

# slovenska arbitražna praksa



# Konferenca slovenske arbitraže

Arbitraža v intra ex-Yu poslovanju

2014

konferenco so omogočili:

UP ULČAR & PARTNERJI

ODI.Law

BABIĆ &  
PARTNERS  
LAW FIRM

ARP  
ANDREAS REINER & PARTNERS  
RECHTSANWÄLTE · ATTORNEYS · AVOCATS · 律师

JADEK & PENSA

karanovic/nikolic

Jovović, Mugoša & Vuković  
LAW OFFICE

◆  
ROJS, PEJHAN, PRELESNIK & PARTNERJI

TKALČIČ-DULIČ & PREBANIČ, RIZVIĆ,  
JUSUFBAŠIĆ-GOLOMAN  
LAWYERS' OFFICE

TLA Top-tier Legal  
Adriatic

v sodelovanju z:

 United Nations  
UNCITRAL

 STALNA ARBITRAŽA  
PRI GOSPODARSKI  
ZBORNICI SLOVENIJE

# slovenska arbitražna praksa

prispevek k razvoju arbitraže v Sloveniji

Letnik III, Številka 2 (junij 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



## Vsebina

### UVODNIK

#### Mostovi med mediacijo in arbitražo

3

### MEDIACIJA V SLOVENIJI

#### Friendly Legal Environment for Mediation and other ADR Mechanisms in Slovenia

prof. Rajko Knez, PhD, Petra Weingerl, MJur (Dist) (Oxon)

4

### ESKALACIJSKE KLAVZULE

#### Eskalacijska arbitražna klavzula

Mojca Fakin

12

### MEDIATOR – ARBITER

#### Mediator in arbiter – ista oseba?

Andrejka Kos

20

## VLOGA MEDIATORJA

Mediacijske veščine in tehnike v gospodarskih sporih  
Gordana Ristin

24

## ODVETNIK V MEDIACIJI

Vloga odvetnika v gospodarski mediaciji  
mag. Zoran Hajtnik

31

## V SREDIŠČU

Efficiency of Mediation in Commercial Disputes  
with Emphasis on Estonia  
Ilona Nurmela, PhD, Pirkka-Marja Pöldvere

35

## TEKSTI ZA PRAKSO

### Etični vidiki mediacije

Ob 10. obletnici sprejetja Evropskega kodeksa ravnana za mediatorje  
doc. dr. Konrad Plauštajner

42

### Evropski kodeks ravnana za mediatorje

### European Code of Conduct for Mediators

### Zakon o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah (ZMCGZ)

45

48

51

## AKTUALNO

Pobuda za pripravo Konvencije o izvršljivosti poravnav, doseženih  
v postopkih mednarodne gospodarske konciliacije  
Stalna arbitraža pri GZS

57

## SPOROČILO UREDNIŠTVA

Navodila avtorjem za oblikovanje prispevkov  
Uredništvo

58

### Guidelines for contributors

Editorial Board

59



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: Mehmed Pasha Sokolovic old Ottoman bridge in Visegrad © Depositphotos/Baloncici

Naklada: 300 izvodov

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

### Cena letne naročnine:

80,00 EUR z vključenim DDV.

Poštnina za pošiljanje v tujino se zaračuna posebej.

### Naročila:

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

### Trženje oglasnega prostora:

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

### Naslov uredništva:

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

© Gospodarska zbornica Slovenije (GZS), Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije 2014. 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.

## Mostovi med mediacijo in arbitražo

Mediacija v gospodarskih sporih postaja vse pogostejša izbira podjetij. Uporabniki se odločajo tako za mediacijo v obliki samostojnega mehanizma kot tudi v različnih kombinacijah z arbitražo. S tem postaja mediacija del celovite strategije podjetij glede reševanja poslovnih sporov.

Z drugo letošnjo številko Slovenske arbitražne prakse želimo uporabnikom (predvsem podjetjem in odvetnikom, ki jih v potencialnih sporih zastopajo) približati mediacijo kot način reševanja sporov. Na prvo mesto zato postavljamo prikaz pravnega okolja za mediacijo v Sloveniji, ki ga je moč oceniti kot ugodnega in "mediaciji prijaznega".

Srž pričajoče številke je raziskovanje stičnih točk med mediacijo in arbitražo. Zanima nas predvsem, kako v praksi učinkovito kombinirati mediacijo in arbitražo ter na kakšen način lahko stranke z uporabo večstopenjskih (eskalacijskih) arbitražnih klavzul, določijo zaporedje postopkov (metod ARS), po katerih se bo reševal spor. S kombiniranjem mediacije in arbitraže pa se odpirajo tudi nekatera pomembna vprašanja, kot npr. ali lahko ista oseba najprej nastopa v vlogi mediatorja in v primeru neuspešne mediacije še v vlogi arbitra. O obeh vidikih je posebej govora. Prav tako nismo prezeli vprašanja, kakšen osebni profil in kvalitete uporabniki pričakujejo od gospodarskega mediatorja. Iz kakšnega testa naj bo torej mediator? Kakšne veščine in tehnike mora posedovati? In ne nazadnje, mediatorje veže tudi skup etičnih pravil in načel, ki veljajo neodvisno od pravnih pravil. Ob 10. obletnici sprejetja Evropskega kodeksa ravnanja za mediatorje smo se zato odločili aktualizirati vprašanje etike mediatorjev.

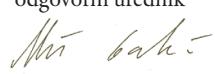
V središču je obravnavano vprašanje (sistemske) učinkovitosti mediacije. Drzneva si postaviti oceno, da je prispevek avtoric v tem kontekstu celo vizionarni, njegova sporočilna vrednost pa je naslednja; *v razvitih pravnih okoljih je "navidezno rivalstvo" med sodnim in zunaj sodnim reševanjem sporov že zdavnaj preseženo, učinkovitost zunaj sodnega reševanja sporov pa pomembno prispeva k učinkovitosti pravnega (in tudi sodnega) sistema v celoti – in obratno*. Tudi v Sloveniji se ta miselnost počasi, a vztrajno utrjuje.

Na koncu z veseljem ugotavlja, da večji del avtorjev prihaja iz odvetniških vrst. To je spodbudno sporočilo, saj kaže na to, da se odvetniki prepoznaajo kot aktivni deležniki mediacije, ARS in upravljanja ter razreševanja sporov naspoplo. Hkrati je to tudi najboljša možna popotnica za nadaljnji razvoj mediacije in ARS v Sloveniji – tudi v luči novih "Ljubljanskih mediacijskih pravil", ki so trenutno v pripravi in bodo pričela veljati v letu 2015.

Marko Djinović  
strokovni urednik



prof. dr. Aleš Galič  
odgovorni urednik



# Friendly Legal Environment for Mediation and other ADR Mechanisms in Slovenia

prof. Rajko Knez, PhD, Petra Weingerl, MJur (Dist) (Oxon)

Rajko Knez is a professor of law at the Faculty of Law University of Maribor. He is active in the field of private law, private international law, law of environmental protection and nature conservation. As a guest lecturer he lectures at the faculties of law University of Vienna (Juridicum), Graz and Zagreb. He is a titleholder of the Jean Monnet Centre of Excellence and he is titled Jean Monnet Professor. He is also the author of numerous scientific and expert articles, monographs and commentaries of the Slovene legislation. Currently, he is a member of the Permanent Court of Arbitration (PCA, The Hague), an active arbitrator and the Vice-president of the Ljubljana Arbitration Centre at the Chamber of Commerce and Industry of Slovenia.

Petra Weingerl is a DPhil student at University of Oxford. She graduated in 2011 from Faculty of Law (Rector's Award for the best student in the generation, Trimo Research Award for the diploma thesis) and Faculty of Business and Economics, University of Maribor, and completed Magister Juris at University of Oxford with distinction (2012). Before commencing her DPhil at University of Oxford, she worked at the Court of Justice of the EU in Luxembourg and at Higher (Appellate) Court in Ljubljana. She is affiliated with University of Vienna as an external associate. E-mail: petra.weingerl@univ.ox.ac.uk, petrawww@gmail.com

## Introduction

Mediation and other alternative dispute resolution mechanisms (hereinafter: ADR mechanisms) are more and more frequently used among parties to the disputes, therefore it is no surprise that practice welcomes the new Mediation Rules of the Ljubljana Arbitration Centre at the Chamber of Commerce and Industry of Slovenia (the "Ljubljana Mediation Rules") which are currently being drafted and will enter into force in 2015. Setting the scene and the broader context for engagement with issues related to mediation, this contribution aims to provide an overview of the legal landscape for mediation in Slovenia, focusing on the aspect of the "hard law".

It is readily acknowledged that mediation is a popular dispute resolution mechanism in Slovenia, and also legal landscape can be described as favourable for conducting it

out under the auspices of the courts. The district court in Ljubljana is the pioneer of this dispute settlement mechanism in Slovenia, introducing it in the year 2001. There are also several non-governmental organisations that are active in the field of mediation, i.e the Ljubljana Arbitration Centre at the Chamber of Commerce and Industry of Slovenia (the LAC), the Slovenian Association of Mediators, the Centre for Mediation at the Legal Information Centre, the Slovenian Association of Mediation Organisations – MEDIOS, the Institute for Mediation and Arbitration under the auspices of the Bar etc.

This contribution does not purport to be an exhaustive analysis of all the emerging issues in this complex area, many of which will be dealt with in the subsequent contributions. Instead, it looks into regulation of mediation in Slovenia, primarily focusing on the the Mediation in Civil and Commercial Matters Act<sup>1</sup> ("Zakon o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah", hereinafter: the Mediation Act), with short

<sup>1</sup> Djinović, M., Galič, A.: Slovenski arbitražni praksi na pot, Slovenska arbitražna praksa, Stalna arbitraža pri GZS, (2012) 1, p 3.

<sup>2</sup> Official Gazette of the Republic of Slovenia, No 56/08.

overview of some other legal instruments touching on conduct of mediation.

## Concept of Mediation

Mediation in Slovenia is understood as a mechanism for resolving disputes between two or more parties with the help of the neutral third person, being more informal, confidential, rapid and less burdensome in terms of costs as the judicial proceedings.<sup>3</sup> It is generally accepted that the recourse to mediation is voluntary, although there are some derogations to this general principle applicable to all alternative dispute resolution mechanisms. For instance, the elements of mandatory mediation are present in relation to court-annexed mediation in the Act on Alternative Dispute Resolution in Judicial Matters<sup>4</sup> (“Zakon o alternativnem reševanju sodnih sporov”, hereinafter: the ZARSS) and in the relatively newly adopted amendments of the Financial Operations, Insolvency Proceedings and Compulsory Dissolution Act<sup>5</sup> (“Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju”, hereinafter: the Insolvency Act).

The definition of mediation is provided in the Mediation Act. Pursuant to the Mediation Act, mediation means a structured process whereby two or more parties to a dispute attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a neutral third person (the mediator).<sup>6</sup> Such structured process means mediation for the purposes of the Mediation Act irrespective of how it is named or referred to, for example as conciliation, intervention in the dispute or with some other expression.<sup>7</sup>

Mediation is accepted both outside and within the framework of national courts; therefore both out-of-court and court-annexed mediations are accepted. As regards the court-annexed mediation, the Civil

Procedure Act<sup>8</sup> (“Zakon o pravdnem postopku”) provides that the court has a duty to draw the parties’ attention to the possibilities of interrupting the legal proceedings due to alternative dispute resolution mechanisms or to refer them to such mechanisms whenever this is appropriate.<sup>9</sup> In 2010 the aforementioned ZARSS was introduced, making the court-annexed mediation obligatory for the first instance courts and appellate courts, Slovenia being the first country, alongside with the Netherlands, to make the use of the mediation mandatory for those courts.<sup>10</sup> The model it introduces sets the alternative dispute resolution mechanisms as the first choice dispute resolution method, whereas the court proceedings are the method of the last resort.<sup>11</sup>

It is generally accepted that the recourse to mediation is voluntary

The success of this programme has been confirmed internationally, as the district court in Ljubljana in 2005 took part in the competition for the crystal scales of justice prize for innovative practices contributing to the efficiency and quality of civil justice (organised by the Council of Europe and the European Commission), and was chosen among the best three models, being called also the models of good practice.<sup>12</sup> In 2011, there were 2,735 cases successfully resolved with the court-annexed mediation at the first instance courts.<sup>13</sup> The average success rate of mediation, measured with the number of reached agreements, is more than 50 per cent.<sup>14</sup>

## Favourable legal landscape for conducting mediation in Slovenia

### The Mediation Act

The basic principles and rules on mediation procedure are governed by the Mediation Act. It transposes the Directive 2008/52/EC on certain aspects of

Mediation means a structured process whereby two or more parties to a dispute attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a neutral third person (the mediator)

<sup>3</sup> These characteristics of mediation are named also on the webpage of the Ministry of Justice, [http://www.mp.gov.si/si/storitve/alternativno\\_resevanje\\_sporov/splosno\\_o\\_mediaciji/](http://www.mp.gov.si/si/storitve/alternativno_resevanje_sporov/splosno_o_mediaciji/).

<sup>4</sup> Official Gazette of the Republic of Slovenia, No 97/09, 40/12 – ZUJE. See also Razdrih, A.: Vloga in odgovornost odvetnika v mediaciji, Odvetnik (2010) 48, p 11.

<sup>5</sup> Official Gazette of the Republic of Slovenia, No 36/2013.

<sup>6</sup> See Article 3(1) of the Mediation Act.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Official Gazette of the Republic of Slovenia, No 26/99.

<sup>9</sup> See Article 305.b(3) of the Civil Procedure Act.

<sup>10</sup> Zalar, A.: Kdo in zakaj se boji mediacije na sodišču?, Pravna praksa, (2012) 42, p 3.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> See also Jovin-Hrastnik, B.: Med obveznim in neobveznim alternativnim reševanjem sporov, Podjetje in delo (2009) 7, p 1123; Zalar, A. above; Kranjčević, M.: Mediacija včeraj, danes, jutri, Odvetnik (2012) 58, p 3.

<sup>13</sup> Betetto, N.: Mediacija mora ostati na sodišču, Odvetnik (2012) 58, p 26-27.

<sup>14</sup> Zalar, A. above.

The Mediation Act has not introduced mediation in the Slovenian legal regime, which has already been quite well developed at the time of transposition and widely used method of dispute settlement in Slovenia

The recourse to mediation can be made on the basis of the parties' agreement reached before or after the dispute arises, a referral by the court, arbitral tribunal or other competent national authority

mediation in civil and commercial matters<sup>15</sup> (hereinafter: Directive 2008/52/EC) to Slovenian law. The objective of the Mediation act has followed the objective set in article 1 of the Directive 2008/52/EC, which is to facilitate access to alternative dispute resolution and to promote the amicable settlement of disputes by encouraging the use of mediation and by ensuring a balanced relationship between mediation and judicial proceedings.<sup>16</sup> Nonetheless, the goal of the Mediation act was not solely the transposition of the Directive 2008/52/EC, as one of the reasons for its adoption was also the gradual tendency of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) towards the international harmonization of mediation rules, which was taken into account while drafting the Mediation Act. The same is true for the recommendations of the Council of Europe; they were also taken into account.<sup>17</sup>

While the Directive 2008/52/EC lays down only minimum standards to encourage mediation in cross-border civil and commercial matters, the Slovenian regulation sets a general scheme or a common legal regime for all types of mediation, including both domestic and cross-border mediation,<sup>18</sup> and thereby sets a monistic legal framework for mediation in Slovenia. Moreover, the Mediation Act is applicable also to mediation in international commercial disputes and non-commercial disputes. Its provisions also apply to mediation in other disputes, as long as this complies with the nature of the legal relationship out of which the dispute has arisen and if the law does not exclude this possibility.<sup>19</sup> It is applicable to mediation regardless of the trigger for the use of this alternative dispute resolution mechanism. The recourse to mediation can be made on the basis of the parties' agreement reached before or after the dispute arises, a referral by the court, arbitral tribunal or other competent national authority.<sup>20</sup>

The Mediation Act is applicable also to mediation conducted by a judge who is not responsible for any judicial proceedings related to the matter or matters in dispute.<sup>21</sup> However, the application of the Mediation Act should not be extended to attempts made by the court or judge seized to settle a dispute in the context of judicial proceedings concerning the dispute or the arbitrator in the context of arbitral proceedings.<sup>22</sup>

The Mediation Act has not introduced mediation in the Slovenian legal regime, which has already been quite well developed at the time of transposition and widely used method of dispute settlement in Slovenia. Nevertheless, it is an important piece of legislation as there was no legislation regulating mediation systematically in Slovenia until its adoption. There were only rules regulating mediation in specific areas, such as in collective labour disputes as governed in the Collective Agreements Act<sup>23</sup> ("Zakon o kolektivnih pogodbah"), disputes between employers and employees as governed in the Employment Relationship Act<sup>24</sup> ("Zakon o delovnih razmerjih"), disputes among insurance companies and consumers as governed in the Financial Instruments Market Act<sup>25</sup> ("Zakon o trgu finančnih instrumentov") and the Insurance Act<sup>26</sup> ("Zakon o zavarovalništvu"). *Inter alia*, mediation is regulated also in the Patient Rights Act<sup>27</sup> ("Zakon o pacientovih pravicah") and in the Copyright and Related Rights Act<sup>28</sup> ("Zakon o avtorski in sorodnih pravicah"). Therefore, the contents of the Mediation Act may be described as a general regulation for all types of mediation and covers mediation associated with judicial procedures and extrajudicial mediation, whereas specifics of some special procedural rules are left to be regulated in the sector-specific instruments. In the subsequent sub-chapters the selected aspects of the content of the Mediation Act will be introduced, covering the mediation agreement, matters available to be submitted to mediation, the mediator, mediation

21 See Article 4(2) of the Mediation Act.

22 See Article 2(4) of the Mediation Act.

23 Official Gazette of the Republic of Slovenia, No 43/06 in 45/08 – Zarbit.

24 Official Gazette of the Republic of Slovenia, No 21/13, 78/13.

25 Official Gazette of the Republic of Slovenia, No 108/10, 78/11, 55/12, 105/12 - ZBan-IJ, 63/13 - ZS-K.

26 Official Gazette of the Republic of Slovenia, No 99/10, 90/12, 56/13, 63/13 - ZS-K.

27 Official Gazette of the Republic of Slovenia, No 15/08.

28 Official Gazette of the Republic of Slovenia, No 16/07, 68/08, 110/13.

procedure, settlement, and the costs of the mediation procedure.

### The Mediation Agreement

The mediation agreement is governed by Article 6 of the Mediation Act, which provides rules on the commencement of the mediation proceedings. Parties usually agree on mediation in advance. However, it is possible also once the dispute has arisen.<sup>29</sup> In cases when the mediation agreement is concluded in advance, the mediation starts as soon as the party receives the initiative of the opposing party to start the mediation proceedings.<sup>30</sup> If the parties concluded no such mediation agreement and the dispute arises, the mediation starts when the parties reach the agreement to mediate. If a party proposes the mediation, the opposing party has to accept the proposal in thirty days of its receipt or in the period set in the proposal, otherwise it is deemed that the proposal has not been accepted.<sup>31</sup> The Mediation Act does not prescribe any rules on the formal validity of the agreement to mediate. Thus, it can be reached also on the basis of implication by conduct.<sup>32</sup>

If the parties have explicitly agreed that they will not commence arbitration or judicial proceedings relating to existing or future disputes until certain amount of time passes or until the occurrence of the certain event, the arbitral tribunal or the court must dismiss the case if the respondent objects (unless the claimant proves that otherwise serious and irreversible consequences could occur).<sup>33</sup> The objection must be made in the statement of defence at the latest. However, the Mediation act specifically provides that the initiation of arbitration or judicial proceedings does not in itself constitute a waiver of the mediation agreement or the termination of the mediation process.<sup>34</sup>

### Matters Available to be Submitted to Mediation

The Mediation Act provides that matters resulting from private law sphere based on the party autonomy

can be submitted to mediation. Besides traditional civil matters this includes also commercial, employment and other property-related matters except as regards rights and obligations which are not at the “parties’ disposal” under the relevant applicable law.<sup>35</sup>

Directive 2008/52/EC expressly excludes administrative, revenue and customs matters and issues involving *acta de iure imperii* from its application. However, mediation based on the Mediation Act could potentially be conducted also in matters with public law element, including administrative matters and the liability of the state or local authorities for acts and omissions in the exercise of state or local authority, which is wider than the scope provided by the directive. Nevertheless, mediation in these matters could be conducted only to the extent to which it is possible according to the legal nature of the matter and if the special law does not exclude the possibility of mediation in the specific matter.<sup>36</sup>

### The Mediator

The mediator is defined as any third person who is asked to conduct mediation, regardless of the denomination or profession of that third person and of the way in which the third person has been appointed or requested to conduct the mediation.<sup>37</sup> The Mediation Act provides that one or more mediators can take part in the mediation proceedings.<sup>38</sup> The appointment of mediators is governed in Article 7 of the Mediation Act. It provides that parties appoint the mediator with an agreement, unless they agree upon a different procedure of appointment. They have a possibility to ask a third party or an organization to appoint the mediator on their behalf. The person chosen to act as mediator has a duty to immediately disclose all circumstances that could affect his or hers impartiality and independence.<sup>39</sup> He or she is bound by this duty throughout the entire mediation procedure.

Parties are free to choose the mediator of their own choice as long as they agree on the person chosen. When third parties or organizations choose the

The Mediation Act provides that matters resulting from private law sphere based on the party autonomy can be submitted to mediation

The person chosen to act as mediator has a duty to immediately disclose all circumstances that could affect his or hers impartiality and independence. He or she is bound by this duty throughout the entire mediation procedure

<sup>29</sup> See Article 6(2) of the Mediation Act.

<sup>30</sup> See Article 6(1) of the Mediation Act.

<sup>31</sup> See Article 6(2) of the Mediation Act.

<sup>32</sup> See the Proposal of the Mediation Act, EVA 2008-2011-0003, p 37.

<sup>33</sup> See Article 16(1) of the Mediation Act.

<sup>34</sup> See Article 16(3) of the Mediation Act.

<sup>35</sup> See Article 2(1) of the Mediation Act.

<sup>36</sup> See Article 2(2) of the Mediation Act.

<sup>37</sup> See Article 3(1)(b) of the Mediation Act.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> See Article 7(4) of the Mediation Act.

The Mediation Act explicitly provides that they may appoint the mediator with nationality different than the nationality of the parties if this is justified with the requirement of impartiality, independence or other justified reasons

The Mediation Act provides, as a general principle, that parties may agree on the mediation procedure (voluntariness). This can be done by reference to some already existing rules of mediation procedure

mediator on behalf of the parties, the Mediation Act explicitly provides that they may appoint the mediator with nationality different than the nationality of the parties if this is justified with the requirement of impartiality, independence or other justified reasons.<sup>40</sup>

The requirements for a mediator, in relation to cases where a court refers parties to the mediation, are found in the ZARSS. It provides that the Ministry of Justice keeps a central register of mediators who operate at courts under alternative dispute resolution programmes.<sup>41</sup> In order to be put on the list of mediators at court, mediators have to fulfil requirements set in article 8 of the ZARSS. Those requirements are, among others, legal capacity, obtained undergraduate degree and completed training for mediators prescribed by the minister of justice.<sup>42</sup> Candidates complete the training successfully after a minimum attendance of 40 hours in the training program and completed final exam.<sup>43</sup> These requirements are further developed in the Rules on mediators in the programs of the court.<sup>44</sup> There is no legal obstacle for foreigners to be put on the list of mediators if they fulfil the said requirements.

The Mediation Act and the Rules on mediators in the programs of the court do not prescribe the duty of mediators or mediation organisations (institutions) to hold an insurance policy to cover liability towards third parties arising from the mediation. The responsibility of the mediator is to be assessed pursuant to general principles of law of obligations and tort law. However, as far as the mediators included in the courts' list of mediators are concerned under the court-annexed mediation, the rules on responsibility are found in the ZARSS. The ZARSS provides that mediators who act contrary to the legislation, rules of the mediation programme, or contrary to the rules of the mediation ethics shall be erased from the list. The same is true also in the circumstances when the mediator performs the mediation proceedings with negligence or irregularly.<sup>45</sup> The mediator's service is supervised by the leader of the mediation programs of the court and the judge responsible for the evaluation of the performance of

mediation proceedings.<sup>46</sup> Supervision focuses especially on the compliance with legislation, with provisions of the mediation programs of the court, on ethical standards of mediation, on evaluation questionnaire and on parties' comments and opinions.<sup>47</sup>

The Slovenian Association of Mediators has adopted the Code of Conduct for Mediators in 2007. Moreover, it has signed the declaration with the commitment to respect the European Code of Conduct for Mediators prepared by the European Commission.

### The Mediation Procedure

The Mediation Act provides, as a general principle, that parties may agree on the mediation procedure (voluntariness).<sup>48</sup> This can be done by reference to some already existing rules of mediation procedure. Therefore, the actual procedure of a given mediation is not subject to formal procedural requirements. If parties reach no agreement on mediation procedure, the mediator leads the procedure as he or she deems appropriate. He or she has to take into consideration all the circumstances of the case, potential parties' wishes and the need for a rapid and permanent settlement of the dispute.<sup>49</sup>

Articles 10 and 11 of the Mediation Act govern the confidentiality of the proceedings. Article 10 of the Mediation Act, governing the confidentiality within mediation proceedings, stipulates that information received from one party may be disclosed to another party, unless information has been given to the mediator subject to a specific condition that it be kept confidential. Article 11 of the Mediation Act, governing the confidentiality outside mediation proceedings, stipulates that information resulting from mediation shall be confidential, unless the parties have agreed otherwise, if their disclosure is required by law, or where such disclosure is necessary for the implementation or enforcement of the dispute settlement agreement.

<sup>40</sup> See Article 7(3) of the Mediation Act.

<sup>41</sup> See Article 10 of the ZARSS.

<sup>42</sup> See Article 8(1) of the ZARSS.

<sup>43</sup> See Article 22 of the Rules on mediators in the programs of the court.

<sup>44</sup> Official Gazette of the Republic of Slovenia No 22/2010.

<sup>45</sup> See Article 8(3) of the ZARSS.

<sup>46</sup> See Article 31(1) of the Rules on mediators in the programs of the court.

<sup>47</sup> See Article 31(2) of the Rules on mediators in the programs of the court.

<sup>48</sup> See Article 8(1) of the Mediation Act.

<sup>49</sup> See Article 8(2) of the Mediation Act.

Given that mediation is intended to take place in a manner which respects confidentiality, unless agreed otherwise, neither parties, mediators nor those involved in the administration of the mediation proceedings shall be compelled to give evidence in judicial proceedings, arbitration or similar proceedings regarding information arising out of or in connection with a mediation process, concerning the invitation of the parties to mediation or the fact that the party was willing to participate in mediation; opinions and proposals regarding the possible settlement of the dispute; statements or confessions made by the parties during mediation; proposals of the mediator; the fact that a party had indicated willingness to accept the mediators' proposal for the settlement; and documents prepared solely for the purpose of mediation.<sup>50</sup>

This information shall be disclosed in judicial proceedings, arbitration or other proceedings solely where this is necessary due to the overriding considerations of public policy or where disclosure of the content of the agreement resulting from mediation is necessary in order to implement or enforce that agreement.<sup>51</sup> This is one of the most important rules, since the parties would like to have a "safe firewall" between different proceedings; i.e. that unsuitable position in one proceeding does not influence the position of the parties in another procedure that follows.

The mediator is entitled to take active steps of his own and to propose possible solutions of the dispute. All proposals of a mediator require acceptance of the parties, since proposals are not automatically binding.<sup>52</sup> In the course of the mediation, the mediator is allowed to meet or communicate with each party separately or with all parties together throughout the mediation proceedings.<sup>53</sup>

As regards the effect of the mediation on limitation and prescription periods, the provisions of the Mediation Act ensure that parties who choose mediation in an attempt to settle a dispute are not subsequently prevented from initiating judicial proceedings or arbitration in relation to that dispute by the expiry of limitation or prescription periods during the mediation process.

<sup>50</sup> See Article 12(1) of the Mediation Act.

<sup>51</sup> See Article 12(3) of the Mediation Act.

<sup>52</sup> See Article 8(4) of the Mediation Act.

<sup>53</sup> See Article 9 of the Mediation Act.

It provides in the article 17 that limitation and prescription periods do not run during mediation. If the mediation ends without agreement on the settlement of the dispute, the limitation period continues to run from the time the mediation process is completed. The time that elapsed before the start of the mediation shall be counted in the limitation period provided by law.<sup>54</sup> If a special regulation prescribes time limits for bringing an action, this period does not expire prior to 15 days after the mediation ends.<sup>55</sup>

### Settlement

When parties find an acceptable solution for their dispute, they can conclude the settlement agreement. The Mediation Act provides a possibility for the mediator to cooperate with the parties in making such a written settlement agreement.<sup>56</sup>

Once parties reach the settlement of their dispute in mediation, they expect their settlement to be performed without delay. Unlike in arbitration, the settlement in mediation is not a final and binding decision on the dispute; therefore it is not in itself directly enforceable.

However, the Mediation Act provides, under Article 14, that the parties to a written agreement resulting from mediation can have the content of their settlement made enforceable through an arbitral award based on the settlement of the dispute (arbitral award on agreed terms), a directly enforceable notarial protocol or a court settlement. The settlement becomes binding and directly enforceable through these mechanisms.

### Costs

The costs of mediation entail common costs of the parties (e.g. the costs of the mediator's reward and his or hers travel expenses) and parties' own costs (e.g. travel expenses, costs of representation by a lawyer). The Mediation Act provides that the mediator has the right to compensation and reimbursement of reasonable costs, unless he or she concluded a different agreement with the parties or the rules of the institution

Limitation and  
prescription periods do  
not run during mediation

If a special regulation  
prescribes time limits for  
bringing an action, this  
period does not expire  
prior to 15 days after the  
mediation ends

The parties would like  
to have a "safe firewall"  
between different  
proceedings; i.e. that  
unsuitable position in  
one proceeding does not  
influence the position  
of the parties in another  
procedure that follows

<sup>54</sup> See Article 17(2) of the Mediation Act.

<sup>55</sup> See Article 17(3) of the Mediation Act.

<sup>56</sup> See Article 14(1) of the Mediation Act.

If the parties have not agreed otherwise, each party shall bear its own costs, whereas the common costs of the mediation are borne by the parties in equal parts

where the mediation takes place provide otherwise.<sup>57</sup> If the parties have not agreed otherwise, each party shall bear its own costs, whereas the common costs of the mediation are borne by the parties in equal parts.<sup>58</sup>

Regarding the court-annexed mediation, the ZARSS provides that in mediation in matters of relationships between parents and children, and in proceedings concerning the termination of employment, the mediator's reward and his or hers travel expenses shall be borne by the court.<sup>59</sup> In all other matters, except in commercial disputes, the mediator's reward and his or hers travel expenses incurred shall be borne by the court for the first three hours of mediation.<sup>60</sup> In mediation carried out in commercial disputes the parties themselves bear the mediator's reward and his or hers travel expenses in equal parts, if not agreed otherwise.<sup>61</sup> As the Appellate Court in Celje held in its decision, the costs of mediation do not form part of the costs of the judicial proceedings and, accordingly, the court cannot order the costs of mediation to be borne by the party that lost in the proceedings.<sup>62</sup>

The recipient of legal aid in judicial proceedings is entitled to legal aid also in court-annexed mediation if he or she is obliged to take part in the mediation and the opponent party gave its consent to try to resolve the dispute in mediation.<sup>63</sup>

### Other Legal Instruments Regulating Certain Aspects of Mediation

#### The Act on Alternative Dispute Resolution in Judicial Matters (The ZARSS)

The ZARSS contains specific provisions on mediation offered by courts to parties in judicial proceedings. It requires first-instance and second-instance courts to adopt and bring into force a programme of alternative dispute settlement to allow parties to use the alternative means of settlement in disputes on commercial,

labour, family and other civil matters. Courts are obliged to allow the parties to use mediation, whereas other forms of alternative dispute resolution are optional (and not offered to the parties so far).<sup>64,65</sup>

The ZARSS introduces a special information session on mediation.<sup>66</sup> The court has the power to refer the parties to take part in such information session. If a party does not attend it and there are no justifiable reasons for its absence, it must reimburse the costs incurred by the opposing party.<sup>67</sup> The courts are entitled to refer the parties to mandatory mediation on the basis of the outcome of the information session.<sup>68</sup> If the party manifestly unreasonably declines the settlement of the dispute, the ZARSS provides for the sanction in the form of reimbursement of the opposing parties costs regardless of the outcome of the judicial proceedings.<sup>69</sup>

#### The Civil Procedure Act

The Civil Procedure Act provides that the court has a duty to draw the parties' attention to the possibilities of interrupting the legal proceedings due to alternative dispute resolution mechanisms or to refer them to such mechanisms whenever this is appropriate.<sup>70</sup> Parties can conclude a court settlement at any stage during the proceedings.<sup>71</sup> A settlement hearing is a compulsory part of the proceedings.<sup>72</sup> The main purpose of the settlement hearing is peaceful settlement of the dispute. The court may interrupt civil proceedings for up to three months, if parties agree to try alternative dispute resolution.<sup>73</sup>

#### The Insolvency Act

New amendments of the Insolvency act came into force in June 2013. *Inter alia*, new are the provisions

<sup>64</sup> See the webpage of the Ministry of Justice [http://www.mp.gov.si/si/storitve/alternativno\\_resevanje\\_sporov/mediacija\\_v\\_praksi/](http://www.mp.gov.si/si/storitve/alternativno_resevanje_sporov/mediacija_v_praksi/) (15.7.2014).

<sup>65</sup> See Article 4(4) of the ZARSS.

<sup>66</sup> See Article 18 of the ZARSS.

<sup>67</sup> See Article 18(5) of the ZARSS.

<sup>68</sup> See Article 19 of the ZARSS.

<sup>69</sup> See Article 19(5) of the ZARSS.

<sup>70</sup> See Article 305.b(3) of the Civil Procedure Act.

<sup>71</sup> See Article 306 of the Civil Procedure Act.

<sup>72</sup> See Article 305a of the Civil Procedure Act.

<sup>73</sup> See Article 305 of the Civil Procedure Act.

governing mandatory mediation in insolvency proceedings<sup>74</sup> and the mediation that parties have agreed upon prior to the law suit has been filed.<sup>75</sup> The Insolvency act is widening the scope of the use of mediation in Slovenia, as so far the mediation was not used in the insolvency proceedings, since the mediation is predominantly used for resolving disputes, whereas insolvency proceedings are non-contentious proceedings.<sup>76</sup>

### The Patients Rights Act

The Patients Rights Act introduces mediation as a means of resolving disputes between patients and providers of medical services. In case of such disputes, the Commission for the protection of patients' rights offers mediation to parties.

### Conclusion

This contribution examines the main legal instruments dealing with mediation in Slovenia, focusing primarily on the Mediation Act. In view of all these instruments, one can assess that legal environment is favourable for mediation in Slovenia, as parties have the possibility to use this dispute resolution mechanism in any stage of the dispute. What is more, parties can choose the mediators of their own choice, as well as rules of procedure. Voluntariness of the proceedings and the possibility to tailor them entirely according to the parties' needs makes mediation an attractive possibility for dispute resolution; a frequent use in practice only confirms such an assumption.

One can assess that legal environment is favourable for mediation in Slovenia, as parties have the possibility to use this dispute resolution mechanism in any stage of the dispute

<sup>74</sup> See Article 48a of the Insolvency Act.

<sup>75</sup> See Article 48b of the Insolvency Act.

<sup>76</sup> More on mediation in new Insolvency Act see Zalar, A.: Novela ZFPIPP-E in mediacija, Pravna praksa (2013) 18, p 6; Plavšak, N.: Preostale novosti novele ZFPIPP-E, Pravna praksa (2013) 25, p 26.

## Eskalacijska arbitražna klavzula

Mojca Fakin

Mojca Fakin je diplomirala *cum laude* na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani (2012). V okviru študija se je izpopolnjevala v tujini v okviru pripravnštva, med drugim tudi v Parizu, pri Mednarodnem arbitražnem sodišču Mednarodne trgovinske zbornice (ICC Court of Arbitration). Po zaključenem študiju, je opravila volontersko pripravnštvo pri Višjem sodišču v Ljubljani, trenutno pa je zaposlena v odvetniški pisarni CMS Reich-Rohrwig Hainz v Ljubljani. E-mail: mojca.fakin@cms-rrh.com

### Uvodno o eskalacijski arbitražni klavzuli

Sodno reševanje sporov za poslovni svet predstavlja drag in predvsem dolgotrajen postopek, zaradi česar stranke iščejo fleksibilnejše, hitrejše in cenejše metode reševanja sporov. Eskalacijska arbitražna klavzula (ang. *multi-tiered dispute resolution clause*, v nadaljevanju "MTDRC klavzula") združuje več ADR postopkov,<sup>1</sup> torej postopkov izvensodnega reševanja sporov, kot jih vsakokrat sporazumno dogovorijo stranke. V primeru, da stranke ne dosežejo sporazuma v enem od stopenjskih postopkov, običajno kot "zadnji izhod" sledi arbitražni postopek.<sup>2</sup> MTDRC klavzule v našem pravnem prostoru sicer še niso našle pravega mesta, v tujini pa so bile že večkrat predmet pravne presoje. Narava MTDRC klavzul in vključenost posamičnih ADR metod onemogoča njihovo standardizacijo v obliki "vzorčnih" klavzul ter zahteva vsakokratno prilaganje pogodbenemu razmerju. Posledično pa je v primeru nespoštovanja dogovorjene klavzule vedno znova potrebna presoja skladnosti ravnanja strank v posamezni fazи s klavzulo in izvršljivosti klavzule same

po sebi. Članek obravnava osnove MTDRC klavzul, njihovo uveljavitev, osnovna vprašanja, ki so predmet tako teoretične kot sodne presoje ter smernice za oblikovanje izvršljive in učinkovite MTDRC klavzule.

### Kaj je MTDRC klavzula?

MTDRC klavzula je po ustaljeni definiciji "klavzula, ki strankama v pogodbenem razmerju omogoči, da predvidita več stopenj posameznih postopkov, ki so medsebojno ločeni in namenjeni reševanju morebitnih sporov".<sup>3</sup> Narava klavzule tako omogoča strankama, da glede na okoliščine pogodbenega razmerja klavzulo prilagodita in izbereta ustrezne tehnike ADR metod, ki najbolj ustrezajo pogodbenemu odnosu. Pogodbeni stranki z eno klavzulo o reševanju sporov določita zaporedje postopkov, pri čemer je arbitraža praviloma predvidena kot zadnja stopnja zaporednih postopkov predvidenih z MTDRC klavzulo.<sup>4</sup> V praksi za takšne klavzule obstaja več poimenovanj, pri čemer so najbolj pogosta "*multi-tiered dispute resolution clause*" oz. "MTDRC klavzula", "*escalation clause*" ali pa

- 1 Za namen tega članka bo privzeto razumevanje po katerem ADR metode obsegajo alternativne metode reševanja spora, z izjemo arbitraže. Z ADR metodami je tako mišljena mediacija, pogajanja in ostale alternativne metode reševanja sporov.
- 2 Obravnavane MTDRC klavzule so kot zadnjo stopnjo v vrsti sledečih si postopkov opredeljevale arbitražo. Stranki lahko v okviru pogodbenne avtonomije opredelijo tudi drug zaključni postopek alternativnega reševanja spora, vendar pa obravnavana praksa v večini primerov kot zadnjo stopnjo vedno opredeljuje arbitražni postopek.

3 Pryles, M. (ed.) in van den Berg, A. J.: Multi-tiered dispute resolution clauses v: International Arbitration and National Courts: The never ending story, ICCA Congress Series, 2000 New Delhi Volume 10, str. 24.

4 Erlank, W.: Enforcement of multi-tiered dispute resolution clauses, <http://www.researchgate.net/publication/228326655>, (15.7.2014) str. 8.

“multi-step dispute resolution clause”<sup>5</sup>, z vsemi navedenimi izrazi pa opredeljujemo tehniko združevanja različnih postopkov reševanja sporov po več posameznih fazah.

MTDRC klavzule so sestavljene iz več posameznih stopenj, pri čemer vsako izmed teh stopenj predstavlja samostojen izvensodni postopek. Tehnike oziroma postopki, ki so navadno v uporabi v praksi, vključujejo pogajanja, mediacijo, ekspertno mnenje in arbitražo.<sup>6</sup> Vsak izmed dogovorjenih posameznih postopkov predstavlja samostojno fazo oziroma stopnjo, k uporabi katere se stranki obvezeta v primeru medsebojnega spora. Praktično to pomeni, da lahko stranki reševanje nastalega spora poljubno podredita izbranim tehnikam. Primer tega je dogovor strank, da bosta spor najprej reševali z medsebojnimi pogajanji, če bodo le-ta neuspešna, bosta nadaljevali s postopkom mediacije, v primeru neuspeha tudi pri tej, pa reševanje spora prepustili arbitraži. Namen MTDRC klavzule je torej dogovor o reševanju eventualnega spora v vnaprej predvidenemu in dogovorenemu sosledju postopkov, katerega skrajna stopnja – v primeru neuspeha spora – sumne rešitve na kateri od predhodnih stopenj – je arbitražni postopek.<sup>7</sup>

Združevanje postopkov in prilagajanje pogodbeneemu odnosu vodi v raznolikost in hkrati problematiko pravne obravnave teh klavzul. Zaradi samostojnosti vsakega izmed postopkov MTDRC klavzule načeloma ni mogoče obravnavati kot celoto, temveč je potrebno vsakega izmed posameznih postopkov presojati v okviru ureditve izbranega postopka znotraj pristojne jurisdikcije. MTDRC klavzule posledično niso predmet samostojnega pravnega urejanja in so prepuščene interpretaciji in kriterijem za izvršljivost vsakega posameznega dela klavzule. Težave se v praksi pojavijo tudi, ko katera od strank ne spoštuje dogovora o poteku posameznih faz postopka temveč želi preuranjeno

sprožiti kakšno od nadalnjih zaporednih stopenj predvidenih po MTDRC klavzuli oziroma želi preuranjeno sprožiti postopek pred sodiščem. Zapleti se pojavljajo tudi pri presoji ali je posamezna stopnja postopka po MTDRC klavzuli obvezujoča – je vsakokratna faza obvezna ali zgolj fakultativna? Je v primeru, da se spor razreši na posamezni stopnji, preden je ta predvidena z MTDRC klavzulo sploh izvršljiva? Kdo odloča v primeru kršitve posamezne stopnje in kakšen je domet pooblastil takega organa?<sup>8</sup>

**MTDRC klavzule so sestavljene iz več posameznih stopenj, pri čemer vsako izmed teh stopenj predstavlja samostojen izvensodni postopek**

### Pravna narava MTDRC klavzul

Presoja MTDRC klavzul je seveda odvisna od postopkov, ki jih le-ta vključuje. Večina obravnavanih zadev,<sup>9</sup> pri katerih je bila dogovorjena MTDRC klavzula, je predvidevala postopek pogajanj ali mediacije na predhodnih stopnjah. Postopka sta v svojem bistvu konsenzualne narave in v veliki meri odvisna od pripravljenosti strank za sodelovanje, posledično pa težko izvedljiva pod nadzorom oziroma vodstvom sodišča.<sup>10</sup> Največkrat je predmet presoje prav obveznost strank, da sodelujeta v enem od omenjenih postopkov. Teorija<sup>11</sup> zavzema stališče, da je stranki nesmiselno siliti v postopek, katerega uspešnost je odvisna ravno od njunega sodelovanja. Kot bo prikazano v nadaljevanju pa v praksi prihaja do drugačnih odločitev.

Dogovor o reševanju spora preko pridobitve ekspertnega mnenja, kot posamezna faza postopka v okviru MTDRC klavzule, za razliko od pogajanj in mediacije, ni bil predmet poglobljenih diskusij glede izvršljivosti in je praviloma sprejet kot veljaven in izvršljiv.<sup>12</sup>

**Združevanje postopkov in prilagajanje pogodbeneemu odnosu vodi v raznolikost in hkrati problematiko pravne obravnave teh klavzul**

<sup>5</sup> De Argumendo, A. L.: Multi-Step Dispute Resolution Clauses, v: Liber amicorum. Bernardo Cremades David Arias (Editor), Miguel Ángel Fernández-Ballesteros (Editor), 2010 (La Ley), str. 733.

<sup>6</sup> Kayali, D.: Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, v: (2010) 27 J. Int. Arb. 6, The Journal of International Arbitration, 2010, str. 552.

Tehnike in različne ADR metode na tem mestu ne bodo obrazložene, saj za namen članka njihovo razlikovanje razen v delu omenjenem v samem članku ni primarnega pomena.

<sup>7</sup> Povzeto po Berger, K. P.: Law and Practice of Escalation Clauses, v: (2006) 22 Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration, 2006, str. 1.

<sup>8</sup> Na izpostavljena vprašanja v delih izpostavljata Jolles in De Argumendo, kot bo obrazloženo v nadaljevanju članka.

<sup>9</sup> Zgolj primeroma navajam *Walford v. Miles, Hooper Bailie Associated Ltd. v. Natcon Group Pty Ltd., Elizabeth Bay Developments Pty Ltd. v. Boral Building Services Pty. Ltd., Halifax Financial Services Ltd. v. Intuitive Systems Ltd., Aiton Australia Pty Ltd. v. Transfield Pty. Ltd.*, itd.

<sup>10</sup> Kayali, D.: Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, v: (2010) 27 J. Int. Arb. 6, The Journal of International Arbitration, 2010, str. 560.

<sup>11</sup> Kayali, D.: Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, v: (2010) 27 J. Int. Arb. 6, The Journal of International Arbitration, 2010, str. 560 in Berger, K. P.: Law and Practice of Escalation Clauses, v: (2006) 22 Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration, 2006, str. 13, 14.

<sup>12</sup> Kayali, D.: Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, v: (2010) 27 J. Int. Arb. 6, The Journal of International Arbitration, 2010, str. 561.

Teorija in praksa se  
soočata z dilemo, ali naj se  
kršitev MTDRC klavzule  
obravnava kot kršitev  
procesne ali materialne  
narave

Tudi v okviru zgolj  
procesne obravnave,  
ima MTDRC klavzula  
različne pojavne oblike  
glede na geografsko  
umestitev in vzpostavljenou  
doktrino in sicer se jo  
obravnava bodisi kot:  
(i) procesni predpogoji  
za začetek arbitraže, (ii)  
procesno predpostavko  
za sprejetje arbitražne  
odločbe ali (iii) procesni  
korak, ki ga stranka  
zasleduje zaradi lastne  
koristi

Teorija in praksa se soočata z dilemo, ali naj se kršitev MTDRC klavzule obravnava kot kršitev procesne ali materialne narave.<sup>13</sup> Stranki, ki sta v svoje pogodbeno razmerje vgradili MTDRC klavzulo namreč upravičeno pričakujeta, da bo pristojni organ zahtevo za začetek arbitraže, ki bo eventualno preuranjena, odklonil in stranki napotil na ustrezен predhoden postopek, predviden po MTDRC klavzuli. Materialni pristop k razlagi MTDRC klavzule pa takšnih procesnih dejanj pristojnega organa ne omogoča. Erlank v zvezi s tem opisuje sodbo Kasacijskega sodišča kantona Zürich iz leta 1999, v kateri je sodišče klavzulo, ki je predvidevala konciliacijo, opredelilo kot vprašanje strogo materialne narave in ne kot vprašanje pristojnosti, torej procesne narave.<sup>14</sup> Pogodbeni stranki, ki je na račun neupoštevanja MTDRC klavzule "opeharjena", v primeru materialne obravnave preostane zgolj uveljavljanje kršitve pogodbe v navadnem pravdnem postopku, s čimer pa se izgubi prvotni namen uporabe MTDRC klavzule.<sup>15</sup>

Tudi v okviru zgolj procesne obravnave, ima MTDRC klavzula različne pojavnje oblike glede na geografsko umestitev in vzpostavljenou doktrino in sicer se jo obravnava bodisi kot: (i) procesni predpogoji za začetek arbitraže, (ii) procesno predpostavko za sprejetje arbitražne odločbe ali (iii) procesni korak, ki ga stranka zasleduje zaradi lastne koristi.<sup>16</sup>

### Predpogoji za začetek arbitraže

MTDRC klavzula predstavlja predvsem v ZDA, kjer so sodišča v preteklosti omenjeno klavzulo v več primerih obravnala podobno kot *pactum de non petendo*, torej začasen odrek pravici do pričetka arbitraže, vse dokler se ne konča faza pogajanj oz. dogovorjenega prvostopenjskega postopka.<sup>17</sup> Do težav je v praksi

<sup>13</sup> Povzeto po Jolles, A.: Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement, v: (2006) 72 Arbitration, Arbitration Journal of The Chartered Institute of Arbitration, 2006, str. 336.

<sup>14</sup> Erlank, W.: Enforcement of multi-tiered dispute resolution clauses, <http://www.researchgate.net/publication/228326655>, (15.7.2014), str. 30.

<sup>15</sup> Problematično je dejstvo da takšni stranki dejansko ostane zgolj odškodninski zahtevki, ki pa že iz stališča ocene škode ni primerno sredstvo za varnost stranke. Jolles A.: Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement, v: (2006) 72 Arbitration, Arbitration Journal of The Chartered Institute of Arbitration, 2006, str. 336.

<sup>16</sup> De Argumendo, A. L.: Multi-Step Dispute Resolution Clauses, v: Liber amicorum. Bernardo Cremades David Arias (Editor), Miguel Ángel Fernández-Ballesteros (Editor), 2010 (La Ley), str. 733.

<sup>17</sup> De Argumendo, A. L.: Multi-Step Dispute Resolution Clauses, v: Li-

ber amicorum. Bernardo Cremades David Arias (Editor), Miguel Ángel Fernández-Ballesteros (Editor), 2010 (La Ley), str. 733.

prišlo v primerih nespoštovanja MTDRC klavzule ob neupoštevanju postopka na prvi stopnji, saj se klavzula ni štela za aktivirano. Stranka, ki ne sproži pravopredvidenega postopka po MTDRC klavzuli, je po tej razlagi avtomatično prekludirana pri uveljavljanju naslednjih stopenj, posledično pa strankama preostane zgolj še možnost postopka na sodišču.

Tak primer je zadeva *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc.*, v katerem je pritožbeno sodišče odločilo, da "arbitražna klavzula ni sprožena vse dokler ena izmed strank ne zaprosi za postopek mediacije". Strankama je bila tako zaradi neizvedbe mediacije one-mogočena podaja zahteve za arbitražo.<sup>18</sup>

### Procesna predpostavka za sprejem odločbe

V tem primeru je strankama sicer omogočena uvedba arbitražnega postopka kljub kršitvi klavzule, vendar lahko pri tem pride do težav pri izdaji arbitraže odločbe oziroma obstaja verjetnost nasprotovanja izdani arbitražni odločbi na sodišču. Nasprotna stranka bi namreč veljavnosti takšne arbitražne odločbe lahko oporekala ravno iz razloga neupoštevanja dogovorjenih postopkov. De Argumendo v zvezi s tem dodaja, da v primerih, kjer je predhodna faza dogovorjena kot predpogoji in ni sprožena oziroma izvedena, tribunal nima pristojnosti za izdajo same odločbe.<sup>19</sup> Ključno vlogo ima v takšnih primerih organ, ki presoja dopustnost posameznega postopka (glej v nadaljevanju razdelek "Kršitev klavzule – pristojnost tribunala ali sodišča?").

### Procesni korak po vsebinski presoji

Tretja možnost je upoštevanje ravnanja strank v predhodnih fazah pri presoji same vsebine arbitražne odločbe.<sup>20</sup> V zadevi *Leicester Circuits v. Coates Brothers* je prikazan posteriorni vpliv strankinega nespoštovanja klavzule. MTDRC klavzula je vključevala ADR

ber amicorum. Bernardo Cremades David Arias (Editor), Miguel Ángel Fernández-Ballesteros (Editor), 2010 (La Ley), str. 733.

<sup>18</sup> De Argumendo, A. L.: Multi-Step Dispute Resolution Clauses, v: Liber amicorum. Bernardo Cremades David Arias (Editor), Miguel Ángel Fernández-Ballesteros (Editor), 2010 (La Ley), str. 734.

<sup>19</sup> De Argumendo, A. L.: Multi-Step Dispute Resolution Clauses, v: Liber amicorum. Bernardo Cremades David Arias (Editor), Miguel Ángel Fernández-Ballesteros (Editor), 2010 (La Ley), str. 734 in 744.

<sup>20</sup> De Argumendo, A. L.: Multi-Step Dispute Resolution Clauses, v: Liber amicorum. Bernardo Cremades David Arias (Editor), Miguel Ángel Fernández-Ballesteros (Editor), 2010 (La Ley), str. 735.

postopek, katerega ena od strank ni želela izvesti, navedeno pa je sodišče kaznovalo s plačilom sodnih stroškov, navkljub uspehu stranke v postopku.<sup>21</sup>

Materialna obravnava MTDRC klavzul v celoti nasprotuje konceptu MTDRC klavzule. Pri nespoštovanju klavzule lahko tako zgolj procesni vidik predstavlja vzvod, ki pogodbenim strankam zagotavlja izvedbo dogovorjenega sistema reševanja spora. Vendar sem mnenja, da je tudi pri procesni obravnavi narave MTDRC klavzule potrebno pristopiti s precejšnjo mero previdnosti. Izključitev nadalnjih postopkov (faz) zgolj zaradi nesodelovanja stranke pri izvedbi prvega od njih oziroma odstopa stranke od dogovorjene klavzule, je neustrezena. Boljšo rešitev bi predstavljala širša presoja, ki bi dopuščala upoštevanje okoliščin v trenutku nastanka spora. Uvedba sodnega postopka namreč v takšnem primeru pomeni poseg v že izraženo pogodbeno avtonomijo glede izvensodnega reševanja sporov.<sup>22</sup> V primeru, da dorečena klavzula vsebuje jasen dogovor o vsaki posamezni fazi MTDRC, stranka ne bi smela biti omejena pri uveljavitvi nadalnjih faz.

Menim da je v primerih, ko stranka ravna v nasprotju z opredeljenim postopkom, kot sta ga dogovorili stranki, namerno in v slabici veri, pravilna tudi procesna opredelitev upoštevanja ravnjanja strank v smislu prisojanja stroškov. Kakor je odločil Lord Mustill v zadevi *Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Construction Ltd.*, mora za odstop od dogovorjene klavzule obstajati utemeljen razlog,<sup>23</sup> sicer pa je potrebno dogovorjeni MTDRC klavzuli slediti.

#### Kršitev klavzule – pristojnost tribunalova ali sodišča?<sup>24</sup>

Vprašanje, ki nadgrajuje element pravne narave same MTDRC klavzule, je vprašanje, kdo naj odloča o

<sup>21</sup> Tochtermann, P.: Agreements to Negotiate in the Transnational Context – Issues of Contract Law and Effective Dispute Resolution, v: Unif. Law Rev. (2008) 13 (3), Uniform Law Review, str. 694.

<sup>22</sup> De Argumendo, A. L.: Multi-Step Dispute Resolution Clauses, v: Liber amicorum. Bernardo Cremades David Arias (Editor), Miguel Ángel Fernández-Ballesteros (Editor), 2010 (La Ley), str. 735. Podobno mnenje podaja v zgolj v zvezi s predhodno fazo pogajanj, medtem, ko glede nespoštovanja postopka mediacije meni, da ne pride do sprožitve klavzule.

<sup>23</sup> „...tisti, ki sklepajo sporazume za reševanje sporov morajo pokazati utemeljene razloge, za odstop od teh...“

Povzeto po Kayali, D.: Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, v: (2010) 27 J. Int. Arb. 6, The Journal of International Arbitration, 2010, str. 563.

<sup>24</sup> Odlomek je povzet po Jolles, A.: Consequences of Multi-tier Arbitration

kršitvah postopkovnega poteka le-te. Kaj se torej zgodi v primeru, ko stranka obide dogovorjene faze in zahteva arbitražo? Je v takšnem primeru pristojen arbitražni tribunal ali sodišče?

Theoretični vidik omenjenega vprašanja obravnava Vzorčni zakon UNCITRAL o mednarodni trgovinski konciliaciji v 13. členu, ki določa, da naj tribunal oz. sodišče upošteva izrecen dogovor strank, da ti v časovno določenem obdobju oz. do poteka določenega dogodka ne bosta uveljavljali pravice v arbitražnem ali sodnem postopku z izjemo zahtevkov potrebnih za zavarovanje pravice same.<sup>25</sup> Podobno določbo najdemo tudi v angleškem zakonu o arbitraži (*English Arbitration Act*)<sup>26</sup>, ki določa, da je zahteva za prekinitev sodnega postopka mogoča neodvisno od izčrpelanja dogovorjenih alternativnih postopkov reševanja spora. Podobno določa nemški procesni zakon (*Zivilprozeßordnung; ZPO*)<sup>27</sup>, da mora tožena stranka pred pričetkom sodnega postopka uveljavljati da stranki dogovorjenih predhodnih postopkov nista koristili. V primeru, da bi sodišče ugotovilo, da stranka ni poskušala izvesti dogovorjenih ADR postopkov, bo zahitek zavrnilo kot preuranjen. Tako stranka v primeru obstoja MTDRC klavzule ne more uspešno neposredno sprožiti sodnega ali arbitražnega postopka, brez poprejšnje izvedbe ali poskusa izvedbe dogovorjenih ADR postopkov.<sup>28</sup> Berger v zvezi s tem zaključuje, da je takšna praksa ne zgolj Zveznega Vrhovnega sodišča Nemčije, temveč tudi francoskih, angleških, avstralskih in irskih sodišč.<sup>29</sup>

Glede pristojnosti arbitražnih tribunalov za presojo svoje pristojnosti je v praksi uveljavljeno načelo „kompetence o kompetenci“, kot je vključeno v 16. členu Vzorčnega zakona UNCITRAL o mednarodni

Materialna obravnava  
MTDRC klavzul v celoti  
nasprotuje konceptu  
MTDRC klavzule

Vzorčni zakon  
UNCITRAL o  
mednarodni trgovinski  
konciliaciji v 13. členu,  
ki določa, da naj tribunal  
oz. sodišče upošteva  
izrecen dogovor strank,  
da ti v časovno določenem  
obdobju oz. do poteka  
določenega dogodka ne  
bosta uveljavljali pravice  
v arbitražnem ali sodnem  
postopku z izjemo  
zahtevkov potrebnih za  
zavarovanje pravice same

Za doseganje namena MTDRC klavzule je tako nujno potrebno, da so dogovorjeni postopki oz. faze MTDRC klavzule obligatorne. Dikcija ne sme zgolj dopuščati določenega postopka oz. ga strankam ponujati, temveč ju mora k izvedbi postopka zavezovati, da ostane izvršljiva

V praksi se problematika nejasne dikcije pogosto pojavlja pri uporabi glagolov "may" (smeti/moči) in "shall" (obvezati se k izvedbi)

trgovinski arbitraži<sup>30</sup>. Po tem načelu o vprašanju svoje pristojnosti odloča arbitražni tribunal sam.<sup>31</sup>

Za doseganje namena MTDRC klavzule je tako nujno potrebno, da so dogovorjeni postopki oz. faze MTDRC klavzule obligatorne. Dikcija ne sme zgolj dopuščati določenega postopka oz. ga strankam *ponujati*, temveč ju mora k izvedbi postopka zavezovati, da ostane izvršljiva. Če je temu zadoščeno, teorija tribunalom prepušča dve možnosti: (a) arbitražni tribunal lahko odloči, da je zahteva preuranjena oz. začasno nedopustna do izčrpanja prehodno predvidenih postopkov ali pa (b) arbitražni tribunal postopek zaradi neizčrpanosti predhodnih stopenj postopka v celoti ustavi.<sup>32</sup> Teoretiki<sup>33</sup> se predvsem iz praktičnih razlogov jasno zavzemajo za uporabo prve metode, čemur sledi tudi praksa. Primer preuranjene zahteve je zadeva *ICC št. 6276*, kjer je v okviru tristopenjske MTDRC klavzule prišlo do nespoštovanja druge stopnje. Prva dogovorjena faza, pogajanja, je bila izvedena, pri čemer v okviru le-te ni prišlo do rešitve spora. Pritožnik pa nadalje ni spoštoval faze postopka s posredovanjem spora v presojo inženirju (ekspertno mnenje), temveč je podal neposredno zahtevo za arbitražo. Tribunal je zahtevo za arbitražo zavrnil kot preuranjeno, z obražložitvijo, da pritožnik ni ravnal v skladu z MTDRC klavzulo.<sup>34</sup> V kolikor bi se tribunal odločil za možnost kot izpostavljeno pod (b), bi imelo to za posledico razpustitev že imenovanega (ali vsaj) določenega tribunala, stranki pa bi se v primeru neuspešnega postopka prve stopnje MTDRC s postopkom izbire morali soočiti ponovno.

### Dikcija klavzule in neželena bližnjica na sodišče

Po obravnavanih pogostih kršitvah je potrebno raziskati tudi kateri elementi oz. odsotnost le-teh (lahko)

<sup>30</sup> Glej [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf) (15.7.2014). Uncitral Vzorčni zakon člen 16(1): "Arbitražni tribunal lahko razsodi o svoji pristojnosti, vključno z ugovori o obstju ali veljavnosti arbitražnega dogovora."

<sup>31</sup> Jolles, A.: Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement, v: (2006) 72 Arbitration, Arbitration Journal of The Chartered Institute of Arbitration, 2006, str. 335.

<sup>32</sup> Jolles, A.: Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement, v: (2006) 72 Arbitration, Arbitration Journal of The Chartered Institute of Arbitration, 2006, str. 336-337.

<sup>33</sup> Sicer v članku predstavljeni Jolles, Berger, Boog.

<sup>34</sup> Jimenez-Figueres, D.: Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration, v: ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 14/1, 2003, str. 76-78.

povzročijo neizvršljivost MTDRC klavzule kot take, torej neodvisno od aktivnosti strank.

### Glagoli, ki definirajo obveznost ali fakultativnost posamezne stopnje postopka

Med strankama mora obstajati nesporna volja, da želite sistem reševanja sporov uporabiti v kontekstu stopenj, to pa mora jasno odražati tudi sama klavzula. V primeru, da stranki posamezno ali pa začetno fazo opredelita zgolj permisivno ali fakultativno, sta s tem praktično onemogočili izvršljivost MTDRC postopka. Klavzula mora stranki obvezovati k vsaki fazi postopka. Šele ko ena ali obe stranki izkažeta, da sta si prizadevali rešiti spor v določeni fazi postopka, se lahko postopek nadaljuje na sledeči predvideni fazi oziroma stopnji. V tej luči je na mestu stališče Bergerja, ki sicer podpira razvoj in uporabo MTDRC tehnik, vendar obenem opozarja, da mora MTDRC ohranjati svojo fleksibilnost. Ohranjena mora biti namreč tudi možnost po kateri lahko stranki dorečeta, kdaj je izvedba določenega ADR postopka še smiselna.<sup>35</sup>

V praksi se problematika nejasne dikcije pogosto pojavlja pri uporabi glagolov "may" (smeti/moči) in "shall" (obvezati se k izvedbi). Stranke v praksi ob oblikovanju klavzule nemalokrat nepozorno uporabijo glagol "may", ki jih ne zaveže k izvedbi strukturiranega postopka po MTDRC. Uporaba zgolj fakultativnih glagolov je zaznamovala kar nekaj zadev pred Mednarodnim arbitražnim sodiščem Mednarodne trgovinske zbornice (ICC)<sup>36</sup>. Primeroma navajam zadevo *ICC št. 4230*<sup>37</sup>, kjer je bila vprašljiva pristojnost tribunala zaradi neizvedbe postopka konciliacije, za katerega je pritožnik trdil, da je predpogoj za arbitražo. Ob prevodu klavzule je bilo ugotovljeno, da ta zgolj predpostavlja možnost postopka conciliacije<sup>38</sup>, vendar je ne predpisuje. Podobno je bila v zadevi *ICC št. 10256* obravnavana "obveznost" faze pogajanj in mediacije pred uvedbo arbitražnega postopka. Tudi tukaj

<sup>35</sup> Berger, K. P.: Law and Practice of Escalation Clauses, v: (2006) 22 Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration, 2006, str. 5-6.

<sup>36</sup> ICC predstavlja Mednarodno arbitražno sodišče Mednarodne trgovinske zbornice.

<sup>37</sup> Wolrich, P.: Multi-Tiered Clauses: ICC Perspective in light of the new ICC Rules, published 2.10.2002 at the IBA 2002 conference Durban, South Africa 20-25.10.2002 (prispevek z IBA conference – Oktober 2002).

<sup>38</sup> Uporabljen je bil ravno glagol "may", conciliacija je bil torej zgolj možna, strank pa ni obvezovala k postopku.

je tribunal ugotovil, da je klavzula zgolj nakazovala na možnost uporabe teh postopkov, ni pa podajala obvezne. Stranki sta bili tako prosti glede vložitve zahteve za arbitražo.<sup>39</sup>

### Objektivni kriteriji za zadostitev izpolnjenosti posamezne faze

Brez opredelitve dodatnih kriterijev, ki določajo izvedbo bodisi pogajanj, postopka mediacije ali drugega, je v praksi pogosto težko opredeliti, kdaj je v primeru, ko z neko metodo oziroma postopkom ne pride do rešitve spora, zadoščeno pogoju za premik v naslednjo fazo reševanja spora.

Omenjeno je sicer primerljivo s splošno potrebo po preciznosti pri oblikovanju diktije o pogodbenih obveznostih posamezne stranke, ne glede na tip sklenjene pogodbe. V pogodbi civilnega prava, katere predmet je bodisi izvedba dela, storitev ali dobava blaga, lahko stranki jasno definirata svoja pričakovanja za dogovrjeno plačilo. Pri opisu postopka reševanja spora pa to ni vedno tako preprosto. Kako namreč opisati potrebno stopnjo prizadevanja, da se bo zadeva reševala v posameznem postopku po MTDRC klavzuli, da bo ta ugotovljiva in izmerljiva? Katera je tista ločnica, ki določa, katera dejanja se še lahko upoštevajo kot izpolnitve določene faze?

S tem vprašanjem se je ukvarjal npr. arbitražni tribunal v zadevi *ICC št. 6276*, v katerem je bilo odločeno, da ni objektivnih kriterijev, ki bi omogočali presojo ali so bila sredstva sporazumne rešitve spora izčrpana. Obenem je tribunal poudaril, da je tisto, kar šteje, to, da stranki pri vsaki priložnosti za rešitev spora na sporazumen način pokažeta dobro vero in izkoristita vsako priložnost za rešitev spora.<sup>40</sup>

Teoretiki<sup>41</sup> kot najlepšo rešitev za to težavo predpisujejo rok. Tudi sodišča so v preteklosti rok že obravnavala kot kriterij, ki nakazuje ali je bil postopek mediacije/pogajanj dogovorjen kot zavezujoč postopek.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Jimenez-Figueres, D.: Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration, v: ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 14/1, 2003, str. 87-88.

<sup>40</sup> Jimenez-Figueres, D.: Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration, v: ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 14/1, 2003, str. 77.

<sup>41</sup> Primeroma navajam Smernice IBA, Boog, Erlank.

<sup>42</sup> Boog, C.: How to deal with Multi-tiered Dispute Resolution Clauses,

Objektivni element sicer lahko predstavlja npr. nesporno dejstvo ali dejanje stranke, oblikovano kot pozitivno ali negativno dejstvo, kot na primer (ne)podaja zahteve za pričetek mediacije, arbitraže.<sup>43</sup>

Pri vzpostavljanju objektivnih mejnikov pa je vseeno potrebno paziti na fleksibilnost kot enega izmed pomembnejših faktorjev MTDRC klavzule, ki se z vsakim dodatnim pogojem izgublja.

### Objektivni kriteriji in vnaprejšnja definiranost postopkov

Dodaten problem predstavlja določitev podrobnosti posameznega postopka, kjer so predvsem problematični t.i. dogovori "agreement to agree".<sup>44</sup> Stranke pre pogosto v klavzule vključujejo diktijo, ki predvideva dogovor glede izvedbe posameznih faz. Primeroma podajam prevod v praksi uporabljene in premalo definirane tristopenjske klavzule MTDRC:

*"1. Spori, izvirajoči iz ali v povezavi s pogodbo naj bodo med strankama rešeni v dobreri veri preko skupnega dogovarjanja.*

*2. V primeru, da stranki ne rešita spora v skladu z zgornjim členom, potem lahko vsaka izmed strank skladno s tem členom pred spom v obravnavo ekspertu.*

*3. Spori, ki niso rešeni po postopkih predvidenih v zgornjih členih 1 in 2, se predložijo v obravnavo arbitru skladno s Pravili postopka za Arbitražni postopek."<sup>45</sup>*

Skladno z diktijo izpostavljene klavzule sta bili prvi dve fazi predvideni kot neobvezni, zaradi česar stranki nista bili obvezani ravnati po 1. in 2. točki pred uvedbo arbitražnega postopka. Tudi sicer so faze določene

Pri vzpostavljanju objektivnih mejnikov pa je vseeno potrebno paziti na fleksibilnost kot enega izmed pomembnejših faktorjev MTDRC klavzule, ki se z vsakim dodatnim pogojem izgublja

Kako opisati potrebno stopnjo prizadevanja, da se bo zadeva reševala v posameznem postopku po MTDRC klavzuli, da bo ta ugotovljiva in izmerljiva? Katera je tista ločnica, ki določa, katera dejanja se še lahko upoštevajo kot izpolnitve določene faze?

<sup>43</sup> Note on the Swiss Federal Supreme Court's Decision 4A\_18/2007 of 6 June 2007, v: 26 ASA Bulletin 1/2008 (Mars), 2008, str. 106.

<sup>44</sup> Primeroma na to nakazujejo tudi smernice IBA – smernica #1. [http://www.ibanet.org/ENews\\_Archive/IBA\\_27October\\_2010\\_Arbitration\\_Clauses\\_Guidelines.aspx](http://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_27October_2010_Arbitration_Clauses_Guidelines.aspx) (15.7.2014) str. 30-34.

<sup>45</sup> Z "agreement to agree", so opredeljeni zelo pogosti sporazumi, s katerimi se stranke sicer zavežejo k reševanju spora, ostale podrobnosti pa prepustita trenutku spora. Omenjeni sporazumi so predstavljeni začetke sodne presoje MTDRC klavzul, ki pa v tem članku ne bodo predmet obravnave.

<sup>46</sup> Klavzula je prevedena, prilagojena in prevzeta po Berger, K. P.: Law and Practice of Escalation Clauses, v: (2006) 22 Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration, 2006, str. 3.

Izvršljivost klavzul, ki določljivost poteka postopka, izbiro nevtralne osebe, izbiro pravil in podobnih elementov postavlja v prihodnost, je vprašljiva

pomanjkljivo, zaradi česar bi bila vprašljiva izvršljivost klavzule tudi v primeru, če bi bili le-ti obvezni.

Izvršljivost klavzul, ki določljivost poteka postopka, izbiro nevtralne osebe, izbiro pravil in podobnih elementov postavlja v prihodnost, je vprašljiva. Sodišče so namreč v praksi, kot negotove in nejasne, opredelila tudi izredno podrobne MTDRC klavzule. Omenjeno je dobro izpostavljeno v zadevi *Aiton Australia Pty Ltd v. Transfield Pty Ltd*<sup>46</sup>, v kateri je odločalo Vrhovno sodišče New South Walesa. Pogodba je vsebovala izredno natančno tristopenjsko MTDRC klavzulo – pogajanja v dobri veri, mediacijo in ekspertno mnenje oz. morebiten sodni postopek, kot končno rešitev spora. *Aiton* je klavzuli oporekal, češ da ta ni obvezujoča, da se MTDRC klavzula ni nanašala na njegov zahtevek, prav tako pa pojmom dobre vere ni bil jasno opredeljen. Sodišče je v dotednem primeru obsežno in podrobno klavzulo res potrdilo kot negotovo, vendar zaradi naslednjih elementov: nedoločitve plačila mediatorja, odsotnosti dogovora v primeru nesporazuma pri imenovanju mediatorja in odsotnosti dogovora v primeru odklonitve imenovanja.

Odločitvi v zadevi *Aiton* sledi tudi novejša praksa tako prvostopenjskih kot pritožbenih sodišč.

Potreba po jasni opredeljenosti posameznih postopkov je bila ponovno izpostavljena v zadevi *Sulamerica*<sup>47</sup>. MTDRC klavzula je sicer opredeljevala mediacijski postopek, vendar ni določala podrobnosti postopka oz. organizacije, pri kateri naj bi se postopek vodil. Pritožbeno sodišče je potrdilo prvostopenjsko opredelitev in zaključilo, da mediacija ni predvidena z dovoljšno gotovostjo, ki bi ustvarjala pravno zavezujoč predpogoj arbitraži.

Gotovost in določenost uvodnih faz postopka po MTDRC klavzuli je bila predmet presoje tudi v zadevi *Tang Chung Wah v. Grant Thornton International & drugi*.<sup>48</sup> Predmet presoje je bila klavzula, ki je na prvi stopnji predvidevala presojo s strani izvršnega

<sup>46</sup> Erlank, W.: Enforcement of multi-tiered dispute resolution clauses, <http://www.researchgate.net/publication/228326655>, (15.7.2014) str. 23-30.

<sup>47</sup> *Sulamerica Cia Nacional De Seguros S.A. and others v. Enesa Engenharia S.A. and others*, 2012 EWCA Civ 638, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html> (15.7.2014).

<sup>48</sup> *Tang Chung Wah Fung Ying v. Grant Thornton International & Others*, 2012 EWHC 3198 (Ch), <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2012/3198.html> (15.7.2014).

direktorja, na drugi stopnji presojo pred tričlanskim senatom, kot zadnjo možnost pa arbitražo. Do problema je prišlo že pri imenovanju, saj se je izvršni direktor zaradi vpletjenosti v posel, ki je bil jabolko spora, odrekel funkciji razsodnika. Prav tako ni prišlo do imenovanja senata. Prvi dve stopnji tako nista bili izvršeni. Tudi tu je bilo na pritožbeni stopnji potrjeno, da je klavzula preveč dvoumna glede predvidenega procesa in premalo definirana glede obveznosti pogodbenih strank.

### Kakšna je torej učinkovita MTDRC klavzula?

Glede na izpostavljeno ostaja poglavito vprašanje, kako sploh strukturirati MTDRC klavzulo, da ta ostane izvršljiva v celoti?

Dikcija MTDRC klavzule<sup>49</sup>:

- stranki naj bosta zavezani k izvedbi vsake posamezne faze po MTDRC klavzuli;
- posamezna faza naj predstavlja predpogoj ostalim fazam, ki ji sledijo;
- vrsta in izvedba posamezne faze po MTDRC klavzuli naj bo jasno določena;
- pravice in obveznosti vseh pogodbenih strank v postopku naj bodo jasno določene;
- določeni naj bodo objektivni kriteriji znotraj posameznega postopka (rok, zahteva za začetek mediacije, arbitraže ipd.);
- predvidena naj bo posamezna tehnika reševanja spora za vse spore, ki bi lahko nastali iz določenega pogodbenega razmerja;
- v primeru, da postopek predvideva uporabo nevtralne osebe ali pravil, naj bodo ta določeno opredeljena vnaprej.

<sup>49</sup> Smernice za pripravo in vsebino MTDRC klavzule so pripravljene kot pregled celotne literature in pregledanih primerov, ki je navedena kot literatura temu članku. Dodatno tudi: [http://www.claytonutz.com/publications/newsletters/international\\_arbitration\\_insights/20061020/handling\\_potentially\\_complex\\_disputes\\_multi-tiered\\_dispute\\_resolution\\_clauses.page](http://www.claytonutz.com/publications/newsletters/international_arbitration_insights/20061020/handling_potentially_complex_disputes_multi-tiered_dispute_resolution_clauses.page) (15.7.2014).

V primeru, da je pogodbeno razmerje med strankama občutljivo že od samega začetka, velja posebno pozornost nameniti tudi določbam v zvezi z zaupnostjo. Poseben problem na katerega opozarja Jolles<sup>50</sup> (a ne ponudi rešitve), predstavlja izmenjava informacij med pogodbenima strankama na posamezni stopnji. Postopek pogajanj in mediacije lahko doseže svoj namen zgolj v primeru aktivnega pristopa strank. Razkritje informacij na eni izmed stopenj predvidenih z MTDRC klavzulo je povezano z rizikom, da bi lahko nasprotna stranka te informacije izrabila v drugem postopku, če do sporazumne rešitve spora ne bo prišlo.

Podobno velja nameniti pozornost pri oblikovanju MTDRC klavzule tudi teku zastaralnih rokov in možnosti začasnih ukrepov.<sup>51</sup>

Glede na dosedanjo prakso so še najbolj obsežne smernice za oblikovanje MTDRC klavzul podane v zadevi *Aiton*.<sup>52</sup> Za oblikovanje ustreznih klavzul je Mednarodna odvetniška zbornica (IBA) v letu 2010 izdala priporočene MTDRC klavzule, kakor tudi smernice za ustrezeno oblikovanje MTDRC klavzul.<sup>53</sup> Tako smernice IBA, kot smernice v zadevi *Aiton* so vključene v zgornji pregled.

### Sklepno

Namen MTDRC klavzul je navkljub združitvi različnih tehnik alternativnega reševanja sporov (neodvisno od vrste) jasen – zagotoviti stroškovno, časovno učinkovit in prilagodljiv mehanizem za reševanje morebitnih nastalih sporov.

Opisana problematika nakazuje, da uporaba MTDRC klavzul vseeno ni tako preprosta. Menim, da je človeški faktor ključen za učinkovitost in izvršljivost MTDRC klavzul: večina MTDRC klavzul v postopke ne vnaša zgolj determinativnih tehnik – torej arbitraže in

ekspertnega mnenja, temveč primarno postopke poga-janj in mediacije, pri katerih pa je nujno potrebno sodelovanje strank samih. Omenjeni postopki so tako že po svoji naravi v veliki meri odvisni ravno od participa-cije strank, katerih sodelovanje in konsenz sta ključna za rešitev spora. Vključitev teh postopkov v MTDRC klavzule bi morala biti tako predmet tehtnega pre-misleka glede pripravljenosti posameznika oziroma drugega subjekta za aktivno sodelovanje v takšnem postopku.

Prav tako sta pomembni pozornost in previdnost strank pri oblikovanju MTDRC klavzul. Ni važna zgolj izbira ustreznih postopkov, temveč tudi določenost teh postopkov. Klavzula mora biti jasna in gotova in predvideti vsebino postopka. Nerealno je pričakova-ti, da se bodo stranke, ki se glede posameznih elemen-tov stopnje postopka niso sposobne sporazumeti pred nastankom spora, o podrobnostih reševanja spora spo-razumele, ko bo spor že nastal. Stranka lahko torej na dejstvo ali bo njena klavzula izvršljiva, v največji meri vpliva sama, že v fazi njenega oblikovanja.

V primeru, da bodo stranke ob oblikovanju MTDRC klavzule namenile zadostno mero pozornosti predvi-denim elementom postopka in določile potek posame-zne faze, bi po mojem mnenju to nedvomno moralo prepozнатi tudi sodišče v primeru presoje izvršljivosti klavzule. Strankam je namreč nujno potrebno zagotovi-ти ustrezeno postopkovno varstvo zaradi izpolnitve namena dogovorjene MTDRC klavzule. Čeprav narava MTDRC klavzul onemogoča celovito pravno ureja-nje klavzule, kot enotne in samostojne celote, se lahko na podlagi prakse, procesnega obravnavanja kršitev in doslednega odločanja pristojnih organov (tribuna-lov in sodišč), oblikuje doktrina, s katero bo mogoče ugotoviti kakšna klavzula je torej izvršljiva. Tuja sodna praksa vedno znova dopolnjuje smernice, ki so bile postavljene v zadevi *Aiton*. Zadeve *Sulamerica* ter *Gran Thornton* kažejo na to, da je grob okvir izvršljivosti lahko postavljen neodvisno od dejstva unikatnosti vsake MTDRC klavzule. Glede na obravnavano tujo prakso zaključujem z mislijo, da prednosti klavzule v primeru resnega in strukturiranega pristopa strank k reševanju spora presegajo predstavljene probleme, vsekakor pa se primera dobre prakse v uporabi v prihodnosti nadejam tudi v slovenskem pravnem prostoru.

**Prav tako sta pomembni pozornost in previdnost strank pri oblikovanju MTDRC klavzul.**  
Ni važna zgolj izbira ustreznih postopkov, temveč tudi določenost teh postopkov

**V primeru, da bodo stranke ob oblikovanju MTDRC klavzule namenile zadostno mero pozornosti predvi-denim elementom postopka in določile potek posamezne faze, bi po mojem mnenju to nedvomno moralo prepozнатi tudi sodišče v primeru presoje izvršljivosti klavzule**

<sup>50</sup> Jolles, A.: Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement, v: (2006) 72 Arbitration, Arbitration Journal of The Chartered Institute of Arbitration, 2006, str. 337.

<sup>51</sup> Na to opozarja Duguid.  
<http://www.mondaq.com/canada/x/65050/Arbitration+Dispute+Resolution/MultiTiered+Dispute+Resolution+Stepping+Carefully> (15.7.2014).

<sup>52</sup> Erlank, W.: Enforcement of multi-tiered dispute resolution clauses, <http://www.researchgate.net/publication/228326655>, (15.7.2014) str. 42-43.

<sup>53</sup> Glej [http://www.ibanet.org/ENews\\_Archive/IBA\\_27October\\_2010\\_Arbitration\\_Clauses\\_Guidelines.aspx](http://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_27October_2010_Arbitration_Clauses_Guidelines.aspx) (15.7.2014) str. 30-34.

# Mediator in arbiter – ista oseba?

Andrejka Kos, univ. dipl. pravnica

Andrejka Kos je strokovna sodelavka na Stalni arbitraži pri Gospodarski zbornici Slovenije. Ukvarya se z arbitražnim, gospodarskim pogodbenim in stečajnim pravom. E-mail: andreja.kos@gzs.si

## Uvod

Arbitraža in mediacija sta različna načina izvensodnega reševanja sporov. Arbitraža je postopek reševanja sporov pred arbitražnim senatom, ki ga stranke same izberejo in pooblastijo, da dokončno odloči o spornem razmerju z arbitražno odločbo. Mediacija pa je postopek, v katerem stranke prostovoljno s pomočjo neutralne tretje osebe (mediatorja) skušajo doseči mirno rešitev spora, ki izvira iz ali je v zvezi s pogodbenim ali drugim pravnim razmerjem. V praksi vse pogosteje prihaja do različnih oblik kombiniranja mediacije in arbitraže, tudi z uporabo večstopenjskih oziroma eskalacijskih arbitražnih klavzul (ang. *Multi-tiered Dispute Resolution Clause*), ki združujejo več postopkov izvensodnega reševanja sporov. Eskalacijske arbitražne klavzule stranke vključijo v pogodbo in z njimi uredijo reševanje morebitnih bodočih sporov. Eskalacijske arbitražne klavzule so pogosto sestavljene tako, da se začnejo s pogajanji, ki jim sledi mediacija (v primeru, da pogajanja niso uspešna) ter se končajo z arbitražo v primeru, da tudi postopek mediacije ni uspešen.<sup>1</sup> S kombiniranjem mediacije in arbitraže pa se logično odpira tudi vprašanje ali lahko ista oseba najprej nastopa v vlogi mediatorja in v primeru neuspešne mediacije še v vlogi arbitra? Sta obe vlogi kompatibilni? Prav

tako se postavlja vprašanje v obratni smeri – ali lahko arbiter v arbitražnem postopku deluje kot mediator? Slednje v tem prispevku ne bo podrobnejše obravnavano.<sup>2</sup>

## Kombiniranje mediacije in arbitraže

V zadnjem času je v praksi vse več kombiniranja mediacije in arbitraže, temu pa so se prilagodile tudi institucionalne arbitraže, ki imajo v okviru svoje ponudbe tudi posebna mediacijska pravila, ki v razmerju do arbitražnih pravil predstavljajo dopolnilno ponudbo za stranke bodisi kot samostojen produkt bodisi v kombinaciji z arbitražo.<sup>3</sup> Tako institucionalne arbitraže strankam ponujajo tudi različne vzorce eskalacijske arbitražne klavzule, ki uporabnikom omogočajo učinkovito kombinacijo mediacije in arbitraže. V praksi so se izoblikovale tudi eskalacijske arbitražne klavzule, ki vsebujejo časovni okvir<sup>4</sup> (ang. *Time-Bar Clause*) v katerem bosta stranki skušali rešili spor z mediacijo.

V zadnjem času je v praksi vse več kombiniranja mediacije in arbitraže, temu pa so se prilagodile tudi institucionalne arbitraže, ki imajo v okviru svoje ponudbe tudi posebna mediacijska pravila, ki v razmerju do arbitražnih pravil predstavljajo dopolnilno ponudbo za stranke bodisi kot samostojen produkt bodisi v kombinaciji z arbitražo

<sup>1</sup> Prim. Fakin, M.: Eskalacijska arbitražna klavzula in posledica njene uveljavitve, Diplomsko delo, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 2012, str. 7.

<sup>2</sup> Več o tem vprašanju Plauštajner, K.: Gospodarska konciliacija in arbitraža, Podjetje in delo, 2007, št. 6-7, str. 1325-1326; Reiner, A.: Arbitration and Mediation: Bridges between Mediation and Arbitration, The Mediator as Arbitrator? / The Arbitrator as Mediator?, Croatian Arbitration Yearbook 2003, str. 242-254.

<sup>3</sup> Prim. Plauštajner, K.: Gospodarska konciliacija in arbitraža, Podjetje in delo, 2007, št. 6-7, str. 1325.

<sup>4</sup> Npr. 45 dni.

Klavzula je ponavadi pisana tako, da bosta stranki spor najprej poskušali rešiti z mediacijo. V kolikor spor z mediacijo ne bo rešen v dogovorjenem časovnem okviru, bo spor predložen v reševanje arbitraži.<sup>5</sup> Prednost takšnega kombiniranja postopkov je, da imajo stranke neke vrste zagotovilo, da v kolikor spora v dogovorjenem roku ne bodo sporazumno rešile z mediacijo, bo spor dokončno rešen z arbitražno odločbo.

Gledanje na kombiniranje mediacije in arbitraže se v praksi razlikuje v različnih pravnih okljih. Tako v določenih pravnih okljih združujejo mediacijo in arbitražo v en sam postopek,<sup>6</sup> drugje pa gledajo na mediacijo in arbitražo kot na dva ločena postopka.<sup>7</sup>

### Mediacija kot predpogoj za vodenje arbitraže

Pri tej obliki mediacija predstavlja procesno predpostavko (predpogoj) za vodenje arbitražnega postopka. Takšen pristop je značilen predvsem za evropske institucionalne arbitraže in se začne z mediacijo, v kolikor je mediacija neuspešna, pa ji sledi (ločen) arbitražni postopek.

### Med-arb

Izraz *med-arb* označuje postopek, ki združuje mediacijo in arbitražo v en sam postopek. V okviru *med-arb* postopka poskuša nevtralna tretja oseba, strankama pomagati, da spor rešita sporazumno z mediacijo.<sup>8</sup> V kolikor je mediacija v celoti ali delno neuspešna, ji sledi arbitražni postopek, v katerem ista oseba, ki je prej nastopala kot mediator, kasneje nastopa kot arbiter ter izda dokončno arbitražno odločbo.<sup>9</sup>

### Medaloa<sup>10</sup>

Izraz "medaloa" označuje mediacijo in arbitražo, kot zadnjo ponudbo (ang. *Mediation and Last Offer Arbitration*). "Medaloa" je posebna, hibridna oblika *med-arb* postopka, pri kateri vsaka od strank v primeru neuspešne mediacije tretji nevtralni osebi – arbitru predloži svojo zadnjo ponudbo glede rešitve spora. Posebnost tega postopka je, da lahko arbiter upošteva le predloženi ponudbi in izbere eno izmed teh ter jo vključi v končno arbitražno odločbo.<sup>11</sup>

### Arb-med

*Arb-med*, podobno kot *med-arb*, združuje mediacijo in arbitražo v en sam postopek, vendar pa za razliko od *med-arb* postopka, tretja nevtralna oseba najprej nastopa kot arbiter in šele kasneje kot mediator. *Arb-med* postopek se ponavadi začne z arbitražno obravnavo, na podlagi katere nato arbiter pripravi arbitražno odločbo, ki pa je ne predstavi strankam. Nato sledi postopek mediacije in v kolikor stranki spora ne rešita z mediacijo, obvelja arbitražna odločba.<sup>12</sup>

Gledanje na kombiniranje mediacije in arbitraže se v praksi razlikuje v različnih pravnih okljih. Tako v določenih pravnih okljih združujejo mediacijo in arbitražo v en sam postopek, drugje pa gledajo na mediacijo in arbitražo kot na dva ločena postopka

### Mediator in arbiter – ista oseba?

Mediator in arbiter uporabljata različne tehnike reševanja sporov. Arbiter odloči o sporu na podlagi relevantnih dokazov z arbitražno odločbo medtem, ko mediator pomaga strankam, da s pogajanjem skušajo dosegči sporazumno rešitev spora. Teorija že dlje časa razpravlja o možnosti delovanja mediatorja kot arbitra ter obratno,<sup>13</sup> vendar pa zaradi različnih pravnih kultur in pogledov, univerzalno soglasje o tem vprašanju še ni bilo doseženo. Nekateri vidijo vlogo arbiterja in mediatorja kot nezdružljivi in zagovarjajo ločenost funkcij

Teorija že dlje časa razpravlja o možnosti delovanja mediatorja kot arbitra ter obratno, vendar pa zaradi različnih pravnih kultur in pogledov, univerzalno soglasje o tem vprašanju še ni bilo doseženo

<sup>5</sup> Primer eskalacijske arbitražne klavzule s časovnim okvirom: "Vsako ne soglasje, spor ali zahtevek, ki izvira iz te pogodbe ali je z njo v zvezi ali izvira iz njene kršitve, prenehanja ali neveljavnosti se bo reševal najprej z mediacijo v skladu z ... [mediacijska pravila institucije]. Če mediacija ne bo uspešna ali če spor ne bo rešen s mediacijo v roku ... [časovni okvir] dni, bo spor dokončno rešen v arbitražnem postopku v skladu z [arbiteržna pravila institucije]."

<sup>6</sup> Predvsem v Združenih državah Amerike in Ljudski republiki Kitajski.

<sup>7</sup> Večina evropskih institucionalnih arbitraž.

<sup>8</sup> Telford, M. E.: Med-Arb: A Viable Dispute Resolution Alternative; Kingston, Ontario: IRC Press Queen's University, 2000, str. 1.

<sup>9</sup> Dendorfer, R., Lack, J.: The Interaction Between Arbitration and Mediation: Vision v. Reality, Dispute Resolution International, Vol 1 No 1, Junij 2007, str. 92; Peter, J. T.: Med-arb in international arbitration, American Review of International Arbitration 83, 1997, str. 100.

<sup>10</sup> Izraz "medaloa" je v začetku devedesetih let prejšnjega stoletja prvi zapisal Robert Coulson, bivši predsednik Ameriškega arbitražnega združenja (American Arbitration Association – AAA). Glej Borris, C.: Final Offer Arbitration from a Civil law Perspective, Journal of International Arbitration, 24(3), 2007, str. 311.

<sup>11</sup> Dendorfer, R., Lack, J.: The Interaction Between Arbitration and Mediation: Vision v. Reality, Dispute Resolution International, Vol 1 No 1, Junij 2007, str. 87; Betetto, N. in drugi: Mediacija v teoriji in praksi: veliki priročnik o mediaciji, Društvo mediatorjev Slovenije, Ljubljana, 2011, str. 14.

<sup>12</sup> Dendorfer, R., Lack, J.: The Interaction Between Arbitration and Mediation: Vision v. Reality, Dispute Resolution International, Vol 1 No 1, Junij 2007, str. 87; Betetto, N. in drugi: Mediacija v teoriji in praksi: veliki priročnik o mediaciji, Društvo mediatorjev Slovenije, Ljubljana, 2011, str. 14.

<sup>13</sup> Plauštajner, K.: Gospodarska konciliacija in arbitraža, Podjetje in delo, 2007, št. 6-7, str. 1325.

Pomemben pomislek, ki se pojavlja pri tem, ko mediator deluje kot arbiter potem, ko mediacija ni uspela in se spor rešuje pred arbitražo, je tudi izraba zaupnih informacij, ki jih je kot mediator pridobil v okviru mediacije

Zahtevane veščine in tehnike reševanja sporov za mediatorje in arbitre so različne, zato se lahko zgodi, da je nekdo odličen v vlogi mediatorja, v vlogi odločevalca – arbiter pa se ne znajde najbolje

medtem, ko drugi podpirajo združevanje vloge mediatorja in arbitala in verjamejo, da združevanje obeh vlog prinaša prednosti skozi možnost, da se združi najboljše "iz obeh svetov".<sup>14</sup> V Evropi načeloma velja, da mediator ne more prevzeti vloge arbitra v primeru, da mediacija ni bila uspešna.<sup>15</sup> Od tega pravila pa se načeloma lahko odstopi samo v primeru sporazuma strank.<sup>16</sup>

Kombiniranje mediacije in arbitraže na način, da ista oseba nastopa najprej v vlogi mediatorja in v primeru neuspešne mediacije še v vlogi arbitra, se sliši kot zelo učinkovita metoda reševanja sporov. Arbiter je že seznanjen s primerom, dejstvi, stališči strank in je zato načeloma primeren za vodenje takšnega postopka.<sup>17</sup> Vendar pa ni vedno tako. Kot rečeno, mediator in arbiter uporabljalata različne tehnike reševanja sporov. Ravno zaradi različnih tehnik reševanja sporov so potrebna tudi posebna znanja, katera pa ne posedujejo vsi, zato tudi niso vsi upodobljeni za obe vlogi. Zahtevane veščine in tehnike reševanja sporov za mediatorje in arbitre so različne, zato se lahko zgodi, da je nekdo odličen v vlogi mediatorja, v vlogi odločevalca – arbiter pa se ne znajde najbolje.<sup>18</sup>

Pomemben pomislek, ki se pojavlja pri tem, ko mediator deluje kot arbiter potem, ko mediacija ni uspela in se spor rešuje pred arbitražo, je tudi izraba zaupnih

informacij, ki jih je kot mediator pridobil v okviru mediacije. V mediaciji lahko stranke pogosto razkrijejo osebne, zaupne in mnogokrat tudi občutljive informacije. V sklopu mediacije se zaradi bolj neformalne komunikacije mediatorja s strankami lahko razkrijejo dejanski interesi strank, ki pa se v arbitraži ne pokažejo.<sup>19</sup> Stranke v mediaciji pogosto ne razkrijejo vseh informacij, ključnih za končni uspeh mediacije ravno iz razloga, ker bi lahko bile te informacije uporabljene proti stranki v postopku arbitraže.<sup>20</sup> Prav tako se lahko postavi tudi vprašanje (ne)pristranskoosti. Kot že rečeno se lahko (kasnejši) arbiter v svoji (prvotni) vlogi mediatorja v postopku mediacije seznaniti z informacijami, s katerimi se v postopku arbitraže ne bi srečal.<sup>21</sup> Zato obstaja skrb, da bi lahko bil arbiter, ki je sodeloval v postopku mediacije, v očeh strank pristranski.<sup>22</sup> Stranki lahko zato izkoristita postopek mediacije in skušata vplivati na mediatorja z zavajajočimi informacijami z namenom vplivanja na kasnejši postopek arbitraže.<sup>23</sup> In nenazadnje se lahko zgodi, da se arbiter v predhodnem postopku mediacije seznaniti z informacijami, dokazi, ki pa v arbitraži niso dovoljeni (kot na primer dokazi, ki se jih v postopku arbitraže ne upošteva, saj so bili pridobljeni na nedoposten način).<sup>24</sup>

## Sklep

Čeprav obstajajo resni pomisleki glede delovanja iste osebe v vlogi mediatorja in arbitala, teorija in praksa iščeta stične točke ("mostove") med mediacijo in arbitražo in v tem okviru razpravlja tudi o možnosti delovanja mediatorja kot arbitera.<sup>25</sup> Načeloma velja, da mediator ne more prevzeti vloge arbitra v kolikor

<sup>14</sup> Kaufmann-Kohler, G., Kun, F.: Integrating Mediation into Arbitration: Why It Works in China; Journal of International Arbitration, 25(4), 2008, str. 479.

<sup>15</sup> Temu načelu sledijo tudi Pravila UNCITRAL o mednarodni trgovinski konciliaciji iz leta 1980, ki mediatorju onemogočajo, da bi v primeru neuspešne mediacije prevzel vlogo arbitra (glej 19. člen pravil), tekst dostopen na: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-e.pdf> (zadnji vpogled 24.7.2014). Podobno določajo tudi Mediacijska pravila SCC (glej člen 7(2) pravil), tekst dostopen na: [http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/46582/SCC%20-%20Mediation%20Rules%20-%20English%20\(Clean%20Updated%2011-29\).pdf](http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/46582/SCC%20-%20Mediation%20Rules%20-%20English%20(Clean%20Updated%2011-29).pdf) (zadnji vpogled 24.7.2014); Pravila DIS o conciliaciji (glej 14. člen pravil), tekst dostopen na: <http://www.dis-arb.de/en/16/rules/dis-conciliation-rules-02-id9> (zadnji vpogled 24.7.2014) in Mediacijska pravila ICC, ki dodatno določajo, da mora biti takšen sporazum strank sklenjen v pisni obliki (glej člen 10(3) pravil), tekst dostopen na: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediaion/rules/> (zadnji vpogled 24.7.2014).

<sup>16</sup> Tudi Zakon o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah (Uradni list RS, št. 56/08) v 15. členu določa, da če se stranke niso sporazumele drugače, mediator ne more nastopati kot arbiter v sporu, ki je bil ali je predmet mediacije, ali v drugem sporu, ki izvira iz istega pravnega razmerja ali je z njim v zvezi.

<sup>17</sup> Prim. Schneider, M.: Combining Arbitration with Conciliation, Report at the Seoul Conference of the ICCA, October 1996, str. 77.

<sup>18</sup> Prim. Deason, E. E.: Combinations of mediation and arbitration with the same neutral: a framework for judicial review; Yearbook on Arbitration and Mediation, Volume 5, 2013, str. 224.

<sup>19</sup> Telford, M. E.: Med-Arb: A Viable Dispute Resolution Alternative; Kingston, Ontario: IRC Press Queen's University, 2000, str. 14.

<sup>20</sup> Prim. Reiner, A.: Arbitration and Mediation: Bridges between Mediation and Arbitration, The Mediator as Arbitrator? / The Arbitrator as Mediator?, Croatian Arbitration Yearbook 2003, str. 239-240; Deason, E. E.: Combinations of mediation and arbitration with the same neutral: a framework for judicial review; Yearbook on Arbitration and Mediation, Volume 5, 2013, str. 224.

<sup>21</sup> Fullerton, R.: Med-Arb and its Variants: Ethical Issues for Parties and Neutrals, Dispute Resolution Journal, Vol. 65 Issue 2/3, 2010, str. 57.

<sup>22</sup> Reiner, A.: Arbitration and Mediation: Bridges between Mediation and Arbitration, The Mediator as Arbitrator? / The Arbitrator as Mediator?, Croatian Arbitration Yearbook 2003, str. 240.

<sup>23</sup> Fullerton, R.: Med-Arb and its Variants: Ethical Issues for Parties and Neutrals, Dispute Resolution Journal, Vol. 65 Issue 2/3, 2010, str. 57.

<sup>24</sup> Prim. Reiner, A.: Arbitration and Mediation: Bridges between Mediation and Arbitration, The Mediator as Arbitrator? / The Arbitrator as Mediator?, Croatian Arbitration Yearbook 2003, str. 240.

<sup>25</sup> Plauštajner, K.: Gospodarska konciliacija in arbitraža, Podjetje in delo, 2007, št. 6-7, str. 1325.

mediacija ni bila uspešna in ji sledi arbitraža. Od tega pravila se lahko odstopi samo v primeru sporazuma strank. Temu izhodišču sledi večina institucionalnih arbitraž, ki imajo v okviru svoje ponudbe tudi posebna mediacijska pravila in strankam omogočajo, da z uporabo vzorčnih eskalacijskih arbitražnih klavzul učinkovito kombinirajo mediacijo in arbitražo. Pravila institucionalnih arbitraž v glavnem tudi dopuščajo, da lahko stranke za arbitra izberejo isto osebo, ki je poprej delovala v vlogi mediatorja, seveda pod pogojem, da se stranki o tem sporazumeta. Tem trendom bo sledila tudi Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije z novimi Mediacijskimi pravili Stalne arbitraže pri GZS (“Ljubljanska Mediacijska pravila”), ki so v času nastanka tega prispevka v pripravi in bodo pričela veljati v letu 2015.

Pravila institucionalnih arbitraž v glavnem tudi dopuščajo, da lahko stranke za arbitra izberejo isto osebo, ki je poprej delovala v vlogi mediatorja, seveda pod pogojem, da se stranki o tem sporazumeta

# Mediacijske veščine in tehnike v gospodarskih sporih

Gordana Ristin

Gordana Ristin je višja sodnica svetnika, vodja Oddelka za Alternativno reševanje sporov pri Višjem sodišču v Ljubljani.

## Uvod

Tehnika je osebni pristop, kako nekaj napraviti. Dr. Zoran Milivojević to imenuje "algoritem korakov od neželenega do želenega cilja".<sup>1</sup>

Veščina (angleško "skill") je osebno znanje določenega človeka in je odgovor na vprašanje: Kako nekaj narediti? To pomeni imeti sposobnost definirati najprej neželeno stanje, nato definirati cilj in želeno stanje. Vmes pa so koraki, ki jih imenujemo tehnike. Tehnike so odgovor na vprašanje: Kaj storiti, da dosežemo želeno stanje, ki smo ga poprej definirali?<sup>2</sup> To velja za mediatorjeve tehnike in veščine v vseh vrstah sporov. Mediator ima znanja, kako naj poteka postopek mediacije, katere tehnike lahko uporabi za cilj, da stranki dosežeta dogovor. Vsebina tega postopka pa je spor, ki je v lasti strank mediacije.

Definicijo gospodarskega spora najdemo v Zakonu o pravdnem postopku<sup>3</sup> (ZPP), ki v členih od 481 do 484 določa, da se (v grobem povzeto) pravila o postopku v gospodarskih sporih uporablajo v spornih razmerjih med dvema gospodarskima subjektoma (pravne osebe

ali podjetniki posamezniki, zavodi, država, občine in podobno), ali v statusnih ter drugih specifičnih sporih.<sup>4</sup> Vse mediacije v gospodarskih sporih sodijo v slovenskem pravnem prostoru pod okrilje Zakona o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah<sup>5</sup> (ZMGZC) in vse pravne posledice zakona se tako raztezajo tudi na gospodarske mediacije: od začetka se prekine tek zastaralnih rokov, zadrži in celo podaljša se tek prekluzivnih rokov. Mediator v gospodarskih sporih ne uporablja kakšne posebne tehnike, ki jih v drugih sporih ne uporablja. Pač pa prilagodi svoje delo vrsti spora in zlasti strankam v sporu. Pri mediiranju sem ugotovila, da je za stranke in tudi za mediatorja, ta pristop (fleksibilni ali adaptibilni) najboljši.<sup>6</sup> To tudi pomeni, da mediator prilagodi svoj način dela in je zato lahko v isti mediaciji način dela facilitativni, evaluativni in celo transformativni. Enako velja za izbiro mediacijskih tehnik po strankah: tudi v gospodarskih sporih imamo podjetja, ki so v "družinski lasti" ali pa enkratne čezmejne posle dveh gospodarskih družb. Lahko gre za spor s strankami z dolgoročnim gospodarskim interesom ali pa za spor med strankami, ki ne bodo nikoli več sodelovale. Naše izhodišče je, da vodijo gospodarske subjekte ljudje in da zato mediacija v teh sporih ni

<sup>1</sup> Zapiski Ristin, G. s predavanj Milivojević, Z., TA 101, Ljubljana, 2000.

<sup>2</sup> Ristin, G. v Betetto, N. in drugi: Mediacija v teoriji in praksi: veliki priročnik o mediaciji, Društvo mediatorjev Slovenije, Ljubljana, 2011, str. 93.

<sup>3</sup> Uradni list RS, št. 73/07 - uradno prečiščeno besedilo, s spremembami.

<sup>4</sup> Hajtnik, Z. v Betetto, N. in drugi: Mediacija v teoriji in praksi: veliki priročnik o mediaciji, Društvo mediatorjev Slovenije, Ljubljana, 2011, str. 240.

<sup>5</sup> Uradni list RS, št. 56/2008.

<sup>6</sup> Ristin, G.: Who is Who Legal, Round table, Lae Business Research Ltd., London, 2013, str. 19.

nekaj popolnoma drugačnega kot na primer v civilnih sporih. Res pa je, da mediator prilagodi tehnike strankam in sporom – tako tudi gospodarskim sporom.

### Vrste tehnik

Tehnike v postopku mediacije lahko delimo po različnih kriterijih:<sup>7</sup>

- kdo jih pretežno uporablja (mediator, stranke ali odvetnik),
- po aktivnosti mediatorja (facilitativna, evaluativna ali transformativna mediacija),
- po vrstah spora (civilni, gospodarski, delovni, družinski, okoljski spor, spor med storilcem in oškodovancem ipd.),
- glede na fazo mediacijskega postopka (priprava, sporazum o mediaciji, uvodni nagovor, raziskovanje, pogajanja, pisanje sporazuma, poslovitev).

Vsaka tehnika pomeni delo s človekom, ki ima določeno prepričanje. Vrednota je vrsta človekovega prepričanja. Mediator išče strankino logiko sklepanja, saj je za človeka njegovo obnašanje logično in edino možno. Ko mediator razume stranko, lahko izbere tehniko in skuša pomagati strankam, da najdejo tisto rešitev spora, ki je za njiju najboljša. To pomeni, da ne sme iskati pravnih rešitev in jih vsiljevati strankam. Njegova osnovna naloga je, da pomaga strankam, da razumeta svoje interese in interes druge stranke. V psihološkem pomenu so interesi želje. Idealno je, da stranki ugotovita svoje želje,<sup>8</sup> nato razumeta želje drugega in skušata poiskati rešitev, ki bo omogočila obema, da uresničita čim več ali vsaj najpomembnejše interese.

### Delitev tehnik glede na faze mediacije<sup>9</sup>

#### Začetek mediacije:

- vzpostavitev polja zaupanja (prvi stik po telefonu, razkrivanje povezav, ugotavljanje števila strank in

pooblaščencev, prilagajanje časa sestanka strankam),

- izražanje sočutja (že ob prvem stiku s stranko, mediator skuša stranko razumeti in ji pokaže, da jo razume) in validiranje strank,
- uvodni nagovor mediatorja (je hkrati faza mediacije in tehnika),
- psihološka obnova pogodbe o mediaciji s konkretnimi strankami in mediatorjem,
- nadzor postopka.

#### Uvodne izjave strank:

- aktivno poslušanje,
- zagotavljanje ravnovesja moči,
- obvladovanje močnih čustev.

#### Faza raziskovanja:

- od manj spornih dejstev proti bolj spornim dejstvom,
- zapisovanje skupnih interesov in nespornih dejstev,
- postavljanje pravih vprašanj,
- ločeni sestanek,
- lupljenje čebule,
- zrcaljenje,
- identifikacija enakih, nasprotnih in različnih interesov,
- “reframing”,
- identifikacija problema,
- iskanje pomembnih “tretjih oseb” v mediaciji,
- test realnosti.

Mediator išče strankino logiko sklepanja, saj je za človeka njegovo obnašanje logično in edino možno. Ko mediator razume stranko, lahko izbere tehniko in skuša pomagati strankam, da najdejo tisto rešitev spora, ki je za njiju najboljša

<sup>7</sup> Ristin, G. v Betetto, N. in drugi: Mediacija v teoriji in praksi: veliki priročnik o mediaciji, Društvo mediatorjev Slovenije, Ljubljana, 2011, str. 93.

<sup>8</sup> To je dobro preveriti na ločenem sestanku.

<sup>9</sup> Podani prikaz tehnik ni absoluten. Tehnik je veliko več. Gre pa za najbolj uporabne in osnovne tehnike. Prispevek ni namenjen raziskovanju

faz mediacije oziroma strukturi postopka mediacije. Zato je pregled po fazah mediacije namenjen pregledu tehnik.

Za izbor tehnike pa je predvsem pomembno stanje, v katerem je stranka

Mediator mora poznati nekaj tehnik, ki so osnovno "orodje" za njegovo delo. Zlasti so pomembne tehnike: aktivno poslušanje, postavljanje pravih vprašanj, ločeni sestanek, "reframing", lupljenje čebule, izražanje empatije in validacija

### Faza pogajanj:

- tehnika piramide vrednosti,
- tehnika "magic shop",
- "zabloda ničelne vsote",
- tehnika transparentnosti in edukacije strank, ko se pogajanja ustavijo,
- preverjanje "Batne"<sup>10</sup> in "Watne"<sup>11</sup>,
- tehnika izbire manjšega zla,
- tehnika objektivizacije,
- tehnika zadnje ponudbe.

### Faza pisanja sporazuma in zaključek mediacije:

- ponavljanje doseženega,
- test realnosti v fazi izpolnitve,
- test realnosti po zaključku mediacije,
- predhodna izmenjava osnutka poravnave,
- pri neuspešni mediaciji, tehnike poslavljanja in ponavljanja doseženega.

Mediator mora poznati nekaj tehnik, ki so osnovno "orodje" za njegovo delo. Zlasti so pomembne tehnike: aktivno poslušanje, postavljanje pravih vprašanj, ločeni sestanek, "reframing", lupljenje čebule, izražanje empatije in validacija.

### Potek izbire posamezne tehnike

Študij intervenc terapevta v psihoterapiji<sup>12</sup> mi je pokazal, da pri delu po metodi transakcijske analize, terapeut najprej vpraša stranko, kaj pričakuje oziroma kaj je njen problem. Gre za pogodbo med terapeutom

10 Najboljša alternativa možnemu dogovoru, Fisher, R., Ury, W., Patton, B.: Getting to yes, New York, Penguin Books, 1991.

11 Najslabša alternativna možnemu dogovoru, Ibidem.

12 Pri dr. Zoranu Milivojeviću se je avtorica izobraževala šest let in pridobila status "svetovalka za transakcijsko analizo".

in stranko.<sup>13</sup> Tudi pri mediaciji sklepamo pogodbo o mediaciji. Vendar so tehnike, ki jih uporablja mediator serija ali vrsta intervenc, ki pa imajo (enako kot intervence terapevta v psihoterapiji) določen namen. Na začetku mediacije mediator zasleduje cilj: spoznati stranke in njihov referenčni okvir, njihove interese in šele nato išče, kje so možne rešitve. Nato raziskuje ozadje spora in možne interese. Šele nato dopusti strankam, da se pričnejo pogajati in po pogajanjih pripravijo sporazum. V primeru, ko sporazuma ni, se mediator poslovi.

Za izbor tehnike pa je predvsem pomembno stanje, v katerem je stranka. V zadnjem času je v znanstvenem svetu veliko zanimanja in raziskav namenjeno človeškim možganom. Tako sem se pri prebiranju tekstov iz nevrološke znanosti naučila nekaj dejstev, ki jih mora poznati in upoštevati mediator, pa tudi vsak, ki dela z ljudmi:<sup>14</sup>

- ko smo v stresu, se zaradi izločanja stresnega hormona vklopi najstarejši del možganov (amigdala<sup>15</sup>). Takrat vsak izmed nas reagira tako, da napade nasprotnika ali zbeži. To stanje traja okoli 10 sekund, odvisno od stresa in šele potem lahko človek prične razmišljati z analitičnim delom uma. Ko oseba uvidi, da ga mediator razume, mu da občutek varnosti in sprejetosti, lahko prične misliti z analitičnim delom uma;
- v možganih imamo različne centre; center za nagrado (užitek, zadovoljstvo) je močnejši kot center za strah;<sup>16</sup>
- ko ocenimo določen življenjski položaj za preveč rizičnega, nam je vsem eminentno, kako reagiramo. Tedaj "zmrznemo" oziroma se umaknemo,<sup>17</sup> kar je sicer namenjeno preživetju;

13 Za metodo transakcijske analize je značilno, da terapeut dela na podlagi pogodbe s stranko in se ne ukvarja z nezavednim in nima za cilj spremenjati psihološke strukture stranke.

14 Namens tega prispevka ni predstavitev teh raziskav. Zato uporabimo le nekaj ugotovitev nevrologov in strokovnjakov s področja kognitivnih ved o tem, kaj se v nas dogaja, ko doživljamo, da je ogrožena za nas pomembna vrednota.

15 Več v prispevkih na <http://www.sciencedaily.com> (15.7.2014).

16 Zato narkomani ne prenehajo z uživanjem drog le ob informaciji, da je uživanje drug smrtno nevarno. V mediaciji tako le redko deluje tehnika objektivizacije, ki bi pokazala, da bo stranka v pravdi nosila visoke stroške in da bo verjetno pravdo izgubila.

17 Tako predavatelji opisujejo reakcije praktikantov, ko mora kirurg med

- kako vidimo stvari, je odvisno od odnosa med razumom in možgani.<sup>18</sup>

Primer:

Mediator na začetku mediacije vidi, da je ena stranka izredno razburjena in doživlja navedbe druge stranke<sup>19</sup> kot napad nase. Mediator mora omogočiti razburjeni stranki, da se pomiri. To doseže z besedami: „Razumem, da je ta zadeva za vas zelo pomembna. Normalno je, da so vsi tedaj razburjeni. Tako boste imeli možnost, da nam pojasnite, za kaj gre pri tej stvari.“<sup>20</sup> Šele nato bo stranka lahko slišala drugega in analizirala njegove besede.

Mediator bo med postopkom uporabil tehniko, ki omogoča stranki, da se pomiri, vsakokrat ko je razburjena.<sup>21</sup> Tudi v zadnji fazи, ko sta stranki pred podpisom sporazuma, lahko pride do zdrsa v močna čustva in tudi takrat mora mediator najprej pomiriti stranko in nato povzeti, kaj vse sta stranki do tedaj dosegli.

Stranki gresta v konflikt, ko ocenita, da je zanju stvar pomembna in da se njuni želji glede iste stvari izključujejo.<sup>22</sup> Vendar si vsaka od njiju želi take rešitve, ki bo zanjo „ugodna“ in to nam pove občutek v možganih. Že pri otroku vidimo, da se veliko lažje in raje uči, če je motiv nagrada in ne le strah pred kaznijo. V mediaciji bo stranka, ki mora popustiti ne da bi kaj dobila, raje prepustila sodišču, da jo obsodi na to „neprijetno dejstvo“. Mediator zato išče rešitve, kjer vsak nekaj dobi oziroma vsaj nihče ne izpade kot poraženec.

Mediator izbira tehniko tudi po merilu, da rešitev ne sme pomeniti takega tveganja za stranko, da bi zato odklonila sporazum.

operacijo, ko pacient umira, reševati situacijo z zelo rizičnimi ukrepi. Kognitivna znanost raziskuje načine učenja zdravnikov, da bodo v kritičnih trenutkih pripravljeni uporabiti vsako metodo, ki bi lahko pacientu rešila življenje. To so osebne izkušnje prof. dr. Ljube Stojiljkovića iz Northwestern Mediacial Faculty, Chicago.

18 Mi vidimo, to kar čutimo: Fogel, S. J.: Your mind is what your brain does for a living, Greenleaf Book Group Press, Austin, 2014, str. 19.

19 Npr. naročnik in izvajalec gradbene pogodbe sta v sporu glede napak gradnje.

20 Gre za tehniko empatije, „reframing“ in edukacije strank.

21 Pri plesu bi take „korake“ imenovali „korak v stran“. Le tako lahko stranka nadaljuje postopek.

22 Kadar je strankama bolj pomemben odnos kot določen objekt spora, tedaj popuščata in konflikta ni več.

Primer:

Stranka, ki je uporabnik javnih sredstev, mora biti sigurna, da je predlagana poravnava zakonita. Pooblaščenec stranke se sicer izpostavi nevarnosti, da bo izgubil službo ali celo prišel v kazenski pregon.

Ko mediator dela z ljudmi, računa na to, da vsak izmed nas vidi „svojo“ resnico, ki je odvisna od njegovega referenčnega okvirja. Zato mediator najprej z ustreznimi tehnikami išče „skrito logiko“ obeh strank in ko jo razume lahko prične z iskanjem skupnih interesov in ko le-te izve, skupaj iščejo rešitev spora.

### Uporaba tehnik v gospodarskih sporih

Mediator mora biti prilagodljiv. Ko se pripravlja na mediacijo, se med drugim pripravi tudi na stranke in pooblaščence. Mediator gotovo ne more uporabljati enakega jezika in terminologije v civilnem sporu, kjer si na primer dediči delijo kmetijo in v gospodarskem sporu, kjer gre na primer za zavarovalno pogodbo. Bolj kot v drugih vrstah sporov pa za mediacijo v gospodarskem sporu velja, da prilagodimo tehnike upravi podjetja in njihovim odvetnikom. Z odvetniki mediator govori v pravnem jeziku; v prisotnosti strank, ki pa niso pravniki, pa po potrebi vsak izraz obrazloži. Vendar so tudi podjetniki ljudje, ki imajo čustva in lahko gojijo stare zamere; ne rabijo pa o tem govoriti, zlasti v prisotnosti druge stranke.

### Moč ločenega sestanka<sup>23</sup>

Na splošno velja, da ima v mediaciji moč tista stranka, ki lahko pripravi drugo stranko v to, da naredi tisto, kar si prva stranka želi. V civilnih sporih lahko mediator pogosto odkriva ozadje spora na skupnem sestanku. Stranki se poznata in vesta skoraj vse druga o drugi. V gospodarskih sporih pa obstaja velika nevarnost „lova na informacije“. Zato je tehnika ločenega sestanka v gospodarskem sporu izredno pomembna. Že v uvodnem nagovoru mediator pri načelu zaupnosti pojasni tudi tehniko ločenega sestanka. Tako pove, da naj stranke dobro premisijo, kaj bodo povedale na skupnem sestanku in kaj sploh želijo, da druga stranka izve. Načelo zaupnosti sicer varuje stranko, da druga stran javno ne objavi nekega podatka iz mediacije ali da tega ne more

Mediator mora biti prilagodljiv. Ko se pripravlja na mediacijo, se med drugim pripravi tudi na stranke in pooblaščence. Mediator gotovo ne more uporabljati enakega jezika in terminologije v civilnem sporu, kjer si na primer dediči delijo kmetijo in v gospodarskem sporu, kjer gre na primer za zavarovalno pogodbo

V civilnih sporih lahko mediator pogosto odkriva ozadje spora na skupnem sestanku. Stranki se poznata in vesta skoraj vse druga o drugi. V gospodarskih sporih pa obstaja velika nevarnost „lova na informacije“. Zato je tehnika ločenega sestanka v gospodarskem sporu izredno pomembna

23 V tem prispevku bom podala le nekaj najbolj pomembnih tehnik, skozi prizmo gospodarskih sporov.

V gospodarskih sporih velja, da so informacije na skupnem sestanku potrebne po principu: "manj je več"

Vendar pa preveliko število ločenih sestankov nosi v sebi nevarnost, da bo stranka poskušala doseči, da bi "mediator delal za stranko"

uporabiti v pravdi ali arbitraži. Vendar bo ta podatek drugi strani znan in bo lahko, v primeru neuspešne mediacije, prilagodila svojo strategijo v pravdi ali arbitraži ali celo izvedela poslovno skrivnost nasprotnika. V gospodarskih sporih velja, da so informacije na skupnem sestanku potrebne po principu: "manj je več". Mediator bo tako izvedel od strank njihove resnične želje in bo lahko iskal rešitve za obe stranki.

Vendar pa preveliko število ločenih sestankov nosi v sebi nevarnost, da bo stranka poskušala doseči, da bi "mediator delal za stranko". To poskušajo stranke doseči tako, da mediatorju ne zaupajo resnične meje ponudb, ampak poskušajo prepričati mediatorja, da bi pritisnil na drugo stranko, da ponudi več kot je mislila. Mediator naj zato vedno pove strankam, da ne bo "odvetnik" nobene izmed njih; če mu torej ne bodo zaupale in verjale, bo pač prenašal tiste podatke, ki mu jih bodo dovolile prenesti.<sup>24</sup> V primeru ko mediator sumi, da ga skušajo stranke uporabiti kot svoje orodje proti drugi stranki, naj preneha z ločenimi sestanki in pusti, da si stranki povesta zadnje ponudbe na skupnem sestanku. Ko so prisotni tisti, ki odločajo v podjetju, pa sta ponudbi že dokaj blizu, jim lahko mediator predлага, da gredo vsi ostali ven, da se bodo sami dogovorili za zadnjo številko oziroma znesek. Gre za tehniko, ki omogoča direktorju, da popusti oziroma obema, da popustita bolj, kot sta mislila in govorila po odvetnikih, da "ohranita obraz" in le pred kolegom povesta prave zneske. Včasih so odvetniki nejevoljni, vendar, ko se pogajanja ustavijo, praviloma pristanejo na to, da gredo vsi ven. Včasih se tak "preskok" zgodi na skupnem kosilu ali večerji. Tega pa ne sme mediator predlagati, ko sta stranki že zelo daleč in je mediacija v "slepi ulici". V tej fazi je treba uporabiti vse tehnike, da raziščemo ozadje spora in šele nato gremo ponovno v pogajanja.

### Aktivno poslušanje

Mediator pri tej tehniki posluša stranki in ju spoznava, pri čemer ga zanimajo skrita logika vsake od strank, njuni skupni interes, različni ali nasprotujuči

<sup>24</sup> Zelo nevarno je, če na ločenem sestanku stranka pove, da je to njena zadnja ponudba in želi, da mediator to prenese drugi stranki; druga stranka pa temu ne verjame in sicer korektne ponudbe ne sprejme, ker misli, da je to le strategija prve stranke. Prva stranka pa po zavrnitvi ponudbe umakne soglasje in noče več plačati niti tistega, kar je ponudila kot zadnjo ponudbo. Nato sledi pravda in odnosi med strankama so slabši kot pred pravdo.

si interesi. Zelo pomembno je, da mediator že pri pripravi prvega srečanja poskrbi, da se ga udeležijo tudi direktorji in odvetniki. Če so prisotni samo odvetniki, ne bomo izvedeli nič o ozadju spora in osebnih zamerah<sup>25</sup> ter možnih bodočih poslih. Odvetnik posluša stranko skozi prizmo pravno relevantnih dejstev in se pripravlja na "pravno bitko". Direktorjev pa ne zanima pravna bitka, ampak pogosto le rešitev blokiranih sredstev ali bodoča izvršba.<sup>26</sup> Na ločenem sestanku je dobro vprašati direktorje, koliko denarja imajo "blokirane" v konkretnem sporu.<sup>27</sup> Vendar pa je tudi vloga odvetnika v mediaciji izjemno pomembna; ko se pogajanja ustavijo, lahko premostimo to vrzel s tehniko objektivizacije.<sup>28</sup> To tehniko namreč, bolj kot direktorji, razumejo odvetniki. Včasih je dobro na ločenem sestanku pred direktorjem pridobiti mnenje odvetnika stranke glede verjetnosti uspeha stranke v eventualni pravdi. Kadar stranka to dovoli, tedaj lahko skupaj z mediatorjem ali brez njega, opravi izračun verjetnosti, da bi stranka v pravdi uspela in kakšne stroške ter škodo bi lahko zaradi tega imela. Vendar pa je bolj učinkovito, da stranki predočimo, kaj bi dobila, če bi se poravnala tako, kot je odvetnik ocenil za verjeten rezultat v pravdi.

### Postavljanje pravih vprašanj

Gre za eno od osnovnih tehnik, ki jo uporabljamo v vseh fazah mediacije.<sup>29</sup> Za gospodarske spore velja, da tudi pri tej tehniki mediator uporablja terminologijo, ki je bolj blizu pravnikom in ekonomist. Nikoli ne sme pozabiti vprašati direktorja, kako so poslovili pred sporom, ali je to edini posel in naj pove več o svojem podjetju in o podjetju nasprotne stranke. Mediator pazi, da težka vprašanja postavi na ločenem srečanju.<sup>30</sup> Kadar opazi, da so stranki določena vpra

<sup>25</sup> Pri gradbenih pogodbah in sporih iz teh pogodb pogosto pride do dolgotrajnih razmerij in iz tega celo do osebnih zamer, ki jih odvetniki ne poznajo ali mislijo, da to ni pravno pomembno.

<sup>26</sup> V postopku mediacije na pritožbeni stopnji, ko je ena stranka na prvi stopnji že zmagala, se pričneta stranki pogovarjati o načinu plačila ali celo skleneti drugi posel in plačilo iz prve pravde počaka na "boljše čase". Ne sme pa biti mediacija izgovor za zavlačevanje rešitve zadeve.

<sup>27</sup> Podjetje je moralo oblikovati rezervacije ali ima terjatve, ki so neizterljive.

<sup>28</sup> Npr. ko sta stranki v mediaciji dogovorili rešitev s plačilom določenega zneska, je treba včasih objektivno ugotoviti ceno določene nepremičnine ali storitve. Tedaj je možno, da v mediaciji postavimo izvedenca, ki bo izračunal tržno vrednost nepremičnine ali storitve. Vendar to ni rešitev v vseh sporih.

<sup>29</sup> Ovčak Kos, M. v Betetto, N. in drugi: Mediacija v teoriji in praksi: veliki priručnik o mediaciji, Društvo mediatorjev Slovenije, Ljubljana, 2011, str. 100.

<sup>30</sup> Npr.: "Ali ste terjatev druge stranke vnesli v rezervacije in ali mi labko

šanja neprijetna, takoj zamenja temo in se opraviči, da ni vsega razumel. Tedaj je dobro razložiti, da mora mediator spraševati vse v zvezi s sporom in strankami in naj stranke pokažejo ali povedo, kaj je pomembno. Direktorji najbolj zaupajo odvetnikom, nato "hišnim pravnikom" in šele na tretjem mestu mediatorju. Zato se ne gre čuditi temu, da stranka mediatorju včasih ne odgovori ali mu odgovori dvoumno. Direktor bo mediatorju zaupal, ko bo videl, da mediator enako skrbi za obe stranki in sta mu obe stranki pomembni.

Na začetku mediacije mediator veliko posluša. Ko pa proces mediacije steče, tedaj mediator zastavlja več vprašanj. Na začetku le takšna, ki so bolj facilitativnega<sup>31</sup> značaja. Mediator si ves čas prizadeva, da ne kaže in ne pove svojega (pravnega) mnenja o sporu in strankah. Ko pa mediator vidi, da so znani skupni interesi in tudi tisti, ki so nasprotni, lahko pelje postopek naprej proti skupnim interesom. Ko se postopek ustavi ali sta stranki vsaka na svojem bregu, tedaj je treba zlasti v gospodarskem sporu odkrito povedati, da je postopek zastal. Mediator odkrito pove, katere tehnike ima na voljo, da bo postopek stekel naprej. Ko se postopek ustavi, stranki na ta način to tudi zaznata. Če o tem ne spregovorimo, se bo "vkopavanje" v pozicije le nadaljevalo. Pregled možnih tehnik za nadaljevanje ne pomeni, da gre za evaluativni tip mediacije.<sup>32</sup>

Ko stranki sami pričneta iskati rešitev in pri tem kažejo skrb, da bi rešitev pomenila sprejemljiv kompromis za oba, se je zgodila t. im. "točka preobrata" ali "čarni moment v mediaciji".<sup>33</sup> Takrat se mora mediator umakniti,<sup>34</sup> da ne bi silil s svojimi predlogi. Mediator ima svoje mnenje o sporu, o strankah in tudi išče rešitve spora. Žal so to pogosto pravne rešitve, ki pa za stranke niso resnično pomembne.<sup>35</sup> Najbolj pogosta

*"zaupate, koliko rezervacij imate?"*

31 Taka vprašanja so npr.: "Povejte mi več o tem poslu? Kako ste pričeli poslovati? Kdaj je gospod X prvič povedal, da so težave?"

32 Pri evaluativni mediaciji je mediator bolj aktiven, strankama predči možne rešitve in skuša doseči, da bi stranka z odvetnikom opravila ocene svojega položaja v sporu. Tudi pri evaluativni mediaciji mediator ne pove svojega mnenja, kdo bi v pravdi zmagal. Lahko pa pomaga stranki, da uvidi svoje prednosti in slabosti v sporu. Bolj izkušeni pogajalci so to s svojim odvetnikom opravili že pred mediacijo.

33 Ta faza v postopku je za mediatorja najbolj pomembna, saj se stranki doživljata kot partnerja pri iskanju rešitve in ne več kot sovražnika, ki ga je treba uničiti. Vendar se to vedno ne zgodi – včasih se stranki poravnata, a ne razumeta druga druge in ne izboljšata odnosa.

34 Sama se naslonim nazaj na stol in samo poslušam.

35 Npr. prva stranka ve, da ima prav in da bo v pravdi zmagala. A nujno potrebuje denar, pa čeprav manj. Skrbi jo tudi, da ne bo druga stranka

zmota pravnikov je, da stranki prideta na sodišče po pravno rešitev. Predvsem za gospodarske spore velja, da bi radi rešili svoj poslovni problem. Predvsem za odvetnike velja, da bi se morali naučiti spraševati stranke pred pravdo, jih poslušati skozi prizmo strankinjih želja in potreb. Pravniki pa smo izučeni, da iz življenjske zgodbe izlučimo pravno "diagnozo" in nato sprašujemo o pravno relevantnih dejstvih.<sup>36</sup> Ko pa se stranka razgovori, da je bila užaljena ali da se je počutila oglojufano, pa jo prekinemo in povemo, da to ni pravno pomembno.

### Obvladovanje močnih čustev

V gospodarskem sporu odvetniki in sodniki pogosto zmotno menijo, da ne gre za čustva, ampak za denar. Stranke v gospodarskem sporu resda manj kažejo čustva. Vendar, ko je ogrožena za njih pomembna vrednota (denar, posel, podjetje, dobro ime, firma, prihodnost na trgu), so enako čustveni kot smo vsi ljudje v konfliktu na sploh. Stopnja čustev je premo sorazmerna s pripisovanjem ogroženosti strankinjih vrednot: če oseba meni, da so ogrožene pomembne vrednote, močneje čustvuje. Mediatorji se včasih ustrašijo močnih čustev in zlasti mediatorji, ki niso po poklicu psihologji, psihoterapevti ali psihiatri, kaj hitro začnejo stranke miriti, gredo na ločen sestanek ali se takoj sklicujejo na uvodnem nagovoru dano soglasje za spoštovanje drugih, da se ne bodo žalili in podobno. Vendar je pomembno, da si zapomnimo, da ko stranka pokaže čustvo, gre za informacijo o tem, kaj ji je pomembno ali kaj si misli o drugi stranki. Ker gre včasih tudi za dogajanje na nivoju nezavednega, nam tega stranka ne bo povedala niti na ločenem sestanku, ker se tega ne zaveda popolnoma in meni, da to za mediatorja ni pomembno ali je celo nespodobno. Ko pa se razjezi, bo v jezi povedala tudi to, kar sicer ne bi.<sup>37</sup> Zato mediator pusti stranke, da izražajo tudi močna čustva – vse do tedaj, dokler še kaj izve in dokler to izražanje ne postane preveč destruktivno ali prične poglabljati njuno izhodiščno pozicijo.<sup>38</sup> V primeru, ko pride do prerekanja, pa to ne prinaša več informacij, mediator

do izvršilnega postopka postala insolventna.

36 V sodišču pridruženi mediaciji mi je direktor podjetja povedal, da lahko prvič govori ne da bi bil prekinjen in da se po štirih letih prvič pogovarja z drugo stranko.

37 Npr. "Tak si kot moj pokojni oče, tisti pijanec..."

38 Ristin G. v Betetto, N. in drugi: Mediacija v teoriji in praksi: veliki priročnik o mediaciji, Društvo mediatorjev Slovenije, Ljubljana, 2011, str. 119.

Najbolj pogosta zmota pravnikov je, da stranki prideta na sodišče po pravno rešitev

Direktorji najbolj zaupajo odvetnikom, nato "hišnim pravnikom" in šele na tretjem mestu mediatorju

Ko stranki sami pričneta iskati rešitev in pri tem kažejo skrb, da bi rešitev pomenila sprejemljiv kompromis za oba, se je zgodila t. im. "točka preobrata" ali "čarni moment v mediaciji"

**Mediator ne straši strank  
in ne laže**

Neetično je, da sodišče  
in sodnike prikazuje v  
slabi luči in "rivalizira" s  
sodnim sistemom

Veliko mediatorjev pove,  
da so ob delu z ljudmi in  
samorefleksijo izboljšali  
tudi sebe

stranke pomiri z besedami: "*Samo trenutek prosim, vidim, da je zadeva pomembna.*" Nato povzame, kar sta stranki povedali. Pri tem uporabi tehniko "reframinga" (postavi v bolj sprejemljiv način).<sup>39</sup> Vendar pa lahko stranki nista jezni le na druga na drugo. Lahko gre za strankin občutek, da mediator naklanja drugi strani preveč časa in pozornosti in je v strahu, da je mediator pristranski. Stranka to navadno izkazuje z govorico telesa,<sup>40</sup> mediator pa se tega zave, ko so pogajanja blokirana in so v slepi ulici. Zato je pomembno, da mediator v tovrstnih primerih odkrito spregovori s stranko. Kadar ni siguren, preveri zadevo na ločenem sestanku ali stranko pokliče in jo vpraša, ali prav vidi, da je bila stranka zadnjič zadržana in v čem je razlog. Enako skrben mora biti mediator tudi do odvetnikov. V mediaciji imajo vsi sodelujoči svoje interes: stranke, odvetniki in mediatorji.

V knjigi *Mediating Legal Disputes* Dwight Golann predлага osem načinov, kako naj se mediator odzove na izziv, ko stranki kažeta močna čustva:

- identificira, da gre za močna čustva,
- dovoli stranki, da se sprosti in pokaže močna čustva,
- kadar je nujno, dovoli, da se stranki vrneta k viru močnih čustev,
- pripravi stranko na odgovor druge stranke,
- loti se osnovnega problema,
- ko je vzrok v minulih dogodkih, loči preteklost od sedanjosti,
- dela s tretjimi osebami v mediaciji, ki delujejo nekonstruktivno na proces mediacije,
- opravi ločeni sestanek.

**Etična vprašanja**

Tudi v mediaciji v gospodarskih sporih je možno, da je mediator "pristranski" ali da ga stranki tako doživljata. To povzroči, da je mediacija neuspešna. Pomembno je, da mediator pred pričetkom mediacije razkrije vse povezave s strankami in odvetniki. Uvodni nagovor mediatorja je faza postopka, hkrati pa je namenjena tudi obnovi psihološkega soglasja s strankami, da lahko dela. Odprta, jasna in transparentna komunikacija najbolje pripomore, da ne bo zapletov pri delu. Mediator ne straši strank<sup>41</sup> in ne laže. Mediator mora odkrito povedati, da v primeru, če se stranki ne dogovorita, bosta pač uporabili sodno pot. Neetično je, da sodišče in sodnike prikazuje v slabi luči in "rivalizira" s sodnim sistemom.<sup>42</sup> Ni odveč spomniti, da razen alternativnega načina reševanja sporov in arbitraže, je sodni način reševanja sporov civilizacijsko gledano najvišja oblika reševanja sporov.<sup>43</sup>

**Sklep**

V gospodarskih sporih je pomembno, da mediator pri izbiri tehnik ravna zelo prožno.<sup>44</sup> Za mediacijo sta namreč značilni prožnost in prilagodljivost sporu ter strankam. Noben drugi izmed načinov ARS ni tako prožen. Prožnost pomeni sposobnost, da mediator prilagodi oziroma spremeni pristop, strukturo, stopnjo svoje aktivnosti (stil), tehnike dela in cilje glede na stranke in spor. Mediatorjeva naloga je, da informira stranke in jih educira tako, da dobijo širše razumevanje tako svojih možnosti in želja (interesov) kot tudi možnosti in želja druge stranke. Le tako bosta stranki lahko dosegli tisto rešitev, ki bo za obe sprejemljiva in v danih okoliščinah zanju najboljša. Poznavanje tehnik je pri tem zelo pomembno. Vendar tudi za mediatorja v gospodarskih sporih velja, da mora biti predvsem sočuten človek, ki zna uporabiti "zdravo kmečko pamet". S prakso in stalnim izobraževanjem je možno, da mediator izboljša svoj način dela. Veliko mediatorjev pa pove, da so ob delu z ljudmi in samorefleksijo izboljšali tudi sebe.

<sup>41</sup> Npr. "Če se ne poravnate, boste imeli stražne stroške in porabili boste veliko časa."

<sup>42</sup> Neki mediator je celo napisal v časopisu, da pove strankam, da če se ne dogovorita, jih čaka "rabelj – sodnik".

<sup>43</sup> Mimo naštetih oblik nam ostane le še pravica močnejšega.

<sup>44</sup> V ameriški literaturi avtorji govorijo o "flexibility".

<sup>39</sup> Npr. ko gre za tako pomembna sredstva pri poslu je normalno, da sta oba vznemirjena.

<sup>40</sup> Npr. stranka se presede, obrne stran od nas in prekriža roke na prsih.

## Vloga odvetnika v gospodarski mediaciji

mag. Zoran Hajtnik

Zoran Hajtnik je odvetnik partner in direktor odvetniške družbe BVH o.p. d.o.o. v Domžalah. Po diplomi na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani je magistriral s področja komunikologije na temo konfliktov in mediacij. Od leta 2004 je mediator, sprva pri Okrožnem sodišču v Ljubljani, kasneje tudi pri Višjem sodišču v Ljubljani. Kot trener sodeluje in vodi številna izobraževanja mediatorjev in je soavtor in sourednik Velikega priročnika o mediaciji. Zoran Hajtnik je tudi občasni gostujuči predavatelj na različnih fakultetah s področja konfliktov in mediacij.

Poslovna dinamika v tretjem tisočletju ne dopušča vodenja sodnih postopkov samo zato, ker poslovni partner ni izpolnil svoje obveznosti. Na razpotju, ko neposredna pogajanja niso obrodila sadov in se je potrebno odločiti za nadaljnje metode razreševanja spora, smo lahko odvetniki osrednji svetovalci pri izbiri nadalnjih korakov. Ti naj bodo kar najbolj gospodarni: hitri, učinkoviti in stroškovno ugodni. Zahodni poslovneži so prepoznali, da je tudi konflikt lahko poslovna priložnost, v kateri je potrebno sprejeti dočene odločitve, ki so lahko boljše ali pa tudi slabše. V pomanjkanju znanja in orodij za razreševanje konfliktov, smo profesionalci s področja sodnih postopkov vsaj učinkoviti upravljavci tveganj, ki jih prinaša sodni postopek, nekateri pa tudi že odlični poznavalci različnih mehanizmov alternativnega razreševanja sporov, kamor sodi zlasti tudi (gospodarska) mediacija.

Ko zbolimo, se lahko odločimo za obisk zdravnika, lahko se preprosto posvetujemo z lekarnarjem, ali pa se celo odločimo za samozdravljenje. Včasih je to uspešno, drugič je napačna odločitev lahko usodna. Tudi v poslovnem svetu je lahko odločitev o nadaljevanju konflikta preprosta in rutinska, lahko pa ima dolgoročne posledice. Navadno izbirajo poslovneži med klasičnimi pristopimi: ali partnerju naslovijo prijazno pismo, da ne beležijo njegovega plačila in preverjajo, ali so evidence točne, ali mu naslovijo opomin, ali pa opomin podkrepijo s pretnjo sodnega postopka ali pa sestavo opomina (ali pa kar vodenje sodnega postopka) celo prepustijo odvetniku.

Ali so pri takšnem postopanju izčrpane vse možnosti, ali so katere spregledane? Če so spregledane, kakšna bi lahko bila njihova učinkovitost? Ali nas pri odločitvi za določeno metodo reševanja spora vodijo čustva (npr. jeza, ker ocenjujemo, da ravnanje poslovnega partnerja ni korektno, pošteno, "fair")? Ali je možno, da prisotna čustva vplivajo na našo sposobnost trezne, racionalne presoje pri izbiri najboljših ukrepov? Ali smo pri izbiri preigrali vse koristi in tveganja, ki lahko sledijo izbranemu postopanju?

To je le nekaj vprašanj, na katera bi si veljalo odgovoriti, preden posežemo po izbiri nadaljnjega postopka v (poslovnem) konfliktu, ki ga želimo razrešiti v svojo korist. Tem bolj to velja, če gre za konfliktno situacijo, ki ima lahko daljnosežne posledice za poslovni odnos ali ugled v poslovnem svetu. V praksi se zdi, da podjetniki praviloma ne analizirajo posledic, ki jih povzroči določena akcija, usmerjena v uresničevanje lastnih interesov. Večinoma se podjetniki odločajo za to, da najprej nekajkrat ustno opozorijo nasprotno stranko, potem jo opozorijo še nekajkrat pisno v znak resnosti situacije, na kar sledi še opomin pred tožbo in odstop zadeve odvetniku z navodilom, da se vloži pravno sredstvo.

Verjetno ni dvoma, da je potrebno pri izbiri najučinkovitejših ukrepov v konfliktu najprej oceniti koristi in tveganja posameznih možnosti. In če si priznamo ali ne, ostaja dejstvo, da je pogosto pri tem bolj pomembno vodilo od možnega doseganja koristi

Poslovna dinamika v tretjem tisočletju ne dopušča vodenja sodnih postopkov samo zato, ker poslovni partner ni izpolnil svoje obveznosti

V praksi se zdi, da podjetniki praviloma ne analizirajo posledic, ki jih povzroči določena akcija, usmerjena v uresničevanje lastnih interesov

Verjamem, da je za stranke najpomembnejše, da jih odvetnik opozori na vse možne posledice različnih postopkov, še posebej, ker je danes skoraj nemogoče napovedati, kakšna bo končna odločitev sodišča. To vlogo bi lahko poimenovali, da je odvetnik svetovalec pri upravljanju konflikta

psihološka potreba po "ohranjanju obraza".<sup>1</sup> To je povsem človeško in s tem ni nič narobe; vprašanje pa je, ali je to optimalno in koristno za nadaljnje poslovanje.

Odgovor seveda ni enoznačen in pogosto drugačna pot od zgoraj opisane "poslovno-kultурne tradicije" niti ni smiselna. Ne pa vedno.

Naj orisem primer iz prakse, v katerem sta se sporekla dobavitelj in kupec. Prvi je kupcu očital neplačilo domnevno prodanega komisjskega blaga, kupec pa dobavitelju selektivno dobavo blaga in s tem relativno slabši tržni položaj od drugih konkurenčnih ponudnikov blaga na trgu. Prvi je tožil na plačilo domnevno prodanega blaga, drugi pa je uveljavljal škodo zaradi kršitve pogodbe o poslovнем sodelovanju, ker da bi naj dobavitelj ne dobavljal blaga v skladu s pogodbo. Po treh letih spora sta se odločila, da bosta poskušila doseči rešitev spora v mediacijskem postopku. Mediator je z uporabo mediacijskih veščin in znanj ugotovil, da je kupec dobavitelju priznaval visoko kvaliteto in je bil zainteresiran za vzpostavitev ponovnega poslovnega sodelovanja, dobavitelj pa je priznaval, da je kupec dober trgovec – detajlist, ki dosega dobro prodajo njegovih izdelkov in si je prav tako želel nadaljevati poslovno sodelovanje. Ko je mediator stranki v sporu vprašal, kolikšno mesečno realizacijo sta stranki dosegali v povprečju v času njunega medsebojnega sodelovanja, sta stranki povedali znesek, ki je predstavljal cca eno dvanajstino sodnih zahtevkov. Nadaljnje besede so bile skoraj odveč: ko sta se stranki zavedli, da sta izgubili tri leta poslovnih rezultatov zaradi enoletnega obsega poslovnega sodelovanja, je bilo na dlani, da se spor ne splača nobeni od strank in sta se hitro pogodili za ponovno poslovno sodelovanje pod nekoliko prilagojenimi oziroma spremenjenimi pogoji.

Navedeni primer, ki je resničen slovenski primer, nakazuje, da je mediacija zelo smiseln postopek oziroma metoda razreševanja konflikta/ov zlasti v primerih, kjer je odnos med strankama pomemben in je dogovor zelo zaželen, da bo omogočal nadaljnje sodelovanje.

Na tem mestu je primerno izpostaviti, da je po mojem trdnem prepričanju prva vloga odvetnika, da se s stranko pogovori o ciljih (interesih konkretnega konfliktnega razmerja<sup>2</sup>), ki jih stranka zasleduje, da ji predoči različne možne oblike razreševanja sporov in izpostavi prednosti in slabosti posamične metode. Verjamem, da je za stranke najpomembnejše, da jih odvetnik opozori na vse možne posledice različnih postopkov, še posebej, ker je danes skoraj nemogoče napovedati, kakšna bo končna odločitev sodišča.<sup>3</sup> To vlogo bi lahko poimenovali, da je odvetnik svetovalec pri upravljanju konflikta.

Že takoj naj opozorimo, da odvetniki nismo profesionalni svetovalci pri upravljanju konflikta: smo namreč profesionalci na področju zastopanja v različnih pravnih postopkih in gotovo smo z leti "pravdanja" pridobili bogata pogajalska znanja in veščine. In vendar je naše temeljno delo poznavanje prava in zastopanje v postopku, medtem ko terja svetovanje pri upravljanju konflikta veliko več: od znanja psihologije, komunikologije, ekonomije, sociologije in še številnih drugih znanj, ki zagotavljajo dobro poznavanje dinamike konflikta in možnosti ocenjevanja vzročno – posledičnih odnosov med aktivnostmi ene stranke v sporu in reakcijami druge stranke. Teorija pravi, da je v nastajanju nova znanstvena disciplina – konfliktologija. Do njene uveljavitve pa smo na sivem območju družbenega pojava konfliktov gotovo odvetniki eni (naj)boljših svetovalcev, ob pomanjkanju konfliktologov.

Dodana vrednost, ki jo lahko prispeva odvetnik v tej vlogi, je široka in raznolika, ter zajema zlasti:<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Včasih je interes stranke tako specifičen, da ga lahko uresniči le sodna pot. Včasih si stranka npr. želi tožiti drugo stranko in je to hkrati sredstvo in cilj, kar je v celoti legitimno. Spet drugič potrebuje stranka zaradi množičnosti pojava sodni "judikat", da bo lahko enako obravnavala vse množične situacije. V navedenih primerih je povsem neprimereno spore reševati na drugačen način kot po redni sodni poti.

<sup>3</sup> Težko je povsem kredibilno uperiti prst v glavnega "krivca", da je težko napovedati sodno odločitev, gotovo pa k temu precej prispeva procesna zakonodaja, ki se je od poprejnjega presojanja "kaj se je v resnicu zgodilo med strankama in kaj je zanju najbolj pošteno" premaknila v smeri hitrega in učinkovitega postopka, ki se ga zagotavlja s tem, da stranke dejstev in dokazov ne morejo sodišču ponujati ves čas trajanja postopka, ampak je to dopustno le v prvi fazi postopka. Drugi razlog je gotovo preveč živilna in premalo domišljena zakonodajna dejavnost našega parlamenta, ki s hiperprodukcijo predpisov povzroča razkorake med znano sodno prakso na eni strani in veljavnimi predpisi na drugi strani. Razlogov je verjetno še nekaj, na tem mestu izpostavljam po mojem mnenju ključna dva.

<sup>4</sup> Več o tem gl. v Hajnik, Z.: Vloga odvetnika pri alternativnem reševanju sporov: pooblaščenec ali svetovalec? Odvetnik, Leto 14, št. 2 (jul. 2012), str. 44–45.

- kako bo ukrep (akcija) vplival(a) na odnos s poslovnim partnerjem (na primer na bodoča naročila);
- ali bo ukrep pospešil želeno korist (npr. dolgovano plačilo) in kdaj;
- kakšni bodo stroški;
- kakšne bodo postranske posledice (npr. odziv dežnikov);
- ali ima lahko ukrep negativno publiciteto;
- ali ukrep v psihološkem smislu potisne nasprotnika v obrambno pozicijo, da se brani pred našim "napadom" in najde razlog, da je njegova neizpolnitev "pravična zaradi našega nekorektnega ukrepanja".

Ko bo podjetnik soočen z vrstami posledic, ki jih lahko povzroči njegova akcija in z oceno (ki niti ni nujno potrebno analitično natančna), bo veliko lažje sprejeti odločitev, ali je načrtovana akcija zanj primerna, ali pa je morebiti preveč tvegana.

Vloga svetovalca pri upravljanju konfliktov gotovo ni omejena samo na trenutek, ko podjetnik obupa nad svojim poslovnim partnerjem. Osebno verjamem, da je gotovo lahko najučinkovitejša pred uvedbo sodnega postopka. Teorija namreč uči, da se z eskalacijo konflikta manjšajo možnosti za mirno (sporazumno) ureditev spornega razmerja.<sup>5</sup> Že z vidika možnosti izbire različnih postopkov je nabor možnosti po vložitvi tožbe manjši (npr. ni mogoče voditi hkrati arbitražnega in hkrati sodnega postopka o istem vprašanju). Ker pa nas zanima zlasti tudi mediacija, je potrebno poudariti, da je mediacijo mogoče začeti pred sodnim postopkom, med njim, ali pa celo po zaključnem sodnem postopku. V gospodarskih poslih je večina medsebojnih razmerij takšnih, da lahko stranke z vsebino svojih terjatev (zahtevkov) prosto razpolagajo in lahko obveznost, ki jo je sodišče določilo na en način, največkrat uredijo tudi drugače, kot to določa sodba, če s tem seveda obe stranki soglašata.

Druga, za pričujoči prispevek še pomembnejša vloga, pa je vloga odvetnika znotraj (gospodarske) mediacije. Mediacija je resda neformalen postopek, v katerem se

<sup>5</sup> Več o tem v Glasl, F.: Confronting Conflict. Gloucestershire: Hawthorn Press (1999).

stranki s pomočjo tretje, nevtralne osebe (mediatorja) poskušata dogovoriti o mirni razrešitvi njunega spornega razmerja. To pa ne pomeni, da nima pravnih konsekvens. Res je, da je vloga odvetnika v (gospodarski) mediaciji občutno manj pomembna kot je njegova vloga v sodnem postopku in vendar je odvetnik lahko stranki v ključno oporo zlasti pri:

- **svetovanju ob podpisu mediacijskega sporazuma:** mediacija se začne s sporazumom strank o bistvenih sestavinah mediacijskega razmerja. Tako kot pri vsaki pogodbi, je tudi pri mediacijskem sporazumu (pogodbi) potrebno posebno pozornost nameniti pravilom, ki niso zapisana v sami pogodbi, ampak veljajo na podlagi zakona ali drugih veljavnih pravil, ki jih stranki sprejmeta. Še posebej so lahko takšna pravila problematična, kadar imamo spor z mednarodnim elementom in veljajo za mediacijo pravila tujega pravnega sistema;
- **izbiri mediatorja:** če gre za mediacijo v Sloveniji, odvetniki praviloma dobro vedo, kateri mediatorji so bolj facilitativni (stranke spodbujajo, da se čim več dogovorijo same), kateri pa so bolj evaluativni (so aktivnejši in so lahko celo pripravljeni strankam na njihovo željo podati tudi lastno videnje, kakšna bi lahko bila sodna odločitev). Odvetniki vedo, kateri mediatorji so primernejši za družinske spore, kateri za gospodarske spore, prav tako vedo, kateri mediatorji so hitrejši, kateri se pri svojem delu bolj previdni;
- **oblikovanju strategije:** znani ameriški rek pravi, da "a fail to prepare is a way to failure", kar pomeni, da je dobra priprava ključ do uspeha. Za vsaka pogajanja se je potrebno dobro pripraviti in več podatkov pomeni boljšo možnost za uspeh. Presoja, katere podatke razkriti takoj, katere na koncu, kaj povedati na skupnih srečanjih vsem udeležencem, kaj samo mediatorju, je ključna. Več, ko ima odvetnik izkušenj na področju gospodarskih mediacij, lažje svetuje strankam in na ta način ključno upravlja s tveganji, ki jih mediacija (čeprav zanemarljiva) vseeno nosi.<sup>6</sup> Verjetno je za stranko najbolje, če je odvetnik tudi sam mediator, ker je potem njegovo razumevanje postopka in celotne dinamike med udeleženci še bolj temeljito;

V gospodarskih poslih je večina medsebojnih razmerij takšnih, da lahko stranke z vsebino svojih terjatev (zahtevkov) prosto razpolagajo

Znani ameriški rek pravi, da "a fail to prepare is a way to failure", kar pomeni, da je dobra priprava ključ do uspeha

Verjetno je za stranko najbolje, če je odvetnik tudi sam mediator, ker je potem njegovo razumevanje postopka in celotne dinamike med udeleženci še bolj temeljito

Cca 70% slovenskih odvetnikov se praviloma ali vedno odloča za mediacijo, 99% slovenskih odvetnikov pa mediacijo vsaj občasno uporablja

Kar 90% odvetnikov meni, da je mediacija vsaj občasno uporabna metoda razreševanja konfliktov

Skoraj tričetrtinska večina (74%) članov Odvetniške zbornice Slovenije se zavzema, da bi mediacije ostale vsaj na obstoječem nivoju, ali pa se celo dodatno širile

- **neposrednih pogajanjih:** vsaka mediacija ima za cilj sporazum in vsak sporazum predpostavlja medsebojno vzajemno popuščanje strank. Proces usklajevanja stališč imenujemo pogajanja. Že zgoraj je omenjeno, da imajo odvetniki veliko izkušenj s področja pogajanj, saj je to njihovo vsakodnevno delo (še posebej, če se ukvarjajo z gospodarskimi spori). Pri pogajanjih je ključna tudi presoja oziroma ocena odvetnika, kako se bo zaključil sodni postopek, če se stranki v mediaciji ne sporazumeta. Šele na podlagi primerjave (na eni strani) pričakovane sodne odločitve, časa, ki bo potreben, da jo sodišče sprejme, stroškov, ki so z njo povezani, stopnjo tveganja, da je ocena napačna in eventualnih drugih parametrov se bo mogoče dobro odločiti, ali je (na drugi strani) ponudba nasprotne stranke "slaba ali dobra", oziroma sprejemljiva ali nesprejemljiva;
- **zapisu sporazuma (poravnave):** tudi, če je med pogajanji manj pomembno, kakšna pravna pravila so pomembna v konkretnem sporu in kdo bi "zmagal ali zgubil" na sodišču, je dogovor, ki ga stranke dosežejo, ureditev pravnega razmerja, torej gospodarska pogodba. Če naj se zagotovi, da bo zapis kar najbolj natančno in nedvoumno odražal to, kar sta se stranki dogovorili, je sodelovanje odvetnika praviloma nenadomestljivo. Kdo bi temu oporekal, češ, za plačilo in dinamiko se pa že lahko sam dogovorim s poslovnim partnerjem – in res je tako. Odvetniki pa navadno zastavlajo pri tem pomembna vprašanja: kako je z obrestmi, kako je s stroški, kako je z zavarovanjem plačil, kaj če plačilo ne bo izvršeno v dogovorenem roku, kako naj se zagotovi neposredna izvršljivost (da ne bo ta sporazum čez nekaj npr. mesecev samo nova listina, ki bo podlaga za novo tožbo) in tako dalje.

Potrebno je poudariti, da so v zgornjih alinejah izpostavljene le najpomembnejše situacije, pri katerih je navadno vloga odvetnika odločujoča, nikakor pa to ne pomeni, da odvetniki strankam ne nudijo ključne opore tudi pri drugih situacijah pri (gospodarskih) mediacijah, kot npr. da vzpostavljajo ravnovesje moći v mediacijskem postopku, nudijo strankam "glas razuma", kadar so čustva premočna, opozarjajo na aspekte, ki bi jih lahko podjetniki sami spregledali pri urejanju vprašanj in tako dalje. Seznam, pri čem vsem lahko odvetnik nudi oporo stranki pri upravljanju konflikta in gospodarski mediaciji je tako rekoč neskončen, saj se

verjetno ne ustavi niti pri svetovanju, kje za vogalom sodišča je najboljša kava.

Večina odvetnikov podpira mediacijo kot način razreševanja konfliktov. Z anketo, ki smo jo lani izvedli s pomočjo Odvetniške zbornice Slovenije smo ugotovili,<sup>7</sup> da se cca 70% slovenskih odvetnikov praviloma ali vedno odločajo za mediacijo in da 99% slovenskih odvetnikov mediacijo vsaj občasno uporablja. Kar 90% odvetnikov nadalje meni, da je mediacija vsaj občasno uporabna metoda razreševanja konfliktov. Skoraj tričetrtinska večina (74%) članov Odvetniške zbornice Slovenije se zavzema, da bi mediacije ostale vsaj na obstoječem nivoju, ali pa se celo dodatno širile. Navedeno pomeni, da je večina slovenskih odvetnikov dobrih poznavalcev mediacije, da vidijo mediacijo kot način razreševanja sporov, ki je primeren vsaj za določene vrste sporov ter jo podpirajo kot sredstvo razreševanja sporov. Še naprej pa je to v kontekstu tega prispevka pomembno, da lahko nudijo slovenski odvetniki poslovnežem (tako doma kot v tujini) kvalitetno podporo pri upravljanju in razreševanju njihovih sporov, še posebej tudi na področju gospodarskih mediacij.

V pomanjkanju specifične "konfliktoloske" stroke smo odvetniki največji strokovnjaki upravljanja in razreševanja pravnih konfliktov in lahko strankam nudimo oporo tako v fazi svetovanja različnih aktivnosti v smeri eskalacije oziroma deescalacije konfliktov, kot tudi v smeri izbire različnih postopkov razreševanja konfliktov, kamor sodi v okviru alternativnega reševanja sporov tudi (gospodarska) mediacija. Tudi v okviru postopka gospodarske mediacije lahko odvetniki kot pravni strokovnjaki nudimo strankam oporo od samega začetka pa do konca mediacije – najmanj skozi poznavanje prava in nudjenje pravne pomoči, v praksi pa največkrat tudi v luči priprave pogajalskih taktik in konkretnih pogajalskih korakov. V gospodarski mediaciji lahko stranki največ svetujejo odvetniki, ki imajo bogate izkušnje na področju gospodarskih mediacij, to pa je velika večina slovenskih odvetnikov.

<sup>7</sup> Več o tem v: Hajtnik, Z.: Odvetniki podpiramo obstoj in nadaljnji razvoj sodišču pridruženih mediacij, Pravna praksa, Leto 31, št. 48 (2012), str. 12-13.

# Efficiency of Mediation in Commercial Disputes with Emphasis on Estonia<sup>1</sup>

Ilona Nurmela, PhD, Pirkka-Marja Pöldvere

Ilona Nurmela (PhD, Cambridge University) is a commercial mediator accredited by the Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) and an attorney-at-law with FORT Law Office, who trains and advises interests-based negotiators and acts as a professional and executive coach. As a former executive of a NASDAQ OMX listed company, in her spare time she safeguards best corporate governance practices in the Baltics as a Board member of the Baltic Institute of Corporate Governance.

Pirkka-Marja Pöldvere is an attorney-at-law and partner at Aivar Pilv Law Office, Estonia ([www.apilv.ee](http://www.apilv.ee)). She has a Degree of Master of Laws in International Commercial Arbitration Law from the Stockholm University (LL.M.; Juris magisterexamen i internationell kommersiell skiljemannarätt; 2004) and she has lectured on ADR (especially arbitration), i.a., at Tartu University (Estonia).

## Introduction

Efficiency depends on the desired result – whether the aim is to resolve the dispute quickly and with least monetary losses, or whether the case should create clarity for the entire legal system on how rules are to be applied, or, equally, whether the wrongdoing party should be kept from doing business ever again by, e.g., keeping it in court until bankruptcy. For the purposes of this article, efficiency is taken to mean a way to resolve disputes with least hassle for the parties with a potential of avoiding similar disputes in the future.

Keeping this in mind, it could be argued that courts are not always the optimal venue for resolving commercial disputes. As a result of *Gasser vs. MISAT*<sup>2</sup> and *Turner vs. Grovit*<sup>3</sup>, the certainty of enforcement

of jurisdiction clauses in EU courts has wavered. The respect for arbitration clauses is perhaps higher.<sup>4</sup> In any case, in the UK only about 5% and in Estonia about 20% of civil court cases ever reach a final judgment,<sup>5</sup> and this number is likely to be even less in cases of business-to-business (B2B) commercial disputes. These cases are mostly about money and are either settled in court or, in most part, resolved outside of the court system altogether. Thus, if most commercial disputes never reach courts or never reach the final judgment or a legal precedent, it may be argued that the resolving of

Efficiency depends on the desired result – whether the aim is to resolve the dispute quickly and with least monetary losses, or whether the case should create clarity for the entire legal system on how rules are to be applied, or, equally, whether the wrongdoing party should be kept from doing business ever again

1 The article is partly based on Ilona Nurmela's PhD thesis titled "Viability of Litigation in Resolving International Commercial Business-to-Business Disputes in the EU, in Particular in England and Estonia." (Cambridge University, 2005), and partly on the Estonian-language article of the authors in *Juridica I/2014*, titled "Vaidluste efektiivne kohtuväline lahendamine" (p-s 1-3-16).

2 C-116/02, *Erich Gasser GmbH vs. MISAT Srl.* [2004] International Litigation Procedure IL.Pr.7. It was decided that even when there is an agreement to submit the dispute to the exclusive jurisdiction of country A, if the dispute is first initiated in country B, then the courts in country A must suspend proceedings until the court in country B decides that it does not have competence to continue with the proceedings.

3 C-159/02, *Gregory Paul Turner vs. Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd ja Changepoint SA* [2004] 2 Lloyds List Law Reports Lloyd's Rep 169. The English court that initiated proceedings first issued an injunc-

tion to restrain the English defendant who was a plaintiff in the Spanish proceedings to continue the litigation in Spain. More about *Gasser vs. Turner* see I. Nurmela, Sanctity of Dispute Resolution Clauses: Strategic Coherence of the Brussels System. – *Journal of Private International law* 2005 (1), p 115.

4 Thanks to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the 1958 New York Convention) and C-190/89 *Marc Rich & Co. AG vs. Societa Italiana Impianti PA – OJ 1991, p I-3855*, and perchance because arbitration clauses have so far been left out from the Brussels jurisdiction rules.

5 E.g. according to the Estonian Supreme Court statistics on 1993–2012, on average, 21.25% procedural applications were resolved, i.e. reached final judgment, and in 1993 this ratio was 8.43%. 19 years of statistics gives an indicative average even if cases were not resolved the same year they reached the Supreme Court. Published: Estonian Supreme Court. Statistics: <http://www.nc.ee/?id=79>; For the UK statistics, see Department for Constitutional Affairs. Judicial Statistics, 2001–2003. [http://www.dca.gov.uk/judicial/jsar01/judicial\\_stats3.pdf](http://www.dca.gov.uk/judicial/jsar01/judicial_stats3.pdf) (2000 and 2001), [http://www.dca.gov.uk/judicial/jsar02/judicial\\_stats3.pdf](http://www.dca.gov.uk/judicial/jsar02/judicial_stats3.pdf) (2002) and <http://www.dca.gov.uk/judicial/jsar03/contents.htm> (2003 – all visited on 30.08.2005).

- such disputes through courts is a waste of the parties', as well as, the courts' resources.
- The authors will below provide a brief overview of the efficiency of ADR in general, bring out the fundamentals of mediation as an ADR method, analyse its efficiency, and lastly, discuss the developments of mediation in Estonia.
- Efficiency of alternative dispute resolution (ADR) in general – the difference between legal and relational paradigms**
- Before proceeding to analyse the efficiency of mediation as a means of resolving disputes, a fundamental difference between the legal and relational paradigms needs to be clarified. By and large, the public legal order finds its efficiency through litigation – precedents specify legal rules and determine which ones develop and which ones die. ADR<sup>6</sup>, including mediation, on the other hand, allows parties to make their own rules, valuing speed and least obstacles to resume business as usual, even if this means an intelligent business divorce for parties that are unable to mend their conflict and re-kindle trust.
- Litigation and ADR are two distinct yet coexisting and complementary dispute resolution systems. ADR and litigation both have their own governing norms and taxonomies and they belong to different legal orders. Considering the differences in the rules and the players, according to the systems theory,<sup>7</sup> litigation and ADR are separate institutions. Litigation is an institution<sup>8</sup> of the public legal order governed by the rule of law and ADR is an institution of the private legal order governed by *lex mercatoria*.
- Considering the differences in the rules and the players, according to the systems theory, litigation and ADR are separate institutions. Litigation is an institution of the public legal order governed by the rule of law and ADR is an institution of the private legal order governed by *lex mercatoria*
- are as valid as parties agree that they are. The classical view of contracts and conflicts is formalistic while the view of the relational system (which may also be culture-geographical) is agile. Coexistence of these two different institutions of litigation and ADR does not necessarily mean that they complement each other equally. Simply put, they are not recognised as equal because of the key concept of the public legal order – bindingness. Because of this, some parties might not even see mediation or negotiations that they can themselves tailor to their liking as a valid alternative to litigation that would give them an enforceable result a few years if not decades down the line.
- Both paradigms may become applicable throughout the course of a business relationship (when everything is progressing well, no one looks at the contract), as well as during the resolution of a single dispute (parties may revert to compromise negotiations or mediation during litigation).
- Fundamentals of mediation, its efficiency and benefits**
- Commercial mediation is essentially a negotiation assisted by a neutral third party that helps parties to risk-assess and look beyond the legal and the monetary value, focussing on the real needs and interests of the parties and on reaching a mutually satisfying solution quickly.
- Mediation is a strictly voluntary process where confidentiality is a key factor – the mediator shall keep anything disclosed to him or her by one party from the other unless specifically instructed to pass on certain information. The fact of mediation being conducted is also confidential, unless parties choose to disclose it for public image purposes, e.g. in case of trade union disputes. The procedure is without prejudice, i.e. mediators cannot be called as witnesses in any subsequent court proceedings and information disclosed during the mediation is also barred from use in any potential subsequent or parallel<sup>9</sup> litigation.
- 
- <sup>6</sup> While in the European context ADR may sometimes exclude arbitration, for the purposes of this article any means of dispute resolution that is not part of the state's rule of law taxonomy, i.e. that is not litigation, is considered ADR. ADR is, effectively, any dispute resolution method alternative to litigation.
- <sup>7</sup> Masahiko Aoki. Toward a Comparative Institutional Analysis. Cambridge, Massachusetts: MIT Press 2001, p 5.
- <sup>8</sup> Observed statutory law and regulations are institutions. – Aoki, *idem*, p 13.
- 
- <sup>9</sup> Litigation is usually halted or not filed while the mediation proceedings are ongoing, which does not mean breaches of good faith do not happen for procedural (so as to be able to bring claims in due time) or other purposes. Prohibition of disclosure of information discussed in mediation is contingent on parties having signed an agreement to mediate where this has been expressly agreed.

In terms of process, mediation is flexible and informal, and can be tailored to the needs of the parties.<sup>10</sup> Facilitative mediators<sup>11</sup> need not be legal experts as they do not hand down decisions or provide legal advice. However, if both parties want an adjudicative/evaluative mediation that ends in the mediator providing his or her own opinion when parties fail to come to a mutually satisfactory agreement, a legal qualification of the mediator might be essential. Lawyers may but need not be present and some parties choose to check in with their lawyers by phone while they otherwise feel comfortable moving forward on their own.

If the parties reach an agreement in mediation, it is normally put in writing with the help of the mediator and signed by the participants. The process can take from a few hours to a few days in complicated cases and the agreements that follow have a higher (c.a. 80-90%) chance of being voluntarily implemented – since it was the parties themselves that forged something they can both live with.

There is no hard and fast rule regarding which dispute resolution method to choose in case of which disputes, industries or contracts, and different dispute methods are not equal choices in any dispute.<sup>12</sup> Also,

<sup>10</sup> Sessions usually begin by bringing both parties together and allowing each to tell their story. The mediator will work with the parties jointly while that is conducive to reaching a solution. Mostly, after those introductory sessions, the mediation continues with the parties in separate rooms and the mediator going back and forth between them. This helps to discuss issues parties are not comfortable disclosing in front of each other.

<sup>11</sup> In facilitative mediation, the mediator is in charge of the process, while the parties are in charge of the outcome. The mediator asks questions, validates parties' points of view and gets them to think about risks, searches for interests underneath positions taken and assists parties in finding and analysing options for a joint solution. The facilitative mediator does not make recommendations to the parties, give his or her own advice or opinion as to the outcome of the case, or predict what a court would do in the case. Evaluative or adjudicative mediation emerged in court-mandated or court-referred mediations. This can be undertaken by those of the legal profession – judges, attorneys, notaries. Normally, lawyers work with the court to choose the mediator and parties are most often present in the mediation, but the mediator may meet with the lawyers alone as well as with the parties and their lawyers. There is an assumption in evaluative mediation that the mediator has substantive or legal expertise regarding the dispute. The evaluative mediator makes a recommendation to the parties, when they fail to reach agreement – usually in the form of a drafted agreement and this option is agreed at the outset of the mediation.

<sup>12</sup> Naturally, not all ADR methods are viable for any and all commercial disputes. In terms of what kind of disputes might best be settled by mediation there is a plethora of literature analysing which ADR method best suits which disputes and which long-term contractual disputes in particular. Still, secondary literature and case-law are inconclusive as to which dispute method best suits which contract. While there is a mild

receptiveness of any legal system and the parties to ADR may rely on the availability of ADR methods and professionals, prohibitive cost, increase in backlog and getting traction from the courts, etc. Basically, any contract or conflict can be mediated just like any international commercial B2B contract dispute can end up in court.<sup>13</sup> What is known is that loss of future gains or serious trust damage to the relationship due to opportunism may very well trigger litigation. Still, while trust may be difficult to regain, skilled mediators can sometimes de-escalate the dispute, so “difficult” is not “impossible”.

Business is about relationships and trust. When miscommunication or perceived or real breaches of trust cause such commercial relationships to break down, the conflict impacts the entire business, not just the individuals involved. Mediation is about taking control of your conflict when you have deadlocked on business-critical or emotional topics that have ceased to be about the law or the money. Based on the principles of open communication, active listening and principled negotiation, mediation allows conflicting parties to avoid the stress and expense of lengthy litigation and to retain control of their own fate. Disputes with suppliers, cooperation partners, between shareholders and just about any, not just legal, conflict can be resolved quickly and with the least possible expense with the help of a third neutral. When undertaken early on in the dispute, mediation can thus help parties to restore communication lines, repair the trust and continue doing business and even avoid similar problems in the future. When the dispute has escalated beyond repair, sometimes an intelligent business divorce, i.e. parting ways, is what is needed and can be amicably agreed. For the business community this means that they can spend the time, energy and money they would otherwise have spent on the conflict for the betterment of their business instead.

This being said, there are, however, also cases where at least one of the parties needs to go through a more formal procedure (arbitration or litigation). For example,

In terms of process, mediation is flexible and informal, and can be tailored to the needs of the parties

Business is about relationships and trust. When miscommunication or perceived or real breaches of trust cause such commercial relationships to break down, the conflict impacts the entire business, not just the individuals involved

When the dispute has escalated beyond repair, sometimes an intelligent business divorce, i.e. parting ways, is what is needed and can be amicably agreed

preference of ADR to litigation in case of long-term cooperative contracts, this might logically be due to repeat-play interaction, which in game-theoretic terms creates a greater likelihood of cooperation.

<sup>13</sup> The classification of certain industries or contracts as more cooperative does not preclude litigation because a) classifications are made in points in time; and b) market conditions that created a cooperative setting, e.g. a high concentration in an industry, may change in time.

**Mediation can occur at almost any time, even after a lawsuit has been filed. In most cases, it is best to mediate as early as possible**

**When undertaken prior to commencing arbitration or litigation, mediation does not remove the right to go to trial or to proceed to arbitration**

**For the legal system the efficiency of ADR means a greater efficiency of the legal system in the long run**

it might be that a lot of effort has been put into a relationship with no effective result and thus the company decides to go on with other relationships and leave it for the arbitral tribunal or courts to unwind the failed relationship and find a resolution to the now past dispute. Also, arbitration or litigation do offer a better solution in cases where the conflict really is about the interpretation of a point of law.

Mediation can occur at almost any time, even after a lawsuit has been filed. In most cases, it is best to mediate as early as possible. When after spending, e.g. 3-5 years<sup>14</sup> in litigation parties calculate how much the dispute has cost them in legal and state fees so far, calculate how much it is going to cost them until they get to the Supreme Court (indexing the figure for increases in legal fees and time value of money) and frequently decide time is ripe to try another avenue to resolve the dispute. Or, when parties have exchanged angry letters via attorneys for 6 months and even attorneys from both sides tell the conflicting parties that they cannot help since the dispute has never been about the law but about emotional and fairness issues, there is a good chance a mediator can help find out the core of the dispute, the wishes, the needs and the real interests, and engage the parties separately and jointly to help them to focus on ending the feud and getting out of their partnership while there is still some money left.

When undertaken prior to commencing arbitration or litigation, mediation does not remove the right to go to trial or to proceed to arbitration. Even when parties do not reach agreement on the day, they frequently settle weeks later as a result of the mediation having triggered a slightly expanded view of the issues.

In terms of how to reach mediation, essentially, there are four possibilities – (1) there is no dispute resolution clause at all; (2) there is a dispute resolution clause and it lists mediation as the sole method (stand-alone); (3) the dispute resolution clause lists mediation as one of the methods of resolving disputes (mixed clauses<sup>15</sup>); (4) the agreed dispute resolution clause does not include mediation, but parties agree on mediation anyway. The so-called stand-alone mediations really occur

<sup>14</sup> In Estonia, in practice, on average it takes a case 2-5 years to pass through all three tiers of the court system.

<sup>15</sup> I.e. dispute resolution clauses where the parties have agreed on different mechanisms for different stages of any dispute (*med-arb*, *neg-med-arb*, *med-litigation*).

in case of (1) and (2) and only when the mediation is successful and final, which is in most cases.<sup>16</sup> It is arguable, whether in case of (4) the separate agreement to mediate outside of the agreed dispute resolution clause could be considered to go under “negotiation”, which is pretty standard in most dispute clauses and whether that would mean any such mediations are, in fact, not stand-alone, but part of the pre-court phase implementation of an existing mixed clause.

It is important that transactions’ lawyers would understand the nature, purpose, length, risks etc. of the different methods and also of their combination. One should clearly focus not only on the enforceability of the potential resolution but also on the characteristics of the business, the contract and especially the parties (as well as their representatives). It should be analysed whether mixed clauses would be the most effective way for resolving the particular dispute or would the agreement on one (adjudicative?) method lead to faster and more effective result (hoping that the parties would try to negotiate anyway prior to submitting a formal claim). Even though some supporters of mediation are convinced that in case of a good mediator no commercial dispute would reach arbitration/court, others are more reserved and advocate caution regarding mixed clauses: it might very well happen that they might decrease the effective resolution of the dispute not the contrary (increasing cost, increasing time, consuming energy etc.).

The benefit of increased use of mediation and ADR for the public legal system is also tangible – when mediation is acknowledged and used as an effective means of resolving disputes, commercial disputes that would otherwise have settled during litigation do not reach courts, liberating the court docket. In other words, settling litigated adjustment cases (that are about adjusting the parties’ monetary entitlements) may be beneficial for the parties, but is rather costly for the legal system. The more public funds are allocated properly, towards development of the law by reaching the final judgment and the less public cost is attributed towards cases that settle, the better. For the legal system the efficiency of ADR means a greater efficiency of the legal system in the long run. Then the resources

<sup>16</sup> Whenever litigation or arbitration is undertaken post-mediation, regardless of the existence of any clause, mediation can no longer be considered a stand-alone procedure.

of the courts are dedicated more to creating precedents rather than serving as tactical battle grounds for commercial disputes that settle and never reach judgment or create precedent.

### The Efficiency of Mediation (and other ADR) in Estonia

So far, ADR methods have not gained much popularity in Estonia.<sup>17</sup> The legal framework inducing settlement and mediation as means for dispute resolution took effect with the new Code of Civil Procedure (CCP) in 2006.<sup>18</sup> Thereafter, on 1 January 2010 the Conciliation Act (CA) took effect, comprising of elements of both mediation and conciliation.<sup>19</sup> At the same time the CCP was further amended to include the possibilities for a judge to oblige the parties to participate in mediation.<sup>20</sup> The latest step towards promoting mediation/conciliation was the inclusion of conciliation in the Administrative Court Procedure Act.<sup>21</sup>

For the purposes of the CA – the supposedly central legal act for mediating commercial disputes – a conciliator is (Art 2 of CA): a natural person whom the parties have entrusted the task of carrying out the conciliation (in practice, usually businessmen or those not of the legal profession), an attorney-at-law or a

notary.<sup>22</sup> In cases provided by law, a conciliation body of the government or a local authority can also act as a conciliator. Under CA a conciliator may, on the basis of the facts of conciliation and the progress of conciliation proceedings, propose to the parties his or her own solutions to the dispute. Unlike in cases of classical facilitative mediation, where the outcome is not of a binding nature, Article 14 of the CA foresees a possibility to obtain an enforcement document as a result of the conciliation.<sup>23</sup> This is likely to be a requirement of the parties in adjudicative/evaluative mediations.

Notwithstanding the legal framework, the usage of mediation in commercial disputes has been rather scarce, either as a stand-alone procedure, in mixed clauses and/or under the court administration.<sup>24</sup> Furthermore, there have been some indications that in case of court-administered mediations the background and the needs of the parties have not always been fully taken into account, thus leading to the question whether the mediation as such was effective.

So far, ADR methods have not gained much popularity in Estonia

So why are so few disputes in Estonia and by Estonians resolved by ADR, including mediation? Why do a lot of lawyers share the view that mediation is pointless? The authors have thought about this long and hard and can only offer their hypotheses. Part of the answer probably stems from our history. Perhaps ADR methods are not yet appreciated because we have inherited the unwavering belief in the state court system? Or maybe it is the result of the shift from collective to individual mindfulness that has resulted in the exaggerated need to focus on one's own interests only? It might also be that the historically developed tendency to keep all your cards close to your chest (as otherwise they can and likely will be used against you) is a difficult

<sup>17</sup> With the possible exception, to a certain extent (less than, e.g., in Scandinavia), of arbitration. Since 1993 Estonia has been a party to the New York 1958 Convention *see note 4 supra* and as of 2006 Estonia can be considered a UNCITRAL model law country.

<sup>18</sup> Art. 4(4) of the Estonian Code of Civil Procedure (CCP; effective as of 1 January 2006) read as follows: "During proceedings, the court shall take all possible measures to settle the case or a part thereof by compromise or in another manner by agreement of the parties if this is reasonable in the opinion of the court. For such purpose, the court may, among other, present a draft of a contract of compromise to the parties or request that the parties appear before the court in person, or propose that the parties settle the dispute out of court or call upon the assistance of a conciliator."

<sup>19</sup> *Lepitusseadus - Riigi Teataja I* 2009, 59, 385; published text in Estonian available at [www.riigiteataja.ee](http://www.riigiteataja.ee); translation available at [www.legaltext.ee](http://www.legaltext.ee). The act has been drafted, i. a. on the basis of the EU Mediation Directive (2008/52/EC).

<sup>20</sup> The following clause was added to Art. 4(4) of the CCP: "If, in the assessment of the court, it is necessary for resolving the case in view of the circumstances of the case and the procedural history of the case, the court may oblige the parties to participate in conciliation in accordance with the Conciliation Act"

<sup>21</sup> Art. 137(1) of the Administrative Court Procedure Act (effective as of 1 January 2012) stipulates that where all parties and third parties agree to this, the court may conduct conciliation proceedings in which participants of the proceedings, with the assistance of a judge, settle their dispute by way of negotiations.

<sup>22</sup> In Estonia, adjudicative/evaluative mediations are best handled by attorneys-at-law and also judges when the mediation is undertaken as part of a compromise negotiation during an ongoing trial.

<sup>23</sup> In most cases bindingness of mediation/conciliation agreements should not be a problem and the high adherence rate or the private self-enforcement of agreements resulting from mediation is proof of that. This is the reason why formal bindingness as in something proclaimed by the courts is not an issue. However, where the issues of trust are so escalated that already at the beginning of the mediation one of the parties does not believe that the other party will honour whatever agreement is reached, there is need for formal enforcement procedures to avoid that such agreements are contested or ignored.

<sup>24</sup> In Tallinn Administrative Court there are about 3 judges who gladly mediate post-filing and would not mind if ultimately, the court system would have its own formal mediating body for court-administered mediations.

(but not impossible) ground for generating openness, trust and negotiation/communication based on real needs and interests. With this background misinterpretation and breach of trust are easy to come along and this often escalates the conflict to the courthouse. Due to this ADR has not grown into our minds and the knowledge and experience of ADR is rather limited. This, in turn, creates lack of trust – often lawyers do not dare to advise their clients on choosing mediation or arbitration as they are unable to assess the suitability of the particular method for the particular case, the concurring risks and the likely outcome. Sometimes they simply do not believe in the competence of the potential arbitrator/mediator and, thus, it would be too big of a risk for the client to choose mediation or another ADR method.<sup>25</sup> The authors have known clients to choose to succumb to a lose-lose compromise negotiation with the assistance of their legal counsel instead of even trying to establish their real needs and wants in mediation. The only solution is raising awareness by mediators as well as businessmen that are trustworthy and accomplished individuals.

**Another reason for the under-usage of ADR could be our lack of awareness of how to negotiate based on interests**

Another reason for the under-usage of ADR could be our lack of awareness of how to negotiate based on interests. Most legal counsels in Estonia have been trained towards enhancing their active skillset (arguing, persuading) and not their passive skillset (listening, managing emotions of self and others). As a result, parties get torn up in emotions but professionals at their side are not equipped to calm them down and thus a tunnel view of “I’m right and they are wrong” is created and the real needs and interests are shunned. In some cases it seems that, for some strange reason, “revenge” and “victory” have become the desired norm in our sometimes stiff and stubborn (legal) business culture. Every now and then it can be heard from the clients that “I will sue him/her out of a principle!”, “I will not leave it like this and simply give this to him/her!”, “Let’s see how s/he will manage!”, and this also in cases where the attorney has advised the client to settle in view of the cost, evidence and other risks. The solution here is to educate the legal profession as well

<sup>25</sup> It should be noted that so far most people involved in mediation in Estonia have not received a special education/training nor been certified to act as mediators. Even though quite a number of attorneys have listed as mediators on the bar association web-site, the reality is that most of them have not been involved in any mediations. The aim of the undersigned and some other certified mediators in Estonia is to gradually improve the competence of mediators and thus the quality of mediation in Estonia.

as businesspeople about principled interests-based negotiations.

The above is not, of course, the whole story and far from absolute as a lot of disputes do, in fact, settle<sup>26</sup>, but the described behaviour is unfortunately quite evident on the market. Some people might think that settling decreases their importance and value, or that by agreeing to a compromise they confirm the lack of negotiating power necessary for businessmen. This is all indicative of the position-based bargaining negotiations mindset. Ever since “Getting to Yes”<sup>27</sup> and the Harvard Negotiation Project, the world has moved on to interests-based negotiations and understood that being flexible and looking for options to find a solution suitable for all parties involved is the best way forward. Educating the business and legal community that the ability of making a compromise proposal at the right time is a strength and that positioning gets you into more trouble than it is worth is a slow, but steady process.

The authors hope that the currently prevalent attitudes shunning ADR will disappear, the more the lawyers and then their clients will become aware of effective communication and negotiations, as well as with the raising of awareness about the many forms of ADR. To a certain extent it is happening already and it is important to keep the momentum going. For instance, those companies in Estonia that adhere and advocate corporate social responsibility already think differently and are more likely to consider the efficiency and true cost of the dispute on the company.<sup>28</sup> Simply put, every minute the business owner or its managers or its employees spend on the dispute (incl. worrying, gathering information, preparing letters, reporting on

<sup>26</sup> Richard Posner has even suggested a settlement formula, comparing settlement offered to expected gains from litigation: “[A] plaintiff ought to settle whenever the value of the settlement offered equals or exceeds the expected gain at trial less the cost of paying for that trial. Similarly, a defendant out to be willing to settle on terms less than or equal to its expected payout at trial, plus its cost of paying for that trial.” See R. A. Posner. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. – *Journal of Legal studies* 1973 (2) 399, pp 417–420. Cited via: J. R. Sternlight. *Lawyers’ Representation of Clients in Mediation: Using Economics and Psychology to Structure Advocacy in a Non-Adversarial Setting*. – *Ohio State Journal of Dispute Resolution* 1999 (14) 269, p 298 ftn 104.

<sup>27</sup> Roger Fisher, William Ury. *Getting to Yes*, New York, Penguin, 1981.

<sup>28</sup> According to the Management Board of the Estonian CSR Forum, responsible companies already act differently and already prefer out of court solutions to years-long trials.

it, hiring more people to do work that otherwise also needs doing, *etc.*) – is time not spent on developing the business.

Furthermore, in response to inquiries about the mediation option from the international business community, the Estonian Chamber of Commerce is contemplating to introduce mediation rules to offer the services of accredited and trusted mediators loosely affiliated with the Chamber – that is another avenue of dispute resolution besides the Arbitration Court of the Estonian Chamber of Commerce and Industry, which has successfully operated for years<sup>29</sup>. Even if this would not mean institutionalising mediation, this would be a welcome step towards supporting mediation and unification of the rules used in Estonia. Currently, in addition to procedural suggestions made by the CA and the Estonian Code of Administrative Court Procedure<sup>30</sup>, Estonian mediators use the rules they were taught when certified and this varies between ICC and CEDR, *i.e.* there is no uniformity in approach.

The acceptance of mediation will likely grow with the experience of the parties involved and their (legal) counsels. The more Estonian businesses engage in mediation in *e.g.* disputes with counterparties located in mediation-friendly countries, the more trust there will be in this ADR method and the more likelihood that it will be voluntarily chosen. It is clear that all this takes time. Thus, the efficiency of mediation as a dispute resolution method in Estonia still remains to be seen in the upcoming years.

Simply put, every minute the business owner or its managers or its employees spend on the dispute (incl. worrying, gathering information, preparing letters, reporting on it, hiring more people to do work that otherwise also needs doing, *etc.*) – is time not spent on developing the business

The acceptance of mediation will likely grow with the experience of the parties involved and their (legal) counsels

<sup>29</sup> See <http://www.koda.ee/index.php?id=11674> (visited 3 May 2014).

<sup>30</sup> Halduskohtumenetluse seadustik - Riigi Teataja I 23.12.2013, 38 (valid from 01.01.2014) – published text in Estonian available at [www.riigiteataja.ee](http://www.riigiteataja.ee); consolidated translation 01.01.2013 available at [www.legal-text.ee](http://www.legal-text.ee).

## Etični vidiki mediacije

*Ob 10. obletnici sprejetja Evropskega kodeksa ravnanja za mediatorje*

doc. dr. Konrad Plauštajner

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

### Zgodovinski pregled

Vsako reševanje sporov, ki se izvede izven jurisdikcije sodišč, predstavlja alternativo<sup>1</sup> državnemu sodstvu, t.j. rednim in specializiranim sodiščem.

Zgodovinsko gledano, so se kot takšne oblike reševanja sporov najprej pojavile arbitraže v mednarodnih trgovinskih sporih. V zadnjih dveh desetletjih pa je v Evropi in tudi v Sloveniji sledil hiter in kvaliteten razvoj konciliacije in mediacije.<sup>2</sup>

Za konciliacijo<sup>3</sup> naj bi bila značilna njena večja strukturiranost, ter večji poudarek na pravicah kot na interesih strank. Značilnost mediacije pa je iskanje skupnih in posamičnih interesov strank in njihovo uravnoteženje, zato je pri mediaciji manj ocenjevanja in vrednotenja in več komunikacije med strankami, njihovimi odvjetniki in mediatorji.

Vodenje konciliacijskih ali mediacijskih postopkov je prepuščeno posebej usposobljenim osebam, t.j. konciliatorjem (posrednikom) oziroma mediatorjem.<sup>4</sup>

Vendar nas v obsegu namena tega prispevka ne zanimajo morebitni strokovni pogoji za pridobitev licence mediatorja,<sup>5</sup> ampak le osebnostni vidik mediatorjev. Kjer koli se uvaja delovanje mediatorjev, bodisi na ravni predpisov EU ali v nacionalni zakonodaji, se kot temeljni postulat te oblike alternativnega reševanja sporov navajajo neodvisnost in samostojnost mediatorjev, ki morajo biti tudi nepristranski. Tukaj zato pride do stika med pravom in moralom, če slednjo definiramo kot družbeno zavest v obliki javnega mnenja o vsebini in

<sup>4</sup> V nadaljevanju bom uporabljal le izraz "mediator", ki ga uporabljava naša zakonodaja in pravna teorija.

<sup>5</sup> Direktiva Evropskega parlamenta 2008/52/ES o nekaterih vidikih mediacije v civilnih in gospodarskih zadevah (Uradni list EU L 136/3 z dne 24.5.2008) določa, da je mediator lahko vsaka tretja oseba, ki je usposobljena, da vodi mediacijo, ne glede na njen naziv ali poklic. Zakon o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah (ZMGZC, Uradni list RS, št. 58/2008) v členu 7/3 glede mediacije povzema definicijo iz direktive. Torej, da gre za postopek v katerem stranke prostovoljno s pomočjo tretje osebe (mediatorja) skušajo doseči mirno rešitev spora. Za mediatorja posebnih strokovnih pogojev, razen usposobljenosti, ne postavlja. Zakon o alternativnem reševanju sodnih sporov (ZARSS, Uradni list RS, št. 97/2009) pa v 8. členu kot pogoj za pridobitev statusa mediatorja v sodišču pridruženi mediaciji zahteva, da je kandidat opravilno sposoben, nekaznovan, ima najmanj izobrazbo po visokošolskem študijskem programu prve stopnje in da je opravil izobraževanje po programu ministrstva.

Kjer koli se uvaja  
delovanje mediatorjev,  
bodisi na ravni predpisov  
EU ali v nacionalni  
zakonodaji, se kot  
temeljni postulat te  
oblike alternativnega  
reševanja sporov  
navajajo neodvisnost in  
samostojnost mediatorjev,  
ki morajo biti tudi  
nepristranski

<sup>1</sup> Slovar slovenskega knjižnega jezika, 1. knjiga, stran 32: "alternativa" (i) položaj, ko je potrebno odločiti med dvema možnostma, od katerih ena izključuje drugo, (ii) ena od dveh izključujočih se možnosti.

<sup>2</sup> Pojma "konciliacija" in "mediacija" imata različen pomen v različnih pravnih sistemih. Izraz "conciliation" se vedoma pojavlja v britanski angleščini, izraz "mediation" pa v ZDA.

<sup>3</sup> ASA Glossary of Arbitration and ARD, Terms of Abbreviations (July 2001): "conciliation" (1) = mediation, (2) Frequently more structured than mediation, without caucuses. Sometimes rights based, rather than interest based. (3) Sometimes, any third – party facilitation.

načinu medsebojnih odnosov. Ožji pojem od morale je etika kot skup pravil obnašanja pripadnikov nekega poklica, oziroma izvajalcev neke dejavnosti. V našem primeru so to mediacija in mediatorji. Zato tudi za mediacijo velja, da mediatorje veže skup etičnih pravil in načel, ki se neodvisno od pravnih pravil nanašajo na pripadnike določenih poklicev ali dejavnosti. Ta pravila so prerasla v kodeks etike, ki je bil sprejet na posebni konferenci julija 2004 v Bruslju, ki jo je organizirala Evropska komisija. To za področje mediacije pomeni, da se morajo mediatorji poleg upoštevanja obveznosti iz predpisov obnašati predvsem po etičnih normah, ki so jim postavljene.

VEU je torej pred 10 leti prišlo do kodifikacije etičnega ravnanja mediatorjev v obliki Evropskega kodeksa ravnanja za mediatorje (angl. *European Code of Conduct for Mediators*, v nadaljevanju Kodeks EU).<sup>6</sup> Kodeks je imel pomemben vpliv na razvoj etike v mediaciji, čeprav je po uradnem stališču Evropske komisije njegova uporaba brez vpliva na nacionalno zakonodajo ali na pravila, ki urejajo delovanje individualnih poklicev.<sup>7</sup>

### Vsebinski poudarki Kodeksa EU

Za vsak kodeks etike velja, da ni dokončen seznam poklicnih ali drugih zapovedi in vrednot, ker se njegova vsebina prilagaja družbenim spremembam, civilizacijskim načelom in tistemu, kar vanj, upoštevajoč dobro, vnaša praksa.

Dejstvo, da je Kodeks EU vse od sprejeta ostal nespremenjen, ne pomeni, da se je nanj pozabilo ampak le, da je bil že v svojem začetku dobro zamišljen in izpeljan. Kodeks EU je zato tudi po 10-ih letih skladen z načeli demokratičnega razvoja evropske družbe, upošteva pa tudi splošna načela kulturnosti, spoštovanja dostojanstva in enakosti procesnih položajev strank v mediaciji in drugih temeljnih svoboščin. Strinjati se je s tezo,<sup>8</sup> da etika ne zmanjšuje tveganj v strokovnih odločitvah, omogoča pa, da jih osmislimo.

<sup>6</sup> Kodeks je v slovenskem jeziku dostopen na: [http://ec.europa.eu/civil-justice/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_sl.pdf](http://ec.europa.eu/civil-justice/adr_ec_code_conduct_sl.pdf) (8.7.2014).

<sup>7</sup> Tukaj bi lahko prišlo do pojma dvojne deontologije, ko bi mediator pri svojem vedenju in ravnanju izpolnjeval etične norme Kodeksa EU, ne pa tudi etičnih norm in kodeksa njegove poklicne etike. V takšnem primeru prevladajo strožje poklicne etične norme, kar bi pomenilo, da bi se mediator moral odreči svoji vlogi.

<sup>8</sup> Bernard, S.: Etika svetovalnega dela, referat na posvetu "Profesionalne etike pri delu z ljudmi", Univerza v Mariboru, 17. in 18.10.1995.

Kodeks EU kot prvo zahteva, da so mediatorji strokovno usposobljeni in veči v postopku mediacije (tč. 1.1. Kodeksa). Njihova strokovna usposobljenost se ne veže na pravna vprašanja zadeve, ki je predmet mediacije, ampak na veštine, ki so pomembne zanjo. To je povsem logično, ker mediator išče stične interesne točke strank in se do pravnih vprašanj ne opredeljuje. Vsaka pravna ocena zadeve, ki bi kazala kakšen bi lahko bil končni izid zadeve, bi možnost uspeha mediacije samo poslabšala. Mediator mora biti neodvisen in nepristranski (tč. 2 Kodeksa), zato mora razkriti vse okoliščine, ki bi lahko vplivale na njegovo neodvisnost ali bi lahko povzročile nasprotje interesov. Opisana dolžnost velja za mediatorja ves čas mediacijskega postopka.

Nepristranskost mediatorja se kaže v pravu "enake distance" do vseh strank in udeležencev mediacijskega postopka. Hkrati mora zagotoviti poštenost postopka, torej, da imajo vse stranke enake možnosti sodelovanja v postopku, ter da je njihova ustavna pravica do izjave dosledno upoštevana (tč. 3.2. Kodeksa EU). Zavedati se je potrebno, da je pri vsaki mediaciji podana različnost vlog in interesov njenih udeležencev. To bi lahko v določenih okoliščinah vodilo do merjenja moči med mediatorjem in odvetniki strank, še zlasti, če slednji ne bi spoštovali kodeksa odvetniške poklicne etike.<sup>9</sup> Mediator zato ne sme pristati na igro o pravnih ali drugih aspektih zadeve in kdo ima v njej bolj prav. Odvetnik pa mora pokazati sodelovalno pripravljenost pomagati mediatorju, da se postopek konča v obliki sporazumnega soglasja vseh strank.<sup>10</sup>

Čeprav Kodeks EU o tem ne govori posebej, že iz splošne vloge mediatorja, zlasti pa iz načela zaupnosti postopka nedvomno izhaja, da se mediator ne sme medijsko izpostavljati, ker je dolžan ohraniti zaupnost informacij, ki izhajajo iz mediacije ali so v zvezi z njo.<sup>11</sup> Je pa upravičen oglaševati svojo dejavnost na strokovnen, resničen in dostopen način (tč. 1.3 Kodeksa EU).

Tudi za mediacijo velja, da mediatorje veže skup etičnih pravil in načel, ki se neodvisno od pravnih pravil nanašajo na pripadnike določenih poklicev ali dejavnosti

Nepristranskost mediatorja se kaže v pravu "enake distance" do vseh strank in udeležencev mediacijskega postopka

Strinjati se je s tezo, da etika ne zmanjšuje tveganj v strokovnih odločitvah, omogoča pa, da jih osmislimo

<sup>9</sup> Razdrih, A.: Vloga in odgovornost odvetnika v mediaciji, Odvetnik št. 2/2010, str. 11. Avtor opozarja, da že Kodeks odvetniške poklicne etike CCBE (Svet odvetniških zbornic EU) zahteva od odvetnika prizadevanje za najbolj gospodarno rešitev zadeve, ter da stranki svetuje doseči sporazum ali alternativno rešitev zadeve.

<sup>10</sup> Kranjčevič, M.: Mediator in odvetnik, merjenje moči ali sodelovanje?, Odvetnik št. 4/2007, str. 8.

<sup>11</sup> Razen če je k razkritju prisiljen po zakonu ali iz razlogov javnega reda.

Organizacije, ki zagotavljajo storitve mediacije, lahko od svojih mediatorjev zahtevajo spoštovanje Kodeksa EU

Sporočilna vrednost Kodeksa EU se kaže zlasti v tem, da ga ni mogla spregledati Direktiva 2008/752/ES in tudi ne nacionalne pravne ureditve mediacije

Kot je že bilo omenjeno, Kodeks EU ne predstavlja uradnega akta ali stališča EU, ampak le vrsto načel, ki se jim lahko posamezni mediatorji prostovoljno podredijo na lastno odgovornost (preamble Kodeksa EU). Namenjen je vsem vrstam mediacije v civilnih in gospodarskih zadevah.

Organizacije, ki zagotavljajo storitve mediacije, lahko od svojih mediatorjev zahtevajo spoštovanje Kodeksa EU. Hkrati imajo možnost, da oblikujejo popolnejše kodekse, prilagojene njihovemu posebnemu okviru ali vrstam mediacije. To možnost je izkoristilo denimo Društvo mediatorjev Slovenije, ki je sprejelo "Slovenski kodeks mediatorjev".<sup>12</sup> Etična načela Društva mediatorjev Slovenije sledijo etičnim načelom Kodeksa EU, kar ni naključje. Društvo je namreč na svojem ustanovnem zboru podpisalo in pri Evropski komisiji v Bruslju deponiralo izjavo, s katero sprejema in se zavezuje spoštovati Kodeks EU.

Po svoji vsebini in poslanstvu ostaja Kodeks EU še vedno svež in aktualen, zato trenutno ni videti potrebe, da bi se ga "na hitro" dopolnjevalo. Preden bi se to zgodilo, bi Evropska komisija zagotovo pripravila ustrezno analizo in v državah članicah izvedla potrebno anketo. Sporočilna vrednost Kodeksa EU se kaže zlasti v tem, da ga ni mogla spregledati Direktiva 2008/752/ES in tudi ne nacionalne pravne ureditve mediacije. Menim, da bi k razvoju etičnih pravil mediacije lahko veliko prispevala nacionalna društva mediatorjev, ki skozi prakso dobro poznajo etično problematiko mediacije in kaj bi bilo pri obstoječih etičnih pravilih treba spremeniti ali dodati kot povsem novo.

### Namesto sklepa – vpliv Kodeksa EU na nova Mediacijska pravila Stalne arbitraže pri GZS

Mediacija je lahko samostojni mehanizem alternativnega reševanja sporov, ali pa je v različnih kombinacijah povezana z arbitražo. Namreč, stranke lahko, tudi iz razlogov znižanja stroškov, najprej poskušajo doseči sporazum v postopku mediacije, ter šele v primeru neuspeha prepustiti meritorno odločitev arbitraži.

Stalna arbitraža pri GZS<sup>13</sup> pripravlja zamenjavo starega pravilnika o posredovalnem postopku z

novimi Mediacijskimi pravili Stalne arbitraže pri GZS ("Ljubljanska mediacijska pravila"), ki bodo pričela veljati v letu 2015. To bi lahko vplivalo tudi na nekatere spremembe dosedanjih etičnih pravil mediatorjev ljubljanske arbitraže, če se bo to pokazalo za potrebno.

Nobenega dvoma ni, da bodo pri pripravi novih Ljubljanskih mediacijskih pravil upoštevana tudi načela Kodeksa EU.<sup>14</sup> Pomembno pa je, da se ob novih procesno tehničnih pravilih mediacije istočasno in kar najbolj poglobljeno pogovarjamо tudi o osebnih lastnostih mediatorjev, ter katere etične vrednosti in zavezanost k poslanstvu mediacije se od njih pričakujo. To so osnovna vodila, ki jim mora mediator slediti pri svojem delu.

Vrednost Kodeksa EU je v tem, da je na prvo mesto in dovolj obsežno postavil etične norme vedenja in ravnanja mediatorjev. Te so v bistvu strožje od zakonskih norm, vendar jih ni mogoče obravnavati kot priporočilo, ampak kot normativne. Ni jih mogoče štetи kot dokončna in popolna etična pravila, kar nas sili v iskanje vedno nove, individualne in ustvarjalne rešitve.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Upoštevana bo tudi Direktiva 2008/52-es, primerjalna študija konkurenčnih arbitraž in mesto arbitraže v njihovi ponudbi, slovenska zakonska rešitev, zlasti ZMGZ in UNCITRAL Vzorčni zakon o mednarodni trgovinski konciliaciji iz leta 1980 in materiali Društva mediatorjev Slovenije.

<sup>15</sup> Tako Makarovič, J: Etika individualnosti, referat na posvetu "Profesionalne etike pri delu z ljudmi", Univerza Maribor, 17. in 18.10.1995.

<sup>12</sup> Glej <http://www.mediacije.si/494/37201.htm/> (8.7.2014).

<sup>13</sup> Ta se v tujini predstavlja tudi z angleškim komercialnim imenom Ljubljana Arbitration Centre (LAC).

## EVROPSKI KODEKS RAVNANJA ZA MEDIATORJE

*Ta kodeks ravnanja določa več načel, h katerim se posamezni mediatorji lahko prostovoljno zavežejo na podlagi lastne odgovornosti. Uporabljam ga lahko mediatorji v vseh vrstah mediacije v civilnih in gospodarskih zadevah.*

*Organizacije, ki zagotavljajo storitve mediacije, se tudi lahko zavežejo, in sicer tako, da od mediatorjev, ki delujejo pod okriljem njihove organizacije, zahtevajo spoštovanje kodeksa ravnanja. Organizacije lahko dajo na razpolago informacije o ukrepih, kot so usposabljanje, ocenjevanje in spremljanje, ki jih sprejmejo za zagotavljanje, da posamezni mediatorji spoštujejo kodeks.*

*Za namene kodeksa ravnanja mediacija pomeni vsak strukturiran postopek ne glede na to, kako se imenuje ali kako je poznan, v katerem dve stranki v sporu poskušata ali več strank v sporu poskuša prostovoljno doseči sporazum o rešitvi spora s pomočjo tretje stranke – v nadaljnjem besedilu „mediator“.*

*Spoštovanje kodeksa ravnanja ne posega v nacionalno zakonodajo ali pravila, ki urejajo posamezne poklice.*

*Organizacije, ki zagotavljajo storitve mediacije, lahko oblikujejo podrobnejše kodekse, prilagojene njihovemu posebnemu okviru ali vrstam storitev mediacije, ki jih nudijo, kot tudi posebnim področjem, kot je družinska mediacija ali mediacija v potrošniških sporih.*

**SL**

1

**SL**

## 1. USPOSOLJENOST, IMENOVANJE IN PLAČILO MEDIATORJEV TER OGLAŠEVANJE NJIHOVIH STORITEV

### 1.1. Usposobljenost

Mediatorji morajo biti strokovno usposobljeni in imeti znanje glede postopkov mediacije. Pomembni dejavniki vključujejo ustrezeno usposabljanje ter stalno izpopolnjevanje njihove izobrazbe in izkušenj glede mediacijskih spremnosti ob upoštevanju vseh zadevnih standardov ali shem akreditacije.

### 1.2. Imenovanje

Mediator se mora posvetovati s strankami glede primernih datumov za mediacijo. Preden mediator sprejme imenovanje, mora preveriti, ali ima ustrezeno strokovne izkušnje in usposobljenost za vodenje mediacije. Strankam mora na njihovo zahtevo razkriti informacije glede svojih strokovnih izkušenj in usposobljenosti.

### 1.3. Plačilo

Če ni drugače določeno, mora mediator strankam vedno dati popolne informacije o načinu plačila, ki ga namerava uporabiti. Ni mu treba sprejeti mediacije, dokler vse zadevne stranke ne sprejmejo pogojev plačila.

### 1.4. Oглаševanje storitev mediatorja

Mediator lahko oglašuje svojo prakso. To stori na profesionalen in dostenjen način z navedbo resničnih informacij.

## 2. NEODVISNOST IN NEPRISTRANSKOST

### 2.1. Neodvisnost in nevtralnost

Če obstajajo kakršne koli okoliščine, ki lahko ali za katere se zdi, da bi lahko vplivale na neodvisnost mediatorja ali povzročile navzkrižje interesov, mora mediator, preden začne postopek mediacije ali ga nadaljuje, takšne okoliščine razkriti strankam.

Takšne okoliščine vključujejo:

- vsako osebno ali poslovno razmerje z eno ali več strank;
- kakršen koli neposreden ali posreden finančni ali drugačen interes glede izida mediacije;
- delovanje mediatorja ali zaposlenega v njegovem podjetju v kakršni koli drugi vlogi, ki ni vloga mediatorja, za eno ali več strank.

V takšnih primerih lahko mediator soglaša z začetkom ali nadaljevanjem mediacije samo, če je prepričan, da bo mediacijo lahko izvedel povsem neodvisno in nevtralno ter da bo zagotovil popolno nepristranskost, stranke pa s tem izrecno soglašajo.

Mediator je navedene okoliščine dolžan razkriti ves čas trajanja postopka mediacije.

### 2.2. Nepristranskost

V postopku mediacije mora mediator ves čas delovati in si prizadevati, da vidno deluje nepristransko v odnosu do strank ter jih obravnava enakopravno.

### **3. SPORAZUM O MEDIACIJI, POSTOPEK IN PORAVNAVA**

#### **3.1. Postopek**

Mediator mora zagotoviti, da stranke v postopku mediacije razumejo značilnosti postopka mediacije ter vlogo mediatorja in strank v postopku.

Mediator mora pred začetkom mediacije zlasti zagotoviti, da so stranke razumele pogoje sporazuma o mediaciji, vključno z vsemi veljavnimi določbami o obveznostih, ki jih imajo mediator in stranke glede zaupnosti, ter se s temi pogoji izrecno strinjale.

Sporazum o mediaciji se lahko na zahtevo strank sestavi v pismi obliki.

Mediator mora voditi postopek na ustrezni način ob upoštevanju okoliščin zadeve, vključno z možnimi neravnovesji med vejami oblasti in načeli pravne države, kakršnih koli želja strank in potrebe po hitri rešitvi spora. Stranke se lahko s sklicevanjem na vrsto pravil ali na drugačen način z mediatorjem svobodno dogovorijo o načinu izvedbe mediacije.

Če se mu to zdi potrebno, lahko mediator stranke zasliši ločeno.

#### **3.2. Poštenost postopka**

Mediator mora zagotoviti, da imajo vse stranke ustrezne možnosti za sodelovanje v postopku.

Mediator mora obvestiti stranke in lahko zaključi mediacijo, če:

- je bila sklenjena poravnava, ki se mediatorju zdi neizvršljiva ali nezakonita ob upoštevanju okoliščin zadeve in usposobljenosti mediatorja za takšno oceno, ali
- mediator meni, da nadaljevanje mediacije ne bi prineslo poravnave.

#### **3.3. Konec postopka**

Mediator mora sprejeti vse potrebne ukrepe, da se doseže sporazum med vsemi strankami na podlagi popolnega poznavanja dejstev ter da vse stranke razumejo pogoje sporazuma.

Stranke lahko kadar koli odstopijo od mediacije brez navedbe kakršnega koli pojasnila.

Mediator mora na zahtevo strank in v okviru svoje pristojnosti stranke obvestiti o načinu oblikovanja sporazuma in o možnostih, da bo ta sporazum postal izvršljiv.

### **4. ZAUPNOST**

Mediator mora ohranjati zaupnost vseh informacij, ki izhajajo iz mediacije ali so z njo povezane, vključno z dejstvom, da bo mediacija potekala ali je potekala, razen če se na podlagi zakona ali zaradi javnega reda zahteva, da jih razkrije. Nobenih informacij, ki jih je stranka mediatorju razkrila v zaupnosti, se drugim strankam lahko razkrije samo na podlagi dovoljenja ali če tako zahteva zakon.

SL

SL

## EUROPEAN CODE OF CONDUCT FOR MEDIATORS

*This code of conduct sets out a number of principles to which individual mediators may voluntarily decide to commit themselves, under their own responsibility. It may be used by mediators involved in all kinds of mediation in civil and commercial matters.*

*Organisations providing mediation services may also make such a commitment by asking mediators acting under the auspices of their organisation to respect the code of conduct. Organisations may make available information on the measures, such as training, evaluation and monitoring, they are taking to support the respect of the code by individual mediators.*

*For the purposes of the code of conduct, mediation means any structured process, however named or referred to, whereby two or more parties to a dispute attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a third person – hereinafter “the mediator”.*

*Adherence to the code of conduct is without prejudice to national legislation or rules regulating individual professions.*

*Organisations providing mediation services may wish to develop more detailed codes adapted to their specific context or the types of mediation services they offer, as well as to specific areas such as family mediation or consumer mediation.*

## European Code of Conduct for Mediators

### **1. COMPETENCE, APPOINTMENT AND FEES OF MEDIATORS AND PROMOTION OF THEIR SERVICES**

#### **1.1. Competence**

Mediators must be competent and knowledgeable in the process of mediation. Relevant factors include proper training and continuous updating of their education and practice in mediation skills, having regard to any relevant standards or accreditation schemes.

#### **1.2. Appointment**

Mediators must confer with the parties regarding suitable dates on which the mediation may take place. Mediators must verify that they have the appropriate background and competence to conduct mediation in a given case before accepting the appointment. Upon request, they must disclose information concerning their background and experience to the parties.

#### **1.3. Fees**

Where not already provided, mediators must always supply the parties with complete information as to the mode of remuneration which they intend to apply. They must not agree to act in a mediation before the principles of their remuneration have been accepted by all parties concerned.

#### **1.4. Promotion of mediators' services**

Mediators may promote their practice provided that they do so in a professional, truthful and dignified way.

### **2. INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY**

#### **2.1. Independence**

If there are any circumstances that may, or may be seen to, affect a mediator's independence or give rise to a conflict of interests, the mediator must disclose those circumstances to the parties before acting or continuing to act.

Such circumstances include:

- any personal or business relationship with one or more of the parties;
- any financial or other interest, direct or indirect, in the outcome of the mediation;
- the mediator, or a member of his firm, having acted in any capacity other than mediator for one or more of the parties.

In such cases the mediator may only agree to act or continue to act if he is certain of being able to carry out the mediation in full independence in order to ensure complete impartiality and the parties explicitly consent.

The duty to disclose is a continuing obligation throughout the process of mediation.

#### **2.2. Impartiality**

Mediators must at all times act, and endeavour to be seen to act, with impartiality towards the parties and be committed to serve all parties equally with respect to the process of mediation.

## European Code of Conduct for Mediators

### 3. THE MEDIATION AGREEMENT, PROCESS AND SETTLEMENT

#### 3.1. Procedure

The mediator must ensure that the parties to the mediation understand the characteristics of the mediation process and the role of the mediator and the parties in it.

The mediator must in particular ensure that prior to commencement of the mediation the parties have understood and expressly agreed the terms and conditions of the mediation agreement including any applicable provisions relating to obligations of confidentiality on the mediator and on the parties.

The mediation agreement may, upon request of the parties, be drawn up in writing.

The mediator must conduct the proceedings in an appropriate manner, taking into account the circumstances of the case, including possible imbalances of power and any wishes the parties may express, the rule of law and the need for a prompt settlement of the dispute. The parties may agree with the mediator on the manner in which the mediation is to be conducted, by reference to a set of rules or otherwise.

The mediator may hear the parties separately, if he deems it useful.

#### 3.2. Fairness of the process

The mediator must ensure that all parties have adequate opportunities to be involved in the process.

The mediator must inform the parties, and may terminate the mediation, if:

- a settlement is being reached that for the mediator appears unenforceable or illegal, having regard to the circumstances of the case and the competence of the mediator for making such an assessment, or
- the mediator considers that continuing the mediation is unlikely to result in a settlement.

#### 3.3. The end of the process

The mediator must take all appropriate measures to ensure that any agreement is reached by all parties through knowing and informed consent, and that all parties understand the terms of the agreement.

The parties may withdraw from the mediation at any time without giving any justification.

The mediator must, upon request of the parties and within the limits of his competence, inform the parties as to how they may formalise the agreement and the possibilities for making the agreement enforceable.

### 4. CONFIDENTIALITY

The mediator must keep confidential all information arising out of or in connection with the mediation, including the fact that the mediation is to take place or has taken place, unless compelled by law or grounds of public policy to disclose it. Any information disclosed in confidence to mediators by one of the parties must not be disclosed to the other parties without permission, unless compelled by law.

# ZAKON

## O MEDIACIJI V CIVILNIH IN GOSPODARSKIH ZADEVAH (ZMCGZ)\*

### 1. člen (cilj zakona)

Cilj tega zakona je olajšati dostop do alternativnega reševanja sporov in spodbuditi mirno reševanje sporov s spodbujanjem uporabe mediacije in zagotavljanjem uravnoteženega odnosa med mediacijo in sodnimi postopki.

### 2. člen (področje uporabe)

(1) S tem zakonom se ureja mediacija v sporih iz civilnopravnih, gospodarskih, delovnih, družinskih in drugih premoženskopravnih razmerij v zvezi z zahtevki, s katerimi stranke lahko prosto razpolagajo in se glede njih poravnajo, razen če je s posebnim zakonom za posamezne od teh sporov določeno drugače.

(2) Določbe tega zakona se smiselnouporabljajo tudi za mediacijo v drugih sporih, kolikor to ustreza naravi pravnega razmerja, iz katerega izvira spor, in če tega poseben zakon ne izključuje.

(3) Ob upoštevanju določb četrtega odstavka tega člena se ta zakon uporablja ne glede na to, ali predstavlja temelj za mediacijo sporazum strank, dosežen pred ali po nastanku spora, zakon, napotilo ali predlog s strani sodišča, arbitraže ali pristojnega državnega organa.

(4) Določbe tega zakona se uporabljajo tudi za mediacijo, ki jo vodi sodnik, ki ni pristojen za nobenega od sodnih postopkov v zvezi z zadevnim sporom. Zakon pa se ne uporablja za primere, ko poskuša mirno rešitev spora doseči sodišče ali sodnik, ki mu je zadeva predložena v reševanje, med sodnim postopkom o zadevnem sporu, oziroma arbiter v arbitražnem postopku o tem sporu.

### 3. člen (opredelitev pojmov)

(1) V tem zakonu:

a) "mediacija" pomeni postopek, v katerem stranke prostovoljno s pomočjo nevtralne tretje osebe (mediatorja) skušajo doseči mirno rešitev spora, ki izvira iz ali je v zvezi s pogodbenim ali drugim pravnim razmerjem, ne glede na to, ali se za ta postopek uporablja izraz mediacija, konciliacija, pomirjanje, posredovanje v sporih ali drug podoben izraz.

b) "mediator oziroma mediatorka (v nadalnjem besedilu: mediator)" pomeni vsako tretjo osebo, ki je zaprošena, da vodi mediacijo, ne glede na njen naziv ali poklic in ne glede na način, na katerega je bila imenovana ali zaprošena za vodenje mediacije in ki zaprosilo sprejme. V postopku lahko sodeluje eden ali več mediatorjev.

(2) Kadar se ta zakon sklicuje na sporazum strank, se to nanaša tudi na pravila institucije, pri kateri poteka mediacija, če so stranke pristale na uporabo teh pravil.

4. člen  
(razlaga zakona)

(1) Pri razlagi določb tega zakona je treba upoštevati potrebo po spodbujanju enotne uporabe Vzorčnega zakona UNCITRAL o mednarodni trgovinski konciliaciji ter načelo vestnosti in poštenja.

(2) Vprašanja, ki niso izrecno urejena, se rešujejo skladno s splošnimi načeli, na katerih temelji ta zakon, zlasti z načeli prostovoljnega sodelovanja, enakega obravnavanja strank, avtonomije strank v postopku, zaupnosti postopka in nepristranskosti mediatorja.

5. člen  
(drugačen dogovor strank)

Razen glede uporabe določb 4. člena, tretjega odstavka 8. člena in 17. člena tega zakona se lahko stranke o vprašanjih, ki jih ureja ta zakon, dogovorijo tudi drugače ali izključijo uporabo posamezne določbe tega zakona.

6. člen  
(začetek mediacije)

(1) Če so se stranke vnaprej sporazumele, da bodo z mediacijo reševale medsebojne spore, ki utegnejo nastati iz določenega pravnega razmerja, ali če mediacijo za reševanje določene vrste sporov predpisuje zakon, se mediacija začne, ko stranka prejme predlog nasprotnе stranke za začetek mediacije.

(2) V primerih, ki niso zajeti v prejšnjem odstavku, se mediacija glede že nastalega spora začne z dnem, ko se stranke v tem sporu sporazumejo za mediacijo. Če ena stranka drugi predlaga mediacijo, pa v tridesetih dneh od dne, ko ji je poslala predlog, ozioroma v roku, ki je določen v predlogu, ne prejme sprejema predloga, lahko šteje, da je predlog za mediacijo zavrnjen.

7. člen  
(imenovanje mediatorjev)

(1) Stranke imenujejo mediatorja sporazumno, razen če so se sporazumele za drugačen postopek imenovanja.

(2) Stranke lahko za pomoč pri imenovanju mediatorjev zaprosijo tretjo osebo ali institucijo in sicer tako, da:

- a) stranka zaprosi, da oseba ali institucija priporoči primerne mediatorje; ali
- b) se stranke sporazumejo, da oseba ali institucija neposredno imenuje mediatorje.

(3) Oseba ali institucija iz prejšnjega odstavka ukrene vse potrebno glede na okoliščine spora, da se imenujejo neodvisni in nepristranski mediatorji. Če je to primerno zaradi zagotovitve neodvisnosti in nepristranosti mediacije ali iz drugih upravičenih razlogov, lahko priporoči ali imenuje mediatorja, ki nima istega državljanstva kot stranke.

(4) Kdor je zaprošen, da vodi mediacijo, mora takoj razkriti vse okoliščine, ki bi lahko vzbujale utemeljen dvom o njegovi neodvisnosti in nepristranskosti. Ta dolžnost ga veže ves čas postopka mediacije.

8. člen  
(potek mediacije)

(1) Stranke se lahko sporazumejo o poteku mediacije. To lahko storijo tudi s sklicevanjem na kakšna obstoječa pravila.

(2) Če se stranke o poteku mediacije niso sporazumele, mediator vodi postopek, kot šteje za primereno. Pri tem upošteva vse okoliščine primera, morebitne želje strank in potrebo po hitri in trajni rešitvi spora.

(3) Mediator mora delovati neodvisno in nepristransko in si prizadevati za enako obravnavanje strank, upoštevaje vse okoliščine primera.

(4) Mediator lahko ves čas mediacije daje predloge za rešitev spora. Rešitev, ki jo predlaga mediator, strank ne zavezuje.

9. člen  
(komuniciranje mediatorja s strankami)

Mediator se lahko srečuje ali komunicira z vsako stranko posebej ali z vsemi skupaj.

10. člen  
(razkritje podatkov strankam)

Podatke v zvezi s sporom, ki jih mediator prejme od stranke, lahko razkrije drugim strankam mediacije, razen če mu jih je stranka razkrila pod izrecnim pogojem, da ostanejo zaupni.

11. člen  
(zaupnost podatkov)

Vsi podatki, ki izvirajo iz mediacije ali so z njo povezani, so zaupni, razen če so se stranke sporazumele drugače, če njihovo razkritje zahteva zakon ali če je razkritje potrebno za izpolnitev ali prisilno izvršitev sporazuma o rešitvi spora.

12. člen

(dopustnost dokazov v drugem postopku)

(1) Stranke, mediatorji in tretje osebe, ki so sodelovale pri mediaciji, se v arbitražnem, sodnem ali drugem podobnem postopku ne smejo sklicevati na oziroma predložiti kot dokaz ali pričati o:

- a) vabilu stranke k mediaciji ali dejstvu, da je bila stranka pripravljena sodelovati v mediaciji;
- b) mnenjih in predlogih glede možne rešitve spora, ki so jih stranke izrazile med mediacijo;
- c) izjavah ali priznanjih dejstev, ki so jih stranke dale med mediacijo;
- d) predlogih mediatorja;
- e) dejstvu, da je stranka pokazala pripravljenost sprejeti mediatorjev predlog za mirno rešitev spora;
- f) listinah, pripravljenih izključno za potrebe mediacije.

(2) Določba prejšnjega odstavka velja ne glede na obliko podatkov in dokazov.

(3) Podatki iz prvega odstavka tega člena se v postopku pred arbitražo, sodiščem ali drugim državnim organom lahko razkrijejo ali uporabijo v dokazne namene samo pod pogoji in v obsegu, ki ga zahteva zakon, zlasti zaradi razlogov javnega reda (npr. zaščita interesov otrok ali preprečitev posega v telesno ali duševno celovitost osebe) ali kolikor je potrebno za izpolnitve ali prisilno izvršitev sporazuma o rešitvi spora, sicer pa takšni podatki predstavljajo nedopustno dejstvo ali dokaz.

(4) Določbe prvega, drugega in tretjega odstavka tega člena se uporabljajo ne glede na to, ali je arbitražni, sodni ali drug podoben postopek povezan s sporom, glede katerega je potekala ali poteka mediacija.

(5) Razen v primerih iz prvega odstavka tega člena dokazi, ki so sicer dopustni v arbitražnem, sodnem ali drugem podobnem postopku, ne postanejo nedopustni samo zato, ker so bili uporabljeni v postopku mediacije.

13. člen

(konec mediacije)

Mediacija se konča:

- a) če je sklenjen sporazum o rešitvi spora, z dnem sklenitve tega sporazuma;
- b) če se stranke ne sporazumejo o imenovanju mediatorja v 30 dneh od začetka mediacije, z iztekom tega roka;

c) če mediator po posvetovanju s strankami izjavi, da nadaljevanje postopka ni smiselno, z dnem te izjave;

d) če stranke pisno izjavijo mediatorju, da je postopek zaključen, z dnem te izjave;

e) če ena stranka pisno izjavi drugim strankam in mediatorju, da je postopek zaključen, z dnem te izjave. Če v postopku sodeluje več strank, ki so pripravljene mediacijo med seboj nadaljevati, se mediacija konča samo za stranko, ki je podala izjavo.

14. člen  
(sporazum o rešitvi spora)

(1) Mediator lahko sodeluje pri oblikovanju besedila sporazuma o rešitvi spora.

(2) Stranke se lahko sporazumejo, da se sporazum o rešitvi spora sestavi v obliki neposredno izvršljivega notarskega zapisa, poravnave pred sodiščem ali arbitražne odločbe na podlagi poravnave.

15. člen  
(mediator kot arbiter)

Če se stranke niso sporazumele drugače, mediator ne more nastopati kot arbiter v sporu, ki je bil ali je predmet mediacije, ali v drugem sporu, ki izvira iz istega pravnega razmerja ali je z njim v zvezi.

16. člen  
(uvedba arbitražnega ali sodnega postopka)

(1) Če so se stranke sporazumele za mediacijo in se izrecno zavezale, da do preteka določenega časa ali do nastopa določenega dogodka ne bodo začele arbitražnega ali sodnega postopka glede obstoječega ali bodočega spora, mora arbitraža oziroma sodišče na ugovor tožene stranke zavreči tožbo, razen če tožeča stranka izkaže, da bi sicer nastale težke in nepopravljive posledice. Ta ugovor mora tožena stranka podati najkasneje v odgovoru na tožbo.

(2) Sodišče zavrže tožbo tudi tedaj, kadar zakon predpisuje obvezen postopek mediacije pred vložitvijo tožbe.

(3) Začetek arbitražnega ali sodnega postopka sam po sebi ne pomeni odpovedi sporazumu o mediaciji niti zaključka postopka mediacije.

17. člen  
(učinek mediacije na zastaralne in prekluzivne roke)

(1) Zastaranje zahtevka, ki je predmet mediacije, med trajanjem mediacije ne teče.

(2) Če se mediacija konča brez sporazuma o rešitvi spora, se zastaranje nadaljuje od trenutka, ko je postopek končan brez sporazuma o rešitvi spora. Čas, ki je pretekel pred začetkom mediacije, se všteje v zastaralni rok, ki ga določa zakon.

(3) Če je s posebnim predpisom določen rok za vložitev tožbe, se ta rok v zvezi z zahtevkom, ki je predmet mediacije, ne izteče prej kot 15 dni po koncu mediacije.

18. člen  
(stroški mediacije)

(1) Mediator ima pravico do nagrade in povračila razumnih stroškov, razen če se je s strankami sporazumel drugače ali drugače določajo pravila institucije, pri kateri poteka mediacija.

(2) Če se stranke niso drugače sporazumele, vsaka stranka nosi svoje stroške, skupne stroške mediacije pa nosijo stranke po enakih delih.

19. člen  
(prehodna določba)

Določbe tega zakona se ne uporabljajo za postopke mediacije, ki so se začeli pred uveljavitvijo tega zakona, razen če se stranke sporazumejo drugače.

20. člen  
(končna določba)

Ta zakon začne veljati petnajsti dan po objavi v Uradnem listu Republike Slovenije.

## Pobuda za pripravo Konvencije o izvršljivosti poravnav, doseženih v postopkih mednarodne gospodarske konciliacije

Stalna arbitraža pri GZS

**Delovna skupina UNCITRAL za arbitražo in conciliacijo<sup>1</sup>** je 7. julija 2014 na svojem 47. zasedanju, med drugim obravnavala tudi pobudo<sup>2</sup> za pripravo multilateralne Konvencije o izvršljivosti poravnav<sup>3</sup>, doseženih v postopkih mednarodne gospodarske conciliacije.<sup>4</sup>

V razpravi je bilo izpostavljeno, da oviro za večjo uporabo conciliacije<sup>5</sup> (mediacije) v mednarodnem merilu predstavlja predvsem dejstvo, da so poravnave, dosežene v postopkih mednarodne gospodarske conciliacije teže izvršljive od arbitražnih odločb. Na splošno sicer velja, da poravnave, ki jih stranke dosežajo v postopkih mednarodne gospodarske conciliacije, stranke zavezujejo kot pogodbe. Vendar pa je lahko prisilna izvršitev poravnave v čezmejnih razmerjih – v primeru, ko ena od strank prostovoljno ne izpolni svoje (pogodbene) obveznosti iz sklenjene poravnave – dolgotrajna in draga.

Zato je bilo predlagano, da delovna skupina UNCITRAL pripravi izhodišča za multilateralno konvencijo o izvršljivosti poravnav, ki jih stranke dosežajo v postopkih mednarodne gospodarske conciliacije, s ciljem spodbujanja uporabe conciliacije (mediacije) na enak način, kot je Newyorška konvencija o priznanju in izvršitvi tujih arbitražnih odločb iz leta 1958<sup>6</sup> spodbudila uporabo in razmah mednarodne gospodarske arbitraže. S sprejetjem konvencije bi strankam zagotovili izvršljivost poravnav, doseženih s conciliacijo (mediacijo) v državah podpisnicah te konvencije, na podoben način kot je zagotovljena izvršljivost tujih arbitražnih odločb z Newyorško konvencijo.

Predlog (ideja) je vsekakor vreden najmanj natančne proučitve, zato bo tudi poslovna praksa gotovo z zanimanjem spremljala nadaljnji razvoj ideje o konvenčijski ureditvi o izvršljivosti poravnav, doseženih v postopkih mednarodne gospodarske conciliacije.

Oviro za večjo uporabo conciliacije (mediacije) v mednarodnem merilu predstavlja predvsem dejstvo, da so poravnave, dosežene v postopkih mednarodne gospodarske conciliacije teže izvršljive od arbitražnih odločb

Več: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/47th.html>

1 UNCITRAL's Working Group II (Arbitration and Conciliation).

2 Pobudo za sprejem konvencije so podale Združene države Amerike.

3 Pod pojmom "poravnava" (angl. "settlement") je mišljen sporazum o rešitvi spora, ki ga stranke prostovoljno s pomočjo nevtralne tretje osebe dosežajo v postopku conciliacije.

4 "Convention on the enforceability of international commercial settlement agreements reached through conciliation".

5 V pojmu "conciliacija" je seveda zajeta tudi mediacija.

6 Ur. I. SFRJ, MP, št. 11/81. Slovenija je po nasledstvu SFRJ članica Newyorške konvencije od 25. 06. 1991.

# 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.

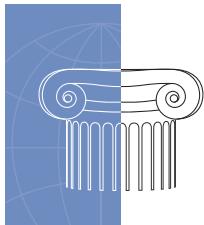
Revijo lahko naročite tudi preko spletne naročilnice:  
[www.sloarbitration.eu](http://www.sloarbitration.eu)

Za več informacij:

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

telefon: 01 58 98 129

\* Izpolnijo samo pravne osebe.



# STALNA ARBITRAŽA

PRI GOSPODARSKI  
ZBORNICI SLOVENIJE

Rešujemo spore od leta 1928

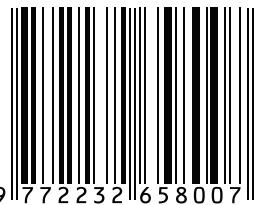


Smo samostojna in neodvisna arbitraža, ki organizira in zagotavlja strankam podporo pri reševanju sporov z arbitražo, mediacijo, posredovanjem in drugimi alternativnimi oblikami reševanja sporov.

Stalna arbitraža - zanesljiv forum za reševanje sporov v regiji.

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

ISSN 2232-6588

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

9 772232 658007