

ZBORNİK ZNANSTVENIH RAZPRAV

2012

LETNIK LXXII

Zbornik znanstvenih razprav
Letnik 72 (2012) / Volume 72 (2012)
Oktober 2012 / October 2012

To delo je ponujeno pod licenco Creative Commons
Priznanje avtorstva-Brez predelav 4.0 Mednarodna.
This work is licensed under a Creative Commons Attri-
bution-NoDerivatives 4.0 International License.

Več na spletni strani: / For further information
visit: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/>

*Dr. Aleš Galič**

Plačilni nalog in izvršba na podlagi verodostojne listine ter arbitraža

1. Uvod

V poslovnih razmerjih je veliko »nepravih sporov«. O tem govorimo tedaj, ko med strankama v resnici ni nesoglasja glede dejstev ali glede pravnih vprašanj v zvezi z njunim razmerjem, kljub temu pa dolžnik zaradi plačilne nediscipline, plačilne nezmožnosti ali želje po zavlačevanju odklanja izpolnitev obveznosti.¹ Sodni postopek v takem primeru dejansko ne pomeni reševanja spora, pač pa je samo »plačilni servis«, ki upnika opremi z izvršilnim naslovom.² Ker praktične izkušnje glede sporov iz poslovnih razmerij kažejo, da ta delitev na prave in neprave spore resnično obstaja, večina držav ureja posebne poenostavljene hitre postopke. Ti se sicer med seboj v marsičem razlikujejo, njihova skupna značilnost pa je, da se upniku takoj, brez ustne obravnave in vnaprejšnje kontradiktornosti, zagotovi izvršilni naslov, redni pravdni postopek pa se izvede šele, če nasprotna stranka poda ugovor oziroma drugo predvideno pravno sredstvo.³ Izkušnje ne le v Sloveniji, pač pa tudi v drugih državah članicah EU kažejo, da do tega ugovora pogosto sploh ne pride.⁴

* Izredni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani; ales.galic@pf.uni-lj.si.

¹ Primerjaj na primer Prütting, Die aktuellen Entwicklungen, v: *STUDIA* (2007), str. 509; Von Bernstorff, Der Europäische Zahlungsbefehl, v: *RIW* 14 (2008) 8, str. 548.

² Glej Commission of the European Communities: Green Paper (2002). Gre za študijo, ki jo je pripravila Evropska komisija in ki je prva podlaga za pozneje sprejeto uredbo.

³ Glej Prütting, Die aktuellen Entwicklungen, v: *STUDIA* (2007), str. 509, in Green Paper ... (2002), točka 2.2.4.

⁴ Rechberger, Zum Entwurf, v: *STUDIA* (2007), str. 513–529. Von Bernstorff, Der Europäische Zahlungsbefehl, v: *RIW* 14 (2008), 8, str. 549; Rijavec, v: Ude, *PRAVDNI POSTOPEK* (2009), str. 667.

Postavlja se vprašanje, ali se lahko omenjene prednosti izkoristijo tudi v arbitražnem postopku in – po drugi strani – ali se lahko izkoristijo v sodnem postopku kljub obstoju arbitražnega sporazuma. Ali so arbitraža na eni strani in plačilni nalog ter izvršba na podlagi verodostojne listine (v nadaljevanju IVL) na drugi strani medsebojno kompatibilni? Obstaja več dilem: ali lahko arbitraža izda plačilni nalog ali celo sklep o izvršbi na podlagi verodostojne listine? Ali lahko sodišče v primeru, če dolžnik vloži ugovor in se poziva na arbitražni sporazum, odstopi zadevo arbitraži? Najpomembnejše pa je vprašanje, ali ravnanje tožnika, ki pred sodiščem zahteva izdajo plačilnega naloga (ali IVL), pomeni konkludenten odstop od arbitražnega sporazuma, ali pa je mogoče, da tožnik pred sodiščem poskusi doseči izdajo plačilnega naloga (ali sklepa o IVL) in obenem ohraniti jamstvo, da bo v primeru ugovora dolžnika v sporu meritorno odločala arbitraža.

Stališča v tem prispevku se nanašajo le na omenjene enostranske pospešene postopke, ne pa na poenostavljene in pospešene *kontradiktorne* postopke v arbitraži (*fast track arbitration*).⁵

2. Ali lahko arbitraža izda sklep o izvršbi na podlagi verodostojne listine?

Nesporno je, da arbitraža ne more izdati sklepa o izvršbi na podlagi verodostojne listine. Za to je pristojno le državno sodišče. Z izdajo sklepa o IVL bi arbitraža prekoračila meje arbitražnega sporazuma (ta se nanaša na odločanje v sporu, in ne na izvršitev) in tudi meje arbitražnega odločanja na splošno.⁶ Treba je upoštevati, da ima sklep o IVL dva dela – v prvem delu se tožencu nalaga, da izpolni dolgovano obveznost (v tem delu gre torej za plačilni nalog). V drugem delu pa se že dovoljuje izvršba (44. člen Zakona o izvršbi in zavarovanju, v nadaljevanju ZIZ).⁷ V tem drugem delu IVL pomeni izvajanje neposredne državne prisile, za izvajanje takšnih ravnanj pa arbitraža kot zasebno sodišče ne more biti pristojna.

⁵ To so postopki, v katerih je poenostavljen in pospešen način konstituiranja tribunala ali (praviloma) imenovanja arbitra posameznika, omejena sta število narokov ter obseg dokazovanja ali je določeno, da se postopek vodi le pisno, določeni so krajši roki za ravnanja strank ter arbitra ter za izdajo arbitražne odločbe. Glej na primer Redfern, Hunter, REDFERN AND HUNTER (2009), str. 433, ter Dika, Maganić, Expedited Arbitration Proceedings, v: CAY 18 (2011), str. 10 in nasl.

⁶ Sklep Stalnog izabranog sudista pri Gospodarskoj komori Hrvatske, IS-P-3-1983, tako tudi: Dika, Izvršenje, v: ZPFZ 53 (1983) 1-2, str. 229–231.

⁷ Ur. l. RS, št. 51/1998 in nasl.

3. Ali lahko arbitraža izda plačilni nalog?

3.1. Uvodne opombe

Zakoni o arbitraži, ki sledijo modelnemu zakonu UNCITRAL (med temi je tudi slovenski Zakon o arbitraži, v nadaljevanju ZArbit⁸), ne urejajo možnosti, da bi arbitraža izdala plačilni nalog. Vendar glede na načelo avtonomije strank glede določanja pravil arbitražnega postopka (kar vključuje tudi avtonomijo strank, da se podredijo arbitražnim pravilnikom stalnih arbitraž) izostanek takšnega izrecnega pooblastila v arbitražnem zakonu še ne pomeni, da tega ne bi bilo mogoče predvideti z arbitražnim pravilnikom. Vendar »Ljubljanska pravila«⁹ ne predvidevajo možnosti, da arbitraža izda plačilni nalog. Prav tako tudi ne pravilniki bolj znanih tujih arbitražnih institucij in prav tako ne arbitražna pravila UNCITRAL.¹⁰ Nasprotno pa »Zagrebska pravila« iz leta 2012¹¹ (enako je bilo predvideno že od leta 1966 naprej) določajo, da predsednik Stalne arbitraže v sporih brez mednarodnega elementa lahko izda plačilni nalog, če so izpolnjeni pogoji, po katerih se plačilni nalog lahko izda v pravnem postopku. Stranke z dogovorom o pristojnosti Stalne arbitraže pri hrvaški gospodarski zbornici konkludentno sprejmejo določbe pravilnika in na ta način soglašajo z možnostjo izdaje plačilnega naloga.¹²

V teoriji sta stališče, da arbitraža lahko izda plačilni nalog, zastopala že *Goldštajn* in *Triva*, pri čemer sta se sklicevala na ugodno odločitev tedanjega jugoslovanskega ustavnega sodišča.¹³ Tudi *Dika* in *Maganić* se zavzemata za to, da arbitraža lahko izda plačilni nalog.¹⁴ *Ude* meni, da arbitražno izdajanje plačilnega naloga morda ni v nasprotju z zakonom in ustavo, dvomi pa, da je smotno.¹⁵ Skeptična je teorija v Nemčiji,¹⁶ proti možnosti, da arbitraža izda plačilni nalog,

⁸ Ur. l. RS, št. 45/2008.

⁹ Pravilnik o arbitražnem postopku pred Stalno arbitražo pri GZS, prečiščeno besedilo, Ur. l. RS, št. 49/2000.

¹⁰ Na primer ICSID Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings, ICDR International Arbitration Rules, LCIA Arbitration Rules (člena 2.3 in 15.8), SIAC Rules 2010, UNCITRAL Arbitration Rules, Rules of the Netherlands Arbitration Institute iz 1998. DIS-Schiedsgerichtsordnung 1998.

¹¹ Pravilnik o arbitraži pri Stalnem arbitražnem sodišču Hrvatske gospodarske komore (člen 56).

¹² *Triva*, *Dika*, GRADANSKO (2004), str. 885.

¹³ *Goldštajn*, *Triva*, MEDJUNARODNA (1987), str. 167.

¹⁴ *Dika*, *Maganić*, Expedited Arbitration Proceedings, v: CAY 18 (2011), str. 25 in nasl.

¹⁵ *Ude*, ARBITRAŽNO PRAVO (2004), str. 212.

¹⁶ Schwab in Walter kategorično (vendar brez obrazložitve) ugotavljata, da posebni postopki, na primer postopek plačilnega naloga (*Mahnverfahren*), v arbitražnem postopku niso mogoči. Schwab, Walter, SCHIEDSGERICHTSBARKEIT (2000), str. 184.

sta teorija in sodna praksa v Italiji (glej v nadaljevanju). Ostro proti tej možnosti je tudi *Sajko*.¹⁷

Argument v korist rešitve, da arbitraža lahko izda plačilni nalog, je, da upniku tudi arbitraža ponudi možnost, ki jo ima sicer državno sodišče, ta pa je v tem, da v enostranskem, enostavnem in ekonomičnem postopku hitro pride do izvršilnega naslova. Namen arbitraže je med drugim, da strankam zagotovi učinkovitejše in hitreje pravno varstvo kot državno sodišče. S tega vidika ne bi bilo smotno, da se plačilni nalog kot učinkovit pravni instrument ne bi mogel izkoristiti tudi v arbitražnem postopku.

V slovenskem pravnem redu je možnost, da arbitraža izda plačilni nalog, celo izrecno – čeprav verjetno brez posebnega razmisleka – predvidena. Po 18. členu ZIZ, ki se nanaša na opredelitev sodne odločbe kot izvršilnega naslova, se za sodno odločbo šteje sodba oziroma arbitražna odločba, sklep ter *plačilni* oziroma drug *nalog* sodišča ali *arbitraže*. Za načelno opredelitev o tej problematiki omenjena določba gotovo ne zadošča. Na vprašanje, ali arbitraža lahko izda plačilni nalog, bo treba odgovoriti glede na institute in načela arbitražnega prava. V nadaljevanju tega prispevka bodo zato predstavljeni in kritično ocenjeni možni argumenti proti rešitvi, da arbitraža lahko izda plačilni nalog.

3.2. Nasprotje pravilu o odločanju izbranih arbitrov?

Bistvo arbitraže je, da odločajo arbitri, ki sta jih izbrali stranki, oziroma arbitražni tribunal, konstituiran na način, za katerega sta se dogovorili stranki.¹⁸ Po naravi stvari se izdaja plačilnega naloga v arbitraži lahko uredi le tako, da se ta pristojnost določeni osebi ali organu zaupa vnaprej še pred konstituiranjem arbitražnega tribunala (na primer po Zagrebških pravilih plačilni nalog izda predsednik Stalne arbitraže). Vprašanje je, ali sta na ta način stranki prikrajšani za pravico, da v sporu odločijo imenovani arbitri oziroma arbiter.¹⁹ Vendar ta pomislek nima velike teže. Stranki sta s podreditvijo pravilom arbitražne institucije soglašali s tem, na kakšen način se določi arbiter, ki bo izdal plačilni nalog. Saj tudi dogovor strank, da bo arbitra imenoval nekdo tretji (*appointing authority*), ni nezdržljiv z zahtevo, da arbitra izbereta stranki. Tudi vsebinsko mora tožniku biti vseeno, kdo izda arbitražno odločbo, če je ta zanj ugodna. Z vidika toženca pa je treba upoštevati, da toženec, ki bi v postopku ostal pasiven, tudi

¹⁷ Sajko, *Arbitral Awards*, v: CAY 18 (2011), str. 45–46.

¹⁸ Švicarsko zvezno sodišče je izreklo, da »odločbe«, ki jo je izdal »arbiter«, ki sploh ni bil imenovan, ni mogoče šteti za arbitražno odločbo. Glej Müller, *SWISS CASE LAW* (2010), str. 258.

¹⁹ Tako Sajko, *Arbitral Awards*, v: CAY 18 (2011), str. 46.

sicer ne bi imenoval arbitra. Arbitra bi se tedaj imenovalo na drug predviden način (na primer s pomočjo državnega sodišča ali z imenovanjem s strani predsednika arbitraže). V primeru, če toženec ne ostane pasiven in proti plačilnemu nalogu poda ugovor, pa bi v vsakem primeru prišlo do konstituiranja arbitražnega tribunala na dogovorjeni način. Kakšna bo v nadaljnjem teku arbitražnega postopka usoda plačilnega naloga (ali se ga takoj ukine in arbitražni senat neposredno odloča o tožbenem zahtevku ali pa na koncu postopka arbitražni senat, če ugotovi, da je tožbeni zahtevek utemeljen, odloči, da plačilni nalog ostane v veljavi), je vprašanje procesne tehnike. Tako po eni kot po drugi varianti namreč na koncu pride do arbitražne odločbe in ni bistveno, ali se ta neposredno nanaša na tožbeni zahtevek ali na vprašanje, ali plačilni nalog ostane v veljavi.

3.3. *Nasprotje načelu, da arbitraža ne more odločati v nekontradiktornem (ex parte) postopku?*

V Italiji sta teorija in sodna praksa negativno stališče o izdajanju plačilnih nalogov (*decreto ingiuntivo*) zavzeli s sklicevanjem na pravilo, da arbitražni postopek ne omogoča izdajanja nekontradiktornih (*ex parte*) odločb, tj. odločb, izdanih brez vnaprejšnje možnosti izjave obeh strank.²⁰ Vprašanje je, ali je to kategorično stališče (še) pravilno. Arbitražni zakoni takšne izrecne določbe nimajo. Nasprotno, novejši zakoni vsaj kot izjemo določajo tudi možnost *ex parte* odločitev. Slovenski ZArbit tako določa, da lahko arbitražni senat izjemoma, če to oceni za nujno, sprejme začasni ukrep tudi, še preden je nasprotni stranki omogočil, da se izjavi o predlogu (vendar tak ukrep nima učinka izvršljivosti, pač pa le učinek pogodbene obveznosti; drugi odstavek 20. člena ZArbit). Pri izdaji začasnih ukrepov sicer ne gre za ukrep, ki bi bil podoben ali primerljiv s plačilnim nalogom. Omenjena določba pa vendarle kaže na to, da se kategorično stališče o nemožnosti arbitraže, da odločitve sprejema v *ex parte* postopku, opušča.²¹

3.4. *Nasprotje pravilu, da v arbitražnem postopku ni neposrednih sankcij za neaktivnost toženca?*

Možen ugovor je, da arbitražni zakoni ne vsebujejo neposrednih sankcij za neaktivnost (zamudo) toženca.²² V ureditvah, ki sledijo modelnemu zakonu UN-

²⁰ Corte di Cassazione, 1. sez., 28. luglio 1999, n. 8166. Tribunale Nola, sez. II, 13 marzo 2007, povzeto v: Lazzaro, De Renzis, IL DECRETO INGIUNTIVO (2007), str. 215.

²¹ Enako Dika, Maganić, Expedited Arbitration Proceedings, v: CAY 18 (2011), str. 27.

²² Na primer Schwab, Walter, SCHIEDSGERICHTSBARKEIT (2000), str. 183.

CITRAL, v primeru, če tožena stranka ne vloži odgovora na tožbo v določenem roku, arbitražni senat nadaljuje s postopkom, *ne da bi zamudo samo po sebi štel za priznanje navedb tožeče stranke* (na primer drugi odstavek 29. člena ZArbit). V arbitražnem postopku ni zamudne odločbe, ki bi ustrezala zamudni sodbi po 318. členu Zakona o pravnem postopku (v nadaljevanju ZPP).²³ Tudi teorija arbitražnega prava odklanja možnost »zamudne odločbe« (*award by default*) v arbitražnem postopku. Arbitri, drugače od državnih sodišč, nimajo pooblastila, da izdajo odločitev, ki bi temeljila na načelih zamudne sodbe.²⁴ Naloga arbitrov je, da odločijo (*determination*) v sporu, ne pa da s »stampiljko opremijo« navedbe tožnika.²⁵ Še posebej v primeru pasivnosti toženca je pomembna odgovornost arbitrov, da skrbno proučijo utemeljenost tožbe tako glede dejanskih kot glede pravnih vprašanj.²⁶ Poraba časa in stroškov za doseg tega cilja se izplača, saj se tako zmanjšuje možnost, da bi arbitražna odločba, če bi bila sprejeta brez takšne presoje, na koncu zaradi odreka potrditve izvršljivosti ali priznanja v tujini ostala brez učinka.²⁷ Sodišča imajo moč prisile in zato lahko nadaljujejo s postopkom brez sodelovanja druge stranke. Nasprotno pa arbitraža temelji na sporazumu strank in pasivnost toženca poraja dvome glede jamstev poštenega postopka.²⁸

Tudi učinek pravnomočnosti plačilnega naloga je sankcija proti pasivnemu tožencu (ki ni izkoristil možnosti, da proti plačilnemu nalogu vloži ugovor). Zato bi iz pravila, da arbitraža ne more sprejeti »zamudne arbitražne odločbe«, moralo izhajati tudi, da se arbitražni postopek ne more končati z izdajo plačilnega naloga oziroma s tem, da ta plačilni nalog zaradi pasivnosti toženca pridobi učinek pravnomočnosti.

Stališča teorije proti možnosti izdaje zamudne arbitražne odločbe (po vzoru zamudne sodbe) so kategorična. Zato je morda presenetljivo, da pravilo o neobstoju sankcij za zamudo (pasivnost) toženca v arbitražnih zakonih ni koherentno. Pravilo velja, »če se stranke niso drugače sporazumele« (na primer prvi odstavek 29. člena slovenskega ZArbit, prvi odstavek 24. člena hrvaškega Zakona o arbitraži – ZA, drugi odstavek 600. člena avstrijskega Zivlprozessordnung –

²³ Ur. l. RS, št. 26/1999 in nasl.

²⁴ Redfern, Hunter, REDFERN AND HUNTER (2009), str. 427. Po 318. členu ZPP zamudna sodba temelji na fikciji, da toženec, ki ne odgovori na tožbo, priznava dejstva, navedena v tožbi. Sodišče mora zato preveriti le še, ali je tožba sklepčna (tj. ali je glede na dejstva, navedena v tožbi, zahtevek po materialnem pravu utemeljen).

²⁵ Redfern, Hunter, REDFERN AND HUNTER (2009), str. 524.

²⁶ Gaillard, Savage, FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN (1999), str. 662.

²⁷ Redfern, Hunter, REDFERN AND HUNTER (2009), str. 427 in 524.

²⁸ Lew, Mistelis, Kröll, COMPARATIVE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION (2003), str. 544.

ZPO²⁹). Arbitražni pravilniki bi torej lahko predvideli možnost izdaje zamudne arbitražne odločbe.³⁰ Po isti logiki zato tudi ni ovire, da predvidijo možnost, da se arbitražni postopek konča z izdajo plačilnega naloga.

3.5. Nasprotje pravilu, da mora biti arbitražna odločba obrazložena?

Če se arbitražna odločba izda v obliki plačilnega naloga, je razumljivo, da ni obrazložena. V arbitražnem postopku pa je sprejeto načelo, da arbitražna odločba mora biti obrazložena (na primer drugi odstavek 35. člena ZArbit). Vendar to pravilo ni kogentno. Stranke se lahko dogovorijo, da obrazložitev ni potrebna. Dogovor strank, da arbitražna lahko izda plačilni nalog (oziroma dogovor strank, da se uporabljajo pravila določene stalne arbitraže, ki imajo takšno določbo), je mogoče razumeti kot dogovor strank, da obrazložitev arbitražne odločbe v tem primeru ni potrebna.

3.6. Nasprotje pravici do izjavljanja?

Ovira za izdajo plačilnega naloga bi lahko bila tudi v temeljnem načelu vodenja arbitražnega postopka, da mora biti vsaki stranki zagotovljena pravica do izjavljanja (na primer 21. člen ZArbit). Kršitev pravice do izjavljanja je razlog za razveljavitev arbitražne odločbe (druga alineja drugega odstavka 40. člena ZArbit) in za odrek priznanja tuje arbitražne odločbe po Newyorški konvenciji (četrti odstavek 5. člena). Zakonsko pravilo o spoštovanju pravice do izjavljanja

²⁹ Nemški zakon (par. 1048) takšne izrecne določbe nima, vendar teorija zastopa stališče, da norma ni kogentna in da se stranke lahko dogovorijo glede možnosti, da se v primeru pasivnosti toženca izda zamudna arbitražna odločba po vzoru zamudne sodbe. Schlosser, v: Stein, Jonas, ZIVILPROZESSORDNUNG (2002), robna št. 6 pri par. 1048. Zelo jasno določbo o možnosti strank, da se v primeru zamude oziroma pasivnosti dogovorijo za sankcije, vsebuje 41. člen angleškega Arbitration Act.

³⁰ Te možnosti praksa ni potrdila. V najbolj znanih arbitražnih pravilnikih določb o izdaji zamudne arbitražne odločbe na način zamudne sodbe ni. Nasprotno, potrjuje se stališče, da zamuda toženca ne povzroči avtomatično ugoditve tožbenemu zahtevku. Na primer ICSID Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings (tretji odstavek člena 42), ICDR International Arbitration Rules (člen 23), LCIA Arbitration Rules (člen 2.3, člen 15.8), SIAC Rules 2010 (člen 17), DIS Schiedsordnung 1998 (člen 30), Swiss Rules of International Arbitration (člen 28), UNCITRAL Arbitration Rules (člen 28). Bliže omogočanju zamudne arbitražne odločbe po vzoru zamudne sodbe so le pravila Netherlands Arbitration Institute iz leta 1998. Po 36. členu teh pravil arbitražni tribunal v primeru pasivnosti toženca lahko izda arbitražno odločbo v korist tožnika, razen če oceni, da zahtevek ni utemeljen. Pred izdajo arbitražne odločbe lahko od tožnika zahteva, da zagotovi dokaze za svoje trditve.

je kogentno. Vendar pa postopek plačilnega naloga (in IVL) sam po sebi s tem ni v nasprotju. Pravica do izjavljanja sicer mora biti načeloma zagotovljena še pred sprejemom odločbe, če pa obstajajo razumni razlogi (na primer pri začasnih odredbah), je dopustna tudi ureditev, da se ta pravica do izjavljanja nasprotne stranke zagotovi šele naknadno.³¹ Če je možnost naknadnega izvrševanja pravice do izjavljanja dopustna pri začasnih odredbah, je še toliko bolj gotovo, da je dopustna pri plačilnem nalogu.³² Plačilni nalog namreč velja le pogojno in pred potekom roka za ugovor toženca nima nobenega pravnega učinka.

Vendar pa problematika pravice do izjavljanja v zvezi s plačilnim nalogom v arbitraži ni povsem enostavna. Trditev, da je tožencu tudi pri izdaji plačilnega naloga zagotovljena pravica do izjavljanja, predpostavlja, da je bil tožencu plačilni nalog pravilno in dejansko vročen (in da je toženec tudi imel dovolj časa, da nanj reagira na zahtevani način). Če so pravila o vročanju tožbe (pri izdaji plačilnega naloga je vročitev tožbe in odločbe enotno dejanje) takšna, da tožencu ne zagotavljajo dovolj jamstev, da se je resnično seznanil z vročeno tožbo in s plačilnim nalogom, je možnost, da arbitražna izda plačilni nalog, celo ustavno sporna. Vprašanje je, ali pravila o vročanju v arbitražnem postopku, ki v večjem obsegu kot v sodnem postopku omogočajo presumirane in celo fiktivne vročitve brez jasnega jamstva, da se bo toženec z vročenim pisanjem resnično seznanil (glej na primer 6. člen ZArbit), zadostijo temu standardu. Problem je še bolj izrazit zato, ker v arbitražnem postopku vsaj po izdaji arbitražne odločbe ni niti vrnitve v prejšnje stanje niti obnove postopka. Ostane le tožba za razveljavitev arbitražne odločbe (vendar tudi ta iz ožjih razlogov kot pritožba proti zamudni sodbi).³³ Kršitev pravice do izjavljanja sicer je razlog za razveljavitev arbitražne odločbe, vendar je sporno, če to rešuje tudi primere, ko je tožba (oziroma tožba in plačilni nalog) bila vročena pravilno, vendar pa se toženec iz opravičenih razlogov z njo ni mogel pravočasno seznaniti (na primer, če je bil plačilni nalog pravilno vročen tako, da ga je vročevalec pustil v hišnem poštnem predalčniku, toženec pa se zaradi krajše odsotnosti z njim ni pravočasno seznanil). Skladna z Ustavo je razlaga, da bi se omenjeni razlog za razveljavitev arbitražne odločbe moral nanašati tudi na takšne probleme. Kljub temu pa ostane problem, da je za vložitev tožbe za razveljavitev arbitražne odločbe predviden relativno kratek rok treh mesecev (tretji odstavek 40. člena ZArbit). Verjetno obstaja določena

³¹ Sklep Ustavnega sodišča Republike Slovenije št. Up-321/96, 15. januar 1997 (*in casu*: začasna odredba v sodnem postopku).

³² Tako tudi Dika, Maganić, *Expedited Arbitration Proceedings*, v: CAY 18 (2011), str. 26.

³³ O nevarnosti neposrednih sankcij proti pasivnemu tožencu zaradi ožjih možnosti pravnih sredstev in zato, ker je z izdajo arbitražne odločbe mandat arbitrov končan, glej tudi: Gaillard, Savage, FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN (1999), str. 663.

povezava med nekoliko bolj prožnimi pravili o vročanju v arbitražnem postopku na eni strani in med pravilom, da v arbitražnem postopku ni neposrednih sankcij za pasivnost toženca (glej *supra*). Zahteva, da arbitražni senat vsebinsko polno obravnava tožbeni zahtevek tudi v primeru pasivnosti toženca, lahko vsaj v določeni meri zavaruje interese toženca, ko ni povsem jasno, ali se je toženec resnično seznanil s tožbo (ker postopka ni takoj konec in ker je mogoče predvideti, da bo arbitražni senat še poskusil vzpostaviti stik s tožencem, pa obstaja tudi večja verjetnost, da bo toženec vendarle še pravočasno izvedel za tekoči arbitražni postopek).

Vendar je bilo prej že pojasnjeno, da so pravila o nemožnosti izdaje zamudne arbitražne odločbe dispozitivne narave, tako da stranke lahko vnaprej sprejmejo rizike, povezane z bolj prožnimi pravili o vročanju v arbitraži. Zato tudi to, da stranke enak riziko lahko sprejmejo tudi glede plačilnega naloga, ne more biti sporno.³⁴ Tako je utemeljen sklep, da plačilni nalog tudi z vidika pravice do izjavljanja ni nedopusten. Vendar pa mora biti nujno povezan z dovolj visokimi jamstvi glede vročanja, pa tudi z dovolj dolgim rokom za vložitev ugovora. Še posebej v primeru pasivnosti toženca je treba vztrajati pri visokih jamstvih, da je vročitev prvega pisanja v arbitražnem postopku zanesljiva.³⁵

Zelo sporna je določba tretjega odstavka 56. člena Zagrebških pravil, po kateri mora toženec ugovor proti plačilnemu nalogu podati v osmih dneh. Še posebej je problematično, da mora toženec v tem ugovoru tudi imenovati »svojega« arbitra. Ta rok je odločno prekratek in stranki postavlja v zelo neenakopraven položaj glede konstituiranja arbitražnega senata. Imenovanje arbitra namreč praviloma zahteva določen čas – stranka mora raziskati, kdo bi glede na naravo spora bil primeren, nato pogosto preveri razpoložljivost predvidenega arbitra in čaka na njegov odgovor. Rok osmih dni tega ne omogoča. Pri tem pa se je treba zavedati, da nasprotna stranka (tožnik) pri odločanju, kdaj bo vložila tožbo (in v njej imenovala prvega arbitra), ni bila omejena z nobenimi roki (razen zastalrnimi in morebitnimi prekluzivnimi za vložitev tožbe) in je zato lahko presojila, katerega arbitra bo imenovala, namenila poljubno veliko časa.

³⁴ Problematika je pri plačilnem nalogu in pri IVL še bolj izrazita kot pri zamudni sodbi, saj se vročitev tožencu opravi le enkrat (skupaj tožba in plačilni nalog), pri zamudni sodbi pa dvakrat (najprej tožba in nato še sodba). Zato je večja verjetnost, da se bo toženec resnično seznanil s pisanjem (oziroma imel možnost izkoristiti pravna sredstva).

³⁵ Prim. Lew, Mistelis, Kröll, *COMPARATIVE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION* (2003), str. 548.

3.7. Nasprotje pravilu o učinku arbitražne odločbe in njenem izpodbijanju?

Resen ugovor proti plačilnemu nalogu v arbitraži bi lahko bil tudi v tem, da so zakonske norme o učinku pravnomočnosti arbitražne odločbe in o načinih ter razlogih za njeno izpodbijanje kogentne. Stranki se ne moreta dogovoriti (to pa pomeni tudi, da arbitražni pravilnik tega ne more določiti), da arbitražna odločba nima učinka pravnomočnosti, razlogov za izpodbijanje arbitražne odločbe s tožbo pa stranki dogovorno ne moreta niti ožiti niti širiti.³⁶ Na prvi pogled se zdi, kot da se z avtonomnimi pravili arbitražne institucije, ki predvideva izdajo arbitražne odločbe v obliki plačilnega naloga, ta načela kršijo.

Najprej je treba poudariti, da je tudi plačilni nalog, ki ga izda arbitražna, lahko samo arbitražna odločba, ne glede na to, ali se formalno imenuje le »plačilni nalog«. ³⁷ Če namreč ta plačilni nalog ne bi bil arbitražna odločba, kakšna pravila bi potem veljala za njegov učinek pravnomočnosti (če ne pravila o potrditvi izvršljivosti arbitražne odločbe po 41. členu ZArbit), kakšna pravila za njegovo izpodbijanje pred sodiščem (če ne pravila o tožbi za razveljavitev arbitražne odločbe po 40. členu ZArbit)?

Možnost, da se arbitražna odločba razveljavi, očitno ni v skladu s pravilom o učinku pravnomočnosti arbitražne odločbe po 38. členu ZArbit. Prav tako možnost, da se arbitražna odločba razveljavi na temelju neomejenega ugovora, ni v skladu s pravilom, da arbitražna odločba učinek lahko izgubi le na podlagi tožbe za razveljavitev arbitražne odločbe z omejenimi izpodbijnimi razlogi. Vendar pa velja upoštevati, da v teoriji in praksi arbitražnega prava ni sporno, da se lahko stranke dogovorijo tudi za dvostopenjsko arbitražo in da to ni v nasprotju z zakonskimi določbami o učinku pravnomočnosti arbitražne odločbe in o tožbi za razveljavitev arbitražne odločbe kot edinem pravnem sredstvu zoper njo. Jasno je, da v tem primeru arbitražna odločba prve stopnje nima zakonskega učinka pravnomočnosti. Treba je šteti, da učinkuje pod odložnim pogojem, da ne pride do izpodbijanja pred arbitražo druge stopnje.³⁸ Arbitražni postopek je namreč treba razumeti kot celoto. Ista logika bi morala veljati tudi glede izdaje arbitražne odločbe v obliki plačilnega naloga. Ta odločba velja pod pogojem, da toženec ne vložil ugovora. Šele v tem primeru se postopek (kot celota) zaključi in tedaj arbitražna odločba pridobi zakonski učinek pravnomočnosti. Če pa tože-

³⁶ Sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije št. III Ips 68/2002, 11. december 2002; Triva, Belajec, Dika, *GRAĐANSKO* (1986), str. 707.

³⁷ Tako tudi Dika, Maganić, *Expedited Arbitration Proceedings*, v: *CAY* 18 (2011), str. 26; drugače: Sajko, *Arbitral Awards*, v: *CAY* 18 (2011), str. 46.

³⁸ Schwab, Walter, *SCHIEDSGERICHTSBARKEIT* (2000), str. 237.

nec vložil ugovor, tega položaja, čeprav lahko na koncu pripelje do razveljavitve »prve« arbitražne odločbe, ni mogoče šteti za neskladnega z zakonskim pravilom o tožbi za razveljavitve arbitražne odločbe kot edinem pravnem sredstvu. Položaj je glede tega enak kot v primeru uspešne pritožbe pri dogovoru o dvostopenjski arbitraži. To v slovenskem pravu (enako kot v nemškem in avstrijskem) ne more biti sporno. Arbitražni zakoni teh držav vsebujejo pravilo o učinku pravnomočnosti arbitražne odločbe (38. člen ZArbit, par. 1055 nemškega ZPO, par. 607 avstrijskega ZPO), pri čemer noben zakon ne omenja možnosti dogovora o dvostopenjski arbitraži. Kljub temu ni dvoma, da tak dogovor ne bi bil v nasprotju z zakonom. Zato s tega vidika tudi ni ovire za dogovor (oziroma arbitražna pravila) o možnosti izdaje plačilnega naloga pred arbitražo. Če namreč pravilo o učinku pravnomočnosti arbitražnega sporazuma ne preprečuje možnosti, da se dogovori dvostopenjski arbitražni postopek (s čimer »prva« arbitražna odločba še ne postane pravnomočna, z drugačno »drugo« odločbo pa ta učinek v celoti izgubi), po isti logiki tudi ni ovire za dogovor, s katerim se arbitražo pooblašča, da kot »prvo« arbitražno odločbo izda plačilni nalog.

Kot je bilo že omenjeno, je med bolj znanimi ureditvami izdaja plačilnega naloga predvidena le v Zagrebških pravilih. Pri tem pa je zanimivo, da je ravno glede obravnavane možne ovire za izdajo plačilnega naloga v arbitraži položaj prav na Hrvaškem bolj problematičen. V 31. členu hrvaški ZA (podobno kot 483. člen jugoslovanskega ZPP iz leta 1976) določa: »Arbitražna odločba ima proti strankam učinek pravnomočne sodbe, razen če sta se stranki izrecno sporazumeli, da se arbitražna odločba lahko izpodbija pred arbitražo višje stopnje.« Teorija ugotavlja, da arbitražna odločba, ki se ne more izpodbijati pred arbitražo druge stopnje, učinek pravnomočnosti pridobi takoj, ko je izdana.³⁹ Postavlja se vprašanje, ali je zakon s tem, ko je izrecno opredelil primer dvostopenjske arbitraže kot izjemo od pridobitve učinka pravnomočnosti arbitražne odločbe, *a contrario* preprečil kakršnekoli druge možne izjeme. S tem bi bila onemogočena tudi možnost, da se pravnomočnost arbitražne odločbe odloži z možnostjo ugovora proti arbitražni odločbi v obliki plačilnega naloga. Omenjena določba je zapisana na način, ki navaja na tak sklep. Če namreč pravilo o pravnomočnosti arbitražne odločbe ne preprečuje dogovora za dvostopenjsko arbitražo (kot je to v Sloveniji, Avstriji in Nemčiji), potem instituta dvostopenjske arbitraže kot izjeme od splošnega pravila v zakon ni treba pisati. Tudi možnost uporabe analogije je zelo vprašljiva. Po eni strani zato, ker je pravilo o dvostopenjski arbitraži zapisano kot izjema od pravila o nastopu učinka pravnomočnosti arbitražne odločbe. Izjeme pa je treba razlagati restriktivno. Še bolj pa zato, ker je po zako-

³⁹ Triva, Dika, GRAĐANSKO (2004), str. 890.

nu izjema glede dvostopenjske arbitraže mogoča le, če je izrecno dogovorjena. Plačilni nalog pa je na Hrvaškem določen v arbitražnem pravilniku.

3.8. Nasprotje pravilu o konkludentni sklenitvi arbitražnega sporazuma?

Če arbitražni dogovor ni sklenjen oziroma če ni veljaven, arbitraža ne more odločiti v sporu. Arbitražni dogovor se lahko sklene tudi naknadno na konkludenten način s tem, da tožnik vloži tožbo pred arbitražo, toženec pa ne ugovarja pristojnosti arbitražnega sporazuma najpozneje v odgovoru na tožbo (osmi odstavek 6. člena ZArbit). Razumljivo je, da domneva o soglašanju s pristojnostjo arbitraže velja le pri aktivnem tožencu (tožencu, ki se je vsebinsko spustil v spor pred arbitražo, pri tem pa ni ugovarjal pristojnosti). Če toženec sploh ni odgovoril na tožbo pred arbitražo, do konkludentne sklenitve arbitražnega dogovora ne more priti.⁴⁰ Arbitražni tribunal mora tedaj v polni meri preizkusiti, ali obstaja veljaven arbitražni sporazum. Enako mora nedvomno veljati tudi, če se sprejme možnost, da se arbitražni postopek v primeru pasivnosti toženca zaključí s plačilnim nalogom. Nikakor ni mogoče reči, da se toženec, če ne vloži ugovora zoper plačilni nalog, strinja ne le s tožbenim zahtevkom, pač pa tudi s pristojnostjo arbitraže. To pomeni, da bi arbitražna pravila, če že dopuščajo izdajo plačilnega naloga, morala tudi zagotoviti polno presojo pristojnosti arbitraže. To bi moralo biti storjeno bodisi pred izdajo plačilnega naloga bodisi pozneje, če toženec ne vloži ugovora zoper plačilni nalog. V nasprotnem primeru bi bila prekršena kogentna pravila o veljavnosti in o konkludentnem nastanku arbitražnega dogovora. Če bi oseba, ki je pristojna za izdajo plačilnega naloga, ugotovila, da arbitražni sporazum ni veljaven oziroma da ne obstaja, ne bi smelo priti do izdaje ali do potrditve plačilnega naloga, pač pa bi bilo treba izvesti postopek, kakršnega predvideva zakon.⁴¹

3.9. Vmesni sklep

Ideja, da bi arbitraža lahko izdala plačilni nalog, poraja mnogo dvomov. Kljub temu bi v ureditvah arbitražnih zakonov, ki tako kot slovenski sledijo

⁴⁰ Na primer Schlosser, v: Stein, Jonas, ZIVILPROZESSORDNUNG (2002), robna št. 8 pri par. 1040.

⁴¹ Praviloma to pomeni konstituiranje arbitražnega senata in šele nato zavrženje tožbe. Arbitražni pravilnik lahko za primer, ko arbitražni sporazum že *prima facie* ne obstaja, predvidi tudi drug način ravnanja (na primer da se tožnika obvesti, da arbitraža o zadevi ne bo odločala, glej na primer četrti odstavek člena 6 ICC Arbitration Rules).

modelnemu zakonu UNCITRAL, arbitražna pravila stalnih arbitraž smela določiti tudi pristojnost arbitraže za izdajo plačilnega naloga. Izrecnih zakonskih ovir ni. Vendar bi zaradi varstva pravice do izjavljanja to moralo biti povezano z visokimi jamstvi glede vročanja tožencu. Problematična je tudi združljivost instituta plačilnega naloga z obveznostjo, da arbitražni tribunal v primeru toženčeve pasivnosti prouči obstoj in veljavnost arbitražnega sporazuma, saj lahko do konkludentne sklenitve arbitražnega sporazuma pride le pri aktivnem tožencu. Prav tako ni sprejemljivo, če je rok za ugovor in za imenovanje arbitra pretirano kratek. To namreč ogroža načelo enakopravnosti strank pri konstituiranju arbitražnega senata.

Treba je poudariti, da je institut plačilnega naloga v arbitražni praksi skoraj neznan.⁴² Ne poznajo ga niti arbitražni zakoni niti arbitražna pravila znanih arbitražnih institucij v svetu. Upoštevati je treba tudi načelno jasno stališče teorije arbitražnega prava proti neposrednim sankcijam za zamudo toženca v arbitražnem postopku (neobstoj »zamudne« arbitražne odločbe po vzoru zamudne sodbe). Zato je priporočljiv rezerviran pristop. Še posebej pri mednarodni arbitraži, ko je mogoče pričakovati, da se bo v drugi državi postavilo vprašanje priznanja tuje arbitražne odločbe, je realna nevarnost, da arbitražna odločba v obliki plačilnega naloga ne bi bila priznana – bodisi zaradi kršitve pravice do izjavljanja bodisi celo zaradi odreka lastnosti arbitražne odločbe. V tem primeru bi se želeni cilj izdaje plačilnega naloga v arbitraži – to pa je, da se hitro in brez visokih stroškov pride do izvršilnega naslova – spremenil v svoje nasprotje.

Gre tudi za vprašanje smotrnosti.⁴³ Dika za Hrvaško ugotavlja, da se institut plačilnega naloga v praksi Stalne arbitraže pri GZH dobro obnese. Postopek zmanjša stroške in pospeši pridobitev izvršljive odločbe, pri tem pa je le v okoli 20 odstotkih primerov vložen ugovor proti plačilnemu nalogu.⁴⁴ Vendarle menim, da za oceno smotrnosti instituta to še ne more biti zadosten podatek. Vprašanje je, koliko strank obstoj grožnje plačilnega naloga (ki predstavlja precejšnje tveganje za potencialnega dolžnika denarne terjatve) odvrne od tega, da bi se dogovorile za pristojnost stalne arbitraže, katere pravilnik omogoča izdajo plačilnega naloga. Vprašanje pa je tudi, kakšen vtis o nepristranskosti arbitraže in o arbitraži kot nedržavnemu mehanizmu reševanja sporov dobi aktivni toženec (torej tisti, ki se želi vsebinsko spustiti v spor pred arbitražo), če je prva pošiljka, ki jo prejme v arbitražnem postopku, že avtoritativna obsodba na plačilo, izdana samo na podlagi navedb nasprotne stranke.

⁴² Tako tudi Sajko, *Arbitral Awards*, v: CAY 18 (2011), str. 43.

⁴³ Tako tudi Ude, *ARBITRAŽNO PRAVO* (2004), str. 212.

⁴⁴ Dika, Maganić, *Expedited Arbitration Proceedings*, v: CAY 18 (2011), str. 27.

4. Ali se upnik z vložitvijo predloga za plačilni nalog ali IVL konkludentno odreka arbitražnemu sporazumu?

4.1. Opredelitev problema

Negativen učinek arbitražnega sporazuma je v tem, da se za odločanje v sporu izključi pristojnost državnega sodišča.⁴⁵ Vendar lahko arbitražni sporazum stranki tudi sporazumno razvežeta. Do naknadnega prenehanja arbitražnega sporazuma je mogoče priti tudi konkludentno. Do tega pride, če tožnik svojo voljo, da ne želi ohraniti arbitražnega sporazuma, izrazi tako, da tožbo vloži pred državnim sodiščem namesto pred arbitražo. Toženec pa lahko takšno konkludentno ponudbo za razvezo arbitražnega sporazuma sprejme prav tako konkludentno s tem, da se pred sodiščem vsebinsko spusti v spor in pri tem ne ugovarja obstoju arbitražnega sporazuma.⁴⁶

Postavlja se vprašanje, ali prej omenjeni način konkludentnega odreka arbitražnemu sporazumu oziroma konkludentne razveze arbitražnega sporazuma velja le pri vložitvi tožbe v rednem sodnem postopku ali tudi pri predlogu za izdajo plačilnega naloga (oziroma IVL). Izrecno določbo, da v ravnanju upnika, ki najprej poskusi dobiti izvršilni naslov v postopku, podobnem plačilnemu nalogu, ni mogoče videti odreka arbitražnemu sporazumu, vsebuje švedski Zakon o arbitraži.⁴⁷ Arbitražni zakoni, ki temeljijo na modelnem zakonu UNCITRAL (na primer slovenski, hrvaški, nemški, avstrijski), glede tega molčijo. Glede možnega konkludentnega odreka arbitražnemu sporazumu vsebujejo le določbo, ki se nanaša na sodne ukrepe zavarovanja. Obstoje arbitražnega sporazuma ni ovira za to, da sodišče na predlog strank v zvezi s predmetom arbitražnega postopka izda začasni ukrep za zavarovanje (na primer 12. člen ZArbit). Iz 12. člena ZArbit jasno izhaja, da se tožnik lahko obrne na sodišče z zahtevo po izdaji ukrepa zavarovanja brez nevarnosti, da bi v njegovem ravnanju videli bodisi kršitev arbitražnega sporazuma bodisi izraz volje za njegovo prenehanje. Te določbe po analogiji ni mogoče razširiti na primer, ko se od sodišča ne zahteva izdaja ukrepa zavarovanja, pač pa izdaja plačilnega naloga ali sklepa o IVL. Namen ukrepa zavarovanja ni tisto, kar je predmet arbitražnega sporazuma oziroma možnega arbitražnega postopka (uveljavitev sporne terjatve), pač pa samo zavarovanje

⁴⁵ Born, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION (2009), str. 1020.

⁴⁶ Schwab, Walter, SCHIEDSGERICHTSBARKEIT (2000), str. 58 (*Formlose Verzicht der Parteien auf die Schiedsvereinbarung*) in str. 78; enako Privredni sud Hrvatske, Pž-3111/93 z dne 7. decembra 1993.

⁴⁷ Drugi odstavek člena 4 švedskega Zakona o arbitraži (SFS 1999:116).

terjatve. Nasprotno pa je namen tožnika, ki zahteva izdajo plačilnega naloga ali IVL, da dobi izvršilni naslov (kar tudi pomeni uveljavitev terjatve).

Vprašanje je kvečjemu lahko obratno: ali iz izrecne določbe, da predlaganje izdaje ukrepa zavarovanja pred državnim sodiščem ne pomeni odreka arbitražnemu sporazumu, *a contrario* izhaja, da je predlaganje izdaje plačilnega naloga (ali IVL) pred državnim sodiščem treba obravnavati drugače – torej kot izraz volje za odrek arbitražnemu sporazumu. Odgovor na to vprašanje ni preprost. Po eni strani je namreč res, da plačilni nalog in IVL enako kot redni pravdni postopek pripeljeta do izdaje meritorne odločbe, ki pridobi učinek pravnomočnosti in izvršljivosti. Ta vidik govori v prid stališču, da z vložitvijo predloga za plačilni nalog ali IVL pred državnim sodiščem tožnik očitno pokaže, da ne želi ohraniti arbitražnega sporazuma. Vendar je po drugi strani položaj vendarle drugačen. V predlogu tožnika oziroma upnika za izdajo plačilnega naloga oziroma sklepa o IVL dejansko ni prave želje, da se spor kontradiktorno in vsebinsko rešuje pred sodiščem. Želja oziroma pričakovanje tožnika je, da do izvršilnega naslova pride brez kakršnegakoli »pravega« postopka. On namreč računa na to (ali vsaj želi), da toženec proti plačilnemu nalogu (ali sklepu o IVL) sploh ne bo vložil ugovora in da bo s tem postopek takoj končan. V tem primeru se namreč terjatev izkaže za nesporno in potrebe po reševanju spora v ožjem pomenu besede sploh ni.

4.2. Ureditev plačilnega naloga glede možnosti tožnika, da prepreči nadaljnji sodni postopek v primeru ugovora toženca

Treba je upoštevati, kakšna je ureditev plačilnega naloga v posameznem pravnem redu, predvsem glede vprašanja, ali lahko tožnik, če toženec vloži ugovor, prepreči meritorno in polno kontradiktorno odločanje v nadaljnjem sodnem postopku. Če to možnost ima (bodisi neposredno bodisi tako, da lahko po ugovoru toženca brez omejitev umakne tožbo), v ravnanju tožnika, ki od sodišča zahteva izdajo plačilnega naloga, še ne moremo videti konkludentno izražene volje za odrek arbitražnemu sporazumu. Tožnik namreč izrazi le voljo, kako želi priti do izvršilnega naslova brez kakršnegakoli kontradiktornega odločanja v sporu, torej za primer, če bo toženec ostal pasiven. Takšna je ureditev plačilnega naloga (*Mahnverfahren*) v Nemčiji.⁴⁸ V primeru ugovora tožnika se pravdni po-

⁴⁸ Nemška teorija se zato z vprašanjem, ali se na obstoj arbitražnega sporazuma lahko sklicuje tožnik, ki je predhodno sprožil postopek plačilnega naloga, ne ukvarja. Uveljavljeno stališče je le, da obstoj arbitražnega sporazuma ne preprečuje postopka plačilnega naloga in da se toženec lahko na obstoj arbitražnega sporazuma sklicuje tudi še v pravdnem postopku. Ni torej nujno, da se nanj sklicuje že v ugovoru proti plačilnemu nalogu. Glej Schlosser, v: Stein, Jonas,

stopek ne izvede avtomatično, pač pa le na zahtevo ene stranke. Prav tako je pomembno, da tudi v primeru, če izvedbo pravnega postopka v ugovoru zahteva toženec, tožnik to lahko z enostranskim aktom prepreči brez soglasja toženca.⁴⁹

Podobno velja tudi glede postopka izdaje »evropskega plačilnega naloga« po Uredbi (ES) št. 1896/2006 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o uvedbi postopka za evropski plačilni nalog (v nadaljevanju UEPN).⁵⁰ V skladu s 17. členom te uredbe se, če toženec v roku ugovarja proti evropskemu plačilnemu nalogu, zadeva prenese v redni pravdni postopek. Izjema velja, če tožnik izrecno izjavi (ob vložitvi predloga ali pozneje), da želi, da se postopek ne nadaljuje, če bo dolžnik vložil ugovor (17. člen uredbe). S tem lahko prepreči, da se zadeva spremeni v redni pravdni postopek. Po uvodni izjavi k uredbi to pride v poštev, če upnik sicer želi poskusiti enostavno priti do izvršilnega naslova (torej če toženec ne bo podal ugovora), obenem pa oceni, da se ekonomsko ne splača voditi celotnega meritornega postopka, če bo toženec ugovor podal.⁵¹ Ta možnost pa je lahko pomembna tudi v primeru arbitražnega sporazuma. Upnik, ki želi na hiter in ekonomičen način priti do izvršilnega naslova, lahko vloži predlog za izdajo evropskega plačilnega naloga. Če vendarle želi ohraniti pristojnost arbitraže, pa lahko v skladu s 17. členom uredbe vnaprej izjavi, da naj se postopek ustavi, če bo toženec vložil ugovor. V takem ravnanju tožnika ni mogoče konkludentno videti volje za prenehanje arbitražnega sporazuma. Očitno si tožnik namreč za primer, če je zadeva res sporna, želi meritornega odločanja pred arbitražo, in ne pred sodiščem.

Drugačen je položaj v ureditvah, v katerih se po ugovoru toženca proti plačilnemu nalogu zadeva avtomatično prenese v pravdni postopek, pri čemer

ZIVILPROZESSORDNUNG (2002), robna št. 7 pri par. 1032. Vendar je pri tem treba poudariti, da v nemškem pravu – drugače kot v slovenskem – tudi na splošno velja, da se tožencu na arbitražni sporazum ni treba sklicevati že v odgovoru na tožbo, pač pa to lahko stori še na glavni obravnavi, preden se spusti v obravnavo glavne stvari (par. 1032 ZPO).

⁴⁹ To lahko stori tako, da predlog za plačilni nalog umakne (vse dokler zadeva ni odstopljena pristojnemu pravdnemu sodišču), lahko pa tudi umakne tožbo, in to brez privoljenja toženca, vse dokler se toženec v pravdnem postopku bodisi v ustnem bodisi v pisnem pripravljalnem postopku ne spusti v spor (glej par. 269 in par. 697 ZPO).

⁵⁰ UL L 399 z dne 30. decembra 2006. Ta uredba, drugače kot številne druge uredbe s področja evropskega civilnega procesnega prava, v 2. členu ne omenja izrecno, da se ne nanaša na arbitražo. Vendar to seveda ne pomeni, da bi evropski plačilni nalog lahko izdala tudi arbitraža. Gre le za to, da je izdaja evropskega plačilnega naloga že po naravi stvari mogoča le pred sodiščem, in to glede denarnih zahtevkov. Posebna omemba arbitraže izjeme zato ne bi bila potrebna. Glej na primer Gruber, v: Rauscher, *EUROPÄISCHES ZIVILPROZESS- UND KOLLISIONSRECHT* (2010), str. 288.

⁵¹ Izjavo, da v primeru ugovora ne želi, da se postopek nadaljuje, tožnik poda na posebnem formularju. Razumljivo je, da se ta tožencu ne vroči (glej dodatek 2 k obrazcu A in napotke za izpolnjevanje obrazca).

tožnik nima več možnosti, da to prepreči. V teh ureditvah ima predlog za izdajo plačilnega naloga v bistvu tudi že funkcijo tožbe v pravnem postopku. Takšen je položaj v Sloveniji, Avstriji in na Hrvaškem. Tožnik nima možnosti, da predlog za izdajo plačilnega naloga vložil le »pogojno«, tj. za primer, če toženec ne bo vložil ugovora. Prav tako tožnik po ugovoru toženca brez njegovega soglasja ne more umakniti tožbe (237. člen avstrijskega ZPO, 441. člen slovenskega ZPP in 456. člen hrvaškega ZPP). V teh pravnih ureditvah tožnik more in mora računati na to, da sam ne more več preprečiti izvedbe polnega postopka pred sodiščem, če si ta postopek želi toženec. Prav tako tožnik more in mora računati na možnost, da bo toženec vložil ugovor proti plačilnemu nalogu, in prav tako na možnost, da se toženec sam ne bo skliceval na sklenjen arbitražni sporazum (kar bi prav tako preprečilo nadaljevanje postopka pred državnim sodiščem). Povsem realna je možnost, da toženec (še posebej, če mu ustreza dolgotrajen sodni postopek v domači državi) ne bo imel interesa, da se sam sklicuje na arbitražni sporazum. Če tudi zakon, ki ureja arbitražo, ne določa nič posebnega za takšne primere, je iz ravnanja tožnika, ki pred sodiščem vložil predlog za izdajo plačilnega naloga, mogoče konkludentno sklepati na njegovo voljo za odrek arbitražnemu sporazumu. Določbe arbitražnih zakonov, ki določajo, kdo in kako se pred sodiščem lahko sklicuje na arbitražni sporazum (42. člen hrvaškega ZA, 11. člen slovenskega ZA in 584. člen avstrijskega ZPO), tožniku ne morejo koristiti. Po naravi stvari se te določbe nanašajo na toženca za primer, če tožnik kljub sklenjenemu arbitražnemu sporazumu vložil tožbo pred sodiščem.⁵² Ni mogoče razumno utemeljevati, da naj bi iz teh določb izhajalo tudi, da bi si tožnik, ki je predhodno sam začel postopek pred sodiščem, nato lahko »premisлил« in se šele v pravnem postopku začel sklicevati na obstoj arbitražnega sporazuma.⁵³

Po jezikovni razlagi se v ureditvah, kakršne so v Sloveniji, Avstriji in na Hrvaškem, tožnik, ki pred sodiščem vložil predlog za izdajo plačilnega naloga (isto pa velja tudi za IVL), izpostavlja nevarnosti, da bo njegovo ravnanje privedlo do konkludentnega odreka arbitražnemu sporazumu. Če bo toženec vložil ugovor, vendar se v njem ne bo sam skliceval na arbitražni sporazum, tožnik nima več možnosti, da prepreči prenos zadeve v redni pravni postopek in s tem v polno meritorno in kontradiktorno odločanje pred sodiščem. Za stališče, da naj bi tožnik lahko še na prvem naroku v pravnem postopku uveljavljal arbi-

⁵² Ni odločilno, ali zakon določa, da se toženec na arbitražni dogovor lahko poziva najpozneje v odgovoru na tožbo (tako drugi odstavek 11. člena ZArbit) ali še na pripravljalnem naroku (tako drugi odstavek 42. člena hrvaškega ZA in stara ureditev v slovenskem ZPP). Tudi v tem primeru namreč ta možnost velja le za toženca.

⁵³ Tako sicer Andre Prosenc, Arbitražna klavzula, v: Odvetnik 11 (2009) 44, str. 4.

tražni dogovor,⁵⁴ v zakonu ni opore in ne upošteva doktrine o konkludentnem načinu prenehanja arbitražnega sporazuma. Tožnik, ki želi ohraniti arbitražni sporazum, naj torej »pozabi« na sodišče – tudi na plačilni nalog in IVL. Vendar se ta rezultat ne zdi ustrezen. Smotrno bi bilo omogočiti tožniku, da uporabi poenostavljene, enostranske in ekonomične postopke plačilnega naloga in IVL, saj so ti zanj še bolj učinkoviti od arbitraže. Po drugi strani pa bi bilo, če se zaradi ugovora toženca pokaže nuja po kontradiktornem in celovitem obravnavanju, smotrno tožniku omogočiti, da ohrani arbitražni sporazum, saj arbitražna zagotavlja številne prednosti v primerjavi z rednim pravnim postopkom pred sodiščem.

4.3. Sodna praksa v Sloveniji: tožnik naj se na arbitražni sporazum sklicuje že v predlogu za plačilni nalog ali IVL

Sodna praksa v Sloveniji je glede obravnavanega vprašanja sprejela ustrezno rešitev. Vprašanje se je sicer pojavilo v postopkih izvršbe na temelju verodostojne listine. Vendar je problematika enaka kot pri plačilnem nalogu. Res je, da je IVL specifična nekdanjega jugoslovanskega prava, kakršne primerljive tuje ureditve ne poznajo.⁵⁵ Vendar je treba upoštevati, da v prvem delu sklep o IVL ni nič drugega kot plačilni nalog (le da poleg tega v drugem delu vsebuje še sklep o izvršbi).⁵⁶ ZIZ v 41. členu vsebuje določbo, kako tožnik ob predlogu za IVL lahko ohrani veljavnost dogovora o krajevni pristojnosti. Na ta dogovor se mora, če ga želi ohraniti, sklicevati in ga priložiti že v predlogu za IVL. Sodna praksa je to pravilo po analogiji najprej razširila na dogovor o mednarodni pristojnosti, pozneje pa še na položaj razmerja med IVL (s tem pa tudi na postopek plačilnega naloga) in arbitražo. Tožnik lahko od sodišča zahteva izdajo IVL oziroma plačilnega naloga ter kljub temu zadrži veljavnost arbitražnega sporazuma pod pogojem, da arbitražni sporazum priloži predlogu za IVL oziroma predlogu za izdajo plačilnega naloga ter se na ta sporazum za primer, da bo toženec vložil ugovor, vnaprej poziva.⁵⁷

Upnik torej arbitražni dogovor vendarle lahko ohrani »pri življenju«, čeprav najprej pri sodišču poskusi doseči izvršbo na podlagi verodostojne listine ozi-

⁵⁴ Tako sicer Ude, ARBITRAŽNO PRAVO (2004), str. 214.

⁵⁵ Prav tam, str. 214.

⁵⁶ Sklep VSL I Cp 1456/2003 z dne 11. septembra 2003.

⁵⁷ Sklep VSL I Cp 1456/2003 z dne 11. septembra 2003: »Tožeča stranka bi se pravočasno sklicevala na arbitražni sporazum, če bi ta sporazum priložila že predlogu za IVL in bi se nanj izrecno sklicevala.«

roma izdajo plačilnega naloga. Vendar pa mora že v predlogu navesti, da se na sodišče obrača samo za primer, da do meritorne presoje spora sploh ne bo prišlo, če pa bo dolжник podal ugovor, pa upnik uveljavlja arbitražni dogovor. Prej je bilo obrazloženo, da se iz sprožitve sodnega postopka lahko vidi konkludentno izražena volja tožnika, da v sporu ne odloči arbitraža. Vendar je takšen sklep o *konkludentno* izraženi volji tožnika razumljivo mogoč le, če sam tožnik ni *izrecno* izrazil nasprotnega. Omenjeno stališče sodne prakse je primerno, saj upnikom omogoča, da uporabijo posebne poenostavljene postopke plačilnega naloga oziroma IVL in se pri tem – če postopajo pravilno in se na arbitražni sporazum sklicujejo takoj – ne izpostavijo nevarnosti izgube arbitražnega sporazuma. Treba je poudariti, da je to stališče sodne prakse za upnike oziroma tožnike ugodno. Jezikovna razlaga ustreznih norm v ZPP, ZArbit in ZIZ bi namreč omogočala le sklep, da se tožnik oziroma upnik, ki pred sodiščem vloži predlog za plačilni nalog ali za IVL, izpostavlja neprepredljivi nevarnosti, da izgubi arbitražni sporazum, če bo toženec vložil ugovor in se ob tem toženec sam ne bo skliceval na arbitražni sporazum.

Iz tega tudi izhaja, da sodišče predloga za IVL ali za izdajo plačilnega naloga, v katerem se tožnik sam sklicuje na arbitražni sporazum, ne sme zavreči zaradi sodne nepristojnosti ali z utemeljitvijo, da je protislovno, da sodni postopek sproža tisti, ki obenem sam trdi, da sodišče ni pristojno. Sklicevanje na arbitražni sporazum je namreč dano le za primer ugovora nasprotne stranke. Ne gre tudi za tožnikovo kršitev arbitražnega sporazuma. Arbitraža je dogovorjena za reševanje spora, sprožitev postopka plačilnega naloga ali IVL pa je mišljena za primer, če je terjatev nesporna. Če pa se z ugovorom nasprotne stranke izkaže za sporno, pa tožnik z (vnaprejšnjim) sklicevanjem na arbitražni sporazum izraža, da sam temu sporazumu ostaja zvest in ga ne krši.

Predstavljena rešitev je bila potrjena tudi v arbitražni odločbi Arbitražnega sodišča pri Mednarodni trgovinski zbornici (*ICC Court of Arbitration*) v sporu med švicarsko in slovensko družbo (sedež arbitražnega postopka je bil v Avstriji).⁵⁸ S tem se je kot neutemeljen izkazal dvom prof. *Udeta*, ki je napovedoval, da tuji arbitri zaradi specifičnosti instituta IVL v jugoslovanskem in slovenskem pravu vložitev predloga za IVL ne bodo šteli za odpoved arbitražnemu sporazumu (in da naj bi se zato tožnik na arbitražni sporazum lahko skliceval tudi šele v pravnem postopku).⁵⁹ Avtor ni upošteval, da je institut IVL sicer res specifičen («unikum») glede učinka sklepa o izvršbi, v prvem delu pa gre

⁵⁸ Arbitražna odločba Arbitražnega sodišča pri Mednarodni trgovinski zbornici (ICC) št. 12081/DK z dne 5. novembra 2004. Opis primera v: Plauštajner, Arbitraža, v: *Odvetnik* 11 (2009) 45, str. 18.

⁵⁹ Ude, *ARBITRAŽNO PRAVO* (2004), str. 214.

za navaden plačilni nalog – torej za institut, znan tudi v mnogih tujih pravnih redih. Univerzalno sprejeta pa so tudi splošna stališča o načinih konkludentnega prenehanja arbitražnega sporazuma.

5. Kako ravnati, če se toženec v ugovoru sklicuje na arbitražni sporazum?

Če tožnik zahteva, da sodišče izda plačilni nalog (ali sklep o IVL), toženec pa se v ugovoru sklicuje na arbitražni sporazum, je jasno, da sodišče zadeve ne more odstopiti arbitraži. Do odstopljanja zadev lahko pride v razmerju med sodišči, ne pa v razmerju med sodiščem in arbitražo kot zasebnim telesom.⁶⁰ To velja tudi po pravilih arbitražnih zakonov (na primer 11. člen ZArbit); sodišče, pred katerim je vložena tožba, se bo na ugovor toženca izreklo za nepristojno, razveljavilo opravljena dejanja in zavrglo tožbo. Te določbe so *lex specialis* v razmerju do določb ZPP oziroma ZIZ glede odstopa zadev pristojnemu sodišču v primeru ugovora proti plačilnemu nalogu oziroma sklepu o IVL.⁶¹ Ideja, da naj bi državno sodišče zadevo odstopilo arbitraži,⁶² je v nasprotju z značilnostjo arbitraže kot zasebnega telesa, pa tudi v nasprotju z avtonomijo arbitrov glede odločanja o lastni pristojnosti. Takšno odstopljanje pa pogosto sploh ne bi bilo mogoče. Komu bi odstopili zadevo, če je dogovorjena *ad hoc* arbitraža? Kako bi odstopili zadevo, če bi šlo za arbitražo v tujini (»odstop« zadeve namreč ni vročitev, kako naj sodišče kot državni organ sicer pošilja zadeve v tujino, pa ni določeno). Nerešeno bi ostalo tudi vprašanje, kako naj bi arbitri ravnali, če bi menili, da je sodišče, ki jim je zadevo »odstopilo«, vendarle pristojno. Za reševanje negativnega spora o pristojnosti med sodiščem in arbitražo namreč ni posebnih pravil.

ZArbit za redni pravdni postopek določa, da se mora toženec, če je vložena tožba, na arbitražni sporazum sklicevati že v odgovoru na tožbo. Nikjer pa ni posebej določeno, kdaj se mora toženec sklicevati na arbitražni sporazum v postopku izdaje plačilnega naloga ali IVL. Sodna praksa v Sloveniji je zavzela stališče, da če se predlog za plačilni nalog ali IVL šteje za tožbo, je edino logično, da se tudi ugovor zoper plačilni nalog oziroma sklep o IVL kot prvo procesno ravnanje toženca šteje za odgovor na tožbo.⁶³ Tudi glede tega je ustrezna analogija z

⁶⁰ Tako tudi Dika, Izvršenje, v: ZPFZ 53 (1983) 1-2, str. 231.

⁶¹ Prav tam, str. 231.

⁶² Tako – brez obrazložitve in brez argumentov – sicer Andre Prosenc, Arbitražna klavzula, v: Odvetnik 11 (2009) 44, str. 4.

⁶³ Sklep VSL I Cp 4507/2010 z dne 13. aprila 2011.

zakonsko ureditvijo vprašanja, kdaj mora toženec ugovarjati obstoju dogovora o krajevni pristojnosti. Za ugovor krajevne pristojnosti to namreč izrecno določa ZIZ v drugem odstavku 62. člena, po katerem se v postopku pri ugovoru zoper sklep o izvršbi na podlagi verodostojne listine sporazum o krajevni pristojnosti upošteva samo, če ga je dolžnik uveljavljal v ugovoru zoper sklep o izvršbi in ga tudi priložil.⁶⁴ Zato ni smiselna analogija s stališči, ki so se uveljavila glede vprašanja, koliko vlog lahko po vložitvi ugovora zoper sklep o IVL toženec vloži v postopku v sporu majhne vrednosti. V zvezi s tem je praksa namreč sprejela stališče, da predloga za IVL in ugovora ni mogoče šteti že za tožbo in odgovor na tožbo (kar bi posledično pomenilo, da ima vsaka stranka možnost vložitve le še po ene pripravljalne vloge – glej tretji in četrti odstavek 452. člena ZPP). Sodišče tako utemeljuje, da predloga za izvršbo »ne gre enačiti s tožbo«.⁶⁵ To stališče je v korist načelu kontradiktornosti, saj strankama omogoča vsaki še po dve vlogi v pravnem postopku (tretji in četrti odstavek 452. člena ZPP). Zato je to stališče v tem oziru tudi smiselno. Vendar gre za specifiko spora majhne vrednosti. Sicer pa ni mogoče zanemariti izrecne določbe drugega odstavka 62. člena ZIZ, da se po ugovoru dolžnika in »preusmeritvi« v pravdo predlog za IVL obravnava kot tožba v pravnem postopku. To – poleg že omenjene prekluzije glede možnosti naknadnega upnikovega uveljavljanja arbitražnega dogovora – velja tudi v številnih drugih pogledih, predvsem glede procesnih (na primer perpetuacija pristojnosti) in materialnopravnih (na primer pretrganje zastaralnih rokov) učinkov vložene tožbe.

Drugo vprašanje je, katero sodišče naj odloča v primeru ugovora proti plačilnemu nalogu ali IVL, v katerem se toženec sklicuje na arbitražni sporazum. Sodna praksa v Sloveniji je zavzela stališče, da mora sodišče, ki sicer ni pristojno za odločanje o glavni stvari, zadevo odstopiti pristojnemu sodišču. Šele to sodišče bo – če bo ugotovilo, da arbitražni sporazum ni veljaven – zavrglo tožbo. Treba je upoštevati, da mora tudi tožnik imeti pravico, da se izjavi glede vprašanja, ali je arbitražni sporazum, na katerega se sklicuje toženec, veljaven.⁶⁶

6. Izvedbene težave pri avtomatiziranem postopku IVL

Prej opisano stališče, da si upnik arbitražni sporazum kljub predlogu za IVL zavaruje tako, da se nanj sklicuje takoj ob vložitvi omenjenega predloga, je sodna praksa zavzela v času, ko še ni bila uveljavljena elektronska IVL. Uveljavitev

⁶⁴ Prav tam.

⁶⁵ Sodba VSL I Cpg 613/2010 z dne 2. julija 2010.

⁶⁶ Sklep VSL I Cpg 1457/99 z dne 25. januarja 2000.

elektronskega načina vlaganja predlogov za IVL na Centralni oddelek za verodostojno listino (COVL) pa je glede tega prinesla izvedbene težave. Predlog se namreč – kadar je vložen elektronsko ali v pisni obliki – vlaga na obrazcu, ki ga predpisuje Pravilnik o obrazcih, vrstah izvršb in poteku avtomatiziranega izvršilnega postopka⁶⁷ in ki je kot Priloga 1 sestavni del tega pravilnika (12. člen pravilnika). Težava pa je v tem, da obrazec ne vsebuje rubrike o sklicevanju na arbitražni dogovor (in tudi ne na dogovor o mednarodni pristojnosti). Rubrika 21 omenjenega obrazca daje le možnost navedbe dogovorjene krajevne pristojnosti sodišča za primer dolžnikovega ugovora. Tudi Navodilo za izpolnjevanje obrazca za predlog za izvršbo (Priloga 7 pravilnika) ne pove nič o sklicevanju na arbitražni sporazum ali sporazum o mednarodni pristojnosti. Vendar to ne sme pomeniti, da prej navedena stališča sodne prakse več niso upoštevana. Pravilnik je podzakonski akt, izdan na podlagi tretjega odstavka 40. člena ZIZ. Omenjena stališča sodne prakse pomenijo razlago tega zakona. Pravilnik bi zato bil v skladu z zakonom le, če bi upniku omogočil, da se v samem predlogu za primer dolžnikovega ugovora sklicuje bodisi na arbitražni sporazum bodisi na sporazum o mednarodni pristojnosti. Pravilnik bi torej moral vsebovati rubriko, podobno tisti o sklicevanju na sporazum o krajevni pristojnosti (št. 21). Kako ravnati, dokler pravilnik glede spornega vprašanja ne bo usklajen z zakonom? Stališče, da bi zdaj upniku morali dopustiti, da se na arbitražni dogovor (ali dogovor o mednarodni pristojnosti) sklicuje pozneje, torej še po preusmeritvi v pravdni postopek (ker se pač v samem predlogu za izvršbo zaradi tehničnih razlogov ne more), ni utemeljeno. Kot je bilo obrazloženo, ravnanje upnika, ki se z zahtevo za meritorno sodno varstvo (kar zahteva po izdaji plačilnega naloga – ta je vsebovan tudi v IVL – je) obrne na sodišče, ne da bi se za primer ugovora skliceval na obstoj arbitražnega sporazuma, pomeni konkludenten odrek arbitražnemu sporazumu. Sporazuma, ki je na podlagi dveh konkludentno izraženih izjav volje že prenehal (volje upnika, ki je vložil predlog na sodišče, in volje dolžnika, ki je zahtevku ugovarjal meritorno, ni pa se skliceval na arbitražni sporazum), naknadno ni mogoče »oživiti«. Gre tudi za varstvo upravičenih pričakovanj nasprotne stranke (dolžnika oziroma toženca). Njemu mora že ob odločanju o tem, ali bo podal ugovor, biti jasno, pred katerim forumom bo potekal meritoren postopek. Do uskladitve pravilnika z zakonom upnik torej IVL ne more predlagati brez nevarnosti, da bo s tem izgubil bodisi arbitražni sporazum bodisi sporazum o mednarodni pristojnosti. Mogoče pa je zavzeti tudi stališče, da naj upniki na obrazcu za predlog za IVL v rubriko 21, ki se sicer nanaša na sporazum o krajevni pristojnosti, zapišejo »arbitražni sporazum« ali »sporazum o mednarodni

⁶⁷ Ur. l. RS, št. 104/2011.

pristojnosti«. Ker so stališča sodne prakse o tem, kako je pri IVL z arbitražnim sporazumom (in sporazumom o mednarodni pristojnosti), utemeljena po analogiji z ureditvijo sporazuma o krajevni pristojnosti, je ustrezno, da enako velja tudi pri izpolnjevanju omenjenega obrazca.

7. Sklep

Institut plačilnega naloga in podobni enostranski pospešeni postopki za izterjavo terjatev niso nezdržljivi z arbitražo. Arbitraža sicer ne more izdati sklepa o IVL in evropskega plačilnega naloga, zelo sporno je tudi, ali lahko izda plačilni nalog po nacionalnem pravu. Če se od toženca zahteva, da v kratkem roku poleg vložitve ugovora zoper plačilni nalog imenuje tudi arbitra – kot je to v Zagrebških pravilih, je prizadeta tudi enakopravnost strank pri imenovanju arbitrov. Bolj pomembno je, da je mogoče tožniku oziroma upniku omogočiti, da pred državnim sodiščem zahteva izdajo plačilnega naloga ali IVL, ne da bi to ravnanje – če tožnik ravna pravilno – ocenili kot konkludenten izraz volje za prenehanje arbitražnega sporazuma. Takšno rešitev je mogoče uveljaviti bodisi z izrecnimi zakonskimi določbami (ki urejajo bodisi arbitražo bodisi postopek plačilnega naloga in IVL) bodisi z ustrezno razlago v sodni praksi, kot se je to zgodilo v Sloveniji. Tožnik lahko pred državnim sodiščem izkoristi institute plačilnega naloga in IVL brez nevarnosti, da bo njegovo ravnanje konkludentno izrazilo voljo za prenehanje arbitražnega sporazuma. Smotno je, da arbitražni sporazum upniku ne prepreči, da uporabi možnosti posebej učinkovitih in hitrih izterjav nespornih terjatev, ki jih z instituti plačilnega naloga in IVL omogočajo državna sodišča. Če pa se zaradi ugovora izkaže, da zadeva ni nesporna in je treba izvesti poln kontradiktoren postopek, pa je ustrezno, da upnik ohrani veljavnost arbitražnega sporazuma. Edini pogoj je, da se mora na arbitražni sporazum pozivati že v predlogu za plačilni nalog ali IVL. Tako tudi nasprotna stranka (ki se morda sama ne želi sklicevati na arbitražni sporazum) lahko takoj spozna, pred katerim organom se bo v primeru njegovega ugovora spor meritorno reševal. Nesmiselna je argumentacija, da od tožnika ni mogoče pričakovati, da se že takoj sklicuje na arbitražni sporazum, češ da ob vložitvi predloga za IVL pač ni vedel, ali bo toženec vložil ugovor.⁶⁸ Ne gre za to, ali je tožnik vedel,

⁶⁸ Tako Andre Prosenec, *Arbitražna klavzula*, v: *Odvetnik* 11 (2009), 44, str. 4. V omenjenem prispevku avtorica sicer nekorektno citira sodno prakso, ob tem pa slabšalno govori o domačem arbitražnem pravnem redu (kar je razvidno že iz naslova prispevka), češ da ne omogoča še naknadnega sklicevanja tožnika na sklenjen arbitražni sporazum. Vendar domači arbitražni pravni red glede obravnavanega vprašanja ni drugačen od drugih primerljivih pravnih redov, ki

da bo nasprotna stranka vložila ugovor.⁶⁹ Gre za to, da je povprečno razumen tožnik moral vedeti, da obstaja realna možnost, da bo ugovor vložen. Ne gre za pričakovanje kakšne posebne skrbnosti. Prav tako za tožnika ni nikakršno breme, če se od njega pričakuje, da bo ob vložitvi predloga za plačilni nalog ali IVL pred sodiščem zagotovil, da v njegovem ravnanju ne bo videti konkludentno izražene volje za prenehanje arbitražnega sporazuma. Predstavljeno stališče v zadostnem obsegu upošteva interese in upravičena pričakovanja obeh strank.

Uveljavitev standardiziranega vlaganja predlogov za IVL na predpisanih obrazcih je izvedbo prej navedenih stališč otežila. Vendar na pravilniku (torej podzakonskem aktu) temelječi obrazec ne more biti argument, ki prevlada nad razlago zakona. Treba je bodisi pravilnik uskladiti z zakonom bodisi po analogiji omogočiti, da se upnik na obrazcu v rubriki, ki se sicer nanaša na sporazum o krajevni pristojnosti, sklicuje na arbitražni sporazum (ali na sporazum o mednarodni pristojnosti). Zaradi jasnosti pa bi bilo koristno, da bi se omenjeno stališče sodne prakse izrecno prevzelo tudi v sam ZIZ. V 62. členu ZIZ (postopek pri ugovoru zoper sklep o IVL) bi bilo smiselno določbo o načinu uveljavljanja dogovora o krajevni pristojnosti dopolniti z določbo o načinu uveljavljanja dogovora o mednarodni pristojnosti in arbitražnega dogovora.

temeljijo na modelnem zakonu UNCITRAL. Avtorica uveljavljenih stališč o tem, da sprožitev postopka pred državnim sodiščem načeloma pomeni konkludenten izraz volje po prenehanju arbitražnega sporazuma, očitno ne pozna ali ne razume. Čudi tudi navedba avtorice, da je v konkretnem primeru stranka imela zastavno pravico na nepremičninah v Sloveniji in da zato ni mogla ravnati drugače, kot da pred slovenskim sodiščem zahteva izdajo sklepa o IVL. Obstoj zastavne pravice seveda ne preprečuje arbitražnega postopka v tujini, čemur bi sledilo priznanje tuje arbitražne odločbe in po potrebi izvršba na zastavljeno nepremičnino. Predvsem pa tudi, če bi držala ocena avtorice, da je ureditev v Sloveniji glede vprašanja, ali je kljub vložitvi predloga za IVL mogoče ohraniti arbitražni sporazum, nejasna, gre za težko razumljivo lahkomišelnost, da je avtorica kljub – kot sama meni – »nejasnosti« vendarle vložila tak predlog (in to brez tega, da bi vsaj omenila obstoj arbitražnega sporazuma) ter s tem tvegala izgubo pristojnosti arbitraže. Če bi bila ureditev res nejasna, ocena sodišč pa nepredvidljiva, bi od razumne pooblaščenke pričakovali, da stranki svetuje, naj ne tvega in da naj raje vloži tožbo pred arbitražo. S tem v najslabšem primeru izgubi nekaj časa zaradi izvedbe arbitražnega postopka in nato priznanja tuje arbitražne odločbe. V nasprotnem primeru (tj. če se odloči za postopek IVL, sodišče pa oceni, da se s tem odpoveduje arbitražnemu sporazumu) »zapravi« arbitražni sporazum ter se v primeru ugovora nasprotne stranke izpostavi vsebinskemu postopku pred državnim slovenskim sodiščem. Res je težko razumeti ravnanje stranke (tj. njenega pravno kvalificiranega pooblaščenca), ki ima sklenjen arbitražni sporazum, da sproži postopek pred državnim sodiščem, ne da bi vsaj razmislila o tem, kakšne posledice ima lahko njeno ravnanje za obstoj veljavnosti arbitražnega sporazuma.

⁶⁹ Sklep VSL I Cp 1456/2003 z dne 11. septembra 2003.

Literatura

- Andre Prosenc, Tjaša: Arbitražna klavzula? Ne, hvala, v: *Odvetnik*, 11 (2009) 44, str. 4–5.
- Born, Gary: *INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, VOL. I*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2009.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES: Green Paper on a European order for payment procedure and on measures to simplify and speed up small claims litigation, COM/2002/0746 final, Bruselj (20. december 2012).
- Dika, Mihajlo: Izvršenje na temelju vjerodostojne isprave i ugovor o nadležnosti stalnog izabranog suda, v: *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 53 (1983) 1-2, str. 229–231.
- Dika, Mihajlo; Maganić, Aleksandra: Expedited Arbitration Proceedings – About some Croatian Experiences, v: *Croatian Arbitration Yearbook* 18 (2011), str. 9–34.
- Gaillard, Emmanuel; Savage, John: *FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION*, Kluwer Law International, Den Haag 1999.
- Goldštajn, Aleksandar; Triva, Siniša: *MEDJUNARODNA TRGOVAČKA ARBITRAŽA*, Narodne novine, Zagreb 1987.
- Lazzaro, Fortunato; De Renzis, Luisa: *IL DECRETO INGIUNTIVO NELLA FASE SOMMARI*, Giuffrè Editore, Milano 2007.
- Lew, Julian; Mistelis, Loukas; Kröll, Stefan: *COMPARATIVE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION*, Kluwer Law International, Den Haag 2003.
- Müller, Christoph: *SWISS CASE LAW IN INTERNATIONAL ARBITRATION*, Schulthess, Zurich 2010.
- Plauštajner, Konrad: Arbitražna in izvršba na podlagi verodostojne listine, v: *Odvetnik*, 11 (2009) 45, str. 17–18.
- Prütting, Hanns: Die aktuellen Entwicklungen des europäischen Zivilprozessrechts, insbesondere das künftige europäische Mahnverfahren, v: *STUDIA IN HONOREM PELAYIA YESSIOU-FALTSI*, Sakkoulas Publishing, Athens/Thessaloniki 2007, str. 497–510.
- Rauscher, Thomas idr.: *EUROPÄISCHES ZIVILPROZESS- UND KOLLISIONSRECHT 2010 (EG-VollstrTitelVO, EG-MahnVO, EG-BagatelIVO, EG-ZustVO2007, EG-BewVO, EG-InsVO)*, Sellier, München 2010.
- Rechberger, Walter: Zum Entwurf einer Verordnung zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, v: *STUDIA IN HONOREM PELAYIA YESSIOU-FALTSI*, Sakkoulas Publishing, Athens/Thessaloniki 2007, str. 513–529.

- Redfern, Alan; Hunter, Martin: REDFERN AND HUNTER ON INTERNATIONAL ARBITRATION, 5TH ED., Oxford University Press, Oxford 2009.
- Sajko, Krešimir: Arbitral Awards: A Comparative Analysis and Deficiencies of the Croatian Solutions and Proposals de lege ferenda, v: Croatian Arbitration Yearbook, 18 (2011), str. 43–60.
- Schwab, Karl Heinz; Walter, Gerhard: SCHIEDSGERICHTSBARKEIT - KOMMENTAR, 6. AUFLAGE, C. H. Beck, München 2000.
- Stein, Friedrich; Jonas, Martin idr.: ZIVILPROZESSORDNUNG-KOMMENTAR, 22. AUFLAGE, BAND 9, Mohr Siebeck, Tübingen 2002.
- Triva, Siniša; Belajec, Velimir; Dika Mihajlo: GRAĐANSKO PROCESNO PRAVO, Školska knjiga, Zagreb 1986.
- Triva, Siniša; Dika, Mihajlo: GRAĐANSKO PARNIČNO PROCESNO PRAVO, Narodne novine, Zagreb 2004.
- Ude, Lojze idr.: PRAVDNI POSTOPEK - ZAKON S KOMENTARJEM, III. KNJIGA, ČZ UL in GV Založba, Ljubljana 2009.
- Ude, Lojze: ARBITRAŽNO PRAVO, GV Založba, Ljubljana 2004.
- Von Bernstorff, Christoph: Der Europäische Zahlungsbefehl, v: Recht der Internationalen Wirttschaft, 14 (2008) 8, str. 548–551.

Order for Payment, Enforcement on a Basis of a Trustworthy Document and Arbitration

Summary

There exist numerous advantages of arbitration comparing to litigation in state courts. On the other hand, simplified, accelerated and *ex parte* proceedings in state courts, such as payment order procedure, are attractive for creditors as well. Although a simple objection of the defendant already results in a case being referred to ordinary civil litigation, experience not only in Slovenia but in numerous other legal orders, which provide for such debt collection procedures for so called “non-genuine disputes” – shows that in most cases an objection is not filed at all.

The article compares arbitration on one hand and payment order procedure and a similar procedure for enforcement on the basis of a trustworthy document (hereinafter: EBTD) in Slovenian law on the other hand. The question is put whether arbitration on one hand and procedure for payment order (and EBTD) on the other hand are compatible? It is clear that an arbitration tribunal may neither issue an EBTD nor an European Payment Order. Nevertheless, numerous other dilemmas exist. For example, may an arbitral tribunal be (by virtue of rules of an arbitral institution) empowered to issue a payment order along similar lines as provided in national procedural law? None of the arbitral rules of relevant arbitral institutions provides for such a possibility with a notable exception of the “Zagreb rules” (Croatia). There, it is considered that it is within reaches of party autonomy to adopt a payment order procedure in arbitration as well. By virtue of submitting to permanent arbitration institution parties tacitly accept the rules of this institution, including those concerning the payment order procedure. Nevertheless serious doubts can be raised against this viewpoint. It is questionable whether the adoption of a payment order procedure in arbitration is compatible with the requirement of a decision being made by a *chosen* arbitrator. Doubts concerning an effective guarantee of a right to be heard can also be raised – especially if the time – limit for filing an objection against the payment order is too short. If in such a short time-limit the defendant is also required to appoint “his” arbitrator, it is doubtful whether the procedure is in line with the requirement of equality of parties in regard to formation of an arbitral tribunal. Furthermore, the traditional principle still applies (although it is no more so “water-proof” as it used to be) that *ex-parte* proceedings are not compatible with a consensual basis for jurisdiction of an arbitral tribunal. One can

also have serious doubts as to whether the payment order procedure is compatible with the general principle that the default of a defendant in arbitration can have no immediate adverse consequences such as an assumption of admitting the claim or the facts. Finally, a payment order procedure in arbitration, should make sure that it would not contravene the obligation of an arbitral tribunal to examine its jurisdiction in case of a totally passive defendant. An arbitral tribunal may acquire jurisdiction by virtue of a tacit arbitration agreement only in case of an active defendant – a defendant who enters arbitration proceedings on merits without raising the plea of lack of jurisdiction.

If the payment order is issued by the state court and if the defendant files an objection and invokes the arbitration agreement, the state court must dismiss (strike out) the claim and not transfer the case to the arbitration institution. In case of an ad hoc arbitration (or a foreign arbitration institution) such a transfer would not even practically be possible. As in other contexts the notion of “the court referring the parties to arbitration” should not be understood that it is the court itself that transmits the case and the file to an arbitral institution.

The most important question in regard to interface between arbitration and payment order procedure is, whether a claimant, who requests the state court to issue a payment order, in this manner tacitly expresses his will to revoke the arbitration agreement. This could if the defendant as well would not invoke an arbitration agreement in his objection against the payment order, result in the arbitration agreement being extinguished by virtue of tacitly expressed will of both parties. Can the claimant nevertheless retain the right that in case of the defendant’s objection against the payment order, the dispute is decided on merits by arbitration? As a starting point in this regard it must be established whether the claimant violates the negative aspect of the arbitration agreement if it addresses the state court in a debt collection proceedings (such as payment order). Unlike the Swedish Arbitration Act, which expressly provides that the invocation of an arbitration agreement is not incompatible with a prior attempt to resolve the issue through the collection procedure of a Debt Enforcement Authority, the UNCITRAL Model Law (and jurisdictions, based on it – e.g. Slovenian Arbitration Act) are silent on this point. The law only contains a provision concerning the compatibility of arbitration agreement with a party’s request that a state court should grant an interim measure of protection. Does it follow a *contrario* from this rule that initiating any other sort of proceedings in a state court is incompatible with a (negative effect) of an arbitration agreement? No doubt, initiating a regular litigation in a state court is incompatible with an arbitration agreement. In one aspect, a payment order procedure is similar to ordinary litigation as it is aimed at obtaining an enforceable title (with a *res*

iudicata effect). On the other hand, a major difference exists. The claimant does not invoke the payment order procedure because he really wishes the dispute to be settled in ordinary court proceedings, but because he wishes that the claim will remain undisputed and that therefore there will be no need for any court proceedings on merits at all. The arbitration agreement relates to the “settling of disputes” (in arbitration). Invoking a payment order procedure in a regular court, which only produces effects in case the claim remains undisputed, is thus not *per se* incompatible with an agreement to *settle a dispute* in arbitration.

In this regard, however it is essential to take into account characteristics of a procedure for a payment order in different national procedural laws. The aforementioned findings are well suited to legal orders, where payment order procedure and litigation are separated and where there is no automatic and unavoidable transfer of a matter to ordinary litigation in case of the defendant’s objection against the payment order. Where after an objection of the defendant, the claimant – who wishes to pursue the case in ordinary litigation – must file another motion (such as in Spain or Germany) or where at least he can prevent a transfer to a litigation (such as in regard to an European Payment order, where the claimant may explicitly request that the proceedings should be terminated if the defendant files a statement of opposition). In such a case it should be clear that the claimant’s attempt to obtain a payment order cannot be construed as an implicit expression of a will to have a *dispute* settled by a regular court instead of by arbitration.

On the other hand, the situation is different in those legal systems where a request for a payment order already performs a function of filing a regular action (Austria, Slovenia). Here, in case of objection of a defendant against the payment order the dispute is automatically referred to ordinary litigation, whereby the claimant neither has a possibility to prevent such a referral nor to unilaterally withdraw the claim without the defendant’s consent. The claimant must therefore be aware of the fact that his invocation of a payment order procedure may unavoidably result in an ordinary litigation – if the defendant files an objection against the payment order, however without invoking the arbitration agreement. Thus, in such a system the claimant’s addressing of a regular court – even if only for a payment order procedure – can be construed as an implied will that the dispute shall finally be settled in an ordinary litigation and thus as a will to revoke the arbitration agreement. Such a conclusion as to an implied will to revoke the arbitration agreement however cannot be well-founded if the claimant explicitly demonstrates that this is not the case. Therefore, the claimant may still retain the arbitration agreement in spite of invoking the procedure for a payment order if he includes in the request for a payment order a notification

of the arbitration agreement and states that in case the defendant files an objection, he wishes the dispute to be finally settled in arbitration. If he fails to act in such a manner, such an omission cannot be rectified at a later stage. This is also a position adopted by Slovenian courts. This is appropriate as on one hand, it allows the creditor to invoke special expedited debt collecting procedures in regular courts without risking a loss of the arbitration agreement, whereas on the other hand it requires him to act diligently to preserve the arbitration agreement and to prevent an impression that his acts amount to an implied will to revoke the arbitration agreement.