

# slovenska arbitražna praksa



Poslovni cilji  
v reševanju sporov



## LJUBLJANSKA ARBITRAŽNA PRAVILA

Z novimi Ljubljanskimi arbitražnimi pravili stopa Stalna arbitraža pri GZS ob bok vodilnim arbitražnim institucijam v regiji in Ljubljano postavlja na zemljevid arbitraže.

Pravila so dosegljiva na:  
[www.sloarbitration.eu](http://www.sloarbitration.eu)

# slovenska arbitražna praksa

prispevek k razvoju arbitraže v Sloveniji

Letnik III, Številka 1 (marec 2014)

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



## UVODNIK

### Poslovni cilji v reševanju sporov

### POTROŠNIK ALI PODJETNIK?

A landmark decision of the Austrian Supreme Court clarifying when parties to arbitration agreements should be treated as consumers or entrepreneurs

dr. Christian Aschauer

4

### PLINSKE CENOVNE ARBITRAŽE

Nekatere značilnosti plinskih cenovnih arbitraž  
Matjaž Ulčar

13

### DOKAZOVANJE S PRIČAMI

Witness Evidence in International Arbitration  
Perrine Duteil

21

## KOMUNIKACIJA V ARBITRAŽI

Cooperation between in-house counsel and external counsel

Milan Lazić

27

## V SREDIŠČU

Arbitrabilnost korporacijskih sporov

doc. dr. Andreja Primec

32

## IZ PRAKSE

Primer arbitražne odločbe – gradbeništvo

Stalna arbitraža pri GZS

41

## AKTUALNO

Turneja Ljubljanskih arbitražnih pravil

Stalna arbitraža pri GZS

50

Predlog uredbe o razmejitvi stroškov, povezanih z reševanjem sporov na podlagi BIT, katerih pogodbenica je EU

Andrejka Kos

52

Prenovljena spletna stran [www.sloarbitration.eu](http://www.sloarbitration.eu)

Stalna arbitraža pri GZS

53

## SPOROČILO UREDNIŠTVA

Navodila avtorjem za oblikovanje prispevkov

Uredništvo

54

Guidelines for contributors

Editorial Board

55



slovenska  
arbitražna praksa

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: 2014

Tisk: Present d.o.o.

Fotografija: © Depositphotos/urban\_light

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](http://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.

## Poslovni cilji v reševanju sporov

Reševanje sporov sledi razvojnim tokovom v gospodarstvu. Pričakovati je, da se bo s strukturnimi reformami v bančništvu in postopno prodajo državnih deležev v gospodarskih družbah odprl trg združitev in prevzemov. Oživitev borze in trgovanja z vrednostnimi papirji bosta temeljito prevernila korporacijska razmerja. Vse to bo imelo pomemben vpliv na korporativno upravljanje in odnose med lastniki kapitala in organi vodenja ter nadzora. Določenim sporom se v tem procesu enostavno ne bo moč izogniti. Zasledovanje poslovnih ciljev v reševanju sporov bo tako prišlo do izraza bolj kot kdaj koli prej.

V tokratni številki prvi objavljamo analizo prelomne odločbe avstrijskega vrhovnega sodišča, ki obravnava vprašanje, kdaj je stranko arbitražnega sporazuma mogoče štetiti za potrošnika oziroma podjetnika. Bralec bo hitro opazil, da lahko tematika, zaradi podobnosti pravnih ureditev, kmalu postane aktualna tudi v Sloveniji. V tem smislu je analiza omenjene odločbe lahko pomembno pomagalo pri razumevanju razsežnosti problematike. V tej številki premierno predstavljamo tudi plinske cenovne arbitraže. Pri teh ne gre za klasično reševanje gospodarskih sporov, temveč za prilaganje vsebine pogodbe novim tržnim razmeram in vzpostavljanje pogodbenega ravnotežja med strankama. Plinske cenovne arbitraže tako terjajo poznavanje "širše slike" in so verjetno najlepši primer upoštevanja poslovnih ciljev v reševanju sporov.

V središču smo postavili tematiko arbitralnosti korporacijskih sporov. Trendi po svetu nasloži gredo v smeri širjenja polja arbitralnosti. Arbitražno reševanje korporacijskih sporov je v Nemčiji in Skandinaviji zelo razvito, v Sloveniji pa je še v povojuh. Prispevek naj bo zato spodbuda za nadaljnje raziskovanje te obsežne tematike in razvoj arbitražne prakse na tem področju. "Klasične arbitražne tematike" so tokrat zastopane s prispevkoma o dokazovanju s pričami ter pomenu sodelovanja med odvetnikom in internim pravnim svetovalcem v podjetju.

Kaj torej razumeti pod poslovnimi cilji v reševanju sporov? Predvsem dvoje. Najprej mora reševanje sporov slediti gospodarskemu razvoju in potrebam uporabnikov. Nadalje poslovni cilji strank odločilno vplivajo na to, kako te "upravljajo" svoje spore. Zasledovanje poslovnih ciljev v reševanju sporov pa končno pomeni tudi, da imajo uporabniki na voljo dovolj širok nabor alternativnih oblik reševanja sporov. Stalna arbitraža se je zato v letu 2014 lotila priprave novih mediacijskih pravil, s katerimi zaokrožuje svojo ponudbo na področju reševanja sporov. Stranke bodo tako poleg arbitraže imele na voljo tudi mediacijo, bodisi kot samostojen mehanizem bodisi v kombinaciji z arbitražo. V naslednji številki bo zato govora o "mostovih med mediacijo in arbitražo".

Marko Djinović  
strokovni urednik



prof. dr. Aleš Galič  
odgovorni urednik



# A landmark decision of the Austrian Supreme Court clarifying when parties to arbitration agreements should be treated as consumers or entrepreneurs

*Observations on Austrian Supreme Court judgement of 16 December 2013, 6 Ob 43/13m*  
dr. Christian Aschauer

Christian Aschauer is a partner with ARP in Vienna, an international boutique law firm specialising in international arbitration and other forms of alternative dispute resolution (ADR). Dr. Aschauer's work as an arbitrator includes proceedings under the rules of the ICC, VIAC, Camera Arbitrale di Milano and UNCITRAL. Dr. Aschauer regularly represents parties in proceedings to enforce arbitral awards and proceedings to set aside arbitral awards. From 2006 to 2012, Dr. Aschauer taught civil procedure as an adjunct lecturer in law at the University of Graz, and since 2012 has taught international arbitration there. Web: [www.arb-arp.at](http://www.arb-arp.at)

## Introduction

The Austrian legislature protects consumers from entering into arbitration agreements for many legitimate reasons. In business transactions involving consumers, the latter are typically less informed and at a financial disadvantage. They may not even know what arbitration is and are usually unable to finance arbitral proceedings. The legal systems of many states contain legal instruments designed to redress the imbalances between strong and weak parties, for example, by providing legal aid to impecunious parties, which is not available in arbitration proceedings. Mindful of this imbalance, the Austrian legislature enacted Sect. 617 CPC, which entered into effect together with the Austrian Arbitration Law Act on 1 July 2006; subsections (1) to (3) of that statute provide as follows:

“§ 617(1) Arbitration agreements between an entrepreneur and a consumer may only be validly concluded for disputes which have already arisen.

(2) Arbitration agreements to which a consumer is a party must be contained in a document which is holographically signed by him. That document may not contain any other agreements than those referring to the arbitration procedure.

(3) In arbitration agreements between an entrepreneur and a consumer, the consumer must, prior to

concluding the arbitration agreement, be furnished with a written legal advice notice regarding the significant differences between an arbitration and court proceedings.”

Complex problems may arise if Section 617 CCP is invoked in agreements under corporate law. This comes from the rather broad definition of ‘consumer’ in Austrian law. In principle, the definition of consumer in Section 617 CCP is the same as in the Austrian Consumer Protection Act.<sup>1</sup> Under Sect. 1(1)(1) of the Consumer Protection Act an ‘entrepreneur’ is a party for whom the transaction forms a part of the operation of his business; sec. 1(1)(2) of the Consumer Protection Act states that all other parties are ‘consumers.’<sup>2</sup> Thus, status as a consumer is the “default position” under Austrian law, regardless of the concrete balance or imbalance of power between the parties.<sup>3</sup>

1 Reiner, A.: Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht, Ges RZ 2007, p. 165 with further references.

2 Section 1(1) of the Consumer Protection Act: “(1) This Chapter applies to transactions under participation of 1. someone, on the one hand, for whom the transaction forms part of his business enterprise, and 2. someone, for whom this is not the case (in the following referred to as entrepreneur).”

3 Krejci H., in Rummel, P. (ed.), ABGB, 3rd ed., § 1 KSchG, marg. no. 5.

It goes without saying that the restrictions contained in Sect. 617 CCP are alarming to many Austrian legal practitioners and academic writers who deal with corporate law matters, and the “consumer” restrictions have unleashed quite a controversy regarding the scope of Section 617 CCP.<sup>4</sup> In the judgement reported *infra*, the Supreme Court decided in essence that the restrictions contained in Sect. 617 CCP will apply even in the realm of corporate law.

### The facts at issue

In summary, the facts at issue in the Supreme Court judgement of 16 December 2013 were as follows:

On 26 February 2008, four parties – the Bulgarian individual owner of a fruit juice trade mark, a Liechtenstein establishment or “Anstalt” and a Cyprus company called “G... Ltd” on one side of the transaction and an English investor on the other – entered into a joint venture agreement called “Shareholders Agreement” which dealt with the future organisation and operations of “G... Ltd” and another Bulgarian joint stock company called “B... AD”. The purpose of the joint venture agreement was to grant the English investor a stake in the commercialization of the fruit juice trademark, which was being transferred from the Bulgarian individual to the Cyprus company “G... Ltd”. According to the joint venture agreement, “G... Ltd” and “B... AD” were to distribute fruit juice under the licensed trade mark, with “B... AD” acting as operating company.

“G... Ltd” was jointly owned by the Liechtenstein establishment (53.2%) and the English investor (46.8%). Furthermore, the Bulgarian individual had full control over “B... AD” via his stake in the Liechtenstein establishment and the stake of the latter in “G... Ltd”, which was, in turn, the sole shareholder of “B... AD”. The Bulgarian individual was also in a position to appoint

<sup>4</sup> See, in alphabetical order, Nueber, M.: Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern im GmbH-Recht, ZAK 2010, p. 4; Nueber, M.: Die Privatstiftung in Verfahren vor „österreichischen“ Schiedsgerichten, GesRZ 2012, p. 339; Reiner, A.: Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2007, 151; Riegler, S.: Wirtschafts- versus Verbraucherstreitigkeiten vor Schiedsgerichten, ecolex 2011, p. 882; Schumacher, F.: Überlegungen zu Gesellschafterstellung und Unternehmereigenschaft, wbl 2012, p. 71; Schifferl, M. and Kraus, S.-F.: § 617 ZPO und Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen; Stippl, Ch. and Steinhofer, St.: Kein Verbraucherschutz für Gesellschafter im Schiedsrecht, ecolex 2011, p. 816; Öhlberger, V.: Sind Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen noch möglich? ecolex 2008, p. 51.

the board of “B... AD”, and, in his role as president of the board of “B... AD”, he was authorised to represent “B... AD” alone.

The joint venture agreement contained a standard ICC arbitration agreement calling for arbitration of any disputes in Vienna. When a dispute arose, the English investor filed a request for arbitration against the Bulgarian individual, the Liechtenstein establishment and the joint venture company “G... Ltd”. By arbitral award dated 20 July 2010, an ICC arbitral tribunal found that it had jurisdiction over the Bulgarian individual and the Liechtenstein establishment. By subsequent award of 27 September 2010, the arbitral tribunal found in favour of the English investor on the merits. Subsequently, the Bulgarian individual and the Liechtenstein establishment asked the Vienna Commercial Court to set aside both awards, submitting that the arbitration agreement was not valid (Section 611 (2)(1) CCP) on the grounds that they were consumers within the meaning of section 617(1) CCP and that the requirements for arbitration agreements between an entrepreneur and a consumer contained in section 617 had not been met.

### The decision of the Austrian Supreme Court

The setting aside claim was unsuccessful in the trial court and at both levels of appellate review.<sup>5</sup> The following paragraphs contain a translation of selected extracts from the Supreme Court decision:

[...]

“3.1. However, pursuant to sec. 617 CCP, arbitration agreements between an entrepreneur and a consumer can only be validly made for disputes that have already arisen. Sec. 617(1) CCP does not constitute a limitation on objective arbitrability, but rather should be classed as ‘another condition precedent to the validity of an arbitration agreement’

It goes without saying that the restrictions contained in Sect. 617 CCP are alarming to many Austrian legal practitioners and academic writers who deal with corporate law matters, and the “consumer” restrictions have unleashed quite a controversy regarding the scope of Section 617 CCP

However, pursuant to sec. 617 CCP, arbitration agreements between an entrepreneur and a consumer can only be validly made for disputes that have already arisen. Sec. 617(1) CCP does not constitute a limitation on objective arbitrability, but rather should be classed as ‘another condition precedent to the validity of an arbitration agreement’

<sup>5</sup> Since the setting aside claim was filed prior to 1 January 2014, the court of first instance was the Regional District Court or “Landesgericht” (in this case: the Vienna Commercial Court or “Handelsgericht Wien”) where the place of arbitration was located, and the matter then proceeded to an appellate court, and from there on to the Supreme Court. As from 1 January 2014, following a reform of the Austrian arbitration law (Federal Law Gazette of 11 July 2013, no. I/118), the Austrian Supreme Court, as the court of first and last instance, has exclusive jurisdiction over all setting aside claims and claims for declaration of the existence or non-existence of arbitral awards.

(3 Ob 144/09m; Öhlberger, ÖJZ 2010, p. 189; Stippl in Liebscher, Oberhammer and Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I, margin no. 4/105).

[...]

4.1. The Supreme Court has not hitherto ruled on the application of Sec. 617 CCP to disputes under corporate law. [...]

4.2. Various positions are espoused in the legal literature regarding application of Sec. 617 CCP to disputes under corporate law. In the view of some authors, Sec. 617 CCP should be deemed applicable to corporate law disputes, as well (see, in particular, Reiner, *Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht*, GesRZ 2007, pp. 151 ff.).

4.3. According to Hausmaninger (in Fasching and Konecny, 2nd ed., Sec. 617 CCP, margin no. 23) it may ‘under certain circumstances’ constitute entrepreneurial action where parties enter into articles of association or other action is taken as a shareholder, because, as he says, this cannot be attributed to the personal sphere of a consumer.

[...]

4.5. By contrast, other authors put forward various arguments in support of the position that Sec. 617 CCP is not applicable at all to corporate law disputes (Terlitzza and Weber, *Zur Schiedsfähigkeit gesellschaftlicher Streitigkeiten nach dem SchiedsRÄG 2006*, ÖJZ 2008, p. 1 [p. 7]; Öhlberger, *Sind Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen noch möglich?* ecolex 2008, p. 51; Stippl, op. cit., margin no. 4/32; Weber and E. Oberhammer in Klausegger et al., Austrian Yearbook on International Arbitration 2010, p. 28; Nueber, *Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern im GmbH-Recht*, Zak 2010/70; Schifferl and Kraus, op. cit.; Stippl and Steinhofer, *Kein Verbraucherschutz für Gesellschafter im Schiedsrecht*, ecolex 2011, p. 816; Riegler, *Wirtschafts- versus Verbraucherstreitigkeiten vor Schiedsgerichten*, ecolex 2011, p. 882; Nueber, *Der Gesellschafter als Verbraucher im Schiedsverfahren*, Aufsichtsrat aktuell 2012, vol. 5, p. 20 [p. 22]; F. Schumacher, *Der Gesellschafter als Unternehmer - Überlegungen zur Gesellschafterstellung und*

As an initial point, the court wishes to make clear: There is no doubt that, by its wording and systematic position, Sec. 617 CCP refers to all arbitrations with an Austrian seat

There is no basis in the remaining portions of Chapter 4 of the CCP for differentiating between ‘international’ arbitral proceedings and purely domestic arbitrations; rather, the provisions are applicable to all arbitral proceedings where the place of arbitration lies within Austria

Unternehmereigenschaft, wbl 2012, p. 71 [pp. 77 ff.]; Trenker and Demetz, *Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in der GmbH*, wbl 2013, p. 1).

4.6. In some cases, the argument is made that Sec. 617 CCP is not a ‘fit’ for arbitral tribunals established by articles of association (Öhlberger, op. cit.). Those authors argue that the provision is to afford protection against undue haste in entering into arbitration agreements; however, they argue, that risk is covered in the case of articles of association by the requirement of notarisation. Another view holds that, as a general proposition, one cannot classify the legal relationship between a shareholder and his co-shareholders (i.e. the internal company relations under corporate law) as an entrepreneur/consumer relationship; under that view, the typical situation of contractual disequilibrium is lacking (Terlitzza and Weber, op. cit.). Similar arguments are used to advance the view that Sec. 617 CCP should be subject to teleological reduction (see, e.g. Schifferl and Kraus, op. cit.; Trenker and Demetz, op. cit.).

5.1. These views are unsupportable [in Austrian law]. As an initial point, the court wishes to make clear: There is no doubt that, by its wording and systematic position, Sec. 617 CCP refers to all arbitrations with an Austrian seat. The provisions of Chapter 4 of the CCP (Secs. 577 ff. Austrian CCP) apply only to such arbitration proceedings; only title eight of Chapter (Sec[s]. 614 [ff.] Austrian CCP) refers to foreign arbitral awards. There is no basis in the remaining portions of Chapter 4 of the CCP for differentiating between ‘international’ arbitral proceedings and purely domestic arbitrations; rather, the provisions are applicable to all arbitral proceedings where the place of arbitration lies within Austria (an unclear view is taken in Nueber, *Aufsichtsrat aktuell* 2012, vol. 5, p. 20 [p. 24]). And indeed, we cannot presume that the legislature failed to consider international arbitrations at the time of enacting the Arbitration Act 2006 [Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006], by which the legislature introduced the provisions of Sec. 617 CCP, since one of the declared aims of the reform was precisely that: to promote international commercial arbitration (see the legislative materials under ‘ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 2’).

5.2. Sec. 617 Austrian CCP (and the remaining provisions of Chapter 4) will only fail to apply if the place of arbitration is not located within Austria; in such case, courts in Austria may only take account of the disadvantaged position of a weaker party in the course of recognising and enforcing a foreign arbitral award (see the Supreme Court decision no. 3 Ob 144/09m, *Evidenzblatt* 2010, no. 21 [with comments by Öhlberger] = *Juristische Blätter* 2010, p. 255).

5.3. The Arbitration Law Amendments Act 2013 [Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2013] confirms the significance of protecting consumers in the international context, as well. According to the legislative materials ('2322 BlgNR 24. GP 3 f'), concentrating the role of the judiciary in arbitration matters in the Supreme Court is, in particular, intended to aid the proceedings in (international) commercial arbitration matters; however, the rule vesting sole jurisdiction in the Supreme Court is not limited to (international) commercial arbitration matters or to transactions between entrepreneurs, but rather it applies beyond those matters to all other (general) proceedings, as well. As the materials expressly point out, however, application of the provisions curtailing the stages of appellate review is deliberately excluded where the issue of superior and inferior positions of the parties (entrepreneur – consumer) arises. Proceedings in which a consumer is a party are thus not supposed to be subject to the new regime. Thus, in these entrepreneur-consumer cases, there is no reduction of the levels of appellate review.

5.4. This makes clear beyond any doubt that, when enacting the SchiedsRÄG 2013, the legislature did in fact also – and particularly – give consideration to international arbitral proceedings. We must also assume that the legislature was familiar with the discussions in the legal literature that went on prior to the reform of 2013. The legislature consciously refrained from taking up the demands either for repeal of Sec. 617 CCP or at least for an exception in the case of international arbitral proceedings. Nor did the legislative materials offer the slightest indication of support for the view that Sec. 617 CCP should not be applicable to corporate law disputes. To such extent, SchiedsRÄG 2013 lends even greater force to the intent of the legislature to

adhere to its goal of comprehensively protecting consumers in arbitral proceedings through instruments of procedural law.

5.5. Furthermore, this Court fails to be persuaded by the arguments put forward for subjecting Sec. 617 CCP to teleological reduction. Pursuant to general principles, in order to apply teleological reduction, there would need to be a narrowly circumscribed group of cases which is not covered by the policy underlying the law or the purposes of the law, contrary to its literal wording, and such a group of cases would need to be distinguished from the group of cases which are 'actually intended' to the extent that it would be unjustified and arbitrary to treat them the same (F. Bydlinski in Rummel, ABGB, 3rd ed., § 7 margin no. 7; *Evidenzblatt* 1988, no. 21). However, there can be no suggestion of this in the present case. The fact that in some cases, corporate law disputes of consumers must, where they arise, be conducted in the ordinary courts does not, in any event, constitute such a serious disadvantage as to require elimination by means of interpretation, all the more since it allows consumers to enjoy the legal protection of ordinary court proceedings, which are supposed to be the normal default forum for resolving legal disputes.

[...]

6.1. Consequently, we now turn to the question of whether the two Claimants should be regarded as consumers. According to the prevailing view, the definition of consumer under Sec. 617 CCP is identical to that set out in the Austrian Consumer Protection Act (Oberhammer, *Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts* [2002] p. 49; Power, Arbitration Act § 617 margin no. 2; Rechberger and Melis in Rechberger, ZPO, 3rd ed., § 617 margin no. 1; Zeiler, *Schiedsverfahren* § 617 margin no. 8; Hausmaninger in Fasching and Konecny, 2nd ed., § 617 ZPO margin no. 22; Petsche in Arbitration Law of Austria § 617 ZPO margin no. 4; Schwarz and Konrad, Vienna Rules, margin no. 1-044; Stippl in Liebscher, Oberhammer and Rechberger, *Schiedsverfahrensrecht I* margin no. 4/31 with further citations).

6.2. Under Sec. 1(1) of the Consumer Protection Act, an 'entrepreneur' is a party for whom the

Sec. 617 Austrian CCP  
(and the remaining  
provisions of Chapter 4)  
will only fail to apply if  
the place of arbitration  
is not located within  
Austria; in such case,  
courts in Austria may  
only take account of the  
disadvantaged position  
of a weaker party in the  
course of recognising  
and enforcing a foreign  
arbitral award

According to the  
prevailing view, the  
definition of consumer  
under Sec. 617 CCP is  
identical to that set out in  
the Austrian Consumer  
Protection Act

Under the consistent jurisprudence of the courts, a commercial view should be taken when assessing whether a shareholder should be treated as a consumer or entrepreneur

Under the prevailing view, inapplicability of consumer protection law will turn primarily on the extent to which the shareholder can exercise influence over the management of the company's affairs. The mere fact of whether the shareholder is also a director in addition to his shareholder role will, by contrast, not be deemed determinative

transaction is part of the operation of his business; every other party (who is not acting as an entrepreneur) is a consumer (Krejci in Rummel, ABGB, 3rd ed., vol. II/4 § 1 KSchG margin nos. 4 and 9; Apathy in Schwimann, 3rd ed., vol. V § 1 KSchG margin no. 8; Mayrhofer and Nemeth in Fenyves, Kerschner and Vonkilch, Klang, 3rd ed., § 1 KSchG margin no. 2; Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG, 3rd ed., § 1 margin no. 1; Schwarz and Konrad, Vienna Rules margin no. 1-044).

6.3. Unlike the situation under EU law (see the Council Directive 93/12/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts; see also case 6 Ob 240/11d), the definition of 'consumer' in Austria is not limited to natural persons.

7.1. The law does not expressly define the legal system that should be referred to when assessing whether a party to an arbitration agreement resident or located abroad should be deemed a consumer. The legislative materials likewise provide no more detailed comments on the point ('1158 BlgNR 22. GP 30'). In the course of the legislative process, the applicability of Austrian law was apparently considered an obvious point and the legislature weighed the option of integrating these protective provisions for consumers into the Consumer Protection Act, rather than placing them in the CCP (see Oberhammer, Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts, [pp.] 42 and 49).

[...]

7.6. As already pointed out above, Sec. 617 CCP constitutes a prerequisite to the validity of an arbitration agreement. However, this would argue in favour of applying Austrian law and thus applying the Consumer Protection Act in cases where the place of arbitration is located within Austria (Stippl, op. cit. margin no. 4/27). This is in fact also in line with the provision in Art. V(1)(a) of the New York Convention; according to that provision, in the absence of any choice of law, the law of the country in which the arbitral award has been or is to be rendered will apply.

7.7. Thus, in summary, a party's status as a 'consumer' under Sec. 617 CCP should be assessed under Austrian law. There is no room for differentiating

by nationality, as has been sometimes proposed in legal literature (see Stippl, op. cit., margin no. 4/132) such that the protections of Sec. 617 CCP would only benefit Austrian citizens. However, this does not rule out the possibility that, in light of their structure and similarity to legal entities classified by the Austrian legislature as 'entrepreneurs', foreign holders of legal rights may also be qualified as 'entrepreneurs' by way of analogy with Sec. 2 of the Austrian Entrepreneurial Code, and thus also for purposes of Sec. 617 Austrian CCP.

8.1. Under the consistent jurisprudence of the courts, a commercial view should be taken when assessing whether a shareholder should be treated as a consumer or entrepreneur (decisions nos. 7 Ob 315/01a; 3 Ob 141/03m; 9 Ob 27/05v; 6 Ob 12/03p; 9 Ob 27/05v; 8 Ob 91/09d; 6 Ob 105/10z; 1 Ob 99/10f; 2 Ob 169/11h). In substance, this constitutes a teleological reduction, as F. Schumacher (wbl 2012, pp. 71 ff.) has pointed out in the legal literature and as noted most recently by the Fourth Panel of this court (decision no. 4 Ob 232/12i with detailed reasoning). What is accordingly relevant is whether the contract party in question has effectively acted in an entrepreneurial sense, considering the identity of the interests of the shareholder and the company.

[...]

8.3. Under the prevailing view, inapplicability of consumer protection law will turn primarily on the extent to which the shareholder can exercise influence over the management of the company's affairs. The mere fact of whether the shareholder is also a director in addition to his shareholder role will, by contrast, not be deemed determinative.

[...]

9.2. It is manifest that, in any case, this equity stake on the part of [the Bulgarian individual] Claimant 1 gives him a substantial degree of control over the management of the operating company 'B... AD'. Based on his position as majority shareholder, decision-making at 'B... AD', and in particular appointment and dismissal of 'B... AD's board was entirely in Claimant 1's hands (see Art. 221 (4) of the Bulgarian Commercial Code). As the chairman

of the board, Claimant 1 also had full powers of representation under Art. 235(1) and Art. 244 (1) of the Bulgarian Commercial Code. The court thus concurs in the assessment of the appellate court that Claimant 1 ‘fully controls’ the operating company ‘B... AD’.

9.3. Even if, pursuant to what we have said here, formal status as a managing director is not a necessary prerequisite to a finding that a shareholder has controlling influence, and thus to classifying the shareholder as an ‘entrepreneur’, in the present case this criterion is met in respect of Claimant 1, as well. [...]

9.4. This means that Claimant 1 was even authorised in formal legal respects to represent the company and to manage its affairs. In addition, he held the office of chairman of the board and thus had a dominating position – even vis-à-vis the executive directors – because the executive directors were required to report directly to the chairman regarding facts and circumstances of importance to the company (Art. 244(5) of the Bulgarian Commercial Code). Finally, Claimant 1 was also the managing director (“executive director”) of the two other direct shareholders of ‘B... AD’, i.e. of ‘L... AD’ and of ‘... Group AD’. In addition, Claimant 1 was the founder and sole owner of Claimant 2 [the Liechtenstein establishment]. However, the founder is the ‘supreme constitutive body’ of a Liechtenstein Anstalt and thus comparable to the position of a GmbH’s sole shareholder and managing director (Bösch, Liechtensteinisches Stiftungsrecht, p. 681).

9.5. And indeed, against this factual background, we are unable to find any fault with the assessment of the lower courts that Claimant 1 had absolute control over the companies in which he had an equity stake and should in any event be regarded as an entrepreneur in exercising his control.

[...]

9.6. Entrepreneurial activities within the meaning of sec. 1 of the Consumer Protection Act may also extend across more than one formal legal entity. The constellation of a multi-tiered corporate structure, with branches abroad, as is presented in the

case at hand, constitutes a case of complex organisation of Claimant 1’s entrepreneurial activities. In overall respects, the case before this Court pertains to a Liechtenstein special purpose company of a Bulgarian entrepreneur, who is selling a minority share in the fruit juice business held by that company to a British investor and is contracting under a joint venture arrangement to specifically allocate rights and obligations with his new partner.

[...]

10.1. But [the Liechtenstein establishment] Claimant 2 (as correctly found by the Lower Courts) should likewise not be regarded as a consumer.

10.2. [...]

10.3. For the purposes of analogously applying the formal definition of entrepreneur in Sec. 2 of the Entrepreneurial Code to a foreign legal entity, it will suffice if the foreign legal entity (at least approximately) corresponds, in terms of its substance, to one of the selected Austrian legal entities (decision no. 2 Ob 64/08d; Straube and Ratka in Straube, UGB, vol. I, 4th ed., § 2 margin no. 14-15). In Art 534(1) of the Liechtenstein Persons and Companies Act, the Liechtenstein legislature expressly qualifies the legal entity of the ‘Anstalt’ as an ‘enterprise’.

[...]

11. Since both Claimants are to be deemed ‘entrepreneurs’, a valid arbitration agreement has been concluded. As a consequence, the lower courts were correct to dismiss the request for setting aside under sec 611(1), first case, CCP.”

Since both Claimants are to be deemed ‘entrepreneurs’, a valid arbitration agreement has been concluded. As a consequence, the lower courts were correct to dismiss the request for setting aside under sec 611(1), first case, CCP

## Observations

### Introduction

In the opinion of the author, the Austrian Supreme Court has reached the correct result. The Supreme Court performed a thorough economic assessment of the position of the Bulgarian individual and found that he had full control over the operations and management of “B...” which in and of itself suffices to characterise him as an ‘entrepreneur’ within the meaning

When assessing the nature of the “after the dispute has arisen-requirement”, the first question is: What is the relevant definition of the “form” of an agreement?

If a requirement is designed to guarantee visibility, keep a clear record of an agreement, or to warn a person about entering into a specific agreement, then it may be considered a requirement regarding the form of an agreement

Furthermore, one must begin one's analysis with the presumption that the nature of any given requirement will be formal, as opposed to a requirement of substance or involving other aspects.

Form is the “default” status of a requirement

of Section 1(1)(1) of the Consumer Protection Act and Section 617 CCP. As far as the Liechtenstein “Anstalt” is concerned, the Supreme Court analogised the statutory characterisation of the law of Liechtenstein (which provides that an “Anstalt” is an enterprise) with the position under Austrian law, concluding that the “Anstalt” must also be deemed an entrepreneur within the meaning of Sections 1(1)(1) of the Consumer Protection Act and Section 617 CCP. There is nothing the present author can add to the Court's reasoning. In the next section of this discussion, however, the author will offer an alternative line of reasoning positing that sec 617(1)-(3) CCP actually contain requirements as to the form of the arbitration agreement that, in cases with an “international” element, are *displaced* by the (much less demanding) formal requirements prescribed by Art. II(1) of the New York Convention.

### The requirements prescribed by Section 617(1)-(3) CCP pertain to the form of the arbitration agreement

Legal scholars in Austria differ as to how one should characterise the requirement prescribed by Section 617(1) CCP (the arbitration agreement between an entrepreneur and a consumer must be made “for disputes which have already arisen”). The legislative materials imply that the provisions constitute a limitation on objective arbitrability.<sup>6</sup> This view is contested by other legal writers<sup>7</sup> and not shared by the Supreme Court;<sup>8</sup> rather, the Supreme Court refers to “another condition precedent to the validity of an arbitration agreement”.<sup>9</sup> One writer finds that the requirement is “similar” to a requirement regarding the form of the arbitration agreement.<sup>10</sup>

When assessing the nature of the “after the dispute has arisen-requirement”, the first question is: What is

6 See the legislative materials regarding Sect. 617(1) CPC in Kloiber, B., Rechberger W., et al.: Das neue Schiedsrecht, 2006, p. 354.

7 Stippl, Ch., in Liebscher, Ch., Oberhammer, P. and Rechberger, W.: Schiedsverfahrensrecht, vol. I, margin no. 4/104; Öhlberger, V.: Zur (Nicht-)Anwendung schiedsrechtlicher Verbraucherschutznormen in ausländischen Schiedsverfahren, ÖJZ 2010, p. 189.

8 See no. 3.1 of the decision quoted above, where the Supreme Court expressly states that Sect. 617(1) CCP does not pertain to objective arbitrability.

9 See the Supreme Court decision of 22 July 2009, no. 3 Ob 144/09m.

10 Stippl, Ch., in Liebscher, Ch., Oberhammer, P. and Rechberger, W.: Schiedsverfahrensrecht, vol. I, margin no. 4/105.

the relevant definition of the “form” of an agreement? One does not have to assess this on the basis of a particular domestic law. Courts and scholars appear to accept that courts should be autonomous in construing a reference term in international private law statutes (“Verweisungsbegriff”) such as the “form” of an agreement, based on the purpose of the legal provision in question.<sup>11</sup> What is relevant is the common functional understanding of the term: If a requirement is designed to guarantee visibility, keep a clear record of an agreement, or to warn a person about entering into a specific agreement, then it may be considered a requirement regarding the form of an agreement.<sup>12</sup> As the Supreme Court stated in an earlier case, a requirement<sup>13</sup> will be considered a requirement of “form” if it is designed to record an agreement or to protect the parties from entering into the agreement without due consideration.<sup>14</sup> This view is echoed by Prof. Kropholler, who states that protecting a party from hasty action (“Schutz vor Übereilung”), safeguarding free decision-making (“Schutz der freien Willensbildung”) and protecting parties from undue influence (“Schutz vor unlauterer Beeinflussung”) are the typical purposes of formal prerequisites.<sup>15</sup>

Furthermore, one must begin one's analysis with the presumption that the nature of any given requirement will be formal, as opposed to a requirement of substance or involving other aspects. Form is the “default” status of a requirement.<sup>16</sup> In cases of doubt, the assumption must be that a requirement relates to the form of an agreement.<sup>17</sup>

Against this background, it is difficult to deny that the “after the dispute has arisen-requirement” in Sect. 617(1) CCP relates to the form of the arbitration agreement. This characterisation is also in line

11 Schwimann, M.: Die Schwierigkeiten der Qualifikation im IPR, ÖJZ 1980, p. 7 (see, Sect. 4. „Teleologische Qualifikation“); see also Verschraegen, B., in Rummel, P.: ABGB, 3rd ed., § 8 IPRG, marg. no. 3.

12 Verschraegen, B., in Rummel, P.: ABGB, 3rd ed., § 8 IPRG, marg. no. 3.

13 The case (Supreme Court decision of 13 February 1986, no. 6 Ob 700/84, SZ no. 59/27) concerned a requirement under Italian law holding that an adoption order must be made by the President of the Court where the adopting party's residence is located.

14 See also Posch, W.: Internationales Privatrecht, 3rd ed., p. 77.

15 Internationales Privatrecht, 6th ed., p. 311.

16 Kropholler, J.: Internationales Privatrecht, 6th ed., p. 311.

17 See the explanations given by Keller, M., in Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, Art. 124, marg. no. 5, with regard to Art. 124 of the Swiss International Private Law Act.

with the characterisation of the requirements in Sect. 617(2) and (3) CCP, where the formal character is beyond doubt.<sup>18</sup> All three subsections manifestly seek to protect consumers, and even caution them against entering into arbitration agreements without due consideration of the differences between arbitration and court proceedings.

#### In cases with an international element, Art. II of the New York Convention overrides Sect. 617(1)-(3) CCP

If we accept this characterisation of the requirements contained in 617(1)-(3) CCP as being of a formal nature, then Art. II of the New York Convention<sup>19</sup> comes into play. Austria (just as Slovenia) made no reservations under Art. I(3) of the New York Convention that it would apply the Convention only to legal relationships “which are considered commercial under the national law of the State making such declaration”. As an international treaty, the provisions of the New York Convention take precedence over conflicting provisions of the law of any of its Contracting States.<sup>20</sup>

Article II of the New York Convention does not prescribe any specific form for arbitration agreements to which consumers are parties. As has been stated by Prof. Wolff, the “in writing” requirement contained in the New York Convention leaves no room for more demanding formal provisions of national law, regardless

of their rationale.<sup>21</sup> Therefore, the question arises whether the case reported above would fall within the scope of application of the New York Convention.

In 1971, the Austrian Supreme Court decided a case in which the place of arbitration was Vienna and one party was Austrian and the other Swiss. The arbitral tribunal had confirmed its jurisdiction by way of a separate award on jurisdiction. Subsequently, in challenge proceedings regarding the award on jurisdiction, the Austrian Supreme Court ruled (emphasis added):<sup>22</sup>

“However, there is simply no reason for the lower appellate court to have even dealt with the question of whether the requirements of form in Art. II of the New York Convention displace the relevant provisions of domestic law where there is otherwise no basis for applying the Convention, i.e. where the arbitration matter in question is a purely domestic arbitration, thus precluding from the outset any issue of recognition and enforcement of the arbitral award by the courts of another country. To be specific: It is beyond any doubt that the present case does not present such a case, in light of the international links inherent in the positions of the parties to this arbitration agreement. In this case, there may very well be cause for submitting any arbitral award that is rendered to recognition and enforcement proceedings in Switzerland, the registered office of the Appellant. What this means is that the formal requirements regarding the written form of the arbitration agreement are governed exclusively by Art. II(2) of the New York Convention.”

If we accept this characterisation of the requirements contained in 617(1)-(3) CCP as being of a formal nature, then Art. II of the New York Convention comes into play

Austria (just as Slovenia) made no reservations under Art. I(3) of the New York Convention that it would apply the Convention only to legal relationships “which are considered commercial under the national law of the State making such declaration”. As an international treaty, the provisions of the New York Convention take precedence over conflicting provisions of the law of any of its Contracting States

18 E.g., Schwarz, F. and Konrad, Ch., Vienna Rules, margin no. 1-040; see also Sect. 1031 of the German CCP, containing the explicit heading “Form of arbitration agreement” and which contains in its subsection (5) requirements similar to those in Sect. 617(2).

19 Article II(1) and (2) of the said Convention provide: “(1) Each Contracting State shall recognise an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.

(2) The term ‘agreement in writing’ shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.”

20 This principle is reflected, for example, in the Swedish Arbitration Act of 1999 which provides in its Section 6: “Where a dispute between a business enterprise and a consumer concerns goods, services or any other products supplied principally for private use, an arbitration agreement may not be invoked where such was entered into prior to the dispute. [...] The first paragraph shall not apply where the dispute concerns an agreement between an insurer and a policy-holder concerning insurance based on a collective agreement or group agreement and handled by representatives of the group. Nor shall the first paragraph apply where Sweden’s international obligations provide to the contrary” (emphasis added); as to the New York Convention taking precedence over domestic law, see also Van den Berg, *The New York Convention of 1958*, 1981, pp. 173 et seq.

State courts in the Netherlands and in the United States have followed this approach and applied Art. II of the New York Convention not only in cases regarding the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, but also in setting aside proceedings regarding awards where the place of arbitration was in the Netherlands or in the United States.<sup>23</sup> The view taken by the courts of the Netherlands, the United

21 Wolff, R., in Wolff, R. (ed.), *The New York Convention*, Art. II, marg. nos. 74-76.

22 Juristische Blätter 1974, p. 629 = Yearbook Commercial Arbitration I (1976), p. 183.

23 Decision of the Rechtbank Rotterdam dated 26 June 1970, Yearbook Commercial Arbitration I (1976), p. 195; decision of the U.S. State Court of Appeals, Second Circuit, dated 17 June 1983, Yearbook Commercial Arbitration IX (1984), p. 487. The decision of the Rechtbank Rotterdam of 26 June 1970 is also referred to by Van den Berg, *The New York Convention of 1958*, 1981, p. 65.

It follows that the arbitration clause at hand should be analysed exclusively on the basis of Article II of the New York Convention, and that it would be valid even if “B...” and the Liechtenstein “Anstalt” might be classed as consumers

States and Austria is supported by legal scholars in Austria.<sup>24</sup>

It is obvious that the case reported above also manifests several international elements. It follows that the arbitration clause at hand should be analysed exclusively on the basis of Article II of the New York Convention, and that it would be valid even if “B...” and the Liechtenstein “Anstalt” might be classed as consumers. Thus, in cases with an “international element”, many problems that may arise out of Sect. 617 CPC are resolved by the uniform standards of Article II of the New York Convention. The advantage in applying this analysis is that all cases with an “international element” will be subject to the same standards as far as the form of the arbitration agreement is concerned, both in the country where the award might be challenged in setting aside proceedings, and in the country or countries where recognition and enforcement of the award might be sought.

---

<sup>24</sup> Oberhammer, P., Schiedsvereinbarung und § 1016 ABGB, in Hommages for Rechberger, p. 761; see also Huegel, H., Comments on the Supreme Court decision of 26 April 2006, no. 7 Ob 236/05i, JBl 2006, p. 726.

## Nekatere značilnosti plinskih cenovnih arbitraž

Matjaž Ulčar\*

Matjaž Ulčar, odvetnik v Odvetniški pisarni Ulčar & partnerji. Po diplomi z odliko na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani (2000) se je zaposlil v očetovi odvetniški pisarni, opravil pravniški državni izpit (2003) ter bil vpisan v imenik odvetnikov (2004). Leta 2009 je prevzel vodenje odvetniške pisarne, ki se je razvila v eno vodilnih pisarn na področju gospodarskega prava. Matjaž se predvsem ukvarja s čezmejnimi gospodarskimi transakcijami, javno-zasebnim partnerstvom, energetskim pravom in seveda arbitražnim reševanjem sporov, je tudi arbiter na listi Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije. E-mail: matjaz@ulcar-op.si

### Glavne značilnosti dolgoročnih pogodb o dobavi zemeljskega plina

Investicije v proizvodnjo in transport zemeljskega plina so kapitalsko intenzivne. Znan je podatek, da izgradnja infrastrukture za črpanje in transport zemeljskega plina, ter izvedba ostalih z izgradnjo in upravljanjem infrastrukture povezanih aktivnosti, običajno terja več kot milijardo ameriških dolarjev, velikokrat pa celo nekajkrat toliko.<sup>1</sup> Navedeno je glavni razlog, da dobave zemeljskega plina v svetovnem gospodarstvu, kljub razvoju trgovalnih vozlišč v zadnjih nekaj letih, še vedno temeljijo na dolgoročnih pogodbah s tipično ročnostjo celo do 30 let. S tega vidika se zdi dolgoročnost dobavnih pogodb, zlasti na nabavnem trgu, še vedno nujna, na eni strani zaradi narave produkta (izvedba kapitalsko intenzivnih investicij v potrebno infrastrukturo za pridobivanje in transport zemeljskega plina je pogojena s sklenitvijo dolgoročnih pogodb o dobavi zemeljskega plina, s katerimi si dobavitelj zagotovi določeno varnost bodočih prihodkov), na drugi strani pa zaradi zagotovitve varnosti dobav in boljše odzivnosti na viške povpraševanja (kar je po-

membna prednost dolgoročnih pogodb tudi za kupca zemeljskega plina). Z dobavnih (t.i. upstream) trgov se je takšna pogodbena struktura tipično preslikavala tudi na prodajne (t.i. downstream) trge, saj je veletrgovec z zemeljskim plinom (t.i. mid-streamer<sup>2</sup>), ki je bil pri svojem dobavitelju, praviloma proizvajalcu, vezan na dolgoročni odjem določene količine, razumljivo težil k temu, da bi pod čim bolj enakovrednimi pogoji vezal enake količine odjemova pri svojih kupcih in tako povpraševanje čim bolj izenačil s ponudbo ter s tem omejil svoja poslovna tveganja.

Dolgoročne pogodbe o dobavi zemeljskega plina imajo tako številne prednosti za obe pogodbeni stranki. Na eni strani njihova dolgoročnost zagotavlja dobavitelju (ki je hkrati tudi proizvajalec zemeljskega plina) povračilo za investicije v plinsko infrastrukturo, saj se kupec s sklenitvijo plinske dobavne pogodbe zaveže, da bo določeno obdobje kupoval zemeljski plin po dogovorjeni ceni. S tem si dobavitelj zagotovi zanesljiv prihodek, ki je predpogoj za financiranje izgradnje plinske infrastrukture. Na drugi strani se dobavitelj

Dobave zemeljskega plina v svetovnem gospodarstvu še vedno temeljijo na dolgoročnih pogodbah s tipično ročnostjo celo do 30 let

Dolgoročne pogodbe o dobavi zemeljskega plina imajo številne prednosti za obe pogodbeni stranki

\* Za prijazno pomoč pri nastanku članka se zahvaljujem kolegicama dr. Maji Menard in Gloriji Dominko, prvi za nasvete iz arbitražne prakse, konceptualne pripombe in usmeritev na ustrezeno strokovno literaturo, drugi pa za pomoč pri analizi te literature. Odgovornost za morebitne pomanjkljivosti v članku pa je seveda samo moja.

1 Več o tem Stanič, A., Weale, G.: Changes in the European Gas Market and Price Review Arbitrations, Journal of Energy & Natural Resources Law, Vol 25 No. 3, 2007, str. 324-327.

2 Gre za izraz, ki označuje veletrgovca z zemeljskim plinom, ki nima lastne (omembe vredne) proizvodnje, hkrati pa večine zemeljskega plina ne proda neposredno končnim uporabnikom.

Za blaženje togosti dolgoročnih pogodbenih razmerij so se v praksi razvili različni pravni instituti; zlati na energetskem področju so ti zelo sofisticirani

Druga težava dolgoročnih pogodbenih razmerij je način oblikovanja cene predmeta pogodbenega razmerja, saj je zelo težko določiti, kakšna bo njegova vrednost čez deset ali več let

zaveže dojaviti določeno količino zemeljskega plina kupcu, kar temu omogoča varnost dobav in njihovo fleksibilnost ter boljše načrtovanje nadaljnega trgovanja z zemeljskim plinom.<sup>3</sup>

Seveda imajo dolgoročna pogodbena razmerja tudi svoje slabosti, ki pridejo do izraza predvsem v času gospodarske krize in z njo povezanim krčenjem obsega gospodarske dejavnosti. Pravna teorija navaja dve glavni slabosti dolgoročnih pogodb (ne glede na njihov predmet): togost in način določitve cene produkta. Obe navedeni slabosti se odražata tudi pri pogodbah o dobavi zemeljskega plina, kljub številnim zelo specifičnim pravnim institutom, ki so bili v zadnjih nekaj desetletjih oblikovani za njuno omilitev.

Najprej, za blaženje togosti dolgoročnih pogodbenih razmerij so se v praksi razvili različni pravni instituti; zlati na energetskem področju so ti zelo sofisticirani. Primarno so se od 50ih let prejšnjega stoletja naprej kot klasičen instrument za uravnoteževanje tveganj obeh pogodbenih strank in zagotavljanje izvajanja pogodbe razvile t.i. "vzemi-ali-plačaj" klavzule (ang. take-or-pay clauses). Tovrstne klavzule imajo dva elementa: vzpostavljajo obveznost dobavitelja zemeljskega plina (praviloma proizvajalca), da v določenem časovnem obdobju kupcu dobavi vsaj določeno minimalno količino zemeljskega plina, in obveznost kupca, da v tem časovnem obdobju plača vsaj to minimalno količino zemeljskega plina, ne glede na to, ali jo je tudi v celoti prevzel. Takšna klavzula zato dobavitelju zagotavlja predvidljivost odjema – in posledično proizvodnje, skladiščenja in transporta – ter tudi minimalne denarne tokove, s tem pa amortizacijo začetnih investicij in garancijo za financiranje teh investicij (posojilodajalcem v energetskem sektorju odstop terjatev iz dolgoročnih pogodbo o dobavi zemeljskega plina zagotavlja zavarovanje za financiranje teh kapitalsko intenzivnih projektov;<sup>4</sup> zaradi naraščajoče odvisnosti od zadolževanja za financiranje infrastrukture, namenjene pridobivanju in dobavi zemeljskega plina so dolgoročne dobavne pogodbe še vedno bistveni pogoj za številne

projekte<sup>5</sup>). Na drugi strani pa takšna klavzula kupcu, ki pričakuje redno in zanesljivo dobavo na dolgi rok, zagotavlja minimalno razpoložljivo količino zemeljskega plina za celotno pogodbeno obdobje, hkrati pa mu omogoča določeno mero fleksibilnosti (tipično lahko količina zemeljska plina, ki jo lahko po dolgoročni pogodbi prevzame kupec, brez obveznosti plačila penalov, variira za 40% ali celo 50%). Takšna klavzula je ustrezzala obema pogodbenima strankama v stabilnem gospodarskem okolju in v času gospodarske rasti, v zadnjih letih pa se je izkazalo, da zaradi krčenja obsega gospodarske dejavnosti in s tem pomembno zmanjšane potrebe po zemeljskem plinu včasih ne zagotavlja zadostne stopnje fleksibilnosti (kar ni imelo samo negativnih posledic, saj je presežek zemeljskega plina na trgu, hkrati s spremenjenim normativnim okvirom, pripeljal do razvoja trgovinskih vozlišč), kar je vodilo k oblikovanju različnih novih pojavnih oblik "vzemi-ali-plačaj" klavzule.

Druga težava dolgoročnih pogodbenih razmerij je način oblikovanja cene predmeta pogodbenega razmerja, saj je zelo težko določiti, kakšna bo njegova vrednost<sup>6</sup> čez deset ali več let. Pogodbe o dobavi zemeljskega plina niso nobena izjema. Zaradi preobratov v relativni konkurenčnosti zamenljivih produktov in strukturnih sprememb na trgu skozi celotno obdobje trajanja pogodbe je nerealno pričakovati, da bosta stranki določili fiksno ceno za dobavo zemeljskega plina, saj bi navedeno predstavljalo preveliko in nerazumno tveganje za obe pogodbeni stranki. Dobavitelj si bo prizadeval za takšno formuliranje cene, ki mu bo omogočila, da bo s prihodki od dobave zemeljskega plina lahko pokril svoje stroške in poleg tega ustvaril pričakovanu donosnost naložb, ki zaradi njihovega tveganja ni majhna. Hkrati pa bo želel takšno cenovno formulo, ki bo odražala povečanje vrednosti zemeljskega plina (v primerjavi z drugimi zamenljivimi produkti), saj bo s tem dodatno povečal donosnost. Na drugi strani si bo kupec, ki se je zavezal prevzeti in plačati določeno količino zemeljskega plina, prizadeval zagotoviti, da bo takšno prevzeto in zakupljeno količino lahko prodal naprej po ceni, ki mu bo omogočala takšno maržo, da pokrije svoje stroške poslovanja in tudi on ustvari pričakovan donos (ki je zaradi manjše izpostavljenosti

3 Prav tam.

4 Večina energetskih projektov je financiranih v povprečju z od 60 do 80% ali celo 90% razmerjem dolga na kapital, odvisno tudi od tveganj in lokacije projekta, kar predstavlja zelo pomembno tveganje tudi za posojilodajalca. Gl. npr. Arowolo, O.: Abolition of Long-Term Contracts: the Implications and Options for Bankability in Energy Project Financing, Journal of Energy & Natural Resources Law, 2006, št. 24(1), str. 16-19.

5 Holland, B., Ashley, P. S.: Natural Gas Price Reviews: Past, Present and Future, Journal of Energy & Natural Resources Law, Vol. 30. No. 1, 2012, str. 29.

6 Vsaj za namene tega članka izraza *vrednost* in *cena* nista sinonima.

tveganjem seveda nižji od dobaviteljevega). Zaradi tako različnih interesov se dobavitelj in kupec soočata s zahtevnimi pogajanji pri dogovarjanju cenovne formule, ki bi lahko obema hkrati koristila na dolgi rok<sup>7</sup> in tako upoštevala njune posebne interese, hkrati pa tudi njune skupne interese po varnosti na trgu in zagotavljanju določenega tržnega deleža v primerjavi z zamenljivimi produkti.<sup>8</sup> Pogodbene stranke se zato dogovorijo za osnovno ceno, ki se nato spreminja glede na vrednost vplivnih elementov, tako da se cena prilagaja tržni vrednosti zemeljskega plina in s tem ohranja njegovo konkurenčnost v primerjavi z drugimi energenti na trgu.

Za lažjo predstavo je ena izmed cenovnih formul<sup>9</sup> (kombinirana plinsko-naftna formula) predstavljena spodaj, pri čemer je treba takoj omeniti, da je v praksi uporabljen veliko število zelo različnih cenovnih formul, ki pa imajo nekaj v nadaljevanju predstavljenih skupnih lastnosti.

$$P = P_0 \times [0,5 \times P_G / P_{GO} + 0,25 \times P_{LSF} / P_{LSF0} + 0,25 \times P_{HSF} / P_{HSF0}]^2$$

pri čemer je:

$P$  – cena zemeljskega plina na dobavnem mestu

$P_0$  – cena zemeljskega plina ob podpisu dolgoročne plinske pogodbe  
 $P_G$  – povprečna cena zemeljskega plina na določenem trgu v šestmesečnem obdobju pred dnem dobave (kot je določen v dolgoročni pogodbi)

$P_{GO}$  – povprečna cena zemeljskega plina na določenem trgu v šestmesečnem obdobju pred datumom podpisa dolgoročne pogodbe

$P_{SLF}$  – povprečna cena nafte z nizko vsebnostjo žvepla na določenem trgu v šestmesečnem obdobju pred dnem dobave

$P_{LSF0}$  – povprečna cena nafte z nizko vsebnostjo žvepla na določenem trgu v šestmesečnem obdobju pred datumom podpisa dolgoročne pogodbe

$P_{HSF}$  – povprečna cena nafte z visoko vsebnostjo žvepla na določenem trgu v šestmesečnem obdobju pred dnem dobave

$P_{HSF0}$  – povprečna cena nafte z visoko vsebnostjo žvepla na določenem trgu v šestmesečnem obdobju pred datumom podpisa dolgoročne pogodbe

Kot je razvidno iz predstavljene formule, je cena zemeljskega plina sestavljena iz nespremenljivega

<sup>7</sup> Greeno, T., Kehoe, C.: Contract pricing disputes, str. 100.

<sup>8</sup> Polkinghorne, M.: Predicting the unpredictable: Gas price re-openers, The Paris Energy Series No. 2, Junij 2011, str. 2.

<sup>9</sup> Povzeto po Stanič, A., Weale, G.: Changes in the European Gas Market and Price Review Arbitrations, Journal of Energy & Natural Resources Law, Vol 25 No. 3, 2007, str. 326.

elementa, to je določene cene ob podpisu dolgoročne pogodbe, ter iz spremenljivega elementa, ki je izražen kot multiplikator in omogoča prilagajanje cene v skladu s spremembo cene ostalih energentov na trgu, predvsem cene surove nafte. Nekatere cenovne formule še dodatno omejujejo vertikalne učinke gibanja cen z različnimi kapicami, alternativno pa lahko določajo tudi najvišjo in najnižjo ceno nafte, ki se jo lahko uporabi pri izračunu,<sup>10</sup> bolj kompleksne formule pa med drugim lahko upoštevajo še razmerje med različnimi valutami.

Hkrati z razvojem trgovalnih vozlišč se je pokazalo, da določitev cene zemeljskega plina z omenjenimi formulami, ki so praviloma vezane na cene surove nafte (od tod tudi poimenovanje "naftne formule"), ni najbolj primerna, saj ne odraža prave vrednosti zemeljskega plina na določenem trgu, hkrati pa je bila pretrgana zgodovinska povezava med ceno zemeljskega plina in ceno surove nafte (in nekateri kritiki takšne pogodbene določitve cene izpostavljajo, da ima vezanost cene zemeljskega plina na ceno surove nafte v današnjem gospodarskem okolju enak smisel kot vezanost cene zemeljskega plina na ceno pomarančnega soka). Navedeno je imelo dve posledici:

- široko uporabo pogodbene klavzule o reviziji cene in razmah arbitražnih postopkov, v katerih arbitražni senati v bistvu na novo določajo ceno zemeljskega plina v okviru sklenjene dolgoročne pogodbe (o čemer je več govora v nadaljevanju); in
- nadomeščanje naftne formule za določitev cene zemeljskega plina s t.i. plinsko formulo, ki za referenčno ceno določa ceno zemeljskega plina na določenem trgovalnem vozlišču (oziora košarico cen na trgovalnih vozliščih).

### Postopek revizije cene in vloga arbitraže

Uvodoma je že bilo nakazano, da je način oblikovanja cene v dolgoročnih pogodbenih razmerjih kompleksen. Zavedajoč se, da določitev cene na podlagi formule (pri zemeljskem plinu praviloma na podlagi zgoraj predstavljene naftne formule) sama po sebi ne zagotavlja, da bo cena cel čas trajanja pogodbenega razmerja ustrezala vrednosti predmeta pogodbe, je pogodbeno pravo oblikovalo še različne mehanizme revizije

<sup>10</sup> Prav tam.

Zaradi tako različnih interesov se dobavitelj in kupec soočata s zahtevnimi pogajanji pri dogovarjanju cenovne formule, ki bi lahko obema hkrati koristila na dolgi rok in tako upoštevala njune posebne interese, hkrati pa tudi njune skupne interese po varnosti na trgu in zagotavljanju določenega tržnega deleža v primerjavi z zamenljivimi produkti

Zavedajoč se, da določitev cene na podlagi formule sama po sebi ne zagotavlja, da bo cena cel čas trajanja pogodbenega razmerja ustrezaла vrednosti predmeta pogodbe, je pogodbeno pravo oblikovalo še različne mehanizme revizije cene, ki so namenjeni prilagoditvi cene spremenjeni vrednosti predmeta pogodbe v primerih (struktturnih) sprememb na trgu, ki jih cenovna formula ne upošteva

Pogodbena določila, ki so namenjena spremembam pogodbene cene, imajo dve glavni pojavní obliki: določajo indeksiranje cene ali postopek revizije cene

cene, ki so namenjeni prilagoditvi cene spremenjeni vrednosti predmeta pogodbe v primerih (struktturnih) sprememb na trgu, ki jih cenovna formula ne upošteva. Te klavzule imajo nekaj skupnih značilnosti:

- določajo okoliščine, ob nastopu katerih se morata pogodbeni stranki ponovno pogajati o ceni oziroma cenovni formuli;<sup>11</sup>
- določajo kriterije, ki jih morata pogodbeni stranki upoštevati pri pogajanjih o novi ceni;
- če stranki po določenem času ne uspeta doseči sporazumne določitve nove cene, novo ceno ob upoštevanju pogodbeno opredeljenih kriterijev določi arbitraža.<sup>12</sup>

Pravna teorija meni, da je klavzula o reviziji cene posebna oblika klavzule o spremenjenih okoliščinah oziroma hardship klavzule, čeprav se od obeh tudi pomembno razlikuje, zlasti pri vprašanju predvidljivosti cenovnega vpliva nastanka spremenjenih okoliščin,<sup>13</sup> podrobna predstavitev teh razlik pa presega namen tega članka.

Prav te klavzule o reviziji cene so bile v zadnjih nekaj letih osrednji element revolucionarnih sprememb na globalnem, predvsem pa na evropskem in posledično tudi na slovenskem trgu zemeljskega plina. Globalni trg se sooča s presežki zemeljskega plina, ki je po eni strani posledica povečanja ponudbe zaradi razvoja pridobivanja plina iz skrilavcev v ZDA in na Kitajskem ter povečanega izvoza utekočinjenega zemeljskega plina iz Bližnjega Vzhoda, Afrike in Karibov; na druge strani pa zmanjšanja povpraševanja zardi globalne gospodarske recesije. Presežna ponudba zemeljskega plina je v kombinaciji s liberaliziranim normativnim okvirom tudi na evropskem trgu omogočila vzpostavitev trgovalnih vozlišč ("borz" zemeljskega plina), kar je ustvarilo izrazite cenovne razlike med nafto in zemeljskim plinom,<sup>14</sup> saj so bile nenadoma na voljo večje

količine zemeljskega plina po cenah, ki niso bile več vezane na cene surove nafte, temveč so se oblikovale na podlagi ponudbe in povpraševanja. V tem novem gospodarskem okolju cena zemeljskega plina po dolgoročnih dobavnih pogodbah, ki so bile sklenjene pred razvojem trgovalnih vozlišč, ko so imeli veletrgovci z dolgoročnimi dobavnimi pogodbami dejanski monopol na trgu končnih uporabnikov, ni več odražala njegove vrednosti, saj je bila precej višja od cene, ki se je oblikovala na trgovalnih vozliščih. Zaradi razlik v cenah zemeljskega plina in surove nafte veletrgovci niso mogli več konkurenčno tržiti zemeljskega plina, dobavljenega po dolgoročnih pogodbah,<sup>15</sup> kar je sprožilo množične zahteve kupcev po spremembami cene ali cenovnih formul s sklicevanjem na klavzulo o reviziji cene in vodilo do razmaha plinskih cenovnih arbitraž.

Pogodbena določila, ki so namenjena spremembam pogodbene cene, imajo dve glavni pojavní obliki: določajo indeksiranje cene ali postopek revizije cene.

S klavzulami o indeksiranju se po enkrat v določenem časovnem obdobju, praviloma letno, pogodbena cena avtomatično spreminja, ob uporabi dogovorjene formule. Takšna formula praviloma deluje tako, da se osnovna cena pomnoži z multiplikatorjem, ki je vezan na set indeksov (v primeru zemeljskega plina npr. na cene alternativnih goriv ali surove nafte). V ta set indeksov je praviloma vključena tudi inflacija. Multiplikator tako predstavlja razmerje med ceno referenčnih produktov v času spremjanja cene in ceno referenčnih produktov v času sklenitve pogodbe. Spori v povezavi z uporabo klavzule o indeksiranju cene nastanejo, če se spremeni kateri od elementov formule (če preneha obstajati) ali če usklajevanje cene s takšnim elementom izgubi poslovni smisel (npr. če preneha vzročna povezava med predmetom pogodbe in referenčnim produkтом), pri čemer dobra klavzula določa tudi, kako in na kakšni podlagi lahko stranki zahtevata spremembo indeksa oziroma pod kakšnimi pogoji rešitev spora prepustita strokovnjaku ali arbitraži.

V praksi pa je pogosteje, in tudi mnogo bolj uporabno, določilo o (polni) reviziji cene,<sup>16</sup> ki pogodbeni

11 Več o tem Leijten, M., de Vries Lentsch, M.: The trigger phase, v Gas Price Arbitrations, Globe Law and Business, 2014, str. 33–45.

12 Več o tem von Mehren, G.: The arbitrator's role, v Gas Price Arbitrations, Globe Law and Business, 2014, str. 91–101.

13 Tako npr. Polkinghorne, M.: Changes of circumstances as a price modifier, v Gas Price Arbitrations, Globe Law and Business, 2014, str. 63–89.

14 Cene surove nafte so se podvojile od januarja 2009, medtem ko so cene zemeljskega plina ostale nespremenjene.

15 Sarzana, S.: The rise of price revision arbitrations, članek na spletni strani Commercial Dispute Resolution z dne 31. 10. 2012.

16 Primer razmeroma enostavne pogodbene klavzule o reviziji cene: ["If a circumstance beyond the control of either party results in a significant change in the energy market of the buyer compared to such energy market on [date], then either party may give notice for a price review. If the parties

stranki zavezuje, da ob določenih sprožilnih dogodkih (ang. trigger events) ponovno preučita pogodbeno določeno ceno ali cenovno formulo, ob upoštevanju vnaprej določenih parametrov, ki jih morata upoštevati ob oblikovanju nove cene. Določilo o reviziji cene lahko določa tudi redne intervale, v katerih pogodbeni stranki preučita, ali cenovna formula še odraža razmere na trgu, tako da cena ustreza vrednosti produkta, in s tem še vedno ustrezna namenu pogodbenih strank v času pogajanj o cenovni formuli. Tako ti časovni intervali že sami po sebi predstavljajo sprožilni dogodek. V preteklosti je bilo za dolgoročne pogodbe o dobarvi zemeljskega plina tipično, da se redna revizija cene izvede vsaka tri leta, poleg tega pa ima vsaka izmed strank možnost, da zahteva tudi izredno revizijo cene ob nastopu vnaprej določenih okoliščin, ki predstavlja sprožilni dogodek, pri čemer so lahko pogodbene stranke omejene v številu zahtevkov za izredno revizijo cene.<sup>17</sup> Novejše dolgoročne pogodbe takšen koncept opuščajo in tipično uvajajo redno revizijo cene zemeljskega plina v krajsih časovnih obdobjih, celo enkrat letno.

*fail to agree a revised price formula within 90 days after giving notice for a price review, the price formula shall be reviewed by arbitration. In any such arbitration the arbitrators shall review the price formula and shall decide whether it needs to be revised to reflect, as at the review date, the relevant significant change(s) in the energy market of the buyer which affect the value of [the product] in the end user market of the buyer as such value can directly or indirectly be obtained by a prudent and efficient buyer. Any revised price formula determined by the arbitrators shall enable the buyer to market economically [the product] delivered under this agreement in the energy market of the buyer in competition with other competing sources of energy in the end user market of the buyer, assuming always the buyer acts as a prudent and efficient energy company.”]. Povzeto po Vinall, M.: If you start to feel the pinch, will the price review clause ease your suffering?, 2009, IELR 17-19.*

V slovenskem prevodu: [“Če okoliščine, na katere pogodbeni stranki ne moreta vplivati, pomenijo bistveno spremembo na kupčevem trgu energentov v primerjavi s stanjem tega trga na [datum], lahko katerakoli izmed pogodbenih strank pisno zahteva od druge stranke revizijo cene. Če se pogodbene stranke ne sporazumejo o spremenjeni cenovni formuli v 90 dneh od posredovanja predloga za revizijo cene, bo reševanje predloga za revizijo cene predloženo arbitražnemu senatu. V arbitražnem postopku bo arbitražni senat preučil cenovno formulo in odločil, ali je takšno formulo treba spremeniti, da bo upoštevala bistvene spremembe na energetskem trgu kupca na dan revizije cene, ki vplivajo na vrednost [proizvoda] na kupčevem trgu končnih uporabnikov, ki bi jo lahko neposredno ali posredno dosegel skrben in gospodaren kupec. Vsake s strani arbitražnega senata spremenjena cenovna formula mora omogočati kupcu ekonomsko in konkurenčno trženje [proizvoda], ki je predmet te dolgoročne pogodbe, na energetskem trgu kupca pod predpostavko, da kupec ravna kot skrbna in gospodarna energetska družba.”].

Primerjaj tudi Levy, M.: Drafting an effective price review clause, v Gas Price Arbitrations, Globe Law and Business, 2014, str. 13-18.

17 Greeno, T., Kehoe, C.: Contract pricing disputes, str. 100.

Sprožilni dogodki so pogosto namenoma opredeljeni zelo splošno in puščajo veliko prostora za interpretacijo, z namenom, da se zaobseže čim več nepredvidljivih bodočih okoliščin. Jasno je, da morajo biti take okoliščine objektivne in morajo povzročiti pomembne relativno trajne spremembe na relevantnem trgu (v novejših klavzulah se upoštevajo tako razmere na dobavnem kot prodajnem trgu, v preteklosti pa so bile merodajne le spremembe na dobavnem trgu) v primerjavi s tem trgom v času nastanka cenovne formule. Končno, okoliščine morajo biti takšne, da na njihov nastanek nobena izmed pogodbenih strank ni imela vpliva.<sup>18</sup> Poleg sprožilnih dogodkov klavzule o reviziji cene običajno vsebujejo vsaj okvirno metodologijo za spremembo cene, postopek pogajanj (ki so praviloma precej dolgotrajna in so oblikovana celo kot procesna predpostavka za začetek arbitražnega postopka) in posledice, če se stranki ne moreta sporazumeti v določenem časovnem obdobju (običajno je to predložitev spora glede revizije cene arbitražnemu senatu).<sup>19</sup>

Postopek revizije cene se prične, ko ena izmed pogodbenih strank od druge pisno zahteva revizijo cene, pri čemer mora izkazati vsaj obstoj objektivnega sprožilnega dogodka, ki vpliva na vrednost zemeljskega plina na trgu končnih uporabnikov, ter predlagati spremeno cenovno formulo. Po vložitvi zahteve za revizijo cene stranke ocenijo, ali so izpolnjeni pogoji za revizijo cene, torej:

- če je prišlo do določenih objektivnih in trajnih sprememb na relevantnem trgu,
- če takšne spremembe na trgu vplivajo na vrednost zemeljskega plina na tem trgu in
- če dogovorjena cenovna formula ne odraža sprememb takšne vrednosti.

Če se pogodbeni stranki strinjata, da so ti pogoji izpolnjeni, pričneta pogajanja o spremembi cene, pri čemer je treba poudariti, da sta stranki zavezani k poštenim pogajanjem z namenom, da se doseže sporazum, nista pa seveda zavezani k sklenitvi sporazuma. Vseeno je v poslovni praksi mogoče zaslediti trend, da se vedno več postopkov revizije cene dejansko konča s sporazumom.

V praksi pa je pogosteje, in tudi mnogo bolj uporabno, določilo o (polni) reviziji cene, ki pogodbeni stranki zavezuje, da ob določenih sprožilnih dogodkih ponovno preučita pogodbeno določeno ceno ali cenovno formulo, ob upoštevanju vnaprej določenih parametrov, ki jih morata upoštevati ob oblikovanju nove cene

Sprožilni dogodki so pogosto namenoma opredeljeni zelo splošno in puščajo veliko prostora za interpretacijo, z namenom, da se zaobseže čim več nepredvidljivih bodočih okoliščin

18 Prav tam, str. 101.

19 Polkinghorne, M.: Predicting the unpredictable: Gas price re-openers, The Paris Energy Series No. 2, Junij 2011, str. 3.

Če se stranki v določenem roku (običajno med 60 pa vse do 180 dni) ne sporazumeta o spremembiciene, tipična klavzula o reviziji cene predvideva, da lahko katerakoli od pogodbenih strank spor glede revizije cene predloži v reševanje arbitražnemu senatu

Veliko prahu v zadnjem času dviga vprašanje, ali lahko arbitražni senat v postopku revizije cene enostavno določi novo formulo za oblikovanje cene

Izpostaviti je seveda treba, da je v vsakem postopku revizije cene izjemno pomembna vloga ekonomskih strokovnjakov

Način revizije cene običajno v pogodbi ni podrobnejedoločen, tipično pa predvideva spremembo cenovneformule tako, da bo odražal vpliv bistvenih sprememb na vrednost zemeljskega plina in vzpostavl podobnogodbeno ravnotežje, kot je obstajalo ob sklenitvi pogodbe. Če se stranki v določenem roku (običajno med 60 pa vse do 180 dni) ne sporazumeta o spremembiciene, tipična klavzula o reviziji cene predvideva, da lahko katerakoli od pogodbenih strank spor glede revizije cene predloži v reševanje arbitražnemu senatu.

Postopek arbitražnega reševanja spora glede revizije cene sicer ni vedno predviden v dolgoročnih pogodbih (in avtor si ne zna predstavljati, kako bi se s takšnim sporom soočila redna sodišča), praviloma pa je, čeprav so ureditve arbitražnega postopka zelo različne, takoglede sestave arbitraže kot tudi glede obsega pooblastila, ki ga za spremembo cene arbitražni senat ima. V arbitražni klavzuli je lahko določeno, da mora s strani arbitražnega senata spremenjena cenovna formula temeljiti na elementih pogodbeno dogovorjene cenovneformule, s čimer so pomembno omejena pooblastila arbitražnega senata pri reviziji cene. Nadalje se lahko pogodbeni stranki dogovorita, da je v določenih primerih mogoč odstop od elementov v pogodbeno dogovorjeni cenovni formuli. Veliko prahu zato v zadnjem času dviga vprašanje, ali lahko arbitražni senat v postopku revizije cene enostavno določi novo formulo za oblikovanje cene (npr. tako, da naftno formulo enostavno nadomesti s formulo, ki pogodbeno ceno zemeljskega plina veže na ceno zemeljskega plina, oblikovanona določenem trgovalnem vozlišču (ali povprečje cene na več trgovalnih vozliščih).<sup>20</sup> V praksi je namreč še vedno najbolj pogosta klavzula o reviziji cene, kjer pogodbeni stranki nista definirali dovoljenega obsega poseganja v obstoječo cenovno formulo, tako da mora arbitražni senat sam presoditi, v kakšnem obsegu sme cenovno formulo spremeniti, pri čemer je odgovor na navedeno vprašanje odvisen tudi od merodajnega prava. Zaradi razmaha cenovnih arbitraž in vedno večjega tveganja, da bo arbitražni senat cenovno formulo spremenil tako, da ta ne bo več sprejemljiva za katero od pogodbenih strank, pogodbene stranke vse pogosteje določajo obseg pooblastil arbitražnemu senatu, saj se s tem povečajo možnosti, da bo ta cenovno formulo

spremenil tako, da bo pravična v tudi v spremenjenih okoliščinah.

Arbitražni senat mora v prvi fazi prav tako presoditi, ali so izpolnjeni pogoji za revizijo cene, to je:

- ali je izkazan obstoj sprožilnega dogodka, kot je opredeljen v pogodbi,
- ali je zaradi sprožilnega dogodka nastala bistvenatrjajna sprememba na relevantnem energetskem trgu in
- ali je treba spremeniti cenovno formulo tako, da bo odražala spremembe na trgu in bo ponovno usklajena z vrednostjo zemeljskega plina.<sup>21</sup>

Če pogoji za revizijo cene niso izpolnjeni, je arbitražni senat s takšno ugotovitvijo končal svojo nalogu. Če pa so izpolnjeni pogoji za revizijo cene, pa se arbitražni senat sooči z nalogo, ki v pretežni meri presega okvir prava: kako določiti novo ceno zemeljskega plina tako, da bo odražala spremenjene razmere na trgu in bo še vedno poštena za obe pogodbeni stranki. Očitni prvi korak je ugotovitev, v kakšnem obsegu sta strankipredvideli revizijo cene s strani arbitražnega senata. Tako bo iz klavzule o reviziji cene arbitražni senat moral izluščiti, ali je pooblaščen spremeniti obstoječocenovno formulo, v obsegu, kot je potrebno, da ta odraža spremenjene okoliščine, ali pa so morda njegova pooblastila večja in mu omogočajo celo, da povsem na novo oblikuje cenovno formulo. V slednjem primeru mora nadalje še ugotoviti, ali sta pogodbeni strankidoločili kakšne smernice za določitev nove formule.<sup>22</sup>

Izpostaviti je seveda treba, da je v vsakem postopku revizije cene izjemno pomembna vloga ekonomskih strokovnjakov (in tipično bo imela vsaka izmed strank svojo ekipo strokovnjakov, izključeno pa niti ni, da neodvisnega strokovnjaka imenuje in določi še arbitražni senat), katerih strokovni argumenti so ključni takopri izkazovanju obstoja sprožilnega dogodka in sprememb na relevantnem energetskem trgu kot tudi pri argumentaciji načina in obsega spremembe pogodbene cene.<sup>23</sup>

20 Primerjaj Power, R.: RWE v. Gazprom Export: Is it open season on contract price clauses in gas supply contracts?, Dispute Resolution, Energy & Natural Resources, International Arbitration, Oil & Gas, 16. 7. 2013.

21 Holland, B., Ashley, P. S.: Gas Price Reviews: too complex for tribunals, Global arbitration Review, 25. 8. 2011.

22 Greeno, T., Kehoe, C.: Contract pricing disputes, str. 99-105.

23 Več o tem Gibson, C., Moselle, B.: The Role of the expert in price re-

Če poskušamo zelo zapleten postopek poenostaviti, si mora arbitražni senat v takšnem postopku prizadevati, da njegova odločitev še vedno odraža namen izvirne cenovne formule oziroma, povedano drugače, namen, ki sta ga imeli pogodbeni stranki ob sklenitvi pogodbe. Obstojeca cenovna formula je namreč odraz pogajanj pogodbenih strank pri sklenitvi pogodbe in kaže vsaj na dogovorjeno razporeditev tveganja pri dobavi zemeljskega plina, odraža pa tudi dogovorjeno vrednost ob upoštevanju takratnih tržnih okoliščin. Navedeno je pomembno vodilo arbitražnemu senatu pri vzpostavljanju novega pogodbenega ravnovesja in pogosto senati, ob odsotnosti drugačnih pogodbene dogovorjenih smernic, uporabijo t.i. restitucijsko metodo: cenovno formulo prilagodijo novim tržnim razmeram tako, da bosta obe pogodbeni stranki v takšnem položaju, kot sta bili ob sklenitvi pogodbe. Pri tem mora senat podrobno in celovito preučiti vse okoliščine transakcije, v okviru katere sta se stranki pogajali o izhodiščni cenovni formuli. Če sta se pogodbeni stranki zavedali, da mora biti pogodbena cena takšna, da ustvari varnost financiranja projekta (in sta morda to celo jasno zapisali v uvodna določila pogodbe ali v klavzulo o reviziji cene), potem mora arbitražni senat tudi to okoliščino upoštevati pri reviziji cene in nova pogodbena cena ne sme biti določena tako, da bi finančiranje projekta nerazumno otežila ali celo onemočila. Če pa sta pogodbeni stranki določili, da mora pogodbena cena biti določena tako, da bo kupcu pri nadaljnji prodaji zemeljskega plina omogočala razumen donos, potem je navedena okoliščina pomembna za določitev nove cene in mora arbitražni senat najprej ugotoviti, kakšen donos je kupec lahko ustvaril ob sklenitvi pogodbe, potem pa določiti novo pogodbeno ceno tako, da kupcu omogoča primerljiv donos.

Končno, pri odločanju o reviziji cene je pomembno tudi merodajno pravo, saj se mora arbitražni senat pri razlagi klavzule o reviziji cene opreti na veljavno pravo in jo razlagati ter uporabiti skladno s tem pravom. Tako bo v pravnem sistemu, kjer je zelo močno uveljavljeno načelo pacta sunt servanda, imel arbitražni senat bistveno manj možnosti za pomembne spremembe pogodbene vsebine kot v pravnih sistemih, ki sicer klavzulo o spremenjenih okoliščinah razumejo in uporabljajo široko.<sup>24</sup>

view arbitrations, v Gas Price Arbitrations, Globe Law and Business, 2014, str. 117–128.

24 Holland, B., Ashley, P. S.: Natural Gas Price Reviews: Past, Present and

### Glavna posebnost cenovne arbitraže (*gas price review*)

Iz zgornjega kratkega in poenostavljenega prikaza je razvidno, da pri postopku cenovne arbitraže ne gre za reševanje klasičnega spora v zvezi s krštvijo pogodbe ali neizpolnitvijo pogodbenih obveznosti, niti manj klasičnega spora glede veljavnosti določene pogodbe ali pogodbenega določila, temveč gre vsebinsko v resnici za spremicanje vsebine pogodbe. Stranki, ki se nista mogli sami dogovoriti o spremembni cenovni formuli, sta to po neuspešnih pogajanjih prepustili arbitražnemu senatu. Pri tem morebiti niti nista na nasprotnih straneh, temveč s prepustitvijo revizije cenovne formule iščeta komercialno razumen kompromis, ki bo zagotovil nadaljevanje poslovnega odnosa, in ga zaradi različnih okoliščin, predvsem zaradi prevelike osredotočene na lastne interese, nista sposobni doseči sami. Tako arbitražni senat v vlogi neodvisnega razsodnika z revizijo cene ponovno vzpostavi pogodbeno ravnotežje, kjer je kupcu omogočeno konkurenčno nastopanje na njegovem energetskem trgu in razumen donos, upoštevaje pri tem vsa tveganja, ki so običajno prisotna na trgu od točke izvoza do točke porabe, dobavitelju na drugi strani pa bo še vedno zagotovljena donosnost in varnost investicije.

Prav tako je že bilo omenjeno, da ima poleg pravne interpretacije določil dolgoročne pogodbe (in merodajnega prava) izjemno pomembno vlogo v postopku in pri arbitražni odločitvi tudi ekonomska teorija. Ena izmed smernic za revizijo cene je vrednost ali tržna cena zemeljskega plina, pri čemer je ključno vprašanje interpretacije pojma "tržna cena" v posameznem primeru (ali lahko enačimo vrednost produkta z njegovo tržno ceno, v kakšnih primerih in pod kakšnimi pogoji), ugotovitev takšne tržne cene in seveda njen vpliv na revizijo pogodbeno dogovorjene cene. Za določitev tržne vrednosti v vsakem posameznem primeru obe stranki arbitražnega postopka običajno angažirata posebne ekonomske strokovnjake – izvedence, ki analizirajo in interpretirajo statistične podatke v zvezi s tržno ceno in na teh podlagah poskušajo opredeliti razumno maržo vsake izmed pogodbenih strank. Tako lahko denimo izvedenci preučijo podatke iz dolgoročnih pogodb tretjih oseb na relevantnem dobavnem trgu, sklenjenih v obdobju do arbitraže, da bi ugotovili

Če poskušamo zelo zapleten postopek poenostaviti, si mora arbitražni senat v takšnem postopku prizadevati, da njegova odločitev še vedno odraža namen izvirne cenovne formule oziroma, povedano drugače, namen, ki sta ga imeli pogodbeni stranki ob sklenitvi pogodbe

Tako arbitražni senat v vlogi neodvisnega razsodnika z revizijo cene ponovno vzpostavi pogodbeno ravnotežje, kjer je kupcu omogočeno konkurenčno nastopanje na njegovem energetskem trgu in razumen donos, upoštevaje pri tem vsa tveganja, ki so običajno prisotna na trgu od točke izvoza do točke porabe, dobavitelju na drugi strani pa bo še vedno zagotovljena donosnost in varnost investicije

spremembe tržne vrednosti zemeljskega plina na dobavnem trgu, ter podatke iz pogodb, ki jih kupec ali tretje osebe sklepajo na relevantnem prodajnem trgu, da se ugotovi tudi gibanje cene na relevantnem prodajnem trgu (ter njeno razmerje do cene, ki je oblikovana na najbližjem trgovalnem vozlišču). Določitev ustreznega relevantnega trga in gibanje cene na tem trgu je pogosto ključen del arbitražnega postopka revizije cene, takšna ugotovitev pa mora temeljiti na ustreznih ekonomski analizi tržnih dogajanj in pravni analizi dolgoročne pogodbe.<sup>25</sup>

Kritiki tovrstnih arbitražnih postopkov arbitražne odločbe, s katerimi se določa revizija cene, pogosto dojemajo kot samovoljen ali vsiljen kompromis med položajema obeh strank v arbitražnem postopku, ki ga ne podpira jasna ekonomska logika. Zagovorniki takšnih postopkov pa trdijo, da ekonomska logika, ki vodi pogodbene stranke k sklenitvi dolgoročne pogodbe, pravzaprav zahteva vključitev arbitražne klavzule, ki dopušča široko polje pri reviziji cene, saj so na takšen način vzpostavljeni okviri, ko omogočajo vzdržnost in smiselnost dolgoročnih pogodb.<sup>26</sup>

### Zaključek

Spori v zvezi z zahtevki za spremembo cene pri dolgoročnih pogodbah o dobavi zemeljskega plina niso nov pojav, presenetljivo pa je naraščajoče število takšnih sporov, ki jih pogodbene stranke raje kot s pogajanji rešujejo v arbitražnem postopku. Razlogov za to je veliko, tako praktičnih kot konceptualnih. Občutna

Klavzule o reviziji cene, kot so bile skozi nedavno zgodovino oblikovane v dolgoročnih pogodbah o dobavi zemeljskega plina, se še v enem pomembnem elementu razlikujejo od tipičnih klavzul o spremenjenih okoliščinah, kot so poznane zlasti v kontinentalnem pravnem sistemu (in tudi v slovenskem)

razlika med tržno ceno zemeljskega plina in ceno surove nafte, na katero je v veliki meri še vedno vezana cena zemeljskega plina, pomeni, da so tudi stališča pogodbnih strank med pogajanji preveč oddaljena, da bi lahko dosegle zadovoljiv kompromis. Tudi na konceptualni ravni imajo udeleženci pri trgovaju z zemeljskim plinom različna stališča glede potrebe po ohranjanju mehanizma za določitev cene zemeljskega plina, ki je vezan na cene surove nafte, v dolgoročnih plinskih dobavnih pogodbah. Medtem ko so nekateri mnenja, da se bodo cene zemeljskega plina in surove nafte nekoč spet uskladile, zaradi česar ni nobenega razloga za sprememjanje cenovne formule, drugi menijo, da promptne cene zemeljskega plina na trgovalnih vozliščih najbolje odražajo njegovo vrednost in bi morale v dolgoročnih pogodbah v celoti nadomestiti historično cenovno vezanost na cene surove nafte.<sup>27</sup> Zaradi navedenega so pogajanja o reviziji cene med pogodbennima strankama neuspešna, arbitraža pa se izkaže za primerno rešitev takšnih sporov, kjer je treba čim prej doseči komercialno razumen kompromis, ki bo zagotovil nadaljevanje poslovnega odnosa med pogodbennima strankama.

Za konec velja izpostaviti, da so navedeni postopki zanimivi tudi z obče pravnega vidika. Klavzule o reviziji cene, kot so bile skozi nedavno zgodovino oblikovane v dolgoročnih pogodbah o dobavi zemeljskega plina, se še v enem pomembnem elementu razlikujejo od tipičnih klavzul o spremenjenih okoliščinah, kot so poznane zlasti v kontinentalnem pravnem sistemu (in tudi v slovenskem). V primeru nezmožnosti dogovora o spremembah pogodbe in določitvi nove cene pogodba ne preneha veljati (kar bi bila redna posledica uporabe klasične klavzule o spremenjenih okoliščinah, ki jo pozna tudi naš Obligacijski zakonik), temveč pravično prilagoditev pogodbennih pogojev namesto strank opravi arbitražni senat. Mogoče je navedeno korak v pravo smer tudi na drugih pravnih področjih?

25 Za ponazoritev, v enem izmed primerov sta dolgoročno pogodbo o dobavi zemeljskega plina sklenila dva veletrgovca (t.i. *mid-streamerji*), pri čemer sta se dogovorila, da bo pogodbena cena v postopku revizije določena v odvisnosti od vrednosti zemeljskega plina na uvozniškem (torej kupčevem) trgu. Določeno obdobje pred začetkom postopka revizije je ponudba zemeljskega plina na uvozniškem trgu, na katerem je ta prodajal zemeljski plin končnim uporabnikom, močno presegala povpraševanje, tržne cene zemeljskega plina pa so bile zato znatno nižje. V arbitražnem postopku je ta uvoznik predložil podatke o cenah, ki so jih plačevali končni uporabniki na njegovem (domačem) trgu v oporo svojim navedbam, da bi morala biti zaradi tega nižja tudi pogodbena cena s prodajalcem. Prodajalec pa je predložil podatke o cenah, ki so jih plačevali končni uporabniki zemeljskega plina na sosednjem trgu, na katerem presežka povpraševanja ni bilo, zato so bile cene pomembno višje, in trdil, da bi kupec lahko preusmeril dobavljene količine zemeljskega plina, ali vsaj njihov del, na sosednji trge z višjo ceno, zato vrednost zemeljskega plina za uvoznika/kupca ne more biti določena samo na podlagi prodaje na njegovem domačem trgu, temveč mora vključevati tudi (možno) prodajo na višje cenovne trge, kar je vse treba upoštevati pri reviziji cene.

26 Primerjaj Carpenter, P. R., Brown, T. J. N.: Price Re-openers in Natural Gas Supply Contracts: Avoiding Costly Mistakes in Arbitration, Energy 2010, Issue 17/010, str. 4-6.

27 Sarzana, S.: *The rise of price revision arbitrations*, članek na spletni strani Commercial Dispute Resolution z dne 31. 10. 2012.

## Witness Evidence in International Arbitration

Perrine Duteil

Perrine Duteil is an associate in the international arbitration and commercial litigation department of the Swiss law firm Tavernier Tschanz. Specialized in international arbitration, she has acted as counsel and administrative secretary of the arbitral tribunal in numerous international arbitral proceedings. Her experience involves in particular international disputes relating to joint ventures, distribution and agency agreements and the energy sector. She is also an active member of Young ICCA, a worldwide arbitration knowledge network for young practitioners. Email: duteil@taverniertschanz.com

### Introduction

Parties to an international arbitration must prove the facts upon which they rely in support of their claim or defence.<sup>1</sup> Parties may discharge their burden of proof by presenting different types of evidence to the arbitral tribunal, such as documentary evidence, witness and expert evidence.

Absent an agreement by the parties, the arbitral tribunal enjoys broad discretion in the conduct of the arbitral proceedings. It shall however ensure equal treatment of the parties and their right to be heard in adversarial proceedings.<sup>2</sup> The tribunal shall also ensure that the proceedings are conducted in an efficient manner.<sup>3</sup>

The tribunal will assess the admissibility of the evidence offered and weight to be given to it.<sup>4</sup> Although contemporaneous documents are usually considered as the most reliable means of evidence in international

arbitration,<sup>5</sup> witness evidence may have an important role to play. Witnesses may supplement the documentary evidence on record when the latter is insufficient.<sup>6</sup> They may also help to interpret imprecise or contradictory documents and assist the tribunal in identifying the key elements of a large file comprising numerous documents.<sup>7</sup>

Detailed procedural provisions on witness evidence are usually absent from institutional arbitration rules.<sup>8</sup> A great flexibility is thus conferred to the parties and the tribunal in this respect. Comprehensive rules on witness testimony are generally provided for in the specific procedural rules adopted by the arbitral tribunal after consultation with the parties at the beginning of the proceedings. The IBA Rules on the Taking of

Detailed procedural provisions on witness evidence are usually absent from institutional arbitration rules. A great flexibility is thus conferred to the parties and the tribunal in this respect

<sup>1</sup> See UNCITRAL Arbitration Rules (UNCITRAL Rules) (2010), Art. 27(1); Swiss Rules of International Arbitration (Swiss Rules) (2012), Art. 24(1).

<sup>2</sup> See the Swiss Private International Law Act (PIL Act), Art. 182.

<sup>3</sup> See UNCITRAL Rules, Art. 17(1), second sentence.

<sup>4</sup> See UNCITRAL Rules, Art. 27(4); Swiss Rules, Art. 24(2); IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (IBA Rules) (2010), Art. 9(1).

<sup>5</sup> Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N., Partasides, C., Redfern and Hunter on International Arbitration, Oxford University Press, New York, 5th Ed., 2009, N. 6.97, p. 389.

<sup>6</sup> Dimoltsa, A., Giving Evidence: some reflections on oral evidence vs documentary evidence and on the obligations and rights of the witnesses *in* Lévy, L., Veeder, V.V. (Ed.), Arbitration and Oral Evidence, Dossiers - ICC Institute of World Business Law, ICC Publishing S.A., Paris, 2005, p. 13.

<sup>7</sup> *Ibid.* See also Bienvenu, P., Valasek, M., Witness Statements and Expert Reports *in* Bishop, D., Kehoe, E. (Ed.), The Art of Advocacy in International Arbitration, Juris Publishing Inc., Huntington, 2nd Ed., 2011, p. 237.

<sup>8</sup> See however LCIA Arbitration Rules (LCIA Rules) (1998), Art. 20.

Although contemporaneous documents are usually considered as the most reliable means of evidence in international arbitration, witness evidence may have an important role to play

The submission of witness statements has become common practice in international arbitration

Witness statements should however neither be viewed as an opportunity to submit documents which the parties forgot to produce on time, nor as an additional memorial in which the parties could make new factual allegations

Evidence in International Arbitration, which may either be adopted by the parties or by the tribunal, in full or in parts, or be used as non-binding guidelines, also contain specific provisions on witness evidence.<sup>9</sup>

Witness testimony may be presented in writing, prior to an evidentiary hearing, in the form of a witness statement. The witness may then be called upon at the hearing to give oral testimony, to confirm the content of his witness statement and to be questioned.

### Witness Statements

The submission of witness statements has become common practice in international arbitration. Practitioners list, among others, the following advantages of witness statements: they prevent the other party from being taken by surprise at the evidentiary hearing.<sup>10</sup> They enable the parties to narrow the issues to be addressed at the hearing.<sup>11</sup> They help the parties and the tribunal to prepare for the evidentiary hearing.<sup>12</sup> They also assist them in determining whether oral testimony of a specific witness will be necessary, thus reducing hearing time and increasing efficiency.<sup>13</sup>

Generally, any person may present evidence as a witness in international arbitration. No distinction is made between a party, a party representative or an (ex-)employee.<sup>14</sup> However, the tribunal is free to assess the weight to be given to the witness evidence, and may take into account the witness's relationship with a party as well as any interest of the witness in the outcome of the case.

A witness statement usually contains the full name and address of the witness and a statement regarding his present and past relationship with the parties.<sup>15</sup> It should also include the description of the witness's background, qualifications, training and experience, if

such a description may be relevant to the dispute or to the contents of the statement.<sup>16</sup> In addition, some arbitrators may require that a picture of the witness is attached to his witness statement. A witness statement should also contain a full and detailed description of the facts and the source of the witness's information as to those facts, sufficient to serve as that witness's evidence in the matter in dispute.<sup>17</sup> The witness should make the distinction between assertions based on his own knowledge and assertions based on information or belief. In the later case, the witness should mention his sources.<sup>18</sup>

A statement as to the language in which the witness statement was originally prepared and the language in which the witness anticipates giving testimony at the hearing may also be inserted in the witness statement.<sup>19</sup> Ideally, the witness should prepare his first draft statement in his own language (with the help of a local counsel speaking the witness's language, if necessary).<sup>20</sup> His statement would then be translated in the language of the arbitration. This way would help ensuring that the statement fully corresponds to what the witness wants to say.<sup>21</sup>

As contemporaneous documents are usually given greater weight than uncorroborated witness testimony, witnesses should refer to all relevant documents and explain them in their witness statement.<sup>22</sup> If the documents in question have been submitted as exhibits in the file, the relevant exhibit numbers should be included in the statement. If the documents have never been submitted, they should be attached to the witness statement, unless the parties or the tribunal decide otherwise.<sup>23</sup> Witness statements should however neither be viewed as an opportunity to submit documents which the parties forgot to produce on time, nor as an additional memorial in which the parties could make new factual allegations. A way of preventing such

9 See IBA Rules, Art. 4.

10 Bienvenu, P., Valasek, M., *op. cit.*, p. 238.

11 Schlaepfer, A.-V., *Witness Statements in Lévy, L., Veeder, V.V. (Ed.), Arbitration and Oral Evidence, Dossiers - ICC Institute of World Business Law, ICC Publishing S.A.*, Paris, 2005, p. 65.

12 *Ibid.*

13 Bienvenu, P., Valasek, M., *op. cit.*, p. 238; Schlaepfer, A.-V., *op. cit.*, p. 65-66.

14 See LCIA Rules, Art. 20(7); Swiss Rules, Art. 25(2); IBA Rules, Art. 4(2).

15 See IBA Rules, Art. 4(5)(a).

16 *Ibid.*

17 See IBA Rules, Art. 4(5)(b).

18 Bienvenu, P., Valasek, M., *op. cit.*, p. 260.

19 See IBA Rules, Art. 4(5)(c).

20 Assistance of witnesses by counsel in the preparation of their witness statement will be addressed below.

21 Bienvenu, P., Valasek, M., *op. cit.*, p. 250 and 259.

22 Bienvenu, P., Valasek, M., *op. cit.*, p. 252, 258-259.

23 Schlaepfer, A.-V., *op. cit.*, p. 68; Bienvenu, P., Valasek, M., *op. cit.*, p. 258.

practice is to provide that the witness statements and the memorials will have to be filed simultaneously.<sup>24</sup>

A witness statement may either take the form of a sworn affidavit or it may simply be signed by the witness.<sup>25</sup> Art. 4(5) of the IBA Rules provides that it must contain an affirmation of the truth of the witness statement, together with the signature of the witness, date and place.<sup>26</sup>

It shall not be improper in international arbitration for a party or its counsel to contact its witnesses or potential witnesses and to discuss their prospective testimony with them, subject to the mandatory provisions of any applicable law.<sup>27</sup> It will often be necessary to contact potential witnesses, having a direct knowledge of the case, as early as possible, before drafting the first memorial. It is also generally accepted today that counsel may assist witnesses in the preparation of their witness statement.<sup>28</sup> Counsel should make sure in selecting their witnesses that they will have availabilities for the preparation and drafting of their statement.

In assisting a witness, counsel should first remind him of his duty to tell the truth. The witness statement should be the witness's own version of events, based on his own knowledge. Counsel should thus seek to ensure that the witness statement reflects the witness's own account of the relevant facts, events and circumstances.<sup>29</sup> If counsel may review the case with the witness and challenge any inconsistencies, they should not invite or encourage a witness to give false evidence and they should not submit witness evidence that they know to be false.<sup>30</sup> Any attempt by a counsel to try to persuade a witness to tell a story that both the counsel and the witness know to be untrue, and to prepare the witness to make the story sound as credible as possible would be considered as a gross misconduct.<sup>31</sup>

24 Schlaepfer, A.-V., *op. cit.*, p. 67-69.

25 See LCIA Rules, Art. 20(3).

26 See IBA Rules, Art. 4(5)(d) and (e).

27 See LCIA Rules Art. 20(6); Swiss Rules, Art. 25(2); IBA Rules, Art. 4(3); see also IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration (IBA Guidelines on Party Representation) (2013), Guideline 24; Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N., Partasides, C., *op. cit.*, N. 6.140, p. 403.

28 See IBA Guidelines on Party Representation, Guideline 20; Bienvenu, P., Valasek, M., *op. cit.*, p. 242.

29 See IBA Guidelines on Party Representation, Guideline 21.

30 See IBA Guidelines on Party Representation, Guidelines 23 and 11.

31 Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N., Partasides, C., *op. cit.*, N. 6.140, p. 403.

Counsels are often involved in the drafting of witness statements. Some witness statements include the express mention that counsel assisted the witness in the preparation of his statement. Other statements may contain the mention that the witness statement has been discussed with counsel, who drafted it, and the confirmation by the witness that such statement is his testimony.<sup>32</sup> Sending the witness a suggested draft prepared by counsel before he had a meeting with the witness might however not be the best way to ensure that the witness statement reflects the witness's own account of the relevant facts.<sup>33</sup> If a witness may not always be able to prepare the first draft, counsel could help the witness by meeting him, asking him to describe the relevant events, taking notes of the facts as presented by the witness with the witness's own terms, and then drafting a first statement for the witness's review on the basis of such meeting. Exchanges of mark-up versions between the counsel and witness would then follow until the final version.<sup>34</sup> In assisting witnesses, counsel should avoid as much as possible to use their own terms. The witness statement should not become a "lawyer statement" or repeat a party's pleadings.<sup>35</sup>

It shall not be improper in international arbitration for a party or its counsel to contact its witnesses or potential witnesses and to discuss their prospective testimony with them, subject to the mandatory provisions of any applicable law

## Oral Testimony

A witness who submitted a witness statement should in principle be made available for oral testimony at the evidentiary hearing, upon request of the other party, who wishes to cross-examine him.<sup>36</sup> Counsel should thus make sure that their prospective witnesses will be made available at the hearing. Oral testimony of a witness permits the tribunal to gain a first-hand impression of the witness's character and to seek clarification on the witness's evidence.<sup>37</sup> It also enables the opposing counsel to cross-examine the witness in order to test his credibility. The tendency in international arbitration is not to take into account witness statements

Any attempt by a counsel to try to persuade a witness to tell a story that both the counsel and the witness know to be untrue, and to prepare the witness to make the story sound as credible as possible would be considered as a gross misconduct

32 Bienvenu, P., Valasek, M., *op. cit.*, p. 257.

33 Bienvenu, P., Valasek, M., *op. cit.*, p. 248.

34 Bienvenu, P., Valasek, M., *op. cit.*, p. 249-250.

35 Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N., Partasides, C., *op. cit.*, N. 6.140, p. 403; Bienvenu, P., Valasek, M., *op. cit.*, p. 249.

36 See LCIA Rules, Art. 20(4); IBA Rules, Art. 8(1).

37 Fry, J., Greenberg, S., Mazza, F., The Secretariat's Guide to ICC Arbitration, International Chamber of Commerce (ICC), Paris, 2012, N. 3-966, p. 273-274.

A witness statement should in principle be disregarded by the tribunal if the witness does not appear at the hearing without any valid reason, although his presence was requested by the other party

According to the IBA Rules, if a witness whose testimony is requested by a party refuses to cooperate, that party may ask the arbitral tribunal to take whatever steps are available to obtain that testimony, or seek leave from the arbitral tribunal to take such steps itself

which have not been confirmed orally or corroborated by other evidence.<sup>38</sup>

A witness statement should in principle be disregarded by the tribunal if the witness does not appear at the hearing without any valid reason, although his presence was requested by the other party.<sup>39</sup> The tribunal could also infer that such witness evidence would be adverse to the interests of the party which submitted the witness statement.<sup>40</sup>

The IBA Rules provide that the arbitral tribunal may order any party to provide for, or to use its best efforts to provide for, the appearance for testimony of any person, including one whose testimony has not yet been offered.<sup>41</sup> But what if, despite a party's best efforts, the witness refuses to appear before the arbitral tribunal? According to the IBA Rules, if a witness whose testimony is requested by a party refuses to cooperate, that party may ask the arbitral tribunal to take whatever steps are available to obtain that testimony, or seek leave from the arbitral tribunal to take such steps itself.<sup>42</sup> If, according to some authors, the tribunal shall have the power to summon a party or party representative to appear as a witness on *astreinte*, the tribunal lacks the *imperium* to summon third-parties to appear as witnesses at a hearing.<sup>43</sup> *Subpoenas*, which may be enacted by arbitral tribunals with a seat in the US in order to summon a witness to attend a hearing, do not have their equal in most countries.<sup>44</sup> When confronted with a refusal to appear, the arbitral tribunal, which cannot coerce witnesses to appear before it, would have to request assistance from national courts.<sup>45</sup> The

tribunal may also use international rogatory commissions, with the assistance of state courts.<sup>46</sup>

The parties may agree that a witness will not have to appear at the hearing. Such agreement would however not be considered as an agreement as to the correctness of the content of the witness statement.<sup>47</sup> In such case, the witness statement would not be disregarded by the tribunal, which would have to assess the weight to be given to it, notwithstanding the fact that it was not confirmed at the hearing and that the witness's credibility was not tested.<sup>48</sup>

The tribunal may also decide to call a witness which the other party did not wish to cross-examine,<sup>49</sup> although such scenario is not very common in practice. The witness would confirm his statement at the hearing. He would be asked questions by the tribunal, and the parties, usually in the limit of the scope of the tribunal's questions.

If the other party does not wish to cross-examine a witness, the party offering the witness in question should usually be entitled to call him at the hearing.<sup>50</sup> However, some tribunals may refuse to hear the witness when the procedural rules provide that the witness statement is considered as the witness's direct testimony. The tribunal however remains free to assess the weight to be given to the witness evidence.

The tribunal may decide that some witness statements will not need to be confirmed orally at the hearing, on the ground of irrelevance or redundancy, for example.<sup>51</sup> In this case, the witness statement would be taken into consideration by the tribunal in assessing the weight of the evidence submitted, notwithstanding the fact that it was not confirmed at the hearing and that the witness's credibility was not tested. Although it would save costs and time and thus enhance efficiency of the proceedings, the tribunal would have to make sure that

38 Schlaepfer, A.-V., *op. cit.*, p. 70.

39 See IBA Rules, Art. 4(7); See also LCIA Rules, Art. 20(4) second sentence, according to which “[i]f the Arbitral Tribunal orders that other party to produce the witness and the witness fails to attend the oral hearing without good cause, the Arbitral Tribunal may place such weight on the written testimony (or exclude the same altogether) as it considers appropriate in the circumstances of the case.”

40 Dimolitsa, A., *Giving evidence: Some reflections on oral evidence vs documentary evidence and on the obligations and rights of the witnesses* in Lévy, L., Veeder, V.V. (Ed.), *Arbitration and Oral Evidence*, Dossiers - ICC Institute of World Business Law, ICC Publishing S.A., Paris, 2005, p. 18.

41 IBA Rules, Art. 4(10).

42 IBA Rules, Art. 4(9).

43 Dimolitsa, A., *op. cit.*, p. 16.

44 Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N., Partasides, C., *op. cit.*, N. 6.148, p. 405, N. 7.35-7.36, p. 452.

45 See for example PIL Act, Art. 184(2).

46 Dimolitsa, A., *op. cit.*, p. 18; Gélinas, P.-A., *Evidence through witnesses* in Lévy, L., Veeder, V.V. (Ed.), *Arbitration and Oral Evidence*, Dossiers - ICC Institute of World Business Law, ICC Publishing S.A., Paris, 2005, p. 36.

47 See IBA Rules, Art. 4(9).

48 Schlaepfer, A.-V., *op. cit.*, p. 71.

49 See IBA Rules, Art. 8(1).

50 *Ibid.*

51 Gélinas, P.-A., *op. cit.*, p. 37-38, 41; ICC Rules, Art. 25(3) provides that [t]he arbitral tribunal may decide to hear witnesses [...].

each party has had a reasonable opportunity to present its case and that due process is respected.<sup>52</sup>

The arbitral tribunal shall control the hearing and it will determine the procedural aspects pertaining to the evidentiary hearing.<sup>53</sup> In practice, it will exercise its power in consultation with the parties.<sup>54</sup> The tribunal may organize a pre-hearing conference to address the aspects which have not been addressed in the specific procedural rules, and issue a subsequent procedural order.

The planning of the hearing will have to be established and agreed on well in advance, including the order of passage of the witnesses and the subject matter of their testimony. If not already mentioned in the specific procedural rules, the parties and the tribunal will have to agree on the scope of direct examination (if any), cross-examination, re-direct and re-cross. The time allocated for the examination by each party's counsel and for opening and closing statements (if any) will also have to be set. In doing so, the tribunal will have to ensure that the parties are allotted equal time to present their case. It would thus be useful to maintain a record of the time spent by each side during the hearing.

The parties and the tribunal will also have to decide in advance whether the presence of the witnesses in the hearing room before or after testifying is admitted or whether their exclusion in a separate room should be preferred.<sup>55</sup> The tribunal should also address the admissibility of witness conferencing. Videoconferencing may also have to be considered in cases in which a witness is unable to attend the hearing venue but may nonetheless be made available in another location. It will also be useful to decide which material the witness will be able to bring with him at the hearing (witness statement without annotations, any other documents, demonstrative exhibits etc.). During their examination, witnesses will be asked to look at specific documents from the file in relation to their testimony (exhibits, witness statements, excerpts of a party's pleading). The parties may thus agree to prepare bundles to be displayed at the witness stand in advance.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> See ICC Rules, Art. 26(3); Fry, J., Greenberg, S., Mazza, F., *op. cit.*, N. 3-1003-1005, p. 282-283.

<sup>54</sup> Fry, J., Greenberg, S., Mazza, F., *op. cit.*, N. 3-1005, p. 283.

<sup>55</sup> See Swiss Rules, Art. 25(6).

The parties should also agree in advance on the type of transcript they wish to have (verbatim, simultaneous, overnight etc.). Translation services may also be required at the hearing and should be planned well in advance. A witness may have to obtain a visa in order to attend the hearing. Arbitration institutions may assist the tribunal and the parties with visa applications.

Counsel may assist a witness in preparing for his oral testimony in direct and cross-examination.<sup>56</sup> A witness may be guided through the facts ahead of the hearing, so as to help him refresh his recollection, and to prepare him for cross-examination. It may be useful to explain to the witness the bigger picture and the positions of both sides in the arbitration.<sup>57</sup> A counsel may also help the witness prepare for cross-examination by playing the role of the opposing counsel in a mock cross-examination.<sup>58</sup> Again, witness preparation by counsel should not alter the genuineness of the witness evidence, which should always reflect the witness's own account of the relevant facts, events or circumstances.<sup>59</sup>

Witnesses unfamiliar with international arbitration should also be explained the proceedings, the role of the arbitrators, how to address to them, the configuration of the hearing room, the way the hearing will be conducted and the sequence of events, in particular the witness's own examination. Witnesses should be explained that their testimony will be recorded in a transcript and that they should thus avoid answering a question by the nodding of their head only. The witness should be informed that he will be admonished by the tribunal at the beginning of his examination to tell the truth. Counsel should also explain to the witness the kind of penalties he exposes himself to in case of false testimony. The witness should also be explained that he will be required to confirm his witness statement after having had an opportunity to report minor corrections he wishes to make to his statement. A witness should be told to answer questions based on

The parties should also agree in advance on the type of transcript they wish to have (verbatim, simultaneous, overnight etc.). Translation services may also be required at the hearing and should be planned well in advance. A witness may have to obtain a visa in order to attend the hearing

Witnesses unfamiliar with international arbitration should also be explained the proceedings, the role of the arbitrators, how to address to them, the configuration of the hearing room, the way the hearing will be conducted and the sequence of events, in particular the witness's own examination

<sup>56</sup> See IBA Guidelines on Party Representation, Comments to Guidelines 18-25, p. 15.

<sup>57</sup> Rifkind, R., Practices of the horseshed: The preparation of witnesses by counsel in America *in* Lévy, L., Veeder, V.V. (Ed.), Arbitration and Oral Evidence, Dossiers - ICC Institute of World Business Law, ICC Publishing S.A., Paris, 2005, p. 58.

<sup>58</sup> Rifkind, R., *op. cit.*, p. 61.

<sup>59</sup> See IBA Guidelines on Party Representation, comments to Guidelines 18-25, p. 15.

Witness evidence could be a useful tool, in particular if the parties and the tribunal take advantage of the flexibility offered and adopt procedural rules tailored to their specific needs

his direct knowledge of the facts. He should not base his answer on speculations or guesses nor should he answer hypothetical questions or give an opinion.<sup>60</sup> If a witness is uncertain about a fact, he should indicate his degree of uncertainty.<sup>61</sup> A witness may not recall a fact, and he should simply say so when asked about such fact. A witness should only reply to the questions asked. Volunteering is always to be banned.

Counsel may also play a role in reassuring the witnesses, who may not always be comfortable with or experienced in the exercise of testifying. A witness may be told that he will not be left alone on the witness stand and that counsel will be present to assist him by monitoring the other party and by objecting to any improper question or behavior from the opposing counsel.

### Conclusion

As seen above, arbitral tribunals tend not to take witness statements into account unless the witness has given satisfactory explanations during the evidentiary hearing and the tribunal is convinced of the witness's credibility, or unless other evidence corroborates the witness statement. Counsel must thus make sure that their prospective witness will be available at the evidentiary hearing dates should he be called to testify. They may also ensure that contemporaneous documents are referred to and explained in the witness statement.

Concerns have been voiced regarding the way witness evidence is being conducted. As witness statements are frequently used as the witness's direct testimony, oral testimony thus only consists of cross-examination by the opposing counsel and a few questions from the tribunal. Some practitioners consider such procedure to be inefficient. The witness statements being often drafted by counsel, the tribunal is thus prevented from hearing the witness's story. Instead, the arbitral tribunal only reads what counsel think the tribunal should know about the witness's recollection of the facts.<sup>62</sup> In order to enhance efficiency of witness evidence, a more active role of the tribunal is thus advocated in ques-

tioning witnesses. Witness interrogation would first be conducted by the tribunal and questions by counsel would follow. Such method would be more productive, the tribunal having the most objective interest in understanding what the witness really has to say. Witnesses may also be more cooperative when questioned by the tribunal.<sup>63</sup> Other practitioners, however, advocate that cross-examination is the best way to get the truth come out and to test the witness's credibility. They take the view that the tribunal could never supplant counsel examination as counsel have more time and resources to devote to the case than arbitrators.<sup>64</sup> Moreover, due to its role towards the parties, the tribunal may not practice the same kind of forceful attack to the witness's credibility as an opposing counsel.<sup>65</sup>

Witness evidence could be a useful tool, in particular if the parties and the tribunal take advantage of the flexibility offered and adopt procedural rules tailored to their specific needs. They could thus provide for questioning by the tribunal, with follow up questions by counsel, or, to the contrary, for questioning by the opposing counsel during cross-examination, with follow up questions by the tribunal. The procedural rules governing witness evidence should however be adopted in advance, in order to avoid any surprises and to ensure that counsel from both sides will have the same understanding of the "rules of the game".<sup>66</sup>

60 Rifkind, R., *op. cit.*, p. 61.

61 *Ibid.*

62 Schneider, M., Twenty-four Theses about Witness Testimony in International Arbitration and Cross-Examination Unbound, in Wirth, M., Rouvinez, C., Knoll, J. (Ed.), *The Search for "Truth" in Arbitration: Is Finding the Truth What Dispute Resolution Is About?* ASA Special Series No. 35, JurisNet LLC, New York, p. 64-65.

63 Schneider, M., *op. cit.*, p. 65-66.

64 Partasides, C., *In Defence of Cross-Examination in* Wirth, M., Rouvinez, C., Knoll, J. (Ed.), *The Search for "Truth" in Arbitration: Is Finding the Truth What Dispute Resolution Is About?* ASA Special Series No. 35, JurisNet LLC, New York, p. 71-72.

65 Partasides, C., *op. cit.*, p. 72-73.

66 Gélinas, P.-A., *op. cit.*, p. 39.

## Cooperation between in-house counsel and external counsel

Milan Lazić

Milan Lazić is the head of the Dispute Resolution Department at Karanović & Nikolić, a leading commercial law firm operating in Southeast Europe. He has represented clients in a number of major court cases as well as in a number of major international arbitration cases of high value and complexity before the ICSID, ICC and UNCITRAL arbitrations, and arbitrations before the local Foreign Trade Court of Arbitration before the Serbian Chamber of Commerce with a focus on complex corporate and commercial litigations and arbitrations. Milan is highly experienced in international and domestic corporate and commercial litigation, disputes and services and counsels large corporations and mid-sized businesses.  
Email: milan.lazic@karanovic-nikolic.com

Representing and leading an arbitration case requires an in-depth understanding of the client's business. This is the only way the external counsel can truly grasp the factual background of the case, build up the strategy and fundamentally understand the significance and impact the arbitral proceedings may pose on the client's business. The only way to achieve this goal is to create an environment of close cooperation between the in-house counsel and external counsel. The client (through its in-house counsel) needs to be fully involved in the case to achieve the best outcome.

The in-house counsel should be the person who is most involved in each and every segment of the business of a company (client), the person who is most familiar with the branch of law that the dispute concerns; he or she is the provider of information and documentation and the person who controls the costs. Most importantly, he or she is the point of contact between the external counsel and the management of the client and therefore bears an important role in decision making. He or she is the person who builds the strategy in the case together with the external counsel and should be a part of the team.

It should be noted that it is sometimes necessary that the in-house team should not only consist of the lawyer, but also to include the people from the business that were mainly involved in the particular transaction

(such as engineers, financial people, negotiators of a deal, etc.).

Prompt and efficient cooperation between the in-house counsel and external counsel is quintessential throughout the proceedings, especially in the phase of preparing the answer to the request for arbitration. It is necessary for the external counsel to get acquainted with the factual background of the claim, and the relevant information and documents in order to build the strategy of the case and ultimately, prepare the answer. Unlike situations where the client is the claimant and where there is plenty of time to prepare the request for arbitration, the filing of the answer to the request is usually limited with short deadlines (e.g. 30 days, according to ICC and UNCITRAL rules) and the tribunal may not grant extensions of the deadline. For instance, in order to appoint an external counsel (attorney), publicly owned companies in Serbia need to go through the process of public procurement. This process can last up to 90 days. In one particular arbitration case, the client was forced to prepare and file the answer to the claim by itself because the tribunal in the ICC arbitration would not allow for an extension of the deadline. In this case, it was the in-house counsel who set the strategy of the case and set up the basis for all other actions that the external counsel would take in the further course of arbitration. Having this in mind, the role of the in-house counsel was even more important in the later stages of the proceedings, since

Representing and leading an arbitration case requires an in-depth understanding of the client's business

It should be noted that it is sometimes necessary that the in-house team should not only consist of the lawyer, but also to include the people from the business that were mainly involved in the particular transaction

The role of the in-house counsel and communication with the external counsel does not decrease in the further course of the proceedings, on the contrary

the main arguments in the case were structured by the in-house counsel and the strategy of the external counsel was somewhat defined and limited by arguments from the answer prepared and filed by the in-house counsel.

The role of the in-house counsel and communication with the external counsel does not decrease in the further course of the proceedings, on the contrary: through years of practise, two fields where this communication is essential were identified:

- ♦ examination of witnesses and
- ♦ experts.

#### Examination of witnesses

Examination of witnesses is an important part of the evidence process, creating important roles for both in-house counsel and external counsel. External counsel is the one who is leading the case and usually determines which facts are important for the case and should therefore be substantiated by witness statements.

On the other hand, the in-house counsel is the one who is familiar with the situation in the field and the people who were involved in the particular deal. This makes him or her most competent to suggest useful witnesses to the external counsel. Also, the in-house counsel usually knows the witnesses in person, and may contribute to handling them on a more personal level. In this way, it is easier to build a relationship of trust between the witness and the external counsel. In this respect, it is highly recommendable that both counsels are involved in the preparation of written witness statements. Each of them should phrase questions for the witnesses and in that way control the content of their statements.

Article 4 (1) of the IBA Rules on Taking of Evidence in International Arbitration ("IBA Rules") prescribes:

*"It shall not be improper for a Party, its officers, employees, legal advisors or other representatives to interview its witnesses or potential witnesses and to discuss their prospective testimony with them."*

It is commonly debated whether the witness should prepare a written statement by himself or herself or should such a statement be prepared by the counsel. It

has proven efficient that the witness prepares the written statement with assistance from the external counsel. Then the witness statement is submitted to the in-house counsel for his or her comment and review. The final text is then confirmed and signed by the witness.

As far as the preparation for the examination of witnesses goes, the presence of the in-house counsel is highly recommended, since the in-house counsel can contribute with his or her own interpretation of the circumstances and can suggest the best approach towards the witness as normally a personal connection exists. Also, the presence of the in-house counsel is advisable during the hearing, given that the in-house counsel is most familiar with the factual background and may ask the witness questions should the witness and the external counsel miss something. Additionally, the in-house counsel may often have an essential role in the analysis of the written statements of the opposite party's witness and give important notions and inputs for the cross-examination.

Further, the in-house counsel may have another important role in taking the witness stand. External counsel counts on the in-house counsel to be persuasive and confident and to explain the case better than any written submission. This possibility is provided in Article 4 (2) of the IBA Rules:

*"Any person may present evidence as a witness, including a Party or a Party's officer, employee or other representative."*

Communication between the in-house and external counsel is essential when it comes to preparing and presenting the right facts and also the right amount of facts to the Tribunal, which is why their collaboration and effective teamwork in preparing witnesses to take the stand is crucial for the course, and often also for the outcome of the arbitration.

#### Expertise

When it comes to evidence given by experts, the role of the in-house counsel is even more important than the role of the external counsel, because the in-house counsel is the one who will provide the expert with the relevant facts and documentation and often be in direct communication with the expert. Communication

When it comes to evidence given by experts, the role of the in-house counsel is even more important than the role of the external counsel, because the in-house counsel is the one who will provide the expert with the relevant facts and documentation and often be in direct communication with the expert

between in-house counsel and experts is especially important:

- during the pre-dispute stage;
- in the case of party appointed experts; and
- in the case of tribunal appointed experts.

### The pre-dispute stage

In disputes where the main question is related to a subject that requires expert knowledge, it is advisable to consult the expert before even deciding whether to initiate the dispute. Most commonly, this applies to construction disputes and generally all disputes where the quality and characteristics of goods or services performed require expert evaluation. This includes disputes in the food industry, pharmaceutical industry, mechanics etc.

For example, in a construction dispute in a ICC arbitration that was concerning construction works under the FIDIC contract, the subject of the claim filed by the contractor against the employer were the variations in the works allegedly requested by the employer as well as the value and costs arising from these variations. The main question in the dispute was whether the variations in works (requests of the employer) were in accordance with the technical documentation fixed in the contract or were they out of the scope of works stipulated in the contract. This question could only be resolved by an expert engineer. In my opinion, before initiating this dispute, the claimant should have engaged the expert who would have given an initial opinion about the merits of the dispute. In this way, the dispute could have even been avoided and possibly solved through negotiations and settlement.

It is the task of the in-house counsel to identify the situations where the expertise in the pre-dispute stage is necessary. Also, it is the task of a good in-house counsel to advise the client to take this step before initiating the dispute.

### Party appointed experts

Party appointed experts are common in the common law systems, where the adversarial approach is applied. For instance, in the UK, parties submit their own

expert reports and the judges/arbitrators make a decision on the basis of evaluation of the two reports. Lately, this concept is becoming a common fixture in arbitration proceedings.

Guidance on the party appointed experts is provided by Article 5 of the IBA Rules and is increasingly common also in continental practice. However, it is questionable whether this phase is necessary. It goes without saying that each party wants to and will submit a report in their own favour, which may make it necessary for the Tribunal to appoint a third expert to determine which one of the party appointed experts was actually right. This impacts the efficiency of the process immensely. Calling upon multiple experts in situations when one could suffice is undoubtedly costly and time-consuming.

This can be applied to our previous example concerning the construction dispute on the basis of FIDIC contract. The answers to crucial questions – do variations in works deviate from the initial employer's instructions provided in the technical documentation and the contract and what is the cost of such deviations – would be given by the expert. Basically, the expert gives the answer whether the claim is well-founded or not. Party appointed experts may be considered unsought in situations like this. The most efficient way to solve this is for the Tribunal to appoint a single expert who would give the necessary answers.

However, from a party's point of view, it is highly unlikely that any party would pass on the opportunity to secure its position with all evidence available, including a party appointed expert. Perhaps this is why the party appointed experts tend to be perceived as "hired guns" and are used for tailoring evidence in benefit of one party's position, which brings up the question of their impartiality. There is a tendency that the experts are perceived, even by themselves, as being part of the team of the appointing party. The simple fact that the expert is appointed, instructed and paid by a particular party can, to some extent, create a feeling of loyalty towards that party, especially when the expert seeks to be appointed by that party in future disputes.

In order to reduce risks and complications with each party appointing their own experts, tribunals sometimes introduce a "hot tubbing" phase in the proceedings. Hot tubbing is also a common law concept.

In disputes where the main question is related to a subject that requires expert knowledge, it is advisable to consult the expert before even deciding whether to initiate the dispute

It is the task of the in-house counsel to identify the situations where the expertise in the pre-dispute stage is necessary. Also, it is the task of a good in-house counsel to advise the client to take this step before initiating the dispute

The in-house counsel is usually more familiar with the expert side of the dispute and can be crucial for this phase

Although the notion of hot tubbing differs from case to case, the basic approach is that both experts give evidence simultaneously and the Tribunal chairs a discussion between them. The experts compare their reports and make a list of issues they agree upon and issues they do not agree upon. They may sometimes even produce joint reports on issues they agree or disagree upon. Hot tubbing is extremely effective in highly technical arbitrations where complex factual and technical issues need to be resolved making both parties rely on evidence from a number of expert witnesses. This stage contributes to the efficiency of the proceedings and the reduction of costs. It is becoming progressively more common for the Tribunal not to appoint a tribunal appointed expert when conducting hot tubbing, since hot tubbing itself narrows down the number of issues that require an expert opinion. It shortens the trial and correspondingly enhances prospects of settlement. This possibility is also considered in Article 5 (4) of the IBA Rules:

*"The Arbitral Tribunal in its discretion may order that any Party-Appointed Experts who will submit or who have submitted Expert Reports on the same or related issues meet and confer on such issues. At such meeting, the Party-Appointed Experts shall attempt to reach agreement on the issues within the scope of their Expert Reports, and they shall record in writing any such issues on which they reach agreement, any remaining areas of disagreement and the reasons therefore."*

Even though it is the external counsel who usually expresses and justifies the need for the party appointed expert and elaborates the consequences such a process entails, the one who has the final say is the in-house counsel. It is the in-house counsels' task not only to avoid unnecessary costs in the proceedings and be aware that party appointed experts may bring substantial costs, but also to make sure that, regardless of immensity of the costs, the case is well substantiated with all kinds of evidence. Balancing between making the case cost-effective yet strong is the task of the in-house counsel. This is why thorough communication on these issues between external and internal counsels is necessary.

Also, a very important role of the in-house counsel is his or her assistance in specifying instructions and questions for the expert. It is a crucial point because

the answers given by the experts largely depend on how the questions are phrased. Furthermore, the central role of the in-house counsel is in setting the methodology that the party appointed expert will apply.

Finally, the review of the expert report, additional instructions and questions for the expert should also be done in communication between the in-house and external counsel. The in-house counsel is usually more familiar with the expert side of the dispute and can be crucial for this phase.

### Tribunal appointed experts

Guidance on Tribunal appointed experts is given by Article 6 of the IBA Rules. As a result of all issues concerning party appointed experts, there is a tendency in international arbitration towards appointment of a single expert, either upon the parties' agreement or at the tribunal's directive. This may bring benefits in terms of efficiency and cost-effectiveness.

However, there are certain disadvantages in appointing a single expert. Firstly, appointing a single expert may actually increase accompanying costs, as the parties may appoint "shadow experts" if they do not agree with the official expert's opinion. Also, when the tribunal appoints a single expert, it may be more inclined to accept the evidence of an expert it appointed, which is often an unforeseeable risk for the parties. For instance, there is always a possible alternative view that would be missed by the tribunal by appointing only one expert. Finally, there is a chance the expert will misinterpret its role and make determinations more suited for the tribunal.

In order to be able to make the right decisions when forming evidence strategy, the in-house counsel needs to understand the advantages and disadvantages of different types of expertise. At the end of the day, it is the in-house counsel who will be responsible for leading the arbitration case in the most efficient and cost-effective way.

In-house counsel could also have an important role in selecting the tribunal appointed experts, since the tribunal will usually suggest a few alternatives. The in-house counsel usually may give insightful comments in that respect, mainly in identifying the relevant experience of different experts, potential conflicts of interest

Also, a very important role of the in-house counsel is his or her assistance in specifying instructions and questions for the expert

or impartiality issues. Also, being involved in the selection process, the in-house counsel may well influence the costs for the appointing expert.

In my experience, the role of in-house counsel and external counsel is somewhat limited when it comes to specifying the tasks of the Tribunal appointed expert, because the Tribunal is usually the one to identify the questions and instructions for the expert. This can be done in two ways. The Tribunal may either order the parties to make their own proposals for the list of issues first and then determine the final instructions for the expert, or the Tribunal may completely exclude the parties from this stage and make a list of issues on its own. Whatever the case may be, in-house counsel and external counsel should work closely together on this, given that the outcome of a number of disputes will depend on the results of the expert opinion. The goal of both counsels should be to identify and narrow down the issues that require expert evidence and need to ensure the expert evidence is only heard on relevant issues.

Furthermore, the role of the in-house counsel is very important for the preparation of the expert report because it is the in-house counsel who is to collect the information and documentation requested by the expert and takes part in meetings with the expert alongside the external counsel.

Finally, the cooperation of the in-house counsel and the external counsel is crucial when objecting to the expert report and when questioning the tribunal appointed expert at the hearings. It goes without saying that both counsels should be present at the hearing and be given the opportunity to pose questions and raise objections.

## Conclusion

Representing parties in arbitrations is a highly responsible task and may incite high risks for the business of the client. Therefore, close cooperation between the in-house counsel and the external counsel is of utmost importance.

This is, first of all, an issue of quality – two heads are always better than one. Every event and action in the arbitration proceedings should be shared with the in-house colleague, because he or she can contribute with

his or her understanding and knowledge of the business. Also, each and every important decision in the arbitration should be made in cooperation with the in-house counsel. The practice of our law firm is to send each and every written submission to the client for its review and comments. Time and again, the clients furnish interesting ideas and a different outlook that can improve the position in the dispute.

In-house counsel's proactive role in the communication is vital at the very beginning of the proceedings, because the client is the first one to know the case and it is its task to transfer this knowledge to the external counsel. In so doing, the external counsel would send the right message to the tribunal and the opponent. Therefore, the role of in-house counsel is of high importance in developing the strategy of the case.

Going down the line, each and every stage in arbitration proceedings demands close cooperation, starting from the appointment of arbitrators (when the in-house in conjunction with its management will choose the arbitrator and may contribute with his own proposals), up to the later stages of the arbitration such as oral hearing (which should unquestionably be attended by the in-house counsel) and preparation of post-hearing submissions. It was shown in practice that this communication is crucial in the procedure of taking of evidence.

Transparency in arbitration proceedings between the in-house counsel and external counsel should be the guiding principle. The in-house counsel and the external counsel should cooperate in a friendly manner, get to know each other well and be open and transparent. Although the in-house counsel very often does not feel comfortable in arbitration proceedings, he or she should be an integral part of the team representing in arbitration proceedings – there is no room for vanity here and everyone can contribute with their own ideas. In this way, the responsibility and risks the arbitration proceedings bring are shared between the in-house counsel and external counsel. Raising the level of responsibility and sharing the responsibility will always lead to a better end result.

Every event and action in the arbitration proceedings should be shared with the in-house colleague, because he or she can contribute with his or her understanding and knowledge of the business

The in-house counsel and the external counsel should cooperate in a friendly manner, get to know each other well and be open and transparent

# Arbitrabilnost korporacijskih sporov

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

**Arbitrabilnost spora  
pomeni, da je spor  
mogoče rešiti z arbitražo**

**Slovenski Zakon o  
arbitraži kot arbitrabilne  
pojmuje vse spore,  
ki se nanašajo na  
premoženjskopravne  
zahtevke. Drugi zahtevki  
so lahko predmet  
arbitražnega sporazuma  
samo, če se stranke glede  
zahtevka lahko poravnajo**

Arbitrabilnost spora pomeni, da je spor mogoče rešiti z arbitražo. Z vidika Konvencije o priznanju in izvrševanju tujih arbitražnih odločb – Newyorske konvencije,<sup>1</sup> je arbitrabilen spor tisti, ki je primeren za reševanje z arbitražo, pri čemer lahko spor izvira iz pogodbenega ali nepogodbenega razmerja. Glede presoje, ali je konkreten spor arbitrabilen, NYK napotuje na uporabo prava države, v kateri se zahteva priznanje ali izvršitev arbitražne odločbe.<sup>2</sup> Povsem enako opredelitev arbitrabilnosti spora kot tudi prava, merodajnega za presojo njegove arbitrabilnosti, zasledimo v Uncitralovem vzorčnem zakonu.<sup>3</sup> Slovenski Zakon o arbitraži kot arbitrabilne pojmuje vse spore, ki se nanašajo na premoženjskopravne zahtevke. Drugi zahtevki so lahko predmet arbitražnega sporazuma samo, če se stranke glede zahtevka lahko poravnajo.<sup>4</sup> Stranke se lahko poravnajo, kadar lahko razpolagajo z zahtevki. Sodišče ne dovoli razpolaganja strank, kadar bi bilo to v nasprotju s prisilnimi predpisi ali moralnimi pravili.<sup>5</sup>

Nanizala sem nekaj uvodnih iztočnic v zvezi s pojmom arbitrabilnosti. V nadaljevanju jih bomo podrobnejše obravnavali z vidika naj sodobnejših trendov v literaturi in praksi na področju arbitražnega reševanja sporov, s poudarkom na arbitrabilnosti korporacijskih sporov. Razumevanje tega pojma je namreč potrebno zastaviti v širšem kontekstu, saj ga arbitražna pravila praktično ne obravnavajo. Njegovo vsebino določajo zlasti nacionalna sodišča, ki v praksi odločajo o arbitrabilnosti posameznih korporacijskih sporov, upoštevaje pri tem splošna pravila o arbitrabilnosti sporov kot tudi prisilne določbe pravnega reda.

V prispevku se bomo posebej osredotočili na vprašanje arbitrabilnosti sporov v zvezi z odločitvami organov družb, saj je to v praksi eno najaktualnejših vprašanj ter na vprašanje jurisdikcijske arbitrabilnosti, ki je za določene vrste mednarodnih korporacijskih sporov urejena v Zakonu o mednarodnem zasebnem pravu in postopku.

## Arbitrabilnost kot domena nacionalnih zakonodaj

### Splošno

Nacionalne zakonodaje posameznih držav so torej ključne za določanje arbitrabilnosti sporov, kar je povsem razumljivo, saj arbitraži tudi podeljujejo pristojnost

<sup>1</sup> V nadaljevanju NYK (Ur. l. SFRJ, Mednarodne pogodbe, št. 11/81).

<sup>2</sup> 1. odst. II. člena in točka *a* 2. odst. V. člena NYK.

<sup>3</sup> Točka *i* 2. odst. 34. člena in točka *i b* 1. odst. 36. člena Vzorčnega zakon UNCITRAL o mednarodni trgovinski arbitraži.

<sup>4</sup> 1. odst. 4. člena Zakona o arbitraži, v nadaljevanju ZArbit, Ur. l. RS, št. 45/2008.

<sup>5</sup> 4. odst. 306 člena in 3. odst. 3. člena Zakona o pravdnem postopku, v nadaljevanju ZPP, Ur. l. RS, št. 26/99, s kasnejšimi spremembami in dopolnitvami.

za reševanje sporov, ki je sicer v prvi vrsti pridržana za državna sodišča. Večina držav določa arbitralnost na način, kot je urejena v NYK, vzorčnem zakonu in slovenskem ZArbit, torej v obliki generalne klavzule. Praviloma nacionalne zakonodaje s področja arbitraže ne vsebujejo posebnih pravil za korporacijske spore.

Pri razlagi arbitralnosti določenih sporov imajo nadalje pomembno vlogo nacionalna sodišča, saj zakoni, razen že omenjene generalne klavzule, ne vsebujejo podrobnejših določb, kot tudi primeroma ne navajajo sporov, ki bi bili primerni za reševanje z arbitražo.

Zakonodajalci pri odločanju o arbitralnosti spora upoštevajo značilnosti lastnega pravnega, političnega in ekonomskega sistema. Ali je spor arbitrabilen ali ne, je veliki meri odvisno od pojmovanja javnega reda v posamezni državi. Pojmovanje javnega reda je različno od države do države, spreminja pa se tudi skozi čas. Zakonodajalci kot tudi sodišča v posamezni državi bi morali pri odločanju glede arbitralnosti sporov tehtati med ozkim nacionalnim interesom in širšim javnim interesom (v smislu vzpodbujanja trgovine, poslovanja in tudi reševanja sporov).<sup>6</sup>

Posledično pojem arbitralnih sporov ni v vseh državah enak, odvisen je od družbenega pomena, ki ga v posamezni državi pripisujejo posamezni vrsti spora in s tem v zvezi od potreb po njegovem sodnem varstvu. Številne države praviloma zavračajo arbitralnost v kazenskih zadevah, delovnih sporih, sporih s področja intelektualne lastnine, nepremičinskih, stecajnih in družinskih sporih. Zadeve, v katerih se od tretje osebe pričakuje rešitev zgolj določenega vprašanja, kot npr. določitev primerrega zneska za škodo (zavarovalnino) iz naslova zavarovalne police, določitev stvari v skladu s pogodbenim opisom, dopolnitve pogodbenih pogojev, ki so jih stranke namenoma pustile nedorecene, ipd., na splošno veljajo kot zahtevki, o katerih arbitraža ne more razsojati.<sup>7</sup>

Ta doktrina, poimenovana kot doktrina nearbitrabilnosti, se je precej razširila v 20. stoletju. V večini nacionalnih arbitražnih zakonov, vključno s slovenskim

ZArbit,<sup>8</sup> je nearbitrabilnost spora razlog za razveljavitev arbitražne odločbe, razlog za zavrnitev priznanja arbitražne odločbe oziroma razlog za preprečitev njene prisilne izvršitve. Zadnja dva razloga srečamo tudi v NYK.<sup>9</sup>

### Prisilne določbe in javni red kot ovira arbitralnosti

Medtem, ko so nacionalna sodišča večinoma širila področje nearbitrabilnosti z uporabo javnega reda,<sup>10</sup> so sodišča z razvitejšim sodnim sistemom, resda v manj številnih državah, nearbitrabilnost ožila le na področja, ki so jih izrecno določala nacionalna zakonska pravila, kar je privedlo do nastanka ožjega skupa (prisilnih) pravil: tako imenovanega kogentnega prava (ang. *mandatory law*).<sup>11</sup>

Kot primer uporabe kogentnih pravil navajamo določbo Uredbe (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta o pravu, ki se uporablja za pogodbena obligacijska razmerja (Rim I),<sup>12</sup> po kateri kot: *"prevladujoče obvezne določbe veljajo določbe, katerih upoštevanje je po mnenju države bistvenega pomena za zaščito njenih javnih interesov, kot je na primer njena politična, socialna ali gospodarska ureditev, in sicer do take mere, da se te določbe uporabljajo za vse primere, ki sodijo na njihovo področje uporabe, ne glede na to, katero pravo se sicer uporablja za pogodbo na podlagi te uredbe".*<sup>13</sup> Čeprav gre za določbo, ki ni v povezavi z arbitražnim reševanjem sporov, pa je iz nje mogoče razbrati trend v razvoju prava, ki favorizira voljo strank in jo omejuje le z uporabo "najnujnejših" prisilnih določb. To pa je pomembno spoznanje, ne le na področju izbire prava, ki bo merodajno za rešitev spora, temveč tudi pri odločitvi, da bo za rešitev spora namesto državnega sodišča

Pri razlagi arbitralnosti določenih sporov imajo nadalje pomembno vlogo nacionalna sodišča, saj zakoni ne vsebujejo podrobnejših določb, kot tudi primeroma ne navajajo sporov, ki bi bili primerni za reševanje z arbitražo

<sup>6</sup> Redfern, A., Hunter, M.: International Arbitration, peta izdaja. Oxford University Press, 2009, str. 123.

<sup>7</sup> Berg, J.: The New York Arbitration Convention of 1958. T.M.C. Asser Institute, the Hague, 1981, str. 44.

<sup>8</sup> 2. odst. 40. člena, 2. odst. 41. člena in 2. odst. 42. člena, ki v zvezi s priznanjem in izvršitvijo tujih arbitražnih odločb napotuje na uporabo določb NYK.

<sup>9</sup> Točka a 2. odst. V. člena NYK.

<sup>10</sup> Tudi v teh sistemih, ki so poudarjali vlogo javnega reda, je danes opaziti spremembe: javni red ni več glavna ovira arbitralnosti, temveč njegova preudarna opredelitev vedno bolj postaja obveznost arbitrov, slednji morajo spoštovati določila javnega reda, da zagotovijo izvršljivo arbitražno odločbo (Mistelis, A. L. in Brekoulakis, L. S.: Arbitrability: International and Comparative Perspectives. Kluwer Law International, 2009, str.284).

<sup>11</sup> 4 Born, G.: International Arbitration: Law and Practice. Kluwer Law International, 2012, str. 81.

<sup>12</sup> Podrobneje v 9. členu uredbe, objavljene v Ur. I. EU L 177/2008.

<sup>13</sup> V uvodni 37. točki uredbe je še poudarjeno, da bi bilo potrebno koncept „prevladujoče obvezne določbe“ razlikovati od izraza „določbe, od katerih ni dovoljeno odstopanje z dogовором“, ter ga razlagati bolj restriktivno.

V večini nacionalnih arbitražnih zakonov, vključno s slovenskim ZArbit, je nearbitrabilnost spora razlog za razveljavitev arbitražne odločbe, razlog za zavrnitev priznanja arbitražne odločbe oziroma razlog za preprečitev njene prisilne izvršitve

Različne oblike gospodarskih družb kot tudi raznovrstnost razmerij, v katera vstopajo gospodarske družbe in njihovi člani, nakazuje na pestrost korporacijskih sporov

Dejstvo, ki ga je mogoče prepoznati v strokovni literaturi in sodni praksi je, da se polje arbitralnosti sporov širi, tudi na področju korporacijskih sporov

pristojna arbitraža. V praksi mednarodnih arbitraž je opaziti, da so arbitražni senati veliko bolj zadržani do širokega razumevanja javnega reda in da ga poskušajo ohraniti v ravnovesju z avtomomijo strank.<sup>14</sup>

Stališča, po katerih je spor nearbitabilen, ker se nanaša na zahtevke, s katerimi stranke ne morejo prosto razpolagati, razpolaganje strank pa je omejeno zaradi obstoja prisilnih določb, niso več sama po sebi umetna. Arbitralnost sporov sicer velja kot nesporna v razmerjih, urejenimi z dispozitivnimi pravili. Vendar pa je v sodobni arbitražni literaturi postalo prevladujoče stališče o možnosti arbitriranja v sporih, ki so urejena s kogentnimi pravili, pri čemer je potrebno upoštevati, da arbitriranje pod nobenim pogojem ni mogoče, kadar je razpolaganje strank povsem izključeno.<sup>15</sup> Enako je v sodobni arbitražni praksi, iz katere izhaja, da so zadeve, ki so predmet urejanja s prisilnimi pravili, lahko predmet arbitražnega postopka.<sup>16</sup> Glede določb korporacijskega prava je mogoče ugotoviti, da pri urejanju odnosov med družbo in družbeniki in med družbeniki samimi velja načelo pogodbene svobode, zato v teh razmerjih prevladujejo dispozitivna pravila. To velja seveda le za d.o.o. in za osebne družbe, medtem ko so pravila delniškega prava večinoma kogentne narave. Zaradi prevladujočih prisilnih pravil so bila številna sporna vprašanja znotraj korporacij izključena iz arbitražnega odločanja, vendar je tudi na tem področju mogoče opaziti pozitivne premike, kar bo podrobnejše obravnavano v nadaljevanju.

Kljub velikemu napredku arbitražne teorije v zadnjih treh desetletjih, diskusija o nearbitabilnosti postaja bolj prikladna kot kdajkoli, pri čemer ne gre zanemariti dejstva, da nearbitabilnost po svoji naravi v večji meri predstavlja konflikt med pravili o pristojnosti kot pa substančnimi pravili.<sup>17</sup>

Dejstvo, ki ga je mogoče prepoznati v strokovni literaturi in sodni praksi je, da se polje arbitralnosti sporov širi, tudi na področju korporacijskih sporov.

## Arbitralnost korporacijskih sporov

### Pojem korporacijskega spora

Čeprav pojem korporacija prvenstveno zajema kapitalske gospodarske družbe, je v pravni stroki mogoče zaslediti, da se ta izraz uporablja za vse vrste gospodarskih družb. Pojem korporacijskega spora ni definiran, medtem ko je iz določil 481., 482. in 483. člena ZPP mogoče razbrati pojmom gospodarskega spora. ZPP pri tem upošteva tako subjektivni (stranke v sporu so gospodarske družbe) kot tudi objektivni kriterij (vsebina spora se nanaša na posle, ki izvirajo iz gospodarske dejavnosti). Kot gospodarski spori med drugim velja, da spori med družbeniki, družbeniki in družbami ter družbami in člani organov upravljanja družb, za katere je treba uporabiti pravo gospodarskih družb (za katere se je uveljavil izraz statusni spori), ter spori, ki izvirajo iz vpisov v sodni register, iz koncesijskih pogodb, spori, ki nastanejo med stečajnim postopkom, itd. Ker pa korporacijsko pravo vsebuje pravila o pravnem položaju, ustanavljanju, vodenju in delovanju gospodarskih družb, je jasno, da je o korporacijskem sporu mogoče govoriti vselej, kadar se spor navezuje na gospodarsko družbo (korporacijo).

Različne oblike gospodarskih družb kot tudi raznovrstnost razmerij, v katera vstopajo gospodarske družbe in njihovi člani, nakazuje na pestrost korporacijskih sporov. Posledično je nestrokovno sposlošiti, da so (vsi) korporacijski spori arbitralni. V tuji sodni praksi in literaturi je nedvomno izkazano, da so določeni korporacijski spori arbitralni. V posameznih (redkih) državah je to tudi zakonsko opredeljeno, kot npr. na Švedskem in Finsku, kot bo prikazano v nadaljevanju.

Pri obravnavi arbitralnosti korporacijskih sporov je prav tako pomembno razčistiti ali določeno razmerje na korporacijskem področju sploh lahko opredelimo kot spor, saj se na tem področju srečujemo s specifičnimi vprašanji, ki niso nujno pravne narave. Že iz zakonskih generalnih klavzul izhaja, da arbitraža vselej odloča o "sporih, ki se nanašajo na premožensko pravne zahtevke ...", zaradi česar je obstoj spora eden od pogojev za obstoj njegove lastne arbitralnosti. Po tradicionalnem prepričanju lahko arbitri rešujejo le pravna vprašanja, medtem ko ne morejo posegati v dopolnjevanje in spreminjanje pogodb (pogodbenih pogojev), v reševanje konfliktov interesov, ekonomskih in

<sup>14</sup> Born, G.: International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing, 4th edition. Kluwer Law International, 2013, str. 169.

<sup>15</sup> Čulinović-Herc, E.: Arbitražno rješavanje sporova unutar trgovackog drušva, Zbornik PFZ, 49 (1), 1999, str. 109.

<sup>16</sup> Mistelis, ibidem, str. 284.

<sup>17</sup> Mistelis, ibidem, str. 44.

dejanskih vprašanj. Takšno konzervativno razmišljajanje, ki je zlasti prisotno med španskimi in italijanskimi teoretiki, pripelje do zaključka, da arbitri ne morejo odločati o izstopu družbenika, o določitvi cene delnic, prevzemu in prenehanju družbe, ker opisano ne sodi med naloge arbitra temveč je to naloga ekspertov (cenilcev).<sup>18</sup> Po nasprotnem, širšem razumevanju "spora", je arbitrom dopuščeno, da spremenijo določila ustavnitevnega akta, odločijo o prostovoljnem ali prisilnem izstopu družbenika kot tudi določijo ceno delnic. Pod nobenim pogojem pa arbitri ne morejo nadomestiti volje pristojnega organa družbe in namesto njega sprejeti odločitve, kadar je takšno pristojnost organu družbe izrecno določil zakon. Pri tem lahko gre za odločitev uprave, skupščine ali nadzornega organa. Ko pa je odločitev s strani pristojnega organa sprejeta, lahko postane predmet odločanja arbitrov.<sup>19</sup>

Spričo različnosti korporacijskih sporov je o njihovi arbitralnosti smiseln razpravljati v primerih, ko gre za spore, ki se pojavljajo znotraj družbe, med družbeniki glede gospodarske družbe, spori med družbeniki in gospodarsko družbo ter spori med organi gospodarske družbe in gospodarsko družbo. Med temi so še zlasti zanimivi spori v zvezi z odločitvami organov družb (kot npr. ničnost in izpodbojnost skupščinskih sklepov).

Spori, ki so povezani z zadevami izven družbe (s trejimi osebami, ki niso družbeniki), zapadejo pod pravila, ki veljajo za klasične gospodarske spore in se jih posebnosti korporacijskih sporov znotraj družbe ne dotikajo.

#### **Arbitralnost sporov v zvezi z odločitvami organov družb**

Kot sem že zapisala, v delniškem pravu prevladujejo kogentne določbe, zato je bilo vrsto let prevladujoče stališče, da so spori, do katerih prihaja znotraj teh družb, nearbitabilni. To je še zlasti veljalo za spore v zvezi z odločitvami organov družb, kot npr. za skupščinske sklepe. Prvi razlog, kot sem že navedla, je bil v tem, da je to področje urejeno s kogentnimi pravili ter kot drugo, da so določbe, ki zadevajo sprejemanje odločitev organov družbe, sestavni del javnega reda, saj odločba, s katero se reši tovrstni spor lahko vpliva na tretje osebe, na družbeni ali javni interes. Razlika glede

arbitralnosti sporov, ki se nanašajo na skupščinske sklepe, obstaja v razlogih za njihovo razveljavitev. V primeru, kadar se zahteva za odpravo sklepa opira na ničnostni razlog, je to dejstvo potrebno upoštevati in šteti spor za nearbitabilen zaradi nasprotovanja javnemu redu, v kolikor pa se uveljavlja izpodbojni razlog, je arbitražno reševanje spora mogoče. Primerjalno pravno je arbitraži naklonjeno stališče za reševanje tovrstnih sporov mogoče opaziti v Švici, Belgiji, Avstriji, Franciji in Nemčiji.<sup>20</sup>

Medtem ko zakonska arbitražna pravila ne urejajo vprašanja arbitralnosti korporacijskih sporov, pa jih je mogoče zaslediti v arbitražnih pravilih institucionalnih arbitraž, kot npr. v obliki dodatnih pravil nemškega arbitražnega inštituta (*Deutsche Institution fur Schiedsgerichtsbarkeit*) iz leta 2009, pripravljenih posebej za korporacijske spore (*DIS-Supplementary Rules for Corporate Law Disputes*).

Dodatna pravila za reševanje korporacijskih sporov so še zlasti primerna za družbe z omejeno odgovornostjo, uporabna so tudi za osebne družbe, medtem ko njihova uporaba za delniške družbe po prevladujočem stališču zaradi načela statutarne strogosti (nem. *Satzungsstrenge*) šteje za nedopustno.<sup>21</sup> Ali bi se dodatna pravila za reševanje korporacijskih sporov lahko uporabljala za manjše delniške družbe (z manjšim številom članov), ki ne bi bile uvrščene na borzo, Nemško vrhovno sodišče (*Bundesgerichtshof*) še ni odločalo.

Dodatna pravila nemške institucionalne arbitraže so posebej zanimiva, ker obravnavajo razširitev učinka arbitražne odločbe *inter omnes*, torej na družbenike, ki v sporu niso neposredno udeleženi kot stranka (ang. *concerned others*), vendar pa bo v sporu odločeno o sklepu organa družbe (skupščine, uprave, nadzornega sveta ali drugega organa družbe), ki je zavezujč za vse družbenike, zaradi česar bo tudi arbitražna odločba imela enak učinek. Poudariti velja, da je učinkovanje *inter omnes* na druge družbenike (ki niso stranka v postopku) mogoče le pod pogojem, da so stranka oziroma podpisnik arbitražnega sporazuma. Posledično je učinkovanje *inter omnes* na tretje osebe, kot npr. upnik družbe, izključeno.

Medtem ko zakonska arbitražna pravila ne urejajo vprašanja arbitralnosti korporacijskih sporov, pa jih je mogoče zaslediti v arbitražnih pravilih institucionalnih arbitraž

<sup>18</sup> Mistelis, ibidem, str. 276.

<sup>19</sup> Mistelis, ibidem, str. 277.

<sup>20</sup> Mistelis, ibidem, str. 285.

<sup>21</sup> Kot je zapisano v Uvodu k dodatnim pravilom (objavljeno na strani <http://www.dis-arb.de/en/16/rules/dis-supplementary-rules-for-corporate-law-disputes-09-srcold-id15, dne 15. 4. 2014>).

Klasično pravilo arbitražnega prava učinek arbitražne odločbe pripisuje le osebam, ki v postopku neposredno sodelujejo kot stranke (*inter partes*), natančneje arbitražna odločba med strankama učinkuje kot pravnomočna sodba

Klasično pravilo arbitražnega prava učinek arbitražne odločbe pripisuje le osebam, ki v postopku neposredno sodelujejo kot stranke (*inter partes*), natančneje arbitražna odločba med strankama učinkuje kot pravnomočna sodba.<sup>22</sup> Na položaje tretjih oseb arbitražna odločba ne more učinkovati tudi v primeru, ko bi sodna odločba povzročala takšne učinke (t.i. razširjene meje pravnomočnosti).<sup>23</sup>

Dodatna pravila nemškega arbitražnega inštитuta ta problem rešujejo tako, da se družbi in vsem družbenikom, na katere se bo arbitražna odločba raztezala, omogoči udeležbo v arbitražnem postopku, pri čemer lahko sodelujejo kot stranka ali kot stranski intervenient. V ta namen mora tožnik sekretariatu arbitraže posredovati zadostno število izvodov tožbenih zahtevkov, da jih bo le-ta lahko poslal vsem identificiranim družbenikom, na katere se bo raztezal učinek arbitražne odločbe. Slednji mu morajo v 30 dneh pisno sporočiti, ali se bodo priključili arbitražnemu postopku na tožnikovi ali toženčevi stranki, v vlogi stranke ali stranskega intervenienta.<sup>24</sup> "Concerned others" so družbeniki, ki jih kot takšne navede tožnik v tožbenem zahtevku, lahko pa jih še dodatno navede toženec v 30 dneh po prejemu tožbenega zahtevka.

Za družbenike, ki na poziv sekretariata v določenih rokih ne odgovorijo, velja domneva, da so se udeležbi v postopku odrekli, lahko pa se v postopek še vedno vključijo kasneje. Kljub temu jih sekretariat še naprej obvešča o poteku postopka, pošilja jim kopije pisanih strank ali intervenientov, odločb ali procesnih sklepov arbitražnega senata, razen če so se temu izrecno pisno odrekli, dodatna pravila pa jim ne zagotavljajo pravice do udeležbe na ustni obravnavi.<sup>25</sup>

Kadar o isti stvari hkrati poteka več arbitražnih postopkov, glavni arbitražni postopek, to je tisti, ki se je prvi začel, prekludira vse kasnejše začete arbitražne postopke. Tožnik iz kasnejšega postopka se lahko v določenem roku (v 30 dneh od dneva, ko je prejel poziv sekretariata, da se pridruži postopku) pridruži

Določena specifična pravila za arbitražno reševanje korporacijskih sporov je primerjalno pravno mogoče zaslediti v korporacijski zakonodaji

glavnemu arbitražnemu postopku bodisi kot stranka bodisi kot stranski intervenient.

Učinki arbitražne odločbe se raztezajo tudi na identificirane družbenike, ne glede na to, ali so se odločili za sodelovanje v postopku ali ne. Družbeniki, ki so bili v rokih, predpisanih z dodatnimi pravili, identificirani kot družbeniki, na katere se razteza učinek arbitražne odločbe, so dolžni arbitražno odločbo priznati.<sup>26</sup>

Kot je mogoče razbrati iz predstavljenih dodatnih pravil, je nemški arbitražni inštitut z njimi povsem sledil odločbi Nemškega vrhovnega sodišča št. II ZR 255/08, z dne 6. aprila 2009, v kateri je sodišče oblikovalo predpostavke za arbitralnost korporacijskih sporov, v zvezi z veljavnostjo odločitev organov družbe. Te predpostavke so naslednje:

- spori v zvezi z neveljavnostjo skupščinskih sklepov z istim predmetom spora se morajo koncentrirati pred enim in istim arbitražnim sodiščem;<sup>27</sup>
- vsak družbenik mora biti – poleg organov družbe – obveščen o začetku in poteku postopka in mu mora biti omogočeno, da se ga udeležuje, vsaj kot stranski intervenient;
- vsak družbenik mora imeti možnost da sodeluje pri izbiri in imenovanju arbitrov, razen če je izbira zaupana nevtralni osebi;
- načeloma mora biti arbitražni dogovor vsebovan v družbeni pogodbi in temeljiti na soglasju vseh družbenikov, alternativno pa zadošča tudi dogovor izven družbene pogodbe, sprejet s soglasjem vseh družbenikov in družbe.

#### Arbitralnost korporacijskih sporov v švedski in finski zakonodaji

Določena specifična pravila za arbitražno reševanje korporacijskih sporov je primerjalno pravno mogoče zaslediti v korporacijski zakonodaji, kot npr. v švedskem (*Swedish Companies Act 2005*<sup>28</sup>) in finskem

<sup>22</sup> 38. člen ZArbit, 31. člen hrvaškega ZA, 2. odst. 41. člena Ljubljanskih arbitražnih pravil.

<sup>23</sup> Podrobnejše glej Podgorelec, P., Primec, A.: Arbitražna klavzula v ustanovitvenih aktih družb, v Podjetje in delo, št. 8/2013/XXXIX, str. 1272.

<sup>24</sup> 1. odst. 3. člena dodatnih pravil za reševanje korporacijskih sporov.

<sup>25</sup> 5. člen dodatnih pravil za reševanje korporacijskih sporov.

<sup>26</sup> 11. člen dodatnih pravil za reševanje korporacijskih sporov.

<sup>27</sup> Kar je DIS uredila v 9. člen dodatnih pravil za reševanje korporacijskih sporov.

<sup>28</sup> Objavljen na strani: [http://law.au.dk/fileadmin/www.asb.dk/omasb/institutter/erhvervsjuridiskinstitut/EMCA/NationalCompaniesActMemberStates/Sweden/THE\\_SWEDISH\\_COMPANIES\\_ACT.pdf](http://law.au.dk/fileadmin/www.asb.dk/omasb/institutter/erhvervsjuridiskinstitut/EMCA/NationalCompaniesActMemberStates/Sweden/THE_SWEDISH_COMPANIES_ACT.pdf) (dne 12. 5. 2014).

(*Limited Liability Companies Act 2006*<sup>29</sup>) zakonu o kapitalskih gospodarskih družbah.

Tako švedski zakon določa, da lahko družbeniki v ustanovitveni akt zapišejo, da bo določene spore (kot npr. spore glede odločitve o podelitvi ali zavrnitvi soglasja o prodaji deleža novemu družbeniku, spore v zvezi z uresničitvijo predkupne pravice pri prodaji deleža družbe, itd.) reševala arbitraža. Takšna klavzula v družbeni pogodbi ima enak učinek kot arbitražni sporazum.<sup>30</sup>

V zvezi s spori, ki se nanašajo na izključitev (ang. *squeeze-out*) manjšinskih delničarjev, bodisi da je predmet spora obstoj odkupne pravice ali obveznosti, bodisi da je to višina denarne odpravnine, zakon izrecno določa pristojnost arbitražnega senata, ki ga sestavljajo trije arbitri.<sup>31</sup> Zahteva za začetek arbitražnega postopka se lahko nanaša na:

- določitev pravice ali obveznosti glede izključitve manjšinskih delničarjev ali
- določitev zneska denarne odpravnine ali
- obveznost glavnega delničarja do plačila denarne odpravnine manjšinskemu delničarju.

Zakon v nadaljevanju dokaj podrobno ureja pravila arbitražnega postopka za to vrsto spora, glede stvari, ki pa jih ne ureja, napotuje na smiselno uporabo pravil arbitražnega zakona. Kadar večinski delničar ne uspe doseči dogovora o prenosu preostalih deležev družbe, se obrne na upravni odbor s pisno zahtevo po rešitvi spora z arbitražo, ki že vsebuje navedbo arbitra. Izpostaviti velja obveznost upravnega odbora, da z njim seznaniti vsakega družbenika, na katerega se spor nanaša in jih pozove, da določijo svojega arbitra. V kolikor pri tem ne sodelujejo vsi družbeniki, vpisani v register in na katere se spor nanaša, mora upravni odbor sprožiti postopek imenovanja skrbnika, ki je v pristojnosti Stockholmskega okrožnega sodišča (tako imenovanega "trustee"). Naloga skrbnika je, da zastopa interese

vseh manjšinskih družbenikov ter da v postopku ščiti pravice odsotnih družbenikov.<sup>32</sup>

Stranka, ki z arbitražno določbo ni zadovoljna, lahko v 60 dneh od prejema odločbe zahteva njeno razveljavitev pred okrožnim sodiščem v Stockholmumu.

Glede skupščinskih sklepov je mogoče opaziti drugačno ureditev. Kadar sklep skupščine ni sprejet v zakonsko določenem roku ali kadar je v nasprotju z njegovimi določbami, določbami sprejetega letnega poročila ali družbene pogodbe, lahko družbenik, upravni odbor, član upravnega odbora ali glavni izvršni direktor družbe sproži postopek zoper družbo in zahteva razveljavitev ali spremembo sklepa pred sodiščem splošne pristojnosti.<sup>33</sup>

Ker zakon na tem mestu odstopa od siceršnje sistematike določanja pristojnosti za reševanje sporov (kot v primeru spora glede odločitve o podelitvi ali zavrnitvi soglasja o prodaji deleža novemu družbeniku, kjer izrecno omenja možnost arbitražne rešitve spora, kar sem že omenila), je po mojem mnenju zakonodajalec te vrste sporov pridržal za državna sodišča. Napotitev na sodišče splošne pristojnosti je mogoče opaziti tudi v primeru sporov o statusnem preoblikovanju družb, natančneje v zvezi z neveljavnostjo skupščinskega sklepa o odobritvi načrtovane združitve<sup>34</sup> ali delitve družbe.<sup>35</sup> Kot bomo videli v nadaljevanju, se švedski zakon pri tem bistveno razlikuje od finskega, ki za tovrstne spore predvideva arbitražo.

Sicer pa je tudi spore med družbo in upravnim odborom, članom upravnega odbora, glavnim izvršnim direktorjem, likvidatorjem ali družbenikom, mogoče reševati pred arbitražo (pred arbitrom posameznikom ali senatom treh arbitrov), kadar je tako določeno v ustanovitvenem aktu.<sup>36</sup> Tudi na tem mestu je ponovno zapisano, da ima takšna klavzula učinek arbitražnega sporazuma.

Finski zakon glede sporov o pravici večinskega delničarja do izključitve manjšinskih delničarjev in denarne odpravnine določa pristojnost arbitraže. Pomembna

Švedski zakon določa, da lahko družbeniki v ustanovitveni akt zapišejo, da bo določene spore reševala arbitraža

Sicer pa je tudi spore med družbo in upravnim odborom, članom upravnega odbora, glavnim izvršnim direktorjem, likvidatorjem ali družbenikom, mogoče reševati pred arbitražo, kadar je tako določeno v ustanovitvenem aktu

Finski zakon glede sporov o pravici večinskega delničarja do izključitve manjšinskih delničarjev in denarne odpravnine določa pristojnost arbitraže

<sup>29</sup> Objavljen na strani: <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2006/en20060624.pdf> (dne 12. 5. 2014).

<sup>30</sup> 2. odst. 14. člena in 2. odst. 22. člena 4. poglavja.

<sup>31</sup> 5. člen v 22. poglavja.

<sup>32</sup> 10. člen 22. poglavja.

<sup>33</sup> 50. člen v 7. poglavju.

<sup>34</sup> 36. člen v 23. poglavju.

<sup>35</sup> 30. člen v 24. poglavju.

<sup>36</sup> 54. člen v 7. poglavju.

Zakonsko določena arbitraža je predvidena še za spore, povezane s statusnim preoblikovanjem družb, kot npr. za spore, ko ni mogoče doseči dogovora s prevzemno družbo glede primerjnega nadomestila za poslovne deleže prevzete družbe, opcijskih upravičenj ali drugih posebnih pravic v zvezi s poslovnimi deleži, ipd.

razlika v primerjavi s švedskim zakonom obstaja glede imenovanja arbitrov, saj jih po določbah finskega zakona ne imenujejo stranke, temveč poseben odbor (ang. *redemption committee*) finske gospodarske zbornice.<sup>37</sup> Odbor posreduje vlogo za imenovanje posebnega zastopnika, ki bo v postopku skrbel za interes manjšinskih delničarjev, pristojnemu okrožnemu sodišču (na območju katerega je družba vpisana v register), razen če stranki izrecno izjavita, da je to imenovanje nepotrebno.

Zoper arbitražno odločbo je mogoče vložiti pritožbo na pristojno okrožno sodišče v 60 dneh od njene registracije. V kolikor pritožba ni vložena, je arbitražna odločba izvršljiva v skladu z določbami zakona o izvršbi.<sup>38</sup>

Zakonsko določena arbitraža je predvidena še za spore, povezane s statusnim preoblikovanjem družb (združitvami<sup>39</sup> ali delitvami<sup>40</sup>), kot npr. za spore, ko ni mogoče doseči dogovora s prevzemno družbo glede primerjnega nadomestila za poslovne deleže prevzete družbe, opcijskih upravičenj ali drugih posebnih pravic v zvezi s poslovnimi deleži, ipd.

Posebnost finskega zakona je tudi v tem, da v 24. poglavju, ki obravnava reševanje sporov, namenja arbitraži poseben člen. V kolikor določba ustanovitvenega akta družbe napotuje na reševanje sporov z arbitražo, je takšna določba obligatorna za družbo, družbenike, člane upravnega odbora, upravní odbor, nadzorni organ, člane nadzornega odbora, računovodje, glavnega izvršnega direktorja. Po svojem učinku je izenačena z učinkom arbitražne klavzule po zakonu o arbitraži. Vendar pa se arbitražna klavzula iz ustanovitvenega akta uporablja le v sporih, katerih vzrok je nastal po njenem vpisu v register.

### Izklučna pristojnost sodišča

Kriterij *ratione jurisdictionis* se je v klasični arbitražni teoriji predpostavljal kot negativni pogoj, torej kot pogoj, ki ne sme biti podan, sicer je spor nearbitabilen. Spori, za katere je bila določena izključna pristojnost sodišča, niso bili v domeni strank. V moderni arbitražni praksi in pravu se ta naziranja spreminjajo. Dejstvo, da je za določen spor predvidena izključna pristojnost

sodišča, samo po sebi še ne pomeni, da je takšen spor nearbitabilen. Izključna pristojnost sodišča ni več stavina arbitrabilitnosti, temveč je zgolj njena omejitve, kar pomeni, da so zadeve, v katerih stranke lahko svobodno razpolagajo, nearbitabilne, kadar država tako izrecno določi z izključitvijo arbitrabilitnosti in prepustitvijo odločanja v teh zadevah državnim sodiščem ali posebnim administrativnim organom.<sup>41</sup> V zvezi z izključno pristojnostjo pa je potrebno razlikovati dvoje: mednarodno izključno pristojnost, ki je v slovenskem pravu prvenstveno urejena v Zakonu o mednarodnem zasebnem pravu in postopku<sup>42</sup> ter izključno pristojnost sodišč v sporih brez mednarodnega elementa.

V pravni teoriji se postopoma utrjuje stališče, po katerem izključna pristojnost sodišča v sporih brez mednarodnega elementa praviloma ne pomeni ovire arbitriranju, ker se pojmom izključnosti nanaša na krajevno in ne na stvarno pristojnost,<sup>43</sup> ki je praviloma določena v posebni zakonodaji, v Sloveniji v Zakonu o sodiščih v povezavi z ZPP.<sup>44</sup> Izključna krajevna pristojnost pa ni določena zaradi ustvarjanja pravnega monopola, temveč zaradi izpeljave enega postopka po načelu koncentracije.<sup>45</sup>

Glede *ratione jurisdictionis* ZArbit ne sledi predhodniku današnjega ZPP, to je jugoslovanskemu ZPP iz leta 1977, ki je določal, da arbitraža ne more razsojati v sporu, kadar je zanj predvidena izključna pristojnost domačega sodišča. ZArbit poseže v to vprašanje le v primeru sporov med strankami slovenske nacionalnosti, ki bi želele, da bo sedež arbitraže v tujini. Takšen dogovor je mogoč, razen v primerih, ko je za odločanje o sporu izključno pristojno sodišče v Sloveniji.<sup>46</sup> S to določbo je zakon posegel na področje mednarodne pristojnosti in izrecno izključil možnost odločanja v tovrstnih primerih vsem tujim sodiščem in drugim tujim organom.

<sup>41</sup> Mistelis, ibidem, str. 287.

<sup>42</sup> Nadaljevanju ZMZPP, Uradni list RS, št. 56/1999 s kasnejšimi spremembami in dopolnitvami.

<sup>43</sup> Čulinović-Herc, ibidem str. 107.

<sup>44</sup> Tako je v 1. točki II. odstavka 101. člena Zakona o sodiščih (Ur. I. RS, št. 19/1994, zadnja sprememba obj. v Ur. I. RS, št. 75/2012) določeno, da so okrožna sodišča pristojna v pravdnih zadevah v skladu z zakonom o pravdnem postopku. ZPP določa, da so za gospodarske spore pristojna okrožna sodišča (7. točka II. odst. 32. člena ZPP).

<sup>45</sup> Čulinović-Herc, ibidem, str. 107.

<sup>46</sup> 5. člen ZArbit.

Področje mednarodne pristojnosti, ki ločuje med sodnimi jurisdikcijami posameznih držav, se v procesni teoriji obravnava kot poseben vidik absolutne pristojnosti. Pri absolutni pristojnosti gre za vprašanje, ali zadeva sploh spada v sodno pristojnost ali pa je za odločanje o njej prisojen kak drug (npr. upravljanje) organ ali celo tuj organ.<sup>47</sup> Sistem pravil t.i. relativne pristojnosti pa nadalje razlikuje med krajevnimi, stvarnimi in funkcionalnimi pristojnostmi organov znotraj posameznega pravosodnega sistema.

V zvezi s korporacijskimi spori (z mednarodnim elementom) je izključna mednarodna pristojnost sodišč RS določena v 60. členu ZMZPP. Nanaša se na:

- spore o ustanovitvi, prenehanju in statusnih spremembah družbe, druge pravne osebe ali združenja fizičnih ali pravnih oseb, ter
- spore o veljavnosti odločitev njihovih organov,<sup>48</sup>

če ima družba, druga pravna oseba ali združenje sedež v Sloveniji.

Izklučno pristojnost slovenskega sodišča je potrebno razumeti tako, da je v primeru obstoja enega od naštetih korporacijskih sporočil, izključena pristojnost sodišča druge države. Izključna mednarodna pristojnost praviloma pomeni, da država v taki zadevi ni pripravljena priznati tuje sodne odločbe in da ni mogoče upoštevati dogovora o pristojnosti tujega sodišča ali arbitraže.<sup>49</sup> Gre torej za razmejitev med sodnimi sistemimi različnih držav. Ker pa je arbitraža zasebna institucija za reševanje sporočil, v ta sistem ne sodi in zgolj na podlagi izključne mednarodne pristojnosti sodišča ni mogoče sklepati tudi o izključitvi pristojnosti arbitraže v tovrstnih domačih sporočilih. Ali so podani razlogi za nearbitabilnost spora je torej v teh primerih potrebno presoditi z uporabo drugih kriterijev arbitabilnosti.

<sup>47</sup> Primerjaj Ude, L.: Civilno procesno pravo, Ur. I. RS, Ljubljana 2002, str. 146, Illešič, M. et al. Mednarodno zasebno pravo, komentar zakona. ČZ Uradni list RS, Ljubljana 1992, str. 81.

<sup>48</sup> V zvezi s citirano določbo je zanimivo stališče, po katerem spor, v katerever se zahteva razveljavitev odločitev organa upravljanja, zgolj zaradi predmeta spora ni nearbitabilen, temveč spor ne sodi v arbitražno pristojnost zaradi učinkov arbitražne odločitve, ki se širi na vse družbenike oziroma na organe upravljanja (Jaksić, A.: Međunarodna trgovinska arbitraža. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu, 2003, str. 244).

<sup>49</sup> Wedam-Lukić, D. et al.: Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 1. knjiga. GV, Ljubljana, 2005, str. 185.

Zanimiva je ugotovitev, do katere pridemo, kadar nastete spore proučimo z vidika vsebine sporov (*ratione materiae*):

- kot prvo spori, zajeti v citirani določbi, niso premožensko-pravne narave (kot npr. ničnost družbene pogodbe in posledično ničnost vpisa družbe v register; sklep skupščine o potrditvi letnega poročila uprave in podelitvi razrešnice, itd.),
- prav tako pa vsebina zahtevkov v tovrstnih sporočilih ni takšna, da bi lahko vlagatelji z njimi prosto razpolagali, saj praviloma vselej vplivajo tudi na pravni položaj tretjih oseb.<sup>50</sup>

Ti spori torej ne izpolnjujejo osnovnega kriterija arbitralnosti (*ratione materiae*), zato arbitraža o njih ne more odločati. Ko je v obravnavi ničnost skupščinskega sklepa, je prav tako potrebno razmisleti ali ne bi bilo odločanje arbitraže v tem primeru v nasprotju z kognitivimi pravili oziroma javnim redom.

Drugач pa je z uveljavljanjem odškodninskih zahtevkov, ki lahko posledično nastanejo v tovrstnih sporočilih, kot npr. odškodninski zahtevek zoper družbenika, ki je odgovoren za ničnost pogodbe. V tem primeru gre za klasičen premožensko-pravni zahtevek, ki ga stranke lahko prepustijo v reševanje arbitraži.

Po mojem mnenju je v primerih, kadar zakon določa izključno pristojnost sodišča, še zlasti kadar ni določena izključna stvarna pristojnost, smiselnopravno preveriti še obstoj objektivnih mej arbitralnosti. Praviloma se oba kriterija ujemata.

Podobno izključno pristojnost sodišča nacionalne države zasledimo tudi v Uredbi Sveta (ES) 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (Uradni list L 012, 16.01.2001, str. 1 – BRUSELJ I.): „*V postopkih, predmet katerih je veljavnost ustanovitve, ničnost ali prenehanje gospodarskih družb ali drugih pravnih oseb ali združenj fizičnih ali pravnih oseb, ali veljavnost odločitev njihovih organov, so izključno pristojna sodišča držav članic, v katerih ima*

<sup>50</sup> Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1, Ur. I. RS, št. 42/2006 s kasnejšimi spremembami in dopolnitvami) v 398. členu izrecno določa, da kadar sodišče razveljavi sklep skupščine ali ga razglasii za ničnega, učinkuje sodba proti vsem delničarjem ter članom organov vodenja ali nadzora.

Izklučno pristojnost slovenskega sodišča je potrebno razumeti tako, da je v primeru obstoja enega od naštetih korporacijskih sporočil, izključena pristojnost sodišča druge države

Gre torej za razmejitev med sodnimi sistemimi različnih držav. Ker pa je arbitraža zasebna institucija za reševanje sporočil, v ta sistem ne sodi in zgolj na podlagi izključne mednarodne pristojnosti sodišča ni mogoče sklepati tudi o izključitvi pristojnosti arbitraže v tovrstnih domačih sporočilih

V Sloveniji po trenutno veljavni ureditvi arbitražno reševanje sporov v zvezi z ničnostjo in izpodbojnostjo skupščinskih sklepov ni mogoče. Ovire obstajajo predvsem v razširjenem učinkovanju v sporu sprejetih odločitev tudi na druge družbenike, ki v postopku niso sodelovali

Primerjalno pravno je v državah z močnejšo tradicijo arbitražnega reševanja sporov mogoče opaziti, da se polje arbitralnosti korporacijskih sporov širi

*gospodarska družba, pravna oseba ali združenje svoje stalno prebivališče. Za ugotovitev tega stalnega prebivališča sodišče uporabi svoja pravila mednaravnega zasebnega prava*.<sup>51</sup>

Ta uredba se sicer ne uporablja v arbitražnih zadevah, vendar je mogoče učinke izključitvene klavzule iz uredbe primerjati z učinki izključitvene klavzule v ZMZPP.

Bruselj I ustvarja izključno pristojnost nacionalnega sodišča v razmerju do drugih nacionalnih sodišč v EU, ne pa v razmerju do arbitraže, zato se določbe uredbe uporabljajo le, kadar je potrebno opredeliti pristojnost med različnimi nacionalnimi sodišči. V tem primeru morajo stranke spoštovati določila uredbe, kar pa ne velja v primeru, kadar med strankami obstaja arbitražni sporazum.<sup>52</sup>

### Zaključek

Enotnega pravila, ki bi določal, kateri korporacijski spor je arbitrabilen, ni zaslediti v slovenski kot tudi ne v tuji zakonodaji. Zaslediti je zgolj splošne klavzule o arbitralnosti sporov, medtem ko so odločitve o arbitralnosti posameznih sporov prepričene nacionalnim sodiščem, ki o tem odločajo v kontekstu lastne zakonodaje kot tudi celotnega sistema vrednot in arbitraži bolj ali manj naklonjenega pravosodnega sistema.

Primerjalno pravno je v državah z močnejšo tradicijo arbitražnega reševanja sporov mogoče opaziti, da se polje arbitralnosti korporacijskih sporov širi, v Nemčiji npr. tudi s pomočjo institucionalnih pravil nemškega arbitražnega inštituta, na Švedskem in Finsku z določbami korporacijske zakonodaje, ki za reševanje določenih korporacijskih sporov izrecno napotuje na arbitražno reševanje sporov.

To je mogoče predvsem zaradi spreminjanja konzervativnih konceptov glede pojmovanja arbitralnosti *ratione materiae* in *ratione jurisdictionis*. V zvezi s prvim (*ratione materiae*) je opaziti popuščanje glede ozkega razumevanja pojma "razpolaganja z zahtevki", ki ga je danes potrebno obravnavati v tem smislu, da zadeva, ki je predmet urejanja s kogentnimi pravili samo zaradi tega še ni nujno nearbitrabilna. Učinek arbitražne odločbe *inter partes* še vedno ostaja temeljno pravilo, ki

pa ga je ob izpolnjevanju določenih pogojev mogoče razširiti *inter omnes* na druge osebe (družbenike družbe), ki v konkretnem postopku ne sodelujejo, vendar so stranke arbitražnega sporazuma. V zvezi z *ratione jurisdictionis* je mogoče ugotoviti, da se tudi pogoj "izključne pristojnosti nacionalnega sodišča" ne obravna več kot absolutna ovira arbitralnosti. To še zlasti velja za izključno krajevno pristojnost, medtem ko je pri določitvi izključne stvarne pristojnosti, potreben upoštevati razloge za njeno določitev (varstvo interesov posameznikov, javni interes in podobno) in jo opredeliti kot oviro arbitralnosti šele po tem, ko smo zaznali tudi druge ovire (nasprotovanje kogentnim pravilom oziroma javnemu redu).

V Sloveniji po trenutno veljavni ureditvi arbitražno reševanje sporov v zvezi z ničnostjo in izpodbojnostjo skupščinskih sklepov ni mogoče. Ovire obstajajo predvsem v razširjenem učinkovanju v sporu sprejetih odločitev tudi na druge družbenike, ki v postopku niso sodelovali.

Po mojem mnenju bi jih bilo smiselno odpraviti, pravila pa zastaviti dovolj široko, da bi bila vrata odprta za čim več različnih korporacijskih sporov, pri čemer bi arbitri morali prevzeti odgovornost za odločanje o arbitralnosti zahtevka v vsakem posameznem primeru.

Poudariti velja, da bi bilo to mogoče izpeljati zlasti za reševanje korporacijskih sporov, ki se pojavljajo znotraj družb z omejeno odgovornostjo, saj so razmerja med družbeniki v d.o.o. urejena z dispozitivnimi pravili, število družbenikov je manjše, medtem ko je za delniške družbe mogoče ugotoviti nasprotno, prevladujejo kogentne določbe, število delničarjev je praviloma nekajkrat večje od števila družbenikov v d.o.o. Posledično je učinek arbitražnih odločitev *inter omnes* v delniških družbah zelo težko doseči, izpostavi pa se tudi vprašanje nasprotovanja širšim družbenim interesom oziroma javnemu redu.

51 2. točka 22. člena uredbe.

52 Mistelis, ibidem, str. 288.

## Primer arbitražne odločbe – gradbeništvo

Stalna arbitraža pri GZS

### ARBITRAŽNA ODLOČBA

Številka: SA 5.6.-X/2010

Tožeča stranka: [...]

proti

Tožena stranka: [...]

vrednost spora 1,322.550,90 € spp

Ta arbitražna odločba je izdana skladno s Pravilnikom o arbitražnem postopku pred Stalno arbitražo pri Gospodarski zbornici Slovenije (prečiščeno besedilo UL RS, št. 49/00, spremembe UL RS, št. 66/03)

Arbitražni senat v zadevi SA 5.6-X/2010

1. [...], predsednik arbitražnega senata
2. [...], član arbitražnega senata
3. [...], član arbitražnega senata

Ta arbitražna odločba je sestavljena v osmih enakovrednih izvodih; po en izvod za vsako stranko, trije izvodi za arbitražni senat in dva izvoda za Stalno arbitražo pri GZS

Podatki o zastopnikih strank

Tožečo stranko [...]  
zastopa [...]

Toženo stranko [...]  
zastopa [...]

## ARBITRAŽNA ODLOČBA

*Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije je v senatu, ki so ga sestavljali predsednik senata [...] in člana [...] ter [...], v arbitražnem sporu tožeče stranke [...], ki jo zastopa [...], proti toženi stranki [...], ki jo zastopa [...], zaradi plačila 1.322.550,91 EUR s pripadki, po opravljeni ustni obravnavi 8. junija 2011, v navzočnosti pooblaščencev obeh strank, zakonitega zastopnika tožeče stranke [...] in prokurista tožene stranke [...]*

*odločila:*

- I. Tožena stranka je dolžna plačati tožeči stranki glavnico v višini 224.528,18 EUR in zakonske zamudne obresti od zneska 110.746,31 EUR od 28.11.2007 do plačila in od zneska 113.781,87 EUR od 31.1.2008 do plačila; kar zahteva tožeča stranka več (glavnico v višini 1.098.022,73 EUR z zakonskimi zamudnimi obrestmi od 28.11.2007 do plačila in zakonske zamudne obresti od 113.781,87 EUR od 28.11.2007 do 30.1.2008), se zavrne.
- II. Tožeča stranka mora povrniti toženi stranki njene stroške postopka v višini 2.115,83 EUR, v petnajstih dneh, v primeru zamude skupaj z zakonitimi zamudnimi obrestmi, ki tečejo od prvega dne po poteku parcijskega roka dalje do plačila.

*Obratljitev*

1. Tožeča stranka zahteva plačilo za opravljeno delo na dveh gradbiščih, ki sta ju stranki postopka pojmenovali kot trgovina z živili na drobno v Kranju – [A] (v nadaljevanju: [A]) in trgovina z živili na drobno v Ljubljana – [B] (v nadaljevanju: [B]). Za delo na prvem gradbišču zahteva tožeča stranka plačilo 156.593,03 EUR (račun št. 16), za delo na drugem pa 1.165.957,88 EUR (račun št. 15), skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi.
2. Pristojnost Stalne arbitraže pri gospodarski zbornici za predmetni spor temelji na določbah točke 35.07 35. člena izvajalske pogodbe št. [...] z dne 2.8.2007, sklenjene za gradbišče [A] in enake točke izvajalske pogodbe št. [...] z dne 14.8.2007, sklenjene za gradbišče [B].
3. Arbitražni senat je poskusil stranki poravnati o tožbenemu zahtevku in je zato na obravnavo tudi povabil zakonita zastopnika obeh strank, a brez uspeha.

4. Na obravnavi dne 8.6.2011 sta se stranki postopka strinjali, da arbitražni senat odloči na podlagi dokumentacije v spisu (listinskih dokazov in pisnih izjav [...], [...], [...], [...], [...] in družbe [...], [...], ki jo je podpisal [...]).
5. V nadaljevanju bosta tožbena zahtevka po obeh izvajalskih pogodbah obravnavana ločeno.

A) Tožbeni zahtevek za [A]

6. Med strankama je nesporno, da je tožeča stranka izvajala dela na gradbišču [A] na podlagi izvajalske pogodbe št. [...] z dne 2.8.2007, in da je toženi stranki izstavila tri začasne situacije:
  - 1.) prvo začasno situacijo z dne 1.9.2007 za znesek 55.321,02 EUR,
  - 2.) drugo začasno situacijo z dne 1.10.2007 za znesek 65.821,66 EUR in
  - 3.) tretjo začasno situacijo z dne 2.11.2007 za znesek 108.090,90 EUR.
7. Med strankama tudi ni sporno, da je tožena stranka doslej plačala 31.811,72 EUR po prvi začasni situaciji in 40.828,83 EUR po drugi začasni situaciji. Tožeča stranka terja s tožbo od tožene stranke plačilo še neplačanih 156.593,03 EUR z zakonskimi zamudnimi obrestmi od 28.11.2007 do plačila.
8. Med strankama je spor o tem, ali so bila dela pravočasno in kvalitetno opravljena in, ali si je tožena stranka upravičeno pridržala po 20% od zaračunanih zneskov zaradi tega, ker tožeča stranka ni predložila bančne garancije za dobro in pravočasno izvedbo del (10%) in bančne garancije za odpravo pomanjkljivosti (10%) ter, ali si je upravičeno obračunala pogodbeno kazen (penale). Gre za naslednje zneske: 11.064,20 EUR, pridržanih po prvi začasni situaciji in 13.164,33 EUR, pridržanih po drugi začasni situaciji ter obračunane penale v višini 12.445,10 EUR po prvi začasni situaciji in v višini 11.828,49 EUR po drugi začasni situaciji.
9. Tožena stranka je v prvem odstavku na 7. strani 2. pripravljalne vloge navedla, da je nadzor ugotovil, da so izvedena dela po prvi, drugi in tretji začasni situaciji „enaka na gradbišču in v začasni situaciji.“ Ugotovil pa naj bi, da opravljena dela ne ustrezajo po kvaliteti; 40% izvedenih del naj ne bi bilo kvalitetno opravljenih, kar vrednostno pomeni 91.693,43 EUR.
10. Po določbi 633. člena Obligacijskega zakonika (OZ), ki se za gradbeno pogodbo uporablja po določbi 660. člena OZ, je naročnik (tožena stranka) dolžan pregledati izvršeno delo, brž ko je to mogoče, in o ugotovljenih napakah nemudoma obvestiti nasprotno pogodbeno stranko. Grajanje napak mora biti dovolj konkretno, da izvajalec gradbenih del lahko preveri, ali gre res za napake. Takega konkretnega grajanja tožena stranka ni zatrjevala.

11. Vendar pa tožena stranka pravzaprav ne zatrjuje, da bi imelo opravljeno delo napake; zatrjuje, da ni ustrezalo dogovorjeni kvaliteti. Izvajalska pogodba ureja kvaliteto opravljenega dela v 9. členu. V točki 09.01 je določeno, da izvajalec vsa pogodbena dela izvede v skladu z zahtevami tehnične dokumentacije, vzorci, ki jih je potrdil naročnik in predpisi ter standardi, ki veljajo v Sloveniji. V drugem odstavku iste točke je dogovorjeno, da „kvaliteta, izvedba in izgled dela, določenih v tej pogodbi ter posledično objekta, ne odstopa od [...] objekta tipa [...] Ljubljana.“ Za uspešno uveljavljanje pomanjkljive kvalitete opravljenih del bi tožena stranka zato morala konkretno nавesti, v čem je bilo odstopanje izvedenih del od kriterijev, postavljenih v točki 09.01 izvajalske pogodbe. Ker tega ni storila, arbitražni senat ni mogel preveriti resničnosti njene trditve, da 40% izvedenih del ni bilo kvalitetno opravljenih. Tožena stranka tudi ni zatrjevala in dokazovala, da je izpeljala celoten postopek ugotavljanja in uveljavljanja pomanjkljive kvalitete opravljenih del, kot je določen v 9. členu izvajalske pogodbe. Če je podvomila v kvaliteto izvedenih del, bi lahko od izvajalca zahtevala „posebno dokazovanje neodvisnih institutov za preveritev kvalitete materialov in opreme ter izvršeni del“ (točka 09.05 pogodbe). Znižanje cene bi prišlo v poštev šele tedaj, če slabe kvalitete ne bi bilo mogoče odpraviti (točka 09.06 pogodbe). Po povedanem se izkaže, da ni mogoče sprejeti ugovora tožene stranke o slabih kvalitetih opravljenih del.
12. Tožena stranka se v pripravljalni vlogi z dne 28.12.2010 (v IX. točki) sklicuje na določbo točke 16.01 izvajalske pogodbe, ki določa postopek potrjevanja izstavljenih situacij. Ta (med drugim) določa, da mora izvajalec „izstaviti popravljeno situacijo za nesporni znesek, katera je osnova za plačilo.“ Ta del določbe arbitražni senat razume tako, da zavezuje izvajalca k takemu ravnjanju le tedaj, če se pogodbeni stranki sporazumeta o vseh spornih postavkah izstavljene situacije, ne pa tako, kot določbo razume tožena stranka, namreč, da bi morala tožeca stranka toženi stranki z novo situacijo zaračunati le tiste postavke, ki jih priznavata obe stranki, kar bi praktično vzeto pomenilo, da bi izvajalec del lahko zaračunal le tiste postavke, ki bi jih odobrila naročnik oziroma gradbeni nadzor, ne glede na to, ali bi bila zavrnitev preostalih postavk utemeljena ali ne.
13. Neposredne pogodbene podlage za zadržanje zneskov za dobro in pravočasno izvedbo del izvajalska pogodba ne daje. Vendar pa bi morala tožeca stranka po določbi točke 28.01 izvajalske pogodbe zagotoviti bančno garancijo za dobro in pravočasno izvedbo pogodbenih obveznosti. Zadržanje zneskov je očitno pomenilo nekakšen nadomestek za omenjeno bančno garancijo, s čimer se je tožeca stranka strinjala. Tako je razvidno iz njenega dopisa toženi stranki z dne 19.10.2007 (1. točka dopisa). Po določbi točke 28.01 izvajalske pogodbe bi morala zagotoviti bančno garancijo z zapadlostjo do 30.01.2008. Ta datum je zato arbitražni senat upošteval kot rok, do katerega je tožena stranka upravičeno zadrževala 10% znesek od vrednosti zaračunanih del. Imela je pravico zadržati 22.923,36 EUR, kolikor znaša 10% od celotnega zneska izdanih situacij (229.233,58 EUR). Po tem datumu pa je bila dolžna zadržani znesek izplačati tožeci stranki. Posledično je bilo treba zavrniti obrestni del tožbenega zahtevka od zneska 22.923,36 EUR za čas od 28.11.2007 do 30.1.2008.
14. Po določbi 29. člena izvajalske pogodbe lahko tožena stranka za zavarovanje zahtevkov zaradi napak, ki se pokažejo po prevzemu, zadrži znesek v višini 10% za čas garancijskega roka. Stranki nista pojasnjevali, kakšen rok bi prisel v poštev. Točki 25.01 in 26.01 izvajalske pogodbe govorita o jamstvu izvajalca za kvaliteto opravljenega dela. Za konstrukcijska dela je določeno desetletno jamstvo, za kvaliteto „preostale opreme in materiala“ (točka 26.01) pa petletno jamstvo. Ker nobeden od jamstvenih rokov še ni potekel, je zahtevek za vrnitev zneska 22.923,36 EUR (od tega zneska si je tožena

stranka sama pridržala 5.532,10 EUR in 6.582,17 EUR) preuranjen in ga je bilo treba zato zavrniti.

15. Tožeča stranka je navedla, da si je obračunala (odštela) pogodbeno kazen zato, ker je tožeča stranka prekoračila vmesne pogodbene roke. Po terminskem planu bi morala tožeča stranka do 28.8.2007 zaključiti s cestnim priključkom s tamponsko podLAGO, iz opisa del po prvi začasni situaciji pa je po njenih trditvah razvidno, da temu ni tako. Glede pogodbene kazni v zvezi z drugo začasno situacijo je le navedla, da je tožeči stranki obračunala penale v višini 11.828,49 EUR. Tožeča stranka je odgovorila, da je z deli pričela celo pred rokom (preden je bila sklenjena izvajalska pogodba in čeprav tožena stranka ni zagotovila ustreznega gradbenega dovoljenja), do zamud pa naj bi v nadaljevanju prišlo po krivdi tožene in ne tožeče stranke.
16. Po določbi točke 21.01 izvajalske pogodbe sme naročnik zaračunati izvajalcu pogodbeno kazen le v primeru njegove krivde pri prekoračitvi rokov. Sama prekoračitev rokov torej ne zadostuje. Po določbi točke 21.02 znaša pogodbena kazen za prekoračitev vmesnih rokov 0,10% na dan. Da bi bilo mogoče preveriti utemeljenost obračunane pogodbene kazni, bi morala tožena stranka navesti, v katerih dnevih je tožeča stranka zamujala z deli, vendar tega ni storila. Iz določbe drugega odstavka točke 03.02 izvajalske pogodbe izhaja, da je bila naloga tožnika, da bo „na podlagi usmeritev in navodil naročnika pripravil, ter ob njegovem sodelovanju ter ob njegovi predhodni pisni potrditvi PGD, na pristojni UE [...] vložil predlog za spremembo obstoječega gradbenega dovoljenja, ... in „nadaljeval z deli po novem gradbenem dovoljenju in ustrezni projektni in tehnični dokumentaciji.“ Pravočasna izvedba gradbenih del potem takem ni bila odvisna samo od delovanja tožeče stranke. Iz navedb tožeče stranke in pisnih izjav prič, ki jih je predlagala, izhaja tudi, da na začetku gradnje niti ni imela vseh potrebnih načrtov (po izjavah [...] in [...] jih naj bi zadrževala družba [...] iz [...]). Zato bi morala tožena stranka podrobno predstaviti potek gradnje, navesti v katerih dnevih je tožeča stranka zamujala z deli in ponuditi primerne dokaze, da bi se lahko arbitražni senat prepričal o utemeljenosti obračunane pogodbene kazni. Zgolj splošen opomin, kakršna sta npr. dopisa tožene stranke tožeči z dne 24.8. in 10.9.2007, ali izpoved [...], ne zadostujejo. Zato je bilo treba ugoditi zahtevku v delu, ki zadeva pridržano pogodbeno kazen zaradi prekoračitve vmesnih rokov izgradnje (11.828,49 EUR).
17. Na podlagi zgoraj navedenega je arbitražni senat ugodil tožbenemu zahtevku glede objekta [A] za plačilo glavnice 133.669,67 EUR z zakonskimi zamudnimi obrestmi od zneska 110.746,31 EUR od 28.11.2007 do plačila in od zneska 22.923,36 od 31.1.2008 do plačila. V preostalem delu je tožbeni zahtevek zavrnil.

B) Tožbeni zahtevek za [B]

18. Med strankama je nesporno, da je tožeča stranka izvajala dela na gradbišču [B] na podlagi izvajalske pogodbe št. [...] z dne 14.8.2007, in da je toženi stranki izstavila tri začasne situacije:
- 1.) prvo začasno situacijo z dne 1.9.2007 za znesek 427.206,79 EUR,
  - 2.) drugo začasno situacijo z dne 1.10.2001 za znesek 456.491,26 EUR in
  - 3.) tretjo začasno situacijo z dne 2.11.2007 za znesek 438.788,12.
19. Med strankama tudi ni sporno, da je tožena stranka doslej plačala 156.528,29 EUR po prvi začasni situaciji. Po trditvah tožeče stranke je ta situacija ostala neplačana v znesku 270.678,50 EUR, glede celotnega gradbišča [B] pa v znesku 1.165.957,88 EUR; ta znesek zahteva od tožene stranke v tem sporu.
20. Tožena stranka je tožbenemu zahtevku ugovarjala na dveh podlagah. Sklicevala se je na nepotrjenost začasnih situacij in obenem trdila, da je tožeči stranki plačala celo več, kot ji je dolgovala; plačala ji naj bi 1.442.742,87 EUR. Arbitražni senat je najprej preverjal resničnost trditev strank o tem, v kakšnem obsegu je tožeča stranka opravila prevzeto delo, nato pa še, kakšen del utemeljeno vtoževane terjatve je tožena stranka že poravnala tožeči stranki.
21. Glede prve začasne situacije tožena stranka zatrjuje, da nadzorni organ ni priznal postavke C2 – nakladanje in odvoz izkopanega materiala na deponijo v znesku 57.404,29 EUR (neto) in postavke E1 – dobava materiala jeklene konstrukcije - delno, v znesku 135.551,07 EUR). Ta dela naj bi bila neizvedena, šlo pa naj bi tudi za dodatna dela, ki niso bila predvidena v pogodbi. Tožeča stranka se je na te trditve odzvala (v prvi pripravljalni vlogi) tako, da je zanikala utemeljenost zavrnitve prve začasne situacije. Navedla je, da sta tako tožena stranka kot nadzorni organ pozabila, da so bila dodatna dela izvedena „ravno po naročilu nadzornega organa tožene stranke, kar izhaja iz sklepa št. 10 zapisnika z dne 11.8.2007.“
22. Iz dopisa tožene stranke tožeči stranki z dne 10.9.2007, s katerim je zavrnila situacijo št. 01/2007- [...] v vrednosti 427.414,55 EUR, je razvidno, da je bil vzrok zavrnitve v tem, ker je bila v situaciji „pri delih Temeljenje objekta – pozicija 10. Opaženje roba temeljne plošče navedena napačna cena storitve; pri delih Jeklena konstrukcija je v pogodbi navedena cena 2,13 EUR, v situaciji pa je 1,70 EUR; dodatna dela niso navedena v pogodbi.“ Popravljeno prvo začasno situacijo v vrednosti 435.313,99 EUR je tožena stranka zavrnila z dopisom z dne 24.9.2007, v katerem je navedla, da jo zavrača zato, „ker so v situaciji navedena dodatna dela, ki niso v skladu z izvajalsko pogodbo.“ Dodala je, da so v skladu z izvajalsko pogodbo „merodajni le aneksi.“ Iz zavrnitev izdanih začasnih situacij je torej razbrati, da je, potem ko je bila upoštevana pripomba glede napačnih cen, lahko sporno le še, ali so bila upravičeno zaračunana dodatna dela. V navedeni začasni situaciji so dodatna dela opisana na tretji strani. Obsegajo doplačilo za 600 g filca zaradi spremembe projekta, temeljenje projekta in temeljenje parkirišča. Njihova skupna vrednost znaša 6.756,00 EUR, skupaj z DDV pa 8.107,20 EUR. Če znesek odštejemo od vrednosti začasne situacije, dobimo znesek 427.206,79 EUR. To pa je

vrednost, ki jo je tožeča stranka tudi zaračunala toženi stranki z drugič popravljeno (prvo) situacijo. Dvakrat popravljeno začasno situacijo, vsakokrat tako, kot je zahtevala tožena stranka oziroma nadzorni organ, sprejema arbitražni senat kot pravilno.

23. Druga začasna situacija je bila priznana za znesek 453.905,66 EUR. Po navedbah tožene stranke je bila situacija zavrnjena za 2.595,60 EUR zaradi postavke B6 – nakladanje in odvoz izkopanega materiala na stalno deponijo, pri čemer je bil upoštevan faktor razsutosti 1,3. Tožeča stranka ni navedla ničesar konkretnega glede zavrnitve navedenega zneska. Arbitražni senat je zato upošteval drugo začasno situacijo v priznanem znesku.
24. Tretja začasna situacija je bila v celoti zavrnjena, ker naj bi bil toženi stranki potem, ko je tožeča stranka prenehala z izvajanjem del, preprečen dostop do gradbišča. Nadzor zato ni imel dostopa do potrebne dokumentacije in zato situacija po navedbah tožene stranke ni bila nikoli pregledana in potrjena. Tožeča stranka je temu nasprotovala. Navedla je, da je nadzorni organ pisno pozvala, da se dne 14.11.2007 ob 10.00 uri ali ob drugem terminu dobijo na gradbišču, da mu izroči vso potrebno dokumentacijo za potrditev navedene situacije, vendar je dopis „naletel na gluha ušesa.“ [...], ki je opravljal nadzor na gradbišču, je v svoji pisni izjavi izpovedal, da je imel „preprečen dostop na gradbišče, v gradbiščno pisarno in do gradbiščne dokumentacije zaradi enostranske prekinitve del s strani izvajalca [...]“ Vendar pa je na začetku tega postopka tožeča stranka predložila toženi stranki vse gradbene dnevниke. Vsaj po prejemu gradbenih dnevnikov bi zato lahko tožena stranka primerjala tretjo situacijo s stanjem na gradbišču in v gradbenih dnevnikih. Ker kljub temu ni ničesar navedla o tem, v katerih postavkah in zakaj izstavljena situacija ne ustrezala opravljenemu delu, je bilo treba šteti, da je z njo tožeča stranka zaračunala tisto delo, ki ga je tudi dejansko opravila.
25. Po povedanem je tožeča stranka s tremi začasnimi situacijami utemeljeno zaračunala toženi stranki znesek 1.319.900,57 EUR (427.206,79 EUR s prvo situacijo, 453.905,66 EUR z drugo situacijo in 438.788,12 EUR s tretjo situacijo).
26. Vendar pa ni ves utemeljeno zaračunani znesek tudi že zapadel. Tako kot za terjatev za gradbišče [A] velja tudi za terjatev, ki zadeva gradbišče [B], da ima tožena stranka po določbi iz točke 29.01 izvajalske pogodbe pravico, da si zadrži 10% znesek od vrednosti zaračunanih del. Tožbeni zahtevek za plačilo ene desetine zneska 1.319.900,57 EUR, ki se nanaša na jamstvo za napake v garancijskem roku, je zato preuranjen in ga je bilo treba zavrniti. Zapadlih je tako le 1.187.910,51 EUR.
27. Arbitražni senat je preveril, ali so resnične trditve tožene stranke, da je tožeči stranki poleg nespornih 156.528,29 EUR plačala še 671.082,51 EUR na podlagi asignacije z dne 9.11.2007 in 441.597,60 EUR na podlagi cesijske pogodbe ter iz tega razloga šteje, da je ta neveljavna. Iz zapisnika o naroku za glavno obravnavo pri Okrožnem sodišču v Kopru, dne 17.6.2009, v

gospodarskem sporu med [...], [...] (tožečo stranko) in [...], [...] (toženo stranko), ki prav tako zadeva gradbišče [B], je razvidno, da je [...] kot zakoniti zastopnik [...] v svoji izpovedbi omenjal asignacijsko pogodbo za znesek „cca 671.000,00 EUR“. Znesek naj bi [...] poravnal tožniku [...] tako, da ga je temu po asignacijski pogodbi plačal investitor [...]). Ne more torej biti dvoma, da je tožeča stranka priznavala veljavnost asignacijske pogodbe in se zato v tem sporu ne more uspešno sklicevati na njeno neveljavnost. Tudi sama je v nadaljevanju pripravljalne vloge upoštevala plačilo zneska 671.082,51 EUR (znesek je tožena stranka plačala družbi [...] dne 13.12.2007), ki je bilo opravljeno na podlagi asignacijske pogodbe. V XXIII. točki je navedla, da ji tožena stranka dolguje še 355.027,33 EUR. Do tega zneska je prišla tako, da je od zneska 1.551.719,75 EUR najprej odštela nesporno plačanih 229.168,84 EUR in tako prišla do vtoževanih 1.322.550,91 EUR. Od tega zneska pa je odštela znesek 671.082,51 EUR po asignacijski pogodbi in znesek 269.441,07 EUR po cesijski pogodbi (namesto zneska 411.597,60 EUR). Na obravnavi je popravila računsko pomoto, saj pravilen izračun da znesek 382.027,33 EUR.

29. Tožena stranka trdi, da je bila cesijska pogodba sklenjena „za objekt [...]“ in da je znesek 441.597,60 EUR plačala [...]. Tožeča stranka je v tretji pripravljalni vlogi navedla, da sicer drži, da iz cesijske pogodbe izbaja, da je tožena stranka družbi [...] morala plačati 411.597,60 EUR, vendar to ni znesek, ki bi ga tožeča stranka dolgovala družbi [...], pač pa znesek, ki ga je dolgovala tožena stranka navedeni družbi. Dodala je, da je [...] za tožečo stranko opravil le del dogovorjenih del, opredeljenih v naslednjih zneskih: 135.551,20 EUR (dobava materiala in jeklene konstrukcije v prvi začasni situaciji), 34.286,61 EUR (dobava materiala jeklene konstrukcije – dokončno v tretji začasni situaciji), 90.720,00 EUR (kritina), 8.370,00 EUR (izdelava, dobava in montaža kritine nadstreška) in 513,39 EUR (sistem odvodnjavanja), kar skupaj znese 269.441,07 EUR (v resnici 269.441,20 EUR).
30. V cesijski pogodbi, ki je bila sklenjena 17.9.2007, podpisali pa so jo cedent (...), cessus (...) in cesionar (...), je v prvem odstavku 2. člena najprej navedeno, da cedent „naroča svojemu dolžniku in ga hkrati pooblašča, da... „v njegovem imenu nakaže pogodbeno vrednost v višini 411.579,60 EUR“... v korist cesonarja. V drugem odstavku 2. člena je določeno, da sta osnova za izplačilo potrjeni septemtrska in oktobrska gradbena situacija podjetja [...]. V 3. členu je določeno, da cedent „istočasno pooblašča svojega upnika [...] (cesionarja), da bo znesek iz 2. člena sprejel kot plačilo, vezano na njuno medsebojno pogodbo št. [...]“, v 4. členu pa, da „cessus sprejme gornje pooblastilo in nepreklicno izjavlja, da ga bo v celoti in v valutnem roku izpolnil.“ Sklenjena pogodba je cesijska zgolj po izrazih, uporabljenih za pogodbene stranke, po vsebini pa je bližje asignacijski pogodbi. Vsekakor z njo ni bila odstopljena terjatev v višini 411.579,60 EUR namesto izpolnitve (prvi odstavek 425. člena OZ). Zato na tej podlagi (še) ni prenehala terjatev tožeče stranke do tožene v višini 411.579,60 EUR. Ker tožena stranka ni substancirano prerekala navedbe tožeče stranke iz njene tretje pripravljalne vloge glede tega, katere terjatve je imela družba [...] do tožeče stranke, je bilo treba sprejeti njene trditve za resnične. Arbitražni senat je zato sklepal, da je tožena stranka na podlagi cesijske pogodbe poravnala tožeči stranki 269.441,20 EUR.
31. Skupno je tožena stranka poravnala tožeči stranki 1.097.052,00 EUR. Neporavnanih je ostalo še 90.858,51 EUR (1.187.910,51 EUR – 1.097.052,00 EUR). V tem delu je tožbeni zahtevki glede glavnice utemeljen.

32. Kar je glede terjatve za [A] povedano o zadržanju 10% zneska kot nadomestila za bančno garancijo za dobro izvedbo del, velja tudi za terjatev za [B]. Iz naslova dopisa tožeče stranke z dne 19.10.2007 je razvidno, da se njen strinjanje z zadržanjem zneskov nanaša na obe gradbišči. Ker bi morala biti zagotovljena bančna garancija z zapadlostjo do 30.01.2008 (točka 28.01 izvajalske pogodbe), je arbitražni senat upošteval ta datum kot rok, do katerega je bila tožena stranka upravičena, da zadržuje 10% znesek od vrednosti zaračunanih del. Posledično je bilo treba ugoditi obrestnemu delu zahtevka od zneska 90.858,51 EUR le od 31.1.2008 do plačila, v presežku (za čas od 28.11.2007 do 30.1.2008) pa ga je bilo treba zavrniti.

#### O stroških postopka

33. Izrek o stroških postopka temelji na doseženem uspehu. Priglašeni stroški tožeče stranke znašajo 40.957,72 EUR, stroški tožene stranke pa 10.938,12 EUR. Tožeča stranka je uspela s 17%, tožena s 83%. Upoštevajoč uspeh v postopku je tožeča stranka upravičena do povrnitve 6.962,81 EUR stroškov postopka, tožena pa do 9.078,64 EUR. Po medsebojnem pobotanju stroškov je tožeča stranka dolžna povrniti toženi stranki njene stroške v višini 2.115,83 EUR, v primeru zamude skupaj z zamudnimi obrestmi.

Ljubljana, 8. junija 2011

Predsednik arbitražnega senata  
[...]

Član  
[...]

Član  
[...]

## Turneja Ljubljanskih arbitražnih pravil

### Stalna arbitraža pri GZS

Z novostmi, ki jih prinašajo Ljubljanska arbitražna pravila, Stalna arbitraža seznanja slovenske in tuje uporabnike, predvsem odvetnike, pravnike v gospodarstvu in arbitre

Od 1. januarja 2014 veljajo nova Arbitražna pravila Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije (Ljubljanska arbitražna pravila). Stalna arbitraža pri GZS je regionalni arbitražni center za reševanje domačih sporov in mednarodnih sporov, ki vključujejo stranke iz srednje ter jugovzhodne Evrope. Z novostmi, ki jih prinašajo Ljubljanska arbitražna pravila, Stalna arbitraža seznanja slovenske in tuje uporabnike, predvsem odvetnike, pravnike v gospodarstvu in arbitre.

Z namenom, da bi uporabnikom iz regije približali nova Ljubljanska arbitražna pravila, je Stalna arbitraža v sodelovanju s partnerskimi institucijami pripravila številne predstavitev novih pravil, z naslednjimi poudarki:

- strateške usmeritve pri pripravi Ljubljanskih arbitražnih pravil;
- imenovanje arbitrov in njihova vloga v arbitražnem postopku;
- novosti na področju zagotavljanja stroškovne in časovne učinkovitosti postopkov;
- začasni ukrepi v arbitražnem postopku;
- stroški arbitražnega postopka;
- pospešeni arbitražni postopek in
- postopek pred arbitrom za nujne primere.



*Na predstavitvi, ki je 6. februarja 2014 potekala na ljubljanski Pravni fakulteti, je udeležence uvodoma nagovoril zasl. prof. dr. Lojze Ude. Predstavitev je vodil Marko Djinović, novosti Ljubljanskih arbitražnih pravil pa so predstavili dr. Jernej Sekolec, prof. dr. Aleš Galič in Nejc Lahne.*

Ljubljanska arbitražna pravila so bila predstavljena na:

---

21. Hrvatski arbitražni dani, 5. - 6. 12. 2013,  
Hrvatska gospodarska komora, Zagreb,  
[www.hgk.hr](http://www.hgk.hr)

---

Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani in Inštitut za primerjalno pravo pri PF LJ, 6. 2. 2014, Ljubljana,  
<http://www.ipp-pf.si>

---

Arbitration in CEFTA Region, 18. 2. 2014,  
Chamber of Commerce of Macedonia, Skopje,  
<http://www.mchamber.org.mk>

---

Pravna fakulteta Univerze v Mariboru in Pravniško društvo v Mariboru, 6. 3. 2014, Maribor,  
<http://www.um.si>

---

Odvetniška šola, Odvetniška zbornica Slovenije, 4. 4. 2014, Portorož, <http://www.odv-zb.si>

O Ljubljanskih arbitražnih pravilih si lahko preberete naslednje strokovne članke:

Galič, A.: Nova Ljubljanska arbitražna pravila, Odvetnik, letn. 16, št. 65 – april 2014

Menard, M.: Pospešeni arbitražni postopek po novih Arbitražnih pravilih Stalne arbitraže pri GZS, Slovenska arbitražna praksa, 2 (2013) 3

Werdnik, R.: Emergency Arbitrator and the new Ljubljana Arbitration Rules, Slovenska arbitražna praksa, 2 (2013) 3

Verbič, M.: Nova arbitražna pravila stalne arbitraže pri GZS, Pravna praksa, št. 48/2013

Mozetič, D., Okretič, N.: Postopek pred arbitrom za nujne primere po novih Ljubljanskih arbitražnih pravilih, Pravna praksa, št. 6-7/2014

Djinović, M., Lahne, N.: Zahteva za arbitražo – otvorenito dejanje v arbitraži, Pravna praksa, 33 (2014) 16-17

Djinović, M.: Avtonomija strank pri imenovanju arbitrov terja odgovornost, Pravna praksa, 33 (2014) 18

Djinović, M., Rižnik, P.: Vloga in naloge arbitrov po novih Ljubljanskih arbitražnih pravilih, Pravna praksa, 33 (2014) 19

Lahne, N., Rižnik, P.: Rešitve Ljubljanskih arbitražnih pravil za kompleksne arbitražne postopke, Pravna praksa, 33 (2014) 20



*Udeležence predstavitve v Mariboru 6. marca 2014 sta nagovorila dekan mariborske Pravne fakultete prof. dr. Saša Prelič in predsednik Stalne arbitraže pri GZS doc. dr Konrad Plauštajner. Skozi novosti Ljubljanskih arbitražnih pravil so udeležence popeljali prof. dr. Rajko Knez, Marko Djinović, prof. dr. Vesna Rijavec in Nejc Lahne.*

Več na [www.sloarbitration.eu](http://www.sloarbitration.eu)

# Predlog uredbe o razmejitvi stroškov, povezanih z reševanjem sporov na podlagi BIT, katerih pogodbenica je EU

Andrejka Kos

Evropski parlament je 16. 4. 2014 objavil zakonodajno resolucijo o *predlogu uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o vzpostavitvi okvira za upravljanje finančnih odgovornosti, povezanih s sodišči za reševanje sporov med vlagatelji in državo, ustanovljenimi z mednarodnimi sporazumi, katerih pogodbenica je Evropska unija* (COM(2012)0335 – C7-0155/2012 – 2012/0163(COD)).

Predlog uredbe določa okvir za razporeditev finančne odgovornosti, povezane z reševanjem sporov na podlagi sporazumov o spodbujanju in zaščiti naložb, katerih pogodbenica je Evropska unija (EU). Z Lizbonsko pogodbo je EU postavila sporazume o spodbujanju in zaščiti naložb (BIT) v okvir skupne trgovinske politike in s tem izključne pristojnosti EU. Eden od osrednjih elementov BIT je možnost, da vlagatelj vloži tožbo proti državi, če je ta ravnala v nasprotju s svojimi obveznostmi iz BIT. V primeru, da pride do spora, bo zadevna država nosila stroške (plačila za upravljanje spora, plačila arbitrov, plačila odvetnikov).<sup>1</sup>

**Predlog uredbe zasleduje načelo, da je treba finančno odgovornost, ki izhaja iz postopkov za reševanje sporov med vlagatelji in državo, pripisati akterju, ki zagotavlja obravnavo v sporu**

sprejme EU, v nacionalno zakonodajo, če se zadevna obravnava zahteva na podlagi prava EU.<sup>2</sup>

Poleg razmejitve finančne odgovornosti med EU in državo članico, predlog uredbe obravnava še izvajanje postopkov za reševanje sporov v zvezi z obravnavo, ki jo zagotovi bodisi EU bodisi država članica ter postopke poravnava.

Predlog uredbe zasleduje načelo, da je treba finančno odgovornost, ki izhaja iz postopkov za reševanje sporov med vlagatelji in državo, pripisati akterju, ki zagotavlja obravnavo v sporu. To pomeni, da bi morala EU, kadar obravnavo v sporu zagotovi institucija, organ ali agencija EU, sama prevzeti finančno odgovornost. Kadar obravnavo v sporu zagotovi država članica, pa bi morala finančno odgovornost prevzeti država članica. Vendar pa bi morala EU sama prevzeti finančno odgovornost, ko država članica deluje v skladu s pravom EU, na primer pri prenosu direktive, ki jo

<sup>1</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0335:FIN:SL:PDF> (30.4.2014).

<sup>2</sup> 7. točka preamble predloga uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o vzpostavitvi okvira za upravljanje finančnih odgovornosti, povezanih s sodišči za reševanje sporov med vlagatelji in državo, ustanovljenimi z mednarodnimi sporazumi, katerih pogodbenica je Evropska unija.

## Prenovljena spletna stran [www.sloarbitration.eu](http://www.sloarbitration.eu)

Stalna arbitraža pri GZS

Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije je v celoti prenovila svojo spletno stran. Z novo spletno stranjo se želimo še bolj približati uporabnikom in jim ponuditi uporabne informacije, ki jih potrebujejo za odločitev o reševanju sporov z arbitražo, mediacijo, posredovanjem in drugimi alternativnimi oblikami.

**Nova spletna stran je zasnovana kot sodobno, interaktivno komunikacijsko orodje, ki uporabniku nudi:**

- pregled aktualnih novice in dogodkov
- vzorčne klavzule v več jezikih
- napreden kalkulator stroškov
- interaktivno shemo arbitražnega postopka
- portal Konference slovenske arbitraže
- portal revije Slovenska arbitražna praksa
- dostop do pomembnih prispevkov namenjenih osvetlitvi in razvoju arbitražnega prava in prakse v Sloveniji
- pregled izbrane sodne prakse slovenskih sodišč, povezane z arbitražo

Vsebine in orodja na novi spletni strani so predstavljeni v slovenskem in angleškem jeziku, kmalu pa se bodo pridružili še drugi jeziki.

Pripravljamo tudi novo interaktivno orodje – **spletni iskalnik arbitrov**, ki bo uporabnikom omogočal, da z različnimi iskalnimi kriteriji identificirajo strokovnjake, ki so najprimernejši za reševanje njihovega spora. Spletni iskalnik arbitrov, ki bo uporabnikom služil kot neobvezni pripomoček pri izbiri strokovnjaka (arbitra) bomo podrobnejše predstavili v naslednji številki revije Slovenska arbitražna praksa.



[www.sloarbitration.eu](http://www.sloarbitration.eu)

slovenska  
arbitražna praksa  
marec 2014

# 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 Arbitration Review) 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

Ljubljana Arbitration Centre  
c/o Chamber of Commerce and Industry of Slovenia  
Domičeva 13  
SI-1504 Ljubljana, Slovenia  
E-mail: [arbitraznapraksa@gzs.si](mailto: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](http://www.sloarbitration.eu)

Za več informacij:

Andreja Abram ([andreja.abram@gzs.si](mailto:andreja.abram@gzs.si))

telefon: 01 58 98 129

\* Izpolnijo samo pravne osebe.



# slovenskih pravnikov 2014

16. in 17. oktobra, GH Bernardin, Portorož

## Program sekcij

**Ali zaupati sodnim izvedencem:** vodja dr. Renata Salec

**Finančno prestrukturiranje:** vodja dr. Nina Plavšak

**Moralno razumevanje prava:** vodja dr. Marijan Pavčnik

**Izvedba finančnega prestrukturiranja (delavnica):** vodja dr. Nina Plavšak

**Gospodarska družba kot subjekt v pravdnem postopku:**  
vodja dr. Aleš Galič

**Obdavčitev nepremičnin de lege ferenda in v prehodnem obdobju:**  
vodja Franci Gerbec

**Lobiranje med zakonom in korupcijo:** vodja dr. Albin Igličar

**Korporacijsko pravo – gospodarske družbe:** vodja dr. Marijan Kocbek

**Zaščita tujih investicij: interakcija med državno suverenostjo  
in globalnimi gospodarskimi interesmi:** vodja dr. Mirjam Škrk

**Sodniško odločanje na rezilu medijev (okrogla miza):**  
vodja dr. Luigi Varanelli

Vabljeni na največje  
pravniško srečanje

Zveza društev pravnikov Slovenije  
Zveza društev za gospodarsko pravo Slovenije  
IUS SOFTWARE, d. o. o., Ljubljana (GV Založba)

Kotizacija za udeležbo na Dnevih slovenskih  
pravnikov 2014 in gradivo je 360,00 EUR  
(439,20 EUR z DDV).



Za zgodne prijave in plačilo do  
30. junija 2014 vam priznamo  
**10-odstotni popust.**

Oba dneva za udeležence srečanja velja  
posebna ponudba GH Bernardin – cena  
enega kosila je 10,00 EUR + DDV.

Najhitrejše prijave:

[www.dnevipravnikov.si](http://www.dnevipravnikov.si)

telefon: 01 30 91 813

faks: 01 30 91 815

e-pošta: [dnevipravnikov@gyzalozba.si](mailto:dnevipravnikov@gyzalozba.si)

Podroben program in sprotne spremembe:

[www.dnevipravnikov.si](http://www.dnevipravnikov.si)

## Prijavnica na Dneve slovenskih pravnikov 2014 **Popust za zgodnje prijave!**

ime in priimek udeleženca

delovno mesto

podjetje

naslov

da ne

davčni zavezanc (obkroži)

identifikacijska številka za DDV

matična številka

e-pošta

telefon

faks

datum

stampiljka

podpis pooblašcene osebe

želim kosilo v GH Bernardin po posebni ceni 10,00 EUR + DDV v četrtek  želim kosilo v GH Bernardin po posebni ceni 10,00 EUR + DDV v petek

Vaše podatke bomo uporabljali v skladu z Zakonom o varstvu osebnih podatkov.  Ne želim, da uporabljate moje podatke za obveščanje o novostih.

sponzorji

medijski sponzorji



BERNARDIN GROUP  
RESORTS & HOTELS

**Deloitte.** Deloitte Legal



**IUS-INFO®**



merci



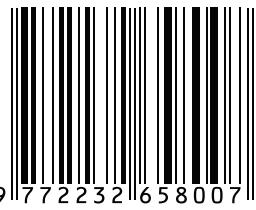
VEČER

AVTOFOKUS

faks: 01 30 91 815

Prijavnico lahko fotokopirate.  
(SloArBi101)

ISSN 2232-6588

A standard 1D barcode is positioned vertically within a white rectangular box. The barcode consists of vertical black bars of varying widths.

9 772232 658007