

Začasne odredbe v arbitražnem postopku

prof. dr. Vesna Rijavec

Vesna Rijavec je bila vrsto let dejavna v pravosodju kot sodnica. Je redna profesorica za civilno pravo, prodekanica za raziskovalno delo in mednarodno sodelovanje, predstojnica Inštituta za civilno, primerjalno in mednarodno zasebno pravo Pravne fakultete, Univerze v Mariboru ter nosilka predmetov s področja civilnega procesnega prava ter dednega in družinskega prava. Vrsto let je predavala arbitražno pravo, področje alternativnega reševanja sporov pa je obseženo pri njenih predmetih na podiplomski stopnji Reševanje poslovnih sporov in Izbrane teme civilnega procesnega prava. Kot nosilka projektov v okvirnih programih EU se udeležuje tudi na področju evropskega civilnega procesnega prava. Je članica predsedstva Stalne arbitraže pri GZS.

Povzetek

Med tekom arbitražnega postopka lahko na njegovo učinkovitost vpliva tudi začasni sistem za zagotavljanje varstva pravic. Prispevek opozarja na terminološko raznolikost začasnih ukrepov v arbitražnem postopku in na dva različna koncepta o njihovi naravi, od česar je odvisna razmejitev med pristojnostjo arbitraže in sodišča. Na splošno velja, da je treba tudi začasno odredbo, ki ima obliko zavezujoče odločbe prisilno izvršiti s pomočjo državnega pravosodja. Upoštevana je tudi možnost priznanja arbitražnega začasnega ukrepa. Problematika je posebej obravnavana tudi z vidika slovenske ureditve.

Uvod

Arbitraže lahko v mnogih pravnih redih same med arbitražnim postopkom izdajajo začasne ukrepe. Moderni koncept arbitražnega prava je temu naklonjen. Namen tega prispevka je predstavitev različnih začasnih ukrepov in skupnega imenovalca. Obravnavani so načini sprejemanja ukrepov, oblike, učinki odločbe in problematika njene izvršitve ter povezovanja s sodnim postopkom.

Pristojnost arbitraže za izdajanje začasnih ukrepov

V RS je pred uveljavitvijo Zakona o arbitraži (ZArbit)¹ veljalo, da ima začasna odredba arbitraže v razmerju med strankama le naravo pogodbene obveznosti. "Izvršitev" takšne začasne odredbe je upnik lahko uveljavljal samo v sodnem postopku, v katerem je arbitražna začasna odredba učinkovala le kot del procesnega gradiva z močjo svoje prepričljivosti, ne pa morda svoje pravne obveznosti.²

Po uveljavitvi ZArbit, ki temelji na Vzorčnemu zakonu UNCITRAL o mednarodni trgovinski arbitraži (Vzorčni zakon UNCITRAL), je začasno odredbo z učinki odločbe mogoče izdati tudi v arbitražnem postopku. Njeno izdajo je, v primeru sklenjenega arbitražnega dogovora, mogoče zahtevati celo še preden se začne postopek pred arbitražo (12. člen ZArbit). Odločba arbitraže o začasni odredbi je zavezujoča, vendar nima narave sklepa o izvršbi, zato mora izvršitev začasne odredbe najprej dovoliti pristojno izvršilno sodišče (prvi odstavek 43. člena ZArbit), kar pri začasni odredbi, izdani v sodnem postopku, ni potrebno. Začasne odredbe po Zakonu o izvršbi in zavarovanju

Arbitraže lahko v mnogih pravnih redih same med arbitražnim postopkom izdajajo začasne ukrepe

Moderni koncept arbitražnega prava je temu naklonjen

¹ Uradni list RS, št. 45/2008.

² Sklep US RS, št. Up 20/99 z dne 25. 5. 1999.

Različne rešitve načelnega vprašanja o pristojnosti arbitraže začasne ukrepe so tudi posledica različnih stališč o pravni naravi odločbe o začasnem ukrepu, torej stališč o tem, ali ima zavezujoče učinke ali jih nima

(ZIZ)³ vsebujejo namreč hkrati tudi sklep o dovolitvi izvršbe, ki je izraz pooblastila za uporabo prisilnih sredstev.

Različne rešitve načelnega vprašanja o pristojnosti arbitraže začasne ukrepe so tudi posledica različnih stališč o pravni naravi odločbe o začasnem ukrepu, torej stališč o tem, ali ima zavezujoče učinke ali jih nima.

Po prvem stališču, ki je veljalo tudi pri nas, v arbitraži naj ne bi bilo razlikovanja med priporočilom oziroma odreditvijo začasnega ukrepa. Drugo stališče ponazarja Vzorčni zakon UNCITRAL. Poudariti je treba, da tudi zagovorniki pristojnosti arbitraže za samostojno izdajanje začasnih odredb ne nasprotujejo monopolu državnega pravosodja za uporabo prisilnih sredstev, vendar poudarjajo ločevanje med določitvijo ukrepa in dovolitvijo izvršbe za njegovo izvedbo. Odločanje o meritumu, to je o ukrepu, je smiselno prepustiti arbitraži, ker bo sodni postopek potreben le, če odredba ne bo prostovoljno izvršena. Ta pristop pokaže pomanjkljivost le pri začasnih ukrepih, ki so potrebni pred začetkom arbitraže, saj je v takem primeru pogosto enostavneje takoj poiskati samo sodno varstvo, kot iskati začasnega arbitra.

Predvsem pa je razloge za dopustnost arbitražnih začasnih ukrepov treba videti v dejstvu, da arbitri praviloma že dobro poznajo vse okoliščine primera in elemente spora. V današnjem času pa je očitno prevladal tudi praktičen argument, da je obstoj dveh možnosti boljši od ene same. Upnik ima izbiro, ali se bo obrnil na arbitražo ali pa takoj na sodišče.⁴

Zato izdajo začasnih ukrepov v pristojnosti arbitraže urejajo tako pravilniki najbolj razširjenih institucionalnih arbitraž kot tudi UNCITRAL-ova arbitražna pravila, ki so primarno namenjena *ad hoc* arbitražam. Ob tem ne kaže prezreti odločilnega trenda, ki se je odrazil v prenovi Vzorčnega zakona UNCITRAL, ki je namesto predhodnega 17. člena, namenjenega

začasnim ukrepom, vnesla novo poglavje s kar dvanajstimi novimi členi.

Vrste začasnih ukrepov

Začasne ukrepe, ki so v interesu upnika, je v primerjalnem pravnem pogledu značilna terminološka in pojmovna pestrost. V slovenskem pravnem redu npr. pojmovne okvire določa institut začasnih in predhodnih odredb po ZIZ. Zato je pojem začasna odredba tudi uporabljen v naslovu prispevka, čeprav se začasni ukrepi po svetu pojavljajo v različnih oblikah, ki so razumljene in uporabljane različno ter lahko predstavljajo različne koncepte v različnih pravnih sistemih. Kljub temu lahko posplošeno štejemo, da ne glede na poimenovanje, vsi ukrepi stremijo k istemu cilju doseči namen postopka, ki ga ogroža časovni zamik do končne odločitve v sporu.

Vzorčni zakon UNCITRAL začasne odredbe v francoščini imenuje "*mesures provisoires ou conservatoires*", v angleščini pa z notnim pojmom "*interim measures of protection*". S prenovi 2006 pa vpelje nov pojem "*preliminary orders*".⁵ UNCITRAL-ova arbitražna pravila uporabljajo izraz "*conservatory measures*", Evropska konvencija o mednarodni trgovinski arbitraži iz leta 1961⁶ "*interim measures*" in "*measures of conservation*", Konvencija o reševanju investicijskih sporov med državami in državljani drugih držav iz leta 1965⁷ "*provisional measures*", Arbitražna pravila ICC "*interim or conservatory measures*", oziroma "*mesures provisoires ou conservatoires*", v angleškem prostoru pa najdemo tudi izraz "*interlocutory injunctions*" ali "*interim order*" ali "*interim relief*".⁸

Poimenovanje je včasih odvisno od tipa oziroma vsebine ukrepa. V primerih, ko bo šlo za zavarovalne ukrepe v smislu zavarovanja dokazov ali blaga bo v glavnem uporabljen izraz "*conservatory measure*" ali "*measure of conservation*". Za odreditev nadaljevanja del ali pa za odreditev prenehanja določenega ravnanja, zagotovitev uspešnosti izvršitve izpolnitve končne odločbe bo pogosto uporabljen termin "*interim measure of protection*". Izraz "*provisional order*" ali "*provisional*

3 Uradni list RS, št. 3/2007, 93/2007, 6/2008 Skl.US: U-I-354/07-6, 37/2008-ZST-1, 45/2008-ZArbit, 113/2008 Odl.US: U-I-344/06-11, 28/2009, 47/2009 Odl.US: U-I-54/06-32 (48/2009 popr.), 57/2009 Skl.US: Up-1801/08-10, U-I-237/08-10, 51/2010, 26/2011, 14/2012.

4 Triva, S., Uzelac, A.: Hrvatsko arbitražno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2007, str. 124.

5 Gre za pojem, ki je drugačen od predhodne odredbe po ZIZ.

6 Uradni list SFRJ, MP, št. 12/63.

7 Uradni list SFRJ, MP, št. 7/67.

8 Triva, S.: Privremene mjere osiguranja u arbitraži, Zb. Prav. fak. Sveuč. Rijeka (1991) v. 19, zv, 1998, str. 716.

award” ali “*interlocutory award*” ali tudi “*interim award*” pa najpogosteje srečamo v primeru, ko arbitraža toženi stranki odredi plačilo določene vsote ali prepove razpolaganje z določenim premoženjem že pred izdajo končne odločbe in s tem praktično stranki naloži izpolnitev tožbenega zahtevka, vendar začasno brez prejudica. V zvezi z odredbami za zavarovanje izpolnitve “*interim order (measure) of protection*” pa moramo opozoriti še na izraz v angleškem pravnem okolju “*attachment order*” tudi “*freezing order*”, ki vsebinsko pomeni ukrep zasega ali “*zamrznitve*” premoženja stranke.

Od začasnih ukrepov je treba razlikovati pojme kot so “*final award*” (končna ali meritorna arbitražna odločba), “*partial award*” (delna, meritorna odločba o določenem delu zahtevka), “*award on agreed terms*” ali “*consent award*” (odločba na podlagi sporazuma strank oziroma neke vrste arbitražna poravnava). Izraz “*default award*” ustreza zamudni sodbi in termin “*additional award*”, dopolnilni sodbi.⁹

Na splošno lahko izpostavimo naslednje strukturne tipe začasnih ukrepov: začasni zavarovalni ukrepi (*einstweillig sichernde Maßnahmen*, npr. nemški *Arrest* ali angleški *freezing injunction*¹⁰), začasni regulacijski ukrepi (*einstweillig regelnde Maßnahmen*) in procesno facilitacijske odredbe, zlasti ukrepi za izvedbo dokazov.¹¹ Morda lahko posebej omenimo še plačilne

odredbe, s katerimi se začasno naloži določeno plačilo (*Zahlungsanordnungen*).¹²

Zavarovalne odredbe

Njihov namen je zagotoviti smisel postopka z možnostjo izvršbe.

Regulacijske odredbe

Njihov namen je obdržati preventivni “*status quo*” z namenom preprečiti težko nadomestljivo škodo. Temelje za uveljavitev regulacijske začasne odredbe v sodnem postopku je postavilo Ustavno sodišče RS v odločbi Up-275/97 in poudarilo, da njen namen ni v zavarovanju bodoče izvršbe, pač pa v varstvu obstoječega stanja oziroma pravne sfere pred grozečim nasiljem oziroma nenadomestljivo škodo. Izdaja take začasne odredbe posega v pravice dolžnika, zato mora sodišče pri odločitvi o izdaji upoštevati tudi toženčev položaj.¹³

Ukrepi za lažjo izvedbo postopka

To so zlasti ukrepi za zavarovanje dokazov. Ukrepi za dostop do dokazov *ex ante* vključujejo dovoljenje za uporabo prisilnih sredstev, zato je vprašljivo, ali jih arbitraža sme izdajati. Npr. začasni ukrep *Anton Piller Injunction* (zavarovanje dokazov – *search order*), ki je poimenovan po slovitnem angleškem primeru *Anton Piller KG v. Manufacturing Process Ltd.* (1976) je podoben preiskovalnemu nalogu, vendar se od njega razlikuje po tem, da je mogoč vstop v toženčeve prostore samo z njegovim privoljenjem, pri čemer se nesodelovanje ustrezno sankcionira. Vstop s silo ni dovoljen. Sodišče pa je organ, ki z namenom zavarovanja dokazov izda posebno pooblastilo tožnikovemu odvetniku, da vstopi v toženčeve delovne prostore, poišče dokazne predmete ali dokumentacijo in jih tudi odvzame, fotografira, fotokopira ali kako drugače evidentira.¹⁴ Kljub temu mnogo modernih pravnih redov arbitražam dopušča odreditev ustreznih odredb

Od začasnih ukrepov je treba razlikovati pojme kot so “*final award*” (končna ali meritorna arbitražna odločba), “*partial award*” (delna, meritorna odločba o določenem delu zahtevka), “*award on agreed terms*” ali “*consent award*” (odločba na podlagi sporazuma strank oziroma neke vrste arbitražna poravnava)

9 Gracer, D.: Začasne odredbe v trgovinski arbitraži, magistrska naloga, Pravna fakulteta Univerza v Mariboru, Maribor, 2006, str. 47.

10 Posebna oblika mednarodne začasne odredbe *Worldwide Freezing Injunction* (nekdanj *Mareva Injunction*) se je izoblikovala v angloameriškem pravu in omogoča zavarovanje dolžnikove aktive, kadar obstaja velika verjetnost, da bo dolžnik s sredstvi razpolagal tako, da kasneje izvršba ne bo več mogoča. Gre za “zamrznitev” dolžnikovih računov (v tujini) z namenom preprečitve goljufivih transakcij, s katerimi bi upniku preprečil, da bi prišel do poplačila. To pravilo je postavilo angleško sodišče v primeru *Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulk Carriers S.A.* (1975); Podrobneje Kennet, W.: *The enforcement of judgements in Europe*, Oxford University Press, 2005, str. 107, 108; Briggs, A., Rees, P.: *Civil jurisdiction and judgments*, London: LLP, 2005, str. 460 in naslednje.

11 Triva, S., Uzelac, A.: *Hrvatsko arbitražno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2007, str. 124; podobno tudi Hess, B.: *Europäisches Zivilprozessrecht: ein Lehrbuch*, Heidelberg, C. F. Müller, 2010, str. 366.

12 Hess, B., str. 366.

13 Sodna praksa je zavzela stališče, da je v luči omenjene ustavne odločbe, potrebno pogoje iz drugega odstavka 272. člena ZIZ obravnavati strožje. Gre za varstvo obstoječega stanja pred nevarnostjo težko nadomestljive škode. Regulacijske začasne odredbe ni mogoče izdati zaradi nevarnosti, da bo uveljavitev terjatve onemogočena ali precej otežena (primerjaj VSL Sklep II Cp 205/2011, z dne 3.2.2011; VSL Sklep I Cp 3556/2011, z dne 9.11.2011).

14 Navedeni nalog za zavarovanje dokazov je zdaj kodificiran v angleškem Civil Procedure Act 1997; primerjaj Briggs, A., Rees, P., str. 463.

za zavarovanje dokazov.¹⁵ Če pa je treba npr. prisilno privedi in zaslišati pričo, je za to potreben podporni sodni postopek.

Odredbe za začasno plačilo (*interim payments*)

Čeprav je ujemanje med začasno odredbo in tožbenim zahtevkom praviloma nedovoljeno, je pri odločanju pred arbitražo treba tehtati in uravnavati različne interese. Zlasti v gospodarskih zadevah se včasih izrazito pokaže močnejši interes upnika, da mu je omogočeno preživetje obdobja reševanja spora. Če gre npr. za reševanje spornih vprašanj v zvezi z gradbenimi pogodbami, lahko neplačilo ogrozi obstoj stranke, njenih podizvajalcev, končno pa tudi realizacijo celotnega projekta. Prav začasna plačila služijo temu, da lahko stranka, ki toži za dolgovani znesek, preživi in nadaljuje s svojo dejavnostjo. Glavna težava tovrstnih odredb je, da se stranki pravzaprav v naprej, sicer le začasno, a vendar, priznava pravica, ki jo uveljavlja s tožbo in o kateri bo pravzaprav arbitraža šele odločala. Na ta način lahko prihaja do prejudiciranja odločitve o glavnem zahtevku. Zato je naše pravo do takšnih začasnih odredb zadržano.

Drugače npr. angleški zakon o arbitraži (Arbitration Act 1996) v sekciji 39(2) eksplicitno dovoljuje strankam, da arbitražo pooblastijo za izdajo:

- ♦ začasne odredbe (*provisional orders*) za plačilo denarne vsote ali za prenos premoženja med strankama;
- ♦ odredbo za začasno vplačilo na stroškovni račun arbitraže.¹⁶

ICC je celo ob izostanku določb v nacionalnem zakonu ali pravilih arbitraže zavzel stališče, da arbitraža pooblastilo za odreditev začasnega plačila vseeno ima.

Odredbe namenjene zagotovitvi varščine za stroške postopka

Stroški v mednarodni trgovinski arbitraži so praviloma precej visoki, kot jasno tudi vrednost samih zahtevkov v teh sporih. Stranka, ki v postopku uspe, je v glavnem upravičena do povračila svojih stroškov. Tudi stranka

zoper katero teče postopek ima interes, da si zavaruje možnosti povrnitve vsaj dela stroškov, v kolikor meni, da je zahtevke tožeče stranke neutemeljen ali vprašljiv, njen finančni položaj pa šibak oziroma bi zaradi drugih okoliščin bila izterjava stroškov otežena ali celo nemogoča (*cautio auctoris*). Pravila mnogih arbitraž zato arbitraži dovoljujejo, da na zahtevo stranke v postopku odredi zagotovitev varščine v zvezi s stroški postopka. Podobne določbe je moč najti tudi že v nekaterih arbitražnih zakonih.

Varščina

V glavnem je varščina ukrep, ki ga arbitraža določi, da se zavaruje možnost odprave posledic začasnega ukrepa. Varščino lahko arbitraža določi tudi v breme dolžnika, ki se s tem izogne drugi vrsti začasnega ukrepa.

Primerjava z začasnimi in predhodnimi odredbami po pravu RS

Predhodne odredbe so po ZIZ namenjene zavarovanju denarne terjatve, ki že temelji na odločbi domačega sodišča ali drugega organa, sodni poravnavi ali notarskem zapisu, vendar ti naslovi še niso postali izvršljivi (257. člen ZIZ). Začasno odredbo pa je mogoče izdati brez vsake odločbe, še pred uvedbo sodnega postopka, med postopkom, kot tudi po koncu postopka, vse dokler ni opravljena izvršba.

Obe vrsti odredb lahko vsebujeta ukrepe za zavarovanje terjatev, ki so pri predhodnih odredbah taksativno naštetih (260. člen ZIZ), pri začasnih odredbah pa le primeroma. Sodišče sme namreč generalno določeno izdati vsako začasno odredbo, s katero je mogoče doseči namen zavarovanja, vendar se z začasno odredbo ne more pridobiti zastavna pravica na predmetu zavarovanja. ZIZ tudi pri naštetih ukrepih razlikuje med začasnimi odredbami za zavarovanje denarnih in za zavarovanje nedennarnih terjatev.

ZArbit odprto določa, da lahko arbitražni senat zoper nasprotno stranko sprejme vsak začasni ukrep, ki ga šteje za potrebnega glede na predmet spora. Čeprav se opira na Vzorčni zakon UNCITRAL, ni prevzel njegove podrobnejše ureditve začasnih ukrepov, ki določa namen začasnih ukrepov, tipe, pogoje in postopek za izdajo. Vzorčni zakon UNCITRAL po novem tako ločuje med začasnimi ukrepi – *interim measures (numerus clausus)*, izvršljivi, izdani po zaslišanju nasprotno

ICC je celo ob izostanku določb v nacionalnem zakonu ali pravilih arbitraže zavzel stališče, da arbitraža pooblastilo za odreditev začasnega plačila vseeno ima

ZArbit odprto določa, da lahko arbitražni senat zoper nasprotno stranko sprejme vsak začasni ukrep, ki ga šteje za potrebnega glede na predmet spora

¹⁵ Redfern, A., Hunter, M.: Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4. izd., Tomson, Sweet and Maxwell, London 2004, str. 332.

¹⁶ Dostopno na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/39>, vpogled dne: 22.10.2010.

stranke) in predhodnimi nalogi – *preliminary orders* (brez zaslisanja nasprotne stranke, omejen čas veljave največ 20 dni, le procesne narave – niso izvršljivi). Iz obrazložitve ob sprejemanju slovenskega zakona sledi, da 20. člen prenaša te rešitve iz IV. A poglavja Vzornega zakona UNCITRAL v slovensko zakonodajo na temeljni vsebinski ravni, pri čemer opušta dobesedni prevzem tistih določb, ki z vidika slovenskega pravnega reda niso potrebne. Sicer bi namreč prišlo do nomotehničnega neravnotežja med ureditvijo postopka pri odločanju arbitraže o glavni stvari, ki je urejeno razmeroma skopo, in podrobno ureditvijo odločanja o začasnih ukrepih. Pooblastila arbitraže za izdajanje začasnih ukrepov so zato po nemškem in avstrijskem zgledu strnjena v enem členu.¹⁷ Ker sme torej arbitraž, ki uporablja slovensko pravo, sama določiti, kakšen začasni ukrep bo sprejela, ima na izbiro začasne odredbe po slovenskem pravu v obliki sklepa ali arbitražne odločbe. Ni pa mogoča izdaja predhodnega ukrepa po vzoru predhodne odredbe, to je v času po izdaji arbitražne odločbe o glavni stvari, ki mora biti še razglašena za izvršljivo. 20. člen ZArbit namreč izrecno dopušča začasne ukrepe le pred izdajo končne odločbe.

Izbira ukrepa

Pravica arbitraže, da izda začasni ukrep je v vsakem primeru odvisna od prava, po katerem arbitraž posluje in hkrati od pooblastil, ki so jih na arbitražo prenesle stranke. Arbitri uporabljajo procesna pravila, ki jih pri institucionalni arbitraži sestavljajo zlasti njen pravilnik. Dogovor strank je mogoč v mejah, ki ji postavlja procesni javni red.¹⁸ Pri prazninah proces oblikujejo arbitri, ki pa so prav tako vezani na javni red.

Izbira začasne odredbe po vrsti in vsebini je torej odvisna od številnih dejavnikov v konkretnem postopku in od subjektivne ocene arbitrov glede vključenih tveganj. Za vsebino in obliko začasnih odredb ter postopek

njihovega izdajanja je odločilnega pomena relevantna nacionalna zakonodaja.

Neprejudiciranje

Pogoj neprejudiciranja zadeve glede ključnih meritornih vprašanj pomeni, da naj se začasne odredbe vsebinsko ne bi prekrivale s tožbenim zahtevkom.¹⁹ Vendar pa se temu pogosto ne bo mogoče izogniti, saj so izdane začasne odredbe mnogokrat po svojem učinku tesno povezane s končnim učinkom pričakovane meritorne odločbe. V takem primeru mora biti dolžniku dana varščina ali kakšno drugo jamstvo. Začasni ukrep, je tudi odreditev začasne storitve (v nemškem pojmovnem sistemu *Leistungsverfügung*). To pa se sme po slovenskem pravu odrediti le, če je vrnitev v prejšnje stanje mogoča.²⁰

Predpostavke ukrepa

Ker ZArbit podobno kot mnoga druga pravila ne določa nobenih drugih pogojev za izdajo ukrepa, so razlage možne v dve smeri. Po eni je edini vsebinski pogoj za izdajo začasnega ukrepa ta, da ga arbitražni senat šteje za potrebnega. Po drugi pa mora arbitražni senat pri odločanju o začasnem ukrepu smiselno uporabiti določbe zakonov, ki urejajo začasne ukrepe državnih sodišč in dajejo preverjena izhodišča za standard potrebnosti, ali poleg njih določiti še dodatne kriterije, ki zadevajo predvsem nujnost ukrepa.

Tudi če to ni predpisano, se arbitri pri odrejanju začasnih ukrepov pogosto sklicujejo na ustrezna pravila nacionalne zakonodaje, ki sicer veljajo za redna sodišča, ali jih vsaj vsebinsko uporabljajo, ker so taka pravila poznana, že uveljavljena in dovolj razdelana, da omogočajo trdnost pri odločanju.²¹ V mednarodni arbitražni praksi sta uveljavljeni vsaj dve splošni vsebinski merili za odrejanje začasnih ukrepov. Ukrep ne sme prejudicirati končne odločitve o vsebini spora in obstajati mora nevarnost nastanka nepopravljive ali bistvene škode, ki je ni mogoče nadomestiti z odškodnino.

Ukrep ne sme prejudicirati končne odločitve o vsebini spora in obstajati mora nevarnost nastanka nepopravljive ali bistvene škode, ki je ni mogoče nadomestiti z odškodnino

17 Poročevalec Državnega zbora, ZArbit, prva obravnava, EVA: 2008-2011-0002, str. 75.

18 Več o uporabi procesnega prava glej Petrochilos, G.: *Procedural Law in International Arbitration*, University Press Oxford, New York, 2004, str. 170.

19 Jakšič, A.: *Mednarodna trgovinska arbitraža*, Pravni fakultet Univerziteteta u Beogradu, Beograd, 2003, str. 263.

20 Odločba US RS, Up-275/97.

21 Damjan, M.: *Začasni ukrepi v arbitražnem postopku*, Podjetje in delo, 8/2007, str. 1778.

Splošno izhodišče je tudi verjetnost obstoja terjatve in ocenjevanje je proporcionalnosti.

Obstoj terjatve

Zahteva nekaterih zakonodaj, da mora predlagatelj začasnega ukrepa izkazati verjetnost, da bo uspel z zahtevkom v glavni zadevi, je v arbitražni praksi naletela na mešane odmeve. V nasprotju s sodnimi postopki, kjer se sodnik, ki odloča o odreditvi začasnega ukrepa, pogosto razlikuje od sodnika, ki bo odločal o glavni stvari, se namreč v arbitraži isti senat ukvarja z obema vprašanjema. V literaturi se kljub temu poudarja, da arbitraža pri odločanju o predlogu začasnega ukrepa vendarle ugotavlja stopnjo zrelosti pravice upnika do popolne izpolnitve njegove terjatve. Od tega je odvisna pravna narava in vrsta sredstva zavarovanja. Omejevanje nasprotnika v njegovi pravici, da s svojim premoženjem razpolaga, je dopustno le v okvirih, ki so neizogibno potrebni, da se predlagatelju nudi učinkovito zavarovanje. Kolikor večja je verjetnost upnikove terjatve, za katero se zahteva zavarovanje, bolj in intenzivneje bi lahko posegli v sfero pravic in interesov dolžnika.

Po drugi strani novi 17.a člen vzorčnega zakona UNCITRAL izrecneje določa pogoje za odreditev začasnih ukrepov arbitraž in vključuje tudi sporni kriterij verjetnosti uspeha v glavni stvari. Predvideva ugotavljanje obstoja terjatve in nevarnosti škode. Stranka, ki zahteva začasen ukrep, mora arbitražnemu senatu izkazati, da obstaja razumna verjetnost, da bo stranka, ki zahteva začasen ukrep, po temelju uspela s svojim zahtevkom pred arbitražo. Odločitev o tej verjetnosti ne vpliva na diskrecijo arbitražnega senata pri kakršnemkoli nadaljnjem odločanju.

Nevarnost in nujnost

Arbitražna pravila so večinoma skopa glede pogojev za sprejem ukrepa. Četudi pa je dikcija takšna kot je v ZArbit, da arbitraža sprejme ukrep, ki ga šteje za potrebnega glede na predmet spora, je treba upoštevati nevarnost in nujnost ukrepa. Če nevarnost ni podana in ukrep ni nujen tudi ne bo potreben.

Vzorčni zakon UNCITRAL je po drugi strani izrecno artikuliral zahtevo po ugotavljanju nevarnosti kot kumulativni pogoj in sicer: da je brez odreditve začasnega ukrepa verjeten nastanek škode, ki je ni mogoče

ustrezno nadomestiti s prisoditvijo odškodnine, in da takšna škoda bistveno presega škodo, ki lahko nastane stranki, proti kateri je ukrep usmerjen, če bo ukrep odrejen (17.a člen).

Proporcionalnost

Ideja je enaka v sodnem in arbitražnem postopku.²² Ni treba izkazovati obstoja nevarnosti, če bi dolžnik z začasno odredbo pretrpel le neznatno škodo. Neznatna škoda je pravni standard (270. člen ZIZ).

Začasno odredbo je mogoče izdati tudi, kadar so posledice za upnika in dolžnika v ravnovesju. To se zgodi v primeru, ko dolžnik z izdajo začasnih odredb, ki bi se med postopkom izkazala za neutemeljeno, ne bi pretrpel hujših neugodnih posledic od tistih, ki bi bile brez izdaje začasnih odredb povzročene upniku (3. alineja drugega odstavka 272. člena ZIZ).

Oblika začasnega ukrepa

Oblika, v kateri bo začasni ukrep naložen ima pomemben vpliv, ne le na njegovo sposobnost za priznanje in izvršitev, temveč vpliva tudi na vrsto drugih vprašanj. Tako teorija navaja, da so lahko nujni ukrepi podani v obliki priporočil (*recommendation*), bolj ali manj neformalnih proceduralnih odredb (*informal procedural order*) ali v obliki začasnih odločb (*interim awards*), pri izdaji slednjih pa je potrebno spoštovati pravila glede oblike in vsebine odločbe kot take.²³

Pravila ICC so zanimiva, ker arbitrom prepuščajo izbiro. Začasni ukrep ima lahko obliko naloga – sklepa z obrazložitvijo ali arbitražne odločbe, odvisno od tega, kaj je po oceni senata primernejše (1. odst. 28. člen). Tudi Arbitražni inštitut Stockholmske trgovinske zbornice določa, da se začasni ukrep lahko izda v obliki odredbe – sklepa ali arbitražne odločbe (32. člen).²⁴

Pravila American Arbitration Association predvidevajo, da se začasne odredbe sprejemajo v obliki vmesne odločbe (21. člen – *interim award*).

²² Triva, S., Uzelac, A., str. 132.

²³ Povzeto po Gracer, D., str. 94.

²⁴ The SCC Rules, Article 32 (*Interim measures*): [...(3) *An interim measure shall take the form of an order or an award. ...*]

Oblika, v kateri bo začasni ukrep naložen ima pomemben vpliv, ne le na njegovo sposobnost za priznanje in izvršitev, temveč vpliva tudi na vrsto drugih vprašanj

Sedanji Pravilnik o arbitražnem postopku pred Stalno arbitražo pri GZS nasprotno posebej določa, da sklep o začasnem ukrepu nima učinka arbitražne odločbe (2. odst. 36. člena).

Arbitražna pravila UNCITRAL posebne oblike začasnih ukrepov ne določajo. To lahko pomeni, da arbitri odločijo tudi o obliki izdane odredbe. Procesni sklep bo navadno zgolj razglašen, drugi pa bo strankam v obliki obrazložene odločbe vročen v pisni obliki. Formalna oblika izdanega ukrepa je pomembna kasneje v morebitni fazi priznanja in izvršitve.

Če primerjamo sklep (*order*) in odločbo (*award*), ugotovimo, da imajočasne odredbe izdane v obliki odločb (*interim awards*) vrsto prednosti. Večja formalnost ima običajno na stranke pozitiven učinek v smislu spoštovanja izdane odločbe, prav tako zagotavljajo višji nivo pravne varnosti. V sodnem postopku priznanja in prisilne izvršitve izdanečasne odločbe, bo zoper sklep sodišča običajno dovoljeno vložiti pravno sredstvo na podlagi katerega bo pritožbeno sodišče odredbo preizkusilo vsaj glede osnovnih predpostavk. Zato se zavzemam za izrecno določitev oblike arbitražne določbe vsaj v novih arbitražnih pravilih Stalne arbitraže pri GZS.

Zagovorniki drugačnega stališča navajajo, da časna odredba kot odločba ne rešuje nobene točke v sporu, ki je predmet arbitraže. Zato je težko zatrjevati, da izpolnjuje zahtevo o dokončnosti odločbe v smislu Newyorške konvencije. Francoska in avstralska sodišča jasno upoštevajo to stališče. Kljub temu je v svetu več pristašev odredb (*orders*) kot arbitražnih odločb (*awards*).²⁵

Učinki začasnih odredb

Začasna odredba, ki je izdana kot arbitražna odločba v kontradiktornem postopku, je izenačena s sodno odločbo in je izvršilni naslov, na podlagi katerega se šele predlaga izvršba pred sodiščem. Takšna odločba nima učinka izvršilnega sklepa o dovolitvi izvršbe, ker arbitražni dogovor arbitraži ne more podeliti pooblastila za uporabo prisilnih sredstev.

Sicer pa arbitražna odločba o začasni odredbi ustreza opredelitvi ZIZ, ki določa, da je lahko izvršilni naslov

druga izvršljiva odločba, za katero zakon določa, da je izvršilni naslov (3. odst. 17. člen). Tak drugi zakon je ZArbit, ki omogoča izdajo primerne ukrepa, če se stranke niso drugače sporazumele (20. člen). V naslovu poglavja o priznanju in izvršitvi ZArbit poleg arbitražnih odločb celo izrecno navede tudičasne ukrepe. Nato v 43. členu tega poglavja ureja izvršitev ukrepa brez obzira na obliko sklepa ali odločbe. Kadar stranka začasnega ukrepa arbitraže ne izvrši prostovoljno, sodišče na predlog nasprotne stranke, upošteva 43. člen ZArbit dovolj izvršitev tega ukrepa, razen če je pri sodišču pred tem že bil vložen enak predlog za izdajo začasnega ukrepa.

O izvršljivosti ukrepa izvršilno sodišče odloča kot o predhodnem vprašanju in lahko izdajo sklepa o izvršbi zavrne, če obstajajo razlogi za zavrnitev razglasitve izvršljivosti domače odločbe ali za zavrnitev priznanja tuje odločbe. Razlog za zavrnitev predloga za izvršbo je tudi neupoštevanje določene zahteve po položitvi varščine,²⁶ sprememba ali razveljavitev arbitražne odredbe ali njena neprimernost za izvršbo. Izvršilno sodišče pa ima prav tako pooblastilo, da lahko arbitražni časni ukrep preoblikuje, kolikor je potrebno za njegovo izvršitev, če se s tem bistveno ne poseže v vsebino ukrepa. Na predlog stranke lahko sodišče sklep o izvršitvi začasnega ukrepa arbitraže razveljavi ali spremeni (43. člen ZArbit).

Z začasno odredbo je mogoče poseči le v sfero dolžnika, ki je stranka v arbitraži, ne pa koga tretjega. Izdaja časne odredbe tudi nima za posledico nastanka zastavne pravice na predmetu zavarovanja. Iz navedenega izhaja, da časna odredba, s katero je npr. odrejena prepoved razpolaganja s predmetom zavarovanja, ne preprečuje pravnih posegov drugi oseb na ta predmet (npr. v postopkih izvršbe). Posledica dolžnikovega nespoštovanja takšne časne odredbe je zgolj upnikova pravica do izpodbijanja pravnih dejanj, storjenih v škodo upnikov, po splošnih pravilih obligacijskega prava. Pridobitelj stvari, s katero dolжник ni smel razpolagati, je v teh primerih varovan, če je stvar pridobil v dobri veri (ker mu ni bilo in ni moglo biti znano, da gre za dejanje v škodo upnika). Če pridobitelj stvar ni pridobil v dobri veri, izgubi pravno dejanje učinek le proti upniku (tožniku) in sicer toliko, kolikor je potrebno za poplačilo njegove terjatve.

Če primerjamo sklep (*order*) in odločbo (*award*), ugotovimo, da imajočasne odredbe izdane v obliki odločb (*interim awards*) vrsto prednosti

²⁵ Redfern, A., Hunter, M., str. 355.

²⁶ Arbitražni senat lahko v zvezi s takšnim ukrepom od vsake stranke zahteva ustrezno varščino.

Namenčasne odredbe je pogosto mogoče doseči le, če ohranimo element presenečenja

Kadar dolžnik prekrši začasno odredbo, je tudi kazensko odgovoren za kaznivo dejanje oškodovanja tujih pravic. Dolžniku, ki krši začasno odredbo, lahko izvršilno sodišče odredi tudi denarno kazen. Dolžnik pa ima pravico zahtevati od upnika povračilo škode, ki mu je bila prizadejana z začasno odredbo, če je bila neutemeljena, ali je upnik ni upravičil.

Ex parte ukrepi

Izjemoma, če to oceni za nujno, lahko arbitražni senat sprejme začasni ukrep tudi, še preden je nasprotni stranki omogočil, da se izjavi o predlogu. Tak začasni ukrep zavezuje obe stranki, vendar se ne more prisilno izvršiti. Namenčasne odredbe je pogosto mogoče doseči le, če ohranimo element presenečenja. Kljub temu so pri pripravi sprememb Vzorčnega zakona UNCITRAL med pripravljavci prevladali zagovorniki kontradiktornosti z argumenti, da arbitražni dogovor ne pokriva enostranskega delovanja. Enostranski ukrep je vseeno predviden in je drugače kot kontradiktorne odredbe (*interim measures*) poimenovan kot "preliminary order" s časovno omejeno veljavnostjo.

Odločanje pred formiranjem senata

Vprašanje pristojnosti začasne ukrepe je pri sklepanju arbitražnega dogovora običajno prezrto in se zastavi šele, ko pride do krize. Preden se končno oblikuje senat, so ključni dokazi že lahko izgubljeni. Zato po nekod predvidevajo skrajšani arbitražni postopek ali urgentne organe. Npr. Pravila Nizozemskega arbitražnega inštituta urejajo postavitve arbitra posameznika za nujni primer. Ko le-ta enkrat odloči o ukrepu, pozneje nima pravic odločanja v arbitraži.

Pravila ICC prav tako urejajo vlogo začasnega arbitra za nujne primere (*emergency arbitrator*). V posebej nujnih primerih, ko ni mogoče počakati na vzpostavitev arbitražnega senata, lahko stranka še pred vložitvijo zahteve za arbitražo izrecno predlaga, da predsednik arbitraže določi nujnega arbitra posameznika samo za odločitev o začasnem ukrepu. Njegova odločba veže stranke, ne veže pa kasneje ustanovljenega arbitražnega senata, ki lahko kadarkoli spremeni ali ukine izdani začasni ukrep. Za to dodatno možnost se morajo stranke posebej odločiti, zgolj dogovor za institucionalno

arbitražo in njen pravilnik ni dovolj. To je verjetno razlog za skromno prakso, v 10 letih le en sam primer.²⁷

Vprašanje priznanja arbitražnega začasnega ukrepa

Ukrep ima po nekod učinek le v državi izdaje odredbe, kjer mora sodišče premoženje, ki je pod odredbo, konkretno opredeliti.

ZArbit kaže na drugačno stališče, saj govori v 43. členu o tem, da se ukrep priznava v smislu določb Newyorške konvencije. Eksekvatura se nanaša na učinek izvršljivosti začasne odredbe, ki je izvršilni naslov. Za izvršbo je potreben še domači sklep o dovolitvi izvršbe, to je o uporabi prisilnih sredstev v državi izvršbe.

Podelitev eksekvature še ne pomeni začetka izvršilnega postopka. Upnik mora za tujo začasno odredbo, ki je bila v Sloveniji razglašena za izvršljivo (eksekvatura), predlagati izvršbo pri pristojnem slovenskem sodišču, čeprav je izvršilno sredstvo že določeno v izvršilnem naslovu (npr. nemški *Arrest*).

Trajanje začasne odredbe in njeno prenehanje

Čas trajanja začasne odredbe mora biti v njej določen.

Če se odredba izda pred vložitvijo tožbe oziroma začetkom kakšnega drugega postopka, ali če se izda odredbo v zavarovanje terjatve, ki še ni nastala, arbitraža določi upniku rok, v katerem mora začeti postopek oziroma vložiti tožbo.

Začasne odredbe lahko veljajo tudi po dnevu izdaje odločbe, v zvezi s katero so izdane.

Postopek arbitraža ustavi tudi na dolžnikov predlog, če so se okoliščine tako spremenile, da ne opravičujejo več zavarovanja z začasno odredbo. Če je odredba izdana za določen rok, lahko upnik samo pred iztekom tega roka predlaga podaljšanje, če je to utemeljeno.

Sprememba začasne odredbe in odprava posledic

Arbitražni senat lahko na predlog katerekoli stranke spremeni, zadrži ali razveljavi začasni ukrep, ki ga je sprejel, v izjemnih okoliščinah ter po predhodnem obvestilu strank pa tudi na lastno pobudo. Praviloma je

²⁷ Redfern, A., Hunter, M., str. 342.

dejanja mogoče razveljaviti, saj se začasna odredba ne sme izdati v primeru, ko za dolžnika vrnitev v prejšnje stanje ne bi bila več mogoča. Tudi po splošnih pravilih o povrnitvi stroškov ima dolžnik pravico do povračila potrebnih stroškov, ki mu jih je upnik neutemeljeno povzročil.

Konkurenca pristojnosti

Arbitražni pravni viri (zakoni, institucionalna pravila, mednarodne konvencije, arbitražna praksa in teorija) trdno podpirajo načelo, da imajo tako redna sodišča kot tudi arbitraže pravico izdajatičasne odredbe, kar je v teoriji poznano kot princip ali načelo jurisdikcijske konkurence, ki navaja na troje vprašanj:

- ♦ jurisdikcija sodišča;
- ♦ odpoved arbitražnemu sporazumu; in
- ♦ jurisdikcija arbitraže.²⁸

V našem pravu ni dvoma, dačasne odredbe izdaja sodišče tudi v zvezi z arbitražnim postopkom. Iz določbe 1. odst. 277. člen ZIZ namreč sledi, da sodišče izdačasno odredbo tudi v zvezi s kakšnim drugim postopkom, ne samo pravnim, npr. arbitražnim postopkom. Časno odredbo je mogoče zahtevati tudi v zvezi s postopkom, ki naj se začne v tujini. Načelno bo tuja arbitražna odločba lahko v RS priznana, če bodo izpolnjeni zakonski pogoji za priznanje in je v takem primeru izvršilni naslov, za izvršbo v RS. Zaradi tega je mogoča tudičasna odredba, ki naj zavaruje to bodočo izvršbo.

Splošno je sprejeto, da predlog za izdajočasne odredbe pri sodišču, ne pomeni odreka arbitražnemu dogovoru. Tako določbo vsebuje tudi ZArbit.

Komentar obstoječih arbitražnih pravil stalne arbitraže pri GZS s predlogi *de lege ferenda*

Arbitražna pravila Stalne arbitraže pri GZS so prevze-la dikcijo takratnega vzorčnega zakona UNCITRAL, da "arbitraža lahko izdačasno odredbo, ki jo šteje za primerno". Uporabo je preprečilo Ustavno sodišče RS, ki je izpostavilo, da arbitraža brez izrecne podlage v zakonu ne more izdajati (pravih) ukrepov zavarovanja.

Pravilnik ustrezno ureja vprašanje konkurence arbitražne klavzule in zahteve za izdajočasne odredbe,

ki jo stranka vložipri sodišču. Če stranka zahteva izdajočasne odredbe ali drugega sredstva zavarovanja po pravilih Zakona o izvršbi in zavarovanju pred sodiščem, to ni nezdržljivo z arbitražnim sporazumom, niti se ne šteje kot odrek temu sporazumu.

Zastavlja se vprašanje, ali je treba ureditev razširiti s strukturno opredelitvijo možnih ukrepov, katere vrste odločb pridejo v poštev in pod kakšnimi pogoji arbitraža sprejme ukrepe.

V razpravi o predlaganih spremembah se bo pokazalo tudi, ali so potrebne razširitve v smeri možnosti časnih ukrepov pred konstituiranjem arbitraže.

Sklep

Treba je poiskati ravnovesje med pristojnostmi sodišča v podpornih postopkih in pri nadzoru arbitraže ter pravico arbitražnih strank, da bo sodišče pritegnjeno le v skrajnih primerih (*aid not interference*).

Splošno je sprejeto, da predlog za izdajočasne odredbe pri sodišču, ne pomeni odreka arbitražnemu dogovoru

²⁸ Povzeto po Gracer, D., str. 44.