

Владимир Павић

ПРОТИВТУЖБА И КОМПЕНЗАЦИОНИ ПРИГОВОР У АРБИТРАЖНОМ СПОРУ*

Пишање допуштајености противтужбе пред међународном провинском арбитражом је доскора углавном држало релативно једносавне формуле – анализе објективног домаћаја арбитражног споразума. У погледу компензационог приговора, границе допуштајености биле су мање јасне и углавном су зависиле од односа приговора и тужбеног захтева. Међутим, доношењем нових Швајцарских арбитражних правила, по први пут се иницијално проширује надлежности арбитраже у погледу компензационих приговора, и по томе да може захватити и оне приговоре који су предмет већ постојеће пророгационе или арбитражне клаузуле. У том случају постоји реална опасност да таква акција надлежности доведе до конфликта са судом или арбитражом чија је надлежност уговорена у погледу односа из кога иниције компензациони приговор. Постаје се питање домаћаја одлуке о компензационом приговору, као и могућности да арбитража примени правила о лимитацији како би избегла могућности иницијално конфликтних одлука.

Кључне речи: *Арбитража. – Противтужба. – Компензациони приговор. – Надлежност. – Лимитација. – Res judicata.*

Прошло је више од двадесет година од када је професор Познић у овом часопису анализирао противтужбу у арбитражном спору¹ и, десетак година касније, изнова разматрао тај проблем у оквиру питања домаћаја арбитражног споразума.² У обилу материје која се бави питањима грађанског процесног права и арбитражног права, оскудност домаће и стране литературе по овом

* Рад је израђен у оквиру пројекта Правног факултета у Београду: „Србија правна држава“. Аутор се овом приликом захваљује проф. Гаши Кнежевићу и проф. Тибору Варацију на коментарима које су упутили на радну верзију текста.

1 Познић Б: „Противтужба у арбитражном спору“, *Анали Правног факултета бр. 3–4*, 421–425.

2 Познић, Б: „Границе арбитражног споразума“, *Правни животи бр. 11–12* 1993, 1821–1840.

питању готово да изненађује. Понегде се овај проблем третира засебно, а понекад супсумира под шире питање објективног домаћаја арбитражне клаузуле. У сваком случају, питање допуштености и домаћаја противтужбе и компензационог приговора у арбитражном спору одскора је изнова актуелизовано, понајвише захваљујући недавном доношењу Швајцарских арбитражних правила.

У овом раду се анализира и, где је то могуће, баца ново светло на неколико питања. Ту је прво сам појам, односно разграничење противтужбе и компензационог приговора пред међународном трговинском арбитражом, даље, питање објективног домаћаја арбитражног споразума у погледу противтужби и компензационих приговора и, коначно, правнополитичке последице јасног одређивања према надлежности трибунала у погледу противтужби и компензационих приговора (онако како је то учињено у недавно донетим Швајцарским арбитражним правилима).

1. ПРОТИВТУЖБА И КОМПЕНЗАЦИОНИ ПРИГОВОР

1.1. Противтужба и компензациони приговор у поступку пред судом

Када се суочи са тужбом пред међународном трговинском арбитражом, тужени се, осим оспоравања самог тужбеног захтева, може бранити на још два начина. Један, условно речено „офанзивни“, био би подношење противтужбе, а други, „дефанзивни“, истицање компензационог приговора. Овакво разликовање важи и пред судовима, где се упоредноправно развило јасно разликовање противтужбе (*counter-claim*, *Widerklage*, *demande reconventionnelle*, *domanda riconvenzionale*) и компензационог приговора (*set-off*, *Processaufrechnung* (у Швајцарској *Verrechnung*), *compensation legale*, *eccezione di compensazione*).³

³ Јасно разграничење између противтужбе и компензационог приговора повукао је и Европски суд правде у својој пресуди у случају *Danvaern Production A/S v. Schuhfabriken Otterbeck GmbH & Co.* C-341-93. Можда једина земља у којој је ово разликовање донекле замућено јесу Сједињене Државе, у којима је појам компензационог приговора изостављен из федералних процесних прописа. Међутим, ово не значи да амерички судови стављају знак једнакости између противтужбе и компензационог приговора, нити да се не могу истицати захтеви који нису конексни са тужбеним захтевом тужиоца (Federal Rules of Civil Procedure, 13 (a-b), Wright, C., Miller A.: „Federal Practice and Procedure: Federal Rules of Civil Procedure Vol. 6“, 2. издање, St. Paul, 1990, стр. 1426.; *Inter-State National Bank v. Luther* 221 F.2d 382 (10th Cir. 1955), уз одређена ограничења у погледу стварне надлежности, *Federman v. Empire Fire & Marine Insurance Co.* 597 F.2d 798 (2nd Cir. 1979).

У поступку пред нашим судом тужени до закључења главне расправе може поднети противтужбу, ако је захтев противтужбе у вези са тужбеним захтевом, ако се ти захтеви могу пребити, или подноси противтужбу којом се тражи утврђење неког права или правног односа који условљава исход одлуке о тужбеном захтеву.⁴ Дакле, постоје три врсте противтужбе: конексна (везана за тужбени захтев тужиоца), компензациона (управљена на рашчишћавање међусобних дуговања тужиоца и туженог) и прејудисијелна (којом се тражи да изреком буде обухваћено решавање претходног питања).⁵

Компензациони приговор пред судом у току парнице има исту сврху као и компензациона противтужба – најчешће се не оспорава тврдња да тужичево потраживање постоји и да је доспело, већ се истиче приговор да се потраживање тужиоца угасило пребијањем са неким потраживањем које тужени има према тужиоцу.⁶ Ствари се даље компликују чињеницом да је у континенталним правним системима (укључујући и наш) компензација материјалноправног, а компензациони приговор процесноправног карактера.⁷ Потраживања се гасе једностраном изјавом воље дужника и то *ex tunc*, при чему није потребна никаква нарочита форма.⁸ С друге стране, компензациони приговор јесте парнична радња, па се узима да се потраживање гаси заправо одлуком суда, а не једностраном изјавом странке.⁹ Приговор не гаси потраживање, он ствара могућност да суд то учини својом конститутивном одлуком,¹⁰ примењујући одговарајуће меродавно материјално право.¹¹

4 Закон о парничном поступку, *Сл. Гласник РС* 125/04, чл. 192.

5 Познић Б., Ракић-Водинелић В.: „Грађанско процесно право“, 15. издање, Београд 1999, 352, Трива С.: „Грађанско процесно право“, 2. издање, Загреб 1972, стр. 354.

6 Алтернативно, тужени може истицати приговор условно. Док је грађанскоправна компензација условљена признавањем потраживања друге стране, процесна компензација може бити условна, односно може егзистирати као „резервна варијанта“ за случај да се утврди да тужилац заиста има потраживање према туженом. Овако Трива С., *ibid.*, стр. 352.

7 Rechberger W., – Simotta D. A., *Grundriss des Oesterreichischen Zivilprozessrechts*, Wien 1994, стр. 482. Berger, K. P.: „Set-off in International Economic Arbitration“, 15 *Arbitration International* 1999, 53–84, стр. 55. Иако је тзв. „законски компензациони приговор“ („statutory set-off“) процесног карактера у земљама common law система, његов коначни ефекат на главно потраживање сличан је као и у континенталном праву. Coester-Waltjen D. *ibid.*, стр. 37, Aeberli, P.: „Abatements, Set-Offs and Counterclaims in Arbitration Proceedings“, преузето са www.aeberli.co.uk/articles/setoff.pdf, стр. 4.

8 Закон о облигационим односима, чл. 336–338, слично у Немачкој, Холандији, Швајцарској, скандинавским земљама, Јапану и Кореји. Међутим, у Шпанији, Белгији и Француској пребијање се врши *ipso iure*. Видети Berger, K. P., *ibid.*, стр. 56.

9 Познић Б., Ракић-Водинелић В., *ibid.*, стр. 206, Трива С., *ibid.*, стр. 353.

10 Трива С.: стр. 351.

11 Тако, Heider M.: „Confidentiality of information in arbitral proceedings: Raising claims in arbitral proceedings for the purpose of set-off“, необјављено, рад за конференцију '20 Years UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration', Беч 2005, стр. 4.

Веома битна последица опредељења туженог за противтужбу или компензациони приговор јесте граница до које ће суд одлучивати. Компензациони приговор представља дефанзивно оруђе, „штит“,¹² и нужно је ограничен на висину тужбеног захтева. Стога се разматрању компензационог приговора приступа само уколико се утврди, барем делимично, постојање потраживања тужиоца. Уколико противпотраживање туженог премашује потраживање тужиоца, мериторна одлука обухватала би само потраживања до висине утврђеног потраживања тужиоца, па би за остварење вишка тужени морао да покрене нову парницу или поднесе противтужбу.¹³ У сваком случају, у компензационом приговору почиње да тече парница (што повлачи и правила о литиспенденцији), а сама одлука о постојању противпотраживања обухваћена је правном снагом.¹⁴

Разлике између противтужбе и компензационог приговора, са становишта исхода, најочигледније су у два ситуацијама. Прва је она у којој суд утврди да не постоји потраживање тужиоца. У том случају о противтужби би се ипак одлучивало, док компензациони приговор не би био ни разматран. У другој ситуацији противпотраживање туженог премашује потраживање тужиоца. У случају противтужбе, о противпотраживању ће бити одлучено у целисти, док у случају да је истакнут компензациони приговор (и утврђено постојање тужиоцевог потраживања) одлука суда неће обухватити „вишак“.

1.2. Противтужба и компензациони приговор пред арбитражом

1.2.1. Противтужба пред арбитражом

Пред арбитражом, међутим, противтужба може бити поднета само уколико потпада под објективни домаћај арбитражне клаузуле.¹⁵ Ово произилази из чињенице да се надлежност арбитраже базира на вољи странака, и да арбитража може одлучивати само

¹² Berger K.P., *ibid.*, стр. 60, Stooke v. Taylor (1880) 5 QBD 569.

¹³ Познић Б., Ракић-Водинелић В., *ibid.*, стр. 206–207, Трива С., *ibid.*, 353. ICC 5971, Coester-Waltjen D.: „Die Aufrechnung im Internationalen Zivilprozessrecht“ у Pruetting/Ruessmann (прир.) „Festschrift fuer Gerhard Lueke, Munich 1997, 35–49, стр. 37; BGH 20. 12. 1956., стр 23.

¹⁴ Овако Познић Б., Ракић-Водинелић В., *ibid.*, стр. 206., Трива С. *ibid.*, стр. 352–353. Наравно, на разматрање постојања противпотраживања прелази се само ако се утврди да постоји потраживање тужиоца.

¹⁵ Познић Б.: „Противтужба у арбитражном спору“, 421, Познић: „Границе арбитражног споразума“, 1824 et seq., Кнежевић Г.: „Међународна трговачка арбитража“, Београд 1999, стр. 49, Јакшић А.: „Међународна трговинска арбитража“, Београд 2003, стр. 269.

о оним питањима која су странке обухватиле арбитражном клаузулом или накнадним арбитражним споразумом.¹⁶

Пракса и теорија су јединствене у оцени да нема проблема у случајевима када се противтужба односи на исти правни однос (најчешће уговор) као и тужба.¹⁷ Имајући у виду да су арбитражни компромиси ређи него клаузуле и да је већина клаузула релативно широко постављена, у највећем броју случајева објективни домашај споразума ће покривати и евентуалне противтужбе и приговоре пребијања из истог односа. Питање конекситета овде не би требало да буде од великог значаја, како због проблематичности самог појма конекситета, тако и због практичних проблема у примени таквог стандарда.¹⁸

Међутим, могуће је да и у оваквим ситуацијама дође до конфузије у погледу тога да ли је противтужба пред арбитражом допуштена или није. Тако, на пример, уколико арбитражна клаузула предвиђа надлежност арбитраже (односно арбитражне институције) која има седиште у земљи туженог, поставља се питање да ли тужени може поднети противтужбу у својој земљи или арбитража у земљи тужиоца представља једино место где то може учинити.¹⁹ Значајан број арбитражних институција садржи одредбу којом изричито предвиђа сопствену надлежност и у погледу противтужби, уз услов да се противтужба базира на „истом арбитражном споразуму“, односно да се базира на „истом односу“.²⁰ Из овога следи да, ако институционална правила изричито упућују на одредбе арбитражног споразума, „сплит“ клаузула повлачи немогућност подношења противтужбе. Међутим, у случају да институционална правила садрже само одредбу о допуштености противтужбе, отвара се питање могућности дерогирања такве одредбе споразумом странака. Одговор на то може се дати тек након

16 Redfern A.-Hunter M.: „Law and Practice of International Commercial Arbitration“, 4. издање, Лондон 2004, стр. 295; Born G.: International Commercial Arbitration, 2. издање, Hague 2001, стр. 298 et seq., Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (прир. Gaillard E., Savage J.), The Hague 1999 (у даљем тексту „Fouchard Gaillard Goldman“), стр. 1222.

17 Lew J., Mistelis L., Kroll S.: „Comparative International Commercial Arbitration“, Kluwer 2003, 153, Јакшић А., *ibid.*, Једнако и UNCITRAL Arbitration Rules, члан 19.

18 Више о овом проблему видети у Познић Б.: „Границе арбитражног споразума“, 1825.

19 Познић Б.: „Противтужба у арбитражном спору“, стр. 423.

20 Члан 23 Правилника спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије, члан 15 Правила сталног изабраног судишта при Господарској комори Хрватске, члан 3(2), International Arbitration Rules of the American Arbitration Association, члан 7a Rules of Arbitration and Conciliation of the Vienna Arbitration Centre, члан 19(1) Commercial Arbitration Rules of the Japan Commercial Arbitration Association. Слично у погледу ICC арбитраже Derains Y., Schwartz, E.: „A Guide to the new ICC Rules of Arbitration“, Kluwer 1998, стр. 72.

одговарајуће анализе институционалних правила у целости, и у садејству са нормама *lex arbitri*.²¹

1.2.2. Компензациони приговор преко арбитраже

Питање домашаја арбитражне клаузуле представља ограничавајући фактор у разматрању коришћења противтужбе. Мада је напад најбоља одбрана, ако је јасно да противтужба не потпада под компетенције које трибунал има на основу споразума странака, тужени може да прибегне компензационом приговору. На овом месту терминологија постаје релативно униформна, пошто је *lingua franca* арбитраже енглески језик. Термин који се користи за противтужбу је „*counterclaim*“, а за компензациони приговор „*set-off*“. Међутим, у арбитражном поступку, често лишеном потребе да посеже за националним концептима и применом националног права, разлика између противтужбе и компензационог приговора често постаје врло нејасна. Тако се понекад констатује како је по противтужби извршено пребијање²², или се компензациони приговор назива „прерушеном противтужбом“.²³ Бергер примећује да су пред арбитражом противтужба и компензациони приговор „скоро у длаку исти“, да се често заснивају на сличној чињеничној подлози (међусобним потраживањима двеју страна), да су мотиви њиховог коришћења и циљ употребе слични, као и да често исходују сличне одлуке.²⁴

Међутим, овакве сличности су варљиве. Компензациони приговор је за туженог бољи утолико што се при његовом истицању најчешће не поставља питање објективног домашаја арбитражног споразума.²⁵ Пошто компензациона изјава може имати ефекта и мимо арбитраже, задатак трибунала је само да провери да ли се угасило потраживање тужиоца, ако је та чињеница спорна.²⁶ При том, ублажено је и питање ефеката компензационе изјаве у меродавном праву, с обзиром на то да се на могућност компензације

21 Познић Б., „Противтужба у арбитражном спору“, стр. 423–424, и коначно *in favorem compromissi* у погледу тадашњих правила Спољнотрговинске арбитраже при ПКЈ.

22 Hanotiau В., коментаришући ICC случај бр. 5801 у „Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts – Parties – Issues“ 18 *Journal of International Arbitration* (2001) 251–360, стр. 286.

23 Berger К. Р., *ibid.*, стр. 58.

24 *Ibid.*, стр. 54–58.

25 Међутим, члан 19(3) UNCITRAL Arbitration Rules предвиђа да тужени може истаћи противтужбу или компензациони приговор само уколико произилазе из истог уговора. У овом случају би једнострана изјава воље уступила пред процесном забраном компензирања – види Јакшић, *ibid.*, стр. 269, фуснота 1113.

26 Познић Б. „Границе арбитражног споразума“, стр. 1826.

арбитраже понекад позивају као на општи принцип међународног трговинског права.²⁷

С друге стране, озбиљно ограничење компензације као средства пред арбитражом представља чињеница да је лимитирана висином тужбеног захтева. Стога је домашај дејства компензационог приговора ограничен. Ако се тужени руководи искључиво процесном економијом, истицање компензационог приговора има мање смисла ако је противпотраживање веће од потраживања туженог. У том случају, наиме, тужени ће морати остатак свог потраживања да намири пред неким другим трибуналом или судом. Даље, иако конекситет најчешће није проблем који се јавља у погледу компензационог приговора, ситуација није тако јасна у случајевима када је потраживање које је предмет компензационог приговора обухваћено пророгационим споразумом или арбитражном клаузулом која предвиђа надлежност неке друге арбитраже.

Коначно, за разлику од компензационог приговора, трибунал ће се изјаснити о противтужби чак и када је тужба повучена. Противтужба, дакле, за разлику од компензационог приговора, има своју самосталну судбину, па је њена ефикасност ограничена успехом који тужилац постигне у погледу остварења свог тужбеног захтева.²⁸

2. НОВА ШВАЈЦАРСКА АРБИТРАЖНА ПРАВИЛА

Већ због саме чињенице да представља једну од омиљених „арбитражних дестинација“, Швајцарска представља јурисдикцију чија решења помно прате правници великог броја земаља. По питању надлежности у погледу компензационих приговора пред арбитражама, знатнијеља је више него оправдана. Већ дуже времена, решења швајцарских арбитража по овом питању више су него интересантна.

Почев од јануара 2004. године, правила шест институционалних швајцарских арбитража (Базел, Берн, Женева, Лозана, Лугано

27 Fouchard, Gaillard, Goldman, стр. 834, позивајући се, између осталог, и на ИСС случај бр. 3540. Бергер пак, разликује процесну допуштеност компензације за коју предвиђа меродавност *lex loci arbitri*, и право меродавно за меритум компензационог приговора, где заговара меродавност права према коме се меродавно за главно потраживање (оно које се пребија). Видети Berger K. P., *ibid.*, стр. 63. Нешто раније је и Бертрамс дошао до сличног закључка, одбацујући тзв. кумулативни приступ по коме би се допуштеност компензације процењивала истовремено по праву меродавном за оба потраживања. Видети Bertrams R.I.V.F.: „Set-off in Private International Law“ у „Comparability and Evaluation: in Honour of Dimitra Kokkini-Iatridou“, прир. Boele-Woelki, Grosheide F.W., Hondius E.H., Steenhoff G.J.W., The Hague 1994, стр 153–165.

28 Berger K. P., *ibid.*, стр. 60.

и Цирих) унифицирана су у погледу међународних спорова. Док су стара правила остала да важе у погледу домаћих арбитража, сада се бирањем једне од поменутих трговинских комора заправо бирају Швајцарска правила међународне арбитраже (Швајцарска правила), у доброј мери базирана на UNCITRAL арбитражним правилима.²⁹

Унификација се, међутим, често обавља мајоризацијом. Тако је једна од најконтроверзнијих одредница садржаних у правилима швајцарских трговинских комора успела да нађе своје место у новим Швајцарским правилима. Ради се о потврди одређења „*Le juge de l'action est le juge de l'exception*“³⁰ – принцип по коме трибунал треба да одлучи о свим средствима одбране која се истичу спрам тужбе. Овај принцип је пренесен у члан 21(5) Швајцарских правила, који гласи:

„Арбитражни трибунал ће бити надлежан да разматра компензациони приговор чак и када однос из кога приговор произилази не постоји под домаћом арбитражном клаузулом, или је предмет неког другог арбитражног или пророгационог споразума.“

Писци Швајцарских правила очигледно су били склони да начело процесне економије ставе на прво место. Ово је урађено, чини се на први поглед, на уштрб арбитражног „правила над правилима“ које налаже да се поштује воља странака изражена у арбитражном споразуму. Наиме, члан 21(5) налаже трибуналу да одлучи о компензационим приговорима из односа који су поверени другом трибуналу или суду. Поставља се неколико интересантних питања: да ли ово правило обавезно налаже трибуналу да заснује надлежност или му даје *могућност* да то учини; да ли „компензациони приговор“ ваља схватити у ужем или ширем смислу, те да ли се могу унапред предвидети ситуације у којима овакво правило ствара проблеме.

2.1. Дискреција и члан 21(5)

Иако је први рефлекс опрезног правника лимитирање домаћа овако „храбре“ одредбе, много разлога говори у прилог њене обавезне примене.

Прво, сам језик члана 21(5) сугерише императивност – „*shall have jurisdiction*“ а не, на пример „*may exercise*“ или „*may decide on*“. Даље, иако су Швајцарска правила базирана на UNCITRAL прави-

²⁹ Уводни део Швајцарских правила, тачка б).

³⁰ БГХЗ, 5. 5. 1959. Berger K. P., *ibid.*, стр. 72 наводи аргументе за овај став: ако је компензациони приговор материјалноправне природе (*Verrechnung, compensation legale*, etc.), он представља материјалноправно средство одбране (пошто оспорава постојање самог потраживања) и увек га треба допустити.

лима, она ипак остају швајцарска, а у континенталном праву одредбе о надлежности генерално нису подложне дискреционој оцени суда. Дакле, нема места доктрини *forum non conveniens*, осим ако евентуално швајцарски трибунал буде имао седиште у некој *common law* земљи, и такво правило успе да инкорпорира преко *lex arbitri*. Треће, третирање одредбе као дискреционе може се вратити као бумеранг – у поступку поништаја или признања одлуке суд може оценити да је непримењивањем члана 21(5) нарушено правило по коме поступак мора бити у складу са договором странака.³¹

Насупрот томе, већ поменута опрезност налаже нешто резервисанији став. Разлог је једноставан и веома убедљив – формулацијом члана 21(5) експлицитно се залази у домаћај других арбитражних клаузула или пророгационих споразума. Безрезервна примена члана 21(5) може довести до потенцијално конфликтних одлука двају арбитражних трибунала, са несагледивим последицама по процесну економију, која је наводни предмет заштите.

Уколико се пред швајцарском арбитражом истакне компензациони приговор из потраживања које је веће од потраживања тужиоца, а при том је и предмет неког другог арбитражног споразума, сасвим је могућа ситуација у којој швајцарски трибунал утврди да оба потраживања постоје. Трибунал ће онда утврдити да су потраживања пребијена, а затим ће тужени покушати да остатак свог потраживања намири пред другим арбитражним трибуналом.

Опције другог трибунала су сужене. Како сам по себи један арбитражни трибунал није везан одлуком другог,³² стратегија тужиоца (туженог пред швајцарском арбитражом) биће да се позове на швајцарску одлуку као на *res judicata*, а како арбитражни трибунал не може о признању одлучити као о претходној ствари, мораће да застане са поступком и сачека крај поступка признања. У случају успешно окончаног признања, биће обавезан изреком швајцарског трибунала (која утврђује постојање и висину противпотраживања), па ће се други трибунал претворити у „продужену руку“ швајцарској. Друга арбитража ће заправо аминovati одлуку прве. У случају да суд одбије признање одлуке, отвара се могућност да друга арбитража установи пуну јурисдикцију и одлучи о потраживању у целости (игноришући одлуку швајцарског трибунала).

Ситуација је још компликованија уколико обе арбитраже истовремено одлучују о противпотраживању. На пример, истовремено са истицањем приговора пред швајцарском арбитражом, тужилац покрене другу арбитражу са захтевом да она утврди да противпотраживање не постоји. Чак и уколико се узме да би

³¹ NYC, etc.

³² Redfern A. – Hunter M., *ibid.*, стр. 460.

арбитража „позајмила“ одредбе о литиспенденцији из *lex arbitri*, исход истицања приговора литиспенденције је неизванстан. На основу принципа Kompetenz-Kompetenz, могућност да арбитража оцени своју надлежност независно од става суда (или арбитраже) увек оставља могућност да та перцепција буде у раскораку са перцепцијом других релевантних тела (судова, арбитража).

Искључива надлежност домаћег правосуђа представља разлог за одбијање приговора литиспенденције. Арбитражни споразум установљава искључиву надлежност трибунала. Ово значи да би приговор литиспенденције био одбијен. Међутим, овакво резоновање било би превише једноставно. Швајцарски трибунал такође заснива надлежност на основу арбитражног споразума. Разлика је у томе што је његова надлежност мање јасно дефинисана, с обзиром на то да члан 21(5) оставља могућност коју други трибунали немају – а то је да задре у надлежност других арбитражних институција и судова. Поставља се питање да ли накнадно уговарање швајцарске арбитраже за неки споразум значи да су странке прихватиле и могућност да члан 21(5) захвати и њихове раније арбитражне и провагационе клаузуле.

2.2. Противтужба „на мала врата“?

Како изгледа да ни најбоље намере не воде нужно унапређењу процесне економије, поставља се питање да ли је то могуће пречицом, тј. проширивањем дејства члана 21(5) тако да укључи и противтужбу. Резон је следећи: ако већ постоји могућност конфликтних одлука двају трибунала, боље је одмах одлучити о свему. Ако је противпотраживање веће него потраживање тужиоца, боље је спречити одлазак пред другу арбитражу по „вишак“ и касније компликације, те одмах допустити противтужбу, макар она била и из невезаног односа који је предмет другог арбитражног споразума.

Мане овог приступа су очигледне. Прво, ово би подразумевало тумачење члана 21(5) *contra legem*. Швајцарска правила јасно разликују противтужбу и компензациони приговор,³³ и у неколико чланова експлицитно набрајају и једно и друго. Члан 21(5), међутим, говори само о компензационом приговору. Следи да Правила јасно избегавају „замућивање“ границе између ова два појма.³⁴ Друго, ова одредба је изузетак од UNCITRAL арбитражних правила на којима се Швајцарска правила базирају. Изузетак је намеран, али га ваља тумачити уско.

³³ Нпр. чланови 3(9), 3(10), 19(3) Швајцарских арбитражних правила.

³⁴ Међутим, у свом раду изложеном на 12. Хрватским арбитражним данима (децембар 2004, необјављено), Pierre Karger ову могућност примене одредби члана 21(5) и на противтужбе оставља отвореном (Karger P.: „Arbitration under the Swiss Rules of Arbitration in Switzerland and Elsewhere“, стр 6.)

Коначно, хроничари процеса доношења Правила сугеришу да су састављачи управо желели да подвуку разлику између чисто дефанзивног приговора и противтужбе, која би морала да потпада под арбитражни споразум. Иако су постојале жеље да се и противтужба укључи у члан 21(5), „сматрало се да је неопходно постићи баланс између права тужених да се бране и поштовања других арбитражних клаузула“.³⁵

Чак и ако би се наведени разлози игнорисали, на чисто практичном плану ова идеја не би успела. Наиме, проширење домашаја члана 21(5) и на противтужбу успело би само у случајевима када суд утврди постојање оба потраживања и одлучи и о једном и о другом. У свим осталим случајевима процесна економија се не би унапредила. Непријатан пропратни ефекат била би перцепција корисника арбитражних услуга да је, без обзира на то што је између истих страна закључено више арбитражних споразума који покривају различите уговоре, довољно да једна од њих тужи пред швајцарском арбитражом, па да дође до непредвиђене атракције надлежности. У крајњој линији, екстензивно тумачење члана 21(5) би арбитражну одлуку могло отворити и на напад да је одлучивано *extra petita*.³⁶

2.3. Домашај члана 21(5)

Члан 21(5) Швајцарских правила, као што је већ речено, не представља апсолутну новину у свету арбитраже. Међутим, оно што је била особеност поступка при појединим швајцарским трговинским коморама, сада на „велика врата“ улази у унификована правила. Поставља се питање да ли ова унификација даје додатни кредибилитет афирмацији идеје о широкој надлежности у погледу компензационог приговора. Могу ли се предвидети ситуације у којима ће овај члан бити више или мање прикладан?

Најпре, у ситуацијама у којима није пророгирана надлежност другог суда или арбитраже, могућност конфликта је сведена на минимум. Вероватноћа нежељених компликација расте са појавом два кључна фактора: први је постојање пророгационог или арбитражног споразума који покрива однос из кога настаје компензациони приговор. Додатни фактор компликовања је висина противпотраживања. Уколико је оно веће од тужиоачевог потраживања, аргумент процесне економије постаје бесмислен.

³⁵ Peter W., ASA 22 Special Series (2004), стр. 9.

³⁶ Заправо напад да је арбитражни суд одлучио преко надлежности коју су му повериле странке (у овом случају, опсег надлежности одређује и члан 21(5) као део правила о којима су се странке споразумеле). Од овога ваља разликовати *ultra petita* одлучивање, дакле одлучивање преко тужбених захтева изнесених пред трибунал.

Два сценарија се издвајају као посебно илустративна. Први је иницирање поступка по другој арбитражној (односно пророгационој) клаузули ради наплате остатка противпотраживања. Друга ситуација је она у којој обе арбитраже (односно арбитража и суд), паралелно одлучују о противпотраживању. Дакле, ради се о проблемима *res judicata* дејства арбитражних одлука и литиспенденције пред међународном трговинском арбитражом.

2.3.1. Одлука о компензационом уриџовору као *res judicata*

Res judicata доктрину познају сви правни системи. Додуше, постоје значајне разлике у начину на који ти системи разликују домашaj дејства тзв. позитивних и негативних аспеката *res judicata*, као и начина на који се овај концепт уплиће у поступак. Тако *res judicata* у континенталним системима обухвата углавном само диспозитив, док се у *common law* системима овај ефекат проширује и на *ratio decidendi*.³⁷ Такође, *common law* системи познају и „*estoppel*“, односно процесне преклузије које се могу односити на неки тужбени захтев (*cause of action estoppel*) или чињенично или правно питање (*issue estoppel*), чиме се спречава да се неко позива на одређена права или оспорава њихово постојање уколико су већ утврђена судском одлуком.³⁸

Међутим, без изузетка, одлука суда једне земље постаје *res judicata* у другој, само ако та одлука успешно прође покушај признања. Право земље признања одлучиће о томе који ће бити обим домашaja *res judicata*. У нашем случају, стране судске одлуке се уподобљавају,³⁹ што значи да ће *res judicata* дејство стране одлуке на нашој територији обухватати само њен диспозитив.

У случају арбитраже, међутим, поставља се питање да ли страна одлука мора да прође формални поступак признања у земљи седишта арбитраже да би за њу представљала *res judicata*. На ово се надовезује и питање да ли арбитража треба да буде везана схватањем домашaja *res judicata* који усваја право земље седишта арбитраже. Што се тиче самог признања, без обзира на међународни карактер арбитраже, она мора бити везана одлукама које су признали судови земље седишта арбитраже. У недостатку таквог признања, не постоји разлог да арбитража узме у обзир одлуку

³⁷ Али не и на *obiter dictum*. Међутим, у Француској, Швајцарској, Белгији и Холандији се сматра да је потребно имати увид и у *ratio decidendi* да би се схватио домашaj диспозитива одлуке. Види детаљније „*Res Judicata and Arbitration*“, Interim Report, International Law Association, 2004, Berlin Conference, стр. 15.

³⁸ Ово такође обухвата ствари утврђене и у *ratio decidendi*, али не и у *obiter dicta*, *ibid.* стр. 7.

³⁹ Члан 86 (1) ЗМПП; Варади Т., Бордаш Б., Кнежевић Г., *ibid.*, стр. 531.

другог суда, укључујући и чињеничну грађу и правни резон на којој се заснива. Што се тиче домаћаја *res judicata*, у пракси су се појавили случајеви где су арбитражни трибунали примењивали схватања земље седишта арбитраже⁴⁰ или меродавног материјалног права⁴¹ на питање опсега дејства друге арбитражне одлуке.

Ако се све ово узме у обзир, одлука о компензационом приговору коју донесе швајцарска арбитража обавезиваће другу арбитражу (која треба да одлучи о остатку противпотраживања) само ако је та одлука призната у земљи седишта арбитраже. Изрека арбитражне одлуке обично ће садржати утврђивање постојања и висине противпотраживања, те се питање домаћаја дејства *res judicata* обично неће постављати као додатни проблем.

2.3.2. Паралелно одлучивање о компензационом приговору

Члан 21(5) отвара могућност и да се о противпотраживању паралелно расправља пред два трибунала (истовремено пред две арбитраже, односно пред швајцарском арбитражом и неким про-рогираним судом). Најинтересантнија је, наравно, ситуација у којој арбитраже одлучују паралелно, па се намеће питање да ли правила о литиспенденцији имају своје место и пред арбитражом, или се пак, арбитражно испитивање сопствене надлежности обавља без узимања у обзир поступака пред другим органима.

Новија пракса швајцарских судова говори у прилог схватању по коме арбитража треба да примени *lis pendens* правила свог седишта.⁴² Инспирацију за увођење правила литиспенденције пред арбитражом суд је нашао у томе да пред њима већ делује принцип *res judicata*, који има донекле сличне циљеве.⁴³ Најинтересантнији аспект ове анализе увек ће бити испитивање индиректне надлежности органа пред којим се у иностранству води поступак.

Услови за оцену индиректне надлежности варирају од система билатерализације⁴⁴ до либералног становишта по коме инди-

40 ICC случај 2745/2762 (1977), наведено у ICC Collection of Awards 1974–1985, Pariz 1990, стр. 326.

41 ICC случај 3267 (1984).

42 *Fomento de Construcciones y Contratas S. A. v. Colon Container Terminal S.A.*, одлука Швајцарског Врховног суда од 14. маја 2001, енглески превод у *ASA Bulletin* 2001, стр. 505 et seq. Швајцарски Врховни суд је стао на становиште да арбитражни трибунал не може просто да се закљони иза чињенице да постоји арбитражни споразум, те да јавни поредак налаже избегавање двоструке литиспенденције. Позив на јавни поредак овде је заиста необичан, с обзиром на то да се на литиспенденцији пази по приговору странке, а не по службеној дужности.

43 Oetiker C., *The Principle of Lis Pendens in International Arbitration: The Swiss Decision of Fomento v. Colon*, 18 *Arbitration International* Vol. 2 (2002), стр. 137–145, стр. 139 et seq.

44 Нпр. члан 26 швајцарског ЗМПП.

ректна надлежност постоји увек када није повређена искључива надлежност домаћег органа.⁴⁵ Међутим, чак и ако арбитражни трибунал поступи на овај начин, тј. „преузме“ из *lex arbitri* норме о литиспенденцији, поставља се питање да ли надлежност поверену му арбитражним споразумом треба да третира као искључиву?⁴⁶ Ако трибунал стане на такво становиште, следе паралелни поступци.

Логика искључиве надлежности налаже да се не обраћа пажња на надлежност другог трибунала (арбитраже). У ситуацији када се наспрам швајцарске арбитраже налази пророгирани суд, од суда не треба очекивати било какву флексибилност. Ако се, пак, с друге стране налази још један арбитражни трибунал, поставља се питање начина решавања конфликта њихових надлежности.

Једно решење јесте да оба трибунала своју надлежност третирају као „конкурентно искључиву“ или „релативно искључиву“.⁴⁷ Иако су ти изрази у неку руку *conradictio in adjecto*, домашај члана 21(5) реално оба трибунала ставља у једнак положај, тј. оба су, са свог становишта, искључиво надлежна по одговарајућим арбитражним споразумима, да одлуче о противпотраживању. Тако странка која прва покрене питање противпотраживања (аналогно случају „сплит клаузула“) заправо коначно установљава трибунал који је искључиво (без резерви) надлежан да одлучи о том питању.

Друго, решење би било остати при становишту да је надлежност поверена арбитражним споразумом искључива, али истовремено анализирати временски след закључивања арбитражних клаузула, тј. дати предност оној арбитражној институцији чија је надлежност касније уговорена. Ово решење је превише упрошћено, пошто се накнадним уговарањем швајцарске арбитраже није заправо дерогирала првобитно уговорена надлежност, већ је на одређени начин створена могућност да се надлежности преклопе.⁴⁸

45 Овако члан 89 нашег ЗМПП, упоредно видети ближе у Варади Т., Бордаш Б., Кнежевић Г.: „Међународно приватно право“, Нови Сад 2001, стр. 533, убрајајући у ову групу и мађарско, турско и француско право.

46 F. Perret наводи овакву одлуку једног арбитражног трибунала у „Parallel Actions Pending before an Arbitral Tribunal and a State Court: The Solution under Swiss Law“, 336.

47 Овај израз коришћен је у нешто другачијем контексту у: Варади Т., Бордаш Б., Кнежевић Г., *ibid.*, стр. 489.

48 Liebscher С.: „The Healthy Award“, The Hague 200, стр. 431, критикује решења која подразумевају скривање иза „имплицитне воље странака“. Међутим, решење које Liebscher нуди је да се компензациони приговор допусти увек када га допушта „меродавно материјално право“ (овај термин се користи без даљег прецизирања).

3. ЗАКЉУЧАК

Проблем противтужбе, нарочито компензационог приговора пред међународним трговинским арбитражама, има своје специфичности у односу на дејство ових парничних радњи пред судом. Кључна разлика састоји се у томе да је установљавање надлежности арбитража у односу на противтужбу и компензациони приговор компликованије, с обзиром на то да се обавезно поставља и питање објективног домашаја арбитражног споразума. Док надлежност суда води атракцији поступака који би се евентуално могли покренути пред другим месно надлежним судовима, услове за атракцију теже је испунити пред арбитражом.

У таквој ситуацији, додатна промоција „швајцарског правила“, по коме суд може одлучивати и о компензационим приговорима који су предмет других арбитражних или пророгационих клаузула, чини се као веома ризикантан потез. При одлучивању о сопственој надлежности, арбитраже се ослањају на демаркацију компетенција садржаних у арбитражним споразумима. Свака арбитража ће водити рачуна само о својој надлежности. У случају да постоји сумња око тачне границе те надлежности, домашај другог арбитражног споразума или пророгационе клаузуле често може представљати важну индикацију тачке где се надлежности преклапају или додирују. Међутим, члан 21(5) Швајцарских правила управо налаже трибуналу да се на такву индикацију не обазире и да игнорише домашај конкурентских арбитражних и пророгационих клаузула.

Циљ оваквог решења јесте унапређење процесне економије. Међутим, швајцарски арбитражни трибунал неће имати дискреционо право да не прихвати надлежност у поводу компензационог приговора. Правило је строго, јасно и неизбежно. Прокламовани циљ ефикасности ипак ће често бити у великој опасности, нарочито ако постоји арбитражни или пророгациони споразум који обухвата противпотраживање, те ако странка против које је противпотраживање истакнуто користи сва расположива средства и аргументацију како би у погледу противпотраживања установила пуну надлежност експлицитно пророгираног суда или арбитраже.

Иако члан 21(5) није новина, његова промоција у новим Швајцарским арбитражним правилима није најсрећнији потез. Упркос угледу и значају швајцарских арбитража, тешко је очекивати да се одредба сличне садржине појави у будућим националним законима о арбитражи или институционалним правилима.

Vladimir Pavić

CONTERCLAIM AND SET-OFF IN ARBITRATION

Summary

Until recently, admissability of counterclaims before international commercial arbitrations has been treated in accordance with a relatively simple formula – one had to ascertain the objective scope of the arbitration agreement. With regard to set-off, however, admissability threshold has been less clear and was mostly dependant on relation between the main claim and set-off. Newly promulgated Swiss Arbitration Rules have, for the first time, enabled potential broadening of arbitral jurisdiction over set-off claims, enabling Swiss tribunals to adjudicate even those set-offs that are already subject to another arbitration clause or forum selection clause. This might lead to a potentially dangerous situation where such attraction of jurisdiction might lead to a conflict with another tribunal or court which has expressly been designated as competent with regard to relations which give rise to set-off. This triggers later dilemmas with regard to the reach of decisions on set-off and the possibility that the tribunal applies *lis pendens* rules in order to avoid conflicting decisions.

Key words: *Arbitration. – Counterclaim. – Set-off. – Jurisdiction. – Lis pendens. – Res judicata.*