

Prof. dr. sc. Alan Uzelac *

UDK 347.918.2(497.5)

ARBITRABILNOST aktualno uređenje i neka otvorena pitanja u hrvatskom pravu

U radu se obrađuju pitanja arbitrabilnosti sporova po hrvatskom pravu, posebno sporova o nekretninama, u slučaju otvaranja stečajnog postupka, te neka ograničenja u domaćim sporovima ratione personae. Autor zaključuje da značajne promjene u zakonskom uređenju trebaju stanovito vrijeme da bi bile prihvaćene i da bi se ustalile u praksi, koja ima svoju prirodnu inerciju. Zbog elemenata institucionalne memorije i jurisprudencijske inercije potrebno je prilikom oblikovanja zakonskih rješenja osobitu pozornost posvetiti jasnoći i potpunosti.

I. UVOD

Povodom zahtjeva za priznanjem i ovrhom arbitražnog pravorijeka u predmetu Ovr-3101/07-15, Trgovački je sud u Zagrebu ukinuo rješenje

Dr. sc. Alan Uzelac, redoviti profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.

Ovaj rad inspiriran je suradnjom u sklopu rada na izbornom kolegiju poslijediplomskog sveučilišnog (doktorskog) studija iz rješavanja sporova arbitražom na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu. Zahvaljujemo kolegicama Željani Kauzlarić, Pauli Stojanović, Maji Mitrović i Slađani Aras koje su svojim doprinosima pomogle u konačnom oblikovanju teksta ovoga rada. Za teze i zaključke rada odgovornost snosi isključivo njegov autor.

o ovrsi od 22. studenog 2007. i odbio prijedlog za ovrhu stranog pravorijeka, navodeći u obrazloženju da „predmet spora o kojem je odlučeno pravorijekom nije arbitrabilan jer je prema pozitivnim propisima propisana isključiva nadležnost suda u Republici Hrvatskoj.“

U navedenom slučaju, pravorijek čije se priznanje tražilo potjecao je iz *ad hoc* arbitraže sa sjedištem u Švicarskoj između hrvatskog tužitelja i britanskog tuženika, a predmet spora odnosio se na plaćanje razlike zakupnine koja se odnosila na upotrebu zgrada i zemljišta na području jedne hrvatske luke. Ovrhu nije, međutim, pokrenuo tužitelj, koji je spor izgubio, već tuženik, i to radi plaćanja troškova postupka. Kako troškovi nisu bili dobrovoljno plaćeni, tuženik je pokrenuo postupak ovrhe stranog pravorijeka u kojem se kao prethodno pitanje trebalo odlučiti i o priznanju tog pravorijeka.

Povodom žalbe ovrhovoditelja, predmet je stigao pred Visoki trgovački sud, koji je međutim samo potvrdio negativnu odluku nižeg suda, također ocjenjujući da se odluka ne može priznati i ovršiti jer je riječ o sporu koji nije bio arbitrabilan.¹ Između ostaloga, primjenjujući čl. 40. st. 2.a Zakona o arbitraži, sud je ukazao na to da se u čl. 56. ZRSZ-a izričito određuje da sporovi koji proizlaze iz zakupnih ili najamnih odnosa u pogledu nekretnine isključuju iz nadležnosti inozemnih sudova. Na prigovor ovrhovoditelja da se ovrha tiče dijela pravorijeka kojim se odlučuje o sporrednom zahtjevu u pogledu kojeg nema zapreka glede arbitrabilnosti, tako da bi se na njega mogla primijeniti klauzula iz čl. V.1.c. Newyorške konvencije iz 1958. godine o priznanju i ovrsi stranih arbitražnih pravorijeka sud je lapidarno odgovorio da u navedenom slučaju Newyorška konvencija nije primjenjiva jer ovrhovoditelj nije trgovac, a spor se ne tiče trgovačkog ugovora.² Odlukom VTS-a priznanje i ovrha navedenog stranog pravorijeka konačno su uskraćeni, jer revizija u tom predmetu nije bila dopuštena.

Kako pokazuje ovaj primjer, tema prikladnosti pojedinog spora za rješavanje arbitražom po hrvatskom pravu, pa i tema tumačenja aktualnih zakonskih odredbi, još uvijek nije zatvorena, bez obzira na ponekad

¹ Usp. PŽ-3932/08-3, rješenje Visokog trgovačkog suda od 20. kolovoza 2008 (neobjavljeno).

² Sud se pozvao na hrvatsku rezervu po kojoj se konvencija primjenjuje samo u odnosu na arbitražne odluke donesene u sporovima koji se prema nacionalnom pravu smatraju trgovačkim. Iako je stav o neprimjenjivosti NYC zanimljiv, ovaj argument u biti nije bio potreban, jer je VTS smatrao da se na mogućnost djelomičnog izvršenja (u pogledu pitanja koja nisu zahvaćena nearbitrabilnošću) ne može primijeniti niti čl. 36. st. 2. t. d. Zakona o arbitraži, koji se (jednako kao ni čl. V.1.c. Konvencije) ne odnosi na pitanja (ne) arbitrabilnosti, već na prekoračenje granica ugovora o arbitraži.

(pre)optimističke ocjene iz pravne teorije. Iako je Zakonom o arbitraži³ bio učinjen velik iskorak u novom definiranju ovoga područja, određen je krug dvojbi i dalje preostao. Na neke od njih, osobito one povezane s bivalentnom prirodom odredbi o arbitrabilnosti, koje su različite s obzirom na to je li ugovoreno mjesto arbitraže na domaćem teritoriju (*interna arbitrabilnost*) ili je ugovorena strana arbitraža (*eksterna arbitrabilnost*) upozorit ćemo u ovome radu.

II. OPĆENITO O ARBITRABILNOSTI

Arbitrabilnost je izraz koji označava podobnost određenog spora za rješavanje arbitražom (od lat. *arbitratio*, arbitraža i sufiksa *-bilis* koji označava mogućnost, prikladnost). Od razmjerno slabo poznatog, gotovo egzotičnog izraza, on je u posljednjih desetak godina naglo dobio na popularnosti, ponajviše zbog pomaka koji su učinjeni u zakonodavstvu i praksi niza zemalja, u pravilu u pravcu širenja zone arbitrabilnosti, ali i zbog nastojanja na međunarodnoj razini da se na harmonizira ili barem približi globalno poimanje o tome što se može, a što ne može arbitrirati.⁴

Ujednačavanje u ovom području nije jednostavno, jer tradicionalno arbitražna zakonodavstva pojedinih zemalja izvode arbitrabilnost iz pojma javnog poretka, što je još jedno područje u kojem svaka država nastoji zadržati određene specifičnosti. Arbitrabilnost nekog spora znači mogućnost da ga stranke vlastitom voljom izuzmu iz sfere državne jurisdikcije, a prema tradicionalnom poimanju smatra se da barem neke vrste sporova moraju ostati u sferi monopola državnog pravosudnog aparata. Osjetljivost ove teme pojačana je zbog okolnosti da podvrgavanje sporova arbitraži izrazito sužava mogućnost nadzora državnih sudova, koji u pogledu arbitražnog pravorijeka kao rezultata arbitražnog postupka mogu u pravilu vršiti samo tzv. ograničenu kontrolu (*controle limité*).⁵ U slučaju da se rješavanje spora povjeri arbitraži sa sjedištem izvan zemlje u kojoj je

³ Zakon o arbitraži (Narodne novine 88/01), u nastavku: ZA.

⁴ Usp. Mistelis (2009), *Arbitrability – International and Comparative Perspectives*; Brekoulakis (2009), *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, str. 19, 20. i sl.

⁵ Još od prve polovice XX. stoljeća mane-više općenito je prihvaćeno stajalište da je neprimjereno da sudovi u cijelosti preispituju činjeničnu i pravnu ispravnost ocjene arbitara. Utoliko, svrha gotovo svih međunarodnih konvencija u području priznanja i ovrhe arbitražnih pravorijeka bila je da se izbjegne novo suđenje (*revision au fond*), odnosno izbjegne dvostruka egzekvatura (*double exequatur*).

nastao spor (odnosno zemlje iz koje potječe jedna ili obje stranke) umanjuje se mogućnost čak i takve ograničene kontrole, jer će se pravorijek u pravilu moći pobijati univerzalnim sredstvom – tužbom za poništaj – samo u zemlji iz koje potječu. Jedina mogućnost nadzora koja preostaje tada se sastoji u odbijanju priznanja i ovrhe, no domašaj takve mjere proteže se samo na nacionalni teritorij i ne sprječava priznanje i ovrhu u drugim jurisdikcijama. Zbog svih ovih razloga države još uvijek vole pridržati pravo rješavanja nekih sporova samo za svoje sudove.

III. HRVATSKI PRIJEPORI O ARBITRABILNOSTI

a. Općenito

U ranijem hrvatskom pravu, bez obzira na trend postupne liberalizacije, sve do donošenja Zakona o arbitraži iz 2001. godine prostor arbitrabilnosti bio je razmjerno uzak. Po uzoru na nekadašnje socijalističke modele koji su dopuštali arbitražu samo u odnosima s inozemnim partnerima (ponajviše u kontekstu robne razmjene Istoka i Zapada) arbitraža se mogla manje-više slobodno ugovarati samo u međunarodnim trgovačkim transakcijama. U pogledu drugih, ne-trgovačkih i ne-međunarodnih sporova, bile su prisutne višestruke restrikcije koje su ugovaranje arbitraže znatno otežavale, a u određeni razdobljima i skoro sasvim onemogućavale. Dodatno, i bez obzira na međunarodnu i trgovačku narav spora, u više tipova sporova arbitraža je bila isključena, ponajprije zbog prisutnosti normi o isključivoj nadležnosti za koju se smatralo da predstavlja apsolutnu zapreku za arbitražu.

Danas je veliki dio prethodno postojećih ograničenja eliminiran. Trgovačka narav spora više ne igra presudnu ulogu u određivanju mogućnosti podnošenja nekog spora na rješavanje arbitražom. U domaćim sporovima, tzv. sporovima bez međunarodnog obilježja, može se ugovarati i *ad hoc* i institucionalna arbitraža. U svim je sporovima afirmirana sloboda stranaka da se sporazumiju o primjeni stranog materijalnog prava, i da za arbitre biraju strane državljanke. Ublažen je i relativiziran utjecaj isključive nadležnosti kao zapreke za arbitražno rješavanje sporova.⁶

Ipak, situacija je još veoma daleko od toga da se za domaće pravo proglasi „smrt nearbitrabilnosti“⁷. Tema arbitrabilnosti aktualna je i važna

⁶ Više u Uzelac (2001), Nove granice arbitrabilnosti.

⁷ Usp. Youssef (2009), The Death of Inarbitrability.

ne samo u Hrvatskoj, nego i na globalnom planu, što potvrđuju nove zbirke radova na ovu temu, kao i spremnost UNCITRAL-a da pitanje arbitrabilnosti stavi na plan budućih aktivnosti svoje radne skupine za arbitražu i mirenje.

U odnosu na hrvatsko pravno uređenje, problemi s arbitrabilnošću više nisu proizvod neprikladnih ili isuviše restriktivnih općih formulacija. Naprotiv, Zakon o arbitraži je – barem u odnosu na internu arbitrabilnost (pravo na ugovaranje arbitraže u RH) – maksimalno permisivan, što je čak uzrokovalo i pojedine teorijske kritike.⁸ Jedini uvjet za ugovaranje domaće arbitraže je mogućnost slobodnog raspolaganja (disponibilnost) predmetom spora.⁹ U odnosu na domaću arbitražu, pitanje arbitrabilnosti svodi se dakle na ispitivanje pravne naravi predmeta spora, tj. na određivanje odnosi li se predmet spora na prava kojima stranke mogu slobodno raspolagati. Ova opća formula može, doduše, također izazivati probleme kada ju se primjenjuje na pojedine odnose koje su djelomično uređeni dispozitivnim, a djelomično kogentnim normama, no to je pitanje kojim se u ovom radu nećemo baviti, na općenitoj i teorijskoj razini. Umjesto toga, dotaknut ćemo nekoliko konkretnih pitanja arbitrabilnosti koja su se pokazala važnim i praktično relevantnim, i to poglavito iz domaće perspektive. U prvom redu, tu su dva klasična pitanja arbitrabilnosti *ratione causae* – arbitrabilnosti s obzirom na predmet spora – i odnose se na arbitrabilnost sporova o nekretninama te na arbitrabilnost stečajnih sporova. Na njih dodajemo i pitanje arbitrabilnosti *ratione personae* – arbitrabilnosti s obzirom na svojstva stranaka u sporu – te analiziramo dosege i utemeljenost kritika na održivost tzv. „poticajne restrikcije“ – ograničenja koje hrvatsko pravo propisuje u iznošenje pojedinih tipova sporova pred inozemne arbitražne sudove.

b. Arbitrabilnost sporova o nekretninama

Pitanje arbitrabilnosti sporova o nekretninama trebalo bi posebno promatrati s obzirom na to je li ugovoreno mjesto arbitraže u Hrvatskoj

⁸ Tako npr. Dika u kritičkom tonu postavlja pitanje nije li dostupnosti kao ekskluzivni uvjet arbitrabilnosti preširoko postavljena, jer bi omogućavala arbitražu i u predmetima koji se inače ne bi nalazili u sudskoj, već upravnoj nadležnosti. V. Dika (2005), Dostupnost predmeta spora kao pretpostavka arbitrabilnosti, str. 119-125.

⁹ V. čl. 3. ZA: „Stranke mogu ugovoriti domaću arbitražu za rješavanje sporova o pravima kojima mogu slobodno raspolagati.“

ili izvan nje. Kao što je već navedeno, jedini je uvjet za *internu* arbitralnost spora iz perspektive hrvatskog prava da stranke mogu slobodno raspolagati pravima o kojima se vodi spor¹⁰ Kako su sporovi o vlasništvu i drugim stvarnim pravima na nekretninama u pravilu dispozitivne naravi, trebalo bi uzeti da su i sporovi o nekretninama u pravilu arbitralni, ako je ugovoreno mjesto arbitraže u Republici Hrvatskoj.¹¹ S druge strane, ako je ugovoreno mjesto arbitraže izvan Republike Hrvatske (tj. ako su stranke ugovorile arbitražu koja se u odnosu na domaće pravo, po definiciji iz Zakona o arbitraži, smatra stranom arbitražom), pitanje arbitralnosti *ratione causae* je kompleksnije. Kako bismo ušli u bit ovoga razlikovanja, potrebno je ipak podsjetiti na historijat problema i opisati situaciju kakva je postojala u ranijem pravu.

i. Stanje prije donošenja Zakona o arbitraži

Do 2001. godine, bez obzira na dispozitivnost sporova o nekretninama, pa i bez obzira na njihovu eventualnu pogodnost za rješavanje arbitražom, sporovi o nekretninama bili su apsolutno nearbitralni. Njihova nearbitralnost proizlazila je iz propisivanja *isključive međunarodne nadležnosti* za takve sporove u Zakonu o rješavanju sukoba zakona, te iz propisivanja *isključive mjesne nadležnosti* po Zakonu o parničnom postupku.¹²

Posljedice propisane isključive nadležnosti po ZRSZ bile su višestruke. Između ostaloga, to je bilo i isključenje mogućnosti ugovaranja nadležnosti stranog suda ili arbitraže, kao i nemogućnost priznanja odluke stranog suda ili arbitražnog pravorijeka u stvari za koju je domaći sud isključivo nadležan.¹³ Smatralo se da odredbe ZPP-a „eliminiraju opću i

¹⁰ V. Dika (2005), Disponibilnost predmeta spora, str. 116; Triva/Uzelac (2007), Hrvatsko arbitražno pravo, str. 27 i d.

¹¹ U istom smislu v. Triva/Dika (2004), GPPP, str. 868. Teorijska jasnoća ovoga pitanja još ne znači i potpunu slobodu od mogućih problema, posebno zato što su u praksi još uvijek živa sjećanja na ranije restrikcije. Nešto od toga dade se naslutiti i iz citirane odluke VTSRH, koja se nigdje izrijeком ne referira na okolnost da bi zapreka isključive nadležnosti bila relevantna samo s obzirom na ugovaranje strane arbitraže, pa se *a contrario* može steći dojam da bi sud bio uvjerenja da ona općenito čini sporove nearbitralnima.

¹² V. čl. 56. Zakona o rješavanju sukoba zakona (ZRSZ); čl. 56. st. 1. Zakona o parničnom postupku (ZPP).

¹³ Dika/Knežević/Stojanović (1991), Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu, str. 175-176. Međutim, još po jugoslavenskom pravu postojale su

svaku drugu mjesnu nadležnost osim one izričito propisane zakonom“; eliminacija je prisilne naravi pa se „ne može otkloniti ni sporazumom stranaka o prorogaciji nadležnosti“.¹⁴

Nemogućnost ugovaranja arbitraže u svim odnosima u kojima je bila propisana isključiva sudska nadležnost proizlazila je iz odredbi ZPP-a, koje su arbitrabilnost dopuštale samo (u međunarodnim sporovima) „ako za ... sporove nije predviđena isključiva nadležnost suda u Republici Hrvatskoj“ odnosno (u domaćim sporovima) „ako zakonom nije utvrđeno da određene vrste sporova rješavaju isključivo drugi sudovi“.¹⁵ Odbijanje priznanja i izvršenja stranoga pravorijeka zbog isključive nadležnosti izričito je bilo propisano u čl. 99. st. 1. t. 2. ZRSZ-a, čak i kao samostalna točka uz opću točku o nearbitrabilnosti.¹⁶

ii. Stanje nakon donošenja Zakona o arbitraži

Nakon donošenja Zakona o arbitraži, stavljene su izvan snage odredbe ZPP-a o arbitrabilnosti, kao i odredbe ZRSZ-a koje su se odnosile na priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka, a obje materija uređene su, i to bitno drugačije, u ZA. Priznanje i ovrha stranih pravorijeka nije više vezana uz to je li za neki spor generalno propisana isključiva međunarodna ili mjesna nadležnost, nego (samo) uz nearbitrabilnost predmeta spora.¹⁷ Okolnost koju bi sud po službenoj dužnosti trebao utvrditi, naime da „predmet spora nije arbitrabilan prema zakonima Republike Hrvatske“ (čl. 40. st. 2. t. a.) upućuje na autonomnu regulaciju arbitrabilnosti prema ZA.

posebne situacije u kojima se isključenje odnosilo na sudsku, ali ne i na arbitražnu nadležnost, npr. preme čl. 27. Zakona o stranim ulaganjima iz 1988. koji je za sporove o koncesijama predviđao isključivu nadležnost domaćeg suda, „ako stranke ne ugovore nadležnost neke domaće ili strane arbitraže“. Takva se norma u doktrini opisivala kao norma o „relativnoj isključivoj međunarodnoj nadležnosti“, usp. Varady (1983), Međunarodno privatno pravo, str. 329-330.

¹⁴ Triva/Dika (2004), str. 277.

¹⁵ V. čl. 469. i 469.a. ZPP-a iz 1976 (derogirano 2001.).

¹⁶ U čl. 99. st. 1. t. 1. zapreka za priznanje i izvršenje bila je „da se po pravu Republike Hrvatske predmet spora ne može podvrgnuti arbitraži“, a u čl. 99. st. 1. t. 2. „da postoji isključiva nadležnost suda ili drugog organa Republike Hrvatske“.

¹⁷ Usp. čl. 38. (u vezi s čl. 36. st. 2. t. 1), čl. 40. i čl. 47-49. ZA koji su funkcionalno zamijenili čl. 97-101. ZRSZ.

Zaista, odredba o arbitrabilnosti sporova za koje je ugovorena arbitraža u Republici Hrvatskoj (domaća arbitraža) u tom je smislu posve autonomna, te – po prvi puta u novijoj povijesti – odvaja pitanje mogućnosti ugovaranja arbitraže od mogućnosti prorogacije nadležnosti na državne sudove. Drugim riječima, ona određuje da stranke, bez obzira na to što u određenom sporu nisu ovlaštene valjano prorogirati nadležnost na drugi domaći ili strani sud, ipak u pogledu istog tog spora (pod pretpostavkom da se u njemu radi o pravima kojima se može slobodno raspolagati) mogu prorogirati nadležnost na arbitražni sud kao nedržavni pravosudni medij. Isključiva nadležnost (bilo međunarodna, bilo mjesna) ovime je isključena kao relevantni čimbenik - ona ostaje važna samo za odnose o kojima se odlučuje unutar državne jurisdikcije.¹⁸

S druge strane, međutim, kada je riječ o odredbama ZA koje uređuju *eksternu arbitrabilnost* (pravo na ugovaranje arbitraže čije je mjesto izvan Republike Hrvatske), isključiva se nadležnost zaobilazno vraća na scenu. Naime, ugovaranje strane arbitraže je, po čl. 3.-st. 2. ZA dopušteno samo ako nije „posebnim zakonom propisano da takav spor može rješavati samo sud u Republici Hrvatskoj“. Ova formulacija, koja je u procesu nastanka ZA bila svojevrsni kompromis između različitih prijedloga, po svojoj dikciji nalikuje na nekadašnji čl. 469.a. st. 1. ZPP-a. Jednako kao i kod te nekadašnje odredbe, i ovdje se općenito zauzelo stajalište da „ta formulacija u osnovi odgovara određenju *isključive međunarodne nadležnosti* iz čl. 47. ZRSZ“.¹⁹ Sukladno tome, ne bi bilo dozvoljeno ugovaranje arbitraže čije je mjesto izvan RH niti u slučajevima iz čl. 56. ZRSZ-a.

Sam čl. 56. ZRSZ je u svojoj dikciji bitno nepromijenjen od 1977. godine i jednim je dijelom derogiran ustavnopravnim promjenama i transformacijom oblika vlasništva. On određuje da isključiva međunarodna nadležnost postoji „u sporovima o pravu raspolaganja nekretninom u društvenom vlasništvu, u sporovima o pravu vlasništva i o drugim stvarnim pravima na nekretninu u vlasništvu građana i građanskih pravnih osoba, u sporovima zbog smetanja posjeda na nekretnini te u sporovima nastalima iz zakupnih ili najamnih odnosa u pogledu nekretnine, ili iz ugovora o upotrebi stana ili poslovnih prostorija, ako se nekretnina nalazi na teritoriju Republike Hrvatske“. Iz današnje perspektive, trebalo bi uzeti da je istovjetan sadržajnim određenjima iz (ustavnopravno usklađene, ali u bitnome sadržajno nepromijenjene) odredbe čl. 56. st. 1. ZPP-a. Drugim riječima, interno arbitrabilni, ali eksterno nearbitrabilni bili bi:

¹⁸ Triva/Uzelac (2007), Hrvatsko arbitražno pravo, str. 31-33.

¹⁹ Triva/Uzelac (2007), Hrvatsko arbitražno pravo, str. 35 (kom. uz čl. 3, t.31).

- sporovi o pravu vlasništva na nekretnini;
- sporovi o drugim stvarnim pravima na nekretnini²⁰;
- sporovi zbog smetanja posjeda na nekretnini;
- sporovi iz zakupnih odnosa na nekretnini;
- sporovi iz najamnih odnosa na nekretnini.

Što je obuhvaćeno pod pojmom „spor o pravu vlasništva na nekretnini“ ili „spor iz najamnih odnosa na nekretnini“? I ovdje bi, načelno, bila moguća dva pristupa, uži i širi. Kako se pokušalo u teoriji interpretirati²¹, u sporovima koji se tiču nekretnina mogu se nalaziti elementi stvarnopravnog i elementi obveznopravnog spora. Primjerice, spor iz ugovora o kupnji nekretnine može se odnositi na priznanje prava vlasništva (što je stvarnopravni element), ali i na obveze koje po ugovoru treba izvršiti, npr. na isplatu kupoprodajne cijene (što bi bio obveznopravni element)²². I kod sporova o zakupu ili najmu nekretnina moglo bi se razlikovati spor o zasnivanju, promjeni ili raskidu najamnog/zakupnog odnosa (što bi bio kvazistvarnopravni element) i sporove o izvršenju kontraprestacije, primjerice obvezi i visini plaćanja najamnine ili zakupnine (što bi bio „čisti“ obveznopravni element). Po užem tumačenju, odredbe o nearbitrabilnosti odnosile bi se samo na sporove čiji su predmet stvarnopravni (ili kvazistvarnopravni elementi), dok bi sporovi o obvezama koje iz njih proizlaze bili arbitrabilni. Po širem tumačenju, svaki spor koji proizlazi iz ugovora kojim se raspolaže nekretninama, bez obzira je li stvarnopravne ili obveznopravne naravi, bio bi nearbitrabilan.

Dok se u pravnoj teoriji nastojalo pronaći uporište za užu, restriktivnu interpretaciju odredbi o nearbitrabilnosti sporova o nekretninama, čini se da je u pravnoj praksi ipak dominantno suprotno gledište. Istina je da je Vrhovni sud u kontekstu priznanja stranih sudskih odluka, pa i u kontekstu valjanosti klauzula o prorogaciji imao i tumačenja koja su otvarala vrata restriktivnom tumačenju, tj. tezi da isključiva međunarodna nadležnost za nekretnine ne obuhvaća sporove o obveznim pravima u vezi s nekretni-

²⁰ U druga stvarna prava na nekretnini ubrajali bi se stvarne služnosti (čl. 174. i d. ZVDSP), stvarni tereti (čl. 246. i d. ZVDSP), pravo građenja (čl. 280. i d. ZVDSP) i založno pravo (čl. 297. i d. ZVDSP).

²¹ Usp. Dika/Knežević/Stojanović (1991), Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu, str. 63; Babić (2006), Može li se ugovoriti nadležnost stranog državnog ili arbitražnog suda za sporove iz ugovora o nekretninama, str. 352-353.

²² Tako bi u vezi nekretnina trebalo razlikovati tužbu na isplatu kupoprodajne cijene ili naknadu štete (koji bi bili arbitrabilni) i vlasničku, brisovnu, publicijansku ili negatornu tužbu te tužbu zbog smetanja posjeda (koji bi bili arbitrabilni).

nama.²³ Međutim, kada se radilo o dopustivosti ugovaranja nadležnosti stranog arbitražnog suda, Vrhovni se sud držao šireg tumačenja, te je smatrao da npr. nije arbitrabilan spor u kome se tražilo izdavanje tabularne isprave podobne za brisanje založnog prava na tužiteljevoj nekretnini.²⁴

U širem, ekstenzivnom smislu su tumačili sadržaj odredbi o (ne) arbitrabilnosti sporova o nekretninama i trgovački sudovi u predmetu o kojem smo izvijestili na početku ovoga rada. Bez obzira što je u bitnome predmet spora bio ograničen na eminentno obveznopravne elemente (plaćanje zakupnine), sud ga je kvalificirao kao „spor koji proizlazi iz zakupnih ili najamnih odnosa u pogledu nekretnine“, te ga po tome isključila iz područja eksterne arbitrabilnosti. Čini se da ta, vremenski najnovija odluka ide u svome tumačenju i jedan korak dalje od toga: ona proširuje područje nearbitrabilnosti i na odluke o sporednim traženjima u predmetima u kojima se arbitražni ugovor odnosio na nearbitrabilni predmet spora. Tako je ovrha odluke o troškovima postupka bila uskraćena, premda se ona nesumnjivo nije odnosila ni na stvarna prava, ni na pravo zakupa ili najma, a i bila je donesena u predmetu u kojem je tužbeni zahtjev odbijen, pa tako arbitražnim pravorijekom nije došlo ni do kakvog raspolaganja pravima koja bi se odnosila na nekretnine.²⁵ Ako ovu logiku nastavimo, oslanjajući se pritom na već citirani argument da doktrina o separabilnosti ne vrijedi na području arbitrabilnosti, možemo se priupitati ne bi li to značilo da pojavljivanje jednog nearbitrabilnog elementa (npr. pojavljivanje arbitražne klauzule u ugovoru koji regulira odnos zakupa ili najma nekretnina) može kontaminirati i valjanost svake druge odluke koju bi arbitražni sud mogao donijeti u sporu koji je bio predmet arbitraže (koji „proizlazi“

²³ Usp. rješenje VSRH Gž 22/1992-2 od 22. prosinca 1992.; te Rev-1169/01-2 od 20 studenog 2001., cit. kod Babić (2006), Može li se ugovoriti nadležnost stranog državnog ili arbitražnog suda za sporove iz ugovora o nekretninama, str. 355.

²⁴ VSRH Rev-2978/1999-2 od 25. ožujka 2003, također citirano kod Babić, *ibid.* Valja napomenuti da je ipak ponešto dvojbeno Babićevo pristajanje uz teze Vrhovnog suda iz ranije prakse da „tužba o ... izdavanju tabularne isprave nije spor o stvarnim pravima na nekretnini, nego spor o obveznopravnom zahtjevu“; implikacije izdavanja tabularne isprave (koju u slučaju propuštanja takve „obveze“ zamjenjuje sudska odluka) ipak su eminentno stvarnopravne: tabularna je isprava pretpostavka za upis prava vlasništva u zemljišne knjige koji je konstitutivan za pravo vlasništva, i djeluje *erga omnes*.

²⁵ Štoviše, i samo odbijanje plaćanja arbitražnih troškova u predmetu kojeg je svojim zahtjevom tužitelj sam inicirao moglo se okarakterizirati kao *venire contra factum proprium*.

iz nearbitrabilnog odnosa), bez obzira na njihovu konkretnu kvalifikaciju i pravnu narav.²⁶

iii. Facit

Sporovi o nekretninama ispunjavaju kriterij disponibilnosti te su pogodni za rješavanje domaćom arbitražom. Ukidanje isključive nadležnosti sudova RH koje je omogućilo ugovaranje domaće arbitraže za sporove o nekretninama doprinijelo je promicanju i korištenju arbitraže za rješavanje niza sporova u poslovnim poduhvatim velike vrijednosti i kompleksnosti. Nedvojbeno, mogućnost ugovaranja arbitraže kao alternative sudskom postupku učinit će hrvatski pravni sustav, a time i hrvatsko tržište zanimljivijim za strance pri odlučivanju za poslovne pothvate u RH koji često uključuju i kupovinu, zakup ili najam nekretnina.

U istim tim sporovima, međutim, nije preporučljivo ugovarati arbitražu sa sjedištem u inozemstvu. Kako na razini zakonskog uređenja, tako i na razini sudske prakse pokazuje se da tada može doći do znatnih poteškoća koje bi mogle predstavljati znatan rizik za učinkovitost pravne zaštite u tim predmetima. Kako je u kompleksnim poslovnim poduhvatima i stranim investicijama gotovo redovan slučaj da se transakcija barem dijelom odnosi i na nekretnine (njihovo stjecanje, upotrebu, najam, pravo građenja i sl.), o problemima eksterne arbitrabilnosti osobito bi trebalo voditi računa. Zato je u svim tim predmetima jedina sigurna opcija ugovaranje arbitraže sa sjedištem u Republici Hrvatskoj.

²⁶ I u citiranom predmetu može se naći dosta naznaka koje bi mogle poduprijeti ovakav smjer razmišljanja: naime, ovršenik se u tužbi nije pozivao na ispunjenje obveza po ugovoru o zakupu, već je tražio isplatu razlike zakupnine zbog toga što je ona navodno u istom ugovoru bila određena suprotno prisilnim odredbama drugih akata. Ujedno je pobijao i svoju naknadno sklopljenu nagodbu temeljem koje mu je određena razlika već bila isplaćena. Jedan je dio njegovog zahtjeva počivao i na izvanugovornoj odgovornosti (naknadi za korištenje dijelova koji nisu bili obuhvaćeni ugovorom). Sve je to, međutim, bilo zanemareno u odluci Visokog trgovačkog suda, koja je svoj stav o nearbitrabilnosti svih pitanja iz ovoga spora dokazivala okolnošću da je arbitražni ugovor sadržan u ugovoru o zakupu nekretnina.

c. Arbitrabilnost sporova u slučaju otvaranja stečajnog postupka

i. Stanje prije donošenja Zakona o arbitraži

Otvaranje stečaja je do po ranijem pravu također označavalo događaj koji je u pravilu bio fatalan za mogućnost nastavka započetih arbitražnih postupaka, odnosno za pokretanje novih arbitražnih postupaka. Do donošenja Zakona o arbitraži, stečajno je pravo bilo pravo carstvo nearbitrabilnosti, s tek lagano otkrnutim prozorima nakon Stečajnog zakona iz 1996.²⁷ Naime, po gotovo svim temama koje otvara pitanje o odnosu stečaja i arbitraže (a osobito po onima praktički najrelevantnijim) odgovor je bio negativan.

Prvo pitanje je bilo pitanje sudbine aktualnih arbitražnih postupaka koji su bili u tijeku između stranaka prije nego što je nad jednom od njih bio otvoren stečajni postupak. Po ranijem pravu, u takvim je slučajevima u arbitražnom postupku obvezatno dolazilo do prekida postupka (*arg. iz čl. 212. ZPP*)²⁸, kako bi se stečajnom upravitelju dalo priliku da prizna spornu tražbinu. Ako do priznanja tražbine nije došlo, do primjene je dolazila odredba o isključivoj nadležnosti, koja je trebala koncentrirati rješavanje svih pitanja koja se pojavljuju u stečaju i oko njega kod jednog suda – trgovačkog suda u mjestu sjedišta stečajnog dužnika. Sukladno tome, nakon otvaranja stečajnog postupka arbitražni je postupak valjalo (zbog nearbitrabilnosti) obustaviti²⁹, i prepustiti njegovo daljnje rješavanje nadležnom državnom sudu.

Zbog istog razloga – isključive nadležnosti državnog suda – trebalo je negativno odgovoriti i na drugo pitanje, o mogućnosti sklapanja arbitražnog sporazuma nakon otvaranja stečaja, kao i na treće pitanje, o

²⁷ V. Dika (1997), *Arbitration in Bankruptcy*, str. 27, gdje se nove mogućnosti kvalificiraju kao *window of opportunities*.

²⁸ Čl. 212. ZPP: „Postupak se prekida... 5.) kad nastupe pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka“. S obzirom na uređenje arbitraže kao posebnog postupka u ZPP-u, na arbitražne se postupke supsidijarno primjenjivao taj zakon, pa i njegove odredbe o prekidu.

²⁹ *Arg. per analogiam* iz čl. 179. st. 2. SZ (1996) – ako je nakon nastavljanja parnica svaki sud koji nije stečajni sud trebao oglasiti se nenadležnim i ustupiti tužbu stečajnom sudu, onda bi za arbitražne postupke trebalo samo obustaviti postupak zbog gubitka nadležnosti za rješavanje predmeta. U protivnom, kada bi arbitražni sud nastavio postupak i donio pravorijek, takav pravorijek ne bi se mogao uvažiti, jer je donesen u sporu koji je (postao) nearbitrabilan.

mogućnosti da se nakon otvaranja postupka pokrene arbitražni postupak prema ranije sklopljenim arbitražnim klauzulama. Jedina novost, opisana u teoriji kao „prvi prodor u inače do sada čvrsto zatvoreni sudski kompetencijski zabran“³⁰, bila je mogućnost uvedena nakon 1996. da stečajni sud vjerovnika kojem je osporena tražbina umjesto na parnicu na njegov zahtjev uputi na arbitražu pred kojim od stalnih arbitražnih sudova u Republici Hrvatskoj (praktički samo pred Stalnim izbranim sudištem pri HGK).³¹ Iako u pravnoj doktrini srdačno pozdravljena i preporučivana, ova se mogućnost, međutim, u praksi u posljednjih trinaest godina koliko je prošlo od njenog uvođenja gotovo uopće nije koristila, tj. o njoj nema nikakvog dokumentiranog traga u sudskoj praksi.

ii. Stanje nakon donošenja Zakona o arbitraži

Iza 2001. godine uređenje se promijenilo, ali nisu otklonjene sve dvojbe. Iako su prozori za arbitražu sada širom otvoreni, još je upitno jesu li otvoreni i svi drugi ulazi, jer je stanje postalo nešto složenije. Kao prvo, od donošenja Zakona o arbitraži na arbitražni se postupak više supsidijarno ne primjenjuju pravila parničnog postupka. Time je, npr. prestala i automatska analogna primjenjivost odredbi o prekidu postupka (*inter alia* u slučaju otvaranja stečajnog postupka) na arbitražne postupke u tijeku. Kako, međutim, odredbe o prekidu postupka imaju svoje racionalno opravdanje u nastojanju da se očuva načelo jednakosti procesnih sredstava i želji da se osigura procesna ravnoteža, valjalo bi uzeti da bi i u arbitražnim postupcima arbitri zbog potrebe da se skrbe za ravnopravnost stranaka i svakoj stranci omoguće da bude saslušana morali na adekvatan način reagirati, što bi uključivalo i mogućnost da svojom odlukom prekinu postupak dok stečajni upravitelj ne bude u mogućnosti očitovati se o tražbinama koje su predmet spora.³² Ovlast da to čine sadržana je u općoj procesnoj ovlasti da u pitanjima koja nisu drugačije uređene sporazumom stranaka i mjerodavnim arbitražnim pravilima provode postupak na način koji smatraju prikladnim (čl. 18. st. 2. ZA).

Što se pak tiče daljnje sudbine arbitražnih postupaka u tijeku, ponovo bi se odvojeno morale razmatrati situacije ovisno o tome je li mjesto ugovorene ili pokrenute arbitraže u zemlji ili u inozemstvu. Naime, ako je

³⁰ Dika (1997), Arbitražno rješavanje stečajnih sporova, str. 59.

³¹ Usp. čl. 178. st. 5-9 SZ iz 1996. (nakon izmjena 2006. - čl. 178 st.1-11).

³² Arg. iz čl. 17. st. 2. ZA, v. Triva/Uzelac (2007), Hrvatsko arbitražno pravo, str. 147-150.

mjesto arbitraže u Republici Hrvatskoj, isključiva nadležnost suda sjedišta stečajnog dužnika ne bi sama po sebi sprječavala ili onemogućavala da se započeti arbitražni postupak meritorno okonča, pri čemu bi stečajni upravitelj (nakon što je osporio tražbinu) trebao preuzeti njegovo vođenje i nastaviti dalje zastupati stranku u stečaju.³³ Svim dotadašnjim zastupnicima po zakonu ili statutu naime otvaranjem stečajnog postupka prestaje njihovo ovlaštenje za zastupanje, a prestaju važiti i punomoći koje je stečajni dužnik bio izdao prije otvaranja stečaja.³⁴ Stečajni upravitelj bio bi, međutim, ovlašten izdati nove punomoći za zastupanje u arbitražnom postupku (što uključuje i mogućnost da punomoć bude izdana istom zastupniku koji je i ranije zastupao u tom predmetu). U svakom slučaju, pokrenute arbitraže mogle bi se nastaviti, eventualno uz potrebu da se modificira tužbeni zahtjev, koji više ne bi mogao biti kondemnatorne, već samo deklaratorne naravi (tužitelj bi nadalje mogao tražiti samo utvrđenje postojanja tražbine, a ne bi više mogao zahtijevati nalog za njenu isplatu).

Kako odluka u sporu više nije samo stvar koja djeluje *inter partes*, nego se reflektira i na mogućnost namirenja ostalih stečajnih vjerovnika, neki drugi elementi i procesna načela arbitražnog postupka trebali bi se u nastavku arbitraže također modificirati. Obveza držanja povjerljivosti i dalje se načelno nastavlja, ali je upitno može li se na nju i u kojoj mjeri pozivati u odnosu prema stečajnom sudu i drugim stečajnim vjerovnicima čiji bi legitimni interes za uvid u tijek postupka trebao imati prioritet pred zaštitom tajnosti arbitražnog postupka. Obveza da im se priopće pojedini podaci o vođenju i tijeku arbitražnog postupka proizlazi između ostaloga i iz čl. 159. SZ prema kojemu za pravne radnje od posebne važnosti (među koje je izrijeком navedeno i preuzimanje parnica znatne vrijednosti, što bi trebalo proširiti i na preuzimanje arbitražnih postupaka u tijeku) stečajni upravitelj trebao pribaviti suglasnost odbora vjerovnika.³⁵

U arbitražnom postupku moralo bi se omogućiti i drugim stečajnim vjerovnicima da interveniraju, i to bez obzira na pristanak stranaka u sporu.³⁶ Drugi stečajni vjerovnici imaju pravni interes da poduzimaju radnje u

³³ Tek od izmjena i dopune SZ-a iz 2006. dodana je u čl. 95. st. 1. SZ, radi izbjegavanja svake dvojbe, uz preuzimanje parnica u tijeku i izričita referencija na preuzimanje arbitražnih postupaka u tijeku. Slična odredba sadržana je i u čl. 179. SZ.

³⁴ Usp. čl. 122. i 125. SZ.

³⁵ Arg. iz čl. 159. st. 2. t. 3. SZ.

³⁶ Arg. iz čl. 178. st. 10. Premda se ta odredba izrijeком odnosi samo na arbitraže na koje je stranke uputio stečajni sud (arbitraže iz čl. 178. st. 7.) ona bi po prirodi stvari morala biti primjenjiva i na sve druge arbitraže koje se nastavljaju voditi, uključujući i arbitraže koje se preuzimaju po čl. 95. st. 1., jer i u jednom i u drugom slučaju stečajni vjerovnici

arbitražnom postupku jer bi se rezultat postupka mogao izravno reflektirati na njihovo pravo i opseg konačnog namirenja. Budući da bi u parnicama koje bi se u sličnim slučajevima vodile imali pravo intervenirati (u čemu ih ne bi moglo spriječiti držanje stranaka), bilo bi nužno omogućiti im i analogno sudjelovanje u arbitražama koje su u tijeku, jer bi u protivnom moglo doći do njihovog neopravdanog stavljanja u nepovoljniji položaj, što bi imalo i ustavnopravne implikacije.

Ako se vodio arbitražni postupak čije je mjesto bilo u inozemstvu (što je moguće u sporovima s obilježjem inozemnosti), pojavljuju se dodatne dvojbe. Inozemni arbitražni postupak ne ravna se (niti supsidijarno) po pravilima hrvatskog procesnog prava, ali je za njega također bitna okolnost je li po hrvatskom pravu predmet arbitrabilan (od toga će, naime, presudno ovisiti mogućnost priznanja i ovrhe pravorijeka koja bi se u prvom redu trebala očekivati u zemlji u kojoj je nad strankom arbitražnog postupka otvoren stečaj). Kako je isključiva međunarodna nadležnost suda Republike Hrvatske zapreka za ugovaranje arbitraža sa sjedištem u inozemstvu, tako bi i okolnost da je nakon otvaranja stečaja postao isključivo međunarodno nadležan sud mjesta sjedišta stečajnog dužnika mogla biti argument za tezu da je spor, barem iz perspektive hrvatskog prava, postao *ex post facto* nearbitrabilan. Sporno može biti i to je li zaista sud mjesta sjedišta stečajnog dužnika sud isključive međunarodne nadležnosti, jer sporovi u stečaju nisu izrijekom na listi sporova za koje je ZRSZ propisao isključivu međunarodnu nadležnost. No, kako se pravila o isključivoj međunarodnoj nadležnosti mogu interpretativno izvoditi i iz pravila o isključivoj mjesnoj nadležnosti, opravdano je pretpostaviti da bi se za sud mjesta sjedišta stečajnog dužnika moralo naći mjesta i na listi slučajeva isključive međunarodne nadležnosti (razlozi za koncentraciju nadležnosti kod domaćih sudova ovdje su jednako dalekosežni, ako ne i dalekosežniji od razloga za propisivanje isključive međunarodne nadležnosti za sporove o nekretninama).

Zato nakon otvaranja stečajnog postupka postoji znatna vjerojatnost da će, u slučaju da se arbitražni postupak vodio u inozemstvu, doći do komplikacija. Upitno je kakav bi bio učinak inozemnog arbitražnog pravorijeka u stečajnom postupku, jer bi, po radikalnijoj tezi, bila riječ o pravorijeku iz nearbitrabilnog spora koji ne bi obvezivao ni stečajni sud, ni stranke, niti druge stečajne vjerovnike. To bi *a fortiori* bio slučaj kada

mogu ostvarivati svoje tražbine samo u stečajnom postupku, te će se u oba slučaja i rezultat arbitražnog postupka na njih jednako odnositi. Stoga bi ih se moralo u oba slučaja tretirati na isti način.

bi stečajni upravitelj preuzeo arbitražni postupak bez suglasnosti odbora vjerovnika. Manje radikalna varijanta bila bi ona po kojoj bi se smatralo da donijeti strani pravorijek nije *ipso iure* ništav, no da bi bio učinkovit trebalo bi ga najprije priznati u RH. Budući da do njegove ovrhe u odnosu na stečajnog dužnika ne može doći, već ga se može jedino cijeliti u sklopu stečajnog postupka, postavlja se pitanje bi li ga prejudicijelno mogao priznati stečajni sud (i pod kojim uvjetima), ili bi se radi njegovog priznanja morao voditi posebni delibacijski postupak. U oba slučaja valjalo bi također uzeti u obzir jesu li u postupku bila adekvatno zaštićena prava drugih stečajnih vjerovnika na čiji će se pravni položaj arbitražni pravorijek reflektirati; u slučaju da se dođe do zaključka da njihova prava nisu bila adekvatno šticećena, priznanje stranog pravorijeka moglo bi biti uskraćeno kao protivno javnom poretku.

Ista logika vrijedila bi i u slučaju da u trenutku otvaranja stečaja arbitražni postupak još nije pokrenut, ali postoje sklopljeni arbitražni sporazumi. Ponovno, ne bi trebalo biti upitno da, ako upućuju na arbitražu u RH, sklopljeni arbitražni sporazumi neće sami po sebi prestati važiti uslijed okolnosti da je nad jednom stranom u sporu otvoren stečaj. Međutim, mogućnost da se stečajni dužnik drži toga ugovora i pokrene arbitražni postupak odnosno sudjeluje u njemu bila bi ograničena potrebom da za tu svrhu pribavi odobrenje odbora vjerovnika (ili skupštine vjerovnika, ako odbor nije osnovan). Uz to, mogućnost pokretanja arbitražnog postupka može ovisiti i od financijskih mogućnosti insolventnog dužnika da predujmi ili plati troškove arbitražnog postupka. Jedan od mogućih izlaza u slučaju da stečajni dužnik nema sredstava da plati arbitražu bilo bi i stajalište analogno stavu njemačkih sudova prema kojemu bi u takvom slučaju arbitražni sporazum prestao obvezivati zbog nemogućnosti svoga ispunjenja.³⁷

S druge strane, upitno je hoće li se uopće i dalje smatrati obvezujućima sklopljeni sporazumi o eventualnoj arbitraži u inozemstvu, gdje *mutatis mutandis* vrijede isti argumenti kao i *supra* kod razmatranja o nastavku arbitraža pokrenutih u inozemstvu.

Što se tiče mogućnosti da se nakon otvaranja stečaja za pojedine sporove zaključi arbitražni sporazum (npr. za sporove o tražbinama koje su vjerovnici prijavili, a stečajni upravitelj osporio), valjalo bi krenuti od premise da je riječ o disponibilnim pravima o čijem bi se sadržaju stečajni

³⁷ OLG Köln, SchedsVZ 2008, 152; OLG Dresden, SchedsVZ 2005, 159. V. Liebscher (2009), *Insolvency and Arbitrability*, str. 175.

dužnik (zastupan stečajnim upraviteljem) i vjerovnici mogli nagoditi. Utoliko, bila bi riječ o arbitralnom sporu.³⁸

Mogućnost da na zahtjev vjerovnika koji je upućen na parnicu stečajni sudac rješenjem odredi da se spor riješi arbitražom domaćom institucionalnom arbitražom i dalje je izričito sadržana u čl. 178. st. 7. SZ. U vezi s time, treba primijetiti da bi se ono što je 1996. godine unijelo svježinu i novost, sada se moglo pokazati kao problem. Naime, u odsutnosti bilo koje druge izričite odredbe u SZ-u, moglo smatrati da nakon otvaranja stečajnog postupka stečajni dužnik više ne može sklapati arbitražne sporazume, nego ga na arbitražu (i to samo institucionalnu domaću arbitražu) može jedino uputiti stečajni sud. Ovaj zaključak ipak smatramo netočnim, kako zbog općih i načelnih razloga (nedostatak izričite zabrane sporazumijevanja o arbitraži jednog dostupibilnog spora), tako i zbog toga što čl. 159. st. 3. među pojedinim ovlastima stečajnog upravitelja izričito i spominje mogućnost sklapanja ugovora o izbranom sudu. Za valjano ugovaranje arbitraže stečajnom bi upravitelju trebalo, međutim, pribaviti suglasnost odbora vjerovnika, jer se sklapanje arbitražnog ugovora (kao i sklapanje nagodbe) oko predmeta spora znatnije vrijednosti smatra pravnim radnjom od posebne važnosti za stečajni postupak. I u takvim bi se arbitražnim postupcima moralo omogućiti intervenciju drugih stečajnih vjerovnika (v. *supra*); opće rezerve na mogućnost da se tijekom postupka sporazumnije o inozemnoj arbitraži na mjestu su i ovdje (v. *supra*).

iii. Facit

Stečaj je kao proces kolektivnog razmjernog namirenja vjerovnika insolventnog dužnika po svojoj prirodi i strukturi različit od arbitraže kao procesa rješavanja individualnog spora u kojem odluke djeluju samo *inter partes*. Utoliko su i opravdane zakonodavne intencije da se u slučaju otvaranja stečaja nadležnost koncentrira i kroz jedinstveni procesni instrumentarij zaštite interesi svih sudionika stečajnog postupka. Procesnu koncentraciju ipak zbog raznih razloga nije moguće idealno realizirati, tako da ostaje prostora kako za konvencionalne, tako i za alternativne mehanizme rješavanja sporova, uključujući i arbitražu.

³⁸ Tezu da bi na stečajnog upravitelja prešlo pravo da zaključuje arbitražne ugovore zastupala se čak i u odnosu na zakonodavno stanje prije ZA i posljednjih novela SZ. Usp. Lazić (1997), Zaključenje arbitražnih sporazuma u insolventijskim postupcima.

Nakon donošenja Zakona o arbitraži i posljednjih novela Stečajnog zakona prostor za arbitražu u kontekstu otvaranja stečajnog postupka se proširio. Ipak, zbog kazuističkog i fragmentarnog uređenja ove materije mnoge se teme nisu jasno i decidirano zakonski uredile, pa ostaje dosta prostora za nesigurnost i dvojbu. Osobito, nedostaje jasnog i određenog univerzalnog zakonskog okvira za odgovor na pitanja o sudbini postojećih ugovora o arbitraži (posebno onih koji upućuju na arbitražu u inozemstvu); opsegu prava stečajnog suda i stečajnih vjerovnika da budu notificirani o aktualnim arbitražnim postupcima; prava stečajnih vjerovnika i stečajnog dužnika da interveniraju u sve arbitražne postupke koji se vode ili pokreću nakon otvaranja stečajnog postupka; učinku arbitražnih pravorijeka donijetih nakon otvaranja stečajnog postupka; mogućnosti pokretanja ili nastavljanja inozemnih arbitražnih postupaka; mogućnosti stečajnog suda i odbora vjerovnika da kontroliraju vođenje arbitraža u kojima sudjeluje stečajni dužnik itd.³⁹

d. Arbitrabilnost *ratione personae* – ograničenja u domaćim sporovima

Dio domaće tradicije u uređenju mogućnosti podvrgavanja sporova arbitraži sadržana je i u različitom tretmanu nacionalnih i internacionalnih sporova (sporova sa i bez obilježja inozemnosti). Razlika u uređenju između jednih i drugih postupno se bitno smanjila, premda se sve razlike nisu uklonile, a malo je vjerojatno da će se to i dogoditi, barem ne u kratkoročnom ili srednjoročnom razdoblju.

Tematika uređivanja prava na zaključenje arbitražnih sporazuma i vođenja arbitražnih postupaka ovisno o svojstvima stranaka u sporu nalazi se u rubnom području pojma arbitrabilnosti. Naime, u užem smislu u međunarodnoj se procesnoj doktrini arbitrabilnost vezuje uz svojstvo spora (objektivne elemente), dok se elementi koji ovise od svojstva stranaka najčešće razmatraju pod rubrikom procesne sposobnosti sudionika u postupku (*capacity*), npr. kao pravo određenih pravnih osoba (npr. države ili jedinica lokalne i područne samouprave) da budu stranke u arbitražnom postupku, premda se i u komparativnom pravu za ista pitanja ponekad

³⁹ Ova i druga pitanja ne pojavljuju se samo u hrvatskom pravu. Kako navodi Liebscher, virtualno je nemoguće odrediti opseg arbitrabilnosti u stečajnom postupku i u povodu njega na način koji bi bio univerzalan i uniforman za sve pravne sustave; komparativna rješenja nekih pravnih sustava ipak pružaju određeni putokaz kako ih primjereno i potpuno urediti. Cf. Liebscher (2009), *Insolvency and Arbitrability*, str. 167.

koristi i termin subjektivna arbitrabilnost (*subjective arbitrability*)⁴⁰. S obzirom na hrvatsko pravo, razlike koje postoje između režima arbitriranja u inozemnim i čistim domaćim sporovima po domaćem pravu ne ovise od izolirane ocjene svojstva određene stranke, nego su relativne naravi: ista osoba u jednom sporu može valjano zaključiti arbitražni sporazum i biti stranka u arbitražnom postupku (ako je riječ o odnosu u kojem je druga strana inozemna fizička ili pravna osoba), a u drugome to neće biti slučaj. Zato smatramo da bi i ovu temu trebalo uključiti u pitanja arbitrabilnosti, i to kao arbitrabilnost s obzirom na (personalna) svojstva stranaka u sporu (arbitrabilnost *ratione personae*).

i. Stanje prije donošenja Zakona o arbitraži

Ocjena arbitrabilnosti domaćih sporova u domaćem je pravu varirala od kratkog ekstremnog razdoblja u kojem spor bez elementa inozemnosti uopće nije bilo moguće rješavati arbitražom, preko mogućnosti da se u vrlo ograničenom krugu trgovački sporovi određenih pravnih osoba iznesu pred jednu jedinu, *de facto* paradržavnu arbitražnu instituciju, do uređenja iz 90-tih prema kojem je za sve dispozitivne sporove između domaćih pravnih i fizičkih osoba bilo moguće ugovoriti arbitražu pred institucionalnim domaćim arbitražama osnovanim zakonom ili pri trgovačkim komorama. U cijelom tom razdoblju uz dispozitivnu narav spora posebno se tražilo i da on ne bude u isključivoj nadležnosti domaćih sudova. Ugovaranje arbitraže sa sjedištem u inozemstvu pridržavalo se za međunarodne sporove, u kojima je za valjanost prijenosa nadležnosti također trebalo ispuniti dodatne uvjete. U sporovima bez elementa inozemnosti bilo je što *de iure*, a što *de facto* isključena mogućnost da se optira za primjenu stranog materijalnog prava, stranog jezika arbitraže, strane arbitražne institucije i stranih arbitara.⁴¹

ii. Stanje nakon donošenja Zakona o arbitraži

I nakon 2001. preživjela je gotovo sasvim istovjetna zakonska distinkcija između sporova sa i bez obilježja inozemnosti („međunarodni“

⁴⁰ V. Lazić (1997), Arbitration Agreement in Bankruptcy, str. 11, bilj. 8 (i tamo citiranu literaturu).

⁴¹ Opširnije u Uzelac (2001), Nove granice arbitrabilnosti, str. 58-62.

i „domaći“ sporovi). Ugledajući se na neke druge države kontinentalnog pravnog kruga (npr. Švicarsku i Njemačku), ni Hrvatska prilikom određivanja kriterija „domaćeg“ i „međunarodnog“ nije prihvatila kriterije iz UNCITRAL-ovog model zakona, kojeg je inače u velikoj mjeri slijedila pri reformi arbitražnog zakonodavstva. Umjesto toga, zadržala je konvencionalnu definiciju prema kojoj je međunarodni spor onaj spor u kojem je jedan od njegovih sudionika po objektivnim kriterijima „stranac“ (spor u kojem je barem jedna od stranaka fizička osoba s prebivalištem ili uobičajenim boravištem u inozemstvu odnosno pravna osoba koja je osnovana po stranom pravu).⁴² *A contrario*, sporovi bez (tako definirano-ga) obilježja inozemnosti smatraju se domaćim sporovima.

Za razliku od definicija, pravni učinci distinkcije „domaćeg“ i „međunarodnog“ bitno su se promijenili. U domaćim sporovima može se, jednako kao i u međunarodnima, ugovarati svaki oblik arbitraže pod uvjetom da je mjesto arbitraže u RH. Drugim riječima, i u domaćim i u međunarodnim sporovima može se pod istim uvjetima ugovoriti;

- arbitraža uz primjenu stranog materijalnog prava;
- arbitraža pred arbitražnim sudom sastavljenim od arbitara strane nacionalnosti;
- arbitraža u kojoj će jezik arbitraže biti strani jezik;
- *ad hoc* arbitraža (arbitraža koju ne administrira arbitražna ustanova);
- arbitraža koju administrira strana arbitražna ustanova;
- arbitraža po stranim arbitražnim pravilima;
- arbitraža u kojoj će se arbitražni sud i stranke sastajati i ročišta održavati u inozemstvu.⁴³

Na negativnoj strani, preostalo je samo jedno ograničenje: u sporovima bez inozemnog obilježja ne može se ugovoriti arbitraža čije će mjesto biti u inozemstvu (pri čemu se mjesto arbitraže, u smislu ZA, smatra pravnim sjedištem arbitraže, a ne faktičkim mjestom u kojem se poduzimaju radnje u postupku). Konzekventno, učinci ovoga ograničenja jesu da u sporovima bez međunarodnog obilježja nije dopušteno:

⁴² Usp. definicije iz čl. 2. t. 6. i 7. ZA. Ova je definicija tek u sitnom detalju različita od definicije iz biv. čl. 469. ZPP (izraz „pravna osoba sa sjedištem u inozemstvu“ zamijenjena je izrazom „pravna osoba koja je osnovana po stranom pravu“).

⁴³ Usp. Triva/Uzelac (2007), Hrvatsko arbitražno pravo, str. 222 (mjerodavno pravo), str. 84 (arbitri), str. 182-183 (jezik), str. 36 (*ad hoc* arbitraža), str. 34 (strana arbitražna ustanova i arbitražna pravila) i str. 26 (mjesto održavanja ročišta).

1. ugovoriti arbitraža čiji bi rezultat, iz perspektive hrvatskog poretk, bio strani arbitražni pravorijek; te time

2. isključiti ili ograničiti mogućnost pobijanja donijetog arbitražnog pravorijeka tužbom za poništaj prema odredbama Zakona o arbitraži.

Kriterij „domaćeg“ i „međunarodnog“ spora prema ZA, iako različit od razmjerno difuzne definicije iz UNCITRAL-ovog model zakona, nije neuobičajen. Prihvataju ga i neki drugi međunarodni instrumenti o arbitraži, poput Europske konvencije iz 1961. godine.⁴⁴ Prednost ove definicije je njena jasnoća i određenost, tj. pravna sigurnost. No, i oko njene primjene može se postaviti nekoliko pitanja.

Jedno je pitanje vezano uz vremensku dimenziju, tj. trenutak relevantan za procjenu domaćeg ili inozemnog statusa sudionika. Zakon naime ne određuje u kojem vremenskom trenutku treba postojati „međunarodno obilježje“: u doba sklapanja arbitražnog sporazuma, u doba pokretanja arbitražnog postupka, u doba donošenja arbitražnog pravorijeka ili u doba njegove ovrhe. Jedno rješenje proizlazilo bi iz teze da je definicija međunarodnog spora element ocjene valjanosti arbitražnog sporazuma. U tom bi slučaju, kao i u Europskoj konvenciji iz 1961. godine, presudan trenutak bio trenutak sklapanja ugovora o arbitraži. Drugo rješenje polazilo bi od međunarodnog obilježja kao elementa ocjene sposobnosti stranaka za pokretanje i vođenje arbitražnog postupka te bi u tom smislu procesnu sposobnost tretiralo kao procesnu pretpostavku. Prema njemu, tražilo bi se da međunarodno obilježje (kao i npr. stranačka i parnična sposobnost) postoji od pokretanja arbitražnog postupka kontinuirano sve do okončanja rasprave u arbitražnom postupku i donošenja arbitražnog pravorijeka. S obzirom na to da će se pitanje arbitrabilnosti u svom najakutnijem obliku pojaviti povodom zahtjeva za priznanje i ovrhu pravorijeka, za očekivati je da će sudovi cijeliti postojanje međunarodnog elementa *prima facie* po svojstvima stranaka naznačenih u pravorijeku, no povodom prigovora protivnika mogu se otvoriti sva navedena pitanja, pa bi nedostatak inozemnog obilježja u bilo kojem stadiju mogao izazvati probleme.

Drugo pitanje odnosi se na postojanje inozemnog obilježja u višestranačkim situacijama. Je li, kada se u arbitražnom postupku pojavljuje više tužitelja ili tuženika, dostatno da je samo jedan od njih osoba s prebivalištem/sjedištem u inozemstvu da bi se zasnovalo potrebno

⁴⁴ Usp. čl. 1. st. 1.a. EK, koji također primjenjuje kriterij „uobičajenog boravišta ili sjedišta u različitim državama ugovornicama“. Uz to, EK traži i ispunjenje kriterija „spora iz međunarodne trgovine“.

obilježje inozemnosti (u kojem slučaju bi „dodavanje“ stranog elementa moglo biti i osnova za artificijelnu internacionalizaciju inače domaćeg spora)? Formulacija iz ZA upućuje da bi se inozemno obilježje trebalo određivati s obzirom na „spor“ a ne na „postupak“. Sukladno tome, može se izvesti zaključak da nije dovoljno formalno uključivanje „inozemca“, nego i da svaki sporni odnos o kojemu sud odlučuje mora zadovoljiti obilježja međunarodnog spora. Kao što se u doktrini već znatno ranije tvrdilo⁴⁵, ako se u postupku na jednoj strani pojavljuje domaća stranka, a na drugoj domaća i inozemna stranka, uvjeti (eksterne) arbitrabilnosti bit će zadovoljeni samo ako je riječ o jedinstvenom, a ne običnom (formalnom ili materijalnom) suparničarstvu, jer se pravno samo u takvom slučaju oba suparničara, koji dijele istu procesnu sudbinu, mogu sadržajno smatrati jednom strankom. U ostalim slučajevima trebalo bi procesne odnose suparničara zasebno promatrati i za svaki od njih cijeliti postoji li element inozemnosti.

Oko primjene kriterija međunarodnog obilježja, uz navedene iznimke, ipak nema previše tehničkih poteškoća, odnosno može se smatrati da su one znatno manje u usporedbi s primjenom konkurentnih kriterija iz UNCTRAL-ovog Model zakona. No, s druge se strane u teoriji nastojalo dovesti u pitanje samo opravdanje različitih procesnih režima za domaće i međunarodne arbitraže te podvrgnuti kritici zakonsko ograničavanje iznošenja domaćih sporova pred arbitražu u inozemstvu.

Na generalnoj je razini ovaj argument teško braniti, jer, unatoč općem trendu ekspanzivnih i entuzijastički pro-arbitražnih izjava koje pretendiraju na univerzalno proširivanje granica arbitrabilnosti (osobito među specijalistima za međunarodnu arbitražu i arbitražnim praktičarima), čak i u najrecentnijim zbirkama o arbitrabilnosti koncepti univerzalne arbitrabilnosti nastoje se opravdati u kontekstu rješavanja *međunarodnih sporova*⁴⁶ te se priznaje legitiman interes država da šire ograniče ili čak isključe arbitrabilnost u domaćim sporovima.⁴⁷ Konceptu državne suverenosti inherentno je ekskluzivno pravo na uređivanje odnosa pravnih subjekata koje po svojem pravu smatra domaćim subjektima, pa je iz te perspektive nemoguće valjano opravdati kritike koje osporavaju legitimnost ograničavanja primjene strane arbitraže u čisto domaćim pravnim transakcijama među čisto domaćim pravnim subjektima.

⁴⁵ Dika/Knežević/Stojanović (1991), Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu, str. 329.

⁴⁶ Usp. Youssef (2009), *The Death of Inarbitrability*, str. 55.

⁴⁷ Cf. Mistelis (2009), *International and Comparative Perspectives*, str. 9.

Posebna linija argumenata nastojala je međutim uputiti na okolnost da se iza formalno domaćih stranaka nerijetko nalazi „inozemni element“ ekonomske naravi koji je prisutan kroz sudjelovanje u vlasničkoj ili upravljačkoj strukturi ili u transnacionalnom području na kojem se poslovanje odvija. No, ni taj argument nije previše uvjerljiv, jer počiva na često volatilnim okolnostima (promjenama vlasničke strukture) te u biti pati od unutrašnje kontradiktornosti. Naime, on zahtijeva da se pravila i kriteriji koji se odnose na strane subjekte prošire i na situacije u kojima je strani subjekt osnovao domaći subjekt upravo u svrhu toga da bi ga se u domaćem pravnom sustavu tretiralo kao „tuzemca“, a ne „inozemca“. Zahtijevati da se takvom „domaćem“ subjektu omoguće povlastice koje proizlaze iz njegovog domaćeg statusa (npr. u poreznom ili poduzetničkom smislu), a ne prihvaćati druge konzekvencije koje su s tim povezane u pojedinom pravnom sustavu jest *venire contra factum proprium*.

Druga, zasebna linije argumentacije koja se pojavila u doktrini jest ona koja tvrdi da je „različit tretman domaće i strane arbitraže u pogledu sporova bez međunarodnog obilježja i sporova za koje je propisana isključiva međunarodna nadležnost domaćih sudova nespojiv sa slobodom pružanja usluga u pravu EZ, tako da će se prije nego što Hrvatska postane članicom EU spomenuta ograničenja morati ukloniti“.⁴⁸ Ova, svakako zanimljiva teza koju se pokušalo potkrijepiti iscrpnim referencijama na pravo zaštite tržišnog natjecanja i citiranjem slučajeva suda u Luxemburgu (no niti jednim koji bi izravno potjecao iz područja „pružanja arbitražnih usluga“) također nije uvjerljiva.

S jedne strane, moglo bi se primijetiti da ovaj, pretendirano proarbitražni argument pati od unutarne nelogičnosti, jer bi po njemu potpuna zabrana arbitralnosti određenih tipova sporova (npr. domaćih sporova) bila u suglasnosti s pravom tržišnog natjecanja u EZ, dok njeno široko određeno dopuštanje (pod uvjetom mjesta arbitraže u RH) to pravo vrijeda. No, ako se to i zanemari, druga, važnija greška u početnim premisama ove teze jest u tome da promatra zakonske odredbe o arbitralnosti kao odredbe koje (primarno) reguliraju tržišno natjecanje između arbitražnih institucija. Takvo kontraktualističko poimanje normi o arbitralnosti zanemaruje jurisdikcijske elemente arbitraže i njenu povezanost s konceptom javnog poretka, koja – barem na području zakonskog režima rješavanja

⁴⁸ Babić (2006), Može li se ugovoriti nadležnost stranog državnog ili arbitražnog suda za sporove iz ugovora o nekretninama, str. 351; Babić (2006), Ograničenje izbora stranog mjesta arbitraže.

domaćih pravnih sporova – još uvijek nesporno postoji.⁴⁹ Sve najvažnije funkcije instituta arbitrabilnosti deriviraju se iz argumenata koji se izvođe iz prirode predmeta, povezanosti spora s pravnom infrastrukturom na određenom području (npr. javnim knjigama), zaštita interesa trećih osoba i sličnih javnopravnih koncepata, pa se eventualne implikacije na tržišni položaj sudionika nalaze tek na sporednom mjestu, kao uzgredna i većim dijelom irelevantna konzekvencija instituta čije se težište nalazi na sasvim drugom mjestu.

Pokušajmo ipak, hipotetički, „tržišnu kritiku“ uzeti ozbiljno, i upitati se koliko je tržišno natjecanje narušeno uređenjem predviđenim u ZA. Kao što je ranije prikazano, u domaćim sporovima ni izbor arbitara, niti izbor tijela koje će administrirati arbitražni postupak (ako stranke za to uopće budu optirale), nije ograničen. Stranke u domaćem sporu mogu se opredijeliti bilo za strane, bilo za domaće arbitre (koji ravnopravno konkuriraju) te za bilo koju formu administrativne podrške arbitražnom sudu, uključujući i onu koju pružaju renomirane strane arbitražne institucije. Pri tome – što paradigmatički pokazuje praksa najinternacionalnije svjetske arbitražne institucije, ICC-ovog Međunarodnog arbitražnog suda u Parizu – sjedište arbitražne institucije ne prejudicira mjesto arbitraže koju će ta institucija administrirati. Nema ništa neobično u tome da ICC administrira postupke u kojima je mjesto arbitraže u Hrvatskoj, kao što ono može biti i u bilo kojoj drugoj državi u svijetu.⁵⁰ Teza da bi strani arbitri i institucije bili na taj način diskriminirani zbog „uvećanih financijskih izdataka potrebnih za provođenje arbitražnog postupka“, i to na osnovi „boravka izvan prebivališta, putnih troškova, povećanih poštanskih ili telefonskih troškova“ te „troškova upoznavanja s hrvatskim arbitražnim pravom, sudskom i arbitražnom praksom“⁵¹ stoji pogotovo na labavim nogama, upravo zbog toga što je putovanje izvan mjesta boravka, održavanje ročišta u trećim zemljama i upoznavanje sa stranim pravom (u mjeri u

⁴⁹ Veza jednog i drugog elementa naglašava se i u najrecentnijim publikacijama. Kako navodi Mistelis, „[a]rbitrability is one of the issues where the contractual and jurisdictional natures of international commercial arbitration collide head on“. Mistelis (2009), *Arbitrability – International and Comparative Perspectives*, str. 3. Na istom mjestu prenosi se i citat iz Carbonneau & Jansona, prema kojem „arbitrabilnost određuje točku u kojoj prestaje ugovorna sloboda i počinje javna pravosudna misija.

⁵⁰ U posljednjim su godinama istu praksu i faktički počeli primjenjivati i manji arbitražni centri, pa nije rijetkost naići na arbitražnu klauzulu koja predviđa primjenu Bečkih pravila (pravila Arbitražnog centra austrijske gospodarske komore – WKO) i mjesto arbitraže u Zagrebu.

⁵¹ Babić (2006), *Ograničenje izbora stranog mjesta arbitraže*, str. 75.

kojoj je to potrebno) dio uobičajene prakse svakog (međunarodnog) arbitra. Utoliko nam se čini da bi bilo groteskno zastupati inherentno pravo međunarodnog arbitra da arbitražu u predmetu koji se odnosi na spor koji je iz njegove perspektive stran provodi na sebi domaćem teritoriju i po sebi bliskom pravu, bez obzira što je po najvažnijim objektivnim kriterijima taj spor povezan s pravnim poretkom druge države.

Istina, u nekim smo drugim radovima opisali ovo uređenje kao „poticajnu restrikciju“⁵², no „poticajnost“ u ovoj frazi nije se odnosila na privilegiranje domaćih arbitražnih institucija, nego na omogućavanje razvoja arbitražne kulture koja neće biti (samo) pasivnog, recipijentskog karaktera, ograničena na izvršavanje stranih pravorijeka, nego će imati i jednako važan aspekt razvoja kulture aktivnog arbitriranja, tj. razvoja domaće arbitražne i sudske prakse. S obzirom da je, bez obzira na objektivnu prikladnost mjesta arbitraže, već sada u većini arbitraža u kojima sudjeluju hrvatske stranke ionako ugovorena arbitraža u inozemstvu, učinak ovakvog „poticaja“ može u najbolju ruku (ako uopće) djelovati kao minimalna mjera za subsistiranje na globalnoj arbitražnoj sceni. Uostalom, pitanje uplitanja u slobodu konkurencije nije samo apstraktno pravno pitanje, nego i *questio facti* koji bi se morao odražavati na konkretnim empirijskim pokazateljima. Ako se situacija promotri iz te perspektive, nije teško doći do zaključka da je broj domaćih arbitraža pred jedinom funkcionirajućom arbitražnom institucijom u Hrvatskoj koji se između 2002. i 2007. godine kretao od 16 do 25 slučajeva godišnje daleko od toga da bude dokaz da pravilo iz čl. 3. ZA „u stvarnosti pogoduje interesima domaćih arbitara i arbitražnih institucija“⁵³ i neopravdano diskriminira strane arbitre i ustanove na hrvatskom „arbitražnom tržištu“.

Najvažniji element opravdanja ograničavanja iznošenja domaćih sporova pred strane arbitražne tribunale ipak nije stimulativne naravi, već je izveden iz javnog poretka. Ne možemo se složiti s tezom da „nema nikakvog *raison d'état* koji bi opravdao rješenje po kojemu je u sporovima između domaćih stranaka i u sporovima koji spadaju u isključivu nadležnost hrvatskih sudova dopušteno ugovoriti arbitražu u Hrvatskoj, ali ne i u inozemstvu“, kao i da „u pogledu svake od tih vrsta slučajeva ne postoji javni interes koji bi mogao biti ugrožen ako bi bila dopuštena arbitraža u inozemstvu odnosno koji bi mogao biti bolje ostvaren u domaćoj nego u stranoj arbitraži“.⁵⁴ Samo domaći arbitražni pravorijeci mogu biti podložni

⁵² Uzelac (2001), Nove granice arbitrabilnosti, str. 74.

⁵³ Babić (2006), Ograničenje izbora stranog mjesta arbitraže, str. 74.

⁵⁴ Babić (2006), *ibid.*, str. 79.

univerzalnoj kontroli sukladnosti na nacionalnim javnim poretkom, jer jedino protiv njih može biti izjavljena tužba za poništaj u Hrvatskoj kao jedino pravno sredstvo za pobijanje arbitražnih pravorijeka. Kontrola u procesu priznanja i ovrhe je incidentalne naravi, i ne dovodi u pitanje mogućnost korištenja pravorijeka u drugim jurisdikcijama. Država svakako ima opravdani interes da sačuva mogućnost univerzalne kontrole pravorijeka koji je donesen u odnosima između njenih pravnih subjekata, jednako kao što ima i interesa da takvu kontrolu sačuva za pojedine tipove sporova koji su zbog bilo kojih razloga ocijenjeni kao senzibilni, između ostaloga i zato jer imaju potencijalne implikacije *ultra partes* ili čak *erga omnes*. Kao što pokazuju i neki tekstovi istoga autora⁵⁵, i u okviru prava EZ priznat je, barem na području državne jurisdikcije, legitiman interes država članica da sporove o stvarnim pravima na nekretninama pridržavaju za svoje vlastite sudove, što izričito obuhvaća i propisivanje da su svi eventualni sporazumi kojima bi se takva nadležnost željela otkloniti bez pravnog učinka.⁵⁶ Javni interes za pridržavanje nadležnosti domaćih sudova u domaćim sporovima očituje se i u još uvijek važećim odredbama ZRSZ-a koje prorogaciju nadležnosti na strani državni sud dopuštaju samo ako je barem jedna od stranaka strani državljanin ili pravna osoba sa sjedištem u inozemstvu, a nije riječ o sporu za koji postoji, prema odredbama ovog zakona ili drugog zakona Republike Hrvatske, isključiva nadležnost suda Republike Hrvatske.⁵⁷ Ako postoji dostatan javni interes da se za domaće sporove i neke druge posebne tipove sporova isključi nadležnost stranog državnog suda, onda *a fortiori* postoji i pravni interes da se isključi nadležnost strane arbitraže, tim prije što će se učinkovitost stranog pravorijeka koji se eventualno protivi hrvatskom javnom poretku teže moći onemogućiti u drugim jurisdikcijama negoli što će to biti slučaj sa stranom sudskom presudom, zbog globalne proširenosti Newyorške konvencije i još uvijek razmjerno ograničenog i fragmentiranog područja uzajamnog priznanja sudskih presuda.

Ovdje se potrebno očitovati o još jednoj tezi koja nastoji relativizirati odredbu o eksternoj nearbitrabilnosti domaćih sporova prema Zakonu o arbitraži. Naime, po jednom tumačenju hrvatski bi sudovi, istina, trebali odbiti zahtjev za priznanjem i ovrhom stranog arbitražnog pravorijeka donijetog u domaćem sporu, no morali bi isti pravorijek priznati po

⁵⁵ Usp. Babić (2009), Isključiva međunarodna nadležnost, str. 579 i d.

⁵⁶ Usp. čl. 23. st. 5. Uredbe Vijeća EZ o sudskoj nadležnosti, priznanju i ovrsi sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima, Sl. list.EZ, 2001, str. 1.

⁵⁷ Čl. 49. st. 1. ZRSZ.

Newyorškoj konvenciji.⁵⁸ Taj zaključak nije bez rezervi moguće prihvatiti, unatoč pozivanja na individualno mišljenje jednog uvaženog komentatora i stariju praksu jedne europske države.⁵⁹ Ako se i može prihvatiti stav da je pojam arbitrabilnosti u čl. V(2)(a) Newyorške konvencije usko definiran, tj. ograničen na arbitrabilnost predmeta spora (arbitrabilnost *ratione causae*), osnova za odbijanje priznanja i ovrhe takve odluke mogla bi u Hrvatskoj biti čl. V(2)(b) – povreda javnog poretka – jednako kao i u slučaju primjene čl. 40. st. 2. t. b) ZA (za koji isti autor smatra da bi bio osnova odbijanja po nacionalnom pravu)⁶⁰. Dodatna osnova koja bi mogla poslužiti za odbijanje priznanja i ovrhe takvog pravorijeka, i to ne samo u Republici Hrvatskoj, je odredba čl. V(1)(a), tj. nesposobnost stranaka da se valjano obvežu arbitražnim sporazumom po pravu koje se na njih primjenjuje (*parties to the agreement ... were, under the law applicable to them, under some incapacity*). Primjenjivo pravo bi u svakom slučaju trebalo za sposobnost stranaka biti pravo po kojem su stranke osnovane, u ovom slučaju hrvatsko pravo. Zato je daleko od izvjesnoga zaključak da bi se po Newyorškoj konvenciji trebalo priznati arbitražni pravorijek donijet suprotno ograničenju iz čl. 3. st. 2. ZA, bilo u Hrvatskoj ili izvan nje.

iii. Facit

Sviđalo nam se to ili ne, ograničenje iznošenja domaćih arbitražnih sporova pred inozemne arbitražne sudove je dio domaćeg arbitražnog prava, i kao takvog ga treba uvažavati. Ono ima svoje racionalno opravdanje, i predstavlja pravno-političku ocjenu zakonodavca koja se korektno nalazi u granicama prostora koji je državama ostavljen u sferi njihove slobode procjene (*margin of appreciation*). Riječ je o režimu čija bit nije u komercijalnoj, već javnopravnoj sferi, a njegov rezultat nije ni diskriminatorsan niti protivan međunarodnom pravu ili pravu međunarodnih integracija, uključujući i Europsku uniju.

Promatrana iz aspekta ograničavanja eksterne arbitrabilnosti, restrikcija u odnosu na domaće sporove može u rijetkim slučajevima zahtijevati interpretativno preciziranje. Međutim, s obzirom da je razgraničenje domaćih i međunarodnih sporova razmjerno jasno, ustaljeno i u komparativnom pravu često primjenjivano, ono u primjeni može izazvati man-

⁵⁸ Babić (2006), Ograničenje izbora stranog mjesta arbitraže, str. 72.

⁵⁹ *Ibid.*, bilj. 80-81 i 83-85.

⁶⁰ *Ibid.*, str. 72.

je poteškoća od restrikcija koje se izvode iz primjene kriterija isključive nadležnosti, kao što jasno pokazuje slučaj citiran na početku ovoga rada.

IV. ZAKLJUČNA RAZMIŠLJANJA

U ovome radu obradili smo neke teme koje se odnose na arbitralnost sporova po hrvatskom pravu. Lista tih tema nije ni sustavna, niti iscrpna. Namjera nam nije bila dati prikaz svih otvorenih pitanja arbitralnosti, nego da se pozabavimo onima koja su najrelevantnija i praktički najzastupljenija. Uz tri područja o kojima smo u ovom radu pisali, postoji još više drugih tema koje bi zasluživale pozornost. Okolnost da su ispuštena iz ovoga rada⁶¹ ne znači da oko njih nema otvorenih pitanja. No, s obzirom malena, a u nekim područjima i gotovo sasvim nepostojeća iskustva s njima, obrada ovih tema nalazila bi se većim dijelom u sferi spekulacije ili prenošenja stranih iskustava koja ne bi nužno bila reprezentativna za hrvatsko pravo. O njima će se najbolje moći očitovati kada se pojavi relevantna sudska i arbitražna praksa.

U tom kontekstu potrebno je naglasiti da su zakonodavni koraci prema otvaranju širokog područja sporova arbitraži značajni, no da ih treba pratiti i adekvatno prihvaćanje i implementacija od strane sudova i drugih nacionalnih tijela, pa i samih stranaka. Značajne promjene u zakonskom uređenju trebaju određeno vrijeme da bi se prihvatile i ustalile u praksi, koja ima svoju prirodnu inerciju. Institucionalna memorija koja se oslanja na staru praksu i staro razumijevanje često igra odlučnu ulogu u tumačenju i primjeni novoga prava. Iz istoga razloga u ovom smo radu u pogledu analiziranih pitanja uvijek podsjetili na stanje prije reforme hrvatskog arbitražnog prava iz 2001. godine, jer se u njemu nerijetko nalazi ključ za razumijevanje odluka iz prakse i mogućih poteškoća koje bi se oko njih mogle pojaviti.

Upravo zbog elemenata institucionalne memorije i jurisprudencijske inercije potrebno je prilikom oblikovanja zakonskih rješenja osobitu pozornost posvetiti jasnoći i detaljnosti. To kod uređenja arbitralnosti nije u cijelosti bio slučaj, i to iz razumljivih razloga. Naime, premda se pri reformi hrvatskog arbitražnog prava željelo učiniti važan iskorak, on je ipak određenim dijelom bio iskorak u nepoznato. Zbog toga se izabrao put koji

⁶¹ Neka od tih pitanja bila su pripremana za radnu verziju ovoga rada, poput arbitralnosti sporova radi zaštite tržišnog natjecanja, potrošačkih sporova, sporova unutar i između članova trgovačkog društva te arbitralnosti statusnih sporova.

s jedne strane impostira maksimalno široku opću formulu blisku konceptu univerzalne arbitrabilnosti (arbitrabilno je sve što je dispozitivno), no s druge strane, u području eksterne arbitrabilnosti, ostavlja konvencionalna ograničenja koja se većim dijelom oslanjaju na analognu primjenu jurisdikcijskih pravila koja vrijede za dopustivost prorogacije nadležnosti na strane sudove. Takva je logika naizgled besprijeekorna, no dovodi do toga da se neki sporovi koji bi načelno bili podobni za arbitražu ne mogu arbitrirati, jer su uvjeti za prorogaciju međunarodne nadležnosti razmjerno restriktivni. No, kada se pokušaju emancipirati pravila o dopustivosti ugovaranja arbitraže od pravila o dopustivosti judicijalnog prorogiranja apsolutne nadležnosti javljaju se problemi. Kako je u širem smislu i arbitražni ugovor vid prorogacije apsolutne nadležnosti, teško je opravdati radikalna razmimoilaženja u ograničenjima autonomije stranačke volje, pa tako i radikalnu diferencijaciju uvjeta arbitrabilnosti i uvjeta prorogabilnosti. U tom bi smislu, valjalo bi razmisliti ne bi li prostor arbitrabilnosti trebalo širiti simultano s redefiniranjem pojmova isključive sudske nadležnosti, i reformom uvjeta za prorogaciju međunarodne nadležnosti. U sadašnjem uređenju arbitrabilnosti, promjene u tom području automatski bi vodile i širenju prostora za arbitražu, što bi zacijelo bili i najjednostavnije i najelegantnije rješenje. Ako se, međutim, odluči za odvajanje uvjeta međunarodne arbitrabilnosti od uvjeta međunarodne prorogabilnosti, treba biti svjestan nemogućnosti da se plauzibilno obrane ekstremne razlike, pa se prostor za arbitražu na taj način može širiti samo postupno, uz precizno zakonsko i jurisprudencijsko definiranje iznimaka. Pri tome treba voditi računa i o tome da se veća usluga razvoju arbitražne kulture čini preciznim i određenim, pa makar i nešto restriktivnijim režimom, nego li otvorenim i difuznim formulama koje umjesto intendiranog promicanja arbitraže otvaraju mogućnost da se korisnici arbitraže *ex post facta* suoče s nemogućnošću ovrhe svojih pravorijeka, kao što je to bio slučaj u predmetu citiranom na početku ovoga rada.

U svakom slučaju, mnoga poglavlja iz knjige o arbitrabilnosti još nisu zatvorena te zaslužuju pobliže ispitivanje i iscrpnu, interdisciplinarnu stručnu obradu. Tek nakon nje moglo bi se doći do uravnoteženog i prihvatljivog prijedloga koji bi zadovoljavao uvjete pravne sigurnosti, što u ovom području može učiniti znatno veću uslugu arbitraži od kvaziliberalnih prijedloga ishitrenih zakonodavnih intervencija koje će u praksi izazivati više štete nego li koristi. Pritom uvijek treba voditi računa i o tome da „arbitražni sud, premda je kreacija stranaka, svoju lojalnost ne duguje samo njima, već i prema javnosti“, te da „uspjeh arbitraže kao mehanizma rješavanja sporova počiva na tome da se taj mehanizam ne zlora-

bi radi zaobilaženja pravno-političkog opredjeljenja država u područjima koja se smatraju toliko važnima da ih se rezervira za odlučivanje državnih sudova.⁶²

Alan Uzelac

ARBITRABILITY
present regulation and some open issues in the Croatian law

SUMMARY

The paper elaborates issues of arbitrability of disputes under Croatian law, especially disputes concerning real estates, in case of opening of bankruptcy proceedings and certain limitations in domestic disputes *ratione personae*. The author concludes that significant changes in legal regulations require some time to be accepted and to establish in practice which has its natural inertia. Due to the elements of institutional memory and inertia of jurisprudence, it is necessary to pay special attention to clarity and completeness in forming of legal solutions.

⁶² Mistelis (2009), *Arbitrability – International and Comparative Perspectives*, str. 7.