

OGRANIČENJA IZBORA STRANOG MJESTA ARBITRAŽE PREMA ZAKONU O ARBITRAŽI I SLOBODA PRUŽANJA USLUGA U PRAVU EZ I ASOCIJACIJSKOM PRAVU

Dr. sc. Davor Babić*

UDK 347.918:339.5

339.5:347.918

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: listopad 2005.

Prema čl. 3. st. 2. Zakona o arbitraži, u sporovima bez međunarodnog obilježja i u sporovima za koje je propisana isključiva nadležnost sudova Republike Hrvatske može se ugovoriti arbitraža u Hrvatskoj, ali ne i u inozemstvu. Ta odredba ograničava pristup stranim arbitrima, arbitražnim institucijama i drugim pružateljima usluga u arbitraži i stoga je protivna odredbama Ugovora o EZ o slobodi pružanju usluga. Tijekom priprema za stjecanje članstva Hrvatske u Europskoj uniji, od tog ograničenja trebalo bi odustati i izmijeniti Zakon o arbitraži tako da se i u tim vrstama sporova dopusti arbitraža u inozemstvu. Obveze u tom pogledu proizlaze i iz odredaba Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju iz 2001.

Ključne riječi: arbitraža, europsko pravo, sloboda pružanja usluga

1. UVOD

Usvajanjem Zakona o arbitraži iz 2001. (Nar. nov. 88/2001; dalje: ZA) bez dvojbe je učinjen izniman korak prema liberalizaciji hrvatskog arbitražnog prava. Odredbe Zakona o parničnom postupku koje su prije uređivale arbitražu (čl. 468.-487. ZPP 1990), u kojima su se nazirali ostaci shvaćanja arbitraže kao vrste samoupravnog sudovanja, zamijenjene su arbitražnim zakonom koji je prožet tržišnim svjetonazorom.

* Dr. sc. Davor Babić, asistent Pravnog fakulteta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

Prijelaz prema liberalnom shvaćanju arbitraže ogleda se u čitavom nizu rješenja ZA. Dok je ZPP u sporovima bez međunarodnog obilježja dopuštao samo arbitražu pri ustanovama osnovanim zakonom (469a ZPP), čime se posredno tražilo stanovito državno licenciranje domaće arbitraže, prema ZA arbitražu može organizirati bilo koja pravna osoba ili dio pravne osobe (čl. 2. st. 1. t. 4. ZA) uključujući i pravne osobe privatnog prava kao što su trgovačka društva.¹ ZA široko dopušta i arbitražu u kojoj ne sudjeluje neka arbitražna institucija (*ad hoc* arbitražu), koja je prema ZPP-u bila dopuštena samo u sporovima s međunarodnim obilježjem (čl. 469.-470. ZPP). Zona arbitrabilnosti proširena je time što se domaća arbitraža može ugovoriti i u sporovima za koje je propisana isključiva nadležnost hrvatskih sudova (čl. 3. ZA). Otvaranje hrvatskog arbitražnog tržišta vidljivo je i u tome što je prema ZA, više nego prema ZPP-u, izjednačen položaj stranih i domaćih arbitražnih pravorijeka, čime je umanjena važnost državne pripadnosti arbitražne odluke. Tako su npr. razlozi za poništaj domaćeg pravorijeka prema ZA gotovo isti kao i razlozi za odbijanje priznanja i ovrhe stranih pravorijeka (usp. čl. 36. ZA sa čl. 40. ZA i čl. V. Newyorške konvencije o priznanju i ovrši stranih pravorijeka iz 1958.), a domaći pravorijek podložan je, kao i strani, sudskoj kontroli u pogledu arbitrabilnosti predmeta spora i javnog poretka u stadiju ovrhe (čl. 39. ZA). U odredbama ZA o državljanstvu arbitara (čl. 10. ZA), mjerodavnom pravu (čl. 27. ZA), jeziku arbitraže (čl. 21. ZA) i drugim odredbama očituje se otvorenost hrvatskog arbitražnog prava strankama i arbitrima iz inozemstva.

No iako je ZA nedvojbeno liberalizirao arbitražno sudovanje, u svjetlu ambicija Hrvatske za stjecanjem članstva u Europskoj uniji nameće se pitanje treba li u nas u budućnosti očekivati još liberalnije uređenje arbitraže. Konkretno, postavlja se pitanje jesu li ograničenja propisana u ZA u pogledu ugovaranja arbitraže u inozemstvu u skladu s Ugovorom o EZ.

Prema ZA, u sporovima između pravnih osoba koje su osnovane po hrvatskom pravu ili fizičkih osoba s prebivalištem ili uobičajenim boravištem u Hrvatskoj te u sporovima za koje je propisana isključiva nadležnost sudova Republike Hrvatske dopuštena je arbitraža u Hrvatskoj, ali ne i u inozemstvu (čl. 3. st. 2. ZA u vezi s čl. 2. st. 1. t. 6. i 7. ZA). Kako to ograničenje otežava stranim arbitrima, arbitražnim institucijama te pružateljima drugih usluga u vezi s arbitražom pristup hrvatskom arbitražnom tržištu, postavlja se pitanje

¹ A. Uzelac, Nove granice arbitrabilnosti prema Zakonu o arbitraži, *Pravo u gospodarstvu* (2002), str. 69.

je li ono protivno odredbama Ugovora o EZ o slobodi pružanja usluga. Dakako, Ugovor o EZ primjenjivat će se u Hrvatskoj tek nakon što ona postane članica EU. No kako je prema Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju iz 2001. (Nar. nov. MU 14/2001; dalje: SSP) Hrvatska dužna poduzeti korake koji omogućuju slobodno kretanje usluga pružateljima iz država članica EU, pitanje usklađenosti ZA s odredbama Ugovora o EZ o slobodi pružanja usluga već sada je aktualno.

U ovom radu, najprije ćemo u osnovnim crtama razmotriti uređenje slobode pružanja usluga u pravu Zajednice (2) te se osvrnuti na odredbe SSP-a o slobodi pružanja usluga (3). Potom ćemo razmotriti primjenu odredaba prava Zajednice i asocijacijskog prava na ograničenja propisana u ZA u pogledu ugovaranja arbitraže u inozemstvu (4). U petom odjeljku iznijet ćemo zaključak da su ta ograničenja neopravdana prepreka slobodi pružanja usluga te da ZA treba izmijeniti tako da se u sporovima u kojima je sada moguće ugovoriti samo arbitražu u Hrvatskoj može ugovoriti i arbitraža u inozemstvu (5).

2. SLOBODA PRUŽANJA USLUGA U PRAVU ZAJEDNICE

U Ugovoru o EZ sloboda pružanja usluga uređena je odredbama čl. 49.-55. Temeljna odredba o toj slobodi je čl. 49. st. 1. Ugovora prema kojemu je zabranjeno ograničenje slobode pružanja usluga unutar Zajednice državljanima država članica koji imaju poslovni nastan u državi članici koja nije država osobe kojoj su usluge namijenjene.

Odredbe Ugovora o EZ o slobodi pružanja imaju neposredan učinak u mjeri u kojoj propisuju uklanjanje diskriminacije na osnovi državljanstva ili prebivališta pružatelja usluge.² U skladu s načelom prvenstva (supremacije) prava EZ pred nacionalnim pravom, propisi unutarnjeg prava država članica ne primjenjuju se ako su protivni tim odredbama.

Sloboda pružanja usluga imala je u pravu Zajednice dugo sporedno značenje u usporedbi s drugim temeljnim slobodama predviđenim Ugovorom (slobode kretanja robe, kapitala i osoba). Prve odluke o tumačenju odredaba o slobodi pružanja usluga Sud EZ donio je tek 1974.³ Glavni razlog slabijoj zastupljenosti te slobode u pravu Zajednice bio je u tome što je većina uslužnih djelatnosti

² Vidi odluku Suda EZ u predmetu C-33/74 *Van Binsbergen* [1974] ECR 1299, paragraf 27.

³ C-155/73 *Giuseppe Sacchi* [1974] ECR 409 i C-33/74 *Van Binsbergen* [1974] ECR 1299.

tradicionalno bila lokalno orijentirana.⁴ S razvojem prekograničnog poslovanja u uslužnom sektoru, sloboda pružanja usluga ima sve veću važnost u pravu Zajednice, što se vidi i u porastu broja predmeta o toj slobodi u praksi Suda EZ. S obzirom na to da gospodarski rast danas obuhvaća prije svega uslužne djelatnosti,⁵ sloboda pružanja usluga nalazi se u središtu razvoja prava unutarnjeg tržišta.⁶

2.1. Razgraničenje od ostalih temeljnih sloboda

Iz čl. 50. Ugovora o EZ slijedi da su odredbe Ugovora o slobodi pružanja usluga rezidualne naravi; one se primjenjuju onda kad se ne primjenjuju odredbe Ugovora o ostalim temeljnim slobodama.⁷ Time se nameće pitanje razgraničenja slobode pružanja usluga od ostalih sloboda. Sloboda pružanja usluga tijesno je povezana sa slobodom poslovnog nastana, jer se obje odnose na samostalno obavljanje gospodarskih djelatnosti na području unutarnjeg tržišta. Povezanost tih sloboda očituje se u sistematici Ugovora o EZ (odredbe čl. 45. do 48. Ugovora o slobodi poslovnog nastana primjenjuju se na temelju čl. 55. i na usluge) kao i u tome što je njihovo ostvarivanje uvelike uređeno istim direktivama.⁸ Pružanje usluge i poslovni nastan razlikuju se po trajanju obavljanja djelatnosti. Dok poslovni nastan podrazumijeva djelovanje iz trajne baze na neodređeno vrijeme, pružanje usluge je privremeno obavljanje djelatnosti u nekoj državi.⁹

Sloboda pružanja usluga slična je slobodi kretanja robe po tome što podrazumijeva plasman proizvoda na tržište, s time što je taj proizvod, za

⁴ C. Callies/M. Ruffert, *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft* (Neuwied/Kriftel, 1999), str. 696.

⁵ Usluge danas čine oko 70% bruto društvenog proizvoda EU (*State of the Internal Market for Services*, izvještaj Komisije, COM(2002) 441, 5).

⁶ Vidi C. Barnard, *The Substantive Law of the European Union* (Oxford, 2004), str. 330; Callies/Ruffert, op. cit. u bilj. 4, str. 696.

⁷ Callies/Ruffert, op. cit. u bilj. 4, str. 696; Barnard, op. cit. u bilj. 6, str. 330; P. Craig/G. de Búrca, *EU Law - Texts, Cases and Materials* (3. izd., 2003), str. 801. U njemačkoj literaturi ta se sloboda katkada karakterizira kao *Restfreiheit* (v. Callies/Ruffert, op. cit. u bilj. 4, str. 696, i tamo cit. literaturu).

⁸ Callies/Ruffert, op. cit. u bilj. 4, str. 695.

⁹ Craig/De Búrca, op. cit. u bilj. 7, str. 800; P. Lasok, *Law and Institutions of the European Union* (London, 2001), str. 532.

razliku od robe, netjelesne naravi.¹⁰ Tako se npr. prijenos televizijskih signala smatra pružanjem usluge, a mediji koji sadržavaju snimljeni filmski ili glazbeni materijal robom.¹¹ Sloboda kretanja radnika razlikuje se od slobode pružanja usluga prvenstveno po tome što se ona primjenjuje na odnose kod kojih se neka djelatnost obavlja pod vodstvom druge osobe.¹² Ako se neka gospodarska djelatnost obavlja samostalno, primjenjuju se odredbe o slobodi pružanja usluga ili o slobodi poslovnog nastana.¹³

Povezanost slobode pružanja usluga s drugim temeljnim slobodama treba uzeti u obzir pri tumačenju čl. 49. Ugovora o EZ i ostalih odredaba koje uređuju slobodu pružanja usluga. U suvremenoj praksi i literaturi sve se više naglašava konvergencija temeljnih sloboda te, slijedom toga, potreba ujednačenog tumačenja odredaba Ugovora o EZ koje ih uređuju.¹⁴ Judikatura Suda EZ o slobodi kretanja robe važna je za tumačenje odredaba o pružanju usluga pri razmatranju pitanja koja se odnose na uslugu kao proizvod,¹⁵ a o slobodi

¹⁰ Prema judikaturi Suda EZ, robom se smatraju "predmeti koji se prevoze preko granica" (C-2/90 *Commission v. Belgium* [1992] ECR I-4431, paragraf 26).

¹¹ C-155/73 *Giuseppe Sacchi* [1974] ECR 409, paragrafi 6 i 7.

¹² C-66/85 *Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg* [1986] ECR 2121, paragraf 17. Povremenost obavljanja djelatnosti koja postoji kod usluga nije tipična za radne odnose, ali ona ipak nije kriterij prema kojem se mogu razlikovati sloboda pružanja usluga i sloboda kretanja radnika. Naime, i radni odnosi kraćeg trajanja (npr. sezonski poslovi) obuhvaćeni su slobodom kretanja radnika (vidi npr. preambulu Uredbe 1612/68 o slobodi kretanja radnika na području Zajednice ([1968] OJ Spec Ed L257/2, 475). Više o tome J. Snell, *Goods and Services in EC Law* (Oxford, 2002), str. 11.

¹³ Callies/Ruffert, op. cit. u bilj. 4, str. 697; Snell, op. cit. u bilj. 12, str. 11.

¹⁴ V. npr. Snell, op. cit. u bilj. 12, str. 15-26; R. White, *Workers, Establishment and Services in the European Union* (Oxford, 2004), str. 209 et seq.; C. Barnard, *Fitting the Remaining Pieces Into the Goods and Persons Jigsaw*, ELRev (2001), str. 35; H. Jarass, *A Unified Approach to the Fundamental Freedoms*, str. 141, u: M. Andenas/W.-H. Roth (ur.), *Services and Free Movement in EU Law* (Oxford, 2002); W.-H. Roth, u: Andenas/Roth, str. 1-2; M. Eberhartinger, *Konvergenz und Neustrukturierung der Grundfreiheiten*, EWS (1997), str. 43; C. D. Classen, *Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten?* EWS (1995), str. 97; P. Behrens, *Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht*, EuR (1992), str. 145.

¹⁵ Npr. iz tumačenja Suda u predmetu C-384/93 *Alpine Investments BV v. Minister van Financiën* [1995] ECR I-1141 čini se da slijedi da su za primjenu odredaba o slobodi pružanja usluga relevantna tumačenja iz predmeta C-267/91 i C-268/91 *Keck i Mithouard* [1993] ECR I-6097 o odredbama nacionalnog prava koje uređuju modalitete prodaje robe (v. paragrafe 33-37 presude *Alpine Investments*). Više o tome W.-H. Roth, *The European Court*

poslovnog nastana u pogledu pitanja koja se tiču obavljanja neke poslovne djelatnosti radi pružanja usluga.¹⁶

2.2. Što se smatra uslugom

Čl. 50. st. 1. Ugovora o EZ propisuje da se uslugama u smislu Ugovora smatraju one usluge koje se uobičajeno pružaju uz naknadu, ako nisu uređene odredbama koje se odnose na slobodu kretanja robe, kapitala i osoba. Pritom se pojam usluga pobliže ne određuje. Tek se navodi da on, primjerice, obuhvaća djelatnosti industrijske i trgovačke prirode, obrtničke djelatnosti i slobodna zanimanja (čl. 50. st. 2. Ugovora o EZ). Pojam usluga u smislu odredaba Ugovora o EZ ima autonomno europsko značenje, što znači da ne mora nužno odgovarati definicijama usluga u unutarnjem ili međunarodnom pravu (kao što su npr. pravila GATS-a).¹⁷ Glavna odrednica pri definiranju tog pojma jest njegova rezidualnost; uslugama se smatraju sve ekonomske aktivnosti koje nisu obuhvaćene odredbama Ugovora o EZ o ostalim slobodama.¹⁸

U odredbama čl. 49. st. 1. i čl. 50. st. 3. Ugovora o EZ implicirano je da se sloboda pružanja usluga primjenjuje samo na usluge s prekograničnim obilježjem. Ako su svi elementi neke uslužne djelatnosti ograničeni samo na jednu državu, čl. 49. i ostale odredbe Ugovora o slobodi pružanja usluga se ne primjenjuju.¹⁹ Glavni kriterij prema kojem se ocjenjuje ima li neka usluga prekogranično obilježje jest prebivalište odnosno sjedište stranaka u različitim državama članicama.²⁰

of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services: Is *Keck* Relevant?, str. 1-24; J. L. Da Cruz Vilaça, On the Application of *Keck* in the Field of Free Provision of Services, str. 25-40.

¹⁶ V. npr. predmete C-106/91 *Ramrath v. Ministre de la Justice* [1992] ECR I-3351, paragrafi 19 et seq.; C-16/78 *Michel Choquet* [1978] ECR 2293, paragrafi 8 et seq. V. Callies/Ruffert, op. cit. u bilj. 4, str. 695.

¹⁷ Callies/Ruffert, op. cit. u bilj. 4, str. 697; Snell, op. cit. u bilj. 12, str. 6.

¹⁸ Snell, op. cit. u bilj. 12, str. 6-7; Callies/Ruffert, op. cit. u bilj. 4, str. 697; Lasok, op. u cit. bilj. 9, str. 531-532.

¹⁹ V. npr. C-189/89 *Procureur du Roi v. Marc J.V.C. Debaeve and others* [1980] ECR 833; C-198/89 *Commission v. Greece* [1991] ECR I-727, paragraf 9; C-41/90 *Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH*, [1991] ECR I-1979, paragrafi 37-39.

²⁰ V. npr. C-384/93 *Alpine Investments BV v. Minister van Financiën* [1995] ECR I-1141, paragraf 21.

Prema čl. 50. st. 1. Ugovora o EZ, sloboda pružanja usluga obuhvaća samo usluge koje se uobičajeno pružaju uz naknadu. Pretpostavka naplatnosti izraz je općeg pravila da temeljne slobode predviđene Ugovorom o EZ služe ostvarenju unutarnjeg tržišta, tj. ekonomske suradnje između država članica (čl. 2. Ugovora o EZ). Prema tumačenju Suda EZ, pružanje usluge smatrat će se naplatnim u smislu odredbe čl. 50. st. 1. Ugovora ako se njime obavlja gospodarska djelatnost u smislu čl. 2. Ugovora o EZ.²¹ To tumačenje treba shvatiti široko.²² Naknada ne treba imati neku osobitu vrijednost, niti se njome nužno treba ostvarivati dobit, ali je potrebno da se u stvarnosti radi o naknadi te da ona nema tek marginalni ili sporedni značaj.²³

2.3. Ovlaštenici slobode pružanja usluga

Ovlaštenici slobode pružanja usluga su državljani država članica (odnosno građani Unije u smislu čl. 17. Ugovora) koji imaju poslovni nastan odnosno prebivalište na području Zajednice ili društva čije se registrirano sjedište, središnja uprava ili glavno mjesto poslovanja nalazi na području Zajednice (čl. 48. i 55. Ugovora).²⁴

Pri utvrđivanju personalnog polja primjene odredaba o pružanju usluga treba razlikovati tri vrste situacija. Prvu čine slučajevi kod kojih pružatelj usluge koji ima poslovni nastan u nekoj državi članici putuje u drugu državu članicu i tamo pruža uslugu. Ovdje je riječ o tzv. aktivnoj slobodi pružanja usluge (*aktive*

²¹ V. npr. C-36/74 *B.N.O. Walrave & L.J.N. Koch v. Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie & Federación Española Ciclismo* [1974] ECR 1405; C-196/87 *Udo Steymann v. Staatssecretaris van Justitie* [1988] ECR 6159, paragraf 9.

²² Callies/Ruffert, op. cit. u bilj. 4, str. 698; Craig/De Búrca, op. cit. u bilj. 7, str. 806; Barnard, op. cit. u bilj. 6, str. 335-336;

²³ Spojeni predmeti C-51/96 i 191/97 *Christelle Deliège v. Ligue Francophone de Judo et Disciplines Associées ALBL et al.*, [2000] ECR I-2549. Poteškoće oko tumačenja pretpostavke naplatnosti posebno se pojavljuju pri utvrđivanju polja primjene odredaba Ugovora o EZ na usluge koje pruža država ili druga javna tijela. Više o tome npr. L. Woods, *Free Movement of Goods and Services Within the EC* (Aldershot, 2004), str. 165-174; Barnard, op. cit. u bilj. 6, str. 342-343; Craig/De Búrca, op. cit. u bilj. 7, str. 806-811; Callies/Ruffert, op. cit. u bilj. 4, str. 698-699.

²⁴ Više o tome npr. Woods, op. cit. u bilj. 23, str. 181-184; Callies/Ruffert, op. cit. u bilj. 4, str. 704.

Dienstleistungsfreiheit).²⁵ Odredba čl. 50. st. 3. Ugovora o EZ izričito spominje upravo tu vrstu slučajeveva.

Kod druge kategorije, primatelj usluge putuje u državu članicu u kojoj pružatelj ima poslovni nastan i tamo prima uslugu. Ovdje je riječ o pasivnoj slobodi pružanja usluge (*passive Dienstleistungsfreiheit*).²⁶ Iako Ugovor izričito ne spominje tu kategoriju, ona je prema tumačenju Suda EZ obuhvaćena slobodom pružanja usluga. Vodeća odluka Suda EZ u ovom pogledu je predmet *Luisi i Carbone*, u kojem je Sud odlučio da odredbe talijanskog prava o zabrani iznošenja deviza iz zemlje znače ograničenje prava talijanskih državljana da putuju u druge države članice i tamo primaju turističke odnosno medicinske usluge.²⁷ Sud je time potvrdio da Ugovor o EZ ne jamči samo slobodu pružanja nego i primanja usluga.²⁸

Treću vrstu čine usluge koje se pružaju distancijски (*Korrespondenzdienstleistungen*).²⁹ Kod tih usluga pružatelj i primatelj ostaju u svojim državama članicama, dok sama usluga putuje preko granice. Prema tumačenju Suda, Ugovor o EZ primjenjuje se i na te usluge, iako ni one nisu izričito spomenute u Ugovoru. Tako je npr. u predmetu *Alpine Investments* iz 1995. Sud odlučio da se čl. 49. Ugovora primjenjuje na prodaju financijskih usluga u drugu državu članicu telefonom bez prethodne suglasnosti klijenata (tzv. *cold-calling*).³⁰

Moguće su i situacije koje istodobno spadaju u više spomenutih kategorija. Npr. ako pružatelj i primatelj usluge putuju u treću državu radi pružanja odnosno primanja usluge, primjenjuju se tumačenja koja je Sud prihvatio u pogledu aktivne kao i u pogledu pasivne slobode pružanja usluga.³¹

²⁵ Callies/Ruffert, op. cit. u bilj. 4, str. 702.

²⁶ Callies/Ruffert, op. cit. u bilj. 4, str. 702.

²⁷ C-286/82 i C-26/83 *Luisi and Carbone v. Ministero del Tesoro* [1984] ECR 377.

²⁸ Barnard, op. cit. u bilj. 6, str. 332; Craig/De Búrca, op. cit. u bilj. 7, str. 805; Lasok, op. cit. u bilj. 9, str. 533. To tumačenje Sud je potvrdio u predmetu C-294/97 *Eurowings Luftverkehr* [1999] ECR I-7447, paragrafi 33 i 34.

²⁹ Callies/Ruffert, op. cit. u bilj. 4, str. 703.

³⁰ C-384/93 *Alpine Investments BV v. Minister van Financiën* [1995] ECR I-1141.

³¹ C-198/89 *Commission v. Greece* [1991] ECR I-727. Vidi G. Davies, *EU Internal Market Law* (London, 2002), str. 75.

2.4. Sadržaj slobode pružanja usluga - zabrana diskriminacije i pristup tržištu

Sve tržišne slobode prema Ugovoru o EZ temelje se na dva međusobno povezana načela. Prvo načelo je zabrana diskriminacije - države članice dužne su prema državljanima drugih država članica postupati jednako kao i prema domaćim državljanima. Ugovor o EZ zabranjuje dakle protekcionizam. Drugo načelo, koje se najčešće naziva pristup tržištu (*market access*), podrazumijeva uklanjanje prepreka slobodnoj trgovini između država članica, čak i onih koje ni otvoreno ni skriveno ne diskriminiraju strane državljane. To načelo polazi od ekonomske logike da svako reguliranje tržišnih aktivnosti od strane neke države članice ograničava slobodnu trgovinu. U mjeri u kojoj je ono prihvaćeno u pravu Zajednice, načelom pristupa tržištu zapravo se prihvaća deregulacija kao cilj zajedničkog tržišta. Očito je da načelo pristupa tržištu ima puno šire političke i gospodarske implikacije nego načelo zabrane diskriminacije. Ono bitno ograničava zakonodavne nadležnosti država članica i daje iznimne ovlasti Sudu koji, tumačenjem prava Zajednice, treba utvrditi kad je regulacija nekog pitanja prihvatljiva. Pitanje do koje se mjere pravo Zajednice treba ograničiti na načelo zabrane diskriminacije, a do koje slijediti i načelo pristupa tržištu jedna je od glavnih tema prava unutarnjeg tržišta.³²

Navedena načela vrijede i u kontekstu slobode pružanja usluga. Slijedom toga, prema Ugovoru o EZ mogu se razlikovati dvije vrste mjera koje predstavljaju prepreke slobodi pružanja usluga.³³

Prvu kategoriju čine diskriminirajuće mjere. Diskriminacija na tržištu usluga zabranjena je odredbom čl. 49. st. 1. Ugovora kao i općom odredbom o zabrani diskriminacije iz čl. 12. Ugovora o EZ. Pod diskriminacijom treba razumjeti ne samo različit tretman pružatelja usluga koji su državljani druge države članice već i pružatelja koji imaju poslovni nastan u drugoj državi članici.³⁴ Ugovor o EZ zabranjuje ne samo pravila koja izričito propisuju različit tretman stranih državljana ili osoba s poslovnim nastanom u drugoj državi (otvorena ili neposredna diskriminacija), već i ona koja formalno ne razlikuju između domaćih

³² Davies, op. cit. u bilj. 31, str. 111-124; Snell, op. cit. u bilj. 12, str. 1-4.

³³ Barnard, op. cit. u bilj. 6, str. 100.

³⁴ C-180/89 *Commission v. Italy* [1991] ECR I-709; C-288/89 *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda v. Commissariaat voor de Media* [1991] ECR I-4007. Barnard, op. cit. u bilj. 6, str. 347.

državljana i ostalih adresata, ali s obzirom na činjenično stanje dovode do toga da su pružatelji koji nemaju nastan u državi članici dovedeni u nepovoljniji položaj (skrivena ili posredna diskriminacija).³⁵ Kod skrivene diskriminacije, država članica za pružanje neke usluge propisuje pretpostavke koje stranim pružateljima otežavaju poslovanje, a domaći ih pružatelji u pravilu automatski ispunjavaju. Najčešći oblik skrivene diskriminacije u području usluga su pravila koja uvjetuju pružanje neke usluge u nekoj državi članici prisutnošću pružatelja na području te države.³⁶ Npr. pravila nacionalnog prava države članice prema kojemu usluge fizičke zaštite u toj državi mogu pružati samo pravne osobe kojih članovi uprave imaju prebivalište u tuzemstvu predstavljaju skrivenu diskriminaciju u korist domaćih pružatelja usluga.³⁷

Drugu kategoriju mjera na koje se primjenjuje čl. 49. st. 1. Ugovora čine mjere koje ne diskriminiraju, ni otvoreno ni skriveno, između stranih i domaćih pružatelja usluga, ali zabranjuju, ograničavaju ili čine manje privlačnim pružanje usluge od strane pružatelja koji ima poslovni nastan u drugoj državi članici i tamo zakonito pruža slične usluge.³⁸ Kao primjer za takva pravila može poslužiti predmet *Commission v. Italy* iz 2000.³⁹ U tom predmetu Sud EZ je odlučivao o tome jesu li odredbe talijanskog prava prema kojima su pravne osobe koje na području Italije pružaju usluge privremenog zapošljavanja dužne položiti osiguranje u određenom zakonom propisanom iznosu u skladu s odredbama Ugovora o EZ. Obveza polaganja osiguranja primjenjivala se ne samo na strane pružatelje tih usluga već i na domaće. Iako te mjere ni neposredno ni posredno nisu bile diskriminirajuće, Sud je odlučio da su, zbog toga što se ne mogu opravdati na temelju iznimaka slobodi pružanja usluga, protivne Ugovoru.

³⁵ Callies/Ruffert, op. cit. u bilj. 4, str. 706.

³⁶ Callies/Ruffert, op. cit. u bilj. 4, str. 706.

³⁷ C-114/97 *Commission v. Spain* [1998] ECR I-6717.

³⁸ V. npr. C-76/90 *Säger v. Dennemeyer* [1991] ECR 4221; C-275/92 *Schindler* [1994] ECR I-1039; C-272/94 *Guiot* [1996] ECR I-1905; C-3/95 *Reisebüro Broede v. Gerd Sandker* [1996] ECR I-6511; C-222/95 *Parodi* [1997] ECR I-3899; C-58/98 *Corsten* [2000] ECR I-7919; C-205/99 *Analir et al.* [2001] ECR I-1271; C-131/01 *Commission v. Italy* [2003].

³⁹ C-279/00 *Commission v. Italy* [2002] ECR I-1425.

2.5. Iznimke slobodi pružanja usluga

Ugovor o EZ ne jamči apsolutnu primjenu tržišnih sloboda. Ako je neko pravilo unutarnjeg prava prepreka nekoj tržišnoj slobodi, ono se može opravdati ako je ograničenje tržišne slobode nužno radi zaštite nekog legitimnog javnog interesa. Među iznimkama tržišnim slobodama treba razlikovati one koje su izričito propisane Ugovorom i one koje su usvojene u judikaturi Suda EZ.

2.5.1. Iznimke izričito propisane Ugovorom

Ugovor o EZ izričito propisuje da se odredbe o slobodi pružanja usluga ne primjenjuju na vršenje javnih ovlasti i na mjere kojima se štite javni poredak, javna sigurnost ili javno zdravlje. Navedene iznimke u pravilu dolaze do primjene samo onda kad je riječ o mjerama koje predstavljaju otvorenu diskriminaciju, zato što se takve mjere ne mogu opravdati prema širim iznimkama koje su razvijene u praksi Suda EZ.⁴⁰

Iznimka javnih ovlasti uređena je odredbom čl. 45. st. 1. Ugovora. Prema toj odredbi, poglavlje 2. Ugovora, koje uređuje slobodu poslovnog nastana, ne primjenjuje se u mjeri o kojoj je riječ u nekoj državi članici na djelatnosti koje su u toj državi, makar i povremeno, povezane s vršenjem javnih ovlasti. Ta odredba primjenjuje se na temelju čl. 55. Ugovora i na slobodu pružanja usluga. Slično pravilo u pogledu slobode kretanja radnika sadržava čl. 39. st. 4. Ugovora.

Iznimku javnih ovlasti treba tumačiti usko.⁴¹ Prema neovisnom odvjetniku *Mayrasu*, javna je ovlast u smislu čl. 45. st. 1. "ona koja proizlazi iz suvereniteta države, a obuhvaća prerogative koje se nalaze izvan općeg prava, privilegije službene vlasti te pravo prisile prema građanima".⁴² Od primjene odredaba o slobodi pružanja usluga izuzete su samo one usluge koje državljani neke države obavljaju na temelju posebnog odnosa lojalnosti prema svojoj državi.⁴³ Prema tumačenju koje je Sud usvojio u predmetu *Reyners*, ta iznimka odnosi se na

⁴⁰ Callies/Ruffert, op. cit. u bilj. 4, str. 712; Davies, op. cit. u bilj. 31, str. 95.

⁴¹ Woods, op. cit. u bilj. 23, str. 246; Craig/De Búrca, op. cit. u bilj. 7, str. 769-771; Davies, op. cit. u bilj. 31, str. 108-110; Barnard, op. cit. u bilj. 6, str. 391.

⁴² Mišljenje neovisnog odvjetnika u predmetu C-2/74 *Reyners v. Belgium* [1974] ECR 664.

⁴³ V. npr. C-4/91 *Bleis v. Ministère de l'Éducation Nationale* [1991] ECR I-5627. Woods, op. cit. u bilj. 23, str. 247; Davies, op. cit. u bilj. 31, str. 26.

samu djelatnost koja se obavlja na temelju službene vlasti, a ne na čitavu profesiju, poziv ili zanimanje u okviru kojeg se ta djelatnost obavlja.⁴⁴

Iznimke javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja uređene su odredbom čl. 46. st. 1. Ugovora prema kojoj odredbe o slobodi poslovnog nastana i mjere poduzete radi njihova ostvarenja ne dovode u pitanje primjenu odredbi predviđenih zakonom ili drugim propisom kojima se za strane državljane predviđa poseban tretman na temelju javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja. I ta odredba primjenjuje se na slobodu pružanja usluga na temelju čl. 55. Ugovora. Članci 30. i 39. st. 3. Ugovora sadržavaju slična pravila u pogledu slobode kretanja robe odnosno radnika.

Pozivom na zaštitu javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja države članice mogu donekle kontrolirati kretanje osoba, robe i usluga na svom području, ako je to nužno radi zaštite važnih nacionalnih interesa. Među tim iznimkama, za potrebe ovog rada najvažnija je iznimka javnog poretka. Sud EZ prihvaća da se shvaćanja o tome što čini sadržaj pojma javni poredak razlikuju od države do države i od vremena do vremena, tako da u tom pogledu države članice imaju određeni stupanj diskrecije.⁴⁵ No, iznimku javnog poretka, kao i iznimku javne službe, treba tumačiti usko.⁴⁶ Odstupanja od tržišnih sloboda predviđenih Ugovorom na temelju javnog poretka, sigurnosti ili zdravlja podložna su općim načelima prava Zajednice. Pritom je od posebnog značenja načelo proporcionalnosti - ograničenja slobodi kretanja usluga kojima se štiti neki javni interes ne smiju ići izvan okvira onog što je nužno za ostvarenje tog interesa.⁴⁷

⁴⁴ C-2/74 *Reyners v. Belgium* [1974] ECR 631.

⁴⁵ C-41/74, *Van Duyn v. Home Office* [1974] ECR 1337, paragraf 18. O'Leary/Fernández Martín, str. 165.

⁴⁶ C-41/74 *Van Duyn v. Home Office* [1974] ECR 1337, paragraf 18; C-348/96 *Criminal Proceedings against Calfa* [1999] ECR I-11, paragraf 23; C-114/97 *Commission v. Spain* [1998] ECR I-6717, paragraf 34. Barnard, op. cit. u bilj. 6, str. 374; Davies, op. cit. u bilj. 31, str. 96; Woods, op. cit. u bilj. 23, str. 231.

⁴⁷ C-1001/01 *Ministre de l'Intérieur v. Olazabal* [2002] ECR I-10981, paragraf 43; C-108/96 *Mac Quen and Grandvision Belgium* [2001] ECR I-11, paragraf 23; C-3/88 *Commission v. Italy* [1989] ECR I-4035, paragraf 15; C-348 *Criminal Proceedings against Calfa* [1999] ECR I-11.

2.5.2. Iznimke prihvaćene u judikaturni Suda EZ

Tumačeći odredbe Ugovora o temeljnim slobodama, Sud EZ razvio je standarde o tome kad su pravila koja ograničavaju slobodnu trgovinu dopuštena prema Ugovoru. Ti standardi primjenjuju se ne samo na pravila koja otvoreno diskriminiraju već i na ona koja propisuju skrivenu diskriminaciju kao i ona koja uopće nisu diskriminatorne naravi. Začetak tumačenja o široj sudskoj ocjeni sukladnosti pravila unutarnjeg prava s tržišnim slobodama nalazi se u praksi Suda o *rule of reason*, koja se u kontekstu slobode kretanja robe razvijala počevši od predmeta *Cassis de Dijon*.⁴⁸ Slična tumačenja u području slobode pružanja usluga prvi put su prihvaćena u predmetima *Säger*⁴⁹ i *Gouda*.⁵⁰ U suvremenoj praksi uglavnom se polazi od tumačenja formuliranog u predmetu *Gebhard*⁵¹ koje je dano u kontekstu slobode poslovnog nastana, ali se danas prihvaća kao mjerodavno za sve tržišne slobode.⁵² U tom predmetu Sud je sažeo dotadašnju praksu utvrdivši da nacionalne mjere koje ograničavaju ili čine manje privlačnim korištenje temeljnih sloboda koje jamči Ugovor moraju ispunjavati četiri pretpostavke:

- moraju se primjenjivati bez diskriminacije,
- moraju biti opravdane prisilnim razlozima općeg interesa,
- moraju biti primjerene za ostvarenje cilja kojemu služe i
- ne smiju ići iznad onoga što je nužno da se taj cilj ostvari.⁵³

Prema tom tumačenju, ako je neka mjera nacionalnog prava prepreka nekoj tržišnoj slobodi, najprije treba utvrditi sadržava li ona otvorenu diskriminaciju. Ako je riječ o otvorenoj diskriminaciji, mjera se ne može opravdati prema standardu iz predmeta *Gebhard* i dopuštena je samo u slučaju iznimaka koje su izričito propisane Ugovorom (javna služba odnosno javni poredak, sigurnost ili zdravlje).

Ako mjera koja ograničava neku tržišnu slobodu ne sadržava otvorenu diskriminaciju, treba utvrditi je li ona opravdana "prisilnim razlozima općeg interesa".

⁴⁸ C-120/78 *Rewe-Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] ECR 649.

⁴⁹ C-76/90 *Säger v. Dennemeyer* [1991] ECR 4221.

⁵⁰ C-288/89 *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda v. Commissariaat voor de Media* [1991] ECR I-4007.

⁵¹ C-55/94 *Gebhard* [1995] ECR I-4165

⁵² M. Herdegen, *Europarecht* (München, 2002), str. 229.

⁵³ C-55/94 *Gebhard* [1995] ECR I-4165, paragraf 37.

U ovom stadiju traži se samo da država članica navede legitimni cilj koji se želi ostvariti nekom mjerom, a da ne dokazuje da li se on doista tim pravilom i ostvaruje. Taj cilj mora biti sukladan općim ciljevima Zajednice.⁵⁴ Primjerice, Sud je utvrdio da su razlozi na koje se države u tom smislu mogu pozvati zaštita primatelja usluge,⁵⁵ radnika⁵⁶ ili potrošača,⁵⁷ zaštita intelektualnog vlasništva,⁵⁸ ili zaštita nacionalne povijesne ili umjetničke baštine.⁵⁹ Ograničenja tržišnih sloboda ne mogu se opravdati ostvarivanjem nekog gospodarskog cilja, kao što je npr. zaštita domaćeg gospodarstva.⁶⁰

Ako u prilog mjere kojom se ograničava neka tržišna sloboda država članica navodi neki legitiman cilj, tada treba utvrditi ostvaruje li ta mjera doista taj cilj te ide li se njome iznad onoga što je nužno za njegovo ostvarenje, tj. je li udovoljeno načelu proporcionalnosti. Ispitivanje tih pretpostavki u praksi čini najvažniji segment odlučivanja o dopuštenosti neke mjere. U području slobode pružanja usluga, pri odlučivanju o tome je li neka mjera proporcionalna osobito se uzima u obzir primjenjuju li se već na pružatelja usluge u njegovoj državi članici mjere koje služe istom cilju kao mjere u državi gdje se usluga pruža. Ako neka mjera države članice u kojoj se usluga pruža dovodi do udvostručenja tereta za pružatelja usluge koji ima poslovni nastan u drugoj državi, tada ta mjera neće udovoljiti testu proporcionalnosti. Tako je npr. u predmetu *Webb*, Sud EZ odlučio da države članice mogu uvjetovati obavljanje djelatnosti zapoš-

⁵⁴ Craig/De Búrca, op. cit. u bilj. 7, str. 816.

⁵⁵ Spojeni predmeti C-110/78 i 111/78 *Van Wesemael* [1979] ECR 35, paragraf 28.

⁵⁶ C-279/80 *Webb* [1981] ECR 3305, paragraf 19; spojeni predmeti C-62/81 i C-63/81 *Seco v. EVI* [1982] ECR 223, paragraf 14; C-113/89 *Rush Portuguesa* [1990] ECR I-1417, paragraf 18; C-288/89 *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda v. Commissariaat voor de Media* [1991] ECR I-4007, paragraf 14; spojeni predmeti C-369/96 i C-376/96 *Arblade et al.* [1999] ECR I-8453, paragraph 36; C-279/00 *Commission v. Italy* [2002] ECR I-1425, paragraf 19.

⁵⁷ C-220/83 *Commission v. France* [1986] ECR 3663, paragraf 20; C-252/83 *Commission v. Denmark* [1986] ECR 3713, paragraf 20; C-205/84 *Commission v. Germany* [1986] ECR 3755, paragraf 30; C-206/84 *Commission v. Ireland* [1986] ECR 3817, paragraf 20; *Commission v. Italy* (C-180/89, [1991] ECR I-709), paragraf 20.

⁵⁸ C-62/79 *Coditel* [1980] ECR 881.

⁵⁹ C-180/89 *Commission v. Italy* [1991] ECR I-709, paragraf 20.

⁶⁰ C-352/85, *Bond van Adverteerders v. Netherlands* [1988] ECR 2085; C-353/89 *Commission v. Netherlands* [1991] ECR I-4069; Barnard, op. cit. u bilj. 6, str. 374; Davies, op. cit. u bilj. 31, str. 97; Woods, op. cit. u bilj. 23, str. 231; O'Leary/Fernández Martín, str. 165.

ljavanja posebnom dozvolom samo ako se pretpostavke za njezino izdavanje ne podudaraju s pretpostavkama koje su propisane u državi gdje pružatelj usluge ima poslovni nastan i ako je pri izdavanju dozvole država članica uzela u obzir dozvole i garancije kojima je pružatelj usluge udovoljio u državi gdje ima poslovni nastan.⁶¹ No, neka mjera može biti neproporcionalna i onda kada se u državi gdje pružatelj ima poslovni nastan ne primjenjuju slične mjere. Npr. u predmetu *Commission v. Italy* iz 1991.,⁶² Sud je odlučivao o tome je li Italija povrijedila obveze prema Ugovoru o EZ time što je propisala da se usluge turističkog vodiča mogu pružati u Italiji samo uz odgovarajuću licenciju koju izdaju talijanska upravna tijela nakon polaganja stručnog ispita. Italija je ta ograničenja opravdala potrebom širenja znanja o njezinoj umjetničkoj i povijesnoj baštini te zaštitom potrošača. Sud EZ prihvatio je da su ti ciljevi legitimni, no da te odredbe nadilaze ono što je nužno da bi oni bili ostvareni. Prema stajalištu Suda, otvoreno tržišno natjecanje između turističkih operatera i turističkih vodiča omogućuje uspjeh onih konkurenata koji su bolji, čime se ujedno postiže bolja usluga za potrošače te informiranost javnosti o umjetničkoj i povijesnoj baštini.

Iz navedenog se vidi da se pri ocjeni dopuštenosti neke mjere ne ispituje predstavlja li ta mjera skrivenu diskriminaciju. Najvažnije jest je li mjera opravdana i proporcionalna. Zapravo, tek ako se utvrdi da neka mjera nije opravdana i proporcionalna, može se utvrditi da je riječ o skrivenoj diskriminaciji. Iz navedenog slijedi da pitanje sadržava li neka mjera skrivenu diskriminaciju samo po sebi nije od presudne važnosti za primjenu odredaba Ugovora o tržišnim slobodama.⁶³

3. PRUŽANJE USLUGA PREMA SPORAZUMU O STABILIZACIJI I PRIDRUŽIVANJU IZ 2001.

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica od 29. listopada 2001. ne predviđa slobodno pružanje usluga između Hrvatske i EZ. No, SSP propisuje pravni okvir za uklanjanje prepreka prekograničnom pružanju usluga koje u konačnici

⁶¹ C-279/80 *Webb* [1981] ECR 3305.

⁶² C-180/89, [1991] ECR I-709.

⁶³ Davies, op. cit. u bilj. 31, str. 126; Callies/Ruffert, op. cit. u bilj. 4, str. 712-713.

trebaju dovesti do slobodnog tržišta između Hrvatske i EZ u uslužnom sektoru, i to neovisno o stjecanju članstva Hrvatske u EU.

Prema čl. 56. st. 1. SSP, stranke se obvezuju poduzeti nužne korake kako bi postupno omogućile pružanje usluga od strane trgovačkih društava ili državljana Zajednice odnosno Hrvatske s poslovnim nastanom na području stranke kojoj ne pripada osoba kojoj su te usluge namijenjene. Prema stavku 3. toga članka, nakon četiri godine od stupanja na snagu SSP-a, Vijeće za stabilizaciju i pridruživanje poduzet će mjere nužne za postupnu provedbu odredaba stavka 1., pri čemu će se voditi računa o napretku koji su stranke postigle u međusobnom približavanju njihovih pravnih sustava. Kako je SSP stupio na snagu 1. veljače 2005. (Nar. nov. MU 1/2005), te mjere trebaju se poduzimati od 1. veljače 2009.

Prema čl. 57. st. 1. SSP, stranke neće poduzimati mjere ni radnje koje bi pretpostavke pod kojima usluge pružaju državljani ili trgovačka društva Zajednice i Hrvatske s poslovnim nastanom na teritoriju stranke kojoj ne pripada osoba kojoj su te usluge namijenjene bitno ograničile prema stanju na dan koji prethodi danu stupanja na snagu SSP-a.

Navedene odredbe u skladu su s jednim od temeljnih načela SSP-a, a to je promicanje gospodarskih i trgovačkih odnosa s ciljem stvaranja područja slobodne trgovine nakon prijelaznog razdoblja od šest godina nakon stupanja SSP-a na snagu (čl. 5. st. 1. i čl. 1. st. 2. SSP).⁶⁴

Iz navedenog slijedi da iako SSP ne propisuje slobodu pružanja usluga između EZ odnosno njezinih država članica i Hrvatske, on obvezuje Hrvatsku da, počevši od 1. veljače 2009., uklanja ograničenja slobodi pružanja usluga te joj zabranjuje da propisuje nova ograničenja nakon 1. veljače 2005.

Vrijedi napomenuti da ograničenje slobode pružanja usluga prema SSP-u ne mora nužno imati isto značenje kao u pravu Zajednice. U slučaju *Polydor* iz 1982., Sud EZ odlučio je da se odredbe sličnog sadržaja u Ugovoru o EZ i u međunarodnim ugovorima koje sklapa EZ ne moraju tumačiti jednako.⁶⁵ Ipak, može se očekivati da će većina odredba, ako ne i sve, koje se mogu smatrati ograničenjima slobode pružanja usluga u smislu prava Zajednice istodobno biti obuhvaćena i odredbama SSP-a o uslugama.

⁶⁴ V. memorandum uz odluku Vijeća i Komisije od 9. srpnja 2001., COM(2001) 371 final 2001/0149 (AVC).

⁶⁵ C-270/80, *Polydor Limited and RSO Records Inc v. Harlequin Record Shops Limited and Simons Records Limited* [1982] ECR 329.

4. PRIMJENA PRAVA ZAJEDNICE I ASOCIJACIJSKOG PRAVA NA OGRANIČENJA U POGLEDU UGOVARANJA ARBITRAŽE U INOZEMSTVU PREMA ZAKONU O ARBITRAŽI

4.1. Usluge koje se pružaju u arbitraži

Već smo spomenuli da Ugovor o EZ ne sadržava opću definiciju usluge te da se odredbe Ugovora koje uređuju slobodu pružanja usluga primjenjuju na sve gospodarske aktivnosti na koje se ne primjenjuju odredbe o slobodi kretanja robe, osoba i kapitala.⁶⁶ Ne bi smjelo biti dvojbe da među njih spadaju i usluge koje se pružaju u arbitraži. Arbitražno suđenje dovodi do rješenja spora između stranaka čime se strankama pruža korist koja se može gospodarski izraziti.

U arbitražnom rješavanju sporova pružaju se različite usluge. To je prije svega usluga suđenja koju nude arbitri, osobe koje stranke ili neka treća osoba koju stranke na to ovlaste imenuju da presude o njihovu međusobnom sporu. U suvremenoj doktrini gotovo je bez iznimke prihvaćeno da između arbitara i stranaka prihvaćenjem imenovanja nastaje ugovorni odnos (*receptum arbitri*) koji stvara prava i obveze za arbitre i stranke.⁶⁷ Iako je taj ugovorni odnos srodan nekim nominantnim ugovorima obveznog prava, prije svega ugovoru o nalogu i ugovoru o djelu, danas preteže stajalište da je riječ o ugovoru *sui generis*.⁶⁸ Ugovorni odnos između arbitra i stranaka pravni je okvir za pružanje usluge arbitražnog suđenja.

U institucionalnoj arbitraži, pored arbitara usluge pružaju i arbitražne institucije - pravne osobe ili tijela pravnih osoba koja organiziraju i osiguravaju arbitražno suđenje. Neke arbitražne institucije djeluju na profitnoj osnovi, druge kao neprofitne organizacije, no sve one nude svoje usluge na arbitražnom tržištu.

⁶⁶ V. *supra* 2.2.

⁶⁷ P. Fouchard/E. Gaillard/B. Goldman, *International Commercial Arbitration* (Den Haag, 1999), str. 599 et seq; A. Redfern/M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, (2 izd., London 1991), str. 100; M. L. Smith, *Contractual Obligations Owed by and to Arbitrators: Model Terms of Appointment*, *Arbitration International* (1992), str. 17; B. von Hoffmann, *Die internationale Schiedsrichtervertrag - eine kollisionsrechtliche Skizze*, *Festschrift Ottoarndt Glossner* (1993), str. 143; R. David, *Arbitration in International Trade* (1985), str. 292. U našoj literaturi o tome npr. v. M. Vuković/E. Kunštek, *Međunarodno građansko postupovno pravo* (Zagreb, 2005), str. 321; S. Triva/M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izd. (Zagreb, 2004), str. 876-878.

⁶⁸ Više o tome npr. Fouchard/Gaillard/Goldman, op. cit. u bilj. 67, str. 604-608.

Arbitražne institucije znatno se razlikuju po uslugama koje pružaju strankama i arbitrima. Neke se ograničavaju na to da objave listu arbitara i odlučuju o imenovanju i izuzeću arbitara, a strankama prepuštaju da same organiziraju postupak. Druge institucije preuzimaju aktivniju ulogu u arbitražnom postupku, tako što npr. obavljaju administraciju predmeta, osiguravaju prostorije za ročišta i potrebnu tehničku podršku za rad arbitara, obavljaju formalnu kontrolu pravorijeka i sl. Između stranaka i arbitražne institucije postoji ugovorni odnos sličan onome između stranaka i arbitra. Objavljujući arbitražna pravila, arbitražne institucije daju trajnu ponudu da će prema tim pravilima administrirati arbitražne postupke u sporovima koje su im stranke povjerile, a stranke tu ponudu prihvaćaju ugovaranjem arbitraže i pokretanjem postupka pri toj instituciji.⁶⁹

Pored arbitara i arbitražnih institucija, u okviru arbitražnog rješavanja spороva svoje usluge nude ovlaštenici za imenovanje u *ad hoc* arbitražama, odvjetnici, vještaci, tumači i druge osobe koje u različitim ulogama sudjeluju u arbitražnom suđenju. Svi oni mogu, u većoj ili manjoj mjeri, biti pogođeni mjerama kojima se ograničava mogućnost ugovaranja arbitraže u inozemstvu. U nastavku rada ograničit ćemo se na slobodu pružanja usluga u arbitraži s gledišta arbitara i arbitražnih institucija, iako valja imati na umu da ograničenja u pogledu ugovaranja arbitraže utječu i na slobodu pružanja drugih usluga.

Ugovor o EZ primjenjuje se, kao što je već spomenuto, samo na usluge koje se uobičajeno pružaju uz naknadu.⁷⁰ Usluge arbitara i arbitražnih institucija ispunjavaju tu pretpostavku. Pružatelji usluga u arbitraži razlikuju se po tome naplaćuju li nagradu prema vrijednosti predmeta spora, uloženom vremenu ili drugim kriterijima, ali naplatnost tih usluga gotovo nikada nije upitna. U pogledu usluga arbitara, ZA sadržava i posebnu odredbu o naknadi. Prema čl. 11. st. 4. ZA, arbitar ima pravo na naknadu troškova i na nagradu za obavljene rad osim ako se tih prava izričito pismeno odrekao. Stranke mu solidarno odgovaraju za isplatu navedene naknade troškova i nagrade. Prema čl. 11. st. 5. ZA, ako arbitar odredi visinu naknade svojih troškova i nagrade, njegova odluka ne obvezuje stranke ako je ne prihvate. Ako stranke ne prihvate tu odluku, o naknadi troškova i o nagradi odlučit će, na prijedlog arbitra ili stranke, ovlaštenik za imenovanje.

⁶⁹ V. Fouchard/Gaillard/Goldman, op. cit. u bilj. 67, str. 602. Ugovorni odnos u konačnici postoji i između arbitara i arbitražne institucije. Ibid., str. 602.

⁷⁰ V. *supra* 2.2.

Odredbe Ugovora o EZ primjenjuju se na usluge arbitara i arbitražnih institucija i onda kad se te usluge pružaju besplatno. Naime, kao što je već spomenuto, za primjenu odredaba o pružanju usluga dovoljno je da je riječ o usluzi koja se uobičajeno pruža uz naknadu,⁷¹ što svakako jest slučaj kad je riječ o uslugama arbitara i arbitražnih institucija.

Kao što je već spomenuto, odredbe Ugovora o EZ o slobodi pružanja usluga primjenjuju se samo na usluge s prekograničnim obilježjem, npr. usluge kod kojih pružatelj i primatelj usluge imaju poslovni nastan ili prebivalište u različitim državama.⁷² Usluge arbitara i arbitražnih institucija udovoljavaju toj pretpostavci prije svega onda kad arbitar ili arbitražna institucija imaju poslovni nastan ili prebivalište u jednoj državi, a jedna ili više stranaka u drugoj. Pritom nije potrebno da stranke u sporu imaju prebivalište odnosno sjedište u različitim državama. I onda kad sve stranke u arbitražnom sporu imaju prebivalište odnosno sjedište u jednoj državi, usluga ima prekogranično obilježje ako arbitar ili arbitražna institucija imaju prebivalište ili sjedište u drugoj državi članici. Slijedom toga, sloboda pružanja usluga primjenjuje se i u sporovima bez međunarodnog obilježja u pogledu arbitara ili arbitražnih institucija u drugim državama članicama.

4.2. Ograničenja u pogledu ugovaranja arbitraže u inozemstvu prema Zakonu o arbitraži

Prema čl. 3. st. 1. ZA, stranke mogu ugovoriti domaću arbitražu (arbitražu koje je mjesto u Hrvatskoj; čl. 2. st. 1. t. 2. ZA) za rješavanje sporova o pravima kojima mogu slobodno raspolagati. Prema stavku 2. toga članka, u sporovima s međunarodnim obilježjem stranke mogu ugovoriti i arbitražu koje je mjesto izvan područja Republike Hrvatske, osim ako je posebnim zakonom propisano da takav spor može rješavati samo sud u Republici Hrvatskoj.

Iz navedenih odredaba slijedi najprije da se arbitraža može ugovoriti ako je predmet spora disponibilan, tj. ako je riječ o sporu o pravima kojima stranke mogu slobodno raspolagati (npr. odreći se nekog prava ili o njemu sklopiti nagodbu). Autori ZA nisu prihvatili definiciju arbitrabilnosti usvojenu npr. u švicarskom ili njemačkom zakonodavstvu, prema kojoj su arbitrabilni oni sporovi

⁷¹ V. *supra* 2.2.

⁷² V. *supra* 2.2.

koji su imovinskopravne naravi (čl. 177. švicarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu; § 1030 njemačkog Zakonika o građanskom postupku), već su se s pravom odlučili zadržati kriterij disponibilnosti koji je tradicionalno zastupljen u našem pravu.⁷³ Prema ZA, kao i prema prijašnjim odredbama ZPP-a, disponibilnost spora je pretpostavka arbitrabilnosti kako u sporovima s međunarodnim obilježjem tako i u sporovima bez međunarodnog obilježja.⁷⁴

Za ugovaranje arbitraže na području Republike Hrvatske osim disponibilnosti spora ne traže se nikakve dodatne pretpostavke. Domaća arbitraža može se, za razliku od rješenja prema ZPP-u, ugovoriti čak i onda kad je za neki spor propisana isključiva nadležnost sudova Republike Hrvatske. No za ugovaranje arbitraže u inozemstvu ZA propisuje dodatne pretpostavke. Iz čl. 3. st. 2. ZA proizlazi da se arbitraža koje je mjesto izvan područja Republike Hrvatske može ugovoriti samo ako su, pored disponibilnosti predmeta spora, ispunjene dvije pretpostavke: prvo, mora se raditi o sporu s međunarodnim obilježjem i, drugo, spor ne smije spadati u isključivu nadležnost sudova Republike Hrvatske.

4.2.1. Međunarodno obilježje

Prema čl. 2. st. 1. t. 7. ZA, spor s međunarodnim obilježjem je onaj u kojem je barem jedna od stranaka fizička osoba s prebivalištem ili uobičajenim boravištem u inozemstvu odnosno pravna osoba osnovana po stranom pravu.⁷⁵

⁷³ V. npr. §672/1 Zakona o sudskom postupku u građanskim parnicama iz 1929., čl. 437., 438. ZPP iz 1956. i čl. 469. ZPP iz 1976. Više o tome M. Dika, Disponibilnost predmeta spora kao pretpostavka arbitrabilnosti u hrvatskom pravu, *Pravo u gospodarstvu* (2005), str. 114.

⁷⁴ S. Triva, Arbitraža u Hrvatskoj, u: *Arbitraža i alternativno rješavanje sporova* (Zagreb, 2003), str. 161; Triva/Dika, op. cit. u bilj. 67, str. 867; Uzelac, op. cit. u bilj. 1, str. 69; str. 114-125; Dika, op. cit. u bilj. 69, str. 124. Dika smatra da, zbog omaške u redakciji, čl. 3. ZA ostavlja otvorenim pitanje je li disponibilnost predmeta spora pretpostavka arbitrabilnosti te da taj nedostatak treba prevladati tumačenjem da je disponibilnost sporova koji se podvrgavaju arbitraži zahtjev javnog poretka Republike Hrvatske (*ibid.*, str. 124).

⁷⁵ Time što za međunarodno odnosno tuzemno obilježje traži da fizička osoba ima prebivalište ili redovno boravište u inozemstvu odnosno tuzemstvu, ova odredba otvara pitanje kako odlučiti o arbitrabilnosti spora u rijetkim situacijama kad neka stranka ima prebivalište u inozemstvu, a uobičajeno boravište u Hrvatskoj, ili obratno. Tada bi se prividno radilo o sporu koji istodobno ima i nema međunarodno obilježje. Kako odredba čl. 2. st. 1. t. 6. ZA koja sadržava definiciju spora bez međunarodnog obilježja propisuje da se primjenjuje

Ako je riječ o sporu bez međunarodnog obilježja, tj. sporu u kojem su sve stranke fizičke osobe s prebivalištem ili uobičajenim boravištem u tuzemstvu, odnosno pravne osobe koje su osnovane po pravu Republike Hrvatske (čl. 2. st. 1. t. 6. ZA), arbitraža u inozemstvu ne može se ugovoriti. Iz navedenog slijedi da se međunarodno obilježje nekog spora prema ZA definira isključivo prema personalnom kriteriju. Ako stranke imaju prebivalište u Hrvatskoj odnosno ako su osnovane po hrvatskom pravu, njihov međusobni spor u smislu odredaba ZA nema međunarodno obilježje ni onda kada je njihov materijal-nopravni odnos međunarodno obilježen (npr. ako se predmet ugovora nalazi u inozemstvu ili ako se ugovorna obveza treba ispuniti u inozemstvu).

Ako se na priznanje stranog pravorijeka u Hrvatskoj primjenjuje Newyorška konvencija o priznanju i ovrši stranih arbitražnih pravorijeka iz 1958, priznanje stranog pravorijeka ne može se odbiti zbog toga što je pravorijek donesen u sporu bez međunarodnog obilježja. Prema odredbi čl. I(1) Newyorške konvencije i rezervi uzajamnosti koja se u Hrvatskoj primjenjuje na temelju čl. I(3), Konvencija se primjenjuje na sve pravorijeke donesene na području druge države ugovornice.⁷⁶ Kako je velika većina država pristupila Newyorškoj konvenciji (konvencija danas ima 136 država ugovornica),⁷⁷ u najvećem broju slučajeva Konvencija se primjenjuje.

Nikakva ograničenja nisu propisana u pogledu primjene Konvencije na sporove između stranaka koje imaju prebivalište odnosno sjedište u istoj državi.⁷⁸

osim ako spor ispunjava uvjete iz točke 7. ovoga stavka, koja definira spor s međunarodnim obilježjem, čini se da bi se u takvim slučajevima radilo o sporu s međunarodnim obilježjem.

⁷⁶ Prema čl. I(3) Newyorške konvencije, u trenutku potpisivanja ili potvrđivanja Konvencije, pristupa ili notifikacije o njezinu proširenju, svaka država može na temelju uzajamnosti izjaviti da će Konvenciju primjenjivati na priznanje i ovrhu samo onih pravorijeka koji su doneseni na području neke druge države ugovornice. Ova rezerva primjenjuje se i u Hrvatskoj, kao i u oko tri četvrtine drugih država ugovornica.

⁷⁷ Vidi http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

⁷⁸ V. npr. *Ditta Augusto Miserochi v. S.p.a. Paolo Agnesi*, Vrhovni sud Italije, odluka br. 3620, 13. prosinca 1971, *Yearbook Commercial Arbitration* (1976), str. 190; *Total Soc. It. p.a. v. Achille Lauro*, Vrhovni sud Italije, odluka br. 361, 25. siječnja 1977, *Yearbook Commercial Arbitration* (1979), str. 281; *Gaetano Butera v. Pietro e Romano Pagnan*, Vrhovni sud Italije, odluka br. 4167, 18. rujna 1978., *Yearbook Commercial Arbitration* (1979), str. 296; *Denysiana S.A. v. Jassica S.A.*, švicarski Savezni (vrhovni) sud, 14. ožujka 1984., *Yearbook Commercial Arbitration* (1986), str. 536; *Paolo Donati and Lupalu Ltd v. SAIMA*, prvostupanjski sud u Milanu, 8. siječnja 1990., *Yearbook Commercial Arbitration* (1992),

Po tome se Newyorška konvencija razlikuje od npr. Europske konvencije o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži iz 1961. ili Ženevskog protokola o arbitražnim klauzulama iz 1923. kojih je polje primjene uvjetovano time da stranke imaju sjedište odnosno redovno boravište u različitim državama ugovornicama (v. čl. 1. Europske konvencije i čl. 1a) Protokola). Tijekom pregovora o Konvenciji, neke delegacije predložile su da se iz polja primjene Konvencije isključe strani pravorijeci o sporovima između državljana države priznanja, ali taj prijedlog bio je odbijen.⁷⁹

Ograničenja propisana domaćim pravom u pogledu priznanja stranih pravorijeka kojima je odlučeno o sporovima bez međunarodnog obilježja protivna su Newyorškoj konvenciji.⁸⁰ Prema *Van den Bergu*, vodećem komentatoru Konvencije, država ugovornica ne može, npr. pozivom na javni poredak, izbjeći priznanje stranog pravorijeka o domaćem sporu. Kako navodi Van den Berg, "pristupajući Konvenciji, države prihvaćaju ograničenja svog javnog poretka u pogledu svojih vlastitih podanika".⁸¹

Uvjetovanje dopuštenosti strane arbitraže postojanjem međunarodnog obilježja ne može se podvesti ni pod pojam arbitrabilnosti u smislu čl. V(2)(a) Newyorške konvencije odnosno čl. 40. st. 2. točka a) ZA.⁸² Ta odredba propisuje

str. 539; *SA CFTE - Compagnie Française Technique d'Étanchéité v. Jacques Dechavanne*, Žalbeni sud u Grenobleu, 13. rujna 1993., *Yearbook Commercial Arbitration* (1995), str. 656; *Lander Company, Inc. v. MMP Investments, Inc.*, U.S. Court of Appeals, 18. veljače 1997., odluka br. 96-2684, 107 F.3d 476 (7th Cir. 1997), *Yearbook Commercial Arbitration* (1997), str. 1049. A. J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958* (Den Haag, 1981), str. 17.

⁷⁹ P. Contini, *International Commercial Arbitration: the UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards*, *American Journal of Comparative Law* (1959), str. 292.

⁸⁰ A. J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958* (Den Haag, 1981), str. 17.

⁸¹ *Ibid.*, str. 18. *Van den Berg* kao primjer za ograničenje protivno Konvenciji navodi § 202 zakona kojim su SAD implementirale Newyoršku konvenciju. Ta je odredba propisivala da se Konvencija ne primjenjuje na arbitražni ugovor ili pravorijek koji je u cijelosti između državljana SAD ako se ne odnosi na imovinu u inozemstvu, ispunjenje u inozemstvu ili ima neku drugu razumnu vezu s jednom stranom državom ili s više njih. *Ibid.*, str. 17.

⁸² U našoj literaturi polazi se od toga da je zabrana ugovaranja strane arbitraže u sporovima bez međunarodnog obilježja također ograničenje arbitrabilnosti predmeta spora, što bi značilo da se priznanje stranog pravorijeka kojim je odlučeno o takvom sporu može odbiti na temelju odredbe čl. V(2)(a) Newyorške konvencije i čl. 40. st. 2. točka a) ZA. Triva/Dika, op. cit. u bilj. 67, str. 868-878; Uzelac, op. cit. u bilj. 1, str. 73.

kao pretpostavku za priznanje arbitrabilnost *predmeta spora*, dakle dopuštenost ugovaranja arbitraže s obzirom na sadržaj spora (tzv. arbitrabilnost *ratione materiae*). Ako predmetom spora stranke mogu slobodno raspolagati i ako za njega nije propisana isključiva nadležnost sudova Republike Hrvatske, sve pretpostavke arbitrabilnosti *ratione materiae* za ugovaranje strane arbitraže su ispunjene. Ograničenja u pogledu ugovaranja strane arbitraže s obzirom na postojanje međunarodnog obilježja, koja se u našoj doktrini nazivaju granicama arbitrabilnosti *ratione territorii*, nisu obuhvaćena odredbama čl. V(2)(a) Newyorške konvencije ni čl. 40. st. 2. t. a) ZA. Slijedom toga, priznanje stranog pravorijeka o sporu bez međunarodnog obilježja ne može se odbiti pozivom na odredbe o arbitrabilnosti.

U pogledu primjene Newyorške konvencije na sporove bez međunarodnog obilježja ilustrativna je talijanska sudska praksa. Prema talijanskom Zakoniku o građanskom postupku, sporazum prema kojemu bi talijanski državljanin s prebivalištem u Italiji sklopio s drugim talijanskim državljaninom sporazum o nadležnosti stranog arbitražnog suda bio bi ništav (čl. 2. Zakonika).⁸³ U jednoj odluci iz 1971., talijanski Vrhovni sud utvrdio je da je ta zabrana isključena odredbama Newyorške konvencije te odlučio da se dvije talijanske stranke mogu sporazumjeti o arbitraži u Londonu.⁸⁴ U seriji kasnijih odluka, talijanski sudovi prihvaćali su tumačenje da prema Newyorškoj konvenciji sporovi između domaćih stranaka mogu valjano biti upućeni na arbitražu izvan Italije, unatoč odredbama čl. 2. Zakonika o građanskom postupku.⁸⁵ Odredba čl. 2. u konačnici je ukinuta usvajanjem talijanskog Zakona o reformi sustava međunarodnog privatnog prava iz 1995. (čl. 73.)

Iz svega navedenog slijedi da se prema Konvenciji moraju priznati strani pravorijeci o sporovima bez međunarodnog obilježja. Ograničenje iz čl. 3. st.

⁸³ G. Mirabelli, Application of the New York Convention by the Italian Courts, Yearbook Commercial Arbitration (1979), str. 362.

⁸⁴ *Ditta Augusto Miserochi v. S.p.a. Paolo Agnesi*, talijanski Vrhovni sud, odluka br. 3620, 13. prosinca 1971., Yearbook Commercial Arbitration (1976), str. 190.

⁸⁵ *Total Soc. It. p.a. v. Achille Lauro*, Vrhovni sud Italije, odluka br. 361, 25. siječnja 1977, Yearbook Commercial Arbitration (1979), str. 281; *Gaetano Butera v. Pietro e Romano Pagnan*, Vrhovni sud Italije, odluka br. 4167, 18. rujna 1978., Yearbook Commercial Arbitration (1979), str. 296; *Denysiana S.A. v. Jassica S.A.*, švicarski Savezni (vrhovni) sud, 14. ožujka 1984., Yearbook Commercial Arbitration (1986), str. 536; *Paolo Donati and Lupalu Ltd v. SAIMA*, prvostupanjski sud u Milanu, 8. siječnja 1990., Yearbook Commercial Arbitration (1992), str. 539;

2. ZA u pogledu sporova između domaćih osoba ne primjenjuje se ako se primjenjuje Newyorška konvencija. Prema čl. 140. Ustava Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01 i 55/01), međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjega pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona. Slijedom toga, ako je arbitraža ugovorena u državi koja je stranka Newyorške konvencije, priznanje i ovrha pravorijeka ne može se odbiti zato što je pravorijekom odlučeno o sporu bez međunarodnog obilježja.

U rijetkim slučajevima kad se traži priznanje pravorijeka koji je donesen u državi koja nije ugovornica Newyorške konvencije, ne postoji međunarodna obveza Hrvatske da prizna strani pravorijek o sporu bez međunarodnog obilježja. Stoga dolazi do primjene zabrana ugovaranja strane arbitraže u sporovima bez međunarodnog obilježja propisana domaćim pravom. Nema sumnje da je namjera zakonodavca bila da se arbitraži provedenoj protivno zabrani iz čl. 3. st. 2. ZA ne priznaju pravni učinci. Slijedom toga, strani pravorijek o sporu između domaćih stranaka ne bi se mogao priznati prema ZA. Ostaje pitanje pod koji od razloga za odbijanje priznanja i ovrhe stranih pravorijeka navedenih u odredbi čl. 40. ZA treba podvesti povredu zabrane ugovaranja strane arbitraže u sporovima bez međunarodnog obilježja. Kao što smo naveli, ovdje nije riječ o arbitralnosti *ratione materiae* tako da se ne bi primjenjivala odredba čl. 40. st. 2. t. a) ZA. Vjerojatno bi u tom slučaju trebalo primijeniti odredbu čl. 40. st. 2. t. b) ZA prema kojoj će se priznanje stranog pravorijeka odbiti ako je on suprotan javnom poretku Republike Hrvatske.

Iz navedenog slijedi da strani pravorijek o sporu između domaćih stranaka treba priznati u Hrvatskoj ako je donesen u državi ugovornici Newyorške konvencije. U rijetkim slučajevima, kad je pravorijek donesen u državi koja nije ugovornica te konvencije, njegovo priznanje trebalo bi primjenom ZA odbiti. Kako su sve države članice EU pristupile Newyorškoj konvenciji,⁸⁶ čl. 3. st. 2. ZA ne sprječava stranke da u domaćim sporovima ugovore arbitražu u nekoj državi članici EU. U nastavku ovog rada ipak ćemo i tu zabranu razmotriti iz perspektive prava Zajednice. Razlozi tomu su dvojaki: prvo, usklađenost domaćeg prava s europskim treba razmatrati neovisno o međunarodnim ugovorima koji uređuju arbitražu i, drugo, nedvosmisleno izražena zabrana ugovaranja

⁸⁶ Vidi http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

strane arbitraže u domaćim sporovima u Zakonu o arbitraži *de facto* je prepreka slobodi kretanja usluga, jer će mnoge stranke i njihove pravne savjetnike navesti na zaključak da se strani pravorijek o sporu bez međunarodnog obilježja neće priznati u Hrvatskoj.

4.2.2. *Nepostojanje isključive nadležnosti sudova Republike Hrvatske*

Prema čl. 3. st. 2. ZA, inozemna arbitraža može se ugovoriti ako isključiva nadležnost sudova Republike Hrvatske nije propisana posebnim zakonom. Prema doslovnom tumačenju te odredbe, zapreka ugovaranju arbitraže u inozemstvu ne bi bila isključiva međunarodna nadležnost propisana međunarodnim ugovorom (npr. čl. 52, § 1 i § 2 CIV, čl. 56. CIM Konvencije o međunarodnom željezničkom prijevozu (COTIF) iz 1980),⁸⁷ kao ni sekundarnim pravom EZ koje će se primjenjivati u Hrvatskoj od stjecanja punopravnog članstva u EU (v. npr. čl. 22. Uredbe (EZ) 44/2001 o sudskoj nadležnosti, priznanju i ovrši sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima iz 2000).⁸⁸ U prilog takvom tumačenju govorilo bi to što su pretpostavke propisane odredbom čl. 3. st. 2. iznimka od općeg pravila o dopuštenosti arbitraže, pa bi se kao takve trebale tumačiti strogo. No, kako nema smislenog opravdanja razlikovati isključivu međunarodnu nadležnost zasnovanu na zakonu od one zasnovane na drugim propisima, čini se svrsishodnijim zauzeti stajalište da je isključiva međunarodna nadležnost zapreka za ugovaranje arbitraže u inozemstvu bez obzira na to je li propisana zakonom ili drugim propisom.⁸⁹

Ako bi protivno čl. 3. st. 2. ZA arbitraža u inozemstvu bila ugovorena u sporu za koji je propisana isključiva nadležnost domaćih sudova, domaći sudovi trebali bi po službenoj dužnosti odbiti priznanje i ovrhu pravorijeka donesenog u toj arbitraži. Mjerodavne bi bile odredbe čl. V(2)(a) Newyorške konvencije ili, u rijetkim slučajevima kad se ta konvencija ne primjenjuje, čl. 40. st. 2. t. a) ZA.⁹⁰ Prema tim odredbama, domaći sudovi trebaju po službenoj dužnosti

⁸⁷ Služb. list SFRJ MU, br. 8/84; Republika Hrvatska postala je strankom ove konvencije na temelju pristupa, Nar. nov. MU br. 6/94.

⁸⁸ Službeni list EZ, 2001., L 12, str. 1. Uredba je stupila na snagu 1. ožujka 2002.

⁸⁹ *Implicite* u tom smislu Uzelac, op. cit. u bilj. 1, str. 65.

⁹⁰ Čl. V(2)(a) Newyorške konvencije: "Priznanje i ovrha pravorijeka mogu se odbiti ako nadležno tijelo u državi gdje se priznanje traži nađe da predmet spora nije podoban za

odbiti priznanje stranog pravorijeka ako predmet spora nije arbitrabilan prema domaćem pravu. U ograničenja arbitrabilnosti predmeta spora prema hrvatskom pravu ubraja se i zabrana ugovaranja strane arbitraže u sporovima za koje je propisana isključiva nadležnost hrvatskih sudova, jer se isključiva međunarodna nadležnost propisuje ponajprije prema sadržaju predmeta spora (npr. isključiva međunarodna nadležnost za stvarna prava na nekretninama; čl. 56. ZRSZ).⁹¹

4.3. Ograničenja u pogledu ugovaranja arbitraže u inozemstvu i sloboda pružanja usluga

Pravilo iz čl. 3. st. 2. ZA, prema kojemu je arbitraža u inozemstvu dopuštena samo u sporovima s međunarodnim obilježjem i u sporovima za koje nije propisana isključiva nadležnost sudova Republike Hrvatske, jest mjera koja stranim arbitrima i stranim arbitražnim institucijama ograničava pristup tržištu arbitražnih usluga u Hrvatskoj.

Strani arbitri i institucije nisu u čl. 3. st. 2. ZA diskriminirani otvoreno. Oni imaju pravo u arbitražnim postupcima u Hrvatskoj pružati usluge pod jednakim uvjetima kao i njihovi domaći konkurenti. Prema ZA, nikoga se ne može spriječiti da zbog svoga državljanstva bude arbitar, osim ako su se stranke o tome drukčije sporazumjele (čl. 10. st. 1). Zakonska definicija arbitražne ustanove (čl. 2. st. 1. t. 4. ZA) obuhvaća kako domaće tako i strane arbitražne ustanove. Na temelju navedenih odredaba ZA, strani arbitri i arbitražne institucije mogu pružati svoje usluge u Hrvatskoj u svim vrstama sporova, uključujući i sporove bez međunarodnog obilježja i sporove za koje je propisana isključiva nadležnost domaćih sudova.

Međutim, pravilo iz čl. 3. st. 2. ZA u stvarnosti pogoduje interesima domaćih arbitara i arbitražnih institucija. U sporovima u kojima se prema toj odredbi arbitraža može ugovoriti samo u Hrvatskoj, domaći arbitri i arbitražne institucije imaju faktičnu prednost pred stranim. Strani arbitri i arbitražne institucije mogu sudjelovati u arbitraži u Hrvatskoj samo uz uvećane troškove. S jedne

rješavanje arbitražom prema pravu te države". Čl. 40. st. 2. t. a) ZA: "Priznanje i ovrha stranog pravorijeka odbit će se ako sud utvrdi da predmet spora nije arbitrabilan prema zakonima Republike Hrvatske".

⁹¹ Za referentni popis zakonskih odredaba koje propisuju isključivu nadležnost sudova Republike Hrvatske v. Uzelac, op. cit. u bilj. 1.

strane to su uvećani financijski izdaci potrebni za provođenje arbitražnog postupka izvan prebivališta arbitra odnosno poslovnog nastana arbitražne institucije kao što su npr. putni troškovi i dnevnice, povećani poštanski ili telefonski troškovi. No pored toga, i vjerojatno važnije od toga, strani arbitri i arbitražne institucije koji žele konkurirati u sporovima u kojima arbitraža nije dopuštena samo u Hrvatskoj moraju snositi druge, ekonomske troškove, kao što su npr. trošak upoznavanja s hrvatskim arbitražnim pravom, sudskom i arbitražnom praksom i općenito s hrvatskim pravnom okruženjem. Stoga bi se strani arbitri i arbitražne institucije mogli uspješnije natjecati ako bi i u sporovima bez međunarodnog obilježja i sporovima za koje je propisana isključiva nadležnost hrvatskih sudova bilo moguće ugovoriti arbitražu izvan Hrvatske.

Odredba čl. 3. st. 2. ZA djeluje kao prepreka ostvarenju slobode kretanja usluga i iz perspektive fizičkih i pravnih osoba koje ugovaraju arbitražu. Kao što smo već napomenuli, prema judikaturi Suda EZ Ugovor o EZ jamči ne samo slobodu pružanja već i slobodu primanja usluge.⁹² Time što su primorane u sporovima iz čl. 3. st. 2. ugovoriti arbitražu u Hrvatskoj, strankama arbitražnog postupka faktično se ograničava izbor između potencijalnih pružatelja usluge koju žele kupiti.

Pri razmatranju djelovanja odredbe čl. 3. st. 2. ZA na tržište arbitražnih usluga, treba uzeti u obzir da se mjesto arbitraže ne mora nužno podudarati s mjestom u kojemu se sastaju arbitri, stranke, svjedoci i drugi sudionici u arbitražnom postupku. Mjesto arbitraže je pravna kategorija kojom se određuje državna pripadnost nekog arbitražnog postupka i odluke donesene u tom postupku. Ako se stranke nisu drukčije sporazumjele, arbitražni sud može se radi savjetovanja između svojih članova, saslušanja svjedoka, vještaka ili stranaka, radi pregleda robe ili isprava sastajati u bilo kojem mjestu koje smatra prikladnim (čl. 19. st. 4. ZA). Zahvaljujući tome, moguće je ugovoriti arbitražu u Hrvatskoj, a postupak faktično provesti u inozemstvu. Time se donekle mogu ublažiti posljedice restrikcija iz čl. 3. st. 2. ZA. Ipak, u praksi se u najvećem broju slučajeva ročišta i drugi sastanci u arbitražnom postupku održavaju u mjestu arbitraže. Mnogim strankama pa čak i mnogim arbitrima neće ni biti poznato da se ročišta i drugi sastanci u arbitraži mogu održavati izvan tog mjesta. No, ako se mjesto arbitraže nalazi u Hrvatskoj, čak i kad se sastanci održavaju izvan mjesta arbitraže, za arbitražu je mjerodavno hrvatsko pravo. Hrvatski

⁹² C-286/82 i C-26/83 *Luisi and Carbone v. Ministero del Tesoro* [1984] ECR 377. Vidi *supra*, 2.3.

sudovi bit će nadležni za kontrolu arbitražnog pravorijeka u povodu tužbe za poništaj (čl. 36. ZA) kao i za obavljanje radnji kojima se pruža podrška arbitražnom sudovanju. Zbog bliskosti hrvatskom arbitražnom okružju, hrvatski arbitri i arbitražne institucije imaju stoga u sporovima iz čl. 3. st. 2. ZA prednost pred stranim konkurentima, bez obzira na to što se ročišta i sastanci u arbitražnom postupku mogu održavati izvan mjesta arbitraže.

Iz svega navedenog može se zaključiti da je iz perspektive arbitara, arbitražnih institucija i stranaka odredba čl. 3. st. 2. ograničenje slobode kretanja usluga.

4.4. Primjena iznimaka slobodi kretanja usluga na usluge arbitara i arbitražnih institucija

Kao što smo prije naveli, mjere kojima se ograničava sloboda pružanja usluga mogu se prema Ugovoru o EZ opravdati u slučajevima propisanim samim Ugovorom (iznimke koje se odnose na vršenje javnih ovlasti ili zaštitu javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja) ili ako te mjere udovoljavaju iznimkama prihvaćenim u judikaturi Suda EZ, tj. standardu iz predmeta *Gebhard*.⁹³ Kad je riječ o uslugama arbitriranja i organiziranja arbitraže, u vezi s time nameću se ova pitanja: a) može li se arbitraža i organiziranje arbitraže smatrati vršenjem javnih ovlasti?; b) mogu li se ograničenja u pogledu ugovaranja arbitraže u inozemstvu opravdati zaštitom javnog poretka?; c) udovoljavaju li ona standardu iz predmeta *Gebhard*?

4.4.1. Javna ovlast

Kao što je spomenuto, iznimka od primjene tržišnih sloboda koju čl. 45. st. 1. Ugovora propisuje za javne ovlasti obuhvaća usluge koje se pružaju u okviru službi koje proizlaze iz državnog suvereniteta i koje se obavljaju na temelju posebnog odnosa lojalnosti državljanina prema svojoj državi.⁹⁴ Usluge arbitara i arbitražnih institucija ne spadaju u tu kategoriju. Arbitražni sud svoja ovlaštenja crpi iz sporazuma stranaka (čl. 2. st. 1. t. 3. Zakona o arbitraži), a

⁹³ V. *supra*, 2.5.2.

⁹⁴ V. *supra*, 2.5.1.

ne iz državnog suvereniteta. Kao tvorevina stranačkog sporazuma,⁹⁵ arbitražni sud je u svojem mandatu ograničen na rješavanje spora između stranaka koje su se podvrgnule njegovoj nadležnosti. On ne nastupa u ime države ili neke druge javne vlasti. Dakako, arbitražni sud sudi u sporu za koji su stranke ugovorile njegovu nadležnost. Pravosudna (jurisdikcijska) funkcija arbitraže vidljiva je prije svega u tome što je meritorna odluka arbitražnog suda, uz određene iznimke, izjednačena s pravomoćnom sudskom presudom (čl. 31. ZA). Arbitražni sud dakle obavlja funkciju suđenja, koja inače pripada državnim sudovima koji se smatraju javnom službom u smislu čl. 45. st. 1. Ugovora.⁹⁶ No to ne može izmijeniti okolnost da u arbitražnom postupku nema elemenata vršenja javnih ovlasti. Arbitražni sud ima ovlasti samo prema strankama, a i prema njima samo u granicama nadležnosti koju su mu one same povjerile sklapajući ugovor o arbitraži. Arbitražni sud dakle nema javne ovlasti.⁹⁷ Djelovanje arbitražnih sudova upravo pokazuje da suđenje nema inherentno javni karakter, tj. da se može odvijati izvan domene javnoga.

Ustavni sud Republike Hrvatske odbacio je u rješenju br. U-III-410/1995 iz 1999. (Nar. nov. 130/1999) ustavnu tužbu protiv jednog arbitražnog pravorijeka s obrazloženjem da arbitražni sud nije tijelo s javnim ovlastima tako da odluka arbitražnog suda stoga nije podložna ustavnopravnoj kontroli. U odluci br. U-III-669/2003 iz 2004. (Nar. nov. 157/2004; Nar. nov. 161/2004), Ustavni sud je, po našem mišljenju posve pogrešno, napustio to tumačenje i u povodu ustavne tužbe ukinuo zaključak o nenadležnosti arbitražnog suda obrazloživši tu odluku time da su se od donošenja tog rješenja "bitno izmijenili ustavni i zakonski okviri arbitražnog sudovanja u Republici Hrvatskoj."⁹⁸ No čak ako je tom posljednjom odlukom u nas dovedena u pitanje koncepcija prema kojoj arbitražni sud nema javnih ovlasti, za pitanje primjene Ugovora o EZ relevantno je rješenje tog pitanja prema pravu Zajednice, a ne prema hrvatskom pravu.

⁹⁵ S. Triva, Arbitraža u Hrvatskoj u: *Arbitraža i alternativno rješavanje sporova* (Zagreb, 2003), str. 157.

⁹⁶ U predmetu C-2/74 *Reyners v. Belgium* [1974] ECR 631, Sud EZ je implicite utvrdio da je sudska dužnost obuhvaćena iznimkom iz čl. 45. st. 1. Ugovora o EZ. Vidi Woods, op. cit. u bilj. 23, str. 247; Davies, str. 109.

⁹⁷ M. Giunio, Ugovor o arbitraži u praksi Ustavnog suda RH, *Pravo u gospodarstvu* (2005), str. 72; E. Karakaš, Availability of Constitutional Complaints Against Arbitral Decisions, *Mealey's Int'l Arbitration Report* (2005), str. 7-8; D. Babić, Ustavna tužba protiv odluke arbitražnog suda o nenadležnosti, *Pravo i porezi* 7 (2005), str. 25-27.

⁹⁸ Babić, op. cit. u bilj. 97, str. 22-34; Giunio, op. cit. u bilj. 97; Karakaš, op. cit. u bilj. 97.

Stajalište da arbitražni sudovi ne obnašaju javne ovlasti Sud EZ usvojio je u predmetu *Nordsee* iz 1982.⁹⁹ U toj odluci Sud je utvrdio da arbitražni sud nije sud (eng. *court or tribunal*, fran. *jurisdiction*, njem. *Gericht*) u smislu čl. 234. Ugovora o EZ, koji bi mogao od Suda EZ zatražiti prethodnu odluku o tumačenju prava Zajednice. Prema ocjeni Suda, s obzirom na to da se ovlasti arbitražnog suda temelje isključivo na ugovoru između stranaka i da tijela javne vlasti automatski ne interveniraju u arbitražni postupak, arbitražni sud ne obnaša javne ovlasti tako da se ne može smatrati tijelom države članice koje bi moglo zatražiti prethodno tumačenje od Suda.¹⁰⁰ Sud je to tumačenje potvrdio i u novijoj praksi.¹⁰¹

Ako se arbitražnim suđenjem ne vrši javna ovlast, to još više vrijedi za djelatnost arbitražnih institucija. Arbitražne institucije same ne sude, već samo omogućuju provođenje arbitražnog postupka tako da npr. odlučuju o imenovanju ili izuzeću arbitara odnosno pružaju strankama i arbitrima usluge organizacijske i tehničke naravi. Arbitražnim institucijama iznimno se može povjeriti obavljanje pojedinih djelatnosti koje imaju javno značenje, kao što su npr. izdavanje nekih javnih isprava. Tako su prema našem prijašnjem arbitražnom zakonodavstvu arbitražne ustanove osnovane zakonom same stavljale potvrde o pravomoćnosti i ovršnosti na pravorijেকে svojih arbitražnih sudova (čl. 483. st. 2. u vezi s čl. 469a ZPP 1990). Kako se prema ZA i zadnjoj noveli Ovršnog zakona za ovrhu pravorijeka ne traži potvrda o pravomoćnosti i ovršnosti (čl. 47. ZA i čl. 33. st. 4. Ovršnog zakona, Nar. nov. 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04 i 88/2005), arbitražne institucije više ne izdaju potvrde o ovršnosti tako da ni u tom pogledu arbitražne ustanove ne obavljaju nikakve javne ovlasti.

Slijedom svega navedenog, na usluge arbitara i arbitražnih institucija prema ZA ne primjenjuje se iznimka koja je u pogledu javnih službi propisana odredbom čl. 45. st. 1. Ugovora o EZ.

⁹⁹ *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei AG* (C-102/81, presuda od 23. ožujka 1982, ECR-01095)

¹⁰⁰ *Ibid.*, paragrafi 11. i 12.

¹⁰¹ C-125/04, *Guy Denuit and Betty Cordenier against Transorient v. Mosaique Voyages and Culture SA*, presuda od 27. siječnja 2005.

4.4.2. Javni poredak i iznimke prihvaćene u judikaturi Suda EZ

Na kraju treba ispitati mogu li se ograničenja u pogledu ugovaranja strane arbitraže iz čl. 3. st. 2. ZA opravdati primjenom instituta javnog poretka i iznimaka prihvaćenih u judikaturi Suda EZ.

Kod prosuđivanja opravdanosti mjera iz čl. 3. st. 2. ZA po objema osnovama ključno je pitanje jesu li te mjere opravdane nekim javnim interesom koji je kompatibilan s ciljevima Zajednice.

Čini se 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. U pogledu svake od tih vrsta slučajeva ne postoji javni interes koji bi mogao biti ugrožen ako bi bila dopuštena arbitražu u inozemstvu odnosno koji bi mogao biti bolje ostvaren u domaćoj nego u stranoj arbitraži. U tom smislu, valja imati na umu da arbitražni sud ne duguje nikakvu posebnu lojalnost državi mjesta arbitraže. Mjesto arbitraže je pravna kategorija koja služi određivanju prava mjerodavnog za arbitražu i nadležnosti sudova da kontroliraju arbitražu i pružaju joj podršku. U svakom drugom pogledu, arbitražni sud nalazi se podjednako izvan domaćeg pravosudnog sustava, bez obzira na to nalazi li se mjesto arbitraže u Hrvatskoj.¹⁰²

Ovdje treba imati na umu da Ugovor o EZ ne ograničava pravo država da određuju granice nadležnosti svojih sudova pa slijedom toga ni njihovo pravo da propisuje u kojim sporovima arbitražu nije dopuštena. No ograničenja u pogledu dopuštenosti arbitraže ne smiju diskriminirati između domaćih i stranih pružatelja arbitražnih usluga.

Zabrana ugovaranja arbitraže u sporovima bez međunarodnog obilježja zadržana je u tom zakonu kao "poticajna restrikcija" kojom se htjelo stimulirati razvoj domaće arbitraže. Namjera je bila spriječiti, barem u pogledu sporova bez međunarodnog obilježja, fenomen koji se dogodio u zemljama srodnim Hrvatskoj, a to je izvoz arbitražnih sporova koji bi se brže, jednostavnije i jeftinije mogli riješiti u domaćoj arbitraži.¹⁰³

Dakle, svrha zabrane ugovaranja strane arbitraže u domaćim sporovima iz čl. 3. st. 2. ZA jest zaštititi interese domaćih pružatelja arbitražnih usluga.

¹⁰² Vidi S. Triva, Priznanje i ovrha domaćeg arbitražnog pravorijeka, *Pravo u gospodarstvu* (2001), str. 94-112.

¹⁰³ Uzelac, op. cit. u bilj. 1, str. 74.

Razvijanje domaće arbitražne prakse sigurno je poželjan cilj, ali on se iz perspektive prava Zajednice koje zabranjuje protekcionistička tržišna ograničenja ne može opravdati. Zabrana izvoza arbitražnih sporova radi zaštite domaćih pružatelja arbitražnih usluga nije u skladu s idejom zajedničkog tržišta u uslužnom sektoru. Nema sumnje da bi se, ako bi bila ukinuta ograničenja u pogledu ugovaranja arbitraže u inozemstvu, stranim arbitražnim sudovima upućivao stanovit broj sporova koji bi se jednako učinkovito, a možda i učinkovitije, mogli riješiti u Hrvatskoj, i to u pravilu uz bitno manji trošak. No to ne znači da zakonodavac treba štititi stranke od njih samih tako da im zabrani ugovaranje arbitraže u inozemstvu. Ako su stranke spremne snositi eventualne nepogodnosti povezane s arbitriranjem domaćih sporova u inozemstvu, nema nikakvog razloga da ih se u tome spriječi. Sloboda stranaka da biraju između domaćih i stranih pružatelja arbitražnih usluga ne jamči da će one uvijek o tome donijeti najbolju odluku, ali ta im sloboda ne treba zato biti oduzeta. Treba imati na umu da su mnogi supsidijari stranih trgovačkih društava u Hrvatskoj, iako subjekti hrvatskog prava, organizacijski toliko integrirani sa svojim osnivačima da su im dostupnije informacije o arbitražnoj praksi u zemlji sjedišta njihova osnivača ili u nekoj trećoj zemlji nego informacije o hrvatskoj arbitražnoj praksi. Ako se stranim investitorima želi olakšati poslovanje u Hrvatskoj, ne treba nametati ograničenja prema kojima se njihovi supsidijari u Hrvatskoj neće moći s drugim hrvatskim subjektima sporazumjeti o stranoj arbitraži. Na kraju, treba priznati da u nekim vrstama sporova domaći pružatelji arbitražnih usluga ne mogu pružiti uslugu jednake kvalitete kao neki njihovi strani konkurenti. Prema sadašnjem rješenju, domaćim strankama je, posebno kad je riječ o specijaliziranim arbitražama, ograničen pristup kvalitetnijoj usluzi koju mogu dobiti u inozemstvu.

Ni pravilo prema kojemu arbitraža u inozemstvu nije dopuštena u sporovima za koje je propisana isključiva nadležnost hrvatskih sudova ne može se opravdati javnim interesima koji su sukladni ciljevima Zajednice. Ako je zakonodavac spreman povjeriti domaćoj arbitraži sporove za koje je, zbog njihove osobite važnosti, propisana isključiva nadležnost hrvatskih sudova, nema razloga da to ne učini i u pogledu strane arbitraže. Dopuštanjem samo domaće arbitraže u sporovima za koje je propisana isključiva nadležnost hrvatskih sudova ne postiže nikakvo posebno jamstvo da će domaći arbitražni sud, više nego strani, ostvarivati posebne interese Republike Hrvatske ili njezinih državljana zbog kojih se propisuje isključiva međunarodna nadležnost. Ako je mjesto arbitraže u Hrvatskoj, to ne znači da arbitri nužno moraju biti hrvatski državljani, da će

jezik arbitraže biti hrvatski niti da će hrvatsko pravo biti mjerodavno za bit spora.

U prilog rješenju prema kojem je u ovoj vrsti sporova dopuštena samo domaća arbitraža navodi se da u pogledu domaćeg pravorijeka postoje višestruke mogućnosti sudske kontrole koja omogućuje ostavarenje domaćih javnih interesa koji se štite propisivanjem međunarodne nadležnosti domaćih sudova.¹⁰⁴ Međutim, i strani pravorijek može se kontrolirati u Hrvatskoj u postupku priznanja i ovrhe, i to prema gotovo istim kriterijima kao i domaći. Razlozi zbog kojih se može poništiti pravorijek domaćeg suda gotovo su istovjetni razlozima zbog kojih se može odbiti priznanje i ovrha stranog pravorijeka (usp. čl. 36. ZA sa čl. 40. ZA i čl. V. Newyorške konvencije o priznanju i ovrši stranih pravorijeka iz 1958). U postupku u povodu tužbe za poništaj domaćeg pravorijeka, jednako kao i u postupku priznanja i ovrhe stranog pravorijeka, arbitražni pravorijek može se osporiti uglavnom samo onda kad su povrijeđene stanovite garancije procesnih prava stranaka. Kontrola meritorne odluke arbitražnog suda isključena je osim ako je povrijeđen javni poredak Republike Hrvatske. Slijedom toga, granice sudske kontrole domaće i strane arbitraže prema hrvatskom pravu gotovo su identične. Jedina bitna razlika između kontrole domaćeg pravorijeka u postupku poništaja i kontrole stranog pravorijeka u postupku egzekvatur jest u tome što poništaj pravorijeka ima i eksteritorijalno djelovanje jer će se u drugim državama moći odbiti priznanje i ovrha pravorijeka zato što je on poništen u državi mjesta arbitraže (vidi čl. V(1)(e) Newyorške konvencije), dok odbijanje priznanja i ovrhe stranog pravorijeka u Hrvatskoj ima učinke samo u Hrvatskoj. No, ta razlika nije dovoljna da bi opravdala rješenje prema kojem bi u sporovima za koje je propisana isključiva nadležnost hrvatskih sudova bila dopuštena samo domaća arbitraža.

Kako ne postoji legitimni javni interes koji bi trebao biti ostvaren mjerama iz čl. 3. st. 2. ZA, te mjere ne mogu se opravdati iznimkom javnog poretka niti iznimkama prihvaćenima u praksi Suda. Kad bi se takav interes mogao navesti, još bi trebalo dokazati da se on doista ostvaruje tim mjerama te da je ostvarena pretpostavka proporcionalnosti, tj. da mjere ne idu preko onog što je nužno da bi taj interes bio ostvaren. No, takva analiza u pogledu mjera iz čl. 3. st. 2. ZA nije potrebna.

¹⁰⁴ Uzelac, op. cit. u bilj. 1, str. 71.

5. ZAKLJUČAK

Odredba čl. 3. st. 2. Zakona o arbitraži prema kojoj se u sporovima bez međunarodnog obilježja i u sporovima za koje je propisana isključiva nadležnost sudova Republike Hrvatske može ugovoriti arbitraža u Hrvatskoj, ali ne i u inozemstvu, ograničava pristup stranim pružateljima usluga i stoga nije u skladu s odredbama Ugovora o EZ o slobodi pružanju usluga. Pripremajući se za stjecanje članstva u Europskoj uniji, od tog ograničenja trebalo bi odustati i izmijeniti Zakon o arbitraži tako da se i u tim vrstama sporova dopusti arbitraža u inozemstvu. Obveze Hrvatske u tom pogledu proizlaze i iz odredaba Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.

Zakon o arbitraži u našoj se struci s pravom smatra liberalnim, tržišno orijentiranim zakonom kojeg je glavna svrha opremiti privatni sektor pravnim okvirom za poslovno rješavanje sporova. S vremena na vrijeme, iz konzervativnijih krugova mogu se čak čuti i prigovori da je Zakon otišao predaleko u promoviranju stranačke autonomije i prihvaćanju međunarodnih arbitražnih standarda. Stoga je pomalo ironično da se upravo protiv tog zakona iznose kritike da je nedovoljno otvoren slobodnoj trgovini. U obranu Zakona treba napomenuti da ta ograničenja nisu u nas prvi put uvedena Zakonom o arbitraži, već su naslijeđena iz Zakona o parničnom postupku. Ipak, šteta je što je propuštena prilika da se, uklanjanjem spomenutih prepreka slobodnom pružanju arbitražnih usluga, Zakonom o arbitraži poduzme i zadnji korak prema otvaranju hrvatskog arbitražnog tržišta.

Summary

Davor Babic*

**RESTRICTIONS ON FOREIGN ARBITRATION UNDER
THE CROATIAN ARBITRATION ACT AND FREEDOM
TO PROVIDE SERVICES IN EC LAW**

Pursuant to Art. 3, paragraph 2 of the Croatian Arbitration Act, in disputes between parties who have their domicile or habitual residence in Croatia or are established under Croatian law and in disputes subject to the exclusive jurisdiction of Croatian courts of law, parties may agree on arbitration but the place of arbitration must be in Croatia. This provision restricts market access to foreign arbitrators, arbitration institutions and other service providers in arbitration. As such it is incompatible with the provisions of the EC Treaty on the freedom to provide services. Preparing for the accession to the EU, Croatia should abolish this restriction and provide for equal delimitation of the domain of domestic and foreign arbitration. The abolishment of this restriction is also mandated by the provisions of the Stabilisation and Association Agreement between Croatia and the EC and its Member States of 2001 which lays down a legal framework for the removal of obstacles to cross-border provision of services.

Key words: arbitration, European law, freedom to provide services

* Davor Babić, Ph. D., Assistant, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

Zusammenfassung

Davor Babić**

**EINSCHRÄNKUNGEN DES AUSLÄNDISCHEN
SCHIEDSGERICHTSORTES NACH DEM GESETZ ÜBER
DIE SCHIEDSGERICHTSBARKEIT UND
DIENSTLEISTUNGSFREIHEIT NACH DEM RECHT DER EU**

Nach Art. 3 Abs. 2 des kroatischen Gesetzes über die Schiedsgerichtsbarkeit können in Streitigkeiten zwischen Personen, deren Aufenthaltsort oder ordentlicher Aufenthaltsort sich in Kroatien befindet oder die sich auf dem kroatischen Recht gründen, sowie in Streitigkeiten, für die ausschließliche Zuständigkeit kroatischer Gerichte vorgeschrieben ist, die Parteien eine Schiedsvereinbarung schließen, jedoch muss sich der Schiedsgerichtsort in Kroatien befinden. Diese Bestimmung schränkt den Zutritt fremder Schiedsrichter, schiedsrichterlicher Institutionen und sonstiger Erbringer schiedsrichterlicher Dienstleistungen zum kroatischen Dienstleistungsmarkt ein und ist daher nicht mit den Bestimmungen des EU-Vertrags über die Dienstleistungsfreiheit in Einklang. Kroatien müsste im Laufe der Vorbereitungen für den EU-Beitritt diese Einschränkungen abschaffen und dieselben Voraussetzungen für die heimische und ausländische Schiedsgerichtsbarkeit vorschreiben. Die Verpflichtung, diese Einschränkung abzuschaffen, geht auch aus den Bestimmungen des Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommens mit der EU und den Mitgliedstaaten aus dem Jahr 2001 hervor, in denen der rechtliche Rahmen für die Abschaffung der Hindernisse grenzüberschreitender Dienstleistungserbringung festgelegt sind.

Schlüsselwörter: Schiedsgerichtsbarkeit, EU-Recht, Dienstleistungsfreiheit

** Dr. Davor Babić, Assistent an der Juristischen Fakultät in Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb