

slovenska arbitražna praksa



Vloga arbitra v arbitražnih postopkih



2013

Konferenca slovenske arbitraže

Ljubljana na zemljevidu arbitraže

Ljubljana, 4. november 2013

Z novimi Ljubljanskimi arbitražnimi pravili 2013 stopamo ob bok vodilnim arbitražnim institucijam v regiji in **Ljubljano postavljamo na zemljevid arbitraže**.

Vabimo vas, da se nam pridružite na letošnji Konferenci slovenske arbitraže, na kateri bomo premierno predstavili **nova Ljubljanska arbitražna pravila 2013**, ki bodo pričela veljati s 1. januarjem 2014.

Na konferenci bomo poseben poudarek namenili tudi priložnostim arbitražnega reševanja sporov v korporacijskem, finančnem in infrastrukturnem sektorju.

dopoldanski del

UČINKOVITO VODENJE POSTOPKOV PO NOVIH LJUBLJANSKIH ARBITRAŽNIH PRAVILIH 2013

- zahteva za arbitražo / odgovor na zahtevo za arbitražo
- imenovanje in potrjevanje arbitrov
- predaja zadeve senatu
- vstop tretjih oseb v postopek, združitev postopkov
- okvirni načrt poteka postopka
- tožba / odgovor na tožbo
- dokazovanje
- arbitražna odločba
- pospešeni arbitražni postopek
- arbiter za nujne primere
- vloga institucije pri učinkovitem vodenju postopkov

popoldanski del

COMMUNICATION IN ARBITRAL PROCEEDINGS

- The Significant Role of Communication in Arbitral Proceedings
- Cooperation between In-house Counsels and External Counsels
- Written Submissions by the Parties (including the Notice of Arbitration)
- The Role of Oral Hearings in the Taking of Evidence
- An Overview of the Tribunal Decisions, including the Arbitral Award

PRIMOŽNOSTI ARBITRAŽE V IZBRANIH GOSPODARSKIH SEKTORJIH

- najpogostejši korporacijski spori in priložnosti arbitraže
- prednosti arbitražnega reševanja delničarskih sporov
- arbitraža v finančnih sporih
- arbitraža in javno-zasebno partnerstvo
- arbitražno reševanje sporov iz standardnih pogodb FIDIC

Več informacij: www.sloarbitration.eu/ksa

Stalna arbitraža pri GZS, Dimičeva 13, 1504 Ljubljana, Tel.: 01 58 98 180, www.sloarbitration.eu



slovenska arbitražna praksa

prispevek k razvoju arbitraže v Sloveniji

Letnik II, Številka 2 (junij 2013)

Odgovorni urednik:

prof. dr. Aleš Galič

Strokovni urednik:

Marko Djinović

Uredniški odbor:

Tatjana Andoljšek, LL. M Cantab, MBA

dr. Mile Dolenc

prof. dr. Peter Grilc

Igor Grossman

prof. dr. Rajko Knez

prof. dr. Branko Korže

prof. dr. Ada Polajnar Pavčnik

doc. dr. Konrad Plauštajner

prof. dr. Vesna Rijavec

dr. Jernej Sekolec

prof. dr. Lojze Ude

Stalni strokovni sodelavci:

Nejc Lahne

Peter Rižnik

Ustanovitelja:

Gospodarska zbornica Slovenije,

Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije

Oblikovanje in priprava za tisk:

Samo Grčman



Vsebina

UVODNIK

Arbitraža je toliko dobra, kolikor so dobri arbitri, ki jih izberejo stranke

Marko Djinović, prof. dr. Aleš Galič

3

IMENOVANJE ARBITROV

Avtonomija strank pri imenovanju arbitrov

prof. dr. Peter Grilc

4

ORGANIZACIJA ARBITRAŽNEGA POSTOPKA

Established Practices in Arbitral Proceedings

Jure Zrilič

9

Administrative Secretaries to Arbitral Tribunals

A Note from a Practitioner's Perspective

Venus Valentina Wong

14

MEJE PRISTOJNOSTI ARBITROV

Domet arbitražnega sporazuma v luči novejše arbitražne prakse
mag. Branko Čevriz

19

Prekoračitev pristojnosti arbitražnega senata kot ovira priznanju
in izvršitvi odločb
doc. dr. Andreja Primec

24

V SREDIŠČU

Odškodninska odgovornost arbitrov
Agata Cevc

31

IZ PRAKSE

Arbitražna odločba - ogledalo arbitra
O obliki in vsebin arbitražne odločbe
doc. dr. Konrad Plauštajner

37

Primer arbitražne odločbe iz prakse Stalne arbitraže pri GZS
Stalna arbitraža pri GZS

43

TEKSTI ZA PRAKSO

Comment on IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration for Slovenian Journal of Arbitration
Paula Hodges

59

IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration

60

AKTUALNO

Kmalu nova Ljubljanska arbitražna pravila 2013
Stalna arbitraža pri GZS

74

Zaščita tujih naložb pred posegi države
Andreja Kos

78

Wolf Theiss inovativni elektronski pripomoček za arbitražo
Anže Arko

79

Smernice IBA za zastopanje strank v mednarodni arbitraži
Peter Rižnik

80

O arbitraži na Dnevju javno-zasebnega partnerstva
Stalna arbitraža pri GZS

81

SPOROČILO UREDNIŠTVA

Navodila avtorjem za oblikovanje prispevkov
Uredništvo

82

Guidelines for contributors
Editorial Board

83



ISSN 2232-6588

Izdajatelj:

Gospodarska zbornica Slovenije,
Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije

Odgovorni urednik: prof. dr. Aleš Galič

Strokovni urednik: Marko Djinović

Leto natisa: 2013

Tisk: Present d.o.o.

Fotografija: © Depositphotos/Ian Florin Cnejevici

Naklada: 300 izvodov

Revija izhaja trikrat na leto (marec, junij, november).

Cena letne naročnine:

80,00 EUR z vključenim DDV.

Poštnina za pošiljanje v tujino se zaračuna posebej.

Naročila:

Andreja Abram (andreja.abram@gzs.si)
t 01 58 98 129

Trženje oglasnega prostora:

Eva Žontar (eva.zontar@gzs.si)
t 01 58 98 480

Naslov uredništva:

Dimičeva 13, 1504 Ljubljana
t 01 58 98 184
arbitraznapraksa@gzs.si
www.sloarbitration.eu

© Gospodarska zbornica Slovenije (GZS), Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije 2013. Vse pravice pridržane. To publikacijo je izdala GZS, ki je izključna imetnica vseh pravic, kot so določene v Zakonu o industrijski lastnini in Zakonu o avtorski in sorodnih pravicah. Brez predhodnega pisnega dovoljenja GZS so prepovedani reproduciranje, distribuiranje, dajanje v najem, dajanje na voljo javnosti (internet) in druge oblike javne priobčitve, predelava ali vsaka druga uporaba tega avtorskega dela ali njegovih delov v kakršnemkoli obsegu ali postopku, vključno s fotokopiranjem, tiskanjem ali shranitvijo v elektronski obliki. Odstranitev tega podatka je kazniva. Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije, logotip Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije, Gospodarska zbornica Slovenije, logotip GZS so registrirane znamke Gospodarske zbornice Slovenije, vpisane v register znamk, ki ga vodi Urad Republike Slovenije za intelektualno lastnino.

Arbitraža je toliko dobra, kolikor so dobri arbitri, ki jih izberejo stranke

Možnost (avtonomija) strank, da same izberejo arbitre, je ena najpomembnejših prednosti arbitraže, obenem pa pomeni tudi veliko odgovornost. Predvsem od izbire "pravih" arbitrov sta namreč odvisna učinkovitost in kakovost rešitve spora. Izbira arbitrov je zato osrednje dejanje strank v arbitražnem postopku. Poleg strank kot uporabnikov arbitraže se morajo te odgovornosti zavedati predvsem arbitri sami, ki jim stranke zaupajo reševanje svojega spora, pa tudi arbitražne institucije, ki v interesu strank opravljam nadzor nad učinkovitostjo in kakovostjo dela arbitrov v postopkih.

Nobena skrivnost ni, da je kultura arbitriranja v Sloveniji še vedno (pre)skromna, "pool" arbitrov, znotraj katerega lahko izbirajo stranke, pa razmeroma statičen. Če torej želimo v Sloveniji tudi na področju nudenja arbitražnih storitev konkurrirati razvitejšim arbitražnim okoljem in našo "trgovinsko bilanco" arbitražnih storitev izvozno usmeriti, moramo ustvariti celo generacijo arbitrov, ki ne bo le sledila mednarodnim trendom na področju gospodarske arbitraže, temveč jih bo sooblikovala. Pomembno vlogo pri tem ima tudi Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije.

Junajska številko revije v celoti posvečamo vlogi arbitrov v arbitražnih postopkih in njihovim dolžnostim ter odgovornostim do strank pri zagotavljanju učinkovitega in strokovnega reševanja sporov. Pod drobnogled smo vzeli nepristranskost in neodvisnost arbitrov, kriterije, ki vplivajo na njihovo izbiro, aktualne primere dobrih praks pri organizaciji arbitražnih postopkov itd..

V aktualni številki se posebej ukvarjamo z mejami pristojnosti arbitrov in vprašanjem njihove odškodninske odgovornosti, praktični del revije pa namenjamo formalnim in vsebinskim standardom arbitražne odločbe. Med pravnimi teksti tokrat objavljamo *Smernice Mednarodnega odvetniškega združenja o navzkrižju interesov v mednarodni arbitraži (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration)*, ki so v mednarodni praksi že dodobra uveljavljene kot del odločevalskega procesa institucionalnih arbitraž in sodišč, ko gre za vprašanje nepristranskosti in neodvisnosti arbitrov.

In ne nazadnje, premierno vam predstavljamo novosti, ki ji bodo prinesla nova arbitražna pravila Stalne arbitraže pri GZS (*Ljubljanska arbitražna pravila 2013*). Prepričani smo, da bomo prav z novimi pravili obrnili nov list v razvoju arbitriranja v Sloveniji.

Marko Djinović
strokovni urednik



prof. dr. Aleš Galič
odgovorni urednik



Avtonomija strank pri imenovanju arbitrov*

prof. dr. Peter Grilc

dr. Peter Grilc je redni profesor za civilno in gospodarsko pravo na Pravni fakulteti v Ljubljani, sedanji dekan, arbiter na listi CAS/TAS (Lausanne), Stalne arbitraže pri GZS (1992-), arbiter na listi mednarodne arbitraže za reševanje investicijskih sporov ICSID, Washington (2003-2009), predsednik INLA (International Nuclear Law Association 2003-2005, Bruselj), predsednik Arbitraže pri Zavarovalnici Triglav (1997-), član odbora za sprejem Ljubljanske borze (1998-2009), arbiter arbitraže Ljubljanske borze vrednostnih papirjev (1998-2009), član Center for International Legal Studies Salzburg (1993-), Predsednik senata Častnega sodišča pri GZS (1991-).

Eno temeljnih načel v gospodarski, posebej še v mednarodni gospodarski arbitraži je načelo avtonomije strank

Eno temeljnih načel v gospodarski, posebej še v mednarodni gospodarski arbitraži je načelo avtonomije strank. Po *Redfern* je avtonomija strank celo vodilno načelo mednarodne gospodarske arbitraže, ki ni spredeto le v nacionalnih predpisih, ampak zlasti v določbah pravilnikov in drugih pravnih virov mednarodnih institucionalnih arbitraž in organizacij.¹

Pojem avtonomije strank v arbitražnem pravu prekriva vrsto dejaj in stanj in se obravnava široko. Srečamo ga v kontekstu izbire načina reševanja spora, pri izbiri arbitraže, če je kot način izbrano arbitražno reševanje, pri oblikovanju arbitražnega postopka, kjer je avtonomija izražena v mednarodnih konvencijah o arbitraži, v zakonodajah in državnih procesnih redih, v pravilnikih stalnih arbitraž in v razmerju med mejami avtonomije in procesnim javnim redom. Manj, četudi je problematika pomembna, pa je obravnavana avtonomija pri imenovanju arbitrov ter pri razmejevanju med avtonomijo strank in avtonomijo arbitrov.

* Članek je razširitev predavanja Avtonomija strank pri imenovanju arbitrov na Konferenci slovenske arbitraže, november 2012. Ker je obseg članka omejen, ni bilo moč zajeti vseh vidikov obravnavane problematike, zato velja bralc ne to uvodoma opozoriti.

1 Pryles, M.: Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure [http://www.docstoc.com/docs/158210360/limits_to_party_autonomy_in_international_commercial_arbitration (13. 6. 2013)] cit. Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N., Partasides, C.: Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, 4th edition (2004), str. 315. O imenovanju in avtonomiji gl. tudi v Redfern, A., Hunter, M.: Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, 2nd edition, str. 198-226; Craig, L., Park, W., Paulsson, J.: International Chamber of Commerce Arbitration, 2nd Edition (1990); Carter, J. H.: Living with the Party-Appointed Arbitrator: Judicial Confusion, Ethical Codes and Practical Advice, 3 American Review of International Arbitration (1992), str. 153, 164; Hunter, M., Paulsson, J.: A Code of Ethics for Arbitrators in International Commercial Arbitration?, 19 International Business Law (1985), str. 153, 155; Hascher, D.: ICC Practice in Relation to the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators, 6 ICC International Court of Arbitration Bulletin (Nov. 1995), str. 4, 11; Lowenfeld, A. F.: The Party-Appointed Arbitrator in International Controversies: Some Reflections, 30 Texas International Law Journal (1995), str. 59; Smith, M. L.: Impartiality of the Party-Appointed Arbitrator, 6 Arbitration international (1990), str. 320; Mosk, R. M.: The Role of Party-Appointed Arbitrators in International Arbitration: The Experience of the Iran-United States Claim s Tribunal, 1 Transnational Law (1988), str. 253.

Drugače, kot to velja za sojenje pred rednim sodiščem, v (mednarodni) arbitraži ni poprejšnjega oziroma s strani institucije postavljenega tribunala in da ta praviloma ni dan ali ponujen s strani arbitraže, tudi če je ta institucionalna

mora šele konstituirati. Stranki namreč praviloma vnaprej ne izbereta arbitrov za spor, ki še ni nastal, zato ker lahko iz pogodbenega razmerja med njima pride do raznovrstnih sporov in vsi niso nujno specialnost enega potencialnega arbitra. To je eden od razlogov, da se imenovanje arbitrov in s tem avtonomija pri izbiri panela odloži v čas po nastanku spora. Med razlogi za imenovanje arbitrov pa velja omeniti tudi to, da želita stranki pri sklepanju pogodbe delovati tako, da druga drugi demonstrirata odločenost in željo, da bi se pogoda v celoti izpolnila in sploh ne bi prišlo do spora ter v tem duhu ostaneta pri minimalnem vnaprejšnjem določanju. Praviloma se torej dogovorita za forum in relevantno pravo, ostalo pa v duhu iskanja čim večjega medsebojnega zaupanja in predpostavljenih pogodbene zvestobe, prepustita za kasneje. Seveda je izbira arbitrov lahko opravljena tudi vnaprej, a je to, kot smo ugotovili, redko. V obeh primerih, tako pri izbiri arbitrov vnaprej ali šele po nastanku spora, pa je po tem, ko sta stranki sprejeli odločitev, da se spor reši na arbitraži, prav izbira pravega panela najpomembnejše dejanje strank v okviru njune avtonomije.

To dejanje je pomembno najprej za stranke, nenažadnje pa tudi za ugled in položaj arbitraže, zato ker kakovost panela odločilno vpliva na potek postopka in zato, ker izbira arbitrov lahko vpliva na vsebino odločbe. Pri tem se seveda že na začetku ogradimo od tega, da bi videli avtonomijo strank pri izbiri arbitra v tem, da bi stranka lahko vplivala na njegovo neodvisnost in nepristranskost pri odločanju po njegovem imenovanju; to bi bilo seveda v popolnem nasprotju s smislom arbitražnega reševanja sporov. Arbitrer, ki ga izbere ali potrdi stranka, nikakor ni "njen" arbiter, ki bi zastopal "njene" interes ali bil celo njen pooblaščenec znotraj panela. Pri izbiri konkretnega arbitra se stranka na začetku torej ozira zlasti po tem, ali bo v sporu iskala (i) na določen način klasično rešitev, ki naj v konkretnem primeru potrdi prejšnje pristope in rešitve v sodni in arbitražni praksi ali (ii) potrditev pristopa, ki je v siceršnji praksi še osamljen ali pa (iii) želi preboj v praksi, torej pričakuje ali želi spremembo obstoječe prakse. Na dlani je, da tovrstne cilje lažje doseže z izbiro arbitra, za katerega je iz prejšnje njegove prakse reševanja sporov bolj očitno, da se nagiba h kateremu od navedenih pristopov.

Stranki arbitre in s tem panel izbirata na temelju vrste kriterijev. Vse kriterije je mogoče povzeti v stremljenje strank, ki ga v literaturi barvito označijo s splošnim

kriterijem izbire "Horses for courses", torej izbrati pravega za dirko na točno določeni tekmovalni stezi, posamični kriteriji pa so npr. ali gre za velik ali majhen spor, ali spor med strankama izvira iz primarno pravnega problema ali pa je bistvo v dejstvih, ali je potrebno posebno znanje za razsojanje ali ne, ali se išče hitrost ali pravilnost, itd.² Možno se je nasloniti tudi na različne metodologije.³

Meje avtonomije

Načelno so stranke popolnoma avtonomne pri izbiri "svojega"⁴ arbitra,⁵ le zakonodaje, ki jih lahko mirno označimo kot arhaične, resno omejujejo to avtonomijo strank. Uveljavljen je torej načelen avtonomni pristop.⁶ Kljub široki avtonomiji pa stranke vendarle niso v celoti svobodne. Širše meje avtonomije so začrtane s tem, da predvsem ne sme priti do imenovanja, če bi to povzročilo delovanje arbitra v korist ene stranke na škodo druge. Avtonomija je omejena glede osebe

**Prav izbira pravega panela
je najpomembnejše
dejanje strank v okviru
njune avtonomije**

2 Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N., Partasides, C.: navedeno delo, str. 182.

3 Gl. spodaj.

4 Prispevka kot rečeno ne razširjamo na obravnavo problema absurdnosti sklicevanja na "svojega" arbitra. Omembamo že zgoraj.

5 Haaška konvencija 1907: "... the dispute may be resolved by "judges of their own choice"; podobno v Section 5 US Federal Arbitration Act (Appointment of arbitrators or umpire): "... If in the agreement provision be made for a method of naming or appointing an arbitrator or arbitrators or an umpire, such method shall be followed; ... but if no method be provided therein, or if a method be provided and any party thereto shall fail to avail himself of such method, or if for any other reason there shall be a lapse in the naming of an arbitrator or arbitrators or umpire, or in filling a vacancy, then upon the application of either party to the controversy the court shall designate and appoint an arbitrator or arbitrators or umpire, as the case may require, who shall act under the said agreement with the same force and effect as if he or they had been specifically named therein; and unless otherwise provided ..."; "... Arbitration, as reflected through the Federal Arbitration Act (FAA), is simply a matter of contract between the parties." (*First Options of Chi., Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 943 (1995)); "... This oft-cited "fundamental principle" reflects an indisputable "axiom" (*T&T Techs., Inc. v. Commc'n Workers of Am.*, 475 U.S. 643, 648 (1986). Prim. Bennett, P.: "Waiving" Goodbye to Arbitration: A Contractual Approach, 69 The Washington and Lee Law Review, 1609 (2012), str. 1611. Podobno 1996 English Arbitration Act; podobno 179. člen švicarskega zakona o MZP; 11. člen UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

6 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." The fundamental principle that arbitration is a matter of contract... Thus courts must place arbitration agreement on an equal footing with other contracts." (*Buckeye Chasing Inc. v. Cardega*, 546 US 440, 443); "... Arbitration is a creature of contract. Arbitration is simply a matter of contract between the parties; it is a way to resolve those disputes – but only those disputes – that the parties have agreed to submit to arbitration." (*Ajida Technologies, Inc. v. Roos Instruments, Inc.* (2001) 87 Cal. App. 4th 534, 541-542 [104 Cal.Rptr.2d 686].)

Arbitrer, ki ga izbere ali potrdi stranka, nikakor ni "njen" arbiter, ki bi zastopal "njene" interes ali bil celo njen pooblaščenec znotraj panela

arbitra, ki ni nepristranski ali neodvisen, izpolnjevati mora pogoje za minimalno, vsaj poslovno sposobnost, minimalne kvalifikacije, znanje jezika, imeti mora primerne izkušnje in znanje. Bolj kontroverzne, četudi ne neutemeljene in še vedno legitimne, pa so lahko zahteve institucionalne arbitraže, da je prepovedano izbrati arbitra izven liste. Posledice nespoštovanja omejitve avtonomije so predvsem neveljavnost imenovanja, možnost izpodbijanja celotne odločbe, ničnost, zavrnitev priznanja odločbe v postopku priznanja in izvršitve.⁷

Omejitve pri izbiri oziroma imenovanju arbitrov so omejitve:

- zaradi arbitražne klavzule,
- ki jih postavijo stranke ali pravilniki,
- ki jih postavlja relevantno pravo,
- glede poklicnih kvalifikacij arbitrov in
- druge omejitve avtonomije strank pri imenovanju.

Že arbitražna klavzula, ko stranke v fazi sklepanja pogodbe šele nastavljajo instrumentarij za rešitev morebitnega spora, lahko vnaprej določi število članov panela. To v gospodarski arbitraži ni problematično in praviloma se stranke odločajo za panele s tremi arbitri. Tovrstno omejitev lahko poleg klavzule postavijo tudi pravila institucionalne arbitraže.⁸ Kvalifikacije arbitrov predstavljajo omejitev avtonomije, če so vnaprej določene, npr. zapoved, instrukcija ali priporočilo, da je arbiter pravnik, odvetnik ali profesor, da ima določene ali vsaj minimalne izkušnje na arbitraži ali pa klasična omejitev na *"commercial man"*. Dalje se lahko vnaprej določi postopek njihove selekcije,⁹ pravilnik pa lahko

določa tudi pooblaščenca za imenovanje ("*appointing authority*"), kjer pa seveda ni mogoče mimo problema, da tak organ ve več o arbitrih, a manj o strankah in konkretnem sporu in njegovih specifičnostih. Med primeri omejitev, ki jih postavijo stranke ali pravilniki, omenimo npr. omejitev lastnosti arbitra glede na predmet spora (nekateri pravilniki, dogovori).¹⁰ Kar zadeva, omejitve ki jih postavlja relevantno pravo, velja ugotoviti, da je število držav s takimi omejitvami relativno majhno in da moderni sistemi podpirajo že uveljavljeni trend odpiranja, res pa je, da tovrstne omejitve niso povsem izključene ali niso v celoti izginile.¹¹ Glede poklicnih kvalifikacij arbitrov so omejitve avtonomije strank redke, a jih vendarle ni mogoče izključiti,¹² druge omejitve avtonomije strank pri imenovanju pa so npr. jezik, izkušnje in pregled nad sorodnimi zadevami oziroma področji, izobrazba in usposobljenost, omejanje pri stikih.¹³

Omejevanje avtonomije strank pri in v zvezi s stiki z arbitri ali kandidatima za arbitre

Običajni so stiki strank z (nameravanimi) arbitri pred imenovanjem v sklopu predhodnih pogоворов ("interviewing the arbitrator"), ki pa se lahko dotaknejo predmeta spora v toliko, kolikor je to nujno potrebno zaraди okoliščin, ki so navedene v nadaljevanju. Predvsem po stališčih iz prakse in literature tak intervju pred imenovanjem *per se* ni prepovedan ali neetičen, res pa je, da se arbitri poglobljenemu intervijuju praviloma izogibajo in ga omejijo na ugotavljanje razpoložljivosti, primernosti in zanimanja arbitra za ta postopek ter

NLSS to generate list(s) of arbitrators, which will include their background information, called arbitrator disclosure reports. FINRA will send the lists and arbitrator disclosure reports to the parties for their review. Parties will review the information, strike any arbitrators from the lists that they do not want on their panel, and rank the remaining choices. After parties have ranked their choices, they submit their ranked lists to FINRA. FINRA combines the parties' ranked lists and appoints the highest ranked available arbitrator from each list to serve on the panel"; gl. na <http://www.finra.org/ArbitrationAndMediation/Arbitration/Process/ArbitratorSelection/index.htm> (13. 6. 2013).

¹⁰ Grain and Feed Trade Association (GAFTA) Rules: "... arbitrator must be a GAFTA qualified Arbitrator" ali "Arbitrators must be commercial men" – nedoločno, izhaja pa velikokrat iz tega, da stranki določita, da mora biti spor razrešen "in accordance with commercial lines"; cit. po Law and Practice of International Commercial Arbitration, str. 194, op. 52.

¹¹ Primeri: arbiter mora biti kvalificiran pravnik v zadevah, v katerih se spor dotika uporabe prava; tuječ ne sme biti arbiter; ni mogoče izključevati pravnikov iz domačih arbitražnih sporov.

¹² Npr. v mednarodnih arbitražah z arbitrom posameznikom se praviloma postavlja pravnika (odvetnik, profesor); v tričlanskem panelu naj bi bil praviloma vsaj eden od trojice pravnik.

¹³ v. *Infra*, str. 7.

Običajni so stiki strank z (nameravanimi) arbitri pred imenovanjem v sklopu predhodnih pogоворов ("interviewing the arbitrator")

vprašanja, kdo bi utegnil biti predsednik panela. Še dopustna sfera avtonomije za pogovor stranke oziroma njenega pooblaščenca s potencialnim arbitrom pred imenovanjem je omejena na razkritje identitete strank, pooblaščencev, prič, na predpostavljeni čas trajanja postopka in dolžino obravnav, na kratko predstavitev splošne narave spora, zato da se lahko kandidat odloči o sprejemu, razkritijih in o porabi časa za zadevo, na pogovor o izobrazbi, kvalifikacijah in izkušnjah, na objave v člankih in predavanjih, pogojno in zelo omejeno na pogovor o pričah, ki bi jih predlagal panel in področjih, ki bi jih pokrile, na razkritje prejšnjih zadev in na pogovor o odločbah v teh zadevah. Dopustno se je pozanimiti pri arbitru o kakršnihkoli okoliščinah, ki povzročijo utemeljen dvom glede neodvisnosti in nepristranskosti, o tem, ali je arbiter kompetenten za konkretni spor in o tem, ali razpolaga z dovolj časa za konkretno zadevo.

Omejitve so lahko tudi na področju izbire predsedujočega panelu. Prevladujoča praksa pri institucionalnih in *ad hoc* arbitražah je tako, da imenovana arbitra izbereta predsedujočega, mnogi pravilniki ali kodeksi pa so še določnejši.¹⁴ V praksi v mednarodnih arbitražah se lahko arbitri, ki so jih imenoval stranke, posvetujejo s pooblaščencem stranke o sprejemljivosti potencialnih kandidatov za predsedujočega panelu. Razlogi v prid dovolitvi posvetov oziroma tega vidika avtonomije so, da so stranke in pooblaščenci marsikdaj v boljšem položaju, da pridobijo podatke o ozadju kandidata in da je primerno, da imenovani arbiter prepreči imenovanje predsedujočega, ki „... holds beliefs inimical to the position of the appointing party.“¹⁵ Imenovani arbiter lahko prenese podatke ali pomisleke strank, nikakor pa ne sme pustiti strankam, da neposredno ali posredno vplivajo na izbiro predsedujočega, posveti o tem

¹⁴ 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."

¹⁵ Appointing party in the limited sense – consistent with deciding the case impartially – of ensuring that the presiding arbitrator selected will not be inimical to the party's case, ensuring that the party's case is understood and carefully considered by the panel, "translating" the party's legal and cultural system (and occasionally the language) for the benefit and understanding of the other arbitrators, and ensuring that the procedure adopted by the panel will not unfairly disadvantage the appointing party. Redfern, A., Hunter, M.: Law and Practice of International Commercial Arbitration 217, 2nd Edition.

pa tudi ne smejo postati orodje za neprimerno *ex parte* komunikacijo o bistvu, temelju zadeve med stranko, ki imenuje in arbitrom, ki je imenovan.¹⁶

Kar zadeva komunikacijo z arbitrom po imenovanju, se mora arbiter izogibati enostranski komunikaciji v zvezi z zadevo s stranko in pooblaščencem.¹⁷ Omejuje se tudi zgolj bilateralne stike med arbitri, pri čemer je lahko problematičen celo klic enega arbitra drugemu brez prisotnosti ali vednosti tretjega, ki je namenjen uskladitvi termina naroka ali obravnave. Arbitru je po njegovem imenovanju komunikacija s stranko, ki ga je imenovala dopuščena le, če o tem obvesti drugo stranko in oba arbitra. Po AAA-ABA Code lahko arbitri razpravljajo s strankami le o zadevah, ki se nanašajo na strogo administrativni del, kot so npr. čas in kraj narokov, pri tem pa morajo biti o tej komunikaciji promptno obveščeni drugi arbitri in stranke in tudi v takih zadevah ne sme priti do končne odločitve, dokler je ne odobrijo vsi navedeni ali dokler ti niso imeli možnosti izraziti svojega mnenja ali stališča.¹⁸ Kako daleč gre navedeno, ilustrira način komunikacije arbitrov med seboj: v skladu z dobro arbitražno prakso je, da se dva arbitra od treh sicer lahko pogovarjata o primerinem datumu za narok, a morata o tem takoj obvestiti tretjega in ga izrecno obvestiti tudi o dejstvu, da sta brez njega komunicirala zgolj bilateralno.¹⁹ V mednarodni praksi se arbitri torej nujno izogibajo „post-appointment“ komunikaciji s strankami, celo o administrativnih vidikih, saj so ti pri institucionalnih arbitražah posel sekretariata, pri *ad hoc* arbitražah pa temeljijo na vnaprejšnjih dogоворih ali doslednem obveščanju ali komunikaciji šele po dovolilu panela. *Ex parte* pogovori o bistvu zadeve so razlog za izpodbojnost ali ničnost, seveda pa je na dlani, da ni dopustna nikakršna

Kar zadeva komunikacijo z arbitrom po imenovanju, se mora arbiter izogibati enostranski komunikaciji v zvezi z zadevo s stranko in pooblaščencem

Arbitru je po njegovem imenovanju komunikacija s stranko, ki ga je imenovala dopuščena le, če o tem obvesti drugo stranko in oba arbitra

V mednarodni praksi se arbitri torej nujno izogibajo „post-appointment“ komunikaciji s strankami, celo o administrativnih vidikih

¹⁶ Bishop, D., Reed, L.: Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration, 14 (4) Arbitration International 395 (1998), str. 50 (citrata Lowenfeld, A. F. The Party-Appointed Arbitrator in International Controversies: Some Reflections, 30 Texas International Law Journal 59 (1995), str. 64. Prim. tudi Onyema, E.: Selection of Arbitrators in International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Review, 8 (2), str. 45-54.

¹⁷ Bishop, D., Reed, L., navedeno delo, str. 50.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ "Some arbitrators refuse to communicate *ex parte* with the parties beyond supplying certain relevant information such as their curriculum vitae, fees and availability. They do however seek from the parties information about the case so that they can determine conflict of interests, their own suitability and availability, ... Others agree to be interviewed and be informed about the case in greater detail as long as a transcript of the interview is made available to the other side and the co-arbitrators." Lew, Mistelis & Kroll, cit. po Onyema, E., navedeno delo, str. 12.

Standardi za izbiro arbitrov vključujejo vsaj tri skupine faktorjev, tiste, ki onemogočajo avtonomijo pri izbiri, tiste, ki ne onemogočajo avtonomije pri izbiri in tiste, ki terjajo natančno preučitev

komunikacija o posvetih ali naziranjih panela, ne pred, ne po izdaji odločbe.²⁰

Post-arbitražna komunikacija

Po izdaji odločbe in njeni izpolnitvi s strani strank, ko je postopek končan in ni več možnost izpodbijanja, lahko stranka vstopi v t. im. *de-briefing* z imenovanim arbitrom, vendar omejeno. Nikakor tega ne sme storiti pred koncem posvetov v konkretni zadevi (tajnost), saj stranka nikakor ne sme izvedeti nič o vsebini posvetov in komunikaciji znotraj panela, pogledih arbitrov. Lahko pa stranka izve za mnenje arbitra o njegovih vtisih glede delovanja pooblaščencev, izvedenih prič, izvedencev.²¹

V zaključku se dotaknimo še avtonomije in izbiranja arbitrov. V tem delu se omejimo le na posamezna vprašanja, uvodoma pa velja omeniti, da je problematika zelo široka. V ilustracijo navedimo le, da je izbira arbitra lahko tudi izrazito analitično in numerično podprtta v okviru ekonomske analize prava.²² Tudi drugi metodološki pristopi so raznoliki z vidika uporabe postopkovnih mehanizmov za izbiro arbitrov (razvrstitev arbitrov / veto, t. im. *alternate strike, rotating panel*).²³

Tisto, kar je bližje pravnikom, pa so bolj klasični pristopi in uveljavljeni kriteriji, med katerimi so zlasti: izbere se arbitra s pravnim in profesionalnim ozadjem; izbere se neodvisnega arbitra, a arbitra, ki ga stranka pozna in izbira nevtralnega predsednika panela; izbere se arbitra, ki obvladuje poslovanje s človeškimi viri; izbere se arbitra, ki ima komunikativne spremnosti in je pravno širok (*open-mindedness*).²⁴ Primeren je arbiter z obvladljivim številom živih zadev, pomembne so izkušnje in relevantne kvalifikacije, včasih je pomembna pripadnost pravnemu sistemu, včasih nevtralnost ter mednarodna odprtost; pomembno je znanje jezikov

in seveda nesporno ne sme biti v konfliktu interesov: neodvisnost in nepristranskost, test nepristranskosti.²⁵

Standardi za izbiro arbitrov vključujejo vsaj tri skupine faktorjev, tiste, ki onemogočajo avtonomijo pri izbiri, tiste, ki ne onemogočajo avtonomije pri izbiri in tiste, ki terjajo natančno preučitev.²⁶ Faktorji, ki onemogočajo avtonomijo pri izbiri, so pomemben finančni interes v konkretnem projektu in sporu, dejstvo, da je arbiter stranka ali pooblaščenec v sporu, družinska razmerja s stranko ali pooblaščencem, nefinančna udeležba v sporu ali projektu, prej javno izraženo stališče o projektu ali sporu, udeležba pri poravnavi ali pogovorih med strankama, nezdružljivost razmerja s stranko. Faktorji, ki ne onemogočajo avtonomije pri izbiri, so 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. Faktorji, ki terjajo natančno preučitev, so prejšnja poslovna razmerja s stranko ali pooblaščencem, manj tesna sorodstvena razmerja s stranko ali pooblaščencem, prijateljstvo s stranko ali pooblaščencem, nezdružljivost pravnih pisarn, deljenje pisarne med odvetnikoma, ki nista člana odvetniške družbe, delovanje v drugih arbitražah.

²⁰ Ibid., str. 51.

²¹ Ibid.

²² Prim. De Clippel, G., Eliaz, K., Knight, B. G., navedeno delo, http://www.econ.brown.edu/fac/Geoffroy_declippel/selection.pdf (13. 6. 2013).

²³ Prim. Bloom, D. E., Cavanagh, C. L.: An Analysis of the Selection of Arbitrators, NBER Working Papers, 1938, National Bureau of Economic Research, 1986.

²⁴ Lalive, P.: On the Neutrality of the Arbitrator and of the Place of Arbitration, Swiss Essays on International Arbitration, Schulthess, Zurich (1984), 22, 23; cit. po Salomon, C. T.: Selecting An International Arbitrator: Five Factors To Consider, October 2002, str. 4, <http://www.arbitralwomen.org/files/publication/0405202743129.pdf> (13. 6. 2013).

²⁵ Prim.: Salomon, C. T., navedeno delo; <http://www.nadr.co.uk/articles/published/arbitration>SelectingArbitrators.pdf> (13. 6. 2013).

²⁶ Prim. <http://www.nadr.co.uk/articles/published/arbitration>SelectingArbitrators.pdf> (13. 6. 2013).

Established Practices in Arbitral Proceedings

Jure Zrilič

Jure Zrilič is a PhD Candidate in Law at the University of Cambridge, focusing on international dispute resolution. In 2012 he worked as a White & Case Fellow at the School of International Arbitration at Queen Mary, University of London, where he conducted the research for the International Arbitration Survey and supervised LL.M. students. His practical experience includes also working at The Hague-based NGO in the justice sector, and completing a traineeship at the Higher Court of Maribor in Slovenia.

The Empirical Survey

In October 2012, the School of International Arbitration, Queen Mary, University of London, published its fourth empirical survey (hereinafter the "Survey"), the second sponsored by the global law firm, White & Case.¹ The Survey sought to answer questions about current and preferred practices in the arbitral process. In comparison to school's past surveys, the 2012 Survey stands out by a much broader and diverse sample of respondents, namely views were sought not only from in-house counsel, but also from private practitioners and arbitrators. As a consequence, the final number of respondents was considerably larger than in earlier surveys – the Survey harvested 710 questionnaire responses supplemented with 104 qualitative interviews, which makes it the most comprehensive empirical survey conducted in the field of international arbitration. Most respondents were private practitioners (53%), followed by arbitrators (26%) and in-house counsel (10%). The remaining 11% of the sample consisted of counsel working at arbitral institutions, academics and expert witnesses. The fact that more than 70% of respondents were involved in more than 5 international arbitrations in the

past 5 years from the time of completing the Survey indicates that the captured data represents a fair degree of experience with the subject matter. In addition, the representativeness of the sample was ensured as much as possible in relation to the legal background of the respondents (48% had civil law background while 44% common law background) and their geographic location (the majority came from Western Europe and North America). In order to avoid bias in favour of certain categories of respondents but also to highlight differences in experience and views among them, the survey broke down and compared the results by respondents' professional role (private practitioners v. arbitrators v. in-house counsel), legal background (common v. civil law) and geographic regions.

The focus of the 2012 Survey was on the arbitral procedure. Procedural flexibility is often praised as one of the biggest advantages of international arbitration.² It allows for the procedure to be tailored according to the needs and expectations of the parties which often have diverse legal backgrounds and come from different cultures, and are unfamiliar with procedural standards embedded in legal systems other than their

In October 2012, the School of International Arbitration, Queen Mary, University of London, published its fourth empirical survey

The focus of the 2012 Survey was on the arbitral procedure

Procedural flexibility is often praised as one of the biggest advantages of international arbitration

¹ 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process: <http://www.whitecase.com/files/Uploads/Documents/Arbitration/Queen-Mary-University-London-International-Arbitration-Survey-2012.pdf/> (16. 06. 2013). The data used in this article are based on the Survey's findings.

² 2006 International Arbitration Survey: Corporate Attitudes and Practices, p. 6 http://www.arbitrationonline.org/docs/IAsurvey_2006.pdf (16. 06. 2013).

There is a strong preference in the arbitration community (76% of respondents) for a selection of the two co-arbitrators by each party unilaterally over other methods of appointment

The Survey found that pre-appointment interviews are becoming a common practice in international arbitration as two-third of the respondents has had some experience with them

own. It also facilitates the development of innovative practices which render the procedure more effective and time-efficient. In the environment of multiplied procedural practices, the Survey aimed to reveal which of these practices are well-established and to what extent do they match the preferences of those involved in international arbitration. It did so by exploring comprehensively the experiences and views of respondents with respect to seven procedural stages: selection of arbitrators, organising arbitral proceedings, interim measures and court assistance, document production, fact and expert witnesses, pleadings and hearings, and the arbitral award and costs. The aim of this article is to briefly outline the procedural practices which, according to the Survey, are already well-established and strongly preferred in the arbitration community. Due to the space limitation, the article will focus only on three thematic parts: appointment of arbitrators, production of evidence, and pleadings and hearings.

Established Practices in Selecting Arbitrators

The autonomy of the parties is arguably one of the most important features of arbitration. It is a principle according to which parties have a right to determine the procedure to be followed in arbitration, to choose the applicable substantive law, but also to decide who will settle the dispute. The parties' right to appoint arbitrators has been embraced in several arbitration rules,³ national laws,⁴ and even UNCITRAL Model Law.⁵ It permits each party to select one co-arbitrator, whereby the third arbitrator (the chair) is usually selected by co-arbitrators or an arbitral institution. This method of appointing arbitrators has been, however, severely criticised by some arbitrators and academics due to the perceived bias of the party-appointed arbitrator. Jan Paulsson, for example, went so far as to argue that there is no right of the parties to appoint arbitrators, and that all members of the arbitral tribunal should be appointed by a neutral body, which can be achieved by establishing pre-existing lists of arbitrators or by using a variety of other list procedures.⁶ The Survey rejected

such proposals by showing that there is a strong preference in the arbitration community (76% of respondents) for a selection of the two co-arbitrators by each party unilaterally over other methods of appointment (e.g. by each party from an exclusive list of arbitrators, by agreement of the parties or by an arbitral institution). According to interviewees, the reasons for the popularity of this method are threefold: first, it gives the parties some control over the constitution of the tribunal and inspires confidence in the arbitral process; second, parties are more familiar with the particularities of the disputes and thus know better than an arbitral institution what skills and knowledge are required for resolving the dispute; and third, some arbitral institutions are selecting arbitrators from a very limited and static pool and are paying too little attention to the candidates' availability which may result in less efficient management of the procedure.

Closely related to the unilateral party appointments is the practice of interviewing prospective arbitrators. Whether conducting pre-appointment interviews is appropriate or not has been long controversial. The practice derives from the United States where attorneys may face a malpractice suit if they nominate an arbitrator without carrying out a careful due diligence enquiry first.⁷ The Survey found that pre-appointment interviews are becoming a common practice in international arbitration as two-third of the respondents has had some experience with them. Similarly, there is a strong consensus that such interviews are appropriate if conducted in a proper manner (only 12% of respondents found them inappropriate). Private practitioners and in-house counsel explained that pre-appointment interviews are conducted with a purpose to obtain information about the candidate's availability, knowledge, experience and personality. There was also a general agreement that not all topics are suitable for discussion and in particular the following should be avoided: the candidate's position on legal questions relevant to the case; whether the candidate is a strict constructionist or someone who is influenced by the equities of the case; and prior views expressed, e.g. as an expert or arbitrator on a particular legal issue. Generally, inappropriate questioning

3 E.g. Article 12.4 of the ICC Arbitration and ADR Rules; Article 9 of the UNCITRAL Arbitration Rules; Article 25 of the CIETAC Arbitration Rules.

4 E.g. Article 14.3 of the Slovenian Arbitration Act.

5 Article 11 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with Amendments as Adopted 2006.

6 Paulsson, J.: Moral Hazard in International Dispute Resolution, Inaugural Lecture as a Holder of a Michael R. Klein Distinguished Scholar

Chair, University of Miami School of Law, 2010, http://www.arbitration-icca.org/media/0/12773749999020/paulsson_moral_hazard.pdf (16. 06. 2013).

7 Redfern, A., Hunter, M. et al.: Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4th Edition, 2004, p. 235.

during pre-appointment interviews does not happen often, but when it does, arbitrators said they politely declined to answer. When being interviewed by unknown practitioners or parties, arbitrators often communicate the limits of the questioning in advance or they refer to some of the existing guidelines (e.g. the Chartered Institute of Arbitrators' guidelines on "The Interviewing of Prospective Arbitrators").

Once the arbitrator has been appointed, the question arises whether a party who appointed the arbitrator should be allowed to communicate with them the views regarding the selection of the third arbitrator. Although such *ex parte* communication may be perceived as inappropriate since it may lead to discussing the merits of the case, the Survey showed that a large majority of respondents (74%) believe that party-appointed arbitrators should be allowed to refer back to the parties who nominated them and in this way ensure that the appointed chair is acceptable to all concerned. Similarly, the IBA Rules of Ethics for International Arbitrators find such communication with the appointing party acceptable.⁸

Established Practices in Presenting Evidence

By presenting the evidence, parties assist the arbitral tribunal in clarifying the disputed issues of fact and disputed issues of expert opinion.⁹ The way the evidence is presented to an arbitral tribunal usually depends on the applicable procedural rules, party autonomy – subject to certain limitations, and the discretion of arbitral tribunal. Traditionally, in litigation procedures before courts of common law countries, judges leave it to the parties to present their evidence and ultimately choose between them (adversarial process). By contrast, in the courts of the civil law countries judges are more active in the conduct of proceedings and they make their own enquiries about the disputed factual and legal issues, with the help of the parties (inquisitorial process). These differences are embedded in the experience and expectations of the participants of international arbitration and are sometimes the source of great difficulties.¹⁰

Evidence presented in documents is often believed to be the best evidence. Document production, however, is considered also to be an area of international arbitration where the views and experiences of civil and common lawyers are most divergent. This is due to different disclosure practices in litigation procedures of common and civil law systems. While in many common law countries automatic discovery of documents is a norm, in civil law countries the disclosure of documents is usually more limited.¹¹ These differences have influenced the practice of submitting requests for document production in international arbitration. Accordingly, the Survey found that requests for document production made by one or more of the parties are far more frequent in the common law world: 74% of common lawyers, compared to only 21% of civil lawyers, said that three-quarters or more of their arbitrations involved such requests. The views on what the scope of document production should be, however, were more harmonised. According to the Survey, there is a broad consensus (70% of respondents) that the standard for document production in international arbitration should be the standard contained in Article 3 of the IBA Rules (i.e., only documents relevant to the case and material to its outcome should be disclosed).¹² This does not come as a surprise since the standard reflects a good compromise between common and civil law jurisdictions.

Another procedural difference between civil and common law systems exists with respect to the use of cross-examination of witnesses, i.e. the interrogation of witnesses by the opposing party's advocate. While cross-examination is an essential part of testing the credibility and quality of fact and expert witness evidence in courts of common law countries, civil lawyers are less accustomed to it. Interestingly, this did not affect the views of respondents as to the effectiveness of cross-examination in international arbitration: the vast majority said that cross-examination was either always or usually an effective form of testing evidence of fact witnesses (90%) and expert witnesses (86%). Some interviewed arbitrators, however, pointed out that advocates should try to refrain from aggressive style of interrogation, resembling that of the US cross-examination before the jury, as this would usually be counterproductive.

Document production, however, is considered also to be an area of international arbitration where the views and experiences of civil and common lawyers are most divergent

The vast majority said that cross-examination was either always or usually an effective form of testing evidence of fact witnesses (90%) and expert witnesses (86%)

8 Article 5.2 of the IBA Rules of Ethics for International Arbitrators.

9 Ibid., n 7, p. 349.

10 Ibid., p. 351.

11 Ibid., p. 355-6.

12 Article 3.3 of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.

“Documents only”
international arbitrations
are rare (although parties
may agree to it)

It is a well-established
practice that experts
are appointed by the
parties (in 90% of
arbitrations) rather than
by the tribunal (in 10% of
arbitrations)

One method to
reduce time and costs
of proceedings is to
impose time limits on
oral submissions and
examination of witnesses
at hearings

Another way to facilitate
efficient and proper
conduct of proceedings
is through the use of
costs as a penalty for
improper party behaviour
(e.g. delay, meritless
applications and other
dilatory tactics)

The Survey further showed that expert witnesses are involved in two-thirds of international arbitrations. Most popular are financial/accounting experts, followed by technical, industry specific experts and legal experts. Interestingly, experts are more often involved in arbitrations of common lawyers than civil lawyers. According to the Survey, it is a well-established practice that experts are appointed by the parties (in 90% of arbitrations) rather than by the tribunal (in 10% of arbitrations). When asked about their preferences, however, the views were not that convergent: 43% of respondents found expert witnesses more effective when they were appointed by the parties, while 31% found the tribunal-appointed experts more effective. Reflecting different domestic litigation practices, lawyers from civil law countries were fonder of tribunal-appointed experts. During the interviews the preference for tribunal-appointed experts was justified with concerns that party-appointed experts act as partisan advocates for the party who appointed them which often leads to the appointment of a third expert. According to some interviewees this only prolongs the procedure and imposes additional costs.

Established Practices with respect to Pleadings and Hearings

When the arbitral tribunal has been appointed and procedural framework has been established, the next step is the exchange of substantive submissions or written pleadings (e.g. statement of claim, statement of defence, memorial, counter-memorial, reply, rejoinder etc.). Written submissions can be exchanged sequentially (the claimant submits a statement of claim and the respondent answers to it by submitting a statement of defence, followed by another round of exchanges) or simultaneously (parties submit their written pleadings on the same date and then exchange their written responses on another set date). According to the Survey, sequential exchange of written submissions is by far more common than simultaneous (82%), and equally more preferred (79%). According to the interviewees, by submitting the pleadings sequentially parties can address points raised in the opposing party's pleadings and engage in a dialogue. This is in contrast to simultaneous exchange where parties' pleadings have been described metaphorically as “two ships passing in the night”.

“Documents only” international arbitrations are rare (although parties may agree to it). Most commercial arbitrations include a hearing where parties are given an opportunity to make oral submissions and to present fact and expert evidence, while the tribunal is given a chance to ask for clarification of ambiguous issues in written submissions. Organising hearings can be time-consuming and expensive. Over half of respondents said that the average duration of the final hearings was 3-5 days. The Survey also confirmed the oft-voiced belief that hearings of civil lawyers are shorter than hearings of their counterparts from common law systems.

In an attempt to make the arbitral procedure more efficient, several practices have been developed. One method to reduce time and costs of proceedings is to impose time limits on oral submissions and examination of witnesses at hearings. The Survey found that time limits are used in two-thirds of arbitration hearings: in 36% of the hearings by using the “chess clock” method (i.e., parties have an overall allocation of time at the hearing which they may use as they wish), and in 31% of the hearings by allocating time limits for specific stages of the hearing. Similarly, there is a substantial preference for some type of time limits. The Survey revealed a disconnect between the experiences and preferences, however: while 33% of the hearings involved no time limits, only 6% of respondents expressed preference for the absence of any time limits.

Another way to facilitate efficient and proper conduct of proceedings is through the use of costs as a penalty for improper party behaviour (e.g. delay, meritless applications and other dilatory tactics). Arbitral tribunals usually have a wide discretion in awarding costs and are often allowed to take into account particular circumstances of the case in order to make a fair allocation. Pursuant to the Chartered Institute of Arbitrators' Guideline for Arbitrators on Making Orders Relating to the Costs of the Arbitration “if the arbitrator considers that the hearing has been prolonged by unreasonable conduct of [the party] he is fully entitled to make an order which reflects this view (e.g. by depriving the successful party of a proportion of its costs).”¹³ Unsurprising in light of ongoing complaints about the duration of arbitral proceedings, the most convincing consensus in the Survey was achieved

¹³ Chartered Institute of Arbitrators' Guideline for Arbitrators on Making Orders Relating to the Costs of the Arbitration, para. 4.5.1.

with respect to this question. Namely, an overwhelming majority of respondents (96%) said that improper conduct by a party or its counsel during the arbitral proceedings should be taken into account by the arbitral tribunal when allocating costs. This conveys a strong message to arbitrators that they are expected to penalise improper conduct by parties and their counsel when allocating costs.

Conclusion

This article has highlighted only some of the most established practices and preferences voiced by the arbitration community in the 2012 Survey conducted by the School of International Arbitration. The findings of the Survey are rich and complex and call for a deeper analysis. Members of the arbitration community are advised to consult them as a guideline in the conduct of arbitral proceedings. They will likely prove to be helpful to the parties when arguing their cases, to the arbitrators when deciding the procedural issues, and to the arbitral institutions and legislators when reviewing the procedural rules and guidelines.

The article has showed that despite the differences in legal background of participants in international arbitration, some practices have become prevailing and strongly preferred in the conduct of arbitral proceedings. In order to meet the needs of the parties, proceedings often reflect a blend of common and civil law procedural features, tweaked by innovative devices aiming at making the procedure speedier and less costlier. A significant weight is given to the party autonomy (e.g. appointment of arbitrators) and constant efforts to make the arbitration more effective and efficient (e.g. the use of time limits and “penalty” costs) than other, competitive methods of dispute resolution. Although each international arbitration is unique and thus a rigid following of generalised procedural templates should be avoided as too formulaic, it could be argued that the described established practices reflect a bit of an emerging harmonised international arbitral procedure.

An overwhelming majority of respondents (96%) said that improper conduct by a party or its counsel during the arbitral proceedings should be taken into account by the arbitral tribunal when allocating costs

Although each international arbitration is unique and thus a rigid following of generalised procedural templates should be avoided as too formulaic, it could be argued that the described established practices reflect a bit of an emerging harmonised international arbitral procedure

Administrative Secretaries to Arbitral Tribunals

A Note from a Practitioner's Perspective

Venus Valentina Wong

Venus Valentina Wong, Dr.iur., Bakk.phil., attorney-at-law with Torggler Rechtsanwälte, Vienna, studied law and sinology in Vienna, Amsterdam and Taipei. After three years as university assistant in law and court clerkship, Valentina, in 2004, joined a boutique firm in Vienna specialising on international commercial arbitration. She also completed internships with CIETAC in Beijing and ICC in Paris. In 2012, she became a member of Torggler. Valentina regularly serves as administrative secretary, sole or party-appointed arbitrator, and counsel in institutional and ad-hoc arbitrations.

We all know it, we all have seen it, but many arbitration practitioners rarely or are hesitant to admit it: even less complex arbitrations can nowadays be hardly conducted without the assistance of an administrative secretary to the arbitral tribunal. For a young arbitration practitioner, serving as an administrative secretary can be a first and valuable step in one's arbitration career. This article discusses the concept of an administrative secretary from a practical point of view and concludes with a few remarks on how it can enhance the career of a young arbitration practitioner.

The Appointment of an Administrative Secretary

The first and foremost prerequisite of appointing an administrative secretary is the consent of the parties and, in institutional arbitration, also of the institution. As long as the parties do not have to incur additional costs for the secretary, they are naturally more willing to accept the appointment of an administrative secretary.

of the secretary in question. For instance, the ICC "Note on the Appointment, Duties and Remuneration of Administrative Secretaries"¹ is a very helpful guidance in this regard, also for non-ICC arbitrations. It explicitly states that administrative secretaries must "satisfy the same independence and impartiality requirements as those which apply to arbitrators under the Rules". Other institutions, such as the Arbitration Institute of the Finland Chamber of Commerce, have even included the requirement of independence and impartiality into their Rules (Art. 25.5, with reference to Art. 10 on the arbitrator's independence and impartiality). However, it could be discussed whether really the same standards of impartiality and independence should apply to arbitrators and administrative secretaries.

Another issue that the parties must consent to prior to the appointment is the question of remuneration. As long as the parties do not have to incur additional costs for the secretary, they are naturally more willing to accept the appointment of an administrative secretary. But even if the parties have to pay for the secretary's fees and expenses, they could be convinced that the assistance by an administrative secretary would indeed expedite the proceedings (in particular after the closing of the proceedings when the award has to be drafted), improve the decision-making process and its

The first and foremost prerequisite of appointing an administrative secretary is the consent of the parties and, in institutional arbitration, also of the institution

As long as the parties do not have to incur additional costs for the secretary, they are naturally more willing to accept the appointment of an administrative secretary

¹ Most recently updated on 1 August 2012, available from the Secretariat of the ICC International Court of Arbitration.

outcome or make the arbitral process generally more efficient. In this case, parties see their additional costs well invested and the issue of remuneration will not be subject to further discussion.

As to the form of appointing an administrative secretary, there is no strict rule, but it is strongly advisable to have it on the record of the file. It could thus be included in one of the first procedural orders or in additional procedural rules which the tribunal and the parties often agree on at an early stage of the proceedings.

While most arbitration institutions allow the arbitral tribunal to appoint an administrative secretary of the arbitrators' choice, there are also institutions that handle this issue in another way. For instance, the Court of Arbitration of Sports (CAS) itself may appoint a so-called "*ad hoc* clerk" (Rule R54, sub-paragraph 5) to assist the panel. In CIETAC arbitration, it is often the member of the secretariat in charge of the file that carries out certain tasks of an administrative secretary, particularly in less complex matters. It is therefore prudent for the arbitrators to first enquire with the arbitral institution about the practice of appointing administrative secretaries before approaching the parties with this question.

The Tasks of an Administrative Secretary

The original purpose of the role of an administrative secretary was – as the title indicates – of purely administrative nature, i.e. keeping the physical file in order at then non-digital times, administering the funds (the arbitrators' fees and expenses, expenses of the hearing, etc) in particular in *ad hoc* arbitrations, organising the oral hearing, or even taking (summary) minutes where court reporters or electronic/digital recording was not yet available or too costly. Some of these tasks are still part of a secretary's job, others can be efficiently outsourced.

For instance, keeping the file in good order is still a challenging task despite or because of the digital revolution that has simplified the production, storage and re-production of large volumes of documents and other pieces of evidence. In particular in technically sophisticated cases, evidence can be submitted on different means of record and in different software formats.

Another, non-legal task that requires knowledge of the case relates to the organisation of the oral hearing. Again, complex cases can involve numerous party representatives, counsel (from two or more law firms or barristers' chambers), witnesses, technical and legal experts, interpreters on each party's side (and perhaps there are even more than two parties) and other persons such as court reporters or telecommunication technicians (e.g. for video-conferencing) who all require their seats and space for technical equipment and installations.

All these persons have to appear at the same time or in a particular order in the hearing room. Thus, the arbitrators will be glad if they can rely on someone who takes care of the time schedule on which the tribunal and the parties have agreed prior to the hearing.

It is also conceivable that, at the hearing, the administrative secretary becomes responsible for one complete clean set of the file so that any persons who are to be examined can be presented with a certain piece of clean evidence if necessary.

Even though the taking of minutes is nowadays either recorded electronically/digitally or by court reporters, the administrative secretary can nevertheless have an important role by calculating and allocating the time a party may use for the questioning of witnesses and experts, for instance if the parties have agreed on a certain amount of time or other mechanism of time allocation.

Another administrative task which is not primarily legal is the opening and handling of an escrow account (from a formal point of view, it is of course the presiding arbitrator who maintains the escrow account). This is particularly essential in *ad hoc* proceedings where no institution is in charge of collecting the advance on the arbitrators' fees and expenses. But also in institutional proceedings, the use of an escrow account can be necessary if the institution, the parties and the tribunal have reached the arrangement that the parties make a deposit with the tribunal which then pays the expenses (e.g. for the hearing, tribunal-appointed experts, etc.). Such arrangement can be useful if there are, for instance, several parties to the arbitration and the third party suppliers do not want to deal with all of them or if simply the funds for such third party suppliers should be secured in advance. When it then comes

As to the form of appointing an administrative secretary, there is no strict rule, but it is strongly advisable to have it on the record of the file

It is therefore prudent for the arbitrators to first enquire with the arbitral institution about the practice of appointing administrative secretaries before approaching the parties with this question

When it comes to the legal tasks of an administrative secretary, views differ significantly among (senior) arbitration practitioners

"The act of writing is the ultimate safeguard of intellectual control. An arbitrator should be reluctant to relinquish it"

to the question as to whether or not VAT is applicable (to the arbitrators' fees and expenses as well as to any third party services, and in relation to which party), then the administering of all those funds can be a rather challenging mathematical exercise despite the saying "*iudex non calculat*".

The tasks described above are rather organisational and are thus not controversial. However, when it comes to the legal tasks of an administrative secretary, views differ significantly among (senior) arbitration practitioners. Although the "*UNCITRAL Notes on Organising Arbitral Proceedings*" (which were finalised in 1996, i.e. more than 15 years ago) express a rather cautious position in this regard, it appears to be generally accepted today that secretaries may conduct legal research on the subject-matter of the case, including for instance, a summary or juxtaposition of the parties' legal arguments, collecting and/or preparing a digest of relevant legal doctrine and case law.

The secretary becomes even more legally involved in the matter if he/she identifies and sorts the evidence in such a way that facilitates the legal conclusion by the arbitrator based on the parties' submissions.

Another legal task relates to the drafting of procedural orders (including the procedural timetable) and, in particular, the arbitral award itself. Some arbitration practitioners wonder whether it is really necessary that the sole arbitrator or the chairperson in person drafts the complete procedural order. If the procedural order includes rather "technical" issues such as additional procedural rules or the procedural timetable (to which everybody has agreed in a prior conference call or procedural meeting) then the answer might be "no". However, what about procedural orders that decide on sensitive matters such as a request for preliminary measures? Does the arbitrator have to draft also those parts of the procedural order that deal with the parties' positions and requests? Some may say "yes" so to make sure that the arbitrator has indeed and carefully studied the parties' submissions. Others would say "no", since a more junior lawyer can just as well summarise the parties' arguments for the purpose of drafting the procedural order.

The same arguments apply *mutatis mutandis* to the drafting of the arbitral award. In international arbitration, it is common and accepted that certain parts of

the award are written by a more junior lawyer and not by the sole or presiding arbitrator him-/herself. These parts usually include the introductory part, the quotation of the arbitration agreement and the choice of law clause, if any, the procedural history and, more and more frequently, the summary of the parties' factual and legal submissions. However, there are senior arbitration practitioners who explicitly state that they do not want to delegate even those parts to other persons. They argue that the drafting of such parts helps them to rethink and reconfirm their own decision. Others say that they do not want to have an inconsistency in the linguistic style of the award which you can only avoid by drafting the complete award yourself. It appears that both positions are accepted in the practice of international arbitration. As every arbitrator has his/her own way of conducting an arbitration, this also includes the way of drafting an award.

A step further is taken when it comes to the question whether an administrative secretary may also draft the actual decision which was taken by the sole arbitrator or the tribunal and its reasoning. The borderline can be blurry between a scenario where the secretary merely puts into words what he/she received as clear instructions by the tribunal (i.e. what the tribunal has identified as the facts and what legal conclusions it has drawn therefrom) and a scenario where an arbitrator dictates the reasoning to a secretary or assistant. Here again, some arbitrators would argue that as long as the administrative secretary was not involved in the decision making itself, one need not to worry if he/she drafts the award which entirely reflects what the arbitrators agreed on. Other arbitrators take up a different position: "*The act of writing is the ultimate safeguard of intellectual control. An arbitrator should be reluctant to relinquish it.*"²

Therefore, if we think this development to the end, this would mean that administrative secretaries write the complete award. In such a case, has the arbitrator illegitimately abandoned his/her duties as arbitrator? One answer to this question can be found by distinguishing between the decision-making function and the decision-making process.³ While the first must be

² Partasides, C.: "The Fourth Arbitrator? The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration", *Arbitration International* 2002, Volume 18, Issue 2, pp 147 – 164 (158).

³ Partasides, C., (supra note 3), pp 157.

solely performed by the arbitrator him-/herself, the latter can also involve the administrative secretary (e.g. by attending the deliberation of the tribunal and drafting the award in whole or in part).

The Issue of Remuneration

In most of the cases, the sole arbitrator or chairperson appoints a more junior lawyer of his/her own law firm to act as secretary. This does not answer the question of who pays for the services of the secretary, but at least facilitates it.

Arbital institutions such as the ICC or VIAC allow the appointment of secretaries, but do not provide for a separate remuneration of the secretary. Thus, it is for the arbitral tribunal to find a solution that is agreeable to everybody. If the secretary is paid by the same firm as the chairperson, the latter will often offer that his firm bears the costs having in mind that the chairperson usually receives a higher remuneration than his/her fellow arbitrators (the usual ratio with the ICC and VIAC is 40% for the chairperson and 30% each for the co-arbitrators). The law firm's rationale behind such an "offer" is easily identifiable: If the chairperson receives a flat amount of money (based on the amount in dispute), then it is more cost-efficient to have a more junior lawyer work on "administrative" tasks, thereby freeing the chairperson from "unnecessary" work and enabling him/her to devote time to other matters where he/she receives a higher hourly fee. If the tribunal appoints someone who is not a member of one of the arbitrators' law firms, the tribunal must find a financial solution of their own. In many cases, the chairperson would agree to pay the secretary out of his pocket for the same reasons as stated above in the case where the secretary belongs to the arbitrator's law firm.

Other arbitral institutions such as the LCIA take into account a certain portion for the remuneration of the secretary when collecting the deposit from the parties. The prerequisite is of course that the parties and arbitrators have agreed on this issue. Since the advance on costs is not calculated on an *ad valorem* basis, but on an hourly fee, the parties and arbitrators would also have to agree on an hourly fee for the secretary. The LCIA's system of remuneration makes it easier for the arbitrators to seek assistance from someone who is not employed by one of them or one of their law firms. The problem with this system is that it could save

the parties cost, but could be financially unattractive from the arbitrator's point of view. Let us assume that the secretary performs tasks that an arbitrator would have performed, thereby reducing the arbitrator's total amount of hours to be spent on the matter. The arbitrator would then receive less than what he/she would have received if he/she would have done the work of the secretary. Such arrangement would be more agreeable (from the arbitrator's perspective) if the secretary is employed by him/her or his/her law firm, thus the secretary's fees increases the income of the law firm. It is less agreeable, if the secretary has no employment or other economic ties with the arbitrator.

In most of the cases,
the sole arbitrator or
chairperson appoints a
more junior lawyer of his/
her own law firm to act as
secretary

Perspectives for a Young Arbitration Practitioner

As discussed above, it is rather rare (but not unrealistic) for financial reasons to become appointed as administrative secretary by an arbitrator with whom there is no employment relationship whatsoever. Such appointment is usually limited to a single case which means that, in most cases, it is not a full time job. However, administering one arbitration case only would allow other engagements at the same time, such as the writing of a master's or doctoral thesis. The chances of learning and experiencing are definitely greater if one directly hires with an arbitration practitioner (or his/her law firm) who is known to regularly serve as presiding arbitrator (and not as counsel) in international arbitration. Since the arbitrator receives appointments on an ongoing basis, the young practitioner is in a position to follow several cases in parallel, each case presumably at a different stage of the proceedings.

As outlined above, the tasks of an administrative secretary can be very widespread and sophisticated and require organisational, financial and legal skills as well. Acting as an administrative secretary undoubtedly enables a young practitioner to gain special insights of an arbitration. These insights relate not only to the formal process of conducting an arbitration, but also to the so essential decision-making process, including the "secret" deliberations of the arbitrators, and the atmosphere among them.

The tasks of an
administrative secretary
can be very widespread
and sophisticated and
require organisational,
financial and legal skills
as well

It can be argued that a young lawyer who may act as administrative secretary gets a more comprehensive picture of an arbitration matter than a colleague with a comparable educational and professional background

Since there is only one secretary in the arbitration, everybody involved in the arbitration (not only arbitrators and counsel, but also e.g. legal experts) is more or less forced to get acquainted with him/her

Therefore, in order to undergo a complete training as arbitration practitioner, a young lawyer should work and gain experience on both sides of the matter

but who acts on counsel's side. In particular in more complex cases, (junior) associates tend to work on a limited scope of the matter, for instance dealing with evidence on certain facts of the case or researching a certain legal question. In contrast to that, the one and only administrative secretary of an arbitration will usually get acquainted with each and every issue and aspect of the matter.

A further aspect that should not be neglected is the social dimension of acting as a secretary. Since there is only one secretary in the arbitration, everybody involved in the arbitration (not only arbitrators and counsel, but also e.g. legal experts) is more or less forced to get acquainted with him/her. The secretary has, in this regard, an outstanding position in comparison to a junior associate who may even not be allowed to attend the hearing (for whatever reason).

This does not mean that, from an educational perspective, acting as secretary is more worth than acting on counsel's side (or *vice versa*). What differs is in particular the perspective on the matter, but also the level of intensity with which one focuses on certain aspects of the matter at various stages of the proceedings. Different roles also require different skills and attitudes to develop. Therefore, in order to undergo a complete training as arbitration practitioner, a young lawyer should work and gain experience on both sides of the matter.

Domet arbitražnega sporazuma v luči novejše arbitražne prakse

mag. Branko Čevriz

mag. Branko Čevriz, MLB (Bucerius/WHU) je zaposlen v Odvetniški pisarni Wolf Theiss – Podružnica v Sloveniji, kjer se ukvarja predvsem s svetovanjem mednarodnim strankam na področju gospodarskega prava. Kot vodja arbitražnega oddelka pri Wolf Theiss Ljubljana zastopa in svetuje strankam v postopkih pred mednarodnimi trgovinskimi arbitražami. E-mail: branko.cevrez@wolftheiss.com

Temeljno izhodišče za reševanje morebitnih sporov med poslovnimi subjekti pred mednarodnimi trgovinskimi arbitražami je soglasje strank, ki se kaže v veljavno sklenjenem arbitražnem sporazumu.

A interakcija strank v mednarodnem poslovnom okolju se velikokrat ne konča s sklenitvijo ene same pogodbe oziroma oblikovanjem le določenega pravnega razmerja. Stranke v okviru kompleksnih poslovnih sodelovanj ali projektov pogosto sklepajo zbirko med seboj prepletenih in bolj ali manj povezanih pogodb ter vstopajo v različna pravna razmerja.

Namen prispevka je skozi primerjalnopravno analizo novejše prakse višjih in vrhovnih sodišč predstaviti ali in kako daleč se lahko veljavno sklenjena arbitražna klavzula med strankama v pogodbi, uporabi tudi za druga razmerja med istima strankama, ki neposredno ne izhajajo iz pogodbe. Prispevek se opredeli do situacij: (i) ko sta stranki sklenili le eno pogodbo, ki vsebuje ali se sklicuje na arbitražno klavzulo; (ii) ko sta stranki sklenili med seboj več vsebinsko povezanih pogodb, pri čemer nekatere od pogodb vsebujejo oziroma se sklicujejo na dogovor o arbitraži, druge pa dogovora o pristojnosti ne vsebujejo; ali (iii) ko sta stranki sklenili arbitražni sporazum, povezane pogodbe med strankama pa vsebujejo dogovor o pristojnosti nacionalnih sodišč (t. im. konkurenčne oziroma paralelne jurisdikcijske klavzule).

Obseg arbitražne klavzule

Eden od pomembnejših vidikov pri sestavljanju arbitražne klavzule je vsekakor opredelitev njenega obsega, s katerim stranki določita vrsto sporov oziroma razmerij, ki bodo podrejeni pristojnosti arbitraže.¹ Velikokrat je namen strank, da bi o vseh njunih sporih odločal en organ, saj lahko v primeru več vzporednih sporov pride do kontradiktornih odločb in negotove pravne varnosti za stranke.

Jezikovna širitev obsega in delitev na široke v. ozke arbitražne klavzule

Na podlagi sodne in arbitražne prakse so se izoblikovale utečene (uvjetljene) diktije, ki govorijo v prid širokemu obsegu arbitražne klavzule. Vzorčne arbitražne klavzule predlagane s strani institucionalnih arbitraž²

Velikokrat je namen strank, da bi o vseh njunih sporih odločal en organ, saj lahko v primeru več vzporednih sporov pride do kontradiktornih odločb in negotove pravne varnosti za stranke

¹ Ketler, M.: Arbitražna klavzula v gospodarski pogodbi, Pravna praksa, 2011, št. 14, str. 14.

² Vzorčna arbitražna klavzula Stalne arbitraže pri GZS: "Vsako ne-soglasje, spor ali zahtevek, ki izvira iz te pogodbe ali je z njo v zvezi ali izvira iz njene kršitve, prenehanja ali neveljavnosti, bo dokončno rešil senat treh arbitrov ali arbiter posameznik, imenovan na podlagi Pravilnika o arbitražnem postopku pred Stalno arbitražo pri Gospodarski zbornici Slovenije.", dostopna na: <http://www.sloarbitration.eu/sl/pogosta-vprasanja/58-arbitrana-klavzula> (20. 6. 2013). Podobno tudi vzorčna arbitražna klavzula ICC arbitraže dostopna na: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Standard-ICC-Arbitration-Clauses/> (20. 6. 2013) ali Londonske stalne arbitraže (LCIA – The London court of international arbitration) dostopna na: http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Recommended_Clauses.aspx (20. 6. 2013).

Široko zastavljena arbitražna klavzula zajema tudi različne zahtevke, ki izhajajo iz zakona, kot so denimo zahtevki na podlagi konkurenčnega prava, prava intelektualne lastnine, gospodarsko statusni spori, zahtevki iz naslova uveljavljanja bančne garancije izdane za obveznosti iz glavne pogodbe

poudarjajo vseobsežnost arbitražnega sporazuma s formulacijami kot so: "vsi spori" ali "vsako nesoglasje, spor ali zahtevek". Pri povezovanju pogodb s karseda široko paleto potencialnih sporov se nadalje uporablja poleg izraza "izvira ali izhaja iz" še izraz "v povezavi z". Tako ekspanzivno zastavljen obseg arbitražne klavzule zajema poleg sporov v zvezi z izpolnitvijo in interpretacijo pogodbe (ki iz nje "izvirajo"), tudi spore v zvezi z neposlovno odškodninsko odgovornostjo (*tort claims*)³ ali denimo spore na podlagi neupravičene obogatitve (*unjustified enrichment*) v kolikor so le ti v določeni "povezavi" s pogodbenim razmerjem med strankama.⁴ Široko zastavljena arbitražna klavzula zajema tudi različne zahtevke, ki izhajajo iz zakona, kot so denimo zahtevki na podlagi konkurenčnega prava,⁵ prava intelektualne lastnine, gospodarsko statusni spori,⁶ zahtevki iz naslova uveljavljanja bančne garancije izdane za obveznosti iz glavne pogodbe,⁷ itd., pri čemer je pogoj, da mora biti dejansko stanje, ki se nanaša na te zahtevke na nek način povezano s pogodbo med strankama.

Pogosto stranke, v prid širokemu obsegu, v arbitražno klavzulo vnesejo izrecno tudi pristojnost arbitraže, da odloči o sporih glede veljavnosti⁸, prenehanja, obstoja, kršitve pogodbe in podobne izraze.

V skladu z opisanim pojmovanjem terminologije, kot jo vsebuje arbitražna klavzula se je v sodni in arbitražni

praksi, pod vplivom odločb ameriških sodišč, razvila formalistična delitev na široke in ozke arbitražne klavzule.⁹ V skladu s to delitvijo naj bi bila ekstenzivna in "pro-arbitražno" usmerjena razlaga obsega arbitražnega sporazuma mogoča le v primeru, ko arbitražni sporazum vsebuje za to ustrezne in dovolj široko zastavljene formulacije in izraze, kot so opisani zgoraj.¹⁰ V nekaterih primerih stranke zaradi različnih interesov same izrecno izključijo določene spore iz splošnega obsega arbitražne klavzule (pogosti so npr. spori glede pravic intelektualne lastnine, tehnična vprašanja, plačilne obveznosti). Zaradi takšnih omejitev so sodišča v ZDA tudi takšne arbitražne klavzule štela kot ozke, saj naj bi bil impliciten namen strank, da arbitraža odloča zgolj o nekaterih sporih.¹¹

Opustitev jezikovne razlage in ekstenzivna razlaga v luči Fiona Trust

Formalistična delitev na ozke in široke arbitražne klavzule je bila kritizirana s strani priznanih avtorjev s področja arbitraže kot preveč toga in neživljenska.¹² Tudi s pomočjo odvetnika in z uporabo vzorčnih modelov arbitražnih klavzul stranke namreč zelo težko predvidijo kakšen naj bo, glede na njihove potrebe, domet arbitražnih klavzul na abstraktni ravni in glede bodočih sporov, ki še niso niti nastali. V luči tega lahko namreč preveliko zanašanje na posamezne izraze, ki jih vsebuje arbitražna klavzula privede do nepraktičnih rezultatov, ki niso v skladu s pričakovanji ali nameni strank.

V odločbi *Fiona Trust* je britanski Zgornji dom parlamenta (*House of Lords*) opustil tradicionalno konцепcijo razlage obsega arbitražnega sporazuma in poudaril domnevni namen pogodbenih strank glede reševanja sporov, neodvisno od diktije izrazov, ki jih vsebuje arbitražni sporazum.¹³ V zadevi je toženec, lastnik ladje,

3 Born, G., navedeno delo, str. 1098.

4 Redfern, A. in Hunter, M.: Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, London 2004, str. 153.

5 V prelomni zadevi *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985) je tožnik od toženca zahteval plačilo pogodbene odškodnine, zaradi kršitve distribucijske pogodbe, toženec pa je nasproti tožniku postavil zahtevki na podlagi kršitve konkurenčnega prava ZDA (*Sherman Act*), zaradi nezakonite delitve trga in omejevanja konkurence. Ameriško vrhovno sodišče je sklenilo, da se skladno z nameni strank široka interpretacija obsega arbitražnega sporazuma razteza tudi na zahtevke, ki imajo podlogo v zakonu, saj bi stranki sicer izrecno izključili zakonsko urejen vidik njunega razmerja iz dometa arbitražne klavzule. Podobno so odločila sodišča tudi v nekaterih drugih jurisdikcijah; glej npr. odločbo avstrijskega Vrhovnega sodišča št. 4 Ob 80/08f z dne 26. 8. 2008.

6 V določenih jurisdikcijah nekateri zahtevki, ki imajo podlogo v zakonu niso arbitralni. Npr. v Sloveniji arbitraži, med drugim, ne morejo biti podprtveni statusni gospodarski spori ali spori med izvršilnim in stecajnim postopkom skladno z 4. členom Zakona o Arbitraži (Uradni list RS, št. 45/2008).

7 Odločitev višjega sodišča v Nemčiji (*Oberlandesgericht München*) št. NJW-RR602, 603 z dne 8. 2. 1991.

8 Za namen prispevka se tu vprašanje postavi glede veljavnosti glavne pogodbe in ne samega arbitražnega sporazuma (pravilo ločenosti glavne pogodbe in arbitražnega sporazuma) ter je ločeno od vprašanja glede kompetence o kompetenci (glej npr. 19. člen Zakona o Arbitraži, 23. člen Arbitražnih pravil UNCITRAL in 6. člena pravil ICC 2010).

11 Born, G., navedeno delo, str. 1070-1071.

12 Ibidem, str. 1081-1082. Tako tudi Fouchard, Gaillard, Goldman: International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague 1999, str. 160-162.

13 Odločba britanskega Zgornjega doma parlamenta (*House of Lords*) št. [2007] UKHL 40: *Premium Nafta Products Limited in ostali v. Fili Shipping Company Limited and others*, objavljena na: <http://www.pub>

sklenil pogodbo z različnimi ladijskimi prevozniki o zakupu ladje. Pogodbe so vsebovale arbitražno klavzulo, ki se po opisani tradicionalni delitvi uvršča med ozke in po kateri o "vseh sporih, ki izhajajo iz te pogodbe o zakupu" lahko odloča arbitraža, v kolikor katera od strank sproži arbitražni spor. V svoji tožbi pred arbitražo v Londonu je tožnik zatrjeval neveljavnost pogodbe, saj naj bi toženec pridobil posel zakupa na podlagi korupcije. Zgornji dom je navkljub tradicionalno ozko zastavljeni arbitražni klavzuli odločil, da je potrebno pri razlagi arbitražne klavzule izhajati iz domneve, da je namen strank, kot racionalnih gospodarskih subjektov, da o vseh sporih, ki izhajajo iz njunega razmerja, katerega sta sklenili ali predvideli s sklenitvijo pogodbe, odloči eden, nevtralen organ ter da je namen strank izogniti se morebitnim sporom o jurisdikciji in vzporednim sodnim postopkom (t. im. *one stop arbitration*). Takšna domneva naj bi bila ovržena le v kolikor stranki izrecno predvidita izključitev določenih sporov iz pristojnosti arbitraže in ne le na podlagi tega, da arbitražna klavzula ne vsebuje izrazov, ki tradicionalno širijo njen domet.

Takšen pristop pri razlagi so uporabila tudi sodišča drugod po svetu. Tendenca ekstenzivne razlage obsega arbitražne klavzule v obliki domnevanega namena strank o reševanju vseh sporov v enotnem postopku, v duhu *Fiona Trust*, je bila ubrana na primer tudi s strani sodišč v Nemčiji,¹⁴ Švici,¹⁵ Avstriji¹⁶. Medtem, pa praksa sodišč v ZDA še ni enotna, saj se kljub drugačnemu razvoju v novejši sodni praksi nekatera sodišča še vedno zatekajo k čisti jezikovni razlagi in formalistični delitvi na "ozke" in "široke" arbitražne klavzule.¹⁷ Pri tem je pomembno poudariti, da se široka razlaga spredeta s strani sodišč uporablja le za ugotavljanje obsega arbitražne klavzule ne pa tudi za ugotavljanje ali med strankama sploh obstaja veljavni dogovor o arbitraži¹⁸.

lications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd071017/ship-1.htm (20. 6. 2013). Odločitev je prelomna tudi glede vprašanja ločenosnosti arbitražnega sporazuma od glavne pogodbe.

¹⁴ Odločba Višjega sodišča v Nemčiji (Oberlandesgericht Munich) št. 2006 OLGR München 906 z dne 25. 9. 2006.

¹⁵ Odločba št. 103/2011 z dne 20. 9. 2011 (objavljena dne 19. 11. 2011), dostopna na: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/20%20septembre%202011%204A%202013%202011.pdf> (20. 6. 2013).

¹⁶ Odločba Vrhovnega sodišča v Avstriji št. 4 Ob 80/Of z dne 26. 8. 2008, v zadevi v kateri sta stranki sklenili pogodbo o distribuciji, ki je vsebovala "ozko" arbitražno klavzulo ("spori, ki izhajajo iz pogodbe") je sodišče odločilo, da zahtevki, ki izhajajo iz kršitve konkurenčno-pravne zakonodaje in so v povezavi s pogodbo o distribuciji spadajo ravno tako v pristojnost arbitraže.

¹⁷ *Cape Flattery Ltd v. Titan Maritime, LLC* (U.S. Court of Appeals, 9th Circuit 2011); na to opozarja tudi Born, G., str. 1069.

Domet arbitražne klavzule v kontekstu povezanih dokumentov

S širitvijo dometa arbitražne klavzule tudi na primere, ki ne izvirajo direktno iz same pogodbe, se postavlja vprašanje ali lahko arbitražna klavzula v določeni pogodbi velja tudi za spore, ki izvirajo iz druge, povezane pogodbe med strankama. Pri tem je potrebno ločiti primere, ko takšna povezana pogodba ne vsebuje jurisdikcijske klavzule od primerov, ko vsebuje klavzulo, ki odkazuje na pristojnost nacionalnih sodišč.

Povezana pogodba brez jurisdikcijske klavzule

Tudi pri povezanih pogodbah tendenca sodišč in arbitraž govori v prid "pro-arbitražno" usmerjeni široki razlagi in da je potrebno izhajati iz namena strank po enotnem reševanju njunih sporov.

Tako so sodišča v ZDA, Angliji, Franciji, Nemčiji in Švici že odločila, da se arbitražna klavzula lahko razteza tudi na sorodne pogodbe v kolikor:¹⁹

- v vseh pogodbah nastopata isti pogodbeni stranki;²⁰
- so pogodbe med seboj časovno in / ali komercialno tesno povezane (npr. se nanašajo na isti projekt ali poslovanje);
- ostali dokumenti ne vsebujejo neskladnih oziroma nasprotujočih jurisdikcijskih klavzul.

V skladu s tem pristopom se arbitražni sporazum vsebovan:

- v krovnih oziroma okvirnih pogodbah razteza tudi za vsa naknadna naročila ali pogodbe, ki izvajajo pravice in obveznosti iz krovne pogodbe (npr. v primeru distribucije, prodaje blaga ali storitev);
- v glavni pogodbi nanaša na sporazum o poravnavi sporov, ki izvirajo iz glavne pogodbe;

Tudi pri povezanih pogodbah tendenca sodišč in arbitraž govori v prid "pro-arbitražno" usmerjeni široki razlagi in da je potrebno izhajati iz namena strank po enotnem reševanju njunih sporov

Tendenca ekstenzivne razlage obsega arbitražne klavzule v obliki domnevanega namena strank o reševanju vseh sporov v enotnem postopku, v duhu *Fiona Trust*, je bila ubrana na primer tudi s strani sodišč v Nemčiji, Švici, Avstriji

¹⁸ Born, G., navedeno delo, str. 1071.

¹⁹ Born, G., navedeno delo, str. 1111-1112. Podobno tudi Lew, J., Mistelis, L., Kröll, S.: Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, London, 2009, str. 144-45.

²⁰ Lew, J., Mistelis, L., Kröll, S., navedeno delo, str. 140-150. Arbitražni sporazum iz glavne izvajalske pogodbe se denimo ne more raztezati na podizvajalsko pogodbo, saj je le ta sklenjena med drugima strankama.

- v glavni pogodbi nanaša na vse kasnejše dopolnitve ali spremembe glavne pogodbe, itd.

Takšno tendenco pa potrjujejo tudi nova arbitražna pravila ICC, veljavna od dne 1. 1. 2012, ki v 6/4(ii) in 9. členu določajo, da se zahtevki, ki izhajajo ali so v povezavi z več kot le eno pogodbo obravnavajo v enotnem postopku, četudi vse pogodbe ne vsebujejo arbitražne klavzule, če to izhaja iz namena strank.

V zvezi s povezanimi dokumenti je zanimiva je tudi nedavna odločba Vrhovnega sodišča Švice²¹, kjer je sodišče odločalo o izpodbijanju arbitražne odločbe na podlagi prekoračitve pristojnosti. Boksarsko združenje (X), in proizvajalec športne opreme (Y) sta med seboj leta 2005 sklenila licenčno pogodbo, po kateri je bil Y upravičen proizvajati in prodajati športno opremo z blagovno znamko X, v zameno za licenčnino. Licenčna pogodba je vsebovala arbitražno klavzulo, ki je določala, da se v primeru nasprotij glede razlage pogodbe, stranki dogovorita za športno arbitražo v Lozani. Omenjena pogodba je predstavljala le eno od mnogih pogodb sklenjenih med strankama. Leta 2007 je družba Y tožila družbo X na plačilo kupnine za športno opremo na podlagi prodajne pogodbe sklenjene med strankama, ki pa jurisdikcijske klavzule ni predvidela. Sodišče je odločilo, da arbitražna klavzula v licenčni pogodbi obsega tudi predmetni spor na plačilo kupnine, saj sta pogodbi po svojem gospodarskem namenu prepleteni in povezani. Družba X je namreč na svojih dogodkih dovoljevala zgolj uporabo opreme, ki so jo priskrbeli imetniki licenc od katerih je X tudi izključno kupoval produkte.

Povezane pogodbe, ki določajo pristojnost sodišč

Podobna problematika se pojavi v situaciji, kjer ena ali več sorodnih pogodb vsebuje klavzulo o jurisdikciji s katero določi pristojnost sodišč, medtem ko druga(e) pogodba(e) določajo pristojnost arbitraže (t. im. paralelni dogovori o jurisdikciji).

Deutsche Bank v. Togkah / Tungkum

Te problematike se je dotaknila odločba Višjega sodišča v Angliji v zadevi *Deutsche Bank v. Togkah/Tungkum* z

dne 24.8.2011²². Tajska družba Tungkum je za namen financiranja izkopavanja in izdelave zlata z Deutsche Bank sklenila kreditno pogodbo. Stranki sta poleg tega sklenili še pogodbo o izvozu s katero sta se dogovorili o odplačilu kredita s prodajo zlata po določeni ceni. Togkah pa je kot družba mati dala poroštvo za obveznosti hčerinske družbe Tungkum. Pogodbe med Deutsche Bank in Tungkum so vsebovale klavzulo z možnostjo izbire sodišča ali arbitraže za reševanje sporov, medtem, ko je poroštvena pogodba določala pristojnost sodišča. Ker se je zaradi političnih razlogov izkopavanje zlata ustavilo Tungkum ni bil sposoben poplačati obveznosti iz kreditne pogodbe. Deutsche Bank je sprožila (i) spor proti Tungkum pred sodiščem glede obveznosti iz kreditne pogodbe; (ii) spor proti Togkah pred sodiščem na podlagi poroštvene pogodbe; in (iii) spor glede razmerij iz pogodbe o izvozu proti Tungkum pred arbitražo. Tungkum je zahteval, da se sodišče glede sporov pod (i) in (ii) izreče za nepristojno in napoti stranki na arbitražo.

Sodišče je poudarilo, da tudi v primeru paralelnih klavzul v različnih povezanih dokumentih potrebno izhodiščno izhajati iz domneve, da stranke niso želele fragmentacije spora. Kjer določbe ene pogodbe napotujejo na sodišče, določbe druge pogodbe pa na arbitražo je določitev pristojnosti podvržena interpretaciji. Sodišče je menilo, da sta kreditna pogodba in pogodba o izvozu usodno povezani saj je bila slednja dogovorjena kot način poplačila obveznosti iz kreditne pogodbe, poleg tega pa se zahtevki iz obeh pogodb nanašajo na isto kršitev pogodbenih obveznosti. Zaradi te povezanosti je sodišče ustavilo postopek pred sodišči glede spora o razmerjih iz kreditne pogodbe in stranki napotilo na arbitražo. Glede na to, da je klavzula o pristojnosti v kreditni pogodbi določala izbiro med sodišči in arbitražo, pa predmetna odločba ne daje odgovora na vprašanje ali je takšna ekstenzivna razlaga dopustna tudi v primerih ko povezana pogodba vsebuje določbo o ekskluzivni pristojnosti sodišč. Ni dvoma, da se bodo s predmetnim vprašanjem sodišča v bodoče še srečala, odgovor pa bo dala ustaljena sodna praksa.

Sodišče se je opredelilo tudi do pristojnosti glede zahtevka nasproti poroku družbi Togkah iz naslova poroštva za obveznosti iz kreditne pogodbe. Nosilni

²¹ Odločba švicarskega Vrhovnega sodišča (*Bundesgericht*) št. 4A-103/2011 z dne 20. 9. 2011 (objavljena dne 19. 11. 2011), dostopna na <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/20%20septembre%202011%204A%20103%202011.pdf> (20. 6. 2013).

²² Odločba višjega gospodarskega sodišča v Angliji v zadevi *Deutsche Bank AG v. Tongkah Harbour Public Co Ltd* [2011] EWHC 2251 (QB); *Deutsche Bank AG v. Tungkum Ltd* [2011] EWHC 2251 (QB) z dne 24. 8. 2011, objavljena na <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2011/2251.html> (20. 6. 2013).

argument toženca je bil dejstvo, da naj bi šlo pri poroštvu za akcesorno obveznost in da se jo mora kot takšno obravnavati skupaj s temeljnim poslom (t.j. kreditno pogodbo), ne glede na to, da poroštvena pogodba določa pristojnost sodišč. Sodišče je takšen ugovor pristojnosti zavrnilo. Zaveza za plačilo iz naslova poroštva je namreč dala druga stranka, poleg tega pa mora tožnik tudi v tem postopku dokazati, da je upravičen do uveljavljanja zahtevka iz naslova poroštva, ne glede na usodo njegovega zahtevka iz temeljne pogodbe. Dejstvo, da se oba zahtevka v precejšnji meri vsebinsko pokrivata pa ne vpliva na zaključek sodišča, da lahko glede obeh zahtevkov paralelno tečeta dva postopka, eden pred sodiščem in drugi pred arbitražo.²³

Theiss Contractors Indonesia v. Kaltim Prima coal in ostali

S paralelnimi klavzulami o pristojnosti se je više sodišče v Angliji skoraj istočasno ukvarjalo tudi v zadevi *Theiss v. Kaltim Prima*,²⁴ kjer sta stranki sklenili pogodbo o izkopavanju rud, ki je vsebovala arbitražno klavzulo ter ločeno pogodbo o distribuciji plačil, ki je določala izbirno pristojnost angleškega sodišča.

Čeprav je sodišče tudi v tem primeru izhajalo iz ekstenzivne razlage vzpostavljene s *Fiona Trust* in ugotovilo, da je spor, ki je bil sprožen pred sodiščem skladno s to razlago zajet z arbitražnim sporazumom, pa je zaradi paralelnih dogоворov o pristojnosti široko razlago arbitražne klavzule nekoliko pogojno omejilo. Sodišče je sklenilo, da je potrebno v takšnih primerih uporabiti dogovor o pristojnosti, ki ga vsebuje tista pogodba, ki je s sporom, ki je bil predložen v odločanje, najtesneje povezana, četudi je obseg arbitražne klavzule dovolj širok za pristojnost arbitraže.

Sklep

Novejša sodna praksa sodišč je pri razlagi ali v obseg arbitražnega sporazuma vsebovanega v pogodbi spadajo tudi določena razmerja, ki ne izvirajo neposredno iz pogodbe, v večini zmanjšala pomen točno določenim formulacijam oziroma diktijam, ki so v praksi širile domet arbitražnega sporazuma in tako opustila tradicionalno delitev na "ozke" in "široke" arbitražne sporazume.

23 Tako tudi Lew, J., Mistlis, L., Kroll, S., navedeno delo, str. 150.

24 Odločba višjega gospodarskega sodišča v Angliji *PT Theiss Contractors Indonesia v. PT Kaltim Prima Coal & Anor* [2011] EWHC 1842 (Comm) z dne 14. 7. 2011, objavljena na: <http://www.bailii.org/ew-cases/EWHC/Comm/2011/1842.html> (20. 6. 2013).

V luči zadeve *Fiona Trust* je potrebno obseg arbitražnega sporazuma razlagati ekstenzivno in v prid pristojnosti arbitraže, pri čemer je potrebno izhajati iz domnevanega namena pogodbenih strank, kot racionalnih gospodarskih subjektov, da o se o vseh sporih odloči v enotnem postopku. Takšna domneva naj bi bila ovržena le v kolikor stranki izrecno predvidita izključitev določenih sporov iz pristojnosti arbitraže in ne le na podlagi tega, da arbitražna klavzula ne vsebuje izrazov, ki tradicionalno širijo njen domet.

V skladu z ekstenzivno razlago, se arbitražni sporazum v določeni pogodbi razteza tudi na druge pogodbe med istima strankama, pri čemer je pogoj, da so pogodbe med seboj časovno in / ali komercialno tesno povezane ali usodno prepletene.

Vendar v primerih, ko:

- povezana pogodba, ki ne vsebuje arbitražne klavzule, predstavlja stransko obveznost, ki je lahko predmet ločenega postopka; in / ali
- v povezanih pogodbah ne nastopata isti pogodbeni stranki; in / ali
- povezana pogodba vsebuje paralelno klavzulo o pristojnosti sodišč;
- je ekstenzivna razlaga dometa arbitražne klavzule iz *Fiona Trust* ustrezno omejena.

Ne glede na novejšo prakso sodišč v nekaterih jurisdikcijah je v izogib dvomu in zaradi še ne poenotene prakse v nekaterih državah vsekakor tudi v bodoče priporočljivo sklepanje kar se da širokih arbitražnih klavzul. Vsekakor pa bodo glede na novejše trende arbitraže in sodišča imela bolj proste roke pri odločanju o tem ali arbitražna klavzula zajema določen spor med strankama. Pri tem pa bodo morali predvsem arbitražni tribunali paziti na razvoj prakse, ki ekstenziven domet arbitražnega sporazuma ustrezno omejuje, saj lahko sicer tvegajo izpodbitje arbitražne odločbe na podlagi V(1)(c) člena Newyorške konvencije.²⁵

V luči zadeve *Fiona Trust* je potrebno obseg arbitražnega sporazuma razlagati ekstenzivno in v prid pristojnosti arbitraže, pri čemer je potrebno izhajati iz domnevanega namena pogodbenih strank, kot racionalnih gospodarskih subjektov, da o se o vseh sporih odloči v enotnem postopku

Ne glede na novejšo prakso sodišč v nekaterih jurisdikcijah je v izogib dvomu in zaradi še ne poenotene prakse v nekaterih državah vsekakor tudi v bodoče priporočljivo sklepanje kar se da širokih arbitražnih klavzul

Prekoračitev pristojnosti arbitražnega senata kot ovira priznanju in izvršitvi odločb

doc. dr. Andreja Primec

dr. Andreja Primec je članica Katedre za poslovno in podjetniško pravo Ekonomsko-poslovne fakultete Univerze v Mariboru. Temeljna področja njenega ustvarjanja so gospodarsko pravo, mednarodno gospodarsko pravo, pravo EU, pravo intelektualne lastnine, obligacijsko pravo in arbitražno pravo. Uvrščena je na listo arbitrov Stalne arbitraže pri GZS. Je članica Društva mediatorjev Slovenije, Društva univerzitetnih profesorjev Univerze v Mariboru in Pravniškega društva Maribor.

Uvod

Arbitražni sporazum je temeljni kamen arbitraže.

To ugotovitev arbitražnih strokovnjakov (kot npr. *Redfern in Hunterja*¹), velikokrat srečamo v strokovni literaturi, ki se ukvarja z arbitražnim reševanjem sporov. Prav gotovo ne po naključju. Stranki, ki sta ali se bosta morda znašli v sporu, z arbitražnim sporazumom določita, da se naj njun spor reši z arbitražo. S tem je podana osnova za arbitražno odločanje, ki pa še ne pomeni jamstva za uspešno rešitev spora. Uspeh praviloma izkazuje izdaja arbitražne odločbe, ki je po učinkih primerljiva s pravnomočno sodno odločbo.

Temeljnemu kamnu je torej potrebno dodati še veliko "zidakov", poleg tega pa mora biti tudi sam brezhben. Brezhbinost (oziroma veljavnost) arbitražnega sporazuma je odvisna od številnih pogojev, formalnih in vsebinskih. Ker pričajoči prispevek ni usmerjen v proučevanje pogojev za veljavnost arbitražnega sporazuma, jih v nadaljevanju ne bomo obravnavali. Želimo predvsem izpostaviti pomen arbitražnega sporazuma z vidika vsebine in obsega pristojnosti, ki jih stranke podelijo arbitrom v arbitražnem sporazumu. Kršitev teh pristojnosti lahko posredno povzroči tudi neveljavnost arbitražnega sporazuma, hkrati pa pomeni enega izmed razlogov za razveljavitev arbitražne odločbe

O pristojnostih arbitražnega senata je mogoče govoriti tudi v ožjem smislu in sicer kot o mejah odločanja arbitražnega senata, ki mu jih postavijo stranke v arbitražnem sporazumu

ter enega od razlogov, na osnovi katerega je mogoče nasprotovati priznanju in izvršitvi arbitražne odločbe, vsebovanih v večini nacionalnih zakonodaj kot tudi mednarodnih pravilih, med katerimi izpostavljamo Konvencijo o priznanju in izvrševanju tujih arbitražnih odločb – Newyorško konvencijo,² ki je po številu držav podpisnic najmnožičnejša³ in najpogosteje uporabljana konvencija na tem področju.

Določitev pristojnosti arbitražnemu senatu

Pojem pristojnosti arbitražnega senata je v arbitražnem postopku zelo široko pojmovan. V najširšem pomenu ga je mogoče razumeti v smislu podelitev mandata arbitražnemu senatu, da sploh lahko odloča v sporu. Na vprašanje, ali je arbitražni senat sploh pristojen, vpliva veliko dejavnikov: veljavni arbitražni sporazum, pravilna sestava arbitražnega senata, arbitralnost spora, itd.. O pristojnostih arbitražnega senata pa je mogoče govoriti tudi v ožjem smislu in sicer kot o mejah odločanja arbitražnega senata, ki mu jih postavijo stranke v arbitražnem sporazumu. Prav temu

² V nadaljevanju NYK (Ur. I. SFRJ, Mednarodne pogodbe, št. 11/81).

³ Po podatkih o statusu konvencije, objavljenem na naslovu: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (dne 6. 6. 2013), ima konvencija 149 držav članic.

¹ Redfern, A., Hunter, M.: Law and practice of International Commercial Arbitration, četrta izdaja, Sweet & Maxwell, London, 2004, str. 5.

pojmovanju pristojnosti, t. im. obsegu arbitriranja, bo v nadaljevanju namenjena osrednja pozornost.

Obvezna sestavina arbitražnega sporazuma

Prednost arbitražnega reševanja sporov v primerjavi s sodnim postopkom je v tem, da stranki lahko sooblikujeta in vplivata na način reševanja njunega spora. Pri tem razlikujemo med sestavinami, ki so nujno potrebne za izvedbo postopka (npr. določitev arbitraže in izbor arbitrov) ter običajnimi sestavinami (pravila postopka, sedež arbitraže, jezik postopka, časovne omejitve, itd.). Določitev pristojnosti arbitrom sodi med obvezne sestavine arbitražnega sporazuma.⁴ V kolikor iz arbitražnega sporazuma ni razvidno, kateri spor naj arbitraža razreši, je takšen sporazum pomanjkljiv in posledično neveljaven.⁵

V zvezi s podelitvijo pristojnosti arbitražnemu senatu je potrebno poudariti, da morajo biti le-te v arbitražnem sporazumu natančno določene, saj nezadostna opredelitev pristojnosti ne more biti podlaga za delo arbitrov, temveč povzroči neveljavnost arbitražnega sporazuma in posledično arbitražni senat izgubi pravico odločati v sporu. Prav tako pa je v arbitražnem sporazumu potrebno senatu jasno začrtati meje odločanja. V kolikor arbitražni senat odloča izven podeljenih pristojnosti, tvega neveljavnost svoje odločitve. Obe kršitvi (nezadostna opredelitev in prekoračitev pristojnosti) se v arbitražnih pravilih opredeljujeta kot dva ločena razloga za izpodbijanje arbitražnih odločb oziroma kot ovira njihovemu priznanju in izvršitvi.⁶ Osnovni namen je pri obeh določbah enak; arbiter bo deloval izven arbitražnega sporazuma. V prvem primeru, ker

⁴ "Arbitražni sporazum je sporazum strank, da predložijo arbitraži v reševanje vse ali določene spore, ki so med njimi že nastali ali ki utegnejo nastati v zvezi z določenim pogodbenim ali nepogodbenim pravnim razmerjem." (1. odst. 10. člena Zakona o arbitraži, v nadaljevanju ZArbit, Ur. l. RS, št. 45/2008). Popolnoma enako določbo vsebuje hrvaški Zakon o arbitraži (v nadaljevanju ZA, Narodne novine, br. 88/2001) v 1. odst. 6. člena, nemški Zakon o civilnem postopku (v nadaljevanju ZPO, BGBl. I S. 3202, ber. 2006 I S. 431, 2007 I S. 1781) v 1. odst. 1029. člena in avstrijski Zakon o civilnem postopku (v nadaljevanju ZPO, RGBL. 113/1895) v 1. odst. 581. člena. Vsa našteta nacionalna pravila izhajajo iz UNCITRAL-ovega vzorčnega zakona o mednarodni trgovinski arbitraži (primerjaj 1. odst. 7. člena vzorčnega zakona).

⁵ Ker pravni stranki v kompromisorni klavzuli nista določili, kateri so tisti medsebojni spori, za reševanje katerih je pristojna arbitraža, dogovor ni določen in nima pravne veljave (izhaja iz jedra sklepa VSL II Cpp 2060/99 z dne 4. 1. 2000).

⁶ 1. in 3. alineja 1. točke 2. odst. 40. člena ZArbit, alineji a in d 1. točke 2. odst. 36. člena hrvaškega ZA, točki a in c 1. točke 2. odst. 1059. člena nemškega ZPO.

je ta neveljaven, v drugem primeru pa zato, ker ne vsebuje pooblastila za rešitev zadeve, o kateri je arbitraža razpravljala v postopku in sprejela odločitev.

Arbitražni sporazum določa meje pristojnosti arbitraže tako glede predmeta spora v objektivnem pogledu kot tudi glede subjektov, na katere se nanaša.⁷ Stranki v arbitražnem sporazumu tudi določita, ali se le-ta nanaša na že nastali (obstoječi) spor ali (in) bodoči spor, ki šele lahko nastane. S tega vidika je mogoče govoriti tudi o časovnih mejah pristojnosti.⁸

Arbitražni sporazum določa meje pristojnosti arbitraže tako glede predmeta spora v objektivnem pogledu kot tudi glede subjektov, na katere se nanaša

Objektivne meje pristojnosti

Pristojnosti arbitrov morajo biti v arbitražnem sporazumu natančno določene. Iz zakonske opredelitve arbitražnega sporazuma izhaja, da lahko stranki zauputa v reševanje arbitraži vse ali določene spore, ki so med njimi že nastali ali ki utegnejo nastati v zvezi z določenim pogodbenim ali nepogodbenim pravnim razmerjem.⁹ Na tej podlagi lahko ugotovimo, da je možnih več načinov opredelitev pristojnosti:

- za vse ali določene spore,
- ki so že nastali ali utegnejo nastati,
- v zvezi z določenim pogodbenim ali določenim nepogodbenim razmerjem.

Pomembno je, da se stranki odločita, ali bosta prepustili vse ali le določene spore v reševanje arbitraži, pri čemer mora biti hkrati opredeljena pravna podlaga teh sporov, torej njuno pogodbeno ali nepogodbeno razmerje. Odločitev strank, da prepustita v odločanje "vse spore", ki izvirajo iz določenega pogodbenega razmerja, je zelo široko formulirana, npr. z določbo, da bo o sporih iz pogodbenega razmerja razsodata arbitraža, stranki izključita sodno pristojnost za reševanje vseh sporov, ki izvirajo iz pogodbenega razmerja, tudi tistih, ki izvirajo iz priznanja dolga.¹⁰ Na ta način je arbitražnemu senatu podeljen širok krog pristojnosti. V primeru, da stranki prepustita v odločanje arbitraži le

Pomembno je, da se stranki odločita, ali bosta prepustili vse ali le določene spore v reševanje arbitraži, pri čemer mora biti hkrati opredeljena pravna podlaga teh sporov, torej njuno pogodbeno ali nepogodbeno razmerje

⁷ Wedam – Lukič, D.: Pristojnost arbitraže, v Podjetje in delo, št. 3/1994/XX, str. 248.

⁸ Oziroma o časovnih omejitvah arbitriranja (Ilešič, Mi.: Arbitražno reševanje sporov, študijsko gradivo, II. izdaja, Maribor, UM PF, 1994, str. 20).

⁹ Kot smo že zapisali v opombi št. 3, takšno opredelitev pristojnosti pozno naj številne nacionalne zakonodaje kot tudi mednarodna pravila.

¹⁰ Odločitev izhaja iz sklepa VSL I Cpg 429/2006 z dne 13. 6. 2006.

Učinkovitost arbitraže
se meri po izvršljivosti
njenih odločb. To v
pri vrsti pomeni, da so
odločbe že same po sebi
dovolj avtoritativne, da
jih stranke sprejmejo in
prostovoljno izvršijo

določene spore iz njunega razmerja, je odločanje arbitraže omejeno le na te spore. Besede "določeni spori" ni potrebno razlagati preveč restriktivno, temveč bolj v smislu nasprotnega "vsem sporom".¹¹

Zaradi celovitejšega pogleda na obravnavano materijo dodajamo še, da je pri opredeljevanju pristojnosti arbitrov potrebno upoštevati v teoriji izpostavljen vprašanje dopustnosti arbitražnega razsojanja (arbitrabilnosti), ki se preverja zlasti z obstojem predpostavk kot so dispozitivna pravna narava zahtevkov, ki so predmet spora, neobstoj izključne pristojnosti državnega sodišča ali kakšnega drugega organa za odločanje v sporu in obstoj arbitražnega sporazuma. V nadaljevanju jih izpuščamo iz obravnave, ker bi s tem presegli zastavljene okvire prispevka, vsekakor pa jih stranke morajo upoštevati pri sestavljanju arbitražnega sporazuma, saj z vidika opredeljevanja pristojnosti ni vsak spor primeren za reševanje z arbitražo. V slovenskem ZArbit je določeno, da je predmet arbitražnega sporazuma lahko vsak premoženjskopravni zahtevek, drugi zahtevki pa le, če se lahko stranke glede zahtevka poravnajo.¹²

Subjektivne meje pristojnosti

Arbitražni sporazum po pravilih obligacijskega prava učinkuje *inter partes* (relativnostni učinek pogodbnih razmerij). Enak učinek arbitražnega sporazuma je mogoče ugotoviti na podlagi arbitražnih pravil, ki določajo, da ima arbitražna odločba med strankama učinek pravnomočne sodbe,¹³ iz česar izhaja, da tudi arbitražni sporazum učinkuje enako¹⁴ in ne more učinkovati širše – *erga omnes*. Stranki lahko tako prepustita arbitraži le odločanje o njunih sporih, o njunih obveznostih in pravicah, ne pa tudi odločanja o sporih, pri katerih so udeležene tretje osebe, ki pri sestavljanju arbitražnega sporazuma ne sodelujejo.

Prekoračitev pristojnosti kot razlog za razveljavitev arbitražne odločbe

Kot smo že uvodoma zapisali, ima določitev pristojnosti v arbitražnem sporazumu dvojno vlogo. Pojasnili smo, kakšne posledice povzroči "nedoločitev" oziroma ne dovolj natančna določitev pristojnosti; na tem mestu bomo proučevali posledice prekoračitve pristojnosti arbitražnega senata.

Učinkovitost arbitraže se meri po izvršljivosti njenih odločb. To v prvi vrsti pomeni, da so odločbe že same po sebi dovolj avtoritativne, da jih stranke sprejmejo in prostovoljno izvršijo. V nasprotnem primeru neuspešna stranka pogosto nasprotuje izvršitvi, bodisi da poskuša doseči razveljavitev arbitražne odločbe z vložitvijo posebnega pravnega sredstva (tožbo za razveljavitev¹⁵), bodisi, da ugovarja njenemu priznanju in izvršitvi. Razveljavitveni razlog prekoračitve pristojnosti arbitražnega senata se nanaša na primere, kadar je arbitražno odločbo izdal senat, ki je imel pristojnost za odločanje, vendar je pri svoji odločitvi presegel podoblastila, ki so mu jih zaupale stranke v arbitražnem sporazumu.

Formalno-pravni okvir razveljavitvenega razloga prekoračitve pristojnosti

Prekoračitev pristojnosti je eden izmed klasičnih razlogov za uvedbo postopka, v katerem se želi doseči razveljavitev arbitražne odločbe. V sporih z mednarodnim elementom je tožbo za razveljavitev arbitražne odločbe potrebno vložiti na sodišču države, v kateri je bila odločba izdana, saj po splošnem pravilu velja, da so sodišča v neki državi pristojna le za odločanje o zakonitosti "domače" arbitražne odločbe, "tuje" pa so podvržene le preizkusu v postopku priznanja in

11 Triva, S., Uzelac, A.: Hrvatsko arbitražno pravo, Narodne novine d.d., Zagreb, 2007, str. 57, ki to razlago povzemata iz pripravljalnih dokumentov za UNCITRAL-ov vzorčni zakon o mednarodni trgovinski arbitraži.

12 1. odst. 4. člena, skoraj identično določbo vsebuje nemški ZPO v 1030. členu, podobno tudi hrvaški ZA v 1. odst. 3. člena, ki govorji o pravicah, s katerimi lahko stranke svobodno razpolagajo.

13 38. člen ZArbit.

14 Kot arbitražni sporazum lahko učinkuje le takšen arbitražni dogovor, po katerem ima arbitražna odločba nasproti strankam moč pravnomočne sodbe. To je bistvena značilnost arbitražne odločbe. Če ji jo dogovor odreka, sploh ne gre za arbitražni dogovor (kot izhaja iz izreka sodbe VSL, opr. št. I Cpg 1002/2001 z dne 22. 1. 2002).

15 Pritožba kot redno pravno sredstvo zoper odločbo prvostopenjske arbitraže je v nacionalnih zakonodajah kot tudi mednarodnih pravilih le redko prisotna. Vuković, D., Kunštek, E.: Medunarodno gradansko postopovno pravo, Zgombić & Partneri d. o. o. za nakladništvo in informatiku, Zagreb, 2005, str. 373, si v zvezi s pravnimi učinki arbitražne odločbe zastavlja vprašanje, ali je dopustno, da se o slednjih dogovorijo stranke same. Ugotavljava, da v zakonodajah posameznih držav prevladujejo tri različne rešitve. Prva skupina držav dispozicijo strank glede tega vprašanja dopušča (kot npr. Angleški arbitražni zakon 1996 v 58. členu), druga skupina jo povsem onemogoča (kot npr. Slovenija in Japonska), tretja pa strankam dopušča odločitev o posameznih vprašanjih, ki so v zakonodaji taksativno našeta (str. 374). Primer tretje skupine držav bi lahko bila Hrvaška, ki strankam dopušča možnost dogovora o izpodbijanju arbitražne odločbe pred arbitražo višje stopnje (31. člen hrvaškega ZA).

izvršitve.¹⁶ Uveljavljeni ga je mogoče pred sodiščem s tožbo za razveljavitev arbitražne odločbe v primeru:¹⁷

- kadar se odločba nanaša na spor, ki ga arbitražni sporazum ne obsega, ali
- kadar vsebuje odločitev o vprašanjih, ki presegajo meje arbitražnega sporazuma;

vendar pa se v tem primeru, če je mogoče, odločitev o vprašanjih, ki so obsežena z arbitražnim sporazumom, ločiti od odločitve o tistih, ki z njim niso obsežena, razveljaviti samo tisti del arbitražne odločbe, v katerem je odločeno o vprašanjih, ki jih arbitražni sporazum ne obsega (tretja alineja 1. točke 2. odst. 40. člena ZArbit).

V obeh primerih prekoračitve pristojnosti (ko arbitražni senat odloča o sporu, ki ga sporazum ne obsega in ko odloča o vprašanjih, ki presegajo meje arbitražnega sporazuma – takšen primer bi bil podan, če bi bil senat pooblaščen le za odločitev glede zahtevka o vrnitvi predmeta, odločil pa bi tudi o povračilu škode ali v primerih t.i.m. atrakcije pristojnosti, do katere so upravičena državna sodišča zaradi ekonomičnosti postopka kot npr. objektivna kumulacija zahtevkov, nasprotna tožba¹⁸ ipd.), govorimo o prekoračitvi objektivnih mej arbitražnega sporazuma. V primeru, ko senat prekorači subjektivne meje arbitražnega sporazuma, je odločbo mogoče izpodbijati iz razloga neveljavnosti arbitražnega sporazuma (prva alineja 1. točke 2. odst. 40. člena ZArbit).

O odločitvah, ki presegajo meje arbitražnega sporazuma, je mogoče govoriti tudi v primeru, ko bi arbitražni senat odločil o vprašanju, ki ni bilo vsebovano v tožbenem zahtevku (*extra petita*), kar pomeni, da je arbitražni senat odločil o več stvareh, kot je od njega zahtevala stranka v tožbenem zahtevku ali da je odločil drugače, kot je bilo v tožbi zahtevano (*ultra et extra petitorum*). Po drugi strani odločitev *infra petita* ne predstavlja razloga za razveljavitev arbitražne odločbe, saj lahko arbitražni

senat o delu zahtevka, o katerem še ni odločil, odloči naknadno z dopolnilno arbitražno odločbo.¹⁹

Arbitražni senat bi prekoračil meje svojih pristojnosti tudi tedaj, ko bi sprejel odločitev po načelu *ex aequo et bono*, vendar za to ne bi imel pooblastila strank.²⁰ Za to kršitev bi stranka lahko uveljavlja tudi izpodbojni razlog kršitve pravil arbitražnega postopka.²¹

Pri uveljavljanju tožbenega razloga prekoračitve pristojnosti je dana možnost, da se izpodbijana odločba razveljavlji le v delu, v katerem je prišlo do kršitve. S tem se zagotavlja spoštovanje volje strank ter ohrani koristen in kakovosten del arbitražne odločbe.²²

Časovni okvir za njegovo uveljavljanje

ZArbit določa, da lahko stranka vloži tožbo za razveljavitev arbitražne odločbe v roku treh mesecev od dneva, ko je prejela arbitražno odločbo. Izpodbijanje arbitražne odločbe iz razloga prekoračitve pristojnosti arbitražnega senata ni več mogoče, če je sodišče o tem vprašanju že odločilo (4. odst. 40. člena ZArbit). Ugovor prekoračitve pristojnosti arbitraže je po določbah ZArbit namreč potrebno vložiti takoj, ko do prekoračitve pride. Arbitražni senat lahko dovoli ugovor tudi kasneje v postopku, če meni, da je zamuda stranke upravičena. Tožena stranka mora podati ugovor prekoračitve pristojnosti že v odgovoru na tožbo, v kolikor je tožeča stranka v tožbi postavila zahtevke, ki presegajo pristojnosti arbitražnega senata iz arbitražnega sporazuma. V nasprotnem primeru bi lahko sklepali, da je pristala na razširitev pristojnosti, ko temu ni nasprotnova. Ta ugotovitev izhaja iz pravila o običnosti arbitražnega sporazuma, ki je veljavno sklenjen tudi na podlage tožbe tožeče stranke pred arbitražo, čemur pa tožena stranka ne nasprotuje najkasneje v odgovoru

Arbitražni senat bi prekoračil meje svojih pristojnosti tudi tedaj, ko bi sprejel odločitev po načelu *ex aequo et bono*, vendar za to ne bi imel pooblastila strank

O odločitvah, ki presegajo meje arbitražnega sporazuma, je mogoče govoriti tudi v primeru, ko bi arbitražni senat odločil o vprašanju, ki ni bilo vsebovano v tožbenem zahtevku (*extra petita*), ali da je odločil drugače, kot je bilo v tožbi zahtevano (*ultra et extra petitorum*)

19 Jakšić, A.: Međunarodna trgovinska arbitraža, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2003, str. 397.

20 Kot ugotavlja Emmanuel, G. v The Review of International Arbitral Awards, JurisNet, LL.C, New York, 2010, str. 64, da kadar arbitri odločajo po načelu pravičnosti, vendar brez pooblastila strank, lahko s tem prekršijo obseg svojega mandata. Pri tem opozarja, da so francoska sodišča zavzela liberalnejše stališče, po katerem preverijo, ali so arbitri pri odločanju kljub temu uporabili pravna pravila, saj v tem primeru odločba ne bo razveljavljena.

21 Triva, S., Uzelac, A., ibidem, str. 293.

22 Triva, S., Uzelac, A., ibidem, str. 294, ki ob tem dodajata, da "okoličina, da je arbitražno sodišče pri odločanju o določenem zahtevku prekoračilo meje svoje naloge, samo po sebi ne bo inficiralo tudi preostanek njegove odločbe, ki bi jo bilo potrebno ohraniti v veljavi".

16 Ude, L.: Arbitražno pravo, GV Založba, Ljubljana, 2004, str. 238.

17 Ostali razlogi, na podlagi katerih lahko stranka zahteva razveljavitev odločbe so eksplicitno našteteti v 1. točki 2. odst. 40. člena, medtem ko sta razloga (nearbitrabilnost spora in nasprotovanje javnemu redu RS), ki jih upošteva sodišče *ex officio*, zapisana v 2. točki 2. odstavka 40. člena ZArbit.

18 Wedam – Lukić, D., ibidem, str. 248.

Možna je ugotovitev, da se kot razveljavitveni razlog upošteva le tista prekoračitev pristojnosti, ki je povzročena "samovoljno" s strani arbitražnega senata, ne pa tudi tista, do katere pride na "pobudo" strank

na tožbo.²³ Po sklepanju z večjega na manjše to toliko bolj velja v primeru, ko obstaja veljavni arbitražni sporazum in stranki s konkludentnimi dejanji razširita le pristojnosti arbitražnega senata. Možna je ugotovitev, da se kot razveljavitveni razlog upošteva le tista prekoračitev pristojnosti, ki je povzročena "samovoljno" s strani arbitražnega senata, ne pa tudi tista, do katere pride na "pobudo" strank (bodisi s konkludentnimi dejanji, kot smo že opisali ali pa sporazumno s spremembou pristojnosti v arbitražnem sporazumu).

Do prekoračitve pristojnosti lahko pride tudi kasneje med postopkom oziroma najkasneje v končni odločbi arbitrov. O ugovoru, ki ga stranka vloži med postopkom, praviloma odloči senat s posebnim sklepom. Vsaka od strank lahko v roku tridesetih dni od prejema odločitve zahteva, da o tem vprašanju odloči sodišče. Odločitev sodišča morata stranki spoštovati kot dokončno, saj jima preprečuje vložitev tožbe za razveljavitev odločbe na podlagi tega razloga.

Kot razveljavitveni razlog se bo prekoračitev pristojnosti torej upoštevala le v primeru, ko o tem vprašanju ni že med arbitražnim postopkom odločal arbitražni senat in nato še sodišče. Poleg tega pa bo prekoračitev pristojnosti morala biti podana šele v končni arbitražni odločbi. V kolikor bi se namreč prekoračitev pristojnosti pojavila že med arbitražnim postopkom in stranki nanjo ne bi reagirali z vložitvijo ugovora, bi bilo takšno ravnanje mogoče obravnavati kot njuno taktiziranje: v pričakovanju pozitivnega izida postopka čakata do končne odločitve. V kolikor z odločitvijo v končni odločbi ne bosta zadovoljni, jo še vedno lahko izpodbijata s tožbo za razveljavitev. Upoštevaje pravkar navedeno, stranka z ugovorom nepristojnosti arbitraže ne sme špekulirati, temveč ga mora vložiti najpozneje v odgovoru na tožbo oziroma takoj, ko pride do poznejše prekoračitve pristojnosti. Opustitev pravočasnega ugovora pomeni priznanje pristojnosti arbitraže, zato bo arbitražni senat prepozen ugovor zavrnil.²⁴ V angleški zakonodaji je izrecno določeno, da stranka zaradi nepravočasnosti vložitve ugovora to pravico izgubi.²⁵ Kadar je potrebno vložiti ugovor zaradi nepristojnosti

arbitraže, je to potrebno storiti takoj brez odlašanja.²⁶ Podobne določbe vsebujejo tudi UNCITRAL-ova arbitražna pravila in UNCITRAL-ov vzorčni zakon o mednarodni trgovinski arbitraži.²⁷ Njihov smisel je v tem, da stranke disciplinirajo: če ugovor ni pravočasno vložen, je ta pravica izgubljena, razen v primeru, kadar je zamuda stranke upravičena.

Prekoračitev pristojnosti kot razlog za nasprotovanje priznanja in izvršitve arbitražne odločbe

Različna ureditev za domače in tuje odločbe

Do uveljavitve ZArbit so domače arbitražne odločbe veljale kot pravnomočne odločbe (kar sicer velja še danes), institucionalne arbitraže ali sodišča (v primeru priložnostnih arbitraž) pa so zgorj formalno potrjevala njihovo izvršljivost, medtem ko je bil za tuje arbitražne odločbe predviden njihov preizkus, usmerjen k preverjanju obstoja najpomembnejših procesnih predpostavk.²⁸

ZArbit je na tem področju prinesel pomembne spremembe, saj za domače odločbe uvaja minimalni preizkus v obliki sodne razglasitve izvršljivosti. Sodišče lahko zavrne izvršljivost odločbe le na podlagi razlogov, ki so v pristojnosti sodišča *ex officio*: nasprotovanje javnemu redu in nearbitrabilnost spora.²⁹ Teh razlogov sodišče ne upošteva, če je bil v trenutku vložitve predloga za razglasitev izvršljivosti arbitražne odločbe zahtevek za razveljavitev arbitražne odločbe zaradi istih razlogov že pravnomočno zavrnjen.³⁰ Iz tega lahko zaključimo, da bo stranka lahko nasprotovala izvršitvi v dveh primerih:

- ko tožbe za razveljavitev arbitražne odločbe ni vložila in
- ko je vložila tožbo za razveljavitev in se pri tem sklicevala na druge razloge in ne na arbitrabilnost in

26 Redfern, A., Hunter, M., ibidem, str. 410.

27 3. odst. 21. člena UNCITRAL-ovih arbitražnih pravil in 2. odst. 16. člena UNCITRAL-ovega vzorčnega zakona o mednarodni trgovinski arbitraži.

28 1. odst. 106. člena Zakona o mednarodnem zasebnem pravu in postopku – ZMZPP (Ur. l. RS, št. 56/1999 s spremembami, Ur. l. RS, št. 45/2008).

29 Enako pravilo zasledimo v 1. odst. 39. člena hrvaškega ZA.

30 2. odst. 41. člena ZArbit.

Stranka z ugovorom nepristojnosti arbitraže ne sme špekulirati, temveč ga mora vložiti najpozneje v odgovoru na tožbo oziroma takoj, ko pride do poznejše prekoračitve pristojnosti

23 6. odst. 10. člena ZArbit.

24 Komentar izhaja iz obrazložitve k 19. členu Predloga zakona o arbitraži, EVA: 2008-2011-0002, št. 00720-2/2008 z dne 14. 2. 2008.

25 1. odst. 73. člena angleškega arbitražnega zakona (Arbitration Act) iz leta 1996, objavljenega na naslovu: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents> (dne 3. 6. 2013).

nasprotovanje javnemu redu, pa je bila glede tega neuspešna, medtem ko sodišče o razlogih arbitraabilnosti in nasprotovanju javnemu redu sploh ni odločalo, čeprav bi moralo, saj je dolžno nanju pazi po uradni dolžnosti.³¹

Preostali razlogi (procesne kršitve), na podlagi katerih se zavrne priznanje in izvršitev tujih arbitražnih odločb, so opuščeni, saj jih lahko stranke uveljavljajo v postopku razveljavitve odločbe. Razloga prekoračitve pristojnosti torej ni mogoče uveljavljati v postopku razglasitve izvršljivosti domače arbitražne odločbe.

Glede priznavanja in izvrševanja tujih arbitražnih odločb ZArbit po vzoru nemškega ZPO napotuje na uporabo določb NYK. Konvencija ne vsebuje procesnih pravil, temveč se glede teh vprašanj uporablja nacionalno pravo države, v kateri se zahteva priznanje ali izvršitev odločbe. Pri tem lahko posamezna država uvede poseben postopek za izvrševanje tujih odločb ali pa ima enotna pravila za izvrševanje domačih in tujih odločb.³² ZArbit ni uvedel posebnih pravil postopka za izvrševanje tujih arbitražnih odločb, uvedel pa je sistem razlikovanja med razlogi, ki se upoštevajo kot nasprotovanje izvršitvi domačih odločb od razlogov, ki veljajo po NYK za tuje arbitražne odločbe. Razlikovanje je uvedeno, kot smo že zapisali, da ne prihaja do podvajanja sodne kontrole, ki so ji domače arbitražne odločbe že izpostavljene z možnostjo izpeljave postopka razveljavitve odločbe.

NYK posega v uporabo nacionalnega prava z določbo, po kateri v postopku priznavanja in izvršitve tujih arbitražnih odločb ne smejo veljati občutno strožji pogoji in ne precej večji sodni stroški kot v primeru priznavanja in izvršitve domačih odločb.³³

Prekoračitev pristojnosti kot razlog za nasprotovanje priznanju in izvršitvi tuje arbitražne odločbe

NYK razlage, na podlagi katerih je mogoče zavrniti priznanje in izvršitev tuje arbitražne odločbe in so

izrazito procesne narave, določa strnjeno v V. členu. V 1. odstavku so razlogi, ki jih sodišče upošteva le na zahtevo stranke, v 2. odstavku pa sta razloga, ki ju upošteva sodišče po uradni dolžnosti in sta identična razlogoma, ki ju določa ZArbit za zavrnitev priznanja in izvršitve domačih odločb: nearbitrabilnost sporu in nasprotovanje javnemu redu države, v kateri se priznanje in izvršitev odločbe zahteva.

Razlogi za nasprotovanje priznanju in izvršitvi tuje arbitražne odločbe po določbah NYK so tako rekoč identični razlogom, ki jih določa ZArbit za vložitev tožbe za razveljavitev arbitražne odločbe. To je posledica dejstva, da je ZArbit oblikovan po vzoru UNCITRAL-ovega vzorčnega zakona, slednji pa je razloge za vložitev tožbe za razveljavitev oblikoval na podlagi razlogov NYK, ki jih stranka lahko uporabi za nasprotovanje priznanju in izvršitvi arbitražne odločbe.³⁴ Enako velja za razlog prekoračitve pristojnosti, ki ga ZArbit navaja med razlogi za razveljavitev arbitražne odločbe v 3. alineji 1. točke 2. odst. 40. člena, medtem ko ga NYK uvršča med razloge, na podlagi katerih lahko stranka nasprotuje priznanju in izvršitvi tuje odločbe v 1. odst. V. člena v točki c:

- da se nanaša odločba na spor, ki ni predviden v kompromisu ali ni zajet z arbitražno klavzulo, ali
- da vsebuje določbe, ki presegajo kompromis ali arbitražno klavzulo; če pa se določbe, ki se nanašajo na vprašanja, za katera velja arbitraža, lahko ločijo od določb, ki se nanašajo na vprašanja, za katera ne velja arbitraža, se prve omenjene določbe lahko priznajo in izvršijo.

Iz primerjave obeh določb je razvidno, da obravnavata enake kršitve arbitražnega senata, ki jih je mogoče razdeliti na dva dela. Prvi del se ukvarja z odločbami, ki vsebujejo odločitve, ki presegajo pristojnosti arbitrov, drugi del pa se ukvarja z možnostjo delne izvršitve odločb, ki hkrati vsebujejo odločitve znotraj in izven njihovih pristojnosti.³⁵

Razlogi za nasprotovanje priznanju in izvršitvi tuje arbitražne odločbe po določbah NYK so tako rekoč identični razlogom, ki jih določa ZArbit za vložitev tožbe za razveljavitev arbitražne odločbe

NYK posega v uporabo nacionalnega prava z določbo, po kateri v postopku priznavanja in izvršitve tujih arbitražnih odločb ne smejo veljati občutno strožji pogoji in ne precej večji sodni stroški kot v primeru priznavanja in izvršitve domačih odločb

31 V zvezi s tem navajamo stališče Triva, S. in Uzelac, A., ibidem, str. 336: "V primeru, ko je sodišče v postopku razveljavitve izpustilo preverjanje nearbitrabilnosti in nasprotovanje javnemu redu, temveč je tožbo zavrnilo iz drugih razlogov, je ta dva razloga v postopku izvršitve potreбno zelo restriktivno razlagati in dovoliti, da stranka, ki se nanju sklicuje pri tem navaja nove argumente, ki v postopku še niso bili predloženi in o katerih sodišče ni odločalo niti *ex offo*."

32 Jakšić, A., ibidem, str. 565.

33 2. stavek III. člena NYK.

34 "Med njimi vlada prijetna simetrija", ugotovljata Redfern, A., Hunter, M., ibidem, str. 412.

35 Berg, J.: The New York Arbitration Convention of 1958, T. M. C. Asser Institute, The Hague, 1981, str. 312.

Pri uveljavljanju tega razloga obstaja pomembna razlika med postopkoma v tem, da ga stranka v postopku izvršitve domače odločbe sploh ne more uveljavljati, v postopku tožbe na razveljavitev pa ga ne more uveljavljati, v kolikor je o njem odločilo že sodišče med arbitražnim postopkom. Po določbah NYK lahko stranka ta razlog v postopku priznanja in izvršitve tuje arbitražne odločbe uveljavlja ne glede na to, ali ga je že prej izkoristila v postopku za razveljavitev odločbe, razen v primeru, da je na njegovi podlagi (ali pa na podlagi kateregakoli drugega razloga iz V. člena) dosegla razveljavitev arbitražne odločbe.

Po določbah NYK je namreč eden od razlogov (natančneje točka e 1. odst. V. člena: "... da jo je pristojna oblast v državi, v kateri je bila izdana ... odpravila ..."), zaradi katerih sodišče na ugovor stranke ne prizna in ne dovoli izvršbe tuje arbitražne odločbe tudi ta, da je sodišče države, v kateri je bila odločba izdana, le-to pravnomočno razveljavilo.

odločb, medtem ko se za domače odločbe ta razlog lahko uporabi le v tožbi za razveljavitev, da ne bi prihajalo do podvajanja in zavlačevanja z izvršitvijo odločbe. Po določbah NYK lahko stranka prekoračitev pristojnosti v postopku priznanja in izvršitve tuje arbitražne odločbe uveljavlja ne glede na to, ali ga je že prej izkoristila v postopku za razveljavitev odločbe v državi izvora, razen v primeru, da je na njegovi podlagi dosegla razveljavitev arbitražne odločbe. Razveljavitev arbitražne odločbe namreč pomeni samostojni razlog za nasprotovanje priznanju in izvršitvi tuje arbitražne odločbe.

Zaključek

Prekoračitev pristojnosti arbitražnega senata se kot ovira pri izvršitvi arbitražne odločbe izkazuje na dva načina. Upošteva se kot razlog, na podlagi katerega lahko stranka zahteva razveljavitev odločbe, uporabiti pa jo je mogoče tudi kot ugovor v postopku priznanja in izvršitve odločbe

Prekoračitev pristojnosti arbitražnega senata se kot ovira pri izvršitvi arbitražne odločbe izkazuje na dva načina. Upošteva se kot razlog, na podlagi katerega lahko stranka zahteva razveljavitev odločbe, uporabiti pa jo je mogoče tudi kot ugovor v postopku priznanja in izvršitve odločbe.

Kot razveljavitveni razlog se od drugih razlikuje po tem, da njegov namen ni v odpravi arbitražne odločbe v celoti, temveč, da se deli odločbe, v katerih kršitev prekoračitve pristojnosti ni prisotna, ohranijo v veljavi. Pri uveljavljanju prekoračitve pristojnosti morati biti stranki pozorni na pravilo, po katerem je to kršitev potrebno ugovarjati takoj, ko do prekoračitve pride. Odlašanje do zaključka postopka in uporaba tožbe za razveljavitev za kršitev, ki je bila storjena že med arbitražnim postopkom, praviloma pomeni izgubo te pravice. O prekoračitvi pristojnosti odloči arbitražni senat, stranki pa lahko končno odločitev o tem vprašanju zahtevata od sodišča. V kolikor sodišče odloči o prekoračitvi pristojnosti, uveljavljanje tega razloga v tožbi na razveljavitev ni več mogoče.

Uveljavljanje ugovora prekoračitve pristojnosti v postopku priznanja in izvršitve arbitražnih odločb je slovenski ZArbit posredno, z napotitvijo na uporabo določb NYK, predvidel le v primeru tujih arbitražnih

Odškodninska odgovornost arbitrov

Agata Cevc

Agata Cevc je diplomirala *cum laude* na Prvni fakulteti Univerze v Ljubljani (2011), en semester pa je opravila tudi na Prvni fakulteti Univerze v Poitiersu. Študij je nadaljevala kot doktorska študentka. Junija 2012 je aktivno sodelovala na seminarju o civilnem procesnem pravu doktorskih študentov, v organizaciji pravnih fakultet v Uppsalni, Zürichu, Dunaju in Ljubljani. Kot pripravnica Višjega sodišča v Ljubljani je delala na civilnem oddelku Vrhovnega sodišča RS in kot prva pripravnica tudi na gospodarskem oddelku Vrhovnega sodišča RS. E-mail: agata.cevc@gmail.com

Uvod

Vprašanje odškodninske odgovornosti arbitra je povezano z dvojno naravo arbitraže, ki je pogodbena po izvoru ter sodna po namenu in postopku. Naloga arbitra sicer temelji na pogodbi s strankami. Vendar pa arbiter izvršuje tudi "sodniško" funkcijo, saj tako kot sodnik zagotavlja način razrešitve spora, za katero je potrebna zavezujčača odločitev nepristranske tretje osebe. Zaradi podobnosti funkcij, skoraj vsi razviti pravni sistemi priznavajo določeno stopnjo imunitete arbitru v okviru njegove "sodne" vloge. Neodvisnost in nepristranskost postopka odločanja bi bila namreč ogrožena, če bi bil arbiter podvržen povračilnim ukrepom strank, nezadovoljnih z izidom postopka.¹ Prav tako pa imuniteta priporomore k zagotovitvi dokončnosti arbitražnih odločb, ki bi trpela, če bi stranke z odškodninsko tožbo lahko napadle vsebino odločitve. Zaradi dvojne vloge arbitra, je potrebno ločeno obravnavati njegovo odgovornost v primerih, ko krši dolžnosti v zvezi z odločanjem v sporu in odgovornosti za kršitev pogodbenih dolžnosti. Ugotoviti je namreč potrebno kdaj arbiter odgovarja za nepravilno izpolnjevanje svojih obveznosti in kdaj se lahko sklicuje na imuniteto zaradi podobnosti njegove funkcije s sodniško.

¹ Glej Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Gaillard and Savage (ed.), Kluwer Law International, 1999, str. 593.

Arbiter kot sodnik

Pristop anglosaksonskih držav

Anglosaksonske države arbitrom izrecno priznavajo imuniteto. V Angliji je imuniteto podelila tako sodna praksa,² kakor tudi Angleški arbitražni zakon, čeprav je hkrati dopustil določene izjeme.³ Podobno tudi ameriška sodna praksa⁴ ter nekateri statuti njenih zveznih držav izključujejo odškodninsko odgovornost arbitra, za dejanja storjena v zvezi z izvrševanjem njegove funkcije. Tako Ameriški enotni arbitražni zakon določa, da je arbiter prost civilne odgovornosti v enakem obsegu kot sodnik v okviru njegove sodne vloge. Tudi kadar ne razkrije okoliščin, ki vzbujajo dvom v njegovo neodvisnost in nepristranskost, ne izgubi imunitete.⁵ Prav tako tudi v Novi Zelandiji in Avstraliji "arbiter ne odgovarja za malomarnost, kadar gre za dejanja in opustitve v okviru njegove sodne vloge."⁶ Isti pristop je

Vprašanje odškodninske odgovornosti arbitra je povezano z dvojno naravo arbitraže, ki je pogodbena po izvoru ter sodna po namenu in postopku

Zaradi dvojne vloge arbitra, je potrebno ločeno obravnavati njegovo odgovornost v primerih, ko krši dolžnosti v zvezi z odločanjem v sporu in odgovornosti za kršitev pogodbenih dolžnosti

² *Sutcliffe v. Thackrah*, (1974) A.C. 727; *Arenson v. Arenson*, (1977), A.C. 405, po ibidem.

³ 29. člen Angleškega arbitražnega zakona (English Arbitration Act 1996, Section 29).

⁴ Glej npr. *Austern v. Chicago Bd Options Exchange, Inc*, 898 F 2d 882 (2d Cir), cert denied, 498 US 850 (1990).

⁵ Glej a in c odstavek 14. člena pravil Spremenjenega enotnega arbitražnega zakona (Revised Uniform Arbitration Act, 2000, Section 14(a,c)).

⁶ 13. člen New Zealand Arbitration Act 1996; 51. člen Commercial Arbitration Act 1985.

Civilnopravne države
arbiteru ne podeljujejo
imunitete temveč številne
celo izrecno določajo
odgovornost

sprejelo tudi kanadsko vrhovno sodišče, ki meni, da bi arbitra morala varovati enaka imuniteta kot sodnike.⁷

Pristop civilnopravnih držav

Ravno nasprotno, pa civilnopravne države arbitru ne podeljujejo imunitete temveč številne celo izrecno določajo odgovornost. Tako na primer Avstrijski zakon izrecno predvideva odgovornost arbitra v primeru neizpolnitve ali nepravočasne izpolnitve njegove funkcije, in sicer določa, da "arbiter, ki ne izpolni obveznosti, ki izvira iz sprejema njegovega imenovanja, ali je ne izpolni pravočasno, odgovarja strankam za škodo, nastalo zaradi njegove neupravičene odklonitve ali zamude."⁸ Italijanski zakon gre še dlje in predvideva odškodninsko odgovornost ne le v primeru neupravičenega odstopa, temveč tudi kadar je arbitražna odločba razveljavljena, ker ni bila izdana v roku. Po 813. členu Italijanskega zakona o pravdnem postopku arbiter namreč odgovarja, 1. kadar odstopi brez utemeljenega razloga ali je odstavljen, ker funkcije naklepoma ali iz hude malomarnosti ni izpolnjeval oziroma je ni izpolnjeval pravočasno ter 2. kadar odločbe ni izdal v predvidenih rokih naklepoma ali iz hude malomarnosti.⁹

Primeri, ko arbiter varuje imuniteta

Ker številne države nimajo izrecnih določb, niti sodne prakse, ki se nanaša na imuniteto arbitera, je težko razvrstiti različne pristope. Razlike pa so manjše kot izhaja iz zgoraj navedenega. Tudi v ZDA se arbiter ne bi mogel izogniti odgovornosti za dejanja, ki predstavlja jo kršitev temeljnih sodniških dolžnosti. Obratno pa tudi noben pravni sistem ne pozna polne odgovornosti arbitera za kakršnokoli napačno odločitev. Večina civilnopravnih držav namreč odgovornost arbitrov omeji na podlagi podobnosti njihove funkcije s sodniško.

Tako je v Avstriji, ki izrecno predvideva odgovornost arbitrov,¹⁰ sodišče odločilo, da je določbo potrebno razlagati ozko, skladno s sodniškim privilegijem.¹¹

⁷ *Sport Maska Inc. v. Zittner*, 1988 1. S.C.R. 564, po Fouchard, Gaillard Goldman and Goldman, op.cit., str. 593.

⁸ Glej četrti odstavek 594. člena Avstrijskega arbitražnega zakona, 2006 oziroma četrti odstavek 594. člena ZPO.

⁹ Glej 813. člen Codice di procedura civile, 2006.

¹⁰ Četrti odstavek 594. člena Avstrijskega arbitražnega zakona, 2006 oziroma četrti odstavek 594. člena ZPO

¹¹ OGH 6. 6. 2005, 9 Ob 126/04a, objavljeno na spletni strani [Odgovornost arbitra ne more biti širša od sodnikove, za katero je potrebna huda malomarnost. Pogoj za uveljavljanje odškodninskih zahtevkov je tako huda malomarnost arbitra in razveljavitev arbitražne odločbe. Zvezno sodišče je namreč odločilo, da lahko arbiter \(poleg primerov neupravičene odklonitve ali zamude pri izpolnjevanju funkcije, torej neizdaje odločbe ali izdaje odločbe o predmetu, ki ni arbitrabilen\) odgovarja, če je bila odločba uspešno razveljavljena iz razloga, ki ga je zakrivil arbiter. Tako arbiter ne odgovarja za napake, storjene v arbitražnem postopku, ki ne sodijo med razloge, zaradi katerih je dopustno arbitražno odločbo izpodbijati. Tudi italijanski zakon omejuje vložitev zahtevkov zoper arbitera. Odškodninski zahtevki se namreč lahko vloži šele, ko je arbitražna odločba pravnomočno razveljavljena in le zaradi istih razlogov, zaradi katerih je bila razveljavljena.¹²](http://fremuth-wolf.com/arbau/newsletter/index.php?archiv_id=24#I-II.%20Neueste%20Judikatur%20im%20Bereich%20Schiedsrecht(5.3.2013) in http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/Editorial/Publication/The_New_Vienna_Rules.pdf (7. 3. 2013).</p>
</div>
<div data-bbox=)

Podobno zaščito nudi tudi nemško pravo. V skladu s sodno prakso, ki jo podpira tudi doktrina, se domneva, da so se stranke implicitno sporazumele, da se odgovornost arbitera obravnava podobno kot sodnikovo. Domneva se uporabi le, kadar arbiter krši dolžnost v povezavi z reševanjem spora, na primer pri zbiranju dejstev ali uporabi materialnega prava, kjer arbiter ne sme biti podvržen strožjim pogojem odgovornosti kot sodnik. Stranke pri tem ne morejo ugovarjati, da ne bi nikoli pristale na tako omejitve. Domneva ne velja le, kadar stranke v arbitražnem sporazumu sodniški privilegij izrecno izključijo. Zaradi analogne uporabe sodniškega privilegija, bo arbiter v okviru svoje sodniške funkcije v Nemčiji odškodninsko odgovoren le v tistih izjemnih primerih, ko bo njegovo dejanje v arbitražnem postopku hkrati pomenilo kaznivo dejanje.¹³ Gre torej za zelo redke primere podkupovanja ali zlorabe položaja, privilegij pa je izključen tudi, kadar kršitev predstavlja odklonitev ali zavlačevanje pri opravljanju arbitrovih dolžnosti. Pri tem je predpostavka odškodninske tožbe izčrpanje pravnih sredstev. Opustitev te dolžnosti ima za posledico oprostitev odgovornosti (3. odst. 839. par. BGB).¹⁴

¹² Glej 813. člen Codice di procedura civile 2006.

¹³ Glej Böckstiegel, K., Kröll, S., Nacimiento, P.: Arbitration in Germany: the model law in practice, Kluwer Law International, 2007, str. 176, 177, 834.

¹⁴ Glej Terechte, J. P.: Judicial accountability and public liability – The German „Judges Privilege“ Under the Influence of European and Inter-

Kadar arbiter nastopa kot "sodnik", ga torej varuje določena stopnja imunitete, na podlagi katere uživa varstvo pred odškodninskimi zahtevki, ki temeljijo na očitku, da je sprejel napačno odločitev. Tako ne odgovarja zaradi zmotne uporabe prava, nepopolne ali nepravilne ugotovitve dejanskega stanja ter bistvenih kršitev postopka. V tem okviru je namreč običajno sredstvo zaoper arbitrove napake razveljavitev ali odklonitev izvršitve odločbe. Arbiter torej v večini držav ne odgovarja za dejanja, ki so neposredno povezana z njegovo sodniško funkcijo, razen v primeru naklepnih kršitev temeljnih sodniških dolžnosti, kot bo razvidno v nadaljevanju.

Omejitve imunitete

Kljub različnim pristopom v civilnopravnih in anglosaksonskih državah, obstajajo med pravnimi sistemi podobnosti. Vsi namreč predvidevajo primerljive situacije, v katerih se arbiter ne more sklicevati na imuniteto, to je v primerih zavestnih kršitev sodniških dolžnosti.

Tudi v ZDA, ki je pogosto prikazana kot zagovornica absolutne imunitete, so sodišča priznala določene izjeme. V preteklosti so sicer res podelila imuniteto arbitru v primeru, ko je bil v slabih veri, ravnal naklepno ali strankam ni razkril konflikta interesov.¹⁵ Imuniteto je užival celo, ko je stranko prevaral ter spletkaril z odvetniki nasprotne stranke, da bi pregovoril ostale arbitre v izdajo nepravične sodbe.¹⁶ Vendar pa so v novejših primerih sodišča sprejela bolj omejen pristop¹⁷ ter določila izjemo od imunitete, kadar arbiter ravna naklepno.¹⁸

Podobno je zaradi pomislekov pravnih teoretikov glede absolutne imunitete¹⁹ angleški zakon izključil imuniteto v primerih, kadar arbiter ravna v slabih veri ter dopustil odgovornost za škodo, nastalo zaradi

njegovega odstopa.²⁰ Pri tem se slaba vera v Angliji razlaga ozko ter pomeni "(a) zlonamernost v smislu osebnega kljubovanja ali želje po škodovanju iz nepričasnih razlogov ali (b) zavedanje o pomanjkanju sposobnosti sprejeti odločitev."²¹ Gre za primere, ko arbiter sprejme imenovanje, čeprav ve, da funkcije ne more izpolniti pravočasno zaradi ostalih obveznosti ali zaradi pomanjkanja potrebnih kvalifikacij. To pomanjkanje razpoložljivosti pa mora biti očitno in arbitru znano že v trenutku sprejema funkcije.²²

Avstralski mednarodni arbitražni zakon je primerljiv. Postavlja namreč načelo, da arbiter ne odgovarja za malomarnost, lahko pa odgovarja za prevaro.²³ Novi arbitražni zakon pa podobno določa, da arbiter ne odgovarja za storitve ali opustitve, ki jih v dobrini veri izvrši v svoji vlogi arbitra.²⁴

Francosko sodišče je v primeru *Bompard* odločilo, da lahko "civilna odgovornost nastopi samo, kadar arbiter stori hudo napako, prevaro ali zavaja stranke."²⁵ Pritožbeno sodišče je bilo manj določno ter zahtevalo zgolj "osebno napako" arbitra. Razlaga osebne napake je ozka, in sicer gre za "napako, ki je nezdružljiva s sodniškimi funkcijami."²⁶

Pravni teoretički, ki poskušajo določiti primere, v katerih arbiter ne uživa imunitete, soglašajo, da je odgovoren za naklep, prevaro ali zavajanje. V naštetih primerih arbiter krši sodniško obveznost, to je ravnati pošteno in enako obravnavati stranke ter si zato ne zaslubi več enakega varstva kot ga uživa sodnik. Takšne osebne napake je mogoče ločiti od poklicne vloge arbitra, zato ni potrebno dokazati pogodbene podlage za uveljavitev njegove odgovornosti, saj lahko odgovarja neposlovno.²⁷

Kljub različnim pristopom v civilnopravnih in anglosaksonskih državah, obstajajo med pravnimi sistemi podobnosti. Vsi namreč predvidevajo primerljive situacije, v katerih se arbiter ne more sklicevati na imuniteto, to je v primerih zavestnih kršitev sodniških dolžnosti

national Law, German Law Journal, vol.13, št. 3/2012, str. 318-321.

15 Glej Born, G.: International Commercial arbitration, Kluwer Law International, 2009, str. 1655, 1656.

16 *Hoosac Tunnel Dock Elevator Co v. O'Brian*, 137 Mass 424 (1884), Lew, J. DM, Mistelis, L., Kröll, S., Comparative International Commercial arbitration, Kluwer Law International, 2003, str. 294.

17 *Grane v. Grane*, 493 NE 2d 1112,1118 (III App 1986) po ibid.

18 Born, G., op.cit., str. 1655, 1656.

19 Npr. angleški teoretik Julian DM Lew je mnenja, da bi arbitri morali odgovarjati v primeru kršitve temeljnih obveznosti, ki so implicitno vsebovane v njihovem sporazumu s strankami, glej ibid., str. 289.

20 25. in 26. člen Angleškega arbitražnega zakona (English Arbitration Act, 1996).

21 Glej Sutton, D., Gill, J.: Russell on Arbitration, Sweet & Maxwell, London. 2003, str. 151.

22 Lew, Mistelis, Kröll, op.cit., str. 294.

23 51. člen Commercial Arbitration Act 1985.

24 [http://www.austlii.edu.au/legis/wa/num_act/caa201223o2012265/s39.html](http://www.austlii.edu.au/au/legis/wa/num_act/caa201223o2012265/s39.html) (6. 3. 2013)

25 Op. June 13, 1990, *Bompard v. Consorts C.*, po Fouchard, Gaillard Goldman and Goldman, op. cit., str 591.

26 CA Paris, May 22, 1991, *Bompard v. Consorts C.*, po ibid., str. 598.

27 Glej Fouchard, Gaillard Goldman and Goldman, op. cit., str. 598, 599.

Funkcijo arbitru podelijo stranke, sam pa se pogodbeno zaveže, da jo bo izvršil.
Napaka, storjena pri vodenju postopka, torej predstavlja tudi kršitev pogodb. Kot plačan strokovnjak lahko arbiter osebno odgovarja za hujše pogodbene kršitve v skladu s pogodbenim pravom

Arbiter mora svojo funkcijo izpolniti v zakonskih ali pogodbenih rokih. Zagotoviti mora izdajo arbitražne odločbe v rokih, ki so bodisi predpisani s pravili institucionalnih arbitraž, bodisi so se za njih dogovorile stranke

Omeniti velja tudi dva francoska primera uspešne odškodninske tožbe, v katerih je arbiter odgovarjal zaradi kršitve dolžnosti razkritja okoliščin, ki bi lahko vzbudile dvom v njegovo neodvisnost in nepristranskost. Za izvrševanje funkcije arbitra je namreč pomembna njegova neodvisnost in nepristranskost, zato je takšne okoliščine dolžan strankam razkriti že pred imenovanjem, dolžnost razkritja pa traja tekom celotnega postopka do izdaje odločbe.

V primeru *Annahold* je ena od strank odkrila, da je arbiter posameznik finančni svetovalec direktorja družbe, ki je nasprotna stranka v postopku. Pritožbeno sodišče v Parizu je razveljavilo arbitražno odločbo zaradi prevare arbitra oziroma neveljavnega soglasja k arbitražnemu sporazumu. Odločilo je tudi, da je odškodninski zahtevek v primeru prevare doposten in naložilo arbitru plačilo odškodnine, v višini prejetega plačila skupaj z obrestmi.²⁸

V primeru *Raoul Duval* pa je predsednik arbitražnega senata dan po izdaji arbitražne odločbe začel delati za eno izmed strank, ne da bi ostale stranke s tem seznanil. Sodišče je odločilo, da arbiter lahko odgovarja tudi na podlagi pogodbe. Zaradi pogodbene narave razmerja med arbitrom in strankami je sklenilo, da se odškodnina lahko določi po splošnih pravilih o povrnitvi škode ter naložilo odškodnino v višini plačila arbitra in arbitražne institucije ter povrnitev dodatnih stroškov, nastalih zaradi ravnanja arbitra, to je stroškov obrambe.²⁹

Iz omenjenih primerov je razvidno, da lahko arbiter odgovarja tako neposlovno kakor tudi na temelju pogodbe. Pri tem bo odškodnina določena v skladu s splošnimi pravili o povrnitvi škode ter bo pokrila stroške arbitražnega postopka – vrnitev plačila arbitra in stroškov arbitražne institucije, stroškov obrambe (stroškov odvetnika in potnih stroškov) ter stroškov postopka za razveljavitev arbitražne odločbe.³⁰

Arbiter kot pogodbena stranka

Kot povedano, arbiter pri izvrševanju sodniške funkcije uživa določeno stopnjo imunitete, na podlagi katere ne odgovarja zaradi napak, storjenih v zvezi z odločanjem v sporu. Odškodninska tožba namreč ne sme omogočiti strankam, da napadejo vsebino odločitve, saj bi v tem primeru imele možnost izpodbijati odločbo s pravnim sredstvom. Vendar pa med sodnikom in arbitrom obstajajo razlike. Arbiter sicer res opravlja sodno vlogo, vendar le-to prevzame na podlagi pogodbe s strankami, s katero je dogovorjeno, da v zameno za plačilo opravi določeno storitev (razreši spor). Povedano drugače, funkcijo arbitra podelijo stranke, sam pa se pogodbeno zaveže, da jo bo izvršil. Napaka, storjena pri vodenju postopka, torej predstavlja tudi kršitev pogodbe. Kot plačan strokovnjak lahko arbiter osebno odgovarja za hujše pogodbene kršitve v skladu s pogodbenim pravom.³¹

Iz pogodbenega razmerja izvirajo številne dolžnosti arbitra, katere je mogoče razdeliti v štiri skupine. Prvi sklop dolžnosti določa, da je arbiter dolžan ravnati pošteno, neodvisno in nepristransko ter stranke obravnavati enako in jim omogočiti, da uveljavljajo svoje pravice ter navajajo svoja stališča. Druga obveznost zadeva način vodenja arbitražnega postopka in določa, da mora arbiter svojo funkcijo izpolniti v zakonskih ali pogodbenih rokih. Zagotoviti mora izdajo arbitražne odločbe v rokih, ki so bodisi predpisani s pravili institucionalnih arbitraž, bodisi so se za njih dogovorile stranke. Iz tretjega sklopa dolžnosti izhaja, da mora arbiter svojo funkcijo izvrševati do konca, oziroma do izdaje arbitražne odločbe. Ko torej enkrat sprejme funkcijo, ne more odstopiti brez utemeljenega razloga. Zadnja obveznost, ki jo prevzame arbiter je dolžnost zaupnosti oziroma varovanja poslovnih skrivnosti strank.³²

Opozoriti je potrebno, da se za presojo pogodbe med arbitrom in strankami uporabi pravo sedeža arbitraže.³³ Res se sicer za pogodbe³⁴ uporabi pravo stranke,

³¹ Glej Fouchard, Gaillard and Goldman, op.cit., str. 619; Böckstiegel, Kröll, Nacimiento, op.cit., str. 177.

³² Glej Fouchard, Gaillard and Goldman, op.cit., str. 609-617; Ude, L.: Arbitražno pravo, GV Založba, Ljubljana, 2004, str. 112, 113; Redfern, A., Hunter, M.: Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, 4. izdaja, London, 2004, str. 238-248.

³³ Böckstiegel, Kröll, Nacimiento, op.cit., str. 857.

³⁴ Če stranke v pogodbi ne določijo katero pravo naj se uporabi.

²⁸ Glej ibid., str. 595.

²⁹ Glej Lew, Mistelis, Kröll, op.cit., str. 295; Fouchard, Gaillard and Goldman, op.cit., str. 1092.

³⁰ Glej Rubino-Sammartano, M.: International Arbitration Law and Practice, Kluwer Law International, 2001, str. 343.

ki opravi za pogodbo značilno izpolnitev,³⁵ torej pravo arbitra. Vendar bi ta rešitev privedla do uporabe različnih standardov odgovornosti za arbitre istega senata, medtem ko uporaba prava sedeža nudi enako obravnavanje vseh.

Pri odgovornosti za izpolnjevanje obveznosti, ki se ne nanašajo na reševanje sporov, so razlike med civilno-pravnimi in anglosaksonskimi državami večje. Kot že omenjeno slednje arbitru nudijo večjo zaščito. Tako so nekoč na podlagi analogije njegove funkcije s sodniško, zagovarjale imuniteto tudi za dejanja, ki niso povezana z njegovo sodno vlogo. Nedavne odločitve sodišč, predvsem v Angliji pa določajo, da položaj arbitra ureja pogodba in da se arbiter s sprejemom imenovanja in plačila zaveže skrbno izpolniti svoje obveznosti.³⁶ Kljub temu Angleški arbitražni zakon arbitru priznava imuniteto, razen v primeru neupravičenega odstopa in slabe vere.

Civilnopravne države pa imajo strožji pristop. Kadar arbiter nastopa kot pogodbena stranka, njegovo odgovornost obravnavajo v skladu s splošnimi pravili pogodbenega prava, tako da lahko odgovarja tudi za malomarnost. Za lažjo določitev primerov, ki lahko privedejo do odgovornosti arbitra, je v pomoč razlikovanje med obveznostmi rezultata in obveznostmi prizadevanja. Arbiter, ki odstopi s funkcije brez upravičenega razloga ali ne ravna v skladu z veljavnimi roki, niti jih ne podaljša pravočasno, krši obveznost doseči določen rezultat. Ta kršitev sama po sebi sproži njegovo odgovornost za nastalo škodo. Ostale dolžnosti pa je dolžan izpolniti le s skrbnostjo dobrega strokovnjaka in ni zavezani doseči določenega rezultata, saj je izid spora negotov. Seveda to velja pod pogojem, da ne ravna v očitnem nasprotju s prevzetimi splošnimi obveznostmi.³⁷

Arbiter torej odgovarja v primeru, da odločbe ne izda ali je ne izda pravočasno. Odgovarja tudi, če je ne izda v dogovorenem kraju in zaradi odsotnosti mednarodnih konvencij izvršitev odločbe v državi, kjer se nahaja premoženje stranke, ki je v postopku izgubila, ni mogoča. Prav tako odgovarja v primerih, ko ne ravna v

skladu s postopkom, ki ga določijo stranke ali je očitno malomaren pri odločanju, na primer kadar ne obrazloži odločbe, zaradi česar je le-ta razveljavljena. Skratka odgovoren je, če funkcije ne opravlja vestno, če postopka ne vodi v predvidenih rokih ali sploh ne opravlja svojih dolžnosti iz neupravičenih razlogov.³⁸ Povedano drugače, arbiter bo odgovarjal v primeru neupravičenega odstopa, neizpolnjevanja ali nepravočasnega izpolnjevanja obveznosti ter celo v primeru malomarnosti, saj je kot plačani strokovnjak svoje obveznosti dolžan izpolniti s skrbnostjo dobrega strokovnjaka.

Pogodbene omejitve in izključitve odgovornosti

Kljub temu, da so stranke v praksi le redko uspešno uveljavile odškodninski zahtevek zoper arbitra ali arbitražno institucijo, številna pravila arbitražnih institucij vsebujejo pogodbene omejitve in izključitve odgovornosti. Z imenovanjem arbitra v skladu z njenimi pravili, postane tako določba del pogodbe med strankami in arbitrom. Večina pravil izključuje odgovornost arbitra in arbitražne institucije za dejanja in opustitve, storjene v zvezi z arbitražnim postopkom. Pri tem pa kot izjemo od imunitete določajo primere, ko arbiter oziroma institucija ravnata naklepno.

Tako na primer pravila LCIA določajo, da "arbiter ne odgovarja za dejanja in opustitve v zvezi z arbitražo, ki se vodi v skladu z njenimi pravili." Hkrati pa postavlja izjemo, ki pravi, da lahko odgovarja za posledice "zavestnih in naklepnih ravnanj."³⁹ Podobno izjemo predvidevajo tudi arbitražna pravila WIPO⁴⁰ in AAA, ki kot izjemo prav tako določajo odgovornost v primerih "naklepnih ravnanj."⁴¹ Nemška arbitražna institucija (DIS) pa vsebuje določbo, ki arbitra oprosti odgovornosti za dejanja v zvezi z arbitražnim postopkom, pod pogojem da ne gre za "naklepno ali hudo malomarno kršitev dolžnosti."⁴²

Arbiter bo odgovarjal v primeru neupravičenega odstopa, neizpolnjevanja ali nepravočasnega izpolnjevanja obveznosti ter celo v primeru malomarnosti, saj je kot plačani strokovnjak svoje obveznosti dolžan izpolniti s skrbnostjo dobrega strokovnjaka

Civilnopravne države imajo strožji pristop. Kadar arbiter nastopa kot pogodbena stranka, njegovo odgovornost obravnavajo v skladu s splošnimi pravili pogodbenega prava, tako da lahko odgovarja tudi za malomarnost

³⁵ Glej npr. 20. člen Zakona o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP), Ur. I. RS, št. 56/1999, 45/2008-ZArbit.

³⁶ 29. člen Angleškega arbitražnega zakona; Fouchard, Gaillard and Goldman, op.cit., str. 621.

³⁷ Glej Fouchard, Gaillard and Goldman, op.cit., str. 621.

³⁸ Glej Rubino-Sammartano, op.cit., str. 357; Ude, L., op. cit., str. 114..

³⁹ Prvi odstavek 31. člena arbitražnih pravil LCIA (The London Court of International Arbitration).

⁴⁰ 77. člen arbitražnih pravil WIPO (World Intellectual Property Organisation).

⁴¹ 35. člen arbitražnih pravil AAA (American arbitration association).

⁴² 44. člen arbitražnih pravil DIS (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit).

Glede na tradicionalno sorodnost in navezanost našega civilnega prava na germanski pravni sistem, nam lahko nemška in avstrijska rešitev vprašanja odgovornosti služi kot dober vzor za razvijanje lastne sodne prakse

Obligacijski zakonik v 242. členu določa, da odgovornosti dolžnika za naklep ali hudo malomarnost, ni mogoče vnaprej izključiti s pogodbo

Nekatere institucije gredo še dlje in arbitru podelijo absolutno imuniteto. Tak primer so arbitražna pravila NAI⁴³ ter pravila ICC,⁴⁴ ki izključujejo odgovornost arbitra brez izjem za hudo malomarno ali naklepno kršitev. Ali so te klavzule veljavne?

Odgovor je odvisen od nacionalnega prava, ki se uporabi v konkretnem primeru. Vprašljivo je, ali imajo zasebna arbitražna pravila moč podeliti sodno imuniteto arbitru, saj je sodnikova imuniteta posledica statusa, ki ni pogodben. Teoretiki tudi opozarjajo, da noben pravni sistem ne dovoli neomejenih izključitvenih klavzul. Civilnopravne države načeloma prepovedujejo izključitev odgovornosti za hudo malomarnost in naklep. V anglosaksonskih državah pa izključitvene klavzule ne veljajo v primerih, kjer so dane nezavedno ali kadar arbiter ravna v slabici veri. V večini pravnih sistemov sodišča zato ne bodo pripravljena uveljavljeni izključitveni klavzul, ki so bile vsiljene oziroma niso bile predmet pogajanj s strankami.

Ideja pravil, ki podeljujejo absolutno imuniteto je, da bi sodišča uporabila določbo v tistem obsegu, v katerem je mogoče veljavno izključiti odgovornost po nacionalnem pravu. Toda po nemškem in avstrijskem pravu⁴⁵ so popolne izključitve odgovornosti nične. Tudi naš Obligacijski zakonik v 242. členu določa, da odgovornosti dolžnika za naklep ali hudo malomarnost, ni mogoče vnaprej izključiti s pogodbo. Ker je takšno pogodbeno določilo nično, ga ni mogoče zmanjšati na sprejemljiv standard ter posledično ni mogoče obdržati v veljavi izključitve odgovornosti za malomarnost, ki bi sicer lahko bila veljavno dogovorjena.⁴⁶

Kako bi odločilo slovensko sodišče v primeru odškodninske tožbe zoper arbitra?

Kot že omenjeno, se za presojo arbitrove pogodbe ne uporabi pravo stalnega prebivališča arbitra, kakor izhaja iz našega Zakona o mednarodnem zasebnem pravu in postopku, temveč pravo sedeža arbitraže. Kadar je sedež arbitraže v Sloveniji, se torej za presojo pogodbe uporabi slovensko pravo. Toda naša zakonodaja ne nudi odgovora na vprašanje odgovornosti arbitra, saj

tega ne ureja niti Zakon o arbitraži, niti Obligacijski zakonik. Rešitev bodo tako morala oblikovati sodišča sama. Glede na tradicionalno sorodnost in navezanost našega civilnega prava na germanski pravni sistem, nam lahko nemška in avstrijska rešitev vprašanja odgovornosti služi kot dober vzor za razvijanje lastne sodne prakse. V Nemčiji arbiter v okviru svoje sodniške funkcije odgovarja samo za dejanja, ki hkrati predstavljajo kazniva dejanja, v Avstriji pa odgovarja pod pogojem, da je arbitražna odločba razveljavljena in da mu je dokazana huda malomarnost. Katerega izmed omenjenih stališč bi torej sprejelo slovensko sodišče?

Vsekakor je potrebno, da arbiter strankam povrne škodo, ki je nastala zaradi najhujših kršitev njegovih obveznosti. Vendar pa je primerno, da se ga glede odškodninske odgovornosti v določeni meri izenačuje s sodniki, saj ima arbitražna odločba učinek pravnomočne sodbe. Določena imuniteta arbitra v okviru reševanja spora je zato nujna, da se zagotovi neodvisnost in nepristransko postopka odločanja. Menim, da bi bila najustreznejša rešitev kvalificirana imuniteta, pri kateri bi arbiter odgovarjal le v izjemnih primerih. Tako bi v okviru sodne vloge užival imuniteto, ki bila izključena zgolj v primeru prevare strank ali naklepne kršitve sodniških dolžnosti. V ostalih primerih, ko ne bi šlo za dejanja v zvezi z odločanjem v sporu, na primer ko ne bi izdal odločbe v predvidenem roku, pa bi odgovarjal v skladu s splošnimi pravili pogodbenega prava. Kot strokovnjak bi torej moral ravnati z dolžno skrbnostjo, sicer bi odgovarjal za malomarnost pri izpolnjevanju svojih pogodbenih obveznosti.

⁴³ 66. člen arbitražnih pravil NAI (Nederlands Arbitrage Instituut).

⁴⁴ 40. člen arbitražnih pravil ICC.

⁴⁵ Glej Rubino-Sammartano, op.cit., str. 340.

⁴⁶ Glej Fouchard, Gaillard and Goldman, op.cit., str. 623; Böckstiegel, Kröll, op.cit., str. 857-859; Lew, Mistelis, Kröll, op.cit., str. 290, 291.

Arbitražna odločba - ogledalo arbitra

O obliku in vsebini arbitražne odločbe

doc. dr. Konrad Plauštajner

dr. Konrad Plauštajner je odvetnik v Ljubljani in Celju s priznanim statusom specialista za civilno in gospodarsko pravo ter docent na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru. Vodi delegacijo slovenskih odvetnikov pri CCBE v Bruslju – Svetu odvetniških organizacij pri EU. Je aktiven udeleženec domačih in tujih strokovnih srečanj, predavatelj na seminarjih in avtor strokovnih člankov s področja civilnega in gospodarskega prava. Opravlja tudi funkcijo predsednika Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije.

Pomen arbitražne odločbe

Pomen alternativnega reševanja sporov je vse večji. Poleg mediacije in konciliacije se arbitraža vse bolj uveljavlja kot prevladujoča oblika takšnega reševanja sporov, predvsem, ko gre za spore z mednarodnim elementom.

Arbitražni postopek se konča z izdajo končne arbitražne odločbe. Tako določajo nacionalni predpisi in postopkovni pravilniki institucionalnih arbitraž.¹ Vendar pa se lahko arbitražni postopek konča tudi brez meritorne odločbe, denimo v primerih umika tožbe, sporazuma strank o zaključku postopka, ali če je nadaljevanje postopka zaradi kakršnegakoli razloga nepotrebno ali nemogoče.² V praksi, zlasti na področju investicijskih sporov lahko arbitražni senat izda tudi delne odločbe, če je primerno, da se odloči le o delu tožbenega zahtevka. V takšnem primeru je o delu zahtevka dokončno odločeno in ima delna arbitražna odločba praktično pomen končne odločbe v smislu 36. člena ZArbit. Drugače pa izdaja vmesne odločbe (v smislu 315. člena Zakona o pravdnem postopku)³ v

arbitražnem odločanju nima prave funkcije, ker je vsaka odločba arbitraže dokončna in tudi izvršljiva, kar pa ne gre skupaj z naravo in funkcijo vmesne odločbe v rednih sodnih postopkih.⁴

Nadalje ne gre spregledati, da med postopkom arbiter posameznik ali arbitražni senat lahko sprejema tudi druge odločitve v obliki sklepa kot denimo o:

- ♦ izločitvi arbitra,
- ♦ nagradah in stroških arbitrov,
- ♦ predhodnem vprašanju pristojnosti,
- ♦ začasni odredbi,
- ♦ imenovanju izvedenca,
- ♦ pravilih postopka,
- ♦ jeziku arbitraže in podobno.

Arbitražni postopek se konča z izdajo končne arbitražne odločbe

¹ Primerjaj 37. člen Pravilnika o arbitražnem postopku pred Stalno arbitražo pri GZS, Ur. l. RS št. 49/00, 66/03; 52. člen Pravilnika o arbitraži pri Stalnom arbitražnem sudištu Hrvatske gospodarske komore, Narodne novine br. 142/2011 od 9. prosinca 2011; 16. člen Pravil Arbitražnega sodišča v Barceloni; 27. člen Pravil VIAC.

² Glej drugi odstavek 36. člena Zakona o arbitraži (Ur. l. RS, št. 45/2008; v nadaljevanju: ZArbit).

³ Ur. l. RS, št. 26/1999 s spremembami; v nadaljevanju: ZPP).

Takšne odločitve nimajo pomena končne odločbe, ker ne odločajo o predmetu spora.

⁴ Arbitražna pravila UNCITRAL predvidevajo tudi možnost izdaje "ločene" odločbe.

Nedvomno nudi arbitražna odločba arbitru več ustvarjalne svobode in kreativnosti kot to velja za sodne odločbe

Razprava o pomenu in vlogi končne arbitražne odločbe, zlasti o njenih učinkih, lahko odpre vrsto vprašanj, ki bi presegla namen tega prispevka. Zato želim prikazati predvsem formalne in vsebinske karakteristike arbitražne odločbe, ki gledano primerjalno, odstopajo od karakteristik sodnih odločb. Opozoriti želim na določene usmeritve in standarde pri sestavi arbitražnih odločb, ki jih ne bi smel spregledati noben arbitrer. Nedvomno nudi arbitražna odločba arbitru več ustvarjalne svobode in kreativnosti kot to velja za sodne odločbe. Vsaj v našem sodstvu je sprejet standard enotnosti oblike in vsebine izdelave sodne odločbe, zato smo že kar navajeni na sodne odločbe, zlasti sodbe, napisane po istem vzorcu. Arbitrer ima, kljub upoštevanju nekaterih vsebinskih standardov, še vedno precejšnjo ustvarjalno svobodo pri izdelavi arbitražne odločbe, vendar se lahko pri tem sooči tudi z "notranjo kontrolo".⁵

Standardi arbitražne odločbe

Splošno

V našem pravnem sistemu se arbitraža obravnava kot institut procesnega prava,⁶ kar daje arbitražni odločbi kvaliteto pravnomočne sodne odločbe.⁷ Njena izdaja predstavlja zaključni akt arbitražnega postopka in cilj, ki so ga stranke žebole doseči, ko so svoj spor predložile v reševanje izbrani arbitraži. Za razliko od sodnega postopka, v katerem so natančno določeni tudi večstopenjski postopki uporabe pravnih sredstev, se v arbitražnem postopku ne pojavljajo vmesne odločbe. Odločitev arbitražnega senata je dokončna, zato je edino logično, da se tudi v takšnem primeru izda dokončna odločba. Nič ne bi bilo dokončno rešeno, če bi se odločilo le o pravnem temelju, ne pa tudi o višini zahtevka. V zapletnejših sporih, ko se v okviru iste tožbe obravnava več zahtevkov in ob različnem dejanskem stanju, se praksa nagiba k izdaji delnih odločb,

Praksa uveljavljenih institucionalnih arbitraž kaže, da so arbitražne odločbe nadpovprečno kvalitetno obrazložene, seveda kot posledica predhodno pravilno izvedenega postopka, v katerem so imele stranke zadostne možnosti za predstavitev svojih zahtevkov, ugovorov in stališč

tako da imajo stranke suksessivno in parcialno rešena posamezna vprašanja spora.

Odločbe zaradi zamude, izostanka ali nesodelovanja stranke se v arbitraži ne izdajajo. To je velik odstop od trdote v sodnih postopkih, a je edino logičen. Če se pravilno pozvana stranka ne pojavi pred arbitražo, ali ne sodeluje, se pač šteje kot da je prisotna. V nekaterih pravnih sistemih se zamudne sodbe rednih sodišč zelo lahko "spravijo s sveta", arbitraže pa jih sploh ne izdajajo. Zahteva, da mora arbitraža o zadevi odločiti vsebinsko izključuje takšne formalne trdote kot bi bila zamudna odločba.

Stranke postopka je potrebno obravnavati enakopravno in spoštovati ustavno zagotovilo o enakosti orožij. Strankam mora biti dana možnost izjave o lastnih stališčih, kot tudi stališčih nasprotne stranke. Opozoril pa bi tudi na dolžnost materialnega procesnega vodstva postopka v okviru 285. člena ZPP, ki je bilo tudi predmet ustavne presoje.⁸ Tudi arbitražni senat v okviru materialnega procesnega vodstva skrbi, da se v postopku navedejo vsa odločilna dejstva, dopolnijo nepopolne navedbe o pomembnih dejstvih in ponudijo ali dopolnijo dokazila za ugotovitev spornega dejanskega stanja. Skratka, spoštovana morajo biti vsa procesna jamstva, vezana na 22. člen Ustave RS, saj je tudi arbitražna odločba pod določenimi pogoji lahko predmet ustavne pritožbe. Morebitne opustitve v smislu povedanega imajo zato neposreden vpliv na vsebino in predvsem kvaliteto arbitražne odločbe.

Stranke morajo imeti polno možnost izkoristiti pravico do izjave in do predlaganja dokazov. Nerazumna zavrnitev izvedbe dokazov, se zato lahko upošteva kot kršitev strankine pravice do sodelovanja in zbiranja dokazov. Takšna arbitražna odločba bi bila v nasprotju s procesnim javnim redom Republike Slovenije in s tem lahko tudi predmet izpodbijanja v sodnem postopku po 40. členu ZArbit.

Praksa uveljavljenih institucionalnih arbitraž kaže, da so arbitražne odločbe nadpovprečno kvalitetno obrazložene, seveda kot posledica predhodno pravilno izvedenega postopka, v katerem so imele stranke zadostne možnosti za predstavitev svojih zahtevkov, ugovorov in stališč.

5 Opozarjam na pomen predhodnega preizkusa odločbe znotraj arbitražne institucije. Tako 33. člen arbitražnih pravil ICC določa, da se mora osnutek odločbe predložiti v pregled. Arbitraža lahko zahteva formalne spremembe, ter ob upoštevanju arbitrovne svobode odločanja, opozori na vprašanja, ki se nanašajo na vsebino spora. Nobene arbitražne odločbe ni mogoče izdati, dokler arbitraža kot institucija ne da odobritve glede formalnih vprašanj. Podobno zahtevo postavlja tudi 55. člen Pravilnika o arbitraži pri Stalnom arbitražnem sudištu Hrvatske gospodarske komore.

6 Primerjaj Goldstajn, A., Triva, S.: Medunarodna trgovska arbitraža, Informator, Zagreb, 1987, str. 158.

7 Glej 38. člen ZArbit: "Arbitražna odločba ima med strankama učinek pravnomočne sodbe".

8 Glej odločbo Ustavnega sodišča RS, št. Up – 312/03-16, Ur. l. RS, št. 87/2005.

Formalni standardi arbitražne odločbe

Arbitražna odločba se vedno izda v pisni obliki, kar izhaja iz 35. člena ZArbit kot tudi iz postopkovnih pravilnikov institucionalnih arbitraž. Arbitri jo morajo podpisati,⁹ ker je drugače odločba neobstoječa. Kadar je arbitrov več, zadošča podpis večine, če so navedeni razlogi, zakaj se posamezni arbiter ni podpisal.

Arbiter, ki z odločbo ne soglaša, lahko ravna na dva načina; lahko jo podpiše in hkrati priloži svoje ločeno mnenje ter v njem navede razloge za svoje glasovanje proti odločbi ali pa odkloni podpis odločbe. V drugem primeru morajo arbitri, ki so arbitražno odločbo sprejeli in jo podpisali, na sami odločbi navesti, da je arbiter odrekel podpis. Niso pa pooblaščeni navajati odklonilne razloge arbitra, zaradi katerih je le-ta odklonil podpis.

Doposten je dogovor strank, da mora biti arbitražna odločba sprejeta soglasno, vendar se to dogaja zelo redko. V takšnih primerih, ko soglasja med arbitri ni, morajo le ti stranke o tem obvestiti, s čemer je njihovo delo praktično končano.¹⁰ Če nastopi takšen primer in med strankama ni dogovorjeno kaj drugega, lahko vsaka od strank pri pristojnem sodišču zahteva, da se arbitražni sporazum izreče za neučinkovit za konkreten primer. Ne vidim razlogov, da takšnega sodnega ravnjanja ne bi moglo nadomestiti pisno soglasje strank.

Poudariti je, da je v prvem odstavku 37. člena Pravilnika o arbitražnem postopku pred Stalno arbitražo GZS predvideno, da arbitražni senat arbitražno odločbo sprejme z večino glasov.

Pomembna formalna elementa arbitražne odločbe sta datum izdaje odločbe in označba sedeža arbitraže. Sedež arbitraže v smislu 24. člena ZArbit ni vedno tudi sedež arbitražne institucije. Arbitražne institucije imajo svoje "sedeže" (npr. Stalna arbitraža pri GZS v Ljubljani, arbitraža ICC v Parizu), kjer je njihova administracija, arbitraža pa ima lahko sedež tudi drugje, če tako določijo stranke. Po tretjem odstavku 35. člena ZArbit je navedba sedeža arbitraže eden izmed bistvenih elementov arbitražne odločbe, ker v smislu

⁹ Mišljen ni samo izvirnik odločbe, ampak tudi vsi njegovi prepisi (odpravki). Glej tudi 38. člen Pravilnika o arbitražnem postopku pred Stalno arbitražo pri GZS.

¹⁰ Menim, da morajo to storiti v obliki obrazloženega sklepa in ne samo z obvestilom strankam.

24. člena ZArbit pove po katerem "*lex arbitri*" je arbitražni senat "zasedal".

Ne gre spregledati tudi upravičenja strank, da zahtevajo popravek, dopolnitev ali razlago arbitražne odločbe v skladu z 37. členom ZArbit. Zahtevajo se lahko popravki napak, razлага posameznih točk ali dela arbitražne odločbe, če so se stranke tako dogovorile ali dopolnитеv odločbe o zahtevkih o katerih ni bilo odločeno. Takšne zahtevke lahko stranke postavijo arbitražnemu senatu v 30-dnevnom prekluzivnem roku (stranke lahko rok spremenijo). Vsak popravek, dopolnitev ali razlaga odločbe mora biti v pisni obliki pod pogoji iz 35. člena ZArbit.

Forma in tehnika zapisa arbitražne odločbe

Oblika arbitražne odločbe je prosta in prepuščena arbitražnemu senatu, praktično pa tistemu arbitru, ki odločbo napiše. V primeru arbitražnega senata je to praviloma njegov predsednik. Glede tega predpisi ali pravilniki arbitražnih institucij ne vsebujejo posebnih zahtev ali napotkov.

V (slovenski) praksi srečujemo v glavnem tri vrste oblik arbitražnih odločb:

Klasični tip

Takšna odločba je po obliki skoraj identična odločbam naših državnih sodišč. Torej imamo najprej (namesto: "sodbe v imenu ljudstva") glavo z naslovom arbitraže, uvod z navedbo članov arbitražnega senata, kdaj in kje so sprejeli odločitev. Zatem sledita izrek in obrazložitev odločbe. Pravnega pouka ni, pač pa se odločba zaključi z navedbo kraja in datuma odločitve, ter z imeni članov senata.

V tem primeru bi arbitražna odločba imela naslednjo glavo in izrek:

[...]

ARBITRAŽNA ODLOČBA

Arbitražni senat, ki so ga sestavljali A kot predsednik senata ter člana senata B, ki ga je imenovala tožeča stranka, in C, ki ga je imenovala tožena stranka, v zadevi tožeče stranke X, ki jo zastopa odvetnik A.A. in tožene stranke Y, ki jo zastopa odvetnik B.B., zaradi plačila [...]

Oblika arbitražne odločbe je prosta in prepuščena arbitražnemu senatu, praktično pa tistemu arbitru, ki odločbo napiše

Pomembna formalna elementa arbitražne odločbe sta datum izdaje odločbe in označba sedeža arbitraže

Sedež arbitraže v smislu 24. člena ZArbit ni vedno tudi sedež arbitražne institucije

Vsekakor je konkretno izvedbo zapisa odločbe prilagoditi vsakemu primeru posebej

EUR, z obrestmi, po ustni obravnavi opravljeni dne [...] v Ljubljani kot sedežu arbitraže, v navzočnosti pooblaščencev obeh strank, je na podlagi 37., 38. in 44. člena Pravilnika o arbitražnem postopku pred Stalno arbitražo pri Gospodarski zbornici Slovenije

d o k o n č n o o d l o č i l:

1. Tožena stranka Y mora plačati tožeči stranki X znesek [...] EUR z zakonskimi zamudnimi obrestmi od [...] do plačila, vse v 15 dneh pod izvršbo.

2. Tožbeni zahtevek, da mora tožena stranka plačati tožeči stranki tudi obresti od zneska [...] EUR od [...] do [...] se zavrne.

3. Tožena stranka mora povrniti tožeči stranki stroške arbitražnega postopka v znesku [...] EUR z zakonskimi zamudnimi obrestmi od [...] do plačila pod izvršbo.

[...]

Sledi obrazložitev arbitražne odločbe.

Odločba po vzoru odločb Sodišča EU

Struktura odločb tega sodišča je znana in dosegljiva na spletni strani Sodišča EU.¹¹ Bistveno za vsako odločbo Sodišča EU je, da so najprej navedeni sodniki, ki so odločbo izdali, zatem udeleženci postopka, kar vse predstavlja preambulo odločbe. V njej se še navaja, da je konkretni senat sodišča sprejel "naslednjo sodbo", vendar temu ne sledi njen izrek, ampak druge navedbe. Te so podane v posameznih vsebinskih sklopih, posameznih pasusih sodbe, označenih z arabskimi številkami, in obsegajo zlasti zahtevke (ali t.i. predhodno vprašanje o katerem naj bi sodišče odločilo na poziv nacionalnega sodišča ali drugega organa), drugo trditveno in dokazno gradivo strank, pravna stališča, mnenja Generalnega pravobranilca EU in podobno. Osrednji del odločbe predstavljajo ugotovitve, dejanske in pravne analize ter zaključki sodišča, prav tako vse po posameznih točkah. Na koncu sledi sodni stavek v obliki izreka kot odločitve sodišča. V praksi so odločbe Sodišča EU zelo obširne (z vidika prava EU ali Lizbonske pogodbe je obdelan vsak detalj), kar včasih presega standarde arbitražne odločbe.

Prosti pristop

Oblikovna in vsebinska zasnova te vrste zapisa arbitražne odločbe temelji na nasprotnem pristopu kot pri klasičnem tipu, ker je izrek odločbe postavljen na njen konec. Praksa kaže, da za razliko od že opisanih pristopov omogoča večjo kreativnost. Vsekakor je konkretno izvedbo zapisa odločbe prilagoditi vsakemu primeru posebej. Takšna arbitražna odločba bi obsegala:

I. naslovna stran in preambula odločbe

- ime in naslov arbitraže;
- sedež arbitraže;
- številka zadeve;
- navedba, da gre za (končno) arbitražno odločbo, ki jo je izdal arbitražni senat v sestavi (sledijo imena članov);
- navedba strank in njihovih pooblaščencev;
- predmet in vrednost spora.

II. Podatki o strankah in navedba narave spora

Navedeni so sedeži strank in po katerem pravu poslujejo.

III. Pooblaščenci strank

Navedeni so podatki o pooblaščencih strank ali zakonitih zastopnikih (npr. če stranko zastopa direktor, stečajni upravitelj).

IV. Podatki o arbitrih

Opisan je način imenovanja arbitrov in kdaj ter kako se je konstituiral senat.

V. Pristojnost arbitraže, uporabljeno procesno in materialno pravo, jezik postopka

Navedeno se razlogi glede pristojnosti arbitraže, da ni okoliščin, ki bi takšno pristojnost zanikale. Nadalje, npr. da je postopek tekel v slovenskem jeziku, uporabljeno je bilo slovensko pravo.

¹¹ Glej http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/ (30. 6. 2013).

VI. Povzetek vlog, zahtevkov in navedb strank

Navedbe strank, opis zahtevkov in podobno se v odločbi predstavijo v razumnem obsegu in v okviru relevantnih dejanskih in pravnih vprašanj.

VII. Odprtva vprašanja spora in odločitev arbitražnega senata o njih

Konkretno in podrobno se analizirajo zahtevki in navedbe strank, vsi predloženi in izvedeni dokazi, ter razlogi za morebitno zavrnitev izvedbe posameznih dokazov.

Posebej se obrazloži uporaba materialnega prava, torej ne samo katero pravo je bilo uporabljen, ampak tudi katere njegove konkretnе določbe in zakaj. Običajno stranke same izberejo pravo za presojo njihovega spora in njegove izbire ne prepuščajo arbitrom. Na koncu sledi obrazložitev stroškovnega izreka. Pri tem se v praksi upošteva načelo uspeha, čeprav 39. člen ZArbit dopušča arbitražnemu senatu odločitev po prosti presoji. Če se uporabi konkretna odvetniška tarifa, jo je potrebno identificirati in pojasniti kako je bila uporabljena.

VIII. Izrek arbitražne odločbe

Pri tej točki se najprej ponovno navede imena članov senata, zatem na temelju katerih določb Pravilnika Stalne arbitraže pri GZS je bila sprejeta odločba. Torej se odločitev arbitražnega senata glasi takole:

[...]

Po vsem navedenem v točkah I. – [...] te odločbe, arbitražni senat, ki ga sestavlja A kot predsednik senata, ter člana senata B, ki ga je imenovala tožeča stranka, in C, ki ga je imenovala tožena stranka, na temelju 37., 38. in 44. člena Pravilnika o arbitražnem postopku pred Stalno arbitražo pri Gospodarski zbornici Slovenije ter po dne [...] opravljeni ustni obravnavi v Ljubljani kot sedežu arbitraže na kateri sta bila navzoča pooblaščenca strank, odvetnik A.A. za tožečo stranko in odvetnik B.B. za toženo stranko, soglasno izdaja naslednjo končno

arbitražno odločbo:

1. Tožena stranka A je dolžna plačati tožeči stranki B znesek [...] EUR z zakonskimi zamudnimi obrestmi:

- od zneska [...] EUR od [...] do [...] v višini [...] % letno, od [...] dalje pa v višini [...] % letno, vse do plačila,

- od zneska [...] EUR od [...] do [...] v višini [...] % letno, od [...] dalje pa v višini [...] % letno, vse do plačila
vse v 15 dneh pod izvršbo.

2. Kar se glede obresti zahteva več, se zavrne.

3. Tožena stranka je dolžna povrniti tožeči stranki stroške arbitražnega postopka v višini [...] EUR z zakonskimi zamudnimi obrestmi, ki tečejo od dneva, ki je enak izpolnitvenemu roku za glavno terjatev, vse v 15 dneh pod izvršbo.

[...]

Po izreku se doda kraj in datum sprejema odločbe, npr. v Ljubljani dne 1. 6. 2013.

Praksa Stalne arbitraže pri GZS kaže, da pri izdanih odločbah opazno prevladuje klasični, t.i.m. sodniški tip odločbe. To kaže na določeno tradicijo in splošni vpliv sodnih odločb, ni pa zaznati pri tem posebne kreativnosti, ki bi kazala vsaj na vsebinski odmik od sodniškega pristopa k pisanku arbitražnih odločb.

Vsebinski standardi arbitražne odločbe

Primerna, enostavna forma in dobra vsebina dajeta arbitražni odločbi ustrezno strokovno težo in hkrati tudi prepričljivost. To je pomembno tudi za občutek strank, da je izdana arbitražna odločba "fair" in jo zato v sporu neuspešna stranka lažje prostovoljno izvrši.

Načelno velja, kar 38. člen Pravilnika Stalne arbitraže pri GZS še posebej navaja, da mora arbitražni senat v odločbi navesti razloge za svojo odločitev, razen, če so se stranke sporazumele, da obrazložitev ni pomembna, oziroma če gre za arbitražno odločbo na podlagi poravnave strank. V praksi se stranke ne odpovedo obrazložitvi odločbe, ker bi si s tem praktično onemogočile njen izpodbijanje.¹²

Če primerjamo kaj zahteva 324. člen ZPP glede vsebine sodbe in to apliciramo na arbitražno odločbo, potem je potrebno upoštevati, da mora izrek arbitražne odločbe vsebovati odločitev o vseh zahtevkih ali nasprotnih zahtevkih ter pobotih. Takšen izrek odločbe mora biti podprt z navedbo vsebine zahtevkov strank, navedbami glede dejstev na katere se ti zahtevki opirajo, zatem

Praksa Stalne arbitraže pri GZS kaže, da pri izdanih odločbah opazno prevladuje klasični, t.i.m. sodniški tip odločbe. To kaže na določeno tradicijo in splošni vpliv sodnih odločb, ni pa zaznati pri tem posebne kreativnosti, ki bi kazala vsaj na vsebinski odmik od sodniškega pristopa k pisanku arbitražnih odločb

12 Ude, L.: Arbitražno pravo, GV Založba, Ljubljana, 2004, str. 227.

Posebej se je potrebno posvetiti obrazložitvi morebitne zavrnitve izvedbe predlaganih dokazov. Ne samo zakaj se predlagani dokaz zavrne kot nepotreben, ampak tudi kaj pomeni v odnosu na druge dokaze, ki so bili izvedeni

še z dokazno oceno relevantnih dokazov in uporabljenim materialnim pravom. ZArbit v 39. členu vsebuje tudi zahtevo, da arbitražni senat odloči tudi o stroških postopka. Arbitražna odločba mora biti v vseh pogledih popolna, saj je njena glavna značilnost v tem, da je po 38. členu ZArbit glede pravnih učinkov izenačena s pravnomočno sodbo.

Ob spoštovanju vseh procesnih pravic strank, o katerih sem že govoril, morajo biti spoštovani vsi elementi, ki so kakorkoli povezani z dejanskim stanjem ali uporabo prava. Arbitri morajo pri svoji odločitvi, to je pri sprejemu končne odločbe, upoštevati tako spodnjo premiso pravnega odločanja (*premisa minor*) kot tudi zgoraj (*premisa maior*). Posebej se je potrebno posvetiti obrazložitvi morebitne zavrnitve izvedbe predlaganih dokazov. Ne samo zakaj se predlagani dokaz zavrne kot nepotreben, ampak tudi kaj pomeni v odnosu na druge dokaze, ki so bili izvedeni.

Standarde arbitražne odločbe posredno postavlja tudi člen 40. ZArbit, ko opredeljuje razloge za njeno sodno izpodbijanje. Arbitražna odločba zato ne more in ne sme imeti nobene napake, vezane na razloge iz drugega odstavka 40. člena ZArbit.¹³

Kadar pravilno vabljena stranka ni prisotna na ustni obravnavi, je potrebno v odločbi navesti, da so se njeni dokazi izvedli kot da je bila stranka prisotna.¹⁴ Po vročitvi odločbe strankam, je arbitraža vezana na svojo odločitev, stranke pa lahko zahtevajo popravek, dopolnitve ali razlago arbitražne odločbe (37. člen ZArbit), pri čemer lahko arbitražni senat tudi sam popravi njene napake.

Prav zato, ker predstavlja arbitražna odločba akt delegirane jurisdikcije,¹⁵ mora arbitražna odločba v primerjavi s sodnimi, imeti še dodatne kvalitete. Te se kažejo v prepričljivi argumentaciji odločitve arbitražnega senata, tako v formalnem kot tudi vsebinskem smislu.

Izrek odločbe mora biti dejansko in pravno formuliran in obrazložen tako, da ga je mogoče izvršiti v

državah, kjer bi se lahko opravila izvršba. To je zlasti pomembno, če ima dolžnik premoženje v različnih državah. Napotke arbitrom, kako v popolnosti izdelati arbitražno odločbo daje tudi pravna teorija.¹⁶ Ta opozarja, da mora ob jasnem in argumentiranem stališču arbitražnega senata o svojem prepričanju glede pravnosti odločitve, odločba vsebovati tudi vse podatke da je lahko njena pravilnost tudi s stališča za spor aktualnega nacionalnega javnega interesa. V tem kontekstu je nedvomno, da se vsaka arbitražna odločba lahko poveže z vprašanjem nekaterih temeljnih pravic, kot je to zlasti pravica do poštenega sojenja ali "enakosti orožij".¹⁷

Sklepno

Arbitraža pomeni uresničitev načela "*Why litigate when you can arbitrate?*". Stranke se torej zavestno odpovejo sodnemu t.j. državnemu sojenju. Arbitraža črpa svojo moč iz arbitražnega sporazuma.¹⁸ Njena odločitev se pokaže v končni arbitražni odločbi.¹⁹ Glede nje ne vsebine in forme veljajo nekatere zahteve ZArbit, ali drugega nacionalnega zakona, ali postopkovnega pravilnika konkretne institucionalne arbitraže. Ker je sicer pod omrežnimi pogoji arbitražno odločbo možno izpodbijati pred sodiščem (40. člen ZArbit), lahko pa je tudi predmet ustavne presoje, mora biti arbitražna odločba v vseh pogledih perfektna. Procesne pravice strank morajo biti v celoti spoštovane, pri čemer morajo biti stranke v naprej seznanjene, kako morajo ravnati v postopku. Argumentacija arbitražne odločbe mora zato vsebovati vse odgovore, ki se tičejo za odločitev relevantnih dejstev kot tudi pravilno uporabo prava. Odločbe uveljavljenih arbitraž, ki so tudi pod notranjo "hišno" kontrolo, so zato v večini primerov opaznejše kvalitetnejše od odločb rednih sodišč.

¹³ Primerlj. Sikirić, H.: Javni poredak kao razlog za ponistijski pravorijeka, Pravo u gospodarstvu, Zagreb št. 6/2008, str. 1075 – 1110, Gunio, M.: Sudska kontrola arbitražnog pravorijeka – Zakon o arbitraži u refleksiji *de lege ferenda*, Pravo u gospodarstvu Zagreb št. 6/2008, str. 1111-1153.

¹⁴ Djurović, R., Lopičić, P.: Arbitražna odluka, Priročnik o arbitražnom rešavanju sporova, Strokovni seminar "Arbitražno reševanje sporov", Brdo pri Kranju, 1986, str. 50-51.

¹⁵ Kaleb, Z.: O dočinku i izradi arbitražnog pravorijeka, Pravo u gospodarstvu, Zagreb št. 2/2003, str. 75.

¹⁶ Goldstajn, A., Triva, S.: Međunarodna trgovacka arbitraža, informator, Zagreb, 1987, str. 181; Ude, L.: Arbitražno pravo, GV Založba, Ljubljana, 2004, str. 49-50; Vuković, Đ.: Međunarodno građansko procesno pravo, Informator, Zagreb, 1987, stran 131; Vukić, H.: Pravni lik protiv zaključka arbitražnog suda? Pravo u gospodarstvu, Zagreb, št. 2/2005, str. 164-165.

¹⁷ Belohlávek, A. J.: Arbitration from Perspective of Right to Legal Protection and Right to Court Proceedings (the Right to Have One's Case Dealt with by a Court): Significance of Autonomy and Scope of Right to Fair Trial, Czech Yearbook of Arbitration, Vol. I, Praga, 2011, str. 47.

¹⁸ Arbitražni sporazum se šteje po členu II (1) Newyorške konvencije za pogodbo.

¹⁹ Vsi pravni sistemi označujejo arbitražne odločbe drugače kot to velja za sodbe državnih sodišč. Arbitražna odločba je v Italiji "odo (arbitrale)", v Franciji "sentence", v Angliji in ZDA "Arbitral award", v Avstriji in ZRN "Schiedsspruch".

*STALNA ARBITRAŽA
PRI GOSPODARSKI ZBORNICI SLOVENIJE*

ARBITRAŽNA ODLOČBA

ki jo je izdal arbitražni senat v sestavi:

(...), predsednik

(...), član

(...), član

v arbitražnem postopku št.: 5.6-X/2010

1. tožeče stranke: (...)

proti

2. toženi stranki: (...)

zaradi plačila: (...) EUR s pripadki

VSEBINA ARBITRAŽNE ODLOČBE:

	<i>Stran</i>
I. <i>Podatki o strankah, začetku in naravi spora</i>	3
II. <i>Zastopniki in pooblaščenci strank</i>	3
III. <i>Podatki o arbitrib</i>	3
IV. <i>Pristojnost arbitraže, uporabljeno procesno in materialno pravo</i>	4
V. <i>Sedež arbitraže</i>	5
VI. <i>Povzetek vlog, navedb in dokazov strank</i>	5
VII. <i>Izvedeni dokazi</i>	8
VIII. <i>Odperta dejanska in pravna vprašanja spora, dokazna ocena dokazov in odločitev arbitražnega senata o sporu</i>	8
IX. <i>Izrek arbitražne odločbe</i>	16

I. Podatki o strankah, začetku in naravi spora

Dne 18.01.2010 je Stalna arbitraža pri GZS v Ljubljani (v nadaljevanju: "Arbitraža") s priporočeno poštno pošiljko prejela tožbo tožeče stranke (...), vloženo zaradi plačila (...) EUR s pp. zoper toženo stranko (...).

S tem se je istega dne v smislu drugega odstavka 27. člena Pravilnika o arbitražnem postopku pod Stalno arbitražo pri Gospodarski zbornici Slovenije (Ur. l. RS št. 49/2000, 66/2003 – v nadaljevanju "Pravilnik") začel arbitražni postopek za rešitev nastalega spora.

Ob vložitvi tožbe in do 02.06.2010 se je tožeča stranka predstavljala in označevala s skrajšano firmo (...), od takrat dalje pa s skrajšano firmo (...), kar je listinsko izkazala z uradnim izpisom Centralnega registra Republike Makedonije z dne (...) opr. št. (...). Skladno podatkom citiranega dokumenta je ugotoviti, da je tožeča stranka pravna oseba in gospodarska družba, ustanovljena po makedonskem pravu in s sedežem v Republiki Makedoniji (matična št. (...)).

Tožena stranka (...) je po podatkih sodnega registra pravna oseba in gospodarska družba ustanovljena po slovenskem pravu in s sedežem v Republiki Sloveniji (matična št. (...)).

Iz opisanih podatkov se zaključuje, da se je arbitražni spor vodil med pravno osebo iz Republike Makedonije zoper pravno osebo iz Republike Slovenije, kar pomeni, da gre za spor z mednarodnim elementom. Ta aspekt spora je arbitražni senat upošteval ves čas postopka, tudi glede procesnih vprašanj (n.pr. člena 18 in 33/2 Pravilnika).

II. Zastopniki in pooblaščenci strank

Tožeča stranko (...), katere zakoniti zastopnik je direktor (...) je v sporu zastopala na temelju predloženega pooblastila pooblaščenka (...), odvetnica v Ljubljani.

Toženo stranko (...), katere zakoniti zastopnik je direktor (...), je po priloženem pooblastilu zastopal pooblaščenec (...), odvetnik v Ljubljani.

III. Podatki o arbitrib

Hkrati z vložitvijo tožbe je tožeča stranka za arbitra imenovala (...). Tožena stranka je v odgovoru na tožbo za arbitra imenovala (...). Oba na ta način imenovana arbitra sta za predsednika arbitražnega senata predlagala (...). Ker je slednji predlagano funkcijo sprejel, je bil arbitražni senat skladno določbam II. poglavja Pravilnika ("Arbitri") pravilno konstituiran in je prejel mandat za rešitev spora. Med postopkom mu tako podeljeni mandat ni bil oporekan. Pri tem je potrebno posebej opozoriti na določbo 18. člena Pravilnika, ki določa, da se v sporih z mednarodnim elementom oblikuje arbitražni senat sestavljen iz treh članov, če se stranke ne dogovorijo drugače. Takšnega dogovora v tej zadevi ni bilo.

IV. Pristojnost arbitraže, uporabljeno procesno in materialno pravo

Svojo pristojnost za rešitev nastalega spora, črpa vsaka arbitraža iz arbitražnega sporazuma strank. Takšen sporazum mora biti sprejet v obliki pisne arbitražne klavzule.¹

Vezano na ta spor, sta stranki v svojem temeljnem pogodbenem dokumentu, t.j. v prodajni pogodbi z dne (...) v 12. členu zapisali naslednjo arbitražno klavzulo:

“Vse spore, ki bi nastali iz te pogodbe in jih stranki ne bi mogli rešiti na miren način, bosta predložili v reševanje Stalni arbitraži pri Gospodarski zbornici Slovenije, ki bo spor dokončno rešila. Vsebino spora bo stalna arbitraža presojala po pravu Republike Slovenije.”

Citirana pogodbena določba predstavlja po oceni arbitražnega senata veljavni arbitražni sporazum po 5. členu Pravilnika, ker je (a) sklenjen v pisni obliki kot (b) del pogodbe, (c) povsem jasno opredeljuje predmet spora in (d) identificira stalno arbitražo pri Gospodarski zbornici Slovenije kot tisto arbitražno institucijo, ki bo dokončno rešila nastali spor.

Tako oblikovana in s podpisom pogodbe z dne (...) tudi sprejeta arbitražna klavzula hkrati izpolnjuje vse zakonske pogoje za njeno veljavnost po 10. členu ZArbit pri čemer arbitražni senat ni našel okoliščin, ki bi izključevalo pristojnost izbrane arbitraže. Pristojnosti Arbitraže sta se stranki podredili prostovoljno z oblikovanjem arbitražne klavzule v pogodbi, kar sta realizirali tako, da je tožeča stranka vložila pri Arbitraži tožbo, tožena stranka pa odgovor na tožbo, s čemer sta se spustili v spor. V njem sta ves čas aktivno sodelovali z vlogami, predlaganjem dokazov in z aktivno udeležbo na obravnavah.

Arbitražni senat je v sporu odločal na temelju slovenskega prava (brez kolizijskih pravil), ker sta stranki tako odločili. Uporabljena so bila kot bo to razvidno iz č. VIII. te odločbe, predvsem pravila slovenskega Obligacijskega zakonika – OZ. Arbitražni senat zato ni uporabil prava kraja, kjer se je pogodba z dne (...) izvrševala. To bi bilo pravo Republike Makedonije, ki bi se lahko štelo tudi kot pravo najbolj povezano povsem s krajem in pravom t.i. karakteristične izpolnitve. Vendar je dodati, da makedonsko obligacijsko pravo, konkretno njihov Zakon o obligacijskih odnosih² glede spornega vprašanja ne prinaša nobenih družbenih materialno-pravnih rešitev kot slovenski zakon.

Kot procesni vir se je uporabil že omenjeni Pravilnik, na kar sta stranki izrecno pristali. Arbitražni senat je še posebej posvetil pozornosti spoštovanju postopkovnega pravila o “enakosti orožij” in pravici strank do izjave.

Postopek je tekel v slovenskem jeziku, ki sta ga stranki soglasno izbrali za jezik postopka. Posamezni, za postopek listinski dokazi, ki niso bili v slovenskem jeziku, so se v ta jezik prevedli s pomočjo sodnega tolmača.

¹ Glej tudi 10. člen Zakona o arbitraži (Ur. l. RS št. 45/2008-ZArbit) in 5. člen Pravilnika.

² V originalu “Zakon za obligacionite odnosi” - objavljen v Službeni vestnik na Republika Makedonija št. 18/2001, novele 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08 in 81/09.

V. Sedež arbitraže

Stranki nista izrazili zahteve ali predložili dogovora, da bi arbitražni senat zasedal v kraju izven sedeža Stalne arbitraže pri GZS, ki je v Ljubljani (34. člen Pravilnika). Zato je arbitražni senat zasedal v Ljubljani in tam tudi opravil obravnavi ter sprejel končno odločitev v obliki te arbitražne odločbe. Ljubljana se zato v smislu 24. člena, vezano na člen 35/3 ZArbit šteje za sedež arbitražnega senata.

VI. Povzetek vlog, navedb in dokazov strank

Tožeča stranka je od tožene stranke s tožbo zahtevala plačilo (...) EUR s pripadki. Izhajala je iz tega, da sta stranki dne (...) sklenili prodajno pogodbo. Po citirani pogodbi je tožena stranka kot prodajalec prodajala tožeči stranki kot kupcu proizvode iz svojega (...) programa. Pogodba, ki je predvidevala prodajo (...) proizvodov tožene stranke na območju Republike Makedonije, je bila sklenjena za obdobje (...) – (...) z avtomatičnim podaljšanjem za vsako naslednje leto, če ne bi bila vsaj mesec dni pred iztekom roka pisno odpovedana s strani ene ali druge stranke.

V začetku leta (...) sta se po navedbah tožeče stranke stranki na željo tožene stranke dogovorili o sporazumno prenehanju prodajne pogodbe z dne (...), da bi se proizvodi tožene stranke v bodoče na območju Republike Makedonije prodajali preko družbe (...). Zato sta se stranki poleg tega, da njuno pogodbeno razmerje sporazumno preneha, še nadalje dogovorili, da tožena stranka plača tožeči stranki vrednost odobrenih nekurantnih proizvodov (iz proizvodnje tožene stranke), ki so bili na dan (...) na zalogi pri tožeči stranki. Tožeča stranka zatrjuje, da so bili takšni proizvodi dogovorno ugotovljeni, odobreni in na ustrezni način uničeni. Njihova skupna vrednost je znašala (...) makedonskih dinarjev ali ob kurzu 61,5 MD ta 1 EUR skupaj (...) EUR. Obstoj takšnega dogovora in s tem zaveza tožene stranke naj bi po navedbah tožbe izhajal iz pisnega in s strani tožene stranke pripravljenega sporazuma z dne (...). Tega je tožeča stranka podpisala in vrnila toženi stranki, ki pa plačila zneska (...) EUR ni izvedla, zato je bila potrebna vložitev dajatvene tožbe.

Tožena stranka se je v odgovoru na tožbo uprla plačilu zneska (...) EUR in predlagala zavrnitev tožbenega zahtevka. Njeno stališče do nastale sporne situacije je temeljilo na izhodišču, da s strani tožeče stranke zatrjevani sporazum glede plačila (...) EUR ni bil nikoli sklenjen, zato tudi ni nastala njena denarna obligacija. Res je predčasno prenehanje prodajne pogodbe z dne (...) predlagala tožena stranka, vendar ob sodelovanju družbe (...), ki je od tožeče stranke prevzela prodajljivo blago za nadaljnjo prodajo v Makedoniji kot novi in ekskluzivni partner tožeče stranke na omenjenem območju. Zato sta tožeča stranka in (...) uredili vse odnose glede prevzema blaga po količini in po kvaliteti. Iz tega razloga ni bilo nobene potrebe, da bi stranki v zvezi s prenehanjem veljavne prodajne pogodbe sklenili še kakšen poseben, konkreten ali na drug način določen pisni sporazum o isti tematiki. Družba (...) je posledično od tožeče stranke prevzela kurantne kot tudi nekurantne proizvode, torej tudi tiste, ki so omenjeni v alineji c) točke III. sporazuma z dne (...).³ Citirani sporazum se sklicuje na "odobrene nekurantne proizvode", ki niso bili

³ Zapis III. točke nepodpisanega sporazuma pravnih strank se v zvezi s prenehanjem prodajne pogodbe z dne (...) glasi:

- a) da tožena stranka do (...) pripravi:
 - spisek kurantnih zalog, katerih rok uporabnosti je minimalno (...) in
 - b) dne (...) predstavnik tožene stranke ali (...) pregleda zaloge proizvodov in dokumente,
 - c) znesek odobrenih nekurantnih proizvodov plača (...)

nikoli definirani količinsko in vrednostno, zato na strani tožene stranke ni nastala nobena obligacija in je sporazum kot pogodba v smislu 35. člena OZ ničen. Tožena stranka je z vidika prodaje (...) proizvodov izpostavila še opredelitev pojma "nekurantnega blaga", kot se to lahko interpretira po standardih stroke in po slovenski zakonodaji.⁴ Po njenem se to lahko opredeli (nekurantnost) samo kot blago, ki mu je že potekla ena tretjina življenjske dobe, nikakor pa ne tisto blago, katerega rok uporabnosti je že potekel. Takšno blago ne sme iti v prodajo in je za vsakega brez vrednosti. O prevzemu takšnega blaga zato ni bilo razloga, da bi se stranke o njem karkoli dogovarjale. Tožena stranka se je sklicevala tudi na zastaranje tožbenega zahtevka.

V vlogi z dne (...) (prejeti ...) je tožeča stranka opozorila, da je sporazum z dne (...) zapis predhodnega ustnega dogovora komercialnega direktorja tožene stranke (...) z direktorjem tožeče stranke (...), sklenjenega dne (...). Tožena stranka je sporazum z dne (...), prejet po elektronski pošti takoj podpisala in ga vrnila tožeči stranki, ki pa ga kljub večkratnim pozivom ni vrnila. V zvezi z zalogami blaga, ki so ostale pri tožeči stranki je (...) prevzela kurantne proizvode in jih plačala. Med strankama pa je bilo dogovorjeno, da bo tožeča stranka plačala toženi stranki tudi vrednost (znesek) priznanih nekurantnih proizvodov, kar je bilo dogovorjeno kot nadomestilo za sporazumno predčasno prenehanje pogodbe. Tega dogovora tožena stranka ni izpolnila, čeprav sta ji bila obseg in vrednost nekurantnih proizvodov znana in jih je odobrila. To izhaja smiselno tudi iz elektronskega pisma (...) z dne (...). Ker nekurantne zaloge niso bile prevzete in plačane, jih je morala tožeča stranka po izteku roka uporabe uničiti in jih je dne (...) izročila na uničenje pristojni (...), kar izkazujejo dokumenti "kalo, raztres"⁵ kot tudi račun institucije, ki je blago uničila.

V vlogi z dne (...) je tožena stranka poudarila, da se je med strankama in s sodelovanjem (...) obravnaval samo prenos kurantnega in nekurantnega blaga, ni pa bilo govora o prevzemu in plačilu neprodajljivega ali poškodovanega blaga. Finančna in informacijska komunikacija pa je tekla le med makedonskima strankama in le ti stranki sta vsa razmerja, ki jih obravnavata sporazum, soglasno reševali sami. Vsekakor pa mora t.i. "kalo" in "razsip" nositi tožeča stranka sama, kar izhaja tudi iz pogodbe z dne (...).

V svoji naslednji vlogi z dne (...) (prejeti ...) je tožeča stranka vložila v spis overjene prevode svojih listin, zatem pisno izjavo svojih prič in še dodatno komentirala okoliščine vezane na popis in plačilo nekurantnih proizvodov. Ponovila je že podano trditev, da je tožena stranka nekatere proizvode priznala kot takšne in se jih zavezala tudi plačati, česar sedaj ne more prikazati kot dolg (...). Sklicevala se je tudi na izjavo bivše direktorice tožene stranke (...), kot tudi na izjavo komercialista (...), da je tožena stranka kupcem kot proizvajalec blaga priznavala in pokrivala vrednost nekurantnih zalog. Ker je bil dogovor, kot izhaja iz sporazuma z dne (...) med predstavniki strank veljavno sklenjen, ga mora tožena stranka izpolniti, ne glede na to, da naj bi temu nasprotoval lastnik tožene stranke (...). Dejstvo pa je tudi, da po (...) tožeča stranka ugotovljenih nekurantnih proizvodov tožene stranke ni prodajala.

a) kurantne proizvode prevzame (...), plačilo se opravi po metodi: nabavna cena + prevoz (5%) + carina + DDV (18%) + manipulativni stroški (4%)

e) (...) plača tožeči stranki znesek kurantnih zalog:

- 50% od zneska (...),
- 50% od zneska (...).

4 Sklicevala se je na pravilnike o stopnjah običajnega odpisa blaga v kemijski in nekovinski stroki zlasti pa na 3. člen Pravilnika o stopnjah običajnega odpisa blaga (kalo, razsip, razbitje, okvara) pri opravljanju dejavnosti trgovine na debelo in drobno (Ur. l. RS št. 53/1999), ki daje definicije kala, razsipa, razbitja in okvare.

5 Seznam – popisne liste kurantnega in nekurantnega blaga je tožeča stranka vložila v spis dne 10.06.2011 s svojim dokaznim predlogom z dne 09.06.2011.

V vlogi z dne (...) (prejeti istega dne) je tožena stranka opozorila, da ureditev poslovnih odnosov med strankama ni potekala tako kot ga določa zapis sporazuma z dne (...). Stranki sta bili soglasni, da namesto tožene stranke prenos blaga uredi (...) s katero je bila tožeča stranka že prej v poslovнем odnosu. Vztrajala je tudi, da tožeča stranka ni prenehala prodajati njenih proizvodov po (...), kot naj bi jo zavezovale tč. II. sporazuma, ter jih je od takrat dalje naročala pri (...). Nadalje kažejo dokumenti, da tožeča stranka ni pripravila posebnega spiska kurantnih zalog, kar velja tudi za spisek nekurantnih zalog, ker tožena stranka takšnih spiskov ni prejela. Slednja ni bila nikoli pozvana, da pregleda pri tožeči stranki trgovsko blago, ki je bilo domnevno uničeno pri (...). Iz nekaterih dokumentov (potrjen saldo odprtih postavk, fakturi ...) izdani tožeči stranki za blago tožene stranke) izhaja, da med tožečo stranko in (...) tudi glede sedaj spornega blaga ni bilo ničesar nerešenega. Vlogo z dne (...) je tožena stranka z vlogo z dne (...) dopolnila z navedbami in listinami glede okoliščin kdo je bil do (...) zakoniti zastopnik tožene stranke, kot tudi, da določena korespondenca tožeče stranke, naslovljene na (...) dokazuje, da je vse posle od prenehanja veljavnosti pogodbe (z dne ...) dalje prevzela (...), seveda namesto tožene stranke. Hkrati je bilo izraženo nestrinjanje tožene stranke z izjavami prič tožeče stranke in njenega direktorja.

V vlogi z dne (...) (prejeti ...) je tožeča stranka zavrnila trditve tožene stranke, da naj bi vsa razmerja ob prekiniti prodajne pogodbe uredila zgolj z (...) s čemer za toženo stranko ne bi nastala nobena obligacija. Med strankama dogovorjena razmejitev na kurantno in nekurantno blago ni bila nikoli anulirana, vendar tožena stranka ni upoštevala dogovorjenih meril, hkrati pa sta delavca (...) v skladišču tožeče stranke pregledala in prevzela le blago z rokom trajanja daljšim od (...). Za tožečo stranko zato ne more biti sporno, da sta bila obseg in vrednost nekurantnih zalog ugotovljeni na dogovorjen način, tožena stranka jih je priznala in se jih zavezala tudi plačati, kar dokazujejo predložene listine in izjava prič (...), (...) in direktorja (...). Zato tožeča stranka od (...) dalje in skladno dogovoru ugotovljenih nekurantnih proizvodov tožene stranke ni več prodajala, ampak jih je dala ne uničenje, njihovo vrednost pa v višini vtoževanega zneska tudi knjigovodsko odpisala. Opozorila je, da je priznavanje in pokrivanje vrednosti nekurantnih zalog bila običajna praksa tožene stranke, ki jo je v drugih razmerjih s kupci prevzela tudi (...).

Na obravnavi dne (...) sta bili strani pozvani, da lahko posredujeta še svoje dodatne navedbe glede svojih ključnih stališč in v zvezi s točko III/c) sporazuma z dne (...). Stranki sta se temu pozivu odzvali vsaka s svojo vlogo. Tožeča stranka je v vlogi z dne (...) (vloženi ...) navedla, da je skladno sporazumu z dne (...) pripravila ločene spiske kurantnih in nekurantnih zalog, t.j. zalog z rokom trajanja do (...), kar je potrdila popisna komisija. Vrednost takih zalog pa izhaja iz listin in izjave (...). Skladno s tč. III b) sporazuma so predstavniki (...) vse zaloge in dokumente pregledali, niso pa smeli ničesar podpisati, niti niso prevzeli nekurantnega blaga. Tožena stranka je bila o vrednosti (višini) nekurantnega blaga obveščena in pri tem naknadna odobrilev tožene stranke ni bila potrebna, kar izhaja tudi iz navedb prič (...) in (...). Tožena stranka, ki je v reševanju problematike nekurantnih zalog brez razloga vmešala (...), je zato ravnala proti načelu vestnosti in poštenja v pravnem prometu.

Tožena stranka je v vlogi z dne (...) (vrocena ...) v bistvu ponovila že podana stališča. Poudariti je, da je tožeča stranka vse materialne in finančne vidike prenehanja pogodbe z dne (...) zadovoljivo uredila z (...) zato vse do (...) (pismo pooblaščenke – odvetnice tožeče stranke) ni prišlo nobeno obvestilo ali zahteva v smislu sedanjih tožbenih navedb. Na toženo stranko se tožeča stranka ni obrnila tudi v času, ko naj bi sporno blago poslala na uničenje. Sporazum z dne (...) sploh ne omenja poškodovanega blaga in razsipa. Vse kasneje ugotovljene obveznosti strank bi morale biti sprejete skupno, ali pa bi morala tožeča stranka dokazati, da tožena stranka pri tem ni hotela sodelovati. Predvsem pa bi morala glede ureditve takšnih vprašanj tožeča stranka kontaktirati z zakonitimi predstavniki tožene stranke in ne pri bivših.

Obe stranki, seveda vsaka s svojega gledišča, sta dajali velik dokazni poudarek v spis vloženim dokumentom, ali izjavam v zadevo vpleteneh oseb, s čemer sta vse zgoraj navedene navedbe iz svojih vlog tudi dokazovali.

VII. Izvedeni dokazi

Arbitražni senat je sledil dokaznim predlogom strank in je izvedel ter dokazno ocenil vse njihove dokaze. Izvedeni so bili naslednji dokazi:

a. tožeče stranke:

(...)

b. tožene stranke:

(...)

Arbitražni senat je vpogledal in dokazno ocenil tudi druge listine ali dokumente, ki sta jih stranki vložili v spis.

Kot nepotreben je bil zavrnjen dokazni predlog tožeče stranke, podan na obravnavi dne (...). Predlagala je neposredno zaslišanje svojega direktorja (...) in priče (...). Direktor tožeče stranke je podal obširno pisno izjavo, ki jo je na obravnavi dne (...) še dopolnil z dodatnimi navedbami. Glede glavnega vprašanja, t.j. ali je tožena stranka prevzela obveznosti po tč. III/c) sporazuma z dne (...) je pojasnil, da je o tem več kot desetkrat govoril s (...), vendar je bil vedno napoten na (...). Dodatno zaslišanje priče (...) je bilo zavrnjeno, saj njegovo morebitno dodatno pojasnilo o poteku pregleda in prevzema blaga dne (...) pri tožeči stranki ne bi razjasnilo dejanskega stanja v smislu ugotovitve ali je tožena stranka odobrila nekurantne proizvode. To velja tudi v pogledu kakšna je bila količina in vrednost nekurantnega blaga. Ob tem ne gre prezreti, da je tožeča stranka pripravila tudi spisek nekurantnega blaga in ga vrednostno ocenila. Vsi njeni zahtevki na plačilo, ki so bili, če sledimo izjavi (...), postavljeni le ustno, pa so bili s strani tožene stranke zavrnjeni. Tožeča stranka tudi ni navedla nobenega razloga zakaj že predloženi pisni izjavi obeh oseb ne bi bili zadostni. To še zlasti velja za zakonitega zastopnika tožeče stranke, ki je imel dovolj časa, informacij in dovolj strokovne pomoči, da bi v izjavi lahko navedel vse, kar je vedel o zadevi. Tako se oba dodatno predlagana dokaza pokazeta kot nepotrebna in sta kot takšna bila tudi zavrnjena.

VIII. Odprta dejanska in pravna vprašanja spora, dokazna ocena dokazov in odločitev arbitražnega senata o sporu

Arbitražni senat je ob zaključku dokaznega postopka ocenil, da zbrano dokazno gradivo omogoča sprejetje odločitve po vsebini (in meritum). Ker je tožena stranka podala ugovor zastaranja terjatve tožeče stranke, je arbitražni senat najprej odločal o tem ugovoru. Z njim je tožena stranka pledirala, da tožba ni bila vložena znotraj 3-letnega zastarnalnega roka, ki velja v takšnih primerih za terjatve med gospodarskimi subjekti (349. OZ). Izhajala je iz tega, da je tožeča stranka svoj zadnji dopis datirala s (...), tožbo pa je vložila (...).

Ker začne zastaranje teči prvi dan po dnevu, ko je upnik imel pravico terjati izpolnitev obveznosti, če zakon ne določa za posamezne primere kaj drugega (336. člen OZ), je potrebno ugotoviti kdaj bi tožeča stranka kot upnik imela pravico uveljavljati svojo terjatev. Ta je lahko v danem primeru vezana samo na prenehanje veljavnosti prodajne pogodbe z dne (...), kar naj bi bilo opredeljeno ustno (...) v (...) (razgovor (...) in ...) in zatem še v sporazumu o prekinitvi citirane prodajne pogodbe z dne (...), ki ga je tožeča stranka podpisala, tožena stranka pa ne.

Ker je med strankama sporna samo obveznost tožene stranke, da po tč. III/c) sporazuma plača znesek (vrednost) "odobrenih nekurantnih proizvodov", kar bi se lahko ugotovilo šele po opravljenem pregledu zalog dne (...), je bilo uveljavljanje terjatev tožeče stranke realizirano z vložitvijo tožbe znotraj omenjenih relevantnih rokov. Arbitražni senat je zato ugovor zastaranja zavrnil kot neutemeljen, ker ne izpolnjuje splošnih določb OZ o nastopu zastaranja, hkrati pa so v korist tožeče stranke izpolnjeni tudi pogoji iz 349. člena OZ.

Po analizi in dokazni oceni vsakega dokaza posebej in vseh skupaj, vse pa v kontekstu postavljenega tožbenega zahtevka, je arbitražni senat zreduciral obseg spornih okoliščin kot sta jih videli stranki in ugotovil, da je za samo odločitev odločajoče ali je na strani tožene stranke nastala obveznost plačila (...) EUR s pp. iz naslova svojih "odobrenih nekurantnih proizvodov", ki jih je ob prekinitvi prodajne pogodbe imela na zalogi tožeča stranka. Takšna obveznost naj bi po stališču tožeče stranke izhajala iz ustnega dogovora (...) – (...) (dne ...) v (...) in naj bi bila povzeta v členu III/c) sporazuma z dne (...).

Najprej je ugotoviti, da sta stranki bili v poslovnem odnosu na podlagi prodajne pogodbe z dne (...), ki se je izvajala vse do začetka leta (...). Čeprav kvalifikacija nekega pogodbenega razmerja ni v dispoziciji strank, imata stranki prav, ko sta pogodbo z dne (...) tudi po vsebini definirali kot prodajno pogodbo, kjer je bila tožena stranka prodajalec svojih (...) proizvodov, tožeča stranka pa njihov kupec. Stranki zato nista bili v odnosu, kjer bi tožena stranka imela vlogo principala, tožeča stranka pa bi n.pr. bila trgovski agent ali distributer.⁶

V pogodbenem odnosu prodajalec-kupec, kjer slednji postane tudi lastnik blaga, nosi vse prodajne in druge rizike kupec sam. To zagotovo velja tudi za blago, ki mu je potekel rok uporabnosti, ali se ga kvalificira kot kalo, razsip, razbitje ali okvara. Takšen riziko nosi kupec kot lastnik blaga po načelu, da riziko zadene lastnika (res perit domino).

Vendar se je med strankama v začetku leta (...) ustvarila nova dejanska situacija, ki je njihov poslovni odnos postavila v drug pravni okvir. Po ugotovitvah arbitražnega senata, kar kažejo tudi dokumenti, je bila tožena stranka tista, ki je želela in predlagala predčasno sporazumno prekinitve pogodbe z dne (...). O tem ni nobenega dvoma, saj je za prodajo blaga v Makedoniji želela posle prenesti na eno izmed družb iz sistema (...), kot nove lastnice tožene stranke. Ker je prodajno pogodbo z dne (...) šteti za pogodbo, ki bi lahko bila sklenjena tudi v ustni obliku (konsenzualnost po 51. členu OZ), je tudi glede njene spremembe, prenehanje ipd. šteti, da je za njen prenehanje zadoščal ustni dogovor, saj se stranki nista dogovorili, da

⁶ Trgovski agent zastopa principala na določenem prodajnem teritoriju. Agent ni lastnik blaga, ki ga prodaja, ceno in ostale prodajne pogoje mu določa principal. Distributer kupuje pri principalu blago, vendar o trenutnih nakupnih količinah določa sam in tudi sam postavlja ceno blaga na svojem tržišču. Distributer, četudi ekskluzivni, ni v enakem položaju kot kupec blaga, saj mora, da pridobi in obrani status distributerja blaga določenega principala in njegove blagovne znamke, izpolnjevati nekatere druge pogoje, n.pr. da dosega dogovorjene letne količine prodanega blaga.

naj posebna oblika (obličnost v obliku pisnega dogovora) velja tudi za razvezo pogodbe (drugi odstavek 54. člena OZ). Potek dogodkov kaže, da sta se stranki v januarju (...) dogovorili o sporazumnoem prenehanju (razvezi) pogodbe, kar pa se ni zgodilo v pisni obliki. Pri tem po oceni arbitražnega senata ni odločilno ali je bil takšen dogovor sprejet med (...) kot direktorjem tožeče stranke in komercialnim direktorjem tožene stranke (...), kar naj bi se po zatrjevanju tožeče stranke zgodilo na sestanku v (...) dne (...). Bolj pomembno je, da so zatem sledila dejanja kot posledice razveze prodajne pogodbe. Eno takšnih posledic je šteti zapis sporazuma z dne (...) o prekinitvi osnovne prodajne pogodbe in o usodi zalog blaga, ki je še bil v skladu tožeče stranke. Ni dvoma, da je omenjeni sporazum pripravila tožena stranka in ga nepodpisane poslala tožeči stranki, slednja pa ga je podpisana tudi takoj vrnila. Tega tožena stranka ne zanika. Iz navedb obeh strank izhaja, da tožena stranka tudi kasneje sporazuma ni podpisala. Takšno stanje je tožena stranka tolmačila kot posledico dogovora med (...) in tožeče stranko o prevzemu zalog blaga, s čemer je za toženo stranko sporazum z dne (...) ostal brezpredmeten. Tožeča stranka pa neaktivnost tožene stranke, ki sporazuma ni podpisala, niti kako drugače realizirala, vidi v njenem zavestnem izigravanju nedvomno sprejete plačilne obveznosti.

Arbitražni senat ocenjuje, da pa za končno odločitev v tej zadevi ni pomembno iz katerih razlogov sporazum z dne (...) ni bil obojestransko podpisani. Arbitražni senat je ocenil tudi vpliv posrednih dokazov, kot so različne fakture, storno računa ter korespondence, kar vse je po (...) potekalo in bilo v odnosih predvsem med tožečo stranko in (...), pa tudi med strankama. Vsi ti posredni dokazi, posamezno ali skupno, samo dokazujejo, da se je sporazum z dne (...) izvajal, vendar ne vnašajo v dokazno oceno dovolj jasnosti glede odločilnih dejstev tega spora o katerih bo govora v nadaljevanju.

Sporazum strank z dne (...), čeprav brez podpisa tožene stranke, je bil izvajan, kar arbitražni senat zazna in vidi v naslednjih dejanjih ali dogodkih:

- tožeča stranka je prenehala prodajati proizvode tožene stranke, kar se je zgodilo najkasneje koncem januarja (...). Mišljeni so predvsem proizvodi, vezani na dobavo po prvotni prodajni pogodbi z dne (...),
- (...) je predstavnik (...) pregledal zaloge in identificiral blago, ki bo prevzeto,
- (...) je kurantno blago prevzela in plačala.

Ostala je v bistvu nerealizirana samo tč. III/c) sporazuma, ki govorji o tem, da znesek (vrednost) odobrenih nekurantnih proizvodov plača tožeči stranki tožena stranka. Iz vsebinske in jezikovne interpretacije celotnega sporazuma z dne (...), zlasti pa njegove tč. III/c) in upoštevajoč druge dogodke, arbitražni senat ni mogel sprejeti zaključka, da je bila omenjena obveznost tožene stranke precizirana na dan zapisa sporazuma. Enako se ne more zaključiti, da je bila omenjena obveznost dogovorjena in določena že na sestanku predstavitev strank dne (...) v (...), ko je pri oceni arbitražnega senata lahko prišlo le do načelnega dogovora o razvezi pogodbe in predvidenih nadaljnjih korakih obeh strank ali tudi (...).

Zato je po oceni arbitražnega senata dokazno pomemben in ključen datum (...), ko bi moral biti opravljen tudi popis kurantnega in nekurantnega blaga. V zvezi s tem dogodkom, ko je (...) prevzela samo del zalog,⁷ vezano na točko III/c) sporazuma z dne (...) pa ni izkazano in ni dokaza:

⁷ Po izjavi priče tožeče stranke (...) je to bilo le "preverjeno blago", ne pa tudi poškodovano blago ali blago z veljavnostjo manjšo od enega leta.

- da je tožena stranka ali v njenem imenu (...) kot pooblaščenka odobrila in priznala obstoj nekurantnega blaga,
- še zlasti pa to velja glede priznanja obstoja takšnega blaga po vrsti, količinah in cenah, kar se zato šteje kot nedokazano,
- da se je tožena stranka strinjala s količino in vrednostjo blaga, ki je bilo uničeno pri (...) in za katerega se sedaj zahteva plačilo (...) EUR.

Ker se tožeča stranka sklicuje glede obstoja obveznosti tožene stranke tudi na druge dokaze, je arbitražni senat dokazno ocenil tudi te. Pri tem je analiziral določeno elektronsko pošto, pisno korespondenco in izjave prič, kar vse je bilo kot dokaz predlagano z obeh strani. Ugotovitve so naslednje:

Če analiziramo najprej elektronsko pismo (...) z dne (...), ki je bil takrat komercialni direktor tožene stranke, je bilo to pismo naslovljeno na (...), ki je bil takrat zaposlen pri tožeči stranki. Zapis pisma dovolj opredeljeno kaže, da je takrat bila poslana samo glede DDV dopolnjena verzija sporazuma z dne (...), torej je šlo le za dopolnitev točke III/d) sporazuma. To glede identifikacije in nastanka obveznosti tožene stranke po tč. III/c) sporazuma ničesar ne spominja, saj gre za dogodek izpred (...), ko bi se naj ugotovila vrednost (znesek) nekurantnega blaga. Dopolnjeni tekst sporazuma je zato bil formuliran in poslan v podpis še v obdobju, ko še ni bil opravljen popis in prevzem blaga pri tožeči stranki.

Kot enega ključnih dokazov je tožeča stranka predložila elektronsko pismo (...) z dne (...). Pismo je bilo sicer poslano iz elektronskega naslova "....si" (...), kar mu z dokaznega vidika ne jemlje pomena, čeprav tožena stranka tukaj in za druge dokumente zatrjuje, da so imeli pomen le za odnos tožeče stranke z (...). V pismu (...) izraža predvsem začudenje nad obsegom zalog blaga tožene stranke pri tožeči stranki. Iz pisma ne izhaja, da je tožena stranka sama ali v njenem imenu (...) odobrila sporno nekuranntno blago. Nasprotno, (...) celo predlaga, da se del zalog vrne tožeči stranki, pri čemer se lahko zaključi, upoštevajoč kaj je bilo prevzeto (...) (nekuranntno blago zagotovo ne!), da se je predlog nanašal celo na vrnitev kuranntnega blaga. Izrecno se omenja, da "dodatno financiranje iz Ljubljane ne pride v poštev", kar je v kontekstu z (...) strani nakazane problematike razumeti samo tako, da je izključeno kakršnokoli drugo ali dodatno plačilo s strani (...) ali tožene stranke same. Zagotovo se zato lahko povzame, da iz (...) elektronskega pisma ni mogoče zaključiti na (a) katere zaloge se je skliceval, (b) ni razbrati, kaj bi morala morda plačati tožeča stranka in v zvezi s plačilno obveznostjo se omenja le (...) in morebitni njeni likvidnostni problemi, če bi se izvedlo "plačenje zaliba po dogовору". Kakšen naj bi bil omenjeni dogovor in ali bi v odnose strank glede točke III/c) sporazuma z dne (...) vnesel karkoli novega, arbitražni senat iz obravnavanega dokaza ni mogel povzeti konkretnejših zaključkov. To za samo odločitev o glavnih stvari tudi ni bilo potrebno, saj se je odločalo le o obstoju obveznosti tožene stranke po točki III/c) sporazuma z dne (...) in pri tem ni bilo potrebno ugotavljati kakšne so bile v popolnosti relacije med tožečo stranko in (...), za katero se je ugotovilo, da je dne (...) pri tožeči stranki prevzela kurantno blago in ga kasneje tudi plačala.

Na (...) se je dne (...) obrnila tudi tožeča stranka (izvršni direktor ...) glede določitve dinamike plačila zaostalega dolga. V pismu se omenja vrednost artiklov tožene stranke (...) MD ali (...) EUR ob kurzu 61,5 EUR za 1 MD), kar kaže na to, da je šlo za blago, ki je sedaj posredno predmet te. Ne glede na to, da je bilo pismo naslovljeno na (...) in ne na toženo stranko kot domnevno zavezanko po tč. III/c) sporazuma z dne (...), pa ga ni mogoče obravnavati kot dokaz o obstoju zaveze tožene stranke. Nasprotno, omenjeno pismo vnaša najmanj dvom v pravilnost trditve tožeče stranke o tem, da je tožena stranka prevzela

plačilno obveznost po točki III/c) sporazuma z dne (...). Pričakovati bi namreč bilo, da bi se tožeča stranka kot upnica pisno obrnila na toženo stranko direktno kot dolžnico in od nje zahtevala plačilo blaga, ki se v pismu tudi identificira. Ker se v pismu omenja točna vrednost neplačanega blaga, ki se močno ujema z vtoževanim zneskom (...) makedonskih dinarjev je ob tečaju 61,50 (...) EUR, kar je blizu vtoževanim (...) EUR), od tega pa je bilo le 1/9 proizvodov tožene stranke in kar 8/9 proizvodov (...), se pojavlja kot stransko vprašanje ali je tožeča stranka oddala v uničenje (...) res samo proizvode tožene stranke. Vendar se arbitražni senat z nadaljnjam razčlenjanjem tega vprašanja ni več ukvarjal, ker za odločitev o glavnih stvari ni bilo odločajoče, saj se je v dokaznem pogledu v dokaznem gradivu iskala predvsem odobritev "iznosu nekurantnih proizvoda" s strani tožene stranke in njen prevzem plačilne obveznosti za takšno blago.

Tudi iz pisma tožeče stranke (...) z dne (...) izhaja, da se je z njim urgirala ureditev "zaprtja dolga" za prevzeto blago – (...) artikle iz skladischa tožene stranke, kar znova ničesar ne pove o obstoju plačilne obveznosti tožene stranke za vtoževani dolg. Tudi tukaj bi bilo pričakovati, da bi se tožeča stranka, če bi dolg obstajal, obrnila na dejanskega dolžnika, to je na toženo stranko kot nosilko zaveze in ne na njeno sestrsko družbo (...). Vsebina obravnavanega pisma tudi v drugih pogledih ne potrjuje tožbene verzije tožeče stranke. (...) se v pismu obravnavava kot dolžnik, pri čemer se je tožeča stranka nanjo obrnila, ko je pri njej predhodno opravila več neuspešnih intervencij za plačilo. V pismu se omenja ne samo možnost sodnega postopka za izterjavo dolga, ampak tudi namera, da bo neprevzeto blago, ki ima kratek rok uporabe, prodano z večjim popustom zainteresiranim strankam. V tem pogledu se je tožeča stranka v bistvu sklicevala na pravico kritne prodaje neprevzetega blaga, kar bi bilo opravljeno na breme (...) in ne na breme tožene stranke. Ker se kot problematično omenja samo "neprevzeto blago", se to pokriva s statusom blaga, ki je bilo kasneje dano v uničenje (...). Ob obstoju zatrjevanega dolga, bi bilo pričakovati, da se bo tožeča stranka obrnila na toženo stranko, jo seznanila o neprevzemu blaga, ter zahtevala, da ustrezno ukrepa. Lahko bi izstavila za neprevzeto blago tudi fakturo. Namesto tega, pa je glede glavnega vprašanja – plačilo (ne) odobrenega nekurantnega blaga – nastali problem reševala preko tretje osebe (...), ki jo je tudi identificirala kot dolžnika. Ni pa v razreševanje nastale problematike vpletla tožene stranke za katero v tožbi pravi, da je njen edini dolžnik. Zbrani dokazi žal takšnega zaključka ne dopuščajo in se tožeča stranka s svojimi dokaznimi argumenti ne približa niti stopnji verjetnosti obstoja dolga tožene stranke, kar, četudi bi obstajala, za obsodbo ne bi bilo dovolj.

Vendar se arbitražni senat v dokaznem pogledu – kot je že bilo poudarjeno – ni ukvarjal prvenstveno z vprašanjem, ali se je usoda zalog tudi glede nekurantnega blaga, reševala le na relaciji tožene stranke in (...), kar je zlasti zatrjevala tožena stranka, ampak ali je za toženo stranko nastala obveznost plačila po tč. III/c) sporazuma z dne (...) ali na podlagi katerega drugega dogovora, nastalega od (...) dalje. Pred tem datumom vrednost (iznos) odobrenih nekurantnih proizvodov zagotovo ni mogla biti identificirana.

Obravnavane listine ter analizirana elektronska korespondenca ne dopuščajo dokaznega zaključka, da je tožena stranka zavezo pod tč. III/c) sporazuma z dne (...) sprejela, torej tako glede količine nekurantnega blaga, kot tudi po višini plačila. Takšnega zaključka ne anulirajo tudi drugi izvedeni dokazi, t.j. izjave prič obeh strank. Na strani tožeče stranke so to priče (...), (...) in (...) in zakoniti zastopnik tožeče stranke (...). Na strani tožene stranke sta izjavi podali priči (...) in (...).

(...), ki mu je delovno razmerje pri toženi stranki prenehalo s koncem februarja (...), je potrdil, da se je dne (...) v (...) dogovoril z (...) o predčasni prekinitvi pogodbe z dne (...) ter o glavnih modalitetah takšne prekinjitve. Zato je sestavil sporazum z dne (...) in ga poslal tožeči stranki, vendar ne pojasni zakaj on sam ali vodstvo tožene stranke takrat ali kasneje sporazuma ni podpisal. Njegova pojasnitev dogodkov ni povsem

dosledna, saj ne pove kdaj in kdo naj bi ugotovil obseg in vrednost nekulantnih zalog, ki bi obsegale blago z omejenim rokom prodaje, t.j. do (...). Glede na to, da bi bile navedene zaloge ugotovljene (...) ali kdaj kasneje, ta priča, glede identifikacije in prevzema obveznosti tožene stranke po tč. III/c) sporazuma, ne pove ničesar določenega. Ker priča potrjuje, da tožena stranka sporazuma z dne (...) ni podpisala, niti ga ni vrnila tožeci stranki, manjka tudi glede tega dokaza potrditev obstoja ključne okoliščine, t.j. sprejem ali odobritev omenjene obveznosti tožene stranke. Ali je do zadržka s strani tožene stranke prišlo celo zaradi nasprotovanja lastnika tožene stranke (...) za končno odločitev ni pomembno. Ni se mogoče namreč odmakniti od tega, da je za nastanek obveznosti tožene stranke po tč. III/c) sporazuma z dne (...) bila potrebna njena odobritev obsega in vrednosti nekulantnega blaga.

Priči (...), takratni direktorici tožene stranke, je delovno razmerje, po lastni izjavi, prenehalo dne (...). Zato je dokazno tehtnost njene izjave potrebno ocenjevati ne samo s tega vidika, ampak tudi v povezavi z možnim datumom nastanka obveznosti tožene stranke. To bi lahko bil samo dogodek, ko bi se (a) ugotovila obseg in vrednost nekulantnega blaga in bi (b) to tožena stranka kot svojo obveznost tudi prevzela, izrecno, konkludentno ali kako drugače. Dokaza o takšnem ravnanju tožene stranke ni, kar glede samega prevzema takšnega blaga v zvezi s popisom dne (...) izhaja tudi iz izjave priče (...), ki je bil kot delavec (...) navzoč pri prevzemu blaga in naj bi pri tem ravnal po navodilih direktorja omenjenega prevzemnika blaga.

Priči (...) in (...) sta tudi izjavili, da je tožena stranka trgovcem običajno priznavala in pokrivala vrednost nekulantnih zalog. Takšen možen običaj sam po sebi v danem primeru, ne more ustvariti nobene obligacije na strani tožene stranke. Dodati je, da priznavanje in pokrivanje vrednosti nekulantnih zalog samo po sebi vsebuje tudi dejanje odobritve prodajalca blaga, o čemer pa, kot je že bilo ugotovljeno, v tej zadevi ni izkazano.

(...) kot direktor tožče stranke je potrdil, da je z (...) dne (...) v (...) sklenil dogovor o sporazumnem prenehanju pogodbenega razmerja, ki je bil po njegovem prepričanju povzet v sporazum z dne (...). Ta je bil podpisан vrnjen toženi stranki, ki pa ga podpisane ni nikoli vrnila. Da bi tožena stranka zatrjevalo in vtoževano obveznost prevzela na drug način, pa (...) ne izjavlja. Navaja le, da je bilo glede na ugotovljene količine nekulantnih proizvodov, za katere so bili spiski pripravljeni že (...) dogovorjeno, da jih tožena stranka priznava in se zaveže plačati njihovo vrednost. Na kakšen način naj bi to bilo dogovorjeno, kot zaveza tožene stranke, pa (...) ne pove. Nasprotno, iz njegovega opisa urgenc tožče stranke (pisni zahteveki, telefonski razgovori) je razvidno, da pravega in pričakovanega odziva s strani tožene stranke ni bilo. Če se sledi njegovi nadaljnji izjavi, da je tožeca stranka v naprej pripravila popis nekulantnega blaga, kar naj bi bilo pripravljeno do (...), ko je predstavnik (...) pregledal zaloge in dokumente, takšnega enostranskega dejanja tožče stranke ne moremo enačiti z "odobrenimi nekulantimi proizvodi". Manjka namreč aktivno ravnanje ali izjava, oziroma priznanje obligacije tožene stranke.

Priči (...) in (...), ki sta še vedno službeno povezani s toženo stranko ali (...), sta prav tako potrdili, da sporazuma z dne (...) tožena stranka ni podpisala, vendar to povezujeta kot posledico drugačnega dogovora tožče stranke in (...), kot ga naj bi predvideval sporazum z dne (...). Izjava priče (...) je vezana predvsem na opis sodelovanja med tožečo stranko in (...), kar po oceni arbitražnega senata ne gre enačiti z odnosom do tožene stranke. Pri podaji takšne ocene se arbitražni senat zaveda, da je sporazum z dne (...) predvideval prevzem in popis blaga – zalog pri tožeči stranki ob sodelovanju tožene stranke ali (...), kar pa je potrebno obravnavati kot enkratni dogodek in ga zato ne gre enačiti z morebitnim drugim poslovnim sodelovanjem tožče stranke in (...). Če pri tem vsebino sporazuma z dne (...) tolmačimo zelo široko in

v breme tožene stranke (83. člen OZ), ki je sporazum pripravila, tudi ne moremo zaključiti, da je obseg in vrednost nekulantnega blaga, namesto tožene stranke, odobrila (...). Vsi že analizirani listinski dokazi kot tudi izjave omenjenih prič dokazujojo, da glede obsega in vrednosti nekulantnega blaga, tožeča stranka ni dobila ustrezne odobritve od tožene stranke ali od (...), v kolikor bi ta sploh lahko storila takšno odobritveno dejanje.

S samim prevzemom kurantnega blaga (kar je storila ...) po sklepanju argumentom a contrario ni mogoče zaključiti, da so bile s tem identificirane in odobrene tudi količine nekulantnega blaga, ki ni bilo prevzeto. Takšen zaključek ne bi bil možen četudi bi bila dokazno podana samo obravnavana okoliščina – prevzem kurantnega blaga – in drugi dokazi, ki obveznosti tožene stranke ne izkazujojo, sploh ne bi obstajali.

Kolikor se tožeča stranka dokazno sklicuje na sodelovanje oseb, ki jim je pri toženi stranki kmalu prenehalo delovno razmerje, to pa sta predvsem (...) in (...), to na končno dokazno oceno arbitražnega senata ni moglo vplivati, saj niso imele več pristojnosti odločanja. Kot priče pa o glavnem vprašanju "obveznost tožene stranke da ali ne" po oceni arbitražnega senata niso podale nobenega relevantnega podatka, ki bi govoril v prid tožbene teze.

Tožena stranka je zatrjevala, da je (...) pri tožeči stranki prevzela tako kurantno kot tudi nekulantno blago in ga plačala. S tem nakazovala, da je v tej obliki prenehala obveznost tožene stranke po tč. III/c) sporazuma z dne (...). Arbitražni senat pri tem ugotavlja, da tožena stranka obstoja takšnega dejstva ni dokazala, namreč da je (...) dne (...) pri tožeči stranki prevzela blago, ki bi se lahko identificiralo kot blago iz tč. III/c) citiranega sporazuma. Tudi kasnejši pozivi tožeče stranke (...) na plačilo, omenjajo kot odprt vprašanje le neprevzeto blago. To na končno razbremenitev tožene stranke ne vpliva negativno, ker hkrati tudi tožeča stranka ni dokazala obstoja obveznosti tožene stranke iz sporazuma z dne (...). Ponoviti je, da je za odločitev v tej zadevi pomemben samo (ne) obstoj obligacije tožene stranke po tč. III/c) sporazuma z dne (...). Glede na vsebinsko in namensko interpretacijo teksta tč. III/c) sporazuma z dne (...) je jasno, da se mora obstoj omenjene obligacije povezati z dvema bistvenima elementoma, t.j. (i) ugotovitvijo zneska (vrednosti) nekulantnega blaga in (ii) prevzemom plačilne obveznosti zanj s strani tožeče stranke.

Svoje zaključne ugotovitve strne arbitražni senat takole:

- *na dan (...), ko je bil sestavljen sporni sporazum, obveznost tožene stranke po tč. III/c) sporazuma z dne (...) ni bila znana, niti določljiva, saj niso bili znani glavni elementi takšne obligacije, to je vrsta, količina in cena nekulantnega blaga, kar je predpogoj za nastanek takšne obligacije,*
- *vsako vrednost takšnega blaga, kot tudi zavezo plačila bi morala tožena stranka odobriti, vendar takšno njenu afirmativno in zavezujajoče dejanje ni izkazano,*
- *izkazano tudi ni, da bi tožena stranka pozitivno reagirala na kasnejšeurgence tožeče stranke in zahteve za plačilo, če so sploh bile posredovane toženi stranki kot dolžnici. V pisni obliki so izkazane samo plačilne zahteve za plačilo nekulantnega blaga, naslovljene na (...),*

- kar pomeni, da tožeča stranka nastanka in obstoja vtoževane denarne terjatve v odnosu na toženo stranko kot možno dolžnico, ni dokazala. Dokazno breme pa je bilo na njeni strani, pri čemer se mora izpostaviti, da tožeča stranka ne pove na kakšen način naj bi nasprotna stranka odobrila nekulantne proizvode in se jih zavezala plačati, ampak se sklicuje, da je takšna zaveza nastala glede na sporazum (...) - (...) v (...) z dne (...) in v zvezi s sporazumom z dne (...),
- eden izmed predmetov pogodbe, kar sporazum z dne (...) nedvomno je, to je obveznost tožene stranke po tč. III/c) sporazuma, je obravnavati kot esentia negotii tega dela sporazuma. Predmet pogodbe⁸ je lahko tudi dejanje ali priznanje nekega dejstva, kar bi se v tem primeru postavilo kot vprašanje quid debetur, kaj se je dolžnik zavezal. Dokaza o takšni obveznosti tožene stranke, ki bi se lahko obravnaval kot izpolnitveno dejanje (odobritev količine in vrednosti nekulantnega blaga) pa v danem primeru ni.

Ker torej tožeča stranka ni dokazala obstoja obveznosti tožene stranke, za vtoževanih (...) EUR, je arbitražni senat iz zgoraj pojasnjениh razlogov tožbeni zahtevek zavrnil kot neutemeljen.

Odločitev o stroških postopka je naslednja.

Tožeča stranka v sporu ni uspela, zato je dolžna skladno 44. členu Pravilnika povrniti toženi stranki njene upravičene stroške.

Toženi stranki so se priznali:

a. materialni stroški:

- stroški prevodov po računih	(...) EUR
- stroški fotokopij	(...) EUR
skupaj A	(...) EUR

b. stroški pravnega zastopanja:

skupaj B	(...) EUR
----------	-----------

$$\text{c. skupaj } A + B = (...) \text{ EUR} + (...) \text{ EUR} = (...) \text{ EUR.}$$

Na tako priznane stroške tečejo v primeru plačilne zamude zakonske zamudne obresti od prvega dne po izteku paricijskega roka.

⁸ Glej Cigoj, S., Veliki komentar ZOR, stran 167.

IX. Izrek arbitražne odločbe

Po vsem navedenem kot v točkah I – VIII. te odločbe, je arbitražni senat, ki ga sestavljajo (...), kot predsednik senata, ter člana senata - (...), ki ga je imenovala tožeča stranka, in (...), ki ga je imenovala tožena stranka, na temelju čl. 37, 38 in 44 Pravilnika o arbitražnem postopku pod Stalno arbitražo pri GZS, ter po dne (...) in (...) opravljenih obravnnavah, soglasno odločil in sprejel naslednjo

arbitražno odločbo:

I. Tožbeni zahtevek, ki se glasi:

"1. Tožena stranka (...) je dolžna plačati tožeči stranki (...) znesek (...) z zakonskimi zamudnimi obrestmi od (...) do plačila, v roku 15 dni pod izvršbo.

2. Tožena stranka je dolžna povrniti tožeči stranki njene stroške postopka v priglašeni višini, v roku 15 dni, v primeru zamude z zakonskimi zamudnimi obrestmi od poteka roka do plačila."

se kot neutemeljen zavrnite.

II. Tožeča stranka je dolžna plačati toženi stranki njene stroške v višini (...) EUR z zakonskimi zamudnimi obrestmi, ki začno teči prvi dan po izteku 15-dnevnega izpolnitvenega roka, vse pod izvršbo.

Ljubljana, dne 6. julija 2011

Predsednik arbitražnega senata

(...)

Član

(...)

Član

(...)

Comment on IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration for Slovenian Journal of Arbitration

Paula Hodges

Paula Hodges is Head of the Global Arbitration Practice, Herbert Smith Freehills LLP and Vice-Chair of the IBA Arbitration Committee.

It is a widely accepted principle of international arbitration that an arbitrator must be independent and impartial.¹ In an international arbitration with arbitrators, parties and counsel from multiple jurisdictions, it is crucial that they all assess and disclose relationships which could call that independence and impartiality into question. But on what basis should that assessment and disclosure be carried out? Where do the parties and arbitrators turn for guidance?

Before 2004, little guidance existed to reflect best international practice. Members of the international arbitration community applied different standards to make decisions about their disclosure obligations, objections and arbitrator challenges, relying on guidance from national law, institutional rules or instinct. This prompted a call by the international arbitration community for a set of guidelines which could promote a more uniform and consistent approach. In response, the International Bar Association (IBA) established a working group of 19 experts from 14 countries to develop the Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.

Since being published in 2004, the Guidelines have been very successful in their acceptance and application.² Feedback collected by the IBA Conflicts of Interest Subcommittee indicates that most international arbitrators consult the Guidelines when decid-

ing whether a conflict situation arises.³ The Guidelines are routinely used by parties when challenging arbitrators and are considered as part of the decision-making process of institutions such as the ICC and LCIA. A number of state courts have also referenced the Guidelines, including Austria, Belgium, England, Germany, the Netherlands, Sweden, Switzerland and the USA.⁴

In order to maintain this degree of international acceptance, the Guidelines must continue to reflect best practice. The IBA Arbitration Committee has been actively considering amendments to the Guidelines for the past year. The Committee will meet at the IBA's Annual Conference in Boston in October 2013 and seek further input from practitioners on whether and to what extent the Guidelines should be amended in light of the experience of the arbitration community over the last ten years. Certainly, there can be no doubt that the need for such international guidance has only increased over that time, given the growth in arbitration and number of new entrants to the market. Whatever the outcome of the Arbitration Committee's discussions, the Guidelines are and will remain an essential tool for parties, counsel and arbitrators to navigate difficult and complex conflicts in international arbitration.

The Guidelines are routinely used by parties when challenging arbitrators and are considered as part of the decision-making process of institutions

A number of state courts have also referenced the Guidelines, including Austria, Belgium, England, Germany, the Netherlands, Sweden, Switzerland and the USA

The Guidelines are and will remain an essential tool for parties, counsel and arbitrators to navigate difficult and complex conflicts in international arbitration

¹ The principle is enshrined in Article 12(2) of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Jurisdictions which have not adopted the UNCITRAL Model Law nonetheless reflect a similar standard.

² The Conflicts of Interest Subcommittee, a Subcommittee of the IBA Arbitration Committee has monitored the Guidelines use and effectiveness since they were released. The first review (*The IBA Conflicts Guidelines – Who's Using Them and How?*, Judith Gill, Partner, Allen & Overy LLP, London and Co-Chair of the Monitoring Section of the IBA Conflicts Guidelines Taskforce, p58, Dispute Resolution International, Vol.1, No. 1, June 2007) showed mixed results but noted that the Guidelines were used to varying degrees in 10 jurisdictions.

³ The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: The First Five Years 2004-2009, The IBA Conflicts of Interest Subcommittee, a Subcommittee of the IBA Arbitration Committee, Dispute Resolution International, Vol. 4, No. 1, May 2010.

⁴ The majority of court decisions have held that parties are to use the Guidelines as a tool to assist them in navigating difficult and complex conflicts. The standards for arbitrator independence, however, should remain in the domain of national law (for example, the English case of *A and Others v B and X* [2011] EWHC 2345 (Comm.)).



IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration

IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration is reproduced by kind permission of the International Bar Association, London, UK. © International Bar Association.

Approved on 22 May 2004 by the Council of the
International Bar Association

Contents

Introduction	3
PART I: General Standards Regarding Impartiality.	
Independence and Disclosure	7
PART II: Practical Application of the General Standards..	17
1. Non-Waivable Red List	20
2. Waivable Red List	20
2.1. Relationship of the arbitrator to the dispute ..	20
2.2. Arbitrator's direct or indirect interest in the dispute	20
2.3. Arbitrator's relationship with the parties or counsel	20
3. Orange List	21
3.1. Previous services for one of the parties or other involvement in the case	21
3.2. Current services for one of the parties	22
3.3. Relationship between an arbitrator and another arbitrator or counsel.	22
3.4. Relationship between arbitrator and party and others involved in the arbitration	23
3.5. Other circumstances	23
4. Green List	24
4.1. Previously expressed legal opinions	24
4.2. Previous services against one party	24
4.3. Current services for one of the parties	24
4.4. Contacts with another arbitrator or with counsel for one of the parties	24
4.5. Contacts between the arbitrator and one of the parties	24

Introduction

- Problems of conflicts of interest increasingly challenge international arbitration. Arbitrators are often unsure about what facts need to be disclosed, and they may make different choices about disclosures than other arbitrators in the same situation. The growth of international business and the manner in which it is conducted, including interlocking corporate relationships and larger international law firms, have caused more disclosures and have created more difficult conflict of interest issues to determine. Reluctant parties have more opportunities to use challenges of arbitrators to delay arbitrations or to deny the opposing party the arbitrator of its choice. Disclosure of any relationship, no matter how minor or serious, has too often led to objections, challenge and withdrawal or removal of the arbitrator.
- Thus, parties, arbitrators, institutions and courts face complex decisions about what to disclose and what standards to apply. In addition, institutions and courts face difficult decisions if an objection or a challenge is made after a disclosure. There is a tension between, on the one hand, the parties' right to disclosure of situations that may reasonably call into question an arbitrator's impartiality or independence and their right to a fair hearing and, on the other hand, the parties' right to select arbitrators of their choosing. Even though laws and arbitration rules provide some standards, there is a lack of detail in their guidance and of uniformity in their application. As a result, quite often members of the international arbitration community apply different standards in making decisions concerning disclosure, objections and challenges.
- It is in the interest of everyone in the international arbitration community that international arbitration proceedings not be hindered by these growing conflicts of interest issues. The Committee on Arbitration and ADR of the International Bar Association appointed a Working Group of 19 experts¹ in international arbitration from 14 countries to study, with the intent of helping this decision-making process, national laws, judicial decisions, arbitration rules and practical considerations and applications regarding impartiality

and independence and disclosure in international arbitration. The Working Group has determined that existing standards lack sufficient clarity and uniformity in their application. It has therefore prepared these Guidelines, which set forth some General Standards and Explanatory Notes on the Standards. Moreover, the Working Group believes that greater consistency and fewer unnecessary challenges and arbitrator withdrawals and removals could be achieved by providing lists of specific situations that, in the view of the Working Group, do or do not warrant disclosure or disqualification of an arbitrator. Such lists – designated Red, Orange and Green (the ‘Application Lists’) – appear at the end of these Guidelines.²

4. The Guidelines reflect the Working Group’s understanding of the best current international practice firmly rooted in the principles expressed in the General Standards. The Working Group has based the General Standards and the Application Lists upon statutes and case law in jurisdictions and upon the judgment and experience of members of the Working Group and others involved in international commercial arbitration. The Working Group has attempted to balance the various interests of parties, representatives, arbitrators and arbitration institutions, all of whom have a responsibility for ensuring the integrity, reputation and efficiency of international commercial arbitration. In particular, the Working Group has sought and considered the views of many leading arbitration institutions, as well as corporate counsel and other persons involved in international arbitration. The Working Group also published drafts of the Guidelines and sought comments at two annual meetings of the International Bar Association and other meetings of arbitrators. While the comments received by the Working Group varied, and included some points of criticisms, the arbitration community generally supported and encouraged these efforts to help reduce the growing problems of conflicts of interests. The Working Group has studied all the comments received and has adopted many of the proposals that it has received. The Working Group is very grateful indeed for the serious considerations given to its proposals by so many institutions and individuals all over the globe and for the comments and proposals received.

5. Originally, the Working Group developed the Guidelines for international commercial arbitration. However, in the light of comments received, it realized that the Guidelines should equally apply to other types of arbitration, such as investment arbitrations (insofar as these may not be considered as commercial arbitrations).³
6. These Guidelines are not legal provisions and do not override any applicable national law or arbitral rules chosen by the parties. However, the Working Group hopes that these Guidelines will find general acceptance within the international arbitration community (as was the case with the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration) and that they thus will help parties, practitioners, arbitrators, institutions and the courts in their decision-making process on these very important questions of impartiality, independence, disclosure, objections and challenges made in that connection. The Working Group trusts that the Guidelines will be applied with robust common sense and without pedantic and unduly formalistic interpretation. The Working Group is also publishing a Background and History, which describes the studies made by the Working Group and may be helpful in interpreting the Guidelines.
7. The IBA and the Working Group view these Guidelines as a beginning, rather than an end, of the process. The Application Lists cover many of the varied situations that commonly arise in practice, but they do not purport to be comprehensive, nor could they be. Nevertheless, the Working Group is confident that the Application Lists provide better concrete guidance than the General Standards (and certainly more than existing standards). The IBA and the Working Group seek comments on the actual use of the Guidelines, and they plan to supplement, revise and refine the Guidelines based on that practical experience.
8. In 1987, the IBA published Rules of Ethics for International Arbitrators. Those Rules cover more topics than these Guidelines, and they remain in effect as to subjects that are not discussed in the Guidelines. The Guidelines supersede the Rules of Ethics as to the matters treated here.

Notes

1 The members of the Working Group are: (1) Elmer Abens, Canada; (2) John Beechey, England; (3) Jim Carter, United States; (4) Emmanuel Goffard, France; (5) Emilio González de Cossío, Mexico; (6) Bernard Ilanotzka, Belgium; (7) Michael Hwang, Singapore; (8) Albert Jan van den Berg, Belgium; (9) Doug Jones, Australia; (10) Gabriele Kaufmann-Kohler, Switzerland; (11) Arthur Marion, England; (12) Tore Wivell Nilsson, Sweden; (13) Ulrich Raetzer-Krauter, Germany; (14) David W. Reiss, United States; (15) Klaus Sach, Germany; (16) Nathalie Voyer, Switzerland (Rapporteur); (17) David Williams, New Zealand; (18) Des Williams, South Africa; (19) Onno de Wit Wijnen, The Netherlands (Chair).

2 Detailed background information to the Guidelines has been published in *Arbitration Law International* at BLJ Vol 5, No 3, September 2004, pp 433-458 and is available at the IBA website www.ibanet.org.

3 Similarly, the Working Group is of the opinion that these Guidelines should apply by analogy to civil servants and government officers who are appointed as arbitrators by State or State entities that are parties to arbitration proceedings.

Part I: General Standards Regarding Impartiality, Independence And Disclosure

(1) General Principle

Every arbitrator shall be impartial and independent of the parties at the time of accepting an appointment to serve and shall remain so during the entire arbitration proceeding until the final award has been rendered or the proceeding has otherwise finally terminated.

Explanation to General Standard 1:

The Working Group is guided by the fundamental principle in international arbitration that each arbitrator must be impartial and independent of the parties at the time he or she accepts an appointment to act as arbitrator and must remain so during the entire course of the arbitration proceedings. The Working Group considered whether this obligation should extend even during the period that the award may be challenged but has decided against this. The Working Group takes the view that the arbitrator's duty ends when the Arbitral Tribunal has rendered the final award or the proceedings have otherwise been finally terminated (eg, because of a settlement). If, after settling aside or other proceedings, the dispute is referred back to the same arbitrator, a fresh round of disclosure may be necessary.

(2) Conflicts of Interest

- (a) *An arbitrator shall decline to accept an appointment or, if the arbitration has already been commenced, refuse to continue to act as an arbitrator if he or she has any doubts as to his or her ability to be impartial or independent.*
- (b) *The same principle applies if facts or circumstances exist, or have arisen since the appointment, that, from a reasonable third person's point of view having knowledge of the relevant facts, give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or*

- Independence, unless the parties have accepted the arbitrator in accordance with the requirements set out in General Standard (4).*
- (c) *Doubts are justifiable if a reasonable and informed third party would reach the conclusion that there was a likelihood that the arbitrator may be influenced by factors other than the merits of the case as presented by the parties in reaching his or her decision.*
 - (d) *Justifiable doubts necessarily exist as to the arbitrator's impartiality or independence if there is an identity between a party and the arbitrator; if the arbitrator is a legal representative of a legal entity that is a party to the arbitration, or if the arbitrator has a significant financial or personal interest in the matter at stake.*

Explanation to General Standard 2:

- (a) It is the main ethical guiding principle of every arbitrator that actual bias from the arbitrator's own point of view must lead to that arbitrator declining his or her appointment. This standard should apply regardless of the stage of the proceedings. This principle is so self-evident that many national laws do not explicitly say so. See eg Article 12, UNCITRAL Model Law. The Working Group, however, has included it in the General Standards because explicit expression in these Guidelines helps to avoid confusion and to create confidence in procedures before arbitral tribunals. In addition, the Working Group believes that the broad standard of 'any doubts as to an ability to be impartial and independent' should lead to the arbitrator declining the appointment.
- (b) In order for standards to be applied as consistently as possible, the Working Group believes that the test for disqualification should be an objective one. The Working Group uses the wording 'impartiality or independence' derived from the broadly adopted Article 12 of the UNCITRAL Model Law, and the use of an appearance test, based on justifiable doubts as to the impartiality or independence of the arbitrator, as provided in Article 12(2) of the UNCITRAL Model Law, to be applied objectively (a 'reasonable third person test'). As described in the Explanation to General Standard 3(d), this standard should apply regardless of the stage of the proceedings.

- (c) Most laws and rules that apply the standard of justifiable doubts do not further define that standard. The Working Group believes that this General Standard provides some context for making this determination.
- (d) The Working Group supports the view that no one is allowed to be his or her own judge; ie, there cannot be identity between an arbitrator and a party. The Working Group believes that this situation cannot be waived by the parties. The same principle should apply to persons who are legal representatives of a legal entity that is a party in the arbitration, like board members, or who have a significant economic interest in the matter at stake. Because of the importance of this principle, this non-waivable situation is made a General Standard, and examples are provided in the non-waivable Red List.

The General Standard purposely uses the terms 'identity' and 'legal representatives.' In the light of comments received, the Working Group considered whether these terms should be extended or further defined, but decided against doing so. It realizes that there are situations in which an employee of a party or a civil servant can be in a position similar, if not identical, to the position of an official legal representative. The Working Group decided that it should suffice to state the principle.

(3) Disclosure by the Arbitrator

- (a) *If facts or circumstances exist that may, in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, the arbitrator shall disclose such facts or circumstances to the parties, the arbitration institution or other appointing authority (if any, and if so required by the applicable institutional rules) and to the co-arbitrators, if any, prior to accepting his or her appointment or, if thereafter, as soon as he or she learns about them.*
- (b) *It follows from General Standards 1 and 2(a) that an arbitrator who has made a disclosure considers himself or herself to be impartial and independent of the parties despite the disclosed facts and therefore capable of performing his or her duties as arbitrator. Otherwise, he or she would have declined the nomination or appointment at the outset or resigned.*
- (c) *Any doubt as to whether an arbitrator should disclose certain facts or circumstances should be resolved in favour of disclosure.*

- (d) *When considering whether or not facts or circumstances exist that should be disclosed, the arbitrator shall not take into account whether the arbitration proceeding is at the beginning or at a later stage.*

Explanation to General Standard 3:

- (a) General Standard 2(b) above sets out an objective test for disqualification of an arbitrator. However, because of varying considerations with respect to disclosure, the proper standard for disclosure may be different. A purely objective test for disclosure exists in the majority of the jurisdictions analyzed and in the UNCITRAL Model Law. Nevertheless, the Working Group recognizes that the parties have an interest in being fully informed about any circumstances that may be relevant in their view. Because of the strongly held views of many arbitration institutions (as reflected in their rules and as stated to the Working Group) that the disclosure test should reflect the perspectives of the parties, the Working Group in principle accepted, after much debate, a subjective approach for disclosure. The Working Group has adapted the language of Article 7(2) of the ICC Rules for this standard. However, the Working Group believes that this principle should not be applied without limitations. Because some situations should never lead to disqualification under the objective test, such situations need not be disclosed, regardless of the parties' perspective. These limitations to the subjective test are reflected in the Green List, which lists some situations in which disclosure is not required. Similarly, the Working Group emphasizes that the two tests (objective test for disqualification and subjective test for disclosure) are clearly distinct from each other, and that a disclosure shall not automatically lead to disqualification, as reflected in General Standard 3(b). In determining what facts should be disclosed, an arbitrator should take into account all circumstances known to him or her, including to the extent known the culture and the customs of the country of which the parties are domiciled or nationals.
- (b) Disclosure is not an admission of a conflict of interest. An arbitrator who has made a disclosure to the parties considers himself or herself to be impartial and

independent of the parties, despite the disclosed facts, or else he or she would have declined the nomination or resigned. An arbitrator making disclosure thus feels capable of performing his or her duties. It is the purpose of disclosure to allow the parties to judge whether or not they agree with the evaluation of the arbitrator and, if they so wish, to explore the situation further. The Working Group hopes that the promulgation of this General Standard will eliminate the misunderstanding that disclosure demonstrates doubts sufficient to disqualify the arbitrator. Instead, any challenge should be successful only if an objective test, as set forth above, is met.

(c) Unnecessary disclosure sometimes raises an incorrect implication in the minds of the parties that the disclosed circumstances would affect his or her impartiality or independence. Excessive disclosures thus unnecessarily undermine the parties' confidence in the process. Nevertheless, after some debate, the Working Group believes it important to provide expressly in the General Standards that in case of doubt the arbitrator should disclose. If the arbitrator feels that he or she should disclose but that professional secrecy rules or other rules of practice prevent such disclosure, he or she should not accept the appointment or should resign.

(d) The Working Group has concluded that disclosure or disqualification (as set out in General Standard 2) should not depend on the particular stage of the arbitration. In order to determine whether the arbitrator should disclose, decline the appointment or refuse to continue to act or whether a challenge by a party should be successful, the facts and circumstances alone are relevant and not the current stage of the procedure or the consequences of the withdrawal. As a practical matter, institutions make a distinction between the commencement of an arbitration proceeding and a later stage. Also, courts tend to apply different standards. Nevertheless, the Working Group believes it important to clarify that no distinction should be made regarding the stage of the arbitral procedure. While there are practical concerns if an arbitrator must withdraw after an arbitration has commenced, a distinction based on the stage of arbitration would be inconsistent with the General Standards.

(4) Waiver by the Parties

- (a) *If, within 30 days after the receipt of any disclosure by the arbitrator or after a party learns of facts or circumstances that could constitute a potential conflict of interest for an arbitrator, a party does not raise an express objection with regard to that arbitrator, subject to paragraphs (b) and (c) of this General Standard, the party is deemed to have waived any potential conflict of interest by the arbitrator based on such facts or circumstances and may not raise any objection to such facts or circumstances at a later stage.*
- (b) *However, if facts or circumstances exist as described in General Standard 2(d), any waiver by a party or any agreement by the parties to have such a person serve as arbitrator shall be regarded as invalid.*
- (c) *A person should not serve as an arbitrator when a conflict of interest, such as those exemplified in the waivable Red List, exists. Nevertheless, such a person may accept appointment as arbitrator or continue to act as an arbitrator, if the following conditions are met:*
 - (i) *All parties, all arbitrators and the arbitration institution or other appointing authority (if any) must have full knowledge of the conflict of interest; and*
 - (ii) *All parties must expressly agree that such person may serve as arbitrator despite the conflict of interest.*
- (d) *An arbitrator may assist the parties in reaching a settlement of the dispute at any stage of the proceedings. However, before doing so, the arbitrator should receive an express agreement by the parties that acting in such a manner shall not disqualify the arbitrator from continuing to serve as arbitrator. Such express agreement shall be considered to be an effective waiver of any potential conflict of interest that may arise from the arbitrator's participation in such process or from information that the arbitrator may learn in the process. If the assistance by the arbitrator does not lead to final settlement of the case, the parties remain bound by their waiver. However, consistent with General Standard 2(a) and notwithstanding such agreement, the arbitrator shall resign if, as a consequence of his or her involvement in the settlement process, the arbitrator develops doubts as to his or her ability to remain impartial or independent in the future course of the arbitration proceedings.*

Explanation to General Standard 4:

- (a) The Working Group suggests a requirement of an explicit objection by the parties within a certain time limit. In the view of the Working Group, this time limit should also apply to a party who refuses to be involved.
- (b) This General Standard is included to make General Standard 4(a) consistent with the non-waivable provisions of General Standard 2(d). Examples of such circumstances are described in the non-waivable Red List.
- (c) In a serious conflict of interest, such as those that are described by way of example in the waivable Red List, the parties may nevertheless wish to use such a person as an arbitrator. Here, party autonomy and the desire to have only impartial and independent arbitrators must be balanced. The Working Group believes persons with such a serious conflict of interests may serve as arbitrators only if the parties make fully informed, explicit waivers.
- (d) The concept of the Arbitral Tribunal assisting the parties in reaching a settlement of their dispute in the course of the arbitration proceedings is well established in some jurisdictions but not in others. Informed consent by the parties to such a process prior to its beginning should be regarded as effective waiver of a potential conflict of interest. Express consent is generally sufficient, as opposed to a consent made in writing which in certain jurisdictions requires signature. In practice, the requirement of an express waiver allows such consent to be made in the minutes or transcript of a hearing. In addition, in order to avoid parties using an arbitrator as mediator as a means of disqualifying the arbitrator, the General Standard makes clear that the waiver should remain effective if the mediation is unsuccessful. Thus, parties assume the risk of what the arbitrator may learn in the settlement process. In giving their express consent, the parties should realize the consequences of the arbitrator assisting the parties in a settlement process and agree on regulating this special position further where appropriate.

(5) Scope

These Guidelines apply equally to tribunal chairs, sole arbitrators and party-appointed arbitrators. These Guidelines do not apply to non-neutral arbitrators, who do not have an obligation to be independent and impartial, as may be permitted by some arbitration rules or national laws.

Explanation to General Standard 5:

Because each member of an Arbitral Tribunal has an obligation to be impartial and independent, the General Standards should not distinguish among sole arbitrators, party-appointed arbitrators and tribunal chairs. With regard to secretaries of Arbitral Tribunals, the Working Group takes the view that it is the responsibility of the arbitrator to ensure that the secretary is and remains impartial and independent.

Some arbitration rules and domestic laws permit party-appointed arbitrators to be non-neutral. When an arbitrator is serving in such a role, these Guidelines should not apply to him or her, since their purpose is to protect impartiality and independence.

(6) Relationships

- (a) *When considering the relevance of facts or circumstances to determine whether a potential conflict of interest exists or whether disclosure should be made, the activities of an arbitrator's law firm, if any, should be reasonably considered in each individual case. Therefore, the fact that the activities of the arbitrator's firm involve one of the parties shall not automatically constitute a source of such conflict or a reason for disclosure.*
- (b) *Similarly, if one of the parties is a legal entity which is a member of a group with which the arbitrator's firm has an involvement, such facts or circumstances should be reasonably considered in each individual case. Therefore, this fact alone shall not automatically constitute a source of a conflict of interest or a reason for disclosure.*
- (c) *If one of the parties is a legal entity, the managers, directors and members of a supervisory board of such legal entity and any person having a similar controlling influence on the legal entity shall be considered to be the equivalent of the legal entity.*

Explanation to General Standard 6:

- (a) The growing size of law firms should be taken into account as part of today's reality in international arbitration. There is a need to balance the interests of a party to use the arbitrator of its choice and the importance of maintaining confidence in the impartiality and independence of international arbitration. In the opinion of the Working Group, the arbitrator must in principle be considered as identical to his or her law firm, but nevertheless the activities of the arbitrator's firm should not automatically constitute a conflict of interest. The relevance of such activities, such as the nature, timing and scope of the work by the law firm, should be reasonably considered in each individual case. The Working Group uses the term 'involvement' rather than 'acting for' because a law firm's relevant connections with a party may include activities other than representation on a legal matter.
- (b) When a party to an arbitration is a member of a group of companies, special questions regarding conflict of interest arise. As in the prior paragraph, the Working Group believes that because individual corporate structure arrangements vary so widely an automatic rule is not appropriate. Instead, the particular circumstances of an affiliation with another entity within the same group of companies should be reasonably considered in each individual case.
- (c) The party in international arbitration is usually a legal entity. Therefore, this General Standard clarifies which individuals should be considered effectively to be that party.

(7) Duty of Arbitrator and Parties

- (a) *A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) about any direct or indirect relationship between it (or another company of the same group of companies) and the arbitrator. The party shall do so on its own initiative before the beginning of the proceeding or as soon as it becomes aware of such relationship.*
- (b) *In order to comply with General Standard 7(a), a party shall provide any information already available to it and shall*

- (c) *perform a reasonable search of publicly available information.*
- (c) *An arbitrator is under a duty to make reasonable enquiries to investigate any potential conflict of interest, as well as any facts or circumstances that may cause his or her impartiality or independence to be questioned. Failure to disclose a potential conflict is not excused by lack of knowledge if the arbitrator makes no reasonable attempt to investigate.*

Explanation to General Standard 7:

To reduce the risk of abuse by unmeritorious challenge of an arbitrator's impartiality or independence, it is necessary that the parties disclose any relevant relationship with the arbitrator. In addition, any party or potential party to an arbitration is, at the outset, required to make a reasonable effort to ascertain and to disclose publicly available information that, applying the general standard, might affect the arbitrator's impartiality and independence. It is the arbitrator or putative arbitrator's obligation to make similar enquiries and to disclose any information that may cause his or her impartiality or independence to be called into question.

PART II: Practical Application of the General Standards

1. The Working Group believes that if the Guidelines are to have an important practical influence, they should reflect situations that are likely to occur in today's arbitration practice. The Guidelines should provide specific guidance to arbitrators, parties, institutions and courts as to what situations do or do not constitute conflicts of interest or should be disclosed. For this purpose, the members of the Working Group analyzed their respective case law and categorized situations that can occur in the following Application Lists. These lists obviously cannot contain every situation, but they provide guidance in many circumstances, and the Working Group has sought to make them as comprehensive as possible. In all cases, the General Standards should control.
2. The Red List consists of two parts: 'a non-waivable Red List' (see General Standards 2(c) and 4(b)) and 'a waivable Red List' (see General Standard 4(c)). These lists are a non-exhaustive enumeration of specific situations which, depending on the facts of a given case, give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality and independence; ie, in these circumstances an objective conflict of interest exists from the point of view of a reasonable third person having knowledge of the relevant facts (see General Standard 2(b)). The non-waivable Red List includes situations deriving from the overriding principle that no person can be his or her own judge. Therefore, disclosure of such a situation cannot cure the conflict. The waivable Red List encompasses situations that are serious but not as severe. Because of their seriousness, unlike circumstances described in the Orange List, these situations should be considered waivable only if and when the parties, being aware of the conflict of interest situation, nevertheless expressly state their willingness to have such a person act as arbitrator, as set forth in General Standard 4(c).

3. The Orange List is a non-exhaustive enumeration of specific situations which (depending on the facts of a given case) in the eyes of the parties may give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence. The Orange List thus reflects situations that would fall under General Standard 3(a), so that the arbitrator has a duty to disclose such situations. In all these situations, the parties are deemed to have accepted the arbitrator if, after disclosure, no timely objection is made. (General Standard 4(a)).
4. It should be stressed that, as stated above, such disclosure should not automatically result in a disqualification of the arbitrator; no presumption regarding disqualification should arise from a disclosure. The purpose of the disclosure is to inform the parties of a situation that they may wish to explore further in order to determine whether objectively — ie, from a reasonable third person's point of view having knowledge of the relevant facts — there is a justifiable doubt as to the arbitrator's impartiality or independence. If the conclusion is that there is no justifiable doubt, the arbitrator can act. He or she can also act if there is no timely objection by the parties or, in situations covered by the waivable Red List, a specific acceptance by the parties in accordance with General Standard 4(c). Of course, if a party challenges the appointment of the arbitrator, he or she can nevertheless act if the authority that has to rule on the challenge decides that the challenge does not meet the objective test for disqualification.
5. In addition, a later challenge based on the fact that an arbitrator did not disclose such facts or circumstances should not result automatically in either non-appointment, later disqualification or a successful challenge to any award. In the view of the Working Group, non-disclosure cannot make an arbitrator partial or lacking independence; only the facts or circumstances that he or she did not disclose can do so.
6. The Green List contains a non-exhaustive enumeration of specific situations where no appearance of, and no actual, conflict of interest exists from the relevant objective point of view. Thus, the arbitrator has no duty to disclose situations falling within the Green List. In the opinion of the Working Group, as already expressed in the Explanation to General Standard 3(a), there should be a limit to disclosure, based on reasonableness; in some situations, an objective test should prevail over the purely subjective test of 'the eyes of the parties.'
7. Situations falling outside the time limit used in some of the Orange List situations should generally be considered as falling in the Green List, even though they are not specifically stated. An arbitrator may nevertheless wish to make disclosure if, under the General Standards, he or she believes it to be appropriate. While there has been much debate with respect to the time limits used in the Lists, the Working Group has concluded that the limits indicated are appropriate and provide guidance where none exists now. For example, the three-year period in Orange List 3.1 may be too long in certain circumstances and too short in others, but the Working Group believes that the period is an appropriate general criterion, subject to the special circumstances of any case.
8. The borderline between the situations indicated is often thin. It can be debated whether a certain situation should be on one List or instead of another. Also, the Lists contain, for various situations, open norms like 'significant'. The Working Group has extensively and repeatedly discussed both of these issues, in the light of comments received. It believes that the decisions reflected in the Lists reflect international principles to the best extent possible and that further definition of the norms, which should be interpreted reasonably in light of the facts and circumstances in each case, would be counter-productive.
9. There has been much debate as to whether there should be a Green List at all and also, with respect to the Red List, whether the situations on the Non-Waivable Red List should be waivable in light of party autonomy. With respect to the first question, the Working Group has maintained its decision that the subjective test for disclosure should not be the absolute criterion but that some objective thresholds should be added. With respect to the second question, the conclusion of the Working Group was that party autonomy, in this respect, has its limits.

1. Non-Waivable Red List

- 1.1. There is an identity between a party and the arbitrator, or the arbitrator is a legal representative of an entity that is a party in the arbitration.
- 1.2. The arbitrator is a manager, director or member of the supervisory board, or has a similar controlling influence in one of the parties.
- 1.3. The arbitrator has a significant financial interest in one of the parties or the outcome of the case.
- 1.4. The arbitrator regularly advises the appointing party or an affiliate of the appointing party, and the arbitrator or his or her firm derives a significant financial income therefrom.

2. Waivable Red List

- 2.1. Relationship of the arbitrator to the dispute
 - 2.1.1 The arbitrator has given legal advice or provided an expert opinion on the dispute to a party or an affiliate of one of the parties.
 - 2.1.2 The arbitrator has previous involvement in the case.
- 2.2. Arbitrator's direct or indirect interest in the dispute
 - 2.2.1 The arbitrator holds shares, either directly or indirectly, in one of the parties or an affiliate of one of the parties that is privately held.
 - 2.2.2 A close family member^a of the arbitrator has a significant financial interest in the outcome of the dispute.
 - 2.2.3 The arbitrator or a close family member of the arbitrator has a close relationship with a third party who may be liable to recourse on the part of the unsuccessful party in the dispute.
- 2.3. Arbitrator's relationship with the parties or counsel
 - 2.3.1 The arbitrator currently represents or advises one of the parties or an affiliate of one of the parties.
 - 2.3.2 The arbitrator currently represents the lawyer or law firm acting as counsel for one of the parties.
 - 2.3.3 The arbitrator is a lawyer in the same law firm as the counsel to one of the parties.
 - 2.3.4 The arbitrator is a manager, director or member of the supervisory board, or has a similar controlling influence, in an affiliate^b of one of the parties if

the affiliate is directly involved in the matters in dispute in the arbitration.

- 2.3.5 The arbitrator's law firm had a previous but terminated involvement in the case without the arbitrator being involved himself or herself.
- 2.3.6 The arbitrator's law firm currently has a significant commercial relationship with one of the parties or an affiliate of one of the parties.
- 2.3.7 The arbitrator regularly advises the appointing party or an affiliate of the appointing party, but neither the arbitrator nor his or her firm derives a significant financial income therefrom.
- 2.3.8 The arbitrator has a close family relationship with one of the parties or with a manager, director or member of the supervisory board or any person having a similar controlling influence in one of the parties or an affiliate of one of the parties or with a counsel representing a party.
- 2.3.9 A close family member of the arbitrator has a significant financial interest in one of the parties or an affiliate of one of the parties.

3. Orange List

- 3.1. Previous services for one of the parties or other involvement in the case
 - 3.1.1 The arbitrator has within the past three years served as counsel for one of the parties or an affiliate of one of the parties or has previously advised or been consulted by the party or an affiliate of the party making the appointment in an unrelated matter, but the arbitrator and the party or the affiliate of the party have no ongoing relationship.
 - 3.1.2 The arbitrator has within the past three years served as counsel against one of the parties or an affiliate of one of the parties in an unrelated matter.
 - 3.1.3 The arbitrator has within the past three years been appointed as arbitrator on two or more occasions by one of the parties or an affiliate of one of the parties.^b
 - 3.1.4 The arbitrator's law firm has within the past three years acted for one of the parties or an affiliate of

- one of the parties in an unrelated matter without the involvement of the arbitrator.
- 3.1.5 The arbitrator currently serves, or has served within the past three years, as arbitrator in another arbitration on a related issue involving one of the parties or an affiliate of one of the parties.
- 3.2. Current services for one of the parties
- 3.2.1 The arbitrator's law firm is currently rendering services to one of the parties or to an affiliate of one of the parties without creating a significant commercial relationship and without the involvement of the arbitrator.
- 3.2.2 A law firm that shares revenues or fees with the arbitrator's law firm renders services to one of the parties or an affiliate of one of the parties before the arbitral tribunal.
- 3.2.3 The arbitrator or his or her firm represents a party or an affiliate to the arbitration on a regular basis but is not involved in the current dispute.
- 3.3. Relationship between an arbitrator and another arbitrator or counsel.
- 3.3.1 The arbitrator and another arbitrator are lawyers in the same law firm.
- 3.3.2 The arbitrator and another arbitrator or the counsel for one of the parties are members of the same barristers' chambers.⁷
- 3.3.3 The arbitrator was within the past three years a partner of, or otherwise affiliated with, another arbitrator or any of the counsel in the same arbitration.
- 3.3.4 A lawyer in the arbitrator's law firm is an arbitrator in another dispute involving the same party or parties or an affiliate of one of the parties.
- 3.3.5 A close family member of the arbitrator is a partner or employee of the law firm representing one of the parties, but is not assisting with the dispute.
- 3.3.6 A close personal friendship exists between an arbitrator and a counsel of one party, as demonstrated by the fact that the arbitrator and the counsel regularly spend considerable time together unrelated to professional work commitments or the activities of professional associations or social organizations.
- 3.3.7 The arbitrator has within the past three years received more than three appointments by the same counsel or the same law firm.
- 3.4. Relationship between arbitrator and party and others involved in the arbitration
- 3.4.1 The arbitrator's law firm is currently acting adverse to one of the parties or an affiliate of one of the parties.
- 3.4.2 The arbitrator had been associated within the past three years with a party or an affiliate of one of the parties in a professional capacity, such as a former employee or partner.
- 3.4.3 A close personal friendship exists between an arbitrator and a manager or director or a member of the supervisory board or any person having a similar controlling influence in one of the parties or an affiliate of one of the parties or a witness or expert, as demonstrated by the fact that the arbitrator and such director, manager, other person, witness or expert regularly spend considerable time together unrelated to professional work commitments or the activities of professional associations or social organizations.
- 3.4.4 If the arbitrator is a former judge, he or she has within the past three years heard a significant case involving one of the parties.
- 3.5. Other circumstances
- 3.5.1 The arbitrator holds shares, either directly or indirectly, which by reason of number or denomination constitute a material holding in one of the parties or an affiliate of one of the parties that is publicly listed.
- 3.5.2 The arbitrator has publicly advocated a specific position regarding the case that is being arbitrated, whether in a published paper or speech or otherwise.
- 3.5.3 The arbitrator holds one position in an arbitration institution with appointing authority over the dispute.
- 3.5.4 The arbitrator is a manager, director or member of the supervisory board, or has a similar controlling influence, in an affiliate of one of the parties, where the affiliate is not directly involved in the matters in dispute in the arbitration.

4. Green List

4.1. Previously expressed legal opinions

- 4.1.1 The arbitrator has previously published a general opinion (such as in a law review article or public lecture) concerning an issue which also arises in the arbitration (but this opinion is not focused on the case that is being arbitrated).

4.2. Previous services against one party

- 4.2.1 The arbitrator's law firm has acted against one of the parties or an affiliate of one of the parties in an unrelated matter without the involvement of the arbitrator.

4.3. Current services for one of the parties

- 4.3.1 A firm in association or in alliance with the arbitrator's law firm, but which does not share fees or other revenues with the arbitrator's law firm, renders services to one of the parties or an affiliate of one of the parties in an unrelated matter.

4.4. Contacts with another arbitrator or with counsel for one of the parties

- 4.4.1 The arbitrator has a relationship with another arbitrator or with the counsel for one of the parties through membership in the same professional association or social organization.
- 4.4.2 The arbitrator and counsel for one of the parties or another arbitrator have previously served together as arbitrators or as co-counsel.

4.5. Contacts between the arbitrator and one of the parties

- 4.5.1 The arbitrator has had an initial contact with the appointing party or an affiliate of the appointing party (or the respective counsels) prior to appointment, if this contact is limited to the arbitrator's availability and qualifications to serve or to the names of possible candidates for a chairperson and did not address the merits or procedural aspects of the dispute.
- 4.5.2 The arbitrator holds an insignificant amount of shares in one of the parties or an affiliate of one of the parties, which is publicly listed.
- 4.5.3 The arbitrator and a manager, director or member of the supervisory board, or any person having a similar controlling influence, in one of the parties or an affiliate of one of the parties, have worked

together as joint experts or in another professional capacity, including as arbitrators in the same case.

A flow chart is attached to these Guidelines for easy reference to the application of the Lists. However, it should be stressed that this is only a schematic reflection of the very complex reality. Always, the specific circumstances of the case prevail.

Notes

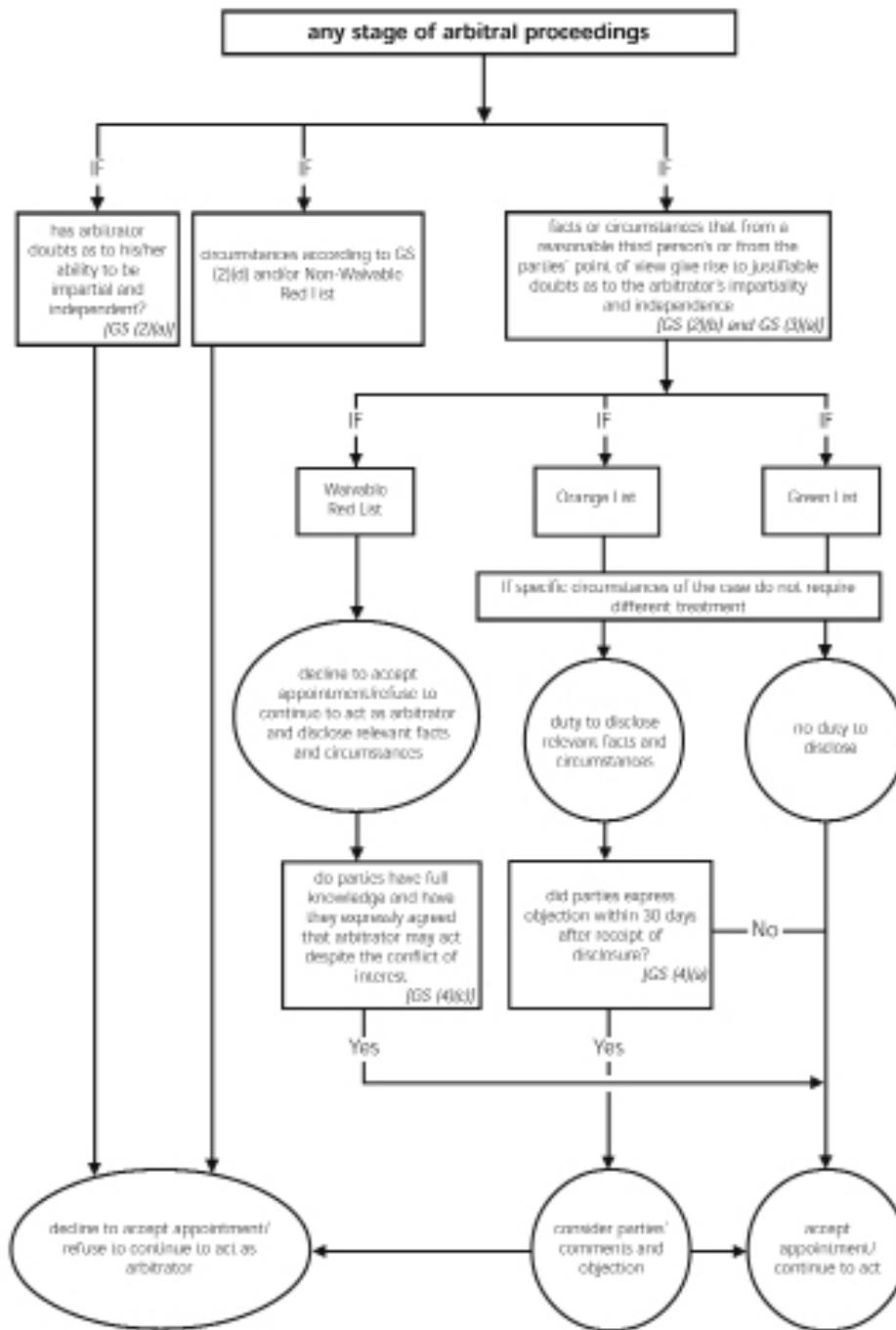
⁴ Throughout the Application Lists, the term 'close family member' refers to a spouse, sibling, child, parent or life partner.

⁵ Throughout the Application Lists, the term 'affiliate' encompasses all companies in one group of companies including the parent company.

⁶ It may be the practice in certain specific kinds of arbitration, such as maritime or commodities arbitration, to draw arbitrators from a small, specialized pool. If in such fields it is the custom and practice for parties frequently to appoint the same arbitrator in different cases, no disclosure of this fact is required where all parties in the arbitration should be familiar with such custom and practice.

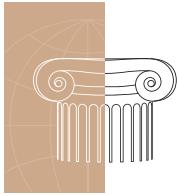
⁷ Issues concerning special considerations involving heirs/trusts in England are discussed in the Background Information issued by the Working Group.

Flow chart IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration



Kmalu nova Ljubljanska arbitražna pravila 2013

Stalna arbitraža pri GZS



STALNA
ARBITRAŽA
PRI GOSPODARSKI
ZBORNICI SLOVENIJE

V tem času je delovna skupina pripravila osnutek novih Arbitražnih pravil Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije (*Ljubljanska arbitražna pravila 2013*)

Nova Ljubljanska arbitražna pravila 2013 bodo stopila v veljavo s 1. januarjem 2014 in se bodo uporabljala za vse postopke, ki se bodo začeli na ta dan ali po tem datumu

Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije nepretrgano deluje že od leta 1965 dalje. V zadnjih 25-ih letih so bila pravila o arbitražnem postopku pred Stalno arbitražo pri GZS trikrat posodobljena, zadnjič opazneje v letu 2000. V tej različici veljajo še danes (Arbitražna pravila 2000)¹ in tako več kot 12 let služijo kot dobra osnova za reševanje domačih in mednarodnih gospodarskih sporov. Na podlagi obsežne uporabe in preizkusa Arbitražnih pravil 2000 v konkretnih arbitražnih postopkih, se je v tem času razvila dragocena (domača in mednarodna) arbitražna praksa. Arbitražna pravila 2000 so se tako v tem obdobju uveljavila kot vodilna slovenska arbitražna pravila, ki jih stranke redno uporabljajo kot procesni okvir v arbitražnih postopkih.

Od zadnje revizije pravil o arbitražnem postopku pred Stalno arbitražo pri GZS v letu 2000, so se v (mednarodni) arbitraži pojavili nekateri novi trendi, ki se kažejo predvsem v:

- vse kompleksnejših sporih, v katerih je pogosto udeleženo tudi večje število strank;
- povečevanju vloge strank v arbitražnem postopku in njihovih možnostih (avtonomiji), da oblikujejo postopek na način, ki natančno ustrezava njihovim potrebam v konkretnem sporu;
- pričakovanjih strank po večji odgovornosti arbitrov za učinkovito, hitro in kakovostno vodenje arbitražnih postopkov; in
- pričakovanjih strank po okrepljeni vlogi arbitražnih institucij in strožjemu nadzoru nad učinkovitostjo in kakovosti dela arbitrov ter po uporabi ustreznih

institutionalnih vzvodov za zagotavljanje kakovosti storitev, ki jih stranke (uporabniki) plačajo.

V začetku leta 2012 je zato predsedstvo Stalne arbitraže pri GZS ustanovilo delovno skupino za pripravo novih Arbitražnih pravil Stalne arbitraže pri GZS,² ki ima namen, da pregleda trenutne tendence in razvoj³ na področju mednarodne gospodarske arbitraže, dosedanje izkušnje z uporabo Arbitražnih pravil 2000 ter pripravi nova, modernizirana arbitražna pravila, ki bodo odsevala pričakovanja poslovnih uporabnikov (strank).⁴

V tem času je delovna skupina pripravila **osnutek novih Arbitražnih pravil Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije** (*"Ljubljanska arbitražna pravila 2013"*). V naslednjem koraku bodo nova pravila predmet strokovne razprave in preizkusa z vodilnimi slovenskimi in tujimi strokovnjaki na področju arbitraže ter (poslovnimi) uporabniki, ki so jim pravila v prvi vrsti namenjena.

Nova Ljubljanska arbitražna pravila 2013 bodo stopila v veljavo s 1. januarjem 2014 in se bodo uporabljala za vse postopke, ki se bodo začeli na ta dan ali po tem datumu.

² Delovno skupino sestavljajo prof. dr. Rajko Knez (vodja), dr. Jernej Se-kolec, prof. dr. Aleš Galič, prof. dr. Vesna Rijavec, Marko Djinović, Nejc Lahne, Peter Rižnik, doc. dr. Ana Vlahek.

³ Med glavnimi razvojnimi mejniki na področju (mednarodne) gospodarske arbitraže velja izpostaviti predvsem (i) revizijo Vzorčnega zakona o mednarodni trgovinski arbitraži UNCITRAL (1985) iz leta 2006; (ii) sprejetje slovenskega Zakona o arbitraži (ZArbit) iz leta 2008; (iii) sprejetje Arbitražnih pravil UNCITRAL iz leta 2010 in (iv) sprejetje IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010).

⁴ Poleg novih Arbitražnih pravil Stalne arbitraže pri GZS delovna skupina pripravlja tudi (i) nova Pravila o posredovalnem postopku pred Stalno arbitražo pri GZS, (ii) nova Pravila Stalne arbitraže pri GZS o vodenju postopkov v skladu z arbitražnimi pravili UNCITRAL 2010 ter (iii) smernice za arbitre.

¹ Pravilnik o arbitražnem postopku pred Stalno arbitražo pri Gospodarski zbornici Slovenije Ur. l. RS, št. 49/2000.

Kaj prinašajo nova Ljubljanska arbitražna pravila 2013?

Z revizijo 2013 bodo številne določbe Arbitražnih pravil 2000 poenostavljene. Predvsem pa bodo Ljubljanska arbitražna pravila 2013 vsebovala tudi nekatere novosti, katerih osnovni cilj je zagotoviti:

- hitrejše in učinkovitejše postopke;
- visoko kakovosti storitev za stranke;
- optimizacijo časa in stroškov skozi možnost oblikovanja postopkov po meri strank; in
- nevtralne rešitve za slovenske in tuge stranke iz različnih kulturnih in poslovnih okolij.

V nadaljevanju vam predstavljamo nekatere glavne novosti:

Odprava razlikovanja med domačimi spori in spori z mednarodnim elementom

Ljubljanska arbitražna pravila 2013 bodo odpravila t. im. dualistični pristop Arbitražnih pravil 2000, ki določena postopkovna vprašanja pri sporih z mednarodnim elementom urejajo drugače kot v domačih sporih med dvema slovenskima strankama.⁵ Razlikovanje med domačimi in mednarodnimi spori je v času splošnega trenda globalizacije poslovanja ter povezovanja v ekonomske in druge integracije, večidel (tudi v arbitraži) izgubilo pomen. Zato takega razlikovanja in posledično različnega postopkovnega urejanja domačih in mednarodnih sporov v modernih pravilnikih institucionalnih arbitraž ni moč zaslediti, čemur bodo sledila tudi nova Ljubljanska arbitražna pravila 2013.

Zahteva za arbitražo / odgovor na zahtevo za arbitražo

Nova Ljubljanska arbitražna pravila 2013 bodo po vzoru modernih arbitražnih pravilnikov strankam omogočala, da izberejo način začetka arbitražnega postopka, bodisi s t. im. zahtevo za arbitražo (angl. *Request for Arbitration*), bodisi s klasično tožbo.⁶

⁵ Denimo postopek imenovanja arbitražnega senata, roki za posamezna procesna dejanja (npr. odgovor na tožbo), drugačna tarifa.

⁶ Če izpolnjuje vse bistvene sestavine za tožbo in če stranka tako izjaví, se

Zahteva za arbitražo⁷ je v mednarodni arbitražni praksi uveljavljen institut arbitražnega prava, ki omogoča strankam lažji vstop v arbitražni postopek kot v primeru vložitve klasične tožbe. Nova Ljubljanska arbitražna pravila 2013 uvajajo zahtevo za arbitražo predvsem zaradi naslednjih prednosti, ki jih prinaša strankam:

- stranke imajo na voljo več manevrskega prostora za mirno rešitev spora že v fazi pred oblikovanjem arbitražnega senata;
- zmanjšuje se nevarnost nepotrebnih stroškov, ki lahko strankam nastanejo, kadar vlagajo tožbo (in nanjo odgovarjajo) že v fazi postopka, ko denimo še ni jasno kje bo sedež arbitraže in kateri bo jezik arbitražnega postopka (npr. stroški prevajanja vlog, listin in dokazov);
- stranke se do oblikovanja arbitražnega senata sočijo zgolj z zahtevo za arbitražo in odgovorom nanjo, vsa druga komunikacija med strankami pa je lahko usmerjena v iskanje soglasja o pomembnih "procesnih" vprašanjih,⁸ medtem ko se vsebinska razprava skoncentrira na čas po oblikovanju arbitražnega senata;
- preprečujejo se situacije, ko si stranke še pred oblikovanjem arbitražnega senata izmenjajo veliko število (tudi nerelevantnih) vlog, ki lahko po nepotrebnem širijo ali celo zamegljijo predmet spora.

Institut zahteve za arbitražo in odgovora na zahtevo za arbitražo (angl. *Answer to the Request for Arbitration*)⁹

zahteva za arbitražo lahko šteje za tožbo.

⁷ Nova Ljubljanska arbitražna pravila 2013 bodo kot bistvene sestavine zahteve za arbitražo določala: (i) navedbo imen, naslovov ter kontaktnih podatkov strank, njihovih morebitnih zakonitih zastopnikov in pooblaščencev, (ii) kopijo arbitražnega sporazuma ali, če samostojne listine o tem ni, opis in morebitne dokaze o obstoju arbitražnega sporazuma, (iii) opredelitev zahtevka in opis narave spora in okoliščin zadeve iz katere izvirajo postavljeni zahtevki, (iv) oceno vrednosti spora, če se zahtevek ne glasi na denarno terjatev, (v) izjavo o imenovanju arbitra, in (vi) predlog o številu arbitrov, jeziku arbitražnega postopka in sedežu arbitraže, če se stranke o tem niso predhodno dogovorile.

⁸ Stranke se tako lahko posvetijo vprašanju imenovanja arbitra posameznika ozziroma postopku imenovanja senata, plačilom predujmov za kritje stroškov arbitražnega postopka, iskanju soglasja o sedežu arbitraže, jeziku postopka, ipd.

⁹ Nova Ljubljanska arbitražna pravila 2013 bodo kot bistvene sestavine odgovora na zahtevo za arbitražo določala: (i) navedbo imen, naslovov ter kontaktnih podatkov strank, njihovih morebitnih zakonitih zastopnikov in pooblaščencev, (ii) morebiten ugovor o tem, da po teh pravilih oblikovan arbitražni senat nima pristojnosti, (iii) odgovor na opredeljen zahtevki in izjasnitev glede navedb tožče stranke, (iv) odgovor

Zahteva za arbitražo je v mednarodni arbitražni praksi uveljavljen institut arbitražnega prava, ki omogoča strankam lažji vstop v arbitražni postopek kot v primeru vložitve klasične tožbe

V skladu z novimi Ljubljanskimi arbitražnimi pravili 2013 bodo morali biti mandati vseh imenovanih arbitrov potrjeni s strani Stalne arbitraže pri GZS

S prenosom zadeve senatu se odgovornost za vodenje in organizacijo arbitražnega postopka "prenese" na arbitražni senat, arbitražna institucija pa prevzame primarno vlogo nadzora in zagotavljanja nemotenega teka postopka

Po prenosu zadeve arbitražnemu senatu mora le-ta brez odlašanja določiti okvirni načrt poteka postopka

stranki tudi postavlja v bolj uravnotežen procesni položaj, saj tožena stranka na ta način ni prisiljena, da v relativno kratkem času odgovori na tožbo, ki jo je tožeča stranka lahko pripravljala tudi več mesecev. Tako imata stranki do oblikovanja senata več časa, da se posvetita iskanju primerenega arbitra in se ukvarjata s "procesnimi" vprašanji postopka.

Stranke tako vlagajo tožbo in dogovor na tožbo šele v fazi, ko je zadeva že predana arbitražnemu senatu, ki po proučitvi zadeve strankam določi primeren rok za vložitev tožbe in odgovora na tožbo. V tej fazi je namreč arbitražni postopek že bistveno bolj koncentriran, kot pred imenovanjem senata, zato sta tudi tožba in odgovor na tožbo bolj osredotočeni na sporna vprašanja kot bi bili sicer.

Vstop tretjih oseb v postopek

V zadnjem času so tako v Sloveniji kot tudi v mednarodnem merilu v porastu arbitražni postopki, v katerih je udeleženo večje število strank (na strani tožeče, tožene stranke ali na obeh straneh). Nova Ljubljanska arbitražna pravila 2013 bodo zato posebno pozornost namenila vprašanju vstopa tretjih oseb (strank) v arbitražni postopek. Stalna arbitraže pri GZS oziroma arbitražni senat bosta po novih pravilih lahko dovolila pridružitev ene ali več tretjih oseb arbitraži, po proučitvi relevantnih okoliščin primera in po tem ko bosta dala strankam in tretjim osebam možnost da se o tem izjavijo.

Združitev arbitražnih postopkov

Nova Ljubljanska arbitražna pravila 2013 bodo omogočala združitev dveh ali več arbitražnih postopkov. O združitvi bo odločala Stalna arbitraže pri GZS, po pridobitvi mnjenj strank in arbitrov.

Imenovanje in potrditev imenovanih arbitrov

Nova Ljubljanska arbitražna pravila 2013 bodo strankam omogočala večjo avtonomijo pri imenovanju arbitrov. V celoti bo odpravljena vezanost strank na

na tožnikovo oceno vrednosti spora, če se zahtevki ne glasi na denarno terjatev, (v) morebiten nasprotni zahtevki nasprotni tožbe ali ugovor pobotanja ter opis narave spora in okoliščin zadeve iz katere izvirajo postavljeni zahtevki, (vi) izjavo o imenovanju arbitra in (vii) predlog o številu arbitrov, jeziku arbitražnega postopka in sedežu arbitraže, če se stranke o tem niso predhodno dogovorile.

stalno listo arbitrov pri imenovanju arbitra posamezni ka ali predsednika arbitražnega senata.¹⁰

Tudi pri imenovanju arbitrov v primeru sosporništva je posebej poudarjeno načelo avtonomije strank, ki se lahko dogovorijo o načinu imenovanja arbitrov. Kadar posamezna stranka ali skupina strank ne uspejo imenovati skupnega arbitra, to ne povzroči avtomatično neveljavnosti imenovanja nasprotne stranke/strank. Stalna arbitraže pri GZS ima v tovrstnih primerih možnost imenovati vse člane senata le izjemoma, ko je to potrebno v interesu postopka.

V skladu z novimi Ljubljanskimi arbitražnimi pravili 2013 bodo morali biti mandati vseh imenovanih arbitrov potrjeni s strani Stalne arbitraže pri GZS.

Prenos zadeve arbitražnemu senatu in okvirni načrt poteka postopka

Po oblikovanju arbitražnega senata in plačilu predujmov za kritje stroškov arbitražnega postopka Sekretariat Stalne arbitraže pri GZS "preda" zadevo senatu. S tem procesnim dejanjem:

- arbitražni postopek preide v fazo vsebinskega odločanja;
- spremeni se način komuniciranja strank z arbitražnim senatom¹¹ in
- odgovornost za vodenje in organizacijo arbitražnega postopka se "prenese" na arbitražni senat, arbitražna institucija pa prevzame primarno vlogo nadzora in zagotavljanja nemotenega teka postopka.

Po prenosu zadeve arbitražnemu senatu mora le-ta brez odlašanja določiti okvirni načrt poteka postopka. Z njim senat določi rok za vložitev tožbe in odgovora na tožbo ter morebitnih nadaljnjih pisnih vlog, okvirni časovni načrt ustne obravnave in rok, do katerega bo izdal arbitražno odločbo. V okvirnem načrtu poteka postopka lahko senat določi tudi način vodenja ustne

10 Referenčna lista arbitrov Stalne arbitraže pri GZS, ki združuje več kot 160 strokovnjakov iz 31-ih držav, bo strankam odslej služila kot neobvezujoč pripomoček pri izbiri ustreznih arbitrov.

11 Pred prenosom zadeve senatu morajo stranke vse vloge dostavljati neposredno Stalni arbitraži pri GZS, po tem ko Stalna arbitraže stranke obvesti o prenosu zadeve senatu, pa morajo stranke vse vloge dostavljati neposredno in hkrati senatu in nasprotni stranki ter v vednost Stalni arbitraži.

obravnave in pisanja zapisnika, način zaslišanja prič in izvedencev, kraj in jezik postopka ter izvedbe posameznih dokazov, način izmenjave in predložitve pisnih vlog ipd..

Časovna omejitev za izdajo arbitražne odločbe¹²

Ena izmed glavnih prednosti arbitraže, zaradi katere se poslovna praksa odloča za arbitražo je ravno njihova hitrost in učinkovitost v primerjavi s sodnimi postopki. Praksa kaže, da stranke (uporabniki) v arbitražnih postopkih pričakujejo predvsem predvidljiv časovni okvir rešitve njihovih sporov ter optimizacijo časa in stroškov postopka.

Nova Ljubljanska arbitražna pravila 2013 bodo zato sledila modernim trendom v mednarodni arbitraži in bodo določala časovno omejitev, v kateri bo mora arbitražni senat izdati arbitražno odločbo. Po novih pravilih bo moral senat arbitražno odločbo izdati v roku devetih mesecev po prenosu zadeve senatu. Iz upravičenih razlogov bo lahko na obrazložen predlog senata, ali po lastni presoji, Stalna arbitraža ta rok podaljšala, pri čemer bo od senata pred tem zahtevala ustrezna pojasnila o stanju zadeve in razlogih za nezmožnost odločitve v roku.

Pospešeni arbitražni postopek

Povprečno trajanje postopkov pred Stalno arbitražo pri GZS je eno leto. Četudi so postopki pred Stalno arbitražo pri GZS že v osnovi ekspeditivni bodo nova Ljubljanska arbitražna pravila 2013 strankam ponudila tudi možnost t. im. pospešenega postopka, ki se bo uporabljal, če se bodo stranke zanj izrecno dogovorile ("opt-in"). Pospešeni postopek bo primerna rešitev predvsem za enostavnejše spore, spore manjše vrednosti ter spore, pri katerih je strankam pomembna predvsem časovna dimenzija rešitve spora.

Poleg drugih rešitev, namenjenih pospešitvi klasičnega arbitražnega postopka¹³ bo glavna značilnost pospešenega postopka v tem, da bo senat arbitražno odločbo izdal v šestih mesecih po prenosu zadeve senatu.

Postopek pred arbitrom za nujne primere

Nova Ljubljanska arbitražna pravila 2013 bodo uvela posebni postopek v primerih, ko izdaja začasnega ukrepa ne more počakati do oblikovanja arbitražnega senata. Stranke se bodo morale za uporabo tega postopka izrecno dogovoriti ("opt-in"), imenovani arbitrer za nujne primere (angl. *Emergency Arbitrator*) pa bo lahko strankam naložil vsak začasni ukrep, ki ga šteje za potrebnega in v zvezi s takšnim ukrepolom od strank zahteval tudi ustrezno varščino.

Fleksibilnejša tarifa

Tudi v prihodnje bo ohranjen za stranke vnaprej predvidljiv sistem izračuna stroškov arbitražnega postopka, ki se založijo v obliki predujma.

Bistvena novost, ki jo bodo uvela nova pravila je v tem, da mora vsaka od strank plačati polovico predujma, razen če se stranki dogovorita drugače. S tem bo breme plačila predujma za kritje stroškov enakomerno porazdeljeno med stranki kar je v skladu s konzensualno naravo arbitraže in modernimi trendi v mednarodni arbitraži. Če katera od strank ne plača svojega dela predujma, se k plačilu preostalega dela pozove nasprotno stranko, ki lahko od arbitražnega senata zahteva, da nasprotni stranki naloži povrnitev namesto nje plačanega dela predujma.

Nova Ljubljanska arbitražna pravila 2013 bodo sledila modernim trendom v mednarodni arbitraži in bodo določala časovno omejitev, v kateri bo mora arbitražni senat izdati arbitražno odločbo

Bistvena novost, ki jo bodo uvela nova pravila je v tem, da mora vsaka od strank plačati polovico predujma, razen če se stranki dogovorita drugače

Svoja mnenja, komentarje oziroma predloge nam lahko pošljete na arbitraza.lj@gzs.si

¹² O problematiki izčrpneje s primerjalno-pravno študijo Rižnik, P.: Časovna omejitev za izdajo arbitražne odločbe, Slovenska arbitražna praksa, Letnik I, št.1, 2012, str. 18-21.

¹³ Npr.: v sporu praviloma odloča arbiter posameznik, omejeno je število pisnih vlog, krajsi procesni roki, poudarek na dokumentarnem gradivu ipd.

Zaščita tujih naložb pred posegi države

Andreja Kos

Ravno v teh dneh je italijanski investitor Impresa Grassetto S. p. A. zoper Republiko Slovenijo vložil tožbo pred Mednarodnim centrom za reševanje investicijskih sporov (ICSID)

Z razvojem investicijske arbitraže se odpirajo številna praktična vprašanja, pri čemer izstopa vprašanje skladnosti (že) sklenjenih BIS s pravom EU in njihove nadaljnje usode glede na vse večje težnje, da se področje zaščite investicij znotraj EU uredi enotno

Investicijska arbitraža (tudi v Sloveniji) postaja zelo aktualna tema. Ravno v teh dneh je italijanski investitor Impresa Grassetto S. p. A. zoper Republiko Slovenijo vložil tožbo pred Mednarodnim centrom za reševanje investicijskih sporov (ICSID), ki deluje v okviru Svetovne banke. To je že tretji postopek zoper Slovenijo pred ICSID; pred tem sta arbitražne postopke sprožila Interbrew Central European Holding B.V. in Hrvatska Elektroprivreda d.d..

S pričakovanem sprostivijo tujih vlaganj v Slovenijo v ospredje stopa potreba po učinkovitem pravnem varstvu naložb pred posegi države. Bogata mednarodna praksa arbitražnega reševanja investicijskih sporov kaže, da je arbitraža postala eden izmed najbolj zaželenih načinov reševanja investicijskih sporov med državami in investorji. Z namenom, da bi investicijsko arbitražo približali slovenski poslovni javnosti sta **Stalna arbitraža pri GZS in Slovensko arbitražno društvo** 17. 6. 2013 na Gospodarski zbornici Slovenije organizirala predavanje **Stephena Fietta**.*

Fietta je predstavil bistvene razlike med mednarodno gospodarsko in investicijsko arbitražo. Pojasnil je, da v praksi do investicijske arbitraže najpogosteje prihaja zaradi kršitev **bilateralnih investicijskih sporazumov o zaščiti in spodbujanju investicij (BIS)**, s katerimi si države vzajemno obljubijo zaščito investorjev države sopogodbenice in njihovih investicij na svojem ozemlju. Spori glede kršitev BIS se najprej rešujejo s pogajanji, v primeru da so ta neuspešna, pa številni BIS predvidevajo možnost, da investor predloži spor v reševanje arbitraži ICSID ali posebej v ta namen ustanovljeni *ad hoc* arbitraži, ki se vodi po pravilih UNCITRAL.

Kot je pojasnil Fietta, se z razvojem investicijske arbitraže odpirajo številna praktična vprašanja, pri čemer izstopa vprašanje skladnosti (že) sklenjenih BIS s pravom EU in njihove nadaljnje usode glede na vse večje težnje, da se področje zaščite investicij znotraj EU uredi enotno.



(z leve) Stephen Fietta, mag. Marko Rakovec in Marko Djinović

* Stephen Fietta je partner v londonski odvetniški pisarni Volterra Fietta, ki je specializirana za področji investicijske arbitraže in mednarodnega javnega prava.

Wolf Theiss inovativni elektronski pripomoček za arbitražo

Anže Arko

Odvetniška pisarna Wolf Theiss je spomladi 2013 na svojih spletnih straneh vzpostavila dostop do inovativnega elektronskega pripomočka ("arbitration software"), ki ob predhodni registraciji omogoča brezplačen dostop do informacij v zvezi z arbitražo v posameznih jurisdikcijah centralne in vzhodne Evrope ter preizkus veljavnosti arbitražne klavzule, ki jo podjetja po navadi uporabljajo v tipskih pogodbah.

Elektronski pripomoček je razdeljen na štiri sklope: uvod, informacije o posameznih jurisdikcijah, preizkus arbitražne klavzule in izračun stroškov arbitraže.

V uvodu so razloženi temeljni pojmi arbitraže ter smernice in opozorila, ki jih je dobro upoštevati pri sestavi vsake arbitražne klavzule.

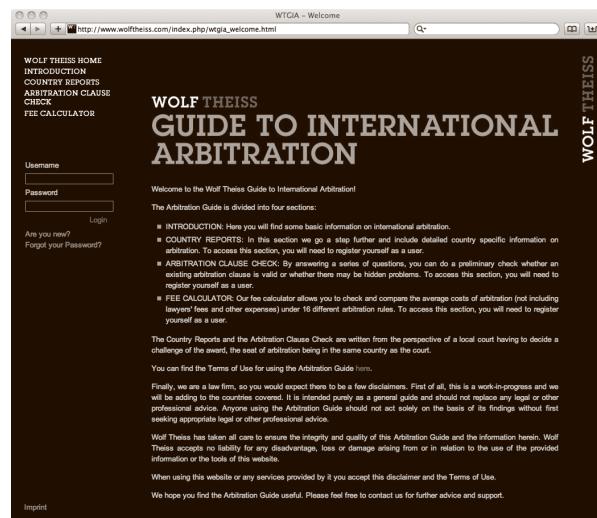
Informacije o ureditvi arbitraže v posameznih jurisdikcijah vsebujejo podatke o veljavnem arbitražnem pravu, veljavnih mednarodnih pogodbah, arbitražnih institucijah, pristojnostih sodišča v zvezi z arbitražo in pogojih za veljavno arbitražno klavzulo. Podatki so zbrani za 13 držav centralne in vzhodne Evrope, vključno s Slovenijo.

S preizkusom arbitražne klavzule uporabnik lahko preveri veljavnost svoje arbitražne klavzule tako v domačih kot omenjenih tujih jurisdikcijah, ne glede na to, ali gre za *ad hoc* ali institucionalno arbitražo. Elektronski pripomoček vodi uporabnika po vprašanjih in ga opozori v primeru, če je arbitražna klavzula neveljavna ali če bi bilo potrebno določen element klavzule bolj podrobno pravno preučiti. Ko uporabnik zaključi s preizkusom arbitražne klavzule, se mu na spletni strani prikaže predhodna ocena veljavnosti arbitražne klavzule, ki jo lahko uporabnik tudi natisne.

Uporabnik lahko tudi preveri kakšni bi bili stroški arbitraže glede na vrednost spora pri različnih arbitražnih institucijah ter jih med seboj primerja.

Inovativni elektronski pripomoček je dostopen na spletni povezavi:

http://www.wolftheiss.com/index.php/wtgia_welcome.html



Vodja arbitražne skupine in partner v Odvetniški pisarni Wolf Theiss, dr. Christoph Liebscher, je elektronski pripomoček aprila 2013 predstavil na dobro obiskanem seminarju o mednarodni arbitraži v Ljubljani. Udeleženci seminarja so se strinjali, da bo novi elektronski pripomoček postal uporabno orodje v vsakodnevni praksi, saj ponuja hitre odgovore na najbolj pereča vprašanja, ki se pojavijo pri sestavi arbitražne klavzule ter v arbitražnem postopku.

Za dodatne informacije se lahko obrnete na:
mag. Branko Čevriz
branko.cevriz@wolftheiss.com

WOLF THEISS

Oglasni prispevek

slovenska
arbitražna praksa
junij 2013

Smernice IBA za zastopanje strank v mednarodni arbitraži

Peter Rižnik

Smernice urejajo področja zastopanja strank, komunikacije z arbitri, vlaganja vlog, izmenjave informacij in razkritja ter prič in izvedencev

V zadnjem času so se tudi pri arbitražnem reševanju sporov pojavile t. im. gverilske taktike, s katerimi zastopniki strank z zavlačevanjem ali drugače namenoma ovirajo arbitražni postopek. Zastopnikom tako ravnanje sicer praviloma prepovedujejo pravila njihovih stanovskih organizacij (denimo odvetniških zbornic), katerih uporaba pa je pri sporih z mednarodnim elementom nekoliko nejasna. Neredko namreč stranke izberejo zastopnike, ki prihajajo iz različnih držav, pri tem pa je lahko tudi sedež arbitraže v tretji državi, ustna obravnava pa se dejansko opravi v četrti. Pri tem se nacionalni predpisi in pravila o zastopanju strank od države do države razlikujejo. Kodeks odvetniške poklicne etike Odvetniške Zbornice Slovenije¹ tako glede mednarodnega delovanja odvetnikov v 5. členu določa, da mora odvetnik, če s svojim delom seže na mednarodno področje, paziti, da ne ravna v nasprotju z načeli in pravili, ki veljajo za odvetnike v tuji državi. Odvetnike pri tem izrecno napotuje tudi na spoštovanje načel in pravil mednarodnih kodeksov odvetniške etike.

Tak mednarodni kodeks je v maju 2013 sprejela IBA (*International Bar Association*) z izdajo prvih **Smernic za zastopanje strank v mednarodni arbitraži**.² Namen Smernic je predvsem odpraviti zgoraj omenjene težave, saj predstavljajo enoten in celovit sklop pravil za zastopanje strank in so prilagojene specifikam mednarodnih arbitražnih postopkov. Smernice sicer nimajo neposredne veljave, temveč se lahko za njihovo uporabo stranke posebej dogovorijo (v arbitražnem sporazumu ali kasneje). Smernice pa se lahko uporabijo tudi brez dogovora strank, saj jih lahko po svoji presoji uporabi tudi arbitražni senat (in to nakaže denimo že v okvirnem načrtu postopka), če to sme storiti po pravu, ki se uporabi za arbitražni postopek.³

Smernice urejajo področja zastopanja strank, komunikacije z arbitri,⁴ vlaganja vlog, izmenjave informacij in razkritja ter prič in izvedencev. Glede zastopanja strank tako denimo 4. smernica določa, da po konstituiranju arbitražnega senata zastopanja ne sme sprejeti z arbitrom povezana oseba, če bi to privedlo do konflikta interesov. V primeru kršitve tega določila lahko arbitražni senat takega zastopnika med drugim tudi izloči.⁵ Zadnje poglavje ureja posledice neprimernega vedenja zastopnika ("Misconduct"). V primeru neupoštevanja katere od smernic ima arbitražni senat široka pooblastila za zagotovitev poštenosti in integritete postopka. Tako lahko senat zastopnika opomni, neprimereno vedenje upošteva pri presoji dokazov ali pravnih argumentov oziroma pri razporeditvi stroškov arbitraže ali drugače primerno ukrepa, da bi zagotovil poštenost in integriteto arbitražnega postopka.

V tej številki revije objavljamo besedilo Smernic Mednarodnega odvetniškega združenja o navzkrižju interesov v mednarodni arbitraži, katerih uporaba se je v primerih zahtev za izločitev arbitrov v praksi že dodobra uveljavila. Enako pričakujemo tudi od novih Smernic IBA o zastopanju strank v mednarodni arbitraži.

Smernice IBA o zastopanju strank v mednarodni arbitraži so na voljo na spletni strani IBA: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

3 Glej preambulo Smernic, str. 10.

4 Tako je denimo dopustno komunicirati z bodočim arbitrom glede njegovih izkušenj, strokovnih znanj ali razpoložljivosti, ni pa dopustno poizvedovati, kaj bodoči arbiter meni o vsebini spora.

5 Tako ravnanje senata doslej sicer ni bilo pogosto, najbolj znan primer pa je odločitev arbitražnega senata v zadevi *HEP v. Slovenia*, kjer je senat izločil enega izmed odvetnikov tožene stranke. *Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. The Republic of Slovenia*, Tribunal's Ruling regarding the participation of David Mildon QC in further stages of the proceedings, 6. maj 2008, ICSID Case No. ARB/05/24.

Smernice sicer nimajo neposredne veljave, temveč se lahko za njihovo uporabo stranke posebej dogovorijo (v arbitražnem sporazumu ali tudi kasneje)

1 Kodeks odvetniške poklicne etike, dostopen na spletni strani Odvetniške zbornice Slovenije: <http://www.odv-zb.si/predpisi/odvetniška-poklicna-etika> (30. 6. 2013).

2 The IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration.

O arbitraži na Dnevu javno-zasebnega partnerstva

Stalna arbitraža pri GZS

V bližnji prihodnosti bodo investicije v infrastrukturo in strateške sektorje nedvomno odigrale ključno vlogo pri (pre)potrebnem gospodarskem preboju Slovenije. Pri tem se bo slovenski javni sektor nujno moral odpreti oblikam javno-zasebnega partnerstva (JZP) tako s potencialnimi domačimi kakor tudi s tujimi vlagatelji.

Investitorji so v današnjem času še posebej previdni in pripravljenost za vlaganje njihovega kapitala, časa in znanja v določeno okolje je poleg vprašanja donosnosti investicije odvisna predvsem od tega, kako varne se bodo počutili v okolju v katerega vlagajo.



Marko Djinović,
generalni sekretar Stalne arbitraže pri GZS

Temu je pritrdiril tudi Marko Djinović, generalni sekretar Stalne arbitraže pri GZS, ki je na *Dnevu javno zasebnega partnerstva: prakse in poslovne priložnosti projektov izgradnje*,¹ dne 11. 6. 2013, predstavil pomen arbitraže v Javno-zasebnem partnerstvu. Za potencialnega investitorja namreč ni sprejemljivo, da bi v primeru spora

odločalo sodišče države s katero je investitor v sporu, zato predstavlja investitorju arbitraža "varno okolje".

Prednosti arbitražnega reševanja sporov iz JZP pa morajo poleg zasebnih prepoznati tudi javni partnerji (država in lokalne skupnosti), ki jim mora biti v interesu hitra, učinkovita, strokovna in predvsem "tiha" rešitev spornega razmerja, pri kateri ne trpi njihov ugled ob dejstvu, da je prišlo do zapleta v tako občutljivem odnosu kot je javno zasebno partnerstvo.

Pravno varnost v JZP omogočajo tudi standardne pogodbe FIDIC, ki temeljijo na uravnoteženosti odnosa med partnerji in kot obliko reševanja potencialnih sporov predvidevajo prav arbitražo. To je izpostavil tudi mag. Vekoslav Korošec, direktor GZS-Združenje za svetovalni inženiring in uredni predstavnik v organizaciji FIDIC za Slovenijo, ki je predstavil uporabo FIDIC pogodb pri projektih javno zasebnega partnerstva in pogoje pogodb za projekte na principu Design, Build and Operate (FIDIC Zlata knjiga).

Prednosti arbitražnega
reševanja sporov iz JZP
morajo poleg zasebnih
prepoznati tudi javni
partnerji (država in
lokalne skupnosti), ki jim
mora biti v interesu hitra,
učinkovita, strokovna in
predvsem "tiha" rešitev
spornega razmerja



(z leve) dr. Aleksander Srdić, Robert Prelesnik, Dejan Papež, Marko Djinović in Nejc Lahne

¹ Dogodek je potekal v okviru projekta PROFILI v soorganizaciji: GZS-ZGIGM, ZAG, OÖZ Sežana in OOZ Nova Gorica.

Navodila avtorjem za oblikovanje prispevkov

Uredništvo

Slovenska arbitražna praksa je specializirana strokovna revija o arbitraži. Namenjena je odvetnikom, pravnikom iz gospodarstva, arbitrom, sodnikom ter vsem, ki se pri svojem delu ali študiju srečujete z arbitražo. V reviji so objavljeni aktualni problemski strokovni prispevki s področja gospodarske arbitraže.

Kaj objavljamo

Objavljamo prispevke v slovenskem, angleškem, nemškem, francoskem, hrvaškem in srbskem jeziku, ki še niso bili objavljeni ali poslani v objavo druge revije. Pisec je odgovoren za vse morebitne kršitve avtorskih pravic. Če je bil prispevek že natisnjen drugje, poslan v objavo ali predstavljen na strokovni konferenci, mora to avtor sporočiti uredništvu in pridobiti soglasje založnika ter navesti razloge za ponovno objavo.

Dolžina prispevka

Prispevki naj obsegajo najmanj 15.000 znakov skupaj s presledki in največ 30.000 znakov skupaj s presledki (avtorska pola). Odstopanja se upoštevajo izjemoma.

Recenzija

Prispevki se recenzirajo. Recenzija je anonimna. Priopombe recenzentov avtor vnese v prispevek.

Povzetek

Prispevku mora biti dodan povzetek, ki obsega največ 1.200 znakov skupaj s presledki. Povzetek naj na kratko opredeli temo prispevka, predvsem naj povzame rezultate in ugotovitve. Splošne ugotovitve in misli ne spadajo v povzetek.

Kratka predstavitev avtorjev

Avtorji morajo pripraviti kratko predstavitev svojih strokovnih, poklicnih in znanstvenih referenc. Predstavitev naj ne presega 600 znakov skupaj s presledki. Če je avtorjev prispevka več, se predstavi vsak avtor posebej.

Opombe pod črto

Literatura se navaja z opombami pod črto.

a) knjiga:

Priimek, začetnica imena.: Naslov dela (pri večkratnih izdajah tudi označba številke izdaje), Založba, Kraj, letnica, stran.

Na primer: Ude, L.: Arbitražno pravo, GV Založba, Ljubljana. 2004, str. 1.

b) zbirka, zbornik:

Dodati je treba naslov zbirke/zbornika oziroma knjige ter priimke in prve črke imen avtorjev ter morebitnih redaktorjev.

c) članek v reviji

Dodati je treba naslov revije z navedbo letnika, leta izdaje in številke ter strani navedenega članka.

Na primer: Galič, A.: Ustavne procesne garancije u arbitražnom postupku, v: Pravo u gospodarstvu, Zagreb, št. 2/2000, str. 241-260.

d) spletne strani

Navedba spletne strani s popolnim naslovom in z datumom zadnjega dostopa.

Na primer: <http://sloarbitration.eu/sl/slovenska-arbitrazna-praksa> (5. 11. 2012).

Naslov uredništva

Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije
Slovenska arbitražna praksa

Dimičeva 13

1504 Ljubljana

Elektronski naslov: arbitraznapraksa@gzs.si

Guidelines for contributors

Editorial Board

Slovenska arbitražna praksa (Slovenian Journal of Arbitration) is a specialized journal dealing with all aspects of arbitration. It is intended for counsels, in-house lawyers, arbitrators, judges and all those interested in arbitration through their work or studies.

What do we publish?

We publish articles in Slovenian, English, German, French, Croatian and Serbian, which have not yet been published or sent for publication to another journal. The author is responsible for any breach of copyright. If the article has been published before, sent for publication to another journal or presented at a conference the author has to notify the editor about this fact and the reasons for a new publication. Further, in such cases the author has to present an agreement of the original publisher for the new publication.

Article length

Submitted articles should contain between 15.000 and 30.000 characters (including spaces). Deviations may be considered in exceptional cases.

Abstract

All articles should be submitted together with a short abstract of maximum 1.200 characters (including spaces). The abstract should briefly define the topic of the article and sum up the results and findings. The abstract should not contain general findings

Short presentation of the author

The authors should submit a brief presentation of their professional and academic references. This presentation should not exceed 600 characters (including spaces). When the article is submitted in co-authorship, a presentation of each author is to be submitted.

Review

The submitted articles are reviewed anonymously. The comments and remarks of the reviewer are to be included in the article by the author.

Citation mode

References should be made in footnotes.

a) books:

Surname, initial letter of the name.: Title (in case of multiple issues also a reference to the number of the issue), Publisher, place of publication, year, page.

E.g.: Ude, L.: *Arbitražno pravo, GV Založba, Ljubljana. 2004, p. 1.*

b) collection of articles:

the title of the collection or the publication, the surname and the initial letter of the first name and any reviewers should be added.

c) Journal article:

The title of the journal, the year, the volume number and the cited page number should be added.

E.g.: Galič, A.: *Ustavne procesne garancije u arbitražnom postupku, v: Pravo u gospodarstvu, Zagreb, št. 2/2000, str. 241-260.*

d) Webpages:

The webpage should be referred to with the complete URL and the date of last access.

E.g.: <http://sloarbitration.eu/sl/slovenska-arbitrazna-praksa> (5. 11. 2012).

Editorial Office

CCIS Arbitration Court
Slovenian Journal of Arbitration
Dimitrova 13
SI-1504 Ljubljana, Slovenia
E-mail: arbitraznapraksa@gzs.si

Naročilnica na revijo Slovenska arbitražna praksa



Naročam revijo Slovenska arbitražna praksa

ime in priimek

*podjetje ali organizacija

naslov

poštna številka kraj

telefon

e-pošta

*matična številka plačnika

ID za DDV

DA / NE

davčni zavezanec

datum

podpis

*žig

Revija izhaja trikrat na leto (marec, junij, november).

Cena letne naročnine:

80,00 EUR z vključenim DDV.

Poštnina za pošiljanje v tujino se zaračuna posebej.

Izpolnjeno naročilnico ali njeno kopijo nam pošljite na naslov:

Stalna arbitraža pri GZS

Dimičeva 13

1504 Ljubljana

ali po faksu na številko 01 5898 400.

Revijo lahko naročite tudi preko spletne naročilnice:
www.sloarbitration.eu/slovenska-arbitrazna-praksa

Za več informacij:

Andreja Abram (andreja.abram@gzs.si)

telefon: 01 58 98 129

* Izpolnijo samo pravne osebe.

Izraz dnevnih pravnikov Slovenije
Izraz dnevnika za gospodarstvo prave Slovenije
GVP ali ta, založnik podjetje, d. o. o.

godba
značenje

slovenskih pravnikov 2013

17. in 18. oktobra, GH Bernardin, Portorož

Program delov

Nova slovenska zakonodaja - vodja: dr. Bojan Štefanec Reberšek

Pravni in ekološki vidiki plačilja - vodja: dr. Dragica Wedemski Lolič

Vpliv upravnih povračil na varnost bank na dnu pravna področje -
vodja: dr. Peter Hinc

O svetovnih trendih brez dana in s jeklikom (četrtek noč) -
vodji: dr. Matjaž Paničič in dr. Miro Česar

Portreti v zvezi s prenosom imen in nazivov ali razširjenega imena -
vodja: dr. Matjaž Golmajc

Razlike za odobritev, ki bo v prijetju, ne v bremnu - vodja: Vladimir Kocent

Pravni medenost in izkušnji upravnih izvajalcev in poslopišč -
Izv. poslopišči zaradi insolventnosti - vodja: dr. Logeš Ude

Kreditnica za učilačko na dnevnih pravnikov
pravnih seminarjev 350,00€/US + DDV.

Učilačno predavanje je sestavljeno iz naslednjih predlogov in del, v katerih bodo obiskovalci Dnevnika dnevnih pravnikov:
in frajdničnosti 2014.

Pooblaščena ponudba za učilačko na dnevnih pravnikov
v GH Bernardinu je 20,00€/US + DDV.

Pooblaščen program in najhitreje prijavi:
www.dnevipravnikov.si

telefons: 01 30 81 812

faks: 01 30 81 813

e-pošta: dnevipravnikov@posta.si

Prijavnica na Dnevne slovenske pravnike 2013

Ime: _____
Prezime: _____
Telefon: _____
E-mail: _____
Adresa: _____
Poštanski številka: _____
Poštanska uradna postaja: _____
Mestna skupnost: _____
Poštna vrednost: _____
 Izbran je zanesljiv in uporabljivo
 Izbran je zanesljiv in uporabljivo
 Izbran je zanesljiv in uporabljivo
 Izbran je zanesljiv in uporabljivo

www.dnevipravnikov.si

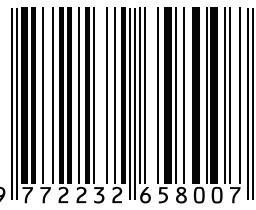
ponujeni ponujeni

ponujeni

ponujeni ponujeni



ISSN 2232-6588

A standard 1D barcode is positioned in the upper right corner of the white box. It consists of vertical black bars of varying widths on a white background.

9 772232 658007