

# slovenska arbitražna praksa



Arbitraža v času  
oživljanja kapitalskih trgov





# Joint UNCITRAL-LAC Conference on Dispute Settlement

The conference is organized jointly by UNCITRAL and the Ljubljana Arbitration Centre.

We are looking forward to welcoming some of the most renowned speakers from the field at the conference as well as connect participants from around the world in particular arbitrators, lawyers representing parties in arbitrations, state officials dealing with investor-state arbitration, in-house counsels and globally operating businesses.

The panels of the conference will deal with:

- The ongoing revision of the UNCITRAL Notes on the organizing of arbitral proceedings,
- Practice and jurisprudence on the New York Convention (1958),
- Parallel proceedings in investor-state arbitration, and
- The future and possible reforms of investor-state arbitration.

On the day following the conference, the Ljubljana Willem C. Vis Pre-moot will take place.

We are looking forward to welcoming you in Ljubljana.

**WHEN:**

24 March 2015

**WHERE:**

Chamber of Commerce and Industry of Slovenia,  
Dimičeva 13, Ljubljana, Slovenia

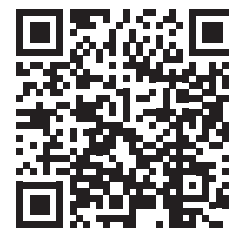
**WHO:**

Arbitrators, lawyers representing parties in arbitrations, state officials dealing with investor-state arbitration, in-house counsel and globally operating businesses

More information on the conference, the programme and the registration:



**LJUBLJANA  
ARBITRATION CENTRE**  
AT THE CHAMBER OF COMMERCE  
AND INDUSTRY OF SLOVENIA



# slovenska arbitražna praksa

prispevek k razvoju arbitraže v Sloveniji

Letnik III, Številka 3 (november 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

Andrejka Kos

**Ustanovitelj:**

Gospodarska zbornica Slovenije,

Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije

**Oblikovanje in priprava za tisk:**

Samo Grčman



## UVODNIK

Arbitraža s pridihom entuziazma

3

## ZAUPNOST ARBITRAŽNEGA POSTOPKA

Načelo zaupnosti kot značilnost arbitražnega postopka v teoriji, praksi  
in v luči Ljubljanskih arbitražnih pravil

Tatjana Božič

4

## ARBITRAŽA IN IVL

Arbitraža in izvršba na podlagi verodostojne listine bosta naposled  
kompatibilna postopka

Mojca Vertačnik, Vesna Gorjup Zupančič

9

## MEDIACIJA IN ARBITRAŽA – S KITAJSKE PERSPEKTIVE

The Chinese Model in Integrating Mediation into Arbitration  
Ideology and Practice

Ying Zhao

13



## ARBITRAŽA V PRIVATIZACIJI

### Priložnosti arbitražnega reševanja sporov v postopkih privatizacije podjetij v državni lasti

Matjaž Ulčar, dr. Maja Menard

19

## V SREDIŠČU

### Priložnosti arbitražnega reševanja sporov v združitvah in prevzemih

David Premelč

26

## IZ PRAKSE

### Razblinjen mit o 40. členu Zakona o gospodarskih javnih službah

Nejc Lahne

36

## AKTUALNO

### S smernicami za arbitre do boljše arbitraže

Nejc Lahne

51

### Save the Date: 24 March 2015

### Joint UNCITRAL-LAC Conference on Dispute Settlement

Stalna arbitraža pri GZS

52

### Save the Date: 25 March 2015

### The Ljubljana Willem C. Vis Pre-Moot

Stalna arbitraža pri GZS

53

### Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot – prvi stik s svetom arbitraže

Petra Lipovšek

54

### Arbitraža v intra ex-Yu poslovanju

Stalna arbitraža pri GZS

56

## SPOROČILO UREDNIŠTVA

### Popravek – *Errata Corrige*

Stalna arbitraža pri GZS

57

### 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: Bull in NY Wall Street © Depositphotos/  
Konstantin32

Naklada: 300 izvodov

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

#### Cena letne naročnine:

80,00 EUR z vključenim DDV.

Poština 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.



## Arbitraža s pridihom entuziazma

Leto 2014 bi na področju arbitraže lahko opisali kot dinamično, razvojno usmerjeno in polno entuziazma. *Kjer je dinamika, so tudi spremembe.* Med pomembnejše pozitivne spremembe lahko štejemo sprejetje novele ZIZ-J, s katero je zakonodajalec naposled le omogočil sobivanje arbitraže in postopka izvršbe na podlagi verodostojne listine. *Kjer je razvoj, je tudi napredek.* Pomemben dejavnik razvoja arbitraže v Sloveniji (in nasploh) je sodna praksa. Letos smo bili priča (za slovenske razmere) zelo bogati praksi Vrhovnega sodišča na področju arbitraže, ki kaže na visoko stopnjo razumevanja sodobnega koncepta arbitraže in tvori pomembno podstat za nadaljnji razvoj slovenskega arbitražnega okolja, ki je del našega širšega pravnega sistema. *Kjer je entuziazem, se zbirajo ljudje in se rojevajo prave vsebine.* Na letošnji Konferenci slovenske arbitraže se je zbralo več kot 150 udeležencev iz regije. Vsebine, ki so zaznamovale letošnje leto in hkrati predstavljajo glavne razvojne usmeritve v prihodnje so arbitražno reševanje sporov med poslovnimi subjekti s področja "ex-Yu", postavljanje mostov med mediacijo in arbitražo ter iskanje priložnosti arbitraže v času oživljanja kapitalskih trgov.

In o čem bomo brali v tokratni številki revije? Aktualna številka sledi glavnim razvojnim mejnikom, ki smo jih v letu 2014 zabeležili na področju arbitraže. V središču se ukvarjamo s priložnostmi arbitražnega reševanja sporov v združitvah in prevzemih, širšo obravnavo arbitraže v času oživljanja kapitalskih trgov pa zaokrožujemo z arbitražnim reševanjem sporov v postopkih privatizacije podjetij v državni lasti. Z obema temama je tesno povezano vprašanje zaupnosti v arbitražnem postopku, ki ga posebej obravnavamo. Dodano vrednost za uporabnike predstavlja tudi prispevek o arbitraži in izvršbi na podlagi verodostojne listine, ki bosta ob uveljavitvi novele ZIZ-J naposled le postala "kompatibilna postopka". In ne nazadnje, v luči najnovejše sodne in arbitražne prakse, končno "razblinjamo mit" o sporni avtentični razlagi 40. člena Zakona o gospodarskih javnih službah, ki je tri leta predstavljala "madež" na (sicer modernem in arbitraži prijaznem) slovenskem pravnem okolju.

Ob zaključku še enega uspešnega leta izhajanja revije se zahvaljujeva avtorjem, ki ste prispevali k letošnjim izdajam. Skupaj vas je sodelovalo 26, iz šestih različnih držav. Zahvaljujoč vam, smo tudi letos orali ledino, z objavo številnih, v našem prostoru izvirnih tem.

Tudi v letu, ki prihaja, bo Slovenska arbitražna praksa ostala zvesta svojemu temeljnemu poslanstvu. Prizadevali si bomo za približevanje arbitražnega reševanja sporov poslovnosti in odvetnikom, nadaljnji razvoj arbitražnega prava in prakse v Sloveniji in povezovanje deležnikov arbitraže, s prenosom znanja in najboljših praks v Slovenijo. Temeljna vodila naše uredniške politike bodo sodobnost zasnove, aktualnost, visoka kakovost, izvirnost in uporabna vrednost vsebin.

*Naj bodo arbitraži tudi v letu 2015 zvezde naklonjene!*

Marko Djinović

strokovni urednik



prof. dr. Aleš Galič

odgovorni urednik



# Načelo zaupnosti kot značilnost arbitražnega postopka v teoriji, praksi in v luči Ljubljanskih arbitražnih pravil

Tatjana Božič

Tatjana Božič se je z arbitražo prvič srečala kot tekmovalka, mentorica in arbitrinja na tekmovanju Willem C. Vis ICA Moot. Leta 2011 je z odliko diplomirala na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru na temo: Oprostitve odgovornosti po Dunajski konvenciji. Po opravljenem sodniškem pripravništvu in pravniškem državnem izpitu, se je leta 2014 zaposlila na pravnem oddelku svetovalne družbe Deloitte d.o.o., kjer pravno svetuje domačim in tujim družbam, tudi glede vprašanj o arbitražnem reševanju gospodarskih sporov. Na Ekonomsko-poslovni fakulteti v Mariboru zaključuje magistrski študij s področja mednarodne poslovne ekonomije. E-mail: tbozic@deloitteCE.com

Dejstvo, da je določen poslovni subjekt v sporu, lahko negativno vpliva na njegov ugled, poslovanje, kot tudi na možnost pridobivanja poslovnih partnerjev oziroma investicij

Teoretično je treba ločevati pojma zaupnosti in zasebnosti arbitražnega postopka. Pojem zasebnosti se nanaša na javnost arbitražnega postopka, to je kdo sodeluje na obravnavi. Načelo zaupnosti pa je širše, saj varuje razkritje dokumentov, dokazov in drugih informacij, ki so bile razkrite med arbitražnim postopkom

V sporih, ki se običajno rešujejo v arbitražnih postopkih, gre pogosto za spore velikih vrednosti, vsebina sporov pa je za stranke izrednega pomena, saj gre v večini primerov za občutljive podatke, ki predstavljajo tudi poslovno skrivnost. Dejstvo, da je določen poslovni subjekt v sporu, lahko negativno vpliva na njegov ugled, poslovanje, kot tudi na možnost pridobivanja poslovnih partnerjev oziroma investicij. Temeljno načelo rednih sodnih postopkov je načelo javnosti, ki pomeni, da so sodni postopki javni, razen v primerih, v katerih zakon javnost izključuje, ali pa kadar javnost izključi sodišče. Poleg varovanja podatkov, ki so lahko razkriti v sodnih postopkih, je načelo zaupnosti pomembno tudi zaradi zagotovitve neodvisnosti in nepristranskosti subjektov odločanja, kot varovalka pred možnimi zunanjimi vplivi na odločanje (npr. medijski in lobistični pritiski).

V mednarodnem poslovanju je načelo zaupnosti med drugim eno izmed temeljnih vodil, zaradi katerega se pogodbene stranke odločijo za dogovor o alternativnem reševanju sporov, oziroma za dogovor, da bo o morebitnih sporih odločala arbitraža.

V raziskavi iz leta 2012, ki jo je izvedla School of International Arbitration Univerze Queen Mary v Londonu, je 84% vprašanih odgovorilo, da so se za reševanje spora v arbitražnem postopku vsaj deloma odločili zaradi načela zaupnosti. Takšna ugotovitev je presenetljiva predvsem zato, ker kaže na to, da med

posamezniki prevladuje prepričanje, da je zaupnost arbitražnega postopka samoumevna in kot taka predstavlja prednost pred rednimi sodnimi postopki. 50% vprašanih je namreč mnenja, da je zaupnost v arbitražnem postopku nedvomna in samoumevna<sup>1</sup>. Vendar še zdaleč ni tako. Kot bomo videli v nadaljevanju, najpomembnejše mednarodne konvencije načela zaupnosti ne urejajo, prav tako ne večina nacionalnih zakonodaj, tako da je veljavnost in upoštevanje načela zaupnosti predvsem v domeni avtonomije strank, pravil arbitražnih institucij, sodne in arbitražne prakse.

## Načelo zaupnosti, zasebnosti in transparentnosti v arbitražnem postopku

Teoretično je treba ločevati pojma zaupnosti in zasebnosti arbitražnega postopka. Pojem zasebnosti se nanaša na javnost arbitražnega postopka, to je kdo sodeluje na obravnavi.<sup>2</sup> Načelo zaupnosti pa je širše, saj varuje razkritje dokumentov, dokazov in drugih informacij, ki so bile razkrite med arbitražnim postopkom. Pravila arbitražnih institucij pogosto ne določajo zaupnosti izrecno in s tem na načelni ravni dovoljujejo razkritje

1 Gerbay, R.: Confidentiality vs. Transparency in International Arbitration: The English Perspective, *Transnational Dispute Management* 3(2012), <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1816> (29.11.2014).

2 Noussia, K.: Confidentiality in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law, Springer, 2010, str. 25.



podatkov, do katerega lahko pride že med samim postopkom. Podatke lahko razkrijejo priče, izvedenci, ki jih kot tretje osebe v postopku, arbitražni sporazum ne zavezuje neposredno<sup>3</sup>. Nasprotno pa pravila arbitražnih institucij načeloma varujejo zasebnost<sup>4</sup>.

Načelo zaupnosti je antipod načelu transparentnosti. Teoretiki si med seboj nasprotujejo pri razlagi, katero načelo naj ima v arbitražnem postopku prednost. Dejstvo je, da se načeli izključujeta in da kljub nasprotnim stališčem med teoretiki arbitražnega prava, vseeno prevladuje pojmovanje zaupnosti kot temeljnega načela in kot prednosti, ki služi varovanju interesov strank, ki se bodo pogosto prav zaradi tega načela odločile za dogovor o arbitraži. Načelo transparentnosti se zagovarja predvsem z vidika ravnanja arbitrov, njihove neodvisnosti in tudi zmožnosti za odločanje v posameznih zadevah. Pri trku načela transparentnosti in zaupnosti naletimo na tehtanje javnega interesa po poznavanju določenih dejstev in zasebnega interesa strank za ohranitev dejstev, razkritih v postopku, kot zaupnih. Težnje po večji transparentnosti arbitražnega postopka so posledica razmaha arbitražnih postopkov v zadnjem času, kar povečuje interes javnosti, da se seznani z dogajanjem v postopkih. Transparentnost se kot temeljno načelo pojavlja predvsem v investicijskih sporih, kjer se kot stranke pojavljajo javne entitete, kar v večini primerov pomeni upravičen javni interes za seznanitev z dejstvi arbitražnega postopka. 1. aprila 2014 so stopila v veljavo pravila UNCITRAL-a o transparentnosti arbitražnih postopkov v investicijskih sporih med vlagatelji in državami. V resoluciji, sprejeti 16. decembra 2013, je bil pripoznan izjemen pomen arbitraže kot metode reševanja investicijskih sporov, kjer kot stranka postopka nastopa država, hkrati pa je bil poudarjen javni interes, ki se pojavi v teh postopkih ter promocija dobrega upravljanja z javnimi sredstvi<sup>5</sup>.

### Izbira arbitražne institucije in načelo zaupnosti

V praksi je opaziti, da stranke pri sklepanju pogodb premalo pozornosti posvetijo sestavi arbitražnega

sporazuma. Pogosto je ob sklepanju poslov prisotna ihta za sklenitev oziroma navdušenje ob pridobljeni poslovni priložnosti, kar se v kriznih časih, še posebej odraža. To navdušenje navadno spremlja ravnodušje oziroma neskrbnost pri dogovoru za primer reševanja sporov, saj se ob začetku posla zdi vse v redu in je težko predvideti vse možne situacije, ki lahko pri izvajanju posla vodijo do spora, še posebej ob odsotnosti izkušenih pravnih svetovalcev. Pri sklepanju arbitražnega sporazuma pa ni pomembna zgolj vsebina klavzul pač pa tudi institucija, ki ji bodo stranke zaupale reševanje morebitnih sporov. To se izkaže tudi na primeru zaupnosti. Če je prioriteta strank zaupnost spora, morajo nujno razmisliti o izbiri arbitražnih pravil, ki zaupnost izrecno varujejo, ali pa morajo zaupnost izrecno dogovoriti v arbitražnem sporazumu in temu posvetiti potrebno mero skrbnosti, da z dogovorom pokrijejo vse možne aspekte, ki zadevajo zaupnost. Na primer, dogovor o zaupnosti odločbe prav malo koristi, če k zaupnosti niso vezane priče in arbitri.

Primerjalno pravno obstajata dva sistema arbitražnih pravil. Pravila, ki zaupnost postopka izrecno urejajo in pravila, ki o zaupnosti ne določajo ničesar, tako da je določitev zaupnosti povsem prepuščena avtonomiji strank. Za primere, ko arbitražna pravila ne določajo zaupnosti izrecno, obstajajo teoretična stališča in primeri sodne prakse o implicitno določeni zaupnosti. V primeru "*Dolling Baker vs. Merret and another*"<sup>6</sup> je sodišče odločilo, da obstaja implicitno določena zaupnost, kar pomeni, da je arbitražni postopek zaupen ne glede na pravila ali dogovore strank<sup>7</sup>. Poudariti je potrebno, da so stališča teorije glede tega vprašanja neenotna, prav tako je neenotna sodna praksa. Tako sta na primer avstralsko višje sodišče v primeru "*Esso Australia Resources Ltd. et. al. vs. Plowman*" in švedsko vrhovno sodišče v primeru "*Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. vs. A. I. Trade finance Inc., (Bulbank Case)*" odločili, da zaupnost ni temeljno načelo arbitražnega postopka<sup>8</sup>.

Razsežnosti načela zaupnosti variirajo tudi glede na posamezne jurisdikcije, temeljijo pa predvsem na sodni praksi. Zanimivo je, da razlike ne izvirajo iz

Načelo zaupnosti  
je antipod načelu  
transparentnosti

Transparentnost se kot  
temeljno načelo pojavlja  
predvsem v investicijskih  
sporih, kjer se kot stranke  
pojavljajo javne entitete,  
kar v večini primerov  
pomeni upravičen javni  
interes za seznanitev  
z dejstvi arbitražnega  
postopka

3 Redfern & Hunter: Law and Practice in International Commercial Arbitration, Sweet&Maxwell 4th ed., 2004.

4 Arbitražna pravila Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije v 3. odstavku 32. člena določajo, da ustna obravnava ni javna, razen če se stranke sporazumejo drugače.

5 UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, [http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral\\_texts/arbitration/2014Transparency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html) (29.11.2014).

6 Dostopno na: <http://www.uniset.ca/lloyddata/css/19901WLR1205.html> (29.11.2014).

7 Prim. tudi: *Ali Shipping Corporation vs. Shipyard Trogir and others, Glidpath BV and Others vs. Thompson and Others*.

8 Noussia, K., navedeno delo, str. 163.

Zaupnost lahko izhaja iz arbitražnega sporazuma, mednarodnih konvencij, nacionalnih zakonodaj, pravil arbitražnih institucij in sodne oziroma arbitražne prakse

Izjema od načela zaupnosti je po Ljubljanskih arbitražnih pravilih določena za primer izrecnega drugačnega dogovora strank ter za primere in obseg, v katerem so stranke zavezane k razkritju, oziroma je razkritje potrebno za zaščito ali uveljavitev njihovih pravic ter za izvršitev ali izpodbijanje arbitražne odločbe pred državnim sodiščem

razlik v pravnih redih; denimo angleške institucije, ki se uvrščajo med institucije s "common law" sistemom, pripoznavajo, da so arbitražni postopki zasebni in zaupni (*Emmot vs. Michael Wilson & Partners Ltd.*), medtem ko ameriške, prav tako "common law" tradicije, dovoljujejo razkritje informacij, kadar ni izrecno dogovorjeno drugače (prim. *United States vs. Pandhandle Eastern Corp., Cont'ship Containers Ltd. vs. PPG Industries*)<sup>9</sup>. Kljub navedenim primerom je treba izpostaviti, da tudi v omenjenih državah obstajajo primeri različnih praks, tako ekstremnih, kot vmesnih.

### Viri zaupnosti

Zaupnost lahko torej izhaja iz arbitražnega sporazuma, mednarodnih konvencij, nacionalnih zakonodaj, pravil arbitražnih institucij in sodne oziroma arbitražne prakse. Mednarodne konvencije načela zaupnosti ne urejajo. Izrecnih določb o zaupnosti namreč ne vsebujejo na primer Newyorška, Ženevska niti Panamska konvencija. Razloge za to je treba iskati v tem, da se države težko sporazumejo glede vključitve načela zaupnosti v konvencijo, saj ga tudi večina nacionalnih zakonodaj ne ureja. Glavni cilj mednarodnih konvencij je zagotovitev priznanja in izvršljivosti arbitražnih odločb, ne pa ureditev poteka arbitražnega postopka<sup>10</sup>.

Tako kot konvencije, tudi nacionalne zakonodaje področja zaupnosti arbitraže večinoma izrecno ne urejajo. Razlog je v tem, da je pri sprejemanju arbitražnih zakonov večina držav sledila Vzornemu zakonu UNCITRAL o mednarodni trgovinski arbitraži, katerega snovalci so jasno izpostavili, da je zaupnost stvar arbitražnega sporazuma strank in izbire arbitražne institucije. Redke države, ki v svoji nacionalni arbitražni zakonodaji urejajo načelo zaupnosti so: Nova Zelandija, Norveška, Španija, Romunija in Peru<sup>11</sup>. Tudi slovenski Zakon o arbitraži<sup>12</sup> (Zarbit) načela zaupnosti ne določa, jo pa izrecno urejajo Arbitražna pravila Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije (v nadaljevanju: Ljubljanska arbitražna pravila). Pravila arbitražnih institucij so tako naslednji vir načela zaupnosti, sama pravila pa variirajo glede

na umestitev zaupnosti med pravila, razsežnosti zaupnosti, možnosti izključitve zaupnosti s posebnim dogovorom, ipd. Sodna in arbitražna praksa je lahko pomembno vodilo za odločanje v arbitražnih postopkih, vendar ni zavezujoča.

### Ljubljanska arbitražna pravila in načelo zaupnosti

Ljubljanska arbitražna pravila spadajo med pravila arbitražnih institucij, ki izrecno urejajo načelo zaupnosti in sicer zaupnost urejajo načelno, strankam pa je dopuščena možnost, da jo izključijo z izrecnim drugačnim dogovorom. Ljubljanska arbitražna pravila umeščajo načelo zaupnosti med splošna pravila. Menim, da v primerjavi s pravili drugih arbitražnih institucij, Ljubljanska arbitražna pravila zaupnost urejajo zelo dosledno in s tem varujejo stranke ter poudarjajo eno temeljnih značilnosti in prednosti arbitražnega postopka. Res je, da so igralci na mednarodnih trgih izkušeni in da jih načeloma ne gre podcenjevati glede njihove skrbnosti pri urejanju pravno-poslovnih razmerij, vendar je glede na različna teoretična stališča in različno sodno prakso, pomembno, da se s pravili uredi čim več "sivih" področij postopka, kar zaupnost vsekakor je. Pomembno je, da če pravila urejajo načelo zaupnosti, da ga uredijo dosledno, saj se tako izključi dvom o razsežnosti zaupnosti glede na posamezne elemente postopka ali posamezne subjekte. Ljubljanska arbitražna pravila urejajo elemente postopka, ki so zaupni ter subjekte, ki so zavezani k zaupnosti (glej *infra*).

Izjema od načela zaupnosti je po Ljubljanskih arbitražnih pravilih določena za primer izrecnega drugačnega dogovora strank ter za primere in obseg, v katerem so stranke zavezane k razkritju, oziroma je razkritje potrebno za zaščito ali uveljavitev njihovih pravic ter za izvršitev ali izpodbijanje arbitražne odločbe pred državnim sodiščem.

Izjema od načela zaupnosti je določena tudi za objavo arbitražnih odločb, sklepov in drugih odločb senata in Stalne arbitraže pri GZS v strokovnih publikacijah, v anonimni obliki, ki ne omogoča identifikacije strank in drugih oseb. Stranke lahko taki objavi pisno nasprotujejo v roku 60 dni od izdaje omenjenih aktov. Možnost objave odločbe je izjemnega pomena za razvoj arbitražnega prava in prakse. Kot že na več mestih omenjeno, je ravno arbitražna in sodna praksa tista, ki polni praznine predpisov in dogovorov strank

9 Noussia, K., navedeno delo, str. 164.

10 Brown, C., A.: Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration, *American University International Law Review* 16, no. 4 (2001), str. 990.

11 Smeureanu, M. I.: Confidentiality in International Commercial Arbitration, *Kluwer Law International*, 2011, str. 21.

12 Uradni list RS, št. 45/08.



in ima v arbitražni praksi ogromno težo. Težo ima tudi zaradi pomembnosti in priljubljenosti arbitražnih postopkov v državah s sistemom "common-law", ki tradicionalno bazira na odločanju na podlagi sodnih odločb in kjer so sodne odločbe pravni vir za odločanje (t.i. *stare decisis* doktrina). Objava odločb arbitražne institucije je pomembna tudi za samo institucijo, saj pripomore k njeni razpoznavnosti in kredibilnosti. Medtem ko tuje stranke morda ne bi imele večjih težav z objavljanjem, pa bi lahko slovenske imele glede tega pomisleke, zaradi majhnosti slovenskega trga in možnosti, da bi javnost kljub anonimnosti strank lahko potegnila vzporednice glede na objavljena dejstva in na tak način razpoznala, za katero stranko gre. Zato je dobro, da imajo stranke, pri katerih bi se taka skrb pojavila, možnost nasprotovanja objavi.

### Zaupnost in elementi arbitražnega postopka

Načelo zaupnosti se lahko razteza na različne elemente arbitražnega postopka, obseg, v katerem arbitražna pravila določajo zaupnost pa variira. Zaupnost je lahko določena splošno, za dejstvo obstoja arbitražnega postopka, za uporabljene in izvedene dokumente, za arbitre, priče in izvedence, arbitražno odločbo, itd. Pravila ICC<sup>13</sup> na primer ne določajo zaupnosti za nobeno od navedenih faz. UNCITRAL<sup>14</sup> le za odločbo, WIPO<sup>15</sup> za vse stadije, razen splošnega dejstva o obstoju arbitraže, CIETAC<sup>16</sup> varuje zaupnost splošno, za dokumente, arbitre, priče, ne varuje pa zaupnosti odločbe. SWISS<sup>17</sup> ne varuje zaupnosti obstoja arbitraže in ne zavezuje k zaupnosti prič, zaupnost pa je določena splošno, za arbitre, in za odločbo. Pravila AAA<sup>18</sup> varujejo splošno zaupnost, dejstvo obstoja arbitraže in arbitražne odločbe, k zaupnosti pa zavezuje arbitre<sup>19</sup>.

Ljubljanska arbitražna pravila določajo, da v kolikor se stranke ne dogovorijo drugače, Stalna arbitraža pri GZS, arbitri in arbiter za nujne primere, varujejo zaupnost postopka, arbitražne odločbe, sklepov in drugih odločitev senata. Obveznost velja tudi za izvedence in člane predsedstva ter sekretariata. Zaupne so arbitražne odločbe, sklepi in druge odločitve senata in Stalne arbitraže pri GZS, vsi dokumenti, ki jih v postopku predložijo stranke in niso javno dostopni. Zaupna so tudi posvetovanja senata.

V določenih primerih je že samo dejstvo, da poteka določen arbitražni postopek, predmet načela zaupnosti, kot je bilo odločeno v primeru *Hassneh Insurance Corp. Of Israel vs. Mew*<sup>20</sup>. Zanimiv je tudi primer *Aita vs. Ojje*, o katerem je odločalo pariško pritožbeno sodišče. V tem primeru je ena od strank pri omenjenem sodišču sprožila postopek zaradi neveljavnosti arbitražnega dogovora. Pritožbeno sodišče je odločilo, da ni pristojno za reševanje spora, stranka, ki se je strinjala z arbitražnim dogovorom, pa da bi se morala takšne nepristojnosti zavedati. Sodišče je ravnanje stranke interpretiralo kot maneuver za obid načela zaupnosti z namenom razkritja podatkov, ki bi sicer v arbitražnem postopku morali ostati zaupni. Postopek je spodbudil javno diskusijo, posledično je bila stranka, ki je postopek sprožila, dolžna drugi stranki plačati pogodbeno kazen<sup>21</sup>.

### Posledice kršitve načela zaupnosti

Strokovno javnost je pred leti razburila odločitev švedskega sodišča v primeru "*Bulbank*", v kateri je švedsko sodišče odločilo, da je zaradi kršitve načela zaupnosti arbitražni sporazum neveljaven, kar bi lahko vodilo do neveljavnosti arbitražne odločbe, ki je bila izdana na podlagi takega arbitražnega sporazuma. V omenjenem primeru je ena od strank arbitražnega postopka brez soglasja druge, objavila odločbo v zborniku<sup>22</sup>. Odločitev je bila še posebej kontroverzna, saj ni bilo podlag za izrecno določeno zaupnost. Sodišče je torej odločilo, da je zaupnost v arbitražnem postopku implicitno določena. Instančno sodišče je to sodbo

V določenih primerih je že samo dejstvo, da poteka določen arbitražni postopek, predmet načela zaupnosti, kot je bilo odločeno v primeru *Hassneh Insurance Corp. Of Israel vs. Mew*

13 Arbitražna pravila Mednarodne trgovinske zbornice, <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/> (29.11.2014).

14 Arbitražna pravila Komisije Združenih Narodov za mednarodno trgovinsko pravo, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf> (29.11.2014).

15 Arbitražna pravila Svetovne organizacije za intelektualno lastnino, <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/newrules.html> (29.11.2014).

16 Arbitražna pravila kitajske gospodarske in trgovinske arbitražne komisije, <http://www.cietac.org/index/rules.cms> (29.11.2014).

17 Arbitražna pravila švicarske gospodarske in industrijske zbornice, <http://www.swissarbitration.org/sa/en/rules.php> (29.11.2014).

18 Arbitražna pravila ameriške arbitražne zveze, [https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG\\_004103&revision=latestreleased](https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG_004103&revision=latestreleased) (29.11.2014).

19 Povzeto po Hwang, S. C. M., Chung, K.: Defining the Indefinable:

Practical problems of Confidentiality in Arbitration, *Journal of International Arbitration*, 26(5), 2009, str. 638.

20 Redfern, A.: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet&Maxwell, 2004, str. 28.

21 Noussia, K., navedeno delo, str. 120, 121.

22 Hwang, S. C. M., Chung, K., navedeno delo, str. 641.

Menim, da je zaradi neenotnosti teorije in prakse, ustrežnejša rešitev umestiti načelo zaupnosti v arbitražna pravila, saj se tako izognemo možnim razlagam glede implicitno določene zaupnosti

Stranke morajo ob sklepanju arbitražnega sporazuma razmisliti o prioritetah in jim prilagoditi tudi izbiro arbitražnih pravil. S poznavanjem posebnosti in tudi minimalnih odstopanj med pravili arbitražnih institucij, lahko zavarujejo svoje položaje

razveljavilo, z argumentom, da o zaupnosti ni bilo izrecnega dogovora in da v arbitražnem postopku implicitno določene zaupnosti ni.

Neveljavnost arbitražnega sporazuma in arbitražne odločbe zaradi kršitve zaupnosti je po večinskem stališču prestroga sankcija. Stranka, ki krši načelo zaupnosti in v postopku ali po njem neupravičeno razkrije podatke, ki so zaupni, pa je lahko odškodninsko odgovorna za škodo, ki bi jo razkritje povzročilo nasprotni stranki. Oškodovana stranka mora dokazati, da je bila med strankama določena zaupnost postopka, da je bila zaupnost kršena, da je kršitev povzročila nasprotna stranka, da je prav kršitev oškodovani stranki povzročila škodo in da je škodo mogoče oceniti<sup>23</sup>. Stranki se lahko dogovorita tudi o pogodbeni kazni za primer kršitve načela zaupnosti.

Naslednja od možnih sankcij je izdaja začasnega ukrepa, ki strankam v primeru kršitve preprečuje nadaljnja razkritja. Temeljni pogoj za izdajo začasnega ukrepa je, da je potrebno v posameznem primeru ukrepati nujno, da se prepreči nepopravljiva škoda<sup>24</sup>. Po 17a. členu UNCITRAL-ovega vzorčnega zakona o mednarodni trgovinski arbitraži je na primer treba izkazati verjetnost nastanka škode, če začasni ukrep ne bi bil izdan in da je razumno pričakovati, da bo stranka, ki izdajo ukrepa zahteva, v arbitražnem postopku uspela.

Ljubljanska arbitražna pravila urejajo možnost izdaje začasnih ukrepov v 37. členu, in sicer lahko arbitražni senat na zahtevo stranke sprejme vsak začasni ukrep, ki ga šteje za potrebnega. Od strank lahko v zvezi s predlaganim začasnim ukrepom zahteva ustrezno varščino.

## Sklep

Stranke morajo ob sklepanju arbitražnega sporazuma razmisliti o prioritetah in jim prilagoditi tudi izbiro arbitražnih pravil. S poznavanjem posebnosti in tudi minimalnih odstopanj med pravili arbitražnih institucij, lahko zavarujejo svoje položaje. Ni pomemben le dogovor o arbitraži, saj je skoraj nemogoče z njim pokriti vse aspekte postopka, zato je pomembna tudi izbira arbitražne institucije. To se izkaže tudi na

področju načela zaupnosti, saj se ga določena pravila arbitražnih institucij sploh ne dotikajo, medtem ko ga druga urejajo načelno, spet druga pa načelno ureditev korigirajo z možnostjo drugačnega sporazuma.

Menim, da je zaradi neenotnosti teorije in prakse, ustrežnejša rešitev umestiti načelo zaupnosti v arbitražna pravila, saj se tako izognemo možnim razlagam glede implicitno določene zaupnosti. Zaradi obstoječih primerov prakse in teoretičnih razlag, lahko s pravim argumentiranjem pridemo do uveljavitve načela zaupnosti, kjer to ni v interesu strank in obratno. Pravila lahko sama dopustijo strankam možnost izključitve, kot to dopuščajo Ljubljanska arbitražna pravila in če se stranke za to odločijo, lahko v skladu z načelom avtonomije arbitražni dogovor kadarkoli spremenijo in načelo ponovno vključijo. Zaradi morebitne lahkomiselnosti pri sklepanju poslov, ki je velikokrat prisotna tudi pri izkušenih poslovnih subjektih, je po mojem mnenju primerno, da arbitražne institucije vsaj na načelni ravni zavarujejo interese strank, ki jih same morda spregledajo.

<sup>23</sup> Brown, C. A., navedeno delo, str. 1016.

<sup>24</sup> Born, G.: International Commercial Arbitration, 3rd Edition, Austin, 2009, str. 1986.



## Arbitraža in izvršba na podlagi verodostojne listine bosta naposled kompatibilna postopka

Mojca Vertačnik, Vesna Gorjup Zupančič

Mojca Vertačnik je odvetnica v Odvetniški pisarni Gorjup. Po končani Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani (2007) je dve leti kot strokovna sodelavka delala v notarski pisarni Stanislava Bohinca v Mariboru, po opravljenem pravniškem državnem izpitu (2010) pa je poklicno pot nadaljevala v odvetniški pisarni odvetnice Mateje Končan Verstovšek v Celju (2012) in kasneje v Odvetniški pisarni Gorjup v Mariboru. Ukvarja z delovnim, gospodarskim, odškodninskimi in civilnim pravom. E-mail: mojca@gorjup.net

Vesna Gorjup Zupančič je vodja Odvetniške pisarne Gorjup. Po končani Pravni fakulteti Univerze v Mariboru (2000) je opravila sodniško pripravništvo pri Višjem sodišču v Mariboru, po opravljenem pravniškem državnem izpitu (2003) pa je poklicno pot nadaljevala kot odvetnica v Odvetniški pisarni Gorjup. Leta 2010 je opravila izpit za mediatorja na Inštitutu za mediacijo in arbitražo Odvetniške zbornice Slovenije, je zastopnica za modele in znamke. Od leta 2010 je članica upravnega odbora združenja AVRIO Advocati. Leta 2013 je prevzela vodenje Odvetniške pisarne Gorjup, v kateri deluje še pet drugih odvetnikov, štirje odvetniški kandidati in dva odvetniška pripravnika. E-mail: vesna@gorjup.net

Novela Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ-J)<sup>1</sup>, ki je začela veljati 30. julija 2014, je z dopolnitvijo 41. člena ZIZ<sup>2</sup> naposled zapolnila pravno praznino, zaradi katere je v primeru vložitve predloga za izvršbo na podlagi verodostojne listine, ki je bila izdana v pravnem poslu, v katerem sta se stranki za primer spora dogovorili za pristojnost arbitraže, veljalo, da se je upnik z vložitvijo predloga za izvršbo na podlagi verodostojne listine konkludentno odpovedal pristojnosti arbitraže.

### Izvršba na podlagi verodostojne listine v praksi gospodarskih subjektov

Postopek izvršbe na podlagi verodostojne listine (v nadaljevanju: IVL) je v praksi gospodarskih subjektov v Sloveniji široko in pogosto uporabljan postopek, ki upnikom omogoča učinkovito izterjavo zapadlih in neplačanih terjatev. Poteka avtomatizirano in hitro, sklep o izvršbi izda sodišče na podlagi verodostojne listine, ki je upnik v svojem predlogu niti ni dolžan priložiti. V kolikor dolжник zoper izdan sklep o izvršbi ne ugovarja, upnik brez meritornega presojanja utemeljenosti njegovega zahtevka pridobi pravnomočen sklep o izvršbi, ki je izvršilni naslov, na podlagi katerega lahko poseže na dolžnikovo premoženje.

Centralni oddelek za verodostojno listino, ki deluje v okviru Okrajnega sodišča v Ljubljani, letno izda več kot 200.000 sklepov o izvršbi, v katerih je dolžniku naloženo da plača upnikovo terjatev.<sup>3</sup>

Pravna teorija je enotnega mnenja, da je institut IVL namenjen izterjavi terjatev, saj ima upnik, ki želi meritorno presojanje sodišča glede iste terjatve možnost vložiti tožbo. Samo dejstvo, da se za tožbo ne odloči, kaže na to, da je njegov namen čim hitrejša izterjava zapadlih in neplačanih terjatev, meritorno presojanje sodišča pa želi zgolj v primeru dolžnikovega ugovora.

Tak namen ima tudi pogodbeni stranka, ki s sopogodbnikom v temeljni pogodbi za reševanje sporov določi pristojnost arbitraže, ne glede na to, pa zaradi neplačane fakture pred (rednim) sodiščem vložijo predlog za IVL z namenom poplačila zapadle terjatve iz temeljnega posla. Vsaka zamuda s plačilom v poslovni praksi namreč še ne pomeni da sta stranki v sporu glede temeljnega razmerja in velikokrat v postopku IVL dolжник brez ugovora plača terjatev po sklepu o izvršbi, stranki pa sodelujeta naprej.

Pravna teorija je enotnega mnenja, da je institut IVL namenjen izterjavi terjatev, saj ima upnik, ki želi meritorno presojanje sodišča glede iste terjatve možnost vložiti tožbo

Samo dejstvo, da se za tožbo ne odloči, kaže na to, da je njegov namen čim hitrejša izterjava zapadlih in neplačanih terjatev, meritorno presojanje sodišča pa želi zgolj v primeru dolžnikovega ugovora

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 53/2014.

<sup>2</sup> Uradni list RS, št. 3/07 - uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 37/08 - ZST-1, 45/08 - ZArbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 - odl. US, 45/14 - odl. US, 53/14 in 58/14 - odl. US.

<sup>3</sup> Volk, D.: Kaj prinaša zadnja novela ZIZ-J, v: Odvetnik št. 4 (67), 2014, str. 8.

Pred sprejemom novele ZIZ-J je stranka, ki je predlagala IVL, v primeru da njen dolžnik v ugovoru zoper sklep o izvršbi ni uveljavljal pristojnosti arbitraže, temveč je ugovarjal zgolj utemeljenosti predloga za izvršbo, izgubila možnost uveljavljanja pristojnosti arbitraže

Z novelo ZIZ-J je bila opisana pravna praznina naposled zapolnjena. Zakonodajalec je namreč 41. člen ZIZ dopolnil z novim osmim odstavkom

## Pravna praznina pred novelo ZIZ-J

Pred sprejemom novele ZIZ-J je stranka, ki je predlagala IVL, v primeru da njen dolžnik v ugovoru zoper sklep o izvršbi ni uveljavljal pristojnosti arbitraže, temveč je ugovarjal zgolj utemeljenosti predloga za izvršbo, izgubila možnost uveljavljanja pristojnosti arbitraže.

Sodna praksa in teorija<sup>4</sup> sta namreč zavzeli stališče, da bi upnik po analogiji s krajevno pristojnostjo tudi stvarno pristojnost arbitraže moral uveljavljati že ob vložitvi predloga za IVL in da se je z izbiro (rednega) sodnega postopka arbitraži konkludentno odpovedal.

Vrhovno sodišče Republike Slovenije je v zvezi z ugovori pristojnosti v izvršilnem postopku že odločilo<sup>5</sup>, da mora biti izvršilno sodišče že v fazi odločanja o ugovoru zoper sklep o izvršbi seznanjeno z vsemi okoliščinami, ki lahko vplivajo na pristojnost sodišča, saj sicer nima podlage za racionalno odločanje. Ta odločitev dodatno potrjuje dotedanjo sodno prakso, po kateri bi moral upnik že v predlogu za IVL določiti, da je v primeru spora za odločanje pristojna dogovorjena arbitraža.

Žal pa ZIZ do sprejema zadnje novele ni določal, na kakšen način naj bi upnik ob vložitvi predloga za IVL pristojnost arbitraže uveljavljal, uveljavljanja arbitražne pristojnosti pa tudi ne omogočata niti pisni obrazec COVL-1, niti elektronski program E-sodstva, ki sta edina dopustna načina za vlaganje predlogov za IVL. Rubrike, v kateri bi upnik označil pristojnost arbitraže v primeru dolžnikovega ugovora, namreč obrazec COVL-1 in elektronski program E-sodstva ne vsebujeta, na drug način pa predloga za IVL sploh ni mogoče vložiti.<sup>6</sup>

Zaradi navedenega je bila upniku, ki se je za primer spora dogovoril za pristojnost arbitraže in je arbitražno pristojnost želel ohraniti v veljavi, *de facto* odvzeta možnost IVL, saj se je v primeru da dolžnik pristojnosti arbitraže ni uveljavljal, štelo, da se je upnik z vložitvijo

predloga za IVL arbitražni pristojnosti konkludentno odpovedal, čeprav to ni bil njegov namen.<sup>7</sup>

## Novi osmi odstavek 41. člena ZIZ

Z novelo ZIZ-J je bila opisana pravna praznina naposled zapolnjena. Zakonodajalec je namreč 41. člen ZIZ dopolnil z novim osmim odstavkom, ki določa:

*“Če sta stranki glede terjatve, zaradi katere upnik zahteva izvršbo na podlagi verodostojne listine, sklenili arbitražni sporazum, lahko upnik v predlogu za izvršbo predlaga, naj se v primeru dolžnikovega ugovora sodni postopek ustavi, sodišče izreče za nepristojno, razveljavi v postopku opravljena dejanja in zavrže predlog za izvršbo.”*

Upnik bo moral tako že v predlogu za IVL predlagati, da se v primeru dolžnikovega ugovora sodni postopek ustavi, sodišče izreče za nepristojno in razveljavi v postopku opravljena dejanja ter zavrže predlog za izvršbo.

Ureditev je skladna z drugim odstavkom 18. člena Zakona o pravnem postopku (ZPP)<sup>8</sup>, ki se v skladu s 15. členom ZIZ smiselno uporablja v izvršilnem postopku in določa, da se sodišče, če med postopkom ugotovi, da za odločitev o sporu ni pristojno sodišče, temveč kakšen drug organ, izreče za nepristojno, razveljavi opravljena pravdna dejanja in zavrže tožbo.

Ker za nadaljevanje pravnega postopka ne bo podana stvarna pristojnost sodišča, bo sodišče na predlog upnika v primeru dolžnikovega ugovora predlog za izvršbo zavrglo, s čimer bo postopek pred sodiščem ustavljen. Predlog upnika za ustavitev postopka je potreben, ker je uveljavljanje arbitražnega sporazuma v skladu s prvim odstavkom 11. člena Zakona o arbitraži (ZArbit)<sup>9</sup> odvisno samo od strank spora in sodišče na arbitražni sporazum ne pazi po uradni dolžnosti.

Upošteva 23. člen ZPP, ki se smiselno uporablja v izvršilnem postopku in ki določa, da sodišče po pravnomočnosti sklepa o nepristojnosti zadevo odstopi pristojnemu sodišču, tudi ni mogoče, da bi sodišče po

<sup>4</sup> VSL Sklep I Cp 1465/2003 z dne 11. 9. 2003; Galič, A.: Arbitraža in izvršba na podlagi verodostojne listine, Pravna praksa, 2004, št. 3-4, str. 4-6.

<sup>5</sup> Sklep VS RS I R 94/2013 z dne 29. 8. 2013.

<sup>6</sup> Vertačnik, M., Gorjup Zupancič, V.: Arbitraža in izvršba na podlagi verodostojne listine, Pravna praksa, 2013, št. 45, str. 10.

<sup>7</sup> Podobno šesti odstavek 10. člena Zakona o arbitraži (ZArbit; Uradni list RS, št. 45/08), določa, da je arbitražni sporazum veljavno sklenjen tudi, če stranka vloži tožbo pred arbitražo, tožena stranka pa ne ugovarja pristojnosti arbitraže najkasneje v odgovoru na tožbo.

<sup>8</sup> Uradni list RS, št. 26/1999, s spremembami.

<sup>9</sup> Uradni list RS, št. 45/2008.

izdaji sklepa o nepristojnosti zadevo odstopilo v reševanje arbitraži, saj ZPP te možnosti ne predvideva.

Pravnomočno zavrženje predloga za IVL ne pomeni meritorne odločitve in ne ustvari učinkov *res iudicata*, zato bo upnik plačilo iste terjatve v skladu z arbitražnim sporazumom lahko zahteval kasneje pred dogovorjeno arbitražo. To do sprejema novele ZIZ-J ni bilo mogoče.

V primeru, ko je upnik predlagal IVL in dolжник ni uveljavljal pristojnosti arbitraže, se je namreč postopek nadaljeval po pravilih pravnega postopka, kljub temu, da upnik ni imel možnosti ne v pisnem, ne v elektronskem obrazcu na katerih se vlagajo predlogi za IVL, označiti pristojnosti arbitraže. Tudi, če je pristojnost arbitraže uveljavljal v prvi pisni vlogi, ki jo je lahko podal pred sodiščem, sodišča takega ugovora nepristojnosti upnika niso upoštevala saj se je upnik po stališču sodne prakse z vložitvijo predloga za IVL pred sodiščem arbitraži odpovedal. Tej argumentaciji je sledila tudi Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije in glede terjatev, ki jih je upnik predlagal v izvršbo pred (rednim) sodiščem, štela, da se je upnik konkludentno odpovedal arbitražni pristojnosti<sup>10</sup>, s tem ko je pred sodiščem predlagal IVL.

V skladu z novelo ZIZ-J pa bo upnik tisti, ki bo že v predlogu za IVL določil, da se v primeru dolžnikovega ugovora sodni postopek ustavi, sodišče izreče za nepristojno, razveljavi v postopku opravljena dejanja in zavrže predlog za izvršbo. S tem določilom je novela ZIZ-J naposled opredelila, kako naj postopa upnik, ki želi zaradi določene terjatve sprožiti postopek IVL, zaradi tega pa se ne želi odpovedati pristojnosti arbitraže. Postopek IVL bo tako postal uporabljiv tudi za stranke, ki so sklenile arbitražni sporazum.

Upnik bo v primeru dolžnikovega ugovora in posledičnega zavrženja predloga za IVL v tem postopku neuspešen, zato bo ob smiselni uporabi prvega odstavka 154. člena ZPP<sup>11</sup> nasprotni stranki moral povrniti potrebne stroške. V tem delu je njegov položaj slabši od položaja upnika, ki se ni dogovoril za pristojnost

arbitraže, saj je v teh primerih tudi o stroških izvršilnega postopka odločeno v končni sodbi sodišča.

Z neuspešnim poskusom IVL mu bodo nastali stroški vložitve predloga za IVL, stroški sodne takse za predlog in stroški sestave ugovora dolžnika, v kolikor jih bo ta pravočasno priglasil. Sodna praksa se bo izrekla o tem, ali bo dolжник imel 15 dnevni rok za prigrasitev stroškov ob smiselni uporabi sedmega odstavka 163. člena ZPP, ali pa bo štela, da bi bil dolжник dolžan že v ugovoru zoper sklep o IVL uveljavljati tudi nastale stroške postopka v smislu tretjega odstavka 163. člena ZPP. Meniva, da bi bila v tem primeru bolj primerna uporaba določbe tretjega odstavka 163. člena ZPP, saj bo že iz predloga za IVL izhajalo, da v primeru dolžnikovega ugovora upnik ne želi pravde in bo v primeru ugovora sodišče izdalo sklep o ustavitvi postopka, nepristojnosti sodišča, razveljavitvi v postopku opravljenih dejanj in zavrženju predloga za izvršbo, in sicer brez poprejšnjega vsebinskega obravnavanja. Zaradi tega meniva, da v tem primeru dolжник ne bi upravičen do naknadnega 15 dnevnega roka po prejemu sklepa o ustavitvi postopka, saj bo že iz predloga za IVL jasno razvidno, da upnik uveljavlja pristojnost arbitraže in da meritornega odločanja (rednega) sodišča v zadevi ne želi.

Zaradi učinkov zavrženja predloga za IVL, ki ustvari stanje kot da predlog za IVL nikdar ni bil vložen, bo moral upnik poleg upoštevanja stroškov predloga za IVL ter morebitnih priglasenih stroškov dolžnikovega ugovora, ob vložitvi predloga natančno preveriti tudi zastaralni rok zahtevka in pred vložitvijo predloga preveriti, ali tudi po zavrženju predloga za IVL njegov zahtevek še ne bo zastaral. IVL je sicer hiter postopek, kljub temu pa se lahko zgodi, da bi zahtevek do zavrženja predloga za IVL že zastaral in zaradi tega njegovo ponovno uveljavljanje pred arbitražo več ne bi bilo uspešno. Uporaba določil o zastaranju bo sicer odvisna od materialnega prava, ki ga bosta stranki za postopek arbitraže izbrali.

Zaradi uzakonitve možnosti, da upnik v predlogu za IVL označi, da je v primeru dolžnikovega ugovora za razsojanje o sporu pristojna arbitraža, bo poslej tudi upnikom, ki imajo v pogodbah arbitražno klavzulo, omogočena učinkovita izterjava terjatev v postopku IVL ter hkratna ohranitev arbitražnega sporazuma v veljavi. Gre za enostavno rešitev pomembnega vprašanja, ki je v praksi arbitražni postopek zapletlo že pred

V skladu z novelo ZIZ-J pa bo upnik tisti, ki bo že v predlogu za IVL določil, da se v primeru dolžnikovega ugovora sodni postopek ustavi, sodišče izreče za nepristojno, razveljavi v postopku opravljena dejanja in zavrže predlog za izvršbo

Postopek IVL bo tako postal uporabljiv tudi za stranke, ki so sklenile arbitražni sporazum

<sup>10</sup> Lahne, N.: Še o arbitraži in izvršbi na podlagi verodostojne listine v praksi Stalne arbitraže, Slovenska arbitražna praksa, letnik II, št. 3, november 2013.

<sup>11</sup> Prvi odstavek 154. člena ZPP določa: "Stranka, ki v pravdi ne uspe, mora nasprotni stranki in njenemu intervenientu povrniti stroške."



Spremenjeni 41. člen ZIZ se bo v skladu s prehodno določbo v 83. členu novele ZIZ-J začel uporabljati šele, ko bodo zagotovljeni tehnični pogoji za njegovo izvajanje

Prav tako pa bo novi osmi odstavek, 41. člena ZIZ upnike ob vlaganju predloga za IVL morda spomnil na arbitražni sporazum iz temeljnega posla, na katerega so v preteklosti pri vlaganju predlogov za IVL pogosto pozabili

oblikovanjem arbitražnega senata in za stranke ter njihove pooblaščenice predstavljalo nepotrebno breme.

Rešitev je po najinem mnenju dobra, čeprav ni jasno, zakaj je zakonodajalec ni sprejel že prej. Prva javna opozorila strokovnjakov<sup>12</sup> nanj so bila v strokovni literaturi objavljena že v letu 2009 in zgolj ugibamo lahko, koliko upnikov je zaradi te pravne praznine izgubilo možnost, da o njihovem zahtevku odloči dogovorjena arbitraža.

Spremenjeni 41. člen ZIZ se bo v skladu s prehodno določbo v 83. členu novele ZIZ-J začel uporabljati šele, ko bodo zagotovljeni tehnični pogoji za njegovo izvajanje, zato zaenkrat sprememba, ki je predmet tega prispevka, v praksi še ni zaživela. Elektronski in pisni obrazci, na podlagi katerih se vlagajo predlogi za IVL, določitve arbitražne pristojnosti zaenkrat še ne omogočajo.

### Sklepno

Nov osmi odstavek 41. člena ZIZ bo dal upnikom, ki so se v temeljnem poslu z dolžnikom dogovorili za pristojnost arbitraže, enako možnost uporabe IVL v primeru neplačila določenih zapadlih terjatev kot jo imajo vsi drugi subjekti na trgu, in sicer ne da bi ob tem tvegali, da bo zaradi tega arbitražni sporazum izgubil veljavo. S tem bo odpadel eden od razlogov, zaradi katerih smo bili odvetniki, ki smo se v praksi že srečali z nekompatibilnostjo obeh postopkov, zadržani do arbitražnih klavzul.

Prav tako pa bo novi osmi odstavek, 41. člena ZIZ upnike ob vlaganju predloga za IVL morda spomnil na arbitražni sporazum iz temeljnega posla, na katerega so v preteklosti pri vlaganju predlogov za IVL pogosto pozabili.<sup>13</sup>

Še vedno pa bo glede stroškov postopka IVL upnik z dogovorjeno arbitražno klavzulo v slabšem položaju od upnika, ki se za arbitražo ne bo dogovoril. Če bo prišlo do zavrženja predloga za IVL, bo namreč v skladu z načelom upoštevanja uspeha v postopku stroške v celoti nosil sam.

12 Andree Prosenc, T.: Arbitražna klavzula? Ne hvala!, Odvetnik, 2009, št. 44.

13 Lahne, navedeno delo, str. 44-50.

# The Chinese Model in Integrating Mediation into Arbitration

## *Ideology and Practice*

Ying Zhao

Ying Zhao; Intern at the UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law); Master's Degree in International Commercial Law and International Institutional Law from Paris 1 Panthéon-Sorbonne University, France.

### Introduction

Mediation, as an alternative dispute resolution mechanism, has been accorded with unprecedented attention worldwide<sup>1</sup>, mostly attributable to its flexibility and efficiency. Such trend can also be reflected in UNCITRAL's endeavours on a possible international convention on enforcement of settlement agreements resulting from mediation.

This article explores the quest for a Chinese perspective on mediation, in particular its successful approach of integrating mediation into arbitration, with a highlight on practices that are culturally appropriate for the Chinese context in this regard. Meanwhile, as China is pacing up with its "making mediation a priority" policy in the field of civil and commercial disputes, it is also important to take note of the implication of current legal framework on mediation.

### History and Ideology of Mediation in China

China is widely recognized as the birthplace of mediation, the roots of mediation lie in its systems of social

organisation that go back into history and pre-history.<sup>2</sup> In early phase of its development, mediation could be conducted by any person in any non-official capacity. It was until the Qin dynasty (221 BC – 207 BC) that mediation has been regulated under a governance structure<sup>3</sup>. Within the following dynasties, mediation became a commonplace and gradually a two-track mediation system – private mediation along with court-annexed mediation – has been established in the Song dynasty (960-1279).

In fact, one may wonder what has propelled mediation in the Imperial China and furthermore, what was the reason why it has enjoyed such a success. Thus, it is opportune to reveal the Confucianism, the State philosophy in the Imperial era of China, as well as its impact on social and legal systems.

Confucius stresses the importance of *harmony*, for he deems that harmony is the ultimate goal of the human society. Even on occasions of conflicts, Confucianism believes that harmony can be better obtained by amicable and peaceful means, such as persuasion and

Mediation, as an alternative dispute resolution mechanism, has been accorded with unprecedented attention worldwide, mostly attributable to its flexibility and efficiency

Such trend can also be reflected in UNCITRAL's endeavours on a possible international convention on enforcement of settlement agreements resulting from mediation

<sup>1</sup> The United Nations General Assembly recognized that the use of conciliation "results in significant benefits, such as reducing the instances where a dispute leads to the termination of a commercial relationship, facilitating the administration of international transactions by commercial parties and producing savings in the administration of justice by States." See also *Resolution 57/18 of 19 November 2002*.

<sup>2</sup> While its origin remains hard to determine, folk stories in the Western Zhou dynasty (1046 BC – 771 BC) indicate that mediation has even appeared in the early stages of China's formation as a state.

<sup>3</sup> Hilmer, S.E.: *Mediation in the Peoples' Republic of China and Hong Kong (SAR)*, Eleven International Publishing, Netherlands, 2009, p. 8

The UNCITRAL has issued the Model Law on International Commercial Conciliation in 2002, but it has not been adopted by China

Generally speaking, mediation in Modern China is carried out in five different ways, as in People's Mediation, Administrative Mediation, Court-annexed Mediation, Institutional Mediation and Mediation in the arbitral proceedings

education, rather than aggressive ones like menaces and punishment.<sup>4</sup> In Chinese, mediation “调解 (tiaojie)” embraces the essence of Confucianism, as “调 (tiao)” means “harmonising” and “解 (jie)” stands for “solving”. Mediation itself is thus viewed as a way of re-achieving harmony when disputes arise.<sup>5</sup> For Chinese, mediation means so much more than a system, it is even appropriate to regard it as a spiritual pursuit.<sup>6</sup>

Moreover, under the ethics of Confucianism, the rules for social relationships between people are the subject of certain moral duties (礼); whereas the law (法) should be limited, for most of the time, to regulate criminal subjects. Accordingly, those who go to the court for dispute settlement were regarded as lacking the ability to regain harmony which means a “loss of face” and could even possibly lead to a bad reputation within the community.<sup>7</sup>

For the reasons mentioned above, mediation has been promoted by the government and the society all-together, because it englobes both harmonising character and informal procedures. As a matter of fact, mediation was the primary form of dispute resolution until the fall of Imperial China in 1911.<sup>8</sup>

Although the Republican era in China (1912 - 1949) has witnessed a decline of importance in mediation due to the willingness to align the Chinese legal system to Western standards, the doctrine of Mao Zedong made emphasis on reviving mediation as a better way to

resolve disputes, by firmly stating that “disputes among the people [as distinguished from those involving enemies of the people] ought to be resolved, whenever possible, by democratic methods, methods of discussion, of criticism, of persuasion and education, not by coercive, oppressive methods”.<sup>9</sup> Endorsed by the Supreme People's Court's principles of “Priority for Mediation and Combining Mediation with Judgment”, another tide involving the promotion of mediation on a large scale has taken place in 2010, following the Chinese Communist Party's new “harmonious society” political doctrine.

### Modern Mediation System

The UNCITRAL has issued the Model Law on International Commercial Conciliation in 2002, but it has not been adopted by China. Up till now, no uniformed legislation has been enacted in relation with the activities of mediation in general, but specific laws regulating People's Mediation and mediation within arbitral proceedings are well applied.

Generally speaking, mediation in Modern China is carried out in five different ways, as in People's Mediation, Administrative Mediation, Court-annexed Mediation, Institutional Mediation and Mediation in the arbitral proceedings.

### People's Mediation

After the foundation of the People's Republic of China in 1949, many People's Mediation Committees (人民调解委员会) were established in villages and cities, in accordance with the Maoist. The Constitution of 1982, in its Article 101, prescribes People's Mediation Committees as: “The residents' committee and villagers' committee established among urban and rural residents on the basis of their places of residence are mass organizations of self-management at the grass root level. The residents' and villagers' committee establish sub-committees for people's mediation, public security, public health and other matters in order to manage public affairs and social services in their areas, mediate civil disputes, help maintain public order and convey resident' opinion and demands, and make suggestions to the people's government”.

4 Hopt, K.J., Steffek, F.: Mediation Principles and Regulations in Comparative Perspective, Oxford University Press, Great Britain, 2013, p. 960.

5 Similar point of view can also be noted amongst Asian countries, such as Singapore. Mr. K. Shanmugam, Singapore Minister for Law and second Minister for Home affairs, commented in his key-note speech at the inaugural AMA Conference, that mediation should be spread as a method for peace-making. See also Liew C.: Chapter 23: Recent Developments in Mediation in East Asia in Arnold Ingen-Housz (ed), ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures II, Kluwer Law International 2010, pp. 515.

6 我国调解制度与西方ADR制度之比较分析 (A Comparative Study on Chinese Mediation and Western ADR Systems), available at: <http://adr.ccpit.org/typeinfo2.aspx?t1=19&t2=55&t3=0&id=375> (25.11.2014).

7 Another noteworthy aspect of Chinese culture is collectivist inclination and prevalence of face concerns. See also Lee, J. & Hwee, T. H. (eds): An Asian Perspective on Mediation, Singapore: Academy Publishing, Singapore, 2009, para. 3.30, 54.

8 Hopt, K. J., Steffek, F.: Mediation Principles and regulations in comparative perspective, Oxford University Press, Great Britain, 2013, p. 961.

9 Kaufmann-Kohler, G. : Integrating Mediation into Arbitration: why it works in China, Journal of International Arbitration, 2008, Vol. 25 Issue 4, pp. 479-492.



In 2010, the People's Mediation Law (PML) was promulgated and has entered into force since 1<sup>st</sup> January 2011. According to the PML, People's Mediation is conducted by the People's Mediation Committee to resolve civil disputes of the masses and the public.<sup>10</sup> People's Mediation applies to all kinds of civil disputes among citizens, juristic entities or other social organizations, unless the law provides otherwise or the case has been handled by the court, police department or any other administrative agency.<sup>11</sup> In practice, the majority of cases of People's Mediation are family, community and non-commercial disputes<sup>12</sup>. Also, a settlement agreement reached through People's Mediation enjoys the same legal effect as a court judgment and thus can be enforced directly and free of charge.

Statistic shows that, by the end of 2010, the number of People's Mediation Committee has reached more than 800 thousand national-wide, while the number of mediators working in People's mediation committee was of 4.7 million. Disputes settled through this system were of 8.4 million.<sup>13</sup> The significance of People's Mediation lies in the fact that it will continue to contribute greatly to the social stability, since the profound social and economic reform launched lately in China will generate emerging social conflicts.

### Administrative Mediation

Apart from People's Mediation Committees, certain administrative agency officials are also empowered to mediate specific cases in line with their lawful authority, these cases include certain civil disputes, commercial disputes, and certain slightly criminal disputes. The basic-level people's governments (i.e. in villages, townships, country-level cities and districts of cities) and the specific administrative agencies have the authority to conduct administrative mediation.<sup>14</sup>

### Court-annexed Mediation

The *Civil Procedure Law* of the People's Republic of China, as amended in 2012, accentuates on the importance of mediation by confirming the validity of mediation settlement agreement. In its Article 122, it is further set forth that "*unless refused by the parties, civil disputes brought to the People's Court that are suitable for mediation<sup>15</sup> should be mediated first*". Articles 85 to 91 of the *Civil Procedure Law* address the procedural process with respect to Court-annexed mediation. The emphasis of these articles is placed on voluntarism of parties to commence the mediation and to agree on a settlement agreement.<sup>16</sup>

It is shown that the rate of mediated civil disputes settled by People's Courts at first instance has increased from 30.3% in 2002 to 36.2 % in 2010.<sup>17</sup>

### Institutional Mediation

At the same time, institutional mediation is also thriving in China, functioning in a self-administering way in parallel to arbitration and litigation. Founded in 1987, the Mediation Centre of the China Council for the Promotion of International Trade / China Chamber of International Commerce (the Mediation Centre), *inter alia*, continues to be at the forefront of institutional mediation in China.<sup>18</sup> Centred in Beijing, the Mediation Centre has built up 42 sub-centres in China and has been cooperating with its counterparts from over ten countries in co-mediation operations and cooperation agreements. Up to now, the Mediation Centre has handled nearly ten thousand

Statistic shows that, by the end of 2010, the number of People's Mediation Committee has reached more than 800 thousand national-wide, while the number of mediators working in People's mediation committee was of 4.7 million

At the same time, institutional mediation is also thriving in China, functioning in a self-administering way in parallel to arbitration and litigation

10 Similar structure can be found in Singapore, under the system of Community Mediation Centers. Available at: <https://www.mlaw.gov.sg/content/mc/en.html> (25.11.2014).

11 Liang, J.Q.: The Enforcement of Mediation Settlement Agreements in China, 19 American Review of International Arbitration. 489, p. 4.

12 Liang, J.Q.: The Enforcement of Mediation Settlement Agreements in China, 19 American Review of International Arbitration. 489, p. 4.

13 何薇 (HE W.), 曾颖 (ZENG Y.), 非司法体系下的调解制度及实践 (Extra-judicial dispute resolution mechanisms and practices in China), 中国法律期刊, 2011, available at: <http://www.chinalawinsight.com/2011/10/articles/dispute-resolution/> (24.11.2014).

14 Liang, J. Q.: The Enforcement of Mediation Settlement Agreements in China, 19 American Review of International Arbitration. 489, p. 3.

15 Disputes that can be mediated within a litigation proceedings range from contractual, commercial, interpersonal to other civil disputes. It is widely used in most civil procedures, except for the special procedure, such as the procedure for filing for bankruptcy by a juristic entity or the procedure for hastening monetary recovery. See also Liang, J. Q.: The Enforcement of Mediation Settlement Agreements in China, 19 American Review of International Arbitration. 489, p. 6.

16 Hilmer, S. E.: Mediation in the Peoples' Republic of China and Hong Kong (SAR), Eleven International Publishing, Netherlands, 2009, p. 49.

17 Hopt, K. J., Steffek, F.: Mediation Principles and Regulations in Comparative Perspective, Oxford University Press, Great Britain, 2013, p. 999.

18 Liew, C.: Chapter 23: Recent Developments in Mediation in East Asia in Arnold Ingen-Housz (ed), ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures II, Kluwer Law International 2010, pp. 515 – 557.

In fact, for the Chinese model, unlike the practice in some other Asian countries, there is no delimitation between a mediation phase and an arbitration phase

On the other hand, the practice of integrating mediation into arbitral proceedings has firmly taken root in China, in a full-fledged way

cases, with a success rate higher than 70%, and parties involved from more than 50 countries and regions.<sup>19</sup>

### Integrating Mediation into Arbitration – the Chinese Model

As long as an international commercial dispute is involved, parties normally do not intend to initiate solely mediation procedures, for the reason that a settlement agreement resulting from mediation is not enforceable directly because of its contractual nature.<sup>20</sup> The common approach would then be combining mediation with arbitration, for example Article 27 of the Mediation Rules of the Mediation Centre states that any party can “... *apply to the China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) for arbitration ... (and) the sole arbitrator may, in a way he or she deems appropriate, conduct the arbitration procedures expeditiously and render an arbitral award following the content of the settlement agreement.*”

On the other hand, the practice of integrating mediation into arbitral proceedings has firmly taken root in China, in a full-fledged way. As concerned as lawyers with a common-law background may be, the combination of arbitration with mediation is regarded as a standard practice and even a cornerstone of Chinese arbitral institutions. It is also endorsed by Chinese legislation.<sup>21</sup> This section will delve into often-asked questions in connexion with such combination, mostly based on CIETAC’s perspective.

Prior to any specific provisions regarding mediation in its early stage, CIETAC attempted to empower its arbitral tribunals to mediate. Due to legal vacuum in relation to commercial arbitration before 1980, CIETAC pioneered in combining mediation with arbitration and found it suitable for cases submitted during that time. Since 1989, CIETAC Rules stipulated expressly and clearly that the arbitral tribunal can mediate in the arbitral proceedings, and in case a

settlement agreement is reached by parties *via* mediation procedure, the arbitral tribunal shall render an arbitral award in accordance with the contents of the latter. Article 45 of its latest Arbitration Rules (Rules 2012) regulates mediation within arbitral proceedings.

The most salient feature of this approach is its *flexibility* in terms of when to raise the idea of mediation during the arbitration and how to conduct the mediation. In fact, for the Chinese model, unlike the practice in some other Asian countries<sup>22</sup>, there is no delimitation between a mediation phase and an arbitration phase. Whilst the arbitration proceedings can be regarded as a main program, the mediation could be treated as a back-stage program<sup>23</sup> which assists the main program all along and can pop up whenever the administrator deems appropriate. Moreover, Chinese arbitrators, in a both cultural and legal favourable environment for mediation, are inclined to be very active in propelling mediation throughout the arbitration. Few if any jurisdictions outside China can boast a similar level of fluidity in this approach, and the Chinese model represents, therefore, the most complete integration of mediation into arbitration.<sup>24</sup>

According to the *Arbitration Law* and the CIETAC Rules (2012), either the parties or the arbitral tribunal can raise the idea of mediation, prior to or after the commencement of the arbitration proceedings. It is noteworthy that mediation proposals can be raised several times as long as the arbitral proceedings are still on-going. Normally, Chinese arbitrators make the first mediation proposal at the hearing after the parties’ oral statements of facts.<sup>25</sup> The reason for that is because

19 <http://adr.ccpit.org/english/typeinfo.aspx?t1=117&t2=123> (25.11.2014).

20 UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliations with Guide to Enactment, para. 89.

21 Articles 49 and 51 of the *Arbitration Law of PRC*. The Chinese arbitration can be featured as “mediation-oriented”, see also van den Berg, J. A., *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ICCA Congress Series, 2004 Beijing Volume 12, pp. 27-46.

22 In South Korea and Indonesia, an arbitrator only attempts to mediate at the outset of the arbitration, or if the parties agree to mediate during the course of arbitral proceedings, the arbitrator will suspend the arbitration during the period that mediation is attempted.

23 吴俊 (Wu J.), 中国商事调解制度研究综述 (1996-2011) (Synthesized Study on Chinese Commercial Mediation), available at : <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=60869> (25.11.2014).

24 Kaufmann-Kohler, G.: Integrating Mediation into Arbitration: why it works in China, *Journal of International Arbitration*, 2008, Vol. 25 Issue 4, pp. 479-492; see also The Combination of Conciliation with Arbitration in the People’s Republic of China, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2007, Volume 24 Issue 6, pp. 623-633.

25 Approximately, 80% of the attempt to mediate is raised at this stage of arbitral proceedings. See Moser, M. J. and Yu, J. L.: CIETAC and its Work — An Interview with Vice Chairman Yu Jianlong, *Journal of International Arbitration*, 2007, Volume 24 Issue 6, pp. 555 – 564.

Chinese arbitrators believe that parties are more willing to mediate the moment they weight their weaknesses and strengths in arguments over that of the other party after the first hearing. Another common practice is to attempt the mediation after the completion of parties' written submissions. At this stage, issues in the dispute would be revealed and certain core issues can therefore be narrowed down.<sup>26</sup> In an effort to encourage parties to mediate, arbitrators would always seek other appropriate moments to raise mediation proposals, provided that they deem there would be a better opportunity to narrow the differences or even bridge them. Based on general observations, Chinese parties are more willing to accept the mediation proposal whilst foreign parties, usually well prepared on arguments, seem to be less enthusiastic about the proposal.<sup>27</sup>

As to the method in which the arbitrator-turned-mediator conducts the mediation, both the *Arbitration Law* and the CIETAC Rules remain silent on that aspect. However, in reality, Chinese arbitrators do not hesitate to meet with the parties privately. Influenced by the cultural aspects mentioned in the first section, Chinese parties will try their best to avoid "face-to-face" conflict and it is natural that during mediation, they are more comfortable to express their views to the mediator in a "back-to-back" way, which is not common in Western society.<sup>28</sup>

Although the individual style of each mediator varies widely in techniques and practices of conducting the mediation, the current protocol at CIETAC is to follow a facilitative mode in the mediation, for the purpose to keep arbitrators/mediators as neutral as possible in and after the mediation.<sup>29</sup> During the caucusing, the mediator would ask for each party's bottom line separately and evaluate the possibility to reach an amicable settlement on the basis of the differences at hand. In the one hand, the mediator will make an endeavour

to narrow the core difference, whereas in the other hand, in case the difference is too considerable for the moment, he will terminate the mediation proceedings and brings back the arbitration ones. This approach is also known as the "reality-check"<sup>30</sup> which leads parties to reconsider its case on its merits and thereby increase the possibility that they reach a settlement. Meanwhile, Chinese arbitrators all seem to be quite prudent not to express their opinions on the merits to the parties under the Ethical Code<sup>31</sup>. However, they sometimes indicate to the parties the strengths or weaknesses of their respective positions in order to draw the parties' positions closer together.

In line with CIETAC's practice, arbitrators will not make a concrete settlement proposal before the facts in the case are almost entirely clear and the parties know their relative positions. Usually a concrete settlement proposal is made at the last stage of mediation when the gap between the parties has been narrowed down as much as possible.<sup>32</sup> If an arbitrator does make a settlement proposal, it may be specific and state amounts to be paid and actions to be taken, or more frequently provide a range of numbers within which he or she suggests the final solution should lie. On certain occasions, the arbitrator may also propose "think-out-of-the-box" solutions such as a business arrangement, so as to engage the parties to compromise and continue their business relationship.

In the context of commercial mediation, the crisis of trust and a negative business ethic pose a threat to the enforcement of settlement agreement.<sup>33</sup> Thus, in respect with the potential difficulty that parties are likely to encounter in terms of the enforcement, the most common practice would be for the parties to "... *request the arbitral tribunal to render an arbitral award or a conciliation statement in accordance with the terms of the settlement agreement.*"<sup>34</sup> In this way, the settlement

Chinese arbitrators believe that parties are more willing to mediate the moment they weight their weaknesses and strengths in arguments over that of the other party after the first hearing

In the context of commercial mediation, the crisis of trust and a negative business ethic pose a threat to the enforcement of settlement agreement

26 Kaufmann-Kohler, G.: Integrating Mediation into Arbitration: why it works in China, *Journal of International Arbitration*, 2008, Vol. 25 Issue 4, pp. 479-492.

27 The Combination of Conciliation with Arbitration in the People's Republic of China, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2007, Volume 24 Issue 6, pp. 623-633.

28 Wang, C. J.: *Mediation in Asia-Pacific A Practical Guide to Mediation and its Impact on Legal Systems*, CCH Hong Kong Limited, Hong Kong (SAR). 2013, p. 136.

29 The Combination of Conciliation with Arbitration in the People's Republic of China, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2007, Volume 24 Issue 6, pp. 623-633.

30 Kaufmann-Kohler, G.: Integrating Mediation into Arbitration: why it works in China, *Journal of International Arbitration*, 2008, Vol. 25 Issue 4, pp. 479-492.

31 Article 13 of CEITAC Ethical Rules for Arbitrators (1993), available at: [http://www.trans-lex.org/forum/ceitac-ethical-rules-for-arbitrators\\_TID48/](http://www.trans-lex.org/forum/ceitac-ethical-rules-for-arbitrators_TID48/) (25.11.2014)

32 Kaufmann-Kohler, G.: Integrating Mediation into Arbitration: why it works in China, *Journal of International Arbitration*, 2008, Vol. 25 Issue 4, pp. 479-492.

33 Magnier, M.: A Crisis of Trust Takes A Toll on Chinese Society, *Los Angeles Times*, September 24, 2006, at A10.

34 Article 45.5 of CIETAC's Arbitration Rules 2012.



agreement can therefore be enforced as an arbitral award in accordance with the New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958.

### Advantages and Concerns of the Chinese Model

Statistic shows that around ten percent of disputes submitted to CIETAC have been settled via Med-Arb approach.<sup>35</sup> Apparently, as outlined above, practical experience indicates that there are absolutely outstanding advantages that can serve to the benefit of parties, such as time and cost effectiveness, increased likelihood of successful result *via* mediation, guaranteed enforcement by rendering an arbitral award after the issuance of the settlement agreement, and diverse approaches to continue commercial relationship beyond the dispute. Besides, in the context of the Chinese culture, even in the phase of the appointment of arbitrator, parties tend to choose an arbitrator with whom they probably have already built “trust”<sup>36</sup> to some extent. This cultural influence leads to a common recognition among Chinese parties that in the event mediation was not successful, *“the mediator is the best person to be appointed as an arbitrator just because he knows everything of the case.”*<sup>37</sup>

The other side of the coin clearly shows concerns, especially those on the natural justice as well as on the impartiality of the mediator-turned-arbitrator. With respect to the natural justice concerns, parties can argue on it for information that is not fully-disclosed to them during the caucus engaging the other party and the mediator. However, some Chinese scholars came up with the suggestion that parties can address this issue by reaching an agreement which states that information from one party will be fully disclosed to the other party immediately or, at least, when the mediation is

terminated.<sup>38</sup> As to the problem of the impartiality<sup>39</sup>, UNCITRAL suggests that *“Unless otherwise agreed by the parties, the conciliator shall not act as an arbitrator in respect of a dispute that was or is the subject of the conciliation proceedings or in respect of another dispute that has arisen from the same contract or legal relationship or any related contract or legal relationship.”*<sup>40</sup> For China, initiatives have already been taken in order to reassure the impartiality of the arbitrator after mediation proceedings. For example, Article 26 of the Mediation Rules (as amended in 2008) of Beijing Arbitration Commission (BAC) provides: *“the mediator may not act as an arbitrator, judge or as one party's representative in the subsequent arbitration or litigation proceedings, unless the parties agree otherwise”*. It can thus be seen as a step forward for the Chinese model to embrace international standards and practices of neighbouring Asian jurisdictions, such as Hong Kong SAR, Malaysia and Singapore.<sup>41</sup>

### Conclusion

The Chinese Mediation system, based on a different ideology, keeps a number of notable features such as relatively large flexibility, and will continue to inculcate the mediation culture in China. Undoubtedly, it is advisable that parties and other stakeholders take both cultural and practical aspects into consideration when they are engaged in a commercial relationship with a Chinese counterpart.

Unique and also un-copy able, the Chinese model in integrating mediation into arbitration has enjoyed so far a glorious success. Against the backdrop of these experiences, the Chinese model continues to evolve so as to better meet with various needs in the context of a globalized legal and commercial environment. However, the core message that the Chinese model conveys remains the same, and that is – *always in search for harmony and see beyond conflicts*.

Unique and also un-copy able, the Chinese model in integrating mediation into arbitration has enjoyed so far a glorious success. Against the backdrop of these experiences, the Chinese model continues to evolve so as to better meet with various needs in the context of a globalized legal and commercial environment

35 Song, L.: National Report for China (2014) in Jan Paulsson (ed), International Handbook on Commercial Arbitration, Supplement No. 80, July 2014, pp. P.R. China – 1 - P.R. China – 65.

36 “Trust”, in this regard, is based on two factors: the reputation of the arbitrator and the previous relationship (关系 *guanxi*) between the arbitrator and the disputants. See also Wang, C. J.; Mediation in Asia-Pacific, A Practical Guide to Mediation and its Impact on Legal Systems, CCH Hong Kong Limited, Hong Kong (SAR), 2013, p. 137; 谁动了中国商事调解的奶酪 (Who has Moved the Cheese of Commercial Mediation in China), available at: [http://www.ccpit.org/Contents/Channel\\_3387/2014/0918/418967/content\\_418967.htm](http://www.ccpit.org/Contents/Channel_3387/2014/0918/418967/content_418967.htm) (25/11/2014).

37 Tang, H. Z.; Combination of Arbitration with Conciliation: Arb/Med, in New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond, ICCA Congress Series No. 12, 2005, p. 13.

38 Tang, H. Z.: Mediation in Asia-Pacific, A Practical Guide to Mediation and its Impact on Legal Systems, CCH Hong Kong Limited, Hong Kong (SAR), 2013, p. 124.

39 Wagoner, D. E.; A Breath of Fresh Air in Chinese Dispute Resolution, ASA Bulletin, 2006, Volume 24 Issue 1, pp. 26 – 39.

40 Article 12 of UNCITRAL Model Law On International Commercial Conciliation (2002).

41 Liew, C., Chapter 23: Recent Developments in Mediation in East Asia in Arnold Ingen-Housz (ed), ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures II, Kluwer Law International 2010, pp. 515 – 557.

## Priložnosti arbitražnega reševanja sporov v postopkih privatizacije podjetij v državni lasti

Matjaž Ulčar, dr. Maja Menard\*

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

dr. Maja Menard, avokat v Odvetniški pisarni Ulčar & partnerji. Po diplomi cum laude na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani (2000) je magistrirala iz mednarodnega prava in prava ekonomskih odnosov EU na Univerzi Paris X (2001), kjer je tudi doktorirala z doktorsko disertacijo na temo dejavnosti iure gestionis v mednarodnem pravu in opravila francoski odvetniški izpit (2005). Po 4 letih v pariški pisarni odvetniške družbe Cleary Gottlieb Steen & Hamilton od leta 2010 dela v Odvetniški pisarni Ulčar & Partnerji. Poleg pomembnih izkušenj na področju mednarodnega reševanja gospodarskih sporov, zlasti arbitraže, je avtorica strokovnih publikacij s področja mednarodnega prava in arbiter na listi Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije. E-mail: maja.menard@ulcar-op.si

### Uvodno

Kljub tradicionalni nenaklonjenosti držav kot suverenih subjektov arbitražnemu (transnacionalnemu) reševanju sporov – tudi v komercialnih sporih – je arbitraža, zaradi številnih prednosti v primerjavi s sodnim reševanjem sporov, vse bolj sprejemljiva tudi zanje. Na področju združitve in prevzemov in posledično v privatizacijskih transakcijah so takšne prednosti očitne zlasti v mednarodnem merilu, saj predstavlja arbitraža nevtralen forum, v okviru katerega nima nobena stranka “nacionalne” prednosti. Podobno je prednost arbitražnega reševanja morebitnih sporov (zaradi uporabe tujih jezikov, zlasti angleškega, v mednarodnih transakcijah in z njimi povezani dokumentaciji) tudi prosta izbira jezika postopka, s čimer se stranke izognejo dodatnim stroškom in zamudam zaradi prevajanja relevantnih dokumentov v uradni jezik nacionalnega sodišča.

Še pomembneje je, da nacionalna sodišča pogosto niso dovolj strokovno usposobljena za učinkovito reševanje kompleksnejših sporov, ki lahko nastanejo v

okviru privatizacijskih transakcij. Nasprotno pa lahko stranki za reševanje spora v arbitražnem postopku izbereta arbitre izmed ustreznih strokovnjakov, ki, drugače kot večina sodnikov, razpolagajo z znanjem in izkušnjami s področja takšnih transakcij, pogosto pa tudi z ustreznimi ekonomskimi in finančnimi znanji ter izkušnjami. Stranke v arbitražnem postopku imajo možnost določiti pravo, ki naj se uporablja za reševanje njihovega spora. Poleg tega je pri reševanju sporov v zvezi z združitvami in prevzemi izredno pomembna tudi v arbitražnem postopku (praviloma) zagotovljena zaupnost, kar velja tudi za privatizacijske transakcije.

Končno se arbitražni postopek za razliko od drugih načinov izvensodnega reševanja sporov, zaključí z izvršljivo odločbo. Večina arbitražnih odločb je predmet prostovoljne izvršitve,<sup>1</sup> v nasprotnem primeru pa je izvršitev arbitražnih odločb, zlasti v državah pogodbenicah newyorške konvencije o priznanju in izvršitvi

Kljub tradicionalni nenaklonjenosti držav kot suverenih subjektov arbitražnemu (transnacionalnemu) reševanju sporov – tudi v komercialnih sporih – je arbitraža, zaradi številnih prednosti v primerjavi s sodnim reševanjem sporov, vse bolj sprejemljiva tudi zanje

\* Avtorja se za pomoč pri pripravi članka zahvaljujeta sodelavkama Gloriji Dominko in Nini Čuden.

<sup>1</sup> Blackaby, N. *et al.*; Redfern and Hunter on International Arbitration (2009), str. 622.

Nacionalna sodišča pogosto niso dovolj strokovno usposobljena za učinkovito reševanje kompleksnejših sporov, ki lahko nastanejo v okviru privatizacijskih transakcij

Transakcije v privatizacijskem kontekstu so v vseh fazah, tudi v fazi reševanja sporov (arbitraže), pogojene s političnim konsenzom in izpolnitvijo formalnih pogojev, zlasti s sprejemom potrebnih predpisov

Zlasti zahteva po transparentnosti v praviloma zaupnem arbitražnem postopku z državnimi subjekti zahteva iskanje določenega precej delikatnega ravnotežja

tujih arbitražnih odločb,<sup>2</sup> enostavnejša in učinkovitejša kot izvršitev tujih odločb nacionalnih sodišč.

Arbitraža zaradi navedenih prednosti učinkuje nekonfliktno in strankam v večini primerov omogoča nadaljevanje poslovnega odnosa kljub nastanku spora, posledično pa se vse pogostejše uveljavlja kot najučinkovitejši način reševanja sporov tudi v privatizacijskem kontekstu in v zadnjem času tudi v Sloveniji.

### Priložnosti za arbitražo po fazah privatizacijskega postopka

Transakcije v privatizacijskem kontekstu so v vseh fazah, tudi v fazi reševanja sporov (arbitraže), pogojene s političnim konsenzom in izpolnitvijo formalnih pogojev, zlasti s sprejemom potrebnih predpisov (zakonskih, podzakonskih, strateških itd.) ter pridobitvijo posebnih soglasij in odobritev za posamezne dejavnosti v okviru privatizacijskih transakcij. Hkrati pa možnost arbitraže kot sporazumnega načina reševanja sporov tudi v privatizacijskem kontekstu temelji na soglasju strank, bodisi v obliki arbitražne klavzule v določenem pogodbenem dokumentu, bodisi v obliki specialnega izrecnega dogovora o arbitraži (kompromisa) za konkreten spor. V okviru privatizacijske arbitraže predstavlja kombinacija obeh elementov poseben izziv, saj lahko politični konsenz ter pridobivanje in veljavnost potrebnih soglasij krojita usodo in določata dinamiko same privatizacijske transakcije kot tudi arbitražnega postopka.

Delovanje državnih institucij je na splošno podrejeno zahtevam transparentnosti in nediskriminatornosti, tako v okviru administrativno-organizacijskega delovanja državnega ustroja ter zagotavljanja potrebnega hierarhičnega nadzora, kot tudi v razmerju do javnosti. Omenjeni zahtevi sta seveda relevantni tudi v privatizacijskem kontekstu, v državah članicah Evropske unije pa še dodatno poudarjeni v okviru pravil o državnih pomočeh, ki zahtevajo prodajo državnih deležev v konkurenčnem, odprtem, transparentnem in brez-pogojnem postopku.<sup>3</sup> Zlasti zahteva po transparent-

nosti v praviloma zaupnem arbitražnem postopku z državnimi subjekti zahteva iskanje določenega precej delikatnega ravnotežja.

V privatizacijskih transakcijah lahko načeloma prihaja do enakih vrst sporov kot v zasebnih prevzemnih oziroma združitvenih transakcijah,<sup>4</sup> zato so tudi priložnosti za arbitražno reševanje teh sporov enako pomembne.

### Spori pred podpisom prodajne pogodbe

V praksi so spori pred podpisom prodajne pogodbe v prevzemni transakciji relativno redki; najpogostejše nastanejo v zvezi z odstopom ene stranke od pogajanj oziroma z nepoštenimi pogajanjmi. Do takšnih sporov lahko v privatizaciji na strani prodajalcev pride zlasti zaradi spremembe politične volje glede prodaje, po arbitražni poti pa jih je mogoče reševati le v primeru sklenitve arbitražnega sporazuma za konkreten spor.

V tej fazi transakcij so spori lahko tudi posledica kršitve določenih klavzul v pogodbenih dokumentih in dogovorih, ki jih stranke sklenejo pred podpisom prodajne pogodbe (npr. pisma o nameri, sporazumi o soglasju itd.), pa tudi v zvezi s skrbnim pregledom družbe, ki je predmet privatizacije. Takšni spori so zlasti povezani z zaupnostjo in ekskluzivnostjo ter s pogoji ali obveznostmi posredovanja dokumentacije in podatkov v določenem času.<sup>5</sup> S takšnimi primeri se v pogodbeni dokumentaciji vse pogostejše srečujemo z arbitražnimi klavzulami tudi v privatizacijskem kontekstu.

### Spori od podpisa prodajne pogodbe do zaključka

Od podpisa prodajne pogodbe do zaključka, pogojenega z izpolnitvijo različnih odločnih pogojev, ki sledijo različnim dejanjem v sklopu prevzemne oziroma združitvene transakcije, lahko nastane med strankami vrsta sporov, ki jih je mogoče učinkovito rešiti v arbitražnem postopku, tudi v privatizacijskih transakcijah.<sup>6</sup> Kot že omenjeno, se lahko pri privatizacijskih

v skladu s pravili o državnih pomočeh Komisije iz leta 2012 (COM swd (2012) 14 final).

4 Gl. članek Davida Premelča v tej publikaciji.

5 Gl. npr. Díaz, S.: Pre-signing disputes, v: Arbitration of M&A Transactions, A Practical Global Guide (Gomer Press, 2014), str. 322.

6 Broichmann, A.: Disputes in the fast lane: Fast-track arbitration in merger and acquisition disputes, International Arbitration Law Review, 2008, št. 4, str. 148-149; Fourret, J., Mourre, A.: Pre-closing disputes, v: Arbitration of M&A Transactions, A Practical Global Guide (Gomer Press, 2014), str. 311-317.

2 Konvencijo iz leta 1958 je doslej ratificiralo 153 držav, vključno s SFRJ leta 1981 (Ur. l. SFRJ-MP, št. 11/81), Slovenija pa je notificirala nasledstvo leta 1992 (Akt o notifikaciji nasledstva glede konvencij Organizacije Združenih narodov in konvencij sprejetih v Mednarodni agenciji za atomsko energijo, Ur. l. RS-MP, št. 9/92, 9/93, 5/99, 9/08, 13/11).

3 Gl. npr. Smernice Evropske komisije za privatizacijo, objavljene leta 1993 v XXIII. Poročilu o politiki konkurence; Dokument o smernicah za financiranje, prestrukturiranje in privatizacijo podjetij v državnih lasti



transakcijah kot problematično izkaže zlasti vprašanje potrebnih soglasij oziroma odobritev za zagotovitev izpolnitve pogojev za zaključek, predvsem glede izvedbe formalnosti za zaključni mehanizem.

Spori lahko v tej fazi nastanejo zlasti v zvezi s pridobitvijo potrebnih odločb s strani regulatornih, konkurenčnih organov, pa tudi dovoljenj za opravljanje dejavnosti na reguliranih trgih (npr. bančništvo, telekomunikacije, aeronavtika, itd.). V tem smislu pride v privatizacijskih transakcijah do izraza predvsem heterogenost državnih akterjev, saj je transakcija, ki jo vodi določeni državni organ, odvisna od izpolnitve odložnega pogoja v pristojnosti regulatornega, t.j. drugega državnega organa. V tem delu prihaja tudi do pomembnih prekrivanj možnosti arbitražnega reševanja sporov s pogosto izključno pristojnostjo nacionalnih sodišč.

Podobno kot v zasebnih transakcijah je pomembno področje, na katerem pogosto prihaja do sporov, ki jih je mogoče učinkovito reševati po arbitražni poti, potrditev zagotovil in jamstev. V privatizacijskih transakcijah je treba upoštevati, da imajo državni prodajalci najpogostejše drugačen pristop do zagotovil in jamstev, ki so jih pripravljene dati v okviru prodaje določenega kapitalskega deleža, kot zasebni prodajalci, saj v večini primerov zasledujejo cilj t.im. "čistega izhoda" (ang. *clean exit*) in so zato kupcu pripravljene dati le malo ali celo nobenih zagotovil in jamstev.

Tudi v zvezi z izpolnitvijo posebnih zavez in pogojev tako v zasebnih kot tudi v privatizacijskih poslih lahko nastajajo spori, primerni za predložitev v reševanje arbitraži. Navedeno velja za finančne zaveze, kot so pridobitev posojil ali drugih oblik financiranja, jamstev za financiranje ali za prestrukturiranje družbe pred zaključkom. Še pomembnejše pa so v privatizacijskem kontekstu nefinančne zaveze, ki jih sprejme kupec: v tem okviru pride do izraza suvereni značaj državnih prodajalcev, saj je treba v okviru nefinančnih zavez, kolikor je le mogoče, upoštevati zlasti socialne cilje, hkrati pa lahko naložitev prevelikega bremena v tem kontekstu predstavlja nedovoljeno državno pomoč, če je ukrep mogoče opredeliti kot določeno prednost za kupca ali družbo ali siceršnje odpoved delu finančne koristi od prodaje deleža v družbi s strani državnih prodajalcev.<sup>7</sup>

V tej fazi privatizacije lahko, podobno kot v zasebnih transakcijah, do sporov, ki jih je mogoče učinkovito reševati po arbitražni poti, pride tudi glede prilagajanja končne prodajne cene in zaključnega računa<sup>8</sup> ter v zvezi s potrditvijo, da ni prišlo do bistvene neugodne spremembe (t. im. *material adverse change* – *MAC*), torej dogodka, ki pomeni bistveno neugodno spremembo finančnega položaja, premoženja, obveznosti ali poslovnih rezultatov družbe kot celote, ki bistveno zmanjša vrednost družbe za kupca.<sup>9</sup> V tem smislu se v privatizacijskih poslih pogosto odraža pasivna vloga države kot delničarja v primerjavi s tipičnimi zasebnimi delničarji in posledična odsotnost (možnosti) vplivanja državnih delničarjev – prodajalcev na ravnanje družbe. Podobno velja tudi za spore v zvezi s samim mehanizmom zaključka, t.j. formalnosti, potrebnih za izvedbo zaključka, kot so skupščine delničarjev in seje uprave in/ali nadzornega sveta, pri čemer je tudi v tej fazi pomembna zlasti politična volja za izvedbo potrebnih dejavnosti za zaključek ter formalni pogoji (soglasja in odobritev) za takšne dejavnosti.

### Spori po zaključku

Podobno kot v zasebnih transakcijah, tudi v privatizacijskem kontekstu spori v tej fazi lahko nastanejo v prvi vrsti zaradi uveljavljanja zagotovil in jamstev prodajalca, najpogostejše glede lastništva poslovnih deležev in potencialnih zahtevkov tretjih oseb v zvezi z lastništvom delnic, okoljskimi tveganji ter obveznostmi iz delovnih razmerij.<sup>10</sup> A je, za razliko od zasebnih transakcij, potencial za spore glede zagotovil in jamstev v privatizacijskem kontekstu praviloma omejen, zaradi majhnega obsega zagotovil in jamstev, ki so ga državni prodajalci običajno pripravljene dati.

Podobno kot v zasebnih transakcijah je pomembno področje, na katerem pogosto prihaja do sporov, ki jih je mogoče učinkovito reševati po arbitražni poti, potrditev zagotovil in jamstev

Ur. l. EU št. L 263 (2008), str. 5, 41. odstavek, in *Automobile Craiova*, odločba Evropske komisije z dne 27. 2. 2008, Ur. l. EU št. L 239 (2008), str. 12, 54. odstavek.

- 8 Stilwell, M.: Price adjustment and closing account disputes, v: *Arbitration of M&A Transactions, A Practical Global Guide* (Gomer Press, 2014), str. 351-367; A. Broichmann, Disputes in the fast lane: Fast-track arbitration in merger and acquisition disputes, *International Arbitration Law Review*, 2008, št. 4, str. 149-151.
- 9 Fouret, J., Mourre, A.: Pre-closing disputes, v: *Arbitration of M&A Transactions, A Practical Global Guide* (Gomer Press, 2014), str. 316.
- 10 Núñez-Lagos, C.: Claims for breach of indemnities, v: *Arbitration of M&A Transactions, A Practical Global Guide* (Gomer Press, 2014), str. 343-350; Welser, I.: M&A Post closing Issues: Arbitration and Third Party Joinder, v: *Lewiatan Court of Arbitration, Dispute resolution in M&A Contracts*, konferenca, 13.-14. 5. 2010, str. 3-4.

7 Gl. npr. zadevi *Tractorul*, odločba Evropske komisije z dne 2. 4. 2008,

Drugo področje, na katerem po zaključku lahko pride do sporov, ki jih je mogoče učinkovito reševati po arbitražni poti, tudi v privatizacijskih poslih, pa so povezane pogodbe, zlasti tiste, ki se nanašajo na urejanje razmerij med delničarji, ali na določene finančne transakcije.<sup>11</sup>

### Posebnosti arbitraže z državnimi subjekti

V zvezi z arbitražnim reševanjem sporov, ki izvirajo iz privatizacijskih transakcij, se lahko že v preliminar- ni fazi pokaže prva posebnost sodelovanja državnih subjektov v takšnem postopku: v primeru, kadar se arbitražni postopek ne vodi na podlagi pogodbene arbitražne klavzule, temveč na podlagi posebnega kompromisa za konkreten spor, se lahko pojavi vprašanje arbitrabilnosti spora. Državni akterji so lahko pri sklepanju arbitražnih klavzul oziroma kompromisov bolj ali manj omejeni glede predmeta spora, ki ga lahko predložijo v reševanje arbitraži, saj so v številnih pravnih sistemih določena področja izključena iz arbitražnega reševanja. Slovenski Zakon o arbitraži<sup>12</sup> določa, da je lahko predmet arbitražnega sporazuma vsak premoženskopравни zahtevek, drugi zahtevki pa samo, če se stranke glede zahtevka lahko poravnajo. V takšnih okvirih je v sporih, ki utegnejo nastati v privatizacijskih transakcijah v Sloveniji, velika večina zahtevkov lahko predmet arbitražnega reševanja.<sup>13</sup>

V arbitražnem postopku bo pomembno vlogo igrala heterogenost akterjev na državni strani, saj zaradi kompleksnosti državno-upravne organizacijske strukture in relevantnih notranje-pravnih predpisov državo v privatizacijskih postopkih praviloma zastopajo drugi subjekti kot v postopkih reševanja sporov. Navedeno velja še zlasti v pravnih redih, kjer je po splošnih predpisih pristojnost za zastopanje državnih interesov dodeljena posebnim organom, kot je državno

pravobranilstvo.<sup>14</sup> S tega vidika bo zelo pomembna koordinacija med deležniki na državni strani, v kontekstu dolgotrajnejših postopkov pa lahko določeno vlogo odigrajo tudi spremembe teh deležnikov.

Tudi v arbitražnem postopku, tako kot v sami transakciji, bo treba v sporih, povezanih s privatizacijo, ves čas iskati ravnotežje med tradicionalno zaupnostjo arbitražnega postopka ter posebnimi zahtevami za transparentnost na strani državnih akterjev.

Končno bo dvojna suvereno-poslovna narava državnih prodajalcev prišla do izraza tudi – in najpomembneje – v fazi izvršitve arbitražne odločbe. Skladno s splošnimi načeli bo za izvršbo v primeru arbitražne odločbe na škodo države na voljo le državno premoženje, namenjeno za poslovne dejavnosti. Izvršitev arbitražne odločbe je mogoče zahtevati le na premoženju, ki služi “komercialnim/poslovnim” ciljem, medtem ko je suvereno premoženje zaščiteno z imuniteto države (in/ali diplomatsko oziroma konzularno imuniteto).<sup>15</sup> Narava premoženja se presoja v trenutku sprejetja odločbe o priznanju in izvršitvi tuje odločbe, in sicer po *lex fori*. Kot premoženje, ki služi suverenim ciljem, se šteje vsako premoženje, katerega tuja država uporabi s ciljem izvrševanja svoje suverene oblasti in dolžnosti.<sup>16</sup>

### Arbitraža na podlagi investicijskih sporazumov

Poleg obravnavanih pogodbenih možnosti arbitraže v privatizacijskih transakcijah se priložnosti za arbitražno reševanje sporov kažejo tudi na področju t.im. investicijske arbitraže. Meddržavni sporazumi o spodbujanju in zaščiti naložb (investicijski sporazumi) zagotavljajo nevtralnno in učinkovito zaščito tujih naložb pred nedovoljenimi posegi držav, ki vključuje tudi

Slovenski Zakon o arbitraži določa, da je lahko predmet arbitražnega sporazuma vsak premoženskopравни zahtevek, drugi zahtevki pa samo, če se stranke glede zahtevka lahko poravnajo. V takšnih okvirih je v sporih, ki utegnejo nastati v privatizacijskih transakcijah v Sloveniji, velika večina zahtevkov lahko predmet arbitražnega reševanja

Poleg obravnavanih pogodbenih možnosti arbitraže v privatizacijskih transakcijah se priložnosti za arbitražno reševanje sporov kažejo tudi na področju t.im. investicijske arbitraže

11 Broichmann, A.: Disputes in the fast lane: Fast-track arbitration in merger and acquisition disputes, International Arbitration Law Review, 2008, št. 4, str. 151-152; D'Cruz, R.: Disputes Arising from shareholder agreements, v: Arbitration of M&A Transactions, A Practical Global Guide (Gomer Press, 2014), str. 379-389.

12 Ur. l. RS, št. 45/08, 4. člen.

13 Prim. ureditev v Ruski federaciji, kjer zavzemajo sodišča na podlagi zelo široke razlage obsega “državnih pogodb” oziroma “izvajanja javnih funkcij”, ki po ruskem pravu ne morejo biti predmet arbitražnega reševanja, zelo restriktivno stališče glede možnosti za arbitražo v razmerjih z državnimi akterji: gl. npr. Prezidijski Vrhovnega trgovinskega sodišča Ruske federacije, *State Establishment Proizvodstvenno-Tekhnicheskoe Ob'edinenie Kapitalnogo Remonta i Stroitelstva ... proti LLC Arbatstroy*, zadeva št. A40-148581/12, odločba št. 11535/13 z dne 28. 1. 2014.

14 V Republiki Sloveniji Zakon o državnem pravobranilstvu (Ur. l. RS, št. 20/97 s spremembami, 1. in 7. člen) praviloma omejuje pristojnost pravobranilstva za zastopanje države na sodne in upravne postopke; v Republiki Hrvaški pa ima Državno odvjetništvo širšo pristojnost, saj zastopa državo v vseh postopkih za zaščito premoženskih pravic in interesov države pred sodišči, upravnimi in drugimi organi (Narodne Novine RH, št. 76/09 s sprem., 2. in 30. člen), torej tudi v arbitražnih postopkih.

15 Gl. npr. 19.(c) člen Konvencije Združenih Narodov o sodni imuniteti držav in njihovega premoženja (2004, še ni v veljavi).

16 Gl. npr. Dickinson, A., Lindsay, R., Loonam, J. P.: State Immunity. Selected Materials and Commentary (Clifford Chance / Oxford University Press, 2004); Fox, H.: The Law of State Immunity (Oxford University Press, 2002).

procesne mehanizme zaščite naložb, zlasti arbitražo.<sup>17</sup> Tudi Republika Slovenija je pogodbenica razširjene mreže investicijskih sporazumov, ki poleg evropskih držav pokriva tudi druge gospodarske partnerice izven evropske celine. Na tej podlagi lahko potencialni tuji kupci državnih deležev v privatizacijskih transakcijah uporabijo pravna sredstva proti državi prodajalki kot gostiteljici njihovih naložb za širok spekter kršitev, od diskriminatornih ukrepov do razlastitve premoženja. Z investicijskimi sporazumi jim je zagotovljena zaščita proti določenim ravnanjem državnih prodajalcev ali drugih državnih subjektov v sporih, ki niso pokriti z arbitražno klavzulo v privatizacijski transakcijski dokumentaciji.

### Pogoji za zaščito

Temeljna pogoja za uveljavljanje zaščite in pravnih sredstev na podlagi investicijskih sporazumov sta, da ima potencialni kupec v privatizacijski transakciji status zaščitene tuje investitorja ter da je njegov ekonomski interes v transakciji mogoče opredeliti kot zaščiten naložbo, kot ta pojma definira relevantni investicijski sporazum. Poudariti je treba, da investicijski sporazumi praviloma ščitijo širok krog investitorjev, tako fizičnih oseb, državljanov ali prebivalcev predmetne tuje države, kot tudi pravnih oseb, ustanovljenih skladno z zakonodajo tuje države. Podobno je tudi pojem naložbe običajno definiran zelo široko in obsega vse oblike premoženjskih interesov in naložbenih dejavnosti, vključno z nakupom poslovnega deleža v družbi v okviru privatizacije.

### Obseg zaščite

Tuji potencialni kupci državnih podjetij uživajo zaščito investicijskih sporazumov pred številnimi oblikami nedovoljenih državnih posegov v omenjene premoženjske interese, ki predstavljajo zaščiten naložbo. Najbolj klasična oblika takšnega posega je seveda razlastitev, pred katero so investitorji zaščiteni, če ni izvedena v javnem interesu, v skladu s predpisi in postopki države gostiteljice, nediskriminatorno ter v zameno za primerno odškodnino.<sup>18</sup> Razlastitveni ukrepi,

pred katerimi so investitorji zaščiteni, tudi v privatizacijskem kontekstu, imajo lahko različne pojavne oblike in obsegajo tudi ukrepe, enakovredne razlastitvi in vsa dejanja, ki pretežno ovirajo običajno poslovno dejavnost, čeprav do prenosa lastninske pravice ne pride, kot so arbitrarno obdavčevanje, prepovedi izplačil dividend ali drugih koristi, prisilno imenovanje organov upravljanja, nerazumni okoljevarstveni pogoji, itd.<sup>19</sup> V primeru razlastitve je odločilna okoliščina pripisljivost ravnanja državi kot oblastnemu organu, saj sta lahko nacionalizacija ali razlastitev izvedeni le na podlagi oblastvenih dejanj.<sup>20</sup>

Z določbami o poštenu in enakopravni obravnavi investicijski sporazumi ščitijo investitorje in njihove naložbe pred nerazumnimi in diskriminatornimi ukrepi, kar predstavlja pomembno in široko zagotovilo predvidljivega okvira za poslovanje, skladno z investitorjevimi upravičenimi pričakovanji in obveznostmi države gostiteljice. V arbitražni praksi je ta standard zaščite najpogostejše uveljavljan, na njem pa temelji tudi večina uspešnih zahtevkov, ker državo obvezuje h konsistentnemu, nearbitrarnemu, nedvoumnemu, transparentnemu ravnanju, aktivnemu spodbujanju naložb, zagotavljanju potrebne stabilnosti in zaščite legitimnih interesov, spoštovanju pogodbenih obveznosti, postopkovnega reda, ter ravnanju v dobri veri in brez prisile.<sup>21</sup>

Določbe investicijskih sporazumov o popolni zaščiti in varnosti zagotavljajo investitorjem zaščito po standardu običajnega mednarodnega prava, t.j. obveznost države gostiteljice, da zavaruje tuje naložbe pred škodo, ki jim jo lahko povzroči zlasti država sama in

Temeljna pogoja za uveljavljanje zaščite in pravnih sredstev na podlagi investicijskih sporazumov sta, da ima potencialni kupec v privatizacijski transakciji status zaščitene tuje investitorja ter da je njegov ekonomski interes v transakciji mogoče opredeliti kot zaščiten naložbo, kot ta pojma definira relevantni investicijski sporazum

Mednarodno sodelovanje na področju investicij in mednarodno pravo, Pravnik, 1985, št. 11-12, str. 504-505.

19 Gl. npr. *Telenor v. Madžarska*, odločba, 13. 9. 2006, § 64; *Goetz v. Burundi*, odločba, 10. 2. 1999, str. 457; *Middle East Cement v. Egipt*, odločba, 12. 4. 2002, str. 602; *Metalclad v. Mehika*, odločba, 30. 8. 2000, str. 209; *CME v. Češka*, delna odločba, 13. 9. 2001, str. 121.

20 *Siemens v. Argentina*, odločba, 6. 2. 2007, 248. in 253. odst.

21 Gl. npr. *Mondev v. ZDA*, odločba, 11. 10. 2001, 118. odst.; *Waste Management v. Mehika*, končna odločba, 30. 4. 2004, 99. odst.; *Tecmed v. Mehika*, odločba, 29. 5. 2003, 154. in 167. odst.; *MTD v. Čile*, ICSID št. ARB/01/7, odločba, 25. 5. 2004, 107. in 113. odst.; *CME v. Češka*, delna odločba, 13. 9. 2001, 611. odst.; *Noble Ventures v. Romunija*, odločba, 12. 10. 2005, 182. in 137. odst.; *Bayindir v. Pakistan*, odločba o pristojnosti, 14. 11. 2005, 250. odst.; *Saluka v. Češka*, delna odločba, 17. 3. 2006, 307. odst.; *Pope & Talbot v. Kanada*, odločba, 22. 5. 2007, 186. odst. Gl. tudi npr. Diehl, A.: *The Core Standard of International Investment Protection. Fair and Equitable Treatment* (Wolters Kluwer Law & Business, 2012).

17 UNCTAD, Investment Policy Monitor, št. 12 (marec 2014), str. 4 in nasl.

18 Dolzer, R., Schreuer, C.: *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, 2008), str. 89 in nasl.; Newcombe, A., Paradell, L.: *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment* (Kluwer Law International, 2009), str. 321 in nasl.; Türk, D.:



javnopravni subjekti v državni strukturi, pa tudi osebe zasebnega prava.<sup>22</sup>

Investicijski sporazumi zagotavljajo tujim investitorjem in njihovim naložbam tudi t.im. državno obravnavo, torej enakopravnost z domačimi investitorji, zlasti glede zahtev o zaposlovanju, davčnih in drugih dajatvah, proceduralnih pogojih, subvencijah, okoljevarstvenih standardih, itd.<sup>23</sup> Še pomembneje pa je, da tujim investitorjem zagotovljena t.im. obravnava države z največjimi ugodnostmi (ang. *most-favored-nation treatment* – *MFN*), t.j. zaščita naložb na najvišji ravni, ki jo gostiteljica zagotavlja državljanom katerekoli druge države.<sup>24</sup>

Končno, investicijski sporazumi investitorjem zagotavljajo tudi spoštovanje obveznosti, ki jih je država prevzela do investitorja (t.im. *umbrella clause*), s čimer vsaka pogodbeni kršitev s strani države postane kršitev investicijskega sporazuma,<sup>25</sup> ter pravico do prostega prenosa kapitala in drugih finančnih pravic.<sup>26</sup>

### Investicijska arbitraža

S proceduralnega vidika zagotavljajo investicijski sporazumi učinkovita, razumljiva in nevtralna sredstva za reševanje sporov, ki zagotavljajo izvajanje in

uresničevanje obveznosti držav gostiteljic – predvsem več različnih arbitražnih postopkov.

Najbolj specifični postopek investicijske arbitraže je postopek pred Mednarodnim centrom za reševanje investicijskih sporov ("ICSID"), ki je pogojen z veljavnostjo Konvencije o reševanju investicijskih sporov med državo in državljani drugih držav (Washingtonska konvencija iz leta 1965) za obe državi pogodbenici investicijskega sporazuma v relevantnem času. Arbitražna pravila ICSID natančno urejajo arbitražni postopek, dodatna pomembna prednost arbitraže ICSID pa je zlasti avtomatično priznavanje in izvrševanje odločb o denarnih sankcijah v vseh pogodbenicah ICSID.

V praksi investicijske arbitraže se pogosto uporablja tudi *ad hoc* arbitražni postopek po Arbitražnih pravilih Komisije Združenih narodov za mednarodno trgovinsko pravo ("UNCITRAL"). Številni investicijski sporazumi strankam omogočajo tudi arbitražo v okviru Mednarodne trgovinske zbornice v Parizu ali v okviru Trgovinske zbornice v Stockholmu, redkeje pa tudi čisto *ad hoc* arbitražo. Seveda se lahko v vsakem konkretnem primeru država gostiteljica in investitor tudi izrecno dogovorita za predložitev morebitnih ali že nastalih sporov arbitražnim mehanizmom, ki jih investicijski sporazum ne predvideva.

### Posebnosti investicijske arbitraže v privatizacijskem kontekstu

Med vprašanji, ki se lahko pojavijo v primeru arbitražnega reševanja sporov iz privatizacijskih poslov na podlagi investicijskih sporazumov, bo pomembna pripisljivost domnevno spornega ravnanja državi oziroma morebitna dvojnost ali heterogenost subjektov na strani države. Kot že omenjeno, zaradi večplastnosti državne organizacijske strukture na strani države nujno delujejo različni organi, oblasti in uslužbenci, zato bo v primeru domnevne kršitve investicijskega sporazuma lahko relevantno razlikovanje med državnimi prodajalci v privatizaciji in morebitnimi drugimi organi, odgovornimi za kršitev po investicijskem sporazumu, ter posledično vprašanje (ne)pripisljivosti določenega ravnanja državi.

Podobno, tudi vsa domnevno sporna ravnanja državnih subjektov ne predstavljajo nujno kršitev investicijskih sporazumov, zlasti kadar gre za pogodbene kršitve

S proceduralnega vidika zagotavljajo investicijski sporazumi učinkovita, razumljiva in nevtralna sredstva za reševanje sporov, ki zagotavljajo izvajanje in uresničevanje obveznosti držav gostiteljic – predvsem več različnih arbitražnih postopkov

Podobno, tudi vsa domnevno sporna ravnanja državnih subjektov ne predstavljajo nujno kršitev investicijskih sporazumov, zlasti kadar gre za pogodbene kršitve (predvsem kadar investicijski sporazum ne vsebuje nedvoumne *umbrella clause*)

22. *RFCC v. Maroko*, odločba, 22.12.2003, §§ 33, 34; *Impreglio v. Pakistan*, odločba o pristojnosti, 22. 4. 2005, 266.-270. odst.; *Middle East Cement v. Egipt*, odločba, 12. 4. 2002, 143. odst.; *Loewen v. ZDA*, odločba, 26. 6. 2003, 54. in 132. odst.; *AAPL v. Šri Lanka*, odločba, 27. 6. 1990, 53. odst.; *Tecmed v. Mehika*, odločba, 29. 5. 2003, 177. odst.; *Noble Ventures v. Romunija*, odločba, 12. 10. 2005, 164. odst.
23. *SD Myers v. Kanada*, delna odločba, 13. 11. 2000, 250. odst.; *GAMI v. Mehika*, odločba, 15. 11. 2004, 114. odst.; *Thunderbird v. Mehika*, odločba, 26. 1. 2006, 177. odst.
24. Gl. npr. Gaillard, E.: Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause, New York Law Journal, 2005, št. 233, str. 105; Fietta, S.: Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investment Treaties, International Arbitration Law Review, 2005, št. 8, str. 131; Freyer, D., Herlihy, D.: Most-Favored-Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How 'Favored' is 'Most-Favored?', ICSID Review, 2005, št. 20, str. 58; Hamida, W. B.: Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends: que dit l'histoire?, Journal du droit international, 2007, št. 134, str. 1127; Rodriguez, A. F.: The Most-Favoured-Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping?, Journal of International Arbitration, 2008, št. 25, str. 89.
25. Gl. npr. *El Paso v. Argentina*, odločba o pristojnosti, 26. 4. 2006; *Eureko v. Poljska*, delna odločba, 19. 8. 2005, 246.-248. odst.; *Noble Ventures v. Romunija*, odločba, 12. 10. 2005, 55. in 61. odst.; *SGS v. Filipini*, odločba o pristojnosti, 29. 1. 2004, 119. in 128. odst.
26. Gl. npr. UNCTAD, Transfer of Funds (2000); Sacerdoti, G.: The Admission and Treatment of Foreign Investment under Recent Bilateral and Regional Treaties, Journal of World Investment, 2000, št. 1, str. 105.

(predvsem kadar investicijski sporazum ne vsebuje nedvoumne *umbrella clause*<sup>27</sup>).

Končno je investicijska arbitraža v privatizacijskem kontekstu učinkovito sredstvo zlasti v primeru kršitev, za katere je ustrezna sankcija monetarne narave. Investicijski arbitražni tribunali so praviloma pristojni tudi za presojo nepremoženjskih zahtevkov, zlasti ugotovitvenih.<sup>28</sup> Ker pa lahko v določenih primerih odločba arbitražnega tribunala, ki suvereni državi naloži neko posebno ravnanje, pomeni večji poseg v suverenost kot odločba na plačilo odškodnine, se nekateri tribunali poslužujejo dvostopenjskega pristopa in državi ponudijo izbiro med izpolnitvijo njenih mednarodno-pravnih obveznosti in plačilom odškodnine investitorju za neizpolnitev teh obveznosti.<sup>29</sup>

## Sklepno

Priložnosti za arbitražno reševanje sporov v privatizacijskih poslih so številne, saj predstavlja arbitraža tudi v tem kontekstu učinkovit mehanizem za reševanje sporov. V zadnjih letih je na tem področju, tudi v Sloveniji, opazen pomemben napredek. Kljub temu pa še vedno ostaja precej prostora za izkoristek prednosti arbitraže v postopkih, kjer sodelujejo suvereni prodajalci v klasičnih sporih iz prevzemov in združitvev.

Priložnosti za arbitražno reševanje sporov v privatizacijskih poslih so številne, saj predstavlja arbitraža tudi v tem kontekstu učinkovit mehanizem za reševanje sporov. V zadnjih letih je na tem področju, tudi v Sloveniji, opazen pomemben napredek

<sup>27</sup> Arbitražna praksa glede uporabe *umbrella clause* ni enotna, nekateri tribunali določbo razlagajo široko v korist investitorja, drugi zagovarjajo restriktivno interpretacijo v skladu z načelom *in dubio mitius*, ki naj bi ščitil suverenost držav, tretji razlikujejo med državo kot oblastjo (*jus imperii*) in državo kot gospodarstvenikom (*jus gestionis*), pri čemer naj bi bil domet *umbrella clause* omejen le na oblastna dejanja, nekateri pa *umbrella clause* omejujejo le na najbolj grobe kršitve investitorjevih interesov.

<sup>28</sup> *Enron v. Argentina*, odločba z dne 22. 5. 2007; *Desert Line Projects LLC v. Jemen*, odločba z dne 6. 2. 2008. Gl. tudi: Schreuer, C.: Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration, Arbitration International, 2004, št. 20, str. 329; Schneider, M.: Non-Monetary Relief in International Arbitration: Principle and Arbitration Practice (JurisNet, LLC 2011).

<sup>29</sup> *Goetz v. Burundi*, odločba z dne 26. 6. 1996.

## Priložnosti arbitražnega reševanja sporov v združitvah in prevzemih

David Premelč

David Premelč je partner v Odvetniški družbi Rojs, Peljhan, Prelesnik & partnerji o.p., d.o.o., specializiran med drugim za prevzeme in združitve ter gospodarske spore. David zastopa domače in tuje stranke v gospodarskih sporih pred sodišči in arbitražami, tako domačimi kot tujimi, vključno z arbitražami pred Arbitražnim sodiščem Mednarodne trgovinske zbornice in Mednarodnim centrom za reševanje investicijskih sporov v Washingtonu. Pred tem je bil zaposlen pri Višjem sodišču v Ljubljani, kot zunanji pravni svetovalec pa je sodeloval tudi z Uradom Združenih narodov za begunce.

Poleg običajnih ekonomskih motivov prevzemnih aktivnosti so pospešene aktivnosti na področju prevzemov in združitve posledica zlasti dejanske potrebe po svežem kapitalu in razmeroma nizke vrednosti slovenskih vrednostnih papirjev na eni strani ter na drugi strani novega vala privatizacije in prodaje problematičnih naložb bank (oziroma zastavljenih vrednostnih papirjev) v okviru prestrukturiranja bančnega sektorja

### Uvod

V Sloveniji smo trenutno priča precej živahnemu dogajanju na področju prevzemov in združitve.<sup>1</sup> Poleg običajnih ekonomskih motivov prevzemnih aktivnosti<sup>2</sup> so pospešene aktivnosti na področju prevzemov in združitve posledica zlasti dejanske potrebe po svežem kapitalu in razmeroma nizke vrednosti slovenskih vrednostnih papirjev na eni strani<sup>3</sup> ter na drugi strani novega vala privatizacije<sup>4</sup> in prodaje problematičnih naložb bank (oziroma zastavljenih vrednostnih papirjev)

v okviru prestrukturiranja bančnega sektorja<sup>5</sup>. Med zadnjimi večjimi transakcijami tako velja omeniti zaključen prevzem Poslovnega sistema Mercator d.d. s strani hrvaškega Agrokorja, podpis prodajne pogodbe za Aerodrom Ljubljana d.d., prevzem Heliosa Domžale, d.d., poleg tega pa potekajo postopki prodaje družb, kot so Telekom Slovenije, d.d., Nova KBM, d.d., Žito, d.d.<sup>6</sup> in številnih drugih.

Namen tega članka je najprej osvetliti nekatere značilnosti transakcij, povezanih s prevzemi in združitvami, predstaviti tipične vrste sporov, ki največkrat izvirajo iz teh pravnih poslov ter izpostaviti nekatere značilnosti arbitražnega reševanja sporov, zaradi katerih se v praksi zlasti pri čezmejnih transakcijah stranke pogosto odločajo za sklepanje arbitražnih sporazumov oziroma za vključevanje arbitražnih klavzul v pogodbe.

### Uvodna terminološka opomba

Besedno zvezo prevzemi in združitve (ang. *mergers and acquisitions* oziroma *M&A*) v tem prispevku uporabljam bolj v ekonomskem kot v strogo pravnem

1 Povečano aktivnost je mogoče zaznati tudi globalno, saj je globalna vrednost prevzemov in združitve v prvi polovici 2014 s 1.571,2 milijardami USD dosegla največjo vrednost po letu 2007 in hkrati več kot 56 – odstotno rast glede na prvo polovico leta 2013; Vir: <http://www.mergermarket.com/pdf/MergermarketTrendReport.H12014.Global-FinancialAdvisorLeagueTables.pdf> (7. 12. 2014).

2 V teoriji se med motivi prevzemov največkrat omenja sinergijske učinke, ekonomijo obsega, željo po povečanju tržne moči, vstop na nove trge in v nove industrije, diverzifikacijo tveganja, davčne učinke ipd.; prim. Gaughan, A. P., *Mergers, Acquisitions and Corporate Restructurings* (2nd edition), John Wiley and Sons, New York, 1999, str. 116 ali pa pri nas Bešter, J.: *Prevzemi podjetij in njihovi učinki na delničarje, managerje, zaposlene, upnike in državo*, Gospodarski vestnik, Ljubljana, 1996, str. 30; Repovž, L.: *Motivi, strategije in financiranje prevzema podjetja*, v: *Revizor*, Ljubljana, Let. 7, št. 6/ 1996, str. 31-32.

3 Prim. Jovanovič, D., Bratina, M.: *Pravni vidiki položaja ciljne družbe glede skrbnega pregleda*, Podjetje in delo, 2014, št. 2, str. 295-309.

4 Z novim valom privatizacije so mišljene privatizacijske aktivnosti na temelju sklepa o soglasju k odtujitvi naložb Republike Slovenije, Kapital-ske družbe pokojninskega in invalidskega zavarovanja, d. d., Slovenske odškodninske družbe, d. d., Modre zavarovalnice, d. d., D.S.U., družbe za svetovanje in upravljanje, d. o. o., in Posebne družbe za podjetniško svetovanje, d. d. (Uradni list RS, št. 52/2013 z dne 21. 6. 2013).

5 Prim. Premelč, D., Šporar, B., Ivančič, J.: *Slovenia*, v: Zerdin, M. (ur.): *The Mergers and Acquisitions Review*, 8. izdaja, Law Business Research Ltd, London, 2014, str. 716.

6 Prim. Informacije SDH o prodaji kapitalskih naložb na: <http://www.sdh.si/sl-si/upravljanje-nalozb/prodaja-kapitalskih-nalozb> (7. 12. 2014).



smislu. Če se prevzem v strogo pravnem smislu nanaša na delniške družbe (prim. definicijo v Zakonu o prevzemih)<sup>7</sup>, ima v ekonomskem smislu širši pomen, saj je s tem pojmom običajno označena pridobitev določenega deleža lastninskih pravic v prevzetem podjetju, ki pridobitelju (prevzemnemu podjetju) daje zadosten delež glasovalnih pravic (kontrolni delež), da lahko z uresničevanjem upravljaljskih upravičenj iz kontrolnega deleža vpliva na poslovanje prevzetega podjetja<sup>8</sup>. Tako je v ekonomskem smislu prevzem podjetja mogoče opraviti tudi z odkupom premoženja<sup>9</sup> (tako imenovani *Asset Deal*) preko izdaje novih delnic<sup>10</sup> in podobno in torej ne zgolj z odkupom delnic oziroma deležev (tako imenovani *Share Deal*). V domači in tuji literaturi prevzemov in združitve se sicer glede posameznih terminov pojavljajo različne razlage, pri čemer pa zdijo najprimernejši termini združitve (*merger*) v obliki bodisi spojitve ali pripojitve, odkup (*acquisition*)<sup>11</sup> in prevzem (*takeover*) podjetja.<sup>12</sup> Zlasti se ne nanašajo zgolj na delniške družbe, temveč gre v praksi zlasti pri pridobivanju kontrole nad majhno ali srednje veliko družbo v večini primerov za družbe z omejeno odgovornostjo. V nadaljevanju za navedene postopke uporabljam termin M&A transakcije.

### Nekatere značilnosti M&A transakcij

Ne glede na to, da M&A transakcije niso kodificirane<sup>13</sup>, pa večinoma potekajo po precej ustaljenem vzor-

cu, ki se je v praksi izoblikoval po vsem svetu. Tako je mogoče reči, da gre za precej standardizirane pravne posle<sup>14</sup>, kjer so industrijski standardi globalno čedalje bolj poenoteni in pri katerih je nedvomno prevladujoč vpliv anglosaksonskih konceptov pogodb<sup>15</sup>. Na to nismo imuni niti v Sloveniji, kjer je mogoče zaznati podobne trende kot v Nemčiji<sup>16</sup> in drugod po Evropi, kjer se pri čezmejnih transakcijah v praksi praviloma sklepajo pogodbe o prodaji oziroma prenosu delnic/deležev (t.i. *Share Purchase Agreement*) anglosaškega stila in v angleškem jeziku, kar že predstavlja standard na trgu. Za tovrstne tipe pogodb je značilno izredno podrobno urejanje zadev, za katere bi se v kontinentalnih pravnih sistemih uporabljala splošna pravna pravila, kot npr. obveznost povrnitve škode, obveznost zmanjševanja škode, obveznost izpolnjevati pogodbo v dobri veri, pa vključevanje številnih neoperativnih pogodbenih klavzul (t.i. *boilerplate clauses*), izjemno podrobnih definicij posameznih pojmov, navajanje vseh možnih primerov določenega ravnanja ipd. Tako je povsem običajno, da pogodba o nakupu deležev oziroma delnic ali pa premoženja (pri *Asset Deal*-u) obsega med 50 in 100 strani. Ne da bi se spuščal v podrobnejšo analizo smotrnosti tovrstne prakse vnašanja pogodbenih konceptov anglosaškega prava, ki temelji na sodni praksi kot historično glavnem viru prava, v pravne sisteme kontinentalnega prava, katerega historično primarni pravni vir je zakonodaja<sup>17</sup>, je to dejstvo, ki ga je treba sprejeti. Je pa treba na tem mestu opozoriti, da raba angleščine in anglosaških tipov pogodb ob hkratnem dogovoru o uporabi kontinentalnega prava za pogodbo, lahko povzroči določene težave in ni nujno v interesu strank<sup>18</sup>. Če je na eni strani prednost izredno podrobnega urejanja pogojev posla v vnaprejšnjem reševanju oziroma preprečevanju sporov<sup>19</sup>, pa je na drugi

Ne glede na to, da M&A transakcije niso kodificirane, pa večinoma potekajo po precej ustaljenem vzorcu, ki se je v praksi izoblikoval po vsem svetu

Tako je povsem običajno, da pogodba o nakupu deležev oziroma delnic ali pa premoženja (pri *Asset Deal*-u) obsega med 50 in 100 strani

7 Po Zakonu o prevzemih (Uradni list RS, št. 79/06 s spremembami; ZPre-1) je prevzem opredeljen kot položaj, ko prevzemnik sam ali skupaj z osebami, ki delujejo usklajeno z njim, doseže prevzemni prag (prvi odstavek 7. člena).

8 Prim. Bertonec, A.: Prevzemi in združitve: model uravnoteženega upravljanja ključnih dejavnikov uspeha, Fakulteta za management, Koper, 2008, str. 15; podobno Tajnikar, M.: Pripojitve, spojitve in prevzemi, v: Zdržitve in prevzemi gospodarskih družb: 1. strokovno posvetovanje, Portorož, 8. in 9. junij 2000, Ljubljana: Društvo ekonomistov, str. 25; Pivka-Galun, N.: Za koga so sovražni prevzemi res sovražni?, v: Pravna praksa, 2004, št. 14, str. 5-7.

9 Bešter, J.: Prevzemi podjetij in njihovi učinki na delničarje, managerje, zaposlene, upnike in državo, Gospodarski vestnik, Ljubljana, 1996, str. 29.

10 Tekavc, J., Pučnik, J.: Prevzemi podjetij in varovanje konkurence, Učila International, Tržič, 2002, str. 48.

11 Lahovnik, M.: Proučevanje strategije priključitve podjetja (magistrsko delo), Ljubljana, Ekonomska fakulteta, 1998, str. 14, sicer uporablja izraz "priključitev", ki pa se ne zdi preveč posrečen, zlasti, ker spominja na pripojitev podjetja, ki pa je oblika združitve.

12 Za podrobnejši pregled definicij nekaterih slovenskih avtorjev s področja ekonomske stroke glej Bajec, A. M.: Vloga in pomen komuniciranja v času združitve in prevzemov, magistrsko delo, Univerza v Ljubljani, Ekonomska fakulteta, Ljubljana, 2013, str. 8-9.

13 Peter, H.: M&A transactions: process and possible disputes, v: Kaufmann-Kohler, G., Johnson, A. (ur.): Arbitration of Merger and Acqui-

sition Disputes, ASA, Swiss Arbitration Association conference of January 21, 2005 in Basel, Special Series No. 24, str. 1.

14 *Ibid.*, str. 1.

15 ABA Section of Business Law, Survey on Dispute Resolution in International M&A Deals, General Report, 2010, str. 9, dostopno na: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/blt/2010/10/inside-buslaw-dispute-resolution-201010.authcheckdam.pdf> (27. 11. 2014).

16 Prim. Foreign Investments in Germany, dostopno na: [http://www.foreign-investments-in-germany.com/transaction\\_procedures](http://www.foreign-investments-in-germany.com/transaction_procedures) (1. 12. 2014).

17 Prim. Dainow, J.: The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison, v: 15 Am. J. Comp. L. 419 (1966-1967) The American Journal of Comparative Law, Vol. 15, No. 3 (1966-1967), str. 424.

18 Glej npr. King, C., Segain, H.: Cross-Border Negotiated Deals: Why Culture Matters, v: European Company and Financial Law Review (ECFR), Vol. 4, Issue 1/2007, str. 149.

19 Prim. Coates IV, J. C.: Managing Disputes Through Contract: Evidence From M&A, 2 Harv. Bus. L. Rev. 295 (2012), str. 292.

Zaradi velikih finančnih vložkov, kompleksnosti transakcij in številnih (notranjih in zunanjih) dejavnikov, ki vplivajo na morebiten neuspeh prevzema, so spori v zvezi z M&A transakcijami precej pogosti, k njihovem povečanju pa je zadnjih letih svoje dodala tudi globalna recesija, saj zaradi težkih pogojev na trgu marsikateri prevzem ali združitev ni izpolnil pričakovanj in si kupci preko sporov poskušajo na novo izpogajati boljše pogoje za transakcijo

strani možnost napak pri tako obsežnih pogodbah in zlasti ob večkratnih izmenjavah nasprotnih predlogov pogodbe, toliko večja.

Večje mednarodne M&A transakcije pogosto vključujejo številne gospodarske družbe, ustanovljene v različnih državah<sup>20</sup>, kar pomembno prispeva k dolgotrajnosti in zahtevnosti postopkov prevzemov in združitvev<sup>21</sup>. Poleg tega so večje transakcije praviloma tudi finančno zelo zahtevne<sup>22</sup>.

Običajni namen M&A transakcije je ustvarjanje dodatne vrednosti z uspešnim prevzemom tarče, bodisi s povečanjem tržne moči in tržnega deleža, večanjem ekonomije obsega, zniževanjem stroškov, s sinergijskimi učinki, razpršenostjo tveganj, davčnimi učinki<sup>23</sup>, okrepitvijo obstoječega poslovanja, diverzifikacijo proizvodov, geografsko ekspanzijo ipd<sup>24</sup>. Ali je prevzem dejansko uspešen, je odvisno od cele vrste okoliščin, vse od pravilne strategije pa do uspešne po-prevzemne oziroma po-združitvene integracije. K morebitnemu uspehu ali neuspehu prevzema ali združitve lahko pomembno vpliva tudi višina kupnine. Zlasti v primeru neuspeha se podjetja večkrat zatekajo k iskanju zunanjih razlogov za neuspeh, kar pogosto vodi tudi do sporov s prodajalci, ki jih obravnavam v nadaljevanju. Zaradi velikih finančnih vložkov, kompleksnosti

transakcij in številnih (notranjih in zunanjih) dejavnikov, ki vplivajo na morebiten neuspeh prevzema, so spori v zvezi z M&A transakcijami precej pogosti, k njihovem povečanju pa je zadnjih letih svoje dodala tudi globalna recesija, saj zaradi težkih pogojev na trgu marsikateri prevzem ali združitev ni izpolnil pričakovanj<sup>25</sup> in si kupci preko sporov poskušajo na novo izpogajati boljše pogoje za transakcijo. To še posebej velja za spore, ki so povezani s prilagoditvijo kupnine, z ocnjevanjem vrednosti podjetja in poslovanjem podjetja, kot tudi s pravicami do izstopa in pogojev izstopa.

### Pregled faz M&A transakcij

Kot rečeno, so torej M&A transakcije globalno precej standardno strukturirane. Da bi bilo lažje razumeti poslovni kontekst, v katerem pride do posameznih tipičnih sporov, si je najprej potrebno pogledati glavne tipe prodajnih postopkov in njihove posamezne faze. V primeru javnih delniških družb oziroma tudi večjih nejavnih delniških družb<sup>26</sup> pridejo v poštev tudi relevantna pravila prevzemne zakonodaje, pri čemer pa tega v prispevku posebej ne obravnavam in se v nadaljevanju omejujem zgolj na zasebne transakcije.

Postopki prodaje posameznega podjetja so tipično organizirani bodisi kot zasebni prodajni postopki (ang. *private sale process*) ali kot dražbeni postopki (ang. *tender process* ali *auction process*)<sup>27</sup>. Vsak od njih ima posamezne značilne faze, kot tudi prednosti in slabosti. Če gre pri zasebnih prodajnih postopkih običajno za postopke prodaje z enim potencialnim kupcem, pa je namen dražbenega postopka doseči višjo kupnino na podlagi večjega povpraševanja s strani več potencialnih kupcev<sup>28</sup>. Dražbeni postopki so običajno bolj časovno zamudni in dražji, prav tako se do konkurenčno občutljivih podatkov družbe lahko dokoplje več potencialnih investorjev.

20 Kot primer je mogoče vzeti dve od bolj aktualnih transakcij v Sloveniji, in sicer prevzem Mercatorja in načrtovana prodaja Telekom Slovenije, kjer ima Skupina Mercator 15 družb v 5 državah, Telekom Slovenije pa sedemnajst družb v skupini in to 8 državah (vir: <http://www.mercatorgroup.si/sl/o-skupini/> (1. 12. 2014) ; [http://www.telekom.si/o-podjetju/Organigram\\_sts.pdf](http://www.telekom.si/o-podjetju/Organigram_sts.pdf) (1. 12. 2014)).

21 Wölfe, A., Wilske, S., Wilson, K.: Cross border Mergers and Acquisitions Demystified, v: Campbell, D.: The Comparative Law Yearbook of International Business - Mergers and Acquisitions in Europe: Selected Issues and Jurisdictions, Wolters Kluwer, 2011, str. 26.

22 Zgovoren je npr. podatek o tem, da je vrednost vsake od petih M&A transakcij (npr. AOL – Time Warner, 2000, pa Vodafone Group – Mannesman, 1999) presegala 100 milijard ameriških dolarjev (vir: <http://www.businessinsider.com/16-biggest-acquisitions-of-all-time-2014-2> (30. 11. 2014)) ali pa, da je bila pri nedavno opuščeni združitvi med farmacevtskima družbama AbbVie Inc. in Shire Plc. dogovorjena pogodbeni kazen (t.i. *break-up fee*) v višini 1,63 milijarde dolarjev, ki se jo je zavezal plačati AbbVie za primer nerealiziranega prevzema oziroma združitve. Vrednosti transakcij v Sloveniji sicer niso niti približno tako velike, je pa šlo pri največjih prevzemih v zgodovini Slovenije (npr. Lek, Mercator, Droga Kolinska, Aerodrom Ljubljana itd.) za več stot milijon-ske vrednosti poslov.

23 Repovž, L.: Motivi, strategije in financiranje prevzema podjetja, Revizor 6, 1996, str. 31-32.

24 McCarthy, K. J., Weitzel, U.: Merger Motives, Merger Motives and Realization of Gains, v: McCarthy, K., Dolfsma, W. (ur.): Understanding Mergers and Acquisitions in the 21st Century, A Multidisciplinary Approach, Palgrave Macmillan, Hampshire. 2013, str. 110.

25 Stephenson, D. E.: Talking Point: Resolving M&A disputes, Financier Worldwide, February 2011, str. 1 (dostopno na: <http://www.financierworldwide.com/resolving-ma-disputes/#.VHxf42O-74A>) (27. 11. 2014).

26 Po slovenskem Zakonu o prevzemih se npr. določila tega zakona uporabljajo tudi v primeru delniških družb, s katerimi se ne trguje na organiziranem trgu vrednostnih papirjev, če ima družba na zadnji dan leta pred letom, ki je pomembno za presojo, najmanj 250 delničarjev ali več kot 4 milijone celotnega kapitala (drugi odstavek 4. člena ZPre-1).

27 Povaly, S.: Private Equity Exits: Divestment Process Management for Leveraged Buyouts, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2007, str. 211.

28 Prim. [http://www.foreign-investments-in-germany.com/transaction\\_procedures](http://www.foreign-investments-in-germany.com/transaction_procedures) (1. 12. 2014).

## Primer dražbenega postopka

Namen dražbenega postopka je doseči najvišjo možno kupnino oziroma najugodnejše pogoje prodaje<sup>29</sup>. Običajno se najprej izbere t.i. M&A svetovalca oziroma investicijsko banko, ki izbere potencialne finančne in strateške investitorje ter pripravi osnovne podatke o družbi in o nameravani transakciji. Potencialnim investitorjem se nato pošlje vabilo za sodelovanje v transakciji z opisom osnovnih podatkov o družbi in o načrtovanem postopku prodaje (ang. *teaser*). V tej fazi se še ne razkrivajo zaupni podatke tarče. S kupci, ki izrazijo interes in ki bi želeli pridobiti več podatkov o družbi, se sklepajo pogodbe o varovanju zaupnosti (ang. *Confidentiality Agreement, Non-Disclosure Agreement*). Po podpisu le-teh se interesentom pošlje informacijski memorandum, ki je bolj ali manj elaboriran dokument s podatki o poslovanju družbe kot tudi o postopku prodaje<sup>30</sup> ter opis nadaljnjih korakov v postopku (ang. *Process / Procedure Letter*)<sup>31</sup> ter se jih pozove k oddaji nezavezujočih ponudb (ang. *Non-binding bids / Indicative Offers*). Odvisno od števila prejetih nezavezujočih ponudb se nato določeno (omejeno) število najboljših ponudnikov uvrsti v naslednji krog, v katerem se jim omogoči izvedba skrbnega pregleda (ang. *due diligence*). Ta je praviloma pravni, finančni in davčni, v odvisnosti od dejavnosti, ki jo družba opravlja pa je lahko tudi okoljevarstveni, tehnični, operativni, pregled informacijske tehnologije ipd<sup>32</sup>. Skrbnega pregleda brez ustreznega sodelovanja ciljne družbe oziroma njenega posloводства, ki daje na voljo zahtevane informacije o pravnem in gospodarskem položaju družbe in ki mora hkrati varovati interese družbe v zvezi z razkritjem zaupnih in občutljivih informacij<sup>33</sup>, ni mogoče izvesti. Z vidika kupca je skrbni pregled

eden najpomembnejših delov celotnega posla, saj se na podlagi ugotovitev odloči, ali bo sploh nadaljeval s transakcijo, na kakšen način (struktura transakcije), kakšna jamstva oziroma odgovornost prodajalca bo zahteval. Ta del pa je ključen tudi z vidika, da se kupec, ki pri sklenitvi posla ne ravna z ustrezno skrbnostjo pri pregledu predmeta nakupa (oziroma skrbnost, ki se od njega razumno pričakuje), ne more sklicevati na morebitno zmoto o predmetu nakupa<sup>34</sup>. Skrbni pregled se običajno organizira s pomočjo t.i. podatkovne sobe (ang. *Data Room*), ki je bodisi v fizični obliki bodisi kot virtualna podatkovna soba, do katere je mogoče dostopati preko spleta. Vsebina razkritja tekom skrbnega pregleda bo imela neposreden učinek na določbe glavne pogodbe, saj vpliva tako na (i) strukturo transakcije, na (ii) morebitne odložne pogoje in (iii) na navedbe ter jamstva prodajalca (ang. *Representations and Warranties*). Tekom izvedbe skrbnega pregleda prodajalec oziroma njegovi svetovalci omogočijo tudi predstavitev posloводства in obiske ciljne družbe, hkrati pa se pripravi tudi osnutek prodajne pogodbe. Po opravljenem skrbnem pregledu so nato potencialni investitorji povabljeni k oddaji zavezujoče ponudbe (ang. *Binding Bid*) skupaj s svojimi pripombami k osnutku prodajne pogodbe. Če so investitorji zadovoljni z izsledki skrbnega pregleda, oddajo zavezujoče ponudbe, nato pa se prodajalec z enim ali več kupci, ki so oddali najboljšo ponudbo, pogaja o kupnini in posameznih pogojih ponudbe. Odvisno od pogajalske pozicije si lahko posamezni kupec izgovori tudi določeno obdobje ekskluzivnosti in s tem pravico do ekskluzivnih pogajanj, za kar se sklene pogodba o ekskluzivnosti (ang. *Exclusivity Agreement*). Če so pogajanja uspešno zaključena, sledi temu podpis pogodbe (t.i. *SPA*), ki pa navadno še ne predstavlja tudi pridobitve kontrole v podjetju. Pogodbe v praksi pogosto vsebujejo odložne pogoje (ang. *Conditions Precedent*), ki morajo biti izpolnjeni, preden pride do zaključka transakcije (ang. *Closing / Completion*)<sup>35</sup> oziroma do prenosa pravic na deležih oziroma delnicah. Ti pogoji so odvisni

Z vidika kupca je skrbni pregled eden najpomembnejših delov celotnega posla, saj se na podlagi ugotovitev odloči, ali bo sploh nadaljeval s transakcijo, na kakšen način (struktura transakcije), kakšna jamstva oziroma odgovornost prodajalca bo zahteval

Če so investitorji zadovoljni z izsledki skrbnega pregleda, oddajo zavezujoče ponudbe, nato pa se prodajalec z enim ali več kupci, ki so oddali najboljšo ponudbo, pogaja o kupnini in posameznih pogojih ponudbe

29 Za pregled literature teorije dražbe pri M&A transakcijah glej Sautter, C. M.: Auction Theory and Standstills: Dealing with Friends and Foes in a Sale of Corpora te Control (working paper, 2013), dostopno na: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2207693](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2207693) (27. 11. 2014).

30 Peter, H.: M&A transactions: process and possible disputes, v: Kaufmann-Kohler, G., Johnson, A. (ur.): Arbitration of Merger and Acquisition Disputes, ASA, Swiss Arbitration Association conference of January 21, 2005 in Basel, Special Series No. 24, str. 2.

31 Prim. tudi Tschäni, R., Frey, H.: Streiterledigung in M&A-Transaktionen (Dispute Resolutions in M&A-transactions) v: Tschäni, R. (ur.): Mergers & Acquisitions XIII, Schulthess Verlag, Zürich 2010, str. 38.

32 Prim. tudi Jovanović, D., Bratina, M.: Pravni vidiki položaja ciljne družbe glede skrbnega pregleda, v: Podjetje in delo, 2014, št. 2, str. 295-309.

33 Podrobneje glede pravice družbenika oziroma delničarja zahtevati izvedbo skrbnega pregleda družbe glej v Juhart, M.: Odločanje o izvedbi skrbnega pregleda (*due diligence*) v kapitalstkih družbah, v: Podjetje in delo, 2011, št. 1, str. 15.

34 Prim. stališče Vrhovnega sodišča RS v zadevi Sodba III Ips 57/2013 z dne 19. 11. 2013: "Kljub temu pa je drugostopenjsko sodišče prvostopenjsko sodbo potrdilo na podlagi zaključka, da tožeča stranka pri nakupu poslovnega deleža ni navtala dovolj skrbno pri pridobivanju podatkov o družbi S. d. o. o. Sodišče druge stopnje je k temu dodalo še, da tožena stranka tožeče stranke v zmoto ni zapeljala namenoma in da tudi zato njeno dejanje nima znakov prevare iz 49. člena Obligacijskega zakonika."

35 Termini se razlikujejo glede na to, ali gre za ameriške ali angleške termine. Prim.: King, C., Segain, H.: Cross-Border Negotiated Deals: Why Culture Matters, v: European Company and Financial Law Review (ECFR), Vol. 4, Issue 1/2007, str. 149.



od strukture transakcije. Tipični pogoji so pridobitev soglasja relevantnih organov za varstvo konkurence h koncentraciji<sup>36</sup> ali pa soglasja drugih državnih organov<sup>37</sup> (kot so npr. pri nas dovoljenje Banke Slovenije za pridobitev kvalificiranega deleža v banki<sup>38</sup>, dovoljenje Agencije za zavarovalni nadzor za pridobitev kvalificiranega deleža v zavarovalnici<sup>39</sup>, soglasje pristojnega ministrstva po Zakonu o medijih itn.<sup>40</sup>), prestrukturiranje družbe, pridobitev ustreznih soglasij skupščine, nadzornih svetov, ugotovitev, da ni prišlo do pomembne spremembe v poslovanju družbe (ang. *no material adverse change*)<sup>41</sup> ipd. Šele po tem, ko so dogovorjeni pogoji izpolnjeni, pride do zaključka transakcije in s tem povezanega prenosa delnic ali deležev.

### Primer postopka zasebne prodaje

Postopki zasebne prodaje so običajno manj strukturirani, saj gre pri teh postopkih za pogajanja med enim samim kupcem in prodajalcem. Tako se ti postopki tipično začnejo z uvodnimi kontakti, ki so lahko posredni ali neposredni, čemur sledi podpis pisma o nameri (ang. *Letter of Intent*) oziroma memorandum o razumevanju (ang. *Memorandum of Understanding*)<sup>42</sup>.

Vsebina pisma o nameri je v praksi lahko zelo različna, zato se tudi njegova dejanska in pravna narava lahko zelo razlikujeta od primera do primera. Zlasti je vprašanje, kako zavezujoč učinek ima med strankama, kar je odvisno od namena strank kot tudi od njegove vsebine. Običajno se stranke dogovorijo, da je edini namen pisma o nameri zapisati njun namen glede sklenitve posla ter da pismo o nameri ni zavezujoče oziroma da so zavezujoči zgolj njegovi posamezni deli in da bodo obveznosti strank opredeljene v pisni pogodbi. Pisma o nameri v praksi običajno vsebujejo dogovor o (i) predmetu posla (tj. opredelitev tarče), (ii) cenovnem razponu oziroma vsaj metodi ali parametrih, na podlagi katerih bo določena kupnina, (iii) naravi posla (ali bo šlo za nakup deležev (ang. *Share Deal*), nakup posamezne poslovne dejavnosti oziroma posameznih sredstev (ang. *Asset Deal*), združitev (ang. *Merger*), oddelitev (ang. *Spin-off*) s prevzemom itd., (iv) namenu strank, da skleneta posel, (v) postopku, ki bo sledil za to, da se sklene posel (skrbni pregled, podpis pogodbe, kateri bodo pogoji uveljavitve, prilagoditev cene itd.) ter nenazadnje (vi) časovnico, po kateri naj bi celoten postopek potekal<sup>43</sup>. Je pa v praksi moč zaslediti tudi dokumente, ki so poimenovani pismo o nameri, a vsebujejo vse bistvene sestavine glavne pogodbe (*essentialia negotii*) in dogovor o vseh pomembnejših elementih (vključno npr. z navedbami in jamstvi), pri čemer naj bi se stranki v glavni pogodbi dogovorili zgolj še o nekaterih manj pomembnih sestavinah pogodbe. Potencialni kupec lahko po sklenitvi ali v okviru sklenitve pisma o nameri zahteva določeno obdobje ekskluzivnosti, preden bo utrpel večje stroške, povezane npr. z izvedbo skrbnega pregleda. Po podpisu pogodbe o varstvu zaupnih podatkov, kupec dobi priložnost izvesti skrbni pregled, čemur sledijo pogajanja o glavni pogodbi<sup>44</sup> na temelju osnovnih pogojev,

Postopki zasebne prodaje so običajno manj strukturirani, saj gre pri teh postopkih za pogajanja med enim samim kupcem in prodajalcem

36 Npr. po slovenskem Zakonu o preprečevanju omejevanja konkurence (Uradni list RS, št. 36/08 s spremembami; ZPOmK) je treba Agenciji za varstvo konkurence prijaviti koncentracijo, če (a) je skupni letni promet v koncentraciji udeleženih podjetij skupaj z drugimi podjetji v skupini v predhodnem poslovnem letu na trgu Republike Slovenije presegel 35 milijonov evrov in (b) je letni pomet prevzetega podjetja skupaj z drugimi podjetji v skupini v predhodnem poslovnem letu na trgu Republike Slovenije presegel 1 milijon evrov ali je letni promet v primeru iz tretje alineje prvega odstavka desetega člena ZPOmK vsaj dveh v koncentraciji udeleženih podjetij skupaj z drugimi podjetji v skupini v predhodnem poslovnem letu na trgu Republike Slovenije presegel 1 milijon evrov. V primeru čezmejne koncentracije, ki vključuje več jurisdikcij, je lahko potrebno pridobiti soglasje cele vrste organov za varstvo konkurence. Če ima koncentracija razsežnost Skupnosti, bo za nadzor nad tako koncentracijo po Uredbi Sveta (ES) št. 139/2004 o nadzoru koncentracij podjetij 139/2004 pristojna Evropska komisija.

37 Martinius, P. (ur.): *M&A: Protecting the Purchaser*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, str. 29.

38 Prim. 45. člen Zakona o bančništvu (Uradni list RS, št. 131/2006 s spremembami).

39 Prim. 18. člen Zakona o zavarovalništvu (Uradni list RS, št. 13/2000 s spremembami).

40 Prim. 58. člen Zakona o medijih (Uradni list RS, št. 35/2001 s spremembami).

41 Fouret, J., Mourre, A.: *Pre-closing disputes*, v: Poulton, E. (ur.): *Arbitration of M&A Transactions: A Practical Global Guide*, Globe Law and Business, London, 2014, str. 312.

42 Za tovrstne preliminarne dogovore se uporabljajo tudi izrazi "*Heads of Agreement*", "*Term Sheet*", "*Head of Terms*", "*Comfort letters*", "*Agreement in principle*", "*Binder*". Glej Hondius, E. H.: *Precontractual liability: reports to the XIIIth Congress, International Academy of Comparative Law Montreal, Canada, 18 – 24 August 1990*, Deventer

1991). Prim. tudi Schalkowski, H.: *Vertraglich fixierte Einflussnahme von Private-Equity-Gesellschaften auf die Corporate Governance ihrer Beteiligungsgesellschaften*, Josef EUL Verlag, 2013, Lohmar – Köln, str. 120.

43 Peter, H.: *M&A transactions: process and possible disputes*, v: Kaufmann-Kohler, G., Johnson, A. (ur.): *Arbitration of Merger and Acquisition Disputes*, ASA, Swiss Arbitration Association conference of January 21, 2005 in Basel, Special Series No. 24, str. 7 (dostopno na: <http://www.psmlaw.ch/p/pdf/peter/chronology-of-M-A-transactions.pdf>) (30. 11. 2014).

44 Tipična poimenovanja so: *Sale and Purchase Agreement*, *Share Sale and Purchase Agreement*, *SPA*, *Purchase Agreement*, *Stock Purchase Agreement* oziroma *Asset Purchase Agreement* v primeru nakupa posameznih sredstev ali *Merger Agreement* v primeru združitve dveh družb ali *Share Swap Agreement* v primerih, ko kupnina ni plačana v denarju, temveč v delnicah druge družbe.

določenih v pismu o nameri oziroma memorandumu o razumevanju ter na podlagi ugotovitev med skrbnim pregledom. V pogodbi se stranke zelo podrobno dogovorijo o vseh elementih posla, še zlasti o predmetu pogodbe (delnice, deleži, dejavnost, sredstva ipd.), kupnini ali vsaj načinu določitve kupnine (ang. *Pricing Formula*), načinu plačila kupnine (v denarju, vrednostnih papirjih ali kombinaciji obeh), odločnih pogojih (ang. *Conditions Precedent / Closing Conditions*), zavezah strank v času do zaključka transakcije ali tudi po njej (ang. *Covenants*), dejanjih ob zaključku transakcije (ang. *Closing Actions*), o navedbah in jamstvih, ki jih daje prodajalec (ang. *Representations and Warranties*) in pravnih posledicah v primeru kršitve takih navedb in jamstev (ang. *Liability / Indemnification*), o pravicah do odpovedi pogodbe ter o drugih zadevah (t.i. *Boilerplate clauses*), kot so dogovor o uporabi prava in forumu za reševanje sporov, komunikacija med strankami ipd.

Ne glede na to, ali gre za konkurenčni dražbeni postopek ali za postopek zasebne prodaje, je tipično M&A transakcijo mogoče razdeliti na naslednje glavne faze oziroma obdobja, v okviru lahko med strankami nastanejo posamezni spori. To so:

- obdobje pred sklenitvijo glavne (prodajne) pogodbe (ang. *pre-signing period*);
- obdobje med sklenitvijo pogodbe in zaključkom transakcije (ang. *post-signing / pre-closing period*) in
- obdobje po zaključku transakcije (ang. *post-closing period*).

### Tipični spori v posameznih fazah M&A transakcije

#### Tipični spori pred sklenitvijo glavne pogodbe (*Pre-signing Disputes*)

Faza pred sklenitvijo pogodbe je običajno bolj orientirana na zagotavljanje varstva zaupnosti v nadaljevanju pogajanj<sup>45</sup> in na zagotavljanje informacij družbe, ki kupcu omogočajo ustrezno oceno stanja in vrednosti ciljne družbe. V fazi začetnih pogajanj tako lahko nastanejo spori zaradi kršitve varovanja zaupnosti pred

sklenitvijo pogodbe, zaradi česar prizadeta stranka ali pa ciljna družba lahko utrpí škodo<sup>46</sup> oziroma zaradi kršitve dogovora o ekskluzivnosti, če se prodajalec kljub pogodbi o ekskluzivnosti začne pogajati z drugim interesentom oziroma kupca ne obvesti o prejeti ponudbi tretje osebe ali celo popolnoma opusti pogajanja. Precej pogosti so tudi spori glede kršitev pisma o nameri. V zvezi s tem je navadno sporno vprašanje, ali in do kakšne mere je pismo o nameri zavezujoče in če ni zavezujoče, kakšne so predpogodbene obveznosti stranke (*culpa in contrahendo*). Če se stranki nista dogovorili za uporabo prava (ker sta npr. želeli, da je pismo o nameri kar se da nezavezujoče, morebitni dogovor o pristojnosti in uporabi prava pa da lahko pismu o nameri bolj zavezujočo naravo), bo potrebno v zvezi s tem razčistiti, kakšna obveznost v zvezi s pogajanjem je sploh obstajala med strankama po pravu, ki pride v poštev<sup>47</sup>. Vprašanje bo torej, do kakšne mere imajo stranke obveznost pogajati se v dobri veri pred sklenitvijo zavezujočega dogovora in kakšna je odgovornost zaradi kršitve te obveznosti. Do spora lahko nadalje pride tudi zaradi nepoštenega ponudbenega postopka ali zaradi neenakopravnega obravnavanja posameznih investitorjev v okviru skrbnega pregleda.

Pogoj, za to, da bi se spori v tej fazi lahko reševali pred arbitražo, je sklenjen arbitražni sporazum bodisi v katerem od preliminarne dogovorov (npr. pismo o nameri), v pogodbi o varstvu zaupnosti, pogodbi o ekskluzivnosti bodisi da stranke po nastanku spora sklenejo ustrezen arbitražni dogovor (kompromis), kar pa se v praksi ne zgodi prav pogosto<sup>48</sup>.

Poleg materialnopravnih vprašanj se pri teh sporih lahko pojavi cela vrsta procesnopravnih vprašanj, od tega, katero materialno pravo se uporablja, če to ni bilo dogovorjeno, kateri forum je pristojen za reševanje spora, ali je arbitražni sporazum veljaven in za koga (ali se npr. razteza tudi na ciljno družbo in povezane družbe katere od strank), ali posamezno vprašanje sodi v okvir arbitražnega sporazuma (to je zlasti pogosto,

V fazi začetnih pogajanj tako lahko nastanejo spori zaradi kršitve varovanja zaupnosti pred sklenitvijo pogodbe, zaradi česar prizadeta stranka ali pa ciljna družba lahko utrpí škodo oziroma zaradi kršitve dogovora o ekskluzivnosti

Precej pogosti so tudi spori glede kršitev pisma o nameri. V zvezi s tem je navadno sporno vprašanje, ali in do kakšne mere je pismo o nameri zavezujoče in če ni zavezujoče, kakšne so predpogodbene obveznosti stranke (*culpa in contrahendo*)

Pogoj, za to, da bi se spori v tej fazi lahko reševali pred arbitražo, je sklenjen arbitražni sporazum

<sup>45</sup> Díaz, S.: Pre-signing disputes, v: Poulton, E. (ur.): Arbitration of M&A Transactions: A Practical Global Guide, Globe Law and Business, London. 2014, str. 299.

<sup>46</sup> Von Segesser, G.: Arbitrating pre-closing disputes in merger and acquisitions transactions, v: Arbitration of Merger and Acquisition Disputes, ASA Special Series No. 24, 2005, str. 17 in nasl.

<sup>47</sup> Na primer v slovenskem Obligacijskem zakoniku (Uradni list RS, št. 97/2007 s spremembami; OZ) je izrecno opredeljena odgovornost stranke, ki se je pogajala brez namena skleniti pogodbo oziroma stranke ki se je sicer pogajala z namenom skleniti pogodbo, pa je ta namen brez utemeljenega razloga opustila.

<sup>48</sup> Prim. tudi Mistelis, L. & Kröll, S.: Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague. 2003, str. 99.

Obdobje med sklenitvijo pogodbe in pred zaključkom transakcije lahko traja precej dolgo, običajno več mesecev ali v posameznih primerih celo več kot eno leto. V tem času naj bi stranke zagotovile izpolnitev odločnih pogojev

če sta stranki sicer sklenili arbitražni sporazum, a sta se za reševanje posameznih vprašanj dogovorili, da bo o njih odločal izvedenec (t.i. *Expert Determination Dispute*)), ali je možno postaviti oblikovalni zahtevek oziroma zahtevek na sklenitev pogodbe itd.<sup>49</sup>.

#### Tipični spori v fazi po sklenitvi glavne pogodbe in pred zaključkom transakcije (*Pre-closing Disputes*)

Obdobje med sklenitvijo pogodbe in pred zaključkom transakcije lahko traja precej dolgo, običajno več mesecev ali v posameznih primerih celo več kot eno leto. V tem času naj bi stranke zagotovile izpolnitev odločnih pogojev (ang. *Conditions Precedent*). Stranke se v pogodbi običajno obvežejo tudi glede posameznih ravnanj oziroma opustitev (ang. *Covenants*) v času do zaključka transakcije ali prenehanja veljavnosti pogodbe. Nekatere posamezne zaveze so lahko pod neposrednim nadzorom prodajalca ali prodajalcev (npr. spremembe osnovnega kapitala ciljne družbe, spremembe statuta/družbene pogodbe itd.), nekatere pa pogosto zadevajo ravnanje same ciljne družbe, saj se npr. prodajalec zaveže, da bo poskrbel za to, da bo ciljna družba opravila oziroma opustila določena ravnanja<sup>50</sup>, kot so npr. razpolaganje s pomembnejšimi sredstvi, spremembe računovodskih standardov, odpoved pomembnejših pogodb, pomembnejša zadolžitve ali dajanje posojil, opustitev izvršitve določene pravice, da družba ne bo sklepala poslov izven rednega poslovanja ipd. Kupcu je v interesu, da od podpisa pogodbe do zaključka transakcije ne pride do večjih sprememb v poslovanju družbe, zato so tovrstne zaveze za kupca pogosto ključnega pomena, saj lahko bistveno vplivajo na vrednost same družbe oziroma na kupnino, ki jo je kupec pripravljen plačati za družbo v določenem pravnem in gospodarskem položaju, kršitev takšnih zavez pa bo neizogibno privedla do spora med kupcem in prodajalcem<sup>51</sup>.

V kolikor do zaključka transakcije ne pride zaradi neizpolnitve določenega odločnega pogoja in bo vsaj

ena od strank še vedno zainteresirana za realizacijo pogodbe, se bo tipičen spor nanašal na vprašanje, ali je stranka, iz katere sfere izvira izpolnitev posameznega pogoja, storila vse za to, da bi se pogoj izpolnil oziroma vse, kar je bilo od nje razumno pričakovati za izpolnitev odločnih pogojev. Poleg obveznosti, da morajo stranke pogodbene obveznosti izvrševati v dobri veri oziroma skladno z načelom vestnosti in poštenja, je lahko ključnega pomena, kakšno obveznost stranke prevzamejo v pogodbi glede prizadevanja za izpolnitev pogojev (npr. obveznost uporabe razumnih naporov (ang. *reasonable efforts*) ali najboljših naporov (ang. *best efforts*)). Zaradi pravil varstva konkurence je pri vseh večjih transakcijah v pogodbi vsebovan dogovor o tem, da mora biti do določenega datuma pridobljena odločba pristojnega organa za varstvo konkurence o skladnosti koncentracije s pravili konkurence (ang. *merger clearance*). Kolikor odločba ni izdana pravočasno, to lahko privede do spora v zvezi s tem, ali je npr. kupec opravil vsa potrebna dejanja za to, da bi bila izdana pozitivna odločba ali ne<sup>52</sup>. Na drugi strani, če organ za varstvo konkurence odobri koncentracijo zgolj pod določenimi pogoji (npr. odprodaja dela dejavnosti)<sup>53</sup>, se pojavi vprašanje, ali so stranke v tem primeru še zavezane dokončati transakcijo, ali so jo dolžne nadaljevati pod istimi pogoji, kakšen vpliv ima to na ceno<sup>54</sup> ipd.

Ob upoštevanju, da lahko obdobje od podpisa pogodbe do zaključka transakcije traja več mesecev, se skuša kupec v pogodbi ustrezno zavarovati, da bo imel v primeru bistveno spremenjenih okoliščin (npr. bistvena (negativna) sprememba v finančnem stanju, poslovanju, položaju ali lastnosti družbe) bodisi pravico odstopiti od pogodbe ali zahtevati spremembo pogojev pogodbe, zlasti v obliki prilagoditve kupnine (t.i. *material adverse change* klavzula oziroma *clausula rebus sic stantibus*). Potencial v zvezi s spori glede takšnih klavzul je zelo velik, zlasti zaradi možnosti različnih interpretacij pojma bistvene (negativne) spremembe. Kolikor so v pogodbi določeni pragovi za bistveno

49 Peter, H.: M&A transactions: process and possible disputes, v: Kaufmann-Kohler, G., Johnson, A. (ur.): Arbitration of Merger and Acquisition Disputes, ASA, Swiss Arbitration Association conference of January 21, 2005 in Basel, Special Series No. 24, str. 8-9.

50 Tschäni, R., Frey, H.: Streiterledigung in M&A-Transaktionen (Dispute Resolutions in M&A-transactions), v: Tschäni, R. (ur.): Mergers & Acquisitions XIII, Schulthess Verlag, Zürich 2010, str. 57.

51 Prim. Fouret, J., Mourre, A.: Pre-closing disputes, v: Poulton, E. (ur.): Arbitration of M&A Transactions: A Practical Global Guide, Globe Law and Business, London. 2014, str. 316.

52 Prim. Sachs, K.: Schiedsgerichtsverfahren über Unternehmenskaufverträge – unter besonderer Berücksichtigung kartellrechtlicher Aspekte, v: SchiedsVZ, 123, 2004, str. 127.

53 Npr. po 51. členu ZPomK-1 lahko priglasitelj predlaga korektivne ukrepe, s katerimi se odpravi resen sum o skladnosti koncentracije s pravili konkurence.

54 Peter, H.: M&A transactions: process and possible disputes, v: Kaufmann-Kohler, G., Johnson, A. (ur.): Arbitration of Merger and Acquisition Disputes, ASA, Swiss Arbitration Association conference of January 21, 2005 in Basel, Special Series No. 24, str. 11.



negativno spremembo, v praksi do sporov večkrat pri-  
haja glede posamičnih postavk, ki so podlaga za izra-  
čun. Podobno se stranke v praksi večkrat dogovorijo,  
da navedbe in jamstva, kot so bila dana ob podpisu  
pogodbe, ostanejo v celoti nespremenjena tudi ob za-  
ključku transakcije in se v zvezi s tem lahko razvije spor  
o tem, ali navedeno drži in ali so stranke res zavezane  
pristopiti k zaključku transakcije.

### Tipični spori po zaključku transakcije (*Post-closing Disputes*)

Zaključek transakcije in prenos delnic ali deležev v  
praksi pogosto še ne pomeni tudi konca posla. Stranke  
se lahko dogovorijo, da se del kupnine nakaže na pose-  
ben skrbniški račun (ang. *Escrow Account*), ta del kup-  
nine pa služi kupcu kot zavarovanje za morebitne zah-  
tevkve kupca v primeru ugotovljenih kršitev navedb in  
jamstev prodajalca. Prav tako je običajen dogovor, da  
znesek kupnine, ki je nakazan ob zaključku transakcije,  
ne pomeni nujno končnega zneska kupnine, temveč se  
stranke dogovorijo o pogojih in posebnem mehanizmu  
za prilagoditev kupnine (ang. *post-closing adjustments of the price*). Tako je na primer, če je v pogodbi dogo-  
vorjen znesek, ki je določen na podlagi nerevidiranih  
izkazov in je potrebno po zaključku transakcije opravi-  
ti revizijo računovodskih izkazov (ang. *post-closing audit*) ali pa če se stranke dogovorijo o tem, da je kup-  
nina izračunana na podlagi t.i. *debt free/cash free* in je  
potem naknadno potrebno poračunati kupnino glede  
na denar, s katerim družba razpolaga ob zaključku ozi-  
roma glede na obstoječi dolg. Visok potencial za spor  
glede mehanizma prilagoditve kupnine je zlasti v pri-  
meru, če pogodba nima povsem jasnih in nedvoumnih  
definicij posameznih pojmov (kot so npr. neto dolg,  
obratni kapital, finančni dolg ipd.). Včasih se stranke  
dogovorijo, da bo končna kupnina odvisna (npr. vsaj v  
delu) od prihodkov, dobička oziroma denarnih tokov  
v določenem obdobju po prevzemu kontrole s strani  
kupca. To velja zlasti, če je npr. dogovorjeno, da pro-  
dajalci ostanejo določen čas kot člani posloводства  
v podjetju. V takem primeru kupec kupuje bodoče  
denarne tokove, kar je vedno v ozadju, ko je kupnina  
izračunana na podlagi metode diskontiranih denarnih  
tokov (ang. *DCF method*). Tudi prodajalec običajno  
želi prilagoditev kupnine navzgor v primeru, da so  
finančni rezultati boljši od pričakovanih. V teh prime-  
rih se stranki dogovorita za t.i. *earn-out* prilagoditev  
(ang. *earn-out adjustments*). Takšni dogovori, čeprav  
precej pogosti, lahko vodijo do konflikta interesov, saj

kupec z namenom, da se izogne povečanju kupnine,  
nima nujno interesa za doseganje dobrih rezultatov,  
vsaj ne v računovodskih izkazih družbe; na drugi stra-  
ni prodajalec (ki je npr. hkrati še naprej poslovodja)  
želi umetno izboljšati relevantne finančne rezultate, iz  
česar se rodi marsikateri spor glede posameznih raču-  
novodskih postavk. Neredko se tovrstni spori rešujejo  
tudi preko mehanizma imenovanja izvedenca (ang.  
*Expert Determination*). Druga večja skupina sporov po  
zaključku transakcije je v povezavi s kršitvami navedb  
in jamstev (ang. *Representations and Warranties*) pro-  
dajalca v pogodbi<sup>55</sup>, ko kupec po prevzemu kontrole  
nad podjetjem in po analizi stanja podjetja ugotovi, da  
posamezne navedbe prodajalca glede lastnosti podjetja  
na podlagi katerih je kupec sklenil pogodbo, niso bile  
resnične<sup>56</sup> oziroma stanje podjetja ne ustreza zatrjeva-  
nemu stanju ob sklenitvi pogodbe oziroma ob zaključ-  
ku transakcije. V zvezi s tem je običajno spornih cela  
vrsta vprašanj, ki zadevajo morebitno zmoto kupca ali  
celo prevaro prodajalca, potrebno skrbnost kupca pri  
pregledu podjetja, relevantnost posamezne kršitve in  
njene vpliva na vrednost podjetja, vprašanje more-  
bitnih omejitev odgovornosti prodajalca in veljavnosti  
tovrstnih omejitev, vprašanje škode (pozitivna škoda,  
negativna škoda), nastale kupcu, vzročne zveze, vpra-  
šanje časovnega trenutka, v katerem se ugotovi more-  
bitna kršitev, vprašanje pravice pogodbi zveste stranke  
do odstopa od pogodbe itd.

### Arbitražno reševanje sporov iz M&A transakcij

Danes je prav področje prevzemov in združitvev eno  
od področij mednarodnega gospodarskega prava z  
največjim deležem arbitražnih sporazumov. Kot ugo-  
tavlja Sachs za Nemčijo, je arbitražni dogovor pri do-  
mačih in mednarodnih M&A transakcijah prej pravilo  
kot izjema<sup>57</sup>. Tudi ugotovitve mednarodne raziskave  
Ameriške odvetniške zbornice iz 2010 kažejo na to, da  
odvetniki v večini od več kot 30 jurisdikcij, vključenih  
v raziskavo, priporočajo arbitražo kot obliko reševa-  
nja sporov iz M&A transakcij. Glavni razlogi za to  
vključujejo zaupnost postopka, možnost izbire jezika

Zaključek transakcije in  
prenos delnic ali deležev  
v praksi pogosto še ne  
pomeni tudi konca posla

Prav tako je običajen  
dogovor, da znesek  
kupnine, ki je nakazan  
ob zaključku transakcije,  
ne pomeni nujno  
končnega zneska kupnine,  
temveč se stranke  
dogovorijo o pogojih in  
posebnem mehanizmu za  
prilagoditev kupnine

Danes je prav področje  
prevzemov in združitvev  
eno od področij  
mednarodnega  
gospodarskega prava  
z največjim deležem  
arbitražnih sporazumov

55 Tschäni, R., Wolf, M.: Vertragliche Gewährleistungen und Garantien – Typische Vertragsklauseln, v: Tschäni, R. (ur.), *Mergers & Acquisitions VIII*, Zürich 2006, 93 in nasl.

56 Tschäni, R., Frey, H.: Streiterledigung in M&A-Transaktionen (Dispute Resolutions in M&A-transactions), v: Tschäni, R. (ur.): *Mergers & Acquisitions XIII*, Schulthess Verlag, Zürich 2010, str. 60.

57 Sachs, K.: Schiedsgerichtsverfahren über Unternehmenskaufverträge unter besonderer Berücksichtigung kartellrechtlicher Aspekte, *SchiedsVZ*, 3/2004, str. 123.

Iz svoje prakse lahko povem, da je bilo v zadnjih desetih transakcijah s tujimi investitorji, v katerih sem bil udeležen oziroma je bila udeležena naša pisarna, kar v 60 odstotkih dogovorjena arbitraža

postopka ter potrebno strokovno znanje arbitrov v primerjavi s sodniki lokalnih sodišč, ki pogosto ne poznajo podrobneje mednarodnih M&A transakcij.<sup>58</sup> Najpogosteje se spori nanašajo na (i) kršitev navedb in jamstev, (ii) mehanizem plačila oziroma prilagoditve kupnine, ki jim sledijo (iii) zmanjšanje kupnine zaradi poslovanja (ang. *earn-out*) (iv) neizpolnitev obveznosti ene od strank in (v) izpolnjevanje odločnih pogojev (ang. *conditions precedent*). Na drugi strani Coates za ameriške M&A transakcije ugotavlja, da je pogostost arbitražnih sporazumov v veliki meri odvisna od tega, ali gre za javne ali nejavne družbe ter od tega, ali arbitražni dogovor obsega le spor glede prilagoditve kupnine (ang. *price adjustment*) ali celotno pogodbo.<sup>59</sup> Iz svoje prakse lahko povem, da je bilo v zadnjih desetih transakcijah s tujimi investitorji, v katerih sem bil udeležen oziroma je bila udeležena naša pisarna, kar v 60 odstotkih dogovorjena arbitraža.

Kakšni so torej razlogi za to in v čem so prednosti arbitražnega reševanja sporov pri teh transakcijah?

### Ni prednosti "domačega terena"

Pri čezmejnih M&A transakcijah imamo praviloma opravka s tujim investitorjem. Kot je to tudi sicer značilno za mednarodne pravne posle, ko se stranke za reševanje sporov zatečejo k arbitraži, z namenom, da se izognejo pristojnosti domačega sodnega sistema nasprotne stranke<sup>60</sup>, to velja tudi za mednarodne M&A transakcije. Za kupce v praksi običajno ni sprejemljivo, da bi spor reševalo sodišče iz države druge stranke. Arbitraža oziroma druge alternativne oblike reševanja sporov tako lahko predstavljajo nevtralni forum npr. z uporabo mednarodnih pravil, imenovanjem mednarodnega tribunala in nevtralnim krajem.

### Fleksibilnost

Alternativne oblike reševanja sporov (vključno z arbitražo) ponujajo strankam precejšnjo mero fleksibilnosti, saj stranke lahko same oblikujejo postopek, ki

odgovarja njihovim potrebam. Stranke se tako lahko dogovorijo o rokih, številu vlog itn. Lahko tudi kombinirajo različne metode za reševanje spora (npr. začenši z mediacijo; če ta ni uspešna, rešujejo spor pred arbitražo); če je za obe stranki bistvenega pomena hitra odločitev, kar nekaj arbitražnih pravil institucionalnih arbitraž omogoča dogovor o pospešenem arbitražnem postopku (govorimo o t.i. "*expedited arbitration procedure*" oziroma o "*fast-track arbitration*")<sup>61</sup>.

### Možnost izbire arbitrov z ustreznimi izkušnjami

Spori iz M&A transakcij se pogosto nanašajo na precej zakomplicirana vprašanja glede vrednotenja podjetja in računovodenja, zato je za stranke lahko ključnega pomena, da si lahko izberejo arbitra, ki ima ustrezne profesionalne izkušnje glede predmeta spora.

### Zaupnost

Zaupnost sporov iz M&A transakcij je lahko posebej pomembna. Spori so lahko zelo občutljivi in se lahko nanašajo na konkurenčno izrazito občutljive podatke, zaradi česar bi lahko strankam v sporu ali pa npr. družbi tarči nastala znatna škoda v primeru, če bi se z informacijami seznanila javnost oziroma konkurenca. Za razliko od sodnih postopkov<sup>62</sup> so arbitražni postopki

61 Npr. 48. člen Arbitražnih pravil Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije – Ljubljanska arbitražna pravila (tj. pravila pospešenega arbitražnega postopka), 45. člen Dunajskih arbitražnih pravil (Vienna Rules 2013 pri VIAC – Vienna International Arbitration Centre), Pravilo 5 SIAC (arbitražna pravila Singapurskega mednarodnega arbitražnega centra, 2013), 41. člen HKIAC-ovih arbitražnih pravil (Hong Kong International Arbitration Centre Administered Arbitration Rules 2013), 42. člen Švicarskih pravil mednarodne arbitraže 2012 (Swiss rules of International Arbitration), Pravila pospešenega postopka 2010 Arbitražnega inštituta pri gospodarski zbornici Stockholm (Rules for Expedited Arbitrations 2010, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce), WIPO Expedited Arbitration Rules 2014 (World Intellectual Property Organization), IV. poglavje The Japan Commercial Arbitration Association Commercial Arbitration Rules. ICC arbitražna pravila 2012 sicer ne vsebujejo posebnih pravil pospešenega arbitražnega postopka, se je pa npr. po 32. členu teh pravil mogoče dogovoriti o skrajšanju raznih rokov v arbitražnih pravilih. Prav tako LCIA Arbitration Rules (London Court of International Arbitration) ne vsebujejo posebnih pravil, je pa možna arbitražna pravila LCIA ustrezno prilagoditi za ta namen.

62 Npr. po 293. členu Zakona o pravdnem postopku (Uradni list RS, št. 73/07 s spremembami; ZPP) je glavna obravnava praviloma javna. Javnost se sicer lahko izključi zaradi varovanja poslovne skrivnosti, ni pa to nujno, saj o tem sodišče odloča s sklepom, zoper katerega ni posebne pritožbe (drugi odstavek 296. člena ZPP). Če sodišče ne bi ugodilo predlogu za izključitev javnosti, lahko stranki v sporu ali pa npr. družbi tarči nastane nepopravljiva škoda.

58 ABA Section of Business Law, Survey on Dispute Resolution in International M&A Deals, General Report, 2010, str. 4, dostopno na: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/blt/2010/10/inside-buslaw-dispute-resolution-201010.authcheckdam.pdf> (27. 11. 2014).

59 Coates IV, J. C.: Managing Disputes Through Contract: Evidence From M&A, 2 Harv. Bus. L. Rev. 295 (2012), str. 321.

60 Moses, M. L.: The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, Cambridge University Press, New York. 2008, str. 1.

praviloma zaupni oziroma se stranke lahko o tem dogovorijo<sup>63</sup>.

### Izvršljivost

Za razliko od sodnih odločb, katerih izvršljivost v tujih državah je odvisna od ustreznih bilateralnih oziroma multilateralnih sporazumov (kar je posledica neuspeha Konvencije o priznanju in izvršitvi tujih sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, ki ni vsebovala pravil o neposredni mednarodni izvršljivosti)<sup>64</sup>, pa je newyorško Konvencijo o priznanju in izvršitvi tujih arbitražnih odločb podpisalo več kot 150 držav<sup>65</sup>. Glede mednarodne izvršljivosti imajo tako arbitražne odločbe v primerjavi s sodbami državnih sodišč pomembno prednost, saj so mednarodne pogodbe bistveno širše sprejete kot mednarodne konvencije o izvršitvi sodnih odločb<sup>66</sup>. Kljub prizadevanjem Haške konference za mednarodno zasebno pravo se namreč končni dogovor o mednarodni konvenciji o priznanju in izvršitvi sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah še ne zdi zelo blizu<sup>67</sup>. Prav sorazmerno enostavna izvršljivost arbitražnih odločb po newyorški konvenciji predstavlja eno izmed ključnih prednosti arbitraže<sup>68</sup>.

### Jezik postopka

Ker se vsaj čezmejne M&A transakcije v večini primerov sklepajo v angleškem jeziku<sup>69</sup>, je lahko zelo pomembno, da stranke v postopku uporabljajo jezik, v

katerem so se pogajale oziroma da lahko stranke prosto izbirajo jezik postopka in predložijo dokumente v jeziku, v katerem so nastali. Pravdni (oziroma sodni) postopki praviloma tečejo v jeziku, ki je pri sodišču v uradni rabi (prim. 6. člen ZPP in 102. člen ZPP), pri čemer imajo stranke pravico, da uporabljajo svoj jezik preko sodnega tolmača. Sodni tolmač ni nujno pravnik, prav tako ne obvlada nujno terminologije. V praksi je to lahko težavno, ker gre za specifično terminologijo, saj je denimo pomen posamezne definicije, o kateri sta se stranki lahko pogajali tudi po več dni, ključnega pomena. Vse to se lahko izgubi v prevodu, kar opažamo v praksi že, ko denimo mlajši sodelavci, ki so pravniki po izobrazbi prevajajo dokument, pri oblikovanju katerega niso neposredno sodelovali.

### Zaključek

Kot je bilo v članku predstavljeno, so M&A transakcije zelo kompleksne in posledično so tudi viri in narava možnih sporov praktično neomejeni. Je pa običajno ključnega pomena, da se spor reši hitro (zlasti če je vprašanje grozeča odpoved pogodbe, ali pa npr. zahtevke na sklenitev pogodbe ipd). Iz zgoraj predstavljenih razlogov je predložitev tovrstnih sporov iz M&A arbitraži verjetno najprimernejši način reševanja teh težavnih, posebnih, občutljivih, pogosto urgentnih, multinacionalnih sporov, kar je tudi razlog za to, da velik delež pogodb o mednarodnih M&A transakcijah vsebuje arbitražni sporazum.

Zaupnost sporov iz M&A transakcij je lahko posebej pomembna. Spori so lahko zelo občutljivi in se lahko nanašajo na konkurenčno izrazito občutljive podatke, zaradi česar bi lahko strankam v sporu ali pa npr. družbi tarči nastala znatna škoda v primeru, če bi se z informacijami seznanila javnost oziroma konkurenca

Iz zgoraj predstavljenih razlogov je predložitev tovrstnih sporov iz M&A arbitraži verjetno najprimernejši način reševanja teh težavnih, posebnih, občutljivih, pogosto urgentnih, multinacionalnih sporov, kar je tudi razlog za to, da velik delež pogodb o mednarodnih M&A transakcijah vsebuje arbitražni sporazum

63 Npr. 50. člen Ljubljanskih arbitražnih pravil, 6. člen ICC arbitražnih pravil, 44. člen Švicarskih arbitražnih pravil, 30. člen LCIA arbitražnih pravil 2014.

64 Kessedjian, C.: International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (Prel. Doc. No 7 of April 1997), dostopno na: [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=text.display&tid=153](http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=153) (29. 11. 2014).

65 Po podatkih UNCITRAL-a je bilo na dan 30. 11. 2014 podpisnic konvencije 153; [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html).

66 Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N., Partadises, C.: Law and Practice of International Arbitration, 4. izdaja, Sweet & Maxwell, London. 2004, str. 23.

67 Prim. Report of the Working Group on the on the Judgments Project, 2014, dostopno na: <http://www.hcch.net/upload/hidden/2013/jdg-m2014report.pdf> (30. 11. 2014).

68 Lew, J., Mistelis, L. & Kröll, S.: Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague. 2003, str. 7.

69 ABA Section of Business Law, Survey on Dispute Resolution in International M&A Deals, General Report, 2010, str. 7, dostopno na: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/blt/2010/10/inside-buslaw-dispute-resolution-201010.authcheckdam.pdf> (27. 11. 2014).



## Razblinjen mit o 40. členu Zakona o gospodarskih javnih službah

Nejc Lahne

Nejc Lahne, univ. dipl. pravnik je namestnik generalnega sekretarja Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije. Ukvarja se z dnevnim managementom arbitražnih postopkov pred Stalno arbitražo in svetovanjem strankam na področjih arbitražnega in mednarodnega gospodarskega prava s poudarkom na sklepanju in izvajanju mednarodnih gospodarskih pogodb.

Člen je 18 let relativno tiho služil svojemu namenu, nato pa je Državni zbor 13. julija 2011 sprejel avtentično razlago 40. člena ZGJS in ga z njo predstavil v popolnoma novi luči

Z avtentično razlago je Državni zbor očitno želel preprečiti arbitražno reševanje sporov iz koncesijskih pogodb, kar pa mu, ob vseh kasnejših dogodkih povezanih z avtentično razlago, več kot očitno ni uspelo

Redko se zgodi, da nek člen zakona, ki je na prvi (in kot se je izkazalo tudi na drugi) pogled povsem jasen, povzroči toliko razburjenja in polemike. Zakonodajalec je leta 1993 sprejel Zakon o gospodarskih javnih službah<sup>1</sup> (v nadaljevanju: ZGJS), ki še danes predstavlja temeljni predpis, ki določa način in oblike izvajanja gospodarskih javnih služb. ZGJS v 40. členu določa: *“Če pride pri izvajanju koncesijske pogodbe do spora med koncedentom in koncesionarjem, odloča o sporu redno sodišče.”* Zakonodajalec je z omenjeno dikcijo očitno želel postaviti razmejitve med pravnim postopkom in sodnim varstvom v upravnem sporu, kar izhaja tudi iz zakonodajnega gradiva v času sprejemanja zakona.<sup>2</sup> Člen je 18 let relativno tiho služil svojemu namenu, nato pa je Državni zbor 13. julija 2011 sprejel avtentično razlago 40. člena ZGJS<sup>3</sup> (v nadaljevanju: avtentična razlaga) in ga z njo predstavil v popolnoma novi luči. Avtentična razlaga pravi: *“40. člen ZGJS je razumeti tako, da reševanje sporov med koncedentom in koncesionarjem v zvezi z izvajanjem koncesijske pogodbe spada v izključno sodno pristojnost.”* Sprejemanje avtentične razlage je potekalo ob nasprotujočih si mnenjih Vlade Republike Slovenije in predlagateljev avtentične

razlage<sup>4</sup>, a ob veliki podpori v Državnem zboru<sup>5</sup>, ki je bila izražena po diskusiji, iz katere je izhajalo očitno nepoznavanje arbitraže in njenih temeljnih značilnosti.<sup>6</sup> Z avtentično razlago je Državni zbor očitno želel preprečiti arbitražno reševanje sporov iz koncesijskih pogodb, kar pa mu, ob vseh kasnejših dogodkih povezanih z avtentično razlago, več kot očitno ni uspelo. Da je bil poizkus neuspešen je v preteklosti pisalo že nekaj avtorjev<sup>7</sup>, v treh letih obstoja avtentične razlage pa je to potrdila tudi praksa.<sup>8</sup> Vrhovno sodišče

<sup>4</sup> Primerjaj Predlog za sprejem avtentične razlage 40. člena ZGJS z dne 20. 5. 2011, Mnenje Vlade Republike Slovenije št. 00741-7/2011/6 z dne 9. 6. 2011 in poročilo Odbora za okolje in prostor št. 300-02/11-1/ z dne 29. 6. 2011. Diametralno nasprotni sta si tudi mnenji Zakonodajno-pravne službe Državnega zbora št. 300-02/11-1/ z dne 9. 6. 2011 in omenjeno mnenje Vlade Republike Slovenije.

<sup>5</sup> Pri glasovanju o predlogu avtentične razlage je bilo prisotnih 75 poslancev, za sprejem jih je glasovalo 74, proti nihče.

<sup>6</sup> Glej prepis razprave poslancev k 29. točki dnevnega reda seje Državnega zbora z dne 11. julija 2011 (odsek št. 105 do odsek št. 115). Iz naslavljanja prvopodpisanega predlagatelja avtentične razlage, poslanca Franca Bogoviča izhaja tudi, da je predlagatelj avtentične razlage spodbudil, za neko občino neuspešen arbitražni postopek pred Stalno arbitražo pri GZS: *“Predlagatelj avtentične razlage torej želimo odpraviti nejasnosti in težave, ki jih imajo koncedenti v sporih s koncesionarji glede izvajanja koncesijske pogodbe, ker jim ni zagotovljena ustrezna stopnja pravne varnosti v postopkih pred arbitražo Gospodarske zbornice Slovenije.”*

<sup>7</sup> Galič, A.: Arbitrabilnost sporov iz koncesijske pogodbe, Pravna praksa, št. 41-42/2011, str. 11-13, Plauštajner, K.: Spornost avtentične razlage zakonske določbe, Odvetnik, št. 4(54)/2011, str. 16-18.

<sup>8</sup> Za prispevkom sta objavljena sklep Vrhovnega sodišča Republike Slovenije (Sklep Cpg 2/2014 z dne 17. 6. 2014) in anonimiziran sklep arbitražnega senata pred Stalno arbitražo pri GZS (št. zadeve: SA 5.6-X/2014).

<sup>1</sup> Ur. l. RS, št. 32/1993.

<sup>2</sup> Glej Poročevalec Skupščine RS z dne 8. 8. 1991, str. 42.

<sup>3</sup> Ur. l. RS, št. 57/2011.

Republike Slovenije je s Sklepom Cpg 2/2014 jasno povedalo troje. Prvič, da določba 40. člena ZGJS ne določa izključne pristojnosti rednega sodišča. Drugič, da četudi bi jo, to po uveljavitvi Zakona o pravdnem postopku iz leta 1999<sup>9</sup> (v nadaljevanju: ZPP/99) ne bi preprečevalo reševanja sporov iz koncesijske pogodbe pred domačo arbitražo. In tretjič, da avtentična razlaga zakona za sodišča ni zavezujoča.<sup>10</sup> Pri tem je odločilnega pomena umestitev 40. člena ZGJS v okvir splošne ureditve vprašanja arbitrabilnosti. V času sprejema ZGJS je dopustnost dogovora o reševanju sporov pred arbitražo urejal Zakon o pravdnem postopku iz leta 1976<sup>11</sup> (v nadaljevanju: ZPP/76). Ta je razlikoval med pogoji za dopustnost arbitraže med domačim in tujim subjektom (mednarodni element) ter arbitraže med dvema domačima subjektoma in pri tem kot splošni pogoj za dopustnost dogovora o reševanju sporov pred arbitražo določal obstoj spora o pravicah, s katerimi lahko stranke prosto razpolagajo. Kot dodaten pogoj za arbitrabilnost spora pa je za spore z mednarodnim elementom določal odsotnost izključne pristojnosti jugoslovanskega (oziroma slovenskega) sodišča<sup>12</sup>, za spore brez mednarodnega elementa pa odsotnost izključne pristojnosti drugih sodišč.<sup>13</sup> Tako po ZPP/76 za izključitev arbitrabilnosti določene vrste sporov ni zadoščala zgolj odsotnost izrecne določbe o možnosti arbitražnega reševanja sporov, ampak je moral zakonodajalec izrecno določiti **izključno pristojnost** "slovenskega" (za spore z mednarodnim elementom) oziroma "drugega" sodišča (za spore brez mednarodnega elementa). Takšne omejitve besedilo 40. člena ZGJS **ne vsebuje** in tako že ob svojem sprejemu ni izključevalo arbitrabilnosti sporov iz koncesijske pogodbe. Kasneje je ZPP/99 odpravil izključno pristojnost "rednih" sodišč kot oviro za arbitrabilnost spora.<sup>14</sup> ZPP/99 je določal, da lahko stranke za spore o pravicah, s katerimi prosto razpolagajo, s pogodbo določijo pristojnost domače arbitraže (arbitraža z sedežem v Sloveniji).<sup>15</sup>

Tako je bil od uveljavitve ZPP/99 naprej edin pogoj za reševanje sporov pred domačo arbitražo ta, da gre za pravice, s katerimi lahko stranke prosto razpolagajo (t. j. da se lahko sklene sodna poravnava). Polje arbitrabilnosti je leta 2008 še dodatno razširil Zakon o arbitraži<sup>16</sup> (v nadaljevanju: ZArbit). Ta pri arbitrabilnosti več ne razlikuje med domačimi in tujimi arbitražami ali med spori z oziroma brez mednarodnega elementa in v 4. členu jasno opredeljuje predmet arbitražnega sporazuma, in kot arbitrabilne opredeljuje vse spore iz premoženjskopравnih razmerij, pri katerih pa ni več pogoja, da gre za pravice s katerimi lahko stranke prosto razpolagajo. Ta pogoj je ZArbit obdržal za vsa druga razmerja (torej za tista, ki niso premoženjskopравne narave).<sup>17</sup> Splošna ureditev vprašanja arbitrabilnosti se je torej v času spreminjala v smislu širitve polja arbitrabilnosti, a zgornji prikaz ureditve pokaže, da je že ZPP/76 za izključitev arbitrabilnosti določene vrste sporov zahteval jasno določeno "izključno pristojnost sodišč." 40. člena ZGJS tega ne vsebuje in to tudi avtentična razlaga ne more spremeniti. Dodatno Galič meni, da je za presojo arbitražnih sporazumov, sklenjenih po uveljavitvi ZPP/99, razprava o tem, ali je ZGJS določil izključno pristojnost sodišča ali ne brezpredmetna, saj je bila z njim možnost izključne pristojnosti rednih sodišč kot ovira za arbitrabilnost spora odstranjena.<sup>18</sup>

Koncedent, ki je hkrati javna oblast in pogodbeni stranka ter koncesionar, ki je oseba zasebnega prava, s koncesijsko pogodbo uredita medsebojna razmerja v zvezi z opravljanjem koncesionirane gospodarske javne službe.<sup>19</sup> Koncesijske pogodbe so tako zaradi svoje narave in odnosa javno – zasebno, tipične pogodbe opremljene z arbitražnimi sporazumi.<sup>20</sup> To velja še zlasti v primerih, ko koncesionar prihaja iz tujine, saj mu v primeru spora arbitraža daje večji občutek nevtralnosti kot sodišče v državi, ki je hkrati (lahko) stranka s katero je v sporu.<sup>21</sup> Ločeno od argumenta nevtralnosti

Vrhovno sodišče Republike Slovenije je s Sklepom Cpg 2/2014 jasno povedalo troje

Prvič, da določba 40. člena ZGJS ne določa izključne pristojnosti rednega sodišča. Drugič, da četudi bi jo, to po uveljavitvi Zakona o pravdnem postopku iz leta 1999 ne bi preprečevalo reševanja sporov iz koncesijske pogodbe pred domačo arbitražo. In tretjič, da avtentična razlaga zakona za sodišča ni zavezujoča

Koncesijske pogodbe so tako zaradi svoje narave in odnosa javno – zasebno, tipične pogodbe opremljene z arbitražnimi sporazumi. To velja še zlasti v primerih, ko koncesionar prihaja iz tujine, saj mu v primeru spora arbitraža daje večji občutek nevtralnosti kot sodišče v državi, ki je hkrati (lahko) stranka s katero je v sporu

9 Ur. l. RS, št. 26/1999.

10 O tem vidiku kritično dr. Igličar v: Igličar, A., Prezgodnje stališče o avtentični razlagi v obrazložitvi sklepa Vrhovnega sodišča, Pravna praksa, 2014, št. 37, str. 17-19.

11 Ur. l. SFRJ, št. 4/1977, relevantna je zadnja novela iz leta 1990 (Ur. l. SFRJ, št. 27/1990).

12 469. člen ZPP/76.

13 469a. člen ZPP/76.

14 Pri tem je ZPP/99 ohranil oviro o izključni mednarodni pristojnosti slovenskega sodišča le za spore med domačimi in tujimi subjekti v primeru dogovora o pristojnosti tuje arbitraže. Glej drugi odstavek 460. člena ZPP/99.

15 Glej prvi odstavek 460. člena ZPP/99.

16 Ur. l. RS, št. 45/2008.

17 Prvi odstavek 4. člena ZArbit določa: "Predmet arbitražnega sporazuma je lahko vsak premoženjskopравni zahtevek. Drugi zahtevki so lahko predmet arbitražnega sporazuma samo, če se stranke glede zahtevka lahko poravnajo."

18 Galič, A., navedeno delo, str. 12.

19 Glej 39. člen ZGJS, ki v nadaljevanju našteva tudi sestavine, ki jih mora koncesijska pogodba praviloma vsebovati.

20 Pri koncesijskih sporih gre običajno za spore iz premoženjskopравnih razmerij.

21 Z vidika privlačnosti Slovenije za tuje investitorje je lahko do arbitraže sovražen "predpis" še posebej problematičen. O problematiki avtentične razlage je bilo govora tudi v tuji literaturi. Glej poročilo dr. Jerneja Sekolca – Note General Editor Slovenia (2013), v: Paulsson, J. (ed):

Vrhovno sodišče Republike Slovenije je s sklepom Cpg 2/2014 dokončno razblinilo mit o 40. členu ZGJS, ki ga je povzročila avtentična razlaga, pravna stroka in praksa Stalne arbitraže pri GZS pa sta pokazala njeno brezpredmetnost

je arbitražno reševanje sporov iz koncesijskih pogodb primerno tudi zaradi visoke strokovnosti senata, ki ga lahko sestavijo stranke in hitrosti odločitve arbitraže. Treba se je namreč zavedati, da se s koncesijo zagotavljajo materialne javne dobrine in je zato njeno izvajanje v javnem interesu. Zaradi svoje narave je dolžan koncesionar koncesijo izvajati neprekinjeno in nemoteno, zato lahko v primeru dolgotrajnega reševanja stroški spora za koncedenta ali koncesionarja predstavljajo še posebej veliko breme. To je zakonodajalec upošteval pri sprejemu Zakona o javno-zasebnem partnerstvu<sup>22</sup> (v nadaljevanju: ZJZP), ki delno ureja isto materijo kot ZGJS. ZJZP izrecno pove, da se spori iz razmerja javno-zasebnega partnerstva lahko rešujejo z arbitražo in tako arbitražo promovira.<sup>23</sup> Nadalje ZJZP pove, da se stranki razmerja javno-zasebnega partnerstva smeta dogovoriti, da lahko spore, ki so neposredno povezani z razmerjem in ki niso v izključni pristojnosti sodišča, rešujeta pred dogovorjeno arbitražo.<sup>24</sup>

Avtentična razlaga 40. člena ZGJS je verjetno še edini "predpis" v slovenskem pravnem redu, ki ga lahko označimo za nastrojenega proti arbitraži<sup>25</sup>, a je praksa potrdila, da nima pravnih učinkov in je bil poizkus preprečiti arbitražno reševanje sporov iz koncesijskih pogodb neuspešen. To nenazadnje dokazuje tudi praksa Stalne arbitraže pri GZS, pred katero se redno rešujejo spori iz koncesijskih pogodb. V nadaljevanju je predstavljen tudi sklep enega od arbitražnih senatov, ki so reševali spor iz koncesijske pogodbe. Tožena stranka je v postopku ugovarjala pristojnost arbitraže in se pri tem sklicevala ravno na 40. člen ZGJS. Ugovor o nepristojnosti arbitraže je arbitražni senat zavrnil.

Menim, da ob zadnjih dogajanjih v zvezi z avtentično razlago 40. člena ZGJS ni več razloga, da bi se podjetja (pa tudi koncedenti) pri vstopanju v koncesijska razmerja bala sklepati arbitražne sporazume in tako v primeru spora tvegala njihovo neveljavnost. Vrhovno sodišče Republike Slovenije je s sklepom Cpg 2/2014 dokončno razblinilo mit o 40. členu ZGJS, ki ga je povzročila avtentična razlaga, pravna stroka in praksa Stalne arbitraže pri GZS pa sta pokazala njeno brezpredmetnost.

International Handbook on Commercial Arbitration, zadnjič posodobljeno: december 2013, dodatek št. 68 (Kluwer Law International 1984), stran i do ii.

22 Ur. l. RS, št. 127/2006.

23 Glej drugi odstavek 17. člena ZJZP. Glej tudi zakonsko gradivo Predloga zakona o javno-zasebnem partnerstvu z dne 27. 7. 2006, kjer predlagatelj zakona v obrazložitvi k 140. členu (str. 113) zapiše: "*Za njuna t. i. neoblastna razmerja (iure gestionis) bi ne bilo le dopustno, temveč včasih celo priporočljivo arbitražno reševanje sporov.*"

24 Glej prvi odstavek 140. člena ZJZP. V drugem odstavku istega člena ZJZP izključuje pristojnost arbitraže za razmerja med izvajalcem javno-zasebnega partnerstva in uporabniki (torej ne za spore med koncedentom in koncesionarjem), kjer je izključno pristojno krajevno pristojno sodišče v Republiki Sloveniji.

25 Tako tudi Djinović, ki meni da z izjemo avtentične razlage 40. člena ZGJS slovenski pravni red načeloma ne vsebuje "arbitraži sovražnih" predpisov. Djinović, M., Odvetniki - deležniki arbitraže, Odvetnik, št. 3(61)/2013, str. 42.



**SKLEP**

Številka zadeve: SA 5.6-X/2014

TOŽEČI STRANKI: [A]

in [B]

proti

TOŽENA STRANKA: [C]

*Arbitražni senat, ki ga sestavljajo predsednica arbitražnega senata [...] in člana arbitražnega senata [...] in [...], je v arbitražnem sporu, ki ga Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije vodi pod opravilno številko SA 5.6-X/2014, tožečih strank [A] in [B], ki ju zastopa [...] in tožene stranke [C], ki jo zastopa [...], zaradi plačila [...] EUR s pp, o ugovoru tožene stranke o nepristojnosti,*

**o d l o č i l:**

*Ugovor tožene stranke o nepristojnosti arbitraže se zavrne.*

**O b r a z l o ž i t e v:****BISTVENE NAVEDBE STRANK****Tožbeni zahtevek**

Tožeča stranka je 15. 1. 2014 pri Stalni arbitraži pri Gospodarski zbornici Slovenije (v nadaljevanju: Stalna arbitraža) vložila tožbo, s katero zahteva plačilo [...] EUR z zakonskimi zamudnimi obrestmi od 31. 12. 2011 do plačila in povrnitev stroškov arbitražnega postopka z zakonskimi zamudnimi obrestmi od poteka paricijskega roka dalje.

**Ugovor nepristojnosti**

*Stalna arbitraža je 24. 2. 2014 prejela odgovor na tožbo z dne 15. 2. 2014, v katerem tožena stranka v 1. točki ugovarja pristojnosti Stalne arbitraže. V odgovoru in pripravljalni vlogi z dne 3. 7. 2014 navaja, da*

*je določba [...] Koncesijske pogodbe za izgradnjo [...] (v nadaljevanju: koncesijska pogodba), v kateri so se pogodbeni stranke dogovorile, da je za reševanje sporov iz pogodbe pristojna Stalna arbitraža, v nasprotju s prisilnimi predpisi, in sicer 40. členom Zakona o gospodarskih javnih službah<sup>1</sup> (v nadaljevanju: ZGJS). Ta določa, da če pride med izvajanjem koncesijske pogodbe do spora med pogodbenima strankama, o njem odloča redno sodišče.*

Med pravnima strankama je potekal spor pred Stalno arbitražo SA 5.6.-2/2009, v katerem je že bilo izpostavljeno vprašanje pristojnosti arbitraže in v katerem se je arbitražni senat izrekel za pristojnega za odločanje. Navedeni postopek je bil zaključen pred sprejemom avtentične razlage 40. člena ZGJS. Državni zbor je 15. 7. 2011 sprejel avtentično razlago 40. člena ZGJS: "40. člen ZGJS je razumeti tako, da reševanje sporov med koncedentom in koncesionarjem v zvezi z izvajanjem koncesijske pogodbe spada v izključno sodno pristojnost". Avtentična razlaga ima obvezujočo pravno moč in je zavezujoča za presojo vseh razmerij, ki še niso pravnomočno zaključena ob njenem sprejetju. Argumenti, ki jih tožeča stranka navaja v prid pristojnosti arbitraže v predmetni zadevi, se nanašajo na stališča, ki so jih sodišča, arbitraža in pravni strokovnjaki podali pred sprejemom avtentične razlage, zato jih ni mogoče upoštevati. Ustavno sodišče je v odločbi U-I-128/11 ponovno zavzelo stališče: "Po ustaljeni presoji Ustavnega sodišča je avtentična razlaga predpisa njegov sestavni del od njegove uveljavitve." Tudi sicer je že večkrat presojalo ustavnost in zakonitost posameznih avtentičnih razlag skupaj s predpisom, katerega del je bila posamezna avtentična razlaga. Če bi institut avtentične razlage resnično posegal v ustavno načelo delitve oblasti, bi izdalo interpretativno odločbo relevantnih določb Poslovnika o Državnem zboru<sup>2</sup> (v nadaljevanju: PoDZ-1), vendar tega do zdaj ni storilo.

Avtentična razlaga 40. člena ZGJS po mnenju tožene stranke ni politični konstrukt, kot to želi predstaviti tožeča stranka, ampak je bil z njo odpravljen dvom glede razlage 40. člena ZGJS. Glede sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice 13427/87 z dne 9.12.1994, 19 EHRR 293, v zadevi Stran Greek Refineries in Stratis Andreadis proti Grčiji pa meni, da sta bili ozadje in pravna podlaga odločitve povsem drugačni kot v obravnavanem sporu. Navedena zadeva se namreč nanaša na spor, ki je bil v času sprejema avtentične razlage že v teku, predmetni spor pa je bil sprožen nekaj let po sprejemu avtentične razlage zakona, zato ne moremo govoriti o posegu v tekoči postopek.

Tožeča stranka v tožbi in pripravljali vlogi z dne 30. 6. 2014 navaja, da je senat Stalne arbitraže v zadevi SA 5.6.-2/2009, ki je tekla med istima strankama, s sklepom z dne 25. 3. 2010 odločil, da je pristojen za odločanje o sporu. V obrazložitvi je poudaril, da določba ZGJS o pristojnosti rednega sodišča sama po sebi ne nasprotuje možnosti, da lahko spor poleg rednega sodišča rešuje tudi arbitraža. Sklicuje se na obrazložitev zakonskega predloga ZGJS, iz katerega je razvidno, da je hotel zakonodajalec razmejiti pristojnost med rednimi in upravnimi sodišči, ne pa med sodiščem in arbitražo. Že Zakon o arbitraži<sup>3</sup> (v nadaljevanju: ZArbit) v prvem odstavku 4. člena določa, da je predmet arbitražnega sporazuma lahko vsak premoženjskopravni zahtevek. Tožena stranka bi lahko v skladu s 3. odstavkom 19. člena ZArbit v tridesetih dneh po prejemu citiranega sklepa sprožila spor o pristojnosti pred sodiščem, vendar tega ni storila.

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 32/93.

<sup>2</sup> Uradni list RS, št. 92/07-UPB in 105/10.

<sup>3</sup> Uradni list RS, št. 45/08.

Ker je Državni zbor po zaključku arbitražnega postopka SA 5.6.-2/2009 sprejel avtentično razlago 40. člena ZGJS in je pravna situacija glede pristojnosti zato po mnenju tožene stranke drugačna, je tožeča stranka o tem pridobila mnenje dr. Aleša Galiča, iz katerega jasno izhaja, da je predmetni spor arbitrabilen, določbe ZGJS, vključno z avtentično razlago, pa tega ne morejo ovreči.

V zvezi s pristojnostjo Stalne arbitraže v zadevi SA 5.6.-2/2009 je zavzelo stališče tudi sodišče v gospodarskem sporu med strankama, ki je potekal pred Okrožnim sodiščem v Celju. Tožeča stranka je namreč vložila predlog za izvršbo na podlagi verodostojne listine, tožena stranka pa je med drugim ugovarjala sodno pristojnost Okrožnega sodišča v Celju. Sodišče je s sklepom Pg 321/2008 z dne 22. 1. 2009 odločilo, da ni pristojno za reševanje sporne zadeve, izdani sklep o izvršbi Ig 1407/207 z dne 8. 12. 2007 je v celoti razveljavilo in tožbo tožeče stranke zavrglo. Po pravnomočnosti sklepa o zavrženju tožbe je nato tožeča stranka vložila tožbo pri Stalni arbitraži. Po izdaji arbitražne odločbe SA 5.6.-2/2009 z dne 11. 3. 2011 je 6. 7. 2011 pri Okrožnem sodišču v Ljubljani vložila predlog za razglasitev izvršljivosti, saj tožena stranka svoje obveznosti ni prostovoljno izpolnila. Okrožno sodišče v Ljubljani je arbitražno odločbo razglasilo za izvršljivo s sklepom z dne 16. 12. 2011, Vrhovno sodišče pa je po pritožbi tožene stranke sklep razveljavilo. V ponovnem postopku je Okrožno sodišče v Ljubljani s sklepom z dne 1. 10. 2013 ponovno razglasilo izvršljivost arbitražne odločbe. Sodišče je med drugim ugotovilo, da je sporno pravno razmerje lahko predmet arbitražnega sporazuma, saj stranke s pravicami, ki so predmet koncesijske pogodbe, lahko prosto razpolagajo. Presodilo je tudi, da določba 40. člena ZGJS ni izključevala arbitrabilnosti sporov iz koncesijskih pogodb na področju gospodarskih javnih služb. Iz določbe namreč ne izhaja izključna sodna pristojnost – ta ureja zgolj primere, ko o sporu odloča sodišče in stranki nista sklenili arbitražnega sporazuma.

## ODLOČITEV O UGOVORU NEPRISTOJNOSTI

V skladu s tretjim odstavkom 30. člena Arbitražnih pravil Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije lahko senat o svoji pristojnosti odloči v sklepu ali v arbitražni odločbi. Na pripravljalnem sestanku 17. 6. 2014 je sklenil, da bo o ugovoru nepristojnosti tožene stranke odločil s posebnim sklepom. V ta namen je izhajal iz navedb strank in vpogledal predloženo listinsko dokumentacijo.

*Stranki sta se v tretjem odstavku [...] člena koncesijske pogodbe dogovorili, da "se v primeru, da spora ne uspeša razrešiti sporazumno ali s pogajanj, dogovorita za pristojnost Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije".*

*Med strankama je sporna veljavnost arbitražnega sporazuma. Ali je ta veljaven, je treba presoјati glede na čas, v katerem je bil sklenjen. To pomeni, da je relevanten Zakon o pravnem postopku<sup>4</sup> (v nadaljevanju: ZPP-1999), ki je urejal to pravno področje do sprejetja ZArbit. Slednji namreč v 50. členu izrecno določa, da se veljavnost arbitražnih sporazumov presoja po doslej veljavnih predpisih. Senat uvodoma ugotavlja, da sta se stranki v skladu s [...] členom koncesijske pogodbe zavezali predložiti arbitraži v reševanje vse spore, ki utegnejo med njima nastati v zvezi s pogodbenim pravnim razmerjem (primerjaj prvi odstavek 461. člena ZPP-1999), pri čemer je bil sporazum sklenjen v pisni obliki kot klavzula v koncesijski pogodbi*

4 Uradni list RS, št. 26/99.



*(primerjaj drugi odstavek 461. člena ZPP-1999). Tožena stranka sicer v tej smeri, torej glede objektivnih meja oziroma zahtevane obličnosti arbitražnega sporazuma, ni podala nobenega ugovora.*

V skladu s 460. členom ZPP-1999 je pogoj za veljavnost arbitražnega sporazuma, da gre za pravice, s katerimi stranke prosto razpolagajo. Predmet konkretnega spora med koncedentom in koncesionarjem je plačilo storitev čiščenja odpadnih voda, ki jih je opravil koncesionar na podlagi koncesijske pogodbe. Prisilni predpisi na področju materialnega prava ne omejujejo dispozicije strank v zvezi s temi pravicami oziroma obveznostmi.<sup>5</sup> Tožena stranka tudi obstoju te predpostavke za veljavnost arbitražnega sporazuma ni ugovarjala.

### **O avtentični razlagi 40. člena ZGJS**

Tožena stranka svojo tezo o nepristojnosti Stale arbitraže utemeljuje z argumentom, da je arbitražni sporazum v nasprotju s prisilnimi predpisi, in sicer 40. členom ZGJS, ki določa, da če pride med izvajanjem koncesijske pogodbe do spora med pogodbenima strankama, o njem odloča redno sodišče. Državni zbor je namreč 13. 7. 2011 sprejel po njenem mnenju zavezujočo avtentično razlago omenjene določbe, ki se glasi: "40. člen ZGJS je razumeti tako, da reševanje sporov med koncedentom in koncesionarjem v zvezi z izvajanjem koncesijske pogodbe spada v izključno sodno pristojnost".

Drži, da je po teoriji in ustaljeni praksi Ustavnega sodišča značilnost avtentične razlage, da ima enako pravno moč kakor pravni akt, ki je predmet razlage; s tem pravnim aktom tvori pomensko celoto, ki nato kot takšna tudi velja.<sup>6</sup> Avtentično razlago sprejme Državni zbor v postopku, predpisanem s PoDZ-1 (149.-152. člen), kadar je norma v zakonu do te mere nejasna, da dopušča diametralno nasprotujoče si razlage in jo je zaradi tega treba pomensko razložiti.<sup>7</sup>

Določba 40. člena ZGJS je po oceni senata dovolj jasna in je njen pomen mogoče pojasniti z uveljavljenimi metodami razlage. Če bi zakonodajalec želel izključiti možnost arbitražnega dogovora, bi prevzel besedilo iz tedaj veljavnega 469.a člena ZPP-1976<sup>8</sup> in zapisal pravilo o "izključni pristojnosti rednega sodišča", vendar tega ni storil. To lahko pomeni le, da je določbo o "pristojnosti rednega sodišča" mogoče razumeti v smislu razmejitve med pravnim postopkom in sodnim varstvom v upravnem sporu, kar potrjuje tudi zakonodajno gradivo v času sprejemanja zakona,<sup>9</sup> ne pa v smislu izključitve možnosti arbitražnega dogovora. Iz pravila o pristojnosti rednega sodišča izhaja, da gre za civilni spor, to pa utemeljuje nadaljnji sklep, da je mogoče skleniti arbitražni dogovor.

Določbe 40. člena ZGJS ni mogoče razumeti tako, kot izhaja iz njene avtentične razlage, s katero Državni zbor ni le ugotovil pravnega pomena pravila, na katerega se nanaša, temveč je jezikovni zapis

5 Zakon o javnem-zasebnem partnerstvu (Uradni list RS, št. 126/06; v nadaljevanju: ZJPZ) v 140. členu določa, da se smeta stranki razmerja javno-zasebnega partnerstva dogovoriti, da lahko spore, ki so neposredno povezani z razmerjem in ki niso v izključni pristojnosti sodišča v RS, rešujeta pred dogovorjeno arbitražo. Določba drugega odstavka 140. člena ZJPZ izključuje pristojnost arbitraže le za razmerja med izvajalcem javno-zasebnega partnerstva in pa uporabniki.

6 M. Pavčnik, Teorija prava, GV Založba, Ljubljana 2007, str. 482; odločba U I 64/08 z dne 19. 3. 2008 in tam citirani judikati (tč. 8).

7 M. Pavčnik, Teorija prava, GV Založba, Ljubljana 2007, str. 264.

8 Uradni list SFRJ, št. 4/77, relevantna je različica zakonskega besedila po zadnji noveli - Uradni list SFRJ, št. 27/90.

9 Poročevalec Skupščine RS z dne 8. 8. 1991, str. 42.

norme nadgradil ("pristojnost rednega sodišča" je postala "izključna sodna pristojnost") in ji s tem dal spremenjeno vsebino. Kadar avtentična razlaga ne razlaga pravne norme, ampak jo spreminja, gre vsebinsko za spremembo zakona, ki bi morala biti izpeljana v večfaznem zakonodajnem postopku.<sup>10</sup> Postavilo bi se lahko vprašanje morebitnega neskladja z 89. členom Ustave in njegovih posledic za obravnavani spor. Vendar pa, kot bo razvidno iz nadaljevanja obrazložitve, ta vidik zadeve ni relevanten, saj neodvisno od sprejete avtentične razlage obstoji drug, samostojen razlog za zavrnitev ugovora tožene stranke o nepristojnosti arbitraže.

### Posebej o nerelevantnosti avtentične razlage 40. člena ZGJS za konkretni spor

Senat ocenjuje, da je, ob dejstvu, da sta se stranki dogovorili za domačo arbitražo, za presojo konkretnega arbitražnega sporazuma, sklenjenega po uveljavitvi ZPP-1999, brezpredmetno razpravljanje o tem, ali je ZGJS za reševanje sporov med koncedentom in koncesionarjem v zvezi z izvajanjem koncesijske pogodbe določil izključno pristojnost sodišč. Določba 40. člena ZGJS je procesne narave, zato jo je treba razlagati ob upoštevanju časovnega vidika in v povezavi z matičnim predpisom, ki je v času sklenitve arbitražnega sporazuma urejal sporno procesno vprašanje, to je ZPP-1999.

ZPP-1999 v nasprotju z ZPP-1976<sup>11</sup> v primeru dogovora domače arbitraže ni več poznal zadržka "če za spore ni določena izključna pristojnost sodišča RS" in je to oviro za arbitrabilnost spora ohranil le za možnost dogovora tuje arbitraže (drugi odstavek 460. člena ZPP-1999). Relevantni procesni zakon v času, ko je bil sklenjen sporni arbitražni sporazum, glede pristojnosti sodišč torej ni več postavljал nobenih omejitev. To pomeni, da celo če 40. člen ZGJS razlagamo tako, da izključuje arbitražno reševanje sporov, kot to sugerira tožena stranka, to nima nobene teže, saj je kasnejši zakon, ki ima v skladu s splošnim razlagalnim pravilom prednost pred starejšim (*lex posterior derogat legi priori*), isto vprašanje uredil drugače. Tej razlagi je pritrdilo tudi Vrhovno sodišče v postopku razglasitve arbitražne odločbe SA 5.6.-2/2009 z dne 11. 3. 2011, pri čemer je poudarilo, da "ob upoštevanju arbitrabilnosti sporov v ZPP-1999, ki je relevantna za presojo arbitražnega sporazuma z dne 19. 10. 2001, morebitna izključna pristojnost rednih sodišč oziroma izključna mednarodna pristojnost slovenskega sodišča ne bi predstavljala ovire za dopustnost dogovora o reševanju sporov pred domačo arbitražo."<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Tako Ustavno sodišče v odločbi U I 64/08 z dne 19. 3. 2008, v kateri je, ker sprememba zakona ni bila izvedena v zakonodajnem postopku, ugotovilo kršitev 89. člena Ustave RS.

<sup>11</sup> Ureditev po ZPP-1976 je bila bolj omejujoča in je razlikovala pogoje za dopustnost arbitraže med domačim in tujim subjektom ter dvema domačima subjektoma. Za spore med domačim in tujim subjektom je bil predpisan dodaten pogoj, "če za te spore ni določena izključna pristojnost jugoslovanskega sodišča", za spore med domačimi subjekti pa, "če zakon ne določa, da odločajo o posameznih vrstah sporov izključno druga sodišča". Za spore med domačimi subjekti je torej ZPP-1976 predvidel možnost, da se o pravicah, s katerimi stranke prosto razpolagajo, z zakonom pridrži izključna sodna pristojnost in s tem izključi možnost arbitražnega dogovora.

<sup>12</sup> Sklep Cpg 2/2014 z dne 17. 6. 2014 (tč. 25), izdan v ponovljenem postopku razglasitve izvršljivosti arbitražne odločbe SA 5.6.-2/2009 z dne 11. 3. 2011, s katerim je Vrhovno sodišče zavrnilo pritožbo tožene stranke in potrdilo sklep sodišča prve stopnje. Pritrdilo je stališču sodišča prve stopnje, da določba 40. člena ZGJS ob svojem sprejemu oziroma tudi pred sprejemom avtentične razlage ni izključevala arbitrabilnosti sporov med koncedentom in koncesionarjem v zvezi z izvajanjem koncesijske pogodbe. Z vsebino sklepa stranki v času pripravljalnega sestanka glede na datum njegove izdaje še nista mogli biti seznanjeni.

Ob tem je nepomembno, da je Državni zbor avtentično razlago sprejel po uveljavitvi ZPP-1999. Avtentične razlage 40. člena ZGJS ni mogoče šteti za samostojen akt, ampak se z njo le za nazaj razlaga, tudi po ustaljeni praksi Ustavnega sodišča, kakšna je bila razlaga zakona tedaj, ko je bil sprejet<sup>13</sup> – torej v konkretnem primeru za ZGJS – leta 1993.

Glede na navedeno je senat ugovor tožene stranke o nepristojnosti Stalne arbitraže zavrnil.

V Ljubljani, 12. 8. 2014

Predsednica arbitražnega senata

[...]

Član

[...]

Član

[...]

---

<sup>13</sup> Glej na primer odločbo U I 64/08 z dne 19. 3. 2008, v kateri je Ustavno sodišče (tč. 8) zapisalo, da je avtentična razlaga predpisa, ne glede na njen kasnejši sprejem, sestavni del predpisa od njegove uveljavitve.





## VS4002555

**Odločba:** Sklep Cpg 2/2014

**ECLI:**

**Oddelek:** Gospodarski oddelek

**Datum**

**seje** 17.06.2014

**senata:**

**Senat:** dr. Miodrag Đorđević (preds.), Vladimir Balažic (poroč.), Aljoša Rupel

**Področje:** ARBITRAŽNO PRAVO - CIVILNO PROCESNO PRAVO - USTAVNO PRAVO

**Institut:** arbitražna odločba - priznanje izvršljivosti domače arbitražne odločbe - gospodarska javna služba - koncesija - spor iz koncesijske pogodbe - pravno mnenje pridobljeno izven postopka - naročeno pravno mnenje stranke v postopku - trditvena podlaga - nepristranskost arbitra - pristojnost - sodna pristojnost - pristojnost arbitraže - avtentična razlaga zakona - učinki avtentične razlage zakona - interpretativni pravni akt - javni red - pridržek javnega reda - obrazložitev arbitražne odločbe

**Zveza:** URS člen 3, 3/2, 125. ZArbit člen 15, 40, 40/2-2, 41, 41/2, 50, 50/1, 52. ZGJS člen 40. ZPP člen 180, 180/3, 337, 460, 460/1, 460/2. ZPP (1977) člen 469, 469a, 469a/1. PoDZ-1 člen 149 – 152. ZS člen 97, 97/1.

### JEDRO:

Tudi če bi določba 40. člena ZGJS določala izključno pristojnost rednega sodišča (pa je ne), to po uveljavitvi ZPP/99 ne bi preprečevalo reševanja sporov iz koncesijske pogodbe pred domačo arbitražo. Avtentična razlaga zakona za sodišča ni zavezujoča.

### IZREK:

Pritožba se zavrne in se sklep sodišča prve stopnje potrdi.

### OBRAZLOŽITEV:

1. Okrožno sodišče v Ljubljani (v nadaljevanju sodišče prve stopnje) je s sklepom I R 503/2011 z dne 16. 12. 2011 razglasilo izvršljivost arbitražne odločbe Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije št. SA 5.6.-2/2009 z dne 11. 3. 2011. Z navedeno arbitražno odločbo je bilo tožbenemu zahtevku prve in druge tožnice (prve in druge predlagateljice) za plačilo 1,152.232,70 EUR z zamudnimi obrestmi ugodeno, medtem ko je bil tožbeni zahtevek tožene stranke (nasprotne udeleženke) za plačilo 2,834.185,00 EUR z zamudnimi obrestmi zavrnjen. Na podlagi pritožbe nasprotne udeleženke je Vrhovno sodišče s sklepom Cpg 2/2012 z dne 17. 7. 2012 razveljavilo sklep sodišča prve stopnje I R 503/2011 z dne 16. 12. 2011 in zadevo vrnilo sodišču prve stopnje v nov postopek.

2. V novem postopku je sodišče prve stopnje s sklepom I R 600/2012 z dne 1. 10. 2013 ponovno razglasilo izvršljivost arbitražne odločbe Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije št. SA 5.6.-2/2009 z dne 11. 3. 2011.

3. Zoper sklep sodišča prve stopnje I R 600/2012 z dne 1. 10. 2013 je nasprotna udeleženka vložila pritožbo zaradi bistvene kršitve določb postopka in zaradi zmotne uporabe materialnega prava.



vir: [http://www.sodisce.si/znanje/sodna\\_praksa/vrhovno\\_sodisce\\_rs/2012032113067631/](http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/vrhovno_sodisce_rs/2012032113067631/)

4. Predlagateljici sta odgovorili na pritožbo in predlagali njeno zavrnitev.

5. Sodišče predlog za razglasitev izvršljivosti domače arbitražne odločbe zavrne, če je podan kateri od razlogov za razveljavitev iz 2. točke drugega odstavka 40. člena Zakona o arbitraži (v nadaljevanju ZArbit, drugi odstavek 41. člena ZArbit). V skladu s to določbo sodišče razveljavi domačo arbitražno odločbo, če po uradni dolžnosti ugotovi, da predmet spora ne more biti predmet arbitražnega sporazuma ali da je arbitražna odločba v nasprotju z javnim redom Republike Slovenije (2. točka drugega odstavka 40. člena ZArbit). V postopku razglasitve izvršljivosti domače arbitražne odločbe sodišče odloča po pravilih nepravdnega postopka, v katerem se smiselno uporabljajo določbe Zakona o pravnem postopku (v nadaljevanju ZPP), če ni z ZArbit ali Zakonom o nepravdnem postopku (v nadaljevanju ZNP) določeno drugače (drugi odstavek 9. člena ZArbit, 37. člen ZNP).

6. Relevantno dejansko stanje je sledeče:

- Koncesijska pogodba za izgradnjo kanalizacijskega omrežja z napravami za čiščenje ter za izvajanje gospodarske javne službe odvajanja in čiščenja odpadnih voda v Občini ..., ki je vsebovala arbitražni sporazum o pristojnosti Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije, je bila sklenjena 19. 10. 2001 (priloga B2).

- Prva predlagateljica (tuja pravna oseba) in druga predlagateljica (domača pravna oseba) sta v arbitražnem postopku v zadevi SA 5.6.-2/2009 s tožbo zahtevali plačilo za opravljeno storitev čiščenja odpadnih voda, medtem ko je nasprotna udeleženka z nasprotno tožbo zahtevala povrnitev škode zaradi neizpolnitve koncesijske pogodbe, saj naj bi predlagateljici ne zgradili celotnega kanalizacijskega omrežja (priloga A3).

- Arbitražna odločba v zadevi SA 5.6.-2/2009 je bila izdana 11. 3. 2011.

7. Pritožba ni utemeljena.

8. Predlagateljici in nasprotna udeleženka sta se (že) v postopku pred sodiščem prve stopnje sklicevali na predloženi naročeni pravni mnenji o razlagi 40. člena Zakona o gospodarskih javnih službah (v nadaljevanju ZGJS; priloga A6 - pravno mnenje prof. dr. Aleša Galiča, priloga B6 - pravno mnenje doc. dr. Aleksija Mužine). Pritožbeni očitki nasprotne udeleženke v smeri neverodostojnosti naročenega pravnega mnenja predlagateljic, ker naj bi bil njegov avtor član iste katedre na fakulteti kot dva arbitra arbitražnega senata, ki je izdal sporno arbitražno odločbo, niso utemeljeni.

9. Sodišče upošteva naročena pravna mnenja udeležencev kot del navedb o njihovih pravnih naziranjih. Udeleženci v postopku svojih pravnih naziranj niso dolžni podati, če pa jih podajo, sodišče nanje ni vezano (primerjaj tretji odstavek 180. člena ZPP). V kolikšni meri bodo pravna naziranja udeležencev vplivala na odločitev sodišča, je odvisno od njihove prepričljivosti oziroma od teže argumentov. Navsezadnje bi lahko udeleženec v svoji vlogi podal pravna naziranja, ki jih je zavzel sam arbitražni senat, pa to še ne bi pomenilo, da se sodišče v postopku razglasitve izvršljivosti domače arbitražne odločbe s takšnimi pravnimi naziranjmi ne bi smelo strinjati. Vrhovno sodišče pri tem dodaja, da okoliščina, kot je pripadnost avtorja naročenega pravnega mnenja in arbitra v isti zadevi isti katedri pravne fakultete, sama po sebi ne bi bila utemeljen razlog za izločitev arbitra, saj običajni službeni kontakti ne zbujaajo utemeljenega dvoma o neodvisnosti in nepristanskosti arbitra (15. člen ZArbit). Če takšna okoliščina sama po sebi ni okoliščina, ki bi zbujala utemeljen dvom o neodvisnosti in nepristanskosti arbitra, takšna okoliščina tudi ne more biti okoliščina, ki bi zbujala dvom v verodostojnost naročenega pravnega mnenja.

10. Nasprotna udeleženka v pritožbi nasprotuje zaključku sodišča prve stopnje, da je v obravnavanem primeru predpostavka arbitrabilnosti spora izpolnjena (drugi odstavek 41. člena ZArbit v zvezi s prvo alinejo 2. točke drugega odstavka 40. člena ZArbit). Njen očitek ni utemeljen.

11. Ker je bil arbitražni sporazum z dne 19. 10. 2001 sklenjen pred uveljavitvijo ZArbit (9. 8. 2008, 52. člena ZArbit), se njegova veljavnost presoja po dotlej veljavnih predpisih (prvi odstavek 50. člena ZArbit), torej po določbah Zakona o pravnem postopku iz leta 1999 (v nadaljevanju ZPP/99, Ur. l. RS, št. 26/1999, z nadaljnjimi spremembami in dopolnitvami), ki so veljale pred uveljavitvijo ZArbit. Prvi odstavek 460. člena ZPP/99 pa je določal, da za spore o pravicah, s katerimi prosto razpolagajo, lahko stranke s pogodbo določijo pristojnost domače arbitraže. Edini pogoj, ki ga je ZPP/99 določal za reševanje sporov pred domačo arbitražo, je bil torej ta, da gre za pravice, s katerimi stranke prosto razpolagajo.

12. V obravnavanem primeru je bila za spore iz koncesijske pogodbe dogovorjena domača arbitraža - Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije. S pravicami, ki jih stranki dogovorita v koncesijski pogodbi, stranki lahko prosto razpolagata; še zlasti, če gre na primer za pravico do plačila za opravljeno storitev ali za pravico do odškodnine zaradi kršitve koncesijske pogodbe. V obravnavanem primeru je bil pred domačo arbitražo obravnavan zahtevek za plačilo opravljene storitve čiščenja odpadnih voda oziroma nasprotni zahtevek za povrnitev škode zaradi neizgradnje celotnega kanalizacijskega omrežja, kar oboje predstavlja primer pravic, s katerimi stranke lahko prosto razpolagajo (prvi odstavek 460. člena ZPP/99).

13. V postopku pred sodiščem prve stopnje je bilo sporno, ali je (ne glede na ureditev arbitrabilnosti sporov v ZPP/99) določba 40. člena ZGJS za tam urejene primere izključevala arbitrabilnost sporov.

14. ZGJS (Ur. l. RS, št. 32/1993 z dne 17. 6. 1993) je stopil v veljavo 2. 7. 1993. Določba njegovega 40. člena se glasi: „Če pride pri izvajanju koncesijske pogodbe do spora med koncedentom in koncesionarjem, odloča o sporu redno sodišče.“ Državni zbor je nato dne 13. 7. 2011 sprejel avtentično razlago 40. člena ZGJS (Ur. l. RS, št. 57/2011 z dne 15. 7. 2011) v naslednjem besedilu: „40. člen [ZGJS] je razumeti tako, da reševanje sporov med koncedentom in koncesionarjem v zvezi z izvajanjem koncesijske pogodbe spada v izključno sodno pristojnost.“

15. Sodišče prve stopnje je v svoji obrazložitvi najprej zavzelo stališče, da avtentična razlaga, objavljena 15. 7. 2011, ne vpliva na arbitražno odločbo z dne 11. 3. 2011, saj ima arbitražna odločba med strankami učinek pravnomočne sode (38. člen ZArbit), v zadeve, o katerih je že pravnomočno odločeno, pa ni mogoče posegati. V nadaljevanju je zavzelo stališče, da določba 40. člena ZGJS, preden je Državni zbor sprejel avtentično razlago, ni izključevala arbitrabilnosti sporov s področja gospodarskih javnih služb.

16. Sodišče prve stopnje sicer nima prav, da avtentične razlage po pravnomočnosti arbitražne odločbe na načelni ravni ni mogoče upoštevati (glede vprašanja zavezovalne moči avtentične razlage glej obrazložitev spodaj), kljub temu pa pravilno zaključiti, da določba 40. člena ZGJS, tudi še preden je Državni zbor sprejel avtentično razlago, ni izključevala arbitrabilnosti sporov med koncedentom in koncesionarjem v zvezi z izvajanjem koncesijske pogodbe.

17. Avtentična razlaga je interpretativni pravni akt in je glede na to podobna interpretativnim odločbam Ustavnega sodišča. Interpretativne odločbe Ustavnega sodišča učinkujejo v tekočih sodnih postopkih, v katerih so še na voljo izredna pravna sredstva ali ustavna pritožba.<sup>(1)</sup> Smiselno enako mora veljati tudi za učinkovanje avtentične razlage. Razmejitvena točka med trenutkom, ko je avtentično razlago na načelni ravni mogoče upoštevati in ko to ni mogoče, tako ni pravnomočnost arbitražne odločbe, temveč trenutek, ko v pravnomočnost ni več mogoče poseči, to pa je zaključek postopka razglasitve izvršljivosti domače arbitražne odločbe (oziroma postopka za razveljavitev arbitražne odločbe). ZArbit sicer (izrecno) ne določa, da je posledica zavrnitve predloga za razglasitev izvršljivosti domače arbitražne odločbe tudi njena razveljavitev, ki predstavlja poseg v pravnomočnost; vendar pa je takšen de facto učinek zavrnitve predloga.<sup>(2)</sup> V postopku razglasitve izvršljivosti domače arbitražne odločbe je vprašanje arbitrabilnosti spora odprto, avtentično razlago v zvezi s tem vprašanjem pa je glede na obrazloženo na načelni ravni mogoče upoštevati, ne glede na to, da ima arbitražna odločba med strankami učinek pravnomočne sode, in ne glede na to, da (oziroma ali) je bila avtentična razlaga sprejeta šele po izdaji domače arbitražne odločbe.

18. Avtentično razlago, sprejeto po izdaji domače arbitražne odločbe, je torej mogoče upoštevati tudi v postopku razglasitve izvršljivosti. Ne drži pa pritožbeni očitke nasprotne udeleženke, da bi sodišče prve stopnje avtentično razlago zakona moralo upoštevati (op. in ji slediti). Avtentična razlaga zakona za sodišča namreč ni zavezujoča. V skladu z določbo 125. člena Ustave Republike Slovenije (v nadaljevanju URS) je sodnik vezan na ustavo in zakon, kar pa avtentična razlaga ni. Avtentična razlaga je omenjena le v Poslovniku državnega zbora (PoDZ-1, 149.-152. člen PoDZ-1), postopek njenega sprejema pa je v primerjavi z rednim zakonodajnim postopkom enostavnejši (med drugim ni možnosti veta ali referendum). Njena nezavezujoča narava izhaja tudi iz načela delitve oblasti (drugi odstavek 3. člena URS). Zakonodajalec je pristojen sprejemati zakone, medtem ko je razlaga zakonov za odločanje v konkretnih primerih naloga sodne veje oblasti. Če zakonodajalec meni, da posamezna zakonska določba ni jasna ali da so ji sodišča z razlago dala drugačno vsebino, kot ji jo je hotel dati sam, ima možnost zakon spremeniti ali dopolniti po predpisanem zakonodajnem postopku. Sodišča zakonske določbe torej razlagajo z uveljavljenimi metodami razlage, pri tem lahko upoštevajo tudi avtentično razlago zakona, niso pa tega dolžna storiti.<sup>(3)</sup>

19. Pritožbeni očitki nasprotne udeleženke, usmerjeni zoper zaključek sodišča prve stopnje, da določba 40. člena ZGJS, tudi pred sprejemom avtentične razlage, ni izključevala arbitrabilnosti sporov med koncedentom in

koncesionarjem v zvezi z izvajanjem koncesijske pogodbe, niso utemeljeni.

20. Vrhovno sodišče se z nosilnimi razlogi sodišča prve stopnje v tem delu v celoti strinja. Izpostavlja oziroma dodaja pa še sledeče: Osnovno izhodišče za presojo, ali je določba 40. člena ZGJS izključevala arbitrabilnost sporov iz koncesijskih pogodb, je umestitev te določbe v okvir splošne ureditve vprašanja, kdaj je dogovor o reševanju sporov pred arbitražo dopusten. V času sprejema ZGJS (leta 1993) je dopustnost dogovora o reševanju sporov pred arbitražo urejal Zakon o pravnem postopku iz leta 1977 (v nadaljevanju ZPP/77; Ur. l. SFRJ, št. 4/1977, z nadaljnjimi spremembami in dopolnitvami). Ta je kot splošen pogoj za dopustnost dogovora o reševanju sporov pred arbitražo določal obstoj spora o pravicah, s katerimi lahko stranke prosto razpolagajo (469. in 469.a člen ZPP/77). Kot dodaten pogoj za arbitrabilnost spora pa je za spore z mednarodnim elementom določal odsotnost izključne pristojnosti jugoslovanskega (op. oziroma slovenskega) sodišča (469. člen ZPP/77); za spore brez mednarodnega elementa pa odsotnost izključne pristojnosti drugih sodišč (torej ne arbitraže kot izbranega oziroma po tedanji terminologiji „samoupravnega“ sodišča; prvi odstavek 469.a člena ZPP/77). Če bi v posameznem primeru zakonodajalec želel izključiti arbitrabilnost določene vrste sporov (na primer zaradi varstva javnega interesa), bi to lahko, upoštevaje določbe takrat veljavnega ZPP/77, storil tako, da bi zanje določil izključno pristojnost slovenskega sodišča (za spore z mednarodnim elementom) oziroma izključno pristojnost drugega sodišča, torej ne arbitraže (za spore brez mednarodnega elementa). Nasprotno pa, glede na ureditev v ZPP/77, za izključitev arbitrabilnosti določene vrste sporov sama po sebi ne bi zadoščala zgolj odsotnost izrecne določbe o možnosti arbitražnega reševanja sporov. Glede na obrazloženo določba 40. člena ZGJS o tem, da o sporu odloča redno sodišče, glede na svoje besedilo in v povezavi s splošno ureditvijo arbitrabilnosti sporov, ne pomeni določitve izključne pristojnosti rednega sodišča; zato že ob svojem sprejemu ni predstavljala določbe, ki bi izključevala arbitrabilnost sporov iz koncesijske pogodbe.

21. Nasprotna udeleženka se v pritožbi sklicuje na stališča pravnih teoretikov, na svoje naročeno pravno mnenje ter na mnenje Zakonodajno-pravne službe Državnega zbora, iz katerih naj bi izhajal drugačen zaključek, in sicer, da določba 40. člena ZGJS izključuje arbitrabilnost sporov iz koncesijske pogodbe, vendar pa pri nobenem od teh stališč ni razvidno, kako, če sploh, so njihovi avtorji upoštevali določbe ZPP/77 (in ZPP/99), ki predstavljajo osnovno izhodišče za presojo, kdaj je nek spor arbitrabilen oziroma kdaj je njegova arbitrabilnost izključena.

22. Okoliščina, da ZGJS določa način in oblike izvajanja gospodarskih javnih služb ter da ni procesni zakon, kot je na primer ZPP ali Zakon o sodiščih (v nadaljevanju ZS), še ne pomeni, da ZGJS ne more vsebovati določbe procesne narave glede reševanja sporov. V kateri konkretni zakon bo umeščena določba o reševanju sporov, je predmet presoje zakonodajalca. V vsakem primeru pa jo je treba razlagati v povezavi z matičnim področjem, ki določeno procesno vprašanje ureja. Če se torej zastavi vprašanje, ali določba 40. člena ZGJS izključuje arbitrabilnost sporov iz koncesijskih pogodb, je treba to določbo razlagati ob upoštevanju splošne ureditve arbitrabilnosti sporov, ki izhaja iz ZPP/77 (kasneje ZPP/99 oziroma Zarbit).

23. Iz zakonodajnega gradiva jasno izhaja, da je bila ob sprejemanju (sedaj) 40. člena ZGJS dilema v tem, ali naj v sporih iz koncesijskih pogodb odloča redno sodišče (Zakon o rednih sodiščih iz leta 1977; sedaj sodišče splošne pristojnosti - prvi odstavek 97. člena ZS) ali sodišče, pristojno za upravne spore.<sup>(4)</sup> Obstoj te dileme nasprotna udeleženka ne more izpodbiti s sklicevanjem na določbo 1. člena takrat veljavnega Zakona o upravnem sporu iz leta 1977 (ZUS/77), ki naj ne bi dopuščala nobene podlage za dvom o tem, da o sporih, do katerih pride pri izvajanju koncesijske pogodbe, ne odloča upravno sodišče. Nadalje iz zakonodajnega gradiva ne izhaja, da je bil namen zakonodajalca določitev izključne pristojnosti sodišč za odločanje o sporih v zvezi z izvajanjem koncesijske pogodbe in izključitev njihovega arbitražnega reševanja, kot to želi prikazati nasprotna udeleženka v pritožbi. Iz zakonodajnega gradiva je razvidna zgolj dilema glede razmejitve pristojnosti med rednimi sodišči in upravnimi sodišči, medtem ko o izključni pristojnosti rednih sodišč ali o izključitvi arbitrabilnosti sporov iz koncesijskih pogodb sploh ni bilo govora.

24. Sodišče prve stopnje je torej pravilno zaključilo, da določba 40. člena ZGJS ob svojem sprejemu oziroma tudi pred sprejemom avtentične razlage ni izključevala arbitrabilnosti sporov med koncedentom in koncesionarjem v zvezi z izvajanjem koncesijske pogodbe. Ker je določba 40. člena ZGJS dovolj jasna in je njen pomen mogoče pojasniti z uveljavljenimi metodami razlage, potrebe po tem, da bi sodišče kot razlagalni pripomoček upoštevalo nezavezujočo avtentično razlago zakona, ki je bila sprejeta 18 let po uveljavitvi ZGJS, ni.

25. Sicer pa ob upoštevanju ureditve arbitrabilnosti sporov v ZPP/99, ki je relevantna za presojo arbitražnega sporazuma z dne 19. 10. 2001, morebitna izključna pristojnost rednih sodišč oziroma izključna mednarodna



pristojnost slovenskega sodišča ne bi predstavljala ovire za dopustnost dogovora o reševanju sporov pred domačo arbitražo (drugače v primeru tuje arbitraže po ZPP/99 - glej drugi odstavek 460. člena ZPP - oziroma v primeru sporov z mednarodnim elementom ali brez mednarodnega elementa po ZPP/77 - glej 22. točko obrazložitve zgoraj). Torej tudi če bi določba 40. člena ZGJS določala izključno pristojnost rednega sodišča (pa je ne), to po uveljavitvi ZPP/99 ne bi preprečevalo reševanja sporov iz koncesijske pogodbe pred domačo arbitražo.

26. Prav tako ni utemeljen pritožbeni očitke nasprotne udeleženke, da naj bi arbitražna odločba nasprotovala javnemu redu Republike Slovenije (drugi odstavek 41. člena ZArbit v zvezi z drugo alinejo 2. točke drugega odstavka 40. člena ZArbit).

27. Pri presoji, ali naj bi bila arbitražna odločba v nasprotju z javnim redom Republike Slovenije, pride v poštev tako imenovani mednarodni javni red, ki se nanaša tako na določbe materialnega kot procesnega prava. Kot je pojasnilo že sodišče prve stopnje, ta ne vključuje vseh prisilnih določb domačega prava, temveč le tiste imperativne pravne norme in moralna pravila, katerih kršitev bi ogrozila pravno in moralno integriteto slovenske pravne ureditve. Pridržek javnega reda se mora uporabiti samo kot skrajna možnost, in sicer takrat, ko bi njegova neuporaba privedla do posledic, ki bi bile za domač pravni red nevzdržne. Pri tem pa pridržek javnega reda ni namenjen preverjanju pravilnosti odločitve arbitraže.(5)

28. Nasprotna udeleženka si sklep Vrhovnega sodišča II Ips 462/2009 z dne 28. 1. 2010 (prva poved 12. točke obrazložitve) napačno razlaga, saj iz njegove obrazložitve ne izhaja, da bi bilo treba v postopku razglasitve izvršljivosti domače arbitražne odločbe javni red razlagati bolj široko kot v primeru priznanja tuje sodne odločbe. V izpostavljenem delu obrazložitve je Vrhovno sodišče zgolj pojasnilo tako imenovani „omiljeni“ učinek javnega reda.

29. Nasprotna udeleženka v pritožbi ponavlja očitke v zvezi z zatrjevano neopredelitevijo do navedb o neizpolnitvi pogodbe, neustrezno obrazloženostjo cene zaračunane storitve predlagateljic ter zavrnitvijo dokaznega predloga za postavitev izvedenca, ki bi preveril meritve očiščenih količin odplak. Na vse te očitke je namreč izčrpno in pravilno odgovorilo že sodišče prve stopnje, zaradi česar se Vrhovno sodišče v tem delu sklicuje na razloge prvostopenjskega sklepa (28.-30. ter 34.-41. točka njegove obrazložitve). Izhodišče sodišča prve stopnje, da je zavrnitveni razlog zaradi kršitev določb o obrazloženosti arbitražne odločbe podan le, če obrazložitev ne dosega minimalnih standardov, je pravilno.(6) Prav tako je pravilno njegovo izhodišče, da kršitev pravice do izjave pomeni kršitev javnega reda v primeru, ko gre za zlorabo procesnih pooblastil in je kršena pravica do poštenega postopka, pri čemer napačna uporaba procesnega preudarka (vključno s presojo relevantnosti in teže dokazov) praviloma ne sodi v procesni javni red.(7)

30. Pritožbene navedbe nasprotne udeleženke, da naj bi bila ravnanja predlagateljic v nasprotju z načeli obligacijskega prava (in sicer v nasprotju z načelom enakovrednosti dajatev, načelom dolžnosti izpolnitve obveznosti ter načelom vestnosti in poštenja) ter določbo 101. člena Obligacijskega zakonika (OZ), ki vsebuje pravilo sočasne izpolnitve, kar naj bi vse spadalo v okvir javnega reda, so pritožbene novote (337. člen ZPP), na katere Vrhovno sodišče že iz tega razloga ni dolžno odgovoriti. S tovrstnimi navedbami pa nasprotna udeleženka tudi sicer ne bi uspela, saj je pravilo sočasne izpolnitve dispozitivne narave in tako ne predstavlja del javnega reda Republike Slovenije.

31. Nasprotna udeleženka v pritožbi zatrjuje tudi procesne kršitve sodišča prve stopnje v postopku razglasitve izvršljivosti arbitražne odločbe. Meni, da sodišče prve stopnje ne bi smelo zavrniti njenega dokaznega predloga za vpogled v arbitražni spis ter da je sodišče prve stopnje zgolj na podlagi arbitražne odločbe v nasprotju s stališčem Vrhovnega sodišča v zadevi II Ips 82/2007 z dne 10. 12. 2009 (17. točka obrazložitve) napačno zaključilo, da je bila nasprotni udeleženci dana možnost obravnavanja v arbitražnem postopku. Pritožbeni očitke ni utemeljen. Sodišče prve stopnje je opravilo oceno celotnega poteka arbitražnega postopka. Med drugim je upoštevalo, da je nasprotna udeleženka celo vložila nasprotno tožbo, da ni prerekala trditve o opravi treh narokov, na katere je bila vabljen in se jih je tudi udeležila ter da je bil dokazni postopek pred arbitražo izveden (35. in 36. točka obrazložitve sklepa sodišča prve stopnje). Samo zavrnitev dokaznega predloga za vpogled v arbitražni spis je tudi ustrezno obrazložilo (ocenilo je, da je vpogled v spis glede na podano trditveno podlago nasprotne udeleženke nepotreben; 41. točka obrazložitve sklepa sodišča prve stopnje). Zakaj konkretno bi bil dokaz s vpogledom v arbitražni spis potreben in v katere listine naj bi sodišče vpogledalo, pa nasprotna udeleženka ni navedla (niti v postopku pred sodiščem prve stopnje).

32. Na zadnji očitke kršitve, ki naj bi bila v tem, da je sodišče prve stopnje v svoji obrazložitvi zapisalo, da so v

obrazložitvi odločbe povzete bistvene navedbe obeh strank, ne da bi v dokazno gradivo - arbitražni spis sploh vpogledalo, Vrhovno sodišče ne odgovarja, saj očitek ni konkretiziran v zadostni meri, da bi bilo nanj sploh mogoče odgovoriti.

33. Vrhovno sodišče je s tem odgovorilo na pritožbene navedbe odločilnega pomena. Ker se uveljavljani razlogi niso izkazali za utemeljene in ker tudi sicer ni zasledilo kršitev, na katere mora paziti po uradni dolžnosti, je pritožbo zavrnilo in sklep sodišča prve stopnje potrdilo (2. točka 365. člena ZPP).

---,---

Op. št. (1): Glej Nerad v: Komentar Ustave Republike Slovenije, Dopolnitev komentarja - A, Fakulteta za državne in evropske študije, 2011, 161. člen, str. 1476 (rob. št. 22) oziroma str. 1467-1470 (rob. št. 10-13).

Op. št. (2): Primerjaj Galič, Priznanje in izvršitev domačih in tujih arbitražnih odločb v Sloveniji, ZZR 2013, str. 110.

Op. št. (3): Glej pritrdilno ločeno mnenje sodnice mag. Jadranke Sovdat k sklepu U-I-103/11 z dne 4. 7. 2011, ki se mu pridružuje sodnik mag. Miroslav Mozetič; odklonilno ločeno mnenje sodnice dr. Jadranke Sovdat k odločbi U-I-128/11 z dne 14. 2. 2013, ki se mu pridružuje sodnica dr. Dunja Jadek Pensar; Zagorc, Avtentična razlaga zakona, ZZR 2012, str. 282, 283, 293; Galič, Arbitrabilnost sporov iz koncesijske pogodbe, PP 41-42/2011, str. 11.

Op. št. (4): Glej Poročevalec Skupščine Republike Slovenije in skupščine SFR Jugoslavije, št. 17/1991, z dne 3. 6. 1991, Predlog za izdajo zakona o gospodarskih javnih službah z osnutkom zakona, str. 13 (56. člen: Če pride pri izvrševanju koncesijske pogodbe do spora med koncedentom in koncesionarjem glede določb, vsebovanih v reglementarnem delu pogodbe, odloča o sporu sodišče, pristojno za upravne spore (prvi odstavek). Če pride pri izvrševanju koncesijske pogodbe do spora med koncedentom in koncesionarjem, odloča o sporu sodišče, pristojno za upravne spore (drugi odstavek). Varianta 56. člena: Če pride pri izvrševanju koncesijske pogodbe do spora med koncedentom in koncesionarjem glede določb, vsebovanih v kontraktualnem delu pogodbe, odloča o sporu redno sodišče.) in str. 17 (Po opravljenem izboru oziroma pridobitvi koncesionarja bo po predvideni zakonski ureditvi koncedent sklenil s koncesionarjem koncesijsko pogodbo, ki bo imela reglementarne in kontraktualne sestavine. V okviru reglementarnih sestavin koncesijske pogodbe koncedent določi (enostransko) način in pogoje za izvrševanje konkretne javne službe ter pogoje za uporabo javnih dobrin, ki se bodo z njo zagotavljali. V okviru kontraktualnih sestavin koncesijske pogodbe pa se bodo uredila medsebojna razmerja med koncedentom in koncesionarjem za [u]resničevanje predmeta koncesijske pogodbe (npr. način in roki plačil in morebitna varščina, razmerja glede sredstev, ki jih vlaga koncesionar, pogodbene sankcije zaradi neuresničevanja ali nepravilnega izvrševanja javne službe, dogovor o morebitnem odkupu koncesije, idr.). Spori v zvezi s koncesijsko pogodbo naj bi se reševali glede na to, iz katerega dela pogodbe izvirajo, pred rednim, civilnim sodiščem ali pa pred sodiščem, pristojnim za upravne spore.)

Op. št. (5): Primerjaj Ude, Arbitražno pravo, GV Založba, Ljubljana, 2004, str. 252; Galič, Priznanje in izvršitev domačih in tujih arbitražnih odločb v Sloveniji, ZZR 2013, str. 119-120.

Op. št. (6): Primerjaj sklep VS RS II Ips 82/2007 z dne 10. 12. 2009 (8. in 14. točka obrazložitve).

Op. št. (7): Primerjaj sklep VS RS II Ips 82/2007 z dne 10. 12. 2009 (8. točka obrazložitve).

## S smernicami za arbitre do boljše arbitraže

Nejc Lahne

Nejc Lahne, univ. dipl. pravnik je namestnik generalnega sekretarja Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije, e-mail: nejc.lahne@gzs.si

Arbitraža je vedno bila nekaj več od golega načina reševanja sporov. Izkušeni arbitri znajo povedati, da so poleg pravnega znanja, pri arbitraži velikega pomena tudi izkušnje, managerski pristop in človeške lastnosti arbitra, ki zna v pravem trenutku odločno in dovolj taktčno reagirati. Arbitraža je po svoji naravi zelo dinamična in terja hitre odločitve, ki imajo podlago v procesnem okviru (arbitražni sporazum, arbitražna pravila in *lex arbitri*) in so usmerjene v zagotovitev pravičnega in učinkovitega postopka rešitve spora.

Ker je arbitraža tudi postopek, ki v svojem bistvu temelji na zaupanju strank v arbitre na eni in arbitražno institucijo na drugi strani, je za arbitražo bistveno, da skozi celotni postopek izkazuje transparentnost. Stranke morajo zaupati arbitru, da bo nepristransko in neodvisno sprejel pravično odločitev in arbitražni instituciji, da bo suvereno opravila svojo nalogo podpore postopku in izvrševanja postopkovnih pristojnosti v imenu in za račun strank (npr. nadomestno imenovanje in razrešitev arbitra, določitev višine plačila arbitru ipd.). Zato morajo biti "pravila igre" v arbitraži povsem jasna, da stranke v naprej vedo kaj lahko pričakujejo in zahtevajo od arbitrov ter kakšne vzvode in pristojnosti v postopku ima arbitražna institucija.

Verjamem, da je Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije (v nadaljevanju: Stalna arbitraža) z Ljubljanskimi arbitražnimi pravili strankam ponudila soliden procesni okvir za reševanje gospodarskih sporov. Tako Ljubljanska arbitražna pravila, z upoštevanjem najnovejših trendov v institucionalni arbitraži, predstavljajo moderno podlago za učinkovito vodenje arbitražnih postopkov. S svojim jasnim in klenim jezikom pravila vodijo udeležence skozi arbitražni postopek, pri tem pa ne vsebujejo t.i. pedagoških določb, ki so po svoji naravi namenjene predvsem informiranju uporabnikov o načinu vodenja postopka.

Sedaj že pregovorni 21. člen Ljubljanskih arbitražnih pravil (t.i. *magna charta* arbitraže) daje arbitrom pristojnost, da ob upoštevanju temeljnih premis kontradiktornega postopka (ang. *due process*), postopek vodijo tako kot štejejo za primerno. S to pristojnostjo pa je arbitrom naložena tudi odgovornost učinkovitega administriranja postopka, ki mora slediti tempu arbitraže in njeni stroškovni učinkovitosti. Stalna arbitraža zato z namenom, da arbitrom ponudi praktični pripomoček in vir informacij za vodenje arbitražnih postopkov, pripravlja **Smernice za arbitre** (v nadaljevanju: Smernice). Gre za uveljavljen način "mehkega pristopa" k višanju kvalitete arbitražnih storitev v institucionalni arbitraži, ki je v prvi vrsti namenjen arbitrom – kot pripomoček, v drugi pa strankam – kot vir informacij. Smernice bodo vsebovale informacije kot opomnik senatu za uspešno vodenje arbitražnih postopkov in prikaz prakse predsedstva in sekretariata Stalne arbitraže pri določanju stroškov arbitraže ter sprejemanju drugih odločitev v postopkih. Poleg navedenega, bodo Smernice vsebovale tudi informacije o pogosto nejasnih vprašanjih, povezanih z davki in prispevki na delo arbitrov ter vzorca časovnega načrta poteka postopka in arbitražne odločbe Stalne arbitraže.

Smernice, ki bodo imele naravo pripomočka za arbitre (in ne dopolnilnih oziroma dodatnih arbitražnih pravil), Stalna arbitraža pripravlja v okviru delovne skupine, sestavljene iz predstavnikov sekretariata, predsedstva in zunanjih strokovnjakov. **Smernice bodo izšle v letu 2015.**

*"Arbitraža je dobra toliko, kolikor so dobri arbitri"*, je misel, ki determinira vsak arbitražni postopek. Neizbežno je, da stranke sodijo arbitre po njihovem delu in da se lahko reference arbitra merijo le v dobrem ustnem izročilu. Smernice bodo tako arbitrom predstavljale osnovno vodilo pri njihovem delu, strankam pa nakazovale v kakšni smeri lahko gredo njihova pričakovanja, ko je govora o učinkovitosti vodenja arbitražnega postopka in ocenjevanju dela arbitra.

Stalna arbitraža z namenom, da arbitrom ponudi praktični pripomoček in vir informacij za vodenje arbitražnih postopkov, pripravlja Smernice za arbitre

Gre za uveljavljen način "mehkega pristopa" k višanju kvalitete arbitražnih storitev v institucionalni arbitraži, ki je v prvi vrsti namenjen arbitrom – kot pripomoček, v drugi pa strankam – kot vir informacij

## Save the Date: 24 March 2015

### Joint UNCITRAL-LAC Conference on Dispute Settlement

Stalna arbitraža pri GZS

The conference is organized jointly by UNCITRAL and the Ljubljana Arbitration Centre (LAC) and will take place at the Slovenian Chamber of Commerce and Industry (Dimičeva 13, Ljubljana, Slovenia) on Tuesday, 24 March 2015.

We are looking forward to welcoming some of the most renowned speakers from the field at the conference as well as connect participants from around the world in particular arbitrators, lawyers representing parties in arbitrations, state officials dealing with investor-state arbitration, in-house counsels and globally operating businesses.

The panels of the conference will deal with:

- ♦ The ongoing revision of the UNCITRAL Notes on the organizing of arbitral proceedings,
- ♦ Practice and jurisprudence on the New York Convention (1958),
- ♦ Parallel proceedings in investor-state arbitration, and
- ♦ The future and possible reforms of investor-state arbitration.

**We are looking forward to welcoming you in Ljubljana.**

**WHEN:** Tuesday, 24 March 2015

**WHERE:** Slovenian Chamber of Commerce and Industry, Dimičeva 13, Ljubljana, Slovenia

**WHO:** Arbitrators, lawyers representing parties in arbitrations, state officials dealing with investor-state arbitration, in-house counsel and globally operating businesses

More information on the conference, the programme and the registration can be found at:

[www.sloarbitration.eu/en/Joint-UNCITRAL-LAC-Conference](http://www.sloarbitration.eu/en/Joint-UNCITRAL-LAC-Conference)



**United Nations**  
**UNCITRAL**



**LJUBLJANA**  
**ARBITRATION CENTRE**  
AT THE CHAMBER OF COMMERCE  
AND INDUSTRY OF SLOVENIA



## Save the Date: 25 March 2015

### The Ljubljana Willem C. Vis Pre-Moot

Stalna arbitraža pri GZS

Dear Friends and Colleagues,

The Ljubljana Willem C. Vis Pre-Moot will take place on Wednesday, 25 March 2015 at the office building of the Slovenian Chamber of Commerce and Industry (Dimičeva 13, Ljubljana, Slovenia).

The Pre-Moot is conveniently taking place only a couple of days before the 22nd Vis Moot in Vienna and, as Ljubljana is just a couple of hours train ride from Vienna, this is a great possibility for one last practice before the Vienna Moot.

Participating in the Ljubljana Pre-moot will help you to elaborate your arguments, evaluate your team's performance and do some final tweaks before the main competition in Vienna. You will argue against new teams and plead before arbitrators who have experience in real life arbitration. Participation at the Pre-Moot is free of charge but the participants are requested to make their own accommodation arrangements. The Ljubljana Arbitration Centre has negotiated preferred rates for the participants at the Ljubljana hotels.

The Pre-Moot will be preceded by the UNCITRAL-LAC Joint Conference on Dispute Settlement, which will take place at the same venue on Tuesday, 24 March 2014, with renowned speakers and participants from around the world.

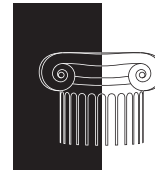
**WHEN:** Wednesday, 25 March 2015

**WHERE:** Slovenian Chamber of Commerce and Industry, Dimičeva 13, Ljubljana, Slovenia

**HOW TO GET FROM LJUBLJANA TO VIENNA:** As Ljubljana is fairly close to Vienna, the easiest way is to travel by train.

More information can be found at:

[www.sloarbitration.eu/en/Joint-UNCITRAL-LAC-Conference/Ljubljana-Pre-Moot](http://www.sloarbitration.eu/en/Joint-UNCITRAL-LAC-Conference/Ljubljana-Pre-Moot)



LJUBLJANA  
ARBITRATION CENTRE  
AT THE CHAMBER OF COMMERCE  
AND INDUSTRY OF SLOVENIA



## Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot – prvi stik s svetom arbitraže

Petra Lipovšek

Petra Lipovšek je študentka magistrskega študijskega programa na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. Ob študiju se je udeleževala različnih tekmovanj, seminarjev ter pridobivala izkušnje na študentski praksi v odvetniški pisarni. Trenutno dela na Ameriški gospodarski zbornici, izpostaviti pa velja tudi udeležbo na mednarodnem tekmovanju Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot v lanskem študijskem letu. V letošnjem letu pa je na omenjenem tekmovanju prevzela vlogo ene izmed vodij ekipe Pravne fakultete v Ljubljani. V prihodnosti se želi usmeriti predvsem na področje gospodarskega prava ter alternativnega reševanja sporov.

Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, poimenovan celo "Olimpijske igre mednarodnega trgovinskega prava", predstavlja eno izmed najprestižnejših tekmovanj te vrste

Obseg, pomen in potreba po arbitražnem postopku so se v zadnjem desetletju izjemno povečali, še posebej za reševanje mednarodnih gospodarskih sporov. Zato ustanovitev mednarodnega tekmovanja, ki je bilo označeno kot najpomembnejši dogodek za širjenje znanja o arbitraži med študenti<sup>1</sup>, ni nobeno presenečenje. Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot (Vis Moot), poimenovan celo "Olimpijske igre mednarodnega trgovinskega prava"<sup>2</sup>, predstavlja eno izmed najprestižnejših tekmovanj te vrste. Tekmovanje na Dunaju bo letošnje študijsko leto potekalo že dvaindvajseto, v Hong Kongu pa enajsto leto. Seznam organizatorjev in soorganizatorjev pa skupaj s številnimi zvanečimi imeni s področja mednarodnega gospodarskega prava in arbitraže (ti kot arbitri ocenjujejo tekmovalce) nedvomno priča o visokem akademskem ugledu tekmovanja.

Temelj tekmovanja predstavlja hipotetičen primer, ki vsebuje spor dveh mednarodnih gospodarskih subjektov. Sestavljen je iz dveh delov; procesnih vprašanj arbitražnega postopka ter mednarodne prodaje blaga. Primer načrtno odpira mnoga nerešena vprašanja iz

prakse, naloga študentov pa je poiskati čim bolj kreativne rešitve, ki bi stranko pripeljale do najboljšega rezultata.

Pomemben del izziva predstavlja zagovarjanje obeh strani zgodbe. Zagovornik naj bi resnično razumel problem in poznal najboljšo argumentacijo za svojo stran, le, če lahko učinkovito zagovarja tudi nasprotno stran. S tem so organizatorji želeli poudariti, da je namen tekmovanja učinkovito zagovorništvo, ne pa tekmovanje v tem, katera stran ima boljše vsebinske argumente.<sup>3</sup> Tekmovanje študentom prava nudi priložnost interakcije s študenti iz drugih držav in kultur. Načeloma so pari, ki nastopijo eden proti drugemu, sestavljeni tako, da ekipa kontinentalnega pravnega sistema nastopa proti ekipi iz anglosaškega pravnega sistema. Še večji čar samega tekmovanja pa je, da so tudi arbitri iz najrazličnejših držav. Ne gre zanemariti dejstva, da tekom priprav in pisanja memorandumov udeleženci dodobra spoznajo pomembne mednarodne pravne vire, kot so Konvencija združenih narodov o pogodbah o mednarodni prodaji blaga (1980)<sup>4</sup>, Newyorška konvencija o priznanju in izvršitvi tujih arbitražnih odločb<sup>5</sup>, Vzorčni zakon UNCITRAL o

1 Berger, K. P.: International Commercial Arbitration, Chapter 17: The Arbitration Agreement in Enforcement Proceedings of Foreign Awards: Burden of Proof and the Legal Relevance of the Tribunal's Decision, v Stefan Michael Kröll, Loukas A. Mistelis, *et al.* (eds.), International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution, (Kluwer Law International 2011) str. 317 – 335.

2 The Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, 15. 8. 2001, [http://h2g2.com/edited\\_entry/A588170](http://h2g2.com/edited_entry/A588170) (20. 11. 2014).

3 Bergsten, E. E.: The Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot and the Teaching of International Commercial Arbitration, Arbitration International, (LCIA; Kluwer Law International 2006, Volume 22 Issue 2), str. 309 – 314.

4 Ur. l. SFRJ, št. 10/1.

5 Ur. l. SFRJ, MP, št. 11/81.

mednarodni trgovinski arbitraži<sup>6</sup> in vsako leto na novo določena arbitražna pravila. Za letošnji primer so organizatorji izbrali Arbitražna pravila ICC<sup>7</sup>.

Letošnji primer izpostavlja aktualne procesne in materialne probleme. Prvo procesno vprašanje se osredotoča na vprašanje arbitra za nujne primere, ki je razmeroma nov institut. Ljubljanska arbitražna pravila na primer postopek omogočajo od prvega januarja letos. Problem se nanaša na jurisdikcijo arbitra za nujne primere in veljavnost, predvsem pa vsebinsko utemeljenost nujnega začasnega ukrepa. V nadaljevanju odpira vprašanje pritegnitve matične družbe, ki je v omejenem obsegu sodelovala pri poslovnih dogovorih svoje hčerinske družbe, v postopek pred arbitražo. Navezuje se tudi na problem povezanih družb in dobre vere strank pri sklepanju arbitražnega sporazuma. Materialni del problema pa se osredotoča na skladnost dokumentarnega akreditiva s temeljno pogodbo in vpliv spremembe klavzul Incoterms, pa tudi problematiko anticipiranega odstopa od pogodbe po Konvenciji združenih narodov o pogodbah o mednarodni prodaji blaga.

Ekipe Pravne fakultete Univerze v Ljubljani že vse od leta 1998, ko se je fakulteta prvič pomerila na tekmovanju na Dunaju, uspešno konkurirajo ekipam iz najprestižnejših univerz<sup>8</sup>. Na Dunaju namreč sodeluje okoli 300 ekip. Še posebej pa velja izpostaviti uspeh ekipe pred tremi leti, ko je v Hong Kongu osvojila izvrstno drugo mesto v kategoriji najboljšega memoranduma za tožnika, in tako prejela "*Eric Bergsten Award for the Best Claimant's Memorandum*". Člani lanskoletne ekipe pa smo v hudi konkurenci na Dunaju prejeli "*Pieter Sanders Award for the Best Memorandum on behalf of the Claimant – Honorable Mention*".

Vis Moot nedvomno pomembno prispeva k razvoju gospodarskega in arbitražnega prava, saj ima, kot pravijo, "transformacijski učinek" na tisoče študentov prava ter bo tako vplival na študente tudi v prihodnjih letih.<sup>9</sup> Po mnenju mnogih avtorjev noben drug

dogodek v svetu mednarodne arbitraže ne prispeva toliko k razvoju in promociji tega področja.<sup>10</sup>

Na drugi strani pa za posameznega študenta udeležba predstavlja izjemno izkušnjo in veliko dodano vrednost. Zaradi priprav na ustne nastope, poleg poglobljenega vsebinskega znanja izpopolni tudi veščine javnega nastopanja. Najpomembnejše pa je, da tekmovanje nudi nenadomestljivo zakladnico znanja in edinstven vpogled v svet arbitraže, ki ga v takšnem obsegu ne bi mogli pridobiti z golim študijem. Z udeležbo na tekmovanju smo torej naredili prvi korak. Pomembno spoznanje, ki nam bo prišlo prav tudi v prihodnje je, da je uspeh odvisen od odnosa do dela, jasne osredotočenosti ter skupnega prizadevanja. Glede na zanimanje in spoštovanje, ki ga študentje kažemo do arbitražnega prava, sem prepričana, da je prihodnost arbitraže v dobrih rokah. Znanje, pridobljeno na tekmovanju, nam predstavlja odlično odskočno desko, vsi pa se zavedamo, da nas čaka še dolga pot, če se želimo uveljaviti v svetu arbitraže.

Vis Moot nedvomno pomembno prispeva k razvoju gospodarskega in arbitražnega prava, saj ima, kot pravijo, "transformacijski učinek" na tisoče študentov prava ter bo tako vplival na študente tudi v prihodnjih letih

Glede na zanimanje in spoštovanje, ki ga študentje kažemo do arbitražnega prava, sem prepričana, da je prihodnost arbitraže v dobrih rokah

6 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006.

7 ICC Rules of Arbitration, 2012.

8 Na tekmovanju sodelujejo med drugimi University of Heidelberg, University of Leiden, Columbia University, Harvard University, Yale University.

9 Shaughnessy, P., Lavelle, T., *et al.*: Part III: Legal Education, Chapter 41: Three Perspectives on the Willem C. Vis International Commer-

cial Arbitration Moot, v Stefan Michael Kröll, Loukas A. Mistelis, *et al.* (eds.), International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution, (Kluwer Law International 2011), str. 731 – 754.

10 Berger, K. P.: Part I: International Commercial Arbitration, Chapter 2: The TransLex Principles: An Online Research Tool for the Vis Moot and International Arbitration, v Stefan Michael Kröll, Loukas A. Mistelis, *et al.* (eds.), International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution, (Kluwer Law International 2011), str. 33 – 53.

## Arbitraža v intra ex-Yu poslovanju

Stalna arbitraža pri GZS

www.sloarbitration.eu/  
KSA-2014

Sorodnosti v kulturi, jeziku, pravnih ureditvah in poslovnih okoljih podjetjem iz področja nekdanje skupne države od nekdanj omogočajo tesno gospodarsko sodelovanje in investicijske priložnosti. Medsebojne spore poslovneži iz regije že tradicionalno ne rešujejo pred državnimi sodišči temveč z arbitražo, pri čemer želijo izbrati nevtralen forum in arbitraži prijazno okolje.

Da so ex-Yu trgi življenjskega pomena za večino izvozno orientiranih podjetij iz regije in da sta pravna varnost transakcij in učinkovitost reševanja sporov med njimi na prvem mestu, se je strinjalo več kot 150 udeležencev Konferenca slovenske arbitraže, ki jo je Stalna arbitraža pri GZS organizirala na Martinovo 11. novembra 2014.

Na osrednjem slovenskem dogodku o arbitraži so bile premierno predstavljene tudi prednosti mediacijskega postopka po Ljubljanskih mediacijskih pravilih, ki so v pripravi in bodo pričela veljati v letu 2015. Mediacija v gospodarskih sporih namreč postaja vse pogostejša izbira podjetij. Uporabniki se odločajo za mediacijo v obliki samostojnega mehanizma in predvsem v različnih kombinacijah z arbitražo. Mediacija tako vse bolj postaja del celovite strategije razreševanja poslovnih sporov.

Sklepni del konference je bil obarvan z aktualnimi razmerami v gospodarstvu. S strukturnimi reformami v bančništvu in postopno prodajo državnih deležev v gospodarskih družbah se odpira trg združitve in prevzemov. Oživitev borze in trgovanja z vrednostnimi papirji pa bosta temeljito prevetrila korporacijska in finančna razmerja. Določenim sporom se v tem procesu ne bo moč izogniti. Udeleženci konference so zato v luči aktualnih razmer v gospodarstvu razpravljali o priložnostih arbitražnega reševanja sporov v združitvah in prevzemih, v finančnem prestrukturiranju sistemskih podjetij, v finančnih sporih ter v postopkih privatizacije podjetij v državni lasti.

2014

## Konferenca slovenske arbitraže

Arbitraža v intra ex-Yu  
poslovanju



## Popravek – *Errata Corrige*

Stalna arbitraža pri GZS

V prejšnji številki Slovenske arbitražne prakse (Letnik III, Številka 2, junij 2014) smo na strani 12 objavili napačen zapis zaposlitvenih referenc avtorice Mojce Fakin.

Pravilen zapis avtoričinih referenc je:

“Mojca Fakin je diplomirala *cum laude* na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani (2012). V okviru študija se je izpopolnjevala v tujini v okviru pripravništev, med drugim tudi v Parizu, Franciji, pri Mednarodnem arbitražnem sodišču Mednarodne trgovinske zbornice (ICC Court of Arbitration). Po zaključenem študiju, je opravila volontersko pripravništvo pri Višjem sodišču v Ljubljani, trenutno pa opravlja odvetniško pripravništvo v odvetniški pisarni Fabiani, Petrovič, Jeraj v Ljubljani. E-mail: m.fakin@fpj-op.si”.

Za napako se avtorici opravičujemo.

Uredništvo revije Slovenska arbitražna praksa

## 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 objavljani 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 drugi reviji. 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. Pripombe 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 urednikov.

#### 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](mailto: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  
Dimičeva 13  
SI-1504 Ljubljana, Slovenia  
E-mail: [arbitraznapraksa@gzs.si](mailto:arbitraznapraksa@gzs.si)

# Naročilnica na revijo Slovenska arbitražna praksa



slovenska  
arbitražna praksa

Naročam revijo Slovenska arbitražna praksa

ime in priimek

\*podjetje ali organizacija

naslov

poštna številka kraj

telefon

e-pošta

DA / NE

\*matična številka plačnika ID za DDV davčni zavezanec

datum podpis

\*žig

*\* Izpolnijo samo pravne osebe.*

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

Cena letne naročnine:

80,00 EUR z vključenim DDV.

Poštšina 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



# Konferenca slovenske arbitraže

Arbitraža v intra ex-Yu  
poslovanju

2014



STALNA ARBITRAŽA  
PRI GOSPODARSKI  
ZBORNICI SLOVENIJE

v sodelovanju z:  
in cooperation with:



United Nations  
UNCITRAL

Stalna arbitraža pri GZS je v sodelovanju s Komisijo Združenih narodov za mednarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL) organizirala tradicionalno Konferenco slovenske arbitraže.

Ljubljana Arbitration Centre in cooperation with the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) organized a traditional event in the field of commercial arbitration in Slovenia – Slovenian Arbitration Conference.

Konferenca 2014 je bila posvečena arbitraži v intra ex-Yu poslovanju. Govorci in več kot 150 udeležencev so tudi skušali postaviti »mostove« med mediacijo in arbitražo ter poiskati priložnosti arbitraže v času ponovnega oživljanja kapitalskih trgov.

The 2014 conference was devoted to arbitration in intra ex-Yu commerce. Panelists and more than 150 participants also attempted to build »bridges« between mediation and arbitration and search for opportunities for arbitration in times of the renewed recovery of capital markets.



# Konferenca slovenske arbitraže 2014



»Samo izzivi in cilji nas ohranjajo sposobne in uspešne. Kjer so ambicije, je tudi pot«

»Only challenges and goals can keep us qualified and successful. Where there are ambitions, there's a way«

Dr. Konrad Plaustajner,  
President, Ljubljana Arbitration Centre

»Letos lahko ugotovim, da je Konferenca slovenske arbitraže presegla slovenske okvire in prerasla v mednarodni dogodek. Tako se uresničuje naša usmeritev z lanske konference – Ljubljano postavimo na zemljevid arbitraže«

»This year I find that the Slovenian Arbitration Conference has exceeded borders of Slovenia and has grown into an international event. Focus of last year's conference is coming through – we are putting Ljubljana on the map of arbitration«

Marko Djinović, Secretary General,  
Ljubljana Arbitration Centre





# Konferenca slovenske arbitraže 2014

»The work undertaken by UNCITRAL on modernizing and harmonizing international commercial law is key to the conduct of commercial activity on the basis of rules that are transparent and predictable. The dissemination of UNCITRAL standards and their progressive adoption by States facilitates trade and investment and assist economic development«

Corinne Montineri, UNCITRAL



»There is good legal framework for developing arbitration as dispute resolution mechanism in Serbia and, what is just as important: the courts in Serbia have formed a positive attitude towards arbitration. However, even in such an arbitration friendly environment, arbitration is rarely agreed upon in Serbia, mostly because of lack of practice to agree on arbitration and higher costs than in court proceedings«

Senka Mihaj, Karanović/Nikolić, Belgrade





»It is essential for arbitration law to protect the sanctity of an arbitration agreement freely negotiated between commercial parties«  
Boris Babić, Babić & Partners, Zagreb

»Legal framework for arbitration in Montenegro is in line with UNCITRAL Model Law, but the practice of stipulating arbitration in Montenegro is still scarce«  
Dr. Maja Kostić-Mandić,  
Faculty of Law, Podgorica



»Macedonia remains an arbitration “friendly” jurisdiction, however, insufficient awareness about the advantages of arbitration and substantially higher costs of arbitration proceedings in comparison with litigation costs, continue to encourage local companies to submit their disputes to the national courts«  
Gjorgji Georgievski, ODI Macedonia, Skopje





»Arbitration and mediation are two different dispute resolution methods - both can and should be used together or separately, depending on the circumstances of each case, to achieve the best possible outcome for the parties«

Mag. Nina Betetto, Supreme Court of the Republic of Slovenia, Ljubljana

»Mediacija v arbitražnem postopku je lahko enako uspešna kot mediacija v rednem sojenju. Vendar to ni enako. Predvsem med odvetniki in arbitri je treba razvijati znanja o tem, kdaj in kako ponuditi mediacijo. Zelo podpiram izraz "mediacijsko okno v arbitraži": ko se zaprejo ena vrata, se odprejo druga«

»Mediation in the arbitration proceedings can be equally successful as court-annexed mediation. However, the two are not the same. Particularly between lawyers and arbitrators we should develop knowledge about when and how to offer mediation to the parties. I strongly support the term "mediation window in arbitration proceedings": when one door closes, the other door opens«

Mag. Gordana Ristin, Slovenian Association of Mediators, High Court in Ljubljana



# Konferenca slovenske arbitraže 2014



»Spore povezane z modelom zunajsodnega finančnega prestrukturiranja sistemskih podjetij je primerneje reševati zunajsodno. Arbitraža se pri tem ponuja kot zelo primerna izbira«

»It is more appropriate to resolve disputes in connection with out-of-court financial restructuring of important enterprises with out-of-court dispute resolution mechanisms. In this view, arbitration can be a viable choice«

Mag. Uroš Ilić, ODI Slovenia, Ljubljana

»Priložnosti za arbitražno reševanje sporov v privatizacijskih poslih so številne, saj arbitraža tudi v tem kontekstu predstavlja učinkovit mehanizem. Čeprav je v zadnjih letih na tem področju, tudi v Sloveniji, opazen pomemben napredek, še vedno ostaja precej prostora za izkoristek prednosti arbitraže tudi v teh postopkih, kjer suvereni prodajalci sodelujejo v klasičnih M&A sporih«

»Arbitration is an effective mechanism also for resolving disputes arising from privatization transactions. Although important progress has been made in the recent years, also in Slovenia, there is still leeway for using the advantages of arbitration in these proceedings«

Dr. Maja Menard, Ulčar & partners, Ljubljana



»Izvršljivost arbitražnih odločb, ki je na podlagi Newyorške konvencije (1958) priznana v več kot 150 državah sveta, poudarjena zaupnost postopka, nevtralnost in možnost imenovanja specializiranih strokovnjakov za arbitre običajno predstavljajo glavne prednosti arbitraže pri reševanju pogosto zelo kompleksnih sporov iz M&A transakcij, še zlasti ko stranke prihajajo iz različnih jurisdikcij«

»The enforceability of arbitral awards under the New York Convention (1958), confidentiality of the proceedings, neutrality and the possibility of nominating specialized experts as arbitrators are usually seen as the main advantages of arbitration in resolving the complex disputes arising out of M&A transactions, especially when parties come from different jurisdictions«

David Premelč, RPPP, Ljubljana



konferenco so omogočili:



ODI ■ Law

BABIĆ &  
PARTNERS  
LAW FIRM

  
ANDREAS REINER & PARTNERS  
RECHTSANWÄLTE · ATTORNEYS · AVOCATS · 律師

JADEK  PENSA

karanovic/nikolic

  
Jovović, Mugoša & Vuković  
LAW OFFICE

  
ROJS, PELJHAN, PRELESNIK & PARTNERJI

TKALČIĆ-ĐULIĆ & PREBANIĆ, RIZVIĆ,  
JUSUFBAŠIĆ-GOLOMAN  
LAWYERS' OFFICE

**TLA** Top-tier Legal  
Adriatic

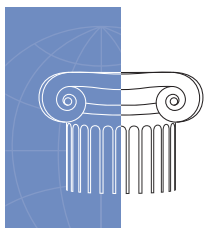


# Konferenca slovenske arbitraže 2014



Se vidimo prihodnje leto ...





# STALNA ARBITRAŽA

PRI GOSPODARSKI  
ZBORNICI SLOVENIJE

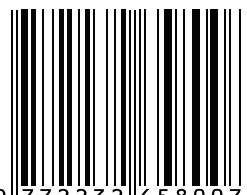
Rešujemo spore od leta 1928

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



9 772232 658007