

AVTONOMIJA STRANK PRI IMENOVANJU ARBITROV

Prof. dr. Peter Grilc
Pravna fakulteta Ljubljana

IZBIRA PANELA

IZHODIŠČA IN POMEMBNOST ZA
AVTONOMIJO IN ARBITRAŽNI
POSTOPEK

IZBIRA PANELA IZHODIŠČA

- ... v (mednarodni) arbitraži **ni poprejšnjega panela**
- ... za vsak spor se vse začne **od samega začetka**
- ... v arbitraži **sploh še ni tribunala - mora se šele konstituirati**

ERGO: po sprejemu odločitve, da se spor reši na arbitraži, je (i) **izbira** (ii) **pravega panela** **najpomembnejše** dejanje strank

IZBIRA PANELA

POMEMBNOST

- za **stranke**
- za **ugled** in **položaj** arbitraže
- **kakovost** panela odločilno vpliva na potek postopka
- **izbira arbitrov** lahko vpliva na **vsebino odločbe**
 - **klasika**: potrditev prejšnjih pristopov in rešitev
 - **potrditev pristopa**, ki je v siceršnji praksi še osamljen
 - **preboj**: pričakovanje spremembe prakse

PROBLEMI V ZVEZI Z IZBIRO

Težko vnaprej izbirati primerne arbitre za spor, ki še ni nastal, zato ...

- ... v večini primerov odložitve v čas nastanka spora
- izbira strank na temelju vrste kriterijev
 - "*Horses for courses*"
 - velik / majhen spor
 - primarno pravni problem / bistvo v dejstvih
 - potrebnost posebnega znanja za obravnavo ali ne
 - itd.

NAČELNO STRANKE POPOLNOMA AVTONOMNE PRI IZBIRI (" "svojega" ") ARBITRA

- **Haaška konvencija 1907:** "... the dispute may be resolved by "judges of their own choice"
- **Common law:**
 - Sect 5 US FAA: "If in the [arbitration] agreement provision be made for a method of naming or appointing an arbitrator or arbitrators ... such method shall be followed"
 - 1996 English Arbitration Act podobno
 - 179 švicarskega zakona o MZP
 - 11 UNCITRAL Model Law
- **Princip:** the parties' agreed upon method for choosing arbitrators: "Because arbitration is a matter of contract ... parties may determine by contract the method under which arbitrators for their disputes will be appointed.... [T]he Federal Arbitration Act (FAA) ... expressly states in section 5 that if the parties have provided in their contract 'a method of naming or appointing an arbitrator or arbitrators ... , such method shall be followed.'"¹⁵²
- **Le arhaične zakonodaje resno omejujejo to avtonomijo strank**

KLJUB ŠIROKI AVTONOMIJI - OMEJITVE

- če bi avtonomija povzročila delovanje arbitra v korist ene strank na škodo druge
- omejitev glede osebe arbitra, ki ni nepristranski ali neodvisen
- minimalna sposobnost (poslovna)
- minimalna kvalifikacija
- jezik
- izkušnje in znanje
- bolj kontroverzno: zahteve institucije – prepoved izbire arbitra izven liste

POSLEDICE NESPOŠTOVANJA OMEJITEV AVTONOMIJE

- neveljavnost imenovanja
- možnost izpodbijanja celotne odločbe, ničnost
- nepriznanje odločbe v postopku priznanja in izvršitve - **čl. V(1)(d) Newyorške konvencije** omogoča

"... nepriznanje arbitražne odločbe, če sestava arbitražnega senata ni bila v skladu z dogovorom med strankami"

OMEJITVE PRI IZBIRI / IMENOVANJU ARBITROV

OMEJITVE

1. ZARADI ARBITRAŽNE KLAVZULE

- Velikokrat stranke niso popolnoma / sploh svobodne:
 - že **arbitražna klavzula**, ko stranke šele ugibajo o morebitnem sporu, lahko vnaprej določi
 - **število članov** panela - ocena: ni problematično v mednarodni gospodarski arbitraži (1-3 kot klasika)
 - ne le klavzula, **tudi pravila institucionalne arbitraže**
<http://www.finra.org/ArbitrationAndMediation/Arbitration/Process/ArbitratorSelection/index.htm>
 - vnaprej določi **kvalifikacije arbitrov**
 - pravnik / odvetnik / profesor, minimalne izkušnje na arbitraži
 - commercial man
 - vnaprej določi postopek **selekcije arbitrov**
 - nadaljevanje (de Clippel, Eliaz, Knight: On the Selection of Arbitrators, July 6, 2012 (http://www.econ.brown.edu/fac/Geoffroy_declippel/selection.pdf) +
 - pravilnik lahko določa appointing authority: problem AA ve več o arbitrih, a manj o strankah in sporu

OMEJITVE, KI JIH

2. POSTAVIJO STRANKE ALI PRAVILNIKI

- Omejitev lastnosti arbitra **glede na predmet spora** (nekateri pravilniki, dogovori):
 - ***"Arbitrator must be a GAFTA Qualified Arbitrator"***
(GAFTA - *Grain and Feed Trade Association Rules*)
 - ***"Arbitrators must be commercial men"***: nedoločno, izhaja iz tega, da stranki določita, da mora biti spor razrešen ***"in accordance with commercial lines"***

OMEJITVE, KI JIH POSTAVLJA

3. RELEVANTNO PRAVO

- Število držav s takimi omejitvami je majhno
- Absolutni trend: odpiranje
 - E: arbiter mora biti kvalificiran pravnik v zadevah, v katerih se spor dotika uporabe prava
 - SA: tujec ne sme biti arbiter
 - CH: ni mogoče izključevati pravnikov iz domačih arbitražnih sporov

OMEJITVE AVTONOMIJE STRANK GLEDE

4. (POKLICNIH) KVALIFIKACIJ ARBITROV

- V mednarodnih arbitražah **z arbitrom posameznikom** se **praviloma** postavlja pravnik (odvetnik, profesor)
- **Tričlanski panel**: praviloma naj bi bil vsaj eden od trojice pravnik

4. DRUGE OMEJITVE avtonomije strank pri imenovanju

- jezik
- izkušnje in pregled nad sorodnimi zadevami oz. področji
- izobrazba in usposobljenost
- omejevanje pri stikih: pri intervjujih in kasneje
- državljanstvo arbitra - ne

OMEJEVANJE AVTONOMIJE

PRI STIKIH STRANK Z ARBITRI

OMEJEVANJE ... PRI STIKIH STRANK Z ARBITRI

1. SPLOŠNO

- običajni so stiki strank z (nameravanimi) arbitri pred imenovanjem – interviewing the arbitrator
- intervju pred imenovanjem *per se* ni prepovedan ali neetičen
- večinoma se arbitri poglobljenemu intervjuju izogibajo in ga omejijo na ugotavljanje
 - razpoložljivosti arbitra za ta postopek
 - primernosti arbitra za ta postopek
 - zanimanja arbitra za ta postopek
 - kdo bi utegnil biti predsednik panela ??

INETRJVUPRED KONSTITUIRANJEM

DOPUSTNA SFERA – OMEJITEV AVTONOMIJE STRANK S POTENCIALNIM ARBITROM PRAVILOMA NIV ZVEZI Z:

- razkritje identitete strank, pooblaščenecv, prič
- predpostavljen čas in dolžina obravnav
- kratka predstavitev splošne narave spora, zato da se lahko kandidat odloči o sprejemu, razkritjih in o porabi časa za zadevo
- pogovor o izobrazbi, kvalifikacijah, izkušnjah
- pogovor o objavah v člankih in predavanjih
- pogovor o pričah, ki bi jih predlagal panel in področjih, ki bi jih pokrile
- razkritje prejšnjih zadev in pogovor o odločbah v teh zadevah
- pogovor o kakršnihkoli okoliščinah, ki povzročijo utemeljen dvom glede neodvisnosti in nepristranskosti
- ugotovitev ali je arbiter kompetenten za konkretni spor
- ugotovitev ali razpolaga z dovolj časa za konkretno zadevo

IZBIRA PREDSEDUJOČEGA – OMEJITVE AVTONOMIJE STRANK

- Prevladujoča praksa (institucionalna / ad hoc): **imenovana arbitra izbereta predsedujočega**
- Avtonomija strank v zvezi s predsedujočim?
 - IBA Ethics: *specifically allows a party-appointed arbitrator to obtain the views of the appointing party as to the acceptability of candidates for the position of the presiding arbitrator*
 - AAA International Rules: *a party or its counsel is allowed to discuss with its party-appointed arbitrator the suitability of candidates for selection as the presiding arbitrator*
 - AAA-ABA Code - ni splošnih pravil, toda Canon VII: *"non-neutral" arbitrators may consult with the appointing party as to the acceptability of candidates considered for the third arbitrator*

IZBIRA PREDSEDUJOČEGA – OMEJITVE AVTONOMIJE STRANK

RAZLOGI V PRID DOVOLITVI POSVETOV (AVTONOMIJE)

- stranke in pooblaščenci marsikdaj v boljšem položaju, da **pridobijo podatke o ozadju** kandidata
- **primerno je, da imenovani arbiter prepreči** imenovanje predsedujočega, ki "*... holds beliefs inimical to the position of the appointing party.*"

OMEJITVE AVTONOMIJE

- imenovani arbiter utegne prenesti podatke ali pomisleke strank, nikakor pa ne sme pustiti strankam, da neposredno ali posredno vplivajo na izbiro tretjega
- posveti o tretjem ne smejo **postati orodje za neprimerno *ex parte* komunikacijo o bistvu**, zadeve med stranko, ki imenuje in arbitrom, ki je imenovan

**KOMUNIKACIJA STRANK Z ARBITROM
PO IMENOVANJU
in
POSTARBITRAŽNA KOMUNIKACIJA**

KOMUNIKACIJA PO IMENOVANJU (I)

- arbiter se mora izogibati enostranski komunikaciji v zvezi z zadevo s stranko in pooblaščenecem
- celo omejitev bilateralnih stikov med arbitri (klic, uskladitev termina obravnave).
- AAA-ABA Code:
 - *"all arbitrators may discuss with the parties such administrative matters as the time and place of the hearings and arrangements for the conduct of the proceedings as long as all parties and arbitrators are promptly informed of such communications and no final determinations are made on such matters until all parties are afforded an opportunity to express their views."*
 - arbitru dopuščena po njegovem imenovanju komunikacija s stranko, ki ga je imenovala le, če o tem obvesti drugo stranko in oba arbitra

KOMUNIKACIJA PO IMENOVANJU (II)

- v mednarodni praksi izogibanje arbitrov post-appointment komunikaciji, **celo o administrativnih vidikih** (institucionalna: posel sekretariata / ad hoc
 - vnaprejšnji dogovori ali
 - dosledno obveščanje ali komunikacija šele po dovolilu panela)
- *ex parte* pogovori o bistvu zadeve so **razlog za izpodbojnost / ničnost**
- **nikakršna komunikacija o posvetih ali naziranjih panela, ne pred, ne po izdaji odločbe!**

POST-ARBITRAŽNA KOMUNIKACIJA

- Po izdaji odločbe in njeni izpolnitvi s strani strank, ko je postopek končan / ni več možnost izpodbijanja, potrditve ... a
- nikakor pred koncem posvetov v konkretni zadevi (tajnost!)
 - lahko stranka vstopi v **de-briefing** z imenovanim **arbitrom**
 - stranka nikakor ne sme zvedeti **nič** o vsebini **posvetov** in komunikaciji **znotraj panela, pogledih arbitrov**
 - stranka lahko zve mnenje arbitra o vtisih arbitra glede delovanja pooblaščenecv, izvedenih prič, izvedencev

**POSEBEJ O AVTONOMIJI I
IZBIRANJU ARBITROV
(selection procedure)**

EKONOMSKA ANALIZA

de Clippel, Eliaz, Knight: On the Selection of Arbitrators, July 6, 2012
http://www.econ.brown.edu/fac/Geoffroy_declippel/selection.pdf

POSTOPKOVNI MEHANIZMI ZA IZBIRO ARBITROV

- rank / veto
- alternate strike
- rotating panel

Bloom, Cavanagh, An Analysis of the Selection of Arbitrators, NBER Working Papers, 1938,
National Bureau of Economic Research, 1986

KRITERIJI STRANK V POSTOPKU IZBIRE ARBITRA (selection procedure)

- arbiter s **pravnim in profesionalnim** ozadjem
- izbira **neodvisnega** arbitra, a arbitra, ki ga stranka **pozna**
- **izbira nevtralnega predsednika** panela
- izbira arbitra, ki obvladuje **poslovanje s človeškimi viri**
- **komunikativna** spretnost
- **pravna odprtost** (Open-Mindedness)
- arbiter z **obvladljivim številom živih** zadev
- **izkušnje** in relevantne kvalifikacije
- pripadnost **pravnemu sistemu** v. **nevtralnost**
- pripadnost **sistemu** v. **mednarodna odprtost**
- **jezik(i)**
- **konflikt interesov**: neodvisnost in nepristranskost, test nepristranskosti

STANDARDI ZA IZBIRO ARBITROV

FAKTORJI, KI ...

... ONEMOGOČAJO AVTONOMIJO PRI IZBIRI

... NE ONEMOGOČAJO AVTONOMIJE PRI
IZBIRI

... ZAHTEVAJO NATANČNO PREUČITEV

1. FAKTORJI KI ONEMOGOČAJO AVTONOMIJO PRI IZBIRI

- pomemben **finančni** interes v konkretnem projektu in sporu
- **stranka ali pooblaščenec** v sporu
- **družinska** razmerja s stranko ali pooblaščenecem;
- **nefinančna udeležba** v sporu ali projektu
- **prej javno izraženo stališče** o projektu ali sporu
- **prejšnja udeležba** pri poravnavi ali pogovorih med strankama
- **nezdružljivost razmerja** s stranko

2. FAKTORJI, KI NE ONEMOGOČAJO AVTONOMIJE PRI IZBIRI

- **strokovni zapisi, članki, predavanja** o temah, ki se pokrivajo ali so enaka sporni zadevi
- **članstvo** v strokovnih združenjih
- položaj v **istem sektorju**
- **razmerje z arbitražno institucijo**

3. FAKTORJI, KI ZAHTEVAJO NATANČNO PREUČITEV

**NOTA BENE: V DVOMU VEDNO
KONZERVATIVNO!**

- **prejšnja posl. razmerja** s stranko / pooblaščenecem
 - (praviloma izključitveni)
- **manj tesna sorodstvena** razmerja s stranko / poobl.
- (praviloma izključitveni)
- **prijateljstvo** s stranko / poobl.
 - (praviloma izključitveni)
- **nezdružljivost pravnih pisarn**
- **deljenje pisarne** med odvetnikoma, ki nista člana odvetniške družbe
- **delovanje v drugih arbitražah**