

Dr Jelena Vukadinović Marković*

NAKNADA ŠTETE KAO POSLEDICA POVREDE UGOVORA O ARBITRAŽI

Apstrakt

Pokretanjem postupka o rešavanju spora pred nacionalnim sudom za koji postoji punovažan arbitražni ugovor, može nastati za jednu od ugovornih strana šteta. Prilikom odlučivanja o postojanju i obimu štete postavljaju se pitanja nadležnosti suda i arbitražnog tribunala, njihov međusobni odnos, merodavno pravo po kome će se šteta tumačiti kao i obim zahtevane naknade.

U tom smislu, rad je podeljen na tri dela. U prvom delu ćemo se baviti ugovorom o arbitraži čijom povredom dolazi do štete, drugi deo rada je posvećen međusobnom odnosu nadležnosti arbitražnog i sudskog tribunala dok je treći deo posvećen merodavnom pravu kod odlučivanja o nastaloj šteti i njenoj naknadi.

Ključne reči: arbitražni ugovor, šteta, privremena mera, nadležnost, merodavno pravo.

1. Ugovor o arbitraži kao osnov nadležnosti arbitražnog tribunala

Učesnici međunarodnih poslovnih odnosa mogu saglasnošću svojih volja ugovoriti nadležnost arbitražnog tribunala kao načina rešavanja spora koji je nastao (kompromis) ili koji će tek nastati (kompromisorna klauzula). Punovažan ugovor o arbitraži (kompromis, kompromisorna klauzula) je neophodan uslov, *conditio sine qua non*, za pokretanje postupka rešavanja sporova pred izabranim tribunalom. Po načinu nastanka i neophodnim uslovima za punovažnost koji se odnose na sposobnost, saglasnost, osnov, formu i kauzu, arbitražni sporazum je ugovor materijalno pravne prirode koji proizvodi određene procesne posledice¹. Procesni karakter ugovora se ogleda u kreiranju nadležnosti arbitraže kao mehanizma za rešavanje spora². U tom smislu, ugovor o arbitraži je sličan

* Naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu. mail: jelena_vuk83@yahoo.com

¹ V. J. Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd 1998.

² Više o arbitraži kao mehanizmu za rešavanje sporova v. G. Knežević, V. Pavić, *Arbitraža i adr*, Beograd 2010, 20.

ugovorenoj prorogacionoj nadležnosti suda³, jer oba ugovora sadrže pozitivno i negativno obećanja ugovornih strana. Pozitivno obećanje se odnosi na obavezu da se spor reši pred tačno određenim sudom tj. tribunalom, dok je negativno obećanje usmereno na uzdržavanje (nezapočinjanje) postupka pred nekim drugim tribunalom (sudom)⁴.

Drugim rečima, arbitražni ugovor proizvodi pozitivni i negativni *Kompetenz-Kompetenz*⁵. Pozitivna strana pravne fikcije *Kompetenz-Kompetenz* ogleda se u pravu arbitražnog tribunala da odlučuje o postojanju arbitražnog ugovora i svojoj nadležnosti za rešavanje spora iz arbitražnog ugovora. Negativna strana se odnosi na uzdržavanje nacionalnih sudova od uspostavljanja nadležnosti sve dok postoji punovažni arbitražni ugovor. Iako ne postoji jedinstveni stav o tome da li sudovi moraju da se uzdrže od rešavanja sporova iz arbitražnog ugovora ukoliko arbitražni tribunal nije konstituisan⁶, jasan stav postoji da su sudovi dužni da ustuknu pred nadležnosti arbitražnog tribunala konstituisanim arbitražnim ugovorom⁷.

Pored ugovaranja arbitraže, učesnici međunarodnih poslovnih odnosa imaju mogućnost da se putem sporazuma o mesnoj nadležnosti (prorogaciona klauzula) saglase da im spor reši sud koji po Zakonu⁸ nije mesno nadležan ili jedan od dva ili više nadležnih sudova⁹. Svoje optiranje za određeni sud stranke u parničnim stvaima iskazuju u prorogacionoj klauzuli koja je sadržana u odgovarajućem materijalnopravnom ugovoru ili u prorogacionom sporazumu koji predstavlja zasebni, posebni, ugovor odvojen od glavnog (materijalnopavnog) ugovora. Prorogaciona klauzula se ugovora za spor koji će tek nastati, dok je prorogacioni sporazum usmeren na spor koji je nastao. Po svojim osnovnim obeležjima, čini se da je arbitražni sporazum dosta sličan, ako ne i identičan prorogacionom sporazumu. Kršenje prorogacionog ugovora,

³ Više v. T.Varadi, B. Bordoš, G. Knežević, V. Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2012, 493-495.

⁴ A. Briggs, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford University Press, Oxford 2008.

⁵ Više o razlici između Competence- Competence i Kompetenz-Kompetenz v. J. Vukadinović, *Uloga arbitrabilnosti u procesu rešavanja sporova pred međunarodnom trgovinskom arbitražom*, doktorska teza, Beograd 2016., 68.

⁶ V. H. Alvarez, "Autonomy of International Arbitration Process" in L. Mistelis, J. Lew, (eds.) *Pervasive problems in international arbitration*, Kluwer, 2006, 119.

⁷ Više o različitim modalitetima negativnog efekta Kompetenz-Kompetenz u nacionalnim pravima, J. Grawes, "Court Litigation Over Arbitration Agreements: Is It Time for a New Default Rule?" *23 Am. Rev. of Int'l Arb.*, Vol. 23, no. 113, 2012, 5.

⁸ Zakon o parničnom postupku, "Sl. Glasnik RS", br. 72/2011, 49/2013- odluka US, 74/2013- odluka US, 55/2014, 87/2018 i 18/2020.

⁹ Čl. 65 Zakona o parničnom postupku

podnošenjem tužbe sudu za kog stranke nisu sporazumom optirale, povlači pravo na naknadu štete oštećenoj strani iz prorogacionog ugovora¹⁰. Zahtev za naknadu štete se u međunarodnoj sudskoj praksi smatra opravdanim i dozvoljenim¹¹.

U takvoj situaciji, opravdano se postavlja pitanje važe li ista pravila o naknadi šteti i prilikom povrede arbitražnog ugovora? Kako je arbitražna odluka, a samim tim i arbitražni postupak u svom meritumu izjednačen sa sudskom odlukom, ista pravila bi trebalo da važe i za kršenje arbitražnog ugovora. Drugim rečima, ukoliko jedna od ugovornih strana arbitražnog ugovora pokrene postupak pred nacionalnim sudom, strana koja je oštećena (tužena strana) ima pravo na naknadu štete koju trpi jer je druga strana prekršila dato obećanje. Razlozi zbog kojih je došlo do kršenja arbitražnog ugovora mogu se tražiti u razmišljanju strane koja je prekršila ugovor da za spor za koji je pokrenula postupak ne postoji arbitražni ugovor (bilo da nije pokriven klauzulom bilo da mu nedostaje neki od uslova punovažnosti) ili, pak, u mišljenju da će se spor koji se vodi pred izabranim (forum shopping)nacionalnim sudom rešiti na povoljniji način po njega¹².

Ukoliko se oštećenoj strani prizna pravo na naknadu štete, dalje, se postavlja pitanje pred kojim forumom (sudskim ili arbitražnim) stranka može isticati zahtev za naknadu i koja vrsta štete je u pitanju. Ova ali i pitanje merodavnog prava po kom će se zahtev razmatrati predstavljaju predmet istraživanja ovog rada.

2. Odnos arbitražne i sudske nadležnosti- Pravni izvori i praksa

Arbitražno i sudsko rešavanje sporova stoje jedno pored drugog ali ne i jedno iznad drugog u mehanizmu rešavanja sporova. Prevlast sudske nadležnosti se može osetiti tek u postupcima priznanja i izvršenja donetih arbitražnih odluka. Iz tog razloga, odnos arbitražne i sudske nadležnosti mora na jasan način biti regulisan kako nezadovoljna stranka ne bi mogla „ kreativnim tumačenjem“

¹⁰ V. odluku nemačkog vrhovnog suda III ZR 42/19 iz 2019.godine, dostupno na : Der Bundesgerichtshof - Presse : Pressemitteilungen - Schadensersatzanspruch bei Verletzung einer Gerichtsstandvereinbarung durch Klage vor einem US-amerikanischen Gericht, 5.7.2021.

¹¹ V. između ostalih stav suda u odluci *Starlight Shipping Company v Allianz Marine & Aviation Versicherungs AG* [2014] EWCA Civ 1010.

¹² G.D. Brown, “The Ideologies of Forum shopping - Why Doesn't a Conservative Court Protect Defendants?” *North Carolina L. Rev.* Vol. 71, 1993, 649; K. J. Norwood, “Shopping for a Venue: The Need for More Limits on Choice” *Univ. of Miami L. Rev.* vol. 50,1996, 305; M. Scherer, “Damages as a Sanction for Commencing Court Proceedings in Breach of an Arbitration Agreement”, *Kluwer Arbitration Blog*, 21 February 2014, 1.

narušiti tok arbitražnog postupka¹³. Mnoga nacionalna pravila koja uređuju arbitražno rešavanje sporova, bilo da su sadržana u kodifikacijama ili čine posebne zakone, na jasan način regulišu pitanje odnosa arbitraža i sudova predviđajući intervenciju sudova u arbitražni postupak samo u izuzetnim, tačno navedenim okolnostima. Ostavljajući po strani, intervenciju suda u formiranju, prvenstveno, ad hoc arbitraža kao i pomoći u izvođenju dokaza¹⁴, pažnju ćemo usmeriti na odnos suda i arbitraže u početnoj, inicijalnoj fazi započinjanja postupka. Postupak rešavanja spora započinje podnošenjem tužbe nadležnom tribunalu (sudu ili arbitraži). Nakon toga, arbitražni tribunal ispituje postoji li punovažan arbitražni ugovor kao osnov nadležnosti za rešavanje spora. S druge strane, sud svoju nadležnost ispituje samo ukoliko postoji prigovor od strane stranke u postupku. Prema Zakonu o arbitraži Republike Srbije¹⁵, sud kome je podneta tužba u stvari koja je predmet sporazuma o arbitraži oglašava se nenadležnim i odbacuje tužbu po prigovoru stranke koji mora da bude podnet pre upuštanja u raspravljanje o predmetu spora, osim ako utvrdi da je sporazum o arbitraži očigledno ništav, da je bez dejstva ili da ga nije moguće izvršiti¹⁶. Srpski zakonodavac se ovakvom formulacijom opredelio za *prima facie* analizu arbitražnog ugovora, čime se priklonio pravilima predviđenim Model zakonom¹⁷. Drugim rečima, sud se može oglasiti nadležnim samo ako su manjkavosti arbitražnog ugovora očigledne.

U međunarodnim poslovnim odnosima, vođenje arbitražnog postupka regulisano je, između ostalog brojnim nacionalnim pravilima kao i pravilima arbitražnih institucija¹⁸. Postupak priznanja i izvršenja donete arbitražne odluke predmet je regulisanja Njujorške konvencije koja na uniformni način predviđa uslove za odbijanje priznanja i izvršenja. U čl. 2, stav 3 Konvencije predviđeno je da sud države ugovornice kome je podnet na rešavanje spor po nekom pitanju o kome su stranke zaključile ugovor, uputiće stranke na arbitražu, na zahtev jedne od njih, osim ako ustanovi da je taj ugovor prestao da bude valjan, da je bez dejstva ili nepodoban za primenu. Ostavljena je volja potpisnicima ove konvencije na koji način će ceniti punovažnost arbitražnog ugovora. Ukoliko postoji punovažan arbitražni ugovor, nacionalni sud pred kojim je postupak pokrenut u obavezi je da uputi strane arbitražnog ugovora na postupak pred arbitražnim tribunalom¹⁹. Na taj način sud sprečava zloupotrebu forum shopping

¹³ G. Knežević, V. Pavić, 125.

¹⁴ V. Čl. 16, 17, 46 Zakona o arbitraži Republike Srbije.

¹⁵ Zakon o arbitraži, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006.

¹⁶ Čl. 12 Zakona o arbitraži.

¹⁷ V. čl. 8 UNCITRAL Model zakona.

¹⁸ ICC Arbitration Rules, Pravilnik o Stalnoj Arbitraži pri Privrednoj komori Srbije.

¹⁹ V. čl. 2 st. 3 Njujorške konvencije.

i sankcioniše ponašanje strane koja se ogлуšila o postojanju arbitražnog ugovora.

Otpočinjanje postupka pred sudom umesto pred ugovorenom arbitražom, moguće je na dva načina. U mnogim nacionalnim sistemima²⁰ dozvoljeno je da stranka koja smatra ugovor o arbitraži ništavim ili nepostojećim, deklaratornom tužbom zahteva od suda da utvdi da li je arbitražni sporazum ništav ili da nije zaključen. Prema Zakonu o arbitraži, ovakva vrsta tužbe nije dozvoljena u srpskom pravu. Drugi način otpočinjanja postupka za rešenje merituma spora pred sudom je podnošenje tužbe od strane ugovorne strane arbitražnog ugovora koja smatra da je ugovor o arbitraži manjkav ili da će povoljniji rezultat ishodovati pred nacionalnim sudom.

Pitanje se postavlja da li je moguće u isto vreme voditi sudski i arbitražni postupak? Do ove situacije može doći ako sud i arbitražni tribunal smatraju da imaju nadležnost za rešavanje konkretnog spora. Tako će na primer, pred sudom postupak pokrenuti strana iz arbitražnog ugovora čime će prekršiti arbitražni sporazum, dok će pravdu pred arbitražom potražiti oštećeni (druga strana arbitražnog ugovora). Oštećena strana iz arbitražnog ugovora koja smatra da trpi štetu time što je druga strana pokrenula postupak pred sudom pored postojanja punovažnog arbitražnog ugovora, može osporavati sudsku nadležnost pozivajući se na arbitražni ugovor, zahtevajući obustavu sudskog postupka donošenjem privremene mere. Pitanje koje je od zanjaja za naučnu polemiku jeste ko i protiv koga može donositi privremene mere?

Privremena mera obustave paralelno pokrenutog sudskom postupka (anti-suit injunctions) predstavlja adekvatno rešenje (meru opreza- kaznenu meru) kojom se onemogućava strani koja čini deo arbitražnog ugovora da pravdu potraži pred sudom. Dok je sa ovom merom anglosaksonski pravosudni sistem upoznat, kontinentalni sudovi ne gledaju blagonaklono na ovu vrstu sankcije²¹. Njihovom mišljenju ide u prilog i stav Evropskom suda pravde (u daljem tekstu ESP) koji je nizom odlukom zauzeo stav da donošenje privremene mere usmerene na obustavu paralelno pokrenutog sudskog postupka nije u skladu sa Briselskom uredbom o nadležnosti i priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka²².

²⁰ Čl. 1032(2) nemačkog Zakona o parničnom postupku i čl. 32(2) engleskog Zakona o arbitraži.

²¹ V. više stav nemačkog suda u predmetu Case 3 VA 11/95 *Re the Enforcement of an English Anti-Suit Injunction* (1997) OLG Dusseldorf I.L.Pr. 320.

²² Uredba (EU) br. 1215/2012 Evropskog parlamenta i Veća od 12. decembra 2012.o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, *Službeni list EU*, L 351/1.

Sud pravde Evropske unije je u predmetu *Gassel*²³ raspravljao o paralelnom vođenju sudskih postupaka među državama članicama Evropske unije. Sud je pozivajući se na Briselsku uredbu istakao da ukoliko je postupak pokrenut pred nekim od nacionalnih sudova Unije, svaki sledeći nacionalni sud se mora oglasiti nenadležnim u korist prvog pred kojim je postupak pokrenut, osim u slučaju ekskluzivne nadležnosti drugog suda²⁴.

O konkurentnoj nadležnosti između arbitražnog tribunala i nacionalnog suda Sud pravde EU je odlučivao u slučaju u *West Tankers*²⁵. Između engleske i italijanske strane postojao je prethodno zaključen arbitražni ugovor kojim su predvideli nadležnost *ad hoc* arbitražnog tribunala sa sedištem u Londonu i englesko pravo kao merodavno. Italijanska strana iz arbitražnog ugovora pokrenula je postupak pred nacionalni sudom Italije. Druga ugovorna strana arbitražnog ugovora, se obratila sudu u Londonu sa zahtevom za prekid postupka u Italiji pozivajući se na postojanje arbitražnog ugovora. Engleski sud prve instance je doneo privremenu meru kojom je naložio obustavu sudskog postupka u Italiji. Na takvu odluku, italijanska strana je uložila žalbu apelacionom sudu. Ceo slučaj je došao do Doma Lordova Engleske koji se obratio Sudu pravde zahtevom za prethodno odlučivanje postavljajući pitanje da li je odluka o prekidu sudskog postupka doneta od strane jednog suda usmerena na postupak koji se vodi pred drugim sudom suprotna odredbama Briselske uredbe ako je osnov za prekid postupka postojanje arbitražni ugovor. Bitno je istaći da prema engleskom

²³ C-116/02 *Erich Gasser GmbH v MISAT Srl* [2003] ECR I-1469, dostupno na : showPdf.jsf (europa.eu).

²⁴ Vid. tačku 2 Odluke i čl. 21 Briselske Uredbe.

²⁵ Case C-185/07 *Allianz SpA, formerly Riunione Adriatica di Sicurtà SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.*, (2009) 1 AC 1138. Front Comor, brod koji pripada West Tankersu Inc. (u daljem tekstu: West Tankers) i koji je uzeo u zakup Erg Petrolu (u daljem tekstu: Erg Petrolu), ošteti je u avgustu 2000. u Sirakuzi pristanište koje pripada Erg Petroliju. Na ugovor o zakupu primenjivalo se englesko pravo i u njemu se nalazila klauzula kojom je u slučaju spora predviđena arbitraža u Londonu. Erg Petrolu obratio se svojim osiguravačima Allianz SpA (u daljnjem tekstu: Allianz) i Generali Assicurazioni Generali SpA (u daljem tekstu: Generali), kako bi dobio naknadu štete u visini osiguranog iznosa, dok je za preostali deo protiv West Tankersa u Londonu pokrenuo arbitražni postupak. Nakon što su na temelju polisa osiguranja Erg Petroliju isplatili naknadu štete koju je to društvo pretpelo, osiguravači su Tribunalu di Siracusa (Italija) na temelju subrogacije podneli tužbu protiv West Tankersa za regresiranje iznosa koje su isplatili Erg Petroliju. West Tankers istakao je prigovor nenadležnosti tog suda zbog postojanja arbitražnog sporazuma. Budući da je sedište arbitraže bilo u Londonu, West Tankers pokrenuo je postupak pred engleskim sudovima kako bi izdali „antisuit injunction“ kojim se Allianz i Generaliju istovremeno zabranjuje pokretanje bilo kog postupka osim arbitraže i nastavak postupka pokrenutog pred Tribunale di Siracusa.

pravu, privremena mera prekida postupka može biti donete kako bi se sačuvala jurisdikciona klauzula (ne mogu dva paralelna sudska postupka biti vođena), kako bi se ispoštovao arbitražni ugovor, ili da bi se sprečilo pokretanje i vođena nezakonitog sudskog postupka van granica Engleske. Drugim rečima, stranci za koju su *in personam* nadležni engleski sudovi, privremenom merom se nalaže da ne podnese određene zahteve, da u njima ne istraje, da od njih odustane ili da preduzme potrebne radnje kako bi okončala ili suspendovala postupak koji je u toku pred nacionalnim ili arbitražnim sudom ustanovljenim u stranoj državi²⁶.

U slučaju *West Tankers*²⁷, ESP je donošenje privremene mere od strane suda posmatrao u svetlu očuvanja arbitražnog ugovora²⁸, istakavši, međutim, da je donošenje privremene mere o obustavi sudskog postupka protivno Briselskoj uredbi čak iako kao osnov ima punovažna arbitražni ugovor²⁹. Sud je dodao da se dotičnim „*antisuit injunction*“ krši pravo nacionalnog suda da sam odluči je li nadležan za odlučivanje u sporu koji je pred njim pokrenut, te da je stoga protivan načelu uzajamnog poverenja između sudova država članica i da tužitelju koji arbitražni sporazum smatra ništavim, nepovredivim ili neizvršivim onemogućava pristup nacionalnom sudu³⁰.

Odluka doneta u predmetu *West Tankers* predstvalja samo produžetak zauzetog stava ESP u slučaju *Turner*³¹ da u evropskom pravosudnom sistemu nema mesta donošenju privremene mere kako iz razloga očuvanja arbitražnog ugovora tako i zbog sprečavanja pokretanja i vođenja postupka iz loše namere. Pomak je pak načinjen prilikom tumačenja odredbi Briselske uredbe o materijalnom domašaju primene Uredbe pošto su do tada sudovi odbijali da raspravljaju o nadležnosti arbitraže i arbitražnom sporazumu, pozivajući se na isključenost arbitraže iz Uredbe. Uredba u čl.1, tačka 2, aleja d, jasno predviđa da se ne odnosi na arbitražu, ali je u ovom slučaju ESP raspravljao o

²⁶ Engleski sudovi mogu biti nadležni za osobu *in personam* jer se ona nalazi na području Engleske i Wallea ili zbog činjenice da je potpisala klauzulu kojom se utvrđuje nadležnost engleskih sudova. V.T. Raphael, *The AntiSuit Injunction*, Oxford University Press, Oxford 2008., pasus 1.05.

²⁷ Case C-185/07 *Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v West Tankers Inc.*, E.C. R. 2009 I-00663.

²⁸ V. A. Giannakoulis, H. Meidanis, *Allianz SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 10 February 2009, *CML Rev.* 2009, Vol.56, Issue 5, 1710.

²⁹ V. tač.26. odluke. Isto J. Grierson, Comment on *West Tankers Inc. v. RAS Riunione Adriatica di Sicurta S.p.A.* (The Front Comor), *Journal of International Arbitration*, Volume 26(6), 2009, 891 – 899.

³⁰ V. tač.30, 31. Odluke Suda pravde.

³¹ Case C-159/02, *Turner v. Grovit*, 2004 E.C.R. I-3565.

posledicama punovažnog arbitražnog ugovora na evropski pravosudni sistem, navodeći da zbog ostvarenja ciljeva ujedinjavanja pravila o sukobu nadležnosti u građanskim i trgovačkim stvarima kao i slobodno kretanje odluka u tom području, da pitanje primene arbitražnog sporazuma, uključujući i pitanje njegove valjanosti, takođe ulazi u područje primjene Briselske uredbe³².

Iako je stav Evropskog suda pravde bio da nacionalni sudovi ne mogu donositi naloge kojima bi prekidali sudske postupke zarad očuvanja poverenje pretočenog u arbitražnom ugovoru, mišljenja smo da bi prihvatanjem ovog shvatanja vodilo urušenju poverenje u arbitražni način rešavanja sporova koji postoji paralelno sa sudskim načinom, a koje je kao takvo priznato međunarodnim izvorima. U tom smislu, ističemo mišljenje Opšteg pravobraonice (u daljem tekstu OP) u slučaju *Gasprom*³³, Nacionalni sud Litvanije je uputio zahtev za

³² Tač.26 Odluke u slučaju *Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v West Tankers Inc.*

³³ Case C-536/13, *Gazprom OAO v Lietuvos Respublika*. Lietuvos dujos AB (u daljem tekstu: Lietuvos dujos) je deoničko društvo litvanskog prava čija se privredna delatnost sastoji od kupovine plina od „Gazproma“ OAO (u dalnjem tekstu: Gazprom) (Ruska Federacija), njegovog transporta i distribucije u Litvaniji kao i otpremanja plina prema području Kalinjingrada u Ruskoj Federaciji. Deoničari Lietuvos dujosa bili su nemačko društvo E.ON Ruhrgas International GmbH, rusko javno poduzeće Gazprom i Republika Litvanija. U okviru deoničarskog ugovora postojala je arbitražna klauzula koja je predviđala nadležnost arbitraže sa sedištem u Stokholmu koja bi eventualne sporove rešavala po pravilniku Arbitražnog instituta Stockholmske privredne komore. Ministarstvo energetike Litvanije podnelo je tužbu protiv Lietuvos dujosa nacionalnom sudu Litvanije. Tom je tužbom Ministarstvo energetike tvrdilo da su interesi Republike Litvanije kao deoničara Lietuvos dujosa bili povređeni, jer su se izmenama dugoročnog ugovora o plinu neopravdano favorizovali interesi Gazproma, u smislu da cena po kojoj je Lietuvos dujos kupovao plin od Gazproma nije bila pravična. Smatrajući da je tom tužbom povređena arbitražna klauzula sadržana u članu 7.14. deoničarskog sporazuma, Gazprom je Arbitražnom institutu Stockholmske privredne komore 29. avgusta 2011. podneo zahtev za arbitražu protiv Ministarstva energetike i od Arbitražnog suda zatražio da Ministarstvu energetike naloži da povuče tužbu koju je podneo litvanskom sudu. Dana 31. jula 2012. Arbitražni sud uspostavljn u predmetu V (125/2011) doneo je arbitražnu odluku kojom je delimično prihvatio Gazpromov zahtev. Arbitražni sud smatra da je postupkom koji je Ministarstvo energetike pokrenulo pred nacionalnim sudom delimično povređena arbitražna klauzula sadržana u deoničarskom sporazumu. Stoga je Ministarstvu energetike naložilo da odustane od nekoliko zahteva koje je podnelo sudu i da jedan od tih zahteva preinači, kako bi se njime poštovala obaveza koju je preuzelo Ministarstvo energetike, a to je da se sporovi koji ulaze u područje primene deoničarskog sporazuma podvrgnu arbitraži. S druge strane, nacionalni sud odlučio je da je nadležan za postupanje po toj tužbi i da ona prema litvanskom pravu ne može biti predmet arbitraže. Lietuvos dujos podneo je protiv te odluke žalbu apelacionom sudu Litvanije, dok je Gazprom pokrenuo postupak pred istim sudom zahtevajući od njega priznanje i izvršenje arbitražne odluke na temelju Njujorške konvencije iz 1958. Apelacioni sud je odlučio odbiti priznanje

prethodno pitanje ESP tražeći od Suda da se izjasni da li se arbitražna odluka može kvalifikovati kao privremena mera (*antisuit injunction*), s obzirom na to da je njome Ministarstvu energetike Litvanije naloženo da odustane od određenih zahteva koje je postavilo pred litvanskim sudom. Prema mišljenju Opšteg pravobranioca arbitražna odluka je slična privremenoj meri kojom se stranci nalaže da ne podnese određene zahteve, da u njima ne istraje, da od njih odustane ili da preduzme potrebne radnje kako bi okončala ili suspendovala postupak koji je u toku pred nacionalnim ili arbitražnim sudom ustanovljenim u stranoj državi. AG je smatrao da doneta arbitražna odluka obavezuje stranu na koju je usmerena te da ta strana mora povući deo zahteva pred sudom koji su već raspravljani pred arbitražom³⁴. Pored ovog, Opšti pravobranilac istakao je da je arbitražna odluka doneta na osnovu arbitražnog ugovora izuzeta iz Briselske uredbe, te da njeno priznanje i izvršenje treba ceniti jedino u svetlu Njujorške konvencije³⁵. Drugim rečima, nacionalni sudovi će odlučivati o sporu

arbitražne odluke, jer tribunal nije bio ovlašćen odlučivati o pitanju koje je već postavljeno i koje je već ispitivao nacionalni sud, a koji je svojom odlukom presudio da spor nije arbitrabilan prema litvanskom pravu. Gazprom je zahtevao ukidanje odluke apelacionog suda i donošenje nove odluke kako bi bio prihvaćen njegov zahtev za priznanje i izvršenje arbitražne odluke. Ministarstvo energetike zahtevalo je da ta žalba bude odbijena na temelju člana V. Stav 2. tačke (b) Njujorške konvencije iz 1958., tvrdeći da arbitražna odluka predstavlja „*antisuit injunction*“ i da bi njeno priznanje i izvršenje bilo protivno Uredbi Brisel I kako ju je Sud tumačio u presudi Allianz i Generali Assicurazioni Generali. U tim okolnostima nadležni vrhovni sud Litvanije je odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu pravde zahtev za prethodno odlučivanje sa sledećim pitanjima:

1. Ima li sud države članice, kad arbitražni sud izda ‚*antisuit injunction*‘ i time stranci zabrani podnošenje određenih zahteva sudu države članice koji je nadležan za odlučivanje o meritumu građanskog predmeta prema pravilima o nadležnosti Uredbe br. 44/2001, pravo odbiti da prizna takvu odluku arbitražnog suda, s obzirom na to da ona ograničava njegovo pravo da sam odluči je li nadležan za odlučivanje u predmetu prema pravilima o nadležnosti iz Uredbe br. 44/2001?
2. Ako je odgovor na prvo pitanje potvrđan, primenjuje li se isto kada ‚*antisuit injunction*‘ koji je izdao arbitražni sud nalaže stranci u postupku da ograniči svoje zahteve u predmetu koji se vodi u drugoj državi članici, a sud te države članice nadležan je za odlučivanje u tom predmetu prema pravilima o nadležnosti iz Uredbe br. 44/2001?
3. Može li nacionalni sud, u nastojanju da zaštiti nadređenost prava Unije i punu delotvornost Uredbe br. 44/2001, odbiti priznati odluku arbitražnog suda ako ta odluka ograničava pravo nacionalnog suda da odluči o vlastitoj nadležnosti u predmetu na koji se primenjuje Uredba br. 44/2001?“

³⁴ V. tač. 67. Mišljenja OP.

³⁵ Tač. 71 i 72 Mišljenja OP. Prema revidiranoj verziji Briselske uredbe iz 2012. godine, čl. 12 zajedno sa čl. 73 (stav 2) predviđeno je da ova Uredba ne utiče na primenu Njujorške konvencije. To praktično znači da su iz Uredbe isključeni svi postupci u kojima se osporava valjanost arbitražnog sporazuma.

iz arbitražnog ugovora tek kad utvrdi da je arbitražni ugovor ništav³⁶. OP je predložio sledeći odluku : „Uredbu Veća (EZ) br. 44/2001 od 22. decembra 2000. godine o sudskoj nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima treba tumačiti na način da ne obavezuje sud države članice da odbije priznati i izvršiti „antisuit injunction“ koji je izrekao arbitražni sud.“ Drugim rečima, Uredbu treba tumačiti na način da joj nije protivno to da sud jedne države članice prizna i izvrši, ili odbije priznati i izvršiti, arbitražnu odluku kojom se stranci zabranjuje podnošenje određenih zahteva sudu te države članice, s obzirom na to da ta uredba ne uređuje priznavanje i izvršenje arbitražne odluke.

Kako se u slučaju *Gasprom*, Evropski sud pravde oglašavao po pitanju privremene mere donete od strane suda a ne od arbitraže, propuštena je prilika da je ESP izjasi o kompatibilnosti mere obustave sudskog postupka od strane arbitraže sa odredbama Briselske uredbe. Tumačeći mišljenje opšteg pravobranioca i odluku Suda, smatramo da nije nezakonito donošenje privremene mere obustave sudskog postupka od strane arbitražnog tribunala.

I nakon svih odluka donetih od strane Evropskog suda pravde, jasnog odgovora na pitanje paralelne nadležnosti između nacionalnog i arbitražnog tribunala još uvek nema, te ne postoji ni ujednačen stav teoretičara oko donošenja privremene mere o obustavi sudskog postupka zbog postojanja arbitražnog ugovora. Mišljenja smo da je neophodno dopustiti donošenje naloga / privremene mere o obustavi sudskog postupka koji je pokrenut ako postoji punovažani arbitražni ugovor. Kako je nacionalnim sudovima poverena uloga čuvara pravnog poretka i poverenja u pravosudni sistem neophodno im je dati pravo da radi očuvanja poverenja u arbitražni postupak donesu odgovarajuće privremene mere. Ovo se naročito odnosi na pravne sisteme kontinentalne pravne tradicije.

3. Šteta i postupak za naknadu štete

Pokretanjem postupka za rešavanja spora iz ugovora o arbitraži, pred nacionalnim sudom tužilac izaziva određenu štetu drugoj ugovornoj strani arbitražnog ugovora (u daljem tekstu oštećeni). Takva vrsta štete ogleda se u troškovima koje je oštećena strana trpela pokretanjem postupka pred sudom³⁷. U ove troškove ubrajaju se troškovi odgovora na tužbu, prevođa, putovanja, kao i svaki drugi materijalni izdatak koji je uzrokovan pokretanjem sudskog postupka.

³⁶ V. tač. 12, Mišljenja OP. V. isto S. Lacey, “Are anti-suit injunctions back on the menu? The AG’s opinion in *Gazprom*” *Kluwer Arbitration Blog*, 16 December 2014.

³⁷ V odluku Singapurskog apelacionog suda *Tjong Very Sumito and others v Antig Investments Pte Ltd* [2009] 4 SLR(R) 732.

Cilj naknade prouzrokovane štete je da se oštećeni vrati u stanje koje je postojalo pre prouzrokovanja štete³⁸. Švajcarski federalni sud je otišao korak dalje i potvrdio odluku donetu od strane arbitražnog tribunala po kojoj oštećena strana ima pravo na naknadu štete za svaki naknadni izdatak koji je posledica povrede arbitražnog ugovora od strane štetnika³⁹. Cilj ovakve odluke je da liši stranu koja je povredila arbitražni ugovor svake ekonomske dobiti koju bi eventualno imala povredom ugovorne obaveze.

Oštećeni može postupak za naknadu štete pokrenuti pred sudom pred kojim je postupak pokrenut od strane štetnika. Međutim, takvo činjenje povlači da je stranka prihvatila nadležnost suda i upustila se u raspavu. Samo izuzetno, strana koja nije osporila nadležnost nacionalnog suda može zahtevati naknadu štetu pred sudom⁴⁰. Oštećena strana u postupku za naknadu štete može zahtevati nadoknadu troškova prigovora nenadležnosti, troškova koje za sobom nosi upuštanje u parnicu (žalba, protivužba), troškovi advokata, troškovi veštačenja i sl.

Postupak za nadoknadu štete mogao bi se pokrenuti i pred arbitražnim tribunalom, nakon što je osporena nadležnost nacionalnog suda⁴¹. U tom smislu bi se o ovom pitanju više raspravljalo kao sporednom, a ne glavnom zahtevu postupka⁴². U postupku, CMA CGM SA v. Hyundai Mipo Dockyard Co Ltd, arbitri tribunal sa sedištem u Londonu je našao da je jedna od strana arbitražnog ugovora prekršila ugovor i pokrenula postupka pred sudom Francuske. U postupku priznanja odluke, Engleski sudovi su priznali pravo arbitrima da raspravljaju šta bi se desilo da do povrede ugovora nije došlo, odnosno, koju štetu je oštećena strana pretrpela time što je druga strana povredila ugovor.

³⁸ V. čl. 154 Zakona o obligacionim odnosima; R. Stone, J. Devenney, *The Modern Law of Contract*, Routledge 2015., 156; N. Sievi, "The Availability of Damages in the European Union for Breach of the Arbitration Agreement", *Dispute Resolution Journal*, 2011, 58.

³⁹ Odluka Švajcarskog vrhovnog suda 4A_232/2013 od 30 Septembra 2013 o odluci MTK arbitraže između proizvođača iz Engleske i distributera iz Grčke.

⁴⁰ K. Takahashi, "Damages for Breach of a Choice-of-Court Agreement: Remaining Issues" *Yearbook of Private International law*, Vol. 11, 2009, 73–105. Oštećena strana može imati valjane razloge da se ne pojavi pred sudom (na primer ukoliko time rizikuje da bude uhapšena, ukoliko joj je onemogućen pristup sudu u stranoj državi, ukoliko je očigledno da će postupak pred stranim sudom biti vođen nezakonito).

⁴¹ P. D. Friedland, K. Brown, "A Claim for Monetary Relief for Breach of Agreement to Arbitrate as a Supplement or Substitute to an Anti-Suit Injunction" in A. J. Van Den Berg (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics?* ICCA Congress Series 2006 Montreal Vol. 13 Kluwer Law International, 276.

⁴² T. Landon, S. Schnyder, "Remedies for Breach of the Arbitration Agreement – Dealing with Parties That Try to Circumvent Arbitration", *The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration*, 2015, 7-9.

Postupak naknade štete mogao bi biti pokrenut pred arbitražnim tribunalom i pre nego što je sud doneo odluku o nepostojanju nadležnosti za vođenje postupka povodom spora iz arbitražnog ugovora. Problem bi mogao nastati u paralelnom vođenju postupka za naknadu štete pred tribunalom i sudom čime bi suštinski problem bio iznalaženje najpogodnijeg načina za nadoknadu pretrpljene štete. Pitanje postojanja prava na obeštećenje ne bi trebalo da bude predmet diskusije⁴³.

U postupku o naknadi štete, sudije i / ili arbitri su suočeni i sa pitanjem merodavnog prava. Prema kom pravu će se odlučivati o naknadi štete?

Ukoliko o šteti odlučuje sud, pravila su jasna. Sud će odluku o postojanju i visini štete ceniti prema pravilima sedišta suda (lex fori). Kod arbitraže, pravo koje će se primeniti zavisi od prihvatanja određene teorije o pravnoj prirodi arbitražnog ugovora.

Prema procesnoj teoriji o pravnoj prirodi ugovora o arbitraži, jedini cilj ovog sporazuma je postojanje jurisdikcionog osnova za nadležnost arbitražnog tribunala. Prema zagovornicima ove teorije, ugovor o arbitraži ne stvara međusobna prava i obaveze između ugovornih strana, pa samim tim za štetu koja je nastala kršenjem ugovora pravni osnov se ne može tražiti u arbitražnom ugovoru. Drugim rečima, ugovor o arbitraži stvara samo procesne ali ne i materijalno pravne posledice⁴⁴.

S druge strane, postoje autori koji ugovor o arbitraži posmatraju isključivo kao ugovor materijalno pravne prirode. Ovakva vrsta ugovora stvara međusobna prava i obaveze pa kršenje preuzetih obaveza stvara osnov za naknadu štete drugoj ugovornoj strani⁴⁵.

Mišljenja smo da ugovor o arbitraži treba posmatrati kao ugovor materijalno pravne prirode koji proizvodi određene procesne posledice. Ugovorna priroda arbitražnog sporazuma zahteva da strane sporazuma poštuju preuzete obaveze jer u suprotnom oštećena strana može tražiti naknadu pretrpljene štete. Procesni karakter ugovora odleđa se u derogaciji sudske nadležnosti i kreiranju nadležnosti arbitražnog tribunala⁴⁶.

U postupku odlučivanja o naknadi štete kao posledici povrede arbitražnog ugovora, konkurenta su četiri pravna sistema koja se mogu primeniti. 1) Pravo izabrano od stana ugovornih strana kao nadležno za arbitražni ugovor 2) pravo

⁴³ P. Jaroslavsky, Damages for the breach of an arbitration agreement: is it a viable remedy?, dostupno na: Damages_for_the_breach_of_an_arbitration (1).pdf, 23.6.2021.

⁴⁴ V. B. Berger, F. Kellerhals, *International Arbitration in Switzerland*, Sweet & Maxwell, 2010, 112.

⁴⁵ Više o zagovornicima ugovorne prirode arbitražnog ugovora v. S. Gabriel, Chapter 13, Part XII: Damages for Breach of Arbitration Agreements” in M. Arroyo (ed.) *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide*, Kluwer Law International, 1475 – 1476.

⁴⁶ P. Jaroslavsky, 26.

sedišta foruma 3) principi međunarodnog arbitražnog prava, 4) pravo glavnog ugovora.

Mišljenja smo da bi pravo koje se primenjuje na ugovor o arbitraži trebalo da bude najprikladnije pravo po kojem bi se razmatralo pitanje postojanja i naknade štete kao posledica povrede ugovora o arbitraži. Međutim, ugovorne strane retko ugovaraju pravo koje se primenjuje isključivo na arbitražni ugovor a koje je različito od prava koje se primenju na glavni ugovor (*lex causae*).

Ukoliko bi se prihvatilo da se o postojanju i visini štete odlučuje po pravilima sedišta foruma ili opštih pravnih principa time bi se u odlučivanje o glavnoj stvari uveo još jedan pravni sistem različit od onog koji se primenjuje na spor iz ugovora. S druge strane, teško je zamisliti da sud u postupku odlučivanja o nastaloj šteti primenjuje drugo pravo od prava sedišta suda. Isti princip bi se mogao primeniti i na arbitražni tribunal jer bi se uvođenjem još jednog pravnog sistema arbitri stavili u nezavidnu situaciju upoznavanja sa novim pravnim sistemom.

Podvođenjem zahteva za naknadu štete pravilima kojima je regulisan glavni ugovor čini se najjednostavnijim jer se tada zahtev za štetu izjednačava sa „ostalim zahtevima“ nastalim kao posledica povrede preuzetih ugovornih obaveza.

Kako ne postoji jedinstveni stav u pravnoj teoriji i praksi koje pravo bi bilo merodavno za odlučivanje o postojanju štete, ovo je pitanje ostavljeno na procenu arbitrima i sudijama u postupcima povodom povrede arbitražnog ugovora.

4. Zaključak

Pitanje naknade štete koja je nastala zbog povrede ugovor o arbitraži povlači niz teoretskih i praktičnih pitanja koja se između ostalog odnose i na pravo oštećene strane da pokrene postupak naknade štete, konkurentne nadležnosti sudskog i arbitražnog tribunala da o tom pravu raspravlja kao i pitanje prava koje je merodavno za pokrenuti postupak. Jasno razgraničenje između arbitražne i sudske nadležnosti od vitalne je važnosti za rešavanje ovog pitanja. U radu se zalažemo da sudovi i arbitražni tribunali donose privremene mere prekida i obustave postupka koji se vode pred sudovima u slučaju da postoji punovažni arbitražni ugovor. Time bi se sačuvala pravna sigurnost i poverenje strana arbitražnog ugovora.

* * *

DAMAGES FOR BREACH OF AN ARBITRATION AGREEMENT

Summary

Resolving a dispute regarding a valid arbitration agreement before a national court may cause damages to one of the contracting parties. Determining the existence and scope of these losses raises questions pertaining to the jurisdiction of the court and the arbitration tribunal, their interrelationship, applicable law in assessing the losses as well as regarding the amount of compensation requested.

This paper, therefore, comprises three parts. The first discusses the arbitration agreement whose violation results in damages. The second examines the jurisdictional relationship between the arbitral and court tribunal. The third explores applicable law in the assessment and calculation of damages.

Key words: arbitration agreement, damages, anti-suit injunction, jurisdiction, applicable law.