

*Mina Kuzminac, LL.M.**

DOMAŠAJ NEZAVISNOSTI I NEPRISTRASNOSTI VEŠTAKA KOG IMENUJE STRANKA U ARBITRAŽNOM POSTUPKU

Autorka se bavi pitanjem nezavisnosti i nepristrasnosti veštaka koje imenuju stranke u arbitražnim postupcima. Reč je o pitanju koje izaziva velike kontroverze i koje najčešće nije regulisano ili je samo usputno spomenuto u arbitražnim pravilima. Sa jedne strane, veštaci pomažu tribunalu i njihova uloga je da uz pomoć svog stručnog znanja doprinosu boljem razumevanju činjenica slučaja. Sa druge strane, veštaci su u arbitražnim postupcima neretko samo instrument u rukama stranke koja ih imenuje. U radu su objašnjena različita shvatanja o nezavisnosti i nepristrasnosti veštaka koja se kreću od onih koja zahtevaju potpunu nezavisnost i nepristrasnost ove kategorije veštaka do onih koja smatraju da je iluzorno očekivati bilo kakvu nepristrasnost i nezavisnost od veštaka kog angažuje sama stranka. Neminovno se postavlja i pitanje kako tribunal može (i treba) da reaguje u slučaju kada je mišljenje veštaka (u manjoj ili većoj meri) pristrasno.

Ključne reči: *Arbitraža. – Veštaci. – Dokazno sredstvo. – Nezavisnost. – Nepristrasnost.*

1. UVOD

Veštaci često učestvuju u arbitražnim postupcima – oni učestvuju u postupku jer poseduju znanje i stručnost u vezi sa određenom oblašću. Upravo stručnost veštaka pomaže arbitru, odnosno arbitražnom tribunalu da donese pravu (i pravednu) odluku.¹

* Autorka je doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *minakuzminac96@gmail.com* (Republika Srbija)

1 Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International. The Hague 2012, 932; Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, New York 2008, 176; Mark C. Baker, „Advocacy in International

Učešće veštaka je neretko ne samo korisno, već i nužno kako bi tribunalu bila razjašnjena složenija pitanja iz različitih oblasti.²

U tom smislu, treba uzeti u obzir reči Gaše Kneževića koji navodi: „Naime, ako je isporuka pravde, tj. donošenje pravosnažne (konačne) odluke, ciljani rezultat svake procedure (i sudske i arbitražne) kojom se štite prava pojedinaca, onda postupak koji se sastoji iz dobrog utvrđenja činjeničnog stanja (*praemissa minor*) i adekvatnog izbora odgovarajuće pravne norme pod koju se te činjenice imaju sumpsumirati (*praemissa maior*) postaje centralno, najosetljivije, ranjivo pitanje pravilnog odlučivanja koje je zaštićeno pravnim lekovima. Uloga svedoka i veštaka (pa i pravnih eksperata) vidljiva je na oba pola procesa sumpsumcije: a) i na nivou prava i b) na nivou činjeničnog stanja“.³

Iako su zadatak i uloga veštaka na prvi pogled veoma jasni, detaljnije bavljenje ovim pitanjem dovodi do niza nedoumica koje se tiču stepena nezavisnosti i nepristrasnosti veštaka. U vezi sa tim je na samom početku potrebno naglasiti da veštaka može da imenuje tribunal sa jedne strane, a sa druge strane mogu da ih imenuju stranke u postupku.⁴ Upravo ova razlika u položaju se odražava na zahtevani stepen nezavisnosti i nepristrasnosti, što će biti detaljnije obrađeno u radu.⁵

Arbitration“, *The leading arbitrators' guide to international arbitration* (eds. L. W. Newman, R. D. Hill), Juris Publishing, New York 2014, 668.

- 2 ICC, Issues for Arbitrators to Consider Regarding Experts, https://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0041.htm?l1=Commission+Reports#TOC_BKLI_2_1, 15. oktobar 2020; Nathalie Voser, Katherine Bell, „Expert Evidence in Construction Disputes“, *Global Arbitration Review* 2018; Klaus Sachs, Nils Schmidt-Ahrendts, „Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence“, *Arbitration Advocacy in Changing Times* (ed. A. Jan Van den Berg), ICCA & Kluwer Law International, The Hague 2011, 147; LCIA, Experts in International Arbitration, <https://www.lcia.org/News/experts-in-international-arbitration.aspx>, 12. oktobar 2020; Michael E. Schneider, „Technical Experts in International Arbitration“, *ASA Bulletin* 11(3), 446; Sebastiano Nessi, „Expert Witness: Role and Independence“, *New Developments in International Commercial Arbitration* (eds. C. Müller, S. Besson, A. Rigozzi), Schulthess, Zürich 2016, 72; Peter Rosher, „International arbitration: the independence of party-appointed experts: fact or fiction?“, *Financier Worldwide Magazine* 2019.
- 3 Gašo Knežević, „Efikasnost arbitraže i pravila o svedočenju i veštačenju: ima li mesta racionalizaciji?“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 63 (3–4)/2013, 664.
- 4 Elena Samaras, Christof Strasser, „Managing Party-Appointed Experts in International Arbitration – Analysis of the Current Framework and Best Practice Proposals“, *SchiedsVZ | German Arbitration Journal* 11(6)/2013, 314.
- 5 Kada je reč o stepenu nezavisnosti i nepristrasnosti, neophodno je uzeti u obzir da se „željena uloga“ veštaka razlikuje u zavisnosti od toga iz čije se per-

Naročito kada je reč o veštacima koje imenuje stranka u postupku, pitanje koje ostaje nerazjašnjeno jeste da li ova kategorija veštaka treba da bude nezavisna i nepristrasna.⁶ Ova dilema je dalje produbljena odsustvom jasnih pravila koja bi regulisala ovo pitanje. Takođe, uloga veštaka u određenom arbitražnom sporu može biti sporna ne samo zbog „držanja“ samog veštaka već i zbog toga što stranka angažovanjem određenog veštaka može zloupotrebiti pravo na dokazna sredstva.

Sporna pitanja koja se tiču položaja veštaka dovode i do porasta broja pitanja koja se tiču toga koje mogućnosti arbitar, odnosno arbitražni tribunal ima u tom slučaju, kao i potrebe za pronalaženjem najboljeg mogućeg rešenja (to jest najboljih mogućih rešenja) vezanih za uređenje položaja i uloge veštaka u arbitražnom postupku.

2. ODREĐENJE POJMA I ULOGE VEŠTAKA U ARBITRAŽNOM POSTUPKU

Prema definiciji, veštačenje je „dokaz o naučnom, tehničkom, profesionalnom ili drugom specifičnom pitanju koje daje osoba kvalifikovana za svedočenje zbog poznavanja predmeta ili završene posebne obuke u određenoj oblasti“.⁷ Veštak se određuje kao „osoba koja je obrazovanjem ili iskustvom razvila veštine i znanja iz određenog predmeta, tako da može imati mišljenje koje će pomoći onome ko donosi odluke“.⁸

spektive posmatra – iz perspektive advokata koji zastupa stranku, veštak se često smatra samo oruđem čija je jedina uloga da pomogne stranci da postigne željeni ishod spora.

6 „Godine 1994, Lord Vulf (Lord Thomas Woolf), tada jedan od najstarijih pravnika u Velikoj Britaniji, imenovan je za sprovođenje sveobuhvatne revizije sistema građanskog pravosuđa. Rezultat te revizije sadržan je u dobro poznatom nizu privremenih i završnih izveštaja u kojima je Lord Vulf izrazio zabrinutost zbog nesrazmernih troškova, neefikasnosti i složenosti postojećeg sistema parničnog postupka itd. Vulfov izveštaj je identifikovao dokaze veštačenjem kao područje kojem je potrebna velika reforma. Na prvom mestu, postojala je tendencija da veštaci budu pristrasni u korist stranke koja ih je imenovala, što je rezultiralo neefikasnošću kada su veštaci koje imenuju stranke usvajali suprotstavljena mišljenja samo da bi podržali argumente 'svoje' stranke. Naravno, sukobljeni dokazi veštaka mogu biti prirodna posledica bavljenja složenim oblastima, ali kada je ovaj sukob nastao usled oklevanja veštaka da odstupe od 'stranačke linije', korisnost izvođenja dokaza veštačenjem može biti dovedena u pitanje“ (vid. The Woolf Report 1995).

7 Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Thompson Vest, St Paul 2004, 619.

8 *Ibid.*

Veštačenje se ubraja u najbitnije i najčešće metode izvođenja dokaza u arbitražnom postupku.⁹ Nesporno je da veštaci predstavljaju dokazno sredstvo, i to izuzetno važno dokazno sredstvo u arbitražnom postupku.¹⁰ Mišljenje veštaka je sa jedne strane veoma važno za ishod spora,¹¹ a sa druge sastavni deo prava stranke da iznese svoje argumente.¹² Postupak koji nosi epitet pravičnog podrazumeva, između ostalog, upravo omogućavanje strankama da iznesu svoju argumentaciju.¹³

Iako je najčešći razlog učešća veštaka u arbitražnom postupku odsustvo znanja tribunala u vezi sa određenim složenijim (po pravilu tehničkim) pitanjem, potrebno je naglasiti da činjenica da neki od članova ili čak svi članovi tribunala imaju stručno znanje vezano za određenu oblast ne čini učešće veštaka suvišnim. I u tom slučaju, znanje veštaka će dodatno doprineti rasvetljavanju činjenica slučaja. Upravo učestvovanje veštaka u postupku omogućava „efikasnije i brže donošenje odluke“.¹⁴

Kriterijumi koje bi trebalo uzeti u obzir kada je reč o izboru veštaka su sledeći: nezavisnost, nepristrasnost, objektivnost i integritet.¹⁵ Pored toga, neophodno je uzeti u obzir i reputaciju veštaka.

9 *Ibid.*, 597, ICC, *op. cit.*; M. Moses, *op. cit.*, 176; S. Nessi, *op. cit.*, 72; Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, New York 2015, 394; K. Sachs, N. Schmidt-Ahrendts, *op. cit.*, 138; E. Samaras, C. Strasser, *op. cit.*, 319; N. Voser, K. Bell, *op. cit.*

10 G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 2014, 2277.

11 J. Waincymer, *op. cit.*, 605. Sa druge strane, značaj koji se pridaje mišljenju veštaka takođe mora biti umeren budući da „slepo praćenje“ mišljenja veštaka dovodi do situacije u kojoj de facto veštak odlučuje o ishodu spora. Upravo stručno znanje koje poseduju omogućuje veštacima da uz odgovarajuće argumente iznesu svoje stručno mišljenje. Međutim, to mišljenje nije obavezujuće za taj tribunal i veštak ne bi smeo da zadobije ulogu onoga ko odlučuje o ishodu spora – „tribunal može da zahteva pomoć, ali ne i da delegira samo odlučivanje“ *Ibid.*, 947.

12 Manuel A. Gomez, *Developing Expertise to Deal with „Experts“ in International Arbitration*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/10/17/developing-expertise-to-deal-with-experts-in-international-arbitration/>, 10. oktobar 2020.

13 J. Waincymer, *op. cit.*, 17.

14 LCIA News, *op. cit.*

15 The European Organization for Expert Associations, *Language Concerning the Use of Experts*, <https://euroexpert.org/fileadmin/Tmpl/documents/news/Definitions.pdf>, 17. oktobar 2020.

3. NEZAVISNOST I NEPRISTRASNOST VEŠTAKA

Jedno od veoma spornih, ako ne i najspornijih pitanja u vezi sa učešćem veštaka u arbitražnom postupku jeste da li (i ukoliko da, u kojoj meri) veštaci koje imenuju stranke treba (i moraju) da budu nezavisni i nepristrasni.¹⁶ Sporni karakter ovog pitanja se manifestuje u izjavi profesora Tomasa Veldea (*Thomas Wälde*) koji je rekao da je „nezavisnost veštaka kog imenuje stranka u velikoj meri (ali ne u potpunosti) fikcija“.¹⁷

3.1. Nezavisnost i nepristrasnost veštaka kog imenuje arbitražni tribunal

Nužno je naglasiti da postoji velika razlika između veštaka koje imenuje tribunal i veštaka koje imenuju stranke kada je reč o nezavisnosti i nepristrasnosti.¹⁸ „Pretpostavlja se da su veštaci koje je imenovao tribunal nezavisniji što se ogleda i u tome što podležu kontroli troškova od strane tribunala ili institucije u koju su uključeni“.¹⁹ Od veštaka koje imenuje arbitražni tribunal se po pravilu zahteva da budu u potpunosti nezavisni i nepristrasni.²⁰ O tome koliko visok stepen ne-

16 E. Samaras, C. Strasser, *op. cit.*, 314.

Izazovi vezani za učešće veštaka koje imenuje stranka u postupku se vezuju upravo za odsustvo detaljnijih smernica. U tom smislu je interesantno uzeti u obzir postojanje takozvane „teorije agenta“ koja se vezuje kako za veštace koje imenuju stranke, tako i za one koje imenuje tribunal. Naime, u skladu sa onim što ova teorija predlaže, svaki veštak ima dva „principala“ kojima „odgovara“ za svoje mišljenje, a to su tribunal i stranka. Prema mišljenju kojim se zastupa stav da je teorija agenta primenjiva na učešće veštaka u arbitražnim postupcima, primenjivost ove teorije proizilazi iz činjenice da je reč o situaciji u kojoj ponašanje jednog lica zavisi od drugog – onaj ko deluje je u skladu sa ovom teorijom agent, dok je drugo lice na koje ponašanje agenta proizvodi efekat principal. Postojanje ovakvog odnosa neminovno uslovljava i konflikte između agenta i principala. Naime, ovi konflikti proizilaze sa jedne strane iz asimetrije informacije, a sa druge iz manje ili veće razlike u interesima. Usled ovih faktora, ponašanje agenta može biti u nesaglasnosti sa željama principala.

17 Mark Kantor, *Valuation for Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 2010, 334.

18 J. Waincymer, *op. cit.*, 932.

19 Markus Burianski, Alexander C. Lang, „Challenges’ to Party-Appointed Experts“, *SchiedsVZ | German Arbitration Journal* 15 (6)/2017, 272.

20 Arif H. Ali *et al.*, *The International Arbitration Rulebook: A Guide to Arbitral Regimes*, Kluwer Law International, The Hague 2019, 387–492.

pristrasnosti i nezavisnosti se zahteva svedoči i to se njihov položaj, upravo kada je reč o kriterijumima nezavisnosti i nepristrasnosti, smatra ekvivalentnim položaju članova arbitražnog tribunala²¹ od kojih se zahteva potpuna nezavisnost i nepristrasnost.²²

Postojanje zahteva za visokim stepenom nezavisnosti i nepristrasnosti ove kategorije veštaka je potvrđeno u brojnim pravilima stalnih arbitražnih institucija, a takođe se zahteva i u Model zakonu Komisije Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo (*Uncitral Model Law*) koji je osnova zakona o arbitraži u brojnim državama sveta.²³

Naš Zakon o arbitraži u članu 45 izričito propisuje „Ako se stranke nisu drukčije sporazumele, arbitražni sud može da: imenuje jednog ili više veštaka radi davanja nalaza i mišljenja o pitanjima koja

21 J. Waincymer, *op. cit.*, 932.

22 N. Blackaby *et al.*, *op. cit.*, 319–330; Maxi Scherer, „Formation of the Arbitral Tribunal“, *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules: A Users's Guide* (eds. M. Scherer, R. Gerbay) Kluwer Law International, The Hague 2015, 119; Rafael C. Del Rosal Carmona, „Lack of Impartiality or Independence as Grounds to Deny Enforcement under the New York Convention“, *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges* (eds. Katia Fach Gomez, Ana M. Lopez-Rodriguez), Kluwer Law International, The Hague 2019, 138; Remy Gerbay, „Challenges, Removal and Replacement of Arbitrators“, *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules: A User's Guide* (eds. M. Scherer, R. Gerbay), Kluwer Law International, The Hague 2015, 175–185; Shai Wade, Philip Clifford, James Clanchy, *A Commentary of the LCIA Arbitration Rules 2014*, Sweet & Maxwell, London 2015, 70–81.

23 United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985, with amendments as adopted in 2006. Uncitral Model Law je usvojen u ukupno 83 države i 116 jurisdikcija. Te države su Austrija, Australija, Jermenija, Argentina, Azerbejdžan, Bahrein, Bangladeš, Belorusija, Belgija, Butan, Bugarska, Brunej, Kambodža, Kanada, Čile, Kina, Kostarika, Hrvatska, Kipar, Danska, Dominikanska Republika, Egipat, Estonija, Fidži, Gruzija, Nemačka, Grčka, Gvatemala, Honduras, Madarska, Indija, Iran, Irska, Jamajka, Japan, Jordan, Kenija, Lihtenštajn, Litvanija, Madagaskar, Malezija, Maldivi, Malta, Mauricijus, Meksiko, Mongolija, Crna Gora, Mjanmar, Novi Zeland, Nikaragva, Nigerija, Severna Makedonija, Norveška, Oman, Paragvaj, Peru, Filipini, Poljska, Katar, Republika Koreja, Rusija, Ruanda, Saudijska Arabija, Srbija, Singapur, Slovenija, Slovačka, Južnoafrička republika, Španija, Šri Lanka, Tajland, Tunis, Turska, Turkmenistan, Uganda, Ukrajina, Ujedinjeni Arapski Emirati, Ujedinjeno Kraljevstvo, Sjedinjene Američke Države, Urugvaj, Venecuela, Zambija, Zimbabve https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status, 18. oktobar 2020.

odredi arbitražni sud. Odredbe ovog zakona o izuzeću arbitara shodno se primenjuju na izuzeće veštaka“.²⁴

Dakle, pitanje nezavisnosti i nepristrasnosti veštaka koje imenuje tribunal po pravilu nije sporno. Ova kategorija veštaka nema (ili barem ne bi trebalo da ima) bilo kakav interes vezan za bilo koju stranu u postupku.

3.2. Nezavisnost i nepristrasnost veštaka kog imenuje stranka

Pitanje nezavisnosti i nepristrasnosti je u mnogo većoj meri sporno kada je reč o veštacima koje imenuju stranke u postupku.²⁵

Upravo odsustvo nepristrasnosti kod veštaka koje imenuju stranke određuje se kao ključni problem vezan za njihovo učešće u postupku.²⁶ Ukoliko dođe do korišćenja stručnog znanja veštaka kao „plaćenog zastupanja“ čime veštak dobija svojstvo dodatnog zastupnika, dolazi do zloupotrebe uloge i same ideje veštaka i veštačenja u postupku.²⁷ Činjenica da veštaka imenuje i plaća stranka neminovno dovodi u pitanje njegovu nezavisnost i nepristrasnost:²⁸ „Iako u svakom slučaju veštak mora izneti pošten i objektivan stav, veštak kog imenuje stranka je ipak deo tima čiji je cilj da pomogne stranci da pobedi“.²⁹

Ne treba zanemariti ni to da, iako je „problem“ nezavisnosti i nepristrasnosti veliki, to nije jedini problem koji se vezuje za učešće veštaka kog imenuje stranka – neki od problema se odnose i na nedovoljnu razumljivost samih izveštaja veštaka stručnih u različitim oblastima.

Postojanje ovih nedoumica je uslovljeno time što različiti setovi pravila ili uopšte ne sadrže odredbe koje se tiču ove grupe veštaka ili (ukoliko ih sadrže) te odredbe su veoma šture i po pravilu se ne dotiču

24 Čl. 45 st. 1 tač. 1 i 2 Zakona o arbitraži, *Sl. glasnik RS*, br. 46/2006.

25 G. Born, *op. cit.*, 2280.

26 K. Sachs, N. Schmidt-Ahrendts, *op. cit.*, 143

27 G. Born, *op. cit.*, 2281; M. Kantor, *op. cit.* fn. 17, 291; S. Nessi, *op. cit.*, 75.

28 Sama nezavisnost veštaka se određuje kao „odsustvo veze sa strankom koja bi veštaka sprečila da da svoje iskreno i objektivno mišljenje“. Peter Ashford, *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, Cambridge University Press, New York 2013, 108.

29 J. Waincymer, *op. cit.*, 944–945.

pitanja nezavisnosti i nepristrasnosti ove kategorije veštaka.³⁰ Primer za odsustvo detaljnijih pravila (i smernica) posvećenih učešću veštaka koje imenuju stranke u postupku su Arbitražna pravila Međunarodne trgovinske komore (ICC Arbitration Rules). Naime, u članu 25 stavu 3 i 4 Arbitražnih pravila Međunarodne trgovinske komore je propisano to da veštaci koje imenuje stranka svedoče,³¹ ali se ne određuje bliže na koji način ova kategorija veštaka treba da se ponaša, odnosno da li veštaci iz ove kategorije moraju da ispune određeni standard nezavisnosti i nepristrasnosti.³²

Pravilnik o stalnoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije u članu 34 stavu 5 propisuje: „Stranke mogu u postupku da dostave nalaz

30 M. Burianski. A. C. Lang, *op. cit.*, 277, Florian Haugeneder, „The Arbitration Agreement and Arbitrability, Party-Appointed and Tribunal-Appointed Experts in International Arbitration“, *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2020 (eds. C. Klausegger *et al*), Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 183; Laura Hardin, *The Expert in International Arbitration: Role on the Chessboard?* Kiev Arbitration Days 2013; S.Nessi, *op. cit.*, 80.

U tom smislu važno je uzeti u obzir na koji način je u različitim arbitražnim pravilima regulisan položaj veštaka kog imenuje tribunal, a na koji način položaj veštaka kog imenuje stranka. Naime, u Pravilima Međunarodnog centra za rešavanje sporova (International Center for Dispute Resolution, International Arbitration Rules – ICSID Rules, June 2014) je čl. 22 posvećen veštacima koje imenuje tribunal. Sa druge strane, u Arbitražnim pravilima Međunarodne trgovinske komore (International Chamber of Commerce, ICC Arbitration Rules – ICC Rules, ICC Publication 880–4) se u čl. 25 koji je nazvan „ustanovljene činjenice slučaja“ navodi i mogućnost učešća veštaka koje imenuje stranka. Pored toga, nezavisnost veštaka kog imenuje tribunal se izričito zahteva i u čl. 6 Pravila međunarodne advokatske komore (IBA Council, IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration – IBA Rules, May 2010) i u čl. 21 Londonskog suda međunarodne arbitraže (London Court of International Arbitration, LCIA Arbitration Rules – LCIA Rules, October 2020).

31 Čl. 25 st. 3 i 4 ICC Rules.

32 E. Samaras, C. Strasser, *op. cit.*, 316.

Kada je reč o Pravilima Komisije Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Arbitration Rules, General Assembly Resolution 31/98), takođe se ne može govoriti o postojanju jasnih odrednica koje se tiču mišljenja veštaka kog imenuje stranka, to jest stepena nezavisnosti i nepristrasnosti koji se zahteva. Naročito je interesantno što je samo učešće veštaka u UNCITRAL arbitražnim pravilima okarakterisano kao dokazno sredstvo koje ima za cilj da pomogne tribunalu, bez pravljenja distinkcije među veštacima koje imenuje tribunal i veštacima koje imenuju stranke, a sa druge strane je propisano i to da svako lice može da bude veštak.

i mišljenje veštaka kog su same angažovale. Arbitražno veće može naložiti veštacima koje su angažovale stranke da podnesu zajednički nalog i mišljenje u kome će izdvojiti pitanja oko kojih se ne slažu i može odrediti zajedničko saslušavanje takvih veštaka.³³ Pored toga, u stavu 7 istog člana se navodi: „Na izuzeće veštaka primenjuju se odredbe ovog pravilnika o izuzeću arbitara“ bez preciziranja na koju kategoriju veštaka se ovo odnosi, to jest da li odnosi na obe kategorije veštaka.

Od velike je važnosti to što je u članu 5 stavu 2 Pravila Međunarodne advokatske komore o izvođenju dokaza (IBA Rules on Taking of Evidence)³⁴ koja reflektuju praksu koja postoji u arbitražnim postupcima,³⁵ propisano da veštaci koje imenuju stranke moraju da podnesu izjavu o svojoj nezavisnosti.³⁶ Sa jedne strane, sama činjenica da moraju da podnesu ovu izjavu svedoči o tome da obaveza nezavisnosti postoji za veštake koje imenuju stranke,³⁷ a sa druge strane ne postoji nikakvo pojašnjenje toga šta se pod ovom obavezom podrazumeva i koji se stepen nezavisnosti zahteva od ove kategorije veštaka.³⁸ Pored toga, Pravila Međunarodne advokatske komore o izvođenju dokaza ne prave

33 Čl. 34 st. 5 Pravilnika o stalnoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 101/2016.

34 Čl. 5 st. 2 IBA Rules.

35 G. Born, *op. cit.*, 1698, 2211; P. Ashford, *op. cit.* fn. 28, 13.

36 U tom smislu je važno obratiti pažnju i na „evoluciju“ IBA Rules on Taking of Evidence pravila u kontekstu veštaka koje imenuje stranka – naime, u verziji IBA Rules on Taking of Evidence iz 1983. godine, čl. 7 propisuje to da tribunal može da reguliše pravo stranaka a da koriste veštake kao dokazno sredstvo. U verziji od 1999. godine su proširene (i produbljene) odredbe koje se tiču kako veštaka koje imenuje tribunal, tako i onih koje imenuje stranka. Odvojeno regulisanje položaja veštaka koje imenuje tribunal i koje imenuje stranka je rezultat uzimanja u obzir tradicije kontinentalnog i anglosaksonskog prava – cilj je stvaranje pravnog okvira u kom će se svi, be obzira na pravnu tradiciju iz koje potiču, osećati prijatno“. Način regulisanja uloge veštaka je zadržan i u trenutnoj važećoj verziji IBA Rules međutim sam čl. 5 koji se tiče veštaka koje imenuju stranke je dopunjen i izmenjen, između ostalog u smislu uvođenja obaveze nezavisnosti ove kategorije veštaka. IBA Rules imaju za cilj da obezbede ekonomičan i efikasan postupak i upravo zato moraju da obezbede odgovarajuća pravila vezana za veštake koje imenuje stranka u postupku, *Commentary on the IBA Rules on Evidence 2019*, 283 –284.

37 M. Scherer, *op. cit.*, 234.

38 John Gaffney, Gillian O’Leary, „Tilting at Windmills? The Quest for Independence of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration“, *Asian Dispute Review* 13/3/2011, 82–85.

distinkciju između nezavisnosti sa jedne, a nepristrasnosti i objektivnosti sa druge strane.³⁹ Detaljnije razjašnjenje obaveze nezavisnosti veštaka sadrži Protokol za učešće veštaka koje imenuje stranka (*CI Arb Protocol*) Instituta za arbitre (*Chartered Institute of Arbitrators*) koji doprinosi poboljšanju nezavisnosti veštaka i njihovoj korisnosti za tribunal. Naime, u članu 4 Protokola je propisano: „Mišljenje veštaka mora biti nepristrasno, objektivno, samostalno i formirano bez uticaja i pritiska u procesu rešavanja sporova ili pritiska bilo koje strane“.⁴⁰

Kada je reč o teorijskim shvatanjima koja se tiču nezavisnosti i nepristrasnosti veštaka, može se reći da postoje tri kategorije teorijskih shvatanja koja se razlikuju u pogledu toga kome veštak duguje (ili bi barem trebalo da duguje) svoju „odanost“ na prvom mestu – stranici koja ga imenuje ili arbitražnom tribunal. U prvu grupu teorijskih shvatanja povodom nezavisnosti i nepristrasnosti veštaka koje imenuje stranka bi bili svrstani oni koji smatraju da je primarna dužnost veštaka da pomogne tribunalu, bez obzira na to da li je ga imenuje arbitražni tribunal ili stranka u postupku. U vezi sa tim postoji stav da je veći stepen harmonizacije kontinentalnih i anglosaksonskih pravnih sistema doveo do pooštrenja standarda nezavisnosti postavljenog za veštake koje imenuju stranke, to jest da je ovaj standard približio onom koji postoji za veštake koje imenuje tribunal.⁴¹ Prema tome, veštaci duguju svoju „odanost“ na prvom mestu arbitražnom tribunalu – ovaj koncept zahteva to da veštaci iskažu u potpunosti objektivno mišljenje, to jest mišljenje koje se zasniva na činjenicama i informacijama iz dokumenata.⁴² Ne samo da je bitno da mišljenje veštaka bude objektivno i nepristrasno, već mora biti i viđeno kao takvo. Naime, kako je navedeno u *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co. Case* kriterijum za određivanje toga da li je veštak ispunio svoju dužnost je „da li odnos ili interes koje postoji rezultiraju time da veštak

39 Howard Rosen 2015, „How Useful Are Party-Appointed Experts in International Arbitration?“, *ICCA Congress Series* 18/2015, 389.

40 Čl. 4 st. 1 CI Arb Protokola.

41 Giovanni de Berti, „The Arbitrator and the Arbitration Procedure – Experts and Expert Witnesses in International Arbitration: Adviser, Advocate or Adjudicator?“, *Austrian Yearbook on International Arbitration 2011* (eds. N. Pitkowitz *et al.*), Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung: Manz'sche Verlags, 57.

42 H. Rosen, *op. cit.*, 395.

nije u stanju ili ne želi da izvrši svoju primarnu dužnost da obezbedi pošteno, nepristrasno i objektivno mišljenje od pomoći sudu“.⁴³

Veštak, bez obzira na to ko ga imenuje, ima primarnu dužnost da pomogne tribunalu.⁴⁴ „Dužnost veštaka da istinito svedoči nadmašuje svaku drugu dužnost za koju bi veštak mogao verovati da dužuje stranci.“⁴⁵ U skladu sa ovim shvatanjem, kanadski sud je u slučaju *Moore v. Getahun* povodom učešća veštaka naveo sledeće: „Primarna dužnost veštaka je da pomogne sudu“.⁴⁶ Ukoliko veštaci ne ispunjavaju kriterijume nezavisnosti i nepristrasnosti, njihovo učešće nije ni od kakvog značaja u samom postupku, dakle postaje suvišno. Ova grupa shvatanja bi se mogla okarakterisati u izvesnoj meri kao utopistička. Prisutna su i shvatanja da od veštaka koje imenuje stranka nije moguće očekivati bilo kakvu nezavisnost i nepristrasnost. Osnovna zamerka koja se ovde postavlja tiče se pre svega ekonomske (ne)zavisnosti veštaka u odnosu na stranku koja ga imenuje. Naime, u skladu sa ovom grupom shvatanja, od veštaka koje nominuju, to jest imenuju stranke se ne može i prema tome i ne treba očekivati bilo kakva nepristrasnost i nezavisnost – kako se može očekivati da veštak kog imenuje stranka ispuni bilo koji standard nezavisnosti kad se „očekuje se da će ova vrsta svedoka uzimati novac od stranke i konsultovati se sa strankom i njenim zastupnikom“.⁴⁷

„Takvi veštaci, za razliku od veštaka koje je imenovao tribunal, nisu u obavezi da budu (niti bar čine) nezavisnim ili nepristrasnim“.⁴⁸ U skladu sa ovi stanovištem, čak i „činjenica da određena advokatska kancelarija određenog veštaka može redovno da angažuje i/ili ima druge ranije kontakte sa njim, u predmetu se može više odraziti na sposobnost i stručnost veštaka, a ne na njegovu pristrasnost ili zavisnost“.⁴⁹

43 Supreme Court of Canada, Case 35492, *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co*, 30 April 2015.

44 G. De Berti, *op. cit.* fn. 42, 57; Lisa Richman, „Hearings, Witnesses and Experts“, *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules A User's Guide* (eds. M. Scherer, R. Gerbay), Kluwer Law International, The Hague 2015, 235; Sheena Sood, „Professional Experts Beware“, *Building Magazine* 2018, 42.

45 ICC, *op. cit.*

46 Court of Appeal for Ontario, C58338, *Moore v. Getahun*, 29 January 2015.

47 J. Waincymer, *op. cit.*, 942

48 Martin Platte, § 601, *Arbitration Law of Austria: Practice and Procedure* (eds. Riegler *et al.*) Juris, New York 2007.

49 J. Gaffney, G. O'Leary, *op. cit.*, 82–85.

Ovi stavovi polaze od premise da bi bilo besmisleno da stranka angažuje i plaća veštaka ukoliko već unapred ne zna šta će pokazati (i dokazati) izveštaj i svedočenje veštaka.⁵⁰ Situacija u praksi je najčešće (ako ne i uvek takva) da stranka angažuje veštaka ne sa primarnim ciljem da se ispravno utvrde činjenice slučaja, već kako bi poboljšale sopstvene šanse za uspeh: „Dobar veštak često iznosi slučaj svog klijenta ne pribegavajući tome da se ponaša kao zastupnik“.⁵¹ U skladu se ovim shvatanjem se čak navodi da „tribunal može prihvatiti i dati težinu svedočenju veštaka koji imaju odnos sa strankom, uključujući i zaposlenje ili prethodno ili stalno konsultovanje“.⁵² U okviru ovog shvatanja je izuzetno interesantno obratiti pažnju i na mišljenje prema kom je zapravo kreiranje bilo kakve iluzije nezavisnosti i nepristrasnosti veoma štetno. Naime, neminovno je da će veštak kog imenuje stranka na prvo mesto staviti interese stranke koja ga imenuje i plaća. Stoga je bilo kakvo insistiranje na (makar iluzornoj) nezavisnosti i nepristrasnosti kontraproduktivno budući da može dovesti do situacije u kojoj arbitrar precenjuje mišljenje veštaka, iako je ono u potpunosti pristrasno. Ova grupa shvatanja bi se mogla okarakterisati kao pesimistična. Treća grupa teorijskih shvatanja se odnosi na to da veštaci formalno moraju da ispunjavaju standarde nezavisnosti i nepristrasnosti, ali da praksa često ukazuje da to nije tako lako dostići. Polazna perspektiva kako strana u postupku, tako i tribunala bi trebalo da bude takva da mišljenje veštaka smatraju objektivnim i nepristrasnim.⁵³ Naime, „smatra se da veštak kog imenuje stranka u arbitraži ima dužnost prema tribunalu, a ne samo prema stranci koja ga je imenovala – od njega ili nje se očekuje da pruži tribunalu neki oblik objektivne istine, a ne samo verziju istine stranke koja ga je imenovala“.⁵⁴ Najznačajniji argument koji se ovde može istaći tiče se toga da je ovakvo sagledavanje položaja veštaka veoma realistično. Ovo pitanje se mora sagledati i iz perspektive samog

50 H. Rosen, *op. cit.*, 380.

51 Anne K. Hoffmann, Nich Kumar Shetty, „Evidence and Hearings“, *International Arbitration: The Coming of a new age?* (ed. A. Jan Van den Berg), Kluwer Law International, the Hague 2013, 212.

52 Nathan D. O' Malley, *Rules of Evidence in International Arbitration: an Annotated Guide*, Routledge: Informa Law 2012, 145.

53 ICC, *op. cit.*

54 Marieke van Hooijdonk, Yves Herinckx, „The impact of the IBA Guidelines and rules on the search for the truth in arbitration“, *Do arbitral awards reveal the truth?* (ed. L. Demeyere), Kluwer Law International, The Hague 2019.

veštaka i shodno tome se mora uzeti u obzir da ni samom veštaku nije u interesu da ošteti svoju reputaciju.

Nesporno je da veštaci nisu i ne bi trebalo da budu zastupnici stranke koja ih angažuje:⁵⁵ „Ne možemo sebi priuštiti sistem rešavanja sporova u kojem se ne zahteva, u najmanju ruku, minimalna dužnost nezavisnosti, a samim tim i objektivnosti, za veštake koje imenuju stranke“.⁵⁶ „Od veštaka se traži da daju svoje iskreno i stručno mišljenje, a ne da preuzimaju ulogu zastupnika stranke“.⁵⁷ Iako se ne može poreći da veštaci imaju podsticaj da udovolje svojim klijentima da bi bili ponovo angažovani, pristrasnost će verovatno imati potpuno suprotan efekat.⁵⁸ Veštak u potpunosti gubi svoju reputaciju ako dobije epitet „oružja kojim se upravlja“.⁵⁹

U tom smislu, u okviru ove grupe shvatanja je izražen stav da „zahtevani standard nezavisnosti i nepristrasnosti za veštake koje imenuju stranke nije tako visok kao za veštake koje imenuje tribunal, ali da i dalje postoji“.⁶⁰ Prilikom razmatranja položaja veštaka kog imenuje stranka, mora biti uzeto u obzir da „u najmanju ruku, veštaci podležu istim dužnostima poštenja kao i svedoci i njihov propust da pokažu nezavisnu profesionalnu procenu će ozbiljno narušiti njihov kredibilitet“. Sam veštak ne bi smeo da dozvoli da dovede svoj kredibilitet pod sumnju – mišljenje veštaka mora biti istinski izraz onoga kako veštak ocenjuje činjenice slučaja.⁶¹ Izražen je i stav da su „veštaci koje imenuju stranke svedoci – ni više ni manje“.⁶² Ukoliko se prihvati stanovište da je ovo stepen nezavisnosti i nepristrasnosti koji se zahteva od ove kategorije veštaka, onda se uzima u obzir i to da se od veštaka, kao i od svakog drugog svedoka može pretpostaviti i razumno očekivati da govori istinu.⁶³ Naime, ukoliko veštak ne ispuni svoje dužnosti, on postaje deo „pravnog tima“ stranke čime se u potpunosti gube speci-

55 G. Born, *op. cit.* fn. 10, 2281; S. Nessi, *op. cit.*, 75.

56 Frank Bannon, Jason Corbett, *International arbitration and independence – off the beaten track*, Clayton UTZ, 3.

57 G. Born, *op. cit.*, 2281.

58 S. Nessi, *op. cit.*, 99.

59 *Ibid.*

60 G. Born, *op. cit.*, 2281.

61 Nessi, *op. cit.*, 99.

62 ICC, *op. cit.*

63 *Ibid.*

fičnosti i značaj uloge veštaka u postupku, pa čak dolazi i do „neetičkog“ ponašanja veštaka.⁶⁴ Ipak, kritike „suvišnih“ kontakta veštaka i pravnog tima stranke u skladu sa ovim shvatanjem zanemaruju činjenicu da je upravo stručno mišljenje veštaka sastavni deo prava stranke da iznese svoju argumentaciju – „Ako se argumentacija stranke zasniva na tehničkim pitanjima, te tehničke informacije moraju se dobiti odnekud“.⁶⁵ „Odgovarajuća“ (ili barem neka) kontrateža mišljenju koje je u većoj meri ili manjoj meri pristrasno se nalazi u tome što i druga strana isto tako ima pravo da imenuje svog veštaka čime se uspostavlja svojevrsna ravnoteža.⁶⁶ Naime, prema stavu prakse izraženom u *Armchair Passenger Transport Ltd v Helical Bar Plc & Anor case* „nije postojanje interesa ili veze sa parnicom ili strankom u njoj, već priroda i obim tog interesa ili veze ono što određuje da li bi veštak trebalo da bude isključen iz svedočenja“.⁶⁷ Ova grupa shvatanja bi se mogla okarakterisati kao realistična.

Jedino što može biti zaključeno sa potpunom sigurnošću na osnovu svega navedenog jeste da sam standard nezavisnosti i nepristrasnosti za ovu kategoriju veštaka nije u potpunosti određen i da postoji velika razdaljina između stanovišta na kojima su zasnovana različita teorijska shvatanja koja se tiču ovog pitanja.

4. POSTUPANJE ARBITRAŽNOG TRIBUNALA PREMA VEŠTACIMA KOJE IMENUJU STRANKE

S obzirom na sve navedeno, neminovno se postavlja pitanje da li učešće veštaka donosi više dobrog ili lošeg arbitražnom postupku i kakav stav sam arbitrar, odnosno arbitražni tribunal treba da zauzme prema veštaku.⁶⁸

U tom smislu, ukoliko tribunal oceni da mišljenje veštaka ne pomaže (u većoj meri) razjašnjenju činjenica slučaja, tribunal može

64 Haugender, *op. cit.*, 189.

65 *Ibid.*

66 *Ibid.*, 194.

67 England and Wales High Court, Queens Bench Division, *Armchair Passenger Transport Ltd v Helical Bar Plc & Anor case*, 28 February 2003.

68 Odgovor je da je po pravilu učešće veštaka neophodno i tom smislu dobro za postupak budući da brojni postupci uopšte ne bi mogli biti rešeni bez stručne pomoći od strane veštaka.

da, sa jedne strane, isključi veštaka iz postupaka, a sa druge da odluči da mišljenju tog veštaka pruži veoma malu (ili čak nikakvu) dokaznu težinu. Naime, „tribunal ima pravo da da mali značaj ili čak izuzme dokaze veštaka kog imenuje stranka u okolnostima u kojima je verodostojnost tih dokaza pod znakom pitanja nakon ispitivanja od strane stranaka, pa i samog tribunala“.⁶⁹

Prilikom razmatranja ovog pitanja, neophodno je uzeti u obzir da pravo na iznošenje argumentacije po pravilu uključuje i pravo na imenovanje veštaka. Sa druge strane, „pojava velikog broja veštaka i svedoka u jednom arbitražnom postupku povećava i vreme njegovog trajanja i njegovu cenu, što opterećuje budžet arbitraže, a pada na račun stranaka, te time prouzrokuje promene u vrednostima koje su relevantne za evaluaciju sistema“.⁷⁰ Naime, upravo garantija prava da se potpuno predstave argumenti stranke će neretko dovesti do toga da stranke „gomilaju“ dokaze, između ostalog i do toga da angažuju veštake iako ne postoji opravdan razlog za to. Štaviše, „ova preterana uloga veštaka stvorila je snažne podsticaje za stranke da deluju „kreativno“ kako bi se osiguralo da izabrani veštak bude ispravan ili da će ‘napustiti svoju ekspertizu’ jednom kada bude izabran“.⁷¹

4.1. *Isključenje veštaka iz postupka usled odsustva nezavisnosti i nepristrasnosti*

Kada je reč o postupanju prema veštacima, važno je naglasiti da tribunal može da isključi iz postupka veštaka usled odsustva nezavisnosti i nepristrasnosti. Međutim, ne treba zanemariti to da je nominovanje, odnosno imenovanje veštaka i sastavni deo prava stranke da iznese argumentaciju. S obzirom na to, dolazi se do zaključka da su ruke tribunala zapravo vezane kada je reč o tome da li veštak treba da učestvuje ili ne u arbitražnom postupku.

Upravo zbog načelnog stava da treba dozvoliti izvođenje dokaza, a naknadno odlučiti o snazi koja treba da bude datom dokazu, se isključenje veštaka *ex ante* smatra opravdanim samo u izuzetnim situa-

69 J. Gaffney, G. O’Leary, *op. cit.*, 82–85.

70 G. Knežević, *op. cit.*, 668.

71 Vladimir Pavić, Dragor Hiber, „Experiences from Post-Socialist Legal Systems“, *Guerrilla Tactics in International Arbitration* (eds. G. J. Horvath, S. Wilks), Kluwer Law International, The Hague 2013, 154.

cijama.⁷² Postoji stav da je isključenje veštaka iz razloga vezanih za nezavisnost i nepristrasnost neproporcionalno.⁷³ Bilo koje ograničavanje učešća veštaka u postupku mora biti takvo da ne bude dovedeno u pitanje pravo stranke da iznese svoje argumente.⁷⁴

Isključenje veštaka usled odsustva nezavisnosti i/ili nepristrasnosti nije uobičajena sankcija.⁷⁵ Štaviše, praksa pokazuje da gotovo ne postoji način da pristrani veštak kog imenuje stranka ne učestvuje u postupku.⁷⁶

4.2. Ocena mišljenja veštaka

Pravilo je da arbitražni tribunal odlučuje o težini dokaza,⁷⁷ i u skladu sa tim, na arbitražnom tribunalu je a odluči koliku težinu će dati svedočenju veštaka.⁷⁸ Naime, kao što je navedeno u slučaju koji se ticao Krfskog kanala (*The Corfu Channel Case*), u kom su učestvovali veštaci, doduše veštaci koje je imenovao sud: „Sud ne može da ne prida veliku težinu mišljenju veštaka koji su ispitivali dokaze dajući svaku garantiju da daju tačne i nepristrasne informacije“.⁷⁹

Sama ocena dokaza, to jest pravo tribunala da u potpunosti odluči o težini koju će dati ili neće dati mišljenju veštaka, svedoči o velikom diskrecionom pravu tribunala.⁸⁰ Većina tribunala, svesna toga kakve reperkusije može da ima odluka da ne dozvoli izvođenje određenog dokaza, odlučuje da dozvoli izvođenje dokaza pa potom da odluči o težini, odnosno odsustvu težine koja treba da bude data tom dokazu.⁸¹ Naime, odsustvo nepristrasnosti i nezavisnosti uslovljeno ranijom

72 M. Burianski, A. C. Lang, *op. cit.*, 277.

73 *Ibid.*

74 J. Waincymer, *op. cit.*, 936.

75 S. Nessi, *op. cit.* fn. 2, 97; N. O'Malley, *op. cit.* fn. 52, 145.

76 F. Haugender, *op. cit.*, 184.

77 Matthew W. Swinehart, „Reliability of Expert Evidence in International Disputes“, *Michigan Journal of International Law*, 38(2)/2017, 319–321.

78 ICC, *op. cit.*

79 International Court of Justice, *The Corfu Channel Case*, United Kingdom v Albania, 9 April 1949.

80 S. Nessi, *op. cit.*, 99.

81 U slučaju *Jan de Nul & Dredging International v. Egypt* pred ICSID tribunalom je takođe odlučeno da nema dovoljno osnova da se veštak isključi iz postupka. Naime, tribunal je odbacio zahtev podnosioca zahteva da se veštak

povezanošću veštaka sa nekom od strana u postupku će po pravilu biti razlog da tribunal da manju dokaznu snagu mišljenju veštaka, a ne da ga isključi iz postupka.⁸²

Štaviše, tribunal koji se opredeli za prvu opciju, to jest isključenje veštaka iz postupka, rizikuje i to da sama odluka koju donese opstane budući da je jedan od razloga da se zahteva poništaj, to jest nepriznavanje odluke upravo nemogućnost stranke da predstavi svoj slučaj. Naime, Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka izričito navodi u članu 5 stavu 1(b) da je jedan od razloga za zahtevanje odbijanja priznanja i izvršenja upravo nemogućnost stranke da upotrebi svoja sredstva.⁸³ Štaviše, navodi se da je ovo najvažniji

isključi iz postupka. Tribunal je smatrao da ne postoji dovoljno osnova da se veštak isključi, a da će se u toku samog postupka (između ostalog i na osnovu unakrsnih ispitivanja) ustanoviti kolika dokazna snaga treba da se da mišljenju veštaka, International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID Case No. ARB/04/13, *Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. v Arab Republic of Egypt*, 6 November 2008.

82 U tom smislu u slučaju *Sedco v. Iran* pred Tribunalom za rešavanje sporova između Irana i SAD-a je navedeno da veštaku nedostaje nepristranost usled toga što je ranije bio zaposleni u kompaniji tužioca. Ipak, čak i u tom slučaju veštak nije isključen iz postupka (Iran-US Claims Tribunal, IUSCT Award No. 309-129-3, *Sedco, Inc. v National Iranian Oil Company & The Islamic Republic of Iran*, 7 July 1987).

Pored toga, u slučaju pred tribunalom Međunarodnog centra za rešavanje investicionih sporova (ICSID) je odlučeno da tribunal u skladu sa čl. 34 st. 1 ICSID pravila ima pravo da isključi veštaka, ali je odlučeno da konkretni veštak neće biti isključen. Naime, veštak je imenovan od strane tuženog nakon što je (postojala sumnja) da je već dobio informacije od suprotne strane. Tužilac je prigovarao učešću veštaka upravo zbog poverljivih informacija, ali tribunal je odlučio da ne isključi veštaka iz postupka, International Centre For Settlement of Investment Disputes, ICSID Case No. ARB/10/19, *Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v Bolivarian Republic of Venezuela*, 11 March 2016.

Sa druge strane, u slučaju *Bridgestone v. Panama*, u kom se sporno pitanje takođe ticalo poverljivih informacija koje su potencijalno podeljene sa veštakom, tribunal je takođe zaključio da nema osnova za isključenje veštaka, ali je čak zaključio da nema ni pravo da uopšte isključi veštaka, International Centre For Settlement of Investment Disputes, ICSID Case No. ARB/16/34, *Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama*, 13 Decembar 2018.

83 United Nations Commission on International Trade Law, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – NYC Convention, 1958.

razlog za odbijanje priznanja i izvršenja prema Njujorškoj konvenciji.⁸⁴ Ukoliko se stranka pozove na član 5 stav 1(b) Njujorške konvencije „ishod takvog zahteva prvenstveno će zavistiti od toga da li je stranka dobila pravo da bude saslušana, to jest da li je imala dovoljno mogućnosti da iznese svoju argumentaciju uprkos izuzeću veštaka kojeg je imenovala“.⁸⁵

5. ZNAČAJ UČEŠĆA VEŠTAKA U POSTUPKU I POTENCIJALNA REŠENJA

Pod uslovom da se u potpunosti odbaci nezavisnost i nepristrasnost kao jedan od kvaliteta (u skladu sa prvom grupom teorijskih shvatanja moglo bi se čak reći i preduslova za učešće) veštaka u arbitražnom postupku, ostaje pitanje da li onda veštaci uopšte imaju (i treba da imaju) mesto i ulogu u arbitražnom postupku. Moglo bi se reći da čak i u tom slučaju ne treba u potpunosti odbaciti učešće veštaka budući da oni u svakom slučaju doprinose (u izvesnoj meri) razjašnjenju i boljem razumevanju činjenica slučaja – „uočena predispozicija veštaka koje imenuje stranka u korist te stranke sama po sebi nije razlog za sumnju u njihovo učešće i ulogu u međunarodnoj arbitraži“.⁸⁶

Pored objašnjenih nedoumica koje se tiču nezavisnosti i nepristrasnosti veštaka, ne sme se zanemariti ni činjenica da stranke mogu da koriste veštake sa ciljem da odugovlače postupak ili na drugi način zloupotrebe svoje pravo na iznošenje argumentacije. Kada je reč o mogućom načinima prevazilaženja svih izazova (u „grubljoj“ terminološkoj varijanti bi se moglo reći i problema) koje učešće veštaka sa sobom nosi, trebalo bi uzeti u obzir sledeća moguća rešenja.

Naime, kako su ekonomske studije dokazale, ljudi po pravilu daju prednost odsustvu gubitaka u odnosu na dobitke. U skladu sa tim, jedan od predloga vezanih za učešće veštaka u arbitražnom postupku se odnosi na to da se unapred ugovori fiksna naknada koju bi veštaku plaćala stranka koja ga imenuje, ali bi se ta naknada smanjivala u slučaju da veštak ne pomogne tribunalu u dovoljnoj meri. Na taj način bi veštak bio „primoran“ da u većoj meri pomogne tribunalu

84 N. Blackaby *et al.*, *op. cit.*, 627.

85 M. Burianski, A. C. Lang, *op. cit.*, 277.

86 F. Haugender, *op. cit.*, 197.

pa čak i da saraduje i sa suprotnom stranom u meri u kojoj bi to bilo neophodno.⁸⁷

Interesantan je i predlog Klauza Saksa poznat kao „Saks protokol“: u skladu sa onim što ovaj Protokol predviđa svaka od strana bi trebalo da predloži veštaka, a tribunal bi izabrao veštaka za svaku stranu, i ti veštaci bi sastavili zajednički izveštaj. Još jedno potencijalno rešenje bi bilo usaglašavanje strana i izbor jednog veštaka, što podrazumeva ne tako lak put „od ideje do realizacije“. Naime, imenovanje jednog veštaka bi na prvom mestu podrazumevalo to da se strane usaglase oko izbora veštaka. Potom, to bi imalo niz drugih reperkusija koje se odnose na davanje instrukcija, kao i brojne neočekivane situacije (ili ne u potpunosti neočekivane ukoliko ih stranke predvide) koje mogu da se dese.⁸⁸

Pored toga, još jedna mogućnost jeste i suočenje veštaka. Naime, suočenje veštaka podrazumeva to da svaka strana imenuje svog veštaka i da oni međusobno suprotstave svoje iskaze. U ovom slučaju je svakoj od strana omogućeno da predstavi svoju poziciju imenovanjem veštaka, a suprotstavljena mišljenja veštaka omogućavaju arbitru, to jest arbitražnom tribunalu da proceni i na odgovarajući način utvrdi činjenice koje su predmet veštačenja. Pored toga, često od veštaka zahteva i da se odvojeno sastanu. Nakon sastanka obavestavaju arbitražni tribunal u kom u čemu se tačno razlikuju njihova mišljenja.

6. ZAKLJUČAK

Može se zaključiti da je uloga veštaka izuzetno važna u arbitražnom postupku. Veštaci uz pomoć svoje stručnosti i specifičnih znanja koje poseduju pomažu tribunalu da na najbolji način utvrdi činjenice slučaja i u skladu sa tim donese arbitražnu odluku.

Međutim, kao što je objašnjeno, idejno polazište koje ima osnovu u tome da je primarna uloga veštaka, kako veštaka kog imenuje tribunal, tako i veštaka kog imenuje stranka, da pomognu tribunalu da donese najbolju moguću („najpravedniju“) odluku je često u raskoraku sa onim što se događa u realnosti. Činjenica da stranka angažuje i plaća veštaka neretko ima odlučujući uticaj na to kako će biti formirano

87 E. Samaras, C. Strasser, *op. cit.*, 320.

88 K. Sachs, N. Schmidt-Ahrendts, *op. cit.*, 142–148.

mišljenje veštaka u postupku. Stoga je na veštaku odgovornost da tribunalu obezbedi odgovarajuće dokaze. Veštak ne bi trebalo da (čak i kada činjenično stanje ukazuje na nešto drugo) zastupa mišljenje svog klijenta, već zaista da na prvo mesto stavi interes tribunala, odnosno utvrđivanja istine.

U skladu sa navedenim rizicima vezanim za mišljenje veštaka, davanje (pre)velikog značaja mišljenju veštaka može postati „rizično“ ukoliko veštak nije nezavistan i nepristrasan. Međutim, samom tribunalu izbor koji preostaje jeste suočenje veštaka kada postoji sumnja u verodostojnost u slučaju kada tribunal nema znanje u vezi sa određenom stručnom oblašću. Tribunal treba da, u meri u kojoj je to moguće, vodi računa o tome koliko je mišljenje veštaka objektivno, odnosno nepristrasno. Naposljetku, tribunal je taj koji odlučuje koliko dokaznu snagu će pokloniti mišljenju veštaka.

Zaključak je da je nezavisnost i nepristrasnost veštaka pitanje koje neretko zadaje muke i stvara nedoumice, kako tribunalu, tako i strankama. Međutim, uvek treba uzeti u obzir i to kako bi arbitražni postupci bili vođeni bez učešća veštaka. Ukoliko se obrađeno pitanje sagleda i iz te perspektive, može se zaključiti da je učešće veštaka nužno, iako bi se u nekim situacijama moglo okarakterisati kao „nužno zlo“.

Mina Kuzminac, LL.M.

EXTENT OF INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY OF PARTY-APPOINTED EXPERT IN THE ARBITRAL PROCEEDINGS

Summary

The author deals with the issue of independence and impartiality of party-appointed experts in the arbitral proceedings. This issue causes lots of controversy and is usually not regulated or it is very briefly regulated in the arbitration rules. On the one hand, experts assist the tribunal and their role is to contribute to a better understanding of the facts of the case with the help of their expertise. On the other hand, experts are often only an instrument in the hands of the party.

The paper explains various opinions regarding the independence and impartiality of experts, ranging from those that require complete independence and impartiality of this category of experts to those that consider it illusory to expect any impartiality and independence from a party-appointed expert. Inevitably, the question arises as to how the tribunal can (and should) react in the case when the expert's opinion is (to a greater or lesser extent) biased.

Key words: *Arbitration. – Experts. – Evidence. – Independence. – Impartiality.*

LITERATURA

- Ali A. H., Wessel J., Gramont A., Mellike R., *The International Arbitration Rulebook: A Guide to Arbitral Regimes*, Kluwer Law International, The Hague 2019.
- Ashford P., *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*: Cambridge University Press, New York 2013.
- Baker M. C., „Advocacy in International Arbitration“ in *The leading arbitrators' guide to international arbitration* (eds. Lawrence W. Newman, Richard D. Juris Publishing, New York).
- Bannon F., Corbett J., „International arbitration and independence – off the beaten track“, *Clayton UTZ* 2016.
- Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, New York 2015.
- Born G., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 2014.
- Burianski M., Lang A. C., „Challenges to Party-Appointed Experts“, *SchiedsVZ | German Arbitration Journal*, Vol. 15, Issue 6.
- De Berti G., „The Arbitrator and the Arbitration Procedure – Experts and Expert Witnesses in International Arbitration: Adviser, Advocate or Adjudicator?“ in *Austrian Yearbook on International Arbitration 2011* (eds. Nikolaus Pitkowitz, Alexandre Petsche) *et al.*) Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung: Manz'sche Verlags 2011.

- Del Rosal C., Rafael C., „Lack of Impartiality or Independence as Grounds to Deny Enforcement under the New York Convention“ in *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges* (eds. Katia Fach Gomez, Ana M. Lopez-Rodriguez), Kluwer Law International, The Hague 2019.
- Gaffney J., O’Leary G., „Tilting at Windmills? The Quest for Independence of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration“, *Asian Dispute Review*, volume 13, Issue 3.
- Garner B. A., *Black’s Law Dictionary*, Thompson Vest, St. Paul 2004.
- Gerbay R., „Challenges, Removal and Replacement of Arbitrators“ in *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules: A User’s Guide* (eds. Maxi Sccherer, Remy Gerbay), Kluwer Law International, The Hague 2015, 167 – 184.
- Gomez M. A., Developing Expertise to Deal with „Experts“ in International Arbitration, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/10/17/developing-expertise-to-deal-with-experts-in-international-arbitration/>
- Hardin L., *The Expert in International Arbitration: Role on the Chessboard?*, Kiev Arbitration Days 2013.
- Haugeneder F., „The Arbitration Agreement and Arbitrability, Party-Appointed and Tribunal-Appointed Experts in International Arbitration“ in *Austrian Yearbook on International Arbitration 2020* (eds. Christian Klausegger *et al.*) Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2020.
- Hoffmann A. K., Shetty N. K., „Evidence and Hearings“ in *International Arbitration: The Coming of a new age?* (ed. Albert Jan Van den Berg), Kluwer Law International, The Hague 2013.
- Hooijdonk M., Herinckx Y., „The impact of the IBA Guidelines and rules on the search for the truth in arbitration“ in *Do arbitral awards reveal the truth?* (ed. Luc Demeyere), Kluwer Law International, The Hague 2019.
- Kantor M., *Valuation for Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 2010.
- Knežević G., „Efikasnost arbitraže i pravila o svedočenju i veštačenju: ima li mesta racionalizaciji?“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 63 br. 3–4.

- Moses M. L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, New York 2008.
- Nessi S., „Expert Witness: Role and Independence“, in *New Developments in International Commercial Arbitration* (eds. Christoph Müller | Sébastien Besson, Antonio Rigozzi), Schulthess, Zürich 2016.
- O’ Malley N. D., *Rules of Evidence in International Arbitration: an Annotated Guide*, Informa Law, Routledge 2012.
- Pavić V., Hiber D., „Experiences from Post-Socialist Legal Systems“ in *Guerrilla Tactics in International Arbitration* (eds. Gunther J. Horvath, Stephan Wilske) Kluwer Law International, The Hague 2013.
- Platte M., § 601 in *Arbitration Law of Austria: Practice and Procedure* (eds. Riegler et al.), Juris, New York 2007.
- Richman L. M., „Hearings, Witnesses and Experts“ in *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules A User’s Guide* (eds. Maxi Scherer, Remy Gerbay), Kluwer Law International, The Hague 2015.
- Rosen H., „How Useful Are Party-Appointed Experts in International Arbitration?“ in *ICCA Congress Series*, Vol. 18.
- Rosher P., „International arbitration: the independence of party-appointed experts: fact or fiction?“ *Financier Worldwide Magazine* 2019.
- Sachs K., Schmidt-Ahrendts N., „Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence“ in *Arbitration Advocacy in Changing Times* (ed. Albert Jan Van den Berg), ICCA & Kluwer Law International, The Hague 2011.
- Samaras E., Strasser C., „Managing Party-Appointed Experts in International Arbitration – Analysis of the Current Framework and Best Practice Proposals“, *SchiedsVZ | German Arbitration Journal*, Vol.11, Issue 6.
- Scherer M., „Formation of the Arbitral Tribunal“ in *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules: A Users’s Guide* (eds. Maxi Scherer, Remy Gerbay), Kluwer Law International, The Hague 2015.
- Schneider M., „Technical Experts in International Arbitration“. *ASA Bulletin*, Vol. 11, Issue 3.
- Sood S., „Professional Experts Beware“, *Building Magazine* 2018.

Swineheart M. W., „Reliability of Expert Evidence in International Disputes“ *Michigan Journal of International Law*, volume 38, Issue 2.

Voser N., Bell K., „Expert Evidence in Construction Disputes“, *Global Arbitration Review* 2018.

Wade S., Clifford P., Clanchy J., *A Commentary of the LCIA Arbitration Rules 2014*, Sweet & Maxwell, London 2015.

Waincymer J. M., *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 2012.