

Mogućnosti za unošenje i postupanje po standardnim klauzulama o medijaciji u Bosni i Hercegovini

Jedan od koraka kojim bi se znatno olakšalo korištenje medijacije prije i van suda je ugrađivanje klauzule o medijaciji u standardne ugovore, a osobito u komercijalne i građanske ugovore u Bosni i Hercegovini (BiH).

U biti, klauzula bi:

- Olakšala primjenu medijacije prije i van suda,
- Omogućila pristup pravdi fizičkim i pravnim licima u BiH kroz rad Udruženja medijatora u BiH,
- Povećala stupanj povjerenja i olakšala ekonomske transakcije između domaćih i stranih subjekata,
- Osigurala strankama kontrolu nad koracima koje treba preuzeti u rješavanju mogućih problema iz ugovora,
- Omogućila rano i jeftino rješavanje problema,
- Očuvala uzajamne odnose stranaka, za koje statistike tvrde da postaju bolje čak i u slučajevima u kojima stranke ne dođu do konačnog rješenja na medijaciji.

Trenutno stanje u primjeni klauzule o medijaciji u BiH

Primjena klauzule o medijaciji, generalno posmatrano, skoro da i ne postoji u BiH. Samo nekoliko privrednih subjekata trenutno unosi klauzule o medijaciji u svoje ugovore. Značajno je i ohrabrujuće da je u 17 od 68 predmeta u BiH (juni 2007. – maj 2009.) koji su vođeni na zahtjev stranaka prije suda, od kojih je najveći broj proizašao iz primjene ove klauzule, svih 17 završilo sporazumom stranaka.¹

Mali biznisi uglavnom posluju bez zaključivanja formalnih ugovora. Udruženje ne raspolaže podacima o broju neformalnih ugovora, ali je za očekivati da je taj broj jako visok među malim biznisima.² Broj mogućih medijacija koji bi proizašao iz ovakvih ugovora je također značajan, ali posmatrano sa aspekta primjene klauzule o medijaciji, za sada izgubljen zbog njihove neformalne prirode.

Ne postoji specifična statistika o vrstama najčešćih sporova, tj. predmeta za medijaciju koja bi mogla biti korištena kao indikator za neophodnu ugradnju klauzule o medijaciji.

Također je poznato da advokati u BiH nisu razvili praksu unošenja klauzule o medijaciji u ugovore koje sastavljaju.

Treba učiniti napore da se klauzula o medijaciju unese u najveći broj komercijalnih, građanskih i individualnih ugovora iz radnih odnosa.

Pitanje izvršenja klauzule o medijaciji nije regulirano u BiH. Ovo su već kao mogući problem primijetili privredni subjekti koji unose klauzulu u ugovore i Udruženje medijatora. Uskoro će biti potrebno tumačenje za postupanje suda u slučajevima u kojima stranke ne ispoštuju ove klauzule.

Zakon o medijaciji nije regulisao neprekidanje zastare kad je medijacija prihvaćena. Ako bi se on reguliralo to bi znatno olakšalo primjenu medijacije i pojačalo povjerenje stranaka u pravni sistem, generalno govoreći.

Regulativa i praksa u primjeni klauzule o medijaciji u međunarodnom okviru

Ne postoji univerzalna klauzula o medijaciji ni na nacionalnom, ni na intrinacionalnom nivou. Postoji međutim potreba na međunarodnom, a i u većini nacionalnih sistema za uvođenjem ovakve klauzule u različite ugovore, najčešće komercijalne. Nema ni generalno prihvaćenog modela klauzule, ali postoji niz

¹ “Od spora do dogovora: Evaluacija dvije godine redovne primjene medijacije u BiH”, Udruženje medijatora u BiH, septembar 2009.

² Prema Hrvatskoj obrtničkoj komori 90% od svih ugovora su neformalni

sugestija za pojedine vrste ugovora i za članstvo pojedinih profesionalnih organizacija. Ove sugestije, članstvo profesionalnih organizacija u pravilu poštiva.

Klauzule o medijaciji u međunarodnom i nacionalnim profesionalnim krugovima, kako u privredi tako i u organizacijama koje nude usluge medijacije su dio generalnih klauzula alternativnog rješavanja sporova. ADR Priručnik – Primjena komercijalne medijacije sugerirše ideje CRP International - Instituta za prevenciju i rješavanje sporova, koji se preporučuju u kompanijama i pravnim kancelarijama kao izraz njihove odluke da primjenjuju medijaciju. Klauzula o medijaciji u građanskim predmetima uglavnom uključuje sljedeće korake: pregovaranje, medijaciju i arbitražu i sud.

Jednostavna klauzula o medijaciji

Jednostavna klauzula o medijaciji je ona u kojoj ugovorne strane regulišu korištenje medijacije, bez navođenja detalja o drugim oblicima rješavanja spora, vremenskom okviru isl. Može sadržavati opis postupka medijacije, ali često sadrži vrlo jednostavnu rečenicu kao npr: "spor će biti upućen na medijaciju u skladu sa pravilima pojedinih organizacija"³.

Slojevita klauzula o medijaciji

Slojevita klauzula o medijaciji se obično koristi u komercijalnim ugovorima, bez obzira na tip ugovora i broj ugovornih strana (dvije ili više). Ove načine ne treba miješati sa nekim drugim vansudskim postupcima rješavanja sporova, kao npr. vansudsko tumačenje ugovora, internacionalna i nacionalna regulativa o zaštiti potrošača i sl.

Slojevi su različiti i zavisno od zemlje i sistema a ponekad uključuju i neke hibridne procese⁴. Postoji, međutim, dobro razvijena praksa, svuda u svijetu, po kojoj se u klauzulu uvrštavaju sljedeći koraci:

1. Pregovori / klauzula obično kaže da će stranke prvo pokušati bona fide pregovore, što nije neobično u građanskim i komercijalnim ugovorima. Ovo je isto tako i dio prakse u BiH gdje se u ugovorima često nalazi formulacija da će stranke "pokušati mirno riješiti spor"⁵,
2. Medijacija,
3. Arbitraža, ovo je korak koji se neće naći u građanskim sporovima, ali je gotovo pravilo u komercijalnim - poslovnim tijelima, od kojih većina opet ima interne mehanizme za arbitražu,
4. Sud, stranke moraju jasno vidjeti da je njihovo pravo na sud očuvano u slučaju da prethodni pokušaji ne uspiju.

Poštovanje i izvršenje klauzule o medijaciji

Prinudno izvršenje klauzula o rješavanju sporova je predmet interesovanja mnogih korisnika medijacije, davalaca usluga vansudske medijacije, pravničkih krugova i akademika. Neki od njih tvrde da otpor primjeni klauzule o medijaciji postoji, posebno u Evropi, zato što nema čiste situacije o prinudnom izvršenju ovih klauzula. Na evropskom kontinentu, postupak medijacije je dobro poznat ali pravni sistem i tradicija limitiraju njegovu širu primjenu. Unošenje ADR klauzule u međunarodne ugovore nije zabranjeno, ali je rijetko. Odnos kontinentalnih sudova prema ovom pitanju je manje jasan nego odnos engleskih, američkih i australijskih sudova⁶. Ovo mišljenje je u skladu sa komentarima EUROCHAMBERS čiji članovi nude ADR usluge

³ Arbitration Center of the World Intellectual Property Organization - WIPO

⁴ see FIDIC – International federation of Consulting Engineers has very sophisticated layered contract clauses on the Amicable Dispute resolution

⁵ Ovakva praksa u biti ne odražava iskrenu namjeru stranaka i u pravilu se u slučaju nastanka spora, ignorira

⁶ The Enforcement of the adr clauses, Judd Epstein, Monash University, Melbourne, Australia

(arbitražu, medijaciju ili koncilijaciju) u sljedećim zemljama: Austrija, Belgija, Kipar, Češka Republika, Estonija, Finska, Francuska, Njemačka, Grčka, Mađarska, Irska, Italija, Latvija, Luksemburg, Holandija, Poljska, Portugal, Slovačka, Španija, Švedska ali i u Bjelorusiji, Bugarskoj, Moldaviji, Rumuniji, Ruskoj Federaciji, Ukrajini, Bosni i Hercegovini, Hrvatskoj, Makedoniji, Srbiji, Crnoj Gori, Irskoj, Norveškoj, Švicarskoj, Izraelu i Turskoj. Članstvo je iz 44 zemlje, obuhvata mrežu od 2000 lokalnih komora sa preko 18 miliona kompanija. EUROCHAMBER u članku " Stav prema medijaciji iz 2005⁷ podvlači potrebu za jasnim reguliranjem prinudnog izvršenja ADR klauzula uopće.

Sudovi u pravilu podržavaju prinudno izvršenje klauzule o medijaciji. Ovo je također vidljivije u anglosaksonskom sistemu prava.

U svojoj analizi slojevite klauzule o medijaciji Robert N. Dobbins⁸ kaže da su se u posljednje vrijeme u zakonodavstvima većeg broja zemalja, sudovi izjasnili tako što podržavaju prinudno izvršenje klauzule o medijaciji.

Odluke i postojeći trend priznavanja izvršenja klauzula je u skaldu sa UNCITRAL i Zelenim papirom o alternativnom rješavanju sporova⁹.

Zastara

Stanke zabrinjava i učinak koji medijacija ima na zastaru. U svijetu je različita praksa kad je u pitanju reguliranje ovog pitanja, od onih koji uopće ne reguliraju do onih koji prekidaju zastaru i onih koji je ne prekidaju.

Preporuke za unošenje i postupanje po standardnim klauzulama o medijaciji u Bosni i Hercegovini

Da bi se obezbijedio pristup pravdi kroz upotrebu medijacije za građane i pravna lica u BiH, i to kroz unošenje klauzule o medijaciji u ugovore, preporučuje se sljedeće:

- Upoznati zakonodavca sa potrebom za bližim reguliranjem uvjeta za klauzulu o medijaciji, njeno prinudno izvršenje i obaveze suda i drugih organa u odnosu na klauzulu,
- Uključiti reguliranje pitanja zastare u slučajevima u kojima su se strane opredijelile za medijaciju
- Educirati javnost o važnosti ove klauzule u ugovorima kroz profesionalna udruženja i organizacije, advokatske komore, članstvo i mrežu korisnika usluga
- Podržati profesionalne organizacije da ohrabre svoje članstvo, osobito, velike korporacije, poslodavce i advokatske kancelarije (osiguranja, građevinarstvo, trgovinski lanci, telekomunikacije, itd) da budu pioniri u potpisivanju izjava volje o prihvatanju klauzule o medijaciji,
- Ohrabriti biznis, poslodavce, advokatske kancelarije da ugrade klauzule u ugovore, što bi trebalo biti uzor drugima u BiH,
- Vlada da promovira klauzulu o medijaciji u svim većim poslovima sa drugima, uključujući građane,
- Ohrabriti advokatske kancelarije da razviju najpovoljniju klauzulu za građanske ugovore,
- Razviti vrlo specificiranu i jasnu klauzulu u pogledu uvjeta, vremenskih okvira, izbora medijatora, prihvatanja uvjeta od svih stranaka,
- Profesionalne organizacije i udruge da razviju (objektivne i subjektivne) kriterije i savjetuju svoje članstvo i korisnike usluga o vrstama ugovora koji, na osnovu dosadašnje ograničene prakse, nisu podobni za medijaciju,
- Da profesionalne udruge i organizacije u BiH objave i učine dostupnim svom članstvu primjere -modele klauzule o medijaciji za najčešće ugovore, kao i listu ugovora koji tu ne bi spadali,
- Udruga medijatora da prikuplja podatke o broju predmeta medijacije, koji su direktan rezultat primjene klauzule o medijaciji radi daljih analiza,
- Prijedlog modela slojevite klauzule o medijaciji za korištenje u BiH,

⁷ www.eurochambers.org

⁸ Settle it now, Dispute Resolution journal, 2005 University of California

⁹ EU Commission, 19. April 2002

Primjeri klauzula o rješavanju sporova medijacijom:

Građanski predmeti

Stranke su saglasne da će u slučaju spora proizišlog iz ovog ugovora, spor pokušati riješiti bona fide pregovaranjem.

Ukoliko u roku od ... dana stranke ne uspiju riješiti spor pregovaranjem, stranke će ga pokušati riješiti medijacijom kod Udruženja medijatora u Bosni i Hercegovini .

Stranke će odabrati medijatora u roku od ... dana, a ukoliko to ne učine medijatora će imenovati Udruženje medijatora u BiH.

Ukoliko nije drugačije dogovoreno, stranke će u jednakim dijelovima snositi troškove medijacije.

Stranke su saglasne da se prekida zastara u odnosu na sva potraživanja iz glavnog ugovora dok traje medijacija

Ako spor ne bude riješen medijacijom u roku od, mogu pokrenuti spor pred nadležnim sudom.

Privredni sporovi

Stranke su saglasne da će u slučaju spora proizišlog iz ovog ugovora spor pokušati riješiti bona fide pregovaranjem.

Ukoliko u roku od ... dana stranke ne uspiju riješiti spor pregovaranjem, stranke će ga pokušati riješiti medijacijom kod Udruženja medijatora u Bosni i Hercegovini.

Stranke će odabrati medijatora u roku od ... dana, a ukoliko to ne učine medijatora će imenovati Udruženje medijatora u BiH.

Ukoliko nije drugačije dogovoreno, stranke će u jednakim dijelovima snositi troškove medijacije.

Stranke su saglasne da se prekida zastara u odnosu na sva potraživanja iz glavnog ugovora dok traje medijacija.

Ukoliko spor ne bude riješen medijacijom u roku od ... dana predmet će biti upućen na arbitražu u skladu sa organizacije.

Ništa ne sprečava stranke da pokrenu postupak kod suda u slučaju neuspjeha arbitraže.