

Jelisaveta Boljanović*

NEZAKONITO PRIBAVLJENI I POVERLJIVI DOKAZI U ARBITRAŽI**

Predmet ovog rada su nelegalno pribavljeni i poverljivi dokazi na koje se strane oslanjaju u arbitražnom postupku. Činjenica je da arbitražni postupak svoje postojanje duguje saglasnosti strana, međutim postavlja se pitanje da li im ta saglasnost omogućava da se pozivaju na nelegalno pribavljene i poverljive dokaze ili se tu postavlja granica autonomiji volje. S obzirom na nepostojanje definitivnih pravila koja regulišu ovu temu, da bi došli do odgovora, u radu analiziramo pre svega arbitražnu praksu. Pažnju posvećujemo i opštim načelima arbitražnog postupka na koja se arbitri pozivaju. Cilj ovog rada je da dokaže da se navedeno pitanje može rešiti uz postojanje opštih načela i da striktna arbitražna pravila nisu neophodna jer je pravni interes na bolji način zadovoljen ukoliko se omogući arbitrima da svoje odluke pravdaju pozivajući se na opšta načela. Konačno, u radu će biti dokazano da se opravdano pravi razlika u tretmanu nelegalno pribavljenih i poverljivih dokazi.

Ključne reči: *Arbitraža. – Postupak dokazivanja u arbitraži. – Protivpravno pribavljeni dokazi u arbitražnom postupku. – Poverljivi dokazi u arbitražnom postupku.*

1. UVOD

Arbitražu smatramo jednim od najstarijih načina mirnog rešavanja sporova¹. Bez obzira na to, ne postoji jedna, unvierzalno prihvaćena definicija arbitraže, a što je posledica različitih pravila koja važe za

* Autorka je saradnica u nastavi na Univerzitetu u Beogradu – Pravnom fakultetu, jelisavetaboljanovic@ius.bg.ac.rs (Republika Srbija).

** Rad predstavlja izmenjen i dopunjen deo master rada autorke.

1 Christian Buhring Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, The Netherlands 2006, 31.

domaću i međunarodnu arbitražu kao i niza različitih pravnih okvira u kojima te arbitraže deluju.²

Nesporno je da arbitraža predstavlja način suđenja koji podrazumeva donošenje odluke koja je obavezujuća za stranke i izjednačena sa pravnosnažnom sudskom odlukom zemlje sedišta arbitraže.³ Arbitraža kao privatan način rešavanja sporova podrazumeva da strane koje, u dogovoru svoj spor podvrgnu arbitraži, ne biraju sud, već nedržavni organ koji će im pomoći da spor reše. Bez odgovarajuće saglasnosti volja strana, neće biti ni ispravnog arbitražnog odlučivanja.⁴ Navedeno predviđa i Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka.⁵ Zbog toga možemo reći da arbitražni sporazum predstavlja temelj svakog arbitražnog postupka.⁶ Međutim, da li navedeno daje za pravo stranama da oslobode dokazni postupak od svih zabrana koje su uvedene radi zaštite pravnih i etičkih normi tako što bi im se dozvolilo da koriste dokaze koje inače ne bi smeli u postupcima pred državnim sudovima?

Pre nego što konkretizujemo prethodno pitanje, neophodno je istaći da je izvođenje dokaza jedno od najvažnih proceduralnih pitanja u arbitraži.⁷ Značaj ovog pitanja leži u tome što se tokom ovog postupka omogućava stranama da iznose dokaze koji imaju za cilj da stvore uverenje kod arbitara o istinitosti tvrdnje koja će pomoći strani koja se na tvrdnju poziva da konačno uspe u sporu. Upravo zbog toga, pojedinci su spremni da izađu iz okvira prava, i pređu u *nepravo*. To mogu učiniti na različite načine, falsifikovanjem ili lažnim navodima.

2 Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Arbitraža i ADR*, Beograd 2011, 17.

3 Margaret L. Moses, *Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, New York 2008, 1.

4 G. Knežević, V. Pavić, *op. cit.*, 45.

5 Konvencija o priznanju i izvršenju inostranih arbitražnih odluka, 1958 (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, dalje u fusnotama: Njujorška konvencija), čl. 2 „svaka država ugovornica priznaje pismeni ugovor kojim se stranke obavezuju da stave u nadležnost arbitraži sve sporove ili neke od sporova koji nastanu ili bi mogli nastati između njih po određenom pravnom odnosu, ugovornom ili neugovornom, koji se odnosi na pitanje koje je podobno za rešavanje arbitražnim putem“.

6 Gary Born, *International Commercial Arbitration*, The Netherlands 2021, 251.

7 Emmanuel Gaillard, John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Netherlands 1999, 684.

Postavlja se pitanje šta arbitražni tribunal može i treba da učini sa dokazima koji su na nezakonit način dospeli do strane koja ih koristi, iliti nelegalnim dokazima, ali ne sme se bezrezervno postupati ni kada su u pitanju dokazi čija sadržina predstavlja tajnu iliti poverljivim dokazima.

Stoga, tema ovog rada jeste postupak dokazivanja u arbitražnom postupku, odnosno način odlučivanja o dokazima ukoliko su isti pribavljeni na ilegalan način ili su poverljive prirode. Rad će se fokusirati na opšta načela relevantna za ovu oblast ali i na načine na koji arbitri, u praksi, zaista odlučuju. Konkretno, veći deo rada će biti posvećen praksi i analizi načina primene opštih pravila u dosadašnjim arbitražnim slučajevima. Pored toga, pokušaćemo da dokažemo da je oslanjanje prvenstveno na opšta načela arbitražnog postupka ujedno i najbolje rešenje.

2. POSTUPAK DOKAZIVANJA U ARBITRAŽNOM POSTUPKU

U pravnoj teoriji se neretko ističe kako postoji više tipova dokaznog postupka, od kojih se, sa dve potpuno različite strane spektra pojavljuju kontinentalni i anglosaksonski način dokazivanja. Postupku dokazivanja u međunarodnoj arbitraži, iako ima elemente i kontinentalnog i anglosaksonskog načina dokazivanja, ne može se poistovetiti ni sa jednim ni sa drugim. Kontinentalni sistem odlikuje se većim učestvom sudije koji upravlja postupkom dokazivanja, dok kod anglosaksonskog sistema, situacija je suprotna i na strankama je uglavnom sve, od dokazivanja svog slučaja do ukazivanja na nedostatke slučaja druge strane.⁸ Naime, ovako uređen postupak omogućava stranama iz različitih pravnih sistema da se prilagode i koriste arbitražu kao brz i efikasan način rešavanja sporova. Bez obzira na različitosti koje nesumnjivo postoje kada govorimo o uređivanju postupka dokazivanja, opšteprihvaćeni su neki opšti pravni standardi. Opšta načela koja arbitri koriste u odlučivanju i načini prihvatanja dokaza će biti prikazani u sledećem delu rada. Međutim, celishodnosti radi, na ovom mestu valjalo bi istaći, pre svih, pravilo o fleksibilnosti arbitražnog tribunala koje omogućava

⁸ Julian Lew, Loukas Mistelis, Stefan Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Netherlands 2003, 555.

arbitražnom tribunalu da odredi koja će se pravila primenjivati na postupak dokazivanja ukoliko to stranke nisu same uradile.⁹

Arbitri će se neretko susretati sa pitanjem šta učiniti povodom nelegalnih i poverljivih dokaza i na koja pravila ili pravna načela se pozivati prilikom odlučivanja o njima. Kako bismo na celovit način predstavili ovaj problem, potrebno je ustanoviti šta zapravo predstavljaju nelegalni i poverljivi dokazi. Na ovom mestu, bitno je istaći da ne postoje opšteprihvaćene definicije dokaza koji su nelegalno pribavljeni niti koji su poverljivi, te će sudska i arbitražna praksa poslužiti da pokažu šta se pod ovim dokazima najčešće podrazumeva, dok se u nastavku nalazi stav autorke o ovom pitanju.

Ilegalnim dokazima smatramo dokaze koji su pribavljeni na takav način koji se ne smatra legalnim u zemlji u kojoj su pribavljeni.¹⁰ Nelegalni dokazi mogu imati različite forme kao što su, recimo, snimanje bez dozvole, dokumenta koja su nastala kao rezultat „hakovanja“ ili dokazi koji su pribavljeni nelegalnim ulaskom u prostorije gde se nalaze.¹¹ Poverljivi dokazi su oni dokazi koji su povezani sa obavezom čuvanja određenih podataka tajnim. Kao što vidimo, ne postoji jasna definicija navedenih vrsta dokaza što znači i da je određivanje da li su ili ne dokazi pribavljeni na nelegalan način, odnosno, da li su ili ne poverljivi, neretko zavisi od arbitara.

Najviše moći se nalazi u rukama arbitara i na njima je da ocene da li je neki dokaz dozvoljen ili ne i da li će se koristiti u arbitražnom postupku. Na ovom mestu ponavljamo da će sudska praksa služiti da

9 *Ibid.*, 558.

Ovo je mehanizam koji omogućava da ključni delovi arbitražnog postupka budu pravno uređeni u slučaju da strane ne predvide u svom arbitražnom sporazumu ili klauzuli sve bitne elemente, a što se nažalost neretko dešava zbog činjenice da strane ne posvećuju dovoljnu pažnju prilikom pregovora i utvrđivanja konačnog teksta – zbog čega se kolokvijalno nazivaju i šampanjskim klauzulama. U takvim situacijama, tribunal će odlučiti koja konkretna pravila će primeniti prilikom rešavanja spornog pitanja, a upravo od razrešenja tog pitanja, i naravno same odluke koja pravna pravila će primeniti, u velikoj meri zavisi i ishod spora, ali i zakonitost odluke.

10 Nicole S NG, „Illegally obtained Evidence in International Arbitration, Protecting the Integrity of Arbitration“, *Singapore Academy of Law Journal* 32/2020, 764–765.

11 Guillermo Garcia-Perrote, Admissibility of „Hacked Evidence“ in International Arbitration, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/07/07/admissibility-of-hacked-evidence-in-international-arbitration/>, 15. 3. 2023.

pokaže čime se arbitri vode prilikom donošenja odluka, na čemu je i fokus ovog rada. Koja su to opšta načela koja arbitri koriste u odlučivanju i na koji način neke dokaze prihvataju, bez obzira na činjenicu da nisu pribavljeni na legalan način ili poverljive elemente istih, samo je jedno od pitanja relevantno za ovu oblast.

3. OPŠTA ARBITRAŽNA NAČELA NA KOJA SE OSLANJAJU ARBITRI PRILIKOM ODLUČIVANJA O PRIHVATANJU NELEGALNO PRIBAVLJENIH I POVERLJIVIH DOKAZA

Do sada je stvoren kontekst problema nelegalnih i poverljivih dokaza, a ovaj deo rada ima za cilj da pruži odgovor na pitanje koja to opšta arbitražna načela, kao nužnost, koriste arbitri prilikom donošenja odluka o nelegalno pribavljenim i poverljivim dokazima. Na početku je bitno istaći da, kada govorimo o dokazima koji nisu pribavljeni na legalan način ili poverljivim dokazima, ne postoji opšteprihvaćeno pravilo koje će sugerisati da li pomenute dokaze treba prihvatiti. Zbog toga, ono što arbitrima ostaje na raspolaganju je mogućnost da ovakve situacije rešavaju pozivajući se na opšta načela. Načela koja ćemo na ovom mestu obraditi su načelo čistih ruku, načelo savesnosti i poštenja kao i načelo jednakosti strana.

Prvo načelo koje će se uzeti u obzir prilikom odlučivanju o nelegalno pribavljenim dokazima jeste to da li je strana koja zahteva prihvatanje takvih dokaza, odnosno koja se poziva na te dokaze učestvovala u ilegalnim radnjama koje su dovele do njih. Ovo načelo se naziva i načelo čistih ruku. Ukoliko bi ovakvi dokazi bili prihvaćeni to bi bilo protivno načelu *ex turpi causa non oritur actio* što znači da ispravno nikad ne može nastati od pogrešnog.¹² Suština načela, u svetlu izvođenja dokaza, je da zahteva od strane koja se poziva na određeni dokaz da se ponaša pravično i da ne učestvuje u nelegalnim aktivnostima koje su proizvele navedene dokaze.

Dalje, načelo koje se često spominje kada govorimo o arbitraži i vođenju arbitražnih postupaka jeste načelo savesnosti i poštenja.

12 Cherie Blair, Ema Vidak-Gojković, „Wikileaks and Beyond: Discerning an International Standard for the Admissibility of Illegally Obtained Evidence“, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 33/2018, 256.

Čak su i IBA¹³ pravila, koja predstavljaju jedno od najšire prihvaćenih pravila koja uređuju tematiku dokazivanja u arbitraži, spominju ovaj princip u svojoj preambuli gde se zahteva da se strana ponaša u skladu sa ovim načelom. IBA pravila ne definišu ovo načelo, ali je u komentaru naznačeno da ovo načelo predstavlja obavezu stranaka da vode svoje slučajeve bez nedoličnog ponašanja.¹⁴ Ovde dolazimo do jedne veoma zanimljive situacije. S jedne strane, to što ovaj princip nije definisan može predstavljati problem jer se očekuje od strana da ga poštuju. Zbog toga bi bilo poželjno da detaljnije bude definisano kako se ponašanje očekuje od strana u arbitraži. Sa druge strane, ukoliko bi postojala iscrpna definicija ovog načela onda arbitri koji primenjuju ova pravila i koji se pozivaju na ovo načelo ne bi imali potrebnu fleksibilnost i mogućnost da ga na različite načine primene na različite situacije.¹⁵ Dakle, ukoliko bi postojala iscrpna lista ponašanja za koje strane u arbitraži znaju da predstavljaju ponašanje koje nije u skladu sa principom savesnosti i poštenja, stranke u postupku bi mogle da smatraju tu listu konačnom i svoje ponašanje prilagode datim zahtevima.¹⁶ Možemo zaključiti da nepostojanje definicije ovog načela, omogućava arbitrima da se prilagode situaciji i odluke donesu vodeći računa o tome da ona bude u skladu sa pravom.

Sledeće načelo jeste načelo jednakosti strana. Uglavnom se od tribunala zahteva da stranama pruži jednake šanse i mogućnost da iznesu svoje stavove. Tokom arbitražnog postupka, strane iznose svoje argumente putem pisanih podnesaka, ali i usmeno i u obe situacije je moguće da arbitri svojim ponašanjem povrede pravo stranke da iznese svoje stavove.¹⁷ S obzirom na to da se arbitražna zasniva na autonomnosti, strane će započeti postupak tek onda kada su sigurne da postoji obostrano poverenje u postupak kao i, bar određeni, nivo međusobnog

13 Pravila o izvođenju dokaza u međunarodnoj arbitraži IBA (*International Bar Association, Rules of Evidence*, 2020, dalje u fusnotama: IBA pravila).

14 Roman Mikhailovich Khodykin, Carol Mulcahy, Nicholas Fletcher, *A Guide to the IBA Rules on Taking of Evidence in International Arbitration*, New York 2019, 25.

15 *Ibid.*, 26.

16 *Ibid.*, 32.

17 Milena Đorđević, „Procesne nepravilnosti kao razlog za poništaj arbitražne odluke, pouke iz uporedne prakse“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2020, 339.

poverenja.¹⁸ Dakle, tribunal se može naći u situaciji da ne želi da prihvati nelegalne dokaze zato što bi to bilo u suprotnosti sa načelom jednakosti strana, jer bi jednoj strani dao više mogućnosti da iznese svoj stav nego drugoj koja se ne poziva na dokaze koji su pribavljeni putem nelegalnih radnji ili poverljive dokaze, čak je moguće da bi tim postupkom i nagradio stranu koja se ponašala protivpravno. Ipak, može se osmisliti i argumentacija koja bi, pozivajući se na ovo načelo, služila da se bilo kakvi dokazi prihvate i uzmu u obzir. Tribunal bi mogao svoju odluku o prihvatanju dokaza da obrazloži time da će, ukoliko ne prihvati sve dokaze, na taj način povrediti pravo stranke da iznese svoj stav i odbrani svoj slučaj i time potencijalno, staviti drugu stranu u bolju poziciju jer se protiv nje neće koristiti potencijalno negativni dokazi.

Na ovom mestu nije naodmet pomenuti i činjenicu da kada predlog dokaza dođe do arbitra i on se upozna sa njegovom sadržinom teško je oceniti da li ga je on zaista uzeo u obzir i da vidimo koliki je uticaj takvog dokaza na samog arbitra, kao i da li je i ukoliko da, u kojoj meri svoju odluku zasnovao baš na njemu.

Navedena načela su opšta i podložna različitim tumačenjima što arbitražnim tribunalima omogućava da obrazlože svoju odluku, ma kakva ona bila. Takođe, nema potrebe i poente plašiti se i ograničavati arbitre u oslanjanju na svoj unutrašnji osećaj prilikom donošenja odluka.¹⁹ Različitost situacija u kojima se arbitri mogu naći uslovljava postojanje načela na koja se arbitri mogu pozvati i na koja se mogu osloniti prilikom donošenja odluka.

4. DOZVOLJENOST KORIŠĆENJA NELEGALNO PRIBAVLJENIH DOKAZA U ARBITRAŽNOM POSTUPKU

Kao što je do sada već i istaknuto, jedna od glavnih odlika odlučivanja u arbitražnom postupku, kada govorimo o tome da li će neki

18 Dragor Hiber, Vladimir Pavić, „Arbitration and Crime“, *Journal of International Arbitration* 25/2008, 477.

19 Milan Lazić, Giulio Palermo, Srđan Dragičević, „Ex aequo et bono in international arbitration“, *Revija kopaoničke škole prirodnog prava* 1/2020, Beograd, 50.

dokaz biti prihvaćen ili ne, jeste široka diskreciona moć arbitara. Šta to znači za dokaze koji nisu pribavljeni na legalan način? To znači da ne postoje izričite zabrane koje će dovesti do automatskog isključivanja dokaza pribavljenih na nelegalan način iz arbitražnih postupaka. Pravna teorija odlazi korak dalje, te Born (*Born*) smatra da se postojanje nedostataka u dokazima uglavnom uzima u obzir kada se odlučuje o vrednosti i dokaznoj snazi konkretnog dokaza pre nego što će odlučiti da se jedan dokaz tretira kao neprihvatljiv.²⁰ Stoga, kako već utemeljenje nije moguće pronaći u pravnim normama i u teoriji, rešenje navedenog problema ćemo pronaći, ali i najbolje razumeti, ukoliko se posvetimo analizi pravne prakse.

4.1. Dokazi pribavljeni na nelegalan način na primeru *WikiLeaks*

Pitanje dokaza pribavljenih na ilegalan način i toga kako će se oni tretirati u arbitražnom postupku nije novina, ali smatra se da je ovo pitanje dobilo još više na praktičnom značaju sa pojavom sajta VikiLiks (*WikiLeaks*). Prema opisu koji je dostupan na njihovoj internet prezentaciji, ovo je internet stranica na kojoj je do sada objavljeno više od 10 miliona dokumenata, koje se tiču rata, špijunaže i korupcije. O značaju koji je VikiLiks imao govori i to što je, zajedno sa svojim novinarima osvojio veliki broj nagrada, a šest uzastopnih godina ovaj sajt nominovan je za Nobelovu nagradu za mir.

Veliku većinu od tih 10 milina dokumenata i analize čine dokumenti koji predstavljaju državne ili diplomatske tajne, pa se samim može zaključiti da se radi o dokumentima koji nije trebalo da ugledaju svetlost dana i da su bez pravnog osnova pušteni na internet i postali dostupni široj javnosti. Osnivači i odgovorne ličnosti su i dalje u zatvoru, dok je Hilari Klinton (*Clinton*) za VikiLiks rekla da predstavlja napad na međunarodnu zajednicu.²¹ Međutim, to što su ovi dokazi nelegalno pribavljeni, ne menja činjenicu da su upravo ti dokumenti korišćeni kao dokazi u velikom broju slučajeva i to pre svega u investicionim arbitražama.²² Kako bismo što reprezentativnije prikazali

20 G. Born, *op. cit.*, 2311.

21 Steven Erlanger, Europeans Criticize Fierce U.S. Response to Leaks, https://www.nytimes.com/2010/12/10/world/europe/10wikileaks-react.html?_r=0, 16. 2. 2021.

22 Većina dokumenata o kojima će biti reči i koja su se koristila kao dokaz, tiču se pre svega država i državnih tajni.

snalažljivost arbitara kada su u pitanju nelegalni dokazi, sledi prikaz najinteresantnijih slučajeva iz prakse koji su koristili podatke i dokumenta sa navedenog sajta.

4.1.1. Yukos Universal Limited v. The Russian Federation

Prvi slučaj o kome će biti reči je slučaj investicione arbitraže – Jukos (*Yukos Universal Limited*) protiv Rusije.²³ Jukos kompanija je podnela zahtev za arbitražu protiv Rusije u postupku pred Stalnim arbitražnim sudom u Hagu zbog tvrdnji da je država protivpravno oduzela njihovu investiciju.

U konkretnom slučaju, dokumenta koja su preuzeta sa sajta VikiLiks su bitna zbog dokaza koji pružaju o postojanju velikog pritiska od strane Rusije na PwC (*PricewaterhouseCoopers*), revizorsku kompaniju koja je radila sa kompanijom Jukos. Naime, država je vršila uticaj na revizorsku firmu da pričini nelegalnu štetu Jukosu. Upravo na VikiLixsu se nalaze dokazi koji govore o postojanju takvog nesumnjivog pritiska na PwC i njihovog straha da će ukoliko ne postupe po nalogima države izgubiti svoju licencu i ceo svoj posao u Rusiji, a tribunal se upravo na ova dokumenta pozivao u svojoj odluci.²⁴ Tribunal je doneo odluku u korist kompanije Jukos, odnosno protiv Ruske federacije, na osnovu informacija koje su sadržane u nelegalno pribavljenim dokazima. Prilikom donošenja odluke, tribunal je uspeo da izbegne neposredno izjašnjavanje o pitanju ilegalno pribavljenih dokaza. U tekstu odluke se nesumnjivo poziva na navedene dokaze²⁵ i na taj način odlučuje da stavi na drugo mesto činjenicu o načinu na koji su ovi dokazi pribavljeni, a na prvo mesto potrebu da donese pravičnu odluku koja se zasniva na svim dostupnim informacijama, bez obzira na koji način su postale dostupne. Na osnovu ovog primera možemo zaključiti da nije neophodno da tribunal izričito i jasno prihvati nelegalno pribavljene dokaze da bi mogao da svoju odluku donese na osnovu njih.

23 PCA Case No. AA 227, Yukos Universal Limited v. The Russian Federation, 18. 7. 2014, konačna odluka.

24 *Ibid.*, 387– 391.

25 Ch. Blair, E. Vidak – Gojković, *op. cit.*, 249.

4.1.2. ConocoPhillips v. Bolivian Republic of Venezuela

Sledeći slučaj koji ćemo analizirati je slučaj KonokoFilips (*ConocoPhillips*) protiv Venecuele.²⁶ U ovom postupku Venecuela je bila stranka koja se pozivala na dokumenta sa VikiLiks sajta. Naime, Venecuela je, između ostalog, optužena da nije vodila pregovore u dobroj veri sa drugom stranom, a „hakovani“ dokumenti i imejlovi koji su se našli na sajtu predstavljali su jedini dokaz da je Venecuela zaista pokušala da vodi pregovore u dobroj veri.

Zahtev da se uzmu u obzir ovi dokumenti odbijen je, ali iz procesnih razloga²⁷, što znači da se tribunal nije izričito izjašnjavao povodom činjenice da su dokumenta koja su predmet razmatranja pribavljena sa sajta VikiLiks, odnosno da su postala dostupna na nelegalan način.

U ovom slučaju postoji izdvojeno mišljenje jednog od članova Tribunala koji se snažno protivi ovakvoj odluci i poziva se na kredibilitet i važnost dokumenata pribavljenih na ovaj način. Arbitar je u izdvojenom mišljenju izjavio da niti jedan tribunal ne bi trebalo da zanemari takve dokaze kada uzme u obzir svoju obavezu da dođe do istine i pravde.²⁸ U radu koji se bavi VikiLiks dokumentima, Bler (*Blair*) i Vidak-Gojković o ovom izdvojenom mišljenju navode da ono služi kao podsetnik „koliko je bitno očuvati ravnotežu između interesa pravde, sa jedne strane i proceduralnog integriteta, sa druge strane“.²⁹ Ipak, Tribunal se prilikom odlučivanja najviše oslanjao na dokaznu snagu pomenutih dokaza³⁰, što predstavlja jedan od osnovnih interesa koje tribunali imaju na umu prilikom odlučivanja.

26 ICSID Case No. ARB/07/03, *ConocoPhillips Petrouzuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V., ConocoPhillips Gulf of Paria B.V., ConocoPhillips Company vs. Bolivian Republic of Venezuela*, 8. 3. 2019, konačna odluka.

27 Naime, Venecuela je predložila ilegalno pribavljene dokaze tek u zahtevu upućenom Tribunalu da ponovo odluči slučaj zbog novih dokaza koji su priloženi. Tribunal je odlučio da, u skladu sa ICSID pravilima, nema nadležnost da ponovo odlučuje o slučaju jer prvobitna odluka ima status stvari koja je *res judicata*.

28 ICSID Case No. ARB/07/03, *ConocoPhillips v. Venezuela*, Decision on Respondent's Request for Reconsideration, Izdvojeno mišljenje arbitra Georges Abi-Saab, 24.

29 Ch. Blair, E. Vidak – Gojković, *op.cit.*, 250.

30 Sara Mansour Fallah, „The Admissibility of Unlawfully Obtained Evidence before International Courts and Tribunals“, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 19/2020, 162.

Na osnovu svega navedenog u ovom delu rada, možemo zaključiti da se tribunali često trude da se, kada treba da odluče o prihvatanju nelegalno pribavljenih dokaza, direktno ne izjašnjavaju o tom pitanju. Tribunali takođe odbijaju da navedenu vrstu dokaza nedvosmisleno okarakterišu kao ilegalne i zbog toga odbace, a što može biti posledica činjenice da često imaju na umu ravnotežu između interesa pravde i poštovanja arbitražnih pravila. Opet naglašavamo ono što je zanimljivo, a to je da čim dokaz dođe do arbitra, kada ga strane predlože, nije moguće znati koliko je baš taj dokaz uticao na konačnu odluku. Iako arbitri svoje odluke moraju da obrazlože, uvek je moguće da je prilikom donošenja konačne odluke uticaj na njih ostavio protivpravno pribavljeni dokaz. Na osnovu prakse koja nam je dostupna, a koja se tiče dokumenata sa sajta VikiLiks, možemo zaključiti da tribunali nisu skloni da olako isključe dokaze iz postupka zbog činjenice da su nelegalno pribavljeni već će ih ili prihvatiti ili odbiti, ali pod drugim obrazloženjima, kao što je postojanje procesne smetnje kao što smo videli u slučaju KonokoFilips protiv Venecuele. O tome najbolje govori i podatak da, osim jednog izdvojenog mišljenja koje je zbog svoje specifičnosti i direktnosti zavredelo pažnju teoretičara ove oblasti, arbitražni tribunali su odbijali da iskažu svoje mišljenje o datoj situaciji već su navedena dokumenta posmatrali na isti način kao i ostale dokaze, čije poreklo nije protivpravno i sporno.

4.2. Praksa kao ilustracija primene arbitražnih načela prilikom odlučivanja o dozvoljenosti ilegalno pribavljenih dokaza

U dosadašnjem izlaganju je nekoliko puta napomenuto da će se, zbog nedostatka normi i izričitih pravila, arbitražni tribunali najčešće oslanjati na praksu prilikom rešavanja problema nelegalnih dokaza, a što će upravo biti i *modus operandi* prilikom konačnog odgovora na pitanje da li se ovakvi dokazi mogu prihvatati. Stoga, u ovom delu rada će biti analizirana dva zanimljiva i poznata slučaja u kojima je tribunal odluku o protivpravno pribavljenim dokazima doneo oslanjajući se na opšta načela koja smo naveli na početku rada.

4.2.1. Methanex Corporation v. United States of America

Kada god se govori o nelegalno pribavljenim dokazima, raspravljanje o slučaju Metaneks (*Methanex*) protiv Sjedinjenih Američkih Država je neizbežno. U ovom slučaju, tužilac je neovlašćeno ušao u prostorije organizacije i na taj način došao do dokumenata relevantnih za slučaj. Tužilac je tvrdio da je do dokumenata došao tako što ih je našao angažovani privatni detektiv na javnoj površini, i da samim tim nisu pribavljeni na nelegalan način. Ipak, to Tribunalu nije bio dovoljno ubedljiv argument da ih ne smatra protivpravno pribavljenim, te je Tribunal odbio da ih prihvati pod obrazloženjem da su irelevantni za dati slučaj. Međutim, to nije ono što je ovaj slučaj učinilo posebno bitnim kada govorimo o nelegalno pribavljenim dokazima. U ovom slučaju tribunal se konkretno izjasnio povodom nelegalno pribavljenih dokaza i to uopšteno, a ne samo u vezi sa konkretnim slučajem.

Tribunal je smatrao da stranke u ovom arbitražnom postupku imaju opštu dužnost jedna drugoj, a i prema Tribunalu, da se ponašaju u skladu sa principom dobre vere tokom vođenja postupka, kao i da poštuju jednakost između njih, a što je suština principa jednakog tretmana i proceduralnog poštenja.³¹ Tribunal se dakle pozvao na načelo savesnosti i poštenja. Tribunal je zaključio da dokumenta pribavljena na ilegalan način ne mogu biti u skladu sa datim principom i da ih zato ne može uzeti u obzir prilikom odlučivanja.

Ovaj slučaj je ilustracija načina razmišljanja arbitara koji stavljaju na prvo mesto načelo savesnosti i poštenja i koji zbog tog načela odbijaju da prihvate dokaze koji su nesumnjivo nelegalni. Na kraju, iako je načelo savesnosti i poštenja naglašeno kao najvažnije, tribunali naglašavaju i da jednostavno ne bi bilo pošteno dozvoliti jednoj strani da se poziva na nelegalne dokaze, a drugoj ne jer takvo ponašanje ne bi bilo u skladu sa načelom jednakosti strana.

4.2.2. Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey

Još jedan slučaj u kome se Tribunal izjasnio povodom dokaza koji su nelegalno pribavljeni jeste slučaj ICSID³² arbitraže Libananko

31 UNCITRAL, *Methanex Corporation v. United States of America*, 2005, konačna odluka, 26.

32 Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*, dalje u fusnotama: ICSID).

Holdings (*Libananco Holdings*) protiv Turske. U tom slučaju, tužena strana se oslanjala na dokumenta koja su ne samo pribavljena na nelegalan način već su bila i poverljiva. U konkretnom slučaju, u pitanju su bila, kako Tribunal navodi u svojoj konačnoj odluci, „stotine, a možda čak i hiljade“ poverljivih dokumenata do kojih je u ovom slučaju Turska došla nelegalnim putem.³³ Iako je Turska negirala ovakve optužbe, Tribunal je bio stava se ova pitanja tiču najvažnijih principa ICSID arbitraže i da strane imaju obavezu da se ponašaju u skladu sa načelom savesnosti i poštenja, a da je obaveza Tribunalu da se postara za primenu ovog principa od strane svih učesnika u postupku.³⁴

Praksa je pokazala, kao što možemo videti u navedenom slučaju, ali i u slučaju *Metaneks*, da je od velike važnosti da se Tribunal oglasi po pitanju dokaza koji su nelegalno pribavljeni i da zaštiti osnovna načela arbitražnih postupaka kao što je načelo savesnosti i poštenja.

5. DOZVOLJENOST KORIŠĆENJA POVERLJIVIH DOKAZA U ARBITRAŽNOM POSTUPKU

Postoje stavovi da dokumenta koja su pribavljena na nepravilan način, a koja su pri tome i poverljiva, zahtevaju viši nivo zaštite u odnosu na dokumente koji se koriste kao dokazi, a koji su pribavljeni protivno pravilima, ali nisu poverljiva.³⁵ Takvo mišljenje nalazi svoj osnov u činjenici da strane moraju imati uverenje da su bezbedne da govore o činjenicama koje mogu biti predmet poverljivih dokumenata, bez straha da će informacije koje su tim dokumentima nalaze jednog dana biti iskorišćene protiv njih u arbitražnom postupku.³⁶ Navedeni stav je svoje mesto našao i u praksi. Međutim, pre nego se posvetimo analizi konkretnih slučajeva, neophodno je istaći da postoje određene razlike i detalji na koje tribunali moraju obratiti pažnju, a pre svega to da li

33 ICSID Case No. ARB/06/8, International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, 23. 6. 2008, konačna odluka, 33.

34 *Ibid.*, 37.

35 Viver Krishnani, Confidentiality of Already Disclosed Documents: Admissibility of Improperly Obtained „Privileged“ Evidence, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/05/24/confidentiality-of-already-disclosed-documents-admissibility-of-improperly-obtained-privileged-evidence/>, 9. 3. 2021.

36 *Ibid.*, 113.

su dokumenti greškom prestali da budu tajni ili su postali dostupni javnosti na drugi način. Važno je naglasiti značaj nivoa i kvaliteta zaštite tajnosti ovih podataka. Naime, postoji stav da ukoliko informacije koje su poverljive nisu bile dovoljno zaštićene pa su, zbog toga izašle iz sfere tajnosti, ni ne zaslužuju poseban nivo zaštite i dozvoljeno je koristiti ih kao dokaze.³⁷ Primera radi, ukoliko je neki dokument koji sadrži informacija koje se tiču poverljivog odnosa koji postoji između advokata i klijenta, dospelo na internet i na taj način postao dostupan trećim licima, postavlja se pitanje da li je on i dalje poverljiv i da li je opravdano koristiti ga kao dokaz prilikom vođenja arbitražnog postupka. Zbog važnosti čuvanja poverljivosti informacija koje su zaštićene odnosom koji postoji između advokata i klijenta te informacije ne bi trebalo da se otkriju sve dok sama strana koju ta poverljivost štiti ne da za to dozvolu.³⁸

Sledi analiza slučajeva u kojima su arbitražni tribunali odlučivali kada su im dostavljeni poverljivi dokumenti dok će na kraju biti dat rezime ovog problema i potencijalni pristupi, a sve sa ciljem pružanja odgovora na pitanje da li ovakve dokaze arbitražni tribunali treba da prihvate.

5.1. *Catube International Oil Company v. Republic of Kazakhstan*

Što se ovog postupka tiče³⁹, dokazi na koje su tužioci želeli da se oslone nastali su kao rezultat „hakovanja“ vlade tuženog, koji je doveo do objavljivanja više od 60 hiljada dokumenata, koji su sada, zbog toga, bili dostupni na internetu.⁴⁰ Tribunal je o tom zahtevu doneo odluku da se u postupku mogu koristiti sva dokumenta koja su rezultat tog „hakovanja“, ali ne i ona koja se, iako su pribavljena na identičan način, odnose na odnos koji postoji između advokata i klijenta.⁴¹ Time je

37 *Ibid.*

38 Klaus Peter Berger, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, The Netherlands 2003, 602.

39 ICSID Case No. ARB/13/13, *Caratube International Oil Company LLP and Mr. Devinicci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, 27. 09. 2017. konačna odluka, 42.

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*, 43.

Tribunal jasno napravio razliku između nelegalno pribavljenih dokumenata koja se tiču poverljivih podataka i dokumenata koja su takođe pribavljena na ilegalan način, ali u sebi ne sadrže poverljive podatke i ovim prvima dao veću zaštitu u odnosu na druge.

5.2. *HT S.R.L. v. Wee Shuo Woon*

Slično kao i u prethodnom slučaju, ali ovaj putom pred sudom u Singapuru, vođen je postupak u kome se kao jedan od problema javilo pitanje da li jedna od strana može da kao dokaze koristi poverljiva dokumenta koji su se, nakon „hakovanja“ našli na internetu.⁴² Glavno pitanje o kome se raspravljalo u ovom slučaju jeste način tumačenja pojma javni domen.

Jedna od strana se pozivala na to da su ta dokumenta već svima dostupna i da ne postoji potreba da se dalje štiti njihova poverljivost, dok je druga strana potencirala da uvek postoji potreba da se štiti poverljivost dokumenata i da će oni postati dostupni tek ukoliko bi se uključili u postupak.

U odluci je definisano da postoje različiti načini na koje se može tumačiti pojam javnog domena i da su upravo to strane pokušavale da dokažu. Postupajući sud je bio mišljenja da bi uži smisao podrazumevao da su dokumenta ušla u domen javnosti ukoliko se koriste u arbitraži, odnosno ukoliko se nađu izvan prava na zaštitu poverljivosti⁴³, sa druge strane, šire značenje informacija koja su javnom domenu jeste da su to one informacije koje su se našle na internetu i zbog toga su dostupne svima.⁴⁴

Ova odluka je značajna za konačno davanje odgovora na pitanje da li se poverljivi dokazi mogu koristiti ili ne, jer se u odluci dalje analizira širi način razumevanja javnog domena. U odluci stoji da sama činjenica da su dokumenti dostupni znači da u trenutku njihovog objavljivanja prestaje osnov za zaštitu poverljivosti.⁴⁵ Dalje, kada govorimo o poverljivosti dokumenata koji su u suštini poverljivi, ali su se našli na mestu koje ih čini dostupnim svima, posebno je bitno koliko su dokumenti o kojima pričamo dostupni i da se u svakom posebnom slučaju

42 High Court of Singapore, Suit No 489 of 2015, *HT S.R.L. v. Wee Shuo Woon*.

43 *Ibid.*, 20–26.

44 *Ibid.*

45 *Ibid.*

mora voditi računa o tome u kojoj meri su oni zaista svima na dohvata ruke. Obrazloženje odluke takođe sadrži i navode da nije sporno da ne postoji osnov da se štiti poverljivost dokumenata zakonom ukoliko su oni već dostupni svima, ali da u datoj situaciji to nije bio slučaj i da dokumenta zaista nisu bila svima dostupna, iako se nalaze na internetu, te da se neće koristiti kao dokaz.

5.3. Razlikovanje nelegalno pribavljenih dokaza koji u sebi sadrže poverljive informacije od onih koji ih ne sadrže

Iz dostupne arbitražne i sudske prakse jasno proizlazi da arbitražni tribunali cene svaki slučaj pojedinačno, kao i da neretko izbegavaju oslanjanje na poverljive dokaze. Ipak, potrebno je izvršiti njihovu diferencijaciju u odnosu na dokaze pribavljene nelegalnim putem ali bez poverljivih informacija u sebi. Stoga, kada govorimo o dokumentima koji su tajni ali su se zbog jednog ili drugog razloga našli u javnom domenu, mora se u svakoj situaciji voditi računa koliko su zaista te informacije dostupne. U slučaju koji se vodio protiv Kazahstana, prihvaćeni su svi dokumenti koji su se ilegalno našli na internetu osim onih koji su bili poverljivi. Tribunal je u toj situaciji, takođe, koristio argument da takva dokumenta mora da koristi jer su u potpunosti dostupni javnosti i da odluka koju bi doneo, a da se na njih ne pozove u obrazloženju, ne bi bila činjenično potkrepljena.⁴⁶

Ovaj slučaj, između ostalog, je i značajan zato što predstavlja primer načina na koji tribunal pokušava da napravi balans između različitih aspekata integriteta arbitražnog postupka.⁴⁷ U jednu ruku, tribunal je želeo svoju odluku da bazira na informacijama koje su dostupne i da na taj način izbegne mogućnost da donese odluku koja nije faktički tačna, a sa druge strane osetio je potrebu da ne okrene leđa činjenici da dokazi jesu nelegalno pribavljeni i da spreči prihvatanje dokaza koji su poverljive prirode.⁴⁸

Dodatno, na ovom mestu treba pomenuti još jedan argument koji se često pominje kada se razmatra ovo tema. Taj argument tiče se činjenice da su arbitraže po pravilu poverljive, kao i činjenice da se

46 N. NG, *op.cit.*, 756.

47 *Ibid.*, 762.

48 *Ibid.*

arbitražne odluke često nađu pred nacionalnim sudovima tokom postupka priznanja i izvršenja, kao u postupku pred sudom u Singapuru koji je pomenut, a to ukoliko stranke žele da prinudno izvrše svoju arbitražnu odluku pred nacionalnim sudovima u nekoj zemlji, ukoliko se ona ne ispoštuje.⁴⁹ Iako postoje mišljenja da poverljivost arbitraže nije više njeno dominantno obeležje, činjenica je da postoje načini na koje se ta tajnost ipak može očuvati kada za to postoje opravdani interesi.⁵⁰ U takvim situacijama može doći do sledećeg problema: da se arbitražna odluka zasniva na poverljivim informacijama i da se takva arbitražna odluka nađe pred nacionalnim sudom koji je onda objavi. Tada može doći do još većeg kršenja sigurnosti koja postoji u tajnost arbitraže i strane mogu ovu činjenicu opravdano istaći kao još jedan od argumenata zašto je opasno i nepoželjno koristi poverljive informacije kao dokaze u arbitražnim postupcima.

Na kraju, može se zaključiti da postoje mnogobrojni argumenti koje stranke mogu koristiti da bi ubedile arbitre da prihvate dokumenta koja u sebi imaju poverljive informacije kao dokaze u arbitražnim postupcima, pre svega pozivajući se na opšta načela vođenja arbitražnog postupka ali, sa druge strane postoji isto toliko argumenata koje suprotna strana može iskoristiti da bi dokazala da se informacije koje su predmet rasprave ipak ne smeju koristiti.

6. ZAKLJUČAK

S obzirom na činjenicu da je dostavljanje dokaza ujedno i mogućnost uticaja na konačnu odluku arbitara, stava smo da je arbitražna odluka u slučaju protiv Kazahstana najbliža optimalnom rešenju, a to je da je neophodno napraviti razliku između dokumenata koji poseduju u sebi poverljive informacije i onih koji to nisu, te da je tu sigurnost i poverljivost neophodno sačuvati. Nesporno je da i tribunali imaju potrebu da sačuvaju poverljivost dokumenata u arbitražnim postupcima i da na taj način održe poverenje u tajnost arbitražnog postupka kao celine. Međutim, bez postojanja jasnih pravila o tome da li nelegalni i poverljivi dokumenti jesu ili nisu dozvoljeni kao dokazi, kao i u slučaju

49 Andrew Tweeddale, Karen Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes, International and English Law and Practice*, New York 2005, 355.

50 Maja Stanivuković, „Javnost i tajnost arbitraže“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 52(2)/2018, 475.

nedostatka tačne definicije koji dokazi spadaju u kategoriju poverljivih odnosno dokaza pribavljenih protivpravnim putem, tribunalali će pred sobom imati zadatke da od slučaja do slučaja ocenjuju dokaze i da na taj način, kroz stvaranje prakse, pokušaju da dođu do optimalnog rešenja jer je očigledno da striktna pravila i odgovori na ovo pitanje ne postoje. S druge strane, nepostojanje ovakvih pravila, kao i jasne definicije navedenih dokaza, opravdano je velikim brojem i raznovrsnošću situacija na koje arbitri treba da odgovore i interesa koji moraju da zaštite. Stoga možemo zaključiti da je jedino ispravno rešenje, koje zapravo i egzistira u arbitražnoj praksi, da ova materija ne treba da bude regulisana striktno i formalno, već da se pruži mogućnost arbitrima da se oslanjajući se na opšta načela, prilagode konkretnom slučaju. Na osnovu prakse različitih tribunala koja je prikazana u ovom radu, možemo zaključiti i da tribunalali tu „privilegiju“ ne zloupotrebljavaju i koriste fleksibilnost u najboljem interesu strana u postupku i donošenja, na zakonu i pravu zasnovane, odluke.

Jelisaveta Boljanović, LL.M.

Teaching Associate at University of Belgrade – Faculty of Law

ILLEGALLY OBTAINED AND CONFIDENTIAL EVIDENCE IN ARBITRAL PROCEEDINGS

Summary

Subject of this article are illegally obtained and confidential evidence that parties rely on in arbitral proceedings. Although arbitration owes its existence to the agreement of the parties, the question that poses itself is if this agreement allows them to rely on illegally obtained and confidential evidence or is this the place where their autonomy will be limited. Having in mind that there are no strict rules that regulate this topic, in order for us to come to an answer, this article will firstly analyze arbitral decisions. Due attention will also be given to the general principles of the arbitral proceedings that tribunals rely upon. The goal of this article is to prove that these general principles are more than enough and that strict rules in this area of arbitration are not needed. Moreover, legal interest will be best served if we allow arbitrators to base their decisions on the said principles. Lastly, this

article will prove that there should be a difference when dealing with illegally obtained and confidential evidence.

Key words: *Arbitration. – The process of presenting evidence in Arbitral Proceedings. – Illegally obtained evidence in Arbitral proceedings. – Confidential evidence in Arbitral Proceedings.*

LITERATURA

Blair C., Vidak-Gojković E, „Wikileaks and Beyond: Discerning an International Standard for the Admissibility of Illegally Obtained Evidence“, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 33/2018.

Born G., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Netherlands 2020.

Buhring Uhle C., *Arbitration and Mediation in International Business*, Kluwer Law International, The Netherlands 2006.

Dorđević M., „Procesne nepravilnosti kao razlog za poništaj arbitražne odluke, pouke iz uporedne prakse“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije* 2020.

Erlanger S., Europeans Criticize Fierce U.S. Response to Leaks, https://www.nytimes.com/2010/12/10/world/europe/10wikileaks-react.html?_r=0.

Gaillard E., Savage J., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Netherlands 1999.

Garcia-Perrote G., Admissibility of „Hacked Evidence“ in International Arbitration, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/07/07/admissibility-of-hacked-evidence-in-international-arbitration/>.

Hiber D., Pavić V., „Arbitration and Crime“, *Journal of International Arbitration* 25/2008.

Knežević G., Pavić V., *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009.

Krishnani V., Confidentiality of Already Disclosed Documents: Admissibility of Improperly Obtained „Privileged“ Evidence,

- <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/05/24/confidentiality-of-already-disclosed-documents-admissibility-of-improperly-obtained-privileged-evidence/>, 9. 3. 2021.
- Lazić M., Palermo G., Dragičević S., „Ex aequo et bono in international arbitration“, *Revija kopaoničke škole prirodnog prava* 1/2020.
- Lew J., Mistelis L., Kroll S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Netherlands 2003.
- Mansour Fallah S., „The Admissibility of Unlawfully Obtained Evidence before International Courts and Tribunals“, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2020.
- Mikhailovich Khodykin R., Mulcahy C., Fletcher N., *A Guide to the IBA Rules on Taking of Evidence in International Arbitration*, Cambridge University Press, New York 2019.
- Moses M. L., *Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, New York 2008.
- Peter Berger K., *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, Kluwer Law International, The Netherlands 2015.
- S NG N., „Illegally obtained Evidence in International Arbitration, Protecting the Integrity of Arbitration“, *Singapore Academy of Law Journal* 32/2020.
- Stanivuković M., „Javnost i tajnost arbitraže“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 52, br. 2, Novi sad, 2018
- Tweeddale A., Tweeddale K., *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*, Oxford University Press, New York 2007.

Article history:

Received: 5. 8. 2023.

Accepted: 20. 11. 2023.