prethodno izloženo, teško da bi se moglo zaključiti da postoji nešto što se može, barem u pravno-tehničkom smislu, nazvati univerzalno prihvaćenim pravilima o proboju pravne osobnosti koja nadilaze norme i granice pojedinih pravnih sustava,

⁷⁵ Born, *op. cit.* u bilj. 53, str. 562.

⁷⁶ Usp. čl. 38. ZA-a.

⁷⁷ Born, *op. cit.* u bilj. 53, str. 562.

⁷⁸ Tako Born, *op. cit.* u bilj. 6, str. 1557., koji se i sam, suprotno većinskom stajalištu, zalaže za primjenu spomenutih načela kako bi se opravdalo širenje arbitražne klauzule probojem pravne osobnosti.

⁷⁹ Park, *op. cit.* u bilj. 53, para 1.68., iako osobno zagovara primarnu primjenu *lex societatis*.

⁸⁰ Born, *op. cit.* u bilj. 53, str. 563.

bez obzira na to što je zajedničko obilježje svih relevantnih učenja o proboju, odnosno kodificiranih pravila, postojanje zloupotrebe odvojene pravne osobnosti društva i njegovih članova. S obzirom na sve navedeno valja zaključiti da bi u svakom pojedinom slučaju razmatranja proboja valjalo krenuti od primjene *lex societatis*, a ovisno o okolnostima slučaja podredno primijeniti i neku od drugih mogućnosti koje predlaže relevantna pravna književnost.

Bez obzira na to koje bi pravo arbitražni sud primijenio, treba upozoriti da arbitri, ali i sudovi u pojedinim pravnim sustavima, nisu jednako skloni primijeniti institut proboja da bi se arbitražna klauzula proširila. Kao jurisdikcija koja je načelno sklona proboju u literaturi se navodi SAD, što i ne čudi s obzirom na izvorišne osnove koncepta proboja pravne osobnosti.⁸¹ U kontinentalnoj Europi gotovo svi pravni sustavi priznaju i poznaju institut proboja, no postoje razlike u kontekstu širenja učinka arbitražne klauzule. Kao što je već i pojašnjeno, francuski pravници skloni su primijeniti doktrinu povezanih društava na činjenični supstrat koji može upućivati na opravdanost proboja. S druge strane, njemačko, a posebice švicarsko pravo, iako dopušta širenje klauzule probomem, za primjenu instituta postavlja visoke kriterije koji su nedvojbeno utvrđeni u nacionalnim pravilima prava društava.⁸² Valja uzeti da bi, s obzirom na okolnost da je njemačko pravo uzor suvremenom hrvatskom pravu društava, sličan pristup trebali zauzeti i hrvatski arbitri i sudovi.

4. ZAKLJUČAK

Širenje učinka arbitražne klauzule na treće osobe putem proboja pravne osobnosti jedan je od načina uključivanja u arbitražu stranaka koje nisu formalne potpisnice arbitražnog ugovora (*Non-Signatories*). Riječ je o institutu koji je priznat u poredbenim pravnim sustavima i međunarodnoj trgovačkoj arbitraži. Nesporno je da je proboj pravne osobnosti društva institut koji je nastao i primjenjuje se u pravu društava, ali svoju primjenu, na način koji je izložen, nalazi i u arbitražnom pravu. Slijedom navedenog, u njegovoj primjeni valja uvijek

⁸¹ Born, *op. cit.* u bilj. 6, str. 1549.

⁸² Born, *op. cit.* u bilj. 6, str. 1547. – 1548., Voser, *op. cit.* u bilj. 55, str. 373. – 377., koja pojašnjava da su stajališta Vrhovnog suda Švicarske iznimno rigorozna kada je u pitanju širenje učinaka arbitražne klauzule probomem pravne osobnosti te da širenje učinka na člana društva nužno znači da samo društvo nije obuhvaćeno arbitražnom klauzulom. To je i potvrđeno u odluci Vrhovnog suda od 25.8.2009. po kojoj u slučaju proboja pravne osobnosti prema članu društva u vladajućem položaju zbog povrede ugovora sva prava i obveze iz tog ugovora, uključujući i arbitražnu klauzulu, prelaze na člana društva. Više o odluci u Segesser, von G., *Piercing the Corporate Veil – Effect on the Arbitration Clause and Jurisdiction*, Kluwer Arbitration Blog, 2009.

poći od pravnih pravila i doktrinarnih stajališta razrađenih u pravu društava, i uzimati ih u obzir, a potom i od specifičnosti koje su se u primjeni instituta razvile u arbitražnom pravu odnosno arbitražnoj praksi.

Središnja točka proboja pravne osobnosti jest zloupotreba pravila o neodgovornosti članova društva za obveze društva. U hrvatskom je pravu propisano da se onaj tko zloupotrebljava okolnost da kao član društva ne odgovara za obveze trgovačkog društva ne može pozivati na tu okolnost. Stoga jednako tako valja uzeti da se na onog člana društva koji tu okolnost zloupotrebljava može proširiti i arbitražna klauzula koja obvezuje društvo. Opisani način širenja arbitražne klauzule ima svoju primjenu i u poredbenim pravnim sustavima, ali i u međunarodnoj trgovačkoj arbitraži. Uvijek je i svuda povezan s određenim pojavnim oblicima zloupotrebe prava, prijevarnog postupanja ili drugih radnji suprotnih načelima dobre vjere, savjesnosti i poštenja te s potpunom kontrolom poslova društva od strane člana društva. Treba, međutim, zaključiti i upozoriti da se radi o iznimci od temeljnog pravila koju treba uvjerljivo argumentirati i podrobno dokazati da bi arbitražni sud mogao odlučiti o opravdanosti uključivanja člana društva u arbitražni postupak.

Slijedom svega navedenog, praktičarima bi ponajprije trebalo savjetovati kako mudro i vješto izbjeći primjenu ovog složenog instituta. Kao najbolji način valja uzeti sklapanje što jasnije, preciznije i inkluzivnije arbitražne klauzule koja će, osim društva koje bi joj po prirodi temeljnog pravnog posla pristupilo, obuhvatiti i člana društva koji je u vladajućem položaju u odnosu na samo društvo odnosno i druge članove koncerna koji su na bilo koji način povezani s obvezama iz temeljnog pravnog posla. Posebno bi to bilo značajno u onim pravnim poslovima koji uključuju osnivanje posebnih projektnih društava (društva posebne namjene, tzv. SPV-a društva) za potrebe izvršenja određenog posla, projekta ili transakcije. U pravilu se radi o društvima koja su osnovana s ograničenim vijekom trajanja, do ispunjenja (ili nemogućnosti ispunjenja) određenih uvjeta te čija svrha nije dulje i trajnije obavljanje djelatnosti. Pojava takvih društava u poslovnim transakcijama može predstavljati indicij moguće zloupotrebe neodgovornosti osnivača (člana) za obveze društva, stoga bi pravnici koji sudjeluju u sklapanju takvih poslova već u fazi pregovora morali ovom pitanju posvetiti dužnu pažnju, posebice stoga što se o mehanizmima rješavanja sporova često razgovara i odlučuje u završnim stadijima poslovnih pregovora, postizanja dogovora i sklapanja ugovora.⁸³

⁸³ Stoga i ne čudi da se arbitražne klauzule nazivaju i „ponoćnim klauzulama“ (*midnight clauses*), odnosno uglavcima koji u ugovore ulaze u posljednji čas, ponekad i bez dovoljnog promišljanja o njihovim učincima i dosezima.

Radi mogućeg širenja učinka arbitražne klauzule preporučuje se bilježiti ključne događaje i prijelomne točke u pregovaranju i čuvati odgovarajuću dokumentaciju. Arbitražna praksa pokazuje da se, bez obzira na koju se metodu širenja arbitražne klauzule stranka poziva, uvijek ispituje ponašanje ugovornih strana prije sklapanja i za vrijeme sklapanja ugovora te u ispunjenju ugovora. Posebice treba voditi računa o događajima, ponašanju ugovornih strana ili dokumentaciji koji bi upućivali na moguću prijevaru ili prijevarno, zavaravajuće postupanje druge ugovorne strane odnosno njezinih članova ili njihovih predstavnika. To stoga što je teret dokaza o postojanju zloupotrebe okolnosti da se ne odgovara za obveze društva uvijek na strani osobe koja se na tu okolnost poziva kao i zbog toga što poredbena analiza pokazuje da arbitražni sudovi u primjeni ovog pravnog instituta traže uvjerljive argumente i dokaze. Osobitu pažnju valja posvetiti materijalnopravnim pravilima za proboj pravne osobnosti po pravu sjedišta društva čija se pravna osobnost ima zanemariti. Kao što je i izloženo, primjena *lex societatis* na širenje učinka arbitražne klauzule probijem pravne osobnosti jest prevladavajuće stajalište u arbitražnoj praksi i pravnoj književnosti. U svakom slučaju radit će se o polaznoj točki analize postoje li uvjeti za zanemarivanje načela odvojenosti pravne osobe od članova pravne osobe. Stoga će u konačnoj odluci pred arbitražnim sudom o ovom, u osnovi procesnom pitanju, značajnu ulogu imati primjena i interpretacija pravnih pravila i standarada koja pripadaju pravu društava.

LITERATURA

Pravna književnost

- Barbić, J., *Odgovornost članova za obveze društva kapitala*, Pravo u gospodarstvu, 53 (2014.) 2, str. 397.–434.
- Barbić, J., *Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala, svezak II.*, 7., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Organizator, Zagreb, 2020.
- Barbić, J., *Pravo društava, knjiga prva, Opći dio*, 3., izmijenjeno izdanje, Organizator, Zagreb, 2008.
- Besson, S., *Piercing the Corporate Veil: Back on the Right Track*, u: Hanotiau, Bernard, Schwartz Eric (eds.), *Multiparty Arbitration, Dossiers of the ICC*, Kluwer International, ICC, 2010., str. 147.–159.
- Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A., Hunter, M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Sixth Edition, Kluwer Law International, Oxford University Press, 2015.

- Born, G., *International Arbitration: Cases and Materials* (Second Edition), Kluwer Law International, 2015.
- Born, G., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Third Edition, 2021.
- Brnabić, R., *Proboj pravne osobnosti i odgovornost za obveze*, doktorska disertacija (neobjavljeno), Zagreb, 2010.
- Čulinović Herc, E., Butorac, V., *Arbitražno rješavanje sporova između ulagatelja i društava koja kotiraju na burzi zbog povrede dužnosti objavljivanja informacija na tržištu kapitala*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 59 (2009.) 4, str. 635.–677.
- Dika, M., Triva, S., *Građansko parnično procesno pravo*, VII., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2004.
- Eraković, A., *Promjena subjekata u obveznom odnosu (cesija i preuzimanje duga)*, Računovodstvo i financije, 2/1996., str. 99.–107.
- Ferrario, P., *The Group of Companies Doctrine in International Arbitration: Is There any Reason for this Doctrine to Exist?*, Journal of International Arbitration, 26 (2009.) 5, str. 647.-673.
- Gaillard, M., Savage, J., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.
- Hanotiau, B., *Complex Arbitrations: Multi-party, Multi-contract, Multi-issue – A Comparative Study*, Kluwer Law International, 2020.
- Kryvoi, Y., *Piercing the Corporate Veil in International Arbitration*, The Global Business Law Review, 2011., str. 169.–186.
- Markovinović, H., *Ugovor o cesiji*, doktorska disertacija (neobjavljeno), Zagreb, 2005.
- Park, W., *Non-signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma u Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford University Press, 2009.
- Petrović, S., Ceronja, P., *Osnove prava društava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2019.
- Segesser, von G., *Piercing the Corporate Veil – Effect on the Arbitration Clause and Jurisdiction*, Kluwer Arbitration Blog, 2009.
- Sikirić, H., *Ugovor o arbitraži*, Pravo u gospodarstvu, 2/2002., str. 35.– 6.
- Širola, N., *Odgovornost članova društva s ograničenom odgovornošću za nedopušten zahvat u imovinu društva*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 61 (2011.) 5; str. 1687.-1728.

Tepeš, N., *Assignment of the Arbitration Agreement*, Croatian Arbitration Yearbook, 10 (2003.), str. 115.–149.

Triva, S., Uzelac, A., *Hrvatsko arbitražno pravo*, Narodne novine, 2007.

Voser, N., *Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties*, u: Albert Jan van den Berg (ed.), *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, Kluwer Law International, 2009., str. 343.–410.

Zakoni

Zakon o arbitraži, Narodne novine br. 88/01

Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21

Zakon o trgovačkim društvima, Narodne novine br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 111/12, 68/13, 110/15, 40/19

Summary

Petar Ceronja*

EXTENSION OF THE ARBITRATION CLAUSE TO NON-SIGNATORIES THROUGH THE PIERCING OF THE CORPORATE VEIL

The paper elaborates the possibility of extending the arbitration clause to entities which are not formal parties to the arbitration agreement (Non-Signatories) through the piercing of the corporate veil. Piercing of the corporate veil is a company law concept through which separate legal existence of a company is being disregarded (pierced) in order for the creditors to be able to expand their claims against the company to assets or other rights of the company's shareholders. Basic substantive company law standards for piercing the corporate veil are explained. A stance is taken that under Croatian law, in line with comparative legal literature and views of renowned scholars, it would be allowed to expand an arbitration clause to a Non-Signatory shareholder of the company if certain conditions are met. It is pointed out that the piercing of the corporate veil in corporate law, as well as a method of extension of the arbitration clause, is an exception to the general rule and thus imposes a high standard of proof and places the burden of proof on the party invoking its application. Piercing of the corporate veil is compared to some other typical cases of extending arbitration clauses to Non-Signatories. The most common cases and reasons for piercing are illustrated. In conclusion, practitioners are advised on how to draw up arbitration clauses to avoid the need to expand its application altogether through this method, and are being cautioned against the circumstances which need to be taken into account if the extension of the arbitration clause through the piercing of the corporate veil is considered.

Keywords: arbitration, arbitration clause, piercing of the corporate veil

* Petar Ceronja, LL. M., Secretary, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg Republike Hrvatske 3, 10000 Zagreb; petar.ceronja@pravo.hr;
ORCID ID: orcid.org/0000-0002-0513-779X