
ПРИКАЗИ

Бисера НЕДЕЉКОВИЋ*

студент мастер студија на Правном факултету Универзитета у Београду, Република Србија

Elza Reymond-Eniaeva
Towards a Uniform Approach to Confidentiality
of International Commercial Arbitration
Springer, 2019.

Поверљивост се често истиче као једна од главних предности арбитражног у односу на друге начине решавања спорова. Стране се одлучују за арбитражу управо да би покушале да спрече да информације које би могле негативно да се одразе на њихову репутацију доспеју у јавност. Иако је реч о суштинском елементу арбитраже, представа о поверљивости није тако јасна као што би се могло учинити на први поглед.¹ Поверљивост је једно од најспорнијих питања у арбитражном поступку, чему значајно доприноси чињеница да је детаљнија регулатива у односу на ову дужност изостала. Све је јасније да се поверљивост и приватност у поступку не могу изједначити. Поред тога, поставља се питање да ли дужност поверљивости постоји и у одсуству изричите уговорне клаузуле или одредбе и где треба поставити границу дужности поверљивости. Монографија Елзе Рејмонд Ениајеве „Ка јединственом

* Електронска адреса аутора: barbulovicbisa@gmail.com.

1 Мирослав Пауновић, „Поверљив карактер међународне трговачке арбитраже“, *Право и њивреда*, бр. 7–9/2015, 167.

приступу поверљивости међународне трговинске арбитраже“ питање изводљивости униформног регулисања дужности поверљивости разматра детаљније.

У *уводном* *војављу* ауторка кратко уводи у проблематику дужности поверљивости. Као главни проблем је препознат управо недостатак довољно детаљне регулативе и неуједначена пракса и ставови поводом тога када дужност постоји и да ли се и у којим случајевима од ње може одступити. Два аспекта дужности поверљивости су препозната као најпроблематичнија: постојање дужности поверљивости у одсуству изричитог споразума страна или регулативе и објављивање арбитражних одлука. Транспарентност би требало да буде унапређена, али не би требало да представља препреку да се очува поверљивост арбитражног поступка. Због тога што је границу тешко повући, однос транспарентности и поверљивости је још увек донекле проблематичан.

Друго *војавље* се детаљније бави изворима у којима је уређена дужност поверљивости. У складу са посебном природом арбитражног поступка, где је аутономија странака изражена, на првом месту је споразум страна. У одсуству споразума или као његова допуна, примењују се правила чију су примену уговориле странке. Посебно су значајна правила националног права јер могу да превагну у односу на споразум страна уколико се њиме вређају јавни поредак или императивна правила. Извор су још и међународни споразуми, који су у овом случају мање значајни јер се у многима од њих дужност поверљивости не регулише. Општа одредба о поверљивости није постала део међународних арбитражних правила. Углавном само постоје одредбе које уређују приватност саслушања и поверљивост у односу на поступак. Широко постављену дужност познају правила Швајцарске арбитраже, јер спомињу такву обавезу и других страна, попут стручњака, секретара арбитраже и чланова управе Швајцарске арбитражне коморе, чланова трибунала и секретаријата и другог особља. Правила ICC (*International Commercial Chamber*) препуштају странкама да дужност уреде споразумом. Најкомплетнија правила садрже WIPO арбитражна правила (*World Intellectual Property Organization Arbitration Rule*), која прописују дужност поверљивости као општи принцип, тако да се чак и само постојање арбитраже мора чувати у тајности. У овим правилима се раздвајају дужност поверљивости у односу на оно што је откривено током самог поступка и поверљивост арбитражне одлуке. Правила OSLO садрже мало необичну формулацију, према којој би стране требало да прецизирају шта се има сматрати поверљивим. Уколико стране у арбитражни споразум укључе изричиту клаузулу о поверљивости, на тај начин до пуног изражаја долази аутономија воље странака и оне су

у стању да ову дужност уреде према сопственим потребама, а уједно се обезбеђује и правна сигурност и предвидљивост. Ипак, тај приступ има одређене недостатке. Уговором се не може обавезати треће лице, због чега би посебан споразум морао бити закључен са сведоцима, стручњацима и другим лицима која су укључена у овај поступак.

У већини националних права, нарочито оним која су се угледала на УНЦИТРАЛ Модел закон, одредбе о поверљивости изостају. То се надомешћује тиме што се кроз праксу судова успоставља таква дужност, иако се не може рећи да су ставови по том питању усаглашени. У неким правима се сматра, што је установљено кроз судску праксу, да дужност поверљивости постоји и у одсуству изричитог уређивања такве дужности (примера ради, у Енглеској, Сингапуру, Шведској), док се у другим јурисдикцијама сматра да таква дужност не постоји (у Аустралији). У неким државама, попут Швајцарске и Француске, судови су имали прилику да се посредно изјасне о том питању, али опредељење не постоји. Аутор истиче да би требало сматрати да таква дужност постоји и у одсуству изричитог споразума или регулативе, будући да странке приликом закључивања арбитражног споразума имају у виду поверљивост таквог поступка. Сматра се да арбитражна клаузула садржи „прећутну“ клаузулу о поверљивости поступка.²

Од значаја могу бити и правила којима се уређује дужност поверљивости у односу на вршење одређених професија, примера ради адвокатске. Аутор сматра да нема сметњи да се за уређивање дужности поверљивости користи и тзв. „меко право“, јер његова примена по правилу не изазива конфликт са применом других правила. Дакле, суштина је у томе да дужност поверљивости не мора егзистирати само у оквиру изричитог споразума страна, већ и других извора о којима је било речи. У сваком случају, ова дужност се може поимати и као *lex mercatoria*.

Треће њојлавље одговара на питање ко су све субјекти дужности поверљивости. У највећој мери је неспорно да су то странке у поступку, њихови заступници, арбитраи и арбитражна институција. Међутим, то нису једина лица која учествују у поступку, па се поставља питање да ли још нека лица имају дужност поверљивости. Још једно важно питање размотрено у овом поглављу се тиче основа и обима дужности поверљивости која се односи на арбитрае. Углавном се сматра да је питање постојања дужности поверљивости арбитра неспорно, али обим те дужности није јасно дефинисан. У односу на арбитражну институцију се такође сматра да дужност постоји, с тим да постоје извесне дилеме које се односе на питање објављивања одлуке. Када је реч о

2 Маја Станивуковић, „Јавност и тајност арбитраже“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 2/2018, 450.

правном заступнику странке, дужност поверљивости се некада поима и као привилегија заступника. Међутим, поверљивост као привилегију не треба мешати са дужношћу поверљивости у контексту арбитражног поступка. Привилегија подразумева да правни заступник не мора да открије одређене информације позивајући се на то право (примера ради, приликом давања исказа на суду), док дужност поверљивости значи да то не сме да уради. У односу са клијентом, дужност заступника произлази из уговора, арбитражних закона, правила институционалних арбитража, правила професије и етичких правила. Трећа лица, попут секретара, сведока, експерата и др., такође могу бити обавезана да чувају информације до којих су дошла током или у вези са поступком. Обавеза чувања поверљивости секретара је предвиђена у већини правила која уређују именовање и овлашћења арбитражних секретара.³ Ипак, најчешће ће основ такве дужности бити уговорне природе, иако се не пориче могућност да та дужност буде установљена арбитражним правилима. Најсигурније је да таква дужност буде посебно уређена уговорним путем са трећим лицима, како би се избегле ситуације у којима није извесно да ли је и у којој мери дужност поверљивости применљива у односу на њих.

У *четвртом поглављу* је размотрен садржај дужности поверљивости, која се може посматрати у односу на: 1) поверљивост информација и поверљивост докумената; 2) арбитражну одлуку; 3) саслушање. У односу на прво, важно је питање поверљивости информације о томе да је арбитражни поступак у току. Иако је по правилу у интересу страна да се таква информација не обелодани, чињеница је да национална законодавства обично не уређују ово питање изричито. Ауторка сматра да би требало узети да таква дужност постоји, осим уколико оправдани интереси не налажу другачије. То је поткрепљено и чињеницом да су државни судови у Енглеској и Француској сматрали да су странке обавезане да информацију о покретању поступка држе у тајности, осим уколико не постоје оправдани интереси да се та информација обелодани. Теоретичари су скептични и сматрају да је постојање такве дужности помало непрактично услед околности да се лако може десити да таква информација „процури“ у јавност.⁴ Закони и арбитражна правила често садрже одредбу о томе да су сва питања у вези са поступком поверљива, при чему не постоји јасно опредељење шта све потпада под „сва питања у вези са поступком“. С обзиром на то да се у поступку користе бројна документа, нарочито је важно да ли дужност поверљивости постоји и у

3 Милена Ђорђевић, „Улога секретара арбитражног већа: Пепељуга или Дартањан?“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018, 340.

4 М. Пауновић, 168.

односу на њих. Одговор на то питање није једноставан, јер није јасно да ли се дужност односи само на документацију коју подноси друга страна или би дужност постојала и у односу на документа коју та страна подноси. Постоје мишљења да би као поверљива требало третирати само она документа која се подносе на основу налога суда, не и она која странке добровољно поднесу. Има смисла да се ова дужност третира екстензивно, па би требало сматрати да су сва документа коришћена у арбитражном поступку поверљива – независно од тога ко их је поднео, у којој се фази поступак налази и да ли се подносе добровољно или на основу налога суда. Ипак, поставља се питање како истовремено постићи да се заштити интерес странака да спор остане у тајности и правну сигурност. Ово је нарочито значајно у контексту формирања арбитражне праксе, јер објављивање одлука помаже побољшању транспарентности и квалитета арбитражних одлука, промовисању алтернативних начина решавања спорова и сл. На први поглед, чини се да постоје јаки разлози да се предност да транспарентности. Ипак, не треба заборавити да се стране каткад опредељују за арбитражно решавање спорова управо због чињенице да спор могу да реше „далеко од очију“ јавности. Компромисно решење је да се одлуке објаве тако што би се уклониле информације које могу указивати на идентитет страна. Ипак, на основу чињеница и околности случаја је некад могуће закључити о коме је реч, нарочито уколико је реч о конкурентима у одређеној индустрији. У сваком случају, објављивање одлука је вишеструко корисно и треба сматрати да је таква пракса пожељна те да дужност поверљивости не представља препреку за објављивање уколико се оно чини на такав начин да су предузете разумне мере да се идентитет страна сачува. Такође, објављивање имена арбитра је пожељно јер се на тај начин формира и њихова репутација.

У *џејџом џојлављу* су анализирани изузеци од дужности поверљивости. Већ је било речи о томе да ова дужност не може бити неограничена и да постоје случајеви када легитимни интереси налажу да се од ове дужности одустане или да се макар ограничи у појединим аспектима. Аустријски међународни арбитражни закон (*International Arbitration Act*) садржи прилично детаљну листу изузетака од ове дужности, која није исцрпна. Примера ради, странке могу обелоданити одређене информације уколико се тако споразумеју, уколико је потребно да се информација саопшти професионалцима или саветницима или је то потребно за извршење одлуке и сл. Постоје и посебни изузеци који се могу применити само у односу на странке у поступку. Прво, странке могу бити учесници у неколико поступака који теку паралелно или други поступак буде покренут касније. С тим у вези, може се јавити потреба да

се неки од докумената или информација који су коришћени у поступку који је први покренут употребе и у том другом поступку. То питање је врло осетљиво, али начелно треба сматрати да би коришћење докумената и информација било дозвољено. Изузетак постоји и у случају када то налаже јавни интерес, што ће бити најизраженије у ситуацији када је један од учесника у поступку држава, јер то несумњиво утиче и на лица која нису учесници у поступку и оправдава већу транспарентност. На крају, иако се дужност поверљивости арбитра не доводи озбиљније у питање, она не може бити неограничена. Арбитар се ослобађа дужности у случају сведочења пред државним судовима, у случају издвојених мишљења као и обелодањивања информација која се односе на извршење кривичних дела. Када је реч о првом изузетку, ту се озбиљно сукобљава дужност да се одазове позиву суда и сведочи и дужност поверљивости – јединствен одговор на дилему којој дужности дати предност не постоји, већ се решава од случаја до случаја и у зависности од тога које је меродавно право. Ипак, изузетке треба уско тумачити и дужности поверљивости увек треба дати предност када је то оправдано.

У шестом поглављу ауторка пажњу усмерава ка анализи санкција у случају кршења дужности поверљивости. Санкције могу бити различите у зависности од тога ко је прекршилац дужности. Редовни судови могу лицима која крше дужност поверљивости издати налог за очување поверљивости. Страна у поступку има право да захтева од друге надокнаду штете или чак и раскид арбитражног споразума. Арбитражни суд има право да пребаци део трошкова на страну која је прекршила дужност, па је и то једна врста обештећења. У неким правима, попут Француског, кршење дужности поверљивости од стране арбитра је кривично санкционисано као повреда професионалне дужности. Стране су овлашћене да од арбитра потражују надокнаду штете по основу правила о уговорној одговорности, с обзиром на постојећи уговорни однос, при чему клаузуле о ограничењу одговорности неће имати дејство у случају проузроковања штете намерно или крајњом непажњом. Не треба сметнути с ума да арбитар нема дужност поверљивости само према странкама, већ и према другим учесницима у поступку, па тако и његовим колегама арбитрама, који ће такође имати право на обештећење уколико прекрши дужност и тиме и њима нанесе штету. Посредно, начин санкционисања арбитра је и чињеница да ће се кршење дужности по правилу негативно одразити на његову репутацију. Арбитражна институција ће бити одговорна за надокнаду штете странкама, будући да је поверљивост један од основних мотива да се стране обратe арбитражној институцији у случају спора, при чему ограничења одговорности, што представља стандардну клаузулу, неће производи-

ти дејство исто као и у случају штете коју арбитар нанесе странкама у случају када је штета проузрокована намерно или крајњом непажњом. У многим правима је кршење дужности поверљивости подвргнуто не само грађанскоправним, већ и кривичноправним последицама. У вези са одговорношћу других лица (сведока, експерата и др.), право на надокнаду штете није спорно, с тим да је некада тешко доказати узрочну везу између радње и штете и правилно одмерити износ штете. С обзиром на то да би ништавост одлуке била претерано строга санкција, аутор сматра да би било практично да стране међусобно у споразуму уреде последице кршења ове дужности, односно да чак унапред одреде фиксни износ надокнаде у случају кршења ове дужности. Ипак, ово може бити проблематично у односу на друга лица, јер се она не могу обавезати тим споразумом, већ би евентуално дошло у обзир оно што је речено и код уређивања дужности поверљивости, а то је да се таква дужност и евентуалне последице кршења уреде посебним споразумом са тим лицима.

Седмо поглавље је посвећено излагању о могућности уједначавања правила о дужности поверљивости. Чини се да је велика препрека на том путу чињеница да не постоји сагласност поводом тога да ли дужност поверљивости постоји у одсуству изричитог споразума. Ауторка сматра да је то последица чињенице да су многе јурисдикције пропустиле шансу да то питање уреде, што је делом последица тога да је прецизирање изузетака од те дужности комплексно. Већ је било речи и о проблемима који се јављају у односу на објављивање арбитражних одлука. Ауторка закључује да је најефикаснији начин да се дужност поверљивости уреди у националном законодавству из неколико разлога. Прво, на тај начин би се окончала расправа о постојању дужности. Друго, за разлику од одредаба у арбитражним правилницима, одредба у националним законима о арбитражи би се примењивала на све арбитраже и на све стране које учествују у поступку. Међутим, ауторка сматра да та правила треба да буду диспозитивна како би се оставио простор да стране на аутономној основи уреде ово питање. На крају поглавља је дат и предлог одредаба у вези са дужношћу поверљивости.

У *последњем поглављу* ауторка излаже главне закључке и даје конкретне предлоге како би дужност поверљивости требало уредити, при чему инсистира на остављању довољно простора за аутономију странака и уважавање специфичности различитих правних система. Нарочито инсистира на јасном дефинисању изузетака од те дужности како би се повећала правна сигурност. Важан део регулативе су правила о одговорности и санкционисању у случају кршења дужности. На крају, ауторка закључује да униформнији приступ овом питању није немогуће постићи.

Монографија Елзе Рејмонд Енијајеве „Ка јединственом приступу поверљивости међународне трговинске арбитраже“ представља дело које је врло корисно за општи поглед на проблематику дужности поверљивости. На многа питања је у овој монографији дат одговор, али су многа остала отворена за расправе. Детаљније уређење дужности поверљивости је од несумњивог значаја и за српско право, у којем арбитражни поступак заузима све значајније место. Књига је писана једноставним, лако разумљивим језиком, па је сигурно да може бити корисна не само онима који се арбитражом озбиљније баве, већ и онима који желе да се упознају са једном од основних дужности, а то је дужност поверљивости.

Коришћена литература

- Ђорђевић Милена, „Улога секретара арбитражног већа: Пепељуга или Дартањан?“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018. (Ђорђевић Милена, „Uloga sekretara arbitražnog veća: Pepeljuga ili Dartanjan?“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2018)
- Пауновић Мирослав, „Поверљив карактер међународне трговачке арбитраже“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2015. (Paunović Miroslav, „Poverljiv karakter međunarodne trgovačke arbitraže“, *Pravo i privreda*, br. 7–9/2015)
- Станивуковић Маја, „Јавност и тајност арбитраже“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2018. (Stanivuković Маја, „Javnost ili tajnost arbitraže“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2018)