

Др Маја Д. Станивуковић, редовни професор
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs

УТИЦАЈ СУКОБА ИНТЕРЕСА КОЈИ ПРОИСТИЧУ ИЗ ПАРАЛЕЛНОГ ОБАВЉАЊА АДВОКАТСКЕ И АРБИТАРСКЕ ДЕЛАТНОСТИ НА ИМЕНОВАЊЕ АРБИТАРА¹

Сажетак: Арбитража је данас један од најзаступљенијих начина решавања међународних спорова, како трговинских тако и оних који проистичу из страних улагања. Од арбитра се очекује да буду стручњаци за арбитражу, да имају арбитражно искуство и да поседују значајне организационе способности. Примећна је специјализација и професионализација арбитрарске функције. Већина међународних арбитра у светским центрима арбитраже регистровани су као адвокати, али се и као адвокати баве само или претежно арбитражом. Због тога се може догодити да се у једном арбитражном поступку јојављују у функцији арбитра, док у другом арбитражом поступку јојављују као заседујући странаци. Описана ситуација може код странака да изазове сумњу у нејасноћу и независност арбитра. Постављање сукоба интереса, као постављање арбитрарске етике, од кључног је значаја за очување интегритета међународног арбитражног процеса. Неопходно је одредити оквире у којима се арбитра могу паралелно бавити адвокатском и арбитраском делатношћу кроз категоризацију чињеница и околности које морају или могу довести до сукоба интереса као основа за изузеће арбитра. Смернице о сукобу интереса у међународним арбитражним поступцима које је донела Међународна адвокатска комора (ИБА) јојављују велику важност овој врсти сукоба интереса. Међутим, на основу анализе може им се уједно кријка да су у погледу одређених околности претерано толерантне или да не обухватају све ситуације које се у пракси могу јавити, а које би могле негативно да утичу на интегритет арбитражног поступка.

¹ Овај рад је настао у оквиру пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ Правног факултета у Новом Саду.

Кључне речи: *арбитар, арбитража, сукоби интѐреса, Смернице ИБА о сукобу интѐреса у међународној арбитражи*

УВОД

Велики део правних спорова из привредних односа са иностраним елементом, који обухватају трговину и улагања, решава се арбитражом. У основу арбитраже налази се премиса да странкама суди изабрани арбитар.²

Значај избора проистиче из неколико околности и не може се превише нагласити. Прво, арбитражни поступак је обично једностепен.³ Државни судови могу да преиспитују арбитражне одлуке у ограниченом обиму,⁴ а процесне наредбе арбитра углавном нису подложне преиспитивању.⁵ Ретко постоји прилика да се учињене грешке у утврђивању чињеница и примени права исправе. Странке, по правилу, немају могућност да туже арбитра и да од њега траже накнаду штете због погрешно донете одлуке.⁶ Друго, у питању су спорови високе вредности, од чијег решавања често зависи успех или опстанак странака. Највећа инфраструктурна улагања и најзначајније трговинске трансакције обично у уговорним документима који их заокружују, садрже арбитражну клаузулу. Због тога странке желе да имају искусну личност која ће брзо и тачно схватити суштину њиховог спора, бити стручна и ефикасна у његовом решавању, и довољно ауторитативна да се њена одлука, када једном буде донета, не може лако оспорити пред судовима. Међутим, исто тако им је важно да та личност буде непристрасна и независна у одлучивању.⁷ Коначно, у доба инвестиционе арбитраже, од арбитра се очекује да има и висока морална својства и одређену изузетност, чак и елитни статус у професији,⁸ који му даје за право да суди сувереним

² В. нпр. члан V, став 1, тачка д Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука.

³ Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, et al., *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, 663.

⁴ Nigel Blackaby, Constantine Partasides, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th edition, 2015, 591.

⁵ Sigvard Jarvin, To What Extent Are Procedural Decisions of Arbitrators Subject to Court Review?, in Albert Jan van den Berg (ed), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series, Volume 9, 372.

⁶ Pieter Sanders (ed.), *The Art of Arbitration: Essays on International Arbitration*, 1982, 143.

⁷ О независности и непристрасности арбитра в.: Јелена Перовић, „Сумња у независност или непристрасност арбитра као основ захтева за његово изузеће“, *Правни животи* 11/2017, 66-69.

⁸ В. Конвенцију о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, чл. 14. став 1: „Лица одређена за листу морају имати висока морална својства и признату стручност у области права, трговине, индустрије или финансија и бити

државама за кршење међународног права. Све већи захтеви у односу на тражени профил арбитра и све већи број арбитражних спорова, довели су до специјализације ове делатности.

Истраживања показују да се главнина савремених арбитра регутује из адвокатске професије, али да се и као адвокати баве само или претежно арбитражом.⁹ Посебан проблем који се јавља у вези са тим представља могућност да се у неким поступцима појављују у функцији арбитра, док се у другим поступцима појављују као пуномоћници странака. Двоструке улоге могу да изазову сукобе интереса и да код странака изазову оправдану сумњу у непристрасност и независност арбитра. Питање сукоба интереса, као питање арбитрарске етике, од кључног је значаја за очување интегритета међународног арбитражног процеса. Неопходно је одредити оквире у којима се арбитражи могу паралелно бавити адвокатском и арбитраском делатношћу кроз категоризацију чињеница и околности које морају или могу довести до сукоба интереса као основа за изузеће арбитра. У којим ситуацијама правила етике забрањују да једно лице истовремено буде арбитра, односно члан судећег тела, и заступник у неком другом спору? Смернице о сукобу интереса у међународним арбитражним поступцима које је донела Међународна адвокатска комора (ИБА) поклањају велику пажњу овој врсти сукоба интереса. Међутим, на основу анализе може им се упутити критика да су у погледу одређених околности превише толерантне или да не обухватају све ситуације које се у пракси могу појавити, а које би могле негативно да утичу на интегритета арбитражног поступка.

У раду ћемо, прво, укратко навести одређена истраживања која потврђују претпоставку да је у савремено доба дошло до специјализације правника за обављање професије арбитра и да се велики број професионалних арбитра истовремено бави и адвокатуром (поглавље 1). Затим ћемо анализирати ситуације сукоба интереса које се јављају због чињенице да се арбитра професионално баве том делатношћу и због тога што се истовремено баве и заступањем у арбитражном поступку. Та анализа биће подељена на три врсте односа: односи који у таквој констелацији могу да постоје између арбитра и странке, између арбитра и другог арбитра и између арбитра и пуномоћника странке (поглавље 2). На крају ћемо говорити о дужностима које арбитражи имају према странкама у вези са саопштавањем таквих чињеница

таква да се може рачунати да ће независно одлучивати. Стручност у области права је од нарочитог значаја код лица на листи арбитра.“

⁹ Ово показује и најновија база података часописа *Global Arbitration Review – Arbitrator Research Tool* – која садржи низ података о арбитраима и њихове одговоре на различита питања како би се странкама које треба да именују арбитра олакшало проналажење одговарајуће личности. Једно од питања на која потенцијални арбитражи треба да одговоре је и када су постали чланови адвокатске коморе.

и о последицама несаопштавања (поглавље 3). Извешћемо и одређене закључке о томе да ли се све ситуације сукоба интереса могу нормативно обухватити.

1. СПЕЦИЈАЛИЗАЦИЈА ПРАВНИКА ЗА ОБАВЉАЊЕ ПРОФЕСИЈЕ АРБИТРА

Социолог Ив Дезале (*Yves Dezalay*) и адвокат Брајант Гарт (*Bryant Garth*) у књизи објављеној 1996. године под називом „*Dealing in Virtue*,” изложили су резултате научно-истраживачког рада о профилу и личним особинама успешних арбитра у међународним арбитражним поступцима. Аутори су дошли до закључка да се профил арбитра развијао и мењао, те да су од почетка седамдесетих година XX века, па до деведесетих година XX века постојале две „генерације“ арбитра: прву генерацију, названу „*Grand Old Men*,” чинили су прослављени правници који, додуше, нису били специјализовани у области арбитраже, али их је углед у другим областима права чинио достојним поверења за обављање дужности арбитра, док су припадници друге генерације, названи „технократе,” готово искључиво своје каријере посветили области арбитраже.¹⁰

Међутим, крај XX и почетак XXI века донели су даљи развој арбитражног права и праксе, те даљу пролиферацију арбитражних институција у свету. Последица тога била је промена става јавности и странака према арбитражи. Наиме, решавање спорова путем арбитраже сада се доживљава тек као још једно пословно питање које треба решити на исти начин као и остале пословне проблеме. С променом става о арбитражи, дошло је и до промене особина које се траже или очекују од арбитра, што је нагнало неке ауторе да почну да говоре о „трећој генерацији“ арбитра. О тој промењеној улози арбитра у поступку Швајцарац Томас Шулиц (*Thomas Schultz*) и Аустралијанац Роберт Ковач (*Robert Kovacs*) спровели су „надоградњу“ истраживања Дезалеа и Гарта.¹¹

Резултати истраживања показали су да постоје критеријуми на основу којих се именују арбитра – у питању су личне особине од значаја за оцену компетентности арбитра у арбитражним поступцима. Међу најзначајније спадају специјализација у области арбитражног права и праксе, организационе способности и искуство у својству арбитра.¹²

Доказе за искуствену тврдњу да се у међународним оквирима развила професија арбитра можемо наћи на сваком кораку, у биографијама многих познатих арбитра, али и у једном опсежном социолошком истраживању о профилу и личним особинама успешних арбитра које је недавно спровео

¹⁰ Ibidem, 21-24.

¹¹ T. Schultz, R. Kovacs, 163.

¹² Ibidem, 164-166.

Флоријан Гризел (*Florian Grisel*) и чије је резултате изложио у чланку под насловом „*Marginals and Elites in International Arbitration*.”¹³ Гризел је засебно посматрао историјски развој арбитрарске професије у области међународне трговинске арбитраже, с једне стране, и у области међународне инвестиционе арбитраже, с друге стране и установио извесне законитости у погледу профила арбитрара од којих последњих деценија готово да није било одступања.

Аутор је закључио да данашњу арбитраску елиту у области међународне арбитраже карактеришу веома уједначене одлике. Прво, готово сва имена са списка најуспешнијих арбитрара у области међународне трговинске арбитраже, су имена адвоката при чему су многи од њих основали butik-канцеларије (енгл. *boutique law firms*), с циљем да се посвете искључиво пружању неопходних услуга у вези с арбитражним поступцима у којима учествују у својству арбитрара или пуномоћника. Друга заједничка одлика ових личности јесте њихово истовремено учешће у академској заједници, било у облику професуре, било објављивањем радова у области међународне арбитраже. Коначно, трећа заједничка одлика припадника арбитрарске елите је чврста повезаност с водећим арбитражним институцијама, и то неретко у виду председничких, секретарских или сличних важних функција у тим институцијама.¹⁴

Такође, један од закључака Гризеловог истраживања јесте да су профили елитних инвестиционих арбитрара изузетно слични профилима елитних трговинских арбитрара, чак до те мере да постоји значајно преклапање између припадника ове две елите, при чему је приметан тренд да успешни трговински арбитрари касније постану успешни и у области инвестиционе арбитраже. Гризел указује на још једну одлику ових арбитрара која би могла томе да допринесе, а то је њихова „умреженост“ са великим глобалним адвокатским друштвима.¹⁵ Глобална адвокатска друштва које се баве и међународном трговинском и инвестиционом арбитражом, представљају додирну тачку између арбитрарских елита ове две области. Ова повезаност им омогућује да трговинске арбитраре именују у инвестиционим споровима, и, обратно, да инвестиционе арбитраре именују у трговинским.

Гризелово истраживање потврђује тезу о професионализацији у домену арбитраже.¹⁶ Већина арбитрара се професионално бави овим послом. Посебно

¹³ F. Grisel, *Marginals and Elites in International Arbitration*, *Oxford Handbook of International Arbitration*, 2017. Доступно на: https://www.academia.edu/34117818/Marginals_and_Elites_in_International_Arbitration.

¹⁴ F. Grisel, 226- 227.

¹⁵ О глобалним адвокатским друштвима видети на Википедији:

[https://en.wikipedia.org/wiki/Magic_Circle_\(law_firms\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Magic_Circle_(law_firms))

¹⁶ О професионализацији арбитрарске делатности се пуно пише у савременој правној науци. Можемо поменути и текст Sara Dezalay; Yves Dezalay: *Professionals of International Justice: From the Shadow of State Diplomacy to the Pull of the Market for Commercial Arbitration*, у књизи: *International Law as a Profession* (ed. Jean d'Aspremont, Tarcision Gazzini, André

је, с развојем система инвестиционе арбитраже, дошло до појаве читаве категорије арбитра који раде „пуно радно време“ и који се „готово похлепно грабе за велике предмете.“¹⁷

Премда је приметан тренд оснивања butik-канцеларија специјализованих за област арбитраже, и то махом у „арбитражним средиштима“ попут Париза, Лондона, Њујорка, и Вашингтона,¹⁸ већина елитних арбитра ради или је раније радила у глобалним адвокатским друштвима.¹⁹ Заступничка функција у високопрофилисаним међународним споровима такође је концентрисана у рукама глобалних адвокатских друштава, по правилу из северне хемисфере, са којима су елитни арбитраи умрежени, и у којима су често и запослени.²⁰ Три „најзаузетија“ адвокатска друштва, по наведеним подацима, јесу британски „Фрешфилдс Брукхаус Деринџер“ (енгл. *Freshfields Bruckhaus Deringer*), те америчка адвокатска друштва „Вајт енд Кејс“ (енгл. *White & Case*) и „Кинг енд Сполдинг“ (енгл. *King & Spalding*), која су у 2011. години била ангажована у чак 130 инвестиционих арбитражних поступака.²¹ Илустративан пример ангажованости ове 3 адвокатске канцеларије су и подаци са интернет странице ИЦСИД-а,²² који је један од најзначајнијих форума за решавање инвестиционих спорова, који показују да су се ове канцеларије укупно 171 пут појавиле пред ИЦСИД-ом као пуномоћници било инвеститора – тужилаца, било тужених држава. Према неким проценама, штавише, 25 од 30 случајева пред ИЦСИД-ом заврше у рукама ових глобалних адвокатских друштава.²³

Истовремено, међу 42 елитна арбитра ИЦСИД-а налазе се многи адвокати који су били запослени или су још увек запослени у глобалним адвокатским друштвима.²⁴ Другу велику групу чине елити арбитраи који су отворили

Nonkaemper, Wouter Werner), 311-337. Аутори упоређују садашњи модел стварања и дељења правде у међународном праву са адвокатским друштвом са Вол Стрита (Wall Street) и кажу да је тај модел створен управо да би се „олакшало кретање и акумулација различитих облика правног капитала између корпорација, науке и државне власти, 337.“

¹⁷ N. Ulmer, *The Cost Conundrum*, *Arbitration International*, Volume 26, Issue 2, 2010, 224.

¹⁸ P. Eberhardt, C. Olivet, *Profiting from Injustice, Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute*, 2012, 15.

¹⁹ F. Grisel, 245.

²⁰ Према подацима објављеним у претходно цитираној студији, од 20 адвокатских друштава која се најчешће појављују као заступници у инвестиционој арбитражи, чак 14 је са седиштем у Сједињеним Америчким Државама, 3 са седиштем у Уједињеном Краљевству, 1 са двојним седиштем у Сједињеним Америчким Државама и Уједињеном Краљевству, те по 1 адвокатско друштво из Француске и Канаде. P. Eberhardt, C. Olivet, 20-21.

²¹ *Ibidem*, 8.

²² В. вебсајт ИЦСИД-а <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx> [18. октобра 2017. године].

²³ P. Eberhardt, C. Olivet, 22.

²⁴ На пример, Чарлс Брауер (*Charles Brower*) је био партнер у „Вајт енд Кејсу“, Јан Полсон (*Jan Paulsson*) је био партнер у „Фрешфилдсу“, пре него што је 2014. са двојицом колега отворио butik-канцеларију „Три круне“ (енгл. *Three Crowns*), која има пословне јединице у

сопствене канцеларије које се баве претежно заступањем у арбитражним поступцима.²⁵ Значајан број арбитрара своју арбитрарску праксу обављају и у својству енглеских баристера,²⁶ са седиштем у неколико главних баристерских одаја (енгл. *barrister's chambers*) у Лондону,²⁷ а многи од њих су као баристери, носиоци елитне титуле „краљичиног адвоката“ (енгл. *Queen's Counsel, QC*).

Несумњиво је да оваква „тржишна структура међународне арбитраже“²⁸ доприноси квалитету арбитражних услуга, али има и негативне стране: раст трошкова,²⁹ мешање улоге арбитра и пуномоћника и могуће сукобе интереса.

2. СУКОБИ ИНТЕРЕСА КОЈИ ПРОИСТИЧУ ИЗ СПЕЦИЈАЛИЗАЦИЈЕ ЗА ОБАВЉАЊЕ ПРОФЕСИЈЕ АРБИТРА

Чланови елитног арбитраског клуба врло се добро познају, и чине праву малу, чврсту заједницу,³⁰ по неким и „мафију“.³¹ Они заједно седе у истим арбитражним већима, учествују у арбитражним поступцима час као арбитра, час као пуномоћници, и понекад једни друге позивају да се појаве у арбитражним поступцима у својству експерата. Они су партнери у адвокатским друштвима и често прелазе из једног друштва у друго, или напуштају глобално адвокатско друштво и оснивају бутик-канцеларију. У таквим условима, сукоби интереса постају неминовни.

Лондону, Паризу и Вашингтону, Емануел Гајар (*Emmanuel Gaillard*), партнер је у „Кинг енд Сполдингу“ (енгл. *King & Spalding*) итд. Опсежно истраживање о овој појави спровели су аутори М. Langford, D. Behn, R. H. Lie, *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, *Journal of International Economic Law*, Volume 20, 2017, 301–331.

²⁵ Уз Јана Полсона, ту су и Гарбијела Кауфман-Колер (*Gabrielle Kaufmann-Kohler*), Алберт Јан Ван ден Берг (*Albert Jan van den Berg*) и Бернар Анотју (*Bernard Hanotiau*), Хуан Фернандез-Арместо (*Juan Fernández-Armesto*), Станимир Александров (*Stanimir Alexandrow*) и други.

²⁶ На пример, Чарлс Брауер (*Charles Brower*), Вон Лоу (*Vaughan Lowe*), Ив Фортје (*Yves Fortier*), Виви Видер (*VV Veeder*), Закари Даглас (*Zachary Douglas*) итд.

²⁷ To su: Essex Chambers, 20 Essex Street and Matrix Chambers.

²⁸ F. Grisel, 242.

²⁹ Према подацима које је прикупила Организација за економску сарадњу и развој (енгл. *Organisation for Economic Co-operation and Development*), укупни трошкови поступка у инвестиционим споровима износе, у просеку, око 8 милиона америчких долара, а могу достићи и износ од чак 30 милиона америчких долара. Од укупних трошкова поступка, око 82 процената чине трошкови пуномоћника, чије адвокатске канцеларије, за своје услуге, често наплаћују сатнице од 1000 америчких долара по адвокату, при чему су неретко читави тимови адвоката укључени у поступак. Око 16 процената укупних трошкова арбитражног поступка чине хонорари арбитра. OECD (2012) *Investor-State Dispute Settlement, Public Consultation*: 16 May – 9 July 2012, 18-19.

³⁰ Ibidem, 36.

³¹ D. Kapeliuk, *The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators*, *Cornell Law Review*, Volume 96, Issue 1, 2010. Појам „мафија“ помиње и F. Grisel, 221, као и Sergio Puig, *Social Capital in the Arbitration Market*, *European Journal of International Law*, 2014, 423.

Двострука улога коју једна личност игра повлачи за њу етичка питања. Одлука коју доноси у својству арбитра могла би да противна интересима странке коју заступа у својству заступника. Код осталих, може да се пробуди сумња о томе да арбитар има интерес да одлучи о правном питању које се јавља у одређеном предмету на одређени начин, уколико је то исто правно питање предмет спора у другом арбитражном поступку у коме се он јавља као заступник.³² По речима једног арбитра, симултано обављање функције адвоката и арбитра је „судар возова који само што се није десио“, јер је само питање времена када ће се обелоданити да је арбитар који је такође поступао и као адвокат био непосредно или посредно заинтересован за исход спора.³³ Ризик да се то деси посебно је изражен у случају када арбитра и заступници црпе већи део својих предмета, свог посла, из посебног система арбитражног решавања спорова, као што је на пример ИЦСИД (ICSID) или КАС (CAS)³⁴, где се одређена правна питања често понављају и где наредна именовања арбитра у великој мери зависе од колега који се баве истим послом. У таквим околностима, странке које заступају адвокати који нису из истог круга, лошије пролазе. Из тог разлога, КАС је на пример у свом Правилнику од 2010. године потпуно укинуо могућност да арбитра КАС-а заступају странке у поступцима пред овом арбитражном институцијом.³⁵

У Смерницама о сукобу интереса у међународној арбитражи (енгл. *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*; у даљем тексту: Смернице или Смернице о сукобу интереса) које је донела Међународна адвокатска комора 2014. године објашњено је када се сматра да су арбитра и ситуацији која основано може да доведе у питање њихову непристрасност и независност. Смернице немају обавезну снагу,³⁶ али су користан и широко прихваћен документ приликом одлучивања арбитра да ли ће прихватити функцију, а имају индикативну вредност и приликом одлучивања о изузећу арбитра.³⁷

³² Philippe Sands, Conflict of Interest for Arbitrators and/or Counsel, у књизи Meg Kinneer, Geraldine R. Fischer, et al. (eds), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International 2015, 660.

³³ *Ibidem*, 666. Цитирана опаска аутора и арбитра Филипа Сендса односи се на истовремено обављање адвокатске и арбитрарске функције појединаца у оквиру арбитражних поступака ИЦСИД-а.

³⁴ Арбитражни суд за спорт у Лозани (Court of Arbitration for Sport).

³⁵ Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-Related Disputes (2004, sa izmenama 2010), paragraf 18.

³⁶ В. Davor Babić, Zrinka Mustafa, Challenge of arbitrators under the 2011 Zagreb Arbitration Rules, *Zbornik PFZ*, 2/2015, 218.

³⁷ В. нпр. *Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. Bolivian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/9, Decision on the Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern and Professor Guido Santiago Tawil, Arbitrators, 20 May 2011, пасуц 74; *Highbury International AVV, Compañía Minera de Bajo Caroní AVV and Ramstein Trading Inc. v. Bolivarian*

Усмерићемо пажњу на правила Смерница о сукобу интереса која се односе на ситуације када је лице које треба да буде именовано за арбитра адвокат који се бави арбитарском делатношћу и заступањем странака у арбитражним поступцима, како бисмо установили какве то последице може да има по његову непристрасност и независност. Излагање ћемо поделити на три дела: однос арбитра и странке (3.1.), однос арбитра и другог арбитра (3.2.) и однос арбитра и пуномоћника странке (3.3.).

Ради бољег разумевања, представимо укратко структуру овог документа. Смернице се састоје из два дела. Први део садржи Опште стандарде који се односе на непристрасност и независност арбитра и дужност саопштавања релевантних чињеница, док други део Смерница чине одредбе о Практичној примени Општих стандарда – то су, заправо, инструкционе листе са описом околности које у пракси доводе или могу довести до сукоба интереса арбитра. Те листе су, како сликовито наводе аутори Живковић и Јовановић, „попут светла на семафору, подељене у три групе: црвену, наранџасту и зелену.“³⁸ Црвену листу чине оне околности које стварају основану сумњу у независност и непристрасност арбитра, при чему неке од њих нужно доводе до изузећа арбитра, док се у погледу других странке могу одрећи права да траже изузеће арбитра, упркос томе што постоји основана сумња у његову независност и непристрасност.³⁹ Оранж (наранџасту) листу чине оне ситуације у којима „чињенице конкретног случаја у очима странака могу да изазову сумњу у непристрасност или независност арбитра,⁴⁰ али у овим околностима не долази до аутоматског закључка о неподобности арбитра за вршење дужности нити се ствара претпоставка да арбитар треба да се изузме.⁴¹ Коначно, Зелену листу чине оне околности које арбитар није дужан да пријави јер објективно не представљају чак ни привидан сукоб интереса.⁴²

2.1. Однос арбитра и странке

2.1.1. Однос арбитра и странке који проистиче из чињенице да се арбитар паралелно бави и правним заступањем

Арбитар који се бави и правним заступањем може доћи у ситуацију описану у Црвеној листи, да клијент⁴³ којег иначе редовно саветује жели да

Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/14/10, Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Brigitte Stern, 9 June 2015, пасус 79.

³⁸ М. Јовановић, У. Живковић, Сукоб интереса као основ неподобности за обављање дужности арбитра, *Правни живоић бр. 11/2013*, 342.

³⁹ Смернице, други део, Примена општих стандарда, 2.

⁴⁰ Смернице, други део, Примена општих стандарда, 3.

⁴¹ М. Јовановић, У. Живковић, 343.

⁴² Ibidem, 344.

⁴³ Под „клијентом“ се у овом тексту подразумева корисник услуга адвоката.

он/она буде њен арбитар у неком спору. Овакво именовање се не сме прихватити ако потенцијални арбитар од саветовања тог клијента остварује значајан доходак, јер то представља апсолутни разлог за изузеће којег се странке у арбитражном спору не могу одрећи.⁴⁴ Напротив, ако арбитар од саветовања тог клијента не остварује значајан доходак, странке⁴⁵ се могу одрећи позивања на овај разлог за изузеће.⁴⁶

Низ других блиских односа са странком у спору такође су стављени у категорију разлога за изузеће који нису апсолутни, односно којих се странке могу одрећи, или чак у категорију односа који не стварају унапред претпоставку да арбитар треба да се изузме:

- ако је арбитар дао странци правни савет или правно мишљење о конкретном спору у коме треба да буде арбитар;⁴⁷
- ако арбитар тренутно заступа или саветује странку или лице повезано са њом;⁴⁸
- ако је арбитар заступао странку у неком другом спору, али је сада више не заступа, или је заступао противника једне од странака. Овакав однос треба да се пријави само ако је постојао у претходне три године пре именовања;⁴⁹
- арбитар редовно заступа једну од странака, али то заступање нема везе са конкретним спором.⁵⁰

Наведене односе, а посебно „редовно заступање“ странке са оранж листе, није лако разликовати од „редовног саветовања“ странке са црвене листе, што отвара простор за несигурност.

Појам странке се проширује на правна и физичка лица која контролишу привредно друштво и на екстерне финансијере. Уколико је једна од странака у поступку правно лице, свако правно или физичко лице које има контролни утицај на то правно лице, или које има непосредни економски интерес за доношење одлуке у арбитражном поступку, или дужност да обештети странку ако буде донета арбитражна одлука против ње, изједначава се с том странком,⁵¹ при чему се под појмом „екстерни финансијер“ подразумева свако лице које новцем или другим средствима помаже тужилачкој или туженој страни у поступку и које има непосредан економски интерес за доношење одлуке у арбитражном поступку или дужност да обештети странку у поступку у случају неповољне арбитражне одлуке.⁵²

⁴⁴ Црвена листа, ¶ 1.4.

⁴⁵ Под „странком“ се у овом тексту подразумева учесник у арбитражном поступку.

⁴⁶ Црвена листа, ¶ 2.3.7.

⁴⁷ Црвена листа, ¶ 2.1.1.

⁴⁸ Црвена листа, ¶ 2.3.1.

⁴⁹ Оранж листа, ¶ 3.1.1. и 3.1.2.

⁵⁰ Оранж листа, ¶ 3.2.3.

⁵¹ Општи стандард 6 (б).

⁵² Објашњење Општег стандарда 6 (б).

Једна од странака може покушати и да у току поступка привуче арбитра који се бави заступањем на своју страну тако што ће њему или његовој адвокатској канцеларији обезбедити уносан посао, неки предмет који није у директној вези са спором у коме се он појављује као арбитар. Овакав потез је део герилске тактике⁵³ коју адвокати странака све успешније примењују у међународној арбитражи. Ако арбитар прихвати клијента којег му је обезбедио адвокат тужиоца то би могло у очима друге странке у спору, да доведе у питање његову непристрасност и независност (мада на пример, оваква ситуација није наведена у Оранж листи). С друге стране, у случају да после саопштавања ове чињенице друга страна приговори, арбитар има дужност да одбије примамљиви посао, што би код њега могло да створи негативан однос, негативну предиспозицију, према тој другој странци.

2.1.2. Однос арбитра и странке који проистиче из чињенице да је арбитар члан адвокатског друштва

У начелу, арбитар се идентификује са својим адвокатским друштвом. Делатност арбитравог адвокатског друштва, према томе, релевантна је за оцену његове непристрасности и независности. Ако се делатност друштва односи на (у оригиналу на енглеском: „*involves*“) једну од странака, то може представљати извор сукоба интереса. Смерницама је појашњено да се у таквом случају сукоб интереса испитује у зависности од конкретних околности. Реч „односи се на“ (то јест, „*involves*“) одабрана је због тога што не мора увек да буде реч о заступању клијента већ и о другим врстама пословних односа. На пример, један од партнера или адвоката у арбитравом друштву може бити именован за арбитра у другом спору у коме странка учествује.⁵⁴ Ипак, типична ситуација састоји се у томе да је арбитраво адвокатско друштво у последње три године заступало једну од странака или сада заступа једну од странака или да је заступало неког трећег против једне од странака у некој другој ствари, без учешћа самог арбитра.⁵⁵ Овакве везе не доводе до претпоставке да арбитар који је члан тог адвокатског друштва треба да се изузме.

Озбиљније последице има чињеница да је адвокатско друштво раније учествовало у датом случају (*had a previous but terminated involvement*). Ова чињеница може лако послужити разлог за изузеће, мада сам арбитар није био укључен у тај посао.⁵⁶

⁵³ О разним видовима герилске тактике у арбитражном поступку видети у књизи: G. Horvath, S. Wilske, *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, 2013.

⁵⁴ Објашњење Општег стандарда 6 (а). Оранж листа, ¶ 3.3.4.

⁵⁵ Оранж листа, ¶ 3.1.4. и 3.2.1.

⁵⁶ Црвена листа, ¶ 2.3.5.

Арбитар може бити у сукобу интереса и у ситуацији када је странка део групе друштава са којом арбитраво друштво има одређени пословни однос.⁵⁷ Ако арбитраво друштво редовно саветује неко друштво које припада истој групи друштава као и странка и од тога остварује значајан доходак, арбитар је „у црвеном“ и не сме да прихвати функцију. Исто важи и у случају када арбитраво друштво редовно саветује остала лица која се изједначавају са странком. Арбитар, дакле, мора да испита у сваком конкретном случају да ли је његово друштво, а не само он, у пословном односу са неким од ових лица.⁵⁸ Глобална адвокатска друштва која због саме своје величине и филијала расутих по целом свету имају већи потенцијал да буду правни саветници групи друштава којој странка припада, а да арбитар није упознат са тим, обично имају софтвер помоћу кога арбитар може да провери да ли је неки адвокат из његовог друштва заступао дату странку или лице повезано са њом.

2.1.3. Однос арбитра и странке који проистиче из чињенице да се арбитар професионално бави арбитравском делатношћу

Реалност је да се многи арбитра професионално баве овим послом, што, између осталог, доводи и до тога да их странке више пута именују за арбитра у различитим споровима. Будући да се професионално бави тим послом и да тај посао зависи од редовних именована, арбитар може постепено постати зависан од странке која га именује и настојати да одлука буде донета у њену корист како би себи обезбедио даља именована.⁵⁹

Вишеструка именована (енг. „repeat appointments“) у очима странака изазивају сумњу у непристрасност арбитра и често се јављају као разлог који се наводи када се захтева изузеће арбитра,⁶⁰ без обзира што у Смерницама фигурирају на Оранж листи (3.1.3.) и то само за период од последње три године и под условом да је било више од два именована од исте странке. У Оранж

⁵⁷ Општи стандард 6 (а).

⁵⁸ Црвена листа, ¶ 1.4.

⁵⁹ Видети пример из домаће судске праксе са узастопним именовањем вештака који наводе Павић и Хибер: Vladimir Pavić; Dragor Hiber, *Guerrilla Tactics and How-to-Counter Them in National Litigation: Experiences from Post-Socialist Legal Systems*, у књизи Günther J. Horvath and Stephan Wilske (eds), *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, *International Arbitration Law Library*, Volume 28, Kluwer Law International 2013, 153.

⁶⁰ Покушаји да се арбитра изузму из ових разлога, остали су, бар у ИЦСИД-у, безуспешни. Као пример се могу навести предмети: *Saba Fakes v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB/07/20), *Decision on Claimant's Proposal to Disqualify a Member of the Tribunal*, 26 April 2008, *Electrabel S.A. v. Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19), *Decision on the Claimant's Proposal to Disqualify a Member of the Tribunal*, 25 February 2008, и *Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/10/5), *Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator*, 23 December 2010.

В. I. Laird, В. Sabahi, F. Sourgens, T. Weiler, eds, *Investment Treaty Arbitration and International Law, Jurisnet, LLC*, Volume 8, 2015, 47-48.

листи се помиње још један сличан однос у вези са вишеструким именовањима: потенцијални сукоб интереса постоји ако арбитар тренутно учествује као арбитар у другој арбитражи, или је у последње три године учествовао као арбитар у другој арбитражи која се односи на неко повезано питање, а у којој учествује једна од странака или лице повезано са једном од странака (3.1.5). Ова врста сукоба је такође честа у пракси због тога што се поводом истог спорног односа може покренути више арбитражних поступака.

2.2. Однос арбитра и другог арбитра у већу

2.2.1. Однос арбитра и другог арбитра у већу који проистиче из чињенице да се арбитар паралелно бави и заступањем

Истовремено бављење арбитраском делатношћу и заступањем у арбитражним поступцима може да се комбинује на различите начине и да доведе до низа ситуација које, бар на први поглед, личе на сукоб интереса. Нису све, међутим, обухваћене Смерницама.

На пример, арбитар у арбитражном већу може током поступка да буде ангажован да заступа неку другу странку у неком другом поступку у коме је његов колега из арбитражног већа арбитар појединац или председавајући арбитар. Жеља арбитра да се као заступник приближи или додвори колеги који одлучује у том другом поступку може довести до тога да он као арбитар у првом арбитражном поступку не буде довољно самосталан у одлучивању. У таквим околностима, странка која га је именovala могла би бити заинтересована да сазна за његов ангажман у другом поступку.

Ипак, Смернице не захтевају саопштавање чињенице да арбитар тренутно учествује у својству пуномоћника у некој другој арбитражи у којој се други арбитар појављује такође у функцији арбитра. Ова ситуација није поменута чак ни на Зеленој листи.

Може се такође десити да су чланови арбитражног већа раније поступали или тренутно поступају заједно као заступници, односно адвокати, неке друге странке у неком другом поступку.⁶¹ Приликом заједничког заступања, међу њима се могао створити однос пријатељства или нетрпељивости који би могао да неповољно утиче на интегритет процеса одлучивања о правима странака у текућем спору.

2.2.2. Однос арбитра и другог арбитра у већу који проистиче из чињенице да је арбитар члан адвокатског друштва

Слично као и код претходне категорије односа поставља се питање да ли је арбитар независан ако је његово адвокатско друштво заступник у неком

⁶¹ Оранж листа, ¶ 3.3.9.

другом поступку у коме се један од његових колега у већу такође појављује као арбитар. Смернице се о овој ситуацији не изјашњавају.

С друге стране, примери блиског односа између арбитра који су наведени на Оранж листи, личе на ситуације до којих ће ретко доћи у пракси, бар када је реч о међународним арбитражама: арбитар и други арбитар су адвокати у истом адвокатском друштву или чланови истих баристерских одаја или су у последње три године били партнери у истом адвокатском друштву.⁶²

2.2.3. Однос арбитра и другог арбитра у већу који проистиче из чињенице да се арбитар професионално бави арбитражном делатношћу

Професионално бављење арбитражном делатношћу и улазак у круг елитних арбитра носи са собом велику вероватноћу да арбитар у више различитих поступака истовремено или у краћем временском интервалу служи заједно са другим арбитром у већу. Смернице не захтевају саопштавање чињенице да арбитар тренутно учествује са другим чланом већа у некој другој арбитражи, нити да је раније, макар и често, са њим учествовао у истим арбитражама. Познанства и пријатељства која се стварају честим заједничким радом у истим предметима могу да доведу до тога да се у арбитражном већу у коме заседају два таква арбитра створи неравнотежа,⁶³ тако да трећи арбитар буде неравноправан, или чак изолован. Због тога странка која је именовала трећег арбитра, може бити заинтересована да сазна такве детаље. Било би у складу са етиком арбитрашке професије да се такве чињенице саопште.

2.3. Однос арбитра и пуномоћника једне од странака

2.3.1. Однос арбитра и пуномоћника једне од странака који проистиче из чињенице да је арбитар члан адвокатског друштва

Однос између арбитра и пуномоћника странке често представља извор сукоба интереса што се може наслутити већ из одредаба Смерница које садрже опште стандарде. Тамо се наводи да је странка дужна да одмах саопшти ако постоји било какав однос између њеног пуномоћника и арбитра, укључујући ту и чланство у истим баристерским одајама.⁶⁴ Странка треба то сама да учини првом приликом. Ова обавеза се односи и на ситуацију када странка промени правнозаступнички тим у току поступка.

На Црвеној листи разлога који су по претпоставци довољни да дође до сукоба интереса и изузећа арбитра, али се могу отклонити, истиче се пре

⁶² Оранж листа, ¶ 3.3.1., 3.3.2. и 3.3.3.

⁶³ Смернице, практична примена Општих стандарда, ¶ 6.

⁶⁴ Општи стандард 7 (б), Оранж листа, ¶ 3.3.2.

свега случај када су арбитар и адвокат једне од странака чланови истог адвокатског друштва.⁶⁵

Раније је речено да су многи елити арбитри чланови баристерских одаја (енгл. *barristers' chambers*) у Лондону. У Смерницама се објашњава да се чланство у истим баристерским одајама не може изједначити са чланством у адвокатским друштвима за потребе утврђивања сукоба интереса. Ипак, у зависности од околности у конкретном предмету, може да буде потребно да се ова чињеница саопшти.⁶⁶

У правној ствари тужиоца Хрватске Електропривреде, д.д. против тужене Републике Словеније,⁶⁷ поставило се питање природе односа између једног од пуномоћника тужене државе и председника арбитражног већа који су припадали истим баристерским одајама, те питање последица које би њихов однос могао да има по релевантни арбитражни поступак. Од почетка поступка, тужиоца су заступали адвокати из америчке адвокатског друштва „Хантон и Вилијамс“ (енгл. *Hunton & Williams*), док су тужену државу заступали адвокати из адвокатског друштва „Ален и Овери“ (енгл. *Allen & Overy*) са седиштем у Лондону. Проблем је настао када су, неколико дана пре заказаног почетка усмене расправе, пуномоћници тужене државе доставили списак имена лица која ће присуствовати усменој расправи. На том списку налазио се и извесни Дејвид Милдон (*David Mildon*), носилац титуле „краљичиног адвоката“ (*QC*), члан раније поменутих баристерских одаја Есекса у Лондону (енгл. *Essex Court Chambers London*).⁶⁸ Спорна у тој ситуацији била је околност да је и председник арбитражног већа, Давид А.Р. Вилемс, (*David A. R. Williams, QC*), био члан истих баристерских одаја, додуше као тзв. „*door tenant*“ (баристер који се не бави заступањем странака, већ само наводи своје име на вратима баристерских одаја, а обавља своју арбитарску или медијаторску праксу ван тих одаја).⁶⁹

Након откривања ове околности, тужилац је у допису арбитражном већу изразио дубоку забринутост због одлуке тужене државе да свега неколико дана пред почетак усмене расправе обавести тужиоца и арбитражно

⁶⁵ Црвена листа, ¶ 2.3.3.

⁶⁶ Објашњење Општег стандарда 6 (а).

⁶⁷ *Hrvatska Elektroprivreda, d.d. v. the Republic of Slovenia* (ICSID Case No. ARB/05/24), *Tribunal's Ruling regarding the participation of David Mildon QC in further stages of the proceedings*, 6 May 2008.

⁶⁸ *Ibidem*, ¶3.

⁶⁹ Баристерске одаје могу да на овај начин приме у чланство само бивше судије, заплене баристере и адвокате из других јурисдикција који се баве арбитражом или медијацијом. В. објашњење Одбора за стандарде енглеске адвокатске коморе (*Bar Standards Board*) доступно на линку:

https://www.barstandardsboard.org.uk/media/1555638/16_-_door_tenants_and_associate_members_of_chambers.docx

веће о својој намери да на усменој расправи користи правне услуге баристера Дејвида Милдона.⁷⁰ Тужилац је захтевао, имајући у виду Општи стандард 2(б)⁷¹ и став 3.3.2.⁷² Оранж листе Смерница, да тужена држава што пре достави потпуне податке о личном и професионалном односу између Дејвида Милдона и председника арбитражног већа, као и било које друге чињенице и околности које у очима разумног трећег лица могу довести у основу сумњу арбитраву непристрасност и независност уколико би се Дејвид Милдон појавио као пуномоћник тужене државе на усменој расправи, те све податке који се односе, с једне стране, на предвиђену улогу Дејвида Милдона на усменој расправи и, с друге стране, на време када је тачно Дејвид Милдон ангажован.⁷³

Председник арбитражног већа одговорио је на тужиочев допис, истакавши да, до тог тренутка, није знао да је Дејвид Милдон део правног тима тужене државе, да с њим није ни у каквом личном односу, а да се њихов професионални однос заснива искључиво на чињеници да је Дејвид Милдон члан баристерских одаја Есекса, док је председник арбитражног већа тзв. „door tenant“ у истим баристерским одајама, те да сматра да не постоје околности које би утицале на његово независно и непристрасно поступање у предметном поступку.

С друге стране, пуномоћници тужене државе, у одговору на допис, навели су да немају обавезу да удовоље тужиочевом захтеву за пружањем тражених информација, али да је Дејвид Милдон свеједно добровољно удовољио захтеву, и да је потврдио да је једини професионални однос између њега и председника арбитражног већа то што су чланови истих баристерских одаја, односно чињеница да се председник арбитражног већа арбитражном праксом бави на истој адреси на којој се Дејвид Милдон води као један од samozапослених баристера (тзв. „tenant“), те да не постоје никакве њему познате чињенице или околности које би код разумног трећег лица довеле у основу сумњу непристрасност или независност председника арбитражног већа. Пуномоћници тужене државе одбили су да пруже информације о томе када је Дејвид Милдон ангажован као део правног тима Републике Словеније и која ће бити његова улога на усменој расправи.

⁷⁰ *Hrvatska Elektroprivreda*, ¶4.

⁷¹ Општи стандард 2 (б) предвиђа да ће арбитар одбити именовање, односно да ће се повићи ако је поступак већ отпочео, уколико приликом именовања постоје, или су после именовања настале чињенице или околности које би, са становишта разумног трећег лица, изазвале основу сумњу у арбитраву непристрасност или независност, осим уколико се странке нису одрекле права да траже изузеће арбитра по том основу у смислу Општег стандарда 4.

⁷² Оранж листа ¶3.3.2. предвиђа да се сматра да постоји однос између арбитра и другог арбитра или пуномоћника странке уколико су арбитар и други арбитар, односно пуномоћник странке чланови истих баристерских одаја.

⁷³ *Hrvatska Elektroprivreda*, ¶4.

У следећем допису, тужилац је поновио своје раније ставове, истакавши да је за тужиоца, као странку која није упозната са специфичностима енглеског правног система, „чињеница да су председник арбитражног већа, неко ко треба да председава важном усменом расправом чији је почетак заказан за мање од недељу дана, и пуномоћник тужене државе чланови истих ‘одаја,’ свакако разлог за велику забринутост.“⁷⁴ Тужилац, даље, наводи да је његова бојазан оправдана, имајући у виду да се у данашње време баристерске одаје често промовишу колективно, рекламирајући своје чланове и њихове професионалне способности, те да Смернице Међународне адвокатске коморе у Општим стандардима 3 и 7 прописују обавезу хитног пријављивања релевантних околности од стране арбитра и странака у поступку, док се из реферата радне групе у вези са доношењем Смерница види да би „баристери који су чланови истих одаја требало да пријаве те околности чим постану свесни учешћа још једног члана тих одаја у истом арбитражном поступку, било у својству арбитра, пуномоћника или у неком другом својству.“ Полазећи од такве ситуације, тужилац је захтевао од арбитражног већа да донесе одлуку којом се туженој држави забрањује да се служи правним услугама Дејвида Милдона у даљем току поступка.

У одговору на овај допис, пуномоћници тужене државе истакли су да се, супротно наводима тужиоца, наведене одредбе Смерница не могу применити у конкретном случају, јер се Општи стандард 3 односи на арбитра, а Општи стандард 7 на странке, док Дејвид Милдон није ни једно ни друго.

Коначно, одлуку је морало да донесе арбитражно веће пре него што је поступак напредовао у фазу усмене расправе о меритуму спора. Закључивши да је овлашћено да донесе такву одлуку на основу Вашингтонске конвенције и Арбитражних правила ИЦСИД-а, арбитражно веће упустило се у анализу положаја баристера и баристерских одаја, те последица тог положаја по конкретни арбитражни поступак.

Арбитражно веће је прихватило да су баристери самостални практичари, што значи да баристерске одаје не представљају адвокатска ортачка друштва у којима су баристери партнери или запослени, али је истакло да такав положај баристерских одаја није општепознат и општеприхваћен, а и саме баристерске одаје су се промениле у условима савременог тржишта професионалних услуга, тако да се често представљају према спољном свету као колективитет. Арбитражно веће даље је приметило да се та промена карактера баристерских одаја одразила и на реферат радне групе у вези с доношењем Смерница Међународне адвокатске коморе, у којима се истиче да „постоји оправдан разлог да се баристерске одаје третирају на исти начин као адвокатска друштва.“⁷⁵

⁷⁴ Ibidem, ¶7.

⁷⁵ O. L.O. De Witt Wijnen, N. Voser, N. Rao, 455.

Имајући то у виду, разумљива је тужиочева бојазан у вези с евентуалним учешћем Дејвида Милдона у поступку, јер би његово учешће у поступку у наведеном својству заиста могло код разумног трећег лица изазвати сумњу у погледу независности и непристрасности председника арбитражног већа. Мада тужена држава има право да слободно изабере своје пуномоћнике, што је фундаментално право странака, то право је, условно речено, апсолутно само до конституисања арбитражног већа, а потом нужно мора уступити пред начелом непроменљивости правилно конституисаног арбитражног већа из члана 56, става 1 Вашингтонске конвенције, што значи да тужена држава „нема право да накнадно измени састав свог правнозаступничког тима на начин на који би се угрозио статус или легитимитет арбитражног већа.“⁷⁶

Како је арбитражно веће нашло да одговорност за неблагоприятно саопштавање чињенице да је Дејвид Милдон део правнозаступничког тима лежи искључиво на туженој држави, морало је, ради очувања интегритета поступка и арбитражне одлуке, да обавезе тужену државу да се у поступку не користи правним услугама Дејвида Милдона.

У овом случају начело сталности функције пуноважно изабраног арбитра је превагнуло над начелом слободе избора пуномоћника, али није сигурно да би увек када странка користи ову врсту герилске тактике (изненадну промену заступничког тима), надлежно тело које одлучује о изузећу арбитра дало предност управо том начелу. Могући су и друкчији исходи. На пример у предмету *Ванеса Ђројив Венецуеле*,⁷⁷ проблем се појавио у току расправе о надлежности, која је одржана скоро три године после покретања поступка. Пре заказане усмене расправе, арбитражно веће је добио од странака списак учесника у којем се по први пут наводило име заступника тужиоца који је имао личне и професионалне везе са два арбитра у арбитражном већу. Пошто су на почетку расправе саслушали шта странке мисле о овом питању, арбитражи су поднели оставку. Нови Правилник Лондонског суда међународне арбитраже предвиђа да свака промена заступника или додавање новог заступника у арбитражном спору ступа на снагу само уз одобрење арбитражног суда. Арбитражни суд одлучује да ли ће такво одобрење дати узимајући у обзир све околности случаја, право странке да изабере свог заступника, фазу у којој се поступак налази и ефикасност поступка.⁷⁸

Пошто су многи елитни арбитражи потекли из глобалних адвокатских друштава, да би после отворили своје мале бутик-канцеларије, можемо се запитати да ли чињеница да је пуномоћник странке раније био партнер или запослени у истом глобалном адвокатском друштву као арбитар треба да се

⁷⁶ Ibidem, ¶26.

⁷⁷ *Vanessa Ventures Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, Award, пасузи 17–19 (Jan. 16, 2013).

⁷⁸ London Court of International Arbitration Rules, Arts. 18.3–18.4 (Oct. 1, 2014).

саопштава или је и то једна од оних чињеница које могу да се прећуте. Према Смерницама, ако је протекло више од три године од партнерства или друге врсте пословне повезаности, арбитар није дужан да их помиње.⁷⁹ Ипак, пријатељске везе настале током дугогодишњег рада у адвокатском друштву, не могу се тек тако избрисати и заборавити, те се чини да етика налаже да се такве везе, ако постоје, саопште странкама.⁸⁰

2.3.2. Однос арбитра и пуномоћника странке који проистиче из чињенице да се арбитар професионално бави арбитражном делатношћу

Као што смо раније поменули један од односа који се најчешће јавља у пракси одлучивања о изузећу је однос између арбитра и пуномоћника странке или адвокатског друштва које заступа странку у спору, који настаје услед вишеструких именована. Овај однос поменут је у тачки 3.3.8. Оранж листе Смерница.⁸¹ У предмету *Тадвојтер проив Венецуеле*,⁸² два преостала арбитра у већу одлучивали су о захтеву за изузеће своје колегинице, арбитраке Брижете Стерн, који је поднет не само због чињенице да ју је Венецуела именовала више пута у различитим споровима, него и због тога што је ова арбитрака добила низ арбитражних именована од адвокатског друштва „Кертис“ (енгл. *Curtis Mallet-Provost*) које је заступало Венецуелу. У одлуци донетој 2010. године, преостала два арбитра⁸³ су изнела следеће запажање:

„Потенцијални сукоб интереса проистиче из вишеструких именована из следећих разлога:

⁷⁹ Оранж листа, ¶ 3.3.3.

⁸⁰ У предмету *Ромејрол проив Румуније* поставило се питање да ли тужилац може да именује за заступника адвоката који је пет година (2004-2008) радио са једним од арбитра у истом адвокатском друштву. Румунија се позвала на одлуку у предмету Хрватска електропривреда против Словеније и тражила је да арбитражни суд искључи овог заступника странке из поступка. У одлуци донетој 2010. године, арбитражни трибунал је потврдио да има процесна овлашћења да искључи заступника странке, али да та овлашћења треба користити само када постоји надмоћна и неоспорна потреба да се заштити суштински интегритет целокупног поступка („should only be used when there is an “overriding and undeniable need to safeguard the essential integrity of the entire arbitral process.”), што, према оцени арбитражног суда овде није био случај. *B. Rompetrol Group N.V. v. Romania*, (ICSID Case No. ARB/06/3), Decision of the Tribunal on the Participation of a Counsel. <https://www.italaw.com/documents/RompetrolParticipation.pdf>

⁸¹ На Оранж листи није наведена ситуација када пуномоћник (или странка) док је арбитражни поступак још у току, именују истог арбитра у некој новој арбитражи. Она ће бити обухваћена само ако је то једно од “вишеструких” именована.

⁸² *Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/10/5), *Decision on Claimants’ Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator*, 23 December 2010.

⁸³ Према члану 58 Вашингтонске конвенције, решење о предлогу за изузеће арбитра доносе остали чланови арбитражног суда, уз одређене изузетке наведене у овом члану.

а) стављање у изглед сталних и редовних именована, са свим финансијским користима које то доноси, може створити однос зависности или утицаја на расуђивање арбитра;

б) постоји битан ризик да на арбитра могу утицати спољни фактори који нису саставни део предмета, као последица сазнања која ће стећи из других предмета.⁸⁴

Брижит Стерн није изузета у овом случају, као ни у предмету *Универзал њројтив Венецуеле*⁸⁵ у коме је захтев за изузеће поднет из сличних разлога. Такође, у јуну 2013. године је одбијен захтев за изузеће арбитра Франциска Орега Викање (*Francisco Orrego Vicuña*) у предмету *Русоро њројтив Венецуеле*,⁸⁶ због више узастопних именована за арбитра тужиоца од адвокатског друштва „Фрешфилдс.“ Ипак, председник Административног савета ИЦСИД-а је у децембру 2013. године у предмету *Бурлингтон њројтив Еквадора*⁸⁷ прихватио захтев за изузеће овог арбитра, између осталог и због неприхватљиво великог броја именована од тог познатог адвокатског друштва.

2.3.3. Однос арбитра и пуномоћника који проистиче из чињенице да се арбитра паралелно бави и заступањем

Изнанађује то што Смернице у другом делу који се односи на практичну примену Општих стандарда изложених у првом делу, не придају велики значај односу пуномоћника и арбитра који се истовремено бави суђењем и заступањем.

Помиње се само случај када арбитар тренуто заступа или саветује адвоката или адвокатско друштво које заступа једну од странака, што ће се ретко јавити у пракси.⁸⁸

Међутим, друкчији сукоби интереса су вероватнији, а нису поменути. Може се, на пример, догодити да је арбитар у неком другом спору у својству пуномоћника именовано пуномоћника једне од странака за арбитра, те да они, сходно томе, у том другом спору, имају управо обрнуте улоге. Из тога може следити однос међусобне лојалности – настојање да онај који ће судити клијенту арбитра у другом спору, буде задовољан одлуком према његовом клијенту у овом спору.

⁸⁴ Ibidem, ¶ 62.

⁸⁵ *Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/10/9), *Decision on the Proposal for the Disqualification of two Members of the Arbitral Tribunal*, 20 May 2011.

⁸⁶ *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB(AF)/12/5), *Decision on the Proposal for the Disqualification of arbitrator Francisco Orrego Vicuña*, 14 June 2013.

⁸⁷ *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/08/5), *Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña*, 13 December 2013.

⁸⁸ Црвена листа, ¶ 2.3.2.

Један број правних питања се често изнова и изнова покреће у инвестиционим споровима. Таква су нпр. питања временске надлежности, приписивања, дејства МФН клаузула, тумачења ФЕТ-а и слично. Типичан пример проблема с којим инвестициони арбитар у таквој ситуацији може да се суочи, у светлу захтева да буде непристрасан и независан, јесте случај када арбитар треба, без предрасуда, да одлучи о одређеном питању о коме истовремено износи свој став или га је износио као пуномоћник у неком другом поступку (тзв. *issue conflict*).⁸⁹ Овај случај помиње се у уводним одредбама другог дела Смерница, као један од примера чињеничних ситуација које нису изричито наведене на Оранж листи, мада би можда у одређеним околностима, заслуживале да буду саопштене странкама.⁹⁰

3. ДУЖНОСТ САОПШТАВАЊА РЕЛЕВАНТНИХ ЧИЊЕНИЦА И ПОСЛЕДИЦЕ НЕСАОПШТАВАЊА

Арбитража као начин решавања привредних спорова постала је значајан део савремених правних система, због чега је понекад називају и „приватним судом.“ С обзиром на такву природу арбитраже, арбитрари, као приватне судије, имају значајне етичке дужности како према странкама, тако и према јавности.

Етичке дужности арбитрара понекад су регулисане кодексима професионалне етике које доносе различита удружења⁹¹ или арбитражне институције,⁹² а као једно од најзначајнијих питања које је регулисано таквим кодексима јесте питање сукоба интереса, које је и централно за овај рад. Исто тако, Смернице о сукобу интереса формулишу одређене дужности арбитрара у вези са сукобима интереса.

Према општем правилу из Смерница, арбитар не треба да прихвати именовање, а у случају да је поступак већ у току, треба да прекине свој рад уколико сам посумња у сопствену непристрасност и независност. Исто правило се примењује ако би разумно треће лице, знајући за релеватне чињенице, имало оправданог основа да посумња у независност и непристрасност арбитра. Оправдан основ за сумњу постоји ако је вероватно да би на арбитра

⁸⁹ Philippe Sands, 654.

⁹⁰ Практична примена Општих стандарда, тач. 6. В. такође Р. Eberhardt, С. Olivet, 43.

⁹¹ На пример, Кодекс етике арбитрара у споровима који проистичу из привредних односа (енгл. *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*), чији су доносиоци Америчко удружење арбитрара (енгл. *American Arbitration Association*) и Америчка адвокатска комора (енгл. *American Bar Association*).

⁹² На пример, Кодекс етике арбитрара које је донела Миланска арбитражна комора (итал. *Camera Arbitrale di Milano*).

приликом одлучивања могли утицати и други фактори осим аргумената о оснoваности захтева који су изнеле странке.⁹³

Пре него што прихвати именоване, арбитар је дужан да саопшти чињенице које би могле довести у питање његову непристрасност и независност странкама, арбитражној институцији (ако то предвиђају њена правила) и органу именовања (ако тај орган постоји у датој арбитражи), као и другим арбитрама у арбитражном већу. Чињенице које је тек касније сазнао, дужан је да саопшти одмах по сазнању.⁹⁴ Подразумева се да арбитар који саопштава такве чињенице сматра себе подобним за обављање функције, јер би иначе одбио именовање или дао оставку. Сумња у погледу тога да ли неку чињеницу треба саопштити, решава се у корист саопштавања, и без обзира на то да ли је поступак у већ поодмаклој фази.⁹⁵

Такође, Смерницама је прописана и дужност арбитра да предузму неопходне кораке како би установили постојање евентуалних сукоба интереса и чињеница или околности које разумно могу довести у сумњу њихову непристрасност или независност, при чему је предвиђено да недостатак сазнања о постојању сукоба интереса не оправдава његово непријављивање уколико арбитар није предузео адекватне кораке како би установио да ли такав сукоб интереса постоји.⁹⁶

Треба ипак истаћи да непријављивање чињеница које би могле да доведу у сумњу његову/њену непристрасност и независност није само по себи разлог за изузеће арбитра. Као што се наводи у образложењу практичне примене правила, “само чињенице и околности које је он/она пропустио да саопшти могу да доведу до изузећа.”⁹⁷

ЗАКЉУЧАК

Успешан арбитар данас мора бити стручњак за арбитражу и поседовати значајне организационе способности. Већина арбитра се професионално бави овим послом, често као партнери у глобалним адвокатским друштвима. Није ретко да исти адвокати поступају у арбитражним поступцима час као арбитра, час као пуномоћници, а понекад једни друге позивају да се појаве у арбитражним поступцима у својству експерата. Због тога су сукоби интереса неминовни. Смернице о сукобу интереса у међународној арбитражи

⁹³ Општи стандард 2.

⁹⁴ О дужности арбитра да саопште релевантне чињенице, видети детаљно, Јелена Перовић, 69-72.

⁹⁵ Општи стандард 3.

⁹⁶ Општи стандард 7 (д).

⁹⁷ Практична примена Општих стандарда, тач. 5.

које је усвојила Међународна адвокатска комора (ИВА) идентификују низ ситуација у којима арбитар који је члан адвокатског друштва и који се истовремено бави заступањем, може доћи у сукоб интереса, али остављају такође низ ситуација непоменутих. Оне такође формулишу дужности арбитра везане за појаву сукоба интереса, као што су дужност саопштавања и дужности истраживања чињеница и околности које би могле да доведу у питање њихову непристрасност и независност. Проучавањем ситуација које су поменуте стиче се утисак да су Смернице веома толерантне у односу на ову врсту сукоба интереса. Већином их сврставају у оне разлоге који не представљају *a priori* разлог за изузеће (оранж листа) или представљају разлог за изузеће којег се странке могу одрећи. Само једна међу ситуацијама ове врсте сврстана је у листу апсолутних разлога за изузеће. То се можда може објаснити тиме што су у састављању смерница учествовали управо они чије интересе и сукобе интереса треба контролисати. Смернице је можда најбоље посматрати као показатељ да постоје бескрајне могућности за сукоб интереса између улоге арбитра и улоге адвоката у међународној арбитражи, али да ће тај сукоб ретко представљати препреку за обављање арбитрарске делатности.

*Maja D. Stanivuković, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs*

Conflict of Interest Arising from Acting as Both Counsel and Arbitrator and its Impact upon Appointment of Arbitrators

***Abstract:** Arbitration has become a dominant dispute resolution mechanism, both in international commercial and investment matters. Despite the significant differences that exist between these two fields, a single profession of arbitrator has emerged, whose members are engaged in both commercial and investment disputes. The members of this profession often sit together in arbitral tribunals, or else appear before the arbitral tribunals as representatives of the parties. They are also inextricably interconnected with global law firms, which secure the position of the arbitrators through repeated appointments. Bearing this in mind, one can only conclude that opportunities for conflicts of interest to arise are virtually endless. With the aim of preventing and regulating such situations, attempts have been made to categorise the circumstances and facts that could constitute conflict of interest, which may, or in some cases must lead to the disqualification of the pertinent arbitrator from the proceedings. One example of such an attempt are the IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration. However, the Guidelines are subject to criticism as they can be considered, at times, too tolerant or oblivious of certain potentially suspect situations that are bound to arise in arbitration practice.*

Keywords: *arbitrator, arbitration, conflicts of interest, IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.*

Датум пријема рада: 06.11.2017.