Privremene mjere u međunarodnoj trgovačkoj arbitraži

Koren, Andrea

Master's thesis / Diplomski rad

2019

Degree Grantor / Ustanova koja je dodijelila akademski / stručni stupanj: **University of Zagreb, Faculty of Law / Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet**

Permanent link / Trajna poveznica: https://urn.nsk.hr/urn:nbn:hr:199:375774

Rights / Prava: In copyright / Zaštićeno autorskim pravom.

Download date / Datum preuzimanja: **2024-03-28**



Repository / Repozitorij:

Repository Faculty of Law University of Zagreb







Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu
Katedra za međunarodno privatno pravo

Andrea Koren

DIPLOMSKI RAD

Privremene mjere
u međunarodnoj trgovačkoj arbitraži

Mentor: prof. dr. sc. Davor Adrian Babić

Zagreb, rujan 2019.

SADRŽAJ

1. UVOD 1

2. POJAM PRIVREMENIH MJERA 1

3. PRIVREMENE MJERE U OKVIRU ARBITRAŽNIH PRAVILA 3

3.1. UNCITRAL 3

3.2. ARBITRAŽA PRI MEĐUNARODNOJ TRGOVAČKOJ KOMORI (ICC) 7

3.3. OSTALA ARBITRAŽNA PRAVILA 8

4. OVLAŠTENJE ZA IZRICANJE PRIVREMENIH MJERA 9

5. VRSTE PRIVREMENIH MJERA 11

5.1. STATUS QUO 11

5.2. OSIGURANJE TROŠKOVA 12

5.3. OSIGURANJE DOKAZA 13

5.4. OSIGURANJE TRAŽBINE 14

5.5. PRIVREMENO PLAĆANJE 15

6. PRETPOSTAVKE ZA IZRICANJE PRIVREMENIH MJERA 16

6.1. PRIMA FACIE NADLEŽNOST ARBITRAŽNOG SUDA 17

6.2. VJEROJATNOST USPJEHA U SPORU 17

6.3. RAZMJERNOST 18

6.4. OZBILJNA I NENADOKNADIVA ŠTETA 18

7. OBLIK ODLUKE O PRIVREMENOJ MJERI 20

8. EX PARTE ZAHTJEV 22

9. HITNI ARBITAR 25

10. OGRANIČENJA OVLASTI ARBITRAŽNOG SUDA 27

10.1. UČINAK PREMA TREĆIMA 28

10.2. PRIZNANJE I OVRHA PRIVREMENIH MJERA ARBITRAŽNOG SUDA 29

11. ZAKLJUČAK 31

12. POPIS LITERATURE 32

13. IZJAVA O IZVORNOSTI 33

1. UVOD

Kao u sudskom tako i u arbitražnom postupku, prije donošenja konačne odluke, može se pojaviti potreba da se odnosi među strankama privremeno urede, prvenstveno u cilju zaštite prava stranaka u postupku. Privremena mjera smatrat će se efikasnim sredstvom osiguranja tražbine tužitelja, ako je on, predlagatelj osiguranja, učinio vjerojatnim postojanje te tražbine i opasnost da će bez takve mjere protivnik osiguranja spriječiti ili znatno otežati naplatu tražbine, tako što će svoju imovinu otuđiti, umanjiti njenu vrijednost ili na drugi način imovinom raspolagati.

Privremene mjere imaju poseban značaj u sporovima s međunarodnim obilježjem čiji je broj u porastu zbog sve većeg stupnja globalizacije i širenja trgovine čime posljedično raste i broj međunarodnih transakcija. Arbitraža kao alternativni način rješavanja sporova u današnje vrijeme smatra se nezamjenjivom zbog višestrukih prednosti koje pruža, osobito zbog brzine i tajnosti postupka.

Cilj ovog rada je prezentirati pojam i ulogu privremenih mjera u suvremenoj međunarodnoj arbitraži, odnosno njihov karakter u odnosu na sudske privremene mjere s osvrtom na aktualnosti i kontroverze među autorima i arbitrima. U radu će se izložiti uređenje privremenih mjera u najzastupljenijim institucionalnim arbitražnim pravilima, vrste koje postoje, temelj ovlasti arbitra za izricanje privremenih mjera, uloga *ex parte* privremenih mjera te intitut hitnog arbitra odnosno predarbitražni postupak.

2. POJAM PRIVREMENIH MJERA

Privremene mjere poznate u međunarodnoj arbitražnoj praksi razlikuju se po vrstama ovisno o cilju koji se želi njima postići. Kako različita nacionalna zakonodavstva uvijek imaju samostalne nazive i sistematiku za privremene mjere osiguranja tako se i nazivlje za arbitražne privremene mjere razlikuje u međunarodnim instrumentima. U UNCITRAL-ovom Model zakonu poznate su kao *interim measures of protections.* U engleskoj verziji Pravilnika o arbitraži Međunarodne trgovinske komore (ICC) nalazimo ih kao *interim* ili *conservatory measures,* a u francuskoj verziji kao *mesures conservatoires ou provisoires*. [1] Prema novoj redakciji UNCITRAL Model zakona, korelacija u nazivima postavlja se i između privremenih mjera koje su izrečene nakon što su stranke saslušane (*interim measures*) i onih mjera izrečenih prije no što je protivniku mjere omogućeno saslušavanje (*preliminary orders*).

Ako proučimo povijesni razvoj privremenih mjera u arbitražnom postupku, vidjet ćemo da su u samim začecima postojala značajna ograničenja, točnije, da uopće nije bilo ovlasti arbitražnog suda da odredi takvu, pa čak i kada su arbitri bili ovlašteni, nerado su to činili. U novije vrijeme, nacionalna zakonodavstva uklonila su mnoge povijesne granice ovlasti arbitra za određivanje privremenih mjera, dok su paralelno i sami arbitri pokazali veću spremnost pri iskorištavanju istih. Iako je u novije vrijeme sveprisutna tendencija širenja nadležnosti arbitara u izricanju privremenih mjera, još uvijek ima nacionalnih zakonodavstva koja tu ovlast rezerviraju isključivo za sud.

Unatoč važnosti privremenih mjera, praktičari su svjesni da dostupnost istih nije tako jednostavna. U određenim okolnostima ovlast arbitražnog suda da odredi privremenu mjeru može biti ograničena. Ako je to slučaj, stranka u arbitražnom postupku morat će zatražiti privremenu

[1] Chapter 7: Role of National Courts during the Proceedings, in Nigel Blackaby, Constantine Partasides, et al., Redfern and Hunter on International Arbitration, str. 421

mjeru od državnog suda, vjerojatno istog onog kojeg su upravo nastojale izbjeći ugovaranjem arbitraže. Također, može se dogoditi da sud odbije izreći traženu mjeru, bilo zato što zaključi da je odobravanje privremene sudske zaštite nespojivo s ugovorom o arbitraži ili da je nepoželjno od suda da se miješa u postupak arbitraže. Nadalje, može biti i da je privremena mjera već odobrena, ali sud odbije izvršenje iz razloga što mjera krši prisilne odredbe njenog zakona ili je u suprotnosti s javnim poretkom. U svjetlu tih razmatranja, više je nego očito da je suvremenoj međunardonoj arbitraži potreban harmoniziran režim za izricanje i provođenje privremenih mjera.

3. PRIVREMENE MJERE U OKVIRU ARBITRAŽNIH PRAVILA

Komparativnim prikazom nekih značajnijih arbitražnih pravila uvidjet će se da danas u pravilu u svima postoje propisane mogućnosti arbitražnog suda za izricanje privremenih mjera i mjera osiguranja, i to u relativno širokom opsegu. Ovlast arbitara da izriču privremene mjere prvenstveno proizlazi iz ugovora o arbitraži. Kako su u praksi rjeđi slučajevi da stranke predvide izričitu odredbu o tome[2], najčešći izvor arbitražnom sudu za ovlast bit će arbitražna pravila na koja se upućuje sporazumom stranaka.

3.1. UNCITRAL

Arbitražna pravila Komisije Ujedinjenih Naroda za međunarodno trgovačko pravo (dalje u tekstu: UNCITRAL) 1976. godine preporučena su od strane Opće skupštine UN-a i izvorno su

[2] Chapter 3 ‘Forum to Seek Provisional Measures', in Ali Yesilirmak , Provisional Measures in International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Library, Volume 12, str. 55

namijenjena ad hoc arbitražama. Optiranja stranaka za njihovu primjenu i u okvirima institucionalnih arbitražnih centara ili instituta, utjecala su na njihovu sve širu primjenu u međunarodnim trgovačkim sporovima. Iako ta pravila nisu u istom hijerarhijskom rangu s nacionalnim zakonima o arbitraži odnosno s međunarodnim konvencijama, nesumnjiv je njihov utjecaj na razvitak međunarodnog arbitražnog prava pa i na sadržaj kasnijeg UNCITRAL Model zakona iz 1985. godine. [3]

U nastojanju da se potakne harmonizacija u pogledu definicije i opsega privremenih mjera u međunarodnoj arbitraži, 2006. godine, Komisija UN-a [4] izmijenila je članak 17. UNCITRAL Model zakona iz 1985. kako bi se preciznije definirale i nadopunile ovlasti arbitražnog suda pri izricanju privremenih mjera. Komisija je rad povjerila Radnoj skupini koja je potom izradila nacrt amandmana Model zakona.[5] U revidiranoj verziji uvedeno je cijelo novo poglavlje s 11 odredaba o privremenim mjerama, uključujući klasifikaciju privremenih mjera, odredbe o privremenim mjerama ex parte (prethodni zaključci, *preliminary orders*) te odredbe o priznanju i ovrsi privremenih mjera. [6]

Prije revizije, 17. članak ovlašćivao je arbitražni sud da, na zahtjev jedne od stranaka, naredi bilo kojoj stranci da postupi u skladu s privremenom mjerom koju arbitražni sud smatra potrebnom s obzirom na predmet spora, izuzev ako su stranke drugačije ugovorile.[7] Izvorni tekst članka 17. u najmanju ruku je ograničavao ovlasti arbitražnog suda u izricanju privremenih mjera (dopuštala

[3] Alan Uzelac, Siniša Triva, Hrvatsko arbitražno pravo, 2007, str. 124, para. 15
[4] Dvije bitne intervencije učinjene te godine odnosile su se na privremene mjere u arbitražnom postupku i na odredbe o obliku ugovora o arbitraži.
[5] UNCITRAL, Working Group II, 2000 to present: Arbitration and Conciliation, http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html
[6] UNCITRAL Model Law 1985 with amendments as adopted in 2006, Chapter IV. A, https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf
[7] UNCITRAL Model Law 1985., http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf , čl. 17.

se bilo koja privremena mjera koju sud smatra “potrebnom”, pod uvjetom da je takva mjera “u razumnoj vezi s predmetom spora”). Bez obzira na formulaciju, Model zakon i dalje je omogućavao značajan broj slučajeva u kojima arbitražni sud može izreći privremenu mjeru.[8] No ono što je nedostajalo izvornoj odredbi je dostatan broj smjernica u pogledu obujma ovlasti arbitra, uređeno pitanje priznavanja izrečenih mjera te uloga državnog suda. S obzirom na to da su stranke u sve većem broju tražile izricanje privremenih mjera te da su, kako je već navedeno, nedostajale jasnije smjernice arbitrima u pogledu ovlasti i uvjeta za izricanje privremenih mjera, postojale su očigledne prepreke koje su spriječavale efikasno provođenje arbitražnog postupka. U slučaju da se nije pristupilo reviziji, nastupile bi neželjene posljedice: stranke bi bile potaknute da traže izricanje privremenih mjera od strane suda umjesto od arbitražnog suda, što bi dovelo do nepotrebnih troškova i odugovlačenja postupka.

Nakon usvojenih izmjena 2006. godine, članak glasi: „ako se stranke ne sporazume drugačije, arbitražni sud može, na zahtjev jedne od stranaka, donijeti odluku o privremenoj mjeri.” [9] Preinakom članka izostavlja se izvorni jezik kojim se sugerira da su privremene mjere dopuštene samo u slučaju kada ih sud smatra “nužnim" i kada su "u odnosu s predmetom spora”, uklanjajući svaku sumnju u opseg ovlasti arbitražnog suda.

Što se tiče UNCITRAL arbitražnih pravila, njihovom izmjenom 2010. godine, privremene se mjere reguliraju isto kao što je to učinjeno i u revidiranom članku 17. Model zakona. U izmijenjenoj verziji, uvedena je definicija privremene mjere, prema kojoj je privremena mjera “svaka mjera, u obliku pravorijeka ili u nekom drugom obliku, kojom arbitražni sud može, prije

[8] Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration', in Gary B. Born , International Commercial Arbitration (Second Edition), 2014., str. 2441
[9] UNCITRAL Model Law 1985, čl. 17. st. 1.

donošenja konačne odluke u glavnoj stvari, narediti stranci da…”. [10] Dalje u odredbi, navode se četiri kategorije privremenih mjera koje arbitražni sud može izreći, kao primjeri, bez ograničenja: održavanje statusa quo; poduzimanje radnje koja spriječava nastajanje štete samom arbitražnom postupku; osiguranje imovine; osiguranje relevantnih dokaza. Ovakvom primjeričnom formulacijom kategorija privremenih mjera dane su široke ovlasti arbitražnom sudu, omogućavajući ga da izrekne privremene mjere na cjelokupnoj imovini tuženoga. Međutim, zahtjev za izricanje privremene mjere upućen od strane bilo koje stranke nadležnom sudu neće se smatrati odustajanjem od ugovora o arbitraži niti jke u suprotnosti s takvim ugovorom. [11]

Nadalje, revidiranim odredbama propisane su pretpostavke koje arbitražni sud mora uzeti u obzir pri odlučivanju o zahtijevanoj privremenoj mjeri. Podnositelj zahtjeva dužan je dokazati vjerojatnost nastanka štete ukoliko se privremena mjera ne izrekne i koja u tom slučaju neće moći biti odgovarajuće nadoknađena u konačnom pravorijeku, a osim toga, šteta koja prijeti mora biti veća od štete koju trpi strana prema kojoj je zahtjev usmjeren. Dodatno, stranka koja traži izricanje takve mjere mora dokazati razumnu mogućnost da će uspjeti u meritumu spora, čime se ne prejudicira konačna odluka u meritumu.[12] Vrijedi spomenuti da hitnost nije posebno predviđena pretpostavka. Posebno o pretpostavkama za izricanje privremenih mjera obradit će se detaljnije u narednom poglavlju.

Model zakon uveo je i detaljne odredbe kojima traži od nadležnog državnog suda da prizna i izvrši arbitražne privremene mjere te propisuje i razloge u kojima sud može odbiti priznanje

[10] UNCITRAL Arbitration Rules 2010., https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf, čl. 26. st. 2.

[11] UNCITRAL Arbitration Rules, čl. 26. st. 9.

[12] UNCITRAL Arbitration Rules, čl. 26. st. 3. (b): “The determination on this possibility shall not affect the discretion of the arbitral tribunal in making any subsequent determination”

odnosno izvršenje iste. [13] Slične odredbe nisu predviđene u UNCITRAL-ovim Pravilima, što je i razumljivo budući da su priznanje i ovrha odluke o privremenoj mjeri izvan nadležnosti bilo kojeg arbitražnog suda. Mogućnost primjene navedenog ovisi isključivo o spremnosti domaćeg zakonodavca da prihvati i prizna stipulacije ponuđene u UNCITRAL-ovom Model zakonu.

Do danas, arbitražno zakonodavstvo 80 država uređeno je po uzoru na Model zakona, od kojih je njih 32 inkorporiralo u nacionalno zakonodavstvo izmjene i dopune iz 2006. godine. [14]

Konačno, navedene odredbe sada izričito predviđaju da arbitražni sud privremene mjere može izmijeniti, obustaviti ili ukinuti na zahtjev bilo koje stranke, ili u iznimnim okolnostima, od strane suda, uz prethodnu obavijest strankama. Osim toga, propisano je da sud može zahtijevati polaganje odgovarajućeg osiguranja u vezi s privremenom mjerom te da stranka koja je tražila privremenu mjeru može biti odgovorna za sve troškove i štete koje prouzroči bilo kojoj stranci, ako sud utvrdi da "prema prevladavajućim okolnostima, mjera nije trebala biti odobrena." [15]

3.2. ARBITRAŽA PRI MEĐUNARODNOJ TRGOVAČKOJ KOMORI (ICC)

U ICC Arbitražnim pravilima, kao i UNCITRAL-ovima, propisano je ovlaštenje arbitrima da odobravaju privremene mjere ili mjere osiguranja (*interim, conservatory measures*) koje smatraju primjerenima, osim ako se stranke nisu drukčije sporazumjele. [16] Navedena odredba značajno se dogradila za razliku od ICC Arbitražnih pravila iz 1975. i 1988. prema kojima je stranka mogla

[13] UNCITRAL Model Law with amendments as adopted in 2006, čl. 17 H, I.

[14] UNCITRAL Model Law: Status, https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status, preuzeto 23.7.2019.

[15] UNCITRAL Arbitration Rules, čl. 26. st. 5., 6., 8.

[16] ICC Arbitration Rules 2017, https://iccwbo.org/publication/arbitration-rules-and-mediation-rules/, čl.28.

podnijeti zahtjev za privremenu mjeru nadležnom državnom sudu, i to samo u "iznimnim okolnostima".

Značajnu razliku naspram UNCITRAL-ovih Pravila čini odredba o "hitnom arbitru" predviđenoj po prvi puta nakon revizije 2012. godine. [17] Prema toj odredbi, "stranka kojoj su potrebne hitne privremene mjere koje ne mogu čekati na osnivanje arbitražnog suda (...) može podnijeti zahtjev za takve mjere." Odluka arbitra u tom slučaju izdaje se u obliku zaključka koji je obvezujuće naravi, ali čim se osnuje, sud može izmijeniti, ukinuti ili poništiti donesenu odluku. [18]

3.3. OSTALA ARBITRAŽNA PRAVILA

Mnoga ostala arbitražna pravila revidirana su posljednjih godina kako bi se arbitrima omogućilo da odobre privremene mjere. Primjerice, pravila Međunarodnog centra za rješavanje sporova (dalje u tekstu: ICDR), iako kasnije revidirana, nisu dopuštala odobravanje privremenih mjera od strane arbitara. ICDR je bila među prvim arbitražnim institucijama koje su uspostavile mehanizam "hitnog arbitra", kao što je to slučaj i kod ICC-a. Članak 25. arbitražnih pravila LCIA [19] uglavnom je sličan pravilima UNCITRAL-a i ICC-a. LCIA ovlašćuje arbitražni sud da odredi razne privremene mjere, uključujući polaganje osiguranja za sporni novčani iznos putem depozita ili bankarskog jamstva, mjere osiguranja imovine i bilo koje druge mjere koje bi se mogle donijeti u konačnoj odluci arbitražnog suda. Pravila CIETAC-a (Kineska komisija za međunarodno trgovačku arbitražu) iz 1995. i 2005. predviđala su da arbitražni sud ne može odrediti privremene mjere, ali je ova odredba revidirana 2012. godine.

[17] ICC Arbitration Rules 2017, čl. 29.
[18] Vidi *infra* pod 9.
[19] Londonski sud međunarodne arbitraže, https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2025

4. OVLAŠTENJE ARBITARA ZA IZRICANJE PRIVREMENIH MJERA

Konvencije na području međunarodne trgovačke arbitraže uglavnom ne sadrže odredbe o ovlastima arbitara za izricanje privremenih mjera. Newyorška Konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. ne sadrži nikakvu izričitu odredbu o istom. Europska konvencija sadrži samo jednu općenitu odredbu prema kojoj se zahtjevi za privremene mjere i prethodne mjere osiguranja ne smatraju nespojivim s ugovorom o arbitraži niti se smatra da se time od suda traži da odluči o biti spora. [20] [21]

U nekim državama poput Argentine, Italije, Tajlanda i Kine, zakon izričito isključuje arbitrima mogućnost za odobravanje privremenih mjera jer je takva ovlast rezervirana jedino za državne sudove. Drugi režimi, kao što su države koje su usvojile Model zakona UNCITRAL-a, Francuska, Švicarska i Sjedinjene Države, ovlašćuju arbitre za izricanje privremenih mjera i predviđaju sudsko izvršenje istih. Unatoč tome, danas je sve manji broj zemalja čija zakonodavstva ne dopuštaju arbitražno izricanje privremene mjere osiguranja.

Primarno, ovlast za izricanje privremenih mjera ovisi o ugovoru o arbitraži. Ta ovlast se može predvidjeti izričito u ugovoru ili takvo ovlaštenje može proizlaziti iz postojećih arbitražnih pravila na koja se upućuje ugovorom stranaka. Sekundarno, ovlast može biti propisana i po pravu države koje je *lex loci arbitri.* Osim navedenog, arbitar može, i trebao bi, uzeti u obzir i pravo države mjesta gdje se privremena mjera mora izvršiti.

[20] Europska konvencija o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži iz 1961., čl. 6. st. 4.
[21] Chapter 10: Provisional Measures in International Arbitration, in Gary B. Born, International Arbitration: Cases and Materials (Second Edition), 2015, str. 872.

U doktrini se postavlja u pogledu ovlasti arbitražnog suda u izricanju privremenih mjera pitanje u slučaju proturječnosti nacionalnog zakona i ugovora o arbitraži. U suštini je svejedno da li stranke svojim ugovorom liše arbitra zakonskog ovlaštenja da te mjere izriče ili pravo arbitra ovisi o sporazumu stranaka bez kojeg takve mjere ne bi mogao nalagati, jer to nije predviđeno zakonom države mjesta arbitraže. Naime, drugačije bi bilo u slučaju zakona neke države koji *izričito* isključuje ovlast arbitra da odlučuje o privremenoj pravnoj zaštiti odnosno koji predviđa nadležnost državnog suda kao jedinog koji može izricati privremene mjere. U takvim situacijama, prema Bornu, treba imati na umu NY Konvenciju koja zahtjeva od država ugovornica priznanje pisanih ugovora o arbitraži te da bi se u navedenom slučaju nepriznavanje datih ovlasti moglo smatrati povredom te Konvencije. [22] Proturječnost ugovora o arbitraži i zakona te priznanje arbitražnog pravorijeka u drugoj državi otvara kompleksno pitanje. [23] Naime, ukoliko strani pravorijek arbitražnog suda zadovoljava uvjete za priznanje i ovrhu u drugoj državi te pored toga postoji činjenica da *lex loci arbitri* isključuje ovlast arbitra za izricanje privremenih mjera (koju je arbitražni sud ipak prakticirao na temelju ugovora o arbitraži), takva okolnost ne bi trebala spriječiti njegovo priznavanje. Naprotiv navedenom, postoji značajan argument drugih autora da će to priznanje biti suprotno članku 5. NY Konvencije. [24]

Dakako, u praksi, arbitar će sebe rijetko dovesti u situaciju u kojoj će naložiti privremene mjere suočavajući se s odredbama zakona mjesta arbitraže koje uskraćuje takvo ovlaštenje arbitražnom

[22] Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration', in Gary B. Born , International Commercial Arbitration (Second Edition), 2014., str. 2459

[23] Op. cit. 33 „At the same time, national courts outside the arbitral seat should consider themselves free, and generally obligated, to recognize and enforce awards granting such relief"

[24] "Priznanje i izvršenje odluka bit će odbijeni, na zahtjev stranke protiv koje se odluka ističe, jedino ako ta stranka podnese dokaz nadležnoj vlasti u kojoj su traženi priznanje i izvršenje: (d.) da osnivanje arbitražnog suda ili arbitražni postupak nije bio u skladu s ugovorom stranaka ili, ako ne postoji ugovor, da nije bio u skladu s pravom zemlje u kojoj je obavljena arbitraža", čl. 5. st. 1. t. (d)

sudu. Također, stranke u većini slučajeva će se suzdržati od ugovaranja mjesta arbitražnog postupka u tim državama.

5. VRSTE PRIVREMENIH MJERA

U komparativnoj arbitražnoj praksi često se primjenjuju različite vrste privremenih mjera ovisno o tome koji se cilj želi ostvariti. Kada arbitri zaključe da je zatražena mjera osnovana, njen učinak u odnosu na stranku u odnosu na koju je izrečena smio bi ići samo do one mjere koja je potrebna da se predlagatelju pruži razborito efikasno sredstvo za ostvarenje željenog cilja. [25] Međunarodna praksa u pravilu široko ovlašćuje arbitražni sud da diskrecijski odredi bilo koju privremenu mjeru koju smatra odgovarajućom i primjerenom okolnostima slučaja, pružajući im na taj način dovoljan stupanj potrebne fleksibilnosti. [26]

Najčešći tipovi privremenih mjera su mjere za održavanje ili uspostavljanje statusa quo, mjere za osiguranje troškova, mjere za osiguranje relevantnih dokaza te mjere za osiguranje tražbine.

5.1. STATUS QUO

Mjere za održavanje odnosno uspostavljanje *statusa quo* su privremene mjere kojima se zahtijeva od stranke da poduzme ili da se suzdrži od poduzimanja određenih radnji koje bi mogle nanijeti teško nadoknadivu štetu nekoj stranci u postupku. Svrstavaju se u konzervacijske i preventivne

[25] Alan Uzelac, Siniša Triva, Hrvatsko arbitražno pravo, 2007., str. 131, para. 38
[26] Chapter 5: Arbitral Provisional Measures', in Ali Yesilirmak, Provisional Measuresin International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Library, 2005, str. 205

privremene mjere.[27] Primjerice, arbitri mogu naložiti stranci da nastavi s izvršavanjem ugovornih obveza, kao što su izvođenje građevinskih radova ili nastavak isporuke proizvoda. Svrha tih mjera je sprječavanje izmjene trenutnog činjeničnog stanja (statusa quo), odnosno ako je stanje stvari već narušeno, cilj je vraćanje u stanje prije nego li ga je jedna od stranaka svojim jednostranim radnjama promijenila.

Postoje razni slučajevi u kojima dosuđena naknada štete ne može u potpunosti obeštetiti oštećenu stranu za gubitak koji je pretrpjela (u slučaju povrede ugleda na tržištu ili gubitka poslovnih prilika). Na primjer, proizvođač može odbiti nastavak isporuke prema ugovoru o distribuciji, ističući kršenje ugovora od strane distributera. Ako distributer ne primi ugovornu robu, neće moći ispuniti ugovor o distribuciji što može posljedično oštetiti njegov tržišni ugled. U takvom slučaju, distributer bi bez sumnje želio dokazati arbitražnom vijeću da se *status quo* treba održati i da proizvođač treba nastaviti s isporukom robe, do donošenja konačne odluke arbitražnog suda.[28]

5.2. OSIGURANJE TROŠKOVA

Privremena mjera osiguranja troškova (aktorska kaucija) je mjera kojoj se jednoj stranci u postupku (u pravilu, tužitelju) nalaže da položi odgovarajuće osiguranje za troškove arbitražnog postupka ukoliko postoji rizik da neće moći podmiriti iste. Svrha takvog zahtjeva je osigurati da stranka može platiti eventualnu naknadu troškova spora ako ne uspije s tužbenim zahtjevom. Ako

[27] Settlement of commercial disputes, Report of Secretary General, www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html , para. 63. b.
[28] Chapter 7: Role of National Courts during the Proceedings, in Nigel Blackaby, Constantine Partasides, et al., Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition), str. 432

arbitražni sud odobri mjeru, stranci će se odrediti da položi iznos koji je odredio sud ili će mu se odrediti neki drugi oblik polaganja osiguranja. Ako se ne postupi u skladu s privremenom mjerom, postupak se može prekinuti odnosno tužbeni zahtjev se može odbaciti. Osiguranje troškova je uobičajen oblik privremene mjere u arbitražama sa sjedištem u Engleskoj i u zemljama Commonwealtha, u slučajevima u kojima postoji rizik da tužitelj, ako ne uspije u sporu, neće moći tuženiku nadoknaditi trošak postupka. Kao privremena mjera izričito je predviđena u engleskom arbitražnom zakonu[29] i nekim drugim zakonima o arbitraži, kao što su LCIA institucionalna pravila. [30] Privremene mjere osiguranja troškova znatno su rjeđe u kontinentalnoeuropskom pravnom krugu. U tim pravnim sustavima, arbitražni sudovi nerijetko dolaze do zaključka da opterećenje koje nameće privremena mjera osiguranja troškova može stranci, u slučaju kada ona nema financijskih sredstava da položi osiguranje, nepotrebno uskraćivati njezino pravo da bude saslušana. Osim toga, sudovi mogu zaključiti, prema okolnostima, da je stranka koja zahtijeva mjeru, barem djelomično, odgovorna za insolventnost tužitelja i da je, prema tome, njen zahtjev za osiguranje troškova neopravdan. [31]

5.3. OSIGURANJE DOKAZA

Privremena mjera za osiguranje dokaza primjenjuje se u onim slučajevima kada se relevantni dokazi moraju osigurati odnosno izvesti u ranoj fazi postupka jer postoji opravdani strah da se ti dokazi neće moći kasnije izvesti odnosno da će njihovo izvođenje biti bitno otežano. UNCITRAL

[29] English arbitration act, 1996, čl 38. st. 3.
[30] LCIA Rules, čl. 25. st. 2.
[31] Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration', in Gary B. Born , International Commercial Arbitration (Second Edition), 2014., str. 2496.

ih naziva procesno-facilitacijskim i evidencijskim privremenim mjerama. [32] Arbitar će naložiti osiguranje dokaza kada se kvaliteta pokvarljive robe mora ispitati prije nego što roba propadne ili će narediti ispitivanje ključnog svjedoka u slučajevima kada je on teško bolestan. Privremenom mjerom se može naložiti stranci da omogući pristup određenim stvarima, pokretnini ili nekretnini ili čak zabraniti poduzimanje određenih radnji (npr. jednostrane preinake na zgradi koja treba biti predmet uviđaja u postupku). Nadalje, osiguranje dokaza može biti potrebno u slučaju kada su bitni dokazi rezultati ugovora o istraživanju i razvoju, ili kada se otkupna ili nabavna cijena u kupoprodajnom ugovoru izračunava prema financijskim rezultatima tvrtke, relevantnim financijskim i knjigovodstvenim podacima. [33]

5.4. OSIGURANJE TRAŽBINE

Privremene mjere mogu se zahtijevati i u situacijama u kojima postoji opravdana bojazan da će protivna strana osujetiti ovrhu konačne odluke arbitražnog suda. Od trenutka pokretanja arbitražnog postupka do donošenja konačnog pravorijeka može proći znatno razdoblje. Dok postupak traje, protivna stranka može pokušati onemogućiti ovrhu konačne odluke, primjerice, premještanjem imovine izvan dosega druge stranke ili suda (u drugu državu). U takvim slučajevima bi vjerovnik bio spriječen u tome da realizira svoje pravo zbog nepravedno poduzetih radnji tuženika. Stranka kojoj prijeti takav rizik, može tražiti zapljenu sporne imovine od strane suda, zabranu otuđenja/opterećenja nekretnine odnosno pokretnine i sl. Ukoliko se radi o novčanoj tražbini, može se tražiti polaganje odgovarajućeg jamstva u obliku bankovnog depozita ili garancije. Predlagatelj mora dokazati postojanje opasnosti da će bez izricanja mjere

[32] Op. cit. 21
[33] Chapter 23: Interim and conservatory Measures, in Julian D. M. Lew , Loukas A. Mistelis, et al., Comparative International Commercial Arbitration,2003, str. 596.

protivna strana spriječiti ili znatno otežati naplatu tražbine, a osim toga sud mora biti uvjeren u vjerojatnost postojanja tražbine koju predlagatelj također mora dokazati, jer se ona ne pretpostavlja.

5.5. PRIVREMENO PLAĆANJE

Prema nekim autorima, a i prema praksi nekih ICC arbitražnih postupaka, arbitri mogu odrediti mjere kojima se nalaže protivnoj stranci privremeno plaćanje novčanog iznosa koji je predmet spora, do donošenja konačne odluka arbitražnog suda, u slučaju kada je to potrebno podnositelju zahtjeva (održavanje poslovanja ili olakšavanje izvršenje određenog projekta). [34] [35] Prema Bornu, radi se o *sui generis* privremenim mjerama koje se bitno razlikuju od drugih vrsta privremenih mjera upravo po tome što prejudiciraju osnovanost predmeta spora. Doista, da sud odredi stranci plaćanje novčanog iznosa koji je nesporan u dospjelosti i visini, ne bi se trebao smatrati privremenom mjerom, već djelomičnim pravorijekom. U protivnom se može smatrati da sud prejudicira meritum spora. Francuski i nizozemsko zakonodavstvo uspostavilo je tzv. "référé-provision" postupak, prema kojem nacionalni sudovi mogu naložiti privremenu mjeru plaćanja novčanog iznosa koji nije "sporan u ozbiljnoj mjeri". Francuski sudovi također su smatrali da ugovor o arbitraži ne isključuje ovlast francuskih sudova za provođenje "référé-provision" postupka. [36]

[34] Chapter 23 Interim and conservatory Measures, in Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, et al., Comparative International Commercial Arbitration, 2003., str. 602
[35] Privremena mjera prethodnog plaćanja izričito je predviđena u engleskom arbitražnom zakonu, English Arbitration Act, čl. 39. st. 2
[36] Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration', in Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Second Edition), 2014., str. 2500

6. PRETPOSTAVKE ZA IZRICANJE PRIVREMENIH MJERA

Za razliku od već izloženih Pravila UNCITRAL-a [37], većina institucionalnih pravila pruža malo (ili čak nimalo) smjernica za arbitre, odnosno kriterija za izricanje privremenih mjera. Umjesto toga, odlučivanje o navedenom ostavljeno je diskreciji arbitražnom sudu.

Ukoliko su se stranke dogovorile o primjeni institucionalnih arbitražnih pravila, ta pravila mogu predviđati pretpostavke u vezi s odobrenjem privremenih mjera. No, treba imati na umu ukoliko su stranke ugovorile takve pretpostavke u ugovoru o arbitraži (iako će to biti rijetko), nema razloga da arbitražni sud ne postupi po tako ugovorenim pretpostavkama jer prije svega treba imati na umu da je to u skladu s osnovnim načelom stranačke autonomije. Prema autorima, ako nije drukčije određeno ugovorom o arbitraži ili arbitražnim pravilima, arbitražni sud u nastojanju da se otklone nejasnoće u pogledu kriterija može uzeti u obzir načela primjenjivog procesnog prava. Alternativno, arbitražni sud može uzeti u obzir uobičajena pravila razvijena u međunarodnoj arbitražnoj praksi. Zamislivo je da bi i nacionalni zakon poneke države propisivao obvezne pretpostavke za odobravanje privremene mjere u međunarodnom arbitražnom postupku, ali čini se da nijedna država nema takvog pristupa i teško je predvidjeti što bi potaknulo nacionalnog zakonodavca da usvoji takve odredbe. [38]

U načelu, većinom arbitri zahtjevaju dokaz o postojanju opasnosti od nastanka ozbiljne, nepopravljive štete i hitnosti. Također, neki arbitri zahtjevaju *prima facie* dokaz o osnovanosti predmeta spora, *prima facie* dokaz o nadležnosti arbitražnog suda i dokaz o preteži štete nad štetom koja prijeti stranci protiv koje se mjera traži (proporcionalnost).

[37] Vidi *infra* pod 3.1.

[38] Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration', in Gary B. Born , International Commercial Arbitration (Second Edition), 2014., str. 2468

Većina sudaca razmatra i prirodu privremenih mjera koje se traže. Neke privremene mjere (npr. očuvanje *statusa quo*) zahtijevat će dokaz o mogućnosti ozbiljne povrede i hitnosti, dok neke druge privremene mjere (npr. osiguranje za troškove, osiguranje dokaza) neće zahtijevati tako snažne dokaze.

6.1. PRIMA FACIE NADLEŽNOST ARBITRAŽNOG SUDA

Ukoliko arbitražni sud zahtijeva dokaz o nadležnosti arbitražnog suda (što se naravno dokazuje valjanim ugovorom o arbitraži), čak i ako je još neriješeno pitanje nadležnosti, arbitri i dalje mogu uzeti u obzir razmatranje privremene mjere dok barem postoji *prima facie* osnova za utvrđivanje nadležnosti. [39] Međutim, ako arbitražni sud smatra da je mala vjerojatnost da će se utvrditi nadležnost, tek potom što je utvrde razmotrit će zahtjev za privremene mjere.

6.2. VJEROJATNOST USPJEHA U SPORU

Neki su sudovi i komentatori smatrali da stranka koja traži privremenu pravnu zaštitu mora dokazati *prima facie* osnovanost svojeg zahtjeva (ili, drugim riječima, vjerojatnost da će predlagatelj uspjeti u meritumu u nastavku postupka). Kako arbitražni sud privremenom mjerom ograničava subjektivna prava stranaka, u ranoj fazi postupka ili čak prije pokretanja postupka, potrebno je ocijeniti da za predlagatelja postoji barem određeni stupanj vjerojatnosti uspjeha u sporu. U suprotnom bi se stranka protiv koje se izriče privremena mjera šikanirala, jer bi njeno pravo bilo ograničeno bez obzira što je predlagateljev glavni zahtjev očito neosnovan.

[39] International Arbitration Practice Guidline, Applications for Interim Measures, para. 1 str. 6.

Istodobno, drugi arbitri i komentatori odbijaju uzeti u obzir uvjet dokaza vjerojatnosti uspjeha u sporu, tvrdeći kako je to u suprotnosti s postulatom da privremene mjere ne smiju prejudicirati osnovanost glavne arbitražne odluke. [40] Da se od toga ogradi, sud se mora ograničiti na to da se o zatraženoj mjeri odlučuje na temelju same *vjerojatnosti,* a ne na temelju pune izvjesnosti o postojanju relevantnih činjenica. [41]

6.3. RAZMJERNOST

Od arbitra se također zahtijeva da razmotri svaku štetu za koju postoji vjerojatnost da će nastati suprotnoj strani ukoliko odobri privremenu mjeru. [42] Takvu štetu koja bi mogla nastati odobravanjem mjere treba prosuđivati u odnosu na vjerojatnu štetu za podnositelja zahtjeva ako se mjera ne odobri. U takvoj situaciji, sud bi trebao razmotriti sve okolnosti slučaja i odvagnuti razloge za odobravanje mjere s razlozima suprotne strane koja se protivi. Primjerice, posljedično teška financijska pozicija jedne strane ukoliko se privremena mjera (ne)odobri, što bi eventualno moglo rezultirati obustavom arbitražnog postupka.

6.4. OZBILJNA I NENADOKNADIVA ŠTETA

Predlagatelj privremene mjere nastojat će dokazati arbitražnom sudu da postoji opasnost da neće moći ostvariti tražbinu iz kasnije kondemnatorne odluke. Za takvu privremenu zaštitu potrebno je

[40] Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration', in Gary B. Born , International Commercial Arbitration (Second Edition), 2014., str. 2478
[41] Alan Uzelac, Siniša Triva, Hrvatsko arbitražno pravo, 2007., str. 137, para. 52
[42] Prema UNCITRAL-ovim Pravilima: "such harm substantially outweighs the harm that is likely to result to the party against whom the measure is directed if the measure is granted."

dokazati da postoji određeni stupanj opasnosti jer se u protivnom radi samo o apstraktnoj vjerojatnosti i predlagatelj bi nesporno uvijek bio u mogućnosti ishoditi takvu odluku kojom ograničava prava i interese druge strane. [43]

Određena arbitražna pravila kao pretpostavku za izricanje privremene mjere traže dokazivanje nepopravljivosti štete. [44] [45] Očito je teško u praksi dokazati nenadoknadivu štetu jer gotovo ne postoji šteta koja se ne može nadoknaditi novčanom naknadom određenoj u konačnom pravorijeku arbitražnog suda. Prema Bornu, većina autora ne prirodaje dovoljno pozornosti potencijalno važnoj razlici između nenadoknadive i ozbiljne štete. Primjena uvjeta nenadoknadive štete u doslovnom smislu bi ograničio izricanje privremenih mjera samo na slučajeve u kojima je jedna stranka insolventna ili gdje bi priznavanje glavne arbitražne odluke bilo nemoguće. [46] U praksi, većina arbitara ipak traži samo dokaz o postojanju opasnosti od ozbiljne štete. Na primjer, ako tuženik vrši radnje kojima nastoji spriječiti priznavanje glavne arbitražne odluke i/ili je uz to vjerovatno da tuženik neće pretrpjeti štetu ako privremena mjera bude izrečena, arbitražni sud će odobriti privremenu mjeru, čak i ako je dokazano postojanje samo ozbiljne, a ne i nenadoknadive štete. Nasuprot tome, kada tuženik obavlja poslovanje na uobičajen način te ako bi pretrpio veću štetu da privremena mjera bude izrečena, arbitar će vjerovatno tražiti da stranka koja zahtijeva izricanje privremene mjere dokaže i nepopravljivost štete.

[43] Alan Uzelac, Siniša Triva, Hrvatsko arbitražno pravo, 2007., str. 135, para. 49
[44] Termin nenadoknadive štete svojstven je common law doktrini: Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration', in Gary B. Born, str. 2470
[45] UNCITRAL Model Law, čl. 17 A st. 1. “Harm not adequately reparable by an award of damages is likely to result if the measure is not ordered”
[46] Op. cit. 43

Tako u praksi, arbitražni sudovi nastoje primjenjivati relativno jednostavne kriterije bez suvišnog formalizma, kako bi se osiguralo donošenje praktičnih, učinkovitih odluka te da bi se zaštitilo stranke od ozbiljnih poteškoća koje proizlaze iz trajanja i duljine arbitražnog postupka.

7. OBLIK ODLUKE O PRIVREMENOJ MJERI

Ako arbitražni sud odluči da će odobriti zahtjev za privremenom mjerom, postavlja se pitanje u kojem obliku bi se trebale izreći te mjere. Uglavnom se mogu izreći u obliku zaključka ili pravorijeka, a osim toga, arbitar može "pozvati" stranku odnosno "preporučiti" strankama da se ponašaju u skladu s određenom mjerom. U pravilu arbitar ima diskrecijsko pravo odlučivanja o obliku odluke, iako ta diskrecija mora biti ograničena i vođena ciljem izricanja privremenih mjera.

U Zagrebačkim pravilima Hrvatske gospodarske komore, određeno je da se "odluka o privremenoj mjeri donosi u obliku pravorijeka i mora biti obrazložena. U osobito hitnim slučajevima privremena mjera može se izdati i bez obrazloženja. Ako bude potrebno obratiti se sudu radi ovrhe privremene mjere ili ako to zatraži protivna stranka, izradit će se obrazloženi pisani otpravak odluke o privremenoj mjeri." [47] UNCITRAL Model zakona propisuje da privremena mjera može biti odobrena "u obliku pravorijeka ili u nekom drugom obliku", ostavljajući izbor oblika diskreciji arbitražnog suda. [48] Slično je određeno u ICC Pravilima, gdje je propisano da "svaka takva mjera ima oblik zaključka, uz navedene razloge, ili oblik

[47] Pravilnik o arbitraži pri Stalnom arbitražnom sudištu Hrvatske gospodarske komore (Zagrebačka pravila), čl. 49. st. 4.
[48] UNCITRAL Model Law, čl. 17. st. 2.

pravorijeka, zavisi što arbitražni sud smatra prikladnim.” [49] U praksi ICC arbitraže, sudovi su u jednakoj mjeri koristili oba oblika privremenih mjera, ovisno o okolnostima slučaja.

Zaključak se uobičajeno može izdati brže nego pravorijek te se smatra praktičnijom opcijom, jer pruža veću spremnost za njegovu izmjenu u slučaju promjene okolnosti. Zakjučke također odlikuje manje formalnosti (npr. skraćeno obrazloženje, potpisivanje samo od strane predsjednika arbitražnog vijeća). Upravo se iz ovih razloga zaključak izriče brže, a u skladu s tim, uspješnije može spriječiti nastanak daljnje štete za stranku koja ju je zahtijevala.[50] Nasuprot tome, privremene mjere u formi pravorijeka osiguravaju veću mogućnost za priznavanje i ovrhu pred nacionalnim sudovima (neki nacionalni sudovi ističu da zaključak nije u skladu s ciljevima NY Konvencije i da ne zadovoljava uvjete koje Konvencija nameće za priznanje stranih arbitražnih odluka). Također, vrijedno je spomenuti da se zaključak može odobriti na zahtjev *ex parte,* dok je odobravanje zahtjeva *ex parte* u obliku pravorijeka u najmanju ruku zabrinjavajuće, i na nacionalnoj i na međunarodnoj razini, posebice prema članku 5. st. 1. t. (b) NY Konvencije.[51]

Postoje suprotna stajališta o tome da li je prikladnije odobravati privremene mjere u obliku pravorijeka ili zaključka, dok s druge strane ima nekih arbitražnih sudova koji su našli kompromis: prvo odobre privremenu mjeru u obliku zaključka, koji je ubrzo potom popraćen donošenjem pravorijeka. Ovaj pristup omogućava trenutno sprečavanje negativnih posljedica (štete za stranku), a uz to osigurava i mogućnost priznavanja. U svakom slučaju, arbitar treba voditi računa da odluka o privremenim mjerama mora biti u obliku koji je obvezujući za stranke, a ne u obliku preporuke.

[49] ICC Arbitration Rules 2017, čl. 28. st. 1.
[50] Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration', in Gary B. Born, 2014., str. 2506
[51] Chapter 5: Arbitral Provisional Measures, in Ali Yesilirmak, Provisional Measures in International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Library, 2005, str. 193

8. EX PARTE ZAHTJEV

Privremene mjere obično se odobravaju nakon što se svim strankama omogući da budu saslušane u kontradiktornom postupku. Alternativno, u slučajevima kada se ne može očekivati sastanak u razumnom roku (jer su, na primjer, stranke i arbitri iz različitih država), stranke se mogu saslušati putem telefonske konferencije ili videokonferencije. Nadalje, u sličnim slučajevima, stranke mogu ugovorom o arbitraži ovlastiti predsjednika arbitražnog vijeća da odobrava privremene mjere. Međutim, iako sve navedeno omogućava brzo djelovanje i odlučivanje o zahtjevima za privremene mjere, ponekad postoji hitna potreba za privremenom mjerom bez formalnog saslušanja strane protiv koja se privremena mjera zahtjeva. [52] Razlog nesaslušanja protivne strane opravdava se slučajevima kada je potrebno "iznenaditi" drugu stranu, ne dajući joj mogućnost da izvede radnju koju bi ona inače izvela i time osujetila svrhu privremene mjere.

Državni sudovi često izdaju privremene mjere *ex parte.* Takav način odobravanja privremenih mjera osobito će biti prikladan u slučajevima kada postoji opasnost od otkrivanja poslovne tajne, otuđenja imovine, uništenja relevantnih dokaza, opoziva bankarskog jamstva i sl. U takvim okolnostima smatra se da interes podnositelja zahtjeva za privremenom mjerom prevladava nad pravom protivnika takve mjere da bude saslušan, što će mu tek biti omogućeno u žalbenoj fazi.

Unatoč prikazanoj praktičnosti *ex parte* zahtjeva za privremenom mjerom, među autorima postoji velika kontroverza u pogledu takvih zahtjeva u arbitražnom postupku. Jedan od problema koji ističu autori očituje se u tome što sud, da bi izrekao takvu mjeru, mora prethodno biti sastavljen

[52] Chapter 5: Arbitral Provisional Measures', in Ali Yesilirmak, Provisional Measures in International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Library, str. 220

(što nije moguće bez obavještavanja druge strane). Arbitražnom sudu može biti potrebno toliko vremena da se sastavi da je imovina možda već otuđena ili da su presudni dokazi već uništeni. [53]

Većina zakona i institucionalnih pravila ne spominje privremene mjere *ex parte*. Općenito se smatra da je pravo na saslušanje stranaka upravo ono što sprječava arbitražni sud da izda privremenu mjeru *ex parte*. Pravo na saslušanje i poštivanje ugovorenih pravila među strankama od temeljne su važnosti za arbitražu. *Ex parte* odobrenim mjerama zamjera se i ugrožavanje načela nepristranosti arbitara u postupku jer arbitražni sud u ovim slučajevima, odlučujući o zahtjevu, razmatra meritum spora imajući u vidu stavove samo jedne stranke. [54]

UNCITRAL-ovim Model zakonom, nakon revizije 2006., uvedene su odredbe koje omogućuju arbitražnom sudu da donese *ex parte* odluke o privremenoj mjeri (*preliminary orders*, prethodni zaključci), ali u ograničenom dosegu. Člankom 17. B propisane su pretpostavke kojima se ostvaruje visoka razinu jamstva protiv mogućih zloupotreba. Naime, odredba obvezuje arbitražni sud da odmah nakon odobrenja mjere u *ex parte* postupku, obavijesti sve stranke o mjeri, dostavi dokumenate podnesenih u vezi s prijavom uz navođenje sadržaja svake usmene komunikacije, između bilo koje stranke i arbitražnog suda u vezi s tim. Najvažnije, nakon izricanja privremene mjere arbitražni sud mora pružiti pravednu mogućnost protivniku mjere da bude saslušan "u što mogućem ranijem vremenu".[55] U svakom slučaju, privremena mjera na snazi je najviše dvadeset dana, obavezujuća je za stranke, neće imati oblik pravorijeka te neće biti predmet ovrhe od strane

[53] Chapter 23: Interim and conservatory Measures, in Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, et al., Comparative International Commercial Arbitration, 2003, str. 607
[54] Chapter 5: Arbitral Provisional Measures', in Ali Yesilirmak , Provisional Measures in International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Library, 2005, str. 222
[55] UNCITRAL Model Law, čl. 17 C st. 1. i 2.

državnog suda. [56] Kako takve odluke arbitražnog suda same po sebi nisu ovršne, upitna je provedivost takvih odluka.

Revizije iz 2006. godine Model zakona prema mnogim autorima bile su kontroverzne te kritiziraju praktičnost revidiranih odredaba, a u praksi arbitražni sudovi nisu pokazali sklonost primjeni *ex parte* odobravanja privremenih mjera. Prema Bornu, revidirane odredbe UNCITRAL-ovog model zakona su nefunkcionalni dodaci: u najgorem slučaju, ako se ikada budu koristili, što je na sreću malo vjerojatno, potaknut će nepovjerenje u arbitražni proces i uzrokovati nepotrebne troškove. Arbitražni sud bi trebao odobriti takve mjere samo u slučajevima u kojima su one iznimno potrebne kako bi se spriječile neposredne i osobito teške štete koje se inače ne bi mogle izbjeći. [57] Drugi autori koji favoriziraju odobravanje *ex parte* mjera, ističu da sud uvijek ima mogućnost naknadno ukinuti naložene mjere, bez ikakvog formalnog žalbenog postupka i po vlastitom nahođenju. Nema prepreka za saslušanje stranke protiv koje je privremena mjera izrečena u nazočnosti druge stranke na neformalan način i u bilo koje vrijeme. Stoga se može tvrditi da u iznimnim slučajevima sud može postupati u odsutnosti stranke, sve dok sasluša druga stranu nakon što je mjera odobrena. [58] Ukoliko podnositelj zahtjeva postupa u dobroj vjeri i podnese arbitražnom sudu uvjerljive dokaze koji opravdavaju *ex parte* postupak te dokaže da sud ima *prima facie* nadležnost u predmetu spora, nema razloga zbog kojeg arbitražni sud ne bi odobrio takvu mjeru. [59]

[56] UNCITRAL Model Law, čl. 17 C st. 5.
[57] Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration', in Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Second Edition), 2014., str. 2510
[58] Chapter 23: Interim and conservatory Measures', in Julian D. M. Lew , Loukas A. Mistelis, et al., Comparative International Commercial Arbitration, 2003.str. 607
[59] Chapter 5: Arbitral Provisional Measures, in Ali Yesilirmak , Provisional Measures in International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Library, str. 227

9. HITNI ARBITAR ILI PREDARBITRAŽNI POSTUPAK

Arbitražni sud je ovlašten, tek nakon njegovog sastavljanja (što može potrajati i mjesecima), izricati privremene mjere ili mjere osiguranja. Ukoliko su joj potrebne hitne privremene mjere, stranka se može ili obratiti nadležnom sudskom tijelu ili čekati osnivanje arbitražnog suda. Kao alternativu, neka institucionalna pravila su za takve slučajeve predvidjele odredbe koje omogućuju stranci da zatraži imenovanje tvz. "hitnog arbitra". Hitni arbitri imaju u biti iste ovlasti u pogledu privremenih mjera kao i redovni arbitražni sudovi, iako su imenovani isključivo za hitne slučajeve.

Državne sudove koji odobravaju privremene mjere karakterizira nedostatak potrebne tajnosti postupka i ovisnost o lokalnim postupovnim pravilima koje su stranke upravo pokušale izbjeći odabirom arbitraže. Shodno tome stranke nisu naklonjene državnim sudovima, a preostala mogućnost im je čekanje na osnivanje arbitražnog suda što može oduzeti previše vremena u hitnim slučajevima i time narušiti samu učinkovitost zahtjevanja hitnih mjera.

Svrha je instituta hitnog arbitra ili predarbitražnog postupka da omogući strankama arbitra koji će brzo reagirati i uzeti u obzir argumente stranaka te donijeti odluku u roku od nekoliko dana ili tjedana. Takve odredbe u institucionalnim pravilima vrlo su učinkovite i korisne za stranke iako ih stranke mogu i isključiti ugovorom o arbitraži. [60]

Broj institucionalnih arbitražnih pravila koja uključuju postupke za imenovanje hitnih arbitara znatno se povećao tijekom posljednjeg desetljeća. Prva institucija koja je uvela takav postupak bio je ICC 1990. godine (Pre-Arbitral Referee Procedure, dalje u tekstu: ICCPA). ICCPA pravila, koja su prvotno sastavljena, bila su odvojena od općih pravila ICC Arbitražnih pravila. Na taj

[60] Chapter 4: The Arbitral Procedure', in Daniel Girsberger and Nathalie Voser , International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives (Third Edition), str. 273

način je bio potreban poseban pristanak stranaka, odnosno stranke su ih morale inkorporirati u svoj ugovor ako su htjele da ih obvezuju. Nažalost, ICCPA pravila su se vrlo rijetko koristila (u manje od desetak slučajeva). Trebalo je uzeti u obzir da stranke, u ranijim fazama, kada se pregovara o temeljnom ugovoru i ugovoru o arbitraži, nisu dovoljno usredotočene na sve moguće procesne zamršenosti koje mogu proizaći iz budućih sporova. Tako stranke propuštaju ugovoriti posebna pitanja, kao što je imenovanje hitnog arbitra. Tadašnje odredbe o hitnim mjerama ICC Arbitražnih pravila ostala su relativno nepoznata, osobito među nespecijaliziranim pravnicima. [61]

Revidiranim pravilima ICC-a, 2012. godine, usvaja se noviji pristup. Odredbe o hitnim mjerama sastavni su dio arbitražnih pravila te će se primjenjivati u ICC arbitražnom postupku, osim ako stranke nisu te odredbe izričito isključile. Novim odredbama određeno je da odluka hitnog arbitra mora biti u obliku zaključka, a stranke se obvezuju da će je se pridržavati. Arbitražni sud može izmijeniti, obustaviti ili poništiti zaključak ili bilo koju njegovu izmjenu koju je prethodno donio hitni arbitar. Konačno, ICC upućuje na to da odredbe nisu namijenjene onemogućavanju stranke da hitne mjere traži od nadležnog sudskog tijela niti da se bi takvo traženje smatralo povredom ili odricanjem ugovora o arbitaži. [62]

Iako se postupci i uvjeti za podnošenje zahtjeva za hitnom mjerom donekle razlikuju među arbitražnim pravilima, čini se da su mnoge institucije u praksi utvrdile da institut hitnog arbitra ispunjava zadanu svrhu i zadovoljava zahtjev korisnika. Do 30. travnja 2018. godine, šest godina nakon revidiranih odredaba, u okviru ICC-a, podneseno je 80 prijedloga za hitne mjere. [63]

[61] Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration', in Gary B. Born , International Commercial Arbitration (Second Edition), 2014., str. 2452
[62] ICC Rules 2017, čl. 29
[63] ICC Commission report emergency arbitrator proceedings, 2019, https://iccwbo.org/publication/emergency-arbitrator-proceedings-icc-arbitration-and-adr-commission-report , preuzeto 23.7.2019.

ICDR je bila druga po redu institucija koja je nakon ICC-a, 2006. godine, nastojala usvojiti drugačiji, ambiciozniji pristup problemu hitnih mjera u arbitražnom postupku. Prema tim pravilima, stranka može podnijeti pisanu obavijest administratoru i svim drugim strankama, navodeći opis, razloge zbog kojih se hitna mjera traži, te osnovu na kojoj stranka ima pravo zahtjevati odobravanje te mjere. Zahtjev se može predati telefaksom, e-poštom ili drugim pouzdanim komunikacijskim sredstvima, ali mora sadržavati izjavu kojom se potvrđuje da su sve druge strane obaviještene ili objašnjenje o pokušajima obavještavanja drugih stranaka, učinjenih u dobroj vjeri.[64]

Nasuprot prikazanim odredbama, UNCITRAL Model zakona kao niti njegova Arbitražna pravila ne propisuju postupak za podnošenje zahtjeva za izricanje privremenih mjera prije osnivanja arbitražnog suda. Također, ne predviđa ni postojanje arbitra za hitne slučajeve. S druge strane, mnoge preostale institucije, uključujući NAI, SCC, SIAC i LCIA imaju uređen institut hitnog arbitra. Jednom kada je sud sastavljen, ovlasti arbitra za hitne slučajeve se okončavaju i on ne može biti član arbitražnog vijeća, osim ako to stranke posebno ugovore.

10. OGRANIČENJA OVLASTI ARBITRAŽNOG SUDA

Između privremenih mjera koje izriče državni sud i onih koje izriče arbitar u arbitražnom postupku postoje sadržajne razlike. U jednom aspektu, privremene mjere u arbitražnom postupku šire su i obuhvatnije od onih sudskih, dok s druge strane ograničenije i uže. Prema većini arbitražnih pravila, primjerice onih UNCITRAL-ovih, privremene mjere su koncipirane na način koji omogućuje arbitru da odobri sve vrste privremenih mjera, ne ograničavajući se samo na

[64] ICDR Rules 2014, https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules.pdf , čl. 6.

privremene mjere koje bi osigurale buduću ovrhu. Tako arbitar može izreći privremene mjere sa ciljem uređenja ponašanja stranaka do okončanja postupka, održavanja *statusa quo* ili omogućavanja učinkovitog provođenja postupka pomoću privremene mjere osiguranja dokaza. [65] Ipak, funkcionalnost privremenih mjera u arbitražnom postupku čini ih sličnijima onima koje izriče državni sud, posebno u pogledu uvjeta za njihovo izricanje. Ovlast arbitara da izriču privremene mjere trpi neka bitna ograničenja u odnosu na ovlast državnog suda, prije svega zbog prirode samog arbitražnog postupka. [66]

10.1. UČINAK PREMA TREĆIMA

Privremena mjera u arbitražnom postupku ima učinak *inter partes*, ali ne i prema trećima, prvenstveno radi toga što je riječ o arbitražnom sudu, čije je sudovanje ugovorne prirode i izraz volje samih stranaka. Tako arbitražni sud ne može neposredno izdati privremenu mjeru prema dužniku stranke ili banci, ali bi se ista svrha mogla ostvariti posredno – privremenom mjerom kojom se nalaže stranci da traži ispunjenje od svog dužnika ili kojom se zabranjuje stranci raspolaganje novčanim sredstvima na računu u banci. [67] Stoga privremena mjera koju izda arbitražni sud u ovom slučaju ne može biti jednaka privremenoj mjeri koju bi mogao izdati državni sud.

Slično navedenom, arbitražni sud mogao bi stranci naložiti djelovanje prema trećim stranama radi sprječavanja ili izvršenja određenih radnji. Na primjer, pravnoj osobi se kao stranci u postupku može narediti da usmjeri svoje podružnice da poduzmu određene radnje (npr. da vrati

[65] Vidi *infra* pod 5.
[66] Chapter 23: Interim and conservatory Measures, in Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, et al., Comparative International Commercial Arbitration, str. 594
[67] Alan Uzelac, Siniša Triva, Hrvatsko arbitražno pravo, 2007., str. 135, para 47

pokretnine). Takve privremene mjere ispituju granice arbitražnih ovlasti, ali, u odgovarajućim okolnostima, kada je to potrebno sud bi trebao imati ovlasti da ih izda. [68]

10.2. PRIZNANJE I OVRHA PRIVREMENIH MJERA ARBITRAŽNIH SUDOVA

Nakon što arbitražni sud donese privremenu mjeru u arbitražnom postupku, potrebno je tu mjeru provesti, bilo da je provodi sam taj sud, ili da je provodi neki drugi državni organ ili državni sud. U gotovo svim nacionalnim arbitražnim zakonima jasno je da arbitražni sud ne može sam po sebi primjenjivati izravnu prisilu za postizanje usklađenosti s izdanim privremenim mjerama. Umjesto toga, takvo izvršenje odgovornost je nacionalnog državnog suda, na zahtjev jedne ili više stranaka.

U suvremenoj međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, od sudova se očekuje da priznaju i izvrše arbitrovu mjeru, ali i po potrebi preinači ako to nađe svrhovitim radi provedbe ovrhe. U nekim slučajevima, zbog raznolikosti opsega i sadržaja arbitražnih i sudskih privremenih mjera, stranke će biti potaknute da odobravanje privremene mjere ipak traže od državnog suda, a ne od arbitara. No, ako privremenu pravnu zaštitu ipak traže od arbitražnog suda, tada bi državni sud trebao uvažiti i podržati takav izbor i pružiti mu potporu, ne ulazeći u preispitivanje osnovanosti odluke arbitražnog suda. [69] Većina današnjih nacionalnih zakonodavstva, pa tako i naš Zakon o arbitraži iz 2001., zauzeli su opće stajalište da stranka u želji za privremenom mjerom zahtjev prvo upućuje arbitražnom sudu, tek onda, ukoliko se protivna strana dobrovoljno ne povrgne

[68] Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration', in Gary B. Born , International Commercial Arbitration (Second Edition), 2014., str. 2446
[69] Alan Uzelac, Siniša Triva, Hrvatsko arbitražno pravo, 2007., str. 141, para 67

arbitražnoj mjeri, predlagatelj se može obratiti nadležnom sudu radi njezinog prisilnog provođenja. [70]

Neki autori ističu da arbitražni sud ima posrednu moć izvršavanja, i to na način da stranke poštuju izrečenu im mjeru čisto radi izbjegavanja nepovoljnih zaključaka arbitara o njihovom (ne)postupanju. Može se očekivati da će svaka stranka nastojati pred arbitražnim sudom prikazati kao "dobar građanin", pogođen nepravednim radnjama protivne strane. Upravo će to rezultirati dobrovoljnim ponašanjem stranaka u arbitražnom postupku, pružajući arbitrima poziciju da izvršavaju privremene mjere koje izriču. [71]

Što se tiče uređenja u skladu s UNCITRAL-ovim Model zakonom, pitanje priznanja i ovrhe arbitražnih mjera na dnevnom je redu radne skupine još od 1999. godine na čijoj su sjednici predložena dva nacrta članaka. [72] Konačno je novim rješenjima Model zakona 2006. godine uređena sudska ovrha arbitražnih privremenih mjera na sličan način kao i ovrha pravorijeka, uz predviđene razloge za odbijanje izvršenja odnosno priznanja uzimajući u obzir posebnosti privremenih mjera.[73] Prema novim rješenjima, sud bi u državi ovrhe trebao priznati i ovršiti arbitražne privremene mjere, bez obzira na to radi li se o domaćoj ili stranoj arbitraži, osim ako ne nađe da postoji neki od razloga za odbijanje o kojima će u većini slučajeva voditi računa samo na zahtjev protivnika predlagatelja a tek o ponekima po službenoj dužnosti, isto kao i kod priznanja i ovrhe pravorijeka.

[70] Zakon o arbitraži, 2001, NN88/01, čl. 16. st. 2.
[71] Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration', in Gary B. Born , International Commercial Arbitration (Second Edition), 2014., str. 2448
[72] UNCITRAL, Working Group II, http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html, 7-11 October 2002, UN Doc A/CN9/523., preuzeto 23.7.2019.
[73] UNCITRAL Model Law, čl. 17 H

11. ZAKLJUČAK

Uspoređujući većinu arbitražnih pravila i nacionalnih zakona koje reguliraju izricanje privremenih mjera, uvidjet će se da dolazi do određene konvergencije. U suvremenoj praksi, prepoznata je potreba za privremenim mjerama u arbitražnom postupku koja su jednake važnosti kao i one u sudskom. No unatoč približavanju nacionalnih zakonodavstava i međunarodnih arbitražnih pravila u nekim ključnim pitanjima, još uvijek postoje velike nejednakosti i neusklađenosti. Na primjer, čini se da ne postoji konsenzus autora a niti prakse o dostupnosti *ex parte* zahtjeva za privremene mjere. Arbitražne privremene mjere obično se odobravaju u postupku *inter partes*. Međutim, tamo gdje postoji krajnja hitnost ili kada je potreban element "iznenađenja" u odnosu na stranku prema kojoj se izriče privremena mjera, postoji opravdana potreba za mjerama izrečenim *ex parte*. Takav način odobravanja privremenih mjera trebao bi biti dopušten u arbitraži pod uvjetom da se poduzmu određene zaštitne mjere. Iako ih je UNCITRAL predvidio u svojoj reviziji, u praksi nije bilo puno odaziva, čini se iz razloga jer su, kao što navodi Born, "ispred svoga vremena".

Danas je, i treba biti, nesporno da je arbitražni postupak najpogodnije mjesto za stranke da im se odobre privremene mjere osiguranja. Razvoj međunarodne arbitražne prakse obilježen je očitom tendencijom ograničavanja mogućnosti sudske intervencije u arbitražni postupak. Međutim, s obzirom na činjenicu da je izricanje odnosno provedba arbitražnih privremenih mjera u nekim slučajevima nemoguća ili neučinkovita, opća je prihvaćena istovremena nadležnost i arbitara i državnih sudova. I jedna i druga nadležnost imaju svoje prednosti, ovisno o prirodi spora. Važno je da, u interesu učinkovitog i primjerenog provođenja arbitražnog postupka, stranke imaju mogućnost odabira podnošenja zahtjeva ili arbitru ili državnom sudu.

12. POPIS LITERATURE

KNJIGE

1. Alan Uzelac, Siniša Triva, Hrvatsko arbitražno pravo, 2007.,
2. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration (Second Edition)* (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2014)
3. Ali Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Library, Volume 12* (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2005)
4. Daniel Girsberger and Nathalie Voser, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives (Third Edition)*, (© Kluwer Law International; SchulthessJuristische Medien AG 2016)
5. Nigel Blackaby, Constantine Partasides, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)*, (© Kluwer Law International; Oxford University Press 2015)
6. Gary B. Born , *International Arbitration: Cases and Materials (Second Edition)* (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015)
7. Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, et al., *Comparative International Commercial Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2003)

ZAKONI

1. Zakon o arbitražnom postupku (NN 88/01)

INTERNETSKI IZVORI

1. http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html
2. https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf
3. https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules.pdf

4. http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf
5. https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf
6. https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2025
7. https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules.pdf

MEĐUNARODNI IZVORI

1. New York Konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958
2. Europska konvencija o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži iz 1961

13. IZJAVA O IZVORNOSTI

Ja, Andrea Koren, izjavljujem da je diplomski rad izvorni rezultat mojega rada te da se u njegovoj izradi nisam koristila drugim izvorima od onih navedenih u radu.

Potpis studenta:

Koren Andrea, studentica