

Vloga odvetnika v arbitražnem postopku

Ana Stanič

Ana Stanič je angleška odvetnica in vodja odvetniške pisarne E&A Law Limited, ki je specializirana na področju mednarodne arbitraže, energetike in gospodarskega prava. Redno zastopa stranke v mednarodnih gospodarskih in investicijskih arbitražah, vključujoč ICC, LCIA, VIAC, LMAA ter ICSID in UNCITRAL. Bila je gostujoča profesorica prava energetike ter izredna profesorica mednarodne arbitraže in investicijskega prava na univerzi v Budimpešti ter na University of London v Angliji. Letos je bila ponovno imenovana kot ena od vodilnih odvetnikov v Angliji na področju energetike ter energetskih sporov s strani Legal 500 and Chambers and Partners.

Dober odvetnik lahko stranki priskrbi uspeh v postopku, slab pa neuspeh. Ta članek bo analiziral vlogo odvetnika v arbitražnem postopku ter prikazal zakaj morajo stranke skrbno izbrati odvetnika, ki jih bo zastopal v arbitražnem postopku. Članek hkrati vsebuje spisek ("check list") vseh vprašanj, ki jih mora stranka (skupaj s svojim odvetnikom) obravnavati pred in med arbitražnim postopkom, da bi zaščitila svoje interese in dosegla zastavljene cilje, najsi bo to zmaga oziroma obramba v arbitražnem postopku, prizadevanja za ohranitev dobrih odnosov z drugo stranko kljub arbitraži, zmanjšanje stroškov postopka na minimum, ipd.

Vloga odvetnika tekom komercialnih pogajanj

Najpomembnejša vloga odvetnika je, da pomaga strankam zmanjšati tveganje, da bo do spora sploh prišlo in v primeru, da do spora pride, zagotoviti, da je že dogovorjen za stranko najprimernejši in najučinkovitejši način za reševanje sporov. Ko pride do spora, ima odvetnik v velikem številu primerov nevhvalno vlogo, da pomaga zmanjšati nastalo škodo namesto, da bi dosegel najboljši možen izid. Da bi stranka od svojega odvetnika pridobila največ, je zato pomembno, da ga vključi že v fazi komercialnih pogajanj, t.j. pred sklenitvijo gospodarskih pogodb.

Glavne točke, glede katerih naj bi odvetnik svetoval, so med drugim: katero pravo naj se uporablja za posamezno gospodarsko pogodbo; ali je arbitraža

najustreznejši mehanizem za razrešitev sporov, ki bi izhajali iz te pogodbe; in v kateri državi bo sedež arbitraže. Ko se slovenska stranka odloča za veljavno pravo, ji dober odvetnik ne bo avtomatsko svetoval, da izbere slovensko pravo. Kljub temu, da je slovenskim strankam najbolj poznano ravno slovensko pravo, pa vendarle ni nujno, da je to pravo tudi najbolj primerno, posebej v razmerjih s tujimi strankami. Zelo pomembno je, da se stranka skrbno posvetuje z odvetnikom glede veljavnega prava, pri čemer mora upoštevati, kateri mehanizem za reševanje sporov je najprimernejši, kje se nahaja premoženje nasprotne stranke ter državo, v kateri se bodo spori reševali.

Dober odvetnik bo pri svetovanju glede najprimernejšega mehanizma za reševanje sporov upošteval med drugim: kje ima sedež nasprotna stranka, kje se nahaja njeno premoženje ter naravo poslovnega odnosa med strankami. V primeru, da se premoženje nasprotne pogodbene stranke ne nahaja v EU, je primerneje dogovarjati pristojnosti arbitraže namesto sodišč, saj je malo verjetno, da bo možno sodbo države članice EU izvršiti zunaj EU. Izvrševanje arbitražnih odločb je namreč poglavitni razlog, da se stranke namesto pristojnosti sodišč odločajo za pristojnost arbitraže. Na tej točki je, upoštevajoč naravo pravnega posla ali odnosa z drugo stranko, potrebno oceniti tudi, ali je namesto arbitraže morda primernejša mediacija ali pa odločanje s strani neodvisnega strokovnjaka.

Najpomembnejša vloga odvetnika je, da pomaga strankam zmanjšati tveganje, da bo do spora sploh prišlo in v primeru, da do spora pride, zagotoviti, da je že dogovorjen za stranko najprimernejši in najučinkovitejši način za reševanje sporov

V primeru, da stranka skupaj z odvetnikom pride do zaključka, da je arbitraža najučinkovitejši način za reševanje sporov v konkretnem razmerju, je naslednje vprašanje, o katerem se je treba odločiti, kje bo sedež arbitraže. Pri določanju sedeža arbitraže je potrebno upoštevati sledeče: ali je mogoče pri sodišču v državi, kjer ima arbitraža sedež, pridobiti zamrznitev sredstev, pridobiti predhodne inčasne odredbe ter drugo podporo; ali lokalna zakonodaja omogoča kakšno drugo podporo arbitražam v času teka arbitražnega postopka; na kakšni osnovi je mogoče izpodbijati arbitražno odločbo pred sodiščem; in kateri jezik se bo uporabljal v arbitražnem postopku. Pomembno se je zavedati določbe 5. člena Zakona o arbitraži iz leta 2008, ki omogoča slovenskim podjetjem, da dogovorijo arbitražni postopek s sedežem v tujini, četudi gre za spor z drugim slovenskim podjetjem.

Potrebno se je zavedati, da se z izbiro sedeža arbitraže izbere tudi procesno pravo, ki se uporablja za arbitražni postopek. Še posebej pomembno je, da bo morebitno tožbo za razveljavitev arbitražne odločbe potrebno vložiti pred sodiščem, kjer ima arbitraža svoj sedež. Izbira sedeža arbitraže ne pomeni, da morajo obravnave potekati v državi sedeža. Stranke se lahko dogovorijo, da obravnave potekajo na primer v Sloveniji, kljub temu, da je sedež arbitraže v Avstriji ali kje drugje.

Pri izbiri sedeža so pomembni tudi praktični vidiki: v primeru postopka v tujem jeziku bo stranka morala zagotoviti prevod dokumentov iz slovenščine ter simultano prevajanje v postopku, kar lahko znatno poveča obseg stroškov.

V primeru, da se po posvetu s svojim odvetnikom stranka odloči za sedež arbitraže, ki ni domača država njenega odvetnika, naj bi ji odvetnik svetoval, da se glede zgoraj navedenih vprašanj pridobi pravno mnenje od odvetnikov z območja sedeža arbitraže.

Priprava osnutka arbitražnega sporazuma je naslednji korak, pri katerem odvetnik svetuje strankam. Ker je arbitražni sporazum osnova za arbitražni postopek in določa pristojnost arbitražnega senata, je potrebno temu koraku posvetiti veliko pozornosti.

Tipizirana arbitražna klavzula, ki jo predlaga Stalna arbitraža pri GZS se glasi: *“Vsako nesoglasje, spor ali zahtevek, ki izvira iz te pogodbe ali je z njo v zvezi ali izvira iz njene kršitve, prenehanja ali neveljavnosti, bo*

dokončno rešil senat treh arbitrov ali arbiter posameznik, imenovan na podlagi pravilnika o arbitražnem postopku pred Stalno arbitražo pri Gospodarski zbornici Slovenije.”

Prvi korak pri pripravi osnutka besedila arbitražne klavzule je preverjanje, ali je obseg klavzule dovolj širok, da zajema vse tipe sporov, ki jih stranka želi rešiti z arbitražo. S svojim odvetnikom mora stranka pretehtati, ali želi v arbitražno klavzulo vključiti odškodninske spore, ter spore iz naslova pogodbenih in/ali zakonskih obveznosti. Priporočljivo je dogovoriti tudi pravo, ki naj se uporabi za arbitražno klavzulo, še posebej, če je pogodbeno pravo drugačno od prava sedeža arbitraže.

V naslednji fazi je potrebna strankina odločitev med institucionalno in *ad hoc* arbitražo. Prednosti institucionalne arbitraže so naslednje: (i) arbitražni postopek vodi specializirana arbitražna ustanova (kot sta npr. Stalna arbitraža pri GZS ali ICC International Court of arbitration); (ii) arbitražna ustanova ima svoja pravila glede poteka arbitražnih postopkov, ki veljajo, če se stranki ne moreta dogovoriti drugače, ali če ena izmed strank poskuša ovirati postopek, in (iii) priprava arbitražnega sporazuma je iz zgoraj navedenih razlogov manj zahtevna kot pri *ad hoc* arbitraži. Pomanjkljivosti institucionalne arbitraže so: (i) da večina arbitražnih institucij zaračunava stroške arbitraže glede na vrednost spora namesto glede na trajanje spora, zaradi česar je postopek lahko dražji, (ii) v določenih državah je arbitražna ustanova pretesno povezana z vladnimi strukturami in v teh primerih ni primerna za reševanje sporov z državo ali podjetji v državni lasti, in (iii) časovni roki za izmenjavo dokumentacije ter pripravo vlog so pogosto zelo kratki (ampak jih je navadno mogoče podaljšati že ob sami sestavi arbitražne klavzule).

V primeru, da se stranka skupaj z odvetnikom odloči, da je institucionalna arbitraža primernejša za določeno razmerje, se besedilo arbitražnega sporazuma osnuje na podlagi vzorčne arbitražne klavzule in se nato stranka opredeli in se v klavzuli določi še najmanj naslednje: (i) število arbitrov (običajno en arbiter v primeru pogodb manjših vrednosti, drugače pa trije), (ii) kvalifikacije in druge poklicne karakteristike arbitrov, (iii) jezik, v katerem bo potekal arbitražni postopek; in (iv) ali naj bo arbitražni postopek in odločba zaupne narave.

Ker je arbitražni sporazum osnova za arbitražni postopek in določa pristojnost arbitražnega senata, je potrebno temu koraku posvetiti veliko pozornosti

Vloga odvetnika po nastanku spora

Ko pride do spora, je vloga odvetnika, da stranki pomaga skrbno analizirati pravno podlago spora in ločiti pravne razloge od vseh morebitnih osebnih, političnih in ostalih razlogov. Čimprej po nastanku spora je potrebna trezna strateška presoja spora in osnovanje poti za njegovo rešitev. Ključna vloga odvetnika je, da poda stranki mnenje o vseh prednostih in slabostih primera. Dober odvetnik ni tisti, ki stranki pove, kar ta želi slišati, temveč tisti, ki ji svetuje, kakšen je realističen izgled glede uspeha v sporu in kako lahko najbolje – glede na podane okoliščine – zaščiti svoje interese. Takoj po nastanku spora je nujno potrebno, da odvetnik skrbno pregleda vso korespondenco in dogovore med njegovo in nasprotno stranko.

Vloga odvetnika v tej fazi je, da strateško razmišlja o zaščiti strankinih interesov, zato je nadvse pomembno, da razume, kaj je njeni ključni cilj pri npr. začetku postopka zoper drugo stranko. S pričetkom postopka lahko stranka namreč želi doseči, da jo nasprotna stran izplača oziroma odkupi delež v podjetju, v katerem sta ustanovitelja obe stranki, ali pa je lahko razlog v tem, da poskuša prisiliti nasprotno stran, da se poravnava v nekem drugem sporu. Skrbna ocena interesov in priprava strategije je potrebna, da ne bi kakšno dejanje ogrozilo strankinih drugih interesov. Odvetnik mora presoditi, katere so prednosti in slabosti vseh forumov, ki so stranki na voljo, vključujoč na primer pritožbo pri Evropski Komisiji ali pričetek arbitražnega postopka na podlagi meddržavnih sporazumov o zaščiti investicij. V tej fazi postopka je potrebno poizvedeti, kje se nahaja premoženje nasprotne stranke ter v primeru, da se stranka odloči pričeti arbitražni postopek, mora odvetnik pridobiti odločbe za zamrznitev teh sredstev, da bi bila stranki zagotovljena izpolnitev obveznosti iz arbitražne odločbe po uspešnem arbitražnem postopku. Odvetnik mora stranki svetovati tudi glede tveganja, da bo nasprotna stranka začela sodni postopek kljub obstoju arbitražnega sporazuma in kaj narediti, da se to tveganje zmanjša.

Vloga odvetnika med samim arbitražnim postopkom

Najpomembnejša zadeva, ki jo mora stranka z odvetnikom pretehtati ob začetku kateregakoli arbitražnega postopka, je določitev arbitrov. Ena izmed ključnih prednosti arbitraže je v tem, da lahko stranke same

določijo svoje arbitre. Narava spora, pravo, ki velja za pogodbo, in državljanstvo strank so odločilnega pomena, ko se stranka odloča za arbitre. V primeru tričlanskega arbitražnega senata vsaka izmed strank določi svojega arbitra, ta pa skupaj določita tretjega arbitra – predsednika arbitražnega senata. Ker ima ta arbiter odločilen glas (stranke same pa na njegovo imenovanje nimata neposrednega vpliva), je pomembno preudariti, ali bo predsednik prisluhnil mnenju arbitra, imenovanega s strani stranke.

Ker mora biti arbiter neodvisen in nepristranski, naj bodo merila, ki vodijo stranko pri izbiri arbitra, predvsem njegova strokovnost in poznavanje prava, ki se bo uporabljalo pri reševanju spora – tako materialnega kot procesnega. Državljanstvo arbitra je pri imenovanju arbitra običajno drugotnega pomena. Določitev arbitra zgolj na podlagi državljanstva je lahko škodljivo, še posebej če izbranemu arbitru manjkajo strokovne podlage, saj ta ne bo mogel uspešno vplivati na odločanje drugih članov senata. Pri določitvi arbitra je posebej potrebno nameniti pozornost možnim konfliktom interesov med njim in stranko in med arbitrom in odvetnikom. Odvetnik mora stranki pojasniti vsebino Smernic o konfliktu interesov Mednarodnega združenja odvetnikov (IBA) kot tudi relevantno procesno pravo arbitražne institucije in pravo sedeža v zvezi s konfliktom interesov, saj se odločbe arbitražnih senatov vedno pogosteje izpodbijajo ravno na tej podlagi. Škoda, ki je nastala Sloveniji kot posledica uspešne izključitve njenega odvetnika v zadevi Hrvatska Elektroprivreda (HEP) zoper Slovenija pred ICSID arbitražo zaradi nerazkritih odnosov med njenim odvetnikom in enim od arbitrov, je bila velika in v celoti nepotrebna.

Po izbiri arbitrov bo odvetnik pripravil vlogo oziroma odgovor na vlogo. Tekom postopka je zelo pomembno, da je odvetnik uren. Vsako odlašanje lahko nasprotni strani omogoči, da to izkoristi v svoj prid, še posebej v primeru postopkov za zamrznitev sredstev in prepovedi razpolaganja s premoženjem. Če v arbitražnem postopku nastopa stranka kot tožnik, mora biti njen odvetnik gonilna sila celotnega postopka, saj kljub temu, da je fleksibilnost ena izmed glavnih prednosti arbitraže v primerjavi s sodnimi postopki, obstoji pri arbitraži večje tveganje, da zaradi tožene stranke pride do odlašanja in "iztirjenja", kot pri sodnih postopkih. Odvetnik, kateremu so interesi stranke pomembnejši od njegovih (s povzročanjem višjih nagrad), bo tekom

Čimprej po nastanku spora je potrebna trezna strateška presoja spora in osnovanje poti za njegovo rešitev

Najpomembnejša zadeva, ki jo mora stranka z odvetnikom pretehtati ob začetku kateregakoli arbitražnega postopka, je določitev arbitrov

Discovery je postopek, ki ga slovensko pravo ne pozna, je pa v arbitražnih postopkih pogost

Odvetnik naj bo del ekipe, kljub temu pa naj vseskozi ohranja profesionalno distanco, da lahko stranki svetuje objektivno

postopka ravnal taktično in strateško in bo v vsaki dani situaciji ravnal čimbolj učinkovito in ažurno. Tako bo v primeru, da zastopa tožečo stranko, npr. zahteval, naj se procesni narok izvede v čim krajšem času po izmenjavi vlog obeh strank. V idealnih razmerah se bo izvedel procesni narok s soočenjem obeh strank, kjer se tako stranki omogoči, da se seznanijo s tekom postopka ter pristopom arbitrov.

Pomembno je tudi, da se stranki čim prej dogovorita o nadaljnjih postopkovnih detajlih, npr. o nadaljnjih izmenjavah vlog, postopku v zvezi z razkritjem dokumentov (t. im. *discovery*), izmenjavah izjav prič in mnenj izvedencev kot tudi nadaljnjih datumih narokov za izvedbo dokazov. *Discovery* je postopek, ki ga slovensko pravo ne pozna, je pa v arbitražnih postopkih pogost. V njem se od strank zahteva, da drugi strani predložijo dokumente, ki so relevantni za postopek in, ki lahko drugi stranki pomagajo ali pa spodkopljejo primer prve stranke. Obseg *discoveryja* se razlikuje med posameznimi sodišči in je obsežnejši v anglosaških državah (najbolj zahteven je v ZDA s t. im. *common law* sistemom), ter manj izrazit v državah kontinentalnega prava. Ker arbitražne institucije ne predpisujejo standardnih pravil o *discoveryju*, je pomembno, da stranka glede tega zavzame stališče že na samem začetku arbitražnega postopka. Obširen *discovery* lahko pomembno zviša stroške arbitražnega postopka in lahko precej odloži dokončno odločitev v sporu.

Eno izmed ključnih vprašanj, ki jih mora odvetnik presoditi v zvezi s postopkovnimi smernicami, je tudi, ali se bodo vloge ter izjave prič izmenjevale sočasno ali zaporedoma. Kateri pristop je primernejši, bo med drugim odvisno od narave spora in od tega, kakšne interese zasleduje stranka v primeru.

Opredelitev virov strankinih dokazov, naj bodo to dokumenti, priče ali morebitni izvedenci, so naslednja pomembna vprašanja, ki morajo biti obravnavana čim prej po nastanku spora. Jezik, ki se uporablja v arbitražnem postopku, ima velik vpliv na izbor prič. Stranka se mora zavedati, da ima nasprotna stranka možnost zaslišati tudi zaposlene v strankinem podjetju, ki jih stranka ni povabila kot svoje priče. Verodostojnost prič, kot jo bo presodil arbitražni senat (kljub temu, da je lahko ta zaznava popolnoma napačna), ima velik vpliv na končne ugotovitve senata. Kulturne in druge razlike med člani senata ne smejo biti zanemarjene, na

njihovo pomembnost pa mora odvetnik paziti tekom celotnega postopka.

Na naroku je vloga odvetnika, da predstavi primer jasno in natančno. Dober odvetnik ni agresiven. Arbitražni postopek je manj formalen kot sodni postopek in ima tudi precej večji mendarodni značaj. Zato mora biti odvetnik poleg tega, da je priznan pravni strokovnjak, občutljiv na kulturna pričakovanja članov arbitražnega senata ter razumeti razlike med kontinentalnim in *common law* sistemom pri izpraševanju prič. Hkrati pa mora biti strateg in taktik.

V primeru, da je izdana arbitražna odločba v prid stranke, je naslednja naloga odvetnika, da nudi pomoč pri izvrševanju odločbe v tistih državah, v katerih se nahaja premoženje nasprotnne stranke. Odredbe o zamrznitvi dolžnikovega premoženja ter prepovedi razpolaganja, ki jih je stranka pridobila ob pričetku postopka, bodo ključne pri zagotovitvi izvršitve arbitražne odločbe.

V primeru, da je stranka izgubila postopek, pa je vloga odvetnika v tem, da svetuje glede možnosti izpodbitanja odločbe in/ali preprečitve izvršljivosti odločbe. Ker se rok za pritožbo večinoma izteče v 30 dneh od odločbe, mora odvetnik tudi v tem primeru ravnati brez vsakega odlašanja.

Zaključek

Vloga odvetnika v arbitražnem postopku je ključnega pomena. Dober odvetnik je le ta, ki skrbi za interese stranke, je odziven, taktik in v vsakem trenutku pripravljeno prilagoditi pristop glede na nove dogodke, vključujoč predlagati stranki, da sklene poravnavo, mediacijo ali kaj drugega, če je to primerno. Izbira pravega odvetnika za posamezen primer je ključnega pomena za stranko, ki želi zaščititi svoje interese. Prisotnost in sodelovanje odvetnika že v fazi komercialnih pogajanj je razumna odločitev, ki omogoči stranki zmanjšati tveganje, odvetniku pa, da v celoti razume interese stranke že od samega začetka. Odvetnik naj bo del ekipe, kljub temu pa naj vseskozi ohranja profesionalno distanco, da lahko stranki svetuje objektivno – to je namreč ključno za varovanje dolgoročnih interesov njegove stranke.