

slovenska
arbitražna praksa^{5let}



Poravnava
v arbitraži



Joint UNCITRAL-LAC Conference on Dispute Settlement

It was our great pleasure to host you in Ljubljana.



Sponsored by:



Media sponsors:



slovenska arbitražna praksa

prispevek k razvoju arbitraže v Sloveniji

Letnik V, Številka 1 (marec 2016)

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

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

Oblikovanje in priprava za tisk:
Samo Grčman



Vsebina

UVODNIK

Pet let Slovenske arbitražne prakse: drevesa (zares) ne rastejo z neba 3

INVESTICIJSKA ARBITRAŽA

Reformirati arbitražni ISDS ali uvajati investicijska sodišča?
dr. Andrej Friedl 6

NALOGE ARBITROV

Organizing the Arbitrator's Mind: Is a Century-Old German Method for Guiding the Decision-Making Process of Judges Apt for International Arbitration?
Jan K. Schäfer 23

KULTURNE RAZLIKE V ARBITRAŽI

Notes on the Cultural Dimension of International Commercial Arbitration

Ian Meredith, Hendrik Puschmann

29

V SREDIŠČU

Settlement during the arbitration proceedings

David Premelč, Sandra Kajtazović

36

TEKSTI ZA PRAKSO

Sodelovanje slovenskih sodnikov kot arbitrov

Mnenje Komisije za etiko in integriteto Sodnega sveta Republike Slovenije

44

IZ PRAKSE

Pravne posledice začetka stečajnega postopka na arbitražni postopek

Neli Okretič

51

AKTUALNO

Izvršljivost poravn, doseženih v postopkih mednarodne gospodarske conciliacije

Neli Okretič

53

Arbitraža – idealen način reševanja sporov s področja tehnologije, tudi v Sloveniji

Neli Okretič

55

Moderna zakonodaja za arbitražne postopke

Tax-Fin-Lex

58

SPOROČILO UREDNIŠTVA

Slovenska arbitražna praksa odslej tudi na portalu Tax-Fin-Lex

Uredništvo

61

Navodila avtorjem za pripravo prispevkov

Uredništvo

62

Guidelines for contributors

Editorial Board

63



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: 2016

Tisk: Present d.o.o.

Fotografija: Two head and gears
© Depositphotos/ VLADGRIN

Naklada: 300 izvodov

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

Cena letne naročnine:

80,00 EUR z vključenim DDV.

Poština za pošiljanje v tujino se zaračuna posebej.

Naročila:

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

Trženje oglasnega prostora:

arbitraznapraks@gzs.si
t 01 58 98 180

Naslov uredništva:

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

© Gospodarska zbornica Slovenije (GZS), Stalna arbitraža pri Gospodarski zbornici Slovenije 2016. 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.

Pet let Slovenske arbitražne prakse: drevesa (zares) ne rastejo z neba

Pred dobrim mesecem dni je avtorica *Noor Kadhim* na Kluwer Arbitration Blogu objavila izvrsten članek z naslovom “*Trees do not grow from the sky: Promoting institutional arbitration in Bosnia and Herzegovina.*” V njem opisuje začetne napore lokalnih deležnikov v Bosni in Hercegovini, da bi v tej, od vojne razrvani državi, vzpostavili temelje za delovanje gospodarske arbitraže.

Prispevek je pritegnil najino pozornost predvsem zaradi svoje močne simbolike in sporočilne vrednosti. Stari bosanski pregovor, ki si ga je avtorica sposodila za naslov prispevka (in midva od nje za naslov uvodnika), kajpak ne govori o drevesih in modremu nebu. Izraža staro ljudsko modrost, ki se je izoblikovala skozi generacije in se je vsi intimno zavedamo, pa vendar nanjo prepogosto pozabljamo. Gre za to, da uspehi pridejo le z vztrajnostjo in trdim delom. Tudi na področju arbitraže ni nič drugače. *Potrebujemo za to opomnik? Da.*

Razvoj arbitraži prijaznega okolja v določeni državi je dolgotrajen proces, ki zahteva popolno sozvočje štirih skupin deležnikov: zakonodajalca, arbitražnih institucij, izobraževalnih ustanov in stanovskih (poklicnih) združenj odvetnikov ter arbitrov. Predvsem pa zaupanje uporabnikov. O tem sva obširneje pisala v uvodniku že lani junija, ko sva se zavzela za uporabo t. im. “londonskih načel” (*The London Centenary Principles 2015*) kot slovenskega razvojnega načrta za dolgoročni “projekt” izgradnje delujočega, učinkovitega in *varnega* sedeža za mednarodne arbitraže v regiji.

Podobno kot smo v Sloveniji v začetku leta 2012 ugotavljali, da “drevesa ne rastejo z neba,” sedaj, pet let kasneje, enako ugotavljajo kolegi iz BiH. Ko smo takrat izdali prvo (krstno) številko revije Slovenska arbitražna praksa, smo vsi deležniki gospodarske arbitraže v Sloveniji v en glas poudarjali, da je namen specializiranega publiciranja o arbitraži trojen. V prvi vrsti gre za približevanje arbitražnega načina reševanja sporov poslovni praksi, odvetnikom in ostalim deležnikom arbitraže. *Arbitraža temelji na zaupanju uporabnikov.* Drugič, takšno publiciranje izpolnjuje poslanstvo Stalne arbitraže pri GZS na področju razvoja arbitražnega prava in prakse v Sloveniji in širše, objava prakse arbitražne institucije pa pripomore k transparentnosti njenega delovanja, ki je sicer nujno zastrta zaradi zaupnosti postopkov. Zaupnost arbitraže uporabniki dojemajo kot njeno odločilno prednost. In tretjič, Slovenska arbitražna praksa povezuje strokovnjake s področja reševanja gospodarskih sporov z vključitvijo širokega kroga deležnikov vseh generacij in različnih poklicnih profilov. *Arbitražna skupnost je torej gonilo razvoja arbitraže in njen prvi branik.* Trenutno je denimo mednarodna investicijska arbitraža – ISDS po tem, ko se je znašla v političnem primežu pogajanj velesil (ZDA in EU) o TTIP, predmet številnih pavšalnih in populističnih kritik v javnosti. Slovenski (in tuji) investitorji, ki tvegajo svoj kapital z naložbo v tuji državi, si zaslužijo objektivno

sliko mednarodne investicijske arbitraže. Trenutno so zanjo prikrajšani. Jasno je, da ta hip tudi evropska in slovenska politika (več) ne razumeta smisla mednarodne investicijske arbitraže. Njuni odzivi so nepredvidljivi in spominjajo na stanje amnezije. Sprašujeva se, kdo drug bo stopil v bran mednarodni investicijski arbitraži, če ne arbitražna skupnost.

Že leta 2012 smo se tako zavedali, da za uspeh arbitraže v Sloveniji in regiji potrebujemo solidne temelje in da naš namen ni “zidanje gradov v oblakih”. Danes, pet let pozneje poudarjamo enako, vendar še z odločnejšim glasom in bogatejši za pomembno izkušnjo, ki jo iskreno privoščimo tudi kolegom iz BiH. V tem času smo namreč dosegli pomembne mejnike na področju razvoja arbitražnega prava in prakse.

Poglejmo si kaj je zaznamovalo pet let izhajanja Slovenske arbitražne prakse...

Leto 2012 bi lahko označili kot čas, v katerem je dozorelo spoznanje, da v Sloveniji potrebujemo kontinuirano izmenjavo znanja in izkušenj na področju arbitraže. Čeprav je bila takrat vsaka tema, ki smo jo obravnavali, praktično “novost” v Slovenskem prostoru, se je kmalu izkazalo, da je znanja v Sloveniji več kot smo sprva mislili, le spodbuda je manjkala. Imamo nekatere zelo dobre arbitre in odvetnike širokega formata ter moderne usmeritve, ki imajo povrh vsega tudi izkušnje z arbitražo iz tujine. *Tisti, ki tega še niste storili, zato stopite v ospredje, da vas uporabniki spoznajo.*

V letu 2013 smo se intenzivno ukvarjali z vlogo arbitrov v arbitražnem postopku. Obravnavali smo nepristranskost in neodvisnost arbitrov, kriterije, ki vplivajo na njihovo izbiro, intervjuje s potencialnimi arbitri, aktualne primere dobrih praks pri organizaciji arbitražnih postopkov, meje pristojnosti arbitrov, njihovo odškodninsko odgovornost in mnoge druge (do tedaj spregledane) teme. V praksi nam je uspel premik. Uporabniki se vse bolj zavedajo dejstva, da je arbitraža toliko dobra, kolikor so dobri arbitri, ki jih izberejo. Opažamo, da stranke sedaj v arbitražnih postopkih svojo avtonomijo pri imenovanju arbitrov uporabljajo veliko bolj preudarno in odgovorno. Imenovanje arbitrov ni več avtomatizem. *Imenovani so kakovostni arbitri, zadovoljstvo strank s postopkom je večje.*

Leto 2014 so zaznamovala nova Ljubljanska arbitražna pravila, ki so pomenila prelom z do tedaj že preživetim gledanjem na institucionalno arbitražo. Ljubljanska arbitražna pravila so v ospredje postavila stranke arbitražnega postopka in se oprla na moderne mednarodne trende v institucionalni arbitraži. Uporabnikom so po zgledu razvitejših arbitražnih okolij prinesla dve vidnejši novosti: pospešeni arbitražni postopek in postopek pred arbitrom za nujne primere. *Z novimi Ljubljanskimi arbitražnimi pravili je Stalna arbitraža pri GZS stopila ob bok vodilnim arbitražnim institucijam v regiji in Ljubljano postavila na zemljevid arbitraže.*

Znanje, ki smo ga akumulirali v treh letih, nam je omogočilo, da smo se v letu 2015 pričeli ukvarjati z bolj specialnimi temami kot so denimo začasne odredbe v arbitraži, davčna obravnava stroškov arbitražnega postopka, večstopenjske arbitražne klavzule, vpliv stečajnega postopka na arbitražo, spoprijemanje arbitrov s korupcijo itn. Vmes je kot dejavnik razvoja arbitraže v Sloveniji pričela pridobivati na pomenu tudi sodna praksa. Novejša sodna praksa Vrhovnega sodišča na področju

arbitraže kaže na visoko stopnjo razumevanja sodobnega koncepta arbitraže in tvori pomembno podstat za nadaljnji razvoj slovenskega arbitražnega okolja. V razvitih pravnih okoljih je namreč navidezno rivalstvo med sodnim in zunajsodnim reševanjem sporov preseženo. *V Sloveniji je dozorelo spoznanje, da lahko arbitraža uspeva le ob učinkovitem sodnem sistemu.*

In o čem bomo pisali letos v Slovenski arbitražni praksi? O marsičem, predvsem pa bo naša pozornost namenjena mednarodnim in regionalnim temam. Ne skrivamo namreč ambicije, da Slovenija postane regionalno središče za reševanje gospodarskih sporov med strankami iz sosesčine. Arbitraža namreč ne pozna nacionalnih meja in kulturnih predsodkov. Zakaj torej Slovenija ne bi mogla biti prepoznana kot nevtralen in varen sedež za arbitraže med strankami iz regije? Denimo Švici, Švedski ali Singapurju je to uspelo. Tudi tam drevesa ne rastejo z neba.

Do sedaj prehojena pot Slovenske arbitražne prakse je bila zelo vznemirljiva, na trenutke tudi trnova. Iskanje aktualnih tematik, kakovostnih avtorjev, dileme, ustvarjalne krize... Vse to so izzivi s katerimi se nujno sreča vsaka razvojna paradigma. Vendar je zadovoljstvo ob preseganju teh izzivov toliko večje, saj vemo, da naša drevesa izraščajo iz solidne podlage in bodo preživela tudi viharje, ki nas čakajo v prihodnosti.

Marko Djinović
strokovni urednik



prof. dr. Aleš Galič
odgovorni urednik



Reformirati arbitražni ISDS ali uvajati investicijska sodišča?

dr. Andrej Friedl

Andrej Friedl, univ. dipl. pravnik, je svetovalec generalnega direktorja GZS in generalni sekretar Nacionalnega odbora Mednarodne trgovinske zbornice za Slovenijo (ICC Slovenia). Sodeluje pri oblikovanju vzorčnih pogodb ICC in pravil avtonomnega gospodarskega prava ter na mednarodnih kongresih ICC. Vodil je delovno skupino za pripravo slovensko-angleške izdaje Incoterms 2010. Sodeluje v različnih projektih EU, delovnih skupinah in komisijah ICC ter predava s področja modelnih pogodb in avtonomnih pravil za mednarodno poslovno prakso. Objavlja več člankov s področja mednarodne trgovine in gospodarskega prava. Od leta 1999 tudi predava kot habilitirani predavatelj na treh višjih strokovnih šolah.

Kritike o investicijski arbitraži so močno razplamtela pogajanja za sklenitev sporazuma o Čezatlantskem trgovinskem in naložbenem partnerstvu (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*)

Nezaupanje v ISDS pa je povezano tudi z neenotno arbitražno prakso pri razlagi standardov obravnave investitorjev v enakih ali podobnih okoliščinah

Uvod

Tuji investitorji se v zadnjih desetih letih vse pogosteje odločajo za vlaganje tožb proti državam gostiteljicam preko mehanizma mednarodne investicijske arbitraže, ki deluje na podlagi meddržavnih investicijskih sporazumov (*Treaty-based Investor-State Dispute Settlement*, v nadaljevanju: ISDS). V nasprotju z domačimi sodišči so mednarodni arbitražni tribunali v edinstvenem položaju, ko morajo kar naprej braniti svojo legitimnost pred očitki poseganja v državno suverenost.¹ Civilnodružbena gibanja skrbi, da države preko ISDS izgubljajo pravico do zakonodajnega urejanja in ponavljajo trditve kot je ta, da naj bi tribunali, »sestavljene iz treh zasebnih odvetnikov, ki krožijo v vlogi sodnikov in zastopnikov korporacij, interpretirali legitimna pričakovanja investitorjev tako, da po realizaciji njihove investicije država ne sme več spremeniti predpisov.«² Nezaupanje v ISDS pa je povezano tudi z neenotno arbitražno prakso pri razlagi standardov obravnave investitorjev v enakih ali podobnih okoliščinah.³ Z

vprašanjem, kako izboljšati ISDS, se ukvarjajo številni avtorji in mednarodne organizacije.⁴ Kritike o investicijski arbitraži so močno razplamtela pogajanja za sklenitev sporazuma o Čezatlantskem trgovinskem in naložbenem partnerstvu (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, v nadaljevanju: TTIP). Evropska komisija (v nadaljevanju: EK) zaradi pritiska javnosti namesto arbitražnega ISDS predlaga, da se v TTIP uvede t.i. *sistem sodišča za investicije* (*Investment Court System*, v nadaljevanju: ICS⁵) po vzoru že izpogajane sporazuma med EU in Kanado (CETA). Pri tem ne skriva ambicij, da bi tudi ta drugi bilateralni ICS tlakoval pot vzpostavitvi stalnega multilateralne investicijskega sodišča.

Pri iskanju odgovora na vprašanje, ali reformirati arbitražni ISDS ali uvajati javnopravna investicijska sodišča, bom najprej izhajal iz političnega ozadja predloga EK. Sledil bo kratek prikaz zgodovinskega razvoja ISDS. Nato bom zbral nekatere možne predloge reforme ISDS iz dosedanjih mednarodnih razprav. Po

1 Brower, C.N., Schill, S.W.: Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 9, No. 2, (2009), str. 471.

2 PUBLIC CITIZEN: Case Studies: Investor-State Attacks on Public Interest Policies, str. 1, dosegljivo na <http://www.citizen.org/documents/egregious-investor-state-attacks-case-studies.pdf> (9. 4. 2016).

3 Gl. npr. Franck, S.D.: The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions, 73 *Fordham L. Rev.* (2005), str. 1521-1625.

4 Razprave in predloge posebej spremlja in povzema UNCTAD v: *Reforming the International Investment Regime: An Action Menu*, CHAPTER IV, dostopno na http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2015ch4_en.pdf, (8. 4. 2016).

5 Tudi ICS je *treaty-based investor-state dispute settlement* v nasprotju od *treaty-based state-state dispute settlement*, vendar drugače kot pri arbitraži brez sodelovanja investitorja (pa tudi države) pri imenovanju sodnikov.

prikazu glavnih rešitev iz predloga ICS za TTIP in prvih odzivih nanj, pa se bom opredelil do izhodiščne predpostavke, da bi bil reformirani arbitražni ISDS boljše rešitev od uvajanja investicijskih sodišč.

Politično ozadje predloga ICS za TTIP

Maja 2013 se je velika večina poslancev EP s posebno resolucijo⁶ zavzela za pristop k pogajanjem za sklenitev TTIP, ki naj bi bistveno povečal obojestranske gospodarske koristi EU in ZDA. Po tem, ko je junija 2013 tudi Svet EU soglasno pozval EK, naj začne pogajanja z ZDA, so civilnodružbena gibanja spodbudila močno gibanje proti TTIP, češ da bi pomenil konec demokracije, saj da bi morala EU zaradi dobičkov velikih korporacij spremeniti svoje predpise in standarde na področju varstva zdravja, okolja, pravic potrošnikov, varstva osebnih podatkov itd. Posebej nesprejemljiv naj bi bil tudi ISDS, ker naj bi ogrožal državno suverenost s tem, da bi investitorjem mimo domačih sodišč na *ad hoc* arbitražnih forumih in brez možnosti pritožbe omogočal tožbe proti državi zaradi izgubljenega dobička kot posledice njene regulacije.⁷ Pod vplivom teh protestov, spletne ankete⁸ in resolucije Evropskega parlamenta,⁹ je EK septembra 2015 namesto arbitražnega ISDS ponudila ICS, ki bi deloval kot dvostopenjsko sodišče, »podvrženo demokratičnim načelom in javnemu nadzoru«. Spore bi reševali od držav imenovani kvalificirani sodniki, ki bi »zagotavljali vladavino

prava«. ¹⁰ To naj bi bil kompromis glede na zahteve po izključni pristojnosti domačih sodišč, za katerega je posredoval evropski poslanec Skupine naprednega zaveznitva S&D Bernd Lange, ki je izjavil, da je zdaj »kristalno jasno, da je ISDS mrtev, zasebno reševanje sporov je stvar preteklosti, ki je parlament ne vidi več kot alternative v trgovinskih sporazumih. ISDS mora biti nadomeščen z javnim sodiščem.« ¹¹ V tej izjavi se zrcali tudi stališče predsednika EK Junckerja, ki je ob nastopu svojega mandata dejal, »da ne razume, zakaj velike demokracije ne zaupajo sodiščem, ki so sposobna razsojati«, in da »ne odobrava tega, kar bi lahko imenovali zasebna sodišča ali arbitražna telesa, ki sicer lahko kdaj sprejmejo dobre odločitve, vendar jim jih ni treba vedno obrazložiti«. ¹²

Ob tem političnem ozadju predloga ICS je treba opozoriti tudi na nenačelnost in taktiziranje EK, ki je vzporedno s pogajanjem z ZDA že vnesla dvostopenjsko meddržavno investicijsko sodišče v avgusta 2014 izpogajani prostotrgovinski sporazum s Kanado (CETA),¹³ nato pa spet pristala na arbitražni ISDS v oktobra 2014 izpogajanjem FTA s Singapurjem¹⁴ in enako v januarja 2016 izpogajanjem FTA z Vietnamom¹⁵ (vsi trije še čakajo na ratifikacijo). Verjetno se ji zdi ISDS učinkovitejši mehanizem tam, kjer pričakuje, da bodo investitorji iz EU prej tožili tretjo državo kot obratno. Najbrž iz taktičnih razlogov, da bi se pogajanja o TTIP uspešneje začela, je EK na podlagi neobjavljenih pogajalskih smernic sprva želela ponuditi ZDA možnost

Ob tem političnem ozadju predloga ICS je treba opozoriti tudi na nenačelnost in taktiziranje EK, ki je vzporedno s pogajanjem z ZDA že vnesla dvostopenjsko meddržavno investicijsko sodišče v avgusta 2014 izpogajani prostotrgovinski sporazum s Kanado (CETA), nato pa spet pristala na arbitražni ISDS v oktobra 2014 izpogajanjem FTA s Singapurjem in enako v januarja 2016 izpogajanjem FTA z Vietnamom

6 Resolucija Evropskega parlamenta, z dne 23. maja 2013, o pogajanjih EU z ZDA o trgovini in naložbah (2013/2558(RSP)), dostopno na: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0227+0+DOC+XML+V0//SL> (19. 4. 2016).

7 Gl. npr. Hilary, J.: Listina za deregulacijo, napad na delovna mesta in konec demokracije, dostopno na <http://www.demokraticni-socializem.si/programski-dokumenti/druge-publikacije/jonh-hilary-ttip-brosura/> (25. 4. 2016); t.i. European Citizens' Initiative to stop negotiations for TTIP and CETA je do aprila 2016 podpisalo že več kot tri milijone državljanov EU, dosegljivo na <https://stop-ttip.org/european-citizens-initiative-demands-stop-negotiations-for-ttip-and-ceta/> (25. 4. 2016).

8 EK: Poročilo o spletnem javnem posvetovanju o zaščiti naložb in reševanju sporov med vlagateljem in državo v Čezatlantskem sporazumu o partnerstvu za trgovino in naložbe (TTIP); v nasprotju z vsesplošnim zavračanjem ISDS s strani civilnodružbenih gibanj, NVO-jev, potrošniških organizacij, sindikatov idr., pa ga velika večina poslovnih združenj in podjetij močno podpira, str. 14, dostopno na http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153319.pdf (19. 4. 2016).

9 Resolucija EP, z dne 8. julija 2015, s priporočili za EK glede pogajanj o Čezatlantskem partnerstvu na področju trgovine in naložb (TTIP) (2014/2228(INI)), točka (d) xv, dostopno na <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+XML+V0//SL> (15. 4. 2016).

10 Commission proposes new Investment Court System for TTIP and other EU trade and investment negotiations, Press release, 16 September 2015, dostopno na http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_en.htm. (13. 4. 2016).

11 S&D press point by Bernd Lange and Gianni Pittella on TTIP: "Private ISDS arbitration is dead," dostopno na <https://www.youtube.com/watch?v=O9SO9rvw-4I>; o tem tudi Pittella: S&D signs death certificate for ISDS in TTIP, dostopno na <http://www.socialistsanddemocrats.eu/newsroom/pittella-sd-signs-death-certificate-isds-ttip-resolution-be-voted-next-week> (5. 4. 2016).

12 The Greens – European Free Alliance in the European Parliament: Breaking: Juncker to Take ISDS Out of TTIP, 17 October 2014, dostopno na <http://ttip2015.eu/blog-detail/blog/ISDS%20out%20Juncker.html> (5. 4. 2016).

13 The Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), sodni tribunal ureja člen 8.27, prizadevanja za multilateralni investicijski tribunal pa člen 8.29, dostopno na http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf (15. 4. 2016).

14 Člen 9.16 omogoča ISDS po pravilih ICSID ali UNCITRAL, dostopno na http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/october/tradoc_152844.pdf (15. 4. 2016).

15 Člen 5 in nasl., dostopno na http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154224.pdf (15. 4. 2015).

V sporu naftnega velikana Yukos-a proti Ruski federaciji zaradi prisilne likvidacije podjetja je tribunal priznal delničarjem odškodnino v višini 50 milijard USD

Trgovina in investiranje sta dve obliki mednarodnega poslovanja, ki se med seboj bistveno razlikujeta

ISDS na različnih arbitražnih forumih.¹⁶ To je nameravala storiti kljub temu, da sta se EU in Kanada v sporazumu CETA že prej zavezali, da si bosta s svojimi drugimi trgovinskimi partnericami prizadevali za ustanovitev multilateralnega investicijskega tribunala s pritožbenim mehanizmom. Poznano je, da ZDA močno nasprotuje izjemam od ISDS, še zlasti na področju farmacevtske in kmetijsko predelovalne industrije.¹⁷ Po objavi pogajalskih smernic, oktobra 2014, in silovitih protestih javnosti pa EK zdaj ponuja ICS kot inovacijo, čeprav ga le kopira iz sporazuma CETA.

Pogajanja o TTIP so v resnici le močno razplamtela kritike ISDS, ki se stopnjujejo po tem, ko je v zadnjih letih prišlo do prave eksplozije mednarodnih investicijskih sporazumov (v nadaljevanju: IS oz. BIS za bilateralne sporazume) in arbitražnih odločb z dosojenimi visokimi odškodninami. Ta trend pa le sledi izjemnemu povečanju mednarodnega investiranja, zlasti do leta 2007.¹⁸ Po zadnjih podatkih UNCTAD je vseh sklenjenih IS že 3268.¹⁹ Od poznih 1960-ih so države EU podpisale okoli 1.400 BIS, tudi med seboj in z razvitimi državami, ki vključujejo ISDS.²⁰ Od 405

vseh zaključenih primerov ISDS je bilo 36% odločenih v korist držav, 27% v korist investorjev, ostali so se končali s poravnavo. Povprečna odškodnina iz 106 primerov je znašala 575 mio USD.²¹ V sporu naftnega velikana Yukos-a proti Ruski federaciji zaradi prisilne likvidacije podjetja je tribunal priznal delničarjem odškodnino v višini 50 milijard USD.²² Odmeven je tudi še nerešeni zahtevek švedskega podjetja Vattenfall zoper Nemčijo v višini 3,7 milijarde evrov zaradi nenadne prepovedi jedrske energije.²³ IS največkrat predvidevajo reševanje sporov po pravilih Konvencije o reševanju investicijskih sporov med državami in državljanji drugih držav (t.i. konvencija ICSID), po katerih se razrešuje okoli dve tretjini sporov, in po arbitražnih pravilih UNCITRAL. Nekateri IS omogočajo tudi izbiro arbitraže po drugih pravilih, zlasti velikih institucionalnih arbitraž.²⁴

Kratko o razvoju ISDS

Trgovina in investiranje sta dve obliki mednarodnega poslovanja, ki se med seboj bistveno razlikujeta. V okviru prve podjetja prodajajo in kupujejo blago in storitve, pri investiranju pa tvegajo svoj kapital z naložbo v drugi državi. Mednarodno trgovino se lažje spodbuja z odpravljanjem uvoznih in drugih omejitev

16 Smernice za pogajanja o Čezatlantskem partnerstvu na področju trgovine in naložb med Evropsko unijo in Združenimi državami Amerike, 17. junij 2013, ISDS se omenja v členu 23, dostopno na <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/sl/pdf>.

17 Velik vpliv ZDA se je npr. pokazal, ko je dosegla, da je ISDS ostal v nedavno izpogajanjem najbolj ambicioznem sporazumu - Trans-Pacific Partnership (TPP), čeprav mu je v pogajanjih Avstralija nasprotovala, gl. Kwan, E: Australia's Conflicting Approach to ISDS: Where to From Here?, Kluwer Arbitration Blog, 4 June 2015, dostopno na <http://kluwarbitrationblog.com/2015/06/04/australias-conflicting-approach-to-isds-where-to-from-here/> (15. 4. 2016).

18 UNCTAD World Investment Report 2007, str. 5-17, dosegljivo na http://unctad.org/en/Docs/wir2007_en.pdf (26. 4. 2016).

19 Investitorji so leta 2014 sprožili 42 ISDS, kar je manj od rekordnih 59 leta 2013 in 54 leta 2012. 60% sporov je bilo sproženih zoper razvite države. Spori nastajajo zlasti zaradi neposrednih ali posrednih razlastitev, preklica dovoljenj, regulacije energetskega tarif, domnevno neupravičenih kazenskih postopkih, neveljavnosti patentov, sprememb investicijskih spodbujevalnih shem, ukrepov glede obnovljivih virov energije idr. Vir: UNCTAD, Recent Trends in IIAS and ISDS, IIA Issues Note, No 1 2015, dostopno na http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf, (6. 4. 2016).

20 European Commission: Investment Protection and Investor-to State Dispute Settlement (ISDS) in EU Agreements, dostopno na http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152273.pdf; (15. 4. 2016). Ker spadajo investicijski sporazumi s tretjimi državami po Lizbonski pogodbi na področje skupne trgovinske politike, Uredba EU, št. 1219/2012 EP in Sveta, z dne 12. decembra 2012, o prehodnih dogovorih za dvostranske sporazume o naložbah med državami članicami in tretjimi državami, v 3. členu določa, da lahko ostanejo pod določenimi pogoji v veljavi do začetka veljavnosti dvostranskega sporazuma o naložbah med EU in zadevno tretjo državo. Kar zadeva medsebojne investicijske sporazume znotraj EU, pa je Komisija pozvala nekaj članic, da naj jih razdrejo, ker niso več skladni z enotnim trgovom.

21 UNCTAD, supra 4, str. 146.

22 Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 227). Delničarji so zmagali z argumentom, da namen likvidacije Yukos-a po obsodbi njegovega lastnika ni bilo povračilo utajenih davkov v javnem interesu, ampak v interesu državnega naftnega podjetja (točka 1581), odločba dostopna na <http://ftalphaville.ft.com/files/2014/07/Final-Award-18-July-2014-Yukos-Universal-Limited-v-Russian-Federation-1.pdf>; (15. 4. 2016). Ta odmevna odločba je bila sicer aprila 2016 razveljavljena zaradi jurisdikcijskih razlogov, gl. Ross, A.: US\$50 billion Yukos awards set aside in The Hague, Global Arbitration Review, 20 April 2016, dostopno na <http://globalarbitrationreview.com/news/article/35248/us50-billion-yukos-awards-set-aside-hague/> (22. 4. 2016). Sodišče je sprejelo razlago Ruske federacije, ki ni ratificirala ECT, da jo zavezujejo le tiste njegove določbe, ki so skladne z ruskim pravom. Z upoštevanjem člena 45(1) ECT je presoja arbitražno klavzulo v členu 26, glede katere so delničarji YUKOS-a trdili, da naj bi bila neskladna z ruskim pravom le, če bi bila z njim izrecno prepovedana. Vendar se sodišče s to razlago ni strinjalo in je zavrnilo jurisdikcijo arbitraže z obrazložitvijo, da nima podlage v ruskem pravu.

23 Bernasconi-Osterwalder, N., Hoffman, R. T.: The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the new dispute Vattenfall v. Germany (II), Oktober 2013, dostopno na http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/vattenfall-icsid-case_oct2013.pdf; (19. 4. 2016); PUBLIC CITIZEN, sprotna opomba 2 navaja vrsto primerov ISDS s priznanimi visokimi odškodninami.

24 International Chamber of Commerce (ICC), Stockholm Chamber of Commerce (SCC), London Court of International Arbitration (LCIA), Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA) idr.

v okviru WTO, medtem ko je to glede investicij težje. Tuji investitor se mora v celoti podrediti delovno-pravni, davčni, okoljski, finančni, potrošniški in drugi zakonodaji države gostiteljice, sicer mu lahko grozijo kazenski postopki in zaporne kazni za vodilne delavce.²⁵ Države se zavedajo, da se bodo morali tudi njeni investitorji v tujini podrediti tem pravilom, zato se z IS vzajemno zavezujejo, da bodo tujim investitorjem zagotavljale najmanj naslednje štiri mednarodne standarde obravnave (1) pravična in poštena obravnava (*fair and equitable treatment*, v nadaljevanju: FET); (2) nediskriminatornost glede na domače subjekte in obravnava po načelu najugodnejše obravnave katerega izmed tujih investitorjev (*national/most-favoured-national treatment*, slednje v nadaljevanju: MFN); (3) razlastitev je možna le zaradi javnega interesa v ustreznem sodnem postopku in ob takojšnji in ustrežni odškodnini in (4) prost prenos sredstev iz naslova investicije. S pristankom na ISDS država utrdi svojo kredibilnost glede spoštovanja teh zagotovil.²⁶

Zaščita tujih investitorjev ima dolgo zgodovino,²⁷ ki sega v leto 1778, ko je bil sklenjen prvi BIS med ZDA in Francijo. Že v kolonialnem obdobju je bil glavni pravni vir zaščite tujih investicij mednarodno običajno pravo, ki pa ga je zavračala v Latinski Ameriki rojena t.i. doktrina »*Calvo*«. Po njej so bili tuji investitorji povsem izenačeni z domačimi in so se spori lahko reševali le pred sodiščem države gostiteljice.²⁸ Ta doktrina, ki sta jo ZDA in Evropa zavračali, je bila opuščena šele v poznih 1980-ih, ko so se države Latinske Amerike začele odpirati tujim naložbam. Reševanje investicijskih sporov z vojaško silo ali diplomacijo pa je bilo odvisno od tega, ali se je bila država pripravljena spustiti v konflikt z drugo državo le zaradi zaščite posameznega investitorja. Zato je prišlo že zgodaj do arbitražnega reševanja investicijskih sporov. Kot tak zgodnji primer se pogosto omenja *Jay Treaty* iz leta 1794, s katerim so

ZDA naklonile britanskim posojilodajalcem možnost arbitraže v sporih zaradi vračanja kreditov proti ameriškim rezidentom.²⁹

Post-kolonialno obdobje sprva zaznamuje velik protekcionizem novih neodvisnih držav, ki so izšle iz dekolonizacije in so se začele zapirati pred tujimi investitorji kot potencialnimi novimi ekonomskimi kolonizatorji in nacionalizirati njihove obstoječe naložbe. Prva BIS je leta 1959 sklenila ZRN s Pakistanom in Dominikansko republiko.³⁰ Do konca 1960-ih jih je bilo sklenjenih 65, ki pa so predvidevali reševanje sporov med podpisnicami (*state-state dispute settlement*, SSDS),³¹ ne pa ISDS. Ker bi jih SSDS lahko zapletel v diplomatske incidente, neodzivnost na kršitve pravic investitorjev pa bi pomenila nespoštovanje IS, je prevladalo spoznanje, da je ISDS primernejši.³²

Na razmah ISDS je močno vplivala že omenjena Konvencija ICSID³³ iz leta 1965, na podlagi katere je bil ustanovljen Mednarodni center za reševanje investicijskih sporov (*International Centre for Settlement of Investment Disputes* – ICSID), ki deluje kot avtonomna institucija pod okriljem Svetovne banke v Washingtonu. Zagotavlja institucionalno okolje za podporo conciliaciji in ISDS. Arbitražna pravila ICSID, ki so najpogosteje uporabljena, omogočajo pravna sredstva znotraj arbitražnega postopka.³⁴

29 Gl. o tem npr. Alvarez, G.A. & Park, W.: The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11 Summer, The Yale Journal of International Law, Inc. (2003), str. 702.

30 Ta sporazum je bil pomemben, ker je kot prvi uvedel tudi t.i. »*umbrella clause*«, ki obveznostim strank iz IS dodaja katerekoli druge obveznosti, ki jih je država prevzela izven investicijskega sporazuma v zvezi z investicijami tujih investitorjev, pri čemer pa arbitražna praksa glede interpretacije te klavzule ni enotna. O tem gl. npr. Božičko, P., Menard, M.: Zaščita naložb v Sloveniji in slovenskih naložb v tujini na podlagi meddržavnih bilateralnih investicijskih sporazumov, Slovenska arbitražna praksa, marec 2013, str. 9.

31 Parra, A.R.: ICSID and Bilateral Investment Treaties, ICSID Review Foreign Investment Law Journal (2000), str. 11; primer še delujočega SSDS je Tribunal Iran – ZDA za mednarodne zahtevke (The Iran-United States Claims Tribunal), ki je bil leta 1981 ustanovljen med Islamsko republiko Iran in ZDA za reševanje določenih zahtevkov državljanov ene države do druge države, ki izhajajo iz dolgov, pogodb, razlastitev ali drugih ukrepov v zvezi lastninskimi pravicami in za določene vrste sporov med državama.

32 Chase, P.H.: supra note 25, str. 219.

33 Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, dostopna na https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf. Danes ima že 159 držav članic.

34 Po 51. lahko stranka zaradi novega, prej nepoznanega dejstva, v 90 dneh od odkritja, pa ne pozneje kot v treh letih od izdaje arbitražne odločbe, zahteva njeno revizijo pred istim ali novim tribunalom. Po 52.

Prva BIS je leta 1959 sklenila ZRN s Pakistanom in Dominikansko republiko. Do konca 1960-ih jih je bilo sklenjenih 65, ki pa so predvidevali reševanje sporov med podpisnicami (*state-state dispute settlement*, SSDS), ne pa ISDS. Ker bi jih SSDS lahko zapletel v diplomatske incidente, neodzivnost na kršitve pravic investitorjev pa bi pomenila nespoštovanje IS, je prevladalo spoznanje, da je ISDS primernejši

Zaščita tujih investitorjev ima dolgo zgodovino, ki sega v leto 1778, ko je bil sklenjen prvi BIS med ZDA in Francijo

25 Chase, P.H.: TTIP, Investor-State Dispute Settlement and the Rule of Law, European View, December Volume 14, Issue 2, (2015), str. 219.

26 Brower, C.N., Schill, S.W., supra note 1, str. 477.

27 Gl. npr. Vandeveld, K.J.: A Brief history of International Investment Agreements, University of California, Davis, Vol. 12:157, (2005), str. 157-194.

28 O tej doktrini gl. npr. Bishop, R.D.: The United States' Perspective Toward International Arbitration with Latin American Parties, New York State Bar Association 8 INT'L PRACTICUM, (Autumn 1995), str. 63-64. Doktrino je vpeljal argentinski diplomat Carlos Calvo kot odgovor na francoske oborožene intervencije v letih 1838 in 1861 zaradi izterjav zahtevkov francoskih državljanov zoper mehiško vlado. Po njej je država svobodna pred kakršnim koli tujim vmešavanjem, vključno s tem, da tuji nimajo drugačnih pravic in privilegijev kot domačini.

Med regionalnimi IS, ki vsebujejo ISDS, se največkrat omenja leta 1994 sklenjeni North American Free Trade Agreement (NAFTA) med ZDA, Kanado in Mehiko

ISDS se zgodovinsko pojmuje kot spodbujevalec vladavine prava

Drugače kot arbitražne odločbe, katerih priznanje in izvršitev sta podvržena domačim predpisom ali izpolnjevanju pogojev po Newyorški³⁵ ali Panamski konvenciji,³⁶ so odločbe po pravilih ICSID neposredno izvršljive, brez možnosti zavrnitve s strani domačega sodišča ali Meddržavnega sodišča OZN.³⁷ Njen 26. člen pa dovoljuje državam, da zahtevajo izčrpanje domačih pravnih sredstev kot pogoj njihovega soglasja na arbitražo.

Negativen vpliv na investiranje v tujini je povzročila pod vplivom Sovjetske zveze leta 1974 sprejeta deklaracija OZN – New International Economic Order (NIEO) in na njeni podlagi listina – Charter of Economic Rights and Duties of States (CERDS), po kateri je lahko država nacionalizirala oz. razlastila tujo lastnino z medlo določbo, da naj bi ob tem lahko, ne pa nujno, plačala primerno odškodnino po svojem nacionalnem pravu. Tudi to je pospešilo sklepanje IS z vključevanjem ISDS.

ISDS se zgodovinsko pojmuje kot spodbujevalec vladavine prava.³⁸ Brez ISDS bi ostala investitorju le še možnost lobiranja³⁹ svoje države za vložitev tožbe pred Meddržavnim sodiščem OZN (ICJ), ki pa se le občasno ukvarja z investicijskimi spori in še to z zelo majhnim številom rzsodb v korist tujih investitorjev. Tudi če ICJ ugotovi kršitev mednarodnega prava, pa investitor ne bo nujno prejel odškodnine od suverene države. Edino izvršilno sredstvo za odločbo ICJ je

členu pa se lahko v 120 dneh od izdaje odločbe zahteva njena razveljavitev zaradi razlogov, kot so napačna sestava senata, prekoračitev pooblastil arbitrov, korupcija, bistvena kršitev postopka ali pa ker odločba ni obrazložena.

35 The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, dostopno na http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf.

36 Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, dostopno na <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-35.html>.

37 Nekateri vidijo možnost zavrnitve le ob uporabi 53. člena Dunajske konvencije o pravu mednarodnih pogodb, po katerem bi bila ta določila konvencije ICSID nična zaradi nasprotja z doktrino mednarodnega prava o nedopustnosti nepoštenih in nepravilnih obravnav, do katere bi lahko prišlo, ker po konvenciji ICSID ni možen sodni preizkus arbitražne odločbe, ki bi lahko vsebovala hujše kršitve mednarodnega javnega reda, tako Barrat, J. W., Michael, M. N.: The "Automatic" Enforcement of ICSID Awards: The Elephant in the Room?, v: The European, Middle Eastern and African Arbitration Review (2014), str. 18-26.

38 Alvarez, G.A. & Park, W., supra note 29, str. 369.

39 Investitor nima pravice zahtevati, da mu vlada podeli diplomatsko zaščito, gl. npr. Künzli, A.V.: Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection, Nordic J Intl 279 (2006).

sprejem resolucije Varnostnega sveta OZN, ki pa ni uporabno v primeru zahteve za denarno odškodnino.⁴⁰

Med regionalnimi IS, ki vsebujejo ISDS, se največkrat omenja leta 1994 sklenjeni North American Free Trade Agreement (NAFTA) med ZDA, Kanado in Mehiko, ki ureja ISDS v 11. poglavju.⁴¹ Pomemben je tudi Energy Charter Treaty (ECT), ki je s 45 podpisniki stopil v veljavo 1998⁴² in ureja ISDS v členih 26 do 28. Kljub nasprotovanju Avstralije so ZDA dosegle, da se ga je v reformirani obliki (uvredba transparentnosti) vneslo tudi v letos podpisani Trans-Pacific Partnership (TPP), ki velja za doslej najbolj ambiciozni regijski IS med dvanajstimi državami⁴³ (členi 9/18 do 9/30). Omenjeni CETA med EU in Kanado⁴⁴ pa v 8. poglavju namesto arbitražnega ISDS kot rečeno uvaja dvostopenjsko sodišče brez pravic strank do imenovanja sodnika.

V IS se ponavljajo bolj ali manj razčlenjena zagotovila glede zaščite investitorjev in investicij, običajno z neomejenim obsegom premoženjskih pravic.⁴⁵ Tudi

40 Vandevelde, K. J. United States Investment Treaties: Policy and Practice, Boston: Kluwer (1992), str. 592.

41 Celoten tekst dostopen na: <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement?mvid=2> (13. 4. 2016).

42 Celoten tekst dostopen na: <http://ec.europa.eu/world/agreements/downloadFile.do?fullText=yes&treatyTransId=1408> (13. 4. 2016).

43 Podpisnice so ZDA, Japonska, Malezija, Vietnam, Singapur, Brunejski otoki, Avstralija Nova Zelandija, Kanada, Mehika, Čile in Peru; celoten tekst dostopen na: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text> (19. 4. 2016).

44 Supra note 13.

45 Pogosto se kot primer zaščite investicij omenja 11. poglavje sporazuma NAFTA, ki v 1122. in 1103. členu zagotavlja tujemu investitorju in njegovim investicijam enako in najboljšo obravnavo kot za katerega drugega tujega investitorja v enakih okoliščinah (glede ustanovitve podjetja, širitve dejavnosti, vodenja in upravljanja, poslovanja, prodaje blaga in storitev in druga razpolaganja z investicijo). 1105. člen zagotavlja investitorjem mednarodne standarde obravnave, vključno z načelom *fair and equitable treatment* in *full protection and security*. 1106. člen našteva vrsto prepovedi omejitev, kot so npr. zahteva države gostiteljice za izvoz določenega odstotka blaga in storitev, določen obseg prodaje domačim kupcem ali odkup blaga in storitev od domačih ponudnikov, omejitve prodaje blaga in storitev na njenem ozemlju itd. Po 1109. členu podpisnice zagotavljajo kakršenkoli prost prenos dobičkov, dividend, obresti, kapitala in raznih plačil, povezanih z investicijo. Razlastitev je po 1110. členu možna le zaradi javnega interesa, na nediskriminatorni podlagi in ob takojšnji in popolni odškodnini po tržnih merilih. 1118. člen predvideva poskus poravnave spora skozi posvetovanje in pogajanja. Če ta ne uspejo pa lahko investitor, če to napove vsaj 90 dni prej in če je minilo šest mesecev od nastanka spora, pod pogoji 1120. člena vložiti zahtevek za postopek pred arbitražo alternativno, bodisi po pravilih ICSID konvencije bodisi po Arbitražnih pravilih UNCITRAL. Po 1121. členu je pogoj vložitev zahtevka za arbitražo, da se investitor strinja z arbitražnim postopkom po tem sporazumu, med tem ko se državi podpisnici sporazuma po 1122. členu že vnaprej zavežeta k arbitražnemu postopku.

CETA se omenja kot primer širokega urejanja zaščite tujih investicij.⁴⁶

Investitorji morajo biti posebej pozorni na pogoje za sprožitev ISDS, ki so lahko različno urejeni. ISDS se lahko izvede le, če je država dala zanj nepreklicno predhodno soglasje. Zlasti pri nekdanjih socialističnih državah je treba biti pozoren, če ni ISDS s sporazumom omejen le na razlastitev ali celo le na spore glede odškodnin za razlastitev. Nekateri IS predvidevajo izključno arbitražni mehanizem ICSID, kar lahko pomeni, da bo investitorju onemogočen dostop do arbitraže, če druga država pogodbenica ni hkrati tudi pogodbenica Konvencije ICSID. Večinoma pa sporazumi omogočajo različne arbitražne forume.⁴⁷ Nekateri vsebujejo klavzulo *fork-in-the-road*, ki daje investitorju možnost nepreklicne izbire med mednarodnimi arbitražnimi, drugi pa klavzulo *no-U-turn*, ki preprečuje paralelne sodne in arbitražne postopke.

Upoštevanje svetovno izražene zahteve po transparentnosti ISDS⁴⁸ je UNCITRAL julija 2013 pripravil pravila o transparentnosti (UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based investor-State Arbitration (the “Rules on Transparency”)), ki so bila uveljavljena 1. aprila 2014.⁴⁹ Po njih je treba objaviti obvestilo o začetku arbitražnega postopka (člen 2) in dokumente kot so odgovor stranke na obvestilo o arbitraži, tožbo, odgovor na tožbo in kakršne koli nadaljnje vloge strank, seznam vseh dokazov, vključno z ekspertnimi mnenji in izjavami prič, če obstajajo, vloge tretjih, ki jih tribunal dopusti, če so relevantna za spor oz. imajo tretji interes (člena 3 in 4), vse pod pogoji, da niso kršena določila o zaupnosti (7. člen). Ob upoštevanju pravil o zaupnosti so zaslišanja glede

dokaznega postopka javna (6. člen). Vsi javno objavljene dokumenti, vključno z arbitražno odločbo, se shranijo pri generalnemu sekretarju UNCIRAL.⁵⁰ Vendar pa ta pravila transparentnosti ne veljajo za spore, ki so bili sproženi pred njihovo uveljavitvijo, razen če bi se države ali stranke v sporu izrecno dogovorile za njihovo upoštevanje. Za olajšanje takšnega *opt in* sistema UNCITRAL pripravlja posebno konvencijo.⁵¹ Tudi ICSID napoveduje, da bo po tem vzoru dopolnil svoja arbitražna pravila.⁵² Podobna določila o transparentnosti vsebujejo tudi novejši modelni BIS-i.⁵³

Smeri reform ISDS

Kot izhodišče za reformo ISDS bom najprej zavrnil najpogostejši ugovor civilnodružbenih gibanj, da ISDS omejuje pravo držav do regulacije. Nato se bom ukvarjal z vprašanji poenotenja razlage mednarodnih standardov obravnave tujih investitorjev in ustrežnejših formulacij v IS za izognitev nekonsistentnosti med arbitražnimi odločbami. Obravnaval bom tudi nekatere predloge možnih postopkovnih izboljšav.

Pravica države do regulacije

Zmotne so razlage, da naj bi morala država ob vsaki spremembi regulacije, ki bi omejevala dobiček, plačati investitorju odškodnino, ker tega ni pričakoval in naj bi bilo s tem kršeno pravilo FET. Tudi če v IS ni določb o pravici do regulacije, lahko država po splošnih pravilih mednarodnega običajnega prava zaradi zaščite javnega interesa brez odškodnine spremeni regulacijo, če je ukrep razumen, nediskriminatoren in ni pretiran. Tega se mora zavedati vsak investitor. Nerazumen bi bil ukrep, če bi država s sklicevanjem na varnost ljudi npr.

Upoštevanje svetovno izražene zahteve po transparentnosti ISDS je UNCITRAL julija 2013 pripravil pravila o transparentnosti (UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based investor-State Arbitration (the “Rules on Transparency”)), ki so bila uveljavljena 1. aprila 2014

Zmotne so razlage, da naj bi morala država ob vsaki spremembi regulacije, ki bi omejevala dobiček, plačati investitorju odškodnino, ker tega ni pričakoval in naj bi bilo s tem kršeno pravilo FET

46 Gl. npr. Bierbrauer, E.: In-depth Analysis of the Negotiations on the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), Directorate General for External Policy (October 2014), dostopno na [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2014/536410/EXPO_IDA\(2014\)536410_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2014/536410/EXPO_IDA(2014)536410_EN.pdf) (15. 4. 2016).

47 Zlasti ICC International Court of Arbitration, London Court of International Arbitration, Stockholm Chamber of Commerce Arbitration ali pa ad hoc arbitraže po pravilih UNCITRAL.

48 UNCITRAL: Delivering Justice: Programme of action to strengthen the rule of law at the national and international levels, Report of the Secretary-General (2012), A/66/749.

49 Isti dan je začela veljati tudi sprememba arbitražnih pravil UNCITRAL, s katero je bil leta 2013 vključen nov četrty odstavek 1. člena, ki določa, da ta pravila v postopkih ISDS vključujejo tudi pravila o transparentnosti, revidirana pravila dostopna na <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf>.

50 O pravilih podrobneje npr. Johnson, L. *et al.*: New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps, publikacija CIEL, IISD in Vale Columbia Center on International Investment (August 2013); ali pa Caron, D.D. & Caplan, L.M.: Review of The UNCITRAL Arbitration Rules – A Commentary, Berkeley Journal of International Law, Volume 33 (2015), str. 294 – 305.

51 Draft report of the United Nations Commission on International Trade Law, 46th Session (8 – 9 July 2013), A/CN.4/XLVI/CRP.1/Add.3, str. 28 – 35.

52 McIntosh, T.: ICSID Secretary General Plans to Propose Transparency Changes, dostopno na <http://www.freedominfo.org/2014/06/icsid-secretary-general-plans-propose-transparency-changes/> (26. 4. 2016).

53 Npr. 2012 US Model Bilateral Investment Treaty, člen 29, dostopno na <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> (22. 4. 2016), ali pa Model Indian Bilateral Investment Treaty, člen 22, dostopno na http://finmin.nic.in/the_ministry/dept_eco_affairs/investment_division/ModelBIT_Annex.pdf (25. 4. 2016).

Arbitražna praksa potrjuje, da FET in koncept posredne razlastitve ne dajeta investitorju absolutne pravice do odškodnine, ampak pričakujeta od države skrbno tehtanje med zaščito pravic investitorjev in nasprotnimi javnimi interesi

V izogrnitev težavam pri interpretaciji pravic držav do regulacije nekateri predlagajo, naj se v IS vnesejo dovoljene omejitve po vzoru XX. člena GATT

prepovedala proizvodnjo hitrih športnih avtomobilov. Arbitražna praksa potrjuje, da FET in koncept posredne razlastitve ne dajeta investitorju absolutne pravice do odškodnine, ampak pričakujeta od države skrbno tehtanje med zaščito pravic investitorjev in nasprotnimi javnimi interesi. Velika večina arbitražnih tribunol uporablja t.i. *policy power* doktrino pri tehtanju, ali je investitor zaradi državnega ukrepa upravičen do odškodnine.⁵⁴ Od suverene odločitve države pa je odvisno, če in v kakšnem obsegu zaradi spodbujanja tujih investicij v IS pristane na klavzulo o stabilnosti (angl. *stabilisation clause*), na podlagi katere sprememba regulacije v času trajanja tuje investicije nanjo ne vpliva oz. ima investitor pravico do odškodnine.⁵⁵

Pravico držav do nediskriminatorne regulacije brez odškodnine dobro ilustrira primer ICSID *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*.⁵⁶ Norveška družba za izgradnjo in poslovanje s parkirnimi površinami je tožila Litvo, ker je mesto Vilnius po spremenjenem zakonu o lokalni samoupravi zavrnilo njen projekt parkirnih površin v zgodovinskem delu mesta, istočasno pa je v starem delu mesta dovolilo gradnjo parkirišč nizozemski družbi. Tožnica se je poleg kršitve FET, ker naj bi »razumno pričakovala« stabilnost pravnega sistema, sklicevala tudi na kršitev MFN. V točki 332 odločbe je tribunal poudaril, da ima država neodtujljivo pravico izvajanja svoje suverene zakonodajne oblasti. V času izvajanja investicije lahko sprejme zakon, ga spremeni ali razveljavi, razen če bi obstajala v investicijskem sporazumu *klavzula o stabilnosti* ali če bi država z drugačnim ravnanjem investitorju zagotovila, da zakona ne bo spremenila. Zavrnitev očitka kršitve pravila MFN pa je tribunal utemeljil v točki 396. z razlago, da je pogoj njegove kršitve različno obravnavanje drugega investitorja v »podobnih okoliščinah.«

54 Brower, C.N., Schill, S.W, supra note 1, str. 484 – 485.

55 Obstajata dve temeljni vrsti klavzul o stabilnosti. Prva je t.i. *freezing clause*, po kateri nobene spremembe regulacije ne vplivajo na investicijo. Druga pa je t.i. *economic equilibrium clause*, ki ima dve obliki, *rigidno* in *fleksibilno*. Po *rigidni* velja nova regulacija tudi za investicijo, vendar mora država investitorju plačati odškodnino, po *fleksibilni* pa se morata država in investitor pogajati za nov dogovor o alokaciji rizika ali izgub/koristi glede na spremenjeno regulacijo. Klavzule o stabilnosti so sicer predmet kritičnega spremljanja javnosti in akademske sfere zaradi bojazni, da bi bile neuravnotežene z *bona fide* spremembami regulacije v interesu človekovih pravic, zlasti v državah izven OECD. Gl. o tem npr. Nelson, A.: Investments in the deep freeze? Stabilization clauses in investment contracts, Kluwer Arbitration Blog (November 9, 2011), dostopno na: <http://kluwerarbitrationblog.com/2011/11/09/investments-in-the-deep-freeze-stabilization-clauses-in-investment-contracts/> (28. 4. 2016).

56 *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, dostopno na <http://www.italaw.com/cases/812> (19. 4. 2016).

Ugotovil je, da okoliščine pri obeh podjetjih niso bile podobne, saj bi norveški projekt v nasprotju z nizozemskim veliko bolj posegel v samo kulturno jedro starega mesta blizu katedrale.

V primeru *Ioan Micula and others v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, v zvezi z zatrjevano kršitvijo FET zaradi preklica subvencij, pa je tribunal ugodil zahtevku investitorjev zaradi regulatorne spremembe. Najprej je ugotovil, da FET ne jamči investitorju regulatorne stabilnosti *per se* in da mora pričakovati spremembe zakonodaje (tč. 666). Za tribunal je bilo nato odločilno ali je država s svojimi izjavami ali ravnanjem povzročila utemeljeno pričakovanje investitorja, da subvencije ne bodo umaknjene. Ugotovil je, da je v spletu načina predstavitve namena subvencije, dodeljenega "stalnega investicijskega certifikata" in drugega ravnanja Romunije investitor lahko utemeljeno pričakoval, da bodo subvencije na voljo v enaki obliki kot po prvi ponudbi v trajanju desetih let (tč. 677).⁵⁷

Tudi v primeru *Tecmed v. Mexico* je tribunal španškemu investitorju priznal odškodnino, ker mu vladna agencija ni obnovila letne licence za ravnanje z nevarnimi odpadki. Tribunal je ugotovil, da nekateri prekrški s strani investitorja niso kršili zaščite okolja, ekološkega ravnotežja in javnega zdravja, ki bi utemeljevali odvzem licence, ampak je bila njena odklonitev posledica političnega pritiska nove lokalne oblasti na agencijo zaradi zahtev prebivalcev, naj se odpadno jamo zapre in dejavnost prestavi na drugo lokacijo.⁵⁸

V izogrnitev težavam pri interpretaciji pravic držav do regulacije nekateri predlagajo, naj se v IS vnesejo dovoljene omejitve po vzoru XX. člena GATT,⁵⁹ ki določa, da lahko države nediskriminatorno in ne da bi šlo za prikrit način omejevanja mednarodne trgovine, sprejmejo omejitve trgovanja zaradi varovanja javne morale, javnega zdravja, okolja, oskrbe z vodo,

57 Celotna odločba dostopna na <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf> (25. 4. 2016).

58 *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. ("Tecmed") v. Mexico* ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 43 I.L.M. 133 (2004), glej točke 124. do 126. in 192., dostopno na https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC602_En&caseId=C186 (29. 4. 2016).

59 Gl. npr. Collins, D.: The Line of Equilibrium: Improving the Legitimacy of Investment Treaty Arbitration through the Application of the WTO's General Exceptions, 27 August 2014, Social Sciences Research Network, dostopno na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2487778&download=yes (19. 4. 2016), gl. tudi UNCTAD, supra 4, str. 140 – 141.

kulturne dediščine, omejitve izvoza določenih surovin zaradi zagotovitve zadostnih količin za domačo proizvodnjo idr.⁶⁰ Dovoljene regulatorne omejitve so podobno opredeljene tudi v XIV. členu GATS.⁶¹ Primere sklicevanja na izjeme po XX. členu GATT in XIV. členu GATS najdemo npr. v FTA med Kitajsko in Nov Zelandijo⁶² in v ASEAN Comprehensive Investment Agreement.⁶³

Nekateri avtorji ugotavljajo, da so dovoljeni zakonodajni ukrepi držav v IS premalo določno opredeljeni, s čimer je lahko povezana tendenca arbitrov po ožji razlagi možnih zakonodajnih omejitev.⁶⁴ Menijo, da bi morali bolj izčrpnemu in določnemu seznamu možnih omejitev dodati tudi nove oblike zaščite, npr. pred klimatskimi spremembam, spletnimi goljufijami, krajo identitete itd.⁶⁵

Vendar pa se mi zdijo utemeljeni tudi pomisleki drugih glede vprašljivosti prepisovanja splošnih izjem iz GATT/GATS v IS, saj lahko to privede do nasprotnega učinka, če bi si arbitri razlagali, da druge regulatorne omejitve, razen naštetih, niso možne. Eden od razlogov, zakaj International Institute for Sustainable Development ni vključil splošnih izjem po vzoru XX. člena GATT v svoj Model International Investment Agreement for Sustainable Development,⁶⁶ je bila prav bojazen, da bi se na podlagi jurisprudence GATT splošne izjeme razlagalo preveč ozko in s tem dejansko omejilo javne politike.⁶⁷ To se navezuje na ugotovitve,

da so pravila WTO prilagojena mednarodni trgovini in ne specifični investiranju.

IS bi lahko vsebovali tudi rešitev, da se primer sklicevanja države na izjemo v javnem interesu posreduje skupnemu odboru podpisnic, ki poda za tribunal obvezno interpretacijo o njeni utemeljenosti.⁶⁸ Države že uvajajo takšne skupne interpretacije.⁶⁹

Da ustrezno dogovorjeni IS ne omejujejo pravic držav do regulacije, dokazuje primer ZDA, ki imajo sklenjenih več kot 60 investicijskih in prostotrgovinskih sporazumov, pa se iz obsega njihovega Code of Federal Regulation (CFR)⁷⁰ vidi, da niso omejene pri regulaciji.⁷¹

Analiza (dostopnih) 163 primerov ICSID od skupaj 264 zaključenih v letu 2013 je pokazala, da je bilo le 9% sporov sproženih zaradi zakonodaje, vsi ostali pa so posledica diskrecijskih odločitev izvršilnih organov različne ravni. To potrjuje nepreverjenost in pretiranost ocen, da ISDS posega v pravico držav do regulacije. Nasprotno, s primeri ISDS bi si demokratična država lahko pomagala pri odpravljanju zlorab svoje izvršilne oblasti.⁷²

Navedeno potrjuje, kako pomembno izhodišče reforme ISDS bi bilo poenotenje razumevanja pravice države gostiteljice investicije do regulacije, tako z vidika dela tribunalov kot tudi vtisa v javnosti.

Da ustrezno dogovorjeni IS ne omejujejo pravic držav do regulacije, dokazuje primer ZDA, ki imajo sklenjenih več kot 60 investicijskih in prostotrgovinskih sporazumov, pa se iz obsega njihovega Code of Federal Regulation (CFR) vidi, da niso omejene pri regulaciji

60 Besedilo člena XX GATT dostopno na https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/art20_e.pdf.

61 Besedilo člena XIV GATS dostopno na https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/gats_02_e.htm (19. 4. 2016).

62 China – New Zealand Free Trade Agreement, April 2008, člen 200, dostopno na https://www.mfat.govt.nz/assets/_securedfiles/FTAs-agreements-in-force/China-FTA/NZ-ChinaFTA-Agreement-text.pdf (15. 4. 2016).

63 Razdelek A, člen 7, dostopno na <http://investasean.asean.org/index.php/page/view/asean-comprehensive-investment-agreement-aci---section-a/view/799/newsid/842/article-17--general-exceptions.html> (15. 4. 2016).

64 Collins, D.: supra note 59, str. 13.

65 Ibid, str. 15.

66 Model je dostopen na https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf (19. 4. 2016).

67 Newcombe, A.: General Exceptions in International Investment Agreements, Draft Discussion Paper, Prepared for BIICL Eight Annual WTO Conference Law (13/14 May 2008), British Institute of International and Comparative Law, str. 3, 8 in 9; http://www.biicl.org/files/3866_andrew_newcombe.pdf (15. 4. 2016). Gl. o tem tudi Cosbey, A.: The Road to Hell? Investor Protections in NAFTA's Chapter 11, v Zarsky, L. ed., International Investment for Sustainable Development: Balancing Rights and Rewards, London: Earthscan Press (2005), str. 150 – 171.

68 UNCTAD, supra note 4, str. 141.

69 Gl. npr. NAFTA Free Trade Commission: Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, 31 July 2001, dostopno na http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp; (19. 4. 2016) ali pa npr. izmenjavo diplomatskih not med Argentino in Panamo glede tega, da se standard MFN ne uporablja glede ISDS v sporazumih s tretjimi državami, gl. o tem v *National Grid plc v. The Argentine Republic*, točka 85 dostopno na <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0553.pdf> (19. 4. 2016).

70 Dostopen na https://www.gpo.gov/help/index.html#about_code_of_federal_regulations.htm (8. 4. 2016).

71 Rivkin, D.W.: Investor-State Arbitration (ISDS) and the New York Convention, Chartered Institute of Arbitrators Centenary Conference, London July 2015, Chartered Institute of Arbitrators, Vol. 82, No.1, (February 2016), str. 36.

72 Caddel, J., Jensen, N.M.: Which country government actors are most involved in disputes with foreign investors?, Vale Columbia Center on Sustainable Investment, 28 April 2014, No. 120, dostopno na: <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-120-Caddel-and-Jensen-FINAL-WEBSITE-version.pdf> (18. 4. 2016).

Primeri nekonsistentnosti med arbitražnimi odločbami

Do velikega števila primerov medsebojne nekonsistentnosti arbitražnih odločb prihaja iz več razlogov. Različni tribunali si različno razlagajo določen pravni standard v istem IS, pridejo do različnih zaključkov ob presoji istih dejstev, kadar povezani investitorji vlagajo tožbene zahtevke na podlagi različnih IS, ali pa pridejo do različnih zaključkov iz podobnih poslovnih situacij in pravic investitorjev.⁷³ Obstajajo le omejene možnosti izpodbijanja teh nekonsistentnosti na podlagi arbitražnih pravil⁷⁴ ali na nacionalnih sodiščih in to ne zaradi napačne uporabe materialnega prava ali zmotne oz. nepolne ugotovitve dejanskega stanja.⁷⁵ V svetovni literaturi se kot primer nekonsistentnosti arbitražnih odločb pogosto omenjata vzporedna primera *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic* pred stockholmskim tribunalom in *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic* pred londonskim iz leta 2001.⁷⁶ Prvi je potekal na podlagi BIS med Nizozemsko in Češko, drugi pa na podlagi BIS med ZDA in Češko. Ameriški podjetnik Lauder je bil na Češkem preko nizozemske družbe večinski lastnik zasebne televizijske hiše CME. Ta družba in Lauder posebej sta tožila Republiko Češko, potem ko je družba utrpela izgube, ker je njen češki partner razdril pogodbo o poslovnem sodelovanju ob zatrjevanem vmešavanju državne agencije za medije. Londonski tribunal je prišel do zaključka, da kljub nekaterim kršitvam BIS Češka ni odškodninsko odgovorna, ker nobeno dejanje ali opustitev državne agencije ni povzročilo Lauderjevi investiciji neposredne ali posredne škode. Deset dni pozneje pa je stockholmski tribunal v celoti ugodil enakim zahtevkom družbe CME in ji priznal več kot 300 mio USD odškodnine. Češka je to odločbo neuspešno izpodbijala pred sodiščem, ki je utemeljilo, da nima pravnih podlag za uskladitev obeh odločb. Proučilo je tudi ali lahko na podlagi pravila *o res judicata* ali *lis pendens*

razveljavi odločbo, vendar je ni z utemeljitvijo, da sta bila tožnika formalno dve stranki, spor pa se je razreševal na podlagi dveh BIS z različnima državama.⁷⁷ Konvencija ICSID in njena dodatna pravila tako kot tudi večina IS nima določb o združevanju zahtevkov in lahko pride do njih le s soglasjem strank. Oba primera sta povezana tudi z neobstojem določb o možnosti združitve postopkov v BIS-ih, ki jo uvajajo novejši modelni BIS-i.⁷⁸ V praksi se je problem nekonsistentnosti odločb na podlagi istih okoliščin reševal tudi tako, da so stranke lahko imenovalle iste razsodnike.⁷⁹ Prihodnji oz. modificirani IS-i bi torej morali vsebovati določbe o združevanju postopkov ali pa vsaj klavzulo, da se šteje primer, ko je bilo o istem vprašanju že odločeno v korist drugega investitorja, za *res iudicata*.⁸⁰

Do problema nekonsistentnosti med arbitražnimi odločbami pa prihaja predvsem zaradi različne interpretacije standardov zaščite investitorjev in investicij, ki jih bom obravnaval v nadaljevanju.

Načelo poštene in enakopravne obravnave (FET)

FET je postal praktično v vseh ISDS vseobsegajoči standard, na katerega se investitorji sklicujejo, kadar koli menijo, da je ravnanje države nepošteno.⁸¹ Veliko je negotovosti glede natančnega pomena tega standarda. Razmerje med njim in načeli mednarodnega običajnega prava glede *minimalnega standarda obravnave (MST/CIL)*, na katerega se IS sklicujejo, odpira številna vprašanja interpretacije, ki so bila do sedaj v glavnem prepuščena *ad hoc* tribunalom.⁸² Gre za temeljno

FET je postal praktično v vseh ISDS vseobsegajoči standard, na katerega se investitorji sklicujejo, kadar koli menijo, da je ravnanje države nepošteno

73 Franck, S.D., supra note 3, str. 1545 – 1546.

74 Glej supra note 34.

75 Po nacionalnem arbitražnem pravu sedeža arbitraže so možnosti sodne razveljavitve arbitražne odločbe omejene zgolj na nekatere proceduralne razloge podobno kot po Newyorški konvenciji glede preprečitve izvršbe: nesposobnost strank, neveljavnost arbitražnega sporazuma, neobveščenost stranke o postopku, odločba se nanaša na spor, ki ga arbitražni sporazum ne predvideva, odločba je *ultra* ali *extra petita partium*, napake v sestavi tribunala idr.

76 Gl. npr. Buffard, I. *et al.*: International law between universalism and fragmentation: festschrift in honour of Gerhard Hafner, Nijhoff Publishers, (2008), str. 116, oba sta potekala po pravilih UNCITRAL.

77 Odločba Svea Court of Appeal dostopna na [http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:iic/63-2003.case.1/IIC063\(2003\)D.pdf](http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:iic/63-2003.case.1/IIC063(2003)D.pdf); (20. 4. 2016). Pogosto citirani primer vzporednih postopkov so tudi primeri ICSID zoper Argentino v času njene gospodarske krize po letu 2001 na podlagi BIS-ov sklenjenih v 1990-ih.

78 Npr. 2012 US Model Bilateral Investment Treaty, člen 33, supra note 52.

79 Po priporočilu sekretariata ICSID sta bila pred istim tribunalom, ki mu je predsedoval nekdanji ugledni predsednik ICC International Court of Arbitration Robert Briner, obravnavana dva primera na podlagi BIS-a med Italijo in Marokom: *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4 in *Consortium RFCC v. Royaume du Maroc*, ICSID Case No. ARB/00/6.

80 UNCTAD: Investor-State Disputes arising from Investment Treaties: A Review, United Nation, New York and Geneva (2005), str. 18, dostopno na http://unctad.org/en/Docs/iteit20054_en.pdf (22. 4. 2016).

81 Dozler, R.: Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties, *The International Lawyer* Vol. 39, No. 1 (Spring 2005), str. 87.

82 UNCTAD, supra note 4, str. 137, gl. tudi UNCTAD (2012a): Fair and Equitable Treatment: A Sequel, UNCTAD Series on ISSUES in International Agreements, New York and Geneva: United Nations, dostopno na http://unctad.org/en/Docs/unctadiaeia2011d5_en.pdf (12. 4. 2016).

vprašanje, ali je FET jamstvo minimalne obravnave po mednarodnem pravu ali neko dodatno jamstvo s samostojnim pomenom. Če je FET dodatna pravica, potem se lahko investitor izogne testu presoje kršenja minimalnih pravic po mednarodnem pravu, ki utemeljuje odškodnino le zaradi *nezaslišanih oz. pretiranih angl. egregious* kršitev pravic. Na podlagi člena 1105 NAFTA so tribunali FET v več primerih diametralno različno razlagali.⁸³ Vse tri države podpisnice so zato sprejele interpretativno noto, po kateri pomeni standard pravične in poštene obravnave zgolj minimum pravic po mednarodnem običajnem pravu.⁸⁴ Posebna težava je uporaba FET kot zavarovanje *legitimnih pričakovanj* investitorja. Široka razlaga FET lahko omeji možnost držav za spremembo kakršnih koli pravil glede investicijske politike ali uvedbo novih, če bi imela negativen učinek za tuje investitorje. V nasprotju s t.i. nekvalificiranimi FET standardi⁸⁵ vsebujejo novejši IS nekoliko jasnejše definicije z navezavo na mednarodno običajno pravo.⁸⁶ FET lahko razumemo kot ravnanje

v skladu z vladavino pravo, tako da so zagotovljena temeljna materialna in postopkovna pravila glede stabilnosti in predvidljivosti pravnega sistema.⁸⁷

Preseganje interpretativnih problemov FET bi se dalo v reformiranih ali novih IS doseči s sklicevanjem na MST/CIL, kar lahko zviša prag države na najbolj očitna in groba odrekanja pravice. Vendar je ta rešitev lahko še vedno nezadostna, saj tudi pojem MST/CIL še zdaleč ni jasen.⁸⁸ Druga možnost je razjasnitev FET s primeroma naštetimi obveznostmi države, npr. država ne sme odreči pravice v kazenskih, civilnih in upravnih postopkih, ali pa npr., da FET ne vsebuje zaveze države, da ne bo spremenila zakonodaje. Boljša kot indikativna odprta lista bi bila zaprta lista bolj specifičnih obvez, npr. prepoved odreka pravice v očitno kršenem postopku, očitni drugi zlorabi itd. Rešitev je lahko tudi v tem, da države pogodbenice zahtevajo občasne modifikacije vsebine FET.⁸⁹ Nekateri IS sploh ne omenjajo FET, kar pa znižuje njihov zaščitni pomen.⁹⁰

Najugodnejša obravnava katerega izmed tujih investitorjev (MFN)

Standard MFN je poleg FET eno ključnih vprašanj, s katerim se ukvarjajo snovalci reforme ISDS. Investitorji se največkrat sklicujejo na kršitev MFN s tem, da niso bili deležni tako *investor-friendly* obravnave, kot jo imajo investitorji na podlagi BIS, ki jih je sklenila država gostiteljica z drugimi državami. Kar nekaj

Preseganje interpretativnih problemov FET bi se dalo v reformiranih ali novih IS doseči s sklicevanjem na MST/CIL, kar lahko zviša prag države na najbolj očitna in groba odrekanja pravice. Vendar je ta rešitev lahko še vedno nezadostna, saj tudi pojem MST/CIL še zdaleč ni jasen

Široka razlaga FET lahko omeji možnost držav za spremembo kakršnih koli pravil glede investicijske politike ali uvedbo novih, če bi imela negativen učinek za tuje investitorje

83 Franck, S.D., supra note 3, str. 1576 – 1580, navaja naslednja primera. V primeru *S.D. Myers, Inc. v. Canada* (2000) je Kanada sprejela navidezno nevtralni ukrep za zadostitev Bazelski konvenciji o prometu s polikloriranimi bifenili (PCB), tako da je prepovedala njihovo prevažanje čez mejo. S tem pa je onemogočila dejavnost ameriškega podjetju, ki je zgradilo v Kanadi investicijo za ravnanje z odpadki, ker ni moglo več voziti PCB v ZDA na očiščenje. Tribunal je izvedel za izjave vladnih uradnikov, da bodo s temi odpadki ravnala le kanadska podjetja v Kanadi. Tribunal je obrazložil, da pojma »pravično in pošteno« v členu 1105 NAFTA ni mogoče brati brez povezave s pojmom »obrnava v skladu z mednarodnim pravom«. V tem primeru je tribunal prepoznal vladni protekcionistični in diskriminatorni namen favoriziranja domačih podjetij in s tem kršitev člena 1105. V primeru *Metalclad Corporation v. United Mexican States* se je podjetje pred realizacijo investicije posvetovalo z vladnim uradom glede pogojev, ki jih mora izpolnjevati za ravnanje z nevarnimi odpadki. Po tem ko je menilo, da jih je na podlagi tega posvetovanja izpolnilo in je bila investicija realizirana, pa mu je lokalna oblast dejavnost prepovedala, češ da ne izpolnjuje vseh pogojev. Tribunal je člen 1105 interpretiral skozi splošno pravilo razlage po 31. členu Dunajske konvencije o pravu mednarodni pogodbi, ki obsega širši kontekst, kakršnega predstavljajo tudi določila NAFTA o namenu podpisnic, da zagotovijo transparentnost. Tribunal je utemeljil, da država investitorju, ki je pričakoval, da bo z njim v skladu z NAFTA ravnala pošteno in pravično, ni zagotovila transparentnosti in s tem kršila FET. S tem si je očitno razlagal, da pomeni FET nekaj dodatnega, kar v NAFTA presega minimalni standard obravnave po mednarodnem običajnem pravu. Odločbo je sodišče v tem delu razveljavilo, vendar so se na njene utemeljitve oprli tudi drugi tribunali, dokler niso podpisnice sprejele interpretativne note.

84 North American Free Trade Agreement, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions NAFTA Free Trade Commission, July 2001, dostopno na http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp (19. 4. 2016).

85 Npr. Belgium –Luxembourg Economic Union – Tajikistan BIT (2009), Article 3: "All investments made by investors of the Contracting Party shall enjoy a fair and equitable treatment in the territory of other Contracting Party", dostopno na <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/418> (12. 4. 2014).

86 Npr. ASEAN - Australia - New Zealand Free Trade Area (2009) v

Chapter 11, Article 6: Treatment of Investment. "1. Each Party shall accord to covered investments fair and equitable treatment and full protection and security. 2. For greater certainty: a) fair and equitable treatment requires each Party not to deny justice in any legal or administrative proceedings; b) full protection and security requires each Party to take such measures as may be reasonably necessary to ensure the protection and security of the covered investment; and c) the concept of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required under customary international law, and do not create additional substantive rights," dostopno na https://www.mfat.govt.nz/assets/_securedfiles/FTAs-agreements-in-force/AANZFTA-ASEAN/Agreement-Establishing-the-ASEAN-Australia-New-Zealand-Free-Trade-Area-1.pdf; (12. 4. 2016).

87 Brower, C.N., Schill, S.W., supra note 1, str. 487.

88 Porterfield, M.C.: An International Commercial Law of Investor Rights, Journal of International Law, Volume 27, 2006, str. 113, navaja, da nedoločnost minimalnega standarda obravnave investitorja ne more služiti kot pravna norma, ker državi ne pove natančno, kakšna obravnava je prepovedana. Navaja tudi, da je zato določitev vsebine FET v konkretnem primeru še naprej prepuščena arbitrom ali pa se to prepusti pritožbenemu organu.

89 Povzeto po UNCTAD, supra note 4, str. 137 – 138.

90 Gl. npr. Bangladesh – Uzbekistan BIT (2000), Australia – Singapore FTA (2003), Turkey – United Arab Emirates BIT (2005).

Določbe IS običajno zagotavljajo zaščito tako pred neposrednimi kot posrednimi razlastitvami. Po mednarodnem pravu je razlastitev dopustna le, če je v javnem interesu, nediskriminatorna, izvedena v ustreznem zakonitem postopku in proti takojšnji in ustrezni odškodnini

tribunalov je upoštevalo sklicevanje na MFN, ko so se investitorji želeli npr. izogniti pogoju, da morajo pred ISDS izkoristiti vsa domača pravna sredstva, česar BIS s tretjo državo ni določil, ali pa da je reševanje sporov ugodneje urejeno po BIS s tretjo državo.⁹¹ Sklicevanje na posamične ugodnejše rešitve po različnih BIS s tretjimi državami otežuje pogajanja za nove sporazume in uporabo obstoječih.

Tu je možnih več rešitev v reformiranih IS, npr.: sklicevanje na prejšnje ali druge klavzule glede ISDS in drugih obveznosti ni možno; MFN se uporabijo le za investitorje/investicije v podobnih okoliščinah; določijo se lahko izjeme od MFN; ali pa črtanje pravila MFN.⁹² Kot primer uporabe MFN v podobnih okoliščinah se navaja BIS med Hrvaško in Azerbajdžanom.⁹³

Nacionalna obravnava

Zlasti države v razvoju imajo lahko vrsto razlogov za omejitev standarda nacionalne obravnave. Lahko želijo npr. nakloniti ugodnejšo obravnavo domačim investitorjem v zvezi s socialnim ali ekonomskim pomanjkanjem manjšin ali etničnih skupin ali v zvezi s podpornimi programi za lokalne start-upe ipd. To se lahko doseže tako, da se nediskriminatornost v IS pogojuje s *podobnimi okoliščinami* in z opredelitvijo kriterijev, kdaj gre za takšne okoliščine.⁹⁴

91 V primeru *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20, 3 July 2013, para 85, je tribunal utemeljil, da ni razloga, da se ne bi pristanek Turkmenistana v BIS s Švico na arbitražo ICSID uporabil tudi za britanskega investitorja, če je arbitraža ICSID ali izbira med to in arbitražo UNCITRAL ugodnejša od določil glede reševanja spora po BIS med Turkmenistanom in Veliko Britanijo, odločba dostopna na: <http://www.italaw.com/cases/2176#sthash.sH10D2o.dpuf>; (11. 4. 2016). V drugem primeru *Kilic v. Turkmenistan* na podlagi BIS s Turčijo (ICSID Case No. ARB/10/1) Award, 2 July, para 7.9.1, pa tribunal takšnega sklica na ugodnejši BIS Turkmenistana s Švico ni dopustil.

92 UNCTAD, supra note 4, str. 136.

93 Art 4/2: "For greater certainty, the concept "in like circumstances" requires an overall examination, on a case-by-case basis, of all the circumstances of an investment, including, inter alia its effect on third persons and the local community, its effect upon local, regional and national environment, the sector the investor is in; the aim of the measure of concern; the regulatory process generally applied in relation to a measure of concern; and other factors directly relating to the investor or investment in relation to the measure of concern. The examination shall not be limited or biased towards any one factor"; MIS dostopen na: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/treaty/292> (11. 4. 2016).

94 Npr. nov Indian Model BIT 2016 v členu 4.1 določa: "Each Party shall not apply to investment made by investors of the other Party measures that accord less favorable treatment than that it accords, in like circumstances, to its own investors or to investments by such investors with respect to management, conduct, operation, sale or other disposition of Investment in its territory". V opombi pa takole pojasnjuje pomen "enakih okoliščin": "For greater certainty, whether treatment is accorded in "like circumstan-

Posredna razlastitev

Določbe IS običajno zagotavljajo zaščito tako pred neposrednimi kot posrednimi razlastitvami. Po mednarodnem pravu je razlastitev dopustna le, če je v javnem interesu, nediskriminatorna, izvedena v ustreznem zakonitem postopku in proti takojšnji in ustrezni odškodnini.⁹⁵ Posredna razlastitev se opredeljuje kot odvzem praktično vse koristi iz investicije, vendar brez prenosa lastnine (npr. visoka obdavčitev, onemogočanje dostopa do infrastrukture, obremenitev z neutemeljenim pravnim režimom, omejitev delovne sile, postavitve prisilne uprave, odvzem licenc, spremembe kreditnih pogojev idr.).⁹⁶

V IS bi bilo potrebno v zvezi z zaščito investitorjev pred posredno razlastitvijo opredelitvam kot so: investicije investitorjev držav podpisnic ne bodo razlašene, nacionalizirane ali podvržene katerim koli učinkom, enakovrednim razlastitvi ali nacionalizaciji ipd.,⁹⁷ dodati še takšne, ki opišejo, kdaj ne gre za posredno razlastitev zaradi že omenjene dopustne regulacije v javnem interesu brez odškodnine.⁹⁸

ces« depends on the totality of the circumstances, including whether the relevant treatment distinguishes between investors or investments on the basis of legitimate regulatory objectives. These circumstances include, but are not limited to, a) the goods or services consumed or produced by the investment; b) the actual and potential impact of the investment on third persons, the local community, or environment, c) whether the investment is public, private, or state-owned or controlled, and d) the practical challenges of regulating the investment," dostopno na http://finmin.nic.in/the_ministry/dept_eco_affairs/investment_division/ModelBIT_Annex.pdf (26. 4. 2016).

95 Gl. npr. UNCTAD: Expropriation: A Sequel, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, New York and Geneva: United Nation, (2011a), 141 strani.

96 Odmevni primer posredne razlastitve je npr. Iran – US Claims Tribunal case: *Starrett Housing Corporation, Starrett System, Inc., Starrett Housing International, Inc., v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Omran, banka Mellat* (case no.24), obrazložitev v točkah I(ii) in II(iii), dostopno na http://www.biicl.org/files/3945_starrett_housing_synopsis.pdf, (26. 4. 2016).

97 Primere takšnih določb najdemo npr. v Cameroon – Mali BIT, 2001, Article 6.1; Israel – Estonia BIT, 1994, Article 5. Idr. O posredni razlastitvi glej npr. Nikiema, S.H.: Best Practices Indirect Expropriation, International Institute for Sustainable Development, 2012, dostopno na http://www.iisd.org/pdf/2012/best_practice_indirect_expropriation.pdf (12. 4. 2016).

98 Sporazum CETA npr. v členu 8.12 členu pojasnjuje, da legitimni ukrepi za zaščito zdravja, varnosti in okolja ne pomenijo posredne razlastitve. Samo ukrepi, ki so očitno pretirani lahko privedejo do posredne razlastitve, če je investitor bistveno prikrajšan v svojih temeljnih lastninskih upravičenjih v zvezi z investicijo. Samo dejstvo, da ukrep povečuje stroške investitorja, še ne pomeni posredne razlastitve.

Izjeme od prostega prenosa sredstev

Večina IS vsebuje klavzule o prostem in takojšnjem pretoku sredstev, kapitala in drugih plačil iz naslova investicij. V času ekonomskih kriz pa je to lahko v nasprotju z državnimi ukrepi za zagotovitev stabilnosti finančnega sistema. IMF je zato izdal uradno stališče, ki spodbuja države k regulaciji kapitalskih tokov pod določenimi pogoji. Podobno dopušča tudi WTO. Takšne in druge izjeme se lahko predvidijo v IS, npr. da je prost odliv kapitala možen le ob izpolnitvi pogoja zaščite tretjih (npr. posojilodajalcev) ali ni posledica ilegalnih ravnanj.⁹⁹

Umbrella Clause

Že omenjena *umbrella clause*, ki v IS vključuje zavezo države do izpolnitve katerekoli obligacijske zaveze, ki jo je sprejela v zvezi s konkretno investicijo, se je pokazala za problematično tako glede obsega obligacij kot tudi zaradi vzporednih postopkov reševanja sporov. Investitorjem omogoča, da npr. spor iz koncesijske pogodbe, ki bi ga sicer reševalo nacionalno sodišče v državi gostiteljici, prenese na nevtralni ISDS. Zato se državam priporoča, da jo v IS jasneje definirajo in omejijo njeno uporabo, npr. da so z njo pokrite le pisne zaveze ali da se uporabi le za ravnanja države pri izvajanju njene suverene moči, ne pa za navadne kršitve določene pogodbe. Veliko število IS to klavzulo izključuje.¹⁰⁰

Sankcije kršitev IS

NAFTA v členu 1135 dovoljuje kot sankcijo kršitve IS le denarno odškodnino in vrnitev lastnine,¹⁰¹ tradicionalni IS pa običajno nimajo določb o sankcijah. Tribunali so prav interpretirali konvencijo ICSID, da lahko izberejo katerokoli ustrezno sankcijo, tudi nedenarno, npr. naložijo državi, da prekliče, spremeni ali se vzdrži uporabe določenih zakonodajnih, upravnih ali sodnih aktov.¹⁰² V primeru *Enron v. Argentina* je toženka neuspešno utemeljevala, da ji tribunal ne sme

naložiti razveljavitve povečanja davščine, ampak lahko ugotovi le posredno razlastitev in naloži plačilo odškodnine. Tribunal je nasprotno argumentiral, da obsežna mednarodna praksa ne pušča dvoma, da lahko odredi umik škodljivega ukrepa.¹⁰³ Država se lahko tudi odloči, da namesto visokih odškodnin razveljavi oz. spremeni ukrep, kot je to storila Nemčija v poravnavi glede okoljevarstvenih standardov elektrarne na premog.¹⁰⁴

V izognitev kritikam o posegih v državno suverenost, nekateri predlagajo, naj se države v IS opredelijo do možnih sankcij, denarnih in nedenarnih. Rastoči trend gre v smeri, da se v IS predvidita le denarna odškodnina in povrnitev lastnine, ne pa tudi umik ali sprememba državnih ukrepov. Posebno vprašanje je tudi določanje odškodnine, ki jo arbitri v posameznih primerih določijo tako visoko kot je investitor ne bi nikdar prejel v domači državi. V IS bi bilo zato potrebno vključiti določbe o kriterijih za določitev poštene in pravične odškodnine na podlagi t.i. *asset-based valuation method*, za razliko od *future cash flow analysis* in da v nobenem primeru ne presega vsote vložene kapitala in obresti po komercialno razumni stopnji.¹⁰⁵

Predlogi izboljšav postopkovnega okvira ISDS

Že omenjeno uvajanje transparentnosti ISDS je eno ključnih delov njegove reforme. Poleg pravil UNCITRAL jo uvajajo tudi novo sklenjeni in modelni IS-i. Transparentnost bo zagotovo prispevala tudi k večji konsistentnosti in poenotenju investicijske arbitražne prakse.

Glede pavšalnih očitkov o pristranskosti arbitrov, ki jih imenujejo stranke, bi bilo treba splošni javnosti najprej pojasniti, da to niso »njihovi« arbitri, ampak morajo biti od strank popolnoma neodvisni in nepristranski kot vsak sodnik. Arbitri naj bi bili po mnenjih v javnosti nagnjeni k pristranskosti, ker nimajo stalne plače in naj bi se prilagajali priložnostim, da jih velike korporacije ponovno angažirajo. Takšne očitke bi se dalo preseči tako, da bi se IS sklicevali na varovalke

V izognitev kritikam o posegih v državno suverenost, nekateri predlagajo, naj se države v IS opredelijo do možnih sankcij, denarnih in nedenarnih. Rastoči trend gre v smeri, da se v IS predvidita le denarna odškodnina in povrnitev lastnine, ne pa tudi umik ali sprememba državnih ukrepov

Tribunalni so prav interpretirali konvencijo ICSID, da lahko izberejo katerokoli ustrezno sankcijo, tudi nedenarno, npr. naložijo državi, da prekliče, spremeni ali se vzdrži uporabe določenih zakonodajnih, upravnih ali sodnih aktov

99 UNCTAD, supra note 4, str. 145, kot primere navaja The Austria – Nigeria BIT (2013) in Canada – Colombia FTA (2008).

100 Ibid, str. 144.

101 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty v členu 28/8 dovoljuje tribunalu le izrekčasne odredbe, npr. ohranitev dokaza v posesti stranke, ne pa tudi zadržanja izpodbijanega vladnega ukrepa; člen 26/8 Energy Charter Treaty tudi določa le denarno odškodnino.

102 Gl npr. Schreuer, C.: Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration, 20 (4) Arb. Int'l 325 (2004), 325 – 332.

103 *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2007, točka 79, dostopno na: <http://www.italaw.com/documents/Enron-Jurisdiction.pdf> (28. 4. 2016).

104 *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6, dostopno na <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0890.pdf> (29. 4. 2016).

105 Delno povzeto po UNCTAD, supra note 4, str. 144 – 145.

Všečni predlogi civilnodružbenih gibanj, da bi se morali v demokratičnih državah spori s tujim investitorjem razreševati pred domačimi sodišči, so v resnici neživljenjski, saj se nihče ne bi mogel znebiti dvoma o nepristranskosti domačega sodišča, ki bi odločalo tudi o milijardnih tožbah zoper domačo državo

nepriustranskosti in neodvisnosti v arbitražnih pravilih in kodeksih ali pa bi jih s povzemanjem vključili v poglavje o etiki arbitrov.¹⁰⁶ Po njih morajo arbitri pred imenovanjem razkriti vse relevantne informacije za oceno njihove nepristranskosti in neodvisnosti (npr. pretekla in obstoječa razmerja s strankami, lastniški interesi glede podjetja v sporu itd.). Merilo izbora naj bo ugled arbitra zaradi njegove nepristranskosti in neodvisnosti, ki si ga pribori po ocenah akademske sfere in splošne javnosti.¹⁰⁷

Ena od postopkovnih izboljšav je lahko tudi že omejena možnost skupne vnaprejšnje interpretacije določb IS s strani pogodbenic, ki so za tribunal obvezne, zlasti pri občutljivih sporih glede davčnih in drugih finančnih vprašanj.¹⁰⁸

Posebno pozornost bi morali nameniti tudi mehanizmu za zgodnje zavrženje neresnih tožb, preprečevanje *treaty shopping-a* preko *mailbox* podjetij in vzporednih postopkov z vključevanjem *no-U-turn clause*. Konvencija ICSID omogoča, da država pogojuje arbitražni ISDS z izčrpanjem domačih pravnih sredstev. V IS se lahko določi tudi rok, ki mora po zatrjevanju kršitvi preteči, preden se investitor obrne na arbitražni tribunal.

Omenjajo se tudi predlogi za okrepitev ADR, npr. zgodnje preprečevanje sporov z medsebojnim informiranjem pristojnih agencij držav pri monitoringu občutljivih sektorjev, drugo medinstitucionalno sodelovanje za zaznavo potencialnih sporov in pravočasno ukrepanje, uvedba investicijskega ombudsmana, obvezen poskus poravnave s pogajanjem v določenem obdobju idr.¹⁰⁹

106 Gl. npr. García-Bolívar, O.E.: Comparing Arbitrator Standards of Conduct in International Commercial, Trade and Investment Disputes, AAA/ICDR Handbook on International Arbitration Practice, dostopno na <http://bg-consulting.com/docs/DocsFeb01.pdf> (14. 4. 2016); primeri kodeksov: IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, člen 8.30 CETA itd.

107 Brower, C.N., Schill, S.W.: supra note 1, str. 492.

108 BIS med Kanado in Češko v členu X(6) npr. določa, da je interpretacija tega sporazuma za tribunal zavezujoča, dostopno na <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/606> (22. 4. 2016); omenjena je bila interpretativna vloga NAFTA Free Trade Commission; po členu X.01 CETA je njen Joint Committee med drugim pristojen tudi za interpretacijo določb CETA, ki so obvezne za tribunal ipd.

109 Delno povzeto po UNCTAD, supra note 4, str. 151.

Sporni predlogi

Poleg navedenih reformnih izhodišč omenjam v nadaljevanju nekatere, ki se mi zdijo sporni, ker investicijsko arbitražo ukinjajo ali pa bi z uvedbo pritožbenega telesa bistveno posegli v njeno naravo.

Pristojnost domačih sodišč

Všečni predlogi civilnodružbenih gibanj, da bi se morali v demokratičnih državah spori s tujim investitorjem razreševati pred domačimi sodišči,¹¹⁰ so v resnici neživljenjski, saj se nihče ne bi mogel znebiti dvoma o nepristranskosti domačega sodišča, ki bi odločalo tudi o milijardnih tožbah zoper domačo državo. Splošno je tudi znano, da domači sodniki praviloma nimajo dovolj znanja iz mednarodnega prava, ki se uporablja v investicijskih sporih. Arbitražni ISDS pa zagotavlja kompetentnost arbitrov, ki se jih lahko izbira med profesorji mednarodnega prava in drugimi eksperti praktiki s področja specifičnih vrst investicijskih sporov.¹¹¹ Spor z domačim investitorjem se rešuje pred domačim sodiščem, ker domači investitor ne uporablja mednarodnega prava proti domači državi, ima pa enakopravno možnost uporabe ISDS, ko nastopi kot investitor v tuji državi.¹¹² FTA med ZDA in Avstralijo, ki ne vsebuje ISDS, je pogosto omenjani primer izjeme zaradi velike sorodnosti pravosodnih sistemov, znanih po učinkoviti zaščiti pred vladnim ravnanjem,¹¹³ vendar se mi ne zdi realno, da bi ZDA v TTIP pristale na pristojnost domačih sodišč vseh članic EU.

Zamenjava ISDS s SSDS

Nekateri predlagajo zamenjavo ISDS s *state-state dispute settlement* (SSDS), kar je že upoštevano v nekaterih IS.¹¹⁴ Te spore naj bi podpisnici IS razreševali pred ICJ

110 V spletni anketi EK so anketiranci tudi utemeljevali, da ISDS za sporazum med ZDA in EU ni potreben, ker sta oba pravosodna sistema dovolj trdna, supra note 8, str. 14.

111 Rivkin, D.W.: Investor – State Arbitration (ISDS) and the New York Convention, Chartered Institute of Arbitrators, Centary Conference, London, July 2015, The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, Vol 82, No 1, February 2016, str. 36.

112 Chase, P.H. supra note 25, str. 222 – 223.

113 Gl o tem npr. Dodge, W.S.: Investor-State Dispute Settlement between Developed Countries: Reflection on the Australia – United States Free Trade Agreement, 39 Vand J Transnat L 1, 2-4 (2006).

114 Gl. o tem npr. Brauch, M.D.: The Brazil–Mozambique and Brazil – Angola Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFAs): A Descriptive Overview, IISD, Investment Treaty News, (2015) dostopno na <https://www.iisd.org/itn/2015/05/21/the-brazil-mo->

ali določenimi regionalnimi sodišči. Prednost te rešitve naj bi bili dobri učinki brez težavne reforme ISDS, investitorji bi se izognili zahtevnemu izpodbijanju javnih politik, ker bi se s tem ukvarjale le države, odpadel bi očitek o privilegiranosti tujih investorjev itd. Že ob zgodovinskem orisu ISDS pa sem opozoril na slabosti, zaradi katerih je bila zgodnja praksa takšnega reševanja investicijskih sporov ukinjena (nevarnost politizacije spora in diplomatskih incidentov, vprašljiva motiviranosti držav za zaščito pravic manjših investorjev itd.).¹¹⁵

Mednarodno investicijsko sodišče

Razprave o možnosti nadomestitve arbitražnega ISDS z bilateralnimi investicijskimi sodišči ali s stalnim multilateralnim investicijskim sodiščem so se začele še preden je EK ponudila predlog bilateralnega ICS v TTIP. V primerjavi z drugimi predlogi za izboljšanje ISDS je možnost te rešitve med eksperti najbolj nedorečena. O njeni spornosti več v nadaljevanju pri odzivih na predlog EK.

Pritožbeno telo

Sporna se mi zdi tudi zamisel o uvedbi pritožbenega telesa, čeprav jo podpirajo tudi nekateri eminentni avtorji. Nekdanji predsednik ICJ Stephen M. Schwebel se je zavzel za uvedbo t.i. *International Court of Arbitral Awards*.¹¹⁶ Ugledni ameriški sodnik Charles N. Brower pa je podprl zamisel, da bil za pritožbe zoper arbitražne odločbe lahko pristojen ICJ, če bi dopolnili njegov statut.¹¹⁷ Ker so odločbe ICJ izvršljive le skozi težavni postopek v Varnostnem svetu OZN, nekateri predlagajo, da bi vlogo pritožbenega telesa lahko prevzelo Stalno arbitražno sodišče v Haagu (PCA).¹¹⁸ Možnost razvoja pritožbenega mehanizma

vsebuje tudi nov indijski modelni BIT.¹¹⁹ Strinjam se z Mednarodno trgovinsko zbornico (ICC), ki zavrača te zamisli z utemeljitvijo, da bi lahko ogrozile načelo dokončnosti arbitražne odločbe kot temelja mednarodne arbitraže. ICC meni, da nadzorni mehanizmi znotraj konvencije ICSD in Newyorške konvencije že omogočajo zadostno ravnotežje med dokončnostjo in poštenostjo postopka.¹²⁰

Predlog ICS za TTIP

Predlog ICS v TTIP naj bi bil rezultat *“dolgih in poglobljenih razprav s članicami EU, EP in splošno javnostjo, s katerim prevzema EU globalno vlogo na poti reforme do vzpostavitve mednarodnega sodišča, ki bo zasnovano na javnem zaupanju.”*¹²¹ Predstavitveni vodič EK¹²² glede zaščite investicij najprej poudari pravico držav do regulacije (v Razdelku 2¹²³), kot da gre za popolno novost, čeprav smo že omenili, da ima država pravico do razumne in nediskriminatorne regulacije oz. njene spremembe brez odškodnine že po splošnih pravilih mednarodnega prava (razen v primeru klavzule o stabilnosti), tudi če je IS sploh ne bi omenjal. Člen 2 določa, da se regulacija lahko spremeni, tudi če bi to v nasprotju s pričakovanji investitorja negativno vplivalo na investicijo, vključno glede državne pomoči. Zapis daje vtis, da pravica do regulacije povzroči vse druge, tudi diskriminira tujega investitorja, češ da gre za varovanje javnega zdravja ipd.¹²⁴ Tak vtis sicer nekoliko popravi aneks I k členu 5, ki v zvezi s posredno razlastitvijo določa, da »razen v redkih primerih, kadar bi bil ukrep glede na svoj namen tako strog, da bi bil očitno pretiran«, nediskriminatorni ukrepi države zaradi varovanja javnega zdravja, okolja, socialnih ali

zambique-and-brazil-angola-cooperation-and-investment-facilitation-agreements-cifas-a-descriptive-overview/ (14. 4. 2016).

115 Gl. o tem UNCTAD, supra note 4, str. 153.

116 Schwebel, S.M.: *The creation and operation of an International Court of Arbitral Awards*, Cambridge University Press, 2001, 246 do 254; Coe, J.J.: *Taking Stock of NAFTA Chapter 11 in its Tenth Year: An Interim Sketch of Selected Themes, Issues and Methods*, (2003) *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol 36, str. 1451.

117 Brower, C.N.: *Keynote Address at Premier Arbitration Conference*, 13 *World Arb. & Mediation Rep.* 270 (2002), v Franck, S.D., supra note 3, str. 1583.

118 Shifman, B.E.: *The Revitalization of the Permanent Court of Arbitration*, (994), 23 *Int'l J. Legal Info*, str. 284 – 285; PCA sicer ni “sodišče” v pravnem smislu, ampak mednarodna organizacija, ki služi kot sekretariat za *ad hoc* mednarodne arbitraže, v katerih so udeležene države, državna podjetja, mednarodne organizacije, pa tudi za mednarodno gospodarsko arbitražo.

119 Supra note 94, v 29. členu določa, da stranke lahko vzpostavijo »institucionalni mehanizem za razvoj pritožbenega telesa« za preizkus odločb arbitražnih tribunalov po tem BIS. Ta lahko vključuje tudi pritožbeni mehanizem v bodočem multilateralnem IS.

120 Spletna anketa EU supra note 8, str. 23.

121 Tako komisarka Cecilia Malmstrom ob predstavitvi ICS, EU finalises proposal for investment protection and Court System for TTIP, EU Press release, 12 November 2015, dostopno na http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_en.htm (19. 4. 2016); kot rečeno gre v resnici za prenos rešitev iz že izpogajanega CETA s Kanado.

122 Dostopno na http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5652_en.htm (14. 4. 2016).

123 Razdelek 2 o zaščiti investicij v poglavju TTIP: TRADE IN SERVICES, INVESTMENT AND E-COMMERCE, Commission draft text TTIP – investment, dostopno na http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf (18. 4. 2016).

124 Chase, P.H., supra note 25, na str. 225.

ICC meni, da nadzorni mehanizmi znotraj konvencije ICSD in Newyorške konvencije že omogočajo zadostno ravnotežje med dokončnostjo in poštenostjo postopka

potrošniških pravic idr. ne predstavljajo posredne razlastitve. Drugi standardi so ustrezneje zapisani.¹²⁵

V nadaljevanju bom kratko povzel le nekatere glavne rešitve glede ICS iz Razdelka 3. Po neuspešnih poskusih alternativne rešitve spora po mirni poti lahko tožnik predloži spor investicijskemu tribunalu prve stopnje, sestavljenemu iz 15 sodnikov, ki jih skupaj imenujejo ZDA in EU za mandat šestih let z možnostjo enkratne ponovitve (člen 9). Pet sodnikov je ameriških državljanov, pet EU, drugih pet pa iz tretjih držav. Izpolnjevati morajo nacionalne kvalifikacije za sodnike ali prihajati iz vrst priznanih pravnikov s kompetencami iz mednarodnega javnega prava, še posebej iz mednarodnega investicijskega prava, mednarodnega gospodarskega prava in reševanja mednarodnih investicijskih in gospodarskih sporov. Predsednik tribunala za posamezni spor naključno imenuje senat treh sodnikov, enega iz ZDA, enega iz EU, predsednika pa iz tretje države. Sodnik bi za razpoložljivost prejemal honorar v višini 1/3 honorarja pritožbenega organa WTO (okoli 2000 EUR mesečno), predsednik senata pa okoli 7000 EUR mesečno, preračunano glede na efektivne dneve dela. Šestčlanski pritožbeni tribunal (člen 9) bi sestavljali po dva državljana ZDA in EU ter dva državljana tretjih držav. Sodniki v času mandata ne smejo sodelovati kot pravni zastopniki v tekočem ali novem investicijskem sporu ali drugem sporu, kjer lahko pride do konflikta interesov, ne smejo biti povezani z vladami ali od njih in drugih organizacij sprejemati navodil glede spora in upoštevati morajo etični kodeks iz aneksa II (člen 11). Ustanovitev multilateralnega investicijskega sodišča bi nadomestila ICS po TTIP (člen 12). Izrecno je določena uporaba mednarodnega prava in TTIP, ne pa tudi domačega prava ene od držav, razen kadar ima pomen kot dejansko vprašanje in v tem primeru sodišče upošteva prevladujočo razlago domačih sodišč (člen 13/3). Kadar nastanejo resne nejasnosti glede razlage vprašanj v zvezi z zaščito investicij ali reševanjem spora, lahko skupni odbor podpisnic poda razlago, ki je

Posebna ekspertna skupina Evropske federacije za investicijsko pravo in arbitražo (EFILA) je do predloga ICS za TTIP odklonilna

Izbira sodnikov le s strani držav pomeni tveganje, da bodo imenovani pro-državni sodniki s premalo ekspertnega znanja

¹²⁵ Glede FET je ustrezna naslonitev na minimalno zaščito po mednarodnem pravu, tako da pride do njegove kršitve le ob odklonitvi pravice ali bistvenih kršitev v sodnih ali upravnih postopkih, če je ravnanje države očitno diskriminatorno na podlagi spola, rase ali religije idr., sicer pa se glede podrobnejše vsebine FET podpisnici dogovorita preko skupnega odbora. Pri MFT je izločeno sklicevanje na določbe o ISDS v IS, ki sta jih podpisniki sklenili s tretjimi državami in še v nekaterih primerih. Predlog ureja odškodnino in vzpostavitev prejšnjega stanja ali drugo kompenzacijo za izgube pri investiciji zaradi oboroženih konfliktov, izrednih razmer v državi idr., ki jih država gostiteljica povrne na enak način kot svojim investitorjem ali investitorjem iz tretjih držav. Razlastitev je možna le po splošnih pogojih mednarodnega prava.

za tribunal obvezna (člen 13/5). Investitor lahko vloži tožbo na sodišču države gostiteljice, vendar v tem primeru ne more uveljavljati zahtevka pred ICS tribunalom, razen če ga umakne pred domačim sodiščem ali če ni zadovoljen s končno odločitvijo domačega sodišča (no-U-turn clause, člen 14/1, ki pa ne velja začasne odredbe ali ugotovitvene sodbe). Zaradi varstva konsistentnosti sodnih odločb je za primer več zahtevkov, ki izvirajo iz istih dogodkov ali okoliščin, določeno, da lahko tožena stranka zahteva združitve postopkov. V kolikor se vse stranke s tem ne bi strinjale, sprejme odločitev o delni ali celotni združitvi postopkov posebni tribunal, če oceni, da bi bilo to najbolje za pošteno in učinkovito rešitev vseh zahtevkov (člen 27). Glede transparentnosti postopka je določena uporaba pravil UNCITRAL z nekaj dopolnitvami (člen 18).

Kritični odzivi

Posebna ekspertna skupina Evropske federacije za investicijsko pravo in arbitražo (EFILA) je do predloga ICS za TTIP odklonilna z utemeljitvami, ki jih kratko povzemam.¹²⁶ Izbira sodnikov le s strani držav pomeni tveganje, da bodo imenovani pro-državni sodniki s premalo ekspertnega znanja, številni uveljavljeni arbitri pa bodo izpadli, češ da bi bili pristranski. Ker se določajo enaki pogoji za sodnike prvostopenjskega in pritožbenega sodišča, ni jamstva za pravilnejšo odločitev pritožbenega tribunala. Predlog se naslanja na izkušnje reševanja sporov v okviru WTO, vendar analize opozarjajo na previdnost pri njihovem posnemanju v investicijskih sporih. Pravo WTO je strukturno drugačno od investicijskega, z drugačnim namenom in uporabniki. Predlog ne vsebuje rešitve glede pričakovanega težavnega odnosa ICS s CJEU in drugimi mednarodnimi sodišči in tribunali. Ni jamstva, da bi bil CJEU pozitivneje naravnani do ICS kot do ECHR v zvezi z razlago prava EU in glede na njegova zavračanja poročil pritožbenega organa WTO. Spregledano je tudi, da že obstajajo (sicer omejene) možnosti preizkusa arbitražnih določb preko razveljavitvenega mehanizma znotraj ISDS po konvenciji ICSID ali po Newyorški konvenciji. S spremembami konvencije ICSID bi se lahko v njenem okviru vzpostavil popoln pritožbeni mehanizem. Vprašanje je tudi, kako naj bi se ICS multilateraliziral glede na obstoj več kot 3000

¹²⁶ Povzemam po Lavranos, N.: The Shortcomings of the Proposal for an "International Court System" (ICS), EFILA BLOG, (2 February 2016), dosegljivo na <https://efilablog.org/2016/02/02/the-shortcomings-of-the-proposal-for-an-international-court-system-ics/> (18. 4. 2016).

BIS-ov, sklenjenih praktično med vsemi državami sveta.¹²⁷ Ugotovitve ekspertne skupine so bile potrjene tudi na letni konferenci EFILA, februarja 2016, kjer se je ICS primerjalo z »zdravilom za napačnega pacienta«. Rdeča nit konference je bila, da bi morali razčistiti vprašanja iz kompleksnih razmerij investicijske arbitraže do zakonodajne oblasti in javnega mnenja in jo na novo utrditi kot moderen, legitimen in učinkovit način reševanja mednarodnih investicijskih sporov.¹²⁸

Ameriški avtorji iz akademske sfere so do ICS v prvih odzivih podobno kritični.¹²⁹ Poudarjajo, da si države in investitorji pri reševanju sporov želijo vladavino prava, vendar tudi fleksibilnost, avtonomnost in zanesljivo pravno varstvo, česar pa predlagani ICS v nasprotju z arbitražnim ISDS ne bi zagotavljal. Brez sodelovanja pri izbiri sodnikov bi bil investitor kot stranka v neenakopravnem položaju in dolgoročno »izgubar«. Avtonomija strank pri izbiri arbitrov je nepogrešljiva vrednota ISDS. Pri imenovanju sodnikov bi si države slej ko prej prizadevale za zanesljive »zaveznike« in za »homogen« tribunal, kar bi stranke prikrajšalo za soočenje različnih pogledov na rešitev spora. Ko bi države ugotovile, da bi njihovi argumenti v enem sodnem primeru lahko negativno vplivali na položaj njihovega investitorja v drugem, bi zbledela njihova iskrenost, integriteta in kvaliteta argumentov. Ob možnem političnem mešetarjenju bi bili bolj kot pravičnost pomembni ekonomska moč in ugled investitorja. Investicijska arbitraža pa omogoča državam svobodnejše in fleksibilnejše zavzemanje stališč. ICS bi tako kot druge institucije s stalnim statusom in brez kontrole sčasoma olesnel. ZDA zelo verjetno ne bi pristale na še eno multilateralno meddržavno sodišče, ki naj bi se po zamisli EK postopoma razvilo iz ICS v TTIP in CETA, poudarjajo ameriški avtorji.

Člani posebne ekspertne skupine UNCTAD so še preden je EK predstavila svoj predlog razmišljali, če

bi slabosti ISDS lahko presegle z ustanovitvijo mednarodnega investicijskega sodišča, do katerega bi imeli poleg držav in investorjev dostop tudi drugi zainteresirani deležniki, npr. lokalne skupnosti. Vendar so bili v razpravah izrečeni tehtni pomisleki, da bi to lahko vodilo do politizacije sporov ali celo ogrožalo državno suverenost, multilateralni postopek njegove ustanovitve bi zahteval zelo veliko politične volje idr. Opozorili so tudi, da bi tak predlog odvrčal od iskanja bolj praktičnih rešitev za izboljšane ISDS in uporabo ADR.¹³⁰ Drugi so bolj neposredni in opozarjajo, da bi bila ukinitve instituta nevtralne in zavezujoče mednarodne investicijske arbitraže popolnoma nerazumna in bi povzročila več škode kot koristi.¹³¹

Nekateri menijo, da bi bil predlog ICS za TTIP lahko ovira za razvoj multilateralnega investicijskega sodišča zaradi svoje bilateralne narave in sestave sodišča, v katerega bi ZDA in EU imenovali dve tretjini sodnikov (ameriške in EU nacionalnosti). Bolj ko bi to sodišče utrjevalo svoj položaj in svojo sodno prakso, težje bi ga bilo z združevanjem statutov ali kako drugače integritati v multilateralno sodišče. Ob tem bi se pa neenotna arbitražna ali sodna praksa nadaljevala po drugih bilateralnih mehanizmih. EU bi morala biti odprta tudi za reformirani ISDS po vzoru že omenjenega Trans-Pacific Partnershipa (kjer so ZDA pri njem vztrajale) ali FTA, ki ga je sklenila s Singapurjem, če noče tvegati propada TTIP, ker ZDA s predlaganim ICS ne bi soglašale.¹³²

Čeprav je EK želela s predlogom ICS pomiriti javnost, pa mu tudi civilnodružbena gibanja nasprotujejo, češ da je le »preoblečeni ISDS«. Ponavljajo, da bi bili tuji investitorji privilegirani z možnostjo neposrednega dostopa do ICS,¹³³ da s tem domača sodišča ne bi

Brez sodelovanja pri izbiri sodnikov bi bil investitor kot stranka v neenakopravnem položaju in dolgoročno »izgubar«. Avtonomija strank pri izbiri arbitrov je nepogrešljiva vrednota ISDS. Pri imenovanju sodnikov bi si države slej ko prej prizadevale za zanesljive »zaveznike« in za »homogen« tribunal, kar bi stranke prikrajšalo za soočenje različnih pogledov na rešitev spora

127 Celotno besedilo EFILA Task Force Paper regarding the proposed Investment Court System (ICS) (1 February 2016) je dostopno na: http://efila.org/wp-content/uploads/2016/02/EFILA_TASK_FORCE_on_ICS_proposal_1-2-2016.pdf (19. 4. 2016).

128 Blasikiewicz, B., Pizzaro, J.P.V.: Report on EFILA's Annual Conference (5 February 2016), dostopno na: <https://efilablog.org/2016/02/19/report-on-efilas-annual-conference/> (19. 4. 2016).

129 Povzemam po Bromund, T.R., Roberts, J.M. in Dasgupta, R.: The U.S. Should Reject the European Commission's Proposed Investment Court, The Heritage Foundation, November 13, 2015, dostopno na <http://www.heritage.org/research/reports/2015/11/the-us-should-reject-the-european-commissions-proposed-investment-court> (18. 4. 2016).

130 UNCTAD: Report of the Expert Meeting on the Transformation of the International Investment Agreement Regime: The Path Ahead, Geneva, February 2015, podrobne točke 47 do 50, dostopno na http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciim4d3_en.pdf (26. 4. 2016). O pravnih in političnih izzivih za ustanovitev stalnega mednarodnega investicijskega sodišča gl. tudi UNCTAD, supra note 4, str. 152.

131 Alvarez & Park, supra note 29, str. 398 – 399.

132 Povzeto po Schill, S.W.: The European Commission's Proposal of an »Investment Court System« for TTIP: Stepping Stone or Stumbling Block for Multilateralizing International Investment Law?, American Society of International Law, Volume 20, Issue 9 (April 22, 2016), dostopno na <https://www.asil.org/insights/volume/20/issue/9/european-commissions-proposal-investment-court-system-ttip-stepping> (2. 5. 2016).

133 Povzeto po Friends of the Earth Europe: Investment Court System: ISDS in disguise, Ten reasons why the EU's proposal doesn't fix a fundamentally flawed system, dostopno na: http://ttip2016.eu/files/content/docs/Full%20documents/investment_court_system_isds_

mogla opozarjati na napake domače zakonodajne ali upravne oblasti,¹³⁴ da sodišče glede na način imenovanja ne bi bilo neodvisno¹³⁵ itd.

Največje nemško združenje sodnikov zavrača ICS z utemeljitvijo, da članice EU tako ali tako zagotavljajo enako obravnavo in dostop do sodišč vsem tožnikom, tudi tujim investitorjem.¹³⁶ Nemški nacionalni odbor ICC pa prav nasprotno močno podpira ISDS in ima polno zaupanje v arbitražni način reševanja teh sporov.¹³⁷

Kratka analiza predloga ICS za TTIP in omenjeni odzivi potrjujejo izhodiščno predpostavko, da bi bila nakazana reforma ISDS ustrežnejša rešitev.

Sklepno

Investicijska arbitraža je v funkciji uravnoteženja javnih politik in pričakovanj investitorjev, da država ne bo kršila obljub iz IS, s katerim je tuja vlaganja spodbudila. Zdi se, kot da je njena negativna percepcija v splošni javnosti še vedno pod vtisom marksistične teorije o mednarodnem investicijskem pravu kot orodju močnejših držav pri odstranjevanju ovir za povečanje njihove akumulacije kapitala.¹³⁸ Zavajajoče so razlage, da naj bi morala država ob vsaki spremembi regulacije, ki omejuje dobiček, plačati tujemu investitorju odškodnino. Razumna in nediskriminatorna regulacija zaradi javnih politik je dopustna po splošnih pravilih mednarodnega prava. Ena od analiz je tudi pokazala, da je bilo več kot 90 odstotkov primerov ISDS sproženih zaradi diskrecijskih ukrepov izvršilnih organov

različnih ravni, ne pa zaradi zakonodajnega urejanja. ISDS poskušajo diskreditirati tudi neutemeljeni očitki o pristranskosti arbitrov. Arbitrer, ki ga stranka izbere, ker mu zaupa zaradi njegovega ugleda in kompetentnosti, ni »njen« arbitrer, ampak mora po arbitražnih pravilih in kodeksih svojo funkcijo izvajati popolnoma neodvisno in nepristransko kot vsak sodnik.

Največja slabost predlaganega ICS za TTIP je ukinitve pravice investitorja (pa tudi države gostiteljice) do sodelovanja pri imenovanju sodnikov. ZDA in EU bi bila v skušnjavi, da izbereta »homogen« tribunal, ki pri razsojanju ne bi bil imun tudi na politično mešetarjenje. Zaradi svoje bilateralne zasnove tudi ne bi bil garant globalnega poenotenja sodne prakse in bi kot tak težko tlakoval pot do multilateralnega investicijskega sodišča. Lahko pa bi vplival na nastajanje podobnih sodišč na podlagi drugih BIS-ov. Glede ISDS veljajo z izjemo transparentnosti enaka načela kot v mednarodni gospodarski arbitraži, ki je najpomembnejša oblika reševanja mednarodnih poslovnih sporov velike vrednosti. Podjetja se zanjo zagotovo ne bi tako pogosto odločala, če bi imela večje zaupanje v nacionalna sodišča.¹³⁹

ISDS pa ni brez slabosti. Uvedba transparentnosti je velik korak v njegovi reformi, ki vnaša javnopravne elemente v sedanjo zasebnopravno koncepcijo investicijskega prava, vendar še ni zadosten. Mednarodna pravna stroka bi morala za utrditev konsistentne arbitražne prakse še aktivneje pomagati pri doktrinarnem poenotenju razlag FET in drugih standardov obravnave tujih investitorjev. Obravnavani predlogi iz dosedanjih konstruktivnih razprav utemljujejo, da je pristop k reformi ISDS boljša izbira od uvajanja investicijskih sodišč ali celo oživljanja nekdanje latinskoameriške doktrine Calvo, po kateri so za spor s tujimi investitorji pristojna izključno domača sodišča.

in_disguise_10_reasons_why_the_eus_proposal_doesnt_fixed_a_flawed_system_english_version_0.pdf (26. 4. 2016).

134 Bernasconi-Osterwalder, N: Rethinking Investment-Related Dispute Settlement, International Institute for Sustainable Development, 2015, dostopno na <https://www.iisd.org/itn/2015/05/21/rethinking-investment-related-dispute-settlement/> (26. 4. 2016).

135 Gl. npr. Eberhardt, P.: The zombie ISDS, rebranded as ICS, rights for corporations to sue states refuse to die, Corporate Europe Observatory et al., March 2016, str. 20 in 27, dostopno na http://corporateeurope.org/sites/default/files/attachments/the_zombie_isds_0.pdf (5. 4. 2016).

136 Heilmann, F., Rehn, F.: German Association of Judges opposes Investment Court System proposed for TTIP, 2 February 2016, dostopno na <https://stop-ttip.org/blog/german-association-of-judges-opposes-investment-court-system-proposed-for-ttip/> (5. 4. 2016).

137 Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP, ICC Germany, Berlin, 3 July 2014, dostopno na <https://www.ihk-nuernberg.de/de/media/PDF/International/ttip-stellungnahme-icc-zu-eu-konsultation.pdf> (15. 4. 2016).

138 Gl. npr. Chimni, B.S.: Marxism and International Law: A Contemporary Analysis, Economic and Political Weekly, Vol. 34, No. 6 (Feb. 6-12, 1999), str. 337 – 349.

139 Flash Eurobarometer 385, JUSTICE IN THE EU, Report, October 2013, ugotavlja, da le dobra polovica vprašanih glede njihove percepcije o kvaliteti, neodvisnosti in učinkovitosti domačih sodišč meni, da je v civilnih in gospodarskih sporih dobra, skoraj tretjina pa jih meni, da je slaba; dostopno na http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_385_en.pdf, (26. 4. 2016).

Največja slabost predlaganega ICS za TTIP je ukinitve pravice investitorja (pa tudi države gostiteljice) do sodelovanja pri imenovanju sodnikov

Investicijska arbitraža je v funkciji uravnoteženja javnih politik in pričakovanj investitorjev, da država ne bo kršila obljub iz IS, s katerim je tuja vlaganja spodbudila

Organizing the Arbitrator's Mind: Is a Century-Old German Method for Guiding the Decision-Making Process of Judges Apt for International Arbitration?

Jan K. Schäfer

Rechtsanwalt, Partner, International Arbitration, King & Spalding LLP, Frankfurt/Germany. His practice focuses on complex cross-border disputes, including post-M&A, joint-venture, distribution, sales and license arbitration and litigation matters as well as foreign investment, construction and energy-related disputes for German and foreign clients. He has sat as arbitrator in more than 35 cases under the ICC, DIS, SCC, SIAC and DIAC rules and published widely in the field. He speaks German, English, Dutch and French and can be reached at jschaefer@kslaw.com.

The views expressed in this article are solely those of the author and do not necessarily reflect the views of King & Spalding or its clients.

Introduction

How do arbitrators organize their minds when they decide a case? When do they start preparing their decision-making? These are two questions for which the abundant arbitration literature provides few answers.

A related issue is currently receiving attention in the arbitral community's discourse, namely, what psychological factors influence arbitrators' decision-making.¹ Psychology and behavioural science can provide interesting insights, but they do not methodologically guide the arbitral decision-making process. What they can do is create awareness of the subconscious influences that can be exerted on the decision-making process,² or simply address the cognitive effects of information overflow on arbitrators.³ Is there any methodological approach that can help structure the decision-making process in a logical and transparent

fashion? It seems there is no such *sui generis* arbitration approach. Accordingly, it is worthwhile to review national legal approaches for guidance and inquire whether these could be transplanted into the world of international arbitration.

A technical-methodological approach establishes a framework for decision-making, which ensures that all information provided by the parties to the arbitrators are comprehensively clustered into categories of legally relevant and irrelevant factual assertions and legal arguments. A methodological approach can also help manage the risk that arbitrators become overwhelmed by information, have difficulties in rationally digesting it and then simply follow their subconscious feelings or irrational personal preferences. Naturally, any decision-making method relies on subjective value judgments during arbitral decision-making – *e.g.*, what evidentiary value to attach to evidence, what narrative to believe – but a method could potentially help to delineate clearly the sphere of legal rationality from the sphere of intuitive assessment.

Since arbitration is decision-making pursuant to the law (except for *ex aequo et bono* decisions), there is a sphere of legal rationality that should not be blurred by mere intuition. The underlying question is whether legal decision-making should be based on a personal

Since arbitration is decision-making pursuant to the law (except for *ex aequo et bono* decisions), there is a sphere of legal rationality that should not be blurred by mere intuition

1 Cf. the topic of a panel "Arbitration and Decision-Making" at the ICCA Congress, 6-9 April 2014, Miami, exploring behavioural aspects. The topic of the 27th Annual ITA Workshop from 17-19 June 2015 in Dallas was "Subconscious Influences in International Arbitration". See also ASA Special Series No. 42 (2013) on "Arbitral Decision Making – A Look into the Black Box" (Bernhard Berger and Michael Schneider, Eds.).

2 Cf. Edna Sussmann, "Arbitrator Decision Making: Unconscious Psychological Influences and What You Can Do About Them", *American Review of International Arbitration*, Vol. 24, 3/2013, pp. 487-514.

3 See Kaplan Lecture 2012 by Lucy Reed on "Arbitral Decision-making: Art, Science or Sport?" stressing "how much can fit in an arbitrator's mind" and the lessons to be learned by counsel.

and intuitive decision about who is right and who is wrong, in which a legal foundation is subsequently reverse-engineered to justify this judgement, or whether legal rules guide the decision-making process. It may not be a black-and-white answer. This paper first explains a century-old German method for guiding the decision-making process of judges. It then asks the questions whether and how such a method could be used in international arbitration proceedings.

The “Relationstechnik”

Over the past few centuries, German judges have applied an analytical-logic method when evaluating their cases known in German as *Relationstechnik*.⁴ This concept is largely unknown outside Germany, with the consequence that no corresponding terminology exists in the English language.⁵ This approach is not mentioned in German statutory law, but is instead handed-down from one generation of German attorney to the next during court clerkships every German attorney has to attend.⁶ The method is therefore not established in the legal commentaries on the German Code of Civil Procedure, but is rather explained in training literature that is not generally cited in

judgements.⁷ As a method, it operates behind the scenes by structuring the analytical process. Only the results of its application are seen in judgements. The beauty of the method is that it ensures a judge does not pre-judge a matter. Simultaneously, it ensures that the judge fully reviews the parties' pleadings early in the proceeding. This enables the judge to manage the case and permits him/her to take an informed, pro-active approach to the substantive issues of the matter.

A Three-Step Analytical Approach

After exchange of written submissions, typically in two rounds of written pleadings, including statements of claim and defence as well as reply and rejoinder, the judge will review the case by applying the *Relationstechnik*. The method is based on three consecutive analytical steps,⁸ which will be outlined below. Practically, the judge takes a pile of sheets, puts the paper upright and folds it in two. On the left hand part of the folded paper, the judge writes down the claimant's position, on the opposite side of the paper, the judge does so with the respondent's position.

The Review of the Claimant's Case

At first, the judge will address the claimant's submissions (usually the statement of claim and reply). This is called the *Klägerstation* (reviewing the claimant's position).⁹

The judge reviews the claimant's request for relief. In German-style submissions, this is found at the beginning of the submission. The judge then knows what the claimant is seeking, e.g., pecuniary or declaratory relief. The request for relief typically gives the judge a first impression of the complexity of a matter.

Over the past few centuries, German judges have applied an analytical-logic method when evaluating their cases known in German as *Relationstechnik*

Practically, the judge takes a pile of sheets, puts the paper upright and folds it in two. On the left hand part of the folded paper, the judge writes down the claimant's position, on the opposite side of the paper, the judge does so with the respondent's position

4 Cf. e.g., S. Elsing, “Procedural Efficiency in International Arbitration: Choosing the Best of Both Legal Worlds,” *SchiedsVZ* 2011, pp. 114-123 also advocating the *Relationstechnik* at p. 117: “One measure that seems fit to help counter the negative development is a three-step technique known as the ‘Relationstechnik’ (‘Relevance Method’), which is widely used in Germany, particularly by judges, to identify those disputed facts of a case that are critical to its outcome (‘relevant’ in the strictest sense; ‘facts in issue’ or ‘ultimate facts’). [...] the Relevance Method would prove useful as well in assisting arbitral tribunals to direct parties early on in the proceedings to focus submissions – for example, on evidence going to the truly critical facts – and, in turn, to expedite the proceedings. It serves to discipline arbitrators and parties alike. Experience indicates that a proper implementation of the Relevance Method will in many cases result in a one-day hearing (and sometimes even less);” and F. Semler, “Schnelligkeit und Wirtschaftlichkeit in Schiedsverfahren,” *SchiedsVZ* 2009, pp. 149-152 setting forth *Relationstechnik* in detail.

5 Cf. F. Ranieri, “Das Reichskammergericht und der gemeinrechtliche Ursprung der deutschen zivilrechtlichen Argumentationstechnik,” *ZEuP* 1997, pp. 718-734 at p. 732: “Die pädagogische Tradition, die einer solchen Denk- und Argumentationsweise zugrunde liegt und welche übrigens in anderen kontinentaleuropäischen Ländern weitgehend unbekannt ist, offenbar die überraschende Fortwirkung in Deutschland der gemeinrechtlichen Wissenschaft bis heute.”

6 See H. Berger, *Die Entwicklung der zivilrechtlichen Relation und ihrer denktechnisch-methodischen Argumentationsformen*, Frankfurt, Diss. 1975.; F. Ranieri, “Entscheidungsfindung und Begründungstechnik im Kameralverfahren” in: P. Oestermann (ed.), *Zwischen Formstrenge und Billigkeit – Forschung zum vormodernen Zivilprozess*, Cologne, Weimar, Vienna, Böhlau, 2009, pp. 165-190 about the structure of an *Aktenrelation* at the *Reichskammergericht* at pp. 171 et seqq.

7 See M. Anders/B. Gehle, *Das Assessorexamen im Zivilrecht*, Munich, Vahlen, 11th ed., 2013; R. Oberhein, *Zivilprozessrecht für Referendare*, Munich, Vahlen, 9th ed., 2012, p. 190 with reference to K. Schellhammer, “Die Relationstechnik oder: Wie findet und formuliert man das Urteil im Zivilprozess,” *Jura* 1987, p. 169; and F. Ranieri, “Relationstechnik,” in: F. Ranieri, *Das Europäische Privatrecht des 19. Und 20. Jahrhunderts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, pp. 321-327 for a historical perspective.

8 Cf. R. Oberhein, *Zivilprozessrecht für Referendare*, Munich, Vahlen, 9th ed., 2012 at p. 190 et seqq.

9 *Id.* p. 190: “Gegenstand der Prüfung in der Klägerstation ist das Vorbringen des Klägers [...]. Dieser wird ohne weitere Prüfung als wahr unterstellt und geprüft, ob ausgehend davon das erstrebte Prozessziel (Klagesattgabe) erreicht werden kann. Ist dies der Fall, ist die Klage schlüssig.”

The judge then reviews the claimant's submissions, which traditionally strictly separate the factual background of the case and the legal arguments. The facts are typically limited to those relevant for the applicable legal test(s). They do not necessarily provide a comprehensive narrative, including for instance a discussion of the background of the parties, their motivation to enter into a contractual relationship, the business context of the transaction, how the contract was performed, and what issues arose in the context of carrying out the contract. Initially, a claimant would merely state the necessary allegations to satisfy the conditions of the applicable legal test.

By way of example, if the claimant seeks payment under a contract, it would rely on the statutory provisions of the German Civil Code that provide for the seller's entitlement to payment. All the claimant would need to assert is that it concluded a sales contract with the respondent, that it performed its principal duty under the contract, and that it has not received the agreed consideration. The claimant would attach the relevant documentary evidence, such as, *e.g.*, a copy of the sales contract and delivery confirmation to demonstrate that it has delivered the goods. If the claimant has no documentary evidence, it would instead offer witness or expert evidence.

Only once the respondent has disputed the allegations will the claimant elaborate further in its reply submission. For instance, if the respondent disputed that the parties contracted or that the claimant duly delivered the goods, or if the respondent raised objections such as the statute of limitations, the claimant would provide further factual details to establish the disputed facts and counter the objections, offering evidence as necessary. As such, the density of the claimant's narrative evolves during the course of the proceedings, depending on what issues the respondent disputes. If the respondent does not dispute a fact, the judge will accept the claimant's allegation as given in line with the concept of the relative truth (*relative Wahrheit*), which applies in German civil litigation. The truth is relative, as opposed to absolute, because it is the truth that the parties accept for purposes of the resolution of their dispute.

In order to be effective in its written advocacy, the claimant must have thought through its case: what do I want, what contractual or statutory rules provide for

the desired relief (so-called *Anspruchsgrundlagen*),¹⁰ and what facts do I need to assert to meet the applicable legal tests. The clearer the written exposition, the easier it is for the judge to follow the claimant's position.

When reviewing the case from the claimant's perspective, the judge treats all of the claimant's factual allegations as true, irrespective of what the respondent has replied. This approach ensures that the judge is not pre-judging any of the parties' conflicting factual narratives. Here, only those facts addressed in the claimant's submissions are relevant. If the claimant failed to make a necessary allegation, the judge will treat the allegations as insufficiently substantiated (*unschlüssig*) which, if not remedied, will lead to the dismissal of the claim without any need to address the respondent's factual allegations. This is a very rarely occurs, but there have been cases dismissed on this basis.

Once the judge understood the claimant's factual allegations, it is then his/her task to analyse the legal bases upon which the claimant could claim the requested relief. In so doing, the judge reviews any legal arguments submitted by the parties and makes his own preliminary legal analysis under the principle that the judge knows the law, according to the old Latin adage: *da mihi facta, dabo tibi ius*.¹¹ While most cases turn on the facts, the construction of the statutory law in light of the jurisprudence is a critical task for the judge. Given civil law operates on an abstract, statutory rule-based level, the legal test (*Obersatz*) can be determined without the need to have established the facts. Given the judge's legal analysis, he/she is then to discuss the legal basis for the claim in abstract terms (*Rechtsgespräch*) with the parties at a hearing.

It is possible the claimant's claim could be based on concurring or alternative legal theories. The legal basis for the claim determines the relevant legal test(s), which is derived from statute (*Gesetzesrecht*) or case law (*Richterrecht*). The relevant legal test in turn informs the judge regarding the factual assertions the claimant must make in order to satisfy the test(s).

When reviewing the case from the claimant's perspective, the judge treats all of the claimant's factual allegations as true, irrespective of what the respondent has replied. This approach ensures that the judge is not pre-judging any of the parties' conflicting factual narratives

Once the judge understood the claimant's factual allegations, it is then his/her task to analyse the legal bases upon which the claimant could claim the requested relief

¹⁰ Not all statutory provisions provide for a remedy. Only those provisions that establish a legal consequence, such as an entitlement to damages or restitution, qualify as *Anspruchsgrundlagen*. Cf. D. Medicus/J. Petersen, *Bürgerliches Recht, Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, Munich, Vahlen, 24th ed., 2013.

¹¹ Give me the facts, I will give you the law.

In the so-called *Beklagtenstation* (review of the respondent's position), the judge reviews the defences to determine whether they could defeat the asserted claims. In this analysis, the judge will for the sake of argument accept all factual allegations made by the respondent as true. As such, there is no pre-judgement on the factual allegations underlying the respondent's defences

For instance, if the claimant requests payment of damages, the judge would review whether the claim is based on contract or tort. If based on contract, the claimant would need to assert (i) there was a contract between the parties; (ii) the respondent violated the terms of that contract; and (iii) the claimant suffered damages as a result of that violation. Once the claimant has alleged these conditions for a contractual damages claim, the judge would then be satisfied that the claimant had fully substantiated its case. Similarly, if the claimant asserts a tort claim, the judge would look at the statutory conditions for a tort claim and evaluate whether the claimant had provided sufficient factual allegations.

Once the judge is satisfied the claimant has properly substantiated its case, the judge fully understands the claimant's position factually and has already formed a view of whether the asserted facts support the requested relief under the applicable legal test(s). Following his/her review of the written submissions, the judge will know if he/she has any questions regarding the claimant's position.

On his/her pieces of paper containing the parties' positions, the judge will have noted the legal provisions that are relevant, relevant jurisprudence and commentary on their interpretation, and then put down the factual conditions for satisfying the applicable legal standard in bullet points. After the bullet points, the judge will put a check mark if the condition has been properly substantiated. The judge will also reference any evidence that the claimant provided, such a copy of contract or witness or expert evidence. The claimant's submissions are then distilled in a skeleton argument applying the relevant legal test.

The Review of the Respondent's Defences

Once the *Klägerstation* is accomplished, the judge then turns to the respondent's submissions, typically the statement of defence and the rejoinder. In the so-called *Beklagtenstation* (review of the respondent's position),¹² the judge reviews the defences to determine

¹² Cf. R. Oberthein, *Zivilprozessrecht für Referendare*, Munich, Vahlen, 9th ed., 2012 at p. 192: "Gegenstand der Prüfung in der Beklagtenstation ist die Frage, inwieweit das Vorbringen des Beklagten (ebenfalls unter Einschluss des unstreitigen Parteivortrags) geeignet ist, die Ansprüche des Klägers zu Fall zu bringen, die Klage abzuweisen. Ist dies der Fall, ist das Vorbringen erheblich."

whether they could defeat the asserted claims. In this analysis, the judge will for the sake of argument accept all factual allegations made by the respondent as true. As such, there is no pre-judgement on the factual allegations underlying the respondent's defences.

Some of the respondent's defences will consist of simple denials of the claimant's factual narrative, while others will seek to establish factual or legal defences (e.g., alleging that the statute of limitations has expired), or submitting legal arguments on the applicable legal test relevant to the claimant's case (e.g., discussing the conditions for statutory or contractual claims).

The judge reviews and forms an impression of the legal tests relevant to the defences raised by the respondent. For instance, if the statute of limitations is raised as a defence, the judge will determine what statutory provisions of the statute of limitations apply, how they are to be construed in light of prevailing jurisprudence, and review whether the respondent has alleged all facts necessary to satisfy the pertinent legal test. The judge will not consider potential defences *sua sponte*.

Once the second analytical step is completed, the judge has a good understanding of the respondent's case. The judge adds the respondent's factual denials on the right-hand column of his sheet, including any offers of evidence, as well as the other defences, such as the statute of limitations. The judge will have also add jurisprudence and commentary relevant for the construction of the provisions that the respondent relied upon. At this point, the judge's sheets then provide a preliminary decision tree, identifying the critical junctions or threshold issues in dispute that will lead to either the granting or denial of the claimant's claim.

Reviewing the Disputed Factual Allegations for Relevance

Finally, in the so-called *Beweisstation* (determining the need for evidence gathering) the judge analyses which witnesses and/or experts need to be heard.¹³ As has already been stated, the German judge operates

¹³ *Id.* p. 194: "In der Beweisstation wird untersucht, welcher der bisher für die Prüfung der rechtlichen Relevanz als wahr unterstellten Parteivorträge tatsächlich zutrifft, da die Entscheidung nicht mehr alternative ergeben kann, sondern von einer feststehenden tatsächlichen Grundlage ausgehen muss. Gegenstand der Prüfung ist hier daher die Frage, welche Tatsachen der Entscheidung zugrunde gelegt werden können."

on the basis of the relative truth. Accordingly, evidence is only taken if the claimant's and respondent's narratives conflict with regard to a dispositive factual issue. Other allegations advanced by the parties that are not disputed will be taken as part of factual basis for the judgment. The decision tree shows the judge the disputed factual issues. Not all of them may be legally relevant. The applicable legal test will determine which facts are necessary to satisfy it and those facts – undisputed and disputed – that can be disregarded as *colorandi causa*. As such, the judge's list of issues that require the taking of evidence is effectively determined by the parties' disputed allegations and the legal test(s) that the judge determines to be applicable.

Once the third step of the analysis has been completed, the judge will likely have a list of issues that require the taking of evidence. He/she will then review the evidence the parties have offered. The judge will scrutinize any documents submitted as evidence and determine which witnesses and experts need to be examined in an evidentiary hearing. At this stage, the judge does not inquisitorially request the submission of further evidence, but instead works only with what has been offered by the parties.

The Benefits of the Relationstechnik

As the judge accepts the parties' respective allegations as true for the sake of his/her analysis during the first two stages (*Klägerstation* and *Beklagtenstation*), there is no risk of pre-judgment of the evidence.

The judge's legal analysis is conducted purely based on the respective narratives. It is therefore in the hands of the parties to advance a compelling storyline under the applicable law. If a party incorrectly performed its legal analysis and therefore pleaded irrelevant facts, or for lack of any clear understanding of its case theory a party advanced random facts, it will make the judge's analysis more difficult and runs the risk that the judge will misunderstand its case. A claimant with a strong case has no interest in blurring the picture. As the judge will first attend to its narrative, a clear and concise written advocacy can be very helpful for the claimant, allowing the judge to tick all boxes. The respondent is also well advised to advance a compelling defence that focuses on the dispositive issues and follows a clear theory of defence. A respondent must be very careful to dispute the claimant's allegations properly so that

the judge can consider them as true for purposes of the decision-making. The written advocacy must be geared toward an expert decision-maker who knows the law.

The judge typically conducts an analysis based on the *Relationstechnik* prior to the first hearing. At a preliminary hearing, the judge shares his/her roadmap with the parties transparently, elaborating upon his/her understanding of the case as an introduction to the factual and legal situation of the case. At this stage, no witnesses have been examined, and the judge speaks based on the parties' respective written positions. As the judge fully understands the factual side of the case, as asserted by each party, and has done a legal analysis on that basis, the judge is in a position to point the parties to weaknesses in their case, *e.g.*, that a party has adopted an interpretation of the law that is not shared by Supreme Court jurisprudence, or that a party has to prove certain allegations as they were disputed. The parties will be given an opportunity to comment, and after a thorough oral discussion with the judge regarding the law, the parties will clearly understand the roadmap for the next steps in the matter. In light of the legal position advanced by the judge, they might need to elaborate further on the facts, and they can assess what issues will need to be supported in court by witnesses and experts.

The *Relationstechnik* puts the judge in a position to manage the proceedings efficiently. He/she can focus on specific threshold issues early in the proceeding. For example, if the statute of limitations is an issue (presuming the respondent's narrative ticked all boxes with respect to this allegation), the judge will typically first concentrate on that defence. This saves time and costs for the parties, as the need for any expert evidence will only be determined later in the proceedings.

Similarly, the judge needs to consider the case critically during the procedure. Generally, he/she will make a decision following the evidentiary hearing, but will simultaneously prepare the decision-making during the entire proceeding when applying the *Relationstechnik*. The entire proceedings are geared towards his/her decision-making based on the applicable law and those allegations and means of evidence the parties posed.

The judge typically conducts an analysis based on the *Relationstechnik* prior to the first hearing

The *Relationstechnik* puts the judge in a position to manage the proceedings efficiently. He/she can focus on specific threshold issues early in the proceeding

What Is the Relevance of the *Relationstechnik* Method to International Arbitration?

The *Relationstechnik* method is a German peculiarity. It is applied in court and in domestic German arbitration proceedings. Does this German methodology have any relevance for international arbitration?

It is a method that fits well with the civil law tradition and its emphasis on an abstract determination of the legal test (*Obersatz*). The method relies on thorough written advocacy, which is also a hallmark of the civil law world where, for lack of civil juries, less emphasis is placed on the parties' "day in court" with its exposition of the facts before a civil jury. In the common law world, the trial is key. This is a fundamental difference, which also affects the *Relationstechnik*, as common law lawyers are wary of proactive judges, fearing pre-judgment of their cases. At the trial, the facts asserted by the parties are put on the record and tested by the opposing party.

In contrast to common law litigation, written advocacy has a prominent place in international arbitration, more closely mirroring the civil law tradition in this respect. It would help the efficiency of the arbitral process if counsel undertook a thorough case analysis and provided the arbitral tribunal with comprehensive submissions as a basis for the arbitral tribunal's legal analysis.

If properly briefed through comprehensive written submissions, the arbitral tribunal could analyse the case based on the *Relationstechnik*. As the methodology treats the parties' factual narratives as being true for the sake of the analysis, there is effectively no risk of pre-judgment. The arbitral tribunal could proactively notify the parties of any questions they might have with respect to the parties' factual or legal arguments and share with them the result of their analysis as a basis for a transparent discussion of the applicable legal tests. Because there is generally no appeal in arbitration, parties should see the benefit in understanding the arbitral tribunal's thinking (or the majority's approach). This can prevent later surprises, including awards based on legal theories that the parties themselves had not advanced, but which stem from the arbitral tribunal's own legal analysis of the matter. It will also help parties adjust their pleadings as necessary.

Needless to say, applying the *Relationstechnik* would have an impact on the current design of international arbitration proceedings. It would require earlier discussions among the arbitrators regarding the legal tests, which in turn presupposes a full command of the case once the key submissions have been filed. Arbitrators need to deliberate and make determinations not about the facts, as these are provided by the parties and treated as true for purposes of the exercise, but instead regarding the legal assessment of those facts. This approach involves a much more intensive time commitment by arbitrators, who will need to read and analyse submissions, rather than relying on oral opening statements about the substance of the matter. To be sure, busy arbitrators will not necessarily appreciate this additional workload and the need for early deliberations, which might prove difficult with busy schedules. Similarly, counsel might prefer to treat written submissions as mere preparatory steps and wait for their clients' "day in court" to prove their case through oral advocacy.

Is this approach in the interest of the users of arbitration? Probably not. Providing the parties with the option of an early case assessment based on the *Relationstechnik* method might save the parties a great deal of time, cost, and frustration, thereby increasing the appeal of international arbitration as an efficient mechanism for the resolution of international disputes. This should be the concern of all actors in international arbitration.

Providing the parties with the option of an early case assessment based on the *Relationstechnik* method might save the parties a great deal of time, cost, and frustration, thereby increasing the appeal of international arbitration as an efficient mechanism for the resolution of international disputes

Notes on the Cultural Dimension of International Commercial Arbitration

Ian Meredith, Hendrik Puschmann

Ian Meredith is a partner of K&L Gates LLP and co-ordinates the firm's global arbitration practice. Based in London, Ian has some 30 years of experience in international commercial and investment disputes, having acted as both lead counsel and arbitrator in a large number of complex arbitrations around the world.

Hendrik Puschmann is a senior associate with K&L Gates LLP, based in London and Frankfurt. He is also a fellow of Clare Hall, a college for advanced study in the University of Cambridge, and a Visiting Lecturer in international commercial law at Johannes Kepler Universität Linz (Austria).

This article offers some thoughts on the impact of “culture” – however elusive that term will, by definition, always be – on international commercial arbitration. It is a series of observations by two interested practitioners rather than an attempt at a comprehensive definition or explanation of the subject matter. Indeed, the authors suspect that any such attempt at a comprehensive systematic treatment of culture in arbitration is ultimately bound to fail. Rather, what interests us most is how cultural differences can lead to misunderstandings or conflicts in arbitral proceedings. At the end of the day, what we are concerned with is the conduct of our cases, and to ensure that they run smoothly.

We start by outlining some strands of thinking among scholars and practising lawyers on what constitutes the “cultural dimension” of international arbitration, and – to the degree that it is capable of definition – whether that dimension actually matters. We then set out our own view of the question. We think that culture matters a great deal. In particular, despite the rise of an increasingly uniform “arbitration culture”, with an ever expanding body of soft law, cultural misunderstandings – resulting from different expectations among stakeholders – arbitrators, counsel, party representatives, witnesses – continue to play a material role in the course (and in some cases the outcome) of international arbitrations. Finally, we touch upon some examples of areas in which misunderstandings can occur, drawing upon anecdotes told by friends and

colleagues, concluding with some thoughts on how practitioners may seek to hedge against such misunderstandings arising.

What is the “Cultural Dimension” of International Arbitration?

National legal culture

Many observers define cultural misunderstandings as arising out of the different national legal systems and cultures that shape the instincts and expectations of stakeholders in the arbitral process. For instance, delivering the annual School of Arbitration Lecture a few years ago, Professor Ibrahim Fadlallah lucidly outlined what he saw as the major fault lines, between distinct legal cultures, that lead to rifts in arbitration proceedings.¹ He saw a major divide between adversarial common law jurisdictions and inquisitorial civil-law jurisdictions, the former for instance characterised by a heavy reliance on written witness testimony, cross-examination and extensive document production rights, all of which are largely unknown in the latter. Professor Fadlallah identified a further fault line

¹ The revised manuscript of the lecture was subsequently published as Ibrahim Fadlallah, *Arbitration Facing Conflicts of Culture*, *Arbitration International* 25 (2009): pp. 303 – 317. Another example of this view of cultural misunderstandings in arbitration is Khawar Qureshi's *Cultural Sensitivity and International Arbitration*, *International Journal of Arab Arbitration* 2009, Vol. 1 Issue 2, pp. 41 – 46.

Many observers define cultural misunderstandings as arising out of the different national legal systems and cultures that shape the instincts and expectations of stakeholders in the arbitral process

Over the course of the last two decades or so, the cultural dimension of arbitration has increasingly been perceived as something *sui generis*: a distinct international arbitration culture, in which participants are shaping a more and more global identity and, as a seminal early sociological text on the subject puts it, a “transnational legal order”

between both these “western” legal traditions and the Middle Eastern tradition (or rather: traditions) with its/their infinitely subtle approach to parties’ mutual obligations.

Transnational arbitration culture

Over the course of the last two decades or so, the cultural dimension of arbitration has increasingly been perceived as something *sui generis*: a distinct international arbitration culture, in which participants are shaping a more and more global identity and, as a seminal early sociological text on the subject puts it, a “transnational legal order”².

This is not surprising, of course. As cross-border trade has increased so too has the use of international commercial arbitration clauses. This has given rise to a proliferation of arbitral proceedings, which in turn has led to the emergence of standards of international best practice, often built around popular guidelines on issues such as document production, conflict of interest and counsel conduct. The guidelines issued by the International Bar Association and the Chartered Institute of Arbitrators are particularly influential in this regard, but there are numerous others.

This is an ongoing process. There is now such a thing as an international arbitration culture, and looking back a few decades one can see clearly how it has evolved. For instance, it is hard to imagine today that a party-appointed arbitrator would, at a hearing, pass notes with instructions to “his” or “her” party, i.e. the party who made the nomination. Some 60 years ago, that is precisely what happened in an international border dispute.³

Nevertheless, the constantly shifting boundaries of that culture are difficult, if not impossible, to delineate, even though there is now a fairly large body of work attempting to do so. One scholar, Joshua Karton, has even bravely attempted to formulate a theory of international commercial arbitration culture that, he posits, provides a comprehensive framework for explaining and even predicting tribunal decisions.⁴

2 Yves Dezalay and Bryant Garth *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration the Construction of a Transnational Legal Order*. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

3 See I. B. Morton, *Buraimi: The Struggle for Power, Influence and Oil in Arabia*, London and New York: I. B. Tauris, 2013, pp. 166 *et seq.*

4 Joshua Karton, *The Culture of International Arbitration and the Evolu-*

Karton sets out to explain the impact of culture not merely on arbitral procedure (which is the most commonly analysed angle) but on substantive law.

Karton’s effort is valiant and offers notable insights into the arbitral process from a multi-disciplinary angle that too few scholars dare to tackle. Yet it is, in our view, ultimately unsuccessful. Using numerous interviews with practitioners and tools of sociological theory, Karton convincingly shows that there is an important, and growing, trend towards a transnational arbitration culture. However, he, like any other observer of arbitration, fails to pin down with sufficient precision what that culture actually is. Partially, this is due to the nature of the commercial arbitration process, which – unlike investment arbitration – is usually confidential, with awards rarely published and hearings never open to the public.

Synthesis

There are, then, two principal cultural fault lines along which conflicts or misunderstandings can develop, though both ultimately defy comprehensive definition and categorisation. First, that between the different national or parochial legal traditions in which stakeholders in the arbitral process are raised. Secondly, that between those traditions and the (arguably still emerging) transnational arbitration. The two takes on the subject are not, of course, mutually exclusive. Quite the contrary: combining them probably offers the sharpest possible focus on cultural issues in arbitration. As one scholar insightfully shows, even the most seasoned global arbitrator has overlapping national and transnational cultural instincts.⁵

Renowned arbitrator Michael Hwang offers a handy and refreshing, though certainly non-exhaustive, range of categories of stakeholders in commercial arbitrations that are particularly prone to causing cultural rifts or misunderstandings.⁶ On one hand, Hwang identifies what he terms *Arbitration Guerillas*:

tion of Contract Law, Oxford: OUP, 2013.

5 Ralf Michaels, “Roles and Perceptions of International Arbitrators”, in Walter Matli and Thomas Dietz (eds), *International Arbitration and Global Governance*, Oxford: OUP, 2014, pp. 47 – 73.

6 Michael Hwang, *Why is There Still Resistance to International Arbitration in Asia?* Lunchtime address at the International Arbitration Club, autumn 2007. Available here: http://www.arbitration-icca.org/media/4/92275989554120/media012232972346990why_is_there_still_resistance_to_arbitration_in_asia.pdf.

respondents that are familiar with international standards of practice, but who take the tactical decision to disrupt proceedings as they are convinced of a negative outcome, e.g. by disputing the jurisdiction of the tribunal at every turn, or by circumventing it in going to the local courts.

On the other hand, Hwang identifies parties and their representatives that are either wholly new to arbitration (what he calls *Arbitration Neophytes*) or have very little experience, which moreover is oftentimes negative (*Arbitration Atheists*, *Arbitration Agnostics* and *Arbitration Wannabes*). Such stakeholders will frequently cause disruption by not following international best practice, either because they are unfamiliar with best practice or because they genuinely object to arbitration or some of its aspects as a dispute resolution tool.

In our experience, dealing with *Arbitration Neophytes*, in particular, can be a tricky issue. Their behaviour is not tactical (and can, accordingly, not be countered by tactical measures) but is rather due to lack of familiarity with the arbitral process. For parties (and occasionally arbitrators) who are 'neophytes', the problem with arbitration tends to be a cultural question more than anything else. They will have certain ingrained expectations arising out of the culture (and particularly legal culture) in which they are at home, extending to issues such as the credibility of witnesses, approaches to document production, communications with the tribunal etc. They expect that international arbitration conforms to those expectations. This can give rise to cultural misunderstandings which – even though this may not be at all intended – can disrupt or even derail arbitration proceedings if not responded to carefully and sensitively.

Why Culture Matters

Perhaps as a result of the development towards greater uniformity on which we touched above, there is an increasingly strong view among practitioners and scholars that the cultural dimension is not really an important factor in arbitration anymore. Indeed, some have gone so far as to posit that culture does not really come into the conduct of arbitration at all. As one observer puts it:

“because of the predominant role played by the will of the parties and the accompanying legal framework,

international arbitration is essentially culturally neutral and a-historic [...] [E]xcept for essential due process principles, it does not – and should not – lend itself to being “culturally” classified one way or another [...].”

This, another writer concludes, means that “*many “cultural conflicts” in international arbitration are in fact legal questions that must be resolved through the appropriate applicable provisions*”.⁸

This view, with respect, is short-sighted. True, party autonomy is one of the fundamental tenets of arbitration. True, also, that many questions at the heart of what could be termed “cultural misunderstandings” are really procedural questions by another name: what is the extent of a party’s document production rights? To what extent can counsel coach witnesses for their appearance at the hearing? Etc. This does not mean, however, that it is possible for the parties to address all of these issues in their agreement to arbitrate. Nor could one conceivably pre-empt them all from arising by ‘legal’ means, i.e. either by a further proliferation of laws, institutional rules and guidelines or by making arbitrators’ procedural orders more detailed than they already tend to be.

There are two principal reasons for this. First, as to party autonomy, the will of the parties will usually only extend to a very general agreement to arbitrate. The parties rarely, if ever, have detailed expectations as to the handling of those procedural issues where the differing cultural backgrounds of stakeholders really come into play. Most parties at root still do not consider arbitration a *sui generis* kind of dispute resolution. As scholars have pointed out, and as shown by numerous surveys into the matter, parties tend to choose arbitration for a few very specific reasons, such

Hwang identifies parties and their representatives that are either wholly new to arbitration (what he calls *Arbitration Neophytes*) or have very little experience, which moreover is oftentimes negative (*Arbitration Atheists*, *Arbitration Agnostics* and *Arbitration Wannabes*). Such stakeholders will frequently cause disruption by not following international best practice, either because they are unfamiliar with best practice or because they genuinely object to arbitration or some of its aspects as a dispute resolution tool

7 Horacio A. Grigera Naon, “Cultural Clashes in International Arbitration: How Much of a Real Issue?” in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (Eds), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. La Ley: Wolters Kluwer España, 2010, pp. 557 – 560, p. 558.

8 Aníbal Sabater, “*Cultural Conflicts*” in *International Arbitration: Myths, Misunderstandings, and Lessons From Dealing With the Unusual*, WAMR 2012 Vol. 6, No 1, pp. 125-138, p. 125. This is not an entirely new hypothesis. For instance, William Slate II made essentially the same point more than a decade ago in his paper *Paying Attention to “Culture” in International Commercial Arbitration*, delivered to the 17th ICCA conference in Beijing on 18 May 2004 and available here: <https://www.nottingham.ac.uk/research/groups/ctccs/projects/translating-cultures/documents/journals/paying-attention-to-culture-in-international-commercial-arbitration.pdf>.

As scholars have pointed out, and as shown by numerous surveys into the matter, parties tend to choose arbitration for a few very specific reasons, such as the enforceability of awards or the confidentiality of proceedings. Their horizon of expectations does not usually extend to how the procedure of the arbitration would unfold

as the enforceability of awards or the confidentiality of proceedings.⁹ Their horizon of expectations does not usually extend to how the procedure of the arbitration would unfold.

Secondly, as to pre-empting such issues from arising by 'legal' means, most cultural issues of practical significance are simply too subtle to be capable of that sort of resolution. Making a question a 'legal' problem and resolving it through applying rules – whether extraneous laws or institutional rules or the arbitrators' own rulings – essentially means treating it as binary, as black-and-white: something is either allowed or it is prohibited. Yet that is not how most cultural misunderstandings arise in reality. The question how much weight a tribunal should attribute to witness testimony, for instance, which is discussed further below, cannot simply be resolved by making a rule about it (save for extreme cases, such as where a witness is manifestly not telling the truth, or fails to turn up at all). It is not even a question likely to be at the forefront of the panel's mind when making their decisions. Instead, the answer to the question is likely to be driven by the tribunal's sub-conscious, instinctive attitude.

In the view of these authors, therefore, the statement made by the eminent late Swiss scholar and practitioner Pierre Lalive two decades ago is still very much salient:

"If I had to sum up, in a few words, the most significant lesson I learned in several decades of practical experience as counsel or arbitrator, my choice would unhesitatingly fall on the extreme importance of the so-called "cultural dimension", together with one of its main consequences: i.e. the necessity of a "comparative" approach and of a really international outlook."¹⁰

The fact that, as we outlined above, this cultural dimension is inevitably hard to define and explain does not detract from its importance. The elusiveness of

"culture" arguably makes it all the more important to be mindful of it in order to avoid unexpected complications in commercial arbitration proceedings.

Examples

With these general observations in mind, we outline below a few specific examples of cultural misunderstandings. The list is very much non-exhaustive.

That the examples are heavily tilted towards cultural misunderstandings between developed "Western" economies and other jurisdictions, and between Civil-law and Common-law ones, is purely owing to the fact that these happen to have been the real-life examples under discussion among our friends and colleagues.

A tribunal relying on documentary evidence to the exclusion of witness testimony

A number of years ago, a friend was involved in an arbitration brought by a claimant from a Western Common-law jurisdiction against a respondent from a Civil-law jurisdiction. The arbitral tribunal was entirely made up of lawyers from the respondent's country and neighbouring countries. The country in question is characterised by a corporate culture where a number of very large enterprises play an important role not only economically, but in politics and society as a whole, and in the lives of employees who work there.

The parties placed heavy reliance on the evidence of fact witnesses who were, in all cases, in the employment of the party on whose behalf they gave evidence. The claimant, in particular submitted comprehensive witness evidence, amounting to a very significant investment of time and underpinning a compelling narrative of the claimant's position.

The respondent submitted scarcely any evidence. In their award, the arbitrators chose – without much explanation – to discount the witness and expert evidence in its entirety and instead to rely on their own reading of the contemporaneous documents.

We can, of course, only speculate about the rationale behind the tribunal's thinking. The most compelling explanation we have, however, and one which is corroborated by other such instances we have come across and heard about, is that the arbitrators, steeped in a

⁹ See, in particular, the regular Queen Mary University of London arbitration surveys, available here: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/index.html>. See also, e.g., Joshua Karton, "International Arbitration Culture and Global Governance", in Walter Mattli and Thomas Dietz (Eds), *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 74 – 116.

¹⁰ Pierre Lalive, *Cultural Differences and International Arbitration*, Euro-money, 1995, Vol. 9, pp. 13 – 15, p. 13.

culture where corporate loyalty is far more important than it would be in the West, instinctively mistrust evidence given by witnesses on behalf of their employer.

An expert witness faltering under cross-examination

Another anecdote concerned an arbitration that revolved heavily around a particular unsettled question of law of a certain jurisdiction. The question was the subject of a long-running academic debate in the jurisdiction in question.

One of the parties engaged a pre-eminent academic expert on the relevant area of law. The expert submitted a written report in which he unequivocally stated one clear answer to the question at hand. Yet at the hearing he failed to offer the same unequivocal endorsement of his answer. In particular, he declined, when pressed, to maintain that what he had written on the issue should be regarded as right and the diametrically opposed thesis of some other scholars should therefore be regarded as wrong. The tribunal did not follow the expert's views and the party that had engaged the expert lost its case as a direct result.

The expert subsequently indicated that it was simply not done, in his culture, to talk of oneself as being absolutely in the right.

This highlights, in our view, that there tends, not infrequently, to be a difference between written expert reports and statements made in oral hearings, all the more so when experts at the hearing encounter fellow specialists from the same (often quite narrow) field.

Fact witnesses under cross-examination

Friends have told of a large number of cross-examinations gone wrong. The problem is rarely that a witness changes his/her mind, or contradicts him/herself, or has gaps in his or her memory. Instead, by far the most prevalent problem in cross-examination is that the witness feels intimidated by the questioning, becomes flustered, is looking for a way to end the ordeal, and perhaps even feels the urge to agree with the questioner. It is significantly more likely that this sort of thing happens where the witness is from a legal culture that does not know cross-examination.

Cross-examination is very much a Common-law procedural tool. In Civil-law jurisdictions, it is primarily the Court that questions the witnesses. Party representatives may only ask supplementary questions once the Court is satisfied that it has made all the enquiries it needs to make. Importantly, training in examination technique does not tend to be part of legal training in most Civil-law jurisdictions.

Of course, the clash between an experienced Common-law interrogator and a timid witness from a Civil-law country can go both ways. One friend recalls a charming and soft-spoken witness interrogated rather harshly by an archetypal counsel raised in the Common-law tradition. The witness complained, quite rightly, about the counsel's discourteous treatment. The tribunal – made up, as it happens, of a mix of Common and Civil lawyers – was not amused.

Coaching witnesses

There is no prohibition against coaching witnesses in international arbitration doctrine as such.¹¹ Doing so is, however, strictly *taboo* as a matter of professional conduct in a number of national legal systems. English lawyers are, for instance, prohibited from coaching any witness about the specifics of the case at hand, though they can, and do, provide witnesses with more generalised training to familiarise them with what to expect at the hearing, most especially cross-examination. This is not, however, a Common-law vs Civil-law thing. For example, witness preparation is accepted and routinely practised throughout the United States.

This can lead to misunderstandings on a number of levels. It is not uncommon for a panel made up of English lawyers to instinctively assign less credibility to a witness who has obviously been coached, despite the fact that in that witnesses' own legal culture such coaching is *de rigueur*, and so the witness was not aware of doing anything wrong. It is similarly not unheard of for a witness from, say, England to be reluctant to undergo coaching, even though he or she would be entitled to do so before appearing before, say, a US forum.

There is no prohibition against coaching witnesses in international arbitration doctrine as such. Doing so is, however, strictly taboo as a matter of professional conduct in a number of national legal systems

Friends have told of a large number of cross-examinations gone wrong. The problem is rarely that a witness changes his/her mind, or contradicts him/herself, or has gaps in his or her memory. Instead, by far the most prevalent problem in cross-examination is that the witness feels intimidated by the questioning, becomes flustered, is looking for a way to end the ordeal, and perhaps even feels the urge to agree with the questioner

¹¹ See Nigel Blackaby *et al*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 2015 (6th ed.) at 6.123 – 6.124.

Document production

Document production is one of those areas where most progress has been made in recent years in terms of developing a uniform set of guidelines (and expectations). The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, in particular, have been invaluable in this regard. They govern or guide a substantial proportion of arbitration disclosure today. Under these rules (which in reality operate more as guidelines) a party is – to simplify things slightly – entitled to all non-privileged documents relevant to the case and material to its outcome that the other party possesses, provided it can make sufficiently narrow requests that demonstrate the relevance and materiality of such documents.

Gone are the days when the stereotypical American party on one side of the dispute would make sweeping demands for “discovery” that essentially boiled down to access to all the opponent’s documentation, only for such demands to be angrily resisted by the equally stereotypical Continental European party on the other side, which would categorically refuse to hand over any documents other than those it relied on.

Yet even within the universe of the IBA Rules, parties and arbitrators from different backgrounds tend to have widely diverging approaches to what it means for a document to be relevant and material, or to be privileged. Friends have, for instance, seen arbitral tribunals rule that none but the most direct attorney-client communications are privileged. Conversely, tribunals that have made such sweeping rulings on document requests under the IBA Rules that they are closer to US-style discovery than the more moderate process envisaged by the Rules.

The reasoning of arbitral awards

Much, perhaps too much, has been made of the stereotypical divide between the Civil and Common law systems. One point where, in our experience, this stereotype is perhaps more true than elsewhere is in the writing of judgments and awards. Civil-law judgments tend to be very brief by comparison to the more lengthy and mellifluous decisions of Common-law judges. Not infrequently, this writing culture has an impact on arbitral awards, especially if those judges go on to sit as arbitrators post-retirement (a frequent occurrence).

Practitioners have told of parties with a Common-law background utterly dismayed by what they perceived to be a lack of coherence in the reasoning in the awards of tribunals made up solely of Civil lawyers.

Conclusions: Recommendations for Practitioners

One main common thread that goes through the above examples is that all the international arbitrations in question were conducted by high-calibre professionals on all sides (i.e. parties and tribunal), and yet these issues were not foreseen by anyone. Such cultural misunderstandings, in other words, are often the proverbial elephant in the room that can unexpectedly derail, or at least impede, the progress of an arbitration.

There are some simple recommendations that may, it is hoped, be helpful to practitioners seeking to minimise the impact of such understandings:

- ♦ *Be mindful of culture:* Take some time, at the start of a case, to consider the background of all participants, in particular in terms of their “home” legal culture, and how it may shape their expectations regarding the proceedings ahead. Also consider whether they may be *Guerillas*, *Neophytes*, *Atheists*, *Agnostics*, or *Wannabes*, and what this may mean for the proceedings.
- ♦ *Involve your clients:* Your clients are unlikely to be lawyers, let alone international arbitration professionals. They are far less likely than you to be mindful of the implications posed by the cultural background of their opponents and the tribunal. Take some time to explain the issue to them.
- ♦ *Make culture a factor in choosing your tribunal:* Assume you represent a client coming from one legal tradition against an opponent from a very different culture and tradition. Even if the contract in question purely concerns the law of the opponent’s country, all the facts and assets are located in the opponent’s country, and the parties have agreed for the proceedings to be conducted in that country’s official language rather than in English – a rare occurrence, to be sure, but it does happen – it may not be a good idea to agree to appoint a tribunal made up exclusively of “local” lawyers. Their expectations may be so far removed from your client’s

Take some time, at the start of a case, to consider the background of all participants, in particular in terms of their “home” legal culture, and how it may shape their expectations regarding the proceedings ahead

Your clients are unlikely to be lawyers, let alone international arbitration professionals. They are far less likely than you to be mindful of the implications posed by the cultural background of their opponents and the tribunal. Take some time to explain the issue to them

expectations that it makes shepherding the case to a good outcome unfeasibly difficult.

- ♦ *Make culture a factor in choosing counsel or co-counsel:* It is vital to ensure that any team of party representatives is able to “read” the tribunal to the maximum extent possible. Ideally, this should include at least one team member with a solid understanding of each tribunal member’s cultural background.

“Reading” a tribunal is of course an art rather than a science, and can take many forms. Not the least important aspect of it is being able to understand the tribunal members’ body language.

It is, of course, also advisable to consider this particular aspect (body language and the ability to interpret it) when selecting the tribunal (discussed above) and preparing witnesses for the hearing (discussed below).

- ♦ *Ensure your witnesses are properly prepared (in accordance with appropriate ethical and legal strictures):* English lawyers, for instance, cannot engage in outright witness coaching in relation to the case at hand. But they can ensure that witnesses – including expert witnesses – know what to expect in cross-examination and are not afraid of it.
- ♦ *Consider expert conferencing:* The situation described above where an expert may be uneasy maintaining his or her position at the oral hearing, can often be avoided (or at least partially alleviated) by using conferencing instead of, or perhaps in addition to, the traditional cross-examination process. This tool is not, alas, available for fact witnesses.

“Reading” a tribunal is of course an art rather than a science, and can take many forms. Not the least important aspect of it is being able to understand the tribunal members’ body language

Settlement during the arbitration proceedings

David Premelč, Sandra Kajtazović

David Premelč is a partner at Law firm Rojs, Peljhan, Prelesnik & Partners specialising in domestic and cross-border M&A, international arbitration and data protection. David advises on a wide range of matters including acquisitions and disposals, takeovers, mergers, joint ventures, privatizations. David has represented clients in international arbitration proceedings under the Arbitration Rules of International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICC Rules of Arbitration and Ljubljana Arbitration Rules.

Sandra Kajtazović is a Senior Associate at Law firm Rojs, Peljhan, Prelesnik & Partners. She has joined the firm in 2010 after completing an LL.M. in International Commercial Arbitration Law at Stockholm University, Sweden. Her fields of expertise include compliance, data privacy and commercial law. She provides counsel on all aspects of data privacy and helps identify privacy, security and data protection issues in mergers, acquisitions and other corporate transactions.

According to the principle of party autonomy, the parties may settle a dispute after the commencement of arbitral proceedings at any time before a final award is rendered

“Persuade your neighbours to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser — in fees, expenses, and waste of time. As a peacemaker, the lawyer has a superior opportunity of being a good man. There will still be business enough.”
(Abraham Lincoln)

Introduction

Should we settle? This question is bound to be raised and considered more than once after a dispute has arisen. There is, however, no single answer to this complex question. It has to be determined in each case by assessing the strength of one’s position and weighing the chances of success against a number of different factors. In many cases, parties cannot predict how the arbitral tribunal will evaluate the merits of their legal position and interpret the applicable legal rules,¹ which in turn makes the outcome of the arbitral proceedings uncertain. Many parties thus prefer to settle rather than engage in what may turn out to be lengthy and costly arbitral proceedings.² The desire to remain

on friendly terms with the other party can serve as an additional incentive to settle.³

According to the principle of party autonomy, the parties may settle a dispute after the commencement of arbitral proceedings at any time before a final award is rendered.⁴ Often the arbitral tribunal will not be aware that the parties are engaged in settlement negotiations. The parties may negotiate the terms of the settlement and merely inform the tribunal thereof. In some instances, when the dispute is “ripe” for settlement, but the parties may not be aware of it, the tribunal may be in a better position to steer the parties to settlement talks. Settlement results either in the withdrawal of a claim followed by an order terminating the case, or in an award by consent,⁵ i.e. an arbitral award on terms

(“Costs have definitely exploded...”) and Queen Mary University of London, 2006 International Arbitration Study: Corporate Attitudes and Practices, p. 19 *et. seq.*

1 Kryvoi, Y., Davydenko, D.: Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement, Brooklyn Journal of International Law, Vol. 40, Issue 3, 2015, p. 833.

2 See Queen Mary University of London, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, p. 24 (“Cost and lack of speed were both ranked by respondents as amongst the worst characteristics of international arbitration”); See also Risse, J.: Ten Drastic Proposals for Saving Time and Costs in Arbitral Proceedings in Arbitration International, Vol. 29, No. 3, p. 453

3 Mistelis, L.: The Settlement-Enforcement Dynamics in International Arbitration, in 19 Am. Rev. Int’l Arb. 377, 379 (2008), in Kryvoi, Y., Davydenko, D., *op. cit.*, p. 833. See also Commission on Arbitration and ADR: Effective Management of Arbitration (A Guide for In-House Counsel and Other Party Representatives), ICC Publication 866-2 ENG, ISBN 978-92-842-0252-2.

4 See Grierson, J., van Hooft, A.: Arbitrating under the 2012 ICC Rules, Kluwer Law International, 2012, pp. 57, 58. (“[...] settlement discussions can and should still be attempted as soon as a dispute arises, in order to avoid the costs of commencing arbitration. However, many disputes will not be ‘ripe’ for settlement until a later stage (e.g. until the parties have seen their opponents’ cases set forth in a Request for Arbitration or Answer).”)

5 Kaufmann-Kohler, G., Bonnin, V.: Arbitrators as Conciliators: A Statistical

agreed upon by the parties in dispute. Parties may wish to record their settlement in the form of a consent award in order to avail themselves of the benefits of an arbitral award, in terms of enforcement and recognition.⁶ According to some estimates, over 40% of international arbitrations are terminated by settlement,⁷ and many of those are recorded as consent awards.⁸

The aim of this article is to examine the role of parties' legal representatives in settlement negotiations, specifically, the actions counsel can take in settlement pre-arbitration and after the initiation of arbitral proceedings. Before addressing the role of counsel (Part III), this article shall first touch upon the possible involvement of arbitrators in settlement negotiations by analysing various legal regimes for the facilitation

of settlement by arbitrators (Part I) and second, by examining whether an international arbitrator should indeed facilitate settlement and, in the affirmative, in what circumstances and to what extent (Part II). For the sake of clarity, this article does not address separate proceedings of mediation or conciliation and arbitration, nor does it deal with instances in which an arbitrator acts as a mediator or conciliator.

Legal regime for facilitation of settlement by arbitrators – national law, arbitration rules, and guidelines

Most national arbitration statutes are silent on the acceptability of arbitrators becoming involved in settlement.⁹ This is also true of the Slovenian Arbitration Act, which only contains a single provision allowing the arbitral tribunal to record the settlement at the request of the parties in the form of an arbitral award, unless the terms of the settlement are contrary to the public policy of Slovenia.¹⁰ There are exceptions, however. For instance,¹¹ Australia's New South Wales Commercial Arbitration Act,¹² the Hong Kong Arbitration Ordinance,¹³ and the Singapore International Arbitration Act¹⁴ provide that an ar-

Most national arbitration statutes are silent on the acceptability of arbitrators becoming involved in settlement. This is also true of the Slovenian Arbitration Act, which only contains a single provision allowing the arbitral tribunal to record the settlement at the request of the parties in the form of an arbitral award, unless the terms of the settlement are contrary to the public policy of Slovenia

Study of the Relation between an Arbitrator's Role and Legal Background, available at <http://www.arbitration-icca.org/media/4/92368195274054/media01231914460597000950003.pdf> (8. 8. 2016); see e.g. Article 30(1) UNCITRAL Model Law; see also *infra* at 17–22.

6 A consent award constitutes a genuine arbitral award. According to Article 30(2) UNCITRAL Model Law "such an award has the same status and effect as any other award on the merits of the case." This is important at the enforcement stage, because it makes it clear for a foreign enforcement court that the consent award can be enforced under the 1958 New York Convention. On the enforcement of consent awards under the 1958 New York Convention see also Lew, J., Mistelis, L., Kröll, S.; *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, Nos 24 – 31. However, there is a special issue with enforceability of consent awards resulting from mediation, since it appears from the 1958 New York Convention that it does not apply to mediated settlements reached before the commencement of arbitral proceedings because of the lack of "difference" between the parties. See more on this in Kryvoi, Y. and Davydenko D., *op. cit.*, p. 863 *et seq.*

7 Salpius, E.: *The Decision to Settle*, 69 ARB. 155, 155 – 58, 2003 in Kryvoi, Y. and Davydenko D., *op. cit.*, p. 828; according to another study, at least 25% of international disputes before arbitral tribunals are settled prior to the final award (Queen Mary and PriceWaterhouseCoopers (ed), *International Arbitration: Corporate attitudes and practices*, 2008, p. 2 in Berger, K. P.: *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, 3rd edition, Kluwer Law International 2015, p. 459); another study suggests that in East Asia, the overall voluntary settlement rate amounts to 30% and in the European and American regions 48% on average (Shahla F. Ali: *Facilitating Settlement at the Arbitration Table: Comparing Views on Settlement Practice Among Arbitration Practitioners in East Asia and the West*, Onati Socio-Legal Series, Vol. 1, No. 6, 2011, p. 23).

8 E.g. according to the information of the Ljubljana Arbitration Centre in the period between 2014 and 2015 approximately 20% of disputes were settled and approximately 10% of arbitration awards issued were consent awards; in 2014, 35% of disputes were either settled or proceedings otherwise discontinued under the ICSID Convention and Additional Facility Rules. Out of the 35%, 22% of proceedings ended in a settlement award. See *The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2015-1)* available at [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20\(English\)%20\(2\)_Redacted.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20(English)%20(2)_Redacted.pdf) (8. 2. 2016). In 2013, approximately 8% of awards rendered by the ICC International Court of Arbitration were consent awards. See *Int'l Court of Arbitration, 2013 Statistical Report*, 25 ICC Int'l Ct. Arb. Bull. 1, 14, 2014.

9 E.g. This is true for a number of national laws which have adopted or have been influenced by the UNCITRAL Model Law. According to UNCITRAL, legislation based on the Model Law has been adopted in 72 States (including Slovenia) in total of 102 jurisdictions. Information available at http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (13. 3. 2016).

10 Slovenian Arbitration Act, Article 34(1) (2008).

11 The list does not purport to be exhaustive.

12 New South Wales Commercial Arbitration Act, S. 27d (2010) ("(1) An arbitrator may act as a mediator in proceedings relating to a dispute between the parties to an arbitration agreement ("mediation proceeding") if: (a) the arbitration agreement provides for the arbitrator to act as mediator in mediation proceedings (whether before or after proceeding to arbitration, and whether or not continuing with the arbitration), or (b) each party has consented in writing to the arbitrator so acting. [...] (8) In this section, a reference to a 'mediator' includes a reference to a conciliator or other non-arbitral intermediary between parties."), available at http://www5.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/caa2010219/s27d.html (15. 2. 2016).

13 Hong Kong Arbitration Ordinance, S. 33(1) (2011 as amended in 2013) ("If all parties consent in writing, and for as long as no party withdraws the party's consent in writing, an arbitrator may act as a mediator after the arbitral proceedings have commenced). Available at <http://www.kluwerarbitration.com.ubproxy.ub.uni-heidelberg.de/CommonUI/document.aspx?id=kli-ka-1351034> (15. 2. 2016).

14 Singapore International Arbitration Act Article 17(1) (2002 incorporating amendments as at 1 June 2012) ("If all parties to any arbitral proceedings consent in writing and for so long as no party has withdrawn his consent in writing, an arbitrator or umpire may act as a conciliator."). Available at <http://www.kluwerarbitration.com.ubproxy.ub.uni-heidelberg.de/CommonUI/document.aspx?id=kli-ka-1411152-n> (15. 2. 2016).

A review of rules of leading arbitration institutions shows that they generally do not contain specific guidance regarding the role of arbitrators in settlement proceedings. Many arbitration rules contain only provisions allowing parties to discontinue arbitration proceedings at any time by mutual consent and the possibility of recording the settlement in the form of an arbitral award if the parties so agree

bitrator may act as a conciliator. Another interesting exception can be found in the French arbitration law, pursuant to which an arbitrator has the right, akin to that of a judge, to assist the parties towards settlement.¹⁵ In practice, however, French arbitrators are hesitant to promote an amicable settlement without the parties' express consent.¹⁶ Similarly, the Netherlands Arbitration Act¹⁷ provides that "at any stage of the proceedings, the arbitral tribunal may order the parties to appear in person for the purpose of [...] attempting to arrive at a settlement".

A review of rules of leading arbitration institutions shows that they generally do not contain specific guidance regarding the role of arbitrators in settlement proceedings. Many arbitration rules contain only provisions allowing parties to discontinue arbitration proceedings at any time by mutual consent and the possibility of recording the settlement in the form of an arbitral award if the parties so agree. These rules include the American Arbitration Association rules,¹⁸ the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce rules,¹⁹ the Vienna Rules,²⁰ the London Court of International Arbitration rules,²¹ and UNCITRAL Arbitration

rules,²² among others.²³ Certain rules,²⁴ however, expressly anticipate that an arbitrator may become involved in settlement, for example, under JAMS rules²⁵ "the Parties may agree to seek the assistance of the Arbitrator in reaching settlement", whereby the "Parties will be deemed to have agreed that the assistance of the Arbitrator in such settlement efforts will not disqualify the Arbitrator from conducting to serve as arbitrator if settlement is not reached; nor shall such assistance be argued to a reviewing court as the basis for vacating or modifying an Award". Similarly, the Swiss Rules²⁶ give arbitrators an option to offer settlement facilitation, if agreed by the parties. Under the DIS Rules,²⁷ the arbitral tribunal should at every stage of the proceedings "seek to encourage an amicable settlement of the dispute or of individual issues in dispute". Rules of some arbitration institutions in Asia, such as CIETAC arbitration rules²⁸ and Beijing

that a final settlement has been reached, the Arbitral Tribunal shall be discharged and the arbitration proceedings concluded by the LCIA Court, subject to payment by the parties of any outstanding Arbitration Costs in accordance with Articles 24 and 28.").

15 Article 1464 in connection to Article 21 of the French New Code of Civil Procedure (2011).

16 See Kaufmann-Kohler, G.: When Arbitrators Facilitate Settlement: Towards a Transnational Standard, in: 25 Arbitration International 2, 2009, p. 190.

17 Netherlands Arbitration Act, Article 1043 (1986, as amended 1 January 2015). Available at http://www.kluwerarbitration.com.ubproxy.ub.uni-heidelberg.de/CommonUI/Handlers/files.ashx?id=Netherlands_AnnexI_s83_FINAL (15. 2. 2016).

18 AAA Rules, Article 48(a) (2013) ("If the parties settle their dispute during the course of the arbitration and if the parties so request, the arbitrator may set forth the terms of the settlement in a 'consent award'. A consent award must include an allocation of arbitration costs, including administrative fees and expenses as well as arbitrator fees and expenses.").

19 ICC Rules, Article 32 (2012) ("If the parties reach a settlement after the file has been transmitted to the arbitral tribunal in accordance with Article 16, the settlement shall be recorded in the form of an award made by consent of the parties, if so requested by the parties and if the arbitral tribunal agrees to do so.").

20 VIAC Rules, Article 38 (2013) ("The parties may request that a settlement which they have reached be recorded or that the settlement be rendered in the form of an award on agreed terms.").

21 LCIA Rules, Article 26.9 (2014) ("In the event of any final settlement of the parties' dispute, the Arbitral Tribunal may decide to make an award recording the settlement if the parties jointly so request in writing (a 'Consent Award'), provided always that such Consent Award shall contain an express statement on its face that it is an award made at the parties' joint request and with their consent. A Consent Award need not contain reasons. If the parties do not jointly request a Consent Award, on written confirmation by the parties to the LCIA Court

22 UNCITRAL Arbitration Rules, Article 36(1) (2013) (If, before the award is made, the parties agree on a settlement of the dispute, the arbitral tribunal shall either issue an order for the termination of the arbitral proceedings or, if requested by the parties and accepted by the arbitral tribunal, record the settlement in the form of an arbitral award on agreed terms. The arbitral tribunal is not obliged to give reasons for such an award.").

23 See e.g. Ljubljana Arbitration Rules, Article 43(1) (2014) ("If, before the final award is made, the parties agree on a settlement of the dispute, the Arbitral Tribunal shall either issue an order for the termination of the proceedings or, if so requested by the parties and accepted by the Tribunal, record the settlement in the form of an award on agreed terms. The provisions of Articles 40 and 41 shall apply to an award on agreed terms but the Arbitral Tribunal is not obliged to give reasons for such an award.").

24 See also Chamber of Arbitration of Milan, Arbitration Rules, Article 22(1) (2010) ("At any time in the proceedings, the Arbitral Tribunal may attempt to settle the dispute between the parties, including by addressing them to the Mediation Service of the Chamber of Arbitration of Milan."); Rules of procedure of the Court of Arbitration of the Slovak Chamber of Commerce and Industry, S. 26 (2002) ("The tribunal or the arbitrator shall, where appropriate, encourage the parties at all stages of the proceedings to reach a settlement and to file proposals, recommendations or motions that, in their opinion, could contribute to such settlement."); ICSID Arbitration Rules, r. 21(2) (2010) ("At the request of the parties, a pre-hearing conference between the Tribunal and the parties, duly represented by their authorized representatives, may be held to consider the issues in dispute with a view to reaching an amicable settlement.").

25 JAMS Comprehensive Arbitration Rules & Procedures, Article. 28(b) (2014).

26 Swiss Rules of International Arbitration, Article 15(8) (2012).

27 DIS Rules, S. 32.1 (1998).

28 CIETAC Arbitration Rules, Article 47(2) (2014) ("With the consent of both parties, the arbitral tribunal may conciliate the case in a manner it considers appropriate.").

Arbitration Commission Arbitration Rules²⁹ go a step further by giving arbitrators power to conciliate the dispute upon agreement of the parties.

In this context, the Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration of the International Bar Association (“IBA Guidelines on Conflicts of Interest”)³⁰ are noteworthy. They provide that “an arbitrator may assist the parties in reaching a settlement of the dispute, through conciliation, mediation or otherwise, at any stage of the proceedings”, and that his impartiality is not affected by such involvement.³¹ However, if settlement efforts fail and arbitration continues, the arbitrator shall resign, if due to his involvement in the settlement process, the arbitrator develops doubts as to his impartiality or independence.³² Furthermore, pursuant to section 47 of the UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, an “arbitral tribunal should only suggest settlement negotiations with caution”.

Finally, special regard should be given to the rules of the Centre for Effective Dispute Resolution

(“CEDR”) Recommendations, which provide “best practice” guidance as to what steps arbitrators can take to facilitate settlement within the context of existing arbitral rules. Arbitrators can enforce multi-tier dispute resolution clauses in accordance with the applicable law if pre-arbitration phases have not been completed in accordance with the clause,³³ remind the parties’ counsel that it is best practice for internal party representatives to be present at the first procedural conference (arbitrators can remind the parties at that conference that they can settle their dispute at any time),³⁴ if both parties agree, provide an indication as to the tribunal’s preliminary view on the merits of the case,³⁵ if both parties agree, chair one or more settlement meetings,³⁶ to name a few examples. In addition to the Recommendations, the CEDR Commission has prepared the Rules for the Facilitation of Settlement in International Arbitration (“CEDR Rules”),³⁷ which apply the Recommendations. CEDR Rules outline the steps that arbitral tribunals are to take in facilitating settlement. They “have been praised as a structured, intelligent approach to promoting settlement which recognizes the difference between civil and common law tradition and looks to take the best of both, whilst providing a menu which will be appropriate for different tribunals and different nationalities of parties”.³⁸

Role of arbitrators in the facilitation of settlement

The primary responsibility of arbitrators is to decide upon the issues submitted to arbitration and to produce a binding and enforceable award.³⁹ Nevertheless,

29 Beijing Arbitration Commission Arbitration Rules, Article 42(1) (2015) (“The Arbitral Tribunal may, at the request or with the consent of the parties, conduct a conciliation of the case in such manner as it considers appropriate.”).

30 The “Guidelines are not legal provisions and do not override any applicable national law or arbitral rules chosen by the parties”. The aim of the Guidelines is to “assist parties, practitioners, arbitrators, institutions and courts in dealing with issues of impartiality and independence” (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2014), Introduction, at para. 6).

31 Compare with e.g. c. IV(f) AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes (“Although it is not improper for an arbitrator to suggest to the parties that they discuss the possibility of settlement or the use of mediation, or other dispute resolution processes, an arbitrator should not exert pressure on any party to settle or to utilize other dispute resolution processes. An arbitrator should not be present or otherwise participate in settlement discussions or act as a mediator unless requested to do so by all the parties.”).

32 IBA Guidelines on Conflicts of Interest, S. 4(d) (2014) (“An arbitrator may assist the parties in reaching a settlement of the dispute, through conciliation, mediation or otherwise, at any stage of the proceedings. However, before doing so, the arbitrator should receive an express agreement by the parties that acting in such a manner shall not disqualify the arbitrators from continuing to serve as arbitrator. Such express agreement shall be considered to be an effective waiver of any potential conflict of interest that may arise from the arbitrator’s participation in such a process, or from information that the arbitrator may learn in the process. If the assistance by the arbitrator does not lead to the final settlement of the case, the parties remain bound by their waiver. However, consistent with General Standard 2(a) and notwithstanding such agreement, the arbitrator shall resign if, as a consequence of his or her involvement in the settlement process, the arbitrator develops doubts as to his or her ability to remain impartial or independent in the future course of the arbitration.”).

33 CEDR Commission on Settlement in International Arbitration, Final Report, November 2009, Section 4.2.1.

34 Ibid., Section 4.2.2.

35 Ibid., Section 4.2.5.

36 Ibid., Section 4.2.6.

37 CEDR Rules apply only, if so agreed upon by the parties.

38 Bond, S., Quote from Conference 26.11.2009, published at http://www.cedr.com/about_us/arbitration_commission/arbcomsampledirections.php (14. 2. 2016).

39 See e.g. Article 41 ICC Arbitration Rules (2012); Article 32.2 LCIA Arbitration Rules (2014); the grounds for refusal of recognition and enforcement of an arbitral award under the 1958 New York Convention are enumerated in its Article V and should be interpreted restrictively in accordance with the purpose of the 1958 New York Convention (See e.g. Van den Berg, A. J.: The New York Arbitration Convention of 1958, Deventer/Netherlands, 1981, p. 297); in practice, however, the main concern of the arbitral tribunals seems to be a so-called “due process paranoia”, as a result of which the tribunals seem to be reluctant to act decisively in certain situations for fear of the award being challenged on the basis of a party not having had the chance to present its case fully (see e.g. Queen Mary University of London, 2015 Survey, p. 2).

Pursuant to section 47 of the UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, an “arbitral tribunal should only suggest settlement negotiations with caution”

The primary responsibility of arbitrators is to decide upon the issues submitted to arbitration and to produce a binding and enforceable award

How proactive should an arbitrator be in facilitating settlement? This controversial question has been subject to much debate, especially in the absence of any guidance by most national laws and arbitration rules

although settlement facilitation is not arbitrators' primary role, "no one would deny that voluntary settlement during the proceeding is for the parties a desirable objective, which should be shared and encouraged by the arbitrators".⁴⁰ However, how proactive should an arbitrator be in facilitating settlement? This controversial question has been subject to much debate, especially in the absence of any guidance by most national laws and arbitration rules. An arbitrator may facilitate settlement by simply asking the parties whether they have considered settlement or by inviting parties at any stage of the proceedings to attempt settlement of their dispute in direct negotiations. An arbitrator can also trigger settlement discussions between the parties by asking questions, which shed light on the weaknesses of the parties' case thus forcing them to re-evaluate the strength of their position, or he may go even a step further and offer to assist parties in settlement discussions.⁴¹ Another more intense involvement by an arbitrator could involve meeting separately with the parties (caucusing) to discuss settlement proposals; however, such involvement requires a high degree of caution on the part of the arbitrator due to the risk of a breach of due process.⁴² In these private sessions, the arbitrator may learn of facts that are unknown to the other party. Consequently, the other party may be deprived of an opportunity to rebut those facts and to fully present its case. An arbitrator may avoid this breach by refraining from private sessions or by obtaining parties' consent prior to such sessions regarding the way he is to deal with the information learned in confidence.⁴³

40 See Draetta, U.: Leveraging the Arbitral Process to Encourage Settlement: Some Practical and Legal Issues, Liber Amicorum Bernardo Cremades, Wolters Kluwer Espana, La Ley 2010, p.367.

41 Kaufmann-Kohler, G., Lecture on When arbitrators facilitate settlement: Towards a transnational standard, available at http://www.claytonutz.com/ialecture/2007/transcript_2007.html (21. 12. 2015).

42 Arbitrators generally need the consent of all parties or their joint consent to engage in caucusing. This consent should also contain a waiver by the parties to use this fact as basis for the disqualification of arbitrator(s), if settlement negotiations are not successful. According to the CEDR Safeguards for arbitrators who use private meetings with each party as a means of facilitating settlement (Appendix 2), s. 5, attention should also be given to the effect of parties' consent under different national laws.

43 This way of proceedings is also supported by the CEDR Safeguards for arbitrators who use private meetings with each party as a means of facilitating settlement (Appendix 2), which states that parties' consent to the mediator/conciliator should include consent as to the way in which the arbitrator is to deal with information learned in confidence by the arbitrator during the mediation/conciliation and that the arbitrator may either be required to disclose any such information to all parties and provide them with an opportunity to comment, or that the arbitrator should disregard any such information and that he will be under no duty to disclose it (Appendix 2, Section 7.1).

Facilitation of settlement by arbitrators may also be more indirect, for example by a preliminary decision through a partial award on a certain decisive legal issue, which could lead the parties to better assess their chances of success and in turn settlement.⁴⁴

Whether or not arbitrators become involved or not and the degree of activity with which arbitrators in practice aim at settlement is dependent *inter alia* on the legal background and culture of the arbitrator(s).⁴⁵ German and Swiss⁴⁶ arbitrators tend to be more proactive in settlement facilitation and are generally willing to provide parties with an indication of their preliminary views on the issues in the case at an early stage in the proceedings.⁴⁷ The common law approach is different. Typically, arbitrators with a common law background will refrain from "engaging with the parties on the substantive issues for fear that this may suggest that they have prejudged the case before hearing all the evidence and argument".⁴⁸ However, the positions of common and civil law traditions today may be closer than might appear at first sight.⁴⁹ For example, the AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial

44 E.g., IBA Rules on the Talking of Evidence in International Arbitration art. 2(3) (2010) ("The Arbitral Tribunal is encouraged to identify to the Parties, as soon as it considers it to be appropriate any issues: (a) that the Arbitral Tribunal may regard as relevant to the case and material to its outcome; and/or (b) for which a preliminary determination may be appropriate.").

45 See e.g. Kaufmann-Kohler, G.: When Arbitrators Facilitate Settlement: Towards a Transnational Standard – Slyton Utz/University of Sydney International Arbitration Lecture, The Journal of the London Court of International Arbitration, Vol. 25, No. 2, 2009, pp. 190 – 197; Shahla F. Ali, op. cit., p. 7 ("[...] participants in East Asian international arbitration proceedings exhibit a greater proactively to view the facilitation of settlement as one of the goals of arbitration and make greater efforts pre-arbitration to settle disputes as compared to their North American and European counterparts.").

46 On facilitation of settlement in arbitration in Switzerland and Germany see e.g. Brunner, C., in Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, Kluwer Law International 2013, pp. 327 – 337; Pierre Lalive, The Role of Arbitrators as Settlement Facilitators – A Swiss View in New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond, ICCA Congress Series, Vol. 12, Kluwer Law International 2005, van den Berg, A. J. (ed), pp. 556 – 564.

47 CEDR Commission on Settlement in International Arbitration, Final Report, November 2009, S. 2.2.; see also statistics provided in Kaufmann-Kohler, G., op. cit., pp. 195 – 197; Kaufmann-Kohler, G., Bonnin, V.: Arbitrators as Conciliators: A Statistical Study of the Relation between an Arbitrator's Role and Legal Background, available at <http://www.arbitration-icca.org/media/4/92368195274054/media01231914460597000950003.pdf> (14. 2. 2016).

48 CEDR Commission on Settlement in International Arbitration, Final Report, November 2009, Section 2.3.

49 Ehle, B.: The Arbitrator as a Settlement Facilitator, available at http://www.lalive.ch/data/publications/Cepani_12_THILIN_Ehle.pdf (16. 2. 2016).

Disputes⁵⁰ provides that arbitrators be permitted to act as settlement facilitators, provided that the parties consent to it.⁵¹ With regard to settlement techniques used by common law jurisdictions, which do promote settlement, “offers to settle”⁵² should be mentioned. This system rewards the offeror for having made a reasonable offer to settle.⁵³

Reference may be made here to the three principles outlined by the CEDR Commission that should apply to international arbitration proceedings, namely, (i) “an arbitral tribunal has a primary responsibility to produce an award, which is binding and enforceable”;⁵⁴ (ii) “unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal, assisted by the arbitral institution where applicable, should also take steps to assist the parties in achieving a negotiated settlement of part of all of their dispute”;⁵⁵ and (iii) “in assisting the parties with settlement, the tribunal should not act in such a way as would make its award susceptible to a successful challenge. Specifically, the tribunal should not meet with any of the Parties separately, or obtain information from any Party which is not shared with the other Parties, unless such practices are acceptable in the courts of all jurisdictions which might have reason to consider the validity of the tribunal’s award or unless the Parties explicitly consent to this approach and its consequences”.⁵⁶

It is difficult to generalize best practice rules for settlement facilitation by arbitrators since every individual case deserves customized treatment, with regard to

the specific circumstances of the case.⁵⁷ However, with the above principles in mind, we can conclude that, in general, arbitrators may avail themselves of those techniques that will assist the parties in their settlement efforts, will not create an appearance of dependence that may lead to a successful challenge of arbitrators, and will not put at risk the award the tribunal may render.

It is probably fair to assume that arbitrator should in any case, at a minimum, be allowed to inquire as to whether or not the parties have engaged in settlement discussions. This question calls only for a yes or no answer and does not put pressure on the parties to settle.⁵⁸ An arbitrator should never force a settlement on the parties, but should not be unable to bring up the possibility of settlement during arbitration proceedings.⁵⁹ This notion is also supported by the CEDR Rules,⁶⁰ according to which an arbitrator shall ensure that the parties understand that they can settle their dispute or part of their dispute at any time. In the absence of any specific rules regarding the role of arbitrators in the majority of national rules and rules of arbitral institutions, it is without a doubt recommended that parties (and not merely parties’ counsel) consent to the facilitation of arbitrators in settlement and set the scope of the settlement mechanism in writing. The arbitrator should explain and discuss the different opinions at their disposal.⁶¹ A number of options to assist the parties in setting up the settlement mechanism are listed in the CEDR Sample Directions for Facilitation of Settlement in International Arbitration.⁶² For example, the parties may agree at which stages of the arbitration the arbitral tribunal may raise the topic of settlement (e.g. at each procedural or substantive hearing, after claimant’s submissions, after respondent’s submissions, at the start of the final hearing); the parties can choose the type of assistance they wish from the arbitrator (e.g. they may agree that the tribunal may/may not (i) provide all parties with the tribunal’s preliminary views on an issue in dispute, (ii) provide

It is difficult to generalize best practice rules for settlement facilitation by arbitrators since every individual case deserves customized treatment, with regard to the specific circumstances of the case

However, with the above principles in mind, we can conclude that, in general, arbitrators may avail themselves of those techniques that will assist the parties in their settlement efforts, will not create an appearance of dependence that may lead to a successful challenge of arbitrators, and will not put at risk the award the tribunal may render

50 The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes (effective 1. 3. 2004), was a joint project by the AAA and American Bar Association.

51 AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, canon IV(f) (2004).

52 Grierson, J., van Hoof, A., op. cit., pp. 59, 60: “A ‘sealed offer’ is a concept based on the English court practice of making ‘payments into court’ and ‘Part 36’ offers. The idea (of which there are different variants) is essentially that one party, the offeror, makes an offer to settle the dispute to the other party, the offeree. If the offeree accepts the offer within the applicable time-limit, then the offer becomes binding and the offeree gets paid its costs of the arbitration. Otherwise, the existence and the content of partial award is rendered on liability and quantum but not costs. If the terms of such an award are not “more favourable” to the offeree than those of the offer it had received (i.e., if the offeree does not ‘beat’ the offer), then the offeree must pay the offeror’s costs of the dispute as from the date of the offer.”

53 See Annex 3 to the report accompanying the CEDR Settlement Rules.

54 CEDR Commission on Settlement in International Arbitration, Final Report, November 2009, S. 2.4.1.

55 Ibid., S. 2.4.2.

56 Ibid., S. 2.4.3.

57 Plant, D. W.: The Arbitrator as Settlement Facilitator, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2000, Vol. 17 Issue 1, pp. 143 – 146.

58 Plant, D. W., op. cit., p. 144.

59 According to Article 4 of the CEDR Settlement Rules arbitrator should bring up the possibility of settlement at the outset of the proceedings.

60 CEDR Rules for the Facilitation of Settlement in International Arbitration Article 4, Section 2.1.

61 Ehle, B. op. cit.

62 Available at http://www.cedr.com/docslib/Rules_revised.pdf.

No one would argue that counsel plays an important role in settlement negotiations during pending arbitral proceedings. However, it should not be disregarded that counsel also has an important role in settlement facilitation at the stage of contract drafting, i.e. before a dispute even arises between the parties

all parties with preliminary non-binding findings of law or fact on key issues in dispute, (iii) offer suggested terms of settlement as a basis for further negotiation, when requested by all parties, (iv) chair one or more settlement meetings). Providing the parties with a preliminary view on certain decisive issues of fact or law may help parties determine the likelihood of success at a point in time when there is still time to present further arguments and additional evidence; it also helps the parties put emphasis on issues not yet fully clarified.

Parties may also want to agree on whether or not the arbitral tribunal may or may not, when considering the costs of the arbitration following an award on the merits, take into account any offer to settle that has been made by a party, in which the party to whom such an offer has been made had not done better in the award of the arbitral tribunal than the terms of the offer to settle.⁶³ Furthermore, parties should confirm in writing that the arbitrator's participation will not be viewed as a ground for disqualification later in the proceedings and that the arbitrator's participation shall not be a reason for challenging any subsequent awards. Finally, the written consent should explicitly allow for the possibility of the arbitrator resuming his role in the event that settlement negotiations fail.⁶⁴ An arbitrator should not hear one party without the other being present, and it should not receive any information that may poison its impartiality. This will do away with many risks inherent to arbitrators promoting settlement negotiations.

Role of counsel in settlement negotiations

The role of counsel is to protect their clients' interests at all times while observing the boundaries of law and professional conduct rules⁶⁵ and standards.⁶⁶ Counsel

63 CEDR Settlement Rules, Article 6. On cost sanctions for failing to negotiate, see also Article 37(5) ICC Rules.

64 Plant, D. W., op. cit., p. 146.

65 It should be observed that party representatives in international arbitration may be subject to different and potentially conflicting rules of law and standards on professional conduct with regard to *inter alia* disclosure of settlement communications and counsel involved in international disputes should be aware of such differences during settlement talks. See Born, G.: International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2009, pp. 2314, 2315 ("In many jurisdictions, settlement communications between parties or their representatives are generally not admissible in legal proceedings, at least to prove liability or damages. At the same time, the rules governing the definition and disclosure of settlement communications differ materially among jurisdictions. There may be instances in which one jurisdiction's law or ethical rules requires counsel to attempt to introduce the communication (as part of his or her obligation to represent the client zealously).").

has a duty to not only fight for the client and develop and present its client's case in a convincing way such that the client would prevail in the dispute, but must also advise the client as to the "likelihood of success of the client's case".⁶⁷ Counsel should discuss the strength of the case with the client in detail, the chances of winning, potential length of arbitration proceedings and associated costs, and against that background discuss how to bring the case to a successful end, which in certain cases may mean settling the dispute.⁶⁸ From a recent survey, it appears that the clients would prefer the arbitration counsel to work more closely together with opposing counsel to narrow issues and limit document production as well as to encourage settlement (including the use of mediation) during arbitration.⁶⁹

Role of counsel pre-arbitration

No one would argue that counsel plays an important role in settlement negotiations during pending arbitral proceedings. However, it should not be disregarded that counsel also has an important role in settlement facilitation at the stage of contract drafting, i.e. before a dispute even arises between the parties. CEDR Recommendations suggest that counsel should give careful consideration to the dispute resolution clause when drafting a contract. Counsel may consider including arbitration rules which encourage settlement facilitation by an arbitral tribunal or multi-tier dispute resolution clauses that provide for negotiation and/or mediation before arbitration.⁷⁰ This is especially important since it will be easier for the parties to agree on a settlement mechanism, while they are on good speaking terms than later when they are in dispute. Once a dispute arises, and settlement discussions are taking place, but arbitration proceedings have not (yet) been initiated, counsel needs to pay special

66 See e.g. IBA International Principles on Conduct for the Legal Profession, Principle 5 – Clients' interest (2011) ("A lawyer shall treat client interests as paramount, subject always to there being no conflict with the lawyer's duties to the court and the interests of justice, to observe the law, and to maintain ethical standards.").

67 IBA International Principles on Conduct for the Legal Profession, Principle 1 – Independence.

68 IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration (2013), p. 2 ("Party representatives should act with integrity and honesty and should not engage in activities designed to produce unnecessary delay or expense, including tactics aimed at obstructing the arbitration proceedings").

69 Queen Mary University of London, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, p. 3.

70 CEDR Recommendation 4.9.1.

attention in documenting settlement efforts, since these documents could be disclosed in the arbitration proceedings.⁷¹

What about once arbitration proceedings have commenced?

Counsel should investigate routes to settlement, when appropriate, while keeping in mind that the approach of the opposing party to settlement negotiation may be different, depending on its legal system and tradition.⁷² Counsel should also consider the use of ADR processes at the outset and throughout the arbitral process and use such ADR processes either alongside or in conjunction with arbitration.⁷³

Counsel may also, if so empowered by the party, discuss the question of settlement with the tribunal and/or arbitral institution and may, when appropriate, consider requesting the arbitral tribunal to provide preliminary views on law or fact that could facilitate settlement.⁷⁴ If settlement discussions are taking place before the tribunal, it would be advisable for counsel not to reveal any relevant information that they would not otherwise disclose to the arbitral tribunal. Despite the fact that applicable rules or law may exclude the use of anything said or done by any party or its counsel in the course of settlement discussions, an arbitral tribunal's mind might be tainted by such information.⁷⁵ If settlement negotiations are not taking place before the arbitral tribunal, counsel may obtain greater security for information exchanged not being leaked to

the arbitral tribunal by having the parties enter into a non-disclosure agreement for the purposes of settlement talks. Where applicable rules or law permit, counsel may consider making an "offer to settle", which will protect the client's costs position and may force the opposing party to consider settlement more seriously. In any case, as arbitration is a dispute resolution mechanism and as settlement is often the most time- and cost-efficient way to resolve a dispute, counsel should determine a proper settlement strategy. Over the course of arbitration, counsel should analyse any change in circumstances, and where necessary, make appropriate adjustments to their settlement strategies. There are many factors that can represent a particular incentive to settle, such as restructuring or M&A activities within the opponent's group, change in management of the opposing party, a substantial change in the financial state of the opposing party or important changes of the market conditions, etc.

In the event a settlement is reached, counsel should give careful consideration as to whether arbitration should be terminated forthwith, or only once certain obligations under the settlement agreement have been performed. If the former, then it will have to be decided whether to request that the settlement is recorded as a consent award; if the latter, then the settlement agreement should contain the same arbitration clause as the one under which the original dispute arose.⁷⁶

Conclusion

Generally, an amicable settlement of a dispute is the most time- and cost-efficient way to resolve a dispute or, in the words of *Michael McIlwrath*, "the best resolution of a dispute, at least from a party's perspective, will usually be no dispute at all".⁷⁷ This is true especially when a dispute arises out of a business relationship that is still ongoing. Early settlement may also save parties considerable costs. The authors would like to promote the idea that benefits of an amicable settlement outweigh possible concerns and that both arbitrators' and parties' counsels should, having regard to the specific circumstances of each case, take active roles in facilitating a consensual resolution of disputes.

Once a dispute arises, and settlement discussions are taking place, but arbitration proceedings have not (yet) been initiated, counsel needs to pay special attention in documenting settlement efforts, since these documents could be disclosed in the arbitration proceeding

In the event a settlement is reached, counsel should give careful consideration as to whether arbitration should be terminated forthwith, or only once certain obligations under the settlement agreement have been performed

⁷¹ Draetta, U., op. cit., p. 362.

⁷² CEDR Recommendation 4.9.4.

⁷³ CEDR Recommendation 4.9.2.

⁷⁴ See CEDR Recommendation 4.9.5. ("Parties and their counsel should be ready to discuss the question of settlement with the tribunal and/or the arbitral institution and consider the possible use of ADR or other settlement techniques at the outset of or later in the arbitration proceedings. One technique that the parties may consider is requesting the tribunal to give an early provisional view on the merits of the case so as to facilitate the parties' settlement discussions.")

⁷⁵ See e.g., CEDR Rules for the Facilitation of Settlement in International Arbitration, Article 3(4) ("Nothing said or done by any Party or its counsel in the course of any settlement discussions, or in the course of any other steps taken by the Arbitral Tribunal to facilitate settlement, shall be used against a Party in the event that the arbitration resumes (save as regard the allocation of costs in accordance with Article [6] of these Rules); CEDR Rules for the Facilitation of Settlement in International Arbitration, Article 3(5) ("The Arbitral Tribunal shall not take into account for the purpose of making an award, any substantive matters discussed in settlement meetings or communications, unless such matter has already been introduced in the arbitration. [...]").

⁷⁶ Grierson, J., van Hoof, A., op. cit., p. 61.

⁷⁷ McIlwrath, M.: Anti-Arbitration: 10 Things To Do Before The Arbitration Gets Under Way, Kluwer Arbitration Blog, 2011 (<http://kluwerarbitrationblog.com/2011/11/12/anti-arbitration-10-things-to-do-before-the-arbitration-gets-underway/>), (30. 3. 2016).

Sodelovanje slovenskih sodnikov kot arbitrov Mnenje Komisije za etiko in integriteto Sodnega sveta Republike Slovenije

Vir:
<http://www.sodni-svet.si/etika-in-integriteta/mnenja-komisije-za-etiko-in-integriteto/sodelovanje-sodnikov-kot-arbitrov/>
(1. 4. 2016)

Komisija za etiko in integriteto je na podlagi 28d. člena Zakona o sodiščih ter 31. člena Poslovnika Sodnega sveta v zvezi s predlogom predsednika Vrhovnega sodišča Republike Slovenije z dne 29. 10. 2015, za oblikovanje načelnega mnenja o tem,

ali je sodelovanje sodnikov kot arbitrov pri arbitražah širšega družbenega pomena skladno z načeli Kodeksa sodniške etike,

na seji 22. marca 2016 sprejela načelno mnenje:

Presoja, ali je sodelovanje sodnikov kot arbitrov pri različnih arbitražah skladno z načeli Kodeksa sodniške etike, mora biti restriktivna, tako da je takšno delo sodnikov v posameznem primeru lahko sprejemljivo le ob spoštovanju vseh načel Kodeksa sodniške etike, Ustave Republike Slovenije, Zakona o sodiščih in Zakona o sodniški službi.

Obrazložitev:

Predsednik Vrhovnega sodišča Republike Slovenije je Komisiji za etiko in integriteto (v nadaljevanju Komisija) predlagal, da oblikuje načelno mnenje o tem, ali je sodelovanje sodnikov kot arbitrov pri arbitražah širšega družbenega pomena skladno z načeli Kodeksa sodniške etike.

Gre za dilemo, ki je stvar tako pravno formalnega kot etičnega vidika instituta (ne)združljivosti sodniške funkcije. Institut nezdružljivosti sodniške funkcije je eden od instrumentov, s katerimi demokratične države zagotavljajo neodvisnost in nepristranskost sodne veje oblasti, kar je temeljni postulat svobodne, pluralne in demokratične družbe. Je instrument, ki skupaj z drugimi ukrepi zagotavlja, da je v Republiki Sloveniji vsakdo deležen poštenega sojenja in enakega varstva pravic v postopkih pred sodiščem (22. in 23. člen Ustave Republike Slovenije – URS in 6. člen Evropske konvencije o človekovih pravicah – EKČP).

S prepovedjo sodnikom, da v času sodniškega mandata opravljajo nekatere druge funkcije in/ali dejavnosti, se želi preprečiti vplivanje na delo sodnika, ki mora biti neodvisno in nepristransko, oziroma da zaradi drugih dejavnikov sodnik pri odločanju ne bi uporabljal samo pravnih pravil. Hkrati pa se z njo skuša zagotoviti, da se sodnik svoji funkciji posveti popolnoma, tako da ga kakršnakoli druga dela pri tem ne ovirajo.

Na drugi strani ima ta institut pomemben vpliv na nekatere temeljne pravice in svoboščine sodnikov, saj konkurira in jih do določene mere tudi omejuje, pravici sodnikov do svobode izražanja (prvi odstavek 39. člena URS), pravici do svobodnega zbiranja in združevanja (drugi odstavek 42. člena URS), pravici do svobode dela (49. člen URS), pravici do svobode znanstvenega in umetniškega ustvarjanja (59. in 60. člen URS) in svobodi gospodarske pobude (74. člen URS).

Pri normativnem urejanju situacij hkratnega opravljanja več funkcij oziroma drugih dejavnosti ob istočasnem opravljanju neke funkcije sta možna dva pristopa. Prvi temelji na predhodnem in vnaprejšnjem urejanju teh situacij, za katere ustavodajalec ali zakonodajalec ugotovita, da že same po sebi nosijo v sebi tolikšno jakost potencialnega konflikta interesov, da jih je treba vselej onemogočiti, tako da funkcionar ne sme opravljati druge funkcije ali dejavnosti v času, ko opravlja prvo funkcijo. Drugi pristop pa temelji na sprotnem (od primera do primera) ugotavljanju konflikta interesov med funkcijo, ki jo opravlja funkcionar, in drugo funkcijo ali dejavnostjo.¹

Slovenski ustavodajalec in zakonodajalec sta uporabila oba pristopa.

- Sodnik tako ne sme opravljati:
- funkcij v drugih državnih organih (kot so predsednik republike, predsednik vlade, poslanec, član vlade),
- funkcij v organih lokalne samouprave in
- funkcij v organih političnih strank (133. člen URS),
- odvetniških ali notarskih poslov,
- gospodarske ali druge pridobitne dejavnosti,
- poslovodskih poslov in
- ne sme biti član upravnega ali nadzornega odbora gospodarske družbe ali druge pravne osebe, ki se ukvarja s pridobitno dejavnostjo (41. člena Zakona o sodniški službi – ZSS),

ter

- ne sme opravljati zaposlitve ali dela, ki bi ga oviralo pri opravljanju službe ali nasprotovalo ugledu sodniške službe oziroma vzbujalo vtis, da pri opravljanju svoje službe ni nepristranski (prvi odstavek 42. člena ZSS).

Lahko pa opravlja pedagoška, znanstvena, publicistična, raziskovalna ali druga podobna dela v pravni stroki, če s tem ni ovirano opravljanje sodniške službe, ter druga dela, ki niso izrecno prepovedana (42. člena ZSS).

Nezdružljivost sodniške funkcije pa, kot že navedeno, ni le normativna kategorija, temveč tudi (etična) vrednota sodniškega poslanstva. Vprašanje, kaj je nezdružljivo s sodniško funkcijo, namreč ne more biti le (ali predvsem) predmet pravnega urejanja, saj pravo ne more vnaprej predvideti vseh možnih načinov vedenja in ravnanja. Prav etično ravnanje (vedenje) predstavnikov sodne veje oblasti pa je ključno za zaupanje javnosti v sodstvo in posledično njegovo legitimacijo.

Kodeks sodniške etike, ki ga je 11. junija 2015 sprejel Sodni svet Republike Slovenije in zavezuje vse sodnike (28č. člen Zakona o sodiščih – ZS), tako v svojem VI. načelu (združljivost) sodnike spodbuja, da se vključujejo v dejavnosti, ki krepijo delovanje sodstva, zagotavljajo pravni napredek in razvoj ter prispevajo k izboljšanju pravnega sistema, pod pogojem, da s tem ne vzbudijo dvoma o svoji nepristranskosti pri odločanju. Hkrati jim nalaga (VII. načelo – nezdružljivost), da druge svoje zasebne ali javne, plačane ali neplačane (pro bono) zunajsodne dejavnosti uravnavajo tako, da z njimi ne prihajajo v nasprotje s svojimi poklicnimi dolžnostmi ali z ugledom in dostojanstvom sodniškega poklica.

Pripadnost sodstvu tako od sodnikov po eni strani terja določeno zadržanost v zasebnem in javnem življenju, po drugi strani pa, kot poudarjajo mednarodne smernice sodniške etike,² sodnik ne more biti ločen od družbe, temveč mora živeti, dihati, misliti in sodelovati pri družbenih dogajanjih, saj lahko sodni sistem učinkovito deluje le, če so sodniki v stiku s stvarnostjo.

Sodnik se zato načeloma sme vključevati v dejavnosti, združenja in odnose zunaj sodišča, vendar se mora pri tem zavedati, da lahko vse, od njegovih poznanstev in ekonomskih interesov, izjav, ki jih sam morda vidi kot neškodljive, pa do članstva v določenih organizacijah, prizadene njegov videz nepristranskosti in neodvisnosti. Zavedati se mora, da je "v službi vseh ljudi" ne glede na njihova politična ali družbena prepričanja ter si mora zato nenehno prizadevati ohranjati in pridobivati zaupanje ljudi, kolikor je to seveda razumno mogoče.

Navedeno je (etični) okvir, v katerem je Komisija presojala vprašanje (dilemo), ali sodniki smejo delovati kot arbitri v različnih arbitražnih tribunalih.³

To področje je v pravnih sistemih (državah) urejeno zelo različno. Soočajo se s podobnimi vprašanji oziroma argumenti za in proti takemu delovanju sodnikov. Ene države imajo to urejeno izrecno, bodisi na zakonski ravni (npr. Španija) bodisi v samoregulativnih kodeksih sodniškega etičnega ravnanja (npr. Belgija), druge (kamor spada tudi Slovenija) o tem nimajo izrecne zakonske ureditve ali etičnega načela.⁴

Znotraj skupine držav, ki arbitriranje sodnikom dovoljujejo, obstajajo razlike. Tako na Portugalskem sodniki lahko arbitrirajo le v t. i. javnih arbitražnih centrih brez plačila, medtem ko na Hrvaškem lahko sodniki sodelujejo v arbitražnih razsodiščih le kot predsedniki senata ali arbitri posamezniki. Podobno je določal naš Zakon o pravnem postopku iz leta 1977, ki je v tretjem odstavku 472. člena dopuščal, da so sodniki rednih sodišč lahko sodelovali v arbitražnih tribunalih kot predsedniki razsodišč. V Belgiji je sodnikom prepovedano arbitriranje proti plačilu, na Danskem so sodniki zakonsko omejeni pri tem, koliko lahko zaslužijo z dodatnimi deli, v Grčiji lahko sodniki obdržijo le del plačila za arbitriranje, preostanek pa pripade sodišču, na katerem izvršujejo svojo funkcijo. Nekatere države (v Zvezni Republiki Nemčiji) imajo prepoved arbitriranja s strani sodnikov v več arbitražnih postopkih hkrati, na Švedskem pa sodnik ne sme sprejeti vloge arbitra, če ga predlaga/imenuje le ena stranka. V skupini držav, ki arbitriranje sodnikom dovoljujejo, so tudi Finska, Grčija, Luksemburg, Norveška, Srbija, Anglija in Wales.

So pa tudi države, v katerih sodnikom ni dovoljeno arbitrirati, npr. v Albaniji, Avstriji, Estoniji, na Madžarskem, na Irskem, Islandiji (razen nekaj posameznih izjem), v Italiji, Litvi, Latviji, na Malti, na Poljskem, v Rusiji, na Slovaškem, v Španiji in ZDA.

Eden od ključnih razlogov, zakaj nekatere države dovoljujejo sodnikom arbitriranje, je zahteva javnosti (večkrat izpostavljena tudi v mednarodnih etičnih smernicah sodniškega vedenja), da jim sodijo visoko usposobljeni in izkušeni sodniki, ki imajo široko obzorje in vedenje o družbenih dogajanjih in problemih. Tolerantna in pluralna družba namreč od sodnika zahteva več kot samo dobro strokovno podkovanost, temveč tudi, da je oseba s širokim obzorjem, človeško širino ter z bogatimi življenjskimi in delovnimi izkušnjami. Sodnik mora biti vpet v družbeno dogajanje in ne njegov ločen del (zaprt v „slonokoščenem stolpu“).

Drug razlog za arbitriranje je v tem, da tudi sodnikom, ki so del družbe, pripadajo temeljne pravice in svoboščine. V luči sodniškega poslanstva mora biti zato vsakršno njihovo omejevanje utemeljeno na objektivnih razlogih in nujno za zagotavljanje pravilnega delovanja sodstva ter s tem posledično demokratične in odprte družbe.

Te razloge podkrepljujejo tudi t. i. alternativni modeli reševanja sporov, ki se v naprednih družbah kažejo kot civilizacijska pridobitev (dobrina) in so v porastu.⁵ Prav sodniki pa so, zaradi pravnega znanja in izkušenj z obvladovanjem spornih situacij, primerni za sodelovanje v tovrstnih načinih reševanja sporov (nekateri države, ki dejavnim sodnikom sicer prepovedujejo tovrstno delovanje, zato to dopuščajo upokoženim sodnikom).

Nenazadnje, sodelovanje sodnikov v arbitražnih tribunalih je v nekaterih državah del njihove dolgotrajne pravne kulture.

Ključni pomislek zoper tovrstno delovanje sodnikov je na drugi strani v potencialnem konfliktu interesov ter posledični grožnji neodvisnosti in nepristranskosti sodnika in sodstva kot celote. Pri tem pa mora sodstvo, kot izpostavlja večina etičnih kodeksov sodniškega ravnanja posameznih držav in GRECO⁶ v svojih priporočilih, vzdrževati ne samo dejanske neodvisnosti in nepristranskosti, temveč tudi njun videz.

GRECO je v svojih poročilih o posameznih državah nekajkrat izrazil zaskrbljenost nad dejstvom, da sodniki zaslužijo s postranskimi dejavnostmi visoke dodatne dohodke, in opozoril na nevarnost, da se s tem lahko ujamejo v odvisen položaj. Na to nevarnost opozarja glede arbitriranja sodnikov tudi komentar Bangalorskih načel sodniške etike, ki jih je leta 2006 sprejel Ekonomsko socialni svet Združenih narodov.⁷ To je tudi razlog, zakaj nekatere države, ki temeljijo na anglosaksonskem (common law) sistemu, arbitriranja sodnikom ne dovoljujejo. Skrb nad to okoliščino občasno izraža tudi javnost.⁸ GRECO zato priporoča, da se določi zgornja meja honorarjev, ki jih sodniki lahko prejmejo iz tega naslova.

GRECO je nadalje opozoril, da morajo biti zaradi zagotavljanja neodvisnosti in nepristranskosti sodišča dodatne dejavnosti sodnikov transparentne, in zato priporoča, da se objavljajo, saj to omogoča javnosti razpoznati možne konflikte interesov.

Opozoril pa je tudi, da morajo države zagotoviti, da dodatne (zunajsodne) aktivnosti sodnikov ne bodo „motile“ pri dolžnem izvrševanju sodniške funkcije. To je še dodaten razlog, zakaj nekateri sistemi niso naklonjeni tovrstni postranski dejavnosti sodnikov. Vsi etični kodeksi sodniškega ravnanja, tudi slovenski, kot eno izmed nujnih kvalitativnih sodniškega dela izpostavljajo predanost sodnika sodniškemu delu. Sodnik je dolžan izpolnjevati poklicne dolžnosti prizadevno, do skrajnih meja svojih zmogljivosti. Večino svojega delovnega časa mora namenjati dejavnostim na sodišču in sodniškemu poslanstvu ter ga ne sme zavesti težnja, da bi svojo pozornost pretirano namenjal zunajsodnim dejavnostim. Delo vsakega posameznika je namreč omejeno z njegovimi fizičnimi, psihičnimi in intelektualnimi zmožnostmi.⁹ GRECO zato še priporoča, da države določijo število ur na teden, ki jih sodniki smejo porabiti/nameniti za zunajsodne delovne aktivnosti.

Na vprašanje, ali je sodelovanje sodnikov kot arbitrov v različnih arbitražnih tribunalih aktivnost, s katero prihajajo v nasprotje s svojimi poklicnimi dolžnostmi ali z ugledom in dostojanstvom sodniškega poklica (VII. načelo Kodeksa sodniške etike), ni mogoče odgovoriti z enoznačnim pritrdilnim ali negativnim odgovorom.

Komisija ni zakonodajalec, ki lahko z zakonom omeji izvrševanje določene ustavne pravice – konkretno pravice sodnikov do svobodne izbire dela. Komisija tudi ni „postavodajalec“ – tisti, ki določa etične (moralne) norme sodniškega vedenja. Te se oblikujejo avtonomno in spontano znotraj posamezne družbene skupine, praviloma skozi daljše časovno obdobje. Etika namreč pripada svobodnemu svetu, nastaja v svobodi in nagovarja svobodne posameznike.¹⁰ Zato so etični kodeksi praviloma le deklaratorni zapis etičnih vrednot, Komisija pa ne njihov „ustvarjalec“. Poleg tega je vrednostne sodbe, ki jih na podlagi vrednot izrekata morala in etika, težko posploševati, ker se tesno prilegajo okoliščinam posameznega primera.¹¹

Iz tega izhaja, da je Komisija dolžna zakonsko prepoved nezdržljivosti dela iz prvega odstavka 42. člena ZSS, implementirano v VII. načelu Kodeksa sodniške etike (nezdržljivost), po kateri sodnik ne sme sprejeti nobene zaposlitve ali dela, ki bi ga oviralo pri opravljanju službe ali nasprotovalo ugledu sodniške službe oziroma vzbujalo vtis, da pri opravljanju svoje službe ni nepristranski, razlagati restriktivno. Vsakršno omejevanje sodnikovih zunajsodnih aktivnosti v luči sodniškega poslanstva mora biti (tudi z vidika etične presoje) utemeljeno na objektivnih razlogih ter nujno za zagotavljanje pravilnega delovanja sodstva in s tem posledično demokratične družbe.

Po oceni Komisije ni mogoče vsakršnega sodelovanja sodnikov v različnih arbitražnih tribunalih že a priori označiti kot dejavnost, ki škoduje ugledu sodstva, ustvarja konflikte interesov ali moti sodnika pri predanem izvrševanju sodniške funkcije.

Podobno je razumljeno načelo o nezdržljivosti sodniške funkcije v Evropski listini o zakonski ureditvi položaja sodnikov, sprejeti leta 1998 v okviru Sveta Evrope (načelo 4.2. in 4.3). Obrazložitevni memorandum teh načel pojasnjuje, da je treba negativne učinke zunanjih dejavnosti na opravljanje sodniških nalog ocenjevati pragmatično, torej v vsakem konkretnem primeru posebej.¹² Razmerje med določeno funkcijo in konkretno dejavnostjo, se namreč lahko opredeli kot nezdržljivo samo, če se opravi analiza tega odnosa in hkrati opredeli, zakaj je to razmerje nezdržljivo.¹³

Sodelovanje sodnika v določenem arbitražnem tribunalu lahko škoduje ugledu sodišča, če je poslanstvo ali narava tega tribunala npr. etično sporna. Za tak primer po vsej verjetnosti ne gre, če gre npr. za tribunal, namenjen reševanju sporov v določeni družbeno koristni dejavnosti (npr. športu).

Sodelovanje sodnika v določenem arbitražnem tribunalu brez dvoma moti sodnika pri predanem izvrševanju sodniške funkcije, če npr. sodnik to dejavnost izvršuje v takem obsegu, da „mu zmanjka energije“ za predano izvrševanje sodniške funkcije. Če je njegovo sodelovanje zgolj občasno in v očeh razumnega opazovalca ne presega stopnje obremenjenosti z dodatnim delom, ki je zmerna in običajna, razlogov za nezdržljivost funkcij ni. Tudi na to vprašanje je torej mogoče odgovoriti le ob presoji vsakega konkretnega primera posebej.

V določenih primerih lahko sodelovanje sodnika v določenem arbitražnem tribunalu vzbudi vtis v javnosti, da pri opravljanju službe ni nepristranski, npr. če gre za sodelovanje v arbitraži, ustanovljeni pri zasebnem subjektu za reševanje sporov, ki izvirajo iz poslovanja tega subjekta, ta subjekt pa je poleg tega še pogosta stranka sodnih postopkov, v katerih sodi sodnik, ali pa, kot opozarja GRECO, če so z delom v arbitražnem tribunalu povezani veliki zasluški sodnika.

V zvezi s tem je treba ponovno opozoriti tudi na stališče Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju ESČP), da četudi so sodniki tehnično usposobljeni za obravnavanje določene zadeve in čeprav ni subjektivnega razloga za dvom o njihovi osebni integriteti, je pomembno, da se ohranja tudi videz objektivne nepristranskosti in neodvisnosti.¹⁴ Po drugi strani pa to ne pomeni, da je že samo dejstvo sodelovanja sodnika v določenem arbitražnem tribunalu v vsakem primeru mogoče ovrednotiti kot etično sporno, ampak mora biti bojazen za kakovost nepristranskosti sodnika zaradi sodelovanja v arbitražnem tribunalu po ustaljeni sodni praksi ESČP tudi objektivno (z vidika razumnega, povprečnega in informiranega opazovalca) upravičena. To velja toliko bolj, ker je morebiten konflikt interesov vedno mogoče reševati s procesnim institutom izločitve sodnika.

Enoznačnega (pritrilnega ali odklonilnega) splošnega načelnega mnenja zato Komisija že iz navedenih razlogov ne more podati. Pri tem nenazadnje ni zanemarljivo, da tudi slovenski zakonodajalec v delu sodnikov pri arbitražnih tribunalih ne vidi grožnje ugledu, nepristranskosti in neodvisnosti sodstvu, saj v 5. točki 70. člena Zakona o pravnem postopku očitno to možnost predvideva in določa le to, kdaj sodnik zaradi sodelovanja v arbitražnem tribunalu ne sme opravljati sodniške funkcije v posameznem sporu.

Komisija zato ocenjuje, da delovanja sodnikov v arbitražnih razsodiščih ni mogoče – z vidika etičnih načel Kodeksa sodniške etike – apriorno označiti kot etično bodisi spornega bodisi nespornega, temveč je treba to vprašanje presojati od primera do primera.

Primarno so za to presojo (tako z etičnega kot pravno formalnega vidika) odgovorni predsedniki sodišč, ki so jih sodniki dolžni obvestiti o sprejemu (konkretnega) dodatnega dela (43. člen ZSS), v dvomu pa lahko zahtevajo še presojo etičnosti in/ali zakonitosti tega od Komisije (28d. člen ZS) oziroma Sodnega sveta (drugi in tretji odstavek 43. člena ZSS).

Pri presoji, ali je sodelovanje sodnika kot arbitra v določenem arbitražnem postopku združljivo s sodniškim delom, je treba upoštevati več dejavnikov, zlasti:

- kakšna je narava arbitražnega tribunala, v katerem naj bi sodnik sodeloval kot arbiter – ali gre za ad hoc ustanovljeno arbitražo ali za stalno arbitražo;
- pod okriljem katerega subjekta (kdo je „organizator“) se izvajajo arbitražni postopki;
- na kakšen način je sodnik imenovan (s strani subjekta, v okviru katerega se izvajajo arbitražni postopki, drugih dveh arbitrov, v dogovoru z obema strankama ali s strani ene stranke) in v kakšni vlogi (kot predsednik ali član arbitražnega tribunala ali kot arbiter posameznik) v arbitražni tribunal;
- kakšna je narava spora, ki naj bi bil predmet arbitražnega postopka;
- kdo so stranke arbitražnega postopka – ali gre za subjekte, ki so tudi sicer pogoste stranke sodnih postopkov;
- na katerem delovnem področju sicer sodnik izvršuje sodniško funkcijo;

- ali se sodnik že ukvarja s kakšnimi zunajsodnimi dejavnostmi in bi ga sprejem še dodatnega dela kot arbitra lahko prekomerno obremenil;
- kakšen je način in višina nagrajevanja sodnikov arbitrov.

Po oceni Komisije mora biti ta presoja (z vidika Kodeksa sodniške etike¹⁵) restriktivna. Tovrstno sodnikovo delo je (prav zaradi že omenjenih razlogov, ki kažejo na določene nevarnosti za ustrezno izvrševanje sodniškega poslanstva) lahko etično sprejemljivo le ob strogem spoštovanju vseh načel Kodeksa sodniške etike, URS, ZS in ZSS. Pri tem pa ni pomembna le dejanska (subjektivna) usklajenost sodnikovega zunajsodnega dela z etičnimi načeli in pravnimi normami, temveč tudi videz tega (t. i. objektivna usklajenost). Pri vsakršnem (sodnem in zunajsodnem) ravnanju se morajo sodniki zavedati, da javnost zelo natančno opazuje in ocenjuje vsako njihovo besedo, potezo in ravnanje, in morajo svoja ravnanja prilagajati temu, kaj v posamezni situaciji razumen, povprečen in informiran predstavnik javnosti od njih pričakuje.

- [Saša Zagorc, Poslanski mandat in nezdružljivost poslanske funkcije, stran 82.]
- [Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct (2007), pridobljeno s spletne strani https://www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf.]
- [Ob tem se je Komisija seznanila tudi z mnenjem Sveta za sodniško etiko pri Slovenskem sodniškem društvu o tej dilemi, sprejetim 7. januarja 2013, pridobljeno s spletne strani http://www.sodnisko-drustvo.si/SODNISKO_DRUSTVO,,stalisca_sveta_za_sodnisko_etiko,mnenje_sodnik-mediator_arbitr.htm]
- [Podatke o tem je Komisija pridobila s poizvedbami pri državah članicah in državah opazovalkah Evropske mreže sodnih svetov ter iz različnih spletnih strani:
 - > poročila IV. kroga ocenjevanja Skupnosti držav proti korupciji pri Svetu Evrope (GRECO), objavljena na spletni strani http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/ReportsRound4_en.asp
 - > nizozemski etični kodeks, objavljen na spletni strani <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Matters-of-principle.pdf>, stran 184 in 204
 - > za Švedsko: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=217ba157-552f-42f4-91ac-3deae4827aad>
 - > za Avstrijo: https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_AUSTRIA.pdf, stran 86.
 - > za Latvijo: http://www.google.si/url?sa=t&crct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwichPSpjATKAhUE-9g4KHx0vDPsQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fat.gov.lv%2Ffiles%2Fuploads%2Ffiles%2Farchive%2Fdepartment1%2Ftiesnesu_etikas_kodekss_eng.doc&usq=AFQjCNFlizQ7MxZ0ChkWI0VsMOjAe4wYQ
 - > za Srbijo: http://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_arbitrazi.html
 - > za zvezne sodnike ZDA: <http://www.uscourts.gov/judges-judgeships/code-conduct-united-states-judges>
 - > za sodnike Alabame: <http://judicial.alabama.gov/library/rules/can5.pdf>
 - > Aljaska: <http://www.courtrecords.alaska.gov/webdocs/rules/docs/cjc.pdf>
 - > Arizone: <http://www.azcourts.gov/portals/137/rules/Arizona%20Code%20of%20Judicial%20Conduct.pdf>
 - > Arkanzasa: <https://courts.arkansas.gov/rules-and-administrative-orders/arkansas-code-of-judicial-conduct>
 - > Kalifornije: http://www.courts.ca.gov/documents/ca_code_judicial_ethics.pdf
 - > Kolorada: https://www.courts.state.co.us/userfiles/file/code_of_judicial_conduct.pdf
 - > Connecticut: https://www.jud.ct.gov/Publications/PracticeBook/Judicial_Conduct.pdf
 - > Delaware: <http://courts.delaware.gov/forms/download.aspx?id=39408>
 - > Florida: <http://www.ablelegalforms.com/canons/judicialcode.html>.]
- [Tako npr. tudi Priporočilo Odbora ministrov pri Svetu Evrope, CM/Rec(2010)12, 39. točka, (<https://wed.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1707137>).]
- [Poseben organ pri Svetu Evrope, imenovan kot Skupnost držav proti korupciji.]
- [https://www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf, stran 114.]
- [z poročila IV. kroga ocenjevanja za Finsko GRECO izpostavlja ravno to, da so mediji na Finskem problematizirali okoliščino, da nekateri sodniki iz naslova arbitriranja zaslužijo več kot iz sodniškega dela. Tudi v Sloveniji je bilo to vprašanje medijsko že problematizirano (članek časopisa Reporter, december 2014: <http://beta.reporter.si/slovenija/vrhovni-sodniki-si-polnijo-denarnice-kr%C5%A1ljo-kodeks-sodni%C5%A1ke-etike/17481>.)]
- [Dr. Saša Zagorc, Poslanski mandat in nezdružljivost poslanske funkcije, stran 182.]
- [Jan Zobec, Sodnikove etične dileme, Podjetje in delo, 2007, št. 6-7, str. 1553-1572.]
- [Marijan Pavčnik, Teorija prava, Prispevek k razumevanju prava, 2015, stran 268.]
- [https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/European-Charter-on-Statute-of-Judges_EN.pdf]
- [Dr. Saša Zagorc, Poslanski mandat in nezdružljivost poslanske funkcije, stran 81.]
- [Donna Gomien, Kratak vodič po Evropski konvenciji o človekovih pravicah, str. 50.]
- [Komisija se v konkretnem mnenju osredotoča le na presojo tovrstnega delovanja sodnikov z vidika Kodeksa sodniške etike, saj opravlja presojo nezdružljivosti sodniške funkcije z vidika zakonitosti Sodni svet.]

Pravne posledice začetka stečajnega postopka na arbitražni postopek

Neli Okretič

Avstrijsko vrhovno sodišče ("OGH") je v marcu 2015 sprejelo zanimivo odločitev glede pravnega vprašanja, ki je aktualno tudi v Sloveniji. Ukvarjalo se je s problematiko, kako začetek postopka zaradi insolventnosti lahko vpliva na arbitražni postopek, ki je v teku ("viseč" arbitražni postopek).

Pred sodiščem so bili trije primeri s podobnim dejanskim stanjem. Arbitražni sporazum je predvideval sestavo arbitražnega senata s tremi arbitri, postopek imenovanja posameznih arbitrov pa ni bil določen. Zaradi tega je prišla v poštev določba avstrijskega civilnega procesnega zakona (v delu, kjer ureja arbitražni postopek), ki določa, da mora tožeča stranka podati zahtevo toženi stranki, naj imenuje arbitra. V primeru, da tega ne stori v roku štirih tednov, lahko tožeča stranka zahteva od pristojnega sodišča (OGH), naj imenuje arbitra namesto tožene stranke. V vseh treh zadevah je bila zahteva tožeče stranke za imenovanje arbitra s strani tožene stranke podana pred uvedbo postopka zaradi insolventnosti v zvezi s premoženjem tožene stranke. Glede na to, da tožena stranka v zakonskem roku štirih tednov ni imenovala arbitra, je tožeča stranka podala zahtevo, naj arbitra imenuje sodišče. Konkretno, v dveh primerih je bila ta zahteva podana pred začetkom stečajnega postopka, v tretjem primeru pa na isti dan, na kateri se je stečajni postopek začel.

Avstrijska insolvenčna zakonodaja določa, da se noben postopek v zvezi z dolžnikovim premoženjem ne sme začeti ali nadaljevati po tem, ko se začne postopek zaradi insolventnosti. Avstrijsko vrhovno sodišče se je zato najprej ukvarjalo z vprašanjem, kdaj velja arbitražni postopek za "visečega", saj le v tem primeru pride do uporabe relevantnih določb insolvenčne zakonodaje. Ker avstrijska zakonodaja ne ureja vprašanja začetka arbitražnega postopka, je sodišče potegnilo

vzporednice s pravili, ki veljajo v sodnih postopkih, ki se prekinajo na podlagi insolvenčne zakonodaje s trenutkom, ko sodišče tožbeni zahtevek prejme. Zato je sodišče kot navezno okoliščino določilo prvo procesno dejanje, ki ga mora opraviti tožeča stranka za uveljavljanje svojega zahtevka.

V zvezi z arbitražnimi postopki je avstrijsko vrhovno sodišče povedalo, da je od določil arbitražnega sporazuma in uporabnih arbitražnih pravil, če so dogovorjena, odvisno, kaj je šteti kot *prvo procesno dejanje*. V konkretnih treh primerih arbitražna pravila katere izmed arbitražnih institucij med strankama niso bila dogovorjena. Sodišče je zato pojem prvega procesnega dejanja presojalo glede na določila arbitražnega sporazuma in pravila civilnega procesnega prava ter tako zahtevo tožeče stranke toženi, naj imenuje arbitra, štel kot prvo procesno dejanje pri uveljavljanju zahtevka. Po tem razlogovanju so bili vsi trije arbitražni postopki že v teku, ko se je postopek zaradi insolventnosti začel. Torej, se vsi trije postopki zaradi tega prekinajo.

Avstrijsko sodišče je razlikovalo med dvema primeroma, ko je bila zahteva za imenovanje arbitra namesto tožene stranke postavljena pred začetkom stečajnega postopka in med tretjim primerom, ko je bila taka zahteva podana na isti dan, ko se je stečajni postopek začel. V prvih dveh primerih je sodišče odločilo, da se prekine tako arbitražni postopek kot tudi postopek za imenovanje arbitra s strani sodišča. V tretjem primeru pa se mora, glede na to, da je arbitražni postopek že prekinjen, zahteva za imenovanje arbitra zavreči. V vseh treh primerih bo morala tožeča stranka prijaviti terjatve v stečajnem postopku.

Vir:

OGH, 17 March 2015, 18 ONc 6/14y; OGH, 17 March 2015, 18 ONc 7/14w; OGH, 17 March 2015, 18 ONc 1/15i

Avstrijska insolvenčna zakonodaja določa, da se noben postopek v zvezi z dolžnikovim premoženjem ne sme začeti ali nadaljevati po tem, ko se začne postopek zaradi insolventnosti.

Čeprav slovenska pravna ureditev izrecno ne ureja prekinitve arbitražnega postopka v teku zaradi začetka stečajnega postopka, bi bilo smiselno, da arbitražni senat, ko odloča o svoji pristojnosti (kompetenca o kompetenci), preveri, ali ima še pristojnost za odločanje o sporu, glede na to, da se je stečajni postopek nad stranko že začel

Kaj, če bi prišlo do takšnega primera v Sloveniji? Načelo koncentracije¹, ki ga pozna slovenska insolventna zakonodaja, določa, da lahko upnik svoj zahtevek za izpolnitev obveznosti, ki je nastala do začetka stečajnega postopka, v razmerju do stečajnega dolžnika uveljavlja samo v stečajnem postopku proti temu dolžniku in v skladu s pravili tega postopka, če v zakonu za posamezni primer ni drugače določeno. Čeprav slovenska pravna ureditev izrecno ne ureja prekinitve arbitražnega postopka v teku² zaradi začetka stečajnega postopka,³ bi bilo smiselno, da arbitražni senat, ko odloča o svoji pristojnosti (kompetenca o kompetenci), preveri, ali ima še pristojnost za odločanje o sporu, glede na to, da se je stečajni postopek nad stranko že začel. Dokler arbitražni senat ni oblikovan, pa se lahko v skladu s tretjim odstavkom 11. člena Zakona o arbitraži⁴ na sodišče vloži tožba za ugotovitev dopustnosti ali nedopustnosti arbitražnega postopka.

1 Glej 227. člen Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju, Ur.l. RS, št. 126/2007, 40/2009, 59/2009, 52/2010, 106/2010 - ORZFPIPP21, 26/2011, 47/2011 - ORZFPIPP21-1, 87/2011 - ZPUOOD, 23/2012 - odl. US, 48/2012 - odl. US, 47/2013, 100/2013, 10/2015 - popr.

2 Uredba (EU) 2015/848 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. maja 2015 o postopkih v primeru insolventnosti (prenovitev) v 18. členu določa, da učinke postopka v primeru insolventnosti na pravdo ali arbitražni postopek v teku, ki zadeva premoženje ali pravico, ki je del stečajne mase dolžnika, ureja izključno pravo države članice, v kateri je navedena pravda v teku ali v kateri je sedež arbitraže.

3 Tako, kot je to posebej urejeno za pravdni postopek (205. člen Zakona o pravdnem postopku, Ur. l. RS, št. 26/99, 96/02, 110/02 - ZDT-B, 12/03 - uradno prečiščeno besedilo, 58/03 - odl. US, 2/04, 36/04 - uradno prečiščeno besedilo, 2/04 - ZDSS-1, 69/05 - odl. US, 90/05 - odl. US, 43/06 - odl. US, 52/07, 73/07 - uradno prečiščeno besedilo, 45/08 - ZArbit, 45/08, 111/08 - odl. US, 121/08 - skl. US, 57/09 - odl. US, 12/10 - odl. US, 50/10 - odl. US, 107/10 - odl. US, 75/12 - odl. US, 76/12 - popr., 40/13 - odl. US, 92/13 - odl. US, 6/14, 10/14 - odl. US, 48/14 in 48/15 - odl. US).

4 Zakon o arbitraži, Ur. l. RS, št. 45/08.

Izvršljivost poravn, doseženih v postopkih mednarodne gospodarske conciliacije

Neli Okretič

Delovna skupina UNCITRAL za arbitražo in conciliacijo (*Working Group II*)¹ je na 64. zasedanju, ki je potekalo od 1. do 5. februarja 2016 v New Yorku, nadaljevala delo glede priprave mednarodnega instrumenta o izvršljivosti poravn, doseženih v postopkih mednarodne gospodarske conciliacije.

Ideja je v pripravi instrumenta (najraje concilije), ki bi omogočal izvršljivost poravn, ki so bile dosežene v postopkih mednarodne gospodarske conciliacije. K promociji concilije kot časovno in stroškovno učinkovite alternative za reševanje sporov bi ideja o enostavnem postopku izvršljivosti v veliki meri prispevala.

Delovna skupina je skozi razpravo nadaljevala z delom in se osredotočila na različna vprašanja, ki se kažejo kot sporna in vredna natančne preučitve. Razprava se je začela glede področja uporabe instrumenta. Mednarodni vidik je pri definiranju področja uporabe posebej pomemben, zato naj bi se instrument nanašal zgolj na poravnave, dosežene v postopkih *mednarodne* gospodarske concilije. Da ne bi prihajalo do podvajanj ali zmede, se kot podlago za nadaljnje delo uporablja definicija concilije, ki je vsebovana v Modelnem zakonu UNCITRAL o mednarodni gospodarski conciliji². Zadeve iz področja družinskega, potrošniškega in delovnega prava bi bile izrecno izključene iz področja uporabe instrumenta, medtem ko bi poravnave gospodarske narave, sklenjene med državnim organom in investitorjem, lahko spadale v njen domet.

Uporabnost instrumenta za primere, ko do poravnave pride med sodnim ali arbitražnim postopkom, je (bila)

tematika vredna razmisleka. V kolikor bi bila poravnava vključena v sodno ali arbitražno odločbo, se instrument ne bi uporabljal, ker je to področje že urejeno z dokumenti, sprejetimi v okviru Haaške konference o mednarodnem zasebnem pravu, in z Newyorško konvencijo³. Po drugi strani pa bi na področje uporabe instrumenta spadale poravnave, ki so bile sicer dosežene med sodnim ali arbitražnim postopkom, vendar niso zapisane v obliki sodne ali arbitražne odločbe. Delovna skupina se je osredotočila tudi na vlogo sodnika ali arbitra v takšnem postopku in na njegov morebitni vpliv na poravnavo. Zgolj dejstvo, da je v postopku udeležen bodisi sodnik bodisi arbirer, še ni zadosten razlog, da se instrument za poravnave, ki izvirajo iz takšnega postopka, ne bi uporabljal.

Fleksibilna narava postopka concilije naj se odraža tudi pri obliki poravnave. V delovni skupini prevladuje mnenje, da bi poravnava morala biti zapisana v pisni obliki⁴ in odražati soglasje strank, da sta vezani z določbami iz besedila poravnave.

O postopku izvršljivosti in morebitnih ugovorih med njim je bilo izraženih kar nekaj zanimivih stališč, ki so potrebni nadaljnje obravnave. V ta namen so bili predstavljeni različni ugovori, ki bi jih instrument lahko vseboval, kot so npr. goljufija, prisila, nasprotovanje (vsebinskemu in procesnemu) javnemu redu, pri čemer pa je bilo splošno sprejeto, da raven za izvršljivost ne bi smela biti nižja, kot ta, ki je vsebovana v Newyorški konvenciji; ugovori bi morali biti razdeljeni na tiste, ki se jih upošteva na predlog stranke in na tiste, na katere se pazi po uradni dolžnosti.

Ideja je v pripravi instrumenta (najraje concilije), ki bi omogočal izvršljivost poravn, ki so bile dosežene v postopkih mednarodne gospodarske concilije. K promociji concilije kot časovno in stroškovno učinkovite alternative za reševanje sporov bi ideja o enostavnem postopku izvršljivosti v veliki meri prispevala

1 Njihovo delo je objavljeno na spletni strani http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html.

2 Glej člen 1(3) Modelnega zakona o mednarodni gospodarski conciliji, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002)*, dostopen na http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf.

3 Konvencija o priznanju in izvršitvi tujih arbitražnih odločb (1958).

4 Vključno z uporabo elektronskih in ostalih sredstev komunikacije.

Vprašanje, ali bi uporaba instrumenta in postopka izvršljivosti bila vezana na avtonomijo strank (*opt-in sistem*), ostaja odprto za naslednje diskusije

Delovna skupina je nekaj besed namenila tudi vlogi posredovalca (*conciliator*) in morebitnemu vplivu neupoštevanja standardov ravnanja ali relevantne nacionalne zakonodaje z njegove strani na izvršljivost poravnave. Poudarjeno je bilo, da je narava conciliacije prostovoljna in rezultat soglasja volj strank, torej stranka lahko kadarkoli odstopi od postopka. Posredovalec ni podvržen zahtevam glede nepristranskosti, ki veljajo za arbitre in sodnike, je pa ključnega pomena, da zagotavlja in vzdržuje pravično obravnavo strank.

Vprašanje, ali bi uporaba instrumenta in postopka izvršljivosti bila vezana na avtonomijo strank (*opt-in sistem*), ostaja odprto za naslednje diskusije. Prav tako je temeljite diskusije potrebnih še kar nekaj zadev, predvsem glede definicij posameznih pojmov, saj zelo različna zakonodajna ureditev po državah in različna pravna kultura harmonizacijo otežujeta. Tako je delovna skupina pred velikim izzivom.

UNCITRAL je premaknil pomemben mejnik s pravo Newyorške konvencije o priznanju in izvršitvi tujih arbitražnih odločb, ki je odločilno prispevala k uporabi arbitraže kot učinkovitega sredstva za reševanje sporov. Danes, skoraj 60 let kasneje, se poskuša to zgodbo aplicirati na področje conciliacije.

Arbitraža – idealen način reševanja sporov s področja tehnologije, tudi v Sloveniji

Neli Okretič

Uvod

Vse pogostejše, s tehnologijo povezane transakcije in na splošno naraščajoča uporaba tehnologije s seboj prinašata tudi vse več pravnih problemov, kar sovпада tudi z vse večjo uporabo (mednarodne) arbitraže kot načina za reševanje sporov, ki so povezani s tehnologijo.¹ Namen tega prispevka je prikazati številne lastnosti arbitražnega reševanja sporov, ki se prilegajo značilnostim (visoko)tehnološkega sektorja in se kažejo kot prednost v primerjavi s sodnim reševanjem tovrstnih sporov. V tujini je zaznati trend uporabe arbitraže kot poslovnega modela za reševanje sporov; hitrost postopka, možnost izbire arbitrov s strokovnim znanjem, oblikovanje pravil postopka po meri strank so le nekatere prednosti, zaradi katerih bi morali v Sloveniji, pri odločanju o načinu reševanja sporov, vzeti v obzir tudi arbitražo in tako slediti mednarodnemu razvoju.

Predmet spora

Raznolikost pogodbenih odnosov med strankami povečuje verjetnost za nastanek različnih vrst sporov. V okviru raziskave WIPO iz leta 2013,² so sodelujoči v raziskavi ocenili, kolikšen odstotek sklenjenih pogodb, ki so povezane s tehnologijo, najpogosteje vodi do sporov. Po podatkih raziskave največ sporov izvira iz licenčnih pogodb (predvsem glede obsega in obstoja licence, standardov kakovosti, določitve in plačila

licenčnine), pogodb glede R&D (raziskav in razvoja – glede plačilnih obveznosti, izvedbe glavnih strateških ciljev, lastništva zaščitene tehnologije in intelektualne lastnine), NDA – pogodb o nerazkritju informacij ipd. Ne tako zanemarljiv odstotek sporov izvira tudi iz M&A transakcij.³ Spori zelo pogosto izvirajo tudi iz pogodb v zvezi s financiranjem visokotehnoloških podjetij ali projektov ter zavarovalnih polic, ki pokrivajo rizike proizvodnje in delovanja visokotehnološke opreme.

Pogoj, da se spor lahko rešuje z arbitražo, je sklenjen arbitražni sporazum in dejstvo, da gre za predmet spora, ki je primeren za arbitražno reševanje (arbitrabilnost). Arbitrabilnost spora pomeni, da gre za pravno razmerje, v zvezi s katerim stranke lahko sklenejo arbitražni sporazum in, da je spor po pravu, ki ga je treba uporabiti za presojo arbitražnega sporazuma, mogoče reševati pred arbitražo.⁴ Po slovenskem pravu je arbitrabilnost *ratione materiae* opredeljena v Zakonu o arbitraži.⁵ Ta v 4. členu določa, da je predmet arbitražnega sporazuma lahko vsak premoženjskopравни zahtevki. Drugi zahtevki so lahko predmet arbitražnega sporazuma samo, če se stranke glede zahtevka lahko poravnajo. Arbitrabilnost je tako v slovenskem pravnem redu opredeljena zelo široko, kar predstavlja spodbudo za arbitražno reševanje (tudi) sporov s področja tehnologije.

Hitrost postopka in stroški

Ko spor nastane, je za stranke ključnega pomena obvladovanje časa in stroškov, ki so s tem povezani. Ker

Vse pogostejše, s tehnologijo povezane transakcije in na splošno naraščajoča uporaba tehnologije s seboj prinašata tudi vse več pravnih problemov, kar sovпада tudi z vse večjo uporabo (mednarodne) arbitraže kot načina za reševanje sporov, ki so povezani s tehnologijo

Arbitrabilnost je tako v slovenskem pravnem redu opredeljena zelo široko, kar predstavlja spodbudo za arbitražno reševanje (tudi) sporov s področja tehnologije

1 Gradbeništvo in energetika sta še vedno sektorja, kjer je arbitraža najbolj priljubljen mehanizem za reševanje sporov (glede na 2013 International Arbitration Survey, Corporate Choices in International Arbitration, Industry Perspectives, PwC and the School of International Arbitration, Queen Mary, University of London, <http://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international-arbitration-study.pdf> (25. 2. 2016).

2 WIPO Arbitration and Mediation Center International Survey on Dispute Resolution in Technology Transactions, 2013, <http://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/surveyresults.pdf> (25. 2. 2016).

3 Za bolj podroben prikaz, glej 2013 WIPO Survey, str. 17 – 18.

4 Ude, L.: Arbitražno pravo, GV Založba, Ljubljana, 2004, str. 65.

5 Zakon o arbitraži (ZArbit), Ur. l. RS, št. 45/2008.

Vsebino spora lahko sestavljajo tudi zaupne, notranje informacije, poslovne skrivnosti in know-how, ki so za podjetje velikega pomena, če želi ohraniti konkurenčno prednost

Ljubljanska arbitražna pravila vsebujejo določbe o zasebnosti, in izrecno urejajo tudi varovanje zaupnosti

se tehnološki sektor že po naravi stvari hitro razvija, je čas še posebnega pomena; čas, finančni in človeški viri, ki bi lahko bili vloženi v razvoj novega produkta ali nove tehnologije, se ob nastanku spora preusmerijo v njegovo reševanje. Zato je hitra in učinkovita metoda reševanja sporov ključnega pomena. Arbitraža velja za cenejši in tudi hitrejši način reševanje sporov v primerjavi s sodnimi postopki.⁶ K temu prispeva v veliki meri avtonomija strank, ki se v arbitražnem postopku kaže tudi v možnosti njegovega sooblikovanja.⁷ Stranke se lahko dogovorijo o poteku postopka, določijo število vlog, časovni okvir ipd. Tako imajo večji "nadzor" nad postopkom. Arbitražna pravila Stalne arbitraže pri Gospodarski zbornici Slovenije (Ljubljanska arbitražna pravila)⁸ poznajo institut pospešenega arbitražnega postopka (angl. *expedited arbitral proceedings*),⁹ za katerega se stranke lahko izrecno dogovorijo (sistem *opt-in*). Gre za postopek, ki je uporaben predvsem v primerih, kjer sta hitrost in učinkovitost reševanja spora še posebnega pomena. Pravila o časovni omejenosti postavljajo rok za izdajo arbitražne odločbe v šestih mesecih, odkar je bila senatu zadeva predana v reševanje. Tako je s tem institutom zagotovljena učinkovita, hitra, posledično pa tudi cenejša rešitev spora.¹⁰

Strokovno znanje

Kompleksni spori zahtevajo ekspertno znanje. Možnost izbire arbitra¹¹ s pravnim in profesionalnim ozadjem, je naslednja prednost, ki jo ima arbitražno reševanje sporov pred sodnim, in je izraz avtonomije strank.¹² Izbira arbitra ni omejena na pravnike, zato se stranke lahko odločijo za izbiro strokovnjaka z

izkušnjami in specializacijo iz nekega (tudi nepravnegega) področja. Če je spornih več vprašanj, ki segajo na več področij, stranke lahko sestavijo arbitražni senat iz več različnih specialistov. Pogoje glede kvalifikacij in specializacij lahko stranke zapišejo že v arbitražni sporazum, kar jim nudi zagotovilo, da v kolikor do spora pride, bo o njem odločal nekdo, ki ima izkušnje in je strokovnjak na področju, na katerega se spor nanaša. Na tej točki velja omeniti, da morajo biti arbitri neodvisni in nepristranski.

Zasebnost in zaupnost postopkov¹³

Vsebino spora lahko sestavljajo tudi zaupne, notranje informacije, poslovne skrivnosti in *know-how*, ki so za podjetje velikega pomena, če želi ohraniti konkurenčno prednost. Načelo javnosti v rednih sodnih postopkih, zaradi katerega je glavna obravnava načeloma javna, lahko za konkurente pomeni vir informacij. Z načelom zasebnosti, zaradi katerega so arbitražni postopki nejavni,¹⁴ in zaupnosti v arbitražnem postopku, ki varuje razkritje informacij, dokumentov in dokazov, se je mogoče tovrstni nevarnosti (vsaj delno)¹⁵ izogniti. Ljubljanska arbitražna pravila vsebujejo določbe o zasebnosti,¹⁶ in izrecno urejajo tudi varovanje zaupnosti.¹⁷

Začasni ukrepi in arbitrer za nujne primere

Možnost izdaje začasnih ukrepov s strani arbitraže v arbitražnem postopku¹⁸ nudi strankam dodaten način za zaščito njihovih interesov tako, da sodelovanje sodišča,¹⁹ ki bi pri tem nudilo podporno funkcijo arbitraži, ni več potrebno. V primerih, ko stranka potrebuje nujni začasni ukrep, še preden je arbitražni senat oblikovan, ima v skladu z Ljubljanskimi arbitražnimi pravili na voljo institut arbitra za nujne primere (angl.

6 Za primerjavo o stroških reševanja spora prek sodnega in arbitražnega postopka, glej 2013 WIPO Survey, str. 30 – 33.

7 Glej 23. člen ZArbit. Za več o tem glej Plauštajner, K.: Avtonomija strank pri oblikovanju arbitražnega postopka in njene meje, v: Slovenska arbitražna praksa, št. 1/2012, str. 22 – 25.

8 Ljubljanska arbitražna pravila so dostopna na <http://www.sloarbitration.eu/Arbitrazna-pravila-SI>. Šteje se, da so stranke pristale na uporabo Ljubljanskih arbitražnih pravil, če se dogovorijo, da bo spor reševal arbitražni senat, oblikovan v skladu s temi pravili, ali da bodo spor predložile v reševanje Stalni arbitraži pri GZS.

9 Glej 48. člen Ljubljanskih arbitražnih pravil.

10 Za več o tem, glej Menard, M.: Pospešeni arbitražni postopek po novih Arbitražnih pravilih Stalne arbitraže pri GZS, v: Slovenska arbitražna praksa, št. 3/2013, str. 11 – 14.

11 Arbitražne institucije običajno vodijo baze arbitrov in lahko strankam pomagajo pri identifikaciji ustreznega strokovnjaka, kar pa ne pomeni, da je izbira arbitrov omejena na te osebe.

12 Za več, glej Grilc, P.: Avtonomija strank pri imenovanju arbitrov, v: Slovenska arbitražna praksa, št. 2/2013, str. 4 – 8.

13 Za več, glej Božič, T., Načelo zaupnosti kot značilnost arbitražnega postopka v teoriji, praksi in luči Ljubljanskih arbitražnih pravil, v: Slovenska arbitražna praksa, št. 3/2014, str. 4 – 8.

14 Razen, če se stranke ne sporazumejo drugače.

15 Ker arbitražni sporazum npr. prič ne zavezuje neposredno, lahko pride do razkritja podatkov z njihove strani.

16 Glej tretji odstavek 32. člena Ljubljanskih arbitražnih pravil.

17 Glej 50. člen Ljubljanskih arbitražnih pravil.

18 Glej 20. člen ZArbit. O izvršitvi začasnih ukrepov pa vedno odloča sodišče, ki je pristojno po pravilih o izvršbi in zavarovanju (glej 43. člen ZArbit).

19 Obstoj arbitražnega sporazuma sicer ni ovira, da stranka predlaga sodišču izdajo začasnega ukrepa za zavarovanje pred ali med arbitražnim postopkom (glej 12. člen ZArbit).

emergency arbitrator).²⁰ Tako se arbitraža približuje celostnemu reševanju sporov.

Priznanje in izvršitev arbitražnih odločb

Arbitražna odločba ima med strankami učinek pravnomočne sodbe.²¹ Še eden izmed mnogih razlogov, zaradi katerih se stranke odločijo za arbitražo, je relativno enostavna možnost priznanja in izvršitve arbitražne odločbe. Priznanje in izvršitev arbitražnih odločb v Sloveniji ureja Zakon o arbitraži, v skladu s katerim Okrožno sodišče v Ljubljani odloča o izvršljivosti domačih in priznanju tujih arbitražnih odločb – na podlagi določb Konvencije o priznanju in izvrševanju tujih arbitražnih odločb iz leta 1958,²² ki je v svetu široko sprejeta.²³

Jezik postopka

Še en vidik avtonomije strank pri oblikovanju arbitražnega postopka se kaže v možnosti izbire jezika postopka.²⁴ Stranke se lahko že v arbitražnem sporazumu oziroma arbitražni klavzuli dogovorijo, v katerem jeziku bo potekal arbitražni postopek. To je dodatna prednost pred sodnim reševanjem sporov,²⁵ še posebej, kadar stranke prihajajo iz različnih tujih držav.

Sklepne misli

Tehnologija je sinonim za prihodnost. Namen tega prispevka je na plastičen način prikazati predvsem prednosti, zaradi katerih se stranke najpogosteje odločajo za sklepanje arbitražnih sporazumov in reševanje sporov z arbitražo; nevtralen forum, fleksibilnost, zapupnost in možnost hitrega, pospešenega arbitražnega postopka so le nekatere prednosti. Z modernim zakonodajnim okvirom arbitražnega prava tudi v Sloveniji sledimo globalnim trendom arbitražnega reševanja sporov, saj ta okvir omogoča učinkovito reševanje kompleksnih sporov.

²⁰ Dodatek III Ljubljanskih arbitražnih pravil, sistem *opt-out*.

²¹ 38. člen ZArbit.

²² Ur.l. SFRJ, MP, št. 11/81.

²³ Seznam držav pogodbenic je dostopen na <http://www.newyorkconvention.org/countries>. Teh je preko 150.

²⁴ Glej 26. člen ZArbit.

²⁵ Tako se stranke izognejo jeziku, ki je v uradni rabi pri sodišču in angažmaju sodnih tolmačev, kar je povezano z dodatnimi stroški.

Priznanje in izvršitev arbitražnih odločb v Sloveniji ureja Zakon o arbitraži, v skladu s katerim Okrožno sodišče v Ljubljani odloča o izvršljivosti domačih in priznanju tujih arbitražnih odločb – na podlagi določb Konvencije o priznanju in izvrševanju tujih arbitražnih odločb iz leta 1958, ki je v svetu široko sprejeta

Moderna zakonodaja za arbitražne postopke

Tax-Fin-Lex

Priprava:
Uredništvo TFL
Foto: arhiv slik Stalne
arbitraže pri GZS

TFL Glasnik
Številka 11, letnik VI
22. marec 2016

Na Gospodarski zbornici Slovenije (GZS) je 15. marca 2016 potekala **mednarodna konferenca o reševanju sporov z arbitražnim postopkom in mediacijo** (Joint UNCITRAL-LAC Conference on Dispute Settlement). Konferenco sta skupaj organizirala stalna arbitraža pri GZS in komisija Združenih narodov za mednarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL). Na konferenci je sodelovalo več uglednih domačih in tujih strokovnjakov, udeleženci pa so prišli iz 18 različnih držav.



Ob robu konference je generalni sekretar stalne arbitraže pri GZS **Marko Djinović** za STA povedal, da se za tovrsten način reševanja sporov odloča vse več podjetij, eden od vzrokov je tudi moderna slovenska zakonodaja. Po Djinovičevem mnenju so tovrstne mednarodne konference pomembne predvsem zato, ker je Slovenija izvozno usmerjena država. "Tako naša podjetja, ki poslujejo v tujini, kot tuji investitorji si želijo pravno varnost svojih transakcij," je pojasnil.

"Osrednja tema konference je reševanje morebitnih sporov, ki lahko nastanejo pri takih transakcijah, izjemno pomembno pa je, da je postopek reševanja sporov predvidljiv, hiter in stroškovno učinkovit. Arbitraža je tak postopek," je še povedal generalni sekretar.

Konferenco sta z uvodnim nagovorom odprla predsednik stalne arbitraže pri GZS dr. Konrad Plauštajner in generalni sekretar Marko Djinović. Smernice za nadaljevanje konference je postavil Loukas Mistelis iz Queen Mary University of London z govorom o napredku in inovacijah v mednarodni arbitraži, ki ga je sklenil z zanimivo mislijo: "*Arbitration is changing, but is here to stay.*"



Namen konference je v prizadevanju za uveljavitev arbitraže in tudi mediacije kot poslovnega modela za reševanje sporov ter v vključevanju in povezovanju arbitrov, odvetnikov, pravnikov iz gospodarstva in mednarodno usmerjenih podjetnikov v arbitražno skupnost. Letošnja konferenca je gostila 114 udeležencev, pri čemer je visok odstotek tujih udeležencev (46 odstotkov vseh udeležencev) kazalnik razsežnosti takšnega dogodka.

Natančnega podatka o tem, koliko slovenskih podjetij se v sporih odloča za arbitražo, Djinović nima. "Po informacijah, ki jih dobivamo iz stikov s slovenskimi in tujimi podjetji ter tudi odvetniškimi pisarnami, ki podjetjem svetujejo pri velikih transakcijah, zaznavamo precejšnje naraščanje vključitve arbitraže v transakcije," je dodal za STA. V zadnjih štirih letih se je

vklučitev arbitraže v poslovne transakcije po njegovi oceni povečala za okoli 30 odstotkov. Med razlogi Djinović vidi arbitraži prijazno okolje, kar je po njegovem mnenju dober signal za tuje investitorje in podjetja. Slovenija je namreč leta 2008 sprejela izjemno sodoben zakon o arbitraži, ki je po Djinovičevi oceni tudi eden najsodobnejših v svetovnem merilu.

Drugi razlog za porast vključitve arbitraže v transakcije je po njegovem ta, da so tudi na GZS začeli razvijati arbitražo, organizirati konference in v podjetjih dvigovati zavest o alternativnih oblikah reševanja sporov.

Djinović je pojasnil, da je arbitražna klavzula v pogodbi preventivni mehanizem. "Če se stranki dogovorita za arbitražo, je veliko manjša verjetnost, da bo prišlo do spora," je povedal. Arbitraža je namreč veliko hitrejša od sodišča, pred stalno arbitražo pri GZS pa se mora vsak spor rešiti v devetih mesecih. "Če se stranke tega zavedajo, bodo manj nagnjene h kršitvam pogodbe," je poudaril. "Vsako stranko namreč zanima, koliko ga bo spor stal in koliko časa bo trajal. To je poslovna logika in danes poskušamo na to odgovoriti."

Okrogla miza o gospodarski mediaciji je ponudila zanimive iztočnice o konceptu mediacije in pričakovanih njenih uporabnikov. Mediacija kot alternativni način reševanja sporov vse bolj stopa ob bok sodnim in arbitražnim postopkom, vendar njen namen ni v njihovi nadomestitvi, temveč preprečitvi. Različne tehnike mediacije omogočajo strankam vrnitev h koreninam spora in tako z upoštevanjem interesov strank in pogledom v prihodnost ščitijo in prenavljajo poslovno razmerje in omogočajo nadaljevanje dobrih poslovnih odnosov med strankami.



Djinović je pojasnil, da je arbitražna klavzula v pogodbi preventivni mehanizem. "Če se stranki dogovorita za arbitražo, je veliko manjša verjetnost, da bo prišlo do spora"

Dopoldanska sekcija se je dotaknila tudi zelo aktualne teme, ki je povezana z vprašanjem pravne narave poravnav in njihove izvršljivosti. O vprašanju, ali gre pri poravnavi zgolj za pogodbo ali gre za rezultat mehanizma reševanja spora, so bili predstavljeni aspekti sistema *common law* in *civil law*. O čezmejni izvršljivosti poravnav, doseženih v postopkih gospodarske mediacije, smo lahko prisluhnili rezultatom dosedanjega razvoja tega področja in predstavitvi dela Uncitralove delovne skupine.



Pri reševanju sporov je pomembno, da se stranke zavedajo, da odgovornost za sprejemanje odločitev leži na njihovih ramenih in da je vloga zastopnikov omejena na svetovanje in usmerjanje pri tovrstnih odločitvah, predvsem z vidika, da odločitve ostajajo v pravnih okvirih

Popoldanska sekcija je bila osredotočena na reševanje sporov z arbitražo in z njim povezanih tematik o potrebah strank in njihovem zastopanju v arbitražnem postopku. Pri reševanju sporov je pomembno, da se stranke zavedajo, da odgovornost za sprejemanje odločitev leži na njihovih ramenih in da je vloga zastopnikov omejena na svetovanje in usmerjanje pri tovrstnih odločitvah, predvsem z vidika, da odločitve ostajajo v pravnih okvirih. Pomen medsebojnega sodelovanja zastopnikov obeh (nasprotujočih si) strank je ključnega pomena pri zagotavljanju učinkovitega arbitražnega postopka in iskanju konstruktivnih rešitev. Prav tako k temu pripomore sposobnost obvladovanja različnih nedopustnih taktik nasprotne stranke.

Nekaj besed je bilo namenjenih tudi ukrepom zoper neprimerno vedenje zastopnikov strank in vlogi različnih akterjev arbitražnega postopka, ki jo imajo v zvezi s tem. Zadnji del konference je bil posvečen tematiki o stroških v mednarodni arbitraži. Predstavljeno je bilo, kaj lahko za nadzor in optimizacijo stroškov postopka storijo stranke, kakšna pooblastila in naloge ima pri tem arbitražni senat in v kakšnem dosegu se gibljejo nujni in upravičeni stroški, katerih povračilo lahko zahteva stranka, ki je v sporu zmagala.

Konferenca se je končala s prikazom problematike in razvoja financiranja postopka s strani tretjih oseb, ki je trenutno ena najbolj spornih tem v mednarodni gospodarski in investicijski arbitraži.



Slovenska arbitražna praksa odslej tudi na portalu Tax-Fin-Lex

Uredništvo

Spoštovani naročniki revije Slovenska arbitražna praksa,

z veseljem vas obveščamo, da imate z letošnjim letom, poleg tiskanih izvodov revije tudi ekskluzivno pravico dostopa do vseh (tudi najaktualnejših) števil revije v digitalni obliki, na portalu Tax-Fin-Lex.

Revija, ki je namenjena gospodarstvenikom, odvetnikom, pravnikom iz gospodarstva, arbitrom, sodnikom ter vsem, ki se pri svojem delu ali študiju srečujejo z arbitražo, je v elektronski obliki brezplačno dostopna naročnikom tiskane revije, naročniki portala Tax-Fin-Lex pa bodo lahko prebrali vsebino z zamikom dveh števil – vendar s celotnim arhivom revije.

Želimo vam prijetno branje, tudi v digitalni obliki!

Več na:
www.tax-fin-lex.si

The screenshot shows the Tax-Fin-Lex website interface. At the top, there is a navigation menu with categories like 'TFL Veščina', 'TFL Glasilo', 'TFL Medij', 'Arbitražni', 'TFL Samostojni', 'Pravne besedila', and 'O nas'. Below the menu, the page title is 'Slovenska arbitražna praksa - številka 3, zvezek 2015'. The main content area is divided into two columns. The left column contains a table of contents with columns for 'Leta', 'Številka', 'Tema', 'Avtor', and 'Priloge'. The right column displays the first article, 'Leto Inovacij v arbitraži', by Marko Džinič and dr. Marko Čiglar. Below this, there are two more article teasers: 'Bankruptcy and International Arbitration: Some Comparative Snapshots' by Natalia Zhuravskaya, LL.M., and 'Duties of Confidentiality of an Arbitrator from the German Perspective' by Dr. Marko Čiglar. Each article teaser includes a small thumbnail image of the journal cover.

| Leta | Številka | Tema | Avtor | Priloge |
|------|-----------|--|----------------------------|---------|
| 2015 | Glasilo 3 | Slovenska arbitražna praksa | Marko Džinič | |
| | | Bankruptcy and International Arbitration: Some Comparative Snapshots | Natalia Zhuravskaya, LL.M. | |
| | | Duties of Confidentiality of an Arbitrator from the German Perspective | Dr. Marko Čiglar | |

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



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

Joint UNCITRAL-LAC Conference on Dispute Settlement



Photo gallery:



ISSN 2232-6588



9 772232 658007