

**ŠESTI HRVATSKI ARBITRAŽNI DANI
NOVE GRANICE ARBITRABILNOSTI
Zagreb, 10. i 11. prosinac 1998.**

**ISKUSTVO IZ JEDNE
MEĐUNARODNE *AD HOC* ARBITRAŽE**

Ivan TILOŠANEC

**Stalno izbrano sudište pri
Hrvatskoj gospodarskoj komori
Rooseveltov trg 2
HR-10 000 ZAGREB
tel. 611 77 44; fax 611 81 31**

**Hrvatska arbitražna udruga
c/o Pravni fakultet
Trg m. Tita 3
HR- 10 000 ZAGREB
tel. 611 81 30; fax 611 81 31**

ISKUSTVO IZ JEDNE MEĐUNARODNE AD HOC ARBITRAŽE

1. UVODNE NAPOMENE

U bogatoj međunarodnoj arbitražnoj praksi prevladavaju sporovi koji se rješavaju pred institucionalnim arbitražama i većina poznatih iskustava se odnosi na taj tip arbitraže. To je razlog da se stručnoj javnosti koja se bavi arbitražnim temama i praksom izloži iskustvo iz jedne međunarodne ad hoc arbitraže. Opisani slučaj obuhvaća pitanja arbitražnog postupka, donošenje djelomične arbitražne odluke, pravni standard za priznanje i izvršenje djelomične odluke i druga pitanja od moguće koristi za postupanje u praksi.

2. OSNOVNI PODACI O SPORU

U međunarodnom arbitražnom slučaju, koji se opisuje, kao stranke u sporu sudjelovale su jedno hrvatsko trgovačko društvo (tužitelj, kasnije protuženik) i jedno bugarsko trgovačko društvo (tuženik, kasnije protutužitelj). Postupak se vodio pet godina počevši od svibnja 1993. do kolovoza 1998. pred ad hoc arbitražnim sudom sa sjedištem u Bernu, Švicarska.

Arbitražni spor je proizašao iz četiri ugovora o investicijskim radovima u inozemstvu koji su svi sadržavali slijedeću arbitražnu klauzulu:

1. Ugovorne strane će pokušati direktnim neformalnim pregovorima postići prijateljsko rješenje bilo kojeg spora ili neslaganja koje bi proisteklo iz ovog ugovora odnosno narudžbe;
2. U slučaju da ugovorne strane ne uspiju postići prijateljsko rješenje bilo kojeg spora ili neslaganja u roku od tri mjeseca od početka neformalnog pregovaranja, svaka strana je ovlaštena zahtijevati konačno rješenje spora pred arbitražom;
3. Arbitražni postupak će se provoditi u skladu s Arbitražnim pravilima UNCITRALA koja su sada na snazi;
4. Broj arbitara će biti tri, imenovanih u skladu s gore navedenim Arbitražnim pravilima. Arbitražni postupak će se održati u Bernu, Švicarska. Jezik arbitražnog postupka će biti engleski.

Tužitelj je postavio više tužbenih zahtjeva tako što je u Obavijesti o arbitraži tražio isplatu dospjelih potraživanja i ugovorne kazne te povrat svoje opreme, pa je utužena vrijednost predmeta spora iznosila 1,510.000 USD. Tuženik je tijekom postupka podnio protutužbu u kojoj je, također istakao više tužbenih zahtjeva tražeći povrat ranije plaćenog iznosa i naknadu štete sve ukupno u vrijednosti od 1,475.000 USD. Prema tome, ukupna vrijednost predmeta spora je, ne računajući sporedne zahtjeve, iznosila 2,985.000 USD.

Na kraju postupka, tužitelj je uspio sa svojim tužbenim zahtjevima u visini 1, 274.000 USD, povukao je zahtjev u visini 165.000 USD, a odbijen je sa zahtjevima u visini 71.000 USD. Tuženik je u cijelosti odbijen sa protutužbenim zahtjevima u visini 1,475.000 USD. Prema

tome, tužitelj je u cjelini spora bio uspješan s 92 %, a tuženik s 8 %. U tom razmjeru, Arbitražni sud je odredio i snošenje troškova postupka između stranaka, koji su ne računajući troškove vještačenja, iznosili 170.000 USD. Troškovi vještačenja su iznosili 55.000 USD i u cijelosti ih je bio dužan snositi tuženik/protutužitelj kao i nadoknadu troškova tužitelja/protuženika u iznosu od 179.000 USD.

3. ARBITRAŽNI POSTUPAK

Pokretanju arbitražnog postupka u svibnju 1993, prethodila je višemjesečna inicijativa tužitelja za mirno rješenje spora, na koju je bio obavezan u skladu s arbitražnom klauzulom. Tuženik se nije odazvao na poziv za neformalno pregovaranje pa je tužitelj, u skladu s čl. 3. Arbitražnih pravila UNCITRALA, dostavio tuženiku Obavijest o arbitraži i time je arbitražni postupak počeo.

Tužitelj je, u skladu s čl. 7. st. 1. Arbitražnih pravila UNCITRALA, u Obavijesti o arbitraži imenovao za jednog arbitra hrvatskog državljanina, a drugog arbitra je trebao imenovati tuženik koji je to propustio učiniti u roku od 30 dana pošto je primio obavijest tužitelja o imenovanju arbitra. S obzirom da stranke nisu prethodno arbitražnom klauzulom odredile ovlaštenika za imenovanje, zbog opstrukcije tuženika došlo je do zastoja u konstituiranju arbitražnog suda. Na zahtjev tužitelja, Generalni sekretar Stalnog arbitražnog suda u Haagu je prema ovlaštenju iz čl. 7. st. 2. točka b. Arbitražnih pravila UNCITRALA, za ovlaštenika za imenovanje odredio jednog švicarskog odvjetnika koji prihvatio imenovanje. Tužitelj je od tako određenog ovlaštenika za imenovanje arbitra zahtijevao da imenuje arbitra tako da je on, po svojoj ocjeni, imenovao za drugog arbitra švicarskog državljanina. Odmah nakon imenovanja drugog arbitra, dva imenovana arbitra su izabrala za trećeg arbitra njemačkog državljanina koji je obavljao dužnost predsjedatelja arbitraže. Time je nakon deset mjeseci od pokretanja arbitražnog postupka, u ožujku 1994. došlo do konstituiranja arbitražnog suda.

Tijekom arbitražnog postupka, stranke su bile u mogućnosti da se pismeno, vrlo detaljno i višekratno očituju o svim relevantnim činjenicama i pravnim pitanjima od značaja za ishod postupka. Zbog toga su održana samo tri ročišta, od kojih dva raspravna, jedno u Bernu, Švicarska i drugo u Minhenu, Njemačka. Između njih je, u skladu s čl. 16. st. 3. Arbitražnih pravila UNCITRALA, održano i jedno ročište (uviđaj) u Kozloduju, Bugarska, u svrhu utvrđivanja činjenica i prikupljanja dokaza radi vještačenja. Arbitražni sud je donio 22 postupovne naredbe, dvije meritorne djelomične odluke, jednu dopunsku i jednu konačnu odluku. Sve odluke arbitražnog suda su donijete u u pismenom obliku. Odluke koje su se odnosile na upravljanje postupkom potpisao je predsjedatelj arbitraže, a meritorne odluke su, u skladu s čl. 32. Arbitražnih pravila UNCITRALA, imale opširno obrazloženje i bile su potpisane od strane svih arbitara, koji su, naknadno, na traženje tužitelja, svoje potpise na meritornim odlukama ovjerali kod javnog bilježnika. Na posebno traženje tužitelja, arbitri su izdali potvrdu u kojoj se potvrđuje da su oni osobno, u svojstvu članova Arbitražnog suda sa sjedištem u Bernu, u veljači 1995. donijeli Prvu djelomičnu arbitražnu odluku i da je navedena odluka konačna, obvezujuća i izvršna. Potvrda je izdana u listopadu 1997. na bugarskom jeziku, a potpise arbitara je ovjerio javni bilježnik u Bugarskoj.

Prvu djelomičnu odluku, na zahtjev tužitelja, Arbitražni sud je donio, nakon ročišta održanog u Bernu, u veljači 1995. Tom odlukom je Arbitražni sud prihvatio glavninu

zahtjeva tužitelja za isplatu, odbio je dva zahtjeva tužitelja i odredio je da će se u nastavku postupka odlučivati o preostalom zahtjevu za povrat opreme. Nakon takvog djelomičnog ishoda spora, tuženik je zahtijevao da mu se dopusti podnošenje protutužbe. Iako čl.19. Arbitražnih pravila UNCITRALA određuje da se protutužba može podnijeti u odgovoru na tužbu, Arbitražni sud je dopustio podnošenje protutužbe u ožujku 1995, dakle devet mjeseci nakon podnošenja odgovora na tužbu, smatrajući vjerojatno da postoje okolnosti koje opravdavaju takvo zakašnjenje u podnošenju protutužbe.

Drugu djelomičnu odluku, Arbitražni sud je donio u rujnu 1995. bez održavanja ročišta i tom odlukom je odbacio dva glavna zahtjeva tuženika/protutužitelja dok se je u povodu preostalog zahtjeva tuženika/protutužitelja za povrat ranije plaćenog iznosa postupak nastavio. Postupak se nastavio i u povodu zahtjeva tužitelja/ protuženika za povrat opreme. Arbitražno vijeće je prihvatilo zahtjev tuženika/protutužitelja da se provede vještačenje radi utvrđivanja stanja opreme i utvrđivanja okolnosti pod kojima tužitelj/protutuženik nije u potpunosti obavio posao za koji je primio djelomičnu isplatu.

Vještačenje su trebali provesti stručnjaci specijalisti za ispitivanje nuklearnih elektrana i za opremu za ispitivanje nuklearnih elektrana. Radi toga je Arbitražno vijeće pripremlilo nacrt naloga vještaku (Terms of reference) na koji su se stranke prethodno više puta pismeno očitovale. Tražeći kvalificiranu osobu, koju bi odredilo za vještaka, Arbitražno vijeće se je obratilo za preporuku Međunarodnoj agenciji za atomsku energiju (IAEA) iz Beča. Budući da se niti jedna od preporučenih osoba nije prihvatila imenovanja, Arbitražno vijeće je zatražilo preporuku za imenovanje vještaka od Međunarodnog centra za vještačenja (International Centre for Expertise), pri Međunarodnom arbitražnom sudu (International Court of Arbitration) Međunarodne trgovačke komore (ICC) u Parizu. Postupak imenovanja vještaka se toliko odužio, da je tužitelj/protutuženik povukao zahtjev za povrat opreme, na što je Arbitražno vijeće, u skladu s čl. 34. st. 2. Arbitražnih pravila UNCITRALA, obavjestilo stranke, da, u povodu tog zahtjeva, ima namjeru okončati postupak. Druga strana nije imala prigovor protiv povlačenja tužbenog zahtjeva za opremu.

Arbitražno vijeće je imenovalo glavnog vještaka i njegovog pomoćnika u lipnju 1996. Vještačenje je obuhvatilo utvrđivanje svih relevantnih činjenica i okolnosti pod kojima tužitelj/protutuženik nije u cijelosti izvršio posao koji je bio ugovoren. Arbitražno vijeće je dostavilo vještacima Nalog za vještačenje (Terms of Reference), ugovore, dvije donesene djelomične arbitražne odluke i dokumente koje su stranke dostavile u spis radi vještačenja. Stranke su imale priliku pismeno odgovoriti na pitanja vještaka i očitovati se na očitovanja druge strane dostavljena vještaku. Budući da je tuženik/protutužitelj zahtijevao da vještaci provedu vještačenje uvidom na licu mjesta u nuklearnoj elektrani gdje je obavljen započeti posao, Arbitražno vijeće je odredilo posebno ročište u tu svrhu u Kozloduju. Arbitražno vijeće je odlučilo da će, radi rješavanja eventualnih proceduralnih pitanja, na tom ročištu biti u punom sastavu, premda to nije bilo raspravno ročište. Na tom ročištu, u listopadu 1997., stranke su odgovorile na dopunska pitanja vještaka, predale su vještacima dodatne dokumente i o tome je sačinjen zapisnik. Vještaci su svoj pismeni izvještaj dostavili Arbitražnom vijeću u siječnju 1998. i nakon što su se stranke više puta očitovale o tom izvještaju, zakazano je konačno ročište u lipnju 1998. u Minhenu. Na tom ročištu su stranke i Arbitražni sud postavljali dopunska pitanja vještaku, a stranke su se i dodatno očitovale u svezi predmeta spora.

Arbitražno vijeće je u kolovozu 1998. donijelo Konačnu arbitražnu odluku i tom odlukom je u cijelosti odbilo preostali zahtjev tuženika/protutužitelja, odlučilo o troškovima postupka i obvezalo stranke na snasjanje troškova postupka srazmjerno uspjehu u sporu.

4. POSTUPAK PRIZNANJA I IZVRŠENJA ARBITRAŽNE ODLUKE

Postupak priznanja i izvršenja Prve djelomične arbitražne odluke, donesene u veljači 1995., pokrenut je u Bugarskoj pred Sofijskim gradskim sudom na zahtjev tužiteljice u studenom 1995, dakle u vrijeme dok je još trajao arbitražni postupak u povodu preostalih tužbenih zahtjeva. Zahtjev za priznanje i izvršenje podnesen je na temelju Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju inozemnih arbitražnih odluka (New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards; dalje: NYC), s obzirom da je Bugarska članica NYC od 1961.g. U skladu s čl. IV t. 1. NYC, tužiteljica je kao stranka u postupku priznanja i izvršenja bila dužna, uz zahtjev podnijeti:

- 1)
 - a) propisno ovjeren izvornik odluke ili prijepis tog izvornika koji udovoljava svim uvjetima potrebnim za njegovu autentičnost (duly authenticated original award or a duly certified copy thereof);
 - b) izvornik arbitražnog ugovora ili prijepise koji udovoljavaju svim potrebnim uvjetima za njegovu autentičnost.
- 2) Prijevod tih dokumenata na bugarski jezik ovjeren od zakletog prevodioca ili nekog diplomatskog ili konzularnog agenta.

U skladu s citiranom odredbom NYC, podnosilac zahtjeva je dostavio nadležnom sudu ovjerene kopije slijedećih dokumenata:

- a) Prvu djelomičnu arbitražnu odluku,
- b) ugovore s arbitražnom klauzulom,
- c) izvod iz sudskog registra Trgovačkog suda u Zagrebu o registraciji podnosioca zahtjeva.

Sve kopije navedenih dokumenata je ovjerio javni bilježnik u Zagrebu, a njegov potpis je ovjerio Općinski sud u Zagrebu (Apostile). Prema čl. 1. st. 2. Haške konvencije o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava, isprave koje je ovjerio javni bilježnik smatraju se stranim javnim ispravama. Podnosilac zahtjeva se pozvao i na odredbe Ugovora o uzajamnoj pravnoj pomoći između bivše FNR Jugoslavije i NR Bugarske iz 1956. g., budući da je u odnosima Republike Hrvatske i Republike Bugarske dogovorena primjena svih ugovora bivše SFRJ i Republike Bugarske na temelju sukcesije do sklapanja novih ugovora koji reguliraju istu materiju.

Protustranka se usprotivila zahtjevu za priznanje i izvršenje stavljajući slijedeće prigovore:

- 1) da se ne može tražiti izvršenje djelomične arbitražne odluke jer da djelomična odluka ne može biti predmet izvršenja nego samo konačna odluka, a da Arbitražni sud nije konačno odlučio o svim zahtjevima u postupku,

- 2) da dostavljeni dokumenti nisu ovjereni od strane diplomatskog ili konzularnog ureda kako to zahtijeva NYC;
- 3) da Arbitražna odluka čije se priznanje i izvršenje zahtijeva nije propisno ovjerena ("duly certified") jer da prema čl. IV st.1. NYC arbitražna odluka ili kopije odluke moraju biti propisno ovjereni,
- 4) da čl. 193. Švicarskog saveznog zakona o međunarodnom privatnom pravu zahtijeva da izvršnost odluke bude potvrđena od strane državnog suda prema sjedištu arbitraže, a da takva potvrda nije priložena.

Podnosilac zahtjeva je osporio osnovanost svih prigovora

Rješavajući o zahtjevu, Sofijski gradski sud je u studenom 1997. odbio sve prigovore protustranke i prihvatio je zahtjev za priznanje i izvršenje na teritoriju Republike Bugarske Prve djelomične odluke Arbitražnog suda u Bernu.

U obrazloženju svoje odluke, Sud ističe da nije sporno da je arbitraža valjana provedena u skladu s Arbitražnim pravilima UNCITRALA i da je Odluka potpisana od strane tri arbitra, kako to zahtijeva čl.32, st. 4, Arbitražnih pravila.

Dopustivost zahtjeva, Sud je razmatrao u okviru pravnog režima ustanovljenog NYC koja je u Bugarskoj ratificirana 1961.g. Zbog toga što NYC sadrži opsežne odredbe o postupku, načinu i osnovama za priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka, Sud je zauzeo stav da se neće primijeniti odredbe glave XXXII Građanskog parničnog zakona – "Priznanje i izvršenje presuda stranih sudova"

U obrazloženju svoje odluke, Sud dalje ističe da je, na temelju sukcesije, između Republike Bugarske i Republike Hrvatske na snazi Ugovor o pravnoj pomoći sklopljen 1956. g. između bivše FNR Jugoslavije i NR Bugarske te da se ovjere dokumenata koje je izvršio javni bilježnik u Zagrebu i Općinski sud u Zagrebu mogu prihvatiti u skladu s navedenim ugovorom.

Zatim se navodi kako svi dostavljeni dokumenti zadovoljavaju zahtjeve iz čl. IV NYC koja ne zahtijeva da arbitražna odluka mora biti deponirana niti imati klauzulu izvršnosti državnog suda zemlje gdje je sjedište arbitražnog suda ili čijem zakonodavstvu je podvrgnuta donešena odluka. Sud se poziva na engleski tekst NYC gdje se upotrebljava izraz "propisno ovjeren izvornik odluke" ("duly authenticated original"). Uzimajući u obzir da NYC ne sadrži odredbe o tome prema kojem pravu treba da bude izvršena autentifikacija, Sud je zauzeo stav da to treba da bude prema bugarskom pravu. Prema obrazloženju sudske odluke, izraz "propisno ovjeren" ("duly authenticate") treba značiti autentičnost potpisa arbitara. Osim toga, Sud utvrđuje da je na prethodno održanom ročištu podnosilac zahtjeva predočio Sudu izvornik odluke i da je protustraka priznala da je to izvorni primjerak Arbitražne odluke. Prema stavu Sofijskog gradskog suda nema razloga za odgovarajuću primjenu čl. 305. Građanskog parničnog zakona budući da je poseban propis primjenjiv.

Niti iz čl. 193. Švicarskog zakona o međunarodnom privatnom pravu ne proizlazi sličan zahtjev niti ima razloga da NYC upućuje na primjenu tog zakonodavstva jer bi to u praksi značilo sistem dvostruke egzekvaturе. To znači da bi se duplirale aktivnosti državnih

sudova u zemlji gdje je odluka donešena i zemlji gdje se traži priznanje i izvršenje odluke. Taj zahtjev je blizak Ženevskoj konvenciji iz 1927, ali je potpuno suprotan zahtjevu iz NYC koja je napustila termin "konačan" (final) i zamijenila ga terminom "obvezatan za stranke" (binding on the parties).

Sud smatra da je djelomična arbitražna odluka, u skladu s čl. 32. Arbitražnih pravila UNCITRALA, konačna i obvezujuća za stranke pa prema tome da može biti predmet zahtjeva za priznanje i izvršenje budući da u svemu ima svojstvo odluke *res iudicata*.

Na prvostupanjsko rješenje Sofijskog gradskog suda protustranka je podnijela žalbu o kojoj je rješavao Apelacioni odjel Sofijskog gradskog suda koji je svojim rješenjem u listopadu 1998. ukinuo prvostupanjsko rješenje i u cijelosti odbio zahtjev za priznanje i izvršenje Prve djelomične arbitražne odluke u Bugarskoj.

U obrazloženju drugostupanjskog rješenja se vrlo kratko navodi da je prvostupanjsko rješenje kojim je dopušteno priznanje i izvršenje Prve djelomične arbitražne odluke na teritoriju Republike Bugarske nepravilno zbog toga što je prvostupanjski sud dopustio priznanje i izvršenje odluke koja je djelomična, a ne i konačna i zbog toga što arbitražna odluka ne sadrži ovjeru suda koji je odluku donio i ovjeru državnog suda u zemlji donošenja odluke, sve kako to proizlazi iz čl. 305. Građanskog parničnog zakona.

Protiv navedenog rješenja podnosilac zahtjeva je podnio žalbu o kojoj će rješavati kao kasacioni Vrhovni sud Republike Bugarske. U žalbi su ponovno izneseni argumenti na koje se je Sofijski gradski sud pozvao u obrazloženju prvostupanjskog rješenja kojim je prihvaćen zahtjev za priznanje i izvršenje Prve djelomične arbitražne odluke. Dodatno se žalitelj pozvao na okolnost da u spisu prileži Potvrda Arbitražnog suda na bugarskom jeziku, izdana u listopadu 1997. da je Prva djelomična arbitražna odluka konačna, obvezujuća i izvršna. Time je nastavljen postupak priznanja i izvršenja Prve djelomične arbitražne odluke u Bugarskoj.

5. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Opisani arbitražni slučaj upućuje nas na zaključak da uspjeh i efikasnost arbitražnog postupka te postupka za priznanje i izvršenje arbitražne odluke ovisi o čitavom nizu povezanih činilaca.

Tako stranke, kod ugovaranja arbitražne klauzule, moraju biti vrlo pažljive. Treba predvidjeti odgovarajuća rješenja za slučaj da bilo koja strana već na početku eventualnog spora nastupi na način koji je suprotan načelu *bona fides*. U prvom redu, odluka o izboru između ad hoc ili institucionalne arbitraže mora biti temeljena na dobrom poznavanju pravila postupka, organizacije i načina rada svake od tih arbitraža jer svaki tip arbitraže ima svoje prednosti i nedostatke.

Tako je u našem slučaju, protustranka za duži period vremena efikasno opstruirala početak arbitraže. To zbog toga što je arbitražnom klauzulom bio predviđen postupak za neformalno pregovaranje na koje se nije odazvala i zbog toga što u arbitražnoj klauzuli nije unaprijed bio određen ovlaštenik za imenovanje pa ga je tek trebalo odrediti u skladu s ugovorenim arbitražnim pravilima. Da se je u konkretnom slučaju radilo o institucionalnoj arbitraži, može se ustvrditi da bi potonji nedostatak bio razmjerno brže otklonjiv.

Organizacija arbitražnog postupka nije prethodno bila planirana prema nekom čvrstom uzoru tako da je arbitražni sud postupao u uvjerenju da je za efikasnost arbitražnog postupka odlučno da se predmet spora, prije eventualnog ročišta dobro pismeno činjenično i pravno razjasni. Za glavninu postupka bi se moglo reći da je to bila ispravna odluka, osim za provođenje vještačenja gdje je, prema našem mišljenju, prije donošenja odluke, trebalo provesti usmenu raspravu koja bi razjasnila okolnosti da li je za valjano rješenje spora zaista neophodan skup, složen i dugotrajan postupak vještačenja.

Dalje smatramo da bi za efikasnije provođenje arbitražnog postupka bilo od velike koristi da je Arbitražni sud prethodno upozorio tuženika da u odgovoru na tužbu može podnijeti eventualnu protutužbu, a ne da tuženik protutužbu podnese nakon protoka roka određenog arbitražnim pravilima i bez valjanog obrazloženja za nastalo zakašnjenje. Iz opisa slučaja je jasno da je tek donošenje Prve djelomične arbitražne odluke motiviralo tuženika na podnošenje protutužbe.

Na kraju se stiče dilema da li je arbitražni sud, u opisanim okolnostima, mogao doprinjeti da postupak priznanja i izvršenja arbitražne odluke bude efikasniji, budući da je još u tijeku arbitražnog postupka upoznat s prigovorima koje je protustranka iznijela na oblik, autentičnost, ovjeru i otpravak njegove arbitražne odluke ili je to, nakon donošenja odluke, bilo izvan njegove nadležnosti.

U Zagrebu, 30. studenog 1998.

IVAN TILOŠANEC, odvjetnik