

ARBITRAŽA I KORUPCIJA

Mr Jelena Vukadinović*

Apstrakt: *Da bi sporovi mogli da budu rešavani pred arbitražama moraju biti arbitrabilni. Dugo vremena se smatralo da su sporovi iz prava korupcije nearbitrabilni. Ovakav stav je vremenom napušten. Dozvoljavanjem da se arbitražnim putem rešavaju sporovi iz korupcije otvoreno je niz pitanja od kojih su dva pitanja ključna: dopuštenost prava arbitara da ispituju postojanje korupcije po sopstvenoj inicijativi (sua sponte) i pravna sudbina posla u kom postoji korupcija. Pored njih, u radu su analizirana i pitanja autonomije arbitražnog ugovora i princip *compétence-compétence*.*

Ključne reči: *arbitraža, arbitrabilnost, spor, korupcija, sopstvena inicijativa.*

Uvod

Ugovaranje arbitraže u međunarodnim poslovnim odnosima postalo je pravilo u međunarodnoj trgovini. Razlozi zbog kojih se ugovorne strane opredeljuju za ovakav način rešavanja sporova mogu se tražiti u brzini i tajnosti postupka, stručnosti arbitara, efikasnosti izvršenja donete odluke.¹

* Истраживач сарадник, Институт за упоредно право, Београд

¹ Više o prednostima arbitraže u odnosu na državni sud vid.: J. Perović, "Formulisane klauzule u arbitraži u međunarodnim privrednim ugovorima", *Pravni život*, 11/2012, str. 199, napomena br. 1; G. Knežević, V. Pavić, *Arbitraža i ADR*, Beograd 2010, str. 18 i dalje; T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2012, str. 573, 574; J. Perović, *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, Beograd 2012, str. 187; J. Lew, L. Mistelis, S. Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003, str. 5–9; A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides (dalje: A. Redfern i drugi), *Law and practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2004, str. 23–25; N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter (N. Blackaby i drugi), *Redfern and Hunter on International Arbitration*, OUP, 2009, str. 31–44.

Međunarodna trgovinska arbitraža² rešava sporove koji su po svojoj pravnoj prirodi međunarodnog³ i trgovinskog karaktera.⁴ Sporovi, međutim, moraju biti arbitrabilni. Pod arbitrabilnošću spora u opštem smislu podrazumeva se podobnost nekog spora da bude predmet arbitražnog odlučivanja. U pravnoj teoriji razlikuju se dve vrste arbitrabilnosti: arbitrabilnost predmeta spora (objektivna arbitrabilnost, *ratione materiae*) i arbitrabilnost stranaka (subjektivna arbitrabilnost, *ratione personae*).⁵ Za potrebe ovog rada, arbitrabilnost spora će biti posmatrana isključivo u objektivnom smislu, odnosno kao arbitrabilnost predmeta spora.

Prema rešenjima koja postoje u međunarodnim izvorima arbitražnog prava приметно je da ne postoji definicija ni tačno određenje koji se sporovi smatraju arbitrabilnim. Na taj način data sloboda je nacionanim zakonodavcima da urede ovo pitanje, čije su granice određene stepenom spremnosti države na međunarodnu saradnju.⁶ Što je odnos države prema arbitraži rigidniji, veći broj sporova je proglašen nearbitrabilnim. U nearbitrabilne sporove dugo godina su svrstavani sporovi koji su se ticali korupcije, koji se generalno označavaju kao sporovi iz korupcije. Novija arbitražna i sudska praksa pokazuje da je ovaj stav napušten. Međutim, "otvaranje" sporova iz korupcije u arbitražnom rešavanju otvorilo je i neka pitanja kao što je pitanje ovlašćenja arbitara da ispituju postojanje korupcije po sopstvenoj inicijativi (*sua sponte*) i na taj način odluče o pravnoj sudbini posla u kome postoje elementi korupcije. Navedeno pitanje čini predmet rada i analizirano je u tri dela. Prvi deo rada posvećen je pitanju arbitrabilnosti sporova iz korupcijskih odnosa, drugi deo se bavi pitanjem prava arbitara da istražuju korupciju *sua sponte*, dok se u trećem delu analizira pravna sudbina ugovora koji služi kao osnov korupciji kao i ugovora koji je nastao kao posledica korupcije.

² Više o ovom pojmu vid. J. Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd 1998, str. 15 i dalje; M. Stanivuković, *Međunarodna arbitraža*, Službeni glasnik, 2013, str. 23 i dalje.

³ Vid. UNCITRAL Model zakon od 1985. sa izmenama od 2006, čl. 1(3); Član 3 Zakona o arbitraži RS, Službeni glasnik RS, broj 46/06.

⁴ Prema UNCITRAL Model zakonu, izraz „trgovinski” treba široko tumačiti, tako da obuhvati stvari koji proističu iz svih odnosa trgovinske prirode. Koji odnosi su trgovinske prirode vid. više Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *International commercial arbitration*, Kluwer, 1999, str. 38–47.

⁵ Pojedini autori priznaju i treću vrstu –arbitrabilnost nadležnosti (*ratione iurisdictionis*). Vid. više M. Cukavac, "Arbitrabilnost spora", *Arbitraža* 1/2000, Beograd 2000, str. 39–40; G. Stanković i drugi, *Arbitražno procesno pravo*, Niš 2002, str. 96; K. Sajko, "On arbitrability in Comparative Arbitration – An Outline", *Zbornik PFZ*, 60, (5), Zagreb 2010, str. 962.

⁶ A. Goldštajn, S. Triva, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb 1987, str. 16.

I Arbitrabilnost sporova iz korupcije

Uopšte o korupciji. Određivanje pojma korupcije je složeno pitanje i može se analizirati na različite načine. Kao korupcija se u međunarodnim poslovima može smatrati svako zahtevanje, nudenje, davanje ili primanje, direktno ili indirektno, mita ili bilo koje nezaslužene koristi ili njeno stavljanje u izgled, koje remeti pravilno obavljanje bilo koje dužnosti ili ponašanje koje se traži od primaoca mita, nezaslužene koristi ili koristi koja se stavlja u izgled.⁷ Ona se može javiti u javnom i privatnom sektoru. Korupcija u javnom sektoru, u najširem smislu shvaćena, predstavlja svaku zloupotrebu položaja od strane državnog službenika ili osobe koja vrši određenu javnu funkciju, a koja ima za cilj ličnu ili materijalnu korist.⁸ Posmatrana sa stano- višta davaoca, korupcija predstavlja radnju davanja novca ili bilo čega drugog što ima određenu materijalnu vrednost stranom javnom službeniku direktno ili indirektno u cilju dobijanja povoljnih odluka u međunarodnoj trgovini.⁹

Osim u javnom sektoru, davanje i primanja mita postoji i u privatnom sektoru.¹⁰ U radu će biti reči samo o korupciji kao davanju i primanju mita (podmićivanju) u javnom sektoru.

Korupcija je regulisana međunarodnim i nacionalnim izvorima prava. Na međunarodnom planu, doneto je niz akata¹¹ koji imaju za cilj iskorenji- vanje korupcije i dovođenje društva na tzv. nultu toleranciju. Najznačajnija je Konvencija o borbi protiv korupcije¹², doneta u okviru Ujedinjenih nacija (UNCAC). Konvencijom je predviđeno da države potpisnice u okviru svojih nacionalnih zakona sankcionišu korupciju u javnom sektoru.¹³ Pod uticajem

⁷ Čl. 2 Građanske konvencije o korupciji, Službeni glasnik RS, Međunarodni ugovori 102/2007.

⁸ V. više J. Čirić, M. Reljanović, N. Nenadić, M. Jovanović, D. Dobrašinović, D. Pejović (J. Čirić i drugi), *Korupcija – problemi i prevazilaženje problema*, Beograd 2010, str. 8 i dalje.

⁹ A. Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, xxiii.

¹⁰ Više o terminološkom određenju ovih pojmova vid. M. Hwang, K. Lim, *Corruption in Arbitration – Law and Reality*, Herbert Smith Freehills-SMU Arbitration Lecture Series, 2011, str. 2–4.

¹¹ OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transaction, Convention on the Fight Against Corruption Involving Officials of the European Communities or Officials of Member States of the European Union, Criminal Law Convention on Corruption i dr. Vid. popis ostalih dokumenta u R. Kreindler, „Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and Unclean Hands Doctrine” u *Between East and West : Essays in Honour of Ulf Franke* (K. Hóber i dr. ured), Juris Publishing, 2010, str. 309, 310.

¹² Konvencija Ujedinjenih nacija protiv korupcije doneta je 31. oktobra 2003. godine, Rezolucijom Ujedinjenih nacija. Do sada ju je potpisalo 176 država, među kojima i Srbija i Bosna i Hercegovina.

¹³ Pored korupcije u javnom sektoru, Konvencija poznaje i korupciju u privatnom sektoru. Sankcionisanje ove vrste korupcije ostalo je na nivou preporuke.

Konvencije, većina država je donela svoje propise u kojima je korupcija sankcinisana kao krivično delo.¹⁴

Korupcija u arbitraži. U međunarodnim poslovnim odnosima često se angažuju lica koja za potrebe naručioca posla prikupljaju informacije, obrađuju tržište, daju savete i vrše druge neophodne usluge u cilju zaključenja ugovora između principala i trećeg lica. Ovakvi ugovori, nezavisno od naziva, imaju u osnovi nalog i karakteriše ih obaveza isplate naknade angažovanom licu. Tako posmatrani, u pitanju su ugovori međunarodnog prometa o vršenju usluga nastali iz ugovora o nalogu.¹⁵ U ove ugovore ubrajaju se ugovori o posredovanju, zastupništvu, komisijama i dr. Za predmet ovog rada od značaja je ugovor o posredovanju.

Ugovor o posredovanju jeste ugovor o pružanju usluga u kome se jedna strana, posrednik, obavezuje da nastoji da nađe i da dovede u vezu sa nalogodavcem lice koje bi sa njim pregovaralo o zaključenju određenog ugovora, a nalogodavac se obavezuje da mu isplati određenu naknadu, ako ugovor bude zaključen. Posao posredovanja realizuje se putem dva ugovora: ugovora o posredovanju koji zaključuju nalogodavac i posrednik i ugovor koji zaključuju nalogodavac i treće lice. Ugovor o posredovanju čini pravni osnov posredničkog posla.¹⁶ Ovi pravni poslovi su međusobno odvojeni i proizvode nezavisna (samostalna) pravna dejstva. Ugovor će biti međunarodni ako se mesta poslovanja ugovornih strana nalaze u različitim državama.

Radi dobijanja određenog međunarodnog posla u konkurenciji sa ostalim subjektima često se angažuje posrednik koji na koruptivni način utiče na ponuđača da donese odluku u korist nalogodavca. Posrednik je najčešće iz zemlje ponuđača, koji poznaje lokalne prilike i običaje. Visina naknade posrednika najčešće se obračunava kao procentualno izražen deo vrednosti posla. Visoki iznos naknade posrednika čini osnovanu pretpostavku i sumnju da se iz tako visokog novčanog iznosa naknade vrši podmićivanje javnog funkcionera. Na taj način plaćanje mita ostaje potpuno prikriveno i gotovo nedokazivo na direktan način.¹⁷ Da bi se izbegla mogućnost ispitivanja postojanja korupcije od strane nadležnih nacionalnih sudova, često se predviđa nadležnost arbitraže.

¹⁴ Čl. 321 švajcarskog Krivičnog zakonika; čl. 333 i 334 nemačkog Zakonika o krivičnom postupku; čl. 321 italijanskog Krivičnog zakona; čl. 367, 368 Krivičnog zakonika Republike Srbije; čl. 27 Krivičnog zakona Republike Srpske.

¹⁵ Više R. Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo*, Kragujevac 2012, str. 643.

¹⁶ Više o ugovoru o posredovanju M. Velimirović, *Poslovno pravo*, Podgorica 2000, str. 297 i dalje.

¹⁷ R. Ignjačević, „Arbitraža i korupcija kao protivpravna radnja”, *Pravni život* 9–10/1994, str. 1416.

Ugovaranjem arbitražnog načina rešavanja sporova, ugovorne strane derogiraju nadležnost nacionalnih sudova i prorogiraju nadležnost arbitraža. Za razliku od nacionalnih sudova, arbitraža nema mogućnost krivičnog gonjenja počinioca krivičnog dela, već se u slučaju postojanja korupcije njena nadležnost iscrpljuje u određivanju građanskopravnih posledica. Iako se otvara dilema da li arbitražni sud, u slučaju kad otkrije da je izvršeno krivično delo korupcije, ima obavezu da o tome obavesti nadležne organe, ovo pitanje ostavljamo van domašaja ovog rada.

Nadležnost arbitraže može biti predviđena ugovorom koji je zaključen između nalogodavca i posrednika, ali i ugovorom koji je zaključen između nalogodavca i trećeg lica, kao posledica angažovanja posrednika. Najčešće postupak pred ugovorenim arbitražom pokreće posrednik na osnovu ugovora o posredovanju, zahtevajući isplatu ugovorene naknade.¹⁸ Nalogodavac se u tim slučajevima uglavnom poziva na to da ugovorena naknada predstavlja osnov za davanje mita javnom funkcioneru.

U takvim slučajevima, pred arbitražom se prvo postavlja pitanje nadležnosti da odlučuje u konkretnom slučaju. Drugim rečima, postavlja se pitanje da li je spor podoban, arbitrabilan, da bude rešen pred arbitražom. Nakon slučaja broj 1110,¹⁹ pred Arbitražom pri MTK iz Pariza, dugo godina se

¹⁸ Vid. slučajeve *Broker v. Contractor*, 19 YBCA (1988) str. 105 (1988); *Consultant v. German Company*, 31 YBCA (2005), str. 685; *Thales v Y&Z Swiss Federal Tribunal* 4A.596/2008.

¹⁹ Slučaj 1110 (1963), 10(3) Arb. Int' 1 282. Krajem 50-ih godina na području Buenos Ajresa, država Argentina je oglasila ponudu izgradnje sistema elektromreže. Kompanija X iz Velike Britanije angažovala je posrednika Y iz Argentine da putem uticaja koje je imao u Peronovom sistemu vlasti, zastupa njene interese i učini šta je potrebno da kompanija X dobije posao vredan nekoliko miliona. Ugovorom je precizirano da posrednik od svakog zaključenog posla dobija 10% od ukupne vrednosti. Sam postupak izgradnje elektromreže sastojao se iz niza etapa koje su pratili zaključenje posebnih ugovora. Kompanija X naročito je bila zainteresovana da dobije centralni projekat iz 1950. godine. Posrednik Y je preko funkcionera u Peronovoj vlasti, sa kojima je bio u bliskim odnosima, uspeo da posreduje u zaključenju ugovora sa kompanijom X. Na osnovu izvršenih usluga, posrednik Y je dobio naknadu od 10% od ukupne vrednosti posla, s tim što je 8% od te naknade podeljeno funkcionerima na vlasti. Nakon ovog posla, kompanija X je bila angažovana i u drugim poslovima izgradnje u okviru elektromreže, u kojima je isplaćivala procenat vrednosti posla posredniku kao naknadu. Nakon nekoliko godina, raspisan je konkurs za izvođenje radova na manjoj elektrocentrali u okviru elektromreže. U to vreme, posrednik X nije se nalazio u Argentini, a kompanija X nije dobila posao kao glavni izvođač već je bila angažovana na projektu, posredno, kao neka vrsta podizvođača. Ugovor je potpisan 1956. godine, kada na vlasti nije bila politika predsednika Perona. Posrednik X se nije nalazio u to vreme u Argentini, jer je predstavljao *persona non grata*. Kada je saznao da je britanska kompanija zaključila ugovor iz 1956. godine, posrednik je zahtevao isplatu naknade iz vrednosti posla, navodeći da je kompanija dobila posao na osnovu angažovanja na bivšim projektima. Kompanija X je, sa druge strane, negirala da posrednik snosi zasluge za dobijeni posao, navodeći da je do angažovanja u projektu došlo nezavisno od njegovog uticaja na osnovu ad hoc partnerstva sa kompanijom koja je bila nosilac glavnih radova na projektu. Arbitražni postupak pokrenut je kompromisom zaključenim između posrednika i britanske kompanije.

smatralo da sporovi iz korupcije nisu arbitrabilni. Razmatrajući pitanje svoje nadležnosti i nadležnosti arbitraže, arbitar Lagergren je zauzeo stav da arbitraža nije nadležna u konkretnom sporu. U obrazloženju odluke o odbijanju nadležnosti, arbitar navodi i da su stranke koje su učestvovale u poslovima ove prirode (nemoralnom poslu) izgubile svako pravo da se obrate pravosuđu (državnim sudovima i arbitražama) u rešavanju nastalih sporova.

Nakon ove odluke, u pravnoj teoriji²⁰ je postavljeno pitanje da li je arbitar Lagergren svoju odluku zasnovao na nearbitrabilnosti spora ili je svoju ne-nadležnost tumačio kao posledicu poništaja arbitražnog ugovora. U drugom slučaju, to bi značilo da je arbitar punovažnost arbitražnog ugovora tumačio zajedno sa punovažnošću osnovnog posla, pa je postojanje korupcije tumačio kao razlog za poništaj arbitražnog ugovora.

Pitanje arbitrabilnosti i *compétence-compétence*

Arbitrabilnost spora ne bi trebalo mešati sa pitanjem odlučivanja o sopstvenoj nadležnosti (*compétence-compétence*)²¹ i principom autonomije arbitražnog ugovora.²²

Doktrinom *compétence-compétence* označava se pravna fikcija po kojoj je arbitražni tribunal uvek nadležan da odlučuje o svojoj nadležnosti.²³ Fikcija predstavlja pravo tribunala²⁴ da odlučuje o postojanju sopstvene nadležnosti na osnovu punovažnog ugovora o arbitraži. Tribunal će pre odlučivanja o svojoj nadležnosti morati da ispita da li postoji punovažan arbitražni ugovor kojim je predviđena njegova nadležnost. Prilikom tumačenja punovažnosti arbitražnog ugovora, tribunal će primeniti načelo autonomije arbitražnog ugovora.

Pod autonomijom arbitražnog ugovora podrazumeva se njegova pravna samostalnost i odvojenost (separabilnost, eng. *separability, severability*) od osnovnog posla,²⁵ bez obzira na to što se može u fizičkom smislu nalaziti u njemu kao arbitražna klauzula ili biti fizički odvojen u drugom dokumentu

²⁰ R. Ignjačević, n. delo, str. 1423.

²¹ Vid. više o ovom pojmu kao i terminološkoj razlici sa nem. terminom Kompetenz-Kompetenz u J. Perović, n. delo, 1998, str. 156 i dalje.

²² Vid. više J. Perović, "Autonomija ugovora o arbitraži", *Pravo i privreda* br. 5-8/2008, Beograd, str. 535-544; isti autor *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, str. 217 i dalje.

²³ G. Knežević, V. Pavić, n. delo, str. 70

²⁴ U Rusiju odlučivanje o sopstvenoj nadležnosti predstavlja dužnost, a ne pravo.

²⁵ V. S. M. Sewebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*, CUP, Cambridge, 1987, str. 2 i dalje.

(kompromis). Osnovna praktična posledica priznanja načela autonomije jeste stav da arbitražni sporazum može da postoji i proizvodi pravno dejstvo i kad je osnovni posao prestao da postoji ili nije ni punovažno nastao.

Prema ovom načelu, arbitražni ugovor je posebna pravna celina čija je pravna sudbina nezavisna od sudbine glavnog ugovora. Ovo naročito dolazi do izražaja kod kompromisorne klauzule. Materijalna odvojenost arbitražne klauzule ogleda se u tome što se punovažnost arbitražne klauzule ispituje posebno u odnosu na valjanost glavnog ugovora i prema posebnim materijalnim pravilima. U koliziono-pravnom smislu, punovažnost ugovora o arbitraži ceni se prema pravu različitom od prava koje se primenjuje na punovažnost glavnog ugovora. Dosledna primena ovog principa znači da će arbitražni ugovor biti poništen isključivo iz razloga koji se odnose na njegovu punovažnost.²⁶

U sporu br. 1110, nadležnost arbitraže bila je zasnovana posebnim sporazumom koji je zaključen nakon nastanka spora. Iako *arbitar u svojoj odluci nije eksplicitno istakao načelo autonomije, tumačenjem odluke zaključuje se da je punovažnost kompromisa i glavnog posla odvojeno razmatrana.*²⁷

Prilikom tumačenja arbitražnog ugovora arbitar se pozivao na francusko pravo, kao pravo arbitražnog postupka (lex sitte) i pravo Argentine, kao pravo koje se primenjuje na ugovor (lex cause). Prema francuskom pravu, ugovori koji su protivni javnom poretku, dobrim običajima i moralu, nedopušteni su i ne mogu biti izvršeni.²⁸ Ovi ugovori su po sili zakona (ex lege) ništavi i o njima ne mogu odlučivati arbitri, ali ni sudije. Arbitar je kao merodavno materijalno pravo primenio pravo Argentine, kao pravo koje je u najtešnjoj vezi sa predmetom spora. Prema pravu Argentine, ugovori protivni dobrom moralu su nezakoniti. Prema odredbama čl. 502 Zakona o građanskom postupku, svaki odnos koji je protivan javnom poretku, moralu i dobrim običajima je nezakonit.

Arbitar Lagergren je istakao da postoji sumnja da je ugovor zaključen između kompanije X i posrednika Y imao za cilj podmičivanje argentinskih funkcionera, te bi kao takav bio protivpravan. Arbitar ne umanjuje rad koji je posrednik uložio u izvršenje naloga, ali isto tako ne može svojom odlukom dati pravni legitimitet nezakonitim odnosima. U obrazloženju kojim odbija nadležnost konstatuje da ovakvi sporovi koji su nastali iz nedopuštenih odno-

²⁶ M. Stanivuković, n. delo, str. 78–81.

²⁷ V. više o odluci u G. Wetter, "Issues of Corruption before international tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No 1110" 10 *Arb Intl* 277 (1994).

²⁸ U osnovi, ovde se radilo o nedopuštenoj kauzi osnovnog posla. Vid. uopšte o pojmu nedopuštene kauze u S. Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd 1980, str. 334 i dalje.

sa ne mogu biti rešeni pred arbitražom, ali ni pred sudovima. Odbijanje nadležnosti obrazložio je opštim principima koji su prihvaćeni u svim civilizovanim državama, izbegavajući pozivanje na određeno nacionalno rešenje o arbitrabilnosti spora.

Koreni arbitrabilnosti korupcijskih sporova

Dugo godina nakon donete odluke smatralo se da sporovi u kojima se postavlja pitanje korupcije ne mogu biti arbitrabilni.²⁹ Posledica nearbitrabilnosti spora lišava arbitražu nadležnosti. Međutim, ovo pitanje se može posmatrati i kao pitanje dopuštenosti rešavanja pred bilo kojim organom pravosuđa. Naime, postojanje korupcije u osnovnom poslu ne čini arbitražni ugovor ništavim i spor nearbitrabilnim, već čini nedopuštenim nadležnost bilo kog organa pravde – ovi sporovi ne mogu biti rešeni ni pred jednim organom pravde, jer postojanje korupcije čini da ovi ugovori ne postoje u pravu.³⁰ U odnosu na pitanje arbitrabilnosti, postojanje korupcije čini ugovorne odnose, iz kojih nastaju sporovi, nedopuštenim u meritumu, više nego što ih čine nearbitrabilnim.³¹ Stoga bi se pre moglo konstatovati da arbitraža ima nadležnost da odlučuje o predmetu spora, pa ako se dokaže postojanje korupcije, može poništiti ugovor.

Čak i u ovom slučaju, smatramo da je arbitar Lagergren već zasnovao nadležnost kako bi utvrdio da je odlučivanje o ovom pitanju nedopušteno. Na takav zaključak ukazuje da je saslušanjem svedoka i primanjem podnesaka od strane stranaka,³² arbitar ipak morao da uđe u meritum spora da bi utvrdio postojanje korupcije. Tako posmatrano, arbitar je ugovor o arbitraži posmatrao odvojenim od osnovnog posla, a arbitrabilnost u širem smislu, kao *dopuštenost odlučivanja pred sudovima i tribunalima*. Shvatanje “nearbitrabilnosti” ovih sporova kasnije je napušteno, što dokazuju i primeri iz arbitražne i sudske prakse. U tom smislu, ove sporove, iako mogu postati nedopušteni što dovodi do toga da nije moguće doneti odluku u meritumu, treba smatrati arbitrabilnim.³³

²⁹ G. Wetter, “Issues of Corruption before international tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren’s 1963 Award in ICC Case No 1110” 10 arb Intl 277 (1994).

³⁰ A. Mourre “Arbitration and Criminal Law: Jurisdiction, Arbitrability and Duties of the Arbitral Tribunal”, *Arbitrability: International & Comparative Perspective* (L. Mistelis, S. Brekoulakis ur.), Kluwer 2011, str. 211.

³¹ Isto, napomena 10.

³² Vid. tačku 23 presude, ICC case no. 1110, *Arbitration International*, vol. 10 br. 3(1994), str. 282–294

³³ A. Mourre, n. delo, str. 212, videti posebno napomenu broj 17.

Ovakvo shvatanje potvrđeno je kasnije u slučaju *Fiona Trust & Holding Corporation v. Privalov (Fiona Trust)* u kome je, takođe, postavljeno pitanje postojanja korupcije. Dom Lordova Engleske je, primenjujući načelo autonomije arbitražnog ugovora, zauzeo stav da nepunovažnost ili raskid glavnog ugovora ne utiču na pravnu sudbinu arbitražne klauzule. Primenjujući ovaj stav na spor o korupciji, zaključio je da će ugovor koji predstavlja osnov primanja i davanja mita biti poništen jer je suprotan osnovnim moralnim načelima društva. Međutim, to neće uticati na “preživljavanje” arbitražne klauzule koja će nastaviti da postoji i proizvodi dejstva. Na osnovu principa *compétence-compétence*, tribunal će odlučivati o određenom sporu.

Isto shvatanje potvrđeno je kasnije u slučaju *Westinghouse International Projects Company et al. v. National Power Corporation iz 1991. godine*. Tuženi se, osporavajući nadležnost arbitraže, pozivao na postojanje korupcije koja čini arbitražnu klauzulu ništavom. Tužilac se, sa druge strane, pozivao na princip autonomije arbitražne klauzule koji je posle slučaja *Fione* postao opšteprihvaćen u arbitražom pravu. Arbitražni tribunal u ovom slučaju primenio je načelo autonomije arbitražnog ugovora, navodeći da u određenim slučajevima može doći do poništaja arbitražne klauzule ako postoje razlozi koji se neposredno odnose na arbitražnu klauzulu. Takav slučaj će biti u slučaju postojanja prinude. Postojanje prinude čini ništavim glavni i arbitražni ugovor. U slučaju korupcije takav *prima facie* dokaz nije moguće izvesti. Neophodno je dokazati neposredni uticaj korupcije na arbitražni ugovor. Slučaj je od značaja jer je prekinuta dotadašnja praksa prema kojoj su sporovi koji su pogodeni korupcijom smatrani nearbitrabilnim.³⁴

II Pravo i obaveza tribunala da istražuju postojanje korupcije po službenoj dužnosti (*ex officio* ili *sua sponte*)

O postojanju korupcije arbitri mogu saznati na osnovu navoda stranaka ili će ih na to uputiti elementi odnosa ili posredne indicije koje stvaraju sumnju o postojanju korupcije.

U svojim podnescima stranke se mogu pozivati na postojanje protivzakonitog ponašanja druge strane ili navesti da je saglasnošću volja ugovorena korupcija. Ukoliko je na ovaj način ukazano na postojanje korupcije u spornom odnosu, tribunal ima obavezu da ispita ove navode. Takva obaveze proi-

³⁴ Vid. G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2009, str. 804, 805. Mali broj država, među kojima je i Pakistan, ove sporove još uvek smatra nearbitrabilnim.

stiže iz mandata koji su stranke dale arbitratima da donesu odluku u spornom odnosu. Uslov da doneta odluka bude izvršena jeste da je doneta na osnovu relevantnih činjenica i poštujući pravila postupka. U tom smislu, uslov za ispunjenje poverenog mandata arbitara je da razmotre i utvrde navode da je ugovor nevažeći, protivzakonit ili na drugi način protivan javnom poretku.³⁵ Samo ukazivanje od strane stranaka na postojanje korupcije nije dovoljan razlog da se ugovor poništi. Neophodno je da postoji valjani dokaz o postojanju korupcije da bi ugovor mogao da bude poništen. Ovakav stav prihvaćen je i u arbitražnoj praksi.³⁶

Međutim, ako stranke u svojim podnescima ne navedu postojanje korupcije, a tribunal posumnja na postojanje korupcije, nejasno je da li ima pravo da po sopstvenoj inicijativi istražuje postojanje korupcije i donosi odluku na osnovu ovih indicija.³⁷ Drugim rečima, da li arbitri kvalifikaciju pravnog odnosa mogu učiniti isključivo na osnovu *prima facie* ugovora ili mogu ispitivati stvarnu volju stranaka. Ne treba zaboraviti da je, za razliku od nacionalnih sudova, osnovni zadatak arbitra da donese arbitražnu odluku koja će biti izvršena.³⁸ Pri čemu, odluka koja je suprotna javnom poretku neće se moći izvršiti. Sa druge strane, arbitri se mogu posmatrati na način da vrše određenu pravosudnu funkciju tako što donose odluke koje su izjednačene sa pravosnažnim sudskim presudama.³⁹ U tom smislu, arbitraža se može posmatrati kao dodatak pravosuđu koji je privatnopravne prirode, ali ipak ne predstavlja deo njega.

Ne ulazeći u pravnu prirodu arbitraže, ovde treba napomenuti da i država i stranke očekuju od arbitara da reše spor u skladu sa principima javnog poretka i imperativnih propisa, poštujući obim ovlašćenja dobijen od stranaka. U tom smislu, arbitar nema dužnost niti je ovlašćen da ispituje povredu javnog poretka (ispitujući postojanje korupcije) bez indicija stranaka ili bez očiglednih indicija koje ukazuju na postojanje korupcije⁴⁰.

³⁵ Isto, str. 2183.

³⁶ U nizu arbitražnih odluka, vid. ICC slučaj br. 4145, Clunet 985(1985), YBCA (1987); ICC slučaj 5622, 3 Collection of ICC Awards 220, YBCA 105(1994); ICC slučaj 8891, Clunet 1076(2000) u kojima su odbačeni navodi o postojanju korupcije zbog nedovoljnih i slabih dokaza o njenom postojanju.

³⁷ N. Blackaby i drugi, n. delo, str. 134.

³⁸ A. Mourre, n. delo, str 229.

³⁹ Ph. Fouchard i drugi, n. delo, str. 10.

⁴⁰ Autori Cremades i Cairns smatraju da arbitri mogu sua sponte istraživati samo u slučajevima kada postoji *prima facie* dokaz o nezakonitom ponašanju. Vid. više BG. Cremades, D. Cairns, „Transnational public policy in international arbitral decision-making: The cases of bribery, money laundering and fraud”, *Arbitration, Money Laundering, Corruption and Fraud* (K. Karsten, A. Berkeley), ICC Institute of World Business Law, 2003, str. 81.

Ako arbitri po sopstvenoj inicijativi, *ex officio*, istražuju postojanje korupcije, arbitražna odluka može biti poništena ili će joj biti uskraćeno priznanje. Članovi 34 (2) (iii) i 36 (1)(2)(iii) UNCITRAL Model Zakona kao i čl. V(1)(c) Njujorške konvencije, predviđaju prekoračenje ovlašćenja arbitara kao razloge za poništaj i nepriznavanje arbitražne odluke. Međutim, ovo ne treba shvatiti tako da je tribunal vezan prevarnim ugovorom na taj način da isključi istraživanje postojanja korupcije i donese odluku koja je suprotna stvarnom stanju. Ukoliko tribunal na osnovu predočenih činjenica ili analizom elemenata ugovora posumnja na postojanje korupcije, ima pravo da traži od stranaka da pruže dodatna objašnjenja. Može se opravdanim smatrati da tribunal ispituje da li je naknada u iznosu od 10% od ukupne vrednosti nesrazmerno visoka u odnosu na izvršeni posao ili uobičajenu vrednost ugovarane naknade. U tom smislu, smatraće se da tribunal nije prekoračio svoja ovlašćenja sve dok su radnje koje preduzima u cilju dokazivanja navoda relevantne za rešenje slučaja koji je podnet arbitraži.⁴¹ Istraživanje i prikupljanje dokaza *sua sponte* prihvaćeno je i u arbitražnoj praksi.⁴² Prilikom istraživanja i prikupljanja dokaza o postojanju korupcije, tribunal bi trebalo da dokazuje samo činjenice koje su relevantne za sporni odnos. Tako je sud u postupku povodom poništaja arbitražne odluke, u predmetu *Minmetals Germany GmbH v. Ferco Steel Ltd*,⁴³ u kome se tuženi pozivao da prekoračenja ovlašćenja arbitara, istakao da je tribunal delovao u okviru svog mandata sve dok se oslanjao na dokaze koje su relevantni za rešavanje spora podnetog od strane stranaka, čak i kada takvi dokazi nisu podneti od strane stranaka.

To praktično znači da bi se davanjem prava arbitrima da ispituju postojanje korupcije *sua sponte*, smanjila i mogućnost da stranke zaključivanjem arbitražnog ugovora budu nagrađene za nemoralne ciljeve i simulovane poslove.

III Posledice postojanja korupcije na pravni život ugovora

Korupcija je sankcionisana na nacionalnom i međunarodnom planu. U većini nacionalnih prava predviđena je, pored građanske, i krivična odgovornost za počiniocima ovih dela. Nadležnost arbitražnog tribunala ograničena je na odlučivanje o građanskopravnim posledicama korupcije u određenom poslu. Arbitri će prilikom donošenja odluke o posledicama korupcije na pravnu

⁴¹ M. Hwang, K. Lim, n. delo, str. 10.

⁴² Vid. Slučaj *CRW Joint Operation v. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK* [2011] SGCA, str. 33.

⁴³ *Minmetals Germany GmbH v. Ferco Steel Ltd*, [1999] 1 All ER (Comm), str. 315.

sudbinu ugovora primeniti merodavno pravo (pravo koje su stranke odabrale, pravo mesta sedišta tribunala ili pravo zemlje u kojoj će se posao izvršiti) ili pravila transnacionalnog javnog poretka.⁴⁴

Ukoliko se dokaže da je ugovor zaključen između nalogodavca i posrednika predstavljao osnov korupcije, biće poništen. Ova sankcija nije sporna u međunarodnoj arbitražnoj praksi.⁴⁵ Primenjujući nacionalna pravila na sporni odnos, u većini država ovo delo je okarakterisano kao nezakonito i suprotno javnom poretku. U ovom smislu je i Odbor Međunarodne trgovačke arbitraže (International Commercial Arbitration Committee – ILA) na svom zasedanju posvećenom razvoju javnog poretka u poslednjih 20 godina, istakao da postoji međunarodna saglasnost da su dela davanja i primanja mita suprotna međunarodnom javnom poretku.⁴⁶ I citirani sudija (i arbitar) Lagergren je, mnogo ranije, u svojoj odluci opisao delo korupcije koje je bilo predmet spora kao “grubo kršenje dobrog morala i međunarodnog javnog poretka”.⁴⁷

Međutim, kako poništaj ugovora nije sporan, postavlja se pitanje povraćaja datog u tim okolnostima. Prema opštim pravilima ugovornog prava, poništaj ugovora dovodi po prava povraćaja datog i naknadu štete. U ovim ugovorima primena ovog načela nije moguća. U nezakonitim, odnosno nemoralnim pravnim poslovima primenjuje se princip *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.⁴⁸ Primena ovog principa može rezultirati i time da posrednik zadrži naknadu koju nije iskoristio u podmićivanju, te bude nagrađen na neki način. To je rizik sa kojim se učesnici ovih transakcija suočavaju. Dovoljavanje povraćaja datog, strane koje su učestvovala u nemoralnom poslu ostale bi nekažnjenje.

U drugom slučaju, kada je posrednik izvršio svoju obavezu, postavlja se pitanje punovažnosti ugovora zaključenog između nalogodavca i trećeg lica. Na postojanje korupcije može ukazati lice ili državni organ koji je zaključio posao, navodeći da je do zaključenja ugovora došlo kao posledica podmićivanja nekog od javnih funkcionera. Ovaj ugovor može se posmatrati na isti način kao ugovor zaključen između posrednika i nalogodavca i smatrati ga ništavim *ex lege*. Međutim, ovakav stav nije privlačen kao opšti princip međunarodnog prava.⁴⁹ Takav ugovor bi se pre mogao smatrati kao rušljiv

⁴⁴ V. više V. Pavić, n. delo, str. 678–682.

⁴⁵ Isto, str. 679.

⁴⁶ International Law Association Committee (ILA) on International Arbitration, *Interim Report on Public Policy as a bar to enforcement of international arbitral awards*, London Conference 2000, str. 22.

⁴⁷ Tačka 23 odluke.

⁴⁸ S. Perović, n. delo, str. 458, 459.

⁴⁹ V. Pavić, n. članak, str. 681

za stranu koja je savesna,⁵⁰ jer bi priznanje ništavosti ugovora drugu savesnu stranu lišilo legitimnih očekivanja. Međutim, savesna strana može tražiti njegov poništaj.⁵¹ U slučaju poništaja, savesna strana ima pravo na povraćaj datog.

Zaključak

Bez obzira na to što vlada uverenje da krivično i arbitražno pravo stoje na dijametralno suprotnim krajevima pravnog sistema, sporovi iz korupcije približavaju ove dve oblasti. Stav da su sporovi koji pružaju osnov korupciji nearbitrabilni, napušten je u arbitražnoj praksi. Ono što je pak ostalo nejasno jeste pravo tribunala da *po svojoj inicijativi* istražuje postojanje korupcije.

U strogom smislu posmatrano, prema pravilima međunarodnog arbitražnog prava, arbitri nemaju nadležnost da prema sopstvenoj inicijativi ispituju postojanje korupcije. Takvo istraživanje obuhvatalo bi ispitivanje činjenica i radnji koje stranke nisu iznele pred arbitražu i na taj način bi prekoračili poverene nadležnosti. Takvo ponašanje arbitara protivno je rešenjima Model zakona i Njujorške konvencije i predstavlja osnov za poništaj donete odluke. Međutim, kako je osnovna obaveza arbitara da reše spor na način da odluka bude izvršiva, neophodno je ispitati sve činjenice koje su relevantne za sporni odnos. Ukazivanje na nezakonit pravni odnos od strane stranaka predstavlja dovoljno relevantnu indiciju koju arbitri moraju ispitati.

Sa druge strane, ako arbitri sumnjaju da je spor nastao iz nezakonitog posla, obaveza donošenja izvršive odluke daje im pravo da takve sumnje i ispituju. Oni neće delovati *ultra petita* sve dok ispituju činjenice koje su od značaja za određeni odnos. U tom smislu se izjašnjava i sudska i arbitražna praksa. Ukoliko ispitivanje pokaže da postoji korupcija, tribunal će poništiti ugovor na osnovu pravila ugovornog prava pozivajući se na poštovanje javnog poretka.

⁵⁰ Vid. slučaj *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, ICSID case no. ARB/00//, Award (Octobar 4, 2006), tac. 164.

⁵¹ Čl. 8(2) Građanske konvencija o korupciji.

Jelena Vukadinović, LL.M.
Research Associate,
Institute of Comparative Law, Belgrade

ARBITRATION AND BRIBERY

Summary

The issue of bribery in international commercial arbitration throws up complex issues throughout the proceedings. The paper addresses the three concerns associated with claims tainted by bribery – arbitrability, investigative powers of arbitral tribunal(sua sponte) and legal consequences of a finding of bribery. Regarding arbitrability, it is clear that claims tainted by bribery are no longer non-arbitrable in nature. Sua sponte investigation of bribery by a tribunal fall within its mandate, if the existence of bribery is relevant to the resolution of the dispute submitted to it. Lastly, if a tribunal makes a finding of bribery, contracts procured by bribery must be set aside.