

Bojana Ristić, LL.M*

ODREĐIVANJE MERODAVNOG PRAVA ZA UGOVOR O KONZORCIJUMU U ODSUSTVU IZBORA UGOVORNIH STRANA**

Ugovor o konzorcijumu, kao sve češće korišćen, a slabo regulisan ugovor, u domenu međunarodnog privatnog prava dovodi do problema određivanja merodavnog prava u situaciji kada ugovorne strane nisu izabrale pravo koje će regulisati njihov ugovorni odnos. Cilj ovog rada je da se napravi pregled pozitivnopravnih i doktrinarnih, kao i rešenja predviđenih u arbitražnoj praksi, kako bi se pronašla ona rešenja koja su najpovoljnija za određivanje merodavnog prava za ovu vrstu ugovora. U radu se predlaže korišćenje principa karakteristične obaveze i principa najbliže veze, zatim određivanja merodavnog prava za pojedine imenovane ugovore koji su u sastavu ugovora o konzorcijumu i konačno, određivanje merodavnog prava za ugovor o konzorcijumu kao akcesorni pravni posao.

Ključne reči: *Ugovori sa međunarodnim elementom. – Ugovor o konzorcijumu. – Merodavno pravo. – Odsustvo izbora ugovornih strana. – Princip najbliže veze.*

1. UVOD

Ugovor o konzorcijumu je ugovor koji podrazumeva privremeno grupisanje privrednih društava koja su na poseban način međusobno organizovana, bez nastanka novog privrednog subjekta i uz predstavljanje konzorcijuma od strane jednog privrednog društva – člana konzorcijuma koji postaje nosilac konzorcijuma.¹ Prisustvo inostranog

* Autorka je saradnik u nastavi na Pravnom fakultetu u Novom Sadu, Univerzitet u Novom Sadu, bojana.ristic@gmail.com.

** Ovaj rad je deo master rada „Određivanje merodavnog prava za ugovor o konzorcijumu“ koji je odbranjen na Pravnom fakultetu u Novom Sadu, Univerzitet u Novom Sadu, 2016. godine.

1 V. Stojiljković, *Ugovor o konzorcijumu*, Beograd 1997, 24.

elementa u subjektima konzorcijuma kao pravnog odnosa ili u radnji koja je predmet ugovora o konzorcijumu, dovodi do nastanka međunarodnog konzorcijuma.

Jedno od pitanja koje može da se postavi jeste kakav je odnos između ugovora o *joint venture*-u i ugovora o konzorcijumu – da li je ugovor o *joint venture*-u isto što i ugovor o konzorcijumu ili između njih postoji drugačiji odnos. Ugovor o *joint venture*-u ili ugovor o zajedničkom poduhvatu je ugovor o saradnji između privrednih društava usmeren ka ostvarivanju određenog cilja. S obzirom na to da se ugovor o *joint venture*-u mnogo češće javlja i da je detaljnije regulisan od ugovora o konzorcijumu, odgovor na ovo pitanje će odrediti da li je moguća shodna primena pravila o ugovoru o *joint venture*-u na ugovor o konzorcijumu. Prema nekim autorima, može se smatrati da je ugovor o konzorcijumu vrsta ugovora o *joint venture*-u, čak i da su te dve vrste ugovora sinonimi, te da se pravila koja se odnose na ugovor o *joint venture*-u, mogu shodno primenjivati i na ugovor o konzorcijumu.² Najčešći zaključak je da je odnos ugovora o *joint venture*-u i ugovora o konzorcijumu u stvari odnos opšteg, generičnog pojma koji obuhvata različite oblike saradnje među privrednim društvima radi ostvarivanja zajedničkog cilja, sa jedne strane, i posebnog pojma. Shodno prethodno navedenom, ugovor o konzorcijumu je poseban vid, odnosno oblik u kome se ispoljava ugovor o *joint venture*-u,³ pa smatramo da nema razloga da se na ugovor o konzorcijumu ne primenjuju opšta pravila koja važe za ugovor o *joint venture*-u.

Neki od osnovnih razloga sve učestalijeg zaključivanja ugovora o konzorcijumu su fleksibilnost ove forme udruživanja privrednih društava i sve zahtevnije potrebe međunarodnog prometa robe i usluga, koje se na najcelishodniji način mogu ostvariti upravo saradnjom privrednih društava putem konzorcijuma. Do zaključivanja ugovora o konzorcijumu najčešće dolazi u situacijama izgradnje velikih investicionih objekata, kada je neophodno izvođenje složenih i komplikovanih radova, zatim prilikom obavljanja delatnosti istraživanja, razvoja,

2 R. Charles Wolf, *The Complete Guide to International Joint Ventures with Sample Clauses and Contracts*, Wolters Kluwer Law & Business 2011, 37; L. Edwards, R. Barnes, *Professional Services Agreements*, Thomas Telford Publishing 2000, 94; UNCITRAL, *UNCITRAL Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works*, New York 1988, 18.

3 V. Stojilković, *op. cit.*, 26–27.

proizvodnje, konkurisanja za javne nabavke i slično, kada je nerealan očekivati da jedan subjekt sam izvrši potrebne radove i usluge, te postoji potreba za povezivanjem sa drugim privrednim društvima. Na taj način, dolazi do raspodele rizika u slučaju neuspeha zajedničkog poduhvata, dolazi do udruživanja i kombinovanja finansijskih sredstava i razmene tehnologije, kao i eventualnog prodora na tržište koji privredna društva pojedinačno ne bi mogla da ostvare. Pored toga, određeni politički razlozi mogu biti motiv za nastanak konzorcijuma, pre svega u situacijama sa elementom inostranosti, kada je od strane države u kojoj se data delatnost obavlja, za dobijanje dozvole za obavljanje neke delatnosti ili prihvata ponude, neophodno povezivanje sa domaćim privrednim društvima.

Kada su u pitanju ugovori o konzorcijumu sa međunarodnim elementom, jedno od osnovnih pitanja koje se u praksi javlja jeste pitanje određivanja merodavnog prava. Problem kod određivanja merodavnog prava za ugovor o konzorcijumu je pravna neregulisanost ove vrste ugovora, kako u supstancijalnom pravu, tako i u kolizionom pravu. Ugovor o konzorcijumu je u većini nacionalnih prava neimenovan, mešoviti i složen ugovor, te ne čudi da su njegova pravna priroda i rešenja određenih pravnih pitanja koja se javljaju, uglavnom utvrđeni kroz stavove sudske i arbitražne prakse i pravne doktrine. To sa sobom povlači i posledicu da kolizione norme nacionalnih prava, ali i određenih međunarodnih instrumenata, retko izričito određuju koje je merodavno pravo za ugovor o konzorcijumu u slučaju odsustva izbora ugovornih strana.

Cilj ovog rada je da napravi pregled domaćih i međunarodnih pozitivnopravnih izvora koji sadrže kolizione norme koje mogu da se primene na ugovor o konzorcijumu, kao i pregled stavova pravne doktrine i arbitražne prakse povodom ovog pitanja, i da na osnovu iznetog predloži kako bi se u slučaju nastanka spora iz ugovora o konzorcijumu moglo odrediti merodavno pravo.

2. ODREĐIVANJE MERODAVNOG PRAVA ZA UGOVOR O KONZORCIJUMU

Treba naglasiti da ugovorne strane kod ugovora o konzorcijumu (kao jednoj vrsti ugovora o saradnji) često koriste mogućnost izbora

merodavnog prava.⁴ Takođe, model-ugovori o konzorcijumu (npr. model-ugovor Međunarodnog trgovinskog centra, zatim model-ugovor Evropske unije – *DESCA Horizon 2020 Model Consortium Agreement*, za projekte u oblasti istraživanja i inovacije, kao i na njemu zasnovan model-ugovor Lige evropskih istraživačkih univerziteta (*LERU*) ili model-ugovor Međunarodne trgovinske komore) koji stoje ugovornim stranama na raspolaganju, gotovo uvek sadrže klauzulu o izboru merodavnog prava.⁵ Kod ugovora o saradnji, pa samim tim i ugovora o konzorcijumu, osnovna preporuka je da izabrano pravo bude dostupno, a pravni sistem kome te odredbe pripadaju bude transparentan i stabilan.⁶ U svakom slučaju, ugovorne strane treba da vode računa o tome da li je izabrano pravo dovoljno fleksibilno da reguliše ugovor o konzorcijumu i njegove specifične odredbe, kao i o tome da li je dovoljno blisko ugovornim stranama u smislu korišćene terminologije i pravnih instituta.⁷ Praksa je pokazala da ugovorne strane kod ugovora o konzorcijumu najčešće biraju ono pravo koje detaljno reguliše neku oblast sa kojom je ugovor o konzorcijumu u vezi, zatim pravo onog tržišta koje je najveće za određeni proizvod ili uslugu, a često je izbor prava vezan i za nadležnost foruma.⁸ Takođe, neki od motiva za izbor merodavnog prava kod ugovora o konzorcijumu su i pripadnost najvećeg broja ugovornih strana određenoj državi ili pripadnost one ugovorne strane čija ugovorna obaveza je najveća.⁹

Kada u ugovoru o konzorcijumu nije izabrano merodavno pravo, neophodno je pronaći drugi način za određivanje merodavnog prava. Problem nastaje zbog toga što se ni u jednom primarnom izvoru prava relevantnom za ugovore sa međunarodnim elementom ne definišu

4 R. Dotewall, „Choice of Law Rules for International Cooperative Agreements“, *Stockholm Institute for Scandinavian Law* 1957–2009, 115.

5 International Trade Center, „ITC Contractual Joint Venture Model Agreements“, *Trade Law Series*, Geneva 2004, 26, 105; DESCA (Development of a Simplified Consortium Agreement) for Horizon 2020, March 2016, 37; LERU Model Consortium Agreement based on DESCA-Horizon 2020 Model Consortium Agreement, Version 1, February 2014, 25; Draft ICC Model Consortium Agreement, October 2015, 32.

6 G. Cordero-Moss, *International Commercial Contracts*, Cambridge University Press 2014, 138.

7 International Trade Center, *op. cit.*, 60.

8 R. Dotewall, *op. cit.*, 116.

9 Draft ICC Model Consortium Agreement, *op. cit.*, 6.

precizno pravila koja bi važila za ugovor o konzorcijumu. Dakle, ni u našem Zakonu o rešavanju sukoba zakona,¹⁰ ni u Nacrtu našeg novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu,¹¹ kao ni u Prvoj rimskoj uredbi,¹² niti Interameričkoj konvenciji o merodavnom pravu za međunarodne ugovore,¹³ ne postoje pravila za određivanje merodavnog prava u odsustvu izbora za ovu vrstu ugovora.

Jedno od mogućih rešenja jeste da se ugovor o konzorcijumu kvalifikuje kao ugovor o pružanju usluga. Prema pasusu 17 uvodnog obrazloženja Prve rimske uredbe, ugovor o pružanju usluga (kao jedan od ugovora za koga je u čl. 4 st. 1 ove uredbe eksplicitno utvrđeno kako se određuje merodavno pravo u odsustvu izbora) obuhvata i ugovor o *joint venture*-u, pa bi se merodavno pravo za ovaj ugovor određivalo na isti način kao i za ugovor o pružanju usluga, dakle primenjivalo bi se pravo redovnog boravišta davaoca usluge. Kako se u Nacrtu našeg novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, primenjuju isti principi za određivanje merodavnog prava u odsustvu izbora, može se reći da bi se i prema njegovom čl. 146 st. 1 tač. v), na ugovor o konzorcijumu primenjivalo pravo države u kojoj se nalazi uobičajeno boravište davaoca usluge. Pri tome bi se pojam usluge morao tumačiti u širem smislu tako da obuhvata različite vrste usluga, odnosno da podrazumeva bilo koji rad koji jedno lice obavlja za drugo.¹⁴ Kod ovakvog tumačenja javlja se problem zbog toga što se kod ugovora o konzorcijumu ne zna ko je pružalac usluge, odnosno, uglavnom ih ima više, te je ovakvo rešenje neodgovarajuće za određivanje merodavnog prava. Upravo iz ovog razloga, na ugovor o konzorcijumu bi se morao primeniti princip određivanja merodavnog prava korišćenjem principa karakteristične obaveze.¹⁵

10 Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja – ZRSZ, *Službeni list SFRJ*, br. 43/82 i 72/82, *Službeni list SRJ*, br. 49/96.

11 Nacrt Zakona o međunarodnom privatnom pravu – Nacrt ZMPP, jun 2014, dostupno na <http://www.mpravde.gov.rs>.

12 Uredba (EZ) br. 593/2008 Evropskog parlamenta i Saveta od 17. juna 2008. o pravu koje se primenjuje na ugovorne obaveze (Rim I) – Prva rimska uredba, *Službeni glasnik Evropske unije*, br. L 177/10 od 4. jula 2008. godine.

13 Interamerička konvencija o merodavnom pravu za međunarodne ugovore od 17. marta 1994. godine – Interamerička konvencija.

14 F. Ferrari, S. Leible (eds.), *Rome I Regulation: the law applicable to contractual obligations in Europe*, Sellier 2009, 38.

15 Z. Tang, „Law applicable in the absence of choice: The New Article 4 of the Rome I Regulation“, *The Modern Law Review*, Vol. 71, No. 5, 2008, 792–793.

Još jedna mogućnost jeste da se u situacijama kada se konzorcijum formira radi stranog ulaganja, ugovor o konzorcijumu posmatra kao ugovor o stranom ulaganju, te da se shodno tome određuje i merodavno pravo. Stranom ulaganju po pravilu prethodi zaključenje određene vrste ugovora, a najčešće su u pitanju ugovor o konzorcijumu, ugovor o osnivanju privrednog društva, ugovor o kupoprodaji, ugovor o koncesiji, ugovor o izgradnji i upravljanju objektom infrastrukture, itd.¹⁶ Trenutno važeći zakon, Prva rimska uredba i Interamerička konvencija ne daju eksplicitno rešenje za problem određivanja merodavnog prava u odsustvu izbora za ugovor o stranom ulaganju, ali Nacrt našeg novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu predstavlja novinu u tom pogledu. U čl. 146 st. 1 tač. s) predviđa se da je za ugovor o stranom ulaganju merodavno pravo države u koju je izvršeno strano ulaganje.¹⁷ U kontekstu ugovora o konzorcijumu koji predstavlja strano ulaganje, to će u najvećem broju slučajeva biti pravo one države u kojoj se izvršava glavni posao zbog koga je ugovor o konzorcijumu i zaključen. Problem sa ovim rešenjem je to što ono ne može da se primenjuje na svaki ugovor o konzorcijumu, već samo na onaj koji predstavlja strano ulaganje.

Na osnovu prethodno prikazanog, može se reći da nijedno od navedenih rešenja nije u celosti zadovoljavajuće. U narednom odeljku biće prikazana druga rešenja za određivanje merodavnog prava u odsustvu izbora za ugovor o konzorcijumu. U pitanju su rešenja do kojih se dolazi tumačenjem određenih primarnih izvora, pravne doktrine i sudske i arbitražne prakse.

2.1. Princip karakteristične obaveze i princip najbliže veze

Da bi se odredilo merodavno pravo za ugovor o konzorcijumu u nedostatku izbora ugovornih strana, treba primeniti opšta pravila koja važe za određivanje merodavnog prava u odsustvu izbora i to ona pravila koja važe za ugovore za koje zakonodavac nije unapred odredio pravila za određivanje merodavnog prava.

U našem Zakonu o rešavanju sukoba zakona, važi pravilo da se primenjuje pravo mesta gde se u vreme prijema ponude nalazilo prebi-

16 M. Stanivuković, P. Đundić, *Međunarodno privatno pravo, posebni deo*, Novi Sad 2015, 40–41.

17 Nacrt ZMPP, čl. 146 st. 1 tač. s).

valište, odnosno sedište ponudioca.¹⁸ Ovo pravilo se ne može primeniti na ugovor o konzorcijumu zbog toga što je kod ove vrste ugovora po pravilu teško odrediti ko je ponudilac.

Sa druge strane, u Nacrtu našeg novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, kao i u Prvoj rimskoj uredbi, kao osnovni princip u ovakvim situacijama koristi se princip karakteristične obaveze.¹⁹ To znači da se na ovakve ugovore primenjuje pravo države u kojoj se nalazi uobičajeno/redovno boravište nosioca karakteristične obaveze iz ugovora. Kao što je napomenuto u prethodnim odeljcima, ovo je najčešći način određivanja merodavnog prava u odsustvu izbora ugovornih strana: kao merodavno pravo određuje se pravo dužnika karakteristične obaveze iz ugovora. Međutim, što je ugovor složeniji, to je teže odrediti karakterističnu obavezu.²⁰ Kao smernica pri određivanju karakteristične obaveze kod složenih ugovora, odnosno u situacijama kada u ugovoru ima puno prava i obaveza koje mogu biti karakteristične, tj. kada one spadaju u više vrsta pojedinačnih ugovora, može se koristiti pravilo koje je navedeno u pasusu 19 uvodnog obrazloženja Prve rimske uredbe. Tamo se navodi da je neophodno odrediti šta je središte ugovornog odnosa (*center of gravity*). Kako bi to odredio, sud, odnosno forum koji rešava spor, mora da uzme u obzir prirodu ugovora, kao i njegovu osnovnu svrhu, socijalno-ekonomsku funkciju i obaveze koje ga razlikuju od ostalih vrsta ugovora.²¹ Važno je napomenuti da strana koja ima više ugovornih obaveza u ugovoru ne mora nužno da bude nosilac karakteristične obaveze, u smislu toga da njene obaveze predstavljaju automatski središte datog ugovornog odnosa.²² Slično rešenje može se naći i u švedskom pravu za neregistrovana partnerstva, gde se predviđa da je merodavno pravo one države gde se nalazi primarni fokus aktivnosti, odnosno gde je centar poslovnih aktivnosti datog ortakluka, odnosno ugovora o saradnji.²³ Autor ovog rada je stava da je ovo rešenje prihvatljivo, ali nedovoljno predvidivo

18 ZRSZ, čl. 20 st. 1 tač. 20.

19 Nacrt ZMPP, čl. 146 st. 2; Prva rimska uredba, čl. 4 st. 2.

20 F. K. Juenger, „The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons“, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 42, No. 2, Spring 1994, 386; Z. Tang, *op. cit.*, 786.

21 Z. Tang, *op. cit.*, 795.

22 *Ibid.*

23 R. Dotewall, *op. cit.*, 117.

za ugovorne strane i, takođe, da daje isti rezultat kao i princip najbliže veze, te će prednosti i mane ovakvog načina određivanja merodavnog prava biti detaljnije prikazane u delu teksta koji se odnosi na princip najbliže veze.

Takođe, karakteristična obaveza bi se mogla utvrditi i kao obaveza one ugovorne strane koja je opterećena većim rizikom. Naime, ako je pravilo da je kod ugovora gde su obe činidbe novčane, merodavno pravo one ugovorne strane čija je činidba opterećena većim rizikom,²⁴ koristeći metod analogije, i u situacijama kada imamo dve ili više nenovčane obaveze (kao što je to najčešće slučaj kod ugovora o konzorcijumu), merodavno pravo bi bilo pravo one ugovorne strane čija nenovčana činidba je opterećena većim rizikom. Ovo rešenje je manje prihvatljivo zbog toga što je u većini slučajeva teško uporediti nenovčane obaveze i odrediti koja je opterećena većim rizikom.

Kada karakteristična obaveza ne može da se utvrdi, pribegava se primeni onog prava sa kojim je ugovor u najbližoj vezi.²⁵ To je pravilo koje je na izvestan način inkorporisano i u našem Zakonu o rešavanju sukoba zakona gde je propisano da se pravila određena u čl. 20 primenjuju samo ako posebne okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo.²⁶ Isto pravilo određeno je i u Nacrtu našeg novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, kao i u Prvoj rimskoj uredbi, gde je predviđeno da ako merodavno pravo ne može da se odredi na drugačiji način, primenjuje se ono pravo sa kojim je taj ugovor u bitno bližoj, odnosno, najbližoj vezi.²⁷ Kod Interameričke konvencije javlja se situacija da je princip najbliže veze u stvari osnovni metod za određivanje merodavnog prava u odsustvu izbora, te se princip karakteristične obaveze ni ne pominje kao način određivanja merodavnog prava.²⁸

Prema nekim autorima, kod ugovora za koje nije moguće odrediti merodavno pravo putem principa karakteristične obaveze, primenjuje se direktno princip najbliže veze.²⁹ Jedan od takvih ugovora je i

24 M. Draškić, M. Stanivuković, *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, Beograd 2005, 106.

25 F. Ferrari, S. Leible, *op. cit.*, 45.

26 ZRSZ, čl. 20, st. 1.

27 Nacrt ZMPP, čl. 146 st. 4; Prva rimska uredba, čl. 4 st. 4.

28 Interamerička konvencija, čl. 9.

29 M. Stanivuković, „Reform of Conflict Rules for Contracts in Serbia and the European Union Law Model“, *Private Law Reform in South East Europe: li-*

ugovor o *joint venture*-u, odnosno ugovor o konzorcijumu.³⁰ Kod ovog ugovora treba uzeti u obzir sve relevantne faktore kao što su sedište, odnosno redovno boravište ugovornih strana, mesto pregovora, mesto zaključenja i ispunjenja ugovora, jezik ugovora, valutu plaćanja (ukoliko je određena u ugovoru), a takođe je poželjno uzeti u obzir i blisku vezu sa nekim drugim ugovorom.³¹ Pri tome, ukoliko se pokaže da bilo koji od ovih faktora ima makar i malu prevagu u odnosu na ostale, tom pravu treba dati prednost kao pravu najbliže veze.³²

Shodno tome, kada je u pitanju određivanje merodavnog prava za ugovor o konzorcijumu u odsustvu izbora ugovornih strana, a koristeći primarni i najčešće korišćeni princip karakteristične obaveze, i njemu alternativni, princip najbliže veze, može se zaključiti da se u suštini dolazi do sličnog rešenja – potrebno je pronaći težište ugovornog odnosa. Jedna mogućnost bi bila da se težište tog ugovornog odnosa posmatra preko osnovnog ugovora (tj. glavnog ugovora, zbog koga se konzorcijum i uspostavlja), pri čemu bi se merodavno pravo za ugovor o konzorcijumu dovelo u vezu sa merodavnim pravom za glavni ugovor. Ukoliko okolnosti slučaja to omogućavaju, druga opcija bi bila da se kao središte ugovornog odnosa posmatra mesto izvršenja glavnog ugovora. U tom slučaju bi pravo te države bilo merodavno. Dodatna mogućnost bi bila da se za težište ugovora o konzorcijumu uzme sedište nosioca konzorcijuma i da se shodno tome kao merodavno pravo odredi pravo sedišta one ugovorne strane koja je nosilac konzorcijuma, odnosno koja je vodeće privredno društvo u konzorcijumu. Zbog čega ovakvo rešenje? Jedan od osnovnih elemenata ugovora o konzorcijumu jeste određivanje onog privrednog društva koje će biti nosilac konzorcijuma i koje će predstavljati konzorcijum u odnosu sa trećim licima, naročito ugovornim stranama iz osnovnog pravnog posla zbog kog je konzorcijum i formiran. Stoga, ovo privredno društvo, odnosno ova ugovorna strana, *de facto* (a moglo bi se reći i *de iure*) ima najznačajniju ulogu u ugovoru o konzorcijumu i u izvršenju glavnog ugovora, te bi se kao centar aktivnosti konzorcijuma i kao najbliža veza, moglo posmatrati pravo njegovog/njenog sedišta.

ber amicorum Christa Jessel-Holst (eds. Mirko Vasiljević *et al.*), Pravni fakultet, Beograd 2010, 446.

30 F. Ferrari, S. Leible, *op. cit.*, 49.

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*

2.2. Merodavno pravo za imenovane ugovore koji su deo ugovora o konzorcijumu kao mešovitog ugovora

Ugovor o konzorcijumu je mešoviti ugovor koji predstavlja kombinaciju elemenata više prostih ugovora. U okviru ovog ugovora, možemo razlikovati prestacije iz ugovora o ortakluku, ugovora o nalogu i iz ugovora na osnovu kojeg se obavlja delatnost konzorcijuma (npr. ugovora o delu ako je u pitanju izgradnja nekog objekta). Prestacije iz ugovora o ortakluku se javljaju jer ugovor između stranaka obezbeđuje nastanak i postojanje zajednice interesa radi postizanja cilja, dok se prestacije iz ugovora o nalogu javljaju jer jedna od stranaka ima svojstvo vodećeg privrednog društva (nosioca konzorcijuma), koje je nalogoprimac i koje ima ovlašćenje da preduzima određene poslove za račun konzorcijuma, u odnosu na ostale članove konzorcijuma kao nalogodavce. Prestacije iz ugovora o vršenju određenih usluga ili radova javljaju se preko odnosa stranaka prema aktivnosti kojima se ostvaruje svrha konzorcijuma.³³

Koristeći ove karakteristike ugovora o konzorcijumu, moglo bi se reći da bi u određenim slučajevima, kada merodavno pravo ne može da se odredi pomoću principa karakteristične obaveze ili principa najbliže veze jedno od rešenja bilo sledeće: u zavisnosti od aspekta ugovora o konzorcijumu u kojem se spor javio, merodavno pravo bi moglo biti ono pravo koje je merodavno za pojedinačni imenovani ugovor koji ulazi u sastav ugovora o konzorcijumu kao mešovitog ugovora, a u pogledu koga je spor nastao. To bi značilo, na primer, da ukoliko spor nastane u pogledu odnosa između članova konzorcijuma i nosioca konzorcijuma, a posmatrajući taj odnos kao ugovor o nalogu, merodavno pravo za ugovor o konzorcijumu bi bilo zapravo merodavno pravo za ugovor o nalogu. Ista situacija bi bila i kada bi se spor javio vezano za ispunjenje obaveza članova konzorcijuma, kada bi se moglo primeniti pravo merodavno za ugovor o vršenju određenih usluga, ugovor o delu ili na primer, ugovor o građenju. Ovaj metod bi bio povoljniji zato što su neki ugovori koji ulaze u sastav ugovora o konzorcijumu često eksplicitno regulisani kolizionim normama i primena principa karakteristične obaveze i najbliže veze na te ugovore ne ostavlja mnogo prostora za nedoumice i dileme.

33 V. Stojilković, *op. cit.*, 159.

Rešenje koje je izloženo u ovom odeljku je najmanje prihvatljivo rešenje od svih koja su izložena u ovom radu. Njegova prednost jeste to što omogućava raščlanjivanje pravnog odnosa i određivanje merodavnog prava za svaki aspekt odnosa ponaosob, pa samim tim pokušava da odredi najbližu vezu u najvećoj meri u odnosu na druga izložena rešenja. Autor ovog rada naglašava da je problem sa ovakvim načinom određivanja merodavnog prava to što će u mnogim situacijama biti sporno da li određeno pitanje spada u polje primene ugovora o ortakluku, ugovora o nalogu ili ugovora o delu/pružanju usluga (pri čemu se nekad može dovesti u pitanje da li ugovor o delu/pružanju usluga uopšte predstavlja element ugovora o konzorcijumu ili je to predmet glavnog ugovora zbog koga se konzorcijum formira). Takođe, neki od ovih ugovora, tj. pre svega ugovor o ortakluku, sami po sebi su neregulisani, jer pravni izvori ne određuju merodavno pravo u odsustvu izbora za tu vrstu ugovora, te nastaje začarani krug prilikom određivanja merodavnog prava za ugovor o konzorcijumu. Pored navedenog, problem se javlja ukoliko spor nastane u pogledu više aspekata ugovora o konzorcijumu, zato što bi se primenom ovog metoda došlo do cepanja ugovora, pa bi se na taj način narušilo materijalno jedinstvo ugovora.

2.3. Merodavno pravo za akcesorni pravni posao

Ugovor o konzorcijumu može da se posmatra i kao akcesorni pravni posao. Ovaj ugovor nastaje tako što se privredna društva međusobno obavezuju da udruže rad ili sredstva radi ostvarenja određenog zajedničkog poduhvata, koji je predmet zasebnog ugovora sa naručiocem tog glavnog posla. Dakle, konzorcijum nastaje kako bi se obavio određeni posao iz glavnog ugovora sa naručiocem datog posla. Samim tim, glavna, i najčešće, jedina svrha konzorcijuma jeste obavljanje datog posla, što dalje znači da je ugovor o konzorcijumu akcesorni pravni posao u odnosu na osnovni ugovor sa naručiocem, kao glavni pravni posao. Prema definiciji koja je data u *Black's Law Dictionary*, osnovni ugovor je onaj koji postoji nezavisno od drugih ugovora i sam je sebi svrha, dok je akcesorni ugovor onaj koji postoji radi izvršenja osnovnog ugovora.³⁴ Prema domaćoj definiciji, akcesorni, odnosno sporedni ugovor može se definisati kao sporazum stranaka koji služi samo izvršenju nekog već postojećeg ugovora (glavnog ugovora).³⁵ Ako se prihvati ova

34 Vid. <https://thelawdictionary.org/principal-and-accessory/>, 15. avgust 2016. godine.

35 *Pravna enciklopedija*, Savremena administracija, Beograd 1979, 1352.

definicija, onda ugovor o konzorcijumu možemo posmatrati kao akcesorni pravni posao. Istina je da ovaj ugovor formalno gledano ne deli pravnu sudbinu osnovnog ugovora, ali je isto tako tačno da je svrha njegovog postojanja neraskidivo vezana za postojanje osnovnog ugovora.

Kako bismo pokazali da je ugovor o konzorcijumu ugovor privremenog karaktera, koji nastaje radi ispunjenja jedne tačno određene svrhe koja je predmet glavnog ugovora, navešćemo neke primere iz domaćeg zakonodavstva. Treba napomenuti da se u domaćim zakonima ne koristi uvek termin „konzorcijum“ kao takav, ali se tumačenjem odredaba, može doći do zaključka da je reč o konzorcijumu. Prvi primer je Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama, u čijem čl. 16 st. 1 se pominje „formiranje konzorcijuma radi učešća u postupku dodele javnog ugovora“.³⁶ Na osnovu prethodno navedenog vidimo da konzorcijum nastaje isključivo i samo radi jedne svrhe, a to je učešće u postupku dodele javnog ugovora. Takođe, u Zakonu o javnim nabavkama u čl. 81 st. 4, navodi se da se „ponuđači iz grupe međusobno i prema naručiocu obavezuju na izvršenje javne nabavke“, što znači da je svrha udruživanja (konzorcijuma, iako se ne koristi eksplicitno taj termin), izvršenje javne nabavke.³⁷ Zakon o privatizaciji izričito predviđa da „domaća ili strana pravna ili fizička lica mogu da se udruže radi kupovine subjekta privatizacije ili strateškog partnerstva (u daljem tekstu: Konzorcijum)“³⁸, što podrazumeva da je jedina svrha konzorcijuma kupovina subjekta privatizacije kao glavnog posla. Pored toga, prema nekim izvodima iz domaće sudske prakse, potvrđeno je da je ugovor o udruživanju u vidu konzorcijuma neraskidivo vezan sa osnovnim ugovorom. Na primer, u jednom rešenju Vrhovnog suda Srbije u kome je bila u pitanju primena Zakona o privatizaciji, rečeno je da je ugovor o konzorcijumu neraskidivo vezan sa ugovorom o kupovini društvenog kapitala metodom javne aukcije, te da je ugovor o konzorcijumu faktički sastavni deo ugovora o kupoprodaji društvenog kapitala i da se radi o akcesornom ugovoru koji zavisi od sudbine ugovora o kupoprodaji društvenog kapitala metodom javne aukcije.³⁹

36 Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama, *Službeni glasnik RS*, br. 88/2011 i br. 15/2015, čl. 16 st. 1.

37 Zakon o javnim nabavkama, *Službeni glasnik RS*, br. 124/2012, br. 14/2015 i br. 68/2015, čl. 81 st. 4.

38 Zakon o privatizaciji, *Službeni glasnik RS*, br. 83/2014, br. 46/2015, br. 112/2015 i br. 20/2016, čl. 12 st. 2.

39 Rešenje Vrhovnog suda Srbije, poslovni broj Prev. 32/2007 od 5. jula 2007. godine.

Ako se pravna priroda ugovora o konzorcijumu odredi na ovaj način, prilikom određivanja merodavnog prava za ugovor o konzorcijumu u odsustvu izbora ugovornih strana, postoji još jedna opcija – da se merodavno pravo određuje koristeći akcesornost ovog ugovora.

Jedna mogućnost određivanja merodavnog prava na osnovu akcesornosti ugovora o konzorcijumu je u stvari određivanje merodavnog prava koristeći princip najbliže veze, u slučajevima kada ne može da se odredi karakteristična obaveza u ugovoru. Prema nekim autorima, jedna od mogućih smernica za određivanje najbliže veze jeste činjenica da li ugovor ima neke veze sa nekim drugim ugovorom, odnosno ugovorima.⁴⁰ Osnovni razlog za ovakvo uputstvo ogleda se u tome što je prilikom određivanja merodavnog prava poželjno da se primenjuje jedno pravo na ceo pravni posao, umesto da se na povezane poslove primenjuje više različitih prava.⁴¹ Naravno, u ovakvim situacijama, postavlja se pitanje kada su ugovori dovoljno povezani da bi se ovo pravilo moglo primeniti – smatra se da je u situacijama u kojima postojanje jednog posla zavisi od postojanja drugog, ovaj uslov ispunjen, te se na sporedni pravni posao primenjuje pravo koje je merodavno za glavni pravni posao.⁴² Smatramo da se na osnovu svega navedenog može smatrati da je ugovor o konzorcijumu sporedni pravni posao u odnosu na glavni pravni posao zbog koga je nastao, te da se kao merodavno pravo za ugovor o konzorcijumu može odrediti pravo koje je merodavno za glavni pravni posao.

Takođe, ako ugovor o konzorcijumu posmatramo kao akcesorni pravni posao, onda na njega mogu da se primene kolizione norme koje određuju merodavno pravo za akcesorni pravni posao. U domaćem zakonodavstvu to je čl. 25 Zakona o rešavanju sukoba zakona, koji predviđa da se na akcesorni pravni posao, ako nije drugačije određeno, primenjuje pravo merodavno za glavni pravni posao.⁴³ U Nacrtu našeg novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu nalazi se slična odredba koja propisuje da se, ukoliko stranke nisu izabrale merodavno pravo, na akcesorni pravni posao primenjuje pravo merodavno za glavni pravni posao.⁴⁴ Treba napomenuti da u Prvoj rimskoj uredbi i

40 Z. Tang, *op. cit.*, 798.

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*, 799.

43 ZRSZ, čl. 25.

44 Nacrt ZMPP, čl. 156.

Interameričkoj konvenciji ne postoji izričita odredba koja se odnosi na pitanje određivanja merodavnog prava za akcesorni pravni posao. Izloženo rešenje je prema mišljenju autora ovog rada manje prihvatljivo zbog toga što ne postoji sigurnost da bi teorija o ugovoru o konzorcijumu kao akcesornom pravnom poslu bila priznata kao u potpunosti ispravna. Prema nekim mišljenjima, akcesorni pravni posao je onaj pravni posao koji je neraskidivo vezan za glavni pravni posao i pri tome deli njegovu pravnu sudbinu. Autor ovog rada je prikazao zbog čega smatra da akcesorni pravni posao može da bude i onaj pravni posao koji je neraskidivo vezan za glavni pravni posao, ali ne deli njegovu pravnu sudbinu (kao što je to slučaj sa ugovorom o konzorcijumu). Međutim, kako se primenom teorije o akcesornom pravnom poslu dolazi do istog rešenja kao i kada se određuje merodavno pravo na osnovu principa najbliže veze, ako je to veza sa merodavnim pravom za glavni ugovor (tj. u oba slučaja je merodavno pravo koje je merodavno za glavni ugovor), smatramo da forumi koji rešavaju sporove iz ovog ugovora ne moraju da uzmu u obzir teoriju o akcesornom pravnom poslu kao prihvatljivu.

Primeru radi, arbitražna praksa pokazuje da su u pojedinim slučajevima arbitri bili skloni da kao merodavno pravo u slučaju ugovora o konzorcijumu primene isto ono pravo koje je merodavno za glavni ugovor⁴⁵, dok su u drugim slučajevima smatrali da bez jasne indikacije koja bi ukazivala suprotno, nije primereno na ugovor o konzorcijumu primeniti isto pravo kao i na glavni ugovor, već je neophodno odrediti težište ugovornog odnosa i na osnovu toga odrediti merodavno pravo.⁴⁶

U prvom slučaju, ugovor o izvođenju radova je bio zaključen između *joint venture* entiteta X, koji se sastojao od francuskog privrednog društva A, njegove 100% ćerke-firme B i dva egipatska privredna društva C i D, sa jedne strane i egipatskog privrednog društva, sa druge strane. Ugovor se odnosio na izvođenje određenih građevinskih radova u Egiptu i izabrano je egipatsko pravo kao merodavno pravo. Kada se pojavio spor povodom određenih pitanja iz glavnog ugovora, francusko privredno društvo A i njegova ćerka-firma B, podneli su zahtev za arbitražu protiv egipatskog privrednog društva, naručioca posla. U međuvremenu, privredna društva A i B su raskinula ugovor o *joint venture*-u

45 ICC Case No. 5029, Interim Award of 16 July 1986.

46 ICC Case No. 3043, Award of 1978.

sa privrednim društvima C i D zbog neispunjavanja obaveza iz ugovora od strane ovih društava. U sporu koji je iznet na arbitražu tuženi je tvrdio da arbitražni sud nema nadležnost zbog toga što francuska privredna društva A i B nemaju aktivnu legitimaciju, s obzirom na to da nemaju posebno ovlašćenje od strane drugih članova *joint venture*-a. Kao merodavno pravo za pitanje aktivne legitimacije, arbitražno veće je odredilo egipatsko pravo, dakle, pravo koje je određeno kao merodavno za glavni ugovor, naglašavajući da pitanje da li jedan član *joint venture*-a može da pokrene arbitražni postupak u ime drugog člana, u slučaju kada je i drugi član takođe povezan sa ugovorom koji je predmet arbitražnog postupka, mora biti rešeno prema pravu koje je merodavno za osnovni ugovor (ugovor koji je predmet arbitraže).⁴⁷

Što se tiče drugog slučaja, kao izvođač u ugovoru o izvođenju određenih radova u Južnoj Africi, određen je konzorcijum koji je imao dva člana – južnoafričko privredno društvo i nemačko privredno društvo. Spor se javio povodom neispunjenja određenih ugovornih obaveza iz ugovora o konzorcijumu od strane nemačkog privrednog društva. Kako je u ugovoru o konzorcijumu utvrđena nadležnost međunarodnog arbitražnog suda Međunarodne trgovinske komore, prvo pitanje koje se pojavilo pred arbitražnim sudom bilo je pitanje merodavnog prava za ugovor o konzorcijumu. Iako je tužilac bio stava da je merodavno pravo za ugovor o konzorcijumu isto pravo koje je merodavno i za glavni ugovor, arbitražni sud je bio drugačijeg mišljenja. Naime, arbitražni sud je smatrao da ugovor o konzorcijumu ne sme da se posmatra kao akcesorni ugovor u odnosu na glavni ugovor o izvođenju radova, i da se bez eksplicitne indikacije koja bi ukazivala na suprotno, ne može smatrati da su stranke želele da podvrgnu ugovor o konzorcijumu istom onom pravu koje je merodavno za glavni ugovor. Jedan od razloga za ovakvo stanovište je i činjenica da su stranke u ovom slučaju odredile različite mehanizme za rešavanje sporova u glavnom ugovoru i u ugovoru o konzorcijumu. Da su odredile isti mehanizam za rešavanje sporova i u jednom i u drugom ugovoru, tada bi bilo opravdano primenjivati isto pravo na oba ugovora. Stoga se arbitražni sud okrenuo određivanju merodavnog prava na drugačiji način, ističući da se merodavno pravo u ovakvim situacijama mora odrediti primenom metoda centra, odnosno fokusa aktivnosti samog konzorcijuma, kako bi se odredilo njegovo „sedište“.⁴⁸

47 ICC Case No. 5029, Interim Award of 16 July 1986.

48 ICC Case No. 3043, Award of 1978.

Problem nastaje ukoliko u glavnom ugovoru nije određeno merodavno pravo. Tada je njega neophodno odrediti na osnovu objektivnih tačaka vezivanja, i to najčešće koristeći princip karakteristične obaveze. Prema tom pravilu, a posmatrajući glavni ugovor kao svojevrsan ugovor o delu između naručioca posla i konzorcijuma kao poslenika, moglo bi se doći do toga da je merodavno pravo u stvari pravo sedišta poslenika, odnosno sedišta konzorcijuma. Međutim, kako konzorcijum nema status pravnog lica, on nema sedište. Smatramo da bi u takvim situacijama trebalo kao sedište konzorcijuma posmatrati ili sedište nosioca konzorcijuma ili neko drugo mesto koje predstavlja težište ugovora o konzorcijumu. Na ovaj način, doduše, nastaje začarani krug zato što se postupak određivanja merodavnog prava vraća na određivanje merodavnog prava za sam ugovor o konzorcijumu i to koristeći princip najbliže veze, te je dovođenje u vezu sa glavnim ugovorom suvišno.

3. ZAKLJUČAK

Osnovni problem kada stranke nisu odredile merodavno pravo u ugovoru o konzorcijumu nastaje zbog toga što većina nacionalnih i međunarodnih izvora koji regulišu ovu problematiku ne daju izričito rešenje za određivanje merodavnog prava u odsustvu izbora za ugovor o konzorcijumu. Ovi izvori daju odgovor na uopšten način, dakle, za određivanje merodavnog prava u odsustvu izbora za sve vrste ugovora, pa se ta pravila mogu primeniti i na ugovor o konzorcijumu. Poteškoće nastaju zbog toga što je ugovor o konzorcijumu toliko specifičan da se pojedina pravila ne mogu sa lakoćom i nedvosmisleno na njega primeniti. Međutim, u ovom radu su dati neki predlozi kako bi se merodavno pravo moglo odrediti. Pre svega, forum koji rešava spor treba da pokuša da koristeći princip karakteristične obaveze iz ugovora odredi merodavno pravo. Jedan od načina koji se predlaže jeste da se karakteristična obaveza poistoveti sa težištem ugovornog odnosa i da pravo mesta gde se to težište nalazi postane merodavno. Druga opcija jeste da se kao dužnik karakteristične obaveze posmatra ona ugovorna strana čija je činidba opterećena većim rizikom. Drugi princip koji može da se koristi radi određivanja merodavnog prava jeste verovatno najčešće korišćeni, najmanje sporan i najsigurniji način putem određivanja prava najbliže veze. Može se reći da prilikom određivanja najbliže veze treba uzeti u obzir sve relevantne faktore poput sedišta ugovornih

strana, mesta pregovora, mesta zaključenja i ispunjenja ugovora, jezika ugovora, valute plaćanja, kao i bliske veze ugovora o konzorcijumu sa nekim drugim ugovorom (najčešće glavnim ugovorom zbog koga konzorcijum i nastaje) i najbližu vezu utvrditi sa bilo kojim od ovih faktora koji po značaju odnosi makar i minimalnu prevagu. Predlog autora bi bio da se posebna pažnja obrati na mesto izvršenja glavnog ugovora, odnosno ugovornih obaveza, ili na vezu sa merodavnim pravom za glavni ugovor, te da se u zavisnosti od okolnosti slučaja odredi neko od ovih prava kao merodavno. Takođe, jedan od predloga bi bio da se kao pravo najbliže veze odredi pravo sedišta nosioca konzorcijuma, kao najznačajnijeg i centralnog člana ugovora o konzorcijumu.

Treća mogućnost bila bi da se koristi osobina ugovora o konzorcijumu kao mešovitog ugovora, te da se u zavisnosti od aspekta ugovora (odnosno imenovanog ugovora poput ugovora o ortakluku, ugovora o nalogu ili ugovora o delu) u kojem spor nastane primenjuje ono pravo koje je merodavno za taj pojedinačni imenovani ugovor. Ovo rešenje je prema mišljenju autora ovog rada neprihvatljivo zbog toga što dovodi do problema u koji imenovani ugovor bi sporno pitanje trebalo svrstati, zatim zbog toga što je za pojedine imenovane ugovore u sastavu ugovora o konzorcijumu takođe teško odrediti merodavno pravo, i na kraju, zbog toga što bi u određenim situacijama došlo do cepanja ugovora i samim tim narušavanja materijalnog jedinstva ugovora.

Četvrta mogućnost je da se koristi teorija o ugovoru o konzorcijumu kao akcesornom pravnom poslu s obzirom na to da konzorcijum nastaje isključivo i samo radi izvršenja osnovnog pravnog posla, sa kojim samim tim postaje neraskidivo vezan. Tada će se na ugovor o konzorcijumu primenjivati isto ono pravo koje je merodavno za glavni pravni posao. Izloženo rešenje je manje prihvatljivo zbog toga što ne postoji opšta saglasnost o tome da li je ugovor o konzorcijumu akcesorni pravni posao i zbog toga što je ovo rešenje na izvestan način suviše jer dovodi do istog rezultata kao i metod najbliže veze kada se kao merodavno pravo za ugovor o konzorcijumu određuje pravo merodavno za glavni ugovor.

Na osnovu prethodno navedenog, može se zaključiti da za određivanje merodavnog prava za ugovor o konzorcijumu postoji nekoliko načina, međutim, nijedan nije dovoljno pouzdan, siguran i predvidiv za ugovorne strane. Stoga, s obzirom na specifičnost ove vrste ugovora i njegovu čestu primenu, neophodno bi bilo da se i u nacionalnim i u

međunarodnim izvorima koji regulišu ova pitanja, ugovor o konzorcijumu svrsta u pojedinačne ugovore za koje će zakonodavac unapred odrediti „pravo najbliže veze“, odnosno odrediti koje pravo će biti međunarodno ukoliko stranke nisu napravile takav izbor u svom ugovoru.

Bojana Ristić, LL.M.

APPLICABLE LAW TO CONSORTIUM AGREEMENT IN THE ABSENCE OF CHOICE

Summary

Consortium agreement, often used, but scarcely regulated type of contract, in the field of private international law raises an issue of determining applicable law in the absence of parties' choice of law for the particular contract. The aim of this paper is to make an overview of the solutions given in the positive law, doctrine and arbitration practice, in order to define those which are the most suitable for determining applicable law to consortium agreement. In conclusion, it is suggested that for this purpose the most appropriate is the principle of characteristic performance and close connection, followed by the principle of determining the applicable law to individual contracts which are part of the consortium agreement and finally, determining applicable law to this contract in view of its accessory nature.

Key words: *International contracts. – Consortium agreement. – Applicable law. – Absence of choice of law. – Close connection principle.*