

slovenska
arbitražna praksa



Letnik IV, številka 2 (junij 2015)

Smeri
v arbitraži

slovenskih pravnikov

8. in 9. oktober 2015, Portorož

Vabljeni na največje pravniško srečanje!

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

Program

četrtek, 8. oktober

1. sekcija: Dostop do Vrhovnega sodišča v civilnih zadevah: izkušnje z dopuščeno revizijo in kako naprej vodja: dr. Aleš Galič

- Od individualnega do javnega (precedenčnega) namena Vrhovnega sodišča: ustavnopravni vidik *Jan Zobec*
- Pozitivne in negativne izkušnje z dopuščeno revizijo v praksi *dr. Mile Dolenc*
- Ali naj bo sklep Vrhovnega sodišča o nedopustitvi revizije obrazložen *dr. Aleš Galič*
- Kako preprečiti, da Vrhovno sodišče postane vir neenotne sodne prakse *mag. Nina Betetto*
- Ureditev dostopa do Vrhovnega sodišča z vidika odvetnika *Matija Testen*

2. sekcija: Zavarovalništvo v Sloveniji vodja: dr. Šime Ivanjko

- Zavarovalništvo kot varen finančni sistem *Sergej Simoniti*
- Zavarovalništvo kot pomembna gospodarska panoga *mag. Maja Krumberger*
- Slovensko zavarovalništvo na tujih trgih *dr. Tristan Šker*
- Aktualna vprašanja dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja *Bruno Nikolič*
- Zavarovalni posrednik kot podjetniški svetovalec *dr. Šime Ivanjko*

3. sekcija: Uveljavitev novele ZGD-11 vodja: dr. Marijan Kocbek

- Novelirani instituti delniškega prava glede upravljalke in kapitalske strukture ter uveljavljanja pravic manjšinskih delničarjev in upnikov *dr. Marijan Kocbek*
- Nova ureditev omejitve ustanavljanja družb in podjetnikov, pridobitve statusa družbenika ter prenehanja gospodarskih družb *dr. Borut Bratina*
- Prenovljeno bilančno pravo v ZGD-11 in posledice na spremembe v računovodskem pravu *dr. Marjan Odar*
- Novelirani instituti pri samostojnih podjetnikih, osebnih družbah ter družbah z omejeno odgovornostjo *dr. Saša Prelič*
- Podrobnejša pravila varstva upnikov in manjšinskih delničarjev v koncernskem pravu (povezane družbe in podjetniška pogodba) *dr. Peter Podgorelec*

4. sekcija: Priznanje krivde v praksi vodja: dr. Katja Šugman Stubbs

- Dobra in slaba praksa v postopkih priznanja krivde: pogled tožilca *Boštjan Jeglič*
- Priznanje krivde – institut, ki je kazenski proces postavil na stranski tir *mag. Mitja Jelenič Novak*
- Neformalna pogajanja o priznanju krivde: pregled sodne prakse *Ana Testen*
- Sporazumevanje in priznanje krivde – kako smo zmogli brez njiju *Janko Marinko*
- Priznanje krivde: kaj sploh še dela sodišče *dr. Katja Šugman Stubbs*

Okrogla miza: Različni vatli za ocenjevanje sodstva vodja: dr. Lojze Ude

petek, 9. oktober

5. sekcija: Aktualna vprašanja delovnega in socialnega prava vodja: dr. Darja Senčur Peček

- Spremenjena razlaga in uporaba institutov delovnega prava *dr. Darja Senčur Peček*
- Diskriminacija v delovnih razmerjih *dr. Barbara Kresal*
- Oblikovanje sodne prakse po uveljavitvi ZDR-1 *mag. Ivan Robnik*
- Stanje in trendi na področju kolektivnih pogodb *dr. Katarina Kresal Šoltes*
- Lastninsko varstvo socialnih pravic *dr. Grega Strban*

6. sekcija: Aktualna vprašanja na področju prevzemov in novela ZPre-1G vodja: mag. Dušan Pšeničnik

- Novosti ZPre-1G *mag. Dušan Pšeničnik, Aleš Gorišek*
- Vloga Agencije za trg vrednostnih papirjev v postopkih prevzemov *Anka Čadež*
- Prevzemi in sodna praksa *Vladimir Balažič*
- Prevzem kot korporacijsko dejanje na evropski poravnalni platformi T2S *Matjaž Titan*
- Uporaba institutov poslovnega obligacijskega prava v postopku s prevzemno ponudbo *dr. Nina Plavšak*

7. sekcija: Meje ustavnosodnega odločanja vodja: dr. Ciril Ribičič

- Ustavno sodišče kot pozitivni zakonodajalec *dr. Ciril Ribičič*
- Ustavnosodna presoja zakonodajnega referenduma po novem *dr. Igor Kaučič*
- Meje in legitimnost ustavnosodnega pravotvorja *dr. Andraž Teršek*
- Zavezujoča narava odločb Ustavnega sodišča *dr. Jadranka Sovdat*
- Ali in kdaj ima Ustavno sodišče zadnjo besedo *dr. Erik Kerševan*

8. sekcija: Pravne turbulence prevoza potnikov vodja: dr. Patrick Vlačič

- Spopad mednarodnih, evropskih in nacionalnih pravil na plečih potnikov *dr. Marko Ilesič*
- EU in (ne)gotovost »doktrine« in *dubio pro consumatore* *dr. Marko Pavliha*
- Odgovornost letalskega prevoznika za zamudo pri prevozu potnikov *dr. Vesna Kranjc*
- Zavarovanje odgovornosti v prometu – za zaščito potnikov in prevoznikov *Jernej Veberič*
- Potniki niso zabojniki *dr. Patrick Vlačič*

Popust
za zgodnje
prijave!Kotizacija za udeležbo
na Dnevih slovenskih
pravnikov 2015 in gradivo
je 360,00 EUR
(439,20 EUR z DDV).Ne prezrite popusta
za zgodnje prijave!
Za zgodnje prijave in plačilo
do 15. avgusta 2015
vam priznamo
10-odstotni popust.

Najhitrejšje prijave:

www.gvzaložba.si

telefon:

01 30 91 813

01 30 91 814

faks: 01 30 91 815

e-pošta:

dnevipravnikov@gvzaložba.siwww.dnevipravnikov.si

sponzorji

BERNARDIN GROUP
RESORTS & HOTELS

medijski sponzorji



slovenska
arbitražna praksa
prispevek k razvoju arbitraže v Sloveniji

Letnik IV, Številka 2 (junij 2015)

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
Neli Okretič

Ustanovitelj:
Gospodarska zbornica Slovenije,
Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije

Oblikovanje in priprava za tisk:
Samo Grčman



Vsebina

UVODNIK

Arbitraža za nadaljnjih sto let

PROAKTIVNOST ARBITROV

**The Revised UNCITRAL Notes and Case Management Conference(s):
What to Address (and When)**

Scott Vesel

6

PRENOS ARBITRAŽNEGA SPORAZUMA

Cesija terjatve in arbitražni sporazum

Boštjan Špec

11

SODNI NADZOR ARBITRAŽNIH ODLOČB

**Pogodbena razširitev ali omejitev sodnega nadzora
arbitražnih odločb**

Urh Šuštar

16

FIDIC POGODBE IN REŠEVANJE SPOROV

Reševanje sporov iz pogodb FIDIC

doc. dr. Konrad Plauštajner

25

V SREDIŠČU

International Commercial Arbitration: Allocation of Competence between Municipal Courts and Arbitral Tribunals under Article II (3) of the 1958 NY Convention and Anti-Suit Injunctions under Brussels I (Recast) and Gazprom OAO

Prof. Dr. John JA Burke

36

TEKSTI ZA PRAKSO

Naravni tok arbitraže

Nejc Lahne

47

Smernice za arbitre

Stalna arbitraža pri GZS

48

Arbitrator`s Guidelines

Stalna arbitraža pri GZS

67

AKTUALNO

Popravljen razmerje med uredbo Bruselj I in arbitražo?!

Zadeva "Gazprom"

Neli Okretič

85

Zahteva po odpovedi *intra-EU* bilateralnih investicijskih sporazumov

Neli Okretič

90

Prenašamo dobre prakse v Skopje

Stalna arbitraža pri GZS

91

Obrazec COVL-1 končno omogoča upnikom uveljavljanje arbitražnega sporazuma

Stalna arbitraža pri GZS

92

Read about the Ljubljana arbitration Rules in the WAR – 2nd Edition

Andreja Kos, Stalna arbitraža pri GZS

93

SPOROČILO UREDNIŠTVA

Navodila avtorjem za pripravo prispevkov

Uredništvo

94

Guidelines for contributors

Editorial Board

95



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: 2015

Tisk: Present d.o.o.

Fotografija: Rails 1, © Depositphotos/rotoGraphics

Naklada: 300 izvodov

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.

Naročila:

Urška Bukovec (arbitraznapraksa@gzs.si)
t 01 58 98 180

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 2015. 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 za nadaljnjih sto let

V sivi, nekoliko temačni sejni sobi se odvija “glavna” obravnava. Predsednik senata strojepiski narekuje na zapisnik procesne sklepe in jo vsake toliko časa ošvrkne s kotičkom desnega očesa. Stranke s pooblaščenca potrpežljivo čakajo na priložnost, da bodo lahko korektno “povzele” navedbe iz pripravljanih vlog in jih za vsak slučaj (pravniško: iz previdnosti) opremile še s preverjeno floskulo: “*Tožena (tožeča) stran-ka prereka vse navedbe tožeče (tožene) stranke v kolikor z njimi izrecno ne soglaša, in navaja kot doslej*”. Čutiti je, da se lahko prekluzija skriva za vsakim vogalom. ... Kava je postrežena. Čeprav nekoliko prežgana, bo zadostovala, za preboj skozi obravnavo. ... Sekretar Stalne arbitraže sedi na vogalu štirioglate mize, pred seboj ima zajeten, mestoma tudi “kreativno neurejen” spis. Sicer je vse na svojem mestu. Budno spremlja postopek in pazi, da le-ta teče po črki arbitražnih pravil pristojne *institucije* (!) – ki so objavljena v uradnem listu – in da se dosledno subsidiarno uporablja ZPP. Slednje je še posebej pomembno, saj so značilnost vsakih arbitražnih pravil številne praznine. O ugovoru (ne)pristojnosti arbitraže je že odločil, zato ni več dvomov, da je *institucija* (!) pristojna. Po zaključku postopka arbitražno odločbo opremi še s klavzulo o pravnomočnosti in izvršljivosti in spis je zaključen. Javni red je obvarovan, občutki ob tem so nepopisni. ...

Cenjene bralke in bralci Slovenske arbitražne prakse, nikar se ne ustrašite. Brali ste epizodo iz nekih drugih, “železnih” časov. Nekoliko stilsko oplemeniteni, pa vendar resnično. Arbitraža v Sloveniji že lep čas ne poteka več tako. Pred leti smo zavestno ubrali povsem drugačno smer razvoja. Pri tem nismo bili nič kaj izvirni, le sledili smo preverjenim rešitvam v sodobnih arbitražnih okoljih, in zaupali intuiciji. Pa vendar so bili potrebni nekateri tektonski premiki v dojetanju arbitraže in njene vloge ter vztrajnost, da smo arbitražo “vrnili” njenim uporabnikom. Sedaj moramo zadržati začrtano smer. A k temu se vrnemo kasneje.

Pojdimo prej v London, kjer je 2. julija 2015 potekala mednarodna konferenca ob 100-letnici obstoja *The Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb). To najstarejše in najuglednejše strokovno združenje arbitrov si že 100 let neutrudno prizadeva za razvoj, napredek in globalno promocijo vseh oblik zunajsodnega reševanja sporov, prvenstveno arbitraže. In kaj naju je spodbudilo, da o tej konferenci piševa v uvodniku? Razlog ni v prestižu in grandioznosti, s katerima angleži že pregovorno pospremi-ajo takšne jubileje. To se v Londonu na nek način pričakuje. Razlog tudi ni v tem, da so se na konferenci zbrali domala vsi, ki v svetu arbitraže nekaj pomenijo. V času, ko (tudi) arbitraža “podlega” globalizaciji, tudi to ni več redkost. V čem je torej razlog? Prvič, *v želji po resničnem soočenju z velikimi izzivi, s katerimi se arbitraža ta hip spoprijema v svetovnem merilu.* To so predvsem vse kompleksnejši postopki, poskusi “podržavljanja” arbitraže v nekaterih jurisdikcijah, nenehno naraščajoči stroški (zastopanja) in vprašanje njihovega financiranja, varovanje postulatov nepristranskosti in neodvisnosti arbitrov, negotova prihodnost investicijske arbitraže (nedavna “izločitev” arbitraže iz Čezatlantskega trgovinskega in naložbenega partnerstva med

EU in ZDA – t.im. TTIP). In drugič – kot je to ubesedil v svojem nagovoru sam patron stoletne konference, predsednik singapurskega vrhovnega sodišča Sundaresh Menon – *v novi misiji, ki je pred nami in s katero ne gre odlašati: da zavarujemo dosedanje dosežke in uspeh mednarodne arbitraže tudi v 21. stoletju in za naprej*. Ne gre za nič drugega, kot za poziv k določitvi jasne smeri, v kateri naj se giblje prihodnji razvoj arbitraže, da bo kos omenjenim izzivom časa. Za to je potrebna konvergenca ali z drugimi besedami, potrebujemo nekakšne skupne minimalne, pa vendar dovolj oprijemljive standarde, na katerih lahko (iz)gradimo delujoč, učinkovit in varen *sedež* za arbitraže. Ti standardi – ki so osnovni predpogoj za uspeh arbitraže v določenem okolju in tudi nasploh – pa so izraženi v t.im. *Londonskih stoletnih načelih* (*The London Centenary Principles 2015*), s katerimi je bila okronana 100-letnica delovanja CI Arb.

So londonska načela uporabljiva tudi v Sloveniji? Da bi lahko na to odgovorili, si jih velja najprej poglobljeje ogledati. Dekalog londonskih načel (pomenljivo je, da je načel deset), bi lahko v grobem strnili takole: (1) Jasen, učinkovit in moderen arbitražni zakon, ki spoštuje in varuje odločitev strank, da svoj spor predložijo arbitraži tako, da zagotavlja okvir za pošteno in pravično rešitev spora z arbitražo in omejuje intervencije državnih sodišč v arbitražnih postopkih; (2) Neodvisno, učinkovito sodstvo, ki je visoko strokovno usposobljeno na področju mednarodne arbitraže in spoštuje ter varuje odločitev strank, da svoj spor predložijo arbitraži; (3) Široka izbira zastopnikov za stranke iz vrst neodvisnega odvetništva, ki je visoko strokovno usposobljeno na področju mednarodne arbitraže; (4) Trajno izobraževanje o mednarodni arbitraži, ki je vgrajeno v sistem izobraževanja odvetnikov, sodnikov, arbitrov in študentov; (5) Pravica strank, da za zastopanje v arbitražnem postopku svobodno izberejo zastopnika (ne glede na to ali je domač ali tuj oz. ali je odvetnik ali ne); (6) Dostopnost in varnost sedeža arbitraže; (7) Ustrezna infrastruktura za učinkovito izvajanje arbitražnih postopkov (široka izbira prostorov za obravnave, prevajalcev, tolmačev, zapisnikarjev in drugih storitev za stranke); (8) Zavezanost k spoštovanju (mednarodnih) etičnih, poklicnih norm in standardov, ki veljajo za arbitre in zastopnike; (9) Dosledno spoštovanje mednarodnih konvencij, ki urejajo priznanje in izvrševanje tujih arbitražnih odločb; in (10) Zaščita arbitrov pred odškodninsko odgovornostjo.

Londonska stoletna načela pa nimajo le simbolnega pomena, temveč povsem praktičnega. Že v uvodu se obračajo na vse štiri skupine “deležnikov”, ki so v določenem okolju (praviloma državi) “poklicani” za izgradnjo delujočega, učinkovitega in varnega *sedeža* za arbitraže. Tako – ne da bi imela pretenzijo konkurirati mednarodnim konvencijam, modelnemu zakonu UNCITRAL in drugim dosežkom na področju unifikacije mednarodne arbitraže – načela najprej apelirajo na *zakonodajalce*, da naj si z njimi pomagajo pri spreminjanju arbitražnih zakonov. Dalje, se obračajo na *arbitražne institucije*, naj zagotavljajo ustrezno raven storitev in infrastrukturo za učinkovito izvajanje arbitražnih postopkov. Kot tretje naslavlja *izobraževalne ustanove*, naj zagotovijo trajno izobraževanje o mednarodni arbitraži. In kot zadnje pozivajo *stanovska in poklicna združenja* (odvetnikov, arbitrov), naj pripomorejo k uveljavljanju profesionalnih in etičnih standardov v arbitraži. Glavna vrednost londonskih načel (po Menonu) pa je nemara v tem, da kot enoten dokument služijo obenem kot načrt (dobesedno: “*blueprint*”) za porajajoča (razvijajoča) se arbitražna okolja – sedeže in kot merilo (dobesedno: “*yardstick*”), s katerim lahko razvitejša arbitražna okolja (sedeži) merijo svojo uspešnost.

Glede na univerzalnost londonskih načel, bi težko zanikali njihovo uporabljivost v slovenskem prostoru, razen, če pristanemo na to, da je Slovenija samotni otok. Ravno nasprotno, londonska načela so v Sloveniji, kot razvijajočem se arbitražnem okolju, v celoti uporabljiva in bi lahko postala naš razvojni načrt za dolgoročni in trajen "projekt" izgradnje delujočega, učinkovitega in varnega *sedeža* za mednarodne arbitraže v regiji, pri katerem bi vsak od deležnikov (zakonodajalec, Stalna arbitraža, sodišča, pravne in druge fakultete ter odvetniki) prispeval svoj delež.

Verjameva, da ste, zazrti v prihodnost, epizodo iz "železnih" časov vmes že pozabili.

Marko Djinović
strokovni urednik



prof. dr. Aleš Galič
odgovorni urednik



The Revised UNCITRAL Notes and Case Management Conference(s): What to Address (and When)¹

Scott Vesel

Scott Vesel is a Counsel at Three Crowns LLP in London, where his practice focuses on international commercial and investment arbitration. Prior to joining Three Crowns, Scott worked as a senior associate in a leading international arbitration practice, as an attorney-adviser at the U.S. Department of State and at the OSCE. Scott holds degrees in history, political science and law from Yale and in international relations from Princeton, and he speaks English, French, German and Russian.
E-mail: scott.vesel@threecrownsllp.com

Not all procedural decisions must be taken at the beginning of the arbitration

UNCITRAL is in the process of finalizing a revision to the 1996 Notes, with the Revised Notes scheduled to be finalized at UNCITRAL's forty-eighth session in June-July 2015

slovenska
arbitražna praksa
junij 2015

The original impetus for the 1996 UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings was the observation that “the principle of discretion and flexibility in the conduct of arbitral proceedings might in some circumstances make it difficult for participants to predict the manner of proceeding and to prepare for the various procedural actions” and the suggestion that “such difficulties could be avoided or reduced by holding at an early stage of arbitral proceedings a conference between the arbitrators and parties in order to discuss and plan the proceedings.”²

The Notes were thus originally conceived as a set of guidelines for case management conferences. However, as the Commission proceeded to develop the Notes, the reference to “conferences” was dropped from the title, and the purpose was more broadly described as being “to assist arbitration practitioners by listing and briefly describing questions on which appropriately timed procedural decisions may be useful.”³

- 1 This article is adapted from the author's presentation at the Joint UNCITRAL-LAC Conference on Dispute Settlement held in Ljubljana on 24 March 2015. The views expressed herein are those of the author alone.
- 2 Note by the Secretariat, “Guidelines for pre-hearing conferences in arbitral proceedings”, U.N. Commission on International Trade Law, 26th Sess., U.N. Doc. A/CN.9/378/Add.2 (6 May 1993), ¶ 1.
- 3 Report of the Secretary-General, “Draft Notes on Organizing Arbitral Proceedings”, U.N. Commission on International Trade Law, 26th Sess., U.N. Doc. A/CN.9/410 Annex (30 March 1995), ¶ 1. The quoted language remains unchanged in paragraph 1 of the final version of

I have emphasized the reference to “appropriately timed”, as it captures an important insight that is sometimes overlooked: not all procedural decisions must be taken at the beginning of the arbitration. This same idea is expanded upon in paragraph 12 of the Notes, which states:

“The list, while not exhaustive, covers a broad range of situations that may arise in an arbitration. In many arbitrations, however, only a limited number of the matters mentioned in the list need to be considered. It also depends on the circumstances of the case at which stage or stages of the proceedings it would be useful to consider matters concerning the organization of the proceedings. Generally, in order not to create opportunities for unnecessary discussions and delay, it is advisable not to raise a matter prematurely, i.e. before it is clear that a decision is needed.”⁴

UNCITRAL is in the process of finalizing a revision to the 1996 Notes, with the Revised Notes scheduled to be finalized at UNCITRAL's forty-eighth session in June-July 2015. The draft Revised Notes helpfully expand upon the notion of appropriate timing in relation to case management conferences. The language

the notes. See UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings (1996), ¶ 1.

4 UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings (1996), ¶ 12.

quoted above from paragraph 12 has been given increased prominence by moving it up to paragraph 3 under the heading “Purpose of the Notes”.

More significantly, new paragraphs 9-10 of the Revised Notes emphasize that, while it is important to convene a preliminary case management conference early in any proceeding, additional conferences may be useful at subsequent stages of the proceedings, and that it may be necessary to revisit early procedural decisions at a later stage:

“9. The arbitral tribunal may wish to hold, as soon as possible after the commencement of the proceedings, a preliminary meeting or case management conference at which it determines, in consultation with the parties, issues arising in the organization of arbitral proceedings and a procedural timetable for the proceedings. Additional procedural meetings or case management conferences (sometimes also referred to as “preparatory conference”, “pre hearing conference”, “pre hearing review”) may also be held at subsequent stages of the arbitral proceedings.

10. Decisions made at a case management conference can be revisited with the parties later in the arbitral proceedings.”⁵

While these propositions may seem uncontroversial, they are at odds with the approach advocated by the ICC Commission in a 2012 report, which recommended that:

“Whenever possible, the procedure for the entire arbitration should be determined at the first case management conference and reflected in the procedural timetable to be established pursuant to Article 24(2) of the Rules. However, it may not always be possible to do so, for example in very complex cases or in cases where insufficient detail has been provided prior to the first case management conference. In such situations, the procedural timetable would lay out the procedure as far as can be done (e.g. through a first round of briefs) and a

second case management conference would be held promptly to determine the remainder of the procedure for the arbitration.”⁶

The difficulty with the approach recommended by the ICC Commission is that, in all but the very simplest of cases, neither the Tribunal nor counsel to the Parties is likely to be in possession of a sufficient understanding of the case at the outset of the arbitration to adopt a properly tailored approach to procedure. As a consequence, both counsel and arbitrators will naturally gravitate towards standardized, one-size-fits-all procedural approaches. However, as with clothing, the only size that can fit all cases is one that is very large in all of its dimensions. In the arbitration context, this will typically mean two full rounds of briefing, extensive briefs that cover every conceivably relevant topic, large numbers of fact and expert witnesses, extensive document production, and a long block of time reserved for the merits hearing “just in case” – albeit with the expectation that the full amount of time may not ultimately be needed. Finding a sufficiently large block of time in all of the calendars of the busy arbitrators and counsel involved will typically result in hearing dates in the distant future, with the remainder of the procedure expanding to fill the time.

Moreover, the idea that all procedural issues should be dealt with at the outset of the arbitration fails to take into account the fact that not all procedural issues arise in each case. As noted in the UNCITRAL Notes already in 1996, raising procedural matters unnecessarily or prematurely can give rise to unnecessary debates, resulting in wasted costs and possibly in delays.

While the ICC Commission’s recommended approach is certainly appropriate in many simple cases, treating it as the default approach for all cases involves risks as well as foregone opportunities to adopt a more efficient and tailored procedure. If one instead assumes, at the outset, that more than one procedural conference will be required, this will allow procedural decisions to be taken at the most appropriate time, which is not always the beginning of the arbitration. Deferring certain procedural decisions until at least the first round of written submissions are in and the contours and inflection points of the dispute are better

However, as with clothing, the only size that can fit all cases is one that is very large in all of its dimensions

Raising procedural matters unnecessarily or prematurely can give rise to unnecessary debates, resulting in wasted costs and possibly in delays

⁵ Note by the Secretariat, “Settlement of commercial disputes: Revision of the UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings”, U.N. Commission on International Trade Law, Working Group II (Arbitration and Conciliation) 62nd Sess., U.N. Doc. A/CN.9/WG.II/WP.186 (25 November 2014), p. 6 (internal footnotes omitted).

⁶ ICC Commission Report “Techniques for Controlling Time and Costs in International Arbitration” (2nd ed. 2012), ¶ 29.

At that stage, mid-way into the process, a “Case Review Conference” can be held to adopt a tailored procedure for the remainder of the case and a schedule for briefing and hearing that is based on a fuller understanding of what will be needed

defined will facilitate a more tailored procedure. In most if not all cases, this should improve the quality of the process, and in many cases, it should also enable cost and time savings.

A close reader of the passage quoted above from the ICC Commission’s Report on Controlling Time and Costs will see that the ICC Commission also recognized that an alternative approach involving a second procedural conference after the first round of briefing may be appropriate in some cases, it saw this as an exception to the general rule. In this author’s view, for the reasons described above, it makes more sense to reverse this presumption. Thus, a colleague and I have urged parties and arbitrators to consider adopting, as a matter of course, an approach in which the preliminary case management conference at the outset of the arbitration addresses only those matters that are necessary to address at the outset, including, for example,

the timetable only through the first round of submissions. At that stage, mid-way into the process, a “Case Review Conference” can be held to adopt a tailored procedure for the remainder of the case and a schedule for briefing and hearing that is based on a fuller understanding of what will be needed.⁷

To understand why it can be helpful to defer consideration of certain procedural points, it is useful to consider concrete examples of the types of procedural matters that must be decided at the outset as well as those that may be deferred until a later stage in the arbitration. The draft UNCITRAL Revised Notes provide a detailed “List of matters for possible consideration in organizing arbitral proceedings catalogue of procedural matters”, and the table below indicates, in summary fashion, which matters likely must be addressed at the beginning and which may be deferred.

If not defined in the arbitration agreement, the legal place or “seat” of arbitration must be determined at the outset

Procedural Matter	Must be addressed at start	May be addressed later	Comment
Arbitration Rules	✓		Ordinarily, the arbitration agreement includes a choice of rules.
Language(s)	✓		Where multiple languages are involved, rules on translations and associated costs should be adopted early.
Place of arbitration	✓		If not defined in the arbitration agreement, the legal place or “seat” of arbitration must be determined at the outset, but the venue for particular hearings may be deferred.
Administrative services (hearings, tribunal secretary)		✓	While the need for an administrative secretary may be apparent at the outset, it may also emerge over time. Administrative services for hearings may be addressed in preparation for each hearing.
Fees, costs, deposits	✓		For institutional arbitrations, this is typically done by the institution, but for ad hoc arbitrations, this must be addressed at the outset, subject to periodic updates.
Confidentiality	✓		Where not specified in the rules or arbitration agreement, it is prudent to establish rules on confidentiality early on.

⁷ Partasides, C. and Vesel, S.: “A Case Review Conference, or Arbitration in Two Acts,” *Arbitration*, Vol. 81, No. 2, pp. 167-168 (May 2015).

Procedural Matter	Must be addressed at start	May be addressed later	Comment
Electronic means of communication	✓		Subject to updates and adjustments, the means of communication must be established at the outset.
Arrangements for written submissions (scheduling, simultaneous/sequential)	✓	✓	Arrangements for the first round of written submissions must be made at the outset, but for further submissions arrangements can be made later. It may also be appropriate to switch between simultaneous/sequential filings at different stages.
Practical details concerning written submissions and evidence	✓		Practical details should be agreed prior to the first submissions being made, but may be altered/updated later.
Defining points at issue		✓	While it may in some cases be useful to attempt this earlier, it will typically be most useful after issue has been joined and it is clear which points are in dispute and key to outcome and whether determination of preliminary issues or sequencing of issues would be more efficient.
Settlement			Only in rare cases will it be appropriate for the tribunal to be involved in any discussion of settlement.
Documentary evidence (time limits, disclosure, authenticity, etc.)	✓	✓	While it is useful for the tribunal to indicate at the outset the consequences of late submissions, the time limits for all submissions need not be set at the outset. Whether and when disclosure occurs it may be dealt with early, or it may be deferred to preserve the possibility that no disclosure may be required. Rules for disclosure need only be adopted once it has been determined that disclosure will occur. It is useful for the tribunal to establish at the outset its approach to authenticity, copies, etc.
Witnesses of Fact (written statements, oral testimony, etc.)	✓	✓	Practical details concerning written witness statements and timing/modalities of submission should be dealt with at the outset, but modalities for oral hearings can be addressed later, at a pre-hearing conference.
Experts and expert witnesses (party and tribunal appointments)	✓	✓	Practical details concerning expert reports and timing/modalities of their submission should be dealt with at the outset, but modalities for oral hearings can be addressed later, at a pre-hearing conference. The possible need for a tribunal-appointed expert will typically arise at a later stage.
Other evidence (e.g. site visit)		✓	This topic need only be addressed if and when a proposal to submit such evidence is made.

Only in rare cases will it be appropriate for the tribunal to be involved in any discussion of settlement

Practical details concerning written witness statements and timing/modalities of submission should be dealt with at the outset, but modalities for oral hearings can be addressed later, at a pre-hearing conference

Whether, when, where and for how long to hold hearings are typically matters that can be deferred, although where a long hearing is expected, it may be necessary to block dates at a very early stage

The key areas where deferring procedural decisions can improve the quality of the process are such areas as: defining points at issue, identifying points for preliminary, accelerated, or sequential determination, and setting an appropriate timetable for these steps, all of which matters will typically not be suitably ripe for decision until after at least the first round of written submissions

Procedural Matter	Must be addressed at start	May be addressed later	Comment
Hearings		✓	Whether, when, where and for how long to hold hearings are typically matters that can be deferred, although where a long hearing is expected, it may be necessary to block dates at a very early stage.
Multiparty arbitration	✓		It is typically useful to clarify multi-party issues at the outset, including, where appropriate by addressing as a preliminary issue any doubts as to the tribunal's jurisdiction to hear claims under multiple contracts.
Joinder and Consolidation	✓		Because each party is ordinarily entitled to participate in the selection of the Tribunal, it is best to effect any joinder or consolidation as early as possible, i.e. before the appointment of the tribunal.
Possible requirements concerning the award		✓	Where applicable, these matters need only be addressed prior to the issuance of the award.

As the table illustrates, the key areas where deferring procedural decisions can improve the quality of the process are such areas as: defining points at issue, identifying points for preliminary, accelerated, or sequential determination, and setting an appropriate timetable for these steps, all of which matters will typically not be suitably ripe for decision until after at least the first round of written submissions. Similarly, while there is an understandable temptation to block time in the arbitrator's schedules for hearings as early as possible, it is often not until later in the proceeding that it becomes clear whether there should be one or several hearings, in what sequence, and for how long. Indeed, at the outset of a case, the number of fact and expert witnesses and the scope of their evidence is typically unknown, making it difficult to come up with a realistic estimate of the time that will be required for oral hearings.

The table, however, does not adequately capture the qualitative improvement to the process that can be gained from an early discussion of the case in the context of a Case Review Conference after the first round of written submissions. Early questions and comments from the Tribunal can give the parties important guidance as to the points upon which to focus their future submissions, as well as points to which they need not devote significant time and effort. Not only can this

save costs, it can help avoid a situation in which a party learns to its surprise at the hearing (or worse yet, in the award) that it has wasted considerable time and costs briefing issues that were ultimately not relevant to the outcome, but had failed to adequately address certain points that were seen as particularly important to the Tribunal.

Cesija terjatve in arbitražni sporazum

Boštjan Špec

Boštjan Špec je odvetnik in ustanovitelj Odvetniške družbe Špec o.p. d.o.o.. Pred tem je bil več kot 10 let družbenik in odvetnik v večji domači odvetniški pisarni. Predmet njegovega dela so gospodarske pravne zadeve, vključno z arbitražo in sodnimi spori, s poudarkom na mednarodnem poslovanju. Je arbiter pred Stalno arbitražo pri Gospodarski zbornici Slovenije. Boštjan je pridobil naziv Master of Laws na pravni šoli Univerze Georgetown v Washingtonu, DC, ZDA. Več o Boštjanu Špecu in njegovem delu lahko poizveste na spletni strani www.bosp.si

Soglasje kot bistvena značilnost arbitražnega sporazuma

Verjetno ravno izjema od sicer običajnega sodnega varstva povzroči, da ob arbitraži¹ pogosto pomislimo na potrebno soglasje strank za arbitražno reševanje sporov. A soglasje strank za arbitražno reševanje sporov ni tako samoumevno, kot morda izhaja na prvi pogled. Pa s tem ne mislim na primere, ko je arbitraža posledica zakonske določbe, ki vsaj eni izmed strank predpisuje dolžnost omogočiti nasprotni stranki zunaj sodno reševanje sporov, kar vključuje tudi možnost arbitraže (npr. v zvezi s potrošniki pri bančnih poslih, poslih s finančnimi instrumenti in podobno). Tudi v primerih, ko je arbitraža posledica popolne avtonomije pogodbenih strank, zakon in sodna praksa takega izrecno izkazanega soglasja strank za arbitražo vedno ne zahtevata. Odmik od temeljnega pravila po izrecnem soglasju strank za reševanje spora pred arbitražo nakazujejo že določila Zakona o arbitraži² ("ZArbit"), ki se nanašajo na obliko danega soglasja k arbitražnemu sporazumu: arbitražni sporazum je lahko sklenjen s konkludentnimi dejanji, preko sklicevanja na arbitražni sporazum, ki je vsebovan v drugem dokumentu ali tudi zaradi neaktivnosti ene izmed strank (kot to

izhaja na primer iz členov 10.3 in 10.5 ZArbit). Za razliko od, kot bo prikazano v nadaljevanju, odstopa terjatve, je stranka v vseh teh primerih vsaj konkludentno ali s svojo pasivnostjo izrazila voljo za reševanje sporov z arbitražo s točno določeno drugo stranko. Nasprotno pa pri odstopu terjatve dolžnik nikoli izrecno ne soglašata z arbitražnim reševanjem spora s prevzemnikom terjatve, za katero je sicer dogovorjen arbitražni sporazum. Dolžnik je soglašal z arbitražnim reševanjem spora samo z odstopnikom.

Odstop terjatve in arbitražni sporazum s prevzemnikom terjatve ne zahtevata soglasja dolžnika

ZArbit izrecno ne ureja posledic cesije terjatve za arbitražni sporazum, takih določil ne vsebujejo niti Arbitražna pravila Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije (Ljubljanska arbitražna pravila). Vendarle je danes v slovenski teoriji, pa tudi sodni praksi, nedvomno, da se za prenos arbitražnega sporazuma pri cesiji analogno uporablja pravilo o prehodu stranskih pravic na prevzemnika terjatve iz 418. člena Obligacijskega zakonika³ ("OZ"). Tako stališče

Vendarle je danes v slovenski teoriji, pa tudi sodni praksi, nedvomno, da se za prenos arbitražnega sporazuma pri cesiji analogno uporablja pravilo o prehodu stranskih pravic na prevzemnika terjatve iz 418. člena Obligacijskega zakonika

1 Če smo iskreni, si verjetno prvo mesto deli pomislek glede stroškov, vendar se to danes ne zdi posebnost arbitražnega postopka, ampak verjetno tudi sodnih postopkov.

2 Uradni list RS, št. 45/2008.

3 Uradni list RS, št. 83/2001, 32/2004, 28/2006 - odl. US, 40/2007.

Po slovenskem pravu sodelovanje dolžnika za uspešnost odstopa terjatve ni potrebno, zato dolžnik do trenutka, ko je obveščen o cesiji, dejansko ne ve, da je lahko sklenil arbitražni sporazum s popolnoma drugo osebo, kot je bil izvorni upnik

je omenjal že Cigoj⁴, s takim stališčem se v novejšem komentarju strinja tudi Juhart⁵, pa tudi sodna praksa. Odločitvi Višjih sodišč v Kopru⁶ in Ljubljani⁷ nesporno priznavata prehod arbitražnega sporazuma vsebovanega v pogodbi od odstopnika na prevzemnika. Pravna teorija in sodna praksa tako stališče utemeljuje s tem, da je arbitražni sporazum tesno povezan s samo terjatvijo.⁸

Problem odstopa terjatve v povezavi z arbitražnim sporazumom je, da gre na eni strani za prenos terjatve, na drugi strani pa slovensko pravo in sodna praksa poleg prenosa terjatve priznavata tudi prenos stranskih pravic, ki so sicer vsebovane v pogodbi, ki opredeljuje terjatev. Dolžnik na prenos terjatve in s tem prenos arbitražnega sporazuma načeloma, če ni dogovorjeno kaj drugega, ne more vplivati. Posledica cesije za dolžnika je, da dobi novega upnika, glede katerega nikoli ni soglašal o arbitražnem reševanju sporov. Po slovenskem pravu sodelovanje dolžnika za uspešnost odstopa terjatve ni potrebno, zato dolžnik do trenutka, ko je obveščen o cesiji, dejansko ne ve, da je lahko sklenil arbitražni sporazum s popolnoma drugo osebo, kot je bil izvorni upnik. Na drugi strani je upnik imel možnost, da pred dogovorom o odstopu terjatve s cedentom, preveri tudi stranske pravice ter arbitražni sporazum, ki so povezane s cedirano terjatvijo. Položaj dolžnika v zvezi z arbitražnim sporazumom in odstopom terjatve je torej na nek način protisloven: na eni strani pravo ne omogoča dolžniku, da bi po sklenitvi pogodbe kakorkoli vplival na spremembo upnika vsled odstopa terjatve, na drugi strani pa se zdi, da domača pravna teorija in sodna praksa navkljub temeljnemu pravilu po soglasju strank glede arbitražnega reševanja sporov brezpogojno dopuščata, da je dolžnik zavezan z arbitražnim sporazumom tudi v primeru upnika s katerim se nikoli ni sporazumel za arbitražo. Pa čeprav je eno izmed temeljnih pravil odstopa terjatve, da zaradi

odstopa terjatve dolžnik ne bi smel priti v slabši položaj. Če zaradi tega je položaj dolžnika glede arbitražnega sporazuma v primeru, da je arbitražni sporazum prešel na prevzemnika zaradi odstopa terjatve zaradi prenosa slabši od položaja prevzemnika terjatve. Za razliko od stranskih pravic, za katere 418. člen OZ izrecno določa, da se prenesejo skupaj z glavno terjatvijo, menim, da so razlogi strank, da pristanejo na sklenitev arbitražnega sporazuma veliko bolj povezani z osebno-stjo nasprotnih strank, kot pa s samo terjatvijo.

Na drugi strani je nedvomno, da se dogovoru o arbitraži priznava samostojnost in samobitnost tudi do osnovnega obligacijskega razmerja na katerega se nanaša.⁹ Zgoraj omenjena stališča pa se značilno ne izrekajo o položaju dolžnika, ki je pristal na arbitražno reševanje sporov s konkretnim upnikom, končal pa je v arbitražnem postopku z (neznanim) tretjim prevzemnikom terjatve, brez da bi s temu lahko po sklenitvi kakorkoli uprl.¹⁰ Če v pogodbi ni dogovoril nič posebnega, se je dolžnik, na podlagi zakonskih določil o odstopu terjatve in zgoraj navedenih razlogov o prehodu arbitražnega sporazuma, zgolj lahko zavedal pravno dopustne možnosti, da bo lahko upnik terjatev do njega prenesel na tretjega, in da ga bo v tem primeru arbitražni sporazum zavezoval tudi v razmerju do neznanega prevzemnika terjatve. V trenutku, ko se je dolžnik zavedal te možnosti, pa bi se skrbnemu dolžniku moralo postaviti tudi vprašanje, kakšne interese želi zavarovati z dogovorom o arbitražnem reševanju sporov z upnikom, in ali so taki interesi zavarovani tudi v primeru odstopa terjatve.

Razlogi, da stranki skleneta arbitražni sporazum so lahko različni in s tem v zvezi verjetno ni mogoče postaviti splošnega pravila. A vendarle se zdi, da je razlog za takšen sporazum pogosto povezan z osebami pravnega razmerja. V poslovni praksi je dokaj običajno, da je arbitražni sporazum posledica predloga ene stranke. Ne poznam primera, da bi arbitraža za določeno vrsto sporov veljala kot tipičen oziroma najbolj primeren način reševanja sporov, na podlagi česar bi se stranki zato zaradi narave terjatve dogovorili o sklenitvi arbitražnega sporazuma. Od tu naprej so razlogi strank za dogovor o arbitraži nedvomno različni. Najbolj

4 Cigoj, S.: Komentar obligacijskih razmerij, II. knjiga, Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1984, str. 1286.

5 Juhart, M.: Obligacijski Zakonik s komentarjem, N. Plavšak, v M. Juhart, V. Kranjc... redaktor: M. Juhart, N. Plavšak, 2. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 578.

6 VSK sklep Cpg 145/2009 z dne 10. 12. 2009.

7 VSL sklep II Cpg 266/2010 z dne 11. 5. 2010. Sodišče je sicer v zadevi obravnavalo zakonito cesijo na podlagi 631. člena OZ, a iz obrazložitve sodišča izhaja nespornost stališča o prehodu stranskih pravic pri pogodbeni cesiji. Zanimivo je, da se obrazložitev sklicuje tudi na tole: "Ker pravo pri cesiji varuje dolžnikov položaj, ki zaradi cesije ne sme biti slabši, se tudi dogovorjena pristojnost ne sme spremeniti."

8 Glej VSK sklep Cpg 145/2009; Cigoj, S., str. 1286 in Juhart, M., str. 581.

9 Glej Juhart, M., str. 581.

10 Najlažje bi seveda bilo, če bi pravo dolžniku dopuščalo možnost, da se po obvestilu o odstopu terjatve in pred začetkom arbitraže, ponovno izreče o možnosti arbitražnega reševanja sporov s prevzemnikom terjatve.

pogosto je, da sta stranki pogodbe iz različnih držav, in arbitraža je pogosto način, kako vnaprej zagotoviti forum za reševanje sporov, ki bo po naravi stvari tako stvarno kot fizično dovolj blizu oziroma oddaljen od obeh strank. Namen strank v takem primeru je, da se dogovorita za nevtralen forum, zaradi katerega nobena od njiju ne bo v bistveni prednosti pred drugo. Včasih je zaupnost ali pa specifičnost spornega razmerja taka, da arbitraža ustreza obema strankama, vendar je težko določiti pravilo vnaprej. V primeru, da dolжник nima posebnih razlogov za ali ugovorov proti dogovoru o arbitražnem reševanju sporov, hkrati pa tak način reševanja sporov za dolžnika ni "deal breaker", torej ne predstavlja bistvene ovire za nadaljevanje pogajanj o sklenitvi pogodbe, bo seveda dolжник s predlogom nasprotno stranke, ki bo arbitražni sporazum predlagala in morebiti utemeljila (npr. regulirana institucija; tuja pravna oseba, ki želi neodvisni forum izven države domače stranke), predvsem pa na njem vztrajala, soglašal. Dolжник bo težko ugovarjal pogostemu razlogu za sklenitev arbitražnega sporazuma, ko stranki dogovarjata arbitražo s sedežem v določenem kraju, da bi dosegli neodvisni forum za obe stranki.

Glede na obstoječo domačo teorijo in sodno prakso, bi se dolжник moral zavedati, da obstaja možnost, da bo terjatev iz pogodbe prenesena na neznanega tretjega, kar pomeni, da bo v primeru spora, v sporu z še neznanom nasprotno stranko. Tako tveganje bo najenostavneje odpravil tako, da bo v primeru civilne pogodbe v smislu 417. člena OZ, prepovedal prenos terjatve na splošno. Vprašanje je ali bo s takim predlogom uspel, saj splošna prepoved prenosa terjatve lahko bistveno krni pričakovanja pogodbenih strank. Arbitražni sporazumi (klavzule) v civilnih pogodbah v smislu 417. člena OZ (razen, ko gre za potrošniške in podobne, spore, za katere smo rekli, da niso predmet tega prispevka) niso pogoste, in bo v praksi bolj pogosto vprašanje, kako je z izključitvijo prenosa arbitražnega sporazuma za denarne terjatve v gospodarskih pogodbah.¹¹

Teorija in sodna praksa arbitražni sporazum štejeta, po analogiji, za stransko pravico v smislu 418. člena OZ, a hkrati poudarjata, da ne gre za sestavni del obligacijske pravice, ki se prenese. Ali lahko stranki (kasnejši cedent in dolжник) v pogodbi, ki je predmet prenosa določita,

da je arbitražni sporazum sklenjen glede na osebne lastnosti strank oziroma prenos arbitražnega sporazuma prepoveda ter ga učinkovito izključita v primeru prenosa denarne terjatve iz gospodarske pogodbe? Niti znana literatura niti sodna praksa glede tega ne dajeta jasnega odgovora. Proti govorijo predvsem razlogi, povezani z osnovnim namenom cesije. Tako Juhart¹² sicer priznava samostojnost in samobitno vsebino arbitražnega sporazuma in dogovora o izbiri prava, a hkrati trdi, da bi se vsebina terjatve zaradi njene povezanosti z arbitražnim sporazumom bistveno spremenila, če prenos ne bi vseboval tudi takih pravic. Ker je cesija eden izmed primerov personalne subrogacije, je osnovno pravilo cesije v tem, da se zamenja upnik, ne pa spremeni terjatev. Prevzemnik naj vstopi v položaj odstopnika, spremeni se samo oseba upnika. Posledica tega je tudi pravilo o prehodu stranskih pravic. Zato je za razliko od pogodbene subrogacije besedilo 418. člena OZ glede prehoda stranskih pravic bistveno bolj strogo in kogentno, kot pa 274. člena OZ, ki ureja pogodbeno subrogacijo, torej nadomestno izpolnitev.¹³ Pa vendar je delna cesija dopustna, upnik pa zaradi prenosa dela terjatev ne sme priti v slabši položaj.¹⁴ Prenos cedirane terjatve brez prenosa arbitražnega sporazuma ne poslabšuje položaja upnika, lahko pa poslabša dolžnikov položaj. Če izhajamo iz prej omenjenega pogostega razloga za sklepanje arbitražnih sporazumov: kaj če je prevzemnik terjatve oseba iz države ali kraja X, ki sta ga stranki sicer v osnovi izbrali za sedež arbitraže, da bi dosegli čimbolj nevtralen reševanje sporov.¹⁵ Kot smo že pojasnili, je temeljna značilnost arbitražnega sporazuma njegova samostojnost. Neveljavnost pogodbe, v kateri je vsebovan arbitražni sporazum, ne vpliva na veljavnost arbitražnega sporazuma. Arbitražni sporazum zato ne more biti neločljivo povezan z obstojem obligacijske pravice, ki se prenaša in ne predstavlja nesamostojnega upravičenja.

¹² Juhart, M., str. 581.

¹³ V današnjih časih se zdi v določenem pogledu dobesedno častivredno stališče rimskega prava, po katerem je sprememba upnika zahtevala prenovitev obveznosti. Sprememba upnika je predstavljal spremembo obveznosti. Glej Cigoj, S., str. 1279.

¹⁴ Cigoj, S., str. 1283.

¹⁵ V takem primeru se postavlja vprašanje o možnosti ugovora, da je poslovni namen strank za tak arbitražni sporazum odpadel oziroma, da je prišlo do spremenjenih okoliščin za dolžnika, kar pa presega namen tega prispevka.

Juhart sicer priznava samostojnost in samobitno vsebino arbitražnega sporazuma in dogovora o izbiri prava, a hkrati trdi, da bi se vsebina terjatve zaradi njene povezanosti z arbitražnim sporazumom bistveno spremenila, če prenos ne bi vseboval tudi takih pravic

Glede na obstoječo domačo teorijo in sodno prakso, bi se dolжник moral zavedati, da obstaja možnost, da bo terjatev iz pogodbe prenesena na neznanega tretjega, kar pomeni, da bo v primeru spora, v sporu z še neznanom nasprotno stranko

¹¹ Stranke glede denarnih terjatev v gospodarskih pogodbah poskušajo zmanjšati tveganje, da do takega prenosa pride, tako, da dogovorijo pogodbeno kazen za tak prenos, a to seveda na vpliva na učinkovitost prenosa.

Po mojem mnenju ni ovire, da odstopenik in dolžnik v pogodbi, ki vsebuje odstopljeno terjatev, vnaprej določita, da je arbitražni sporazum vezan na konkretni osebi odstopenika in dolžnika in izključita njegov prehod v primeru odstopa terjatve

Temeljno pravilo o samostojnosti arbitražnega sporazuma bi moralo imeti prednost pred zatrjevano povezanostjo arbitražnega sporazuma s terjatvijo, ki ga teorija in sodna praksa navajata kot razlog za prehod arbitražnega sporazuma v primeru odstopa terjatve

Zaradi tega po mojem mnenju ni ovire, da odstopenik in dolžnik v pogodbi, ki vsebuje odstopljeno terjatev, vnaprej določita, da je arbitražni sporazum vezan na konkretni osebi odstopenika in dolžnika in izključita njegov prehod v primeru odstopa terjatve. S tem dolžnik lahko prepreči prenos arbitražnega sporazuma kot stranske pravice iz pogodbe na neznanega tretjega prevzemnika terjatve. OZ namreč določa le, da je dogovor o prepovedi prenosa (glavne) terjatve, ne pa stranskih pravic brez učinka. Prehod stranskih pravic pa je posledica predvsem njihove akcesornosti. Arbitražni sporazum je na drugi strani samobiten in samostojen tudi od osnovnega obligacijskega razmerja. Ne gre spregledati, da teorija in sodna praksa pri analizi arbitražnega sporazuma kot predmeta prenosa v smislu stranskih pravic, značilno govorita o analogni, torej ne neposredni uporabi pravila iz 418. člena OZ, ne pa o arbitražnem sporazumu kot stranski pravici.¹⁶ Če je ena izmed temeljnih značilnosti arbitražnega sporazuma soglasje strank o takem načinu reševanja sporov, se zdi, ob siceršnji samostojnosti takega dogovora, prestopno, da stranke takega dogovora ne bi mogli vezati na osebno veljavo – na stranki, ki sta se o njem izrecno ali vsaj konkludentno ali s pasivnim ravnanjem sporazumeli. Nenazadnje, upnik prenaša terjatev kot je v trenutku prenosa.¹⁷ Do samega prenosa jo lahko spremeni in v tem primeru se prenese terjatev kot je obstajala v trenutku prenosa, prevzemnik pa pridobi terjatev, kot je obstajala ob prenosu, torej brez arbitražnega sporazuma. Glede na samostojnost in samobitnost arbitražnega sporazuma glede na osnovno obveznost, menim, da bi tak dogovor o izključitvi prenosa arbitražnega sporazuma v primeru odstopa terjatve moral biti veljaven¹⁸. Temeljno pravilo o samostojnosti arbitražnega sporazuma bi moralo imeti prednost pred zatrjevano povezanostjo arbitražnega sporazuma s terjatvijo, ki ga teorija in sodna praksa navajata kot razlog za prehod arbitražnega sporazuma v primeru odstopa terjatve. S tem bi se na nek način dolžniku

16 Glej Cigoj, S., str. 1286 [“gre za razmerje, ki je s terjatvijo v tesni zvezi”]; Juhart, M., str. 581 [“... je treba za tovrstne dogovore analogno uporabiti pravilo o prehodu stranskih pravic.”]. Enako kot Juhart tudi sodišče v zadevi VSLII Cpg 266/2010.

17 Juhart, M., str. 578.

18 S tem se ne izrekam o veljavnosti morebitnega takega dogovora pri tipičnih akcesornih pravicah, ki brez glavne terjatve ne morejo obstajati. Take pravice so akcesorne glavni terjatvi, ne pa obratno: dolg lahko obstaja tudi brez hipoteke. Ali bi bil z dogovorom, ki bi obstoj hipoteke v primeru odstopa terjatve vezal le na odstopenika, kršeno pravilo o ne učinkovanju prepovedi odstopa glavne terjatve iz 417. člena OZ? Hipoteka lahko preneha tudi zaradi odpovedi upnika ali zaradi razveznega pogoja (kolikor lahko v tem primeru sploh govorimo o pogoju?).

tudi zagotovilo varstvo, ki sicer pri odstopu terjatve ni v ničemer varovan, razen tako, da do prejema obvestila o odstopu pravilno izpolni odstopeniku, na sam odstop terjatve pa ne more vplivati.

Mednarodni kontekst odstopa terjatve in arbitraže – arbitražni sporazum ne vsebuje imena stranke arbitraže

V primeru cesije, ki jo ureja tujo pravo ali kadar tuje pravo posebej ureja arbitražni sporazum je potrebno najprej ugotoviti, katero pravo je merodajno za odgovor na vprašanje ali je prevzemnik terjatve zavezan po arbitražnem sporazumu. V prvi vrsti bo to pravo, ki ureja arbitražni sporazum¹⁹. Če tega ni, bo to najverjetneje pravo sedeža arbitraže ali pa pogodbeno pravo, ki sta ga izbrali stranki.

V skladu z Newyorško konvencijo²⁰, lahko sodišče v državi pogodbenici, ki odloča o predlogu za priznanje in izvršitev tuje arbitražne odločbe, na zahtevo naspotne stranke tak predlog zavrne, če je v skladu s členom V.1.(a) Konvencije po pravu, ki se uporablja za arbitražni sporazum, oziroma če to ni določeno, po pravu države arbitražne odločbe²¹, arbitražni sporazum neveljaven. Pomembno s tem v zvezi je, da v skladu z omejenim členom Konvencije sodišče o takem ugovoru odloča na zahtevo stranke, ne pa po uradni dolžnosti (glej za primerjavo še člen V.2 Konvencije).

Problem cedirane terjatve, na katero se je v osnovni pogodbi navezoval arbitražni sporazum, se lahko v najbolj praktični obliki pri uporabi Konvencije za namene priznanja ali izvršitve arbitražne odločbe v drugi državi pogodbenici pokaže pri izpolnitvi njene zahteve iz člena IV.1(b) o predložitvi izvornika ali overjene kopije arbitražnega sporazuma. Jasno je, da bosta v takem primeru arbitražni sporazum in arbitražna odločba, ki jo bo predlagatelj moral predložiti po členu IV.1(a) Konvencije, na prvi pogled v nasprotju: stranke arbitražnega sporazuma in arbitražne odločbe ne bodo

19 Uredba (ES) št. 593/2008 Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja (Rim I) se sicer v skladu s členom 1(e) ne uporablja za arbitražne sporazume.

20 Convention on the Recognition of Foreign Arbitral Awards, United Nations, 1958 (Newyorška konvencija o priznanju in izvršitvi tujih arbitražnih odločb, Ur.l. SFRJ, MP, št. 11/81, v nadaljevanju: “Konvencija”).

21 Konvencija tako določa pravilo za določitev prava, po katerem se presoja veljavnost arbitražnega sporazuma.

enake. Od države, v kateri se bo zahtevalo priznanje in izvršitev zadevne arbitražne odločbe bo odvisno, kaj bo predlagatelj priznanja in izvršitve moral storiti za izpolnitev te zahteve. Kot izhaja iz 42.4 člena ZArbit slovensko pravo za priznanje in izvršitev tuje arbitražne odločbe načelno ne zahteva tudi predložitve izvirnika ali overjene kopije arbitražnega sporazuma, razen če to posebej zahteva sodišče.

Naslednja ovira pri priznanju tuje arbitražne odločbe v povezavi s Konvencijo je lahko člen II.2 Konvencije, ki za namene Konvencije določa, kaj predstavlja "pisni sporazum" o arbitraži. V primeru cesije, pisnega arbitražnega sporazuma med prevzemnikom terjatve in dolžnikom ne bo, skratka, potrebno bo utemeljiti arbitražni sporazum na pravni podlagi cesije. Podobno velja tudi pri obveznosti iz člena III Konvencije, da sodišča držav pogodbenic napotijo stranke na arbitražo.²²

V mednarodni arbitražni praksi je vprašanje razširitve veljave arbitražnega sporazuma za stranke, ki sicer niso sklenile arbitražnega sporazuma razširjeno tudi na primere porokov, izdajateljev garancij, družb v skupini, kakor tudi na druge različne pravne podlage (spregled pravne osebnosti, zastopniki ipd.).²³ Ne glede na to, da se zdi, da so odločitve sodišč glede prehoda arbitražnega sporazuma na prevzemnika pogosto pozitivne, temu ni nujno tako. Pri tem ne gre zanemariti, da se pravne ureditve posameznih držav glede prenosa terjatve in učinkov prenosa na dolžnika (ali je potrebno soglasje, ali je potrebno ali dovolj obvestilo za učinkovanje) kakor tudi glede prenosa stranskih pravic lahko bistveno razlikujejo in je razlog za pozitivno odločanje

sodišč glede vezanosti prevzemnika terjatve z arbitražnim sporazumom lahko drugačen kot po slovenskem pravu.

V mednarodni arbitražni praksi je vprašanje razširitve veljave arbitražnega sporazuma za stranke, ki sicer niso sklenile arbitražnega sporazuma razširjeno tudi na primere porokov, izdajateljev garancij, družb v skupini, kakor tudi na druge različne pravne podlage (spregled pravne osebnosti, zastopniki ipd.)

22 Glej tudi ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges, International Council for Commercial Arbitration, 2011, str. 59, http://www.arbitration-icca.org/media/0/13365477041670/judges_guide_english_composite_final_revised_may_2012.pdf (9. 6. 2015).

23 Glej ICCA id.; Born, G.: International Commercial Arbitration, Choice of Law in International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2001, str. 653 in naprej; von Segesser, G.: Swiss Supreme Court Extends Arbitration Agreement to a Third Party: Potential Risk for Corporate Groups <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/06/03/swiss-supreme-court-extends-arbitration-agreement-to-a-third-party-potential-risk-for-corporate-groups/> (7. 6. 2015); Stucki, B.: Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories; ASA Below 40 – Conference of September 29, 2006; dosegljivo na http://www.google.si/url?sa=t&rcrt=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.arbitration-ch.org%2Fdl%2F17c217b5e56447a82a6379103ea22ed3%2Fextension-bs.pdf&ei=ySp2VefkJIalsAHUv-6vAAw&usq=AFQjCNGjvCYg-FTV3M8tQGB1Qs15uDde-3A&sig2=LCRQ3_VIHtF16k9KOSPLkQ&bvm=bv.95039771.d.bGg&cad=rja (9. 6. 2015).

Pogodbena razširitev ali omejitev sodnega nadzora arbitražnih odločb

Urh Šuštar

Urh Šuštar je odvetniški pripravnik v Odvetniški družbi Rojs, Peljhan, Prelesnik & partnerji o.p., d.o.o., kjer med drugim deluje na področju reševanja gospodarskih sporov. Na Univerzi v Ljubljani je magistriral na temo mednarodne trgovinske arbitraže s predikatom cum laude (2014), študiral pa je tudi na univerzah v Münchnu in Münstru

Uvod

Arbitražni način reševanja trgovinskih sporov je poznan že iz antike. Predvsem v post klasičnem obdobju rimskega prava se je uporabljal kot alternativa državnemu pravosodnemu sistemu, ki je bil za stranke mnogokrat predrag in prepočasen. V poznem rimskem obdobju se je razvila posebna vrsta arbitraže "pred škofom". Odločitev škofa so nato sodišča izvršila brez kakršnegakoli nadzora nad pravilnostjo odločitve. Prav tako je bil tak način razreševanja sporov poznan v srednjem veku. Pogosta je bila npr. arbitraža za razreševanje sporov med člani ceha, pa tudi arbitraža, ki se je dogajala v času sejma. Praksa razreševanja sporov se je nadaljevala tudi v novem veku. V Franciji je bilo od kraljevega edikta 1560 do revolucije predpisano celo obvezno reševanje trgovinskih sporov pred arbitražo.¹ Odnos državnega pravosodnega sistema do arbitraže pa se vseskozi spreminja, od zelo naklonjenega celo do neveljavnosti arbitražnih dogovorov.

V članku si zastavljam vprašanje, ali lahko stranke veljavno sklenejo dogovor, ki omejuje ali razširja zakonsko predviden sodni nadzor arbitražne odločbe. Cilj je odgovoriti na to vprašanje v slovenskem pravnem redu, s poudarkom na gospodarski arbitraži. Za

celosten odgovor na to vprašanje pa je potreben tudi mednarodno- in primerjalno pravni pogled.

Prvi del članka se dotika vprašanja, ali se stranke zakonsko predvidenemu nadzoru lahko odpovejo. Primerjalno pravno gledano na to vprašanje zakonodaje različnih držav odgovarjajo zelo različno, od zakonske možnosti odpovedi do prepovedi takšnih ravnanj. Drugi del članka pa obravnava vprašanje ali se je mogoče dogovoriti za razširitev takšnega sodnega nadzora.

Pogodbena omejitev sodnega nadzora arbitražnih odločb

Pri obravnavanju vprašanja, ali je mogoče pogodbeno omejiti sodni nadzor arbitražnih odločb, izhajam iz dveh temeljev. Prvi temelj so ustavne določbe, predvsem 22. in 23. člen Ustave Republike Slovenije ("URS")², drugi temelj pa je 40. člen Zakona o arbitraži ("ZArbit")³. Pri tem je nujno upoštevati bistveno razliko med 40. členom ZArbit in 34. členom Modelnega zakona UNCITRAL o mednarodni

V članku si zastavljam vprašanje, ali lahko stranke veljavno sklenejo dogovor, ki omejuje ali razširja zakonsko predviden sodni nadzor arbitražne odločbe

¹ Born, G., *International Commercial Arbitration*, Prva izdaja, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2011, str. 7-50.

² Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148 in 47/13 – UZ90,97,99.

³ Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo.

trgovinski arbitraži ("UML"). Oba namreč določata iste razloge, zaradi katerih je lahko arbitražna odločba razveljavljena, ob tem pa 40. člen ZArbit dodaja, da se stranke tej pravici "ne morejo vnaprej odpovedati". Prav tako določbo vsebuje tudi hrvaški Zakon o arbitraži.⁴ Najprej bosta obdelana primerjalno- in mednarodnopravni vidiki, nato pa slovenska ureditev.

Primerjalno- in mednarodnopravni vidiki

Pri vprašanju, v kolikšni meri se je mogoče odpovedati sodnemu nadzoru arbitražnih odločb, izhajam iz dikcije slovenskega ZArbit. Ta, za razliko od 34. člena UML, prepoveduje, da bi se stranke pravici do tožbe za razveljavitev vnaprej odpovedale. Pri tem pa ne opredeljuje, ali se za odpoved šteje le popolna ali tudi delna odpoved.

Pri vprašanju pravnega varstva v zvezi z arbitražno odločbo je osrednja pravica do sodnega varstva iz 23. člena URS, ki pa se le posredno nanaša na arbitražo, in sicer le v primerih, ko je sodišče pozvano, da intervenira. Gre za dve tipični situaciji, tožbo za razveljavitev arbitražne odločbe in zahtevo za priznanje in izvršitev arbitražne odločbe. V tem primeru je sodišče neposredno zavezano, da varuje ustavne vrednote. To izhaja tudi iz sodne prakse Evropskega sodišča za človekove pravice, ki nadalje razčlenjuje pravico do sodnega varstva.

Evropsko sodišče za človekove pravice je v sodbi *Albet in Le Compt* proti Belgiji⁵ odločilo, da so nekatera upravičenja, ki so del pravice do sodnega varstva, tako temeljna, da se jim stranke ne morejo odpovedati, četudi dogovorno in popolnoma prostovoljno.⁶ Gotovo je, da med te pravice spadajo pravica do zaslišanja stranke (*Rechtliches Gehör*), pravica do nepristranskega tribunala, pravica do poštenega postopka in pravica do sojenja v razumnem roku. Sodišče pa se še ni natančno opredelilo do vseh pravic, ki bi bile lahko tako pomembne, da se jim posameznik ne more odreči.⁷

4 Triva, S., Uzelac, A., Hrvatsko arbitražno pravo, Narodne novine, Zagreb 2007, str. 286.

5 Sodba Evropskega sodišča za človekove pravice, *Albet in Le Compt* proti Belgiji, z dne 10. 2. 1983, opr. št. 7299/75 in 7496/76.

6 Novicka, S., Use of European Convention of Human Rights in Arbitration Proceedings: When, how?, v: RSGL Working papers no. 17, 2004, str. 20, <http://www.rsgl.edu.lv/images/stories/publications/RWP17Novicka.pdf> (16. 5. 2015).

7 Briner, R., von Schlabrendorff, F., Article 6 of the European Convention on Human Rights, v: Briner, Fortier, Berger, Bredow (ur.), Law

Skladnost uzakonjene možnosti popolne odpovedi tožbi za razveljavitev arbitražne odločbe s 6. členom EKČP

Nekatere jurisdikcije dajejo možnost vnaprejšnje odpovedi tožbe za razveljavitev arbitražne odločbe pod določenimi pogoji. Tako npr. angleški zakon o arbitraži daje strankam možnost, da se vnaprej odpovejo pritožbi glede pravnih vprašanj, katere dopustnost je tudi sicer omejena s strogimi zakonskimi pogoji.⁸ Švicarski zakon o mednarodnem zasebnem pravu in pa belgijski zakon o arbitraži pa dajeta možnost strankam, če nobena od strank nima domicila ali običajnega prebivališča v dotični državi (oziroma poslovnega podjema), da se sporazumno popolnoma odpovejo tožbi za razveljavitev arbitražne odločbe.⁹ Podobno je Francija z novelo zakona o arbitraži iz leta 2011 določila možnost, da se stranke odpovejo tožbi za razveljavitev arbitražne odločbe v primeru mednarodne arbitraže, ne glede na državljanstvo ali domicil strank.¹⁰

Postavlja se vprašanje, ali je takšen režim v skladu z EKČP. Na to vprašanje odgovarja novejša sodna praksa Švicarskega zveznega sodišča, in sicer, da možnost vnaprejšnje kot tudi naknadne sporazumne odpovedi ne nasprotuje EKČP. V sodbi z dne 4. 1. 2012¹¹ je argumentiralo, da je potrebno možnost odpovedi v luči sodne prakse Evropskega sodišča za človekove pravice razlagati restriktivno. Švicarski zakon o mednarodnem zasebnem pravu in sodna praksa, nanašajoč se na odpoved pravici do tožbe na razveljavitev, zahtevata jasnost, nedvoumnost in konkretnost sporazuma o odpovedi. Kumulativno pa morajo biti izpolnjeni še drugi pogoji (npr. nobena stranka nima domicila, običajnega prebivališča ali poslovnega podjema v Švici), pomembno vlogo pa igrajo tudi okoliščine, ki zagotavljajo, da je

of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century – Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, (ur. Briner, Fortier, Berger, Bredow), Carl Heymanns Verlag, Köln 2001, str. 92.

8 Chukwumerije, O., Judicial Supervision of Commercial Arbitration: The English Arbitration Act of 1996, v: *Arbitration International*, 15 (1999) 2, str. 189.

9 Jermini, C., Die Anfechtung der Schiedssprüche im internationalen Privatrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1997, str. 364.

10 Stirck, D., Growing number of countries allowing exclusion agreements with respect to annulment warrants greater scrutiny of arbitration clauses, v: *Kluwer Arbitration Blog*, 11. 1. 2012, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/01/11/growing-number-of-countries-allowing-exclusion-agreements-with-respect-to-annulment-warrants-greater-scrutiny-of-arbitration-clauses/> (16. 5. 2015).

11 Sodba Švicarskega Zveznega sodišča (BGER), z dne 4. 1. 2012, opr. št. BGE 4A_238/2011 (original v francoščini).

Pri vprašanju pravnega varstva v zvezi z arbitražno odločbo je osrednja pravica do sodnega varstva iz 23. člena URS, ki pa se le posredno nanaša na arbitražo, in sicer le v primerih, ko je sodišče pozvano, da intervenira

Gre za dve tipični situaciji, tožbo za razveljavitev arbitražne odločbe in zahtevo za priznanje in izvršitev arbitražne odločbe

Pravilno je sicer, da država mora zagotavljati upoštevanje 6. člena EKČP, a v primeru arbitraže le, kadar je državno sodišče pozvano, da razveljavi arbitražno odločbo ali kako drugače intervenira

Država se s tem, ko se stranke odpovejo možnosti pravnega sredstva tožbe za razveljavitev arbitražne odločbe, ne odpove popolnoma nadzoru nad to odločbo. Iz istih razlogov, zaradi katerih lahko sodišče razveljavi arbitražno odločbo, lahko namreč sodišče zavrne priznanje in izvršitev arbitražne odločbe

bila odpoved informirana in v zavedanju posledic.¹² Ti pogoji po mnenju Švicarskega zveznega sodišča predstavljajo zadostno varstvo pravic v skladu s 6. členom EKČP, saj še vedno obstaja nadzor nad arbitražno odločbo v postopku priznanja in izvršitve.¹³

Galič ob tem opozarja, da je država dolžna zagotavljati, da je evropski javni red, katerega del je 6. člen EKČP, spoštovan.¹⁴ Novicka gre še korak dlje in zavzame stališče, da zagotavljanje pravic iz 6. člena EKČP vključuje tudi, da država ne sme uzakoniti možnosti, da se stranke odpovejo tožbi za razveljavitev arbitražne odločbe.¹⁵ S slednjim stališčem se ne gre strinjati. Pravilno je sicer, da država mora zagotavljati upoštevanje 6. člena EKČP, a v primeru arbitraže le, kadar je državno sodišče pozvano, da razveljavi arbitražno odločbo ali kako drugače intervenira.¹⁶ Država se s tem, ko se stranke odpovejo možnosti pravnega sredstva tožbe za razveljavitev arbitražne odločbe, ne odpove popolnoma nadzoru nad to odločbo. Iz istih razlogov, zaradi katerih lahko sodišče razveljavi arbitražno odločbo, lahko namreč sodišče zavrne priznanje in izvršitev arbitražne odločbe. Na tem stališču sta tudi Evropsko sodišče za človekove pravice in švicarsko Zvezno sodišče. Državni nadzor arbitražne odločbe v postopku priznanja in izvršitve, štejeta namreč za zadostno garancijo.¹⁷

12 Besson, S., Arbitration and Human Rights, v: ASA Bulletin, 24 (2006) 3, str. 405.

13 Spoorenberg, F., Bürgenmeier, N., Switzerland: The Swiss Law Provision Allowing Foreign Parties To Waive Their Right To Seek The Annulment Of International Arbitration Awards Is Compatible With The Fair Trial Guarantees, v: Mondaq, 26. 4. 2012, <http://www.mondaq.com/x/173052/Arbitration+Dispute+Resolution/The+Swiss+Law+Provision+Allowing+Foreign+Parties+To+Waive+Their> (16. 5. 2015).

14 Galič, A., Arbitration and the Right to a Fair Trial: Constitutional Procedural Guarantees in Arbitration Proceedings, v: Croatian Arbitration Yearbook, 7 (2000) 9, str. 11.

15 Novicka, S., Use of European Convention of Human Rights in Arbitration Proceedings: When, how?, v: RSGL Working papers no. 17, 2004, str. 20, <http://www.rgsl.edu.lv/images/stories/publications/RWP17Novicka.pdf> (16. 5. 2015).

16 Odločitev Evropske komisije za človekove pravice, R. proti Švici, z dne 4. 3. 1987, opr. št. 10881/84.

17 Sodba Švicarskega Zveznega sodišča (BGER), z dne 4. 1. 2012, Opr. št. BGE 4A_238/2011 (original v francoščini); Odločba Evropske komisije za človekove pravice, Jakob Boss Sohne KG proti Nemčiji, z dne 2. 12. 1991, Opr. št. 18479/91.

Ureditve, ki molčijo o možnosti odpovedi tožbi za razveljavitev arbitražne odločbe

Največja skupina držav se do tega vprašanja zakonsko ne opredeljuje, saj je večina zakonodajalcev, ki so pri urejanju področja arbitraže sledili UML, pri tem vprašanju sledila predlogi in se zakonsko ni opredelila do možnosti odpovedi. Prav tako se do tega ne opredeljuje Zvezni zakon o arbitraži ("FAA") v ZDA. Sodna praksa v teh jurisdikcijah pa ni enotna.

FAA v ZDA taksativno določa razloge, zaradi katerih se lahko arbitražna odločba izpodbija. Sodna praksa pa ne odgovarja enotno na vprašanje, ali se je mogoče tem razlogom odpovedati. Trenutno aktualen precedens Vrhovnega sodišča ZDA na temo sodnega nadzora arbitražnih odločb je v primeru Hall Street z dne 25. 3. 2008.¹⁸ V tej sodbi je sodišče odločilo, da stranke ne morejo spremeniti ali razširiti razlogov za razveljavitev, določenih v 10. členu FAA, saj so razlogi naštetni taksativno. Sodišče pa se v tem primeru ni izrecno izreklo, ali se precedens nanaša tudi na vprašanje izključitve sodnega nadzora arbitražne odločbe.

Lahko argumentiramo v dve smeri. Prvič, da je Vrhovno sodišče ZDA izreklo sodbo z namenom, da se razlogi ne razširijo in sodišča ohranijo le minimalen sodni nadzor, kar pa je prav tako namen zakonodajalca. Torej ni razloga, da bi arbitražni dogovori, ki izključujejo sodni nadzor, ne bi bili veljavni. Drugič, prav tako pa je mogoče argumentirati, da je Vrhovno sodišče razlagalo zakonski režim, kot kogentnega in nefleksibilnega, in so odpovedi sodnemu nadzoru zato neveljavne.¹⁹ Trenutna sodna praksa zveznih pritožbenih sodišč v ZDA se nagiba k slednji razlagi.

Tako je Zvezno pritožbeno sodišče za 9. okrožje v sodbi, na dan 17. 12. 2013²⁰, odločilo, da so neveljavni dogovori, ki izključujejo ali omejujejo sodni nadzor. Takšni dogovori bi namreč onemogočili zakonodajne ukrepe, ki strankam zagotavljajo minimalno raven ustreznega postopka v primeru arbitraže. To velja tako glede predhodnega kot glede naknadnega dogovora, s katerim se stranke odpovedujejo pravici do

18 Sodba Vrhovnega sodišča ZDA, Hall Street Associates proti Mattel, z dne 25. 3. 2008, Opr. št. 06-989.

19 Born, G., International Commercial Arbitration, str. 2665.

20 Sodba Pritožbenega sodišča za 9. okrožje ZDA, Wal-Mart Wage and Hour Employment Practices Litigation, z dne 17. 12. 2013, Opr. št. 11-17778.

tega pravnega sredstva. Na tem stališču so tudi sodišča v Avstraliji, prav taka pa je bila tudi sodna praksa v Franciji do novele arbitražnega prava v letu 2011.²¹

Podobnega stališča sta tudi nemška teorija in sodna praksa. Večina nemške teorije in sodna praksa je namreč na stališču, da predhodna odpoved ali omejitev razlogov za razveljavitev arbitražne odločbe nista dovoljeni. Štejejo namreč, da je določba v tem oziru kogentna, in zato omejitev sodnega nadzora pred izdajo arbitražne odločbe ni v dispoziciji strank.²² Edina možnost, kjer stranke glede tega pravnega sredstva prosto razpolagajo, je dispozitiven rok, v katerem mora biti ta tožba vložena. To namreč izhaja iz izrecne zakonske diktije, da je rok za vložitev tožbe 3 mesece, če se stranke niso dogovorile drugače.²³

Delno nasprotno, manjšinsko mnenje, pa zagovarja Distler, in sicer da je ustavno sprejemljiva takšna sporazumna predhodna delna odpoved sodnega nadzora, ki se ne dotika temeljnih načel poštenega postopka. Pri tem je potrebno biti previden, saj lahko veliko dogovorov, kot je npr. omejitev dokaznih sredstev na le določeno vrsto ali pa nov način imenovanja arbitrov, pripelje do kršitve načela zaslišanja stranke in nepristranskosti tribunala.²⁴

Distler nato nadaljuje, da so predhodni dogovori o omejitvi sodnega nadzora arbitražnih odločb, ki ne kršijo temeljnih ustavnih pravic, veljavni.²⁵ S tem stališčem se strinjata tudi Schlosser in Geimer. Zagovarjata, da je lahko takšna odpoved neveljavna le, kadar bi

pripeljala do kršitve temeljnih pravnih vrednot. Takšne dogovore pa je potrebno razlagati kar se da ozko. Pavšalni dogovori po njunem mnenju niso veljavni.²⁶ Na tem stališču so tudi sodišča v Kanadi.²⁷

Manj problematična, po nemški teoriji in praksi, je odpoved tožbi po izdaji arbitražne odločbe. Treba pa je posebej obravnavati razloge relativne ničnosti in razloge absolutne ničnosti (2. točka 2. odstavka § 1059 ZPO, 2. točka 2. odstavka 34. člena UML). Slednje sodišče upošteva po uradni dolžnosti zato z njimi stranke ne morejo prosto razpolagati, saj so namenjene varstvu javnega interesa in se jim tudi po izdaji odločbe stranke ne morejo odpovedati.²⁸ Ali se stranke lahko odpovejo razlogom relativne ničnosti pa ni tako jasno. Nekateri zagovarjajo, da je v tem primeru potrebno kazuistično presojati ali konkretna odpoved pripelje do odpovedi nedisponibilnega jedra pravic iz 6. člena EKČP. Poleg tega pa nemška sodna praksa aplicira test, ali konkreten razveljavitveni razlog služi javnemu interesu. Tako dolgo, kot je razveljavitveni razlog le v interesu strank, se te lahko razlogu odpovejo.²⁹ Večinsko mnenje teorije je takšno, da se je mogoče naknadno odpovedati razlogom relativne ničnosti, ne pa tudi razlogom absolutne ničnosti.³⁰ Takšna odpoved pa mora biti konkretna in določna. Npr. pavšalna določba, da "se stranke odpovejo vsem pravnim sredstvom, v meri kot je to dopustno", kot je velikokrat vsebovana v arbitražnih pravilih, gotovo ni dovolj konkretna, da bi odpoved veljavno učinkovala.³¹ Vsem razlogom relativne ničnosti pa se je seveda mogoče *de facto* odpovedati tako, da jih stranke ne uveljavljajo pravočasno.³²

Večina nemške teorije in sodna praksa je namreč na stališču, da predhodna odpoved ali omejitev razlogov za razveljavitev arbitražne odločbe nista dovoljeni. Štejejo namreč, da je določba v tem oziru kogentna, in zato omejitev sodnega nadzora pred izdajo arbitražne odločbe ni v dispoziciji strank

Manj problematična, po nemški teoriji in praksi, je odpoved tožbi po izdaji arbitražne odločbe. Treba pa je posebej obravnavati razloge relativne ničnosti in razloge absolutne ničnosti

21 Born, G., International Commercial Arbitration, Prva izdaja, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2011, str. 2663.

22 Münch, J., v: Rauscher, T. et al. (ur.), Münchener Kommentar ZPO, Band 3: §§ 1025-1109, Četrta izdaja, Verlag C. H. Beck, München 2013, Band 3: §§ 1025-1109, Četrta izdaja, Verlag C. H. Beck, München 2013, str. 461; Voit, W., v: Musielak, H.-J., Zivilprozessordnung: ZPO, Enajsta izdaja, Verlag Franz Vahlen, München 2014, str. 2595; Sklep Zveznega ustavnega sodišča Nemčije, z dne 11. 5. 1994, Opr. št. 1 BvR 744/94; Sodba Zveznega sodišča Nemčije, z dne 26. 9. 1985, Opr. št. III ZR 16/84; Sklep Zveznega sodišča Nemčije, z dne 24. 7. 2014, Opr. št. III ZB 83/13.

23 Voit, W., v: Musielak, H.-J., Zivilprozessordnung: ZPO, Enajsta izdaja, Verlag Franz Vahlen, München 2014, str. 2594.

24 Distler, W., Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung, Peter Lang International Academic Publishers, Frankfurt am Main 2002, str. 217-220.

25 Ibid., str. 217-220. Ob tem opozarja na potrebo po jasnosti in nedvoumnosti takšnega dogovora. V dvomu je potrebno takšne dogovore razlagati restriktivno, v smislu, da so stranke hotele v danem primeru največji mogoč obseg sodnega nadzora.

26 Schlosser, STR., v: Stein, F., Jonas, M. (ur.), Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, Dvaindvajseta izdaja, Mohr Siebeck, Tübingen 2014; ZPO, Dvaindvajseta izdaja, Mohr Siebeck, Tübingen 2014, str. 281; Geimer, R., v: Zöller, R. (ur.), ZPO – Zivilprozessordnung, Trideseta izdaja, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2014, str. 2346.

27 Born, G., International Commercial Arbitration, str. 2665.

28 Ibid., str. 2595; Schwab, K.-H., Walter, G., Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, Sedma izdaja, Verlag C. H. Beck, München 2005, Poglavlje 24, Odstavek 53.

29 Geimer, R., v: Zöller, R. (ur.), ZPO – Zivilprozessordnung, Trideseta izdaja, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2014, str. 2345-2346.

30 Voit, W., v: Musielak, H.-J., Zivilprozessordnung: ZPO, Enajsta izdaja, Verlag Franz Vahlen, München 2014, str. 2595.

31 Schwab, K.-H., Walter, G., Schiedsgerichtsbarkeit, Sedma izdaja, Verlag C. H. Beck, München 2005, Poglavlje 24, Odstavek 54.

32 Ibid., Poglavlje 24, Odstavek 53.

Slovenska ureditev

Veljavnost predhodnega dogovora o omejitvi sodnega nadzora

V Sloveniji velja arbitražni sporazum za pogodbo procesnega prava.³³ Zato je prosto razpolaganje strank z njenim oblikovanjem bolj omejeno, kot pri materialnih pogodbah.³⁴ Ureditev se glede možnosti odpovedi tožbi za razveljavitev arbitražne odločbe natančneje opredeljuje. V prvem odstavku 40. člena ZArbit določa, da se stranke tej pravici "ne morejo vnaprej odpovedati".³⁵ Osrednje vprašanje, ki se pojavlja pri raziskovanju predhodne odpovedi temu pravnemu sredstvu, je, ali ta diktacija vključuje le popolno ali tudi delno odpoved tožbi za razveljavitev arbitražne odločbe.

Že gramatikalna razlaga pripelje do zaključka, da je popolna odpoved pravnemu sredstvu prepovedna, molči pa o tem, ali je prepovedana tudi delna odpoved. Pri odgovoru na to vprašanje bom izhajal iz sistematične razlage v širšem smislu³⁶ in iz primerjalno pravnega pogleda. Sistematična razlaga vrača pogled na začetek tega prispevka, kjer so povzete ustavnopravne zahteve do arbitraže. Predvsem sta bistveni pravica do zaslišanja in pravica do sodnega varstva, ki sta urejeni tudi v 6. členu EKČP. Evropsko sodišče za človekove pravice se je izreklo, da so nekatere pravice iz tega člena tako bistvene, da se jim stranke ne morejo odpovedati. Iz tega izhaja, da je sporazumna odpoved, ki ne krši teh temeljnih pravic, dopustna.³⁷ Vendar pa je potrebno upoštevati tudi izrecno prepoved iz 40. člena ZArbit.

Primerjalno pravno gledano, ureditve, kjer odgovor na vprašanje, ali je odpoved razlogom mogoča, ni izrecno uzakonjen, take odpovedi večinoma ne dopuščajo pred nastankom arbitražne odločbe. Poleg avtonomije strank, kot vogelnega kamna arbitražnega postopka, namreč upoštevajo tudi javni interes pri sodnem

nadzoru arbitražnih odločb. Tako je mogoče prepričljivo sklepati, da je slovenski zakonodajalec želel takšno razlago izrecno uzakoniti. Določbo člena, ki ureja tožbo za razveljavitev arbitražne odločbe, je uredil strože od odločb, ki so interpretirane kot kogentne, in pri katerih predhodna odpoved ni mogoča. Podobno je storil tudi hrvaški zakonodajalec, kjer je dopustno modificirati postopek ali razloge za razveljavitev le v meri, kot je to izrecno dovoljeno v zakonu.³⁸

Poleg tega, pa se pojavlja tudi vprašanje, ali je mogoča delna omejitev sodnega nadzora v smislu skrajšanja roka, v katerem je mogoče vložiti tožbo skladno z 40. členom ZArbit. Ta določa, da je mogoče tožbo vložiti v treh mesecih od dneva, ko je stranka, ki tožbo vlaga, prejela arbitražno odločbo. Ne odgovarja torej na to vprašanje, je pa mogoče sklepati, da ta rok ni v dispoziciji strank. Kot pri drugih pravnih sredstvih, kjer gre za zakonski rok, ta ni podaljshljiv oziroma se ga ne da skrajšati.³⁹ Edina izjema je možnost, da sodišče podaljša rok za največ 30 dni, v primeru, ko stranka od arbitražnega tribunala zahteva popravilo arbitražne odločbe (37. člen ZArbit). Sodišče prepozno vloženo tožbo zavrže in stranki ostane le možnost dokazati napake v postopku za razglasitev izvršljivosti oziroma priznanje arbitražne odločbe.

Veljavnost naknadnega dogovora o omejitvi sodnega nadzora

Odpoved tožbi ali omejitev razlogov za izpodbijanje arbitražne odločbe po nastanku odločbe ni problematična v takšni meri, kot predhodna. Pri tem je potrebno izhajati iz diktacije 40. člena ZArbit, ki izrecno prepoveduje vnaprejšnjo odpoved pravnemu sredstvu. O naknadni odpovedi pa zakon molči. Mogoče je argumentirati v dve smeri, prvič, da je določba popolnoma kogentna in ni del zasebne avtonomije, da stranke omejijo ravnanje sodišča, in alternativno, da se je temu sredstvu mogoče odpovedati. Če je temu tako, se pojavlja nadaljnjo vprašanje, ali se mu je mogoče odpovedati le delno ali v celoti.

Osrednje vprašanje, ki se pojavlja pri raziskovanju predhodne odpovedi temu pravnemu sredstvu, je, ali ta diktacija vključuje le popolno ali tudi delno odpoved tožbi za razveljavitev arbitražne odločbe

Poleg tega, pa se pojavlja tudi vprašanje, ali je mogoča delna omejitev sodnega nadzora v smislu skrajšanja roka, v katerem je mogoče vložiti tožbo skladno z 40. členom ZArbit

Odpoved tožbi ali omejitev razlogov za izpodbijanje arbitražne odločbe po nastanku odločbe ni problematična v takšni meri, kot predhodna

33 Sklep Višjega sodišča v Celju, z dne 7. 6. 2006, Opr. št. VSC sklep Cpg 401/2005.

34 Belohlávek, A. J., The Definition of Procedural Agreements and Importance to Define the Contractual Nature of the Arbitration Clause in International Arbitration, v: Yearbook of International Arbitration, 2012, str. 34.

35 Enako določa hrvaški Zakon o arbitraži v 36. členu.

36 Glej Pavčnik, M., Teorija prava, Prva izdaja, GV Založba, Ljubljana 2007, str. 499-502.

37 Zamisliti si je mogoče celo dopustnost popolne odpovedi, saj je pravica iz 6. člena EKČP varovana še v postopku razglasitve izvršljivosti oziroma priznanja arbitražne odločbe.

38 Triva, S., Uzelac, A., Hrvatsko arbitražno pravo, Narodne novine, Zagreb 2007, str. 286.

39 Glej Zobec, J., Pravdni postopek, zakon s komentarjem, str. 216.

Kogentna določila 40. člena ZArbit

Pri vprašanju popolnoma kogentne narave ureditve sodnega nadzora je potrebno izhajati iz načela zasebne avtonomije, ki jo stranke lahko izvršujejo do meje, kot jo postavlja zakon. Arbitraža primarno temelji na dogovoru strank (odraz pogodbene narave arbitraže), le delno pa arbitri izvajajo tudi sodno funkcijo (sodna narava arbitraže).⁴⁰ S tem se strinja Vrhovno sodišče RS, ki omejuje pogodbeno avtonomijo le z načelom, da "obe stranki morata imeti enako možnost v vseh fazah postopka uveljavljati svoje pravice in navajati svoja stališča"⁴¹. Zakonsko omejitev je potrebno interpretirati, kot izjemo od splošnega pravila, torej ozko. Zasebna avtonomija namreč ne izvira iz ZArbit, ampak jo ta zakon le omejuje v najmanjši meri, kot je to potrebno, da se varujejo temeljne vrednote pravne države.

Poleg tega ZArbit izrecno določa le, da se tožbi za razveljavitev arbitražne odločbe ni mogoče odpovedati "vnaprej". Zakonsko dikcijo "vnaprej" pa je potrebno, kot izjemo, interpretirati ozko in dopustiti naknadno odpoved. Poleg tega bi nasproten zaključek, da se tej tožbi ni mogoče odpovedati niti naknadno, vodil do mestoma nelogičnih rešitev. Tako bi bilo mogoče, da se stranke *de facto* odpovejo razlogom relativne ničnosti, s tem da jih preprosto ne uveljavljajo v sodnem postopku, kar je popolnoma v dispoziciji strank. Na drugi strani, pa ne bi bilo dopustno, da stranke to tudi pogodbeno izrazijo, ko že poznajo arbitražno odločbo in vse morebitne pomanjkljivosti postopka. V tem trenutku namreč ni več nevarnosti, da bi stranke oblikovale arbitražni postopek popolnoma nasprotno z načelom pravne države, saj je arbitražni postopek že veljavno zaključen. Zato menim, da je pravilen zaključek, da je sodni nadzor arbitražne odločbe, ko je bila ta že izdana, mogoče dogovorno omejiti.

Popolna ali delna odpoved razlogom 40. člena ZArbit

Nadalje se postavlja vprašanje, v kakšni meri je dopustno naknadno dogovorno omejiti sodni nadzor. Pri tem vprašanju je potrebno izhajati iz narave razveljavitvenih razlogov, t.j. razlogi relativne in razlogi absolutne ničnosti. Razloga absolutne ničnosti (materialni javni red in arbitrabilnost spora) sta kogentne narave in

sodišče ju upošteva po uradni dolžnosti, torej nista v dispoziciji strank. Njuno uveljavljenje je neodvisno od volje strank, v vseh primerih, ko se stranke obrnejo na sodišče, v zvezi z že nastalo arbitražno odločbo (želijo izpodbijati ali pa doseči razglasitev izvršljivosti oziroma priznanje arbitražne odločbe).⁴² Dogovori o izključitvi teh razlogov zato ne morejo biti dopustni.

Drugače je pri razlogih relativne ničnosti. Te sodišče upošteva le na ugovor strank, ki morajo dokazati, da je ravnanje arbitražnega tribunala pripeljalo do kršitve enega od njih. Mogoče je argumentirati v dve smeri, prvič, sledimo *de facto* možnosti in dopustimo, da se stranke popolnoma odpovejo razlogom relativne ničnosti iz 2. alineje 2. odstavka 40. člena ZArbit. In alternativno, da sodišče preverja ali takšna odpoved v konkretnem primeru vodi do kršitve pravice do zaslišanja stranke (22. in 23. člen URS in 6. člen EKČP). Sistematična razlaga narekuje prvo rešitev. Nelogično bi bilo namreč, da bi sodišče preverjalo po uradni dolžnosti veljavnost naknadne odpovedi razlogu, ki ga stranka kasneje tako ali tako ne bi uveljavljala. Morebitne napake postopka, zaradi katerih bi lahko uveljavljale ta razlog, so stranke namreč poznale že, ko so se razlogu odpovedale. Poleg tega pa sodišče lahko nadzoruje arbitražno odločbo tudi v postopku razglasitve izvršljivosti oziroma priznanja arbitražne odločbe, kar je zadostno za varstvo ustavnih pravic strank.

Pogodbena razširitev sodnega nadzora arbitražnih odločb

Pri vprašanju pogodbene razširitve sodnega nadzora arbitražnih odločb prihajajo v poštev tri vrste vprašanj: prvič, ureditve, kjer je možnost vnaprej predvidena, drugič, ureditve, ki o tem nimajo posebnih določb in tretjič, mogoči obvodi tožbe za izpodbijanje arbitražne odločbe, ki imajo za posledico, da sodišče pregleda odločbo ali primer. Najprej bo predstavljen primerjalno pravni pogled, nato pa slovenska in njej podobne ureditve.

Razloga absolutne ničnosti (materialni javni red in arbitrabilnost spora) sta kogentne narave in sodišče ju upošteva po uradni dolžnosti, torej nista v dispoziciji strank. Njuno uveljavljenje je neodvisno od volje strank, v vseh primerih, ko se stranke obrnejo na sodišče, v zvezi z že nastalo arbitražno odločbo (želijo izpodbijati ali pa doseči razglasitev izvršljivosti oziroma priznanje arbitražne odločbe)

Drugače je pri razlogih relativne ničnosti. Te sodišče upošteva le na ugovor strank, ki morajo dokazati, da je ravnanje arbitražnega tribunala pripeljalo do kršitve enega od njih

⁴⁰ Gaillard, E., Savage, J., Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, str. 10.

⁴¹ Sklep VS RS, opr. št. II Ips 82/2007, z dne 10. 12. 2009.

⁴² Schwab, K.-H., Walter, G., Schiedsgerichtsbarkeit, Sedma izdaja, Verlag C. H. Beck, München 2005, Poglavlje 24, Odstavek 53.

Primerjalno- in mednarodnopravni pogled

Anglija – zakonsko predvidena pogodbeno razširitev sodnega nadzora

Med ureditvami, ki izrecno zakonsko predvidevajo, da se stranki lahko dogovorita o razširjenem sodnem nadzoru arbitražne odločbe, je pomembna predvsem angleška ureditev (English Arbitration Act 1996, "EAA 1996"), ki predvideva neobičajno široko oblikovano možnost intervencije s strani sodišč

Ureditev v ZDA ne določa izrecno, ali je dopustno sodni nadzor pogodbeno razširiti. V nekaterih primerih je sodišče štelo za dopustno, da samo razširi razloge, ali pa izjemoma razveljavi arbitražno odločbo z uporabo zelo široke interpretacije že obstoječih razlogov

Med ureditvami, ki izrecno zakonsko predvidevajo, da se stranki lahko dogovorita o razširjenem sodnem nadzoru arbitražne odločbe, je pomembna predvsem angleška ureditev (English Arbitration Act 1996, "EAA 1996"), ki predvideva neobičajno široko oblikovano možnost intervencije s strani sodišč.⁴³ Angleško pravo predvideva dve vrsti sredstev proti arbitražni odločbi, prvič, arbitražno odločbo je mogoče izpodbijati iz razlogov resne nepravilnosti pri izvedbi postopka in pomanjkanja jurisdikcije tribunala. Razlogi za razveljavitev arbitražne odločbe sledijo V. členu NYK in so podobni primerljivim ureditvam, npr. FAA v ZDA in ureditvam, ki sledijo UML. Drugič, ob možnosti doseči razveljavitev arbitražne odločbe pa angleška ureditev ponuja še možnost pritožbe glede pravnih vprašanj.

69. člen EAA 1996 predvideva privzeto ureditev pritožbe glede pravnih vprašanj angleškega prava (ne pa vprašanj tujega prava). Stranke imajo tri možnosti, prvič, sodišče lahko dopusti pritožbo, če so izpolnjeni določeni pogoji. Drugič, lahko se dogovorijo, da se je na arbitražno odločbo mogoče pritožiti glede pravnih vprašanj. Nazadnje, stranke imajo možnost, da lahko pritožbo glede pravnih vprašanj izključijo.⁴⁴ Sodišče ima v tem postopku možnost, da arbitražno odločbo potrdi, spremeni ali popolnoma oziroma delno razveljavi.

Prvič, sodišče dopusti pritožbo glede pravnih vprašanj v primerih, ko bo odločitev tega vprašanja znatno vplivala na pravice strank, je o tem vprašanju že odločal tribunal, glede na dejstva primera je odločitev tribunala očitno napačna in je tudi sicer primerno, da v okoliščinah sodišče odloči o tem vprašanju. Na stranki je dokazno breme glede vseh zgoraj naštetih pogojev. Poleg tega seveda ne sme obstajati veljaven dogovor o izključitvi pritožbe v skladu z 69. členom EAA 1996. Drugič, stranke se lahko dogovorijo, da je mogoča pritožba zoper arbitražno odločbo glede pravnih vprašanj. V takšnem primeru ni potrebno izkazovati pogojev, pod katerimi sodišče dopusti pritožbo, ampak le, da

so izčrpana vsa ostala pravna sredstva. S tem angleško pravo razume možnost, da arbitražni tribunal popravi odločbo in možnost, da v skladu s pravili arbitražne institucije stranke naslovijo pritožbo na arbitražni tribunal druge stopnje.⁴⁵

Postavlja se vprašanje, v kakšni meri ureditev sploh dopušča razširitev sodnega nadzora. Pritožba glede pravnih vprašanj je namreč dopuščena tudi, če ni posebne dogovora. Edina razlika je torej, da se v tem primeru postavljajo strožji pogoji dopustnosti. Dogovor strank ima za posledico le, da sodišče šteje, da so ti razlogi izpolnjeni, in nato preveri arbitražno odločbo. Torej gre le za zelo ozek manevrski prostor strank – razširitev je možna le na primere, ko sicer sodišče odločbe ne bi preverilo zaradi neizpoljenosti pogojev. Dogovori o razširitvi sodnega nadzora izven zakonskih okvirov pa niso veljavni.⁴⁶

ZDA – razvoj teorije in precedensov na zvezni ravni

Ureditev v ZDA ne določa izrecno, ali je dopustno sodni nadzor pogodbeno razširiti. V nekaterih primerih je sodišče štelo za dopustno, da samo razširi razloge,⁴⁷ ali pa izjemoma razveljavi arbitražno odločbo z uporabo zelo široke interpretacije že obstoječih razlogov.

Pri presoji tega vprašanja, so v ZDA pomembni predvsem trije precedensi in sodna praksa, ki jim sledi. Prvi precedens Vrhovnega sodišča ZDA, na katerega se je sklicevala sodna praksa pri dovolitvi razširitve sodnega nadzora, je Wilko proti Swan iz leta 1953. V tem duhu nadaljuje tudi primer Volt Information Sciences proti Leland Stanford Junior University iz leta 1989. Sodno prakso pa je leta 2008 spremenil primer Hall Street Associates proti Mattel.

Po sprejemu FAA (1925) so se v praksi pojavili sodno ustvarjeni razlogi za razveljavitev arbitražne odločbe. Najbolj pogost med njimi je *manifest disregard of law*. Dopustnost ustvarjanja novih razlogov je potrdil primer Wilko proti Swan, leta 1953. Pritožbena sodišča nekaj okrožij pa so dopuščala še druge sodno

⁴⁵ Ibid., str. 429.

⁴⁶ Raghavan, V., Heightend Judicial Review of Arbitral Awards, v: Journal of International Arbitration, 15, (1998) 3, str. 132.

⁴⁷ Jarrett, J., What's in a name: Why judicially named grounds for vacating arbitral awards should remain available in light of Hall Street, v: Georg Mason Law Review, 20 (2013) 3, str. 915.

⁴³ Redfern, A. et al., Law and Practice of International Commercial Arbitration, Oxford University Press, Oxford 2009, str. 9-37.

⁴⁴ Sutton, D. St. J., Kendall, J., Gill, J., Russell on Arbitration, Enaindvajsta izdaja, Sweet & Maxwell, London 1997, str. 425.

ustvarjene razloge.⁴⁸ Kasneje se je začela pojavljati interpretacija, da ker lahko sodišče razširi razloge iz FAA, ti razlogi niso taksativno naštet. Zato se lahko za razširitev dogovorijo tudi stranke. Nosilni razlog za to je, da je arbitražna "stvaritev pogodbe" in naloga sodišč je udejanjanje te pogodbene volje, kar je v skladu z njihovim razumevanjem *ratio legis* FAA. To razlago je vsaj delno podprlo Vrhovno sodišče ZDA v primeru *Volt Information Sciences proti Leland Stanford Junior University*, leta 1989, kjer je dopustilo, da so se stranke dogovorile za pravo zvezne države, čeprav bi se moralo uporabiti zvezno pravo.⁴⁹ Po tej odločbi se je sodna praksa dopuščanja pogodbene razširitve razlogov za razveljavitev arbitražne odločbe še razširila.⁵⁰

Obrat v sodni praksi se je zgodil leta 2008 s sodbo Vrhovnega sodišča ZDA *Hall Street Associates proti Mattel*. Sodišče je odločilo, da so razlogi FAA za razveljavitev arbitražne odločbe taksativni in jih stranke ne morejo pogodbeno prilagajati. V skladu s tem precedensom sodobna sodna praksa ne dopušča spreminjanja ali prilagoditve razlogov za razveljavitev. Odprto vprašanje pa ostaja, kakšna je usoda sodno ustvarjenih razlogov: ali jih je mogoče interpretirati, kot sopomenko za vse ali posamezne taksativno naštete razloge skupaj. Ameriška sodna praksa in teorija, po 2008, o tem vprašanju nimata enotnega stališča.⁵¹ Vsekakor pa je nedvoumno, da pogodbeno razširitev razlogov ni veljavna.

Slovenska in njej podobne ureditve

Slovenska ureditev v tem delu zvesto sledi UML. Prav tako npr. hrvaški, nemški ali kalifornijski zakon.⁵² V teoriji in praksi v teh državah ni sporno, da so razlogi, kot so naštet v 40. členu ZArbit (oziroma § 1059 ZPO, 36. člen Zakona o arbitraži RH), taksativni in

jih stranke ne morejo pogodbeno razširiti ali spremeniti (*numerus clausus*).⁵³

Takšna razlaga izhaja že iz zakonske dikcije ZArbit, ki v 2. odstavku 40. člena določa, da je mogoče tožbo razveljaviti "le" zaradi tam naštetih razlogov. Razlaga člena "le" je mogoča samo na način, ki pripelje do zaključka, da so razlogi taksativni.⁵⁴ To razlago podpira tudi VS RS v sklepu z dne 10. 12. 2009, kjer poudari, da se razloge za razveljavitev arbitražne odločbe razlaga restriktivno in se odločbe ne more razveljaviti zaradi napačne uporabe materialnega prava.⁵⁵ Torej ne sledi zgodnji ameriški sodni praksi, ki je v ta namen ustvarila "sodni" razlog *manifest disregard of law*.

Kljub nespornim stališčem v teh jurisdikcijah pa se pojavljajo določeni poskusi, kako zaobiti taksativno določene razloge. Pri tem je ilustrativna predvsem sodba Vrhovnega sodišča Kalifornije z dne 25. 8. 2008.

Vrhovno sodišče Kalifornije v zadevi *Calbe Connection proti DIRECTV*

Kalifornijske deželne določbe o arbitraži so povzete po UML. V § 1286.2 kalifornijskega Zakona o civilnem postopku so določeni pogoji, pod katerimi lahko sodišče razveljavi arbitražno odločbo. Vrhovno sodišče Kalifornije se je v primeru *Cable Connection proti DIRECTV*⁵⁶ med drugim ukvarjalo z vprašanjem, ali se stranke lahko dogovorijo, da sodišče preveri arbitražno odločbo tudi glede pravnih napak. V ozir je vzelo, da je Vrhovno sodišče ZDA pol leta prej odločilo, da so razlogi v zveznem zakonu naštet taksativno. Vendar to, po mnenju kalifornijskega sodišča, ne vpliva na presojo kalifornijskih določb o arbitraži.

Kalifornijsko sodišče je potrdilo precedens iz primera *Moncharsh*⁵⁷, da je mogoče arbitražno odločbo

Slovenska ureditev v tem delu zvesto sledi UML. Prav tako npr. hrvaški, nemški ali kalifornijski zakon. V teoriji in praksi v teh državah ni sporno, da so razlogi, kot so naštet v 40. členu ZArbit (oziroma § 1059 ZPO, 36. člen Zakona o arbitraži RH), taksativni in jih stranke ne morejo pogodbeno razširiti ali spremeniti (*numerus clausus*)

48 Ibid. str. 917; Razlogi kot npr. če je arbitražna odločba popolnoma neracionalna "completely irrational".

49 Murray, C., *Contractual Expansion of the Scope of Judicial Review of Arbitral Awards under the Federal Arbitration Act*, v: *St. John's Law Review*, 76 (2002) str. 639.

50 Glej npr. *Gateway Technologies Inc. proti MCI Telecommunications Corp*, Pritožbeno sodišče za 5. okrožje, z dne 27. 9. 1995, Opr. št. 64 F.3d 993, 996.

51 Berger, J. E., Sun, C., *The Evolution of Judicial Review under the FAA*, v: *NYU Journal of Law & Business*, 5 (2009), str. 773.

52 UML je prevzelo 67 držav, z dne 18. 11. 2014. Vir: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (16. 5. 2015).

53 Münch, J., v: Rauscher, T. et al. (ur.), *Münchener Kommentar ZPO*, Band 3: §§ 1025-1109, Četrta izdaja, Verlag C. H. Beck, München 2013, Band 3, str. 446; Geimer, R., v: Zöller, R. (ur.), *ZPO – Zivilprozessordnung*, str. 2336; Triva, S., Uzelac, A., *Hrvatsko arbitražno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2007, str. 286.

54 Münch, J., v: Rauscher, T. et al. (ur.), *Münchener Kommentar ZPO*, Band 3: §§ 1025-1109, Četrta izdaja, Verlag C. H. Beck, München 2013, Band 3, str. 446.

55 Sklep VS RS, Opr. št. II Ips 82/2007 z dne 10. 12. 2009.

56 Sodba Vrhovnega sodišča Kalifornije z dne 25. 8. 2008, Opr. št. 44 Cal. 4th 1334, 190 STR.3d 586, 82 Cal. Rptr. 3d 229.

57 Sodba Vrhovnega sodišča Kalifornije, z dne 30. 7. 1992, *Moncharsh proti Heily & Blase*, Opr. št. S020997.

Arbitraža mora, čeprav je zasebnopraven način reševanja sporov, upoštevati ustavnopravne meje. Čeprav jih država ne more nadzorovati neposredno, pa je odgovorna za njihovo uresničevanje takrat, ko so državna sodišča pozvana, da preverijo arbitražno odločbo. Edini neposredni način je tožba za razveljavev arbitražne odločbe. Ta je v Sloveniji oblikovana po UML in predvideva izjemne primere, kadar lahko sodišče odločbo razveljavi. Ker gre za izjemo, jo je potrebno interpretirati restriktivno, kar slovenska sodišča dosledno upoštevajo

Edina možnost prilagoditve sodnega nadzora, ki jo je v skladu s slovenskim pravom, po mojem mnenju, mogoče prepričljivo zagovarjati, je možnost naknadne odpovedi razlogom relativne ničnosti. Sodna praksa in pravna teorija pa se morata glede vseh nians tega vprašanja še izreči

razveljaviti le iz taksativno naštetih razlogov. Ob tem pa je dodalo, da to še ne pomeni, da stranke ne morejo pogodbeno spremeniti obsega tega nadzora. Po mnenju sodišča za to obstaja pravna podlaga, tako v pogodbi, kot tudi v zakonu. Zakon vsebuje določbo, da sodišče lahko razveljavi arbitražno odločbo, če so arbitri prekoračili svoja pooblastila. V tem primeru so se stranke dogovorile, da "arbitri nimajo pooblastil, da storijo pravne napake in v primeru takšne napake se zoper arbitražno odločbo lahko vložijo tožba na razveljavev oziroma pritožbi na pristojno sodišče". Takšna klavzula razširja sodni nadzor arbitražne odločbe tudi na pravna vprašanja in je veljavna v skladu s kalifornijskim pravom.

Odločitev odpira vrata strankam, da se dogovorijo in razširijo sodni nadzor praktično na vsako vprašanje. Na nevarnosti takšnega pristopa je opozoril že sodnik Moreno v pritrdilnem ločenem mnenju. Navaja, da se strinja, da stranke lahko oblikujejo arbitražni postopek in določajo, kakšna pooblastila imajo arbitri. Vendar pa je preširoka razlaga, da to vključuje tudi celovit pregled pravnih napak. To namreč arbitražo spreminja v postopek predhodnega sodnega, katerega glavna naloga je, da ugotovi dejstva pomembna za odločitev o pravnih vprašanjih.

Zdi se, kot da se sodišče, pod vplivom Hall Street precedensa, ne želi izreči, da so zakonski razlogi naštetih eksemplifikativno, in zato razširja razlago že obstoječih. S tem pa dejansko odpira vrata sodnemu nadzoru, ki je lahko pogodbeno oblikovan celo tako široko, da je primerljiv s pritožbo v pravnem postopku. Napak bi bilo prevzeti takšno razlago tudi v slovenski pravni red. VS RS je na stališču, da gre pri zakonsko določenih razlogih za razveljavev, za izjemo, ki jo je potrebno razlagati restriktivno.⁵⁸ Poleg tega pa takšna razlaga nasprotuje tudi *ratio legis* sodnega nadzora arbitražnih odločb, ki je oblikovan na način, da varuje minimalne standarde procesnega in materialnega javnega reda. Ni namen instituta, da nadomešča pritožbo zoper napačno arbitražno odločbo.⁵⁹ Menim, da je takšna razlaga instituta tožbe za razveljavev arbitražne odločbe preširoka, in jo je potrebno zavrniti.

58 Sklep VS RS, Opr. št. II Ips 82/2007, z dne 10. 12. 2009.

59 Münch, J., v: Rauscher, T. et al. (ur.), Münchner Kommentar ZPO, Band 3: §§ 1025-1109, Četrta izdaja, Verlag C. H. Beck, München 2013, Band 3, str. 446-447.

Zaključek

Arbitraža mora, čeprav je zasebnopraven način reševanja sporov, upoštevati ustavnopravne meje. Čeprav jih država ne more nadzorovati neposredno, pa je odgovorna za njihovo uresničevanje takrat, ko so državna sodišča pozvana, da preverijo arbitražno odločbo. Edini neposredni način je tožba za razveljavev arbitražne odločbe. Ta je v Sloveniji oblikovana po UML in predvideva izjemne primere, kadar lahko sodišče odločbo razveljavi. Ker gre za izjemo, jo je potrebno interpretirati restriktivno, kar slovenska sodišča dosledno upoštevajo. Stranke pa včasih vendarle želijo drugačen režim. Tem željam sledijo ureditve nekaterih držav, ki omogočajo ali odpoved tej tožbi ali pa razširitev sodnega nadzora.

Zakonska odpoved tožbi na razveljavev arbitražne odločbe je primerjalno gledano najpogosteje oblikovana po t.i. švicarskem modelu. Ta omogoča popolno odpoved, temelji pravne države pa so še vedno varovani v postopku razglasitve izvršljivosti oziroma priznanja arbitražne odločbe. Večina ureditev se o vprašanju ne izreka. V tem primeru je smiselna argumentacija nemške teorije, ki dopušča naknadno odpoved glede razlogov relativne ničnosti, ki so v dispoziciji strank. Slovenska ureditev pa izrecno prepoveduje vnaprejšnjo odpoved temu pravnemu sredstvu. Dopustna pa je razlaga, da se stranke tem razlogom lahko naknadno odpovejo. Sodna praksa pa se mora o tem vprašanju še izreči.

Primerjalno pravno gledano je razširitev sodnega nadzora zakonsko predvidena predvsem na način, da se lahko stranke dogovorijo, da sodišče preveri pravna vprašanja primera. Slovenija takšne možnosti ne predvideva, saj ni določena med taksativno naštetimi razlogi, zaradi katerih lahko sodišče razveljavi arbitražno odločbo. Na tem stališču je tudi slovenska sodna praksa. Prav tako niso prepričljive argumentacije, ki poskušajo zaobiti te taksativno našete razloge, saj so v nasprotju s pravilom o restriktivni razlagi izjem.

Edina možnost prilagoditve sodnega nadzora, ki jo je v skladu s slovenskim pravom, po mojem mnenju, mogoče prepričljivo zagovarjati, je možnost naknadne odpovedi razlogom relativne ničnosti. Sodna praksa in pravna teorija pa se morata glede vseh nians tega vprašanja še izreči.

Reševanje sporov iz pogodb FIDIC

doc. dr. Konrad Plauštajner

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

Pomen FIDIC tekstov

FIDIC¹ – Mednarodno združenje svetovalnih inženirjev, ustanovljeno leta 1913 v Bruslju, sedaj s sedežem v švicarski Lozani, je razvilo pomembno aktivnost pri pripravi modelov pogodb, oziroma splošnih in posebnih pogojev na področju gradnje, svetovalnega inženiringa ter dobave in montaže opreme². Gre za pravne tekste, ki jih ne moremo obravnavati kot mednarodno pravo, vendar so zlasti s posodobitvijo iz leta 1999³ že postali sodoben pravni instrument urejanja

mednarodnih investicijskih poslov. Za domačo rabo so pomembni zato, ker morajo biti projekti, sofinancirani s sredstvi mednarodnih bank⁴ in institucij EU pravno podprti z uporabo FIDIC tekstov⁵.

Vsak FIDIC tekst (v obliki knjige) se začneja s splošnimi pogoji, ki predstavljajo vzorce za sestavo konkretne pogodbe, n.pr. po Rdeči knjigi za gradbena in inženirska dela, ki jih načrtuje naročnik. Splošne pogoje (angl. *General Conditions*) kot vzorec pogodbe lahko stranke spreminjajo ali dopolnijo s tem, da v t.i. Posebnih pogojih (angl. *Particular Conditions*) konkretno navedejo spremembe vzorčnega teksta. Na primer tako, da neko določbo iz Splošnih pogojev črtajo in jo nadomestijo z drugim tekstom, ali pa je ne uporabijo. Glede teh možnosti imajo stranke na razpolago Smernice za sestavo posebnih pogojev. Slednji, če se razločujejo od Splošnih pogojev, imajo nad njimi popolno prevlado (t.j. nad prvotnim tekstom Splošnih pogojev). FIDIC tekste dopolnjujejo še obrazci garancij, ponudbenega pisma izvajalca del, pogodbenega sporazuma strank

Za domačo rabo so pomembni zato, ker morajo biti projekti, sofinancirani s sredstvi mednarodnih bank in institucij EU pravno podprti z uporabo FIDIC tekstov

1 V originalu (fr.): *Fédération internationale des Ingénieurs – conseils*.

2 Glavni FIDIC teksti (izdaja 1999 ali kasneje) so:

- *Rdeča knjiga*, Pogoji gradbenih pogodb za gradbena in inženirska dela, ki jih načrtuje naročnik;
- *Rumena knjiga*, Pogoji pogodb za obratno opremo, projektiranje in graditev za elektrotehnično in strojno obratno opremo in za gradbena in inženirska dela, ki jih načrtuje izvajalec;
- *Srebrna knjiga*, Pogoji pogodb za dobavo, inženirske in gradbene storitve (DIGIS) – Projekti na ključ;
- *Bela knjiga*, Naročnik/Svetovallec – vzorec pogodbe za storitve;
- *Zlata knjiga*, za urejanje odnosov na področju javno-zasebnega partnerstva.

Za uradno verzijo posameznega teksta se šteje tista, ki je napisana v angleškem jeziku.

3 FIDIC teksti v izdajah izpred leta 1999 so temeljili na angleškem pravu, čestokrat nerazumljivem kontinentalnim pravnikom, saj so vsebovali (nam) slabo poznane institute angleškega prava, kot so *consideration*, *frustration*, *liquidated damages*, *hardship* ipd. Inženir je imel neobičajno vlogo, ker je lahko tolmačil pogodbeno določilo, urejal vrsto razmerij med naročnikom in izvajalcem in reševal njune spore. Pravna tehnika tekstov je bila pomanjkljiva, ker se je ista materija urejala na več mestih, vendar nedosledno, kar je oteževalo ugotovitev bistva rešitve. Dodatna ovira je bil tudi zelo zapleten arhaični angleški jezik tekstov, ki so ga težko razumeli celo Angleži sami.

4 Mednarodne banke za razvoj so izdale leta 2005 usklajeno FIDIC knjigo Pogojev gradbenih pogodb.

5 Poleg FIDIC tekstov se na nivoju mednarodnih institucij kot pravi vzorci uporabljajo še angleški *ICE Conditions of Contract for Ground Investigation*, *UNCITRAL Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works*, ter nemški *VOB – Verdingungsordnung für Bauleistungen*.

Ponoviti je, da so vsi FIDIC teksti, tudi glede alternativnega reševanja sporov ponujeni kot pravni vzorec, kar pomeni, da lahko stranke v obsegu svoje avtonomije spreminjajo te tekste in jih prilagodijo konkretnemu poslu

Narava, obseg in pomen investicijskih poslov, ki se običajno tudi časovno izvajajo dalj časa, terjata, da se nastala sporna vprašanja lahko začnejo reševati že med izvajanjem del in ne šele po njihovem dokončanju, torej *post festum* pred arbitražo ali sodiščem

FIDIC teksti, zato omogočajo, da pogodbene stranke takšne spore rešujejo preko posebne "Komisije za reševanje sporov"

(pogodba) in Splošni pogoji Sporazuma o reševanju sporov.

Ponoviti je, da so vsi FIDIC teksti, tudi glede alternativnega reševanja sporov ponujeni kot pravni vzorec, kar pomeni, da lahko stranke v obsegu svoje avtonomije spreminjajo te tekste in jih prilagodijo konkretnemu poslu. Njihova pogodbeno avtonomija ni neomejena, saj so dolžne spoštovati *orde public* in *ius cogens*. Ob tem ne gre prezreti, da stranke včasih pretiravajo v spremembah vzorčnega teksta in s tem odstopajo od osnovnega namena originalnih FIDIC tekstov. Lahko bi rekli, da se tudi tukaj ponavlja zgodba o *Prokrustovi postelji*.

FIDIC omogoča alternativno reševanje sporov

Splošno

Narava, obseg in pomen investicijskih poslov, ki se običajno tudi časovno izvajajo dalj časa, terjata, da se nastala sporna vprašanja lahko začnejo reševati že med izvajanjem del in ne šele po njihovem dokončanju, torej *post festum* pred arbitražo ali sodiščem. Po modelih pogodb FIDIC je takšen način reševanja sporov opredelili kot alternativni in ga naročnik ter izvajalec v okviru glavne pogodbe tudi v naprej definirata. FIDIC teksti⁶, zato omogočajo, da pogodbene stranke takšne spore rešujejo preko posebne "Komisije za reševanje sporov" (v nadaljevanju: "KRS")⁷. Upoštevajoč že omenjeno pogodbeno avtonomijo strank, se lahko te dogovorijo, da možnost alternativnega reševanja svojih sporov povsem izključita. Vendar to zagotovo ne bi bila modra odločitev.

Reševanje gradbenih oziroma investicijskih sporov s pomočjo KRS zagotovo spada med alternativne oblike reševanja sporov⁸, vendar je po svoji formi in vsebini bližje arbitraži kot pa mediaciji ali conciliaciji⁹.

6 Vsi glavni FIDIC teksti obravnavajo vlogo KRS v 20. členu ("Zahtevki, spori in arbitražo"). K vsakemu tekstu spadajo kot dodatek Splošni pogoji sporazuma o reševanju sporov, in predlog postopkovnih pravil za delo KRS.

7 V originalu (angl.): *Dispute Adjudication Board – DAB*.

8 Glej Zalar, A.: Alternativno (primarno) reševanje sporov – Globalni trendi, Podjetje in delo št. 6-7/2007, strani 1291-1302.

9 Pri nas se je udomačil izraz "mediacija", medtem, ko se v tujini vodi analitična in terminološka razprava o pomenu izrazov kot so "mediation" (mediacija, posredovanje, mirjenje), "settlement" (poravnava, dogovor, sporazum), "conciliation" (pomiritev, sprava, sporazum) in "facilitation" (pomoč, podpora).

Če pogledamo značilnosti arbitražnega postopka in odločanja kot ga pozna naše pravo¹⁰ potem so razlogi za takšno klasifikacijo vloge KRS naslednji. Za ustanovitev in delovanje KRS je potreben pisni sporazum strank, njene člane izberejo stranke same. Komisija mora svojo odločitev izdati pisno in obrazloženo ter z ustreznim pravnim poukom glede pogojev za nadaljevanje spora pred arbitražo ali sodiščem¹¹.

Glede pravne narave ustanovitve in delovanja KRS lahko ob povedanem ugotovimo, da temelji na civilistični ali kontraktualni (pogodbeni) naravi, saj črpa svoja pooblastila iz pogodbe, t.j. dogovora strank¹². Vendar je ne moremo enačiti z organom odločanja kot sta sodišče ali arbitražo, saj naš pravni red odločitvi KRS ne priznava učinka pravnomočne sodbe¹³. Odločitev KRS ne glede kakšne učinke ima, predstavlja le odločitev organa v postopku posredovanja¹⁴. KRS je zato organ *sui generis* na področju alternativnega reševanja sporov. Od mediacije se razločuje po tem, da o spornem vprašanju odloči, v mediaciji pa se skuša doseči med strankama sporazum.

Obveznost predložitve spora KRS

Institut KRS v FIDIC tekstih omogoča obema pogodbenima strankama, da nastalo sporno razmerje razrešita na alternativni način. Nobena stranka zato ne more zaobiti KRS in sporno zadevo predložiti neposredno v odločitev arbitraži ali rednemu sodišču. Četudi je o sporu odločila KRS in je ena stranka izrazila v pisni obliki svoje nestrinjanje (nezadovoljstvo) z odločitvijo, se morata stranki po podčlenu 20.5 posebnih pogojev potruditi najti v 56 dneh mirno rešitev spora in šele zatem lahko iščeta pravno zaščito pred arbitražo ali sodiščem. Vse to velja pod pogojem, da sta stranki

10 Zakon o arbitraži – ZArbit, Ur. list RS, št. 45/2008, zlasti njegov 3. člen, ki pravi: "Arbitražo je vsaka oblika arbitražnega postopka, ne glede na to ali poteka pred stalnim ali začasnimi telesom."

11 FIDIC teksti že zaradi svojega mednarodnega značaja ne omenjajo možnosti reševanja sporov pred rednimi sodišči. Stranke lahko takšne določbe dogovorno spremenijo.

12 O ravnanju materialnopravne in procesne teorije glej Trajković, M.: Mednarodno arbitražno pravo, Beograd 2000, str. 35-42.

13 Na arbitražo zato lahko apliciramo publicistično ali jurisdikcijsko teorijo. Ta poudarja, da je organ sojenja le tisti organ, odločbam katerega pravni red priznava moč pravnomočne in izvršljive odločbe. Arbitražo kot organ odločanja zato izvaja prerogative sodstva ker je njena odločba po ZArbit izenačena s pravnomočno sodno odločbo. Tako tudi Ude, L.: Arbitražno pravo, GV Založba, Ljubljana, 2004, strani 32-33.

14 Ude, L. op.cit.

sprejeli dogovor o reševanju sporov pred KRS kot del svojih pogodbenih dokumentov.

Napačno je stališče, da se postopek pred KRS začne le na zahtevo izvajalca. FIDIC teksti vsebujejo splošne določbe o KRS v podčlenu 20.1 ("Zahtevki, spori in arbitraži"). Po podčlenu 20.1. mora izvajalec poslati inženirju¹⁵ zahtevek v prekluzivnem roku, če meni, da je upravičen do podaljšanja roka za dokončanje del, ali do dodatnega plačila. Če izvajalčevi zahtevi ni ugodno, se šteje, da so nastopile okoliščine spora, ki se rešujejo pred KRS. Podčlen 20.1, ki določa samo izvajalčeve obveznosti pri notifikiranju zahtevkov, pa ne izključuje naročnikove možnosti reševanja zahtevka do izvajalca pred KRS. To jasno izhaja iz podčlena 20.2, ki govori o dolžnosti formiranja KRS, ko ena od strank obvesti drugo stranko o svoji nameri, da bo sprožila spor pred KRS. Še jasnejša je določba podčlena 20.4. Ta dopušča katerikoli stranki, da katerikoli spor predloži KRS v njeno odločitev. Za takšen spor ni nujno, da je vezan direktno na pogodbeno razmerje pogodbenih strank. Možno ga je vezati tudi na odločitev, naročila, mnenja ali ocene inženirja. To je razumljivo, saj lahko inženirjeve odločitve zadenejo interese tako naročnika kot tudi izvajalca.

Komisija za reševanje sporov (KRS)

Splošno

KRS je novost, ki so jo prenesli FIDIC teksti 1999 in kasnejši. Stari, arhaični FIDIC teksti pred letom 1999, tega instituta niso poznali.

Če se stranke odločijo za takšno obliko reševanja sporov, ki nastanejo med izvajanjem posla ali projekta, potem ustrezeni dogovor predstavlja pogodbo (kot del posebnih pogojev) in je glede postopka za stranke zavezujoč. Skladno svoji avtonomiji lahko stranke reševanje spora s pomočjo KRS izključijo in izberejo druge oblike alternativnega reševanja sporov, ali pa sploh ne. V takšnem primeru jim ostane le arbitražna ali sodna pot rešitve spora. To na področju investicijskih poslov

ni sprejemljivo, ker pomeni pravdanje zlasti za izvajalce del negativno publiciteto, ki jim lahko jemlje dober poslovni glas in nemalokrat prepreči sodelovanje na javnih ali zasebnih razpisih za izvedbo različnih del ali storitev. Poleg tega terjajo pri investicijskih sporih nekatera vprašanja hitre odgovore, ki jih je sposobna dati le KRS.

Praktična vrednost FIDIC tekstov glede KRS se kaže predvsem v tem, da se rešitev in odločitev o sporu izvede že med izvajanjem projekta samega. To omogoča, da se sporna vprašanja rešujejo sprotno in se rešitve ne prelagajo na čas po končanju projekta. Res je, da odločitev KRS velja le do odločitve arbitraže, vendar so jo stranke dolžne spoštovati. Zlasti izvajalec ne more ustaviti del. Sama odločitev KRS pa se lahko predloži kot dokaz arbitraži ali sodišču. Praksa kaže, da pogodbene stranke dosledno uvrščajo KRS v pogodbene tekste in vloga KRS je zlasti na področju investicijskih poslov vsesplošno sprejeta.

Praksa dokazuje, da so rešitve FIDIC, ki se nanašajo na KRS, sprejete na podlagi praktičnih izkušenj več desetletij. Zato stranke zelo malo ali pa nič ne spreminjajo tiste določbe FIDIC tekstov, ki se nanašajo na delo KRS. Ta predstavlja zelo dobro in praktično učinkovito obliko reševanja investicijskih sporov.

Formiranje KRS

Vsaka pogodbeni stranka lahko obvesti drugo stranko, da želi nastalo sporno situacijo reševati pred KRS. Običajno je izvajalec tisti, ki je prisiljen predlagati takšen postopek, ker njegovega zahtevka za podaljšanje roka izvedbe del, ali do dodatnega plačila naročnik ni upošteval. Vendar izvajalec ne more postaviti naročnika pred izvršeno dejstvo, torej da je nekaj naredil, kar mu daje pravico zahtevati dodatno plačilo, ali da so nastopile okoliščine, ki dovoljujejo podaljšanje izvedbenega roka. FIDIC teksti zato natančno opredeljujejo postopek izvajalčeve notifikacije takšnih zahtevkov in kako morata inženir ali naročnik reagirati. Notifikacijski roki so po FIDIC tekstih¹⁶ za izvajalca

¹⁵ Vloga inženirja je definirana v členu 3 posebnih pogojev. Imenuje ga naročnik, vendar ne deluje kot klasični nadzornik del na strani naročnika. Izvaja naloge, ki so mu poverjene po pogodbi, pri tem tudi odloča. Njegove odločitve veljajo do odločitve KRS. Kadar ukrepa, da uskladi ali določi neko zadevo, se mora posvetovati z vsako od strank in si prizadevati, da doseže sporazum. Če tega ni, mora ob upoštevanju vseh okoliščin sprejeti pošteno odločitev. Ta velja, dokler se ne spremeni v postopku rešitve spora pred KRS (člen 20).

¹⁶ Izvajalec mora inženirju posredovati svoje obvestilo o zahtevku v 28 dneh, ko se je zavedel ali moral zavedati okoliščin, ki opravičujejo njegov zahtevek. V nadaljnjih 14 dneh pa mora posredovati podrobneje obrazložen in dokumentirani zahtevek. Če izvajalec tako določenih notacijskih rokov ne spoštuje, je naročnik v zvezi s takšnim zahtevkom oproščen vseh obveznosti. Izvajalčeva upravičenja so v takšnem primeru ugasnila. Nekateri menijo, da je takšna klavzula prehuda in da bi jo morale stranke pogodbeno ukiniti. Menim, da ima ta klavzula z vidika

Praktična vrednost FIDIC tekstov glede KRS se kaže predvsem v tem, da se rešitev in odločitev o sporu izvede že med izvajanjem projekta samega

Praksa dokazuje, da so rešitve FIDIC, ki se nanašajo na KRS, sprejete na podlagi praktičnih izkušenj več desetletij

Vprašati se je, kdaj je najprimernejši čas za ustanovitev KRS, kar se izvede z imenovanjem njenih članov. FIDIC teksti nudijo dve možnosti

prekluzivni (podčlen 20.1), ne pa tudi za naročnika (podčlen 2.5).

Vprašati se je, kdaj je najprimernejši čas za ustanovitev KRS, kar se izvede z imenovanjem njenih članov. FIDIC teksti nudijo dve možnosti. Po prvi (Srebrna knjiga, Rumena knjiga – podčlen 20.2) se mora KRS imenovati v 28 dneh, po tem, ko ena stranka obvesti drugo o svojem namenu, da bo predložila spor KRS. Po Rdeči knjigi (podčlen 20.2) je rešitev nekoliko drugačna, ker nalaga strankam, da skupaj imenujejo KRS do datuma, ki je naveden v dodatku k ponudbi. Takšna možnost je zagotovo najoptimalnejša, kajti KRS, ustanovljena na “zalogo”, je v trenutku nastanka spora takoj operativna. S tem odpadejo tudi vse možnosti zapletov, ki lahko nastanejo v fazi imenovanja članov KRS¹⁷. Namesto, da bi KRS že delovala, se šele formira.

Ni nobenega dvoma, da lahko stranke tudi v primeru uporabe Srebrne ali Rumene knjige FIDIC odločijo in izberejo postopek imenovanja komisije po Rdeči knjigi. Praksa kaže, da je takšna možnost najustreznejša.

Za ustanovitev KRS je potreben pisni sporazum strank, ki ga ne gre enačiti z določbami KRS v glavni pogodbi, oziroma v posebnih pogojih pogodbe. KRS sestavlja eden ali trije člani, o čemer prav tako odločita pogodbeni stranki.

Možno je, da ima komisija tudi več članov. Če so člani trije, imenuje vsaka stranka enega, ki ga mora druga stranka odobriti.

Stranka tako brez soglasja druge stranke ne more imenovati v komisijo svojega člana, kar je v primerjavi z arbitražnim postopkom precejšnja razlika. V 3-članski arbitražni senat namreč vsaka od strank samostojno imenuje po enega arbitra. Obe rešitvi imata svojo logiko, ki se pri formiranju KRS kaže v tem, da morajo člani komisije uživati zaupanje obeh pogodbenih strank. Stranki se morata posvetovati z obema že imenovanimi članoma in se dogovoriti še o predsedniku KRS. Lahko se imenujejo tudi nadomestni člani komisije,

dokazovanja svoj smisel in da uveljavljanje takšnih zahtevkov po končanju projekta ni smiselno in včasih tudi težko izvedljivo.

17 V enem izmed slovenskih projektov, financiranih tudi s sredstvi EU, glede ureditve vodne oskrbe v regiji, je bila na ta način za vsako vrsto poslov oziroma za podprojekte (projektna dela, gradbena dela, dobava in montaža opreme, vodovodno omrežje s črpališči) ustanovljena samostojna KRS. Člani v takšnih KRS niso bili isti.

kar se v praksi malokrat izvaja, a ima takšna rešitev prednosti v primeru nesreče ali smrti že imenovanega člana komisije.

Pri imenovanju članov KRS lahko pride do zapletov, ki so običajno povezani z ugovori ene ali druge stranke. Enako velja za imenovanje predsednika KRS. Takšni zapleti se morajo rešiti v roku 42 dni od dneva njihovega nastanka. Če se to ne zgodi, potem mora takšnega člana ali predsednika KRS imenovati na željo ene ali druge stranke in po obveznem posvetovanju z obema strankama t.i. organ ali uradnik za imenovanje (podčlen 20.3). Tega je potrebno navesti v posebnih pogojih pogodbe. To so običajno predsedniki konkretnih sodišč ali arbitražnih institucij, predsedniki konkretne gospodarske zbornice in podobno. Obravnavana določba v posebnih pogodbenih pogojih mora biti učinkovita, zato ni dobro, če se za reševanje spora določi ena arbitražna institucija, za pooblaščenca (organ) za imenovanje člana KRS pa druga. Organ ali oseba za imenovanje naj bo iz povsem praktičnih razlogov individualizirana vsaj po svoji funkciji (n.pr. predsednik višjega sodišča v kraju X, predsednik konkretne gospodarske zbornice ipd.).

Vsakega člana KRS se lahko razreši imenovanja (podčlen 20.2, osmi odstavek), če se s tem strinjata obe stranki. Samo naročnik ali samo izvajalec takšne odločitve enostransko ne more sprejeti.

Inženir kot pomirjevalec

FIDIC teksti dopuščajo možnost, da lahko predarbitražne odločitve sprejme tudi inženir. V tem primeru morata stranki v posebnih pogodbenih pogojih določiti, da inženir deluje kot KRS, ki je s tem izločena iz procesa predarbitražnega odločanja. Ta alternativa, ki sledi inženirjevi tradicionalni vlogi v državah anglosaškega prava, v praksi ni zaživela, ker je inženir na strani naročnika lahko vpet v njegove interese, saj je le od naročnika odvisno ali ga bo angažiral kot inženirja tudi v novih projektih.

Zato je neodvisnost profesionalnih inženirjev, ki več let delajo za istega naročnika (n.pr. za neko ministrstvo) vprašljiva, še zlasti v primerih, ko se možnost pravilne in poštene odločitve kaže v razmerju 50 : 50. Kot “čista teorija” pa se kaže zahteva, da se naročnik mora zavedati, da bo inženir kljub temu, da na splošno dela za naročnika, kot predarbitražni organ odločitve

Predarbitražne odločitve lahko sprejme tudi inženir. V tem primeru morata stranki v posebnih pogodbenih pogojih določiti, da inženir deluje kot KRS, ki je s tem izločena iz procesa predarbitražnega odločanja. Ta alternativa, ki sledi inženirjevi tradicionalni vlogi v državah anglosaškega prava, v praksi ni zaživela, ker je inženir na strani naročnika lahko vpet v njegove interese, saj je le od naročnika odvisno ali ga bo angažiral kot inženirja tudi v novih projektih

sprejel nepristransko odločitev in naročnik temu ne sme nasprotovati. Praksa daje najprimernejši odgovor in to je, da inženir v vlogi KRS, le-te ne more nadomestiti.

Oblika sporazuma o reševanju spora pred KRS

Vsak sporazum o reševanju sporov pred KRS je tristranski pisni sporazum, ki ga sklenejo naročnik, izvajalec in član, oziroma člani KRS. Če sporazum sam ne določa drugače, začne veljati na najkasnejši dan od naslednjih datumov:

- ♦ na dan, ki je določen v pogodbi,
- ♦ na dan, ko je bil tripartitno podpisan, ali
- ♦ na dan, ko je bil sklenjen.

Ko začne sporazum veljati, morata stranki, torej naročnik in izvajalec o tem obvestiti člane KRS. Če takšnega obvestila ni v 6 mesecih, odkar ga je podpisal zadnji član KRS, postane sporazum ničen in neveljaven (2. člen Splošnih pogojev Sporazuma o reševanju sporov).

Spor predloži v reševanje KRS tista stranka, ki se čuti prizadeto. Praksa pa kaže, da se nasprotna stranka velikokrat odloči za vložitev nasprotnega zahtevka. Po dogovoru strank lahko sporno zadevo skupaj predložita KRS, da bi ta podala svoje mnenje o zadevi. Nobena od strank se ne sme o ničemer posvetovati s KRS, ne da bi druga stranka to odobrila. Naročnik, izvajalec, naročnikovo in izvajalčevo osebje ne smejo prositi člana ali člane KRS za svetovanje v zvezi s pogodbo, ki sta jo sklenila naročnik in izvajalec, če ni v podpisanem sporazumu o reševanju spora drugače zapisano. Člani KRS ne morejo biti imenovani za arbitra, če bi se isti spor kasneje reševal pred arbitražo, niti biti klicani za pričo. Za delo v KRS njen član ne more odškodninsko odgovarjati, razen, če se mu dokaže nepoštenost. Ker je slednja vedno vezana na zavestno ravnanje ali opustitev, sem mnenja, da mora pri tem obstajati naklep člana KRS. Vendar pa član KRS jamči, da bo nepristranski in neodvisen od naročnika, izvajalca in inženirja. Vsem tem, pa tudi drugim je dolžan razkriti vsako dejstvo ali okoliščino, ki bi lahko vplivala na njegovo nepristranskost in neodvisnost. Člani KRS se ne obravnavajo kot arbitri, vendar je obseg njihovih dolžnosti obsežen in kot takšen nujen. Upoštevati je potrebno, da KRS odloča o pomembnih vprašanjih,

ki lahko vplivajo tudi na končni finančni (ne)uspeh projekta.

Splošne obveznosti člana KRS

Član KRS ima obveznosti, ki so (i) vezane na projekt iz katerega izvira spor, ali (ii) se tičejo njega osebno. Najprej so to obveznosti strokovne narave. Dolžan je preučiti vse prejete dokumente, vse podatke in informacije s katerimi se seznanil mora obravnavati kot zavolite ostalih podpisnikov sporazuma. Drugi spekter obveznosti člana KRS, ki je vezan na njegove osebne interese ali povezave, je širši. V zvezi s projektom ne sme imeti nobenih finančnih ali drugih interesov, razen do plačila za svoje delo. Do naročnika, izvajalca in inženirja mora imeti popolnoma nevtralen odnos, pri njih ni smel biti zaposlen ali delati kot njihov svetovalec. Nikomur, ki je povezan s projektom ne sme dajati nasvetov, niti se udeleževati njihovih razgovorov in podobno. Osebno jamči, da bo nepristranski in neodvisen od naročnika, izvajalca in inženirja. Vsem tem in drugim članom KRS mora takoj razkriti vsako dejstvo ali okoliščino, ki bi se lahko izkazala za neskladno z njegovim jamstvom. Izkazati mora, da ima izkušnje pri delu, ki ga bo izvedel izvajalec po pogodbi, da zna tolmačiti pogodbeno dokumentacijo in da tekoče govori sporazumevalni jezik, določen v pogodbi. Mora biti na razpolago za vse obravnave kot tudi za obiske gradbišča ali delovišča. KRS je namreč kot operativni organ, tudi zadolžena, da večkrat obvezno obiše gradbišče in tam preverja povsem konkretne materialne dokaze.

Član KRS se za čas trajanja mandata ne sme zaposliti pri naročniku, izvajalcu ali inženirju, mora pa tudi v pisni obliki razkriti vse strokovne in osebne odnose s katerimkoli zaposlenim na strani pogodbenih strank in inženirja. Upoštevati mora tudi vsa postopkovna pravila, določena za delo KRS.

Če član KRS ne izpolni nekaterih obveznosti, lahko naročnik in izvajalec skupno z 42 dnevni odpovedni rokomi prekineta Sporazum o reševanju sporov. Enako pravico odpovedi ima tudi član KRS, če naročnik ali izvajalec ne izpolnjujeta svojih obveznosti iz sporazuma. To vzpostavlja tudi dolžnost povrnitve določenih stroškov tistemu, ki je bil Sporazumu o reševanju sporov zvest.

Drugi spekter obveznosti člana KRS, ki je vezan na njegove osebne interese ali povezave, je širši. V zvezi s projektom ne sme imeti nobenih finančnih ali drugih interesov, razen do plačila za svoje delo

Član KRS jamči, da bo nepristranski in neodvisen od naročnika, izvajalca in inženirja. Vsem tem, pa tudi drugim je dolžan razkriti vsako dejstvo ali okoliščino, ki bi lahko vplivala na njegovo nepristranskost in neodvisnost

Član KRS lahko brez navajanja vzrokov kadarkoli poda odpoved, vendar z odpovednim rokom 70 dni in o tem pošlje obvestilo naročniku in izvajalcu. Kako so člani KRS plačani za svoje delo je stvar dogovora podpisnikov Sporazuma o reševanju sporov. FIDIC teksti ponujajo opcijo, da so člani plačani po dnevnom honorarju¹⁸. V praksi se vse bolj uveljavlja plačilo po lestvici nagrad arbitrov konkretne institucionalne arbitraže. Ta se določi po sedežu KRS, ki pa nemalokrat zaseda tudi v kraju, kjer izvajalec konkretno izvaja dela.

V praksi se sklepajo tudi dogovori o honorarju pavšalnega mesečnega honorarja. Članu KRS se povrnejo tudi vsi upravičeni stroški, ki jih mora dokumentirati. Honorar za delo v KRS se izplača po končanju zadeve, kar je pravilno in spodbudno za hitro, a kvalitetno delo komisije.

Reden mandat KRS se izteče, ko komisija odloči o sporu. To ne velja, če so bili KRS predloženi že drugi spori, ko se šteje, da mandat preneha, ko je KRS odločila tudi o drugih sporih. Ker lahko ta vprašanja stranki uredita po svoje, se v praksi daje članom KRS mandat za vse možne spore, ki bi izvirali iz konkretnega projekta.

Delo in odločitev KRS

KRS je pri svojem delu samostojna in neodvisna. Njeni člani zato ne odgovarjajo nikomur, niti ne smejo biti pod vplivom ene ali druge stranke in inženirja. Med postopkom ne sme izražati svojega mnenja glede glavnih točk argumentov, ki jih podajajo stranke. Načelo "odprtega odločanja" zato tukaj ne pride v poštev. Obe sprti strani mora obravnavati pravično in nepristransko in jima omogočiti, da predstavita svoja stališča in odgovorita na stališča nasprotnika. Pričakuje se in to je tudi postopkovni standard, da KRS spoštuje načelo enakosti orožij in še zlasti pravico strank do izjave.

Pred KRS lahko stranki skleneta tudi sporazum o rešitvi spornega vprašanja, ki ima naravo izvensodne poravnave. Običajno KRS pomaga strankam najti stične točke za doseg sporazuma. Vendar bi bilo proti vlogi nevtralnosti in načelu enake ekvidistance do strank, če bi KRS določila roke v katerih naj stranki uskladi stališča, sama pa svojega dela ne bi opravljala. KRS

mora s svojo aktivnostjo pridobiti pri strankah popolno zaupanje¹⁹.

Postopek se mora voditi primerno sporu, izogibati se je nepotrebnim zamudam ali stroškom. Komisija po svoji presoji razpiše obravnave ter izvaja vse potrebne dokaze, tudi z zaslišanjem prič ali imenovanjem izvedencev²⁰. V praksi se večkrat zgodi, da predsednik KRS, potem, ko sta si stranki izmenjali vloge, pripravi posebno poročilo²¹, v katerem povzame stališča in zahteve strank ter opredeli sporna dejanska in pravna vprašanja. Hkrati tudi predstavi vse naloge KRS, kot tudi predvideni načrt dela komisije. KRS ne gre enačiti z arbitražnim senatom²², vendar je njeno delovanje zelo podobno delovanju arbitražnega senata. Izvaja vse dokaze ki jih ocenjuje za potrebne, lahko zahteva od strank dodatne podatke oziroma pojasnila, zlasti pa svobodno odloča o angažiranju izvedencev. Postopek pred KRS je zelo neformalen in člani komisije oblikujejo postopkovna pravila po svoji presoji, vendar so dolžni obe strani obravnavati enako in jima dati v vseh fazah postopka vse možnosti uveljaviti svoje procesne pravice, navajati svoja stališča in se opredeliti do stališč druge stranke. V postopku pred KRS zato ni prekluzije navajanja trditev in predlaganja dokazov. Vendar se lahko premalo dejavno stranko stroškovno bremeni za izvedbo nekega dokaza, ki bi bil lahko izveden že prej, če bi bila stranka procesno vestna (n.pr. da je potrebno za izvedbo takšnega dokaza opraviti ponoven ogled gradbišča, čeprav bi se takšen dokaz lahko izvedel že ob prvem ogledu).

Zato je toliko bolj pomembno, kar se v podčlenu 20.4 določa kot obveznost obeh strank, da se KRS posredujejo ob začetku njenega dela vsi dodatni podatki, ki so pomembni za spor, kot tudi, da so na razpolago vsi tehnični in drugi pripomočki, ki jih KRS potrebuje za svoje delo. Stranki morata poznati tudi postopkovna pravila dela KRS, n.pr. da se vloge ne pošiljajo komisiji kot to velja n.pr. v pravnih predrednih sodišči. Stranka je dolžna vsako vlogo s pripadajočo dokumentacijo v originalu predložiti KRS, kopijo pa nasprotni

KRS je pri svojem delu samostojna in neodvisna.

Njeni člani zato ne odgovarjajo nikomur, niti ne smejo biti pod vplivom ene ali druge stranke in inženirja

Pred KRS lahko stranki skleneta tudi sporazum o rešitvi spornega vprašanja, ki ima naravo izvensodne poravnave. Običajno KRS pomaga strankam najti stične točke za doseg sporazuma. Vendar bi bilo proti vlogi nevtralnosti in načelu enake ekvidistance do strank, če bi KRS določila roke v katerih naj stranki uskladi stališča, sama pa svojega dela ne bi opravljala

18 Kot dan se šteje že del dneva, n.pr. porabljen za študij dokumentov, za obisk delovišča, za udeležbo na obravnavi ali za pripravo odločitev KRS.

19 To se lahko pokaže tudi v tem, da stranke za nekatera sporna vprašanja odstopijo od uporabe konkretnega materialnega prava in pooblastijo KRS, da o takšnih vprašanjih odloči po načelu pravičnosti (*ex aequo et bono*).

20 KRS ni vezana na dokazne predloge strank, in sama odloča katere dokaze bo izvedla.

21 Podobno kot so pri arbitraži "Final Terms of References".

22 Podčlen 20.4, drugi odstavek.

stranki in inženirju. V praksi se slednji večkrat spregleda, ker neposredno ne sodeluje v sporu.

Po FIDIC tekstih (podčlen 20.4, tretji odstavek) mora KRS odločiti v roku 84 dni, ko so bili izpolnjeni pogoji za začetek njenega dela. Možen je tudi drugačen rok, ki ga določita stranki. Omenjeni rok ne začne teči z dnem ustanovitve KRS, ampak, ko sta kumulativno izpolnjena pogoja, vezana na predložitev vlog strank in plačila stroškov, potrebnih za delo komisije. Glede na naravo investicijskih sporov je 84 dnevni rok za sprejetje odločitve KRS zagotovo kratek. Vendar s pretekom tega roka komisiji ne poteče avtomatično mandat za delo, razen, če to katera od strank izrecno izjavi. V praksi, zlasti, če je odločitev komisije odvisna od dela izvedencev ali je tudi obseg spornih vprašanj obsežen, tako postavljeni roki niso vselej dosegljivi. Zato jih obravnavamo predvsem kot instruktivne roke.

Omenili smo že, da podčlen 20.4 določa 84-dnevni rok za sprejem odločitve KRS. Hkrati pa v tč. 1 Postopkovnih pravil za delo KRS določa 140 dnevne presledke obiskov na gradbišču. To protislovnost moramo razumeti le za primer, ko KRS posluje več kot 140 dni, kar je v zahtevnejših projektih reden primer. Drugače velja splošna terminska zahteva, da KRS odloči v 84 dneh.

Odločitev KRS mora biti pisna in obrazložena. V praksi se srečujemo z različnimi pristopi k oblikovanju odločitev KRS. Kadar v njej prevladujejo pravniki, je odločitev zelo podobna sodni ali arbitražni odločbi. Če jo pišejo tehniki, se čuti njena strokovna nota skozi argumente, ki se bolj opirajo na ugotovljena strokovna dejstva. Vendar oblika in forma pisne odločitve KRS nista zapovedani, zato zahtevanim standardom zadovolji vsaka odločitev, ki je argumentirana. Ta mora obsegati najprej naracijo z navedbo ugotovljenih dejstev, njihovo analizo, preizkus zahtevka, ki je predmet spora in zaključke, ki so privedli do odločitve o sporu.

Tisto, kar je v formalno pravnem pogledu lahko predmet debate je vprašanje ali mora pisna odločitev KRS vsebovati tudi pravni pouk. Dejstvo je, da vse odločitve KRS ne vsebujejo tudi pravnega pouka, kar zlasti tehnično usmerjeni člani KRS pozabijo, ali štejejo za nepotrebno. Večkrat se sklicujejo, da pomen in posledice odločitve KRS predvidevajo že posebni pogodbeni pogoji, oziroma Splošni pogoji sporazuma o reševanju sporov in postopkovna pravila, kot sestavni

del pogodbene dokumentacije. Vse to pa je povzeto in vneseno v posebne pogodbene pogoje po konkretnem FIDIC tekstu. To zagotovo drži, vendar je potrebno upoštevati, da lahko stranka izgubi svojo pravico nadaljevati spor pred arbitražo ali sodiščem, če ne reagira pravočasno na izdano odločbo KRS.

Ne glede na to, da FIDIC teksti urejajo tudi kaj se lahko ali mora zgoditi po izdaji odločitve KRS, je po moji oceni pravni pouk nujen in obvezen sestavni del pisne odločitve KRS. Namreč, nezadovoljna stranka mora vedeti komu in v kakšnem roku mora izraziti svoje morebitno nestrinjanje z odločitvijo KRS, ker je pri tem vezana na rok. Tisto, kar bi lahko brez pravnega pouka spregledala, je njena dolžnost, da omenjeno nezadovoljstvo v pisni obliki izrazi neposredno drugi stranki in s tem suspendira dokončnost odločitve KRS. Povedano drugače, izrek nezadovoljstva, ki bi bil posredovan samo KRS, ki je izdala odločitev, bi bil s procesnega vidika ureditve po FIDIC tekstih popolnoma zgrešen.

Drugi formalni pogoj veljavnosti odločbe KRS je njen podpis. Odločitev KRS morajo podpisati vsi njeni člani, drugače je neveljavna. Če kateri od članov komisije zaradi nestrinjanja z odločitvijo odkloni podpis, mora to ugotoviti predsednik KRS z uradnim zaznamkom. S tem postane odločba popolna in veljavna. Običajno nezadovoljni član komisije ne ravna tako, ampak poda svoje ločeno pisno mnenje o zadevi. Ker je bil pri glasovanju preglasovan, ima takšno mnenje samo informativni pomen, da odločitev KRS ni bila soglasna. Takšna izjava je sestavni del odločbe (tč. 9 postopkovnih pravil).

Priporoča se, ni pa nujno, da se o glasovanju sestavi zapisnik, ki ostane v arhivu komisije. FIDIC teksti nalagajo članom KRS prizadevanje za soglasno odločitev o zadevi, vendar za njeno veljavnost zadošča sprejem odločitve z večino glasov članov komisije.

Če se član komisije ne udeleži sestanka ali obravnave, ali ne izvaja svoje funkcije, lahko preostala člana vseeno ukrepata in sprejmeta odločitev. Vendar je takšna možnost zgolj pogojna, ker ni možna, če se naročnik in izvajalec s takšnim načinom dela komisije ne strinjata. Enako velja, če je odsotni član predsednik, ki drugima dvema članoma naroči, da ne sprejmeta odločitve.

Odločitev KRS mora biti pisna in obrazložena

Tisto, kar je v formalno pravnem pogledu lahko predmet debate je vprašanje ali mora pisna odločitev KRS vsebovati tudi pravni pouk

Odločitev KRS je zavezujoča za obe stranki, vse dokler se ne spremeni z morebitno poravnavo ali z odločbo arbitraže

Pisna odločitev KRS postane dokončna za stranke, če v roku 28 dni po vročitvi nobena stranka ni predložila t.i. "obvestila o nezadovoljstvu"

Posledice odločitve KRS

Učinki odločitve KRS

Odločitev KRS je zavezujoča za obe stranki, vse dokler se ne spremeni z morebitno poravnavo ali z odločbo arbitraže. Takšno stanje ima zato le začasni učinek in ne onemogoča nezadovoljni stranki, da ne bi izkoristila nadaljnjih možnih pravnih poti. Nezadovoljna stranka (večkrat sta to kar obe) ima možnost doseči drugačno odločitev, kot jo je sprejela KRS. Vendar je potrebno vedeti, da pisna odločitev KRS postane dokončna za stranke, če v roku 28 dni po vročitvi nobena stranka ni predložila t.i. "obvestila o nezadovoljstvu" (podčlen 20.4). To je zgolj obvestilo in ne pritožba, ki se ne posreduje KRS, ampak nasprotni stranki.

KRS se običajno takšne izjave pošilja samo v vednost. Zato je v takšnem primeru odločitev KRS, kot je bilo že povedano, le začasnega pomena, ker je njena dokončnost suspendirana, a je hkrati do eventualne poravnave ali izdaje arbitražne odločbe za obe strani tudi zavezujoča. Tako mora biti, saj ostaja pogodba med naročnikom in izvajalcem v veljavi in sta jo obe strani dolžni izpolnjevati.

Obvestilo o nezadovoljstvu se mora sklicevati na določbo podčlena 20.4 ("Prejem odločitve KRS") posebnih pogodbenih pogojev z obrazložitvijo sporne zadeve in vzroka za nezadovoljstvo.

FIDIC teksti v sedmem odstavku podčlena 20.4 določajo, da nobena stranka nima pravice začeti arbitražni postopek, če njeno obvestilo o nezadovoljstvu ni bilo posredovano v skladu s citiranim podčlenom. Takšna določba je nekoliko nejasna, razen, če jo razumemo izključno tako, da morajo biti kumulativno izpolnjeni vsi trije pogoji, ki jih omenja podčlen. To so (i) pravočasna in pravilno posredovana izjava o nezadovoljstvu drugi stranki, (ii) obrazložena navedba o spornem dejstvu in (iii) obrazložitev vzroka za nezadovoljstvo.

Če bi nezadovoljna stranka drugi stranki posredovala samo svojo izjavo o nezadovoljstvu, ne pa tudi opisa sporne zadeve in vzroka zanjo, bi bila prestrogo kaznovana, če bi si s tem zaprla pot do arbitraže ali sodišča. Drugo je, če izjave o nezadovoljstvu sploh ne posreduje, ali to stori prepozno. S tem si je sama zaprla nadaljnjo pravno pot in je na takšno možno sankcijo pogodbeno pristala. Če pa v takšni izjavi ne opiše

sporne zadeve in vzroka za nezadovoljstvo, bi zaprta nadaljnja pravna pot pomenila nesorazmeren poseg v ustavno pravico do pravnega varstva, ki vključuje tudi možnost, da o sporu odloči organ, katerega odločitve imajo status pravnomočne sodne odločbe.

Opozoriti je, da peti odstavek podčlena 20.4 vnaša po nepotrebnem zmedo v sicer jasno določeni postopek KRS. Sporna določba najprej opredeli, da mora stranka, ki ni zadovoljna z odločitvijo KRS v roku 28 dni po prejemu odločitve obvestiti o tem drugo stranko (obvestilo o nezadovoljstvu). Zatem sledi zapis, da če KRS ne dá svoje odločitve v roku 84 dni po prejemu takšnega dokumenta, potem lahko katerakoli od strank v roku 28 dni po tem, ko je doba 84 dni potekla, drugo stranko obvesti o svojem nezadovoljstvu.

Nelogičnost takšnega zapisa se vidi v tem, da KRS o zadevi ne odloča dvakrat, njen mandat namreč poteče s sprejemom odločitve (podčlen 20.8). Nadalje, pravni učinki izraza nezadovoljstva nastopijo le, če nezadovoljna stranka o tem pravočasno obvesti drugo stranko. Svoj smisel pridobi obravnavana določba (peti odstavek podčlena 20.4) le tako, če se poveže s prvim odstavkom istega podčlena. Ta določa, da lahko katerakoli stranka vložiti zahtevo pri KRS za rešitev spora. Ta mora odločitev sprejeti v 84 dneh. Le če tega ne stori ima vsaka stranka možnost, da v nadaljnjih 28 dneh poda izjavo o nezadovoljstvu in si s tem odpre možnost arbitražnega ali sodnega reševanja spora.

Dolžnost iskanja možnosti poravnave

Potrebno je upoštevati, da samo pravočasno in pravilno naslovljeno obvestilo o nezadovoljstvu (podčlen 20.4) odloži dokončnost odločitve KRS (suspenzivni učinek). Če je bilo takšno obvestilo pravilno in pravočasno posredovano, pa prizadeta stranka ne more takoj začeti arbitražne ali sodne²³ poti za uveljavitev svojih zahtevkov.

Podčlen 20.5 določa, da se morata v takšnem primeru obe stranki potruditi za mirno rešitev spora, preden se začne spor pred arbitražo. Če se stranki ne dogovorita, se arbitraža lahko zahteva po 56-ih dneh po dnevu, ko

²³ Možnost sodnega postopka ni izključena, če sta ga stranki dogovorili. Vendar je arbitraža v poslih z mednarodnim elementom prevladujoča oblika reševanja sporov. Tuj subjekt, ki ne pozna slovenskega prava in Zakona o pravdnem postopku (ZPP) zagotovo ne bo pristal, da v sporu odloča slovensko sodišče.

je bilo posredovano obvestilo o nezadovoljstvu, četudi ni bilo poskusa mirne rešitve spora. Takšen scenarij sili stranke v iskanje kompromisa in jih hkrati odvrča od prehitrega iskanja dokončne rešitve pred arbitražo.

Omenjenega 56-dnevnega roka za iskanje poravnalne poti ni potrebno spoštovati v naslednjih primerih (podčlen 20.7). Najprej je ta možnost podana v zvezi z dokončno in zavezujočo odločitvijo KRS, torej, ko nobena stranka ni predložila obvestila o nezadovoljstvu (28 dni od prejema odločitve). Drugi primer se navezuje na prvega, a je njegova posebnost v tem, da ena od strank ne upošteva dokončne in zavezujoče odločitve KRS. S tem ostane upravičena stranka v enakem položaju kot je bila pred odločitvijo KRS. Da bi prišla do izvršljive odločbe, mora začeti postopek pred arbitražo, ki bo o zadevi odločala in bo njena odločba tudi izvršilni naslov. Vidimo torej, da ima dokončna in zavezujoča odločitev KRS svoj učinek le v primeru, da jo prostovoljno spoštujeta in izvršita stranki sami. Vse drugo že po inerciji dogodkov vodi na pot arbitražnega odločanja.

Arbitraža

Če ne pride do mirne rešitve, je potrebno vsak spor, pri katerem odločitev KRS ni postala dokončna in obvezujoča (ali do nje sploh ni prišlo), dokončno rešiti z arbitražo. FIDIC teksti se tukaj sklicujejo na mednarodno arbitražo. Vendar je končna izbira arbitraže stvar odločitve strank. Vsekakor se priporoča izbira institucionalne arbitraže, kar stranki običajno določita že v posebnih pogojih pogodbe.

FIDIC teksti na več mestih omenjajo možnost izbire arbitraže pri Mednarodni trgovinski zbornici v Parizu (MTZ), kot tudi, da se naj spor dokončno reši po njenih pravilih. Vendar je potrebno vse takšne napotke obravnavati zgolj kot informacijski vir, nikakor pa ne kot edino možne. Kadar se pred arbitražo odloča o glavni stvari, imajo institucionalne arbitraže zagotovo prednost pred t.i. *ad hoc* (priložnostnimi) arbitražami, ko se lahko že pri imenovanju arbitrov ali pri preizkusu pristojnosti marsikaj zatakne. Ne vidim pa nobene potrebe, da bi se vsak spor ali zahtevek, ki bi nastal v zvezi s sporazumom o reševanju sporov (torej ne v zvezi s predmetom glavne pogodbe), reševal po pravilih MTZ v Parizu in pred arbitrom posameznikom. V takšnih primerih bi bila ustrežnejša, predvsem pa cenejša, izbira enega arbitra v okviru *ad hoc* arbitraže. Ker

stranke na takšne možnosti ne pomislijo v stipulacijski fazi pogodbe, so prisiljene, da tudi takšne minorne nesporazume rešujejo pred arbitražo. Seveda, če se naknadno ne dogovorijo drugače.

FIDIC teksti (podčlen 20.6) urejajo tudi obseg pooblastil arbitrov v odnosu do dokumentacije s katero razpolagata stranki in do odločitve KRS. Arbitri imajo:

- ♦ vsa pooblastila za odpiranje, pregledovanje in revidiranje potrdil, navodil, odločitev, mnenj in ocen inženirja in odločitve KRS. FIDIC teksti tukaj posebej nalagajo strankam, da arbitrom omogočijo vpogled v relevantno dokumentacijo, čeprav bodo stranke v enako situacijo potisnjene v dokaznem postopku pred arbitražo;
- ♦ možnost poklicati inženirja za pričo. To po FIDIC tekstih izpred leta 1999 ni bilo možno;
- ♦ nobena stranka ni omejena na dokaze ali argumente, ki so bili predhodno predloženi KRS ali navedeni v razlogih za nezadovoljstvo;
- ♦ odločitev KRS je dopustna kot dokaz.

Sam arbitražni postopek ne vpliva na obveznosti strank in inženirja, kar v praksi pomeni, da se konkretni projekt izvaja dalje. Kadar KRS ni na razpolago, bodisi, da se je njen mandat iztekel, ali so vzroki drugje, se lahko spor začne reševati neposredno pred arbitražo (podčlen 20.7).

Sklepno

FIDIC teksti ponujajo s praktičnega vidika zelo uporabno in cenovno sprejemljivo obliko alternativnega reševanja sporov v obliki KRS. S tem so se FIDIC 1999 in kasnejši močno približali potrebam prakse, ki je na te možnosti pozitivno reagirala. Zato v praksi ne prihaja do primerov, da bi stranke takšno možnost pogodbeno izključevale. Pravila o KRS običajno nadgradijo s svojimi rešitvami, ki niso vedno optimalne. Zgodi se tudi, da naročniki v želji za časovno pospešitev projekta postavljajo KRS prekratke roke za odločanje, ki jih morajo zatem podaljševati. Vse je namreč odvisno od števila in obsega zahtevkov, ki so predloženi KRS v odločitev. Če se ta ukvarja le z enim zahtevkom, n.pr. ali je izvajalec zaradi nepričakovanih občasno neobičajno slabih vremenskih razmer upravičen do podaljšanja

Če ne pride do mirne rešitve, je potrebno vsak spor, pri katerem odločitev KRS ni postala dokončna in obvezujoča (ali do nje sploh ni prišlo), dokončno rešiti z arbitražo

Vsekakor se priporoča izbira institucionalne arbitraže, kar stranki običajno določita že v posebnih pogojih pogodbe

izvedbenega roka, so kratki roki za sprejem odločitve razumljivi. Ne velja pa to v primerih, ko se KRS sooča z več zahtevki, ki so vezani na predhodno ugotovitev in razrešitev tehničnih vprašanj, ko morajo nemalokrat najprej svoje povedati izvedenci, ali je potrebno zaslišati veliko prič.

Zgodi se tudi, da naročniki krajšajo notacijske in druge roke, kar gre na škodo izvajalcev. 28-dnevni notacijski rok za predložitev zahtevka dodatnega plačila pri velikem projektu z obilo tehničnimi vprašanji zagotovo ni postavljen na pamet in ga zato tudi ne gre krajšati. Pravilno uveljavljanje krajših notacijskih rokov (celo 14 dni), ki so hkrati tudi prekluzivni, ne moremo šteti za razumne roke. Takšni roki so diskriminatorni za izvajalce, kar bi v primeru arbitražnega ali sodnega spora nedvomno ugotovil tudi tisti, ki bi o sporu odločal. Pogodba mora biti uravnotežena za obe stranki²⁴.

Opozoriti moram, da stranke pri sklepanju pogodb dajejo dovolj pozornosti institutu KRS, premalo pa izbiri konkretne arbitraže in oblikovanju popolne arbitražne klavzule. V Posebnih pogodbenih pogojih ne povedo natančno v čem spreminjajo podčlen iz Splošnih pogojev, ki govori o arbitraži. Včasih je nepopolnost takšnega zapisa tolikšna, da vzbuja dvom o tem katero arbitražno institucijo so imele v mislih. Vse to lahko sproži dvome o pristojnosti arbitraže pred katero se je začel spor. Vedno je potrebno upoštevati tudi možne okoliščine, ki se glede popolnosti arbitražne odločbe lahko pojavijo v fazi njene izvršitve.

Zaključim lahko z naslednjim.

Dosedanje praktične izkušnje z delom KRS, še zlasti v investicijskih sporih, so pozitivne. To ne pomeni, da se stvari ne bi mogle izboljšati z ustreznim kreativnim postopkom strank, ko se pri pripravi pogodbe srečajo tudi s problematiko reševanja sporov. Ta je vezana na kvaliteto, hitrost in stroške, ki so potrebni, da pridemo do odločitve.

Odločitev KRS je vedno kašipot strankam kje "se nahajajo" in kaj jih lahko čaka na morebitni nadaljnji pravni poti. Zlasti v primerih z mednarodnim elementom sestavljajo KRS člani iz različnih držav, ki so

na spornem področju tehnični, največkrat pa pravni eksperti²⁵. Ti so nemalokrat tudi arbitri stalnih arbitražnih institucij, tako da imajo pri vodenju postopka in odločanju precejšnje izkušnje. Postopek pred KRS, čeprav objektivno ne more biti kratek, je zlasti s stroškovnega vidika opazno cenejši od postopka pred katero od uveljavljenih institucionalnih arbitraž²⁶.

Ker stranki svobodno odločata o sestavi KRS, in ji lahko opredelita postopek dela ter določita relevantne roke tako zase kot za komisijo, predstavljajo FIDIC teksti tudi na tem področju samo model oziroma opcijo. Zato je od strank samih odvisno ali jim ponujene rešitve ustrezajo. Če ne, imajo možnost, da končne pogodbene tekste in sporazum o reševanju sporov prilagodijo svojim potrebam, razen, kolikor bi to bilo v nasprotju s prisilnimi predpisi. Na področju reševanja sporov bi to bila ureditev postopka, ki bi dopuščala kršitev načela enakosti orožij ali pravico do izjave. Ponoviti je, da KRS ne gre postavljati nereálnih rokov za sprejem odločitve.

Tehtna in prepričljiva odločitev KRS, katere dokončni učinek se sicer lahko suspendira z navadno izjavo o nezadovoljstvu, daje možnost strankam, da ponovno preučita svoje pozicije in uravnotežita svoje zahteve. Ko KRS odloči o sporu, s tem, razen, če bi bila njena odločitev zelo diskutabilna ali celo avtoritativna, dejansko zakoliči nadaljnjo pot, kje so ali niso meje upravičenosti predlagateljevih zahtevkov. Vse to ob kvalitetni odločitvi KRS ni lahko preobrniti v morebitnem nadaljnjem arbitražnem postopku, kjer se odločitev KRS pojavi kot dokaz.

Zato praksa kaže, da stranke skušajo iz lastnih interesov tudi po odločitvi KRS doseči sporazum, kar se nemalokrat kaže v obliki dogovora. Stranki takšen dogovor uresničita s sklenitvijo aneksa h glavni pogodbi.

Opozoriti moram, da stranke pri sklepanju pogodb dajejo dovolj pozornosti institutu KRS, premalo pa izbiri konkretne arbitraže in oblikovanju popolne arbitražne klavzule

Odločitev KRS dejansko zakoliči nadaljnjo pot, kje so ali niso meje upravičenosti predlagateljevih zahtevkov. Vse to ob kvalitetni odločitvi KRS ni lahko preobrniti v morebitnem nadaljnjem arbitražnem postopku, kjer se odločitev KRS pojavi kot dokaz

24 V angleškem pravu, od koder črpajo FIDIC teksti svoje korenine, se to izraža z načelom: "Contract must be equally balanced to the both parties." Francozi ravna podobno in rečejo: "Il doit tenir la balance entre les parties contractante".

25 Čeprav lahko vsaka stranka svobodno imenuje svojega člana KRS, je Združenje za svetovalni inženiring, ki deluje v okviru Gospodarske zbornice Slovenije pripravilo nacionalno listo presojevalcev po kriterijih FIDIC (tehnikov in pravnikov), kot možnih članov KRS. Ta lista je strankam lahko v pomoč pri izbiri članov KRS, nikakor pa niso nanjo vezane. Več na: http://www.gzs.si/zdruzenje_za_svetovalni_inzeniring/vsebina/Nacionalna-lista-presoevalcev.

26 V sporu s področja energetike (investicijska vrednost 41 mio EUR, vrednost spora 30 mio EUR) so znašali stroški KRS 320.000,00 EUR (zasedala je v 3 državah, udeleženi so bili tudi izvedenci). Stroški morebitnega spora pred dogovorjeno arbitražo v Parizu bi znašali na 2-3 mio EUR.

Če se spor dokončno reši šele pred arbitražo ali sodiščem²⁷ ne gre pozabiti, da predstavlja odločitev KRS svojevrsten "precedens", ki ni brez vpliva na dokončno odločitev arbitraže, še posebej v primerih, ko je komisija izvedla obširen dokazni postopek. Če se stranke strinjajo, pred arbitražo ni potrebno ponovno izvajati dokazov, ki jih je že izvedla KRS. Njeno odločitev lahko arbitraži ali sodišču predloži vsaka stranka. Odločba KRS ima v arbitražnem postopku pomen dokaza.

V praksi se pojavlja vprašanje ali je KRS v kateri so v konkretnem primeru prevladovali tehniki, primerna za reševanje povsem pravnih vprašanj²⁸.

Tisto, kar daje FIDIC rešitvam še dodatno težo in pomen pa je dejstvo, da se spor s pomočjo KRS začne reševati že v času izvajanja del in se strankam ponuja možnost sprotnega reševanja sporov. Primer iz prakse pove, da je bil spor rešen več kot leto dni pred zaključkom del na večjem objektu²⁹. Kaj takšnega si v primeru sodnega spora, ki lahko skupaj s pravnimi sredstvi traja več let, ni mogoče zamisliti.

Ni dvoma, da je institut KRS kot ga urejajo FIDIC teksti opravičil svoj pomen in ga je možno le še izboljšati, nikakor pa ne zanemariti. Zato bi ga bilo na področju investicij, gradbenih poslov, dobave in montaže opreme ipd., s primerno prilagoditvijo uporabiti tudi v tistih pogodbenih razmerjih, ko pri pripravi pogodbe niso bili uporabljeni FIDIC teksti. Na mednarodni ravni je KRS že postala standardni način alternativnega reševanja sporov, zato jo pogodbene stranke brez zadržkov tudi vključujejo v pogodbene tekste.

Če se spor dokončno reši šele pred arbitražo ali sodiščem ne gre pozabiti, da predstavlja odločitev KRS svojevrsten "precedens", ki ni brez vpliva na dokončno odločitev arbitraže, še posebej v primerih, ko je komisija izvedla obširen dokazni postopek

Tisto, kar daje FIDIC rešitvam še dodatno težo in pomen pa je dejstvo, da se spor s pomočjo KRS začne reševati že v času izvajanja del in se strankam ponuja možnost sprotnega reševanja sporov

Primer iz prakse pove, da je bil spor rešen več kot leto dni pred zaključkom del na večjem objektu

²⁷ Če pride do takšnega spora n.pr. pred slovenskim sodiščem med slovenskima pravnima osebama, bo uporabljen FIDIC tekst postal del materialnega prava kot pravne podlage za rešitev spora.

²⁸ Izvajalec se je zavezal pridobiti vsa upravna in druga dovoljenja in pri tem nositi tudi njihove stroške kot tudi stroške taks in podobno. Pri pridobitvi soglasja za električni priključek ob sklepanju pogodbe za priključnino je bil soočen z zahtevkom do dokaj visokega enkratnega zneska omrežnine, ki običajno bremeni investitorja. *Quid iuris?*

²⁹ Izvajalec zaradi spora pred KRS nima nobenih upravičenj, da bi prenehal z izvajanjem del.

International Commercial Arbitration: Allocation of Competence between Municipal Courts and Arbitral Tribunals under Article II (3) of the 1958 NY Convention and Anti-Suit Injunctions under Brussels I (Recast) and Gazprom OAO

Prof. Dr. John JA Burke*

Associate Professor, RISEBA, Riga, Latvia, and of counsel to Sayat Zholshy & Partners, Almaty, Kazakhstan. E-Mail: jjaburke@mykolab.com, Web: www.cilfe.com

This article identifies the legal status of Article II (3), and concludes that a court of a Contracting State (CS) cannot refer the matter to arbitration, if it finds that the arbitration agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed, thereby cutting off the competence of the arbitral tribunal

In other words, a court of a CS rendering such finding cannot issue an anti-suit injunction

Introduction

Despite a leading scholar's view, that the 1958 NY Convention [1958 NYC or Convention]¹ sets forth "binding international legal principles governing the entire arbitral process – including the recognition of arbitration agreements, the arbitral process and the recognition of arbitral awards", Article II (3) is honoured more in the breach than the observance.² A review of the extant literature and legal sources failed to discover a single clear statement on the legal status of Article II (3) and its integration with related domestic legislation and principles of ICA.³ Rather, that review disclosed a knot of discordant rules, and policy developments to "cabin" select provisions of the 1958 Convention deemed invasive of arbitration. While the diversity of jurisdictional rules cannot be undone, nevertheless, there are strong policy reasons to recognise

the primacy of court authority under Article II (3) of the NYC, namely, uniform law.

Consequently, this article identifies the legal status of Article II (3), and concludes that a court of a Contracting State (CS) cannot refer the matter to arbitration, if it finds that the arbitration agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed, thereby cutting off the competence of the arbitral tribunal. In other words, a court of a CS rendering such finding cannot issue an anti-suit injunction. While the level of review applied to matters under Article II (3) is a question of municipal law, a court of a CS must determine that the arbitration agreement falls within the meaning of the 1958 Convention and that the arbitration agreement is *not* "null and void, inoperative or incapable of being performed", before that court refers the parties to arbitration.

The implementation of Brussels I Recast⁴ and the decision in *Gazprom OAO v. Lietuvos Respublika*, a decision rendered under the preceding Regulation No

* The author thanks Geoffrey Beresford Hartwell for his valuable review and comments. All errors are those of the author.

1 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), available at http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html (21. 8. 2015).

2 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Vol. 1, II, and III (2nd ed. Wolters Kluwer 2014), Vol. 1 International Arbitration Agreements 105-106. The interpretation of Mr. Born's language is the author's.

3 E.g., Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Vol. 1, II, and III (2nd ed. Wolters Kluwer 2014); Redfern and Hunter, *On International Arbitration*, (Oxford 2009); and Margaret L. Moses, *The Principles and Practices of International Commercial Arbitration* (Cambridge 2008).

4 Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), effective 10 January 2015, that replaced Regulation No 44/2001. Brussels I Recast is available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:en:PDF> (21. 8. 2015).

44/2001, have rehabilitated the anti-suit injunction within the European Union. The Court of Justice of the European Union in *Gazprom* stated that arbitration fell outside the scope of Regulation No 44/2001 and was governed by national law and the New York Convention.⁵ Taken to its logical conclusion, since Member States (MS) are CS of the 1958 Convention, if a MS court is seized of a matter under Article II (3), then provided the two conditions precedent are met, the court must refer the matter to arbitration, or stated differently, issue an anti-suit injunction. Although *Gazprom* involved proceedings to enforce an arbitral award and not an arbitration agreement, that fact best constitutes a distinction without a difference. In addition, the national law of MS, such as the United Kingdom, historically provided for anti-suit injunctions. This conclusion is not at variance with the decision in *Allianz SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers* because the jurisdictional integrity of the MS court seized of the action is not breached, and the doctrine of “mutual trust” is not implicated.⁶

Methodology

Consistent with the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, this article interprets Article II (3) based upon plain language principles.⁷ In this regard, the meaning of Article II (3) is constructed upon a hypothetical *tabula rasa* free from the barnacles of judicial doctrine and scholarly analysis, and reflects the grammatical structure of the single sentence provision. Second, the article posits Article II (3) within the “two basic actions” contemplated by the 1958 Convention as articulated by Dr. Albert Jan van den Berg: (1) rules to govern the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, and (2) rules to govern referral by a court to arbitration.⁸ Third, this article borrows the three time frames of the arbitration process articulated by Professor Barceló.⁹ Fourth, after finding that

Article II (3) is a mandatory norm requiring that a court seized of a matter subject to an arbitration agreement within the meaning of the 1958 must refer the matter to arbitration only after concluding that the arbitration agreement is *not* “null and void, inoperative or incapable of being performed”, this article reviews the case law and scholarly literature that appear to reach different or variant conclusions.

The Plain and Ordinary Meaning of Article II (3)

Article II (3) of the 1958 NYC provides:

“The Court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed”.

The starting point to discern the meaning of this article is to parse the sentence.¹⁰ Article II (3) consists of a complex sentence that must be read as a whole; the various clauses comprising the sentence define a set of coherent instructions. Stripped of qualifying terms, the subject is “The Court”, the predicate is “shall refer”, the direct object complement is “parties”, and the indirect object complement is “to arbitration”. However, there is one noun clause, one prepositional phrase, and one adverbial clause. The noun clause modifying the subject is: [1] “when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article”, [2] the prepositional phrase modifying the verb is “at the request of one of the parties”, and [3] the adverbial clause modifying the verb is “unless it (Court) finds that the said agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed”.¹¹

The starting point to discern the meaning of this article is to parse the sentence

Consistent with the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, this article interprets Article II (3) based upon plain language principles

⁵ *Gazprom OAO v. Lietuvos Respublika*, Case C-536/13.

⁶ *Allianz and Generali Assicurazioni Generali*, Case 2009/69 (*West Tankers*).

⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p.331.

⁸ Albert Jan van den Berg, *The New York Convention of 1958: An Overview*, *Yearbook* Vol. XXVIII (2003).

⁹ John J. Barceló, *Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective*, 36 *Vand. J. Transnat'l L.* 1115 (2003); Cornell Law Faculty Publications, Paper 508 [2003], available at <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/508> (21. 8. 2015).

¹⁰ Sentence diagramming is a valuable tool that enables a person to accurately understand the structure - and hence the meaning - of a sentence. *What is Sentence Diagramming*, available at www.journal33.org (21. 8. 2015). The Vienna Convention on the law of treaties [with Annex] concluded at Vienna on 23 May 1969, available at <https://treaties.un.org/doc/.../UNTS/.../volume-1155-I-18232-English.pdf> (21. 8. 2015), provides in Article 31(1) that “A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”.

¹¹ The diagrammed sentence is available from the author upon request.

Principles of grammar, supported by adherence to the Vienna Convention's instructions to give terms their ordinary meaning lead ineluctably to the following result. "When a party files a claim according to applicable procedure, a court of a "Contracting State" has an obligation to refer parties to arbitration, but only if two conditions are met: [1] there exists an "arbitration agreement" within the meaning of Article II, and [2] the arbitration agreement is valid, operative, and capable of being performed"

Principles of grammar, supported by adherence to the Vienna Convention's instructions to give terms their ordinary meaning lead ineluctably to the following result. "When a party files a claim according to applicable procedure, a court of a "Contracting State" has an obligation to refer parties to arbitration, but only if two conditions are met: [1] there exists an "arbitration agreement" within the meaning of Article II, and [2] the arbitration agreement is valid, operative, and capable of being performed". Arguably, the following requirements also must be satisfied: (1) There must be a dispute, (2) The dispute involves a defined legal relationship within the scope of the arbitration agreement, and (3) The subject matter is capable of settlement by arbitration. Since the instructions of Article II (3) are contained in a single sentence, and constitute a peremptory norm, the Court must evaluate the conditions and requirements within a single judicial process, whether *prima facie* or otherwise, when seized of the matter by a party.¹²

The sentence also contains a presumption that the parties have not yet started the arbitral process, or at the very least, completed the arbitral procedure, since, if a Tribunal has issued a final award, it would be absurd to refer the parties back to arbitration. This view comports with that set forth by Professor Barceló who divides the court-arbitration process into three stages.¹³ Stage One comprises the period in time when the "who decides" question is posed, and presumes that the arbitral process has not yet proceeded to consider procedural or substantive issues. Stage Two comprises the period when the arbitral process has commenced, the arbitral panel is cloaked with its authority derived from the doctrine of competence-competence, but a party nevertheless may challenge the jurisdiction of the arbitral panel. Stage Three comprises the period at which the arbitral panel has issued a preliminary award on jurisdiction or has issued a final award.

Article II (3) is best suited for Stage One proceedings, when the "question of arbitrability" arises at the point where a legal dispute first has arisen between the parties. Article II (3) arguably fits Stage Two at the moment when the arbitral tribunal has decided its jurisdiction and issued a preliminary award. Article II (3) is ill-suited at Stage Three when the arbitral tribunal has

issued a final award, since, if a party seeks recognition and enforcement of a final award in another State, that court will rely upon Article V of the 1958 Convention to decide the question of recognition and enforcement. Support for this argument is found in the scholarship of Professor Albert van den Berg stating clearly that the "field of application" of Article II (3) is enforcement (or not) of the *arbitration agreement*, [my emphasis] when the arbitration agreement provides for arbitration in another Contracting State.¹⁴

Consequently, the answer to the "who decides" question, limited to the internationally cognizable qualification of an arbitration agreement, is answered by the 1958 Convention: when a party files an action in a matter where the parties have made an arbitration agreement within the meaning of the Convention, the court of a Contracting State primes the authority of an arbitral tribunal to resolve the issue of jurisdiction within the limited scope of Article II (3).¹⁵ Nothing in that Article refers to the doctrine of "Kompetenz/Kompetenz"¹⁶; however, equally compelling, nothing in Article II (3) suggests that the Court of a Contracting State may disregard, defer, or derogate from, its obligations under Article II (3) due to the existence of the Kompetenz/Kompetenz doctrine, whether used in its positive or negative sense.¹⁷

14 Professor van den Berg states that, "The Convention does not specify what is the latest moment at which a party may invoke the arbitration agreement. Failing a provision in the Convention, this question is to be determined under the law of the forum." van den Berg, *supra* note 9 at 10.

15 Exceptions exist where municipal law takes advantage of the most-favourable-rights provision of the 1958 Convention thereby recognising and enforcing arbitral agreements that do not conform to the precepts of the 1958 NYC. France has adopted the most extreme form of MFR. Code de procédure civile, Livre IV: l'arbitrage, Titre II: l'arbitrage international, arts. 1504-1527.

16 The doctrine of Kompetenz/Kompetenz derives from conferral of authority by parties through contract; it refers to the authority of the arbitral tribunal to rule on its own jurisdiction. See, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006, Article 16, available at http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf (21. 8. 2015). It also derives from the "so called" inherent powers of the arbitral tribunal.

17 The positive effect of Kompetenz/Kompetenz recognises the authority of an arbitral tribunal to rule on its jurisdiction; the negative effect goes further, providing that a court is precluded from resolving the competence of the arbitral panel. See Tibor Varady, John J. Barceló II, Arthur T. von Mehren, *International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective*, (West 5th ed. 2012) 104. The negative effect of Kompetenz/Kompetenz, a product of municipal law, must yield to the 1958 NY Convention under the hierarchy of legal norms. The consequence of a CS taking the Article VII exception to offer parties more favourable rights to avail themselves of arbitral awards leaves intact the imperatives of Article II (3).

12 van den Berg, *supra* note 9 at 2.

13 Barceló, *supra* note 10.

The precise criteria of Article II (3) may take several formulations. The extreme version faithful to the language of Article II (3) would require a court not only to determine whether the arbitration is not “null and void, inoperative or incapable of being performed” but also that: (1) The arbitration agreement falls within the Convention, (2) There must be a dispute, (3) The dispute involves a defined legal relationship within the scope of the arbitration agreement, and (4) The subject matter is capable of settlement by arbitration. A less extreme formulation would require a court to find that the arbitration agreement falls within the Convention and that the arbitration agreement is not “null and void, inoperative or incapable of being performed.” The minimum formulation would require the court to refer the matter to arbitration unless it finds that the arbitration agreement is not “null and void, inoperative or incapable of being performed.” The 1958 Convention does not address the level of review, presumptively a matter of national law.

Article II (3) is equally silent on the applicable burden and standard of proof. However, silence on this point may be settled by international legal principles. The burden of proof is on the party seeking to invalidate the arbitration agreement. The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure provide in paragraph (1) of Article 21, entitled “Burden and Standard of Proof”, that “Ordinarily, each party has the burden to prove all the material facts that are the basis of that party’s case”.¹⁸ The Commentary to that provision provides: “The requirement stated in Principle 21.1 is often expressed in terms of the formula “the burden of proof goes with the burden of pleading.” The allocation of the burden of pleading is specified by law, ultimately reflecting a sense of fairness. The determination of this allocation is often a matter of substantive law”. Further support for this position derives from the allocation of burden of proof under the United Nations Convention for the International Sale of Goods (CISG). The CISG equally fails to address the issue of evidentiary proof. However, the court in *Tribunale di Rimini* found that, “It must be reiterated that the principle “*onus probandi incumbit ei qui dicit*” [the party seeking to establish his rights must carry the burden of proof] is a general principle

on which the CISG is based [...]”¹⁹ Therefore, it follows: the party that seizes a court of a CS under Article II (3) challenging the enforceability of the arbitration agreement bears the burden of “going forward” and the burden of proof to demonstrate that there is no arbitration agreement within the meaning of the 1958 NY Convention and that the arbitration agreement is “null and void, inoperative or incapable of being performed”.

No matter the formulation, Article II (3) is a mandatory norm and primes the authority of an arbitral tribunal exercising Kompetenz/Kompetenz. This view is supported by Dr. Albert Jan van den Berg, Professor Barceló, Swiss case law (arguably in its extreme version), and is not contradicted by a majority of case law addressing the “who decides” question, or addressing questions of allocation of competence between courts and arbitral tribunals. Nevertheless, it is stated that the interpretation of Article II (3), under rules of plain meaning, is not a plausible interpretation. But the question arises: why? The resistance to give full implementation to Article II (3) derives from policy developments to shift arbitral matters from courts to tribunals, and to deter parties to an arbitration agreement from deploying delaying tactics.

The Born Position: Comments

In his multi-volume encyclopaedia of International Commercial Arbitration, Mr. Born directly addresses the allocation of competence between public courts and private arbitral tribunals, and specifically discusses the role of Article II (3) of the 1958 Convention.²⁰ Mr. Born’s opening salvo is: “[I]t is clear that Articles II (3) and V (I) of the Convention recognize that both arbitral tribunals and courts may consider and decide disputes about the arbitrator’s jurisdiction”. However, this statement conflates two different actions: (1) the internationally cognizable arbitration agreement, and (2) the recognition and enforcement of foreign arbitration awards. Article II (3) addresses only the first action and uses the verb “shall” thereby withdrawing from the Court the option to disregard, defer, or derogate from this mandatory norm. Mr. Born’s quoted

The party that seizes a court of a CS under Article II (3) challenging the enforceability of the arbitration agreement bears the burden of “going forward” and the burden of proof to demonstrate that there is no arbitration agreement within the meaning of the 1958 NY Convention and that the arbitration agreement is “null and void, inoperative or incapable of being performed”

Article II (3) is equally silent on the applicable burden and standard of proof. However, silence on this point may be settled by international legal principles

Mr. Born’s opening salvo is: “[I]t is clear that Articles II (3) and V (I) of the Convention recognize that both arbitral tribunals and courts may consider and decide disputes about the arbitrator’s jurisdiction”

18 ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, available at <http://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure> (21. 8. 2015).

19 *Tribunale di Rimini* 26 Novembre 2002 (*Al Palazzo S.R.L. v. Bernardaud S.A.*), available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021126i3.html> (21. 8. 2015).

20 Born, *supra* note 5 at §7.02(A), p. 1052.

Mr. Born follows: “Indeed, the Convention should be interpreted as requiring Contracting States to permit (absent contrary agreement by the parties) arbitral tribunals to consider and make non-binding decisions regarding their own jurisdiction”

Continuing his analysis, Mr. Born states: “The language of Article II (3) has apparently led Swiss Courts to suggest that the Convention requires, at least where the arbitral seat is abroad, that national courts make an immediate, final determination of jurisdictional objections that are presented to them”

statement is not dispositive of the issue, and its reliance upon Article V, governing the second action contemplated by the 1958 Convention, is misplaced.

Mr. Born follows: “Indeed, the Convention *should be* interpreted as requiring Contracting States to permit (absent contrary agreement by the parties) arbitral tribunals to consider and make non-binding decisions regarding their own jurisdiction”. [My emphasis] This statement miss-phrases the question as to the meaning and role of Article II (3). No serious doubt exists that, under the doctrine of Kompetenz/Kompetenz, an arbitral tribunal has the authority to decide its competence. However, acknowledging this competence cannot serve as an instrument to undermine Article II (3) of its ordinary meaning. Parallel proceedings may co-exist but the ruling of a court under Article II (3) takes precedence over any ruling on jurisdiction issued by an arbitral tribunal.

Continuing his analysis, Mr. Born states: “The language of Article II (3) has apparently led Swiss Courts to suggest that the Convention requires, at least where the arbitral seat is abroad, that national courts make an immediate, final determination of jurisdictional objections that are presented to them”. This characterisation of Swiss Courts oversimplifies the Swiss Court decisions cited in support of his proposition. In *Compagnie de Navigation et Transports SA v. MSC Mediterranean Shipping Company SA*, the Swiss court in *obiter dictum* endorsed full review of an arbitral tribunal decision finding competence when the (1) decision of an arbitral tribunal is rendered abroad, and (2) an objection is raised before Swiss courts. In that event, Swiss courts have full power to assess the claims raised (not limited to *prima facie* review) under Article II (3), and criterion “determining the validity of international agreements”, but not under any other ground that is not part of the international order. In *Decision by the Geneva Court of First Instance Rendered on 2 May 2005*, a European party entered into aviation contracts with a Namibian party.²¹ The contracts were subject to arbitration proceedings under IATA rules. When a dispute arose, the European party started arbitration proceedings in Switzerland. The African party seized its national court and obtained an

anti-arbitration injunction. The Namibian party asked the Geneva court to restrain the European party from going forward with arbitration proceedings. The Swiss court dismissed the request thereby permitting the arbitration to continue, since anti-arbitration injunctions issued by foreign courts cannot be enforced.²² In any event, the Born characterisation of Swiss decisions is irrelevant to the question raised in this article, because this article does not cover the level of review a court must apply under Article II (3).

While this article cannot reply to every proposition set forth in Mr. Born’s encyclopaedia, two cases cited in support of his position vis-à-vis allocation of competence deserve mention. The decision in *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan* is inapposite to the inquiry that is the focus of this article. *First Options* was decided under US domestic law, the Federal Arbitration Act, and not under the 1958 Convention. The US Supreme Court declared that: “the question ‘who has the primary power to decide arbitrability’ turns upon what the parties agreed about that matter. Did the parties agree to submit the arbitrability question itself to arbitration?” Justice Breyer stated, absent any agreement to submit the question of arbitrability itself to arbitration, “The court should decide that question just as it would decide any other question that the parties did not submit to arbitration, namely, independently”. In addition, the arbitral issue involved in *First Options* was whether a non-signatory party is bound by an arbitration agreement entered into by two other parties, and the standard of review a court of appeals should deploy to determine that question. It is common ground that, unless exceptional circumstances exist, non-signatories are not bound by an arbitration agreement. The US Supreme Court held that “because the Kaplans did not clearly agree to submit the question of arbitrability to arbitration, the Court of Appeals was correct in finding that the arbitrability of the Kaplan/First Options dispute was subject to independent review by the courts”.

Reliance upon *Dallah Real Estate v. Gov’t of Pakistan*, an English law case, is equally unavailing to clarify the allocation of competence between courts and arbitral

21 République et Canton de Genève, Tribunal de première instance. Order of 2 May 2005, réf.C/1043/2005-15SP, Air (PTY) Ltd. V. International Air Transportation Association (IATA) and C.SA en liquidation.

22 See, Matthias Scherer & Werner Jahnel, *Anti-Suit and Anti-Arbitration Injunctions in International Arbitration: A Swiss Perspective*, Int. A.L.R. Issue 4 (2009). In short, Swiss Courts embrace positive competence under the 1958 NY Convention and negative competence under the Swiss Federal Private International Law Act.

tribunals with respect to Article II (3). *Dallah* was decided under Article VI (a) of the 1958 Convention and raised an issue similar to that raised in *First Options*: may an unnamed party, here a Sovereign State, be bound by an arbitration agreement. Lord Mance stated:

“Leaving aside the rare case of an agreement to submit the question of arbitrability itself to arbitration, the concept of competence-competence is “applied in slightly different ways around the world”, but it “says nothing about judicial review” and “it appears that every country adhering to the competence-competence principle allows some form of judicial review of the arbitrator’s jurisdictional decision ...”: *China Minmetals Materials Import and Export Co., Ltd. v Chi Mei Corporation* 334 F 3d 274, 288 (2003), where some of the nuances (principally relating to the time at which courts review arbitrators’ jurisdiction) were examined. In *China Minmetals* it was again held, following *First Options*, that under United States law the court “must make an independent determination of the agreement’s validity and therefore of the arbitrability of the dispute, at least in the absence of a waiver precluding the defense.”

After an extensive review of the arbitral decision, and analysis of the history of the proceedings, the court in *Dallah* held that “the Government ... proved that it was not party to any arbitration agreement”. Hence, there was no scope for reliance upon any discretion to refuse enforcement.

While *First Options* and *Dallah* discussed the interface between judicial authority and arbitral authority under the doctrine of Kompetenz/Kompetenz, neither court settled the role of Article II (3) of the 1958 Convention, when a party requests the court of a CS to undertake an Article II (3) review of the arbitration agreement. It is implausible that an arbitral tribunal may oust the jurisdiction of the court. The 1958 Convention is a treaty (a “contract” in the terminology of Justice Breyer), but it is a treaty (contract) among Sovereign States, not private parties. If one insists on divining the meaning of any provision of the Treaty, then recourse must be made to the intentions of Sovereign States, not the intent of commercial merchants. The development of the parallel doctrine of Kompetenz/Kompetenz is incapable of altering the meaning of a treaty as the doctrine is the product of

municipal law and is subordinate to a Treaty under the hierarchy of legal norms.

Though expressing support for the broadest form of arbitral competence, Mr. Born recognizes that a Court reviewing an arbitration clause under Article II (3), even a clause conferring power upon arbitrators to decide their competence and the validity of the arbitration agreement, cannot displace the authority conferred upon a Court seized of a matter subject to arbitration under Article II (3) from conducting at least a *prima facie* review.²³ Mr. Born’s analysis of the interface between the court’s obligations under Article II (3), the doctrine of Kompetenz/Kompetenz, and the contractual nature of arbitration is that, while one may question the level of a court’s review of an arbitration agreement prior to sending the matter to arbitration, neither the doctrinal development of an arbitral tribunal’s competence nor the contractual terms of parties’ arbitration agreements can efface the authority of a court of a Contracting State under Article II (3), even if the latter is viewed as an exception.

Analysis of *Gazprom OAO v. Lietuvos Respublika*

The Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) issued a preliminary ruling, 13 May 2015, under Article 267 TFEU from the Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (The Supreme Court of Lithuania). The request for the preliminary ruling focused on the interpretation of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters, the predecessor to Brussels I Recast. *Gazprom*, a company established in the Russian Federation, challenged the refusal of Lithuanian courts to recognise and enforce an arbitral award made on 31 July 2012 by the Stockholm Chamber of Commerce, ordering the Ministry of Energy to withdraw or limit claims brought before the regional court of Vilnius.²⁴

The Lithuanian Supreme Court referred the following first question to the CJEU:

The Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) issued a preliminary ruling, 13 May 2015, under Article 267 TFEU from the Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (The Supreme Court of Lithuania)

The request for the preliminary ruling focused on the interpretation of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters, the predecessor to Brussels I Recast

²³ Born, *supra* note 5 at 1056.

²⁴ *OAO Gazprom v. Ministry of Energy of the Republic of Lithuania*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Final Award 31 July 2012, Arbitration No.: V (125:2011). The facts of the case are complex and are fully set forth in Annex I.

The CJEU rephrased the question: “the referring court asks, in essence, whether Regulation No 44/2001 must be interpreted as precluding a court of a Member State from recognizing and enforcing, or from refusing to recognize and enforce, an arbitral award prohibiting a party from bringing certain claims before a court of that Member State”

The court held: “It follows from all the foregoing considerations that the answer to the questions referred is that Regulation No 44/2001 must be interpreted as not precluding court of a Member State from recognizing and enforcing, or from refusing to recognize and enforce, an arbitral award prohibiting a party from bringing certain claims before a court of that Member State, since that regulation does not govern the recognition and enforcement, in a Member State, of an arbitral award issued by an arbitral tribunal in another Member State”

“Where an arbitral tribunal issues an anti-suit injunction and thereby prohibits a party from bringing certain claims before a court of a Member State, which under the rules on jurisdiction in [Regulation No 44/2001] has jurisdiction to hear the civil case as to the substance, does the court of a Member State have the right to refuse to recognize such an award of the arbitral tribunal because it restricts the court’s right to determine itself whether it has jurisdiction to hear the case under the rules on jurisdiction in [Regulation No 44/2001]?”

The CJEU rephrased the question: “the referring court asks, in essence, whether Regulation No 44/2001 must be interpreted as precluding a court of a Member State from recognizing and enforcing, or from refusing to recognize and enforce, an arbitral award prohibiting a party from bringing certain claims before a court of that Member State”.

The CJEU reasoned as follows. First, arbitration was excluded from the scope of Regulation No 44/2001 by Article 1 (2) (d). Second, in the present case, the subject matter of the dispute was an *anti-suit injunction* issued by an arbitral tribunal, clearly encompassed by the arbitration exception, and therefore outside the scope of Regulation No 44/2001. Third, the present question differed from the judgment rendered in *Allianz and Generali Assicurazioni Generali*, finding that anti-suit injunctions were incompatible with Regulation No 44/2001 because (1) every court seized of a matter has the right to determine its jurisdiction as no other court of a MS is in a better position to decide that questions, and (2) anti-suit injunctions violated the doctrine of “mutual trust” by which courts of MS recognize the equal legitimacy of one another’s’ legal systems. Fourth, an anti-suit injunction issued by an arbitral tribunal, an entity that is not a court, had no possibility to infringe the principle of “mutual trust” or deny a party access to judicial protection, unlike the anti-suit injunction issued in *West Tankers*. Fifth, violations of an arbitral anti-suit injunction lacked the punitive legal effects that could be imposed upon a party for violation of a court order. Hence, the CJEU concluded that the recognition and enforcement of an arbitral award was governed by applicable national and international law, and not by Regulation No 44/2001. The court held:

“It follows from all the foregoing considerations that the answer to the questions referred is that Regulation No 44/2001 must be interpreted as not precluding court of a Member State from recognizing and enforcing, or from refusing to recognize and enforce, an arbitral award prohibiting a party from bringing certain claims before a court of that Member State, since that regulation does not govern the recognition and enforcement, in a Member State, of an arbitral award issued by an arbitral tribunal in another Member State”.

While it is unknown how the Supreme Court of Lithuania will apply the preliminary ruling, it is likely that the Lithuanian Court of Appeals decision will be vindicated. On 17 December 2012, the Lithuanian Court of Appeal refused to grant Gazprom’s request to recognise and enforce the arbitral award of the SCC, invoking Article V (2) (a) and (b) of the NY Convention. It also ruled that the arbitral Tribunal had no authority to determine a question already brought before and decided by the lower Lithuanian Court, holding that the Lithuanian Civil Code [Art. 2.134] prohibited settlement by arbitration of the legal dispute. The Court of Appeal also held that the arbitral tribunal lacked any authority to enjoin the Government from seeking recourse to the Lithuanian Courts and enjoin the Court from determining its own jurisdiction as provided by the Constitution of Lithuania. The Court of Appeal dismissed the appeal of “Lietuvos dujos AB” and the Directors. Given the option by the CJEU to enforce or not enforce the arbitral award, it is likely, though not certain, that the decision of the Court of Appeal will stand: (1) the court shall refuse to enforce the arbitral award, and (2) the court has primary competence to decide questions upon which it is seized, regardless of parallel arbitral proceedings.

Revisiting Anti-Suit Injunctions in View of Gazprom and Brussels I Recast

Gazprom has engendered enthusiasm in the arbitration community as a signal restoring the anti-suit injunction within the European Union. While that enthusiasm may be premature, [the CJEU having not ruled directly on this matter], the combined effect of *Gazprom* and Brussels I recast likely result in a legal framework compatible with anti-suit injunctions, as

the CJEU made clear in *Gazprom* that it is national and international law that govern matters of arbitration.

While the CJEU decided *Gazprom* under Regulation No 44/2001, the Opinion of Advocate General Wathelet delivered on 4 December 2014 analyzed the case within the purview of Brussels I Recast. The cogent AG opinion, supported by the 1958 NY Convention, paves the path for the re-introduction of anti-suit injunctions within the European Union. The Recitals of Brussels I Recast and the AG opinion verify that a principal reason to “recast” Brussels I was the widespread criticism of *West Tankers*, not only from the private community but also from Member States.²⁵

Recital 12 of Brussels I Recast provides:

“This Regulation should not apply to arbitration. Nothing in this Regulation should prevent the courts of a Member State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have entered into an arbitration agreement, from referring the parties to arbitration, from staying or dismissing the proceedings, or from examining whether the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed, in accordance with their national law.

A ruling given by a court of a Member State as to whether or not an arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed should not be subject to the rules of recognition and enforcement laid down in this Regulation, regardless of whether the court decided on this as a principal issue or as an incidental question.

On the other hand, where a court of a Member State, exercising jurisdiction under this Regulation or under national law, has determined that an arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed, this should not preclude that court’s judgment on the substance of the matter from being recognized or, as the case may be, enforced in accordance with this Regulation. This should be without prejudice to the competence of the courts of the Member States to decide

on the recognition and enforcement of arbitral awards in accordance with the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York on 10 June 1958 (‘the 1958 New York Convention’), which takes precedence over this Regulation.

This Regulation should not apply to any action or ancillary proceedings relating to, in particular, the establishment of an arbitral tribunal, the powers of arbitrators, the conduct of an arbitration procedure or any other aspects of such a procedure, nor to any action or judgment concerning the annulment, review, appeal, recognition or enforcement of an arbitral award”.

The AG Opinion at paragraph 137 concludes that Brussels I Recast permits anti-suit injunctions in support of arbitration. The AG relies upon language found in paragraph four of Recital 12 that states: “[t]his Regulation should not apply to an action or ancillary proceedings relating to in particular ... the conduct of an arbitration procedure or any other aspects of such procedure, nor to ... the ... recognition or enforcement of an arbitral award”. Given that the CJEU in *Gazprom* found that the recognition or enforcement of an arbitral award fell outside the precedent Regulation, there is every reason to suppose that, if confronted with litigation raising the question of ancillary proceedings to arbitration, such as an anti-suit injunction, the CJEU would find that Brussels I Recast countenances the use of anti-suit injunctions. In addition, this conclusion is perfectly consistent with the 1958 NY Convention that the decision in *Gazprom* found to be the governing law of the dispute, in addition to national law.

The reservation given to EU Courts to examine “whether the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed, in accordance with their national law” follows the language of Article II (3) of the 1958 Convention. In addition, the 1958 Convention takes precedence over the Regulation. Given the clarity of language embodied in a Treaty, it follows that Brussels I Recast, by re-introducing anti-suit injunctions, does not undermine the main tenets of private international law embodied in Brussels I Recast.

While the CJEU decided *Gazprom* under Regulation No 44/2001, the Opinion of Advocate General Wathelet delivered on 4 December 2014 analyzed the case within the purview of Brussels I Recast

The cogent AG opinion, supported by the 1958 NY Convention, paves the path for the re-introduction of anti-suit injunctions within the European Union. The Recitals of Brussels I Recast and the AG opinion verify that a principal reason to “recast” Brussels I was the widespread criticism of *West Tankers*, not only from the private community but also from Member States

²⁵ For critical remarks, see Specer Wolff, *Tanking Arbitration or Breaking the System to Fix It? A Sink or Swim Approach to Unifying European Judicial Systems: The ECJ in Gasser, Turner, and West Tankers*, 15 Colum. J. EUR. L. Online, 65 (2009).

Implementation of the “plain meaning” of Article II (3) of the 1958 NY Convention is critical to establish uniform rules governing internationally cognizable arbitration agreements, and therefore that Article requires a coherent interpretation and a synthesis with related doctrines such as Kompetenz/Kompetenz

Recital 12 of Brussels I Recast, the subordination of that Regulation to the 1958 NY Convention, and the decision *Gazprom* lead to the conclusion that anti-suit injunctions now are likely compatible with private international Law rules in the European Union

Conclusion

Implementation of the “plain meaning” of Article II (3) of the 1958 NY Convention is critical to establish uniform rules governing internationally cognizable arbitration agreements, and therefore that Article requires a coherent interpretation and a synthesis with related doctrines such as Kompetenz/Kompetenz. Article II (3) gives the Court seized the exclusive authority to decide whether to refer the matter to arbitration following the instructions explicit in Article II (3). Reserving rights to rule in the future does not conform to the plain language of the 1958 Convention, and merely delays the inevitable. Recital 12 of Brussels I Recast, the subordination of that Regulation to the 1958 NY Convention, and the decision *Gazprom* lead to the conclusion that anti-suit injunctions now are likely compatible with private international Law rules in the European Union.

Annex I

The litigation in *Gazprom OAO* begins with the incorporation of “Lietuvos dujos AB (LDAB) under Lithuanian law. The company was engaged in buying gas from Gazprom OAO, a Russian Federation company, conveying and distributing the gas to Lithuania, and also managing the gas pipelines and transporting

gas to Kaliningrad. When the dispute arose, the largest shareholders of LDAB were E.ON Ruhrgas International GmbH (38,91%), Gazprom (37,1%), and the Republic of Lithuania (17,7%).²⁶ Gazprom acquired its shares in LDAB in 2004; the sale and purchase agreement incorporated a previously concluded long-term gas agreement, requiring Gazprom to deliver gas in sufficient quantity and at “fair” prices. Article 7.14 of the shareholder’s agreement contained an arbitration clause. The arbitration clause provided:

“Any claim, dispute, or contravention in connection with this Agreement or its breach, validity, effect or termination, shall be finally settled by arbitration in accordance with the Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. The place of arbitration shall be Stockholm, Sweden, the number of arbitrators shall be three (all to be appointed by the Arbitration Institute) and the language of the arbitration shall be English.”

A dispute arose on the grounds that three directors of LDAB failed to act in the best interest of the company, and that amendments to the long-term gas agreement unfairly favoured Gazprom. What followed was a complex interplay between litigation and arbitration proceedings illustrated as follows:

Court/Tribunal	Facts
Lithuanian Regional Court	MOE of Lithuania requested Court to remove three directors alleged to have acted contrary to the company's interest, and to fix a “fair” and “correct” price for gas purchased from Gazprom.
Stockholm Chamber of Commerce (SCC)	On 29 August 2011, in reply to MOE litigation, Gazprom invoked the arbitration clause and requested the SCC to order the MOE to withdraw its suit before the Lithuanian Regional Court.
Lithuanian Regional Court	In response, on 9 December 2011, the MOE dropped its complaint against the alleged malfeasant directors, but asked the court to order Gazprom to enter into new negotiations to re-fix the price of gas.
PCA Hague	In March 2011, Gazprom extended the dispute to the Permanent Court of Arbitration regarding EU Directives concerning unbundling management of the pipeline network from the supply and production of gas.

²⁶ The Opinion does not identify the remaining minority shareholders.

SCC	Nr. V (125/2011) On 31 July 2012, the Arbitration Institute of the SCC rendered a Final Award holding that the MOE breached the arbitration agreement contained in the shareholder's agreement by commencing court proceedings in Lithuania, ordered the MOE to withdraw select requests submitted to the lower Lithuanian Court and to reformulate another request to adhere to the terms of the arbitration agreement, and dismissed Gazprom's claim for damages.
Lithuanian Regional Court	On 3 September 2012, the lower Lithuanian Court upheld the action of the MOE, appointed experts to investigate LDAB, and found that the action was not subject to arbitration.
Lithuanian Court of Appeals	LDAB and the three alleged malfeasant Directors appealed the lower court decision, and Gazprom appealed to enforce the SCC arbitral award under the NYC 1958 Convention.
SCC	In October 2012, the Republic of Lithuania commenced arbitral proceedings against Gazprom, claiming that Gazprom violated the long term gas agreements and asking for 1.9 billion in damages.
Lithuanian Court of Appeals	On 17 December 2012, the Lithuanian Court of Appeals refused to grant Gazprom's request, invoking Article V (2) (a) and (b) of the NY Convention. It also ruled that the arbitral Tribunal had no authority to determine a question already brought before and decided by the lower Lithuanian Court, holding that the Lithuanian Civil Code [Art. 2.134] prohibited settlement by arbitration of the legal dispute. The Court of Appeal also held that the arbitral tribunal lacked any authority to enjoin the Government from seeking recourse to the Lithuanian Courts and enjoin the Court from determining its own jurisdiction as provided by the Constitution of Lithuania. Consequently, the Court of Appeal dismissed the appeal of LDAB and the Directors.
Lithuanian Court of Cassation	Court of Cassation was seized of both issues: the dismissal of the appeal and the refusal to recognise and enforce the arbitral award.
Court of Cassation	The Court of Cassation stayed the proceedings, and referred three questions to the CJEU.

The Supreme Court of Lithuania referred three questions to the Court of Justice of the European Union:

1. Where an arbitral tribunal issues an anti-suit injunction and thereby prohibits a party from bringing certain claims before a court of a Member State, which under the rules on jurisdiction in the Brussels I Regulation has jurisdiction to hear the civil case as to the substance, does the court of a Member State have the right to refuse to recognize such an award of the arbitral tribunal because it restricts the court's right to determine itself whether it has jurisdiction to hear the

case under the rules on jurisdiction in the Brussels I Regulation?²⁷

2. Should the first question be answered in the affirmative, does the same also apply where the anti-suit injunction issued by the arbitral tribunal orders a party to the proceedings to limit his claims in a case which is being heard in another Member State and the court of that Member State has jurisdiction to hear that

²⁷ The SCC arbitral tribunal did not issue an anti-suit injunction, but rendered a final award. However, as Advocate General Wathelet observed that is a distinction without a difference, as the final award functioned like an anti-suit injunction.

The Supreme Court of Lithuania referred three questions to the Court of Justice of the European Union

case under the rules on jurisdiction in the Brussels I Regulation?

3. Can a national court, seeking to safeguard the primacy of EU law and the full effectiveness of the Brussels I Regulation, refuse to recognize an award of an arbitral tribunal if such an award restricts the right of the national court to decide on its own jurisdiction and powers in a case which falls within the scope of the Brussels I Regulation?

Prior to the CJEU decision, the Advocate General rendered a 37-page Opinion. The CJEU did not follow the reasoning or conclusion of the AG Opinion except to find that arbitration was outside the scope of Regulation No 44/2001 and was properly the subject of national and international law

Prior to the CJEU decision, the Advocate General rendered a 37-page Opinion. The CJEU did not follow the reasoning or conclusion of the AG Opinion except to find that arbitration was outside the scope of Regulation No 44/2001 and was properly the subject of national and international law.

Abstract

This article addresses two related issues: (1) the gateway question of International Commercial Arbitration: who, national courts or arbitral tribunals, has primary competence to decide whether parties have entered into an internationally cognizable arbitration agreement, and (2) anti-suit injunctions under the revised European Union Regulation. The uncertainty, for the first issue, stems from the legal status accorded to Article II (3) of the New York Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards of 1958 [1958 NYC or Convention]. Article II (3) obliges Courts of a Contracting State to refer parties to arbitration provided conditions precedent are met thereby creating a potential conflict with the doctrine of “Kompetenz/Kompetenz” conferring upon arbitral tribunals the power to determine their jurisdiction. The potential resurrection of anti-suit injunctions in Europe stems from the decision in *Gazprom OAO v. Lietuvos Respublika* and the more explicit clarification of the arbitration exclusion found in Brussels I Recast.

Naravni tok arbitraže

Nejc Lahne

Nejc Lahne je namestnik generalnega sekretarja Stalne arbitraže pri GZS

Izbira smeri je ena tistih odločitev za katere je dobro, da so predhodno deležne tehtnega premisleka, ki temelji na znanju in izkušnjah ter so vselej podprte s kančkom entuziazma. Če k temu dodamo še vizijo in pogum smo blizu idealni odločitvi, ki pa je vselej podvržena preizkusu dejanske uporabe. Šele takrat lahko res sodimo, ali je bila izbira (smeri) prava. Tega smo se zavedali tudi avtorji Smernic za arbitre Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije. Gre za prvi tovrstni dokument v Sloveniji, ki temelji na izkušnjah in viziji arbitraže, kot jo zasleduje Stalna arbitraža pri GZS.

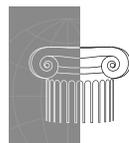
Priprava smernic je bila kompleksna naloga, saj smernice ponujajo rešitev za vrsto vprašanj, ki se pojavijo tekom arbitraže in so povezana tako s procesnimi, kakor tudi s čisto življenjskimi situacijami, s katerimi se arbitri srečujejo pri vodenju tipičnega arbitražnega postopka. Tako smernice v prvi vrsti predstavljajo praktični pripomoček in vir informacij arbitrom za lažje vodenje in usmerjanje arbitražnih postopkov. Sodobna arbitraža namreč od arbitra terja, da je menedžer postopka, kar poleg nespornih strokovnih znanj zahteva predvsem administrativne in tehnično-organizacijske sposobnosti. Dobro voden in organiziran postopek, ki se je sposoben prilagajati potrebam strank in spreminjajočim se okoliščinam je nekaj kar stranke upravičeno pričakujejo od arbitrov. Po izkušnjah sekretariata Stale arbitraže pri GZS se prav v tem pogledu arbitri med seboj najbolj razlikujejo, na kar so pozorne tudi stranke in njihovi zastopniki. Smernice po drugi strani postavljajo kvalitativne standarde in pričakovanja, ki jih lahko imajo stranke do arbitražnih senatov, ki arbitrirajo pred Stalno arbitražo. Gre za t.i. mehki pristop k višanju kvalitete arbitražnih storitev, zato so smernice v tem pogledu namenjene tudi strankam. Nenazadnje pa so smernice tudi prikaz institucionalne prakse predsedstva in sekretariata Stalne arbitraže pri določanju in odločanju o stroških arbitraže ter

sprejemanju nekaterih drugih odločitev v postopkih po Ljubljanskih arbitražnih pravilih. Dodatno smernice odgovarjajo na vprašanje plačila davkov od opravljanja storitev arbitriranja, ki je odvisno od statusa arbitra oziroma oblike dejavnosti v kateri arbiter opravi storitev za stranke, svojo vsebino pa zaključujejo z vzorcema časovnega načrta poteka postopka in arbitražne odločbe.

S smernicami za arbitre je Stalna arbitraža začrtala smer za katero želi, da se jo arbitri držijo pri vodenju arbitraž. Gre "le" za vodilo, saj smernice nimajo narave dopolnilnih ali dodatnih arbitražnih pravil. Praksa je tista, ki bo v prihodnje nakazovala nove smeri v razvoju arbitraže v Sloveniji in verjamem, da bo nadaljnji razvoj smernic lahko sledil naravnemu toku arbitraže.

Priprava smernic je bila kompleksna naloga, saj smernice ponujajo rešitev za vrsto vprašanj, ki se pojavijo tekom arbitraže in so povezana tako s procesnimi, kakor tudi s čisto življenjskimi situacijami, s katerimi se arbitri srečujejo pri vodenju tipičnega arbitražnega postopka

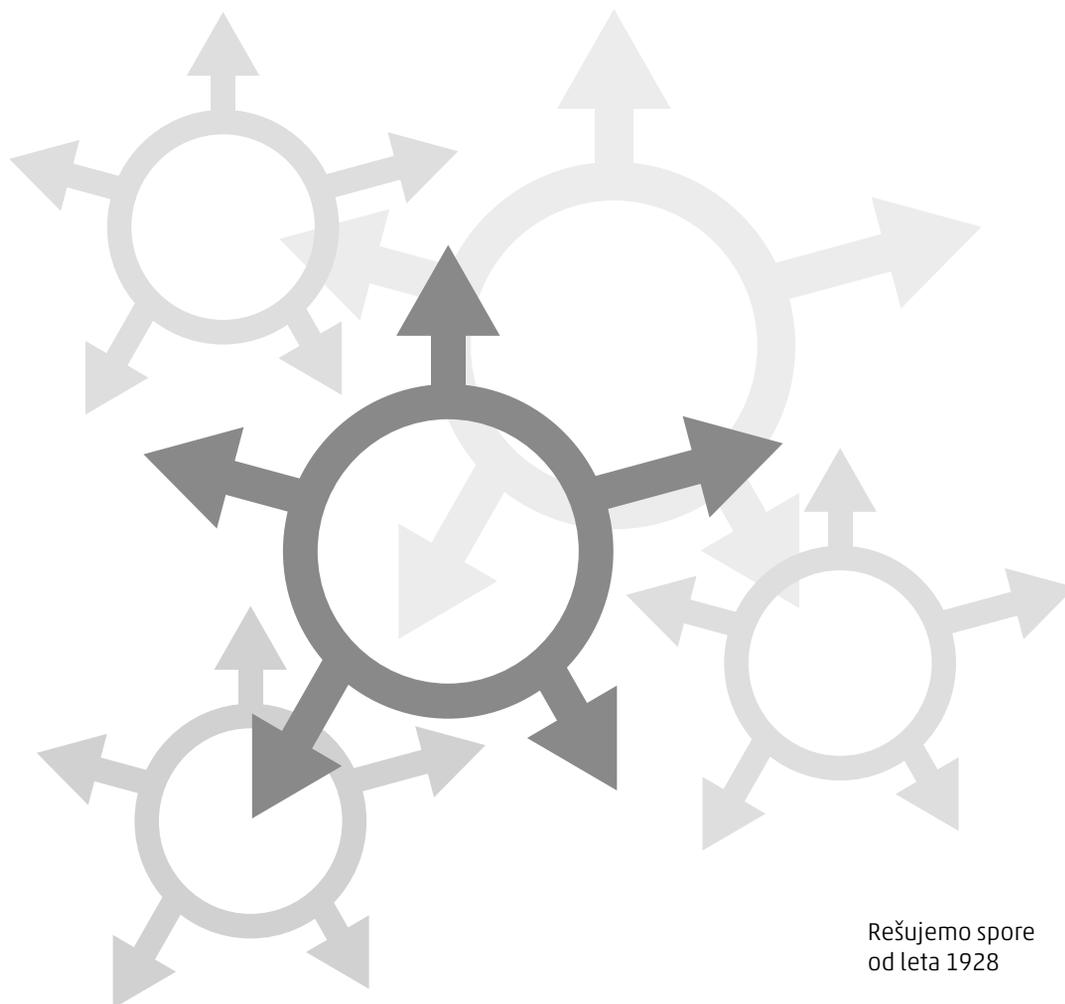
Dobro voden in organiziran postopek, ki se je sposoben prilagajati potrebam strank in spreminjajočim se okoliščinam je nekaj kar stranke upravičeno pričakujejo od arbitrov. Po izkušnjah sekretariata Stale arbitraže pri GZS se prav v tem pogledu arbitri med seboj najbolj razlikujejo, na kar so pozorne tudi stranke in njihovi zastopniki



STALNA ARBITRAŽA
PRI GOSPODARSKI
ZBORNICI SLOVENIJE

SMERNICE ZA ARBITRE

junij 2015



Rešujemo spore
od leta 1928

Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije (Stalna arbitraža) je izdala Smernice za arbitre (Smernice) z namenom, da arbitrom služijo kot praktični pripomoček in vir informacij za vodenje postopkov po Arbitražnih pravilih Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije (Ljubljanska arbitražna pravila). Smernice vsebujejo informacije, ki so tako opomnik senatu za uspešno vodenje arbitražnih postopkov, kakor tudi prikaz prakse predsedstva in sekretariata pri določanju stroškov arbitraže in sprejemanju drugih odločitev v postopkih.

Smernicam sta priložena tudi vzorca časovnega načrta poteka postopka (priloga 1) in arbitražne odločbe Stalne arbitraže (priloga 2).

Smernice so pripomoček za arbitre in nimajo narave dopolnilnih oziroma dodatnih arbitražnih pravil.

Stalna arbitraža
pri Gospodarski zbornici Slovenije
Dimičeva ulica 13, 1504 Ljubljana, Slovenija
www.sloarbitration.eu

Sekretariat:
t: +386 1 58 98 180
f: +386 1 58 98 400
arbitraza.lj@gzs.si

KAZALO

O STALNI ARBITRAŽI	1
OPOMNIK SENATU	2
Komunikacija	
Skrb za nepristranskost, neodvisnost in razpoložljivost	
Časovni načrt poteka postopka	
Učinkovito vodenje arbitraže	3
Zaupnost	4
Administrativna opravila senata	
Administrativni tajnik arbitražnega senata	
Arhiv	
STROŠKI ARBITRAŽE	5
Plačilo za senat	
Stroški senata	6
Administrativni stroški Stalne arbitraže	7
Predujem za kritje stroškov arbitraže	
PLAČILO SENATU	8
Arbitri, ki opravljajo dejavnost v obliki samostojnega podjetja ali gospodarske družbe	
Arbitri, ki ne opravljajo dejavnosti v obliki samostojnega podjetja ali gospodarske družbe	
ARBITRAŽNA ODLOČBA	9
Sestavine	
Izdaja končne arbitražne odločbe in rok za izdajo	
Vročanje arbitražne odločbe	
PRILOGE	10
PRILOGA 1: Vzorec časovnega načrta poteka postopka	11
PRILOGA 2: Vzorec arbitražne odločbe	13

O STALNI ARBITRAŽI

Stalna arbitraža je samostojna institucionalna arbitraža, ki deluje pri Gospodarski zbornici Slovenije (GZS) in je od nje neodvisna. Hitro in učinkovito reševanje sporov zagotavlja že od leta 1928 in tako predstavlja osrednjo arbitražno institucijo v Sloveniji.

Stalna arbitraža za stranke organizira in zagotavlja podporo reševanju domačih sporov in sporov z mednarodnim elementom z arbitražo, mediacijo, posredovanjem in drugimi alternativnimi oblikami reševanja sporov v skladu z lastnimi pravili in drugimi pravili ter postopki, o katerih se stranke dogovorijo. Stalno arbitražo sestavljata predsedstvo in sekretariat.

Predsedstvo v posameznih postopkih sprejema odločitve, za katere je pristojno v skladu z Ljubljanskimi arbitražnimi pravili ali drugimi pravili Stalne arbitraže, o katerih se stranke dogovorijo. Predsedstvo sestavljajo predsednik, podpredsednik in pet članov, imenuje pa ga upravni odbor GZS za mandatno obdobje štirih let.

Sekretariat skrbi za dnevni menedžment primerov, nadzoruje učinkovitost poteka postopkov in dela arbitrov ter opravlja druge strokovne naloge povezane s podporo in organizacijo reševanja sporov. V posameznih postopkih sekretariat sprejema odločitve, za katere je pristojen v skladu z Ljubljanskimi arbitražnimi pravili ali drugimi pravili Stalne arbitraže, o katerih se stranke dogovorijo.

Več informacij o delu Stalne arbitraže lahko najdete na spletni strani www.sloarbitration.eu.

OPOMNIK SENATU

Komunikacija

Senat mora vsa pisanja in obvestila pošiljati v vednost Stalni arbitraži. Zaradi zagotavljanja učinkovitosti in ekonomičnosti postopka je zaželeno, da senat pri komunikaciji s strankami in Stalno arbitražo uporablja elektronsko pošto. Pomembno je, da se način in tehnika komuniciranja strank in senata določita na začetku postopka (praviloma s prvim procesnim sklepom senata). Vsa pisanja in obvestila v elektronski obliki, ki so naslovljena na Stalno arbitražo, se pošiljajo na naslov arbitraza.lj@gzs.si.

Skrb za nepristranskost, neodvisnost in razpoložljivost

Posameznik sme sprejeti imenovanje za arbitra le, če oceni da bo nalogo sposoben opraviti nepristransko, neodvisno in brez nepotrebne odlašanja, ter je v celoti prepričan, da ima zadostno znanje glede predmeta spora oziroma vprašanj, ki se v okviru spora zastavljajo in jezika postopka. Hkrati mora paziti, da ohranja tudi zunanji videz nepristranskosti in neodvisnosti. Z izjavo mora strankam in Stalni arbitraži razkriti vse okoliščine, ki bi lahko vzbujale utemeljen dvom o njegovi nepristranskosti in neodvisnosti. Če se take okoliščine pojavijo med postopkom mora arbiter stranke, druge arbitre in Stalno arbitražo o tem brez odlašanja pisno obvestiti.

Arbiter se mora ves čas postopka vzdržati kakršnihkoli ravnanj, ki bi lahko strankam dajala razlog za vtis o njegovi pristranskosti ali odvisnosti. Med postopkom so prepovedani ločeni stiki arbitra z eno izmed strank ali njenim pooblaščenecem, vključno s sestanki, telefonskimi pogovori, elektronskimi sporočili ali drugimi oblikami komuniciranja v zvezi z zadevo, ki je predmet spora. Vsako novo okoliščino, ki nastane med postopkom in ki bi lahko vzbujala utemeljen dvom o nepristranskosti in neodvisnosti arbitra mora arbiter brez odlašanja razkriti.

Kot vodilo naj arbitrom služijo [Smernice IBA o nasprotju interesov v mednarodni arbitraži \(2004\)](#), ki vsebujejo temeljna načela in primere okoliščin, ki naj jih arbiter razkrije v povezavi z nepristranskostjo in neodvisnostjo.

Arbiter mora biti v času trajanja postopka razpoložljiv, tako da je sposoben zaupano mu nalogo opraviti brez nepotrebne odlašanja. Razpoložljivost arbitra je eno od temeljnih vodil etike arbitra in njegovega profesionalnega odnosa do strank v postopku.

Časovni načrt poteka postopka

Po predaji zadeve senatu, mora senat brez odlašanja določiti časovni načrt poteka postopka. Pred sprejemom časovnega načrta poteka postopka se mora senat o njegovi vsebini posvetovati s strankami. S časovnim načrtom poteka postopka senat določi predvsem roke za vložitev tožbe in odgovora na tožbo ter morebitnih nadaljnjih pisnih vlog, datum(e) ustne obravnave, datum, do katerega bo senat izdal arbitražno odločbo in druge sestavine, ki jih šteje za potrebne. Senat časovni načrt poteka postopka in njegove morebitne spremembe pošlje strankam in Stalni arbitraži.

Namen časovnega načrta poteka postopka je že v začetni fazi postaviti jasen časovni okvir, kar pripomore k učinkovitemu načrtovanju in posledično hitrejšemu teku postopka. Dobro pripravljen časovni načrt je ključnega pomena za kvalitetno in učinkovito izvedbo arbitraže. Senat mora že na začetku postopka paziti, da bo končno arbitražno odločbo izdal najkasneje v roku devetih mesecev (šestih mesecev v primeru pospešenega arbitražnega postopka) po tem, ko mu je bila zadeva predana. Prekoračitev roka za izdajo arbitražne odločbe je lahko razlog za razveljavitev odločbe.

Arbitrom se priporoča, da pri pripravi časovnega načrta uporabijo vzorec časovnega načrta poteka postopka Stalne arbitraže pri GZS (priloga 1).

Učinkovito vodenje arbitraže

Senat mora arbitražo voditi v skladu z Ljubljanskimi arbitražnimi pravili in dogovorom strank, pri tem pa mora skrbeti, da se izogne nepotrebnim zamudi in stroškom ter strankam zagotoviti pravičen in učinkovit postopek rešitve spora.

Skladno z načelom ekonomičnosti mora senat paziti, da v postopku ne pride do nepotrebnih stroškov oziroma glede na vrednost spornega predmeta nesorazmerno visokih stroškov. Prav tako mora senat pri opravljanju posameznih postopkovnih dejanj paziti, da ne pride do nepotrebnih zastojev.

Pri določanju rokov mora senat upoštevati zahtevo po učinkovitem vodenju postopka, ob tem pa paziti, da je zagotovljeno enakopravno obravnavanje strank, ki morajo imeti v primerni fazi postopka razumno možnost, da se o zadevi izjavijo.

Pomembno je, da senat že na začetku postopka s strankami doseže dogovor oziroma po posvetovanju s strankami odloči o bistvenih vprašanjih povezanih s potekom arbitražnega postopka in ravnanjem strank. V ta namen lahko senat s strankami organizira pripravljalni sestanek, kot posvet pred izdajo prvega procesnega sklepa, ki je običajno namenjen določitvi poteka arbitraže. Praviloma je del prvega procesnega sklepa senata tudi časovni načrt poteka postopka.

Senat si lahko pri vodenju pripravljalnega sestanka pomaga s spodnjo okvirno agendo.

Agenda pripravljalnega sestanka

[*tožeča stranka*] proti [*tožena stranka*], [*kraj in datum*]

- a. uvod predsednika arbitražnega senata
- b. seznanitev udeležencev postopka – predstavniki in zastopniki strank
 - morebitne spremembe imen ali naslovov strank ali druge podobne spremembe
- c. morebitna odprta (procesna) vprašanja, ki jih je treba obravnavati
 - sedež arbitraže
 - jezik postopka
 - ugovori v zvezi z imenovanjem arbitražnega senata
 - ugovori v zvezi z pristojnostjo arbitražnega senata
- d. časovni načrt poteka postopka (glej prilogo 1)
- e. bifurkacija arbitražnega postopka
- f. pisne vloge
 - število in zaporedje
 - dogovor o morebitnih prevodih dokumentov
 - kopije dokumentov
- g. dokazi
 - predložitev dokazov
 - zaslišanje in izjave prič
 - zaslišanje in izjave s strani strank imenovanih izvedencev

- h. pričakovano ravnanje strank
 - zaupnost
 - komunikacija strank in senata – način in tehnika pošiljanja pisanj in obvestil, naslovi za pošiljanje
 - označevanje pisnih vlog in dokaznega gradiva
- i. imenovanje administrativnega tajnika arbitražnega senata
- j. organizacija ustne obravnave
 - zapisnik
 - prevod dokumentov
 - tolmačenje
- k. drugo

Zaupnost

Razen če se stranke izrecno sporazumejo drugače, mora arbiter varovati zaupnost postopka, arbitražne odločbe, sklepov in drugih odločitev senata. Arbiter mora kot zaupne varovati tudi podatke, ki jih pridobi med postopkom.

Administrativna opravila senata

Senat mora skrbeti za nemoten tek postopka in zagotoviti vsa administrativna in tehnično-organizacijska opravila, ki so potrebna za uspešno izvedbo arbitraže.

Stalna arbitraža lahko senatu in strankam svetuje in posreduje pri zagotovitvi tehnično-organizacijskih storitev (najem prostorov za ustno obravnavo, tehnične opreme, storitve vodenja zapisnika, snemanja, prevajanja, tolmačenja, ipd.), ki so potrebne za izvedbo postopka. Senat mora sekretariatu pravočasno sporočiti namero koriščenja teh storitev. Kadar storitve nudi Stalna arbitraža se senatu/strankam zaračunajo po veljavnem ceniku Stalne arbitraže.

Administrativni tajnik arbitražnega senata

Senat lahko za organizacijo in izvedbo administrativnih in tehničnih opravil imenuje administrativnega tajnika arbitražnega senata. Pred imenovanjem administrativnega tajnika mora senat o tem obvestiti Stalno arbitražo. Stalna arbitraža o nameri imenovanja obvesti stranke in jih pozove k soglasju. Če stranke z imenovanjem ne soglašajo, senat administrativnega tajnika ne sme imenovati.

Vloga administrativnega tajnika je v pomoči senatu oziroma predsedniku senata pri opravljanju administrativnih in tehničnih opravil, ki so potrebna za vodenje postopka. Administrativni tajnik mora biti nepristranski in neodvisen. Podati mora podpisano izjavo, v kateri mora razkriti vse okoliščine, ki bi lahko vzbujale utemeljen dvom o njegovi nepristranskosti in neodvisnosti.

Plačilo administrativnega tajnika je osebni strošek senata, ki ga senat krije iz svojega plačila.

Stroške administrativnega tajnika krijejo stranke. Za kritje stroškov administrativnega tajnika se smiselno uporabljajo pravila za kritje stroškov senata.

Senat mora v končno arbitražno odločbo, arbitražno odločbo na podlagi poravnave ali sklep o ustavitvi postopka vključiti višino plačila in stroškov administrativnega tajnika arbitražnega senata.

Arhiv

Senat mora hraniti vso dokumentacijo, ki se nanaša na posamezni arbitražni postopek vsaj eno leto po izdaji arbitražne odločbe.

STROŠKI ARBITRAŽE

Stroške arbitraže sestavljajo (45. člen Ljubljanskih arbitražnih pravil)¹:

- plačilo za arbitražni senat,
- administrativni stroški Stalne arbitraže in
- stroški arbitražnega senata in Stalne arbitraže.

Izhodišče za določitev stroškov arbitraže je vrednost spornega predmeta, ki se skladno z Ljubljanskimi arbitražnimi pravili določi kot vsota vrednosti vseh tožbenih zahtevkov, zahtevkov iz nasprotnih tožb in ugovorov zaradi pobotanja. Pri tem se ugovori zaradi pobotanja praviloma všttevajo v vrednost spornega predmeta le, če njihovo obravnavanje senatu predstavlja občutno povečanje dela. Če se vrednost spornega predmeta med postopkom spremeni, mora senat o spremembi nemudoma obvestiti sekretariat.

Na spletni strani Stalne arbitraže (www.sloarbitration.eu) lahko najdete informativni kalkulator stroškov.

Senat mora najkasneje dva tedna pred izdajo končne arbitražne odločbe sekretariatu priglasiti stroške senata in sekretariat zaprositi za dokončno določitev višine stroškov arbitraže. Senat mora v končno arbitražno odločbo vključiti stroške arbitraže, kot jih je dokončno določil sekretariat, in jih razčleniti na plačilo in stroške za posameznega arbitra ter administrativne in morebitne druge stroške Stalne arbitraže.

Stranke so arbitrom in Stalni arbitraži solidarno odgovorne za plačilo stroškov arbitraže.

Plačilo za senat

Plačilo za predsednika senata ali arbitra posameznika se praviloma določi kot mediana vrednosti, ki jo določa tarifa² v razponu pri posamezni vrednosti spornega predmeta.

Pri določitvi višine plačila za senat se upošteva skrbnost in učinkovitost arbitrov, obseg opravljenega dela, zapletenost zadeve, učinkovitost poteka postopka in pravočasnost izdaje arbitražne odločbe.

Sekretariat lahko določi višino plačila, ki presega mediano predvsem v naslednjih primerih:

- visoka stopnja zapletenosti zadeve,
- na strani tožeče in/ali tožene stranke je udeleženih več oseb,
- procesno vodstvo postopka je zahtevno.

Sekretariat lahko določi višino plačila, ki je nižje od mediane predvsem v naslednjih primerih:

- višina spornega predmeta je visoka, a zadeva ni zapletena.

Vsak od članov senata prejme 60 % plačila predsednika senata. Po posvetovanju s senatom lahko sekretariat določi drugačen odstotek za odmero plačila posameznemu članu senata.

Znižano plačilo za senat

Sekretariat lahko v izjemnih primerih odstopi od zneskov, kot izhajajo iz tarife. V teh primerih je višina plačila za arbitražni senat nižja od minimalnega zneska, kot izhaja iz tarife. Sekretariat določi znižano plačilo praviloma takrat, kadar se postopek ne konča z meritorno odločitvijo senata o sporu (stranke se poravnajo, tožeča stranka umakne zahtevek, senat se izreče za nepristojnega, ipd.) ali v primeru izločitve oziroma razrešitve arbitra.

Sekretariat pri določitvi višine plačila upošteva predvsem v kateri fazi se je postopek končal in obseg opravljenega dela arbitrov. V primeru izločitve oziroma razrešitve arbitra le-ta praviloma ni upravičen do plačila.

¹ Stroški arbitraže so podrobneje urejeni v Dodatku II Ljubljanskih arbitražnih pravil (Tarifa).

² Tabela A, Dodatek II Ljubljanskih arbitražnih pravil.

Stroški senata

Skupaj z zaprosilom za dokončno določitev stroškov arbitraže, mora senat sekretariatu priglasiti morebitne stroške senata in predložiti potrdila oziroma račune. Arbitrer, ki je identificiran za namene DDV, priglasil stroške senata brez DDV.

Stroški senata morajo biti razumni. O upravičenosti in povrnitvi nastalih stroškov senata odloča sekretariat. Senat je upravičen do povračila naslednjih stroškov:

- potni stroški:
 - osebno vozilo: 0,37 EUR/kilometer,
 - vlak: strošek prvega razreda,
 - letalo: strošek ekonomskega razreda (dejanski let manj kot 6 ur), poslovni razred (dejanski let več kot 6 ur);
- strošek ustne obravnave (najem prostora in tehnične opreme, strošek zapisnika, ipd.);
 - strošek izvedbe ustne obravnave, ki je organizirana v prostorih, kjer arbitrer sicer opravlja svoje običajno delo oziroma dejavnost, se lahko povrne le v primeru, če so bile o tem stranke predhodno obveščene in so se s povrnitvijo teh stroškov strinjale;
- strošek tolmačenja in prevajanja;
- poštni stroški, stroški kurirja; in
- strošek izvedenca (plačilo in drugi stroški), ki ga imenuje senat.

Nastanitveni stroški, ki so povezani z izvedbo ustne obravnave, posvetovalnih in drugih sestankov se arbitrom povrnejo v obliki dnevnice.

Drugi stroški se arbitrom ne povrnejo.

Dnevnica

Posamezni arbitrer je upravičen do dnevnice v višini 200 EUR za vsak dan ustne obravnave in posvetovalnih ter drugih sestankov, ki potekajo v kraju, ki ni kraj dejanskega prebivališča arbitra oziroma kraj, kjer arbitrer sicer opravlja svoje običajno delo oziroma dejavnost in za normalno izvedbo zahtevajo nočitev.

Dnevnica je namenjena kritju naslednjih stroškov:

- hotel,
- prehrana, in
- lokalni prevozi (taksi).

Stroški, ki presegajo višino dnevnice se ne povrnejo.

Dodatne tehnično-organizacijske storitve Stalne arbitraže

Kadar po naročilu senata in/ali strank Stalna arbitraža organizira/izvede posamezne tehnično-organizacijske storitve (najem prostorov za ustno obravnavo, tehnične opreme, storitve vodenja zapisnika, snemanja, prevajanja, tolmačenja, ipd.), ki so potrebne za izvedbo postopka se stroški za te storitve računajo senatu ali strankam sproti in po veljavnem ceniku.

Administrativni stroški Stalne arbitraže

Sekretariat določi administrativne stroške Stalne arbitraže na podlagi tarife³, ki določa njihovo višino pri posamezni vrednosti spornega predmeta. Sekretariat lahko v izjemnih primerih odstopi od zneskov, kot izhajajo iz tarife. Na administrativne stroške Stalne arbitraže se obračuna DDV (po veljavni stopnji), če je stranka, ki so ji zaračunani administrativni stroški, dolžna plačati slovenski DDV.

DDV na administrativne stroške Stalne arbitraže se obračuna:

- slovenskim pravnim in fizičnim osebam,
- strankam, ki prihajajo iz držav članic EU in niso davčni zavezanci – fizične osebe, državni organi in organizacije, organi lokalne skupnosti,
- fizičnim osebam, državnim organom in organizacijam, organom lokalne skupnosti, ki prihajajo iz držav, ki niso članice EU.

DDV na administrativne stroške Stalne arbitraže se ne obračuna:

- pravnim osebam, s sedežem v državah članicah EU, ki so davčni zavezanci (obrnjena davčna obveznost),
- pravnim osebam, s sedežem v državah, ki niso članice EU in so davčni zavezanci.

Predujem za kritje stroškov arbitraže

Ljubljanska arbitražna pravila zasledujejo kritno načelo in od strank zahtevajo pred-financiranje postopka v obliki predujma. Znesek predujma določi sekretariat v vsakem primeru posebej in ustreza predvideni višini stroškov arbitraže, kot izhaja iz tarife in ocene drugih stroškov postopka. Predujem je namenjen plačilu stroškov arbitraže, kot so določeni v arbitražni odločbi.

Sekretariat spremlja arbitražni postopek in je med postopkom pozoren na morebitno povečanje vrednosti spornega predmeta, kar ima za posledico višje stroške arbitraže. Sekretariat lahko v primeru, če predujem ne zadošča za kritje stroškov arbitraže na predlog senata ali po lastni pobudi naloži strankam plačilo dodatnega predujma.

Po zaključku postopka se neporabljen del predujma vrne strankam skladno z njihovimi vplačili.

³ Tabela B, Dodatek II Ljubljanskih arbitražnih pravil.

PLAČILO SENATU

Po izdaji končne arbitražne odločbe Stalna arbitraža iz sredstev predujma za kritje stroškov arbitraže izplača arbitrom plačilo za opravljeno delo in morebitne stroške ter poravna administrativne stroške Stalne arbitraže.

Arbitri, ki opravljajo dejavnost v obliki samostojnega podjetja ali gospodarske družbe

Plačilo arbitru predstavlja dohodek iz dejavnosti. Arbitrer mora strankam (stranki), ki so skladno z arbitražno odločbo končni plačniki stroškov arbitraže, izdati račun za storitev arbitriranja. Iz računa mora jasno izhajati, da je informativne narave in da ga stranki ni treba posebej plačati, saj plačilo arbitru v imenu in za račun stranke opravi Stalna arbitraža iz sredstev predujma za kritje stroškov arbitraže.

Če je samostojno podjetje ali gospodarska družba arbitra hkrati tudi identificirana za namene DDV, se od storitve arbitra obračuna DDV. Plačilo za senat, kot izhaja iz tarife, ne vključuje DDV, ki se obračuna na znesek plačila za posameznega arbitra. Ob imenovanju morajo arbitri sekretariatu sporočiti višino DDV, ki se obračuna na njihovo plačilo.

Arbitri iz držav EU, ki so identificirani za namene DDV

DDV obračuna bodisi arbitrer bodisi prejemnik storitve (po mehanizmu obrnjene davčne obveznosti), upoštevajoč pravilo 44. in 196. člena direktive Sveta EU 2008/8/EG (EU DDV direktiva) in/ali 25. člena ZDDV-1.

Arbitrer, ki izda račun stranki s sedežem v isti državi članici EU kot arbitrer, mora na računu za storitev arbitriranja vedno obračunati DDV.

Arbitrer, ki izda račun stranki s sedežem v državi, ki ni članica EU, na računu za storitev arbitriranja ne obračuna DDV (razen za fizične osebe, državne organe in organizacije ter organe lokalne skupnosti).

Arbitrer, ki izda račun stranki s sedežem v drugi državi članici EU kot arbitrer, na računu za storitev arbitriranja ne obračuna DDV, če je ta stranka davčni zavezanec. V tem primeru velja mehanizem obrnjene davčne obveznosti (44. in 196. člen EU DDV direktive ali 25. člen ZDDV-1) in mora stranka plačati DDV v svoji državi. Če stranka ni davčni zavezanec (fizične osebe, državni organi in organizacije, organi lokalne skupnosti) mora arbitrer na računu za storitev arbitriranja stranki obračunati DDV (stranka plača DDV države arbitra).

Račun stranki s sedežem v državi članici EU, ki ji arbitrer ne obračuna DDV na storitev arbitriranja, mora vsebovati klavzulo: »Reverse charge procedure under Article 44 and 196 of the VAT Directive«.

Račun stranki s sedežem v državi, ki ni članica EU in ki ji arbitrer ne obračuna DDV na storitev arbitriranja, mora vsebovati klavzulo: »Export sale of services – outside the scope of (...) VAT Act«.

Arbitri, ki ne opravljajo dejavnosti v obliki samostojnega podjetja ali gospodarske družbe

Stalna arbitraža, kot izplačevalec, arbitrom, ki ne opravljajo dejavnosti v obliki samostojnega podjetja ali gospodarske družbe ob izplačilu plačila za opravljeno delo in morebitne stroške odvede obvezne dajatve (akontacija dohodnine, prispevki za pokojninsko in invalidsko zavarovanje, prispevki za zdravstveno zavarovanje).

V plačilo za senat, kot izhaja iz tarife, so vključene vse morebitne obvezne dajatve, ki jih je treba odvesti ob izplačilu. Plačilo za senat, kot izhaja iz tarife, predstavlja arbitru, ki ne opravlja dejavnosti v obliki samostojnega podjetja ali gospodarske družbe t. i. bruto bruto vrednost.

ARBITRAŽNA ODLOČBA

Sestavine

Arbitražna odločba mora biti izdana v pisni obliki. Senat mora navesti razloge, na katerih temelji odločba, razen če so se stranke sporazumele, da odločbe ni treba obrazložiti. Arbitri morajo odločbo podpisati in navesti datum njene izdaje ter sedež arbitraže.

Senat mora v končno arbitražno odločbo vključiti stroške arbitraže in jih razčleniti na plačilo in stroške za posameznega arbitra ter administrativne in druge stroške Stalne arbitraže.

Stalna arbitraža arbitrom predlaga, da pri pripravi arbitražne odločbe uporabijo vzorec arbitražne odločbe Stalne arbitraže pri GZS (priloga 2).

Izdaja končne arbitražne odločbe in rok za izdajo

Pred izdajo arbitražne odločbe mora senat poslati sekretariatu končni osnutek odločbe, na katerega lahko sekretariat poda pripombe formalne narave. Senat je dolžan take pripombe sekretariata obravnavati.

Senat mora končno arbitražno odločbo izdati v roku devetih mesecev (v šestih mesecih – pospešeni arbitražni postopek) po tem, ko mu je bila zadeva predana. Iz upravičenih razlogov lahko predsedstvo na obrazložen predlog senata ta rok podaljša. Senat mora predlog za podaljšanje podati pred iztekom roka in v predlogu predsedstvu pojasniti stanje zadeve in razloge za nezmožnost izdaje arbitražne odločbe v roku. Predsedstvo lahko rok za izdajo končne odločbe podaljša tudi po lastni pobudi.

Prekoračitev roka za izdajo arbitražne odločbe je lahko razlog za razveljavitev odločbe.

Vročanje arbitražne odločbe

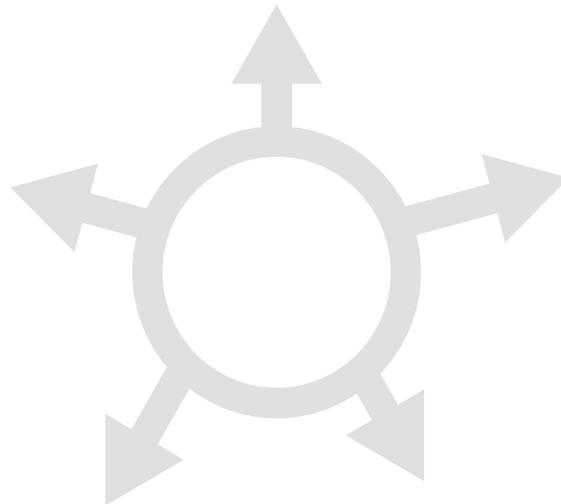
Po izdaji mora senat arbitražno odločbo brez odlašanja poslati sekretariatu v zadostnem številu podpisanih izvodov (za Stalno arbitražo, vsako od strank in vsakega arbitra). Senat naj sekretariatu pošlje arbitražno odločbo tudi v elektronski obliki.

Sekretariat na vseh izvodih arbitražne odločbe potrdi, da gre za arbitražno odločbo, izdano na podlagi Ljubljanskih arbitražnih pravil in vsaki stranki (in arbitrom) pošlje izvod arbitražne odločbe. En izvod arbitražne odločbe ter potrdila o vročitvi strankam hrani Stalna arbitraža.

PRILOGE

PRILOGA 1: VZOREC ČASOVNEGA NAČRTA POTEKA POSTOPKA

PRILOGA 2: VZOREC ARBITRAŽNE ODLOČBE



PRILOGA 1



STALNA ARBITRAŽA
PRI GOSPODARSKI
ZBORNICI SLOVENIJE



Shrani
dokument

ČASOVNI NAČRT POTEKA POSTOPKA

[*kraj in datum*]

Arbitražni postopek SA 5.6-[*x/xxx*] v skladu z Arbitražnimi pravili Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije

med

tožeča stranka: [*firma,*
naslov,
matična št.,
ID za DDV,
kontaktni podatki (email)]

ki jo zastopa: [*firma/ime priimek,*
naslov,
kontaktni podatki (email)]

proti

tožena stranka: [*firma,*
naslov,
matična št.,
ID za DDV,
kontaktni podatki (email)]

ki jo zastopa: [*firma/ime priimek,*
naslov,
kontaktni podatki (email)]

pred arbitražnim senatom, ki ga sestavljajo

[*ime, priimek*]
(predsednik) [*naslov,*
davčna št./ID za DDV,
kontaktni podatki (email)]

[*ime, priimek*]
(član) [*naslov,*
davčna št./ID za DDV,
kontaktni podatki (email)]

[*ime, priimek*]
(član) [*naslov,*
davčna št./ID za DDV,
kontaktni podatki (email)].

Arbitražni senat je v skladu s 25. členom Arbitražnih pravil Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije (Arbitražna pravila), po posvetovanju s strankami, določil naslednji časovni načrt poteka arbitražnega postopka SA 5.6-[x/xxxx]:

Datum	Tožeča stranka	Arbitražni senat	Tožena stranka
[datum; T]		predaja spisa arbitražnemu senatu	
[datum]		pripravljalni sestanek	
[datum]	tožba		
[datum]			odgovor na tožbo
[datum]	pisna vloga 1		
[datum]			pisna vloga 1
[datum]	dogovor o poteku ustne obravnavе	dogovor o poteku ustne obravnavе	dogovor o poteku ustne obravnavе
[datum]	predložitev pisnih izjav prič		predložitev pisnih izjav prič
[datum]	ustna obravnava	ustna obravnava	ustna obravnava
[datum]	zaključna vloga stranke		zaključna vloga stranke
[datum; T+9/6 mesecev]		arbitražna odločba	

PRILOGA 2



Shrani
dokument



STALNA ARBITRAŽA
PRI GOSPODARSKI
ZBORNICI SLOVENIJE

ARBITRAŽNI POSTOPEK SA 5.6-[x/xxxx]

v skladu z

ARBITRAŽNIMI PRAVILI STALNE ARBITRAŽE PRI GOSPODARSKI ZBORNICI SLOVENIJE

med

tožeča stranka: [firma]

proti

tožena stranka: [firma]

ARBITRAŽNA ODLOČBA

arbitražni senat: [ime, priimek] (predsednik)

[ime, priimek] (član)

[ime, priimek] (član)

A. Arbitražni sporazum

Spor izvira iz pogodbe [*navedba pogodbe*], ki sta jo stranki sklenili dne [*datum*] (v nadaljevanju: Pogodba). Pogodba vsebuje v [x.] členu arbitražni sporazum, ki določa, da naj se vsak spor rešuje v arbitražnem postopku v skladu z Arbitražnimi pravili Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije (v nadaljevanju: Arbitražna pravila). Besedilo arbitražnega sporazuma: [*dobesedni prepis sporazuma*].

[... o pristojnosti senata]

B. Podatki o sporu

Tožeča stranka: [*firma, naslov, matična št., ID za DDV, kontaktni podatki (email)*]

Zastopnik tožeče stranke: [*firma, naslov/ime priimek, kontaktni podatki (email)*]

Tožena stranka: [*firma, naslov, matična št., ID za DDV, kontaktni podatki (email)*]

Zastopnik tožene stranke: [*firma, naslov/ime priimek, kontaktni podatki (email)*]

V arbitražnem postopku je bil imenovan arbitražni senat v sestavi:

Predsednik arbitražnega senata [*ime, priimek, naslov, davčna št./ID za DDV, kontaktni podatki (email)*].

Član arbitražnega senata, nominiran s strani tožeče stranke [*ime, priimek, naslov, davčna št./ID za DDV, kontaktni podatki (email)*].

Član arbitražnega senata, nominiran s strani tožene stranke [*ime, priimek, naslov, davčna št./ID za DDV, kontaktni podatki (email)*].

Skladno z [x.] členom Pogodbe [*odločitvijo arbitražnega senata*] je arbitražni postopek potekal v [...] jeziku.

Skladno z [x.] členom Pogodbe [*odločitvijo arbitražnega senata*] se kot merodajno materialno pravo v sporu uporablja [*navedba materialnega prava*].

Skladno z [x.] členom Pogodbe [*odločitvijo predsedstva Stalne arbitraže/arbitražnega senata*] je sedež arbitraže [*mesto in država*].

C. Potek arbitražnega postopka

Arbitražni postopek SA 5.6-[x/xxxx] je začela tožeča stranka z vložitvijo zahteve za arbitražo z dne [x.x.xxxx] (v nadaljevanju: Zahteva za arbitražo). V Zahtevi za arbitražo je tožeča stranka kot nasprotno stranko navedla [*firma in naslov tožene stranke*].

Tožena stranka je podala odgovor na zahtevo za arbitražo z dne [x.x.xxxx] (v nadaljevanju: Odgovor na zahtevo).

[...]

Tožeča stranka je po pozivu arbitražnega senata vložila tožbo z dne [x.x.xxxx] (v nadaljevanju: Tožba). Tožena stranka je po pozivu arbitražnega senata vložila odgovor na tožbo z dne [x.x.xxxx] (v nadaljevanju: Odgovor na tožbo).

[... *navedba pomembnih procesnih dejanj v postopku*]

D. Bistvene navedbe in zahtevki strank

[... povzetek navedb in zahtevkov tožeče stranke]

[... povzetek navedb in morebitnih zahtevkov tožene stranke]

E. Obrazložitev

[... obrazložitev odločitve arbitražnega senata]

F. Stroški arbitražnega postopka*Stroški arbitraže*

Višino stroškov arbitraže je sekretariat Stalne arbitraže določil na podlagi meril iz 45. člena Arbitražnih pravil in Dodatka II (Tarifa) k Arbitražnim pravilom. Skupni stroški arbitraže znašajo [x.xxx,xx] EUR in obsegajo: plačilo za člane arbitražnega senata in povračilo njihovih stroškov ([ime, priimek], predsednik arbitražnega senata: plačilo v višini [x.xxx,xx] EUR in povračilo stroškov v višini [x.xxx,xx] EUR, skupaj [x.xxx,xx] EUR plus [x%] DDV ([x.xxx,xx] EUR z DDV); [ime, priimek], član arbitražnega senata: plačilo v višini [x.xxx,xx] EUR in povračilo stroškov v višini [x.xxx,xx] EUR, skupaj [x.xxx,xx] EUR plus [x%] DDV ([x.xxx,xx] EUR z DDV); [ime, priimek], član arbitražnega senata: plačilo v višini [x.xxx,xx] EUR in povračilo stroškov v višini [x.xxx,xx] EUR, skupaj [x.xxx,xx] EUR plus [x%] DDV ([x.xxx,xx] EUR z DDV)) in administrativne stroške Stalne arbitraže ([x.xxx,xx] EUR plus [x%] DDV ([x.xxx,xx] EUR z DDV); v znesek administrativnih stroškov je vključena tudi vpisna taksa v višini 1.000,00 EUR.

Stroški arbitraže bodo kriti iz predujma za kritje stroškov arbitraže, ki je položen pri Stalni arbitraži v skupni višini [x.xxx,xx] EUR ([x.xxx,xx] EUR plačano s strani tožeče stranke, [x.xxx,xx] EUR plačano s strani tožene stranke). Tožeča stranka je na začetku postopka že plačala vpisno takso v višini 1.000,00 EUR plus DDV. Nепorabljen del predujma za kritje stroškov arbitraže v višini [x.xxx,xx] EUR se v skladu z 47. členom Arbitražnih pravil, po izdaji arbitražne odločbe vrne strankam v skladu z njihovimi vplačili (tožeči stranki [x.xxx,xx] EUR, toženi stranki [x.xxx,xx] EUR).

Arbitražni senat je na podlagi 45. člena Arbitražnih pravil odločil, katera stranka mora drugi povrniti stroške arbitraže in v kakšnem obsegu, pri čemer je upošteval načelo uspeha strank v postopku in druge relevantne okoliščine. [... **obrazložitev razporeditve stroškov**] Arbitražni senat je odločil, da nosita stroške arbitraže tožeča stranka v višini [x.xxx,xx] EUR in tožena stranka v višini [x.xxx,xx] EUR. Tožena [/Tožeča] stranka je dolžna tožeči [/toženi] stranki povrniti stroške arbitraže v višini [x.xxx,xx] EUR v [x] dneh po izdaji arbitražne odločbe, v primeru zamude tega roka pa skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi v višini [x] % od te glavnice, ki tečejo od prvega dne zamude dalje, do plačila glavnice.

Stroški strank

Arbitražni senat je na podlagi 46. člena Arbitražnih pravil odločil, katera stranka mora drugi povrniti razumne stroške, ki jih je ta imela zaradi arbitražnega postopka, vključno s stroški pravnega zastopanja. Tožeča stranka je uveljavljala [x.xxx,xx] EUR stroškov. Tožena stranka je uveljavljala [x.xxx,xx] EUR stroškov. [... **odločitev o upravičenosti priglašениh stroškov strank in o razporeditvi stroškov med stranke ter obrazložitev odločitve**]

G. Odločitev

Na podlagi navedenega v točkah [A] do [F] je arbitražni senat izdal to arbitražno odločbo in odločil:

[... *izrek arbitražne odločbe, odločitev o zahtevkih strank*]

[*odločitev o razporeditvi stroškov arbitraže*] Tožena [/Tožeča] stranka je dolžna tožeči [/toženi] stranki povrniti stroške arbitraže v višini [x.xxx,xx] EUR v [x] dneh po izdaji arbitražne odločbe, v primeru zamude tega roka pa skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi v višini [x] % od te glavnice, ki tečejo od prvega dne zamude dalje, do plačila glavnice.

[*odločitev o razporeditvi stroškov strank*] Tožena [/Tožeča] stranka je dolžna tožeči [/toženi] stranki povrniti stroške strank v višini [x.xxx,xx] EUR v [x] dneh po izdaji arbitražne odločbe, v primeru zamude tega roka pa skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi v višini [x] % od te glavnice, ki tečejo od prvega dne zamude dalje, do plačila glavnice.

Sedež arbitraže: [*mesto in država*]

Datum izdaje arbitražne odločbe: [*datum*]

[*ime, priimek*] (predsednik)

[*ime, priimek*] (član)

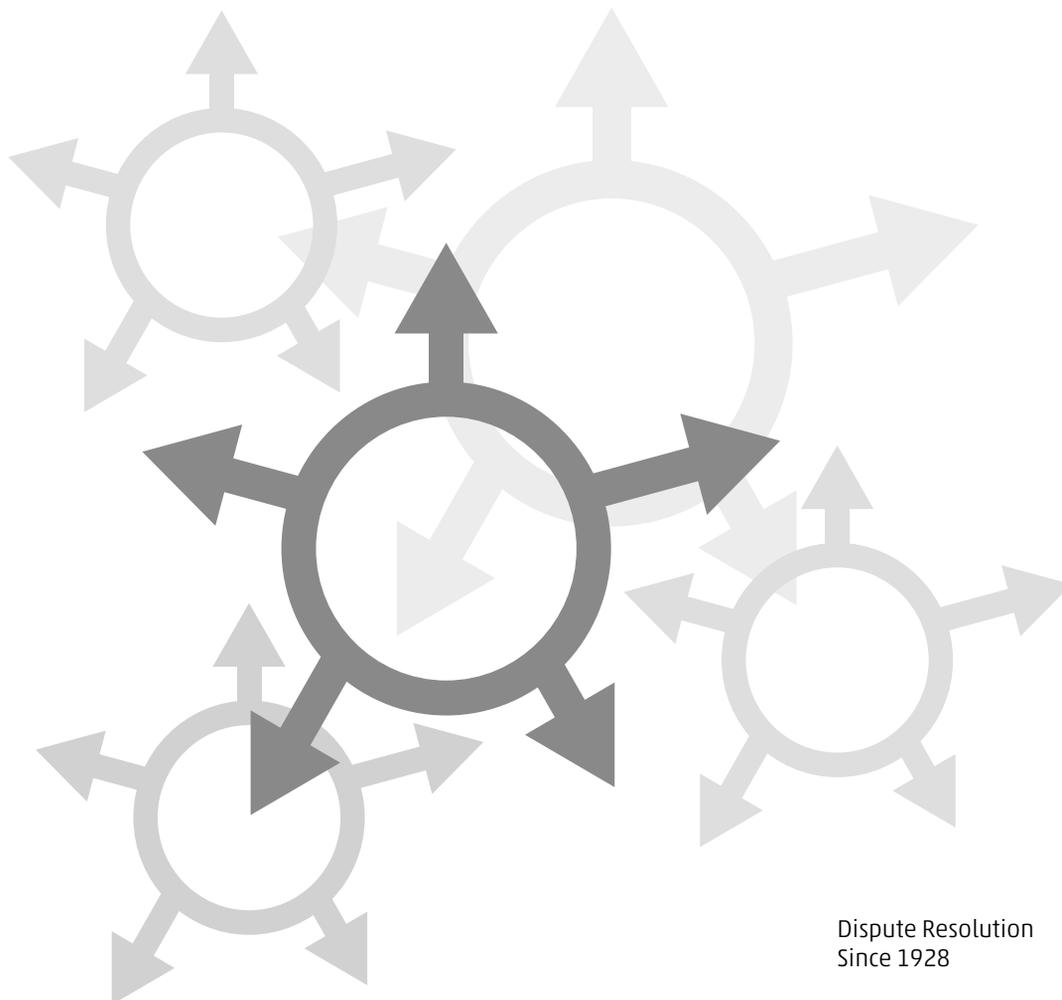
[*ime, priimek*] (član)



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

ARBITRATOR'S GUIDELINES

June 2015



Dispute Resolution
Since 1928

The Ljubljana Arbitration Centre at the Chamber of Commerce and Industry of Slovenia (the LAC) has adopted the LAC Arbitrator's Guidelines (the Guidelines), to serve as a practical tool and source of information to arbitrators when conducting proceedings under the Arbitration Rules of the Ljubljana Arbitration Centre at the Chamber of Commerce and Industry of Slovenia (the Ljubljana Arbitration Rules). These Guidelines include information which may serve as a blueprint to the Arbitral Tribunal on how to successfully conduct arbitral proceedings; they also include the manner in which the Board and the Secretariat determine the costs of arbitration and make other decisions during proceedings.

The Guidelines also include a LAC sample procedural timetable (Appendix 1) and a LAC Model Award (Appendix 2).

The Guidelines are to be used as a source of information only and are not intended and should not be treated as additional arbitration rules.

Ljubljana Arbitration Centre
at the Chamber of Commerce and Industry of Slovenia
Dimičeva ulica 13, 1504 Ljubljana, Slovenia

www.sloarbitration.eu

Secretariat:

t: +386 1 58 98 180

f: +386 1 58 98 400

arbitraza.lj@gzs.si

CONTENT

ABOUT THE LAC	1
NOTICE TO THE ARBITRAL TRIBUNAL	2
Communication	
Impartiality, Independence and Availability	
Procedural Timetable	
Efficient Conduct of the Arbitration	3
Confidentiality	4
Administrative Tasks of the Arbitral Tribunal	
The Arbitral Tribunal's Administrative Secretary	
Archives	
COSTS OF THE ARBITRATION	5
The Fees of the Arbitral Tribunal	
Expenses of the Arbitral Tribunal	6
Administrative Fee of the LAC	7
Advance on the Costs of the Arbitration	
PAYMENT MADE TO THE ARBITRAL TRIBUNAL	8
Arbitrators who Perform Business Activities as Sole Traders or a Commercial Company	
Arbitrators who do not Perform Business Activities as Sole Traders or a Commercial Company	
ARBITRAL AWARD	9
Elements of an Award	
Rendering the final award and time limit	
Serving the Arbitral Award	
APPENDICES	
APPENDIX 1: The LAC Sample Procedural Timetable	11
APPENDIX 2: The LAC Model Award	13

ABOUT THE LAC

The Ljubljana Arbitration Centre is an autonomous arbitration institution that operates at the Chamber of Commerce and Industry of Slovenia (the CCIS) but is independent from it. The LAC has been administering fast and efficient resolution of domestic and international disputes since 1928, thus representing the central arbitration institution in Slovenia.

The LAC administers the resolution of domestic and international disputes through arbitration, mediation, conciliation and other forms of alternative dispute resolution, in accordance with its own rules and with the rules and procedures agreed on by the parties involved. The LAC is composed of the Board and the Secretariat.

Within the scope of individual proceedings, the Board adopts decisions within its jurisdiction, in accordance with the Ljubljana Arbitration Rules or other rules of the LAC agreed on by the parties. The Board consists of the Chairperson, the Vice-Chairperson and five members. The Board is appointed by the Board of Directors of the CCIS for a four-year-term.

The Secretariat carries out day-to-day case management, supervises the efficiency of the proceedings and the work of the arbitrators, and performs other tasks, thus providing support and organising the resolution of disputes. Within the scope of individual proceedings, the Secretariat adopts decisions within its jurisdiction, in accordance with the Ljubljana Arbitration Rules or other rules of the LAC agreed on by the parties.

For more information on the LAC please visit www.sloarbitration.eu.

NOTICE TO THE ARBITRAL TRIBUNAL

Communication

The Arbitral Tribunal shall copy all notices and communications to the LAC. In order to make the proceedings as effective and economic as possible, the Arbitral Tribunal is advised to use e-mail as a means of communication with the parties and the LAC. It is important that the manner and the means of communication between the parties and the Arbitral Tribunal are determined at the outset of arbitration (usually in the Tribunal's first procedural decision). All notices and communications addressed to the LAC in the electronic form are to be sent to the following e-mail address: arbitraza.lj@gzs.si.

Impartiality, Independence and Availability

Arbitrators may only accept the appointment if they are confident that they will be able to perform their duties impartially, independently and without undue delay. In addition they shall accept the appointment only if they are fully satisfied that they are competent to determine the issues in dispute, and possess an adequate knowledge of the language of the proceedings. Arbitrators shall remain impartial and independent and maintain also an appearance of impartiality and independence. In their statement to the parties and the LAC, arbitrators shall disclose any circumstances which may give rise to justifiable doubts as to their impartiality or independence. Where any such circumstances arise during the course of the proceedings, arbitrators shall immediately inform the parties, other arbitrators and the LAC in writing.

Throughout the proceedings, arbitrators shall refrain from any acts which could give the parties cause to doubt their impartiality or independence. During the course of proceedings arbitrators are prohibited from having separate contacts with one of the parties or their representatives, which includes meetings, telephone conversations, e-mail messages or any other means of communication in connection with the matter in dispute. Arbitrators shall immediately disclose each new circumstance arising during the course of the proceedings which could give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence.

The arbitrators should be guided by the [IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration](#), which include general standards and examples of circumstances arbitrators should disclose in connection with impartiality and independence.

In order to fulfil their duties without undue delay, the arbitrators need to be available throughout the course of the proceedings. Arbitrators shall consider their availability as one of their fundamental ethical guidelines, and incorporate it into their professional conduct towards the parties.

Procedural Timetable

After the file has been transmitted to the Arbitral Tribunal, the Tribunal shall promptly establish a procedural timetable for the conduct of the proceedings. Prior to the establishment of the procedural timetable, the Arbitral Tribunal shall consult with the parties. By way of the procedural timetable the Arbitral Tribunal, above all, sets the time limits for the submission of the Statement of Claim and the Statement of Defence, as well as any further written submissions, the date(s) of the hearing, the date by which the Arbitral Tribunal shall make the final award, and any other particulars it deems necessary. The Arbitral Tribunal shall communicate the procedural timetable and any amendments made thereto to the parties and the LAC.

The purpose of the procedural timetable is to set a clear time frame at the beginning of the proceedings, which contributes to a more efficient planning and consequently to a faster conduct of the proceedings. A well prepared timetable is of key importance to an efficient and well conducted arbitration. From the onset of proceedings, the Arbitral Tribunal shall strive to render the final award no later than nine months (six months in case of expedited arbitral proceedings) from the date on which the file is transmitted to it. Exceeding the time limit for rendering the final award may be considered as grounds for setting aside of the award.

The arbitrators are advised to use the LAC sample procedural timetable (Appendix 1).

Efficient Conduct of the Arbitration

The Arbitral Tribunal shall conduct the arbitration in accordance with the Ljubljana Arbitration Rules and the agreement of the parties, while at the same time avoiding unnecessary costs and delay, and providing a fair and efficient process for resolving the dispute.

Under the principle of cost-effectiveness, the Arbitral Tribunal shall ensure that no unnecessary costs or disproportionately high costs considering the amount in dispute arise during the proceedings. The Arbitral Tribunal shall also make sure that unnecessary delays are avoided while conducting procedural actions.

When setting time periods, the Arbitral Tribunal shall take into account the requirement to conduct the arbitration in an expeditious and cost-effective manner, while at the same time ensuring that the parties are treated equally and that each party is given a reasonable opportunity to present its case at an appropriate stage of the proceedings.

It is important that the Arbitral Tribunal, at the outset of proceedings, reaches an agreement with the parties, or renders a decision after consultation with the parties, on the key issues regarding the conduct of the arbitral proceedings and the actions of the parties. To that effect, the Arbitral Tribunal may hold a preparatory meeting with the parties to discuss the issues to be included in the first procedural order, the purpose of which is usually to determine the course of proceedings. The procedural timetable usually forms part of the first procedural order.

The Arbitral Tribunal is welcome to use the following framework when conducting a preparatory meeting.

Preparatory Meeting Agenda

[Claimant] vs. [Respondent], at [venue] on [date]

- a. the Chairperson opens the meeting
- b. introduction of the parties to the proceedings – representatives of the parties and their counsel
 - verification of the names and addresses of the parties, and provision of any changes to other similar information which might have occurred
- c. potential (procedural) issues to be addressed if they have not been dealt with by the parties
 - the seat of the arbitration
 - the language of the proceedings
 - any issues as to the appointment of the Arbitral Tribunal
 - any issues as to the jurisdiction of the Arbitral Tribunal
- d. procedural timetable (see Appendix 1)
- e. the bifurcation of the proceedings
- f. written submissions
 - the number and sequence of submissions
 - any translations required
 - copies of documents
- g. evidence
 - production of evidence
 - questioning of witnesses and their statements
 - questioning of expert witnesses presented by the parties, and their statements
- h. the expected conduct of the parties
 - confidentiality

- communication between the parties and the Arbitral Tribunal – means of communication and addresses to be used for the service of documents
- numbering of written submissions and items of evidence
- i. appointment of the administrative secretary to the Arbitral Tribunal
- j. arrangements for hearings
 - keeping of record
 - translations of written documents
 - interpretation of oral testimony
- k. any other matters

Confidentiality

Unless otherwise expressly agreed by the parties, arbitrators shall maintain the confidentiality of the proceedings, the award, and other decisions of the Arbitral Tribunal. Arbitrators shall also maintain the confidentiality of information received during the proceedings.

Administrative Tasks of the Arbitral Tribunal

The Arbitral Tribunal should maintain good management of the proceedings and ensure that all administrative, technical and organisational tasks necessary for the successful conduct of proceedings are performed.

The LAC may advise the Arbitral Tribunal and the parties and assist in obtaining technical and organisational services (rental of premises for hearings, rental of technical equipment, provision of record-keeping services, recording, translation or interpretation services, etc.) necessary for conducting the proceedings. The Arbitral Tribunal should inform the Secretariat in good time that such services are needed. If the services are provided by the LAC, the Arbitral Tribunal/parties are charged for them in accordance with the price list of the LAC.

The Arbitral Tribunal's Administrative Secretary

The Arbitral Tribunal may appoint an administrative secretary for the organisation and implementation of administrative and technical tasks. Prior to the appointment of an administrative secretary, the Arbitral Tribunal shall inform the LAC thereof. The LAC shall thereafter inform the parties of the intended appointment and invite them to give their consent. If the parties disagree with the appointment, the Arbitral Tribunal may not appoint the administrative secretary.

The administrative secretary provides assistance to the Arbitral Tribunal or its Chairperson in performing the administrative and technical tasks necessary for conducting the proceedings. The administrative secretary shall be impartial and independent. The administrative secretary shall sign a statement in which he or she shall disclose any circumstances which may give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence.

The fee of the administrative secretary is borne by the Arbitral Tribunal and is covered from the Arbitral Tribunal's fees.

The administrative secretary's expenses are borne by the parties. The rules regarding who bears the expenses of the Arbitral Tribunal apply *mutatis mutandis* to the expenses of the administrative secretary.

The Arbitral Tribunal shall include the expenses of the administrative secretary in the final award, the award on agreed terms, or the order for the termination of the proceedings.

Archives

The Arbitral Tribunal shall safekeep all documents relating to the case for at least one year after rendering the award.

COSTS OF THE ARBITRATION

The costs of the arbitration include (Article 45 of the Ljubljana Arbitration Rules)¹:

- the fees of the Arbitral Tribunal;
- the administrative fee of the LAC; and
- the expenses of the Arbitral Tribunal and the LAC.

The basis for determining the cost of the arbitration is the amount in dispute, which (in accordance with the Ljubljana Arbitration Rules) is determined as the aggregate value of all claims, counterclaims and set-off claims. However, set-off claims are included in the amount in dispute only if their consideration would significantly increase the Arbitral Tribunal's workload. If the amount in dispute changes during the course of the proceedings the Arbitral Tribunal shall immediately inform the Secretariat thereof.

The LAC's website (www.sloarbitration.eu) contains a provisional cost calculator.

Two weeks before the rendering of the final award, at the latest, the Arbitral Tribunal shall notify the Secretariat of the Arbitral Tribunal's costs and request the Secretariat to finally determine the costs of the arbitration. The Arbitral Tribunal shall include in the final award the costs of the arbitration as finally determined by the Secretariat and specify the individual fees and expenses of each of the arbitrators as well as the administrative fee of the LAC and any other expenses of the LAC.

The parties are jointly and severally liable to the arbitrators and to the LAC for the costs of the arbitration.

The Fees of the Arbitral Tribunal

As a general rule, the fee of the Chairperson of the Arbitral Tribunal or a sole arbitrator is determined at the median value, in line with the schedule of costs² applicable to the amount in dispute.

When determining the fees of the Arbitral Tribunal, the following is taken into account: the diligence and efficiency of the arbitrators, the amount of work performed, the complexity of the case, the efficiency of the conduct of proceedings, and the timeliness in making the award.

The Secretariat may determine a fee that is above the median value, mainly under the following circumstances:

- the subject matter is complex;
- there are multiple Claimants and/or Respondents;
- the procedural difficulties.

The Secretariat may determine a fee that is below the median value, mainly under the following circumstances:

- the amount in dispute is high, but the dispute is of a simple nature.

Each co-arbitrator shall receive 60 per cent of the fee of the Chairperson of the Arbitral Tribunal. After prior consultation with the Arbitral Tribunal, the Secretariat may determine that a different percentage shall apply.

Reduced fees of the Arbitral Tribunal

The Secretariat may, in exceptional cases, depart from the amounts set out in the schedule of costs. In such cases, the fees of the Arbitral Tribunal are lower than the minimum amount resulting from the schedule of costs. The Secretariat usually determines a reduced fee when the final award is rendered without ruling on the merits (the parties settle, the Claimant withdraws the claim, the case is dismissed due to lack of jurisdiction, etc.), or when an arbitrator is successfully challenged or released during the proceedings.

¹ The costs of the arbitration are determined in more detail in Appendix II of the Ljubljana Arbitration Rules (Schedule of Costs).

² Table A, Appendix II of the Ljubljana Arbitration Rules.

When determining the amount of the fee, the Secretariat especially takes into account the stage at which the proceedings terminated and the amount of work put in by the arbitrators. In the event that a challenge to an arbitrator is sustained or the arbitrator is released from appointment, he or she is not usually entitled to any fee.

Expenses of the Arbitral Tribunal

When requesting the final determination of the costs of arbitration, the Arbitral Tribunal shall also notify the Secretariat of any expenses of the Arbitral Tribunal and attach receipts or invoices. An arbitrator who is registered for VAT purposes shall notify the expenses of the Arbitral Tribunal exclusive of VAT.

The expenses of the Arbitral Tribunal should be reasonable. The Secretariat determines which expenses are to be reimbursed. The Arbitral Tribunal should be reimbursed for the following expenses:

- travel expenses:
 - personal vehicle: EUR 0.37 per kilometre;
 - train: first class;
 - plane: economy class (actual flight less than 6 hours), business class (actual flight more than 6 hours);
- hearing costs (rental of hearing rooms and technical equipment, taking of record, etc.);
 - expenses for holding a hearing at premises where the arbitrator otherwise carries out their ordinary work or business activities may only be reimbursed if the parties have been notified of such expenses in advance and have agreed to their reimbursement;
- interpretation and translation services;
- postal costs, courier costs; and
- expert (fees and other expenses) appointed by the Arbitral Tribunal.

Expenses for room and board in connection with a hearing, deliberations or other meetings, are reimbursed to the arbitrators through their daily allowance.

Other expenses are not reimbursed.

Daily allowance

An individual arbitrator is entitled to a daily allowance in the amount of EUR 200 for each day of hearings, deliberations and other meetings held at a place other than where the arbitrator is domiciled or usually conducts business, and which requires an overnight stay in order to be conducted in a normal fashion.

The daily allowance is intended to cover the following costs:

- hotel,
- meals; and
- local transportation (taxi).

Expenses exceeding the daily allowance will not be reimbursed.

Additional technical and organisational services of the LAC

Whenever the Arbitral Tribunal or the parties request that the LAC organises or performs certain technical and organisational services (rental of premises for hearings, rental of technical equipment, provision of record-keeping services, recording, translation or interpretation services, etc.) necessary for conducting the proceedings, the costs of such services will be invoiced to the Arbitral Tribunal or the parties regularly, as they occur, and in accordance with the price list of the LAC.

Administrative Fee of the LAC

The Secretariat determines the administrative fee of the LAC in line with the schedule of costs³ applicable to the amount in dispute. The Secretariat may, in exceptional cases, depart from the amounts set out in the schedule of costs. VAT at the applicable rate is charged on the administrative fee of the LAC if the invoiced party is obliged to pay VAT in Slovenia.

Those liable to pay VAT on the administrative fee of the LAC are:

- Slovenian legal entities and natural persons;
- parties from within the EU who are not registered for VAT purposes, e.g. natural persons, state authorities and organisations or local community authorities;
- natural persons, state authorities and organisations, and local community authorities from outside the EU.

Those not liable to pay VAT on the administrative fee of the LAC are:

- legal entities with a registered office within the EU who are registered for VAT purposes (reverse charge mechanism);
- legal entities with a registered office outside the EU who are registered for VAT purposes.

Advance on the Costs of the Arbitration

The Ljubljana Arbitration Rules follow the principle of sufficient coverage and require that the parties pay the advance on the costs of the arbitration. The Secretariat determines the amount to be paid as an advance on costs for each case individually, taking into account the expected costs of arbitration, in line with the schedule of costs and other expected expenses. The underlying principle is that the advance on costs should cover the costs of the arbitration as finally determined in the final award.

The Secretariat monitors the arbitration proceedings for any potential increase in the amount in dispute, which would lead to higher costs of arbitration. If the advance does not suffice to cover the costs of the arbitration the Secretariat may, at the request of the Arbitral Tribunal or of its own motion, order the parties to pay an additional advance.

After the proceedings have concluded any unused amount of the advance is returned to the parties in accordance with their payments.

³ Table B, Appendix II of the Ljubljana Arbitration Rules.

PAYMENT MADE TO THE ARBITRAL TRIBUNAL

After the final award has been rendered, the LAC draws from the advance to pay the arbitrators' fees and reimburse their expenses, and to cover the administrative fee of the LAC.

Arbitrators who Perform Business Activities as Sole Traders or a Commercial Company

The arbitrator is to issue an invoice for arbitration services to the party or parties who, in accordance with the award, are finally liable for the costs of the arbitration. The invoice should clearly state that it is for reference purposes only and that the party is not obliged to pay it, because the arbitrator is paid by the LAC, for and on behalf of the party, out of the advance on the costs of the arbitration. If the arbitrator as a sole trader or the arbitrator's commercial company is registered for VAT purposes, VAT should be charged on the arbitrator's services. The Arbitral Tribunal's fee, as established in the schedule of costs, does not include VAT, which should be charged on the amount of the fee for an individual arbitrator. Upon their appointment, the arbitrators shall inform the Secretariat of the rate of VAT that is to be charged on their fee.

Arbitrators from within the EU who are registered for VAT purposes

The VAT is charged either by the arbitrator or the recipient of the service (under the reverse charge mechanism), according to Articles 44 and 196 of the Council Directive 2008/8/EC (the VAT Directive).

An arbitrator who invoices a party whose registered office is in the same EU Member State as that of the arbitrator should always charge VAT for arbitration services.

An arbitrator who invoices a party whose registered office is outside the EU need not charge VAT on the invoice for arbitration services (unless the invoice is addressed to natural persons, state authorities and organisations, or local community authorities).

An arbitrator who invoices a party whose registered office is in a different EU Member State as that of the arbitrator should not charge VAT for arbitration services if the party is registered for VAT purposes. In such cases, the reverse charge mechanism applies (Articles 44 and 196 of the VAT Directive) and the party is required to pay VAT in its own Member State. If the party is not registered for VAT purposes (natural persons, state authorities and organisations, and local community authorities), the arbitrator should charge VAT on the invoice for arbitration services (the party pays the VAT of the arbitrator's Member State).

An invoice addressed to a party whose registered office is within the EU and to whom the arbitrator does not charge VAT for arbitration services should include the following clause: »Reverse charge procedure under Article 44 and 196 of the VAT Directive«.

An invoice addressed to a party whose registered office is outside the EU and to whom the arbitrator does not charge VAT for arbitration services should include the following clause: »Export sale of services – outside the scope of (...) VAT Act«.

Arbitrators who do not Perform Business Activities as Sole Traders or a Commercial Company

The LAC, when disbursing fees and expenses to arbitrators who do not perform business activities as a sole trader or a commercial company, deducts compulsory charges (withheld income tax, pension and disability insurance contributions, health insurance contributions).

The Arbitral Tribunal's fee, as established in the schedule of costs, includes all potential compulsory charges to be deducted upon disbursement. The Arbitral Tribunal's fee, as established in the schedule of costs, paid to an arbitrator who does not perform business activities as a sole trader or a commercial company, represents a »gross gross value« (gross value before all tax and compulsory charges).

ARBITRAL AWARD

Elements of an Award

An award shall be made in writing. The Arbitral Tribunal shall state the reasons on which the award is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given. The arbitrators shall sign the award, state the date on which it was made, and indicate the seat of the arbitration.

The Arbitral Tribunal shall include in the final award the costs of the arbitration and specify the individual fees and expenses of each of the arbitrators, as well as the administrative and other costs of the LAC.

When drafting the award, the Arbitral Tribunal is encouraged to use the LAC Model Award (Appendix 2).

Rendering the final award and time limit

Before signing the final award, the Arbitral Tribunal shall submit a draft of the award to the Secretariat who may comment on the formal aspects of the award. The Arbitral Tribunal shall consider such comments.

The Arbitral Tribunal shall render the final award no later than nine months (six months in case of expedited arbitral proceedings) from the date on which the file is transmitted to the Arbitral Tribunal. For justified reasons, the Board may extend this time limit upon a reasoned request by the Arbitral Tribunal. The Arbitral Tribunal shall file a request with the Board for an extension of the time limit prior to the expiry of the time limit, and provide an explanation as to the status of the case and the reasons for its inability to render the award within the time limit. The Board may also extend the time limit for the rendering of the final award of its own motion.

Exceeding the time limit for rendering the final award may be considered as grounds for setting aside of the award.

Serving the Arbitral Award

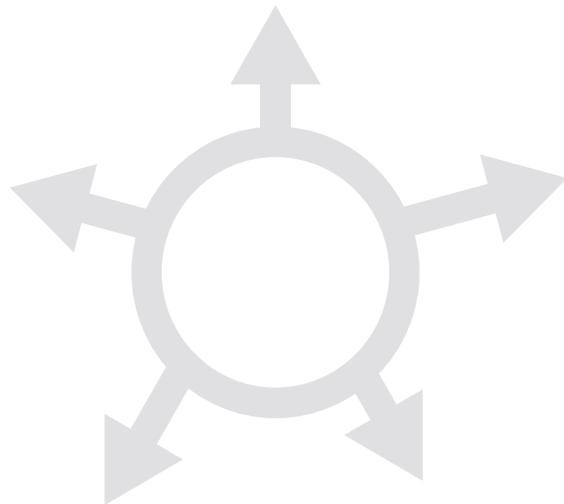
After the rendering of the arbitral award, the Arbitral Tribunal shall, without delay, send the award to the Secretariat in a sufficient number of signed copies (for the LAC, each of the parties and each of the arbitrators). The Arbitral Tribunal should also send the arbitral award to the Secretariat in the electronic form.

The Secretariat shall certify on all copies of the award that the award was rendered under the Ljubljana Arbitration Rules, and then send a copy of the award to each party (and each arbitrator). The LAC retains one copy of the award and proof of service.

APPENDICES

APPENDIX 1: THE LAC SAMPLE PROCEDURAL TIMETABLE

APPENDIX 2: THE LAC MODEL AWARD



APPENDIX 1



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



Download

PROCEDURAL TIMETABLE

[venue and date]

Arbitration no. SA 5.6-[x/xxxx] in accordance with the Arbitration Rules of the Ljubljana Arbitration Centre at the Chamber of Commerce and Industry of Slovenia

in the matter between

Claimant: [name,
address,
company registration number,
VAT number,
contact information (e-mail)]

represented by: [Counsel,
address,
contact information (e-mail)]

and

Respondent: [name,
address,
company registration number,
VAT number,
contact information (e-mail)]

represented by: [Counsel,
address,
contact information (e-mail)]

before the Arbitral Tribunal composed of

[name]
(Chairperson) [address,
VAT number,
contact information (e-mail)]

[name]
(Co-Arbitrator) [address,
VAT number,
contact information (e-mail)]

[name]
(Co-Arbitrator) [address,
VAT number,
contact information (e-mail)].

In accordance with Article 25 of the Arbitration Rules of the Ljubljana Arbitration Centre at the Chamber of Commerce and Industry of Slovenia (the Ljubljana Arbitration Rules) and prior consultation with the parties the Arbitral Tribunal has established a procedural timetable for the conduct of the arbitration no. SA 5.6-[x/xxxx]:

Date	Claimant	Arbitral Tribunal	Respondent
[date; T]		Transmission of the file to the Arbitral Tribunal	
[date]		Preliminary meeting	
[date]	Statement of Claim		
[date]			Statement of Defence
[date]	Further written submission 1		
[date]			Further written submission 1
[date]	Organizational hearing	Organizational hearing	Organizational hearing
[date]	Statements of witnesses		Statements of witnesses
[date]	Evidentiary hearing	Evidentiary hearing	Evidentiary hearing
[date]	Post-hearing briefs		Post-hearing briefs
[date; T+9/6 months]		Final Award	

APPENDIX 2



Download



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

ARBITRATION NO.SA 5.6-[x/xxxx]

in accordance with

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

in the matter between

Claimant: [name]

vs.

Respondent: [name]

[FINAL] AWARD

Arbitral Tribunal: [name] (Chairperson)
[name] (Co-Arbitrator)
[name] (Co-Arbitrator)

A. Arbitration Agreement

The parties conducted [contract] dated [date] containing the following arbitration agreement: [quotation of the entire arbitration agreement(s)].

B. Case Information

Claimant: [name, address, company registration number, VAT number, contact information (e-mail)]

Claimant's Representative: [Counsel, address, contact information (e-mail)]

Respondent: [name, address, company registration number, VAT number, contact information (e-mail)]

Respondent's Representative: [Counsel, address, contact information (e-mail)]

Arbitral Tribunal composed of:

Chairperson [name, address, VAT number, contact information (e-mail)].

Co-Arbitrator [name, address, VAT number, contact information (e-mail)].

Co-Arbitrator [name, address, VAT number, contact information (e-mail)].

[Language of the proceedings]

[Applicable law ... quotation of the relevant choice of law clause]

[Seat of the arbitration]

C. Summary of the Proceedings

[... summary of the procedural history (e.g. Request for Arbitration, Answer, parties' submissions, hearing, etc.)]

D. Summary of the Parties' Position and Prayers for Relief

[... summary of the Claimant's position and prayers for relief]

[... summary of the Respondent's position and prayers for relief]

E. Reasons Upon Which the Award is Based

[... reasoning of the award, identification of the issues in dispute followed by the Arbitral Tribunal's analysis of the issues and its conclusion for each of these issues]

F. Costs of the Arbitral Proceedings

Costs of arbitration

The Secretariat of the LAC determined the costs of the arbitration on the basis of criteria provided by Article 45 of the Ljubljana Arbitration Rules and the Appendix II (Schedule of Costs) to the Rules. The total costs of the arbitration amount to EUR [x,xxx.xx] and include: the fees of the members of the Arbitral Tribunal and compensation for their expenses ([first name, last name], the Chairperson of the Arbitral Tribunal: fee in the amount of EUR [x,xxx.xx] and compensation for expenses in the amount of EUR [x,xxx.xx], a total of EUR [x,xxx.xx] plus [x%] VAT (EUR [x,xxx.xx] including VAT); [first name, last name], member of the Arbitral Tribunal: fee in the amount of EUR [x,xxx.xx] and compensation for expenses in the amount of EUR [x,xxx.xx], a total of EUR [x,xxx.xx] plus [x%] VAT (EUR [x,xxx.xx] including VAT); [first name, last name], member of the Arbitral Tribunal: fee in the amount of EUR [x,xxx.xx] and compensation for expenses in the amount of EUR [x,xxx.xx], a total of EUR [x,xxx.xx] plus [x%] VAT (EUR [x,xxx.xx] including VAT)), in addition to the administrative fee of the LAC (EUR [x,xxx.xx] plus [x%] VAT (EUR [x,xxx.xx] including VAT)); the registration fee in the amount of EUR 1,000.00 is included in the administrative fee.

The costs of the arbitration are to be covered by the advance on the costs of the arbitration to the LAC in a total amount of EUR [x,xxx.xx] (EUR [x,xxx.xx] paid by the Claimant, and EUR [x,xxx.xx] paid by the Respondent). At the beginning of the proceedings, the Claimant already paid the registration fee in the amount of EUR 1,000.00 plus VAT. In accordance with Article 47 of the Ljubljana Arbitration Rules, the unused amount of the advance on the costs of the arbitration in the amount of EUR [x,xxx.xx] is to be returned to the parties in accordance with their payments after the rendering of the final award (EUR [x,xxx.xx] to the Claimant and EUR [x,xxx.xx] to the Respondent).

In accordance with Article 45 of the Ljubljana Arbitration Rules, the Arbitral Tribunal determined which party is obliged to reimburse the costs of the arbitration to the other party and to what extent, having regard to the outcome of the case and other relevant circumstances. [... *reasoning for the allocation of costs*] The Arbitral Tribunal determined that the Claimant shall bear the costs of the arbitration to the amount of EUR [x,xxx.xx] and the Respondent to the amount of EUR [x,xxx.xx]. The Respondent [/Claimant] is obliged to reimburse the costs of the arbitration to the Claimant [/Respondent] in the amount of EUR [x,xxx.xx] in [x] days after the rendering of the arbitral award; in the event of failure to meet this time limit, statutory interest on late payment apply in the amount of [x] % of the principal value and run from the first day of default until the principal value has been paid.

Costs incurred by the parties

In accordance with Article 46 of the Ljubljana Arbitration Rules, the Arbitral Tribunal determined which party is obliged to reimburse the reasonable expenses the other party has incurred due to the arbitral proceedings, including the costs of legal representation. The Claimant notified EUR [x,xxx.xx] of expenses. The Respondent notified EUR [x,xxx.xx] of expenses. [... *a decision on the reimbursement of notified expenses of the parties, on the allocation of costs between the parties, and the reasoning for such decision*]

G. Decision

Based on the foregoing considerations and reasons ([A] to [F]), the Arbitral Tribunal renders the present [Final] Award and declares and holds:

[... *dispositive section with declarations and orders, decision on damages, interest and costs*]

Place of Arbitration: [city and state]

Date of Award: [specify date]

[name] (Chairperson)

[name] (Co-Arbitrator)

[name] (Co-Arbitrator)

Popravljen razmerje med uredbo Bruselj I in arbitražo?!

Zadeva "Gazprom"

Neli Okretič

Povzetek

Iz sistema Uredbe Bruselj I¹ je izrecno izključena arbitraža. Razlog za njeno izključitev je (bil) v zadovoljivi ureditvi tega področja z ostalimi mednarodnimi instrumenti, predvsem Newyorško konvencijo², katere pogodbenice so vse države članice Evropske unije. Na videz povsem preprosta izjema pa v praksi prinaša kar nekaj zahtevnih pravnih vprašanj³. Ker imajo od zadeve *West Tankers*⁴ dalje sodišča držav članic zvezane roke glede odreditve t. im. "anti-suit injunction" kot sredstva za zagotavljanje spoštovanja arbitražnih sporazumov, je bila odločitev Sodišča Evropske unije v zadevi *Gazprom*⁵ težko pričakovana. Zadeva, ki je bila predložena Sodišču v predhodno odločanje se sicer nanaša na (ne)dopustnost "anti-suit injunction", odrejene s strani arbitražnega senata v "evropskem kontekstu". Sodišče pa ni odgovorilo na vsa odprta vprašanja. Zaradi sprejema nove Uredbe Bruselj I bis⁶ tako še vedno ni povsem jasno ali so "anti-suit injunctions", odrejene s strani sodišča v podporo arbitraži, dopustne ali ne. Ostaja pa prepričljivo stališče generalnega pravobranilca Watheleta, da če bi zadevo *West Tankers*

presojali po pravilih prenovljene uredbe, bi bila odločitev čisto drugačna.

Uvod

Že kar nekaj črnila je bilo prelitega na račun arbitražne izjeme, vsebovane v členu 1/2(d) Bruseljske Uredbe I; stališča so se gibala od širše ali ožje razlage njenega pomena do popolne odprave izključitve arbitraže iz sistema uredbe⁷. Sodišče Evropske unije (v nadaljevanju SEU) je v zadevi *Rich*⁸ odločilo, da se za presojo, ali spor spada na področje uporabe Bruseljske konvencije⁹, upošteva *test predmeta spora*¹⁰ in zaključilo, da je arbitraža kot področje v celoti izključena iz področja uporabe konvencije¹¹. V sodbi v zadevi *West Tankers* pa je SEU, namesto odločanja, ali je Uredbo Bruselj I mogoče uporabiti v sporu v postopku v glavni stvari¹², preučilo predmet spora glede na drug spor. Angleško

Ker imajo od zadeve *West Tankers* dalje sodišča držav članic zvezane roke glede odreditve t. im. "anti-suit injunction" kot sredstva za zagotavljanje spoštovanja arbitražnih sporazumov, je bila odločitev Sodišča Evropske unije v zadevi *Gazprom* težko pričakovana

1 Uredba Sveta (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, UL L 12, 16. 1. 2001.

2 Newyorška konvencija o priznanju in izvršitvi tujih arbitražnih odločb iz leta 1958, Ur. l. SFRJ, MP, št. 11/81.

3 Za več glej <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8cb093feb426-4545-b01d-fa64d8a95092> (2. 6. 2015).

4 Allianz SpA in Generali Assicurazioni Generali SpA proti West Tankers Inc., C-185/07.

5 "Gazprom" OAO ob udeležbi Lietuvos Respublika, C-536/13.

6 Uredba EU št. 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (prenovitev), UL L 351, 20. 12. 2012.

7 Za kratko zgodovino glej Sklepne predloge generalnega pravobranilca M. Watheleta v zadevi *Gazprom* z dne 4. decembra 2014 (v nadaljevanju "SP AG"), §92-124.

8 Marc Rich & Co. AG proti Società Italiana Impianti P.A., C-190/89.

9 Bruseljska konvencija o pristojnosti in izvrševanju sodb v civilnih in gospodarskih zadevah z dne 27. septembra 1968, UL L 299, 31. 12. 1972. Bruseljsko Uredbo I lahko opredelimo kot neke vrste pravno naslednico Bruseljske konvencije; izključenost arbitraže iz besedila Uredbe Bruselj I je še vedno enaka, kot je bila v okviru Bruseljske konvencije, zato ostaja sodna praksa SEU, ki se je oblikovala v okviru Bruseljske konvencije, relevantna in uporabna (Magnus v Magnus Ulrich, Mankowski Peter in drugi, *Brussels I Regulation*, Sellier European Law Publishers, 2007, §8 in §91).

10 Če je spor zaradi svojega predmeta, kot je imenovanje arbitra, izključen iz področja uporabe Bruseljske konvencije, obstoj predhodnega vprašanja, o katerem mora sodišče odločiti, da lahko odloči o tem sporu, ne more, ne glede na vsebino tega vprašanja, utemeljiti uporabe Bruseljske konvencije (*Rich*, §26). SEU je ta pristop potrdilo tudi v sodbi *Van Uden Maritime BV*, pod imenom Van Uden Africa Line proti Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line in drugim, C-391/95, §33.

11 *Rich*, §18.

12 Tako je to presojalo v zadevah *Rich* in *Van Uden*.

Ministrstvo je pri regionalnem sodišču v Vilni (*Vilniaus apygardos teimas*) vložilo tožbo za začetek preiskave dejavnosti pravne osebe – družbe LD in treh fizičnih oseb, generalnega direktorja LD in dveh članov organa vodenja družbe LD. Ker je bila ta tožba v nasprotju z arbitražno klavzulo iz delničarskega sporazuma, je družba Gazprom pri SCC vložila zahtevo za arbitražo proti ministrstvu. Od arbitražnega senata je zahtevala naj ministrstvu odredi, da umakne tožbo, ki jo je vložilo pred regionalnim sodiščem v Vilni

sodišče (sodišče sedeža arbitraže) je odredilo “*anti-suit injunction*”¹³ v postopku, v katerem je nudilo pomoč arbitraži, a je SEU vseeno zaključilo, da je to nedopustno z vidika Uredbe Bruselj I¹⁴, čeprav je arbitražno področje izvzeto iz njenega dometa. S tem je SEU odstopilo od svojega stališča, oblikovanega v zadevi *Rich*¹⁵, kar je dvignilo precej prahu v svetu mednarodnega zasebnega prava in arbitraže, saj je sodba *de facto* razširila področje uporabe Uredbe Bruselj I na arbitražo tako, da bi lahko bila ogrožena njena učinkovitost¹⁶. Kritike se nanašajo predvsem na možnost “*torpedo*” ukrepov – stranke lahko mirno ignorirajo arbitražne sporazume in začnejo postopek v zvezi z obstojem ali veljavnostjo sporazuma pred sodiščem, ki jim najbolj ustreza z namenom, da bi zavlačevali ali celo onemogočili arbitražo¹⁷. Učinek, ki ga je prinesla odločitev v tej zadevi, onemogoča sodiščem držav članic, da odredijo “*anti-suit injunction*” kot sredstvo za zagotavljanje spoštovanja arbitražnih sporazumov.

Dejansko stanje in predhodna vprašanja

Delniška družba litovskega prava, *Lietuvos dujos AB* (v nadaljevanju “LD”), se je ukvarjala z nakupom plina pri družbi Gazprom OAO (v nadaljevanju “Gazprom”), njegovim transportom in distribucijo v Litvi ter upravljanjem plinovodov in odpremo plina proti regiji Kaliningrad. V času postopka v glavni stvari so bili E.ON Ruhrgas International GmbH, Gazprom in Republika Litva najpomembnejši delničarji LD. Družba Gazprom je sklenila delničarski sporazum z družbo E.ON Ruhrgas International GmbH in skladom za državno premoženje – *State Property Fund*, ki je nastopal v imenu Republike Litve, nato pa ga je nadomestilo *Lietuvos Respublikos energetikos ministerija*

(ministrstvo za energijo Republike Litve, v nadaljevanju “ministrstvo”). Sporazum, za katerega velja litovsko pravo, je vseboval arbitražno klavzulo, v skladu s katero se “*o vseh sporih, nesporazumih ali zahtevkih v zvezi s tem sporazumom ali njegovo kršitvijo, veljavnostjo ali prenehanjem sporazuma dokončno odloči z arbitražo v skladu s pravilnikom o arbitraži Arbitražnega inštituta Stockholmske trgovinske zbornice (v nadaljevanju “SCC”). Kraj arbitraže bo Stockholm, Švedska, arbitri bodo trije, jezik arbitraže pa bo angleščina*”¹⁸.

Ministrstvo je pri regionalnem sodišču v Vilni (*Vilniaus apygardos teimas*) vložilo tožbo za začetek preiskave dejavnosti pravne osebe – družbe LD in treh fizičnih oseb, generalnega direktorja LD in dveh članov organa vodenja družbe LD. Ker je bila ta tožba v nasprotju z arbitražno klavzulo iz delničarskega sporazuma, je družba Gazprom pri SCC vložila zahtevo za arbitražo proti ministrstvu. Od arbitražnega senata je zahtevala naj ministrstvu odredi, da umakne tožbo, ki jo je vložilo pred regionalnim sodiščem v Vilni. Arbitražni senat je izdal arbitražno odločbo (*final award*), s katero je delno ugodil predlogu, podanemu s strani Gazprom. Po mnenju arbitražnega senata je ministrstvo kršilo del arbitražne klavzule iz delničarskega sporazuma s tem, ko je začelo postopek pred regionalnim sodiščem v Vilni; ministrstvu je odredilo, naj umakne ali omeji določene zahtevke, podane pred sodiščem v Vilni in spremeni enega od zahtevkov tako, da bo spoštovana zaveza ministrstva o predložitvi sporov arbitraži.

Regionalno sodišče v Vilni je s sklepom odredilo začetek preiskave dejavnosti družbe LD. Ugotovilo je tudi, da preiskava dejavnosti pravne osebe spada v njegovo pristojnost in na podlagi litovskega prava ne more biti predmet arbitraže (nearbitrabilnost predmeta spora). Vse osebe, na katere se sklep o uvedbi preiskave nanaša, so zoper njega vložile pritožbo na pritožbeno sodišče v Litvi (*Lietuvos apeliacinis teismas*); njihova pritožba pa je bila zavržena in potrjena je bila pristojnost litovskih sodišč za obravnavo te zadeve. Pred pritožbenim sodiščem v Litvi pa je družba Gazprom v okviru drugega postopka vložila predlog za priznanje in izvršitev arbitražne odločbe SCC na podlagi Newyorške konvencije (v nadaljevanju “NYC”), ki pa je bil zavržen na podlagi določb V(2)(a) in (b) NYC zaradi sledečih razlogov. Prvič, ker arbitražni senat ni bil pristojen za odločanje o vprašanju, ki je bilo pred

13 Prepoved sprožitve sodnega postopka. “*Anti-suit injunction*” v angleškem pravu pomeni odredbo angleškega sodišča, ki stranki, za katero so *in personam* pristojna angleška sodišča, odredi, da ne začne s postopkom, da ne vlaga določenih zahtevkov, da se jim odpove oziroma da sprejme potrebne ukrepe za ustavitev ali prekinitvev postopka, ki teče pred nacionalnim ali arbitražnim sodiščem, ki ima sedež v tuji državi; prepoved ni usmerjena proti tujemu sodišču, ampak proti stranki, ki je tožena pred angleškim sodiščem. (SP AG §63-64 ter Raphael, T., *The Anti-Suit Injunction*, Oxford University Press, Oxford, 2008, točka 1.05).

14 Zaradi načela vzajemnega zaupanja med sodišči držav članic in pravila, da je vsako sodišče pristojno odločati o svoji pristojnosti.

15 *Rich*, §18 in §26, SP AG §112.

16 SP AG §98, §103; Briggs, A., Ress, P., *Civil Jurisdiction and Judgments*, 5. izdaja, Informa, London, 2009, točka 2.40; <https://www.blplaw.com/expert-legal-insights/articles/gazprom-anti-suit-injunctions-arbitration-debate-goes/> (4. 6. 2015).

17 <https://www.blplaw.com/expert-legal-insights/articles/gazprom-anti-suit-injunctions-arbitration-debate-goes/> (4. 6. 2015).

18 SP AG, §29.

tem že predloženo v odločanje regionalnemu sodišču v Vilni in ga je to sodišče že obravnavalo in odločilo, da o tem sporu na podlagi njihovega civilnega zakonika ni mogoče odločati z arbitražo; in drugič, ker se je z arbitražno odločbo omejila sposobnost litovske države, da je stranka pred litovskim sodiščem in zavrnila pristojnost litovskih sodišč, da se izrečejo o svoji pristojnosti, je kršeno načelo neodvisnosti sodne oblasti iz litovske ustave. Sodišče je sklenilo, da to krši litovski javni red.

Oba sklepa pritožbenega sodišča sta bila predmet presoje pred litovskim vrhovnim sodiščem (*Lietuvos Aukščiausiasis Teimas*), ki je s sklepom odločilo, da prekine pritožbeni postopek iz zadeve v zvezi s preiskavo dejavnosti družbe LD, dokler ne odloči o pritožbi v zvezi s priznanjem in izvršitvijo arbitražne odločbe SCC. Družba Gazprom je v okviru te zadnje pritožbe zahtevala razveljavitev sklepa pritožbenega sodišča in sprejetje novega sklepa, s katerim bi se ugodilo njeni zahtevi za priznanje in izvršitev arbitražne odločbe. Ministrstvo pa je predlagalo zavrnitev te pritožbe na podlagi člena V(2)(b) NYC, saj je trdilo, da je arbitražna odločba “*anti-suit injunction*” in bi bila njeno priznanje in izvršitev v nasprotju z Uredbo Bruselj I, kakor to razlaga SEU v sodbi iz zadeve *West Tankers*. Litovsko vrhovno sodišče je prekinilo odločanje in SEU v predhodno odločanje predložilo tri vprašanja, ki izpostavljajo predvsem dva problema:

- Ali lahko sodišče zavrne priznanje “*anti-suit injunction*”, odrejene s strani arbitražnega senata, zato ker omejuje njegovo pravico, da samo odloči o svoji pristojnosti na podlagi Uredbe Bruselj I?
- Ali je arbitražna odločba v nasprotju s konceptom javnega reda iz člena V(2)(b) NYC, ker omejuje pravico sodišča, da odloči o svoji pristojnosti v skladu z Uredbo Bruselj I¹⁹?

Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Watheleta

Generalni pravobranilec (v nadaljevanju “AG”) v sklepnih predlogih z dne 4. decembra 2014 ponuja kreativne in nekoliko drzne rešitve. Če pustimo ob strani vprašanja (pristojnosti SEU²⁰, dopustnosti predho-

dnih vprašanj²¹ in dileme, ali gre pri arbitražni odločbi sploh za “*anti-suit injunction*”²²), ki so se porajala AG, se lahko osredotočimo na najzanimivejše poglede, ki jih podaja glede uporabnosti Uredbe Bruselj I v tej zadevi, še posebej, če imamo v mislih kontroverzno zadevo *West Tankers*.

V zvezi s prvim problemom, je mnenje AG, da Uredba Bruselj I ne zahteva od sodišča zavrnitve priznanja in izvršitve take arbitražne odločbe. Odločitev o tem vprašanju spada izključno na področje uporabe NYC²³. AG nadalje obrazloži svoje mnenje po dveh poteh.

Prvič, zaradi učinka Uvodne izjave 12 prenovljene Uredbe Bruselj I *bis*. Iz časovnih razlogov Uredba Bruselj I *bis* v tem primeru ni uporabljiva²⁴, vendar AG meni, da njena uvodna izjava 12, ki v svojem bistvu nosi pojasnilo, kako bi bilo treba izključitev arbitraže iz področja uporabe uredbe že od samega začetka razlagati, vseeno učinkuje²⁵, čeprav z nekoliko retroaktivnim pridihom – saj je bil namen zakonodajalca EU popraviti mejo med področjem uporabe Uredbe Bruselj I in področjem arbitraže, ki jo je začrtalo SEU²⁶. Besedilo uvodne izjave 12 pojasnjuje, da so sodni postopki, ki se tičejo predhodnega preizkusa veljavnosti arbitražnega sporazuma, izključeni²⁷ iz področja uporabe prenovljene uredbe (vsaj dokler se sodišče ne izreče o ničnosti, neveljavnosti, neučinkovitosti ali neprimernosti arbitražnega sporazuma v skladu s členom II(3) NYC)²⁸. Torej, če bi za zadevo *West Tankers* veljala ureditev iz Uredbe Bruselj I *bis*, naj ne bi bilo razsojeno, da je “*anti-suit injunction*”, izdana s strani sodišča v podporo arbitraži, nezdržljiva z Uredbo Bruselj I. Ugotovitev, da so “*anti-suit injunctions*” v podporo arbitraži dovoljene na podlagi Uredbe Bruselj I *bis*, potrjuje tudi četrti odstavek uvodne izjave 12²⁹,

21 SP AG §58-61.

22 Glej SP AG §62-67.

23 SP AG, §157.

24 Uredba Bruselj I *bis* se uporablja *ratione temporis* za sodne postopke, začete po 10. januarju 2015.

25 SP AG, §91.

26 SP AG, §132.

27 Ravno nasprotno kot je SEU odločilo v zadevi *West Tankers*.

28 SP AG, §133-134.

29 Ta uredba se ne bi smela uporabljati za tožbe ali pomožne postopke, zlasti v zvezi z [...] izvedbo arbitražnega postopka ali drugimi vidiki takšnega postopka, niti za [...] priznavanje in izvrševanje arbitražne odločbe [...].

Generalni pravobranilec v sklepnih predlogih z dne 4. decembra 2014 ponuja kreativne in nekoliko drzne rešitve

19 <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/12/16/are-anti-suit-injunctions-back-on-the-menu-the-ags-opinion-in-gazprom/> (2. 6. 2015).

20 SP AG §53-57, §72-73.

ki izključuje priznanje in izvršitev arbitražnih odločb iz področja uporabe uredbe³⁰, poleg tega pa izključuje tudi pomožne postopke – kar po mnenju AG zajema “*anti-suit injunctions*”, ki jih izdajo nacionalna sodišča v vlogi sodišč, ki nudijo pomoč arbitraži³¹. Če povzamemo mnenje AG; prepoved “*anti-suit injunctions*” se ne nanaša na “*anti-suit injunctions*”, ki jih izdajo sodišča držav članic, ko nudijo pomoč arbitraži, in *a fortiori* na “*anti-suit injunctions*”, ki jih izdajo arbitražni senati³².

Kot že omenjeno, naj bi prenovljena uredba obnovila razlago v zvezi z izključitvijo arbitraže iz področja uporabe Uredbe Bruselj I, kakor je bila podana v zadevi *Rich*. Zato Uredbe Bruselj I ni mogoče uporabiti v sporu iz postopka v glavni stvari³³. To pa ne vpliva na njen polni učinek, ker ima predložitveno sodišče na voljo, da samo odloči o svoji pristojnosti glede reševanja spora³⁴, ki mu je predložen; na podlagi določil NYC³⁵ ima možnost, da preizkusi pristojnost arbitražnega senata in tudi, da preveri, ali je spor arbitrabilen³⁶.

Drugič, ker arbitražnega senata ne zavezuje niti Uredba Bruselj I niti načelo vzajemnega zaupanja, ki velja med sodišči držav članic. Prav tako odločbe arbitražnega senata niso predmet priznanja in izvršitve v skladu z določbami te uredbe, ampak spadajo na področje, ki je urejeno z NYC. Tako rešitve iz zadeve *West Tankers* ni mogoče aplicirati na primer *Gazprom*, ker je “*anti-suit injunction*” v slednjem primeru izdal arbitražni senat in ne sodišče države članice. Litovska sodišča naj zadevo v zvezi s priznanjem arbitražne odločbe “*anti-suit injunction*” presoajo po določbah NYC³⁷.

V zvezi z drugim problemom, ki se nanaša na javni red kot razlog za zavrnitev priznanja arbitražne odločbe, pa AG jasno pove, da določb Uredbe Bruselj I ni mogoče opredeliti kot določbe (evropskega) javnega reda. Kar se tiče prepovedi “*anti-suit injunctions*” pa se je ta

prepoved po prenovitvi Uredbe Bruselj I *bis* obdržala le glede tistih “*anti-suit injunctions*”, ki jih izdajo sodišča držav članic, da bi zaščitila svojo pristojnost, če jim je spor predložen v skladu z določbami Uredbe Bruselj I³⁸. Ker se, po mnenju AG, prepoved ne nanaša na “*anti-suit injunctions*”, ki jih izdajo sodišča držav članic v podporo arbitraži in niti na “*anti-suit injunctions*”, ki jih izdajo arbitražni senati, dejstvo, da arbitražna odločba v zadevi *Gazprom* vsebuje “*anti-suit injunction*” ne zadostuje, da se zavrnete priznanje in izvršitev na podlagi člena V(2)(b) NYC³⁹.

Odločitev SEU v zadevi *Gazprom*

Težko pričakovano odločitev smo dočakali 13. maja 2015. SEU je v svoji sodbi sledilo drugi razlagi AG in odločilo, da Uredba Bruselj I v ničemer ne nasprotuje temu, da sodišče države članice prizna in izvrši oziroma zavrne priznanje in izvršitev “*anti-suit*” arbitražne odločbe. To je predmet urejanja nacionalnega arbitražnega prava, vključno z mednarodnimi dokumenti, kot je na primer NYC.

Najprej je SEU priklicalo odločitev v zadevi *West Tankers* in pojasnilo, da leži razlog za prepoved “*anti-suit injunctions*” med sodišči znotraj Evropske unije v splošnem načelu, da vsako sodišče države članice samo odloči o svoji pristojnosti. Nadaljnji razlog izvira iz medsebojnega zaupanja med državami članicami glede njihovih pravnih sistemov in pravosodnih institucij ter tudi bojzani, da stranki, ki meni, da je arbitražni sporazum nehal veljati, da nima učinka ali ga ni mogoče uporabiti, lahko prepreči dostop do nacionalnega sodišča, pred katerim je začela postopek. SEU pa v primeru *Gazprom* ne prepozna kršitve teh načel. Prvič, ker je odredbo izdal arbitražni senat in ne sodišče ter drugič, ker to stranki ne odtegne sodnega varstva, saj ima proste roke, da v okviru postopka priznanja in izvršitve arbitražne odločbe le-temu nasprotuje, nacionalno sodišče pa na podlagi nacionalnega procesnega prava in tudi mednarodnega prava odloči, ali je tako odločbo treba priznati in izvršiti ali ne⁴⁰. Nazadnje pa je razlika med zadevo *West Tankers* in *Gazprom* tudi v pravnem učinku nespoštovanja odredbe – za razliko od sodne “*anti-suit injunction*”, posledica

30 Torej je zadeva *Gazprom* nesporno izključena iz področja uporabe uredbe.

31 SP AG, §137-138.

32 SP AG, §187.

33 SP AG, §141.

34 Glej *West Tankers*, §29.

35 Člen V, odstavek 1(a) in (c) NYC.

36 Člen V, odstavek 2(a) NYC.

37 <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/05/14/are-anti-suit-injunctions-back-on-the-menu-part-2-the-cjeus-decision-in-gazprom/> (3. 6. 2015); SP AG, §157.

38 “*Anti-suit injunctions*” iz sodbe *Turner* (C-159/02), ki se ni nanašala na arbitražo, glej SP AG, §179.

39 SP AG, §187-188.

40 *Gazprom*, §34, §37-39.

Težko pričakovano odločitev smo dočakali 13. maja 2015. SEU je v svoji sodbi sledilo drugi razlagi AG in odločilo, da Uredba Bruselj I v ničemer ne nasprotuje temu, da sodišče države članice prizna in izvrši oziroma zavrne priznanje in izvršitev “*anti-suit*” arbitražne odločbe

nespoštovanja arbitražne odločbe ne more pripeljati so sodnih sankcij. V očeh SEU je bil to še dodaten razlog za razlikovanje odločitve od zadeve *West Tankers*⁴¹.

Zaključek

Odločitev v zadevi *Gazprom* gre pozdraviti. Ugotovimo lahko, da sodišča držav članic niso vezana z določbami Uredbe Bruselj I pri odločanju ali priznati učinek “*anti-suit injunction*”, izdano s strani arbitražnega senata s sedežem znotraj Evropske unije, ali ne. Dokončno odločitev o priznanju in izvršitvi take arbitražne odločbe bo nacionalno sodišče doseglo na podlagi njegovega veljavnega arbitražnega prava; primarnosti NYC pri tem vprašanju prav tako ne gre zanemariti.

Če pogledamo širše, lahko odločbo SEU ovrednotimo kot pozitivno za arbitražne senate s sedežem znotraj Evropske unije tudi v drugih situacijah, ko arbitražni senati izvajajo svoje pristojnosti in pri tem v ničemer niso vezani na določbe uredbe; še več – arbitražni senat lahko nadaljuje s svojim postopkom ne glede na morebitne sodne postopke drugje v EU. To je pomemben “protistrup” učinku iz sodbe v zadevi *West Tankers*⁴².

Za konec velja nekaj besed nameniti tudi dvema spornima točkama, ki ju je osvetlil AG. Prva se nanaša na uvodno izjavo 12 Uredbe Bruselj I *bis* (čeprav je bila o zadevi *Gazprom* zaradi časovnih razlogov odloženo na podlagi Uredbe Bruselj I). Glede veljavnosti in uporabnosti uvodne izjave 12 v sistemu Uredbe Bruselj I se SEU ni izreklo. Pri odločanju ni sledilo sklepnim predlogom in argumentom AG; zadevo je odločalo na podlagi Uredbe Bruselj I, brez omembe uvodne izjave 12. Zaradi tega visi v zraku tudi drugo vprašanje – dopustnost “*anti-suit injunctions*”, odrejenih s strani sodišča v podporo arbitraži (kot v zadevi *West Tankers*) v primerih, ko se Uredba Bruselj I *bis* (in njena uvodna izjava 12⁴³) *ratione temporis* uporabljata. Tako še vedno

ni jasno ali so takšne “*anti-suit injunctions*” dopustne z vidika prava Evropske unije. Če pa vzamemo v obzir, da je SEU imelo odlično priložnost, da ponovno premisli in spremeni odločitev iz *West Tankers* in je ni izkoristilo, lahko domnevamo, da ostaja odločitev iz te zadeve uporabna tudi pod Uredbo Bruselj I *bis*. Do takrat pa je najboljšo, da se stranka, v želji po spoštovanju arbitražnega sporazuma, obrne na arbitražni senat, ki lahko zaščiti svojo pristojnost⁴⁴, saj njegova “*anti-suit injunction*” ni podvržena prepovedi z vidika tako Uredbe Bruselj I kot tudi Uredbe Bruselj I *bis*.

Odločitev v zadevi *Gazprom* gre pozdraviti. Ugotovimo lahko, da sodišča držav članic niso vezana z določbami Uredbe Bruselj I pri odločanju ali priznati učinek “*anti-suit injunction*”, izdano s strani arbitražnega senata s sedežem znotraj Evropske unije, ali ne

Če pogledamo širše, lahko odločbo SEU ovrednotimo kot pozitivno za arbitražne senate s sedežem znotraj Evropske unije tudi v drugih situacijah, ko arbitražni senati izvajajo svoje pristojnosti in pri tem v ničemer niso vezani na določbe uredbe; še več – arbitražni senat lahko nadaljuje s svojim postopkom ne glede na morebitne sodne postopke drugje v EU. To je pomemben “protistrup” učinku iz sodbe v zadevi *West Tankers*

41 <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/05/14/are-anti-suit-injunctions-back-on-the-menu-part-2-the-cjeus-decision-in-gazprom/> (3. 6. 2015).

42 Za več glej <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/05/14/are-anti-suit-injunctions-back-on-the-menu-part-2-the-cjeus-decision-in-gazprom/> (3. 6. 2015).

43 S prenovo se prizadeva tudi odpraviti taktike zavlačevanja strank, ki s kršitvijo pogodbenih obveznosti začnejo postopek pred sodiščem države članice, ki je očitno nepristojno (npr. kot v zadevi *Gasser* (C-116/02), *Turner* in tudi *West Tankers*), za več glej SP AG, §145 in <https://www.blplaw.com/expert-legal-insights/articles/gazprom-anti-suit-injunctions-arbitration-debate-goes/> (4. 6. 2015).

44 <https://www.blplaw.com/expert-legal-insights/articles/gazprom-anti-suit-injunctions-arbitration-debate-goes/> (4. 6. 2015).

Zahteva po odpovedi *intra-EU* bilateralnih investicijskih sporazumov

Neli Okretič

Med državami članicami Evropske unije (EU) obstaja okoli 200 BIS (*intra-EU bilateral investment treaties*); večina izmed njih izvira iz '90 let prejšnjega stoletja, ko ena ali obe, danes državi članici, še nista bili del EU in s tem tudi del enotnega trga

Bilateralni investicijski sporazumi (BIS) določajo pravila in pogoje za zasebne investicije med dvema državama. Njihov namen je zagotoviti učinkovito in nevtrarno zaščito tujih naložb. Med državami članicami Evropske unije (EU) obstaja okoli 200 BIS (*intra-EU bilateral investment treaties*); večina izmed njih izvira iz '90 let prejšnjega stoletja, ko ena ali obe, danes državi članici, še nista bili del EU in s tem tudi del enotnega trga. Zaradi previdnosti pri vlaganju v te države, ki je bila posledica zgodovinsko-političnih razlogov, so navedeni sporazumi zagotavljali zaupanje vlagateljev in njihovo zaščito, med drugim tudi prek arbitražnega reševanja investicijskih sporov.

Evropska komisija že vrsto let poudarja, da tovrstni sporazumi¹ drobijo enotni trg EU, so zastareli in nezdružljivi s pravom EU. Vse države članice so podvržene istim pravilom prava EU na notranjem trgu, vključno s pravili glede čezmejnih investicij; zaradi načela nediskriminacije na podlagi državljanstva gre vsem vlagateljem enaka raven zaščite. *Intra-EU* BIS pa, nasprotno, zagotavljajo višjo raven zaščite le vlagateljem iz nekaterih držav članic; taka vrsta diskriminacije na podlagi državljanstva je, glede na ustaljeno prakso Sodišča EU, nezdružljiva s pravom EU. V zadnjem času je opaziti povečano uporabo teh sporazumov kot podlago za arbitražne postopke, ki so odprli vprašanja skladnosti s pravom EU; na primer arbitražna odločba v zadevi *Micula v. Romania*, ki nalaga Romuniji plačilo odškodnine švedskemu investitorju, po mnenju Komisije predstavlja nedovoljeno državno pomoč. To lahko vnaša pravno negotovost za čezmejne vlagatelje ravno v času, ko je spodbujanje investicijam prijaznega okolja prioriteta EU.

Zaradi zgoraj navedenih razlogov je Komisija začela s postopki po 258. členu PDEU, petim državam članicam² pa je že poslala uradni opomin in od njih zahteva odpoved medsebojnih *intra-EU* BIS. Preko pilotnega sistema EU je pisala tudi ostalim 21³ državam članicam, kjer so *intra-EU* BIS še vedno v veljavi, da bi pridobila njihovo mnenje o tem problemu.

Komisija namerava začeti diskusijo glede izboljšanja varnosti investicij znotraj enotnega trga in je pripravljena preučiti predloge o mehanizmu za hitro in učinkovito mediacijo na področju investicijskih sporov.

¹ Pomisleki se nanašajo le na BIS, sklenjene med državami članicami EU, ne pa tudi na BIS, sklenjene med državami članicami in tretjimi državami.

² Avstriji, Nizozemski, Romuniji, Slovaški in Švedski je 18. 6. 2015 Komisija poslala uradni opomin.

³ Italija in Irska sta *intra-EU* BIS že odpovedali.

Prenašamo dobre prakse v Skopje

Stalna arbitraža pri GZS

V makedonski prestolnici je 15. maja 2015, pod okriljem tamkajšnje gospodarske zbornice potekala mednarodna konferenca "*Arbitration in the Republic Of Macedonia – Challenges for Development*". Na dogodku sta kot govorca sodelovala tudi **Dr. Konrad Plauštajner**, predsednik in **Marko Djinović**, generalni sekretar Stalne arbitraže pri GZS.

Dr. Konrad Plauštajner je spregovoril o prihodnosti mednarodne gospodarske arbitraže v Jadranski regiji in pomenu le-te za varnost investicij. Poudaril je, da je prihodnost odvisna predvsem od tega, ali bodo posamezne države zagotavljale arbitraži prijazna okolja; ta se zrcalijo zlasti skozi ustrezen zakonodajni okvir, temelječ na uveljavljenih mednarodnih standardih (Modelni zakon UNCITRAL) in razumevanju, ustreznem odnosu ter strokovni usposobljenosti sodišč posameznih držav za odločanje o zadevah, povezanih z arbitražo. Kot glavni potencial za razvoj gospodarske arbitraže v regiji vidi sorodnosti v kulturi, jeziku, zakonodaji in poslovnih navadah.

Marko Djinović je gostom iz regije podal pregled glavnih značilnosti postopka po Ljubljanskih arbitražnih pravilih, vključujoč njegov začetek z "zahtevo za arbitražo", imenovanje in potrditev arbitrov, orodja za učinkovito načrtovanje in organiziranje postopka, stroške arbitraže in naposled še posebni pospešeni arbitražni postopek, ki je na voljo strankam. Prispevek je zaključil s predstavitvijo prakse sekretariata Stalne arbitraže pri "case-management-u" arbitražnih primerov s strankami iz Jadranske regije.

Na dobro obiskanem dogodku so se družili odvetniki in gospodarstveniki iz Makedonije, Srbije, Črne gore, Albanije, Hrvaške, Kosova in Slovenije.

Kot glavni potencial za razvoj gospodarske arbitraže v regiji vidi sorodnosti v kulturi, jeziku, zakonodaji in poslovnih navadah

Obrazec COVL-1 končno omogoča upnikom uveljavljanje arbitražnega sporazuma

Stalna arbitraža pri GZS

S 15. 7. 2015 se uporablja dopolnjen standardiziran obrazec COVL-1, ki odslej upnikom omogoča uveljavljanje obstoja arbitražnega sporazuma v postopku izvršbe na podlagi verodostojne listine

S 15. 7. 2015 se uporablja dopolnjen standardiziran obrazec COVL-1, ki odslej upnikom omogoča uveljavljanje obstoja arbitražnega sporazuma v postopku izvršbe na podlagi verodostojne listine.

Z zakonom o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbi in zavarovanju (Uradni list RS, št. 53/14; ZIZ-J), ki je pričel veljati 30. 7. 2014, se je spremenil 41. člen Zakona o izvršbi in zavarovanju tako, da se je dodal nov osmi odstavek:

“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.”

Novela ZIZ-J je v 83. členu določila tudi, da se navedena dopolnitev začne uporabljati z zagotovitvijo tehničnih pogojev za njeno izvajanje, to pomeni, z ustrezno dopolnitvijo standardiziranega obrazca COVL-1.

Minister za pravosodje je slabo leto po uveljavitvi novele ZIZ-J izdal *Sklep o izpolnitvi tehničnih pogojev za začetek uporabe nekaterih določb Zakona o izvršbi in zavarovanju*, ki določa, da se 15. 7. 2015 med drugim začne uporabljati določba ZIZ o uveljavljanju obstoja arbitražnega sporazuma v postopkih izvršbe na podlagi verodostojne listine.

S tem je bila po dolgem času odpravljena pomembna pomanjkljivost izvršbe na podlagi verodostojne listine, ki je v praksi upnikom povzročala nemalo težav.

Read about the Ljubljana arbitration Rules in the WAR – 2nd Edition

Andreja Kos, Stalna arbitraža pri GZS

The Ljubljana Arbitration Centre at the Chamber of Commerce and Industry of Slovenia (the LAC) contributed a chapter in the recently published **World Arbitration Reporter (WAR) – Second Edition**.

The LAC's **Aleš Galič, PhD** (Board Member), **Marko Djinović** (Secretary General), **Nejc Lahne** (Deputy Secretary General) and **Peter Rižnik** (Senior Legal Counsel) had written a chapter for the Second Edition of the WAR providing users with a practical insight into arbitration under the Arbitration Rules of the Ljubljana Arbitration Centre at the Chamber of Commerce and Industry of Slovenia (Ljubljana Arbitration Rules). Chapter also contains a concise commentary of the Ljubljana Arbitration Rules giving the reader a general guidance on their application.

WAR provides unparalleled guidance to one of today's most complex and diverse areas of legal practice, international arbitration. Extensively revised and updated by leading authorities in the field, the WAR is the only integrated reference work containing detailed commentary and analysis on national legislation from more than 100 countries as well as information on the rules of procedure of more than 100 international and national arbitral institutions and the leading international arbitration treaties and agreements. This second edition brings together the work of more than 100 internationally renowned experts who have prepared thousands of pages of commentary and analysis, consisting of either reports of national law and practice, or reports on the rules and practice of major domestic and international institutions and concise analyses of major international treaties (Juris Publishing, <http://www.jurispub.com>).

www.jurispub.com

Chapter also contains a concise commentary of the Ljubljana Arbitration Rules giving the reader a general guidance on their application

Navodila avtorjem za pripravo 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

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 postopku, 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

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.

Poštnina za pošiljanje v tujino se zaračuna posebej.

Izpolnjeno naročilnico ali njeno kopijo nam pošljite na naslov:

Stalna arbitraža pri GZS

Dimičeva 13

1504 Ljubljana

ali po faksu na številko 01 5898 400.

Revijo lahko naročite tudi preko spletne naročilnice:

www.sloarbitration.eu

Za več informacij:

Urška Bukovec (arbitraznapraksa@gzs.si)

telefon: 01 58 98 180



Najboljši ga že imajo

Pridobite ga tudi vi!

excellent-sme.gzs.si



ISSN 2232-6588



9 772232 658007