

---

# ПРИВРЕДНИ СПОРОВИ – СУДСКИ И АРБИТРАЖНИ

---

др *Маја* СТАНИВУКОВИЋ  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

## КОРУПЦИЈА У ШВАЈЦАРСКОЈ АРБИТРАЖНОЈ ПРАКСИ\*

### Резиме

У овом раду приказано је како се у швајцарској арбитражној пракси претирају тврдње да је уговор о консалтингу ништав због тога што је урљан корупцијом. Анализиране су одлуке арбитра и швајцарских судова у предмету Хилмаршон. Објашњено је да прџовина уишцајем није кривично дело у Швајцарској и да је она у складу са швајцарским јавним поретком. До ништавости уговора по швајцарском праву може да доведе само налаз да је уговор о консалтингу имао за циљ корумирање јавних службеника давањем митта. Мада се дозвољава доказивање таквог карактера уговора помоћу индиција, случајеви из швајцарске арбитражне праксе у којима је уиановљена корупција су веома ретки.

**Кључне речи:** арбитража, корупција, Швајцарска.

Једна од пошати које муче савремено друштво је корупција. По речима једног аутора, живимо у доба „ерупције корупције“.<sup>1</sup> Међународне организације процењују да се између 10 и 25% вредности јавних набав-

\* Рад је написан у марту и априлу 2014. године, у оквиру пројекта „Биомедицина, заштита животне средине и право“ који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја.

1 Hilmar Raeschke-Kessler, Dorothee Gottwald, „Corruption in Foreign Investment – Contracts and Disputes Settlement between Investors, States, and Agents“, *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 8, no. 1, 2008, стр. 7.

ки троши се на мито и друге облике корупције.<sup>2</sup> Област изградње великих инфраструктурних пројеката је веома изложена овом злу. Типичан сценарио изгледа овако: закључује се уговор о заступању, посредовању или консалтингу са локалним заступником или још чешће са његовим офшор друштвом (у даљем тексту: консултант). Према том уговору, консултант се обавезује да ће пружити одређене услуге принципалу (савете, помоћ, посредовање и сл.) како би му омогућио да победи на одређеном тендеру за изградњу инфраструктурног објекта. У случају успеха, односно, ако победи на тендеру и закључи уговор са инвеститором који је јавноправни субјект, грађевинско привредно друштво као принципал, треба да заступнику плати провизију, која се одређује у процентима од вредности главног уговора. После тога, често настаје спор, јер принципал не жели да плати уговорени износ или део тог износа, позивајући се на то да је уговор ништав или да није извршен. Разлог за ништавост је недопуштен циљ уговора који је био да се подмите државни службеници који су доносили одлуку о јавној набавци.

Мада се овакви уговори могу појавити и у оквиру националне јавне набавке, они су специјалитет међународне кухиње. Уговор о консалтингу обавезно укључује и арбитражну клаузулу којом се уговара међународна арбитража и одређује као меродавно неко право, које не мора ни на који начин бити повезано ни са једном од странака, нити са земљом у којој се грађевински објекат подиже. То ће често бити швајцарско право и арбитража у Швајцарској.

У овом раду ћемо приказати како се такви уговори третирају у швајцарској арбитражној пракси. Занима нас какав је однос швајцарских арбитра према тврдњама странке да је уговор о консалтингу ништав због тога што је упрљан корупцијом. Да ли постоје арбитражне одлуке у којима је уговор оглашен ништавим из овог разлога и какви су докази потребни да би дошло до таквог резултата? Како швајцарски Савезни суд третира такве одлуке?

## I Став судске праксе – Хилмартон против ОТВ-а

Полазна тачка у приказу ове теме је предмет Хилмартон из 1988,<sup>3</sup> који је интересантан не само због тога што је арбитар утврдио ништавост уговора, већ и због тога што је одлука арбитра поништена, што је ретка

2 Transparency International, *The Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement* (2006), цитирано према: Yasmine Lahlou, Marina Matousekova, „Le role de l'arbitre dans la lute contre la corruption“, *Revue de droit des affaires internationales/International Business Law Journal*, 2012, стр. 621, фус. 1.

3 Société Hilmarton v. Société OTV, *Revue de l'arbitrage*, бр. 2, 1993, стр. 315–325.

појава у швајцарској судској пракси.<sup>4</sup> Одлука Савезног суда о поништају ове арбитражне одлуке и данас, после готово четврт века, представља важећи став у арбитражним предметима везаним за корупцију.

Чињенично стање је укратко изгледало овако: француско друштво ОТВ сазнало је да су градске власти Алжира упутиле заинтересованим понудиоцима позив на понуду за реализацију пројекта санације градске инфраструктуре. Будући да су Французи били веома заинтересовани да добију овај посао, закључили су са енглеским друштвом Хилмартон Протокол о пружању помоћи која се састојала у давању правних и пореских савета и координацији административних послова између различитих учесника у извођењу пројекта. ОТВ се обавезао да за те услуге плати Хилмартону накнаду од 4% од укупне вредности уговора. Пошто је ОТВ успео да задобије уговор са градом Алжиром који је прижељкивао, исплатио је Хилмартону укупно 2,5 милиона франака, што је представљало око 50% накнаде предвиђене Протоколом. Спор је избио око преосталих 50%. Хилмартон је покренуо арбитражу у Женеви. Арбитар појединач, кога је именовала Међународна трговинска комора донео је одлуку<sup>5</sup> којом је одбио све тужбене захтеве Хилмартона и одредио му да плати целокупне трошкове арбитраже. Тужбени захтеви су одбијени јер је арбитар утврдио да је уговор противан добрим обичајима, у смислу члана 20 швајцарског Закона о облигацијама. Арбитар је установио да се скоро сав посао који је Хилмартон обављао за рачун ОТВ-а састојао у интервенцијама (*les demarches*) код алжирских државних функционера, а не у давању правних и пореских савета. Таква делатност је представљала трговину утицајем, супротну алжирском Закону о монополу у спољној трговини<sup>6</sup> који забрањује посредовање у поступку јавних набавки између учесника у јавној набавци и органа који је расписао набавку. Арбитар је установио да алжирска норма тежи да оствари два циља: на првом месту да се обезбеди одређено трговинско поштење у току доделе уговора од стране алжирских државних органа како би се избегла свака трговина утицајем (*trafic d'influence*), а на другом месту да се обезбеди да државни организми изаберу уговорне партнере на основу објективних критеријума. На основу тога је закључио

4 Овај предмет у литератури се чешће помиње због својих каснијих импликација, јер је у Француској призната одлука арбитра која је пре тога поништена у Швајцарској. *Yearbook Commercial Arbitration 1997 – Volume XXII* (Kluwer Law International), стр. 696–698

5 *Société H. v société O.*, Award, ICC Case No. 5622, 19 August 1988, *Revue de l'Arbitrage*, Vol. 1993 Issue 2, стр. 327–342.

6 У то време закон бр. 78–02, а данас је забрана још увек на снази на основу закона донетог 1988. *Le loi no. 88–29 du 19 juillet 1988 relative à l'exercice du monopole de l'Etat sur le commerce extérieur.*

да алжирски закон нема за циљ да служи искључиво остваривању интереса алжирске државе, него да му је циљ изнад свега да обезбеди здраву и поштenu трговинску праксу и да се бори против корупције. Дакле, алжирски закон се руководи једном општом идејом коју треба да поштују сви остали правни пореци који желе да се боре против корупције. Повреда таквог закона, који се може уврстити у међународни јавни поредак, мора се оценити као супротна добрим обичајима из члана 20, став 1 Закона о облигацијама који чини део швајцарског јавног поретка.

Орган пред којим је покренут поступак за поништај ове арбитражне одлуке је био Суд кантона Женева, који је у својој одлуци оценио да је арбитар оправдано квалификовао уговор између странака као уговор о посредовању (*courtage*). Такав карактер уговора, по мишљењу суда, посебно проистиче из одредбе која предвиђа да ће ОТВ платити Хилмартону 4% од укупног износа уговора и да таква накнада неће бити плаћена у случају да ОТВ не добије могућност да закључи уговор. Затим је констатовао да је уговор ове врсте савршено у складу са швајцарским правом, без обзира што странке нису стварно намеравале оно што су навеле у уговору јер је оно што су стварно намеравале у супротности са законом који је на снази у Алжиру. Истински предмет уговора је било вршење утицаја на алжирске органе да донесу одређену одлуку. Таква делатност је у потпуности допуштена у Швајцарској, под условом да није било подмићивања.

Суд кантона Женева је установио да арбитражна одлука мора да се поништи, јер уговор није противан добрим обичајима и стога није ништав. У арбитражној одлуци је констатовао да протоколом није било предвиђено давање мита и да није доказано да је плаћен било какав мито. Уколико посредник није имао мисију да одврати функционере или министре од вршења њихове дужности неким коруптивним маневром, праћење управноправног предмета је савршено законито.

Имајући у виду да је арбитражна одлука донета пре 1. јануара 1989. године, на поступак поништаја примењивала су се процесна правила која су претходила Закону о међународном приватном праву (Међукантонални конкордат о арбитражи). Последица тога је могућност да се против одлуке суда кантона Женева поднесе жалба о којој одлучује Савезни суд Швајцарске.<sup>7</sup> Савезни суд је потврдио да је реч о уговору о посредовању. За тај уговор је ваљано изабрано швајцарско право, па га треба анализирати, тумачити и квалификовати по швајцарском праву. Уговор о посредовању какав везује странке није сам по себи незаконит нити супротан добрим обичајима по швајцарском праву, јер не предвиђа

7 По Закону о међународном приватном праву (1987), чл. 191, једино надлежан за одлучивање о поништају је Савезни суд.

давање мита, ни трговање утицајем, ни „лобирање“, нити интервенцију „инсајдера“, нити је утврђено да је довео до такве праксе. Он само крши алжирски закон бр. 78–02 који забрањује коришћење посредника. Мада није незаконит са становишта швајцарског права, уговор који крши забрану постављену у страном праву може под одређеним условима да се сматра супротним добрим обичајима по швајцарском праву. Да би до тога дошло, правна норма која се крши мора бити таквог значаја да би прихватање њеног кршења могло чак и у Швајцарској да изазове конфузију моралних категорија штетну за опште добро и да истовремено наруши јавни поредак Швајцарске. Садржина норме и дејство њеног кршења морају се рестриктивно процењивати. Забрана страног права на чије се кршење странка позива мора да служи за заштиту појединачних интереса и интереса човечанства, који су по општој концепцији од фундаменталног и виталног значаја и имају за циљ одбрану правних добара која према етичкој концепцији односе превагу над слободом уговарања која би иначе гарантовала уговору пуноважност у Швајцарској. Савезни суд констатује да конкретна алжирска норма забрањује свако мешање посредника у процес закључења уговора, чак и у одсуству мита, трговине утицајем и сумњивих делатности. У том смислу она представља сувише широку прохибитивну меру, која има протекционистички карактер, односно има за циљ да очува монопол државе у спољној трговини. Из угла швајцарског права таква норма представља престога ограничење слободе уговарања појединаца, и не може, у одсуству делатности које би се такође квалификовале као сумњиве у Швајцарској, однети превагу на етичком плану над општим и фундаменталним правним начелима везаним за слободу уговарања (пре тога, Савезни суд је констатовао да, према налазима арбитра, у овом случају није дат никакав мито и да ништа не показује да је посредник имао задатак да одврати државне функционере или министре од вршења њихове дужности; такође, он се није упустио у трговање утицајем). Преговори са државном администрацијом, ако нема сумњивих маневара, чине саставни део делатности која по дефиницији и уобичајено спада у делатност посредника, исто као и преговори о уговорима између приватних субјеката. Према томе, закључује Савезни суд, кршење алжирског права које је констатовано не би могло ни на који начин да представља повреду добрих обичаја по швајцарском праву. Арбитражна одлука, заснована на супротном ставу, због тога је очигледно неодржива, у мери у којој вређа швајцарско право.<sup>8</sup>

Могло би се помислити, после читања одлуке да би исход био друкчији да је арбитар утврдио да је било трговања утицајем. Можда би тада Савезни суд ипак био уверен да је дошло до повреде добрих

8 После поништаја, донета је нова арбитражна одлука 10. априла 1992. године, у којој је принципалу наложено да плати целокупну провизију.

обичаја. Таква претпоставка ипак није тачна. Трговина утицајем у складу је са швајцарским поимањем јавног поретка.<sup>9</sup> О томе сведоче резерве које је ова земља ставила приликом ратификације међународних уговора о борби против корупције.

## II Став законодавца – ратификација Кривичноправне конвенције о корупцији и Конвенције УН о корупцији

Трговина утицајем подразумева трипартитни однос у којем једно лице (трговац утицајем) који поседује стварни или претпостављени утицај на лице које врши јавну функцију, „размеђује“ тај утицај за неку накнаду или другу предност коју му пружа треће лице. Овакво поступање није кажњиво у Швајцарској Конфедерацији и та некажњивост проистиче из одлуке која је свесно донета, после детаљне анализе ове проблематике. Приликом ратификације Конвенције Савета Европе (Кривичноправна конвенција о корупцији од 27. јануара 1999.), чији члан 12 предвиђа инкриминацију трговине утицајем, ова земља је ставила резерву на тај члан.<sup>10</sup> Питање је изнова покренуто у тренутку ратификације Конвенције УН о корупцији од 31. октобра 2003, која у члану 18 предвиђа потребу да се инкриминише трговање утицајем. Швајцарска је и тада сматрала да треба да остане при својој позицији.<sup>11</sup> Она није усамљена у том ставу, јер трговина утицајем није општеприхваћена као облик корупције.<sup>12</sup> Један од разлога због којих су стављене резерве јесте да би било веома тешко у пракси раздвојити случајеве дозвољеног утицаја (нпр. услед пријатељских, пословних и партијских веза) од случајева недозвољеног утицаја. Ако утицај има за подлогу давање мита (тј. посредник обећава принципалу да ће искористити свој утицај код јавног службеника да издејствује доношење одређене повољне одлуке и за то

9 То проистиче и из арбитражне одлуке у предмету МТК бр. 7664, коју је потврдио Савезни суд Швајцарске одлуком од 28. јануара 1997, *ASA Bulletin* 1998, стр. 118.

10 Видети образложење Савезног савета од 10. новембра 2004. године, одељак 2.2.5. стр. 6578–6581, *Message concernant l'approbation et la mise en oeuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du Protocole additionnel à ladite convention (Modification du code pénal et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale)*, [https://www.bfm.admin.ch/content/ejpd/fr/home/themen/kriminalitaet/ref\\_gesetzgebung/ref\\_abgeschlossene\\_projekte/ref\\_korruption\\_europarat.html](https://www.bfm.admin.ch/content/ejpd/fr/home/themen/kriminalitaet/ref_gesetzgebung/ref_abgeschlossene_projekte/ref_korruption_europarat.html).

11 Видети образложење Савезног савета од 21. септембра 2007. године, одељак 2.3.1.4, стр. 6962–6963. *Message concernant la Convention des Nations Unies contre la corruption*, [http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/themen/kriminalitaet/ref\\_gesetzgebung/ref\\_abgeschlossene\\_projekte/ref\\_korruption\\_uno.html](http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/themen/kriminalitaet/ref_gesetzgebung/ref_abgeschlossene_projekte/ref_korruption_uno.html).

12 Vladimir Pavić, „Bribery and International Commercial Arbitration – the Role of Mandatory Rules and Public Policy“, *Victoria University Wellington Law Review*, Vol. 43, 2012, стр. 666.

узима новац, а део тог новца намерава да уступи доносиоцу одлуке), то се може квалификовати као кривично дело давање и примање мита или као покушај да се изврши ово дело. Остали разлози због којих неко може вршити утицај на другога, не треба да се кажњавају кривично већ другим друштвеним санкцијама (моралним, политичким и сл.).

Србија приликом ратификације<sup>13</sup> није ставила резерве, па је у нашој земљи трговина утицајем кривично дело.<sup>14</sup> Ако би се у арбитражној одлуци утврдило да је постојала трговина утицајем, али да то ипак не чини уговор ништавим, признање такве одлуке било би супротно домаћем јавном поретку.

### **III Став швајцарске арбитражне праксе у односу на доказивање мита**

Уколико би се доказало да уговор о консалтину има за циљ корумпирање јавних службеника давањем мита, несумњиво је да би се такав уговор сматрао ништавим и по швајцарском праву. Намена новца је кључно питање при одређивању законите или незаконите природе уговора о консалтину. Ако је део провизије која се плаћа консултанту на основу уговора намењен за подмићивање јавног службеника, уговор је противан добрим обичајима и швајцарском јавном поретку. Принципал има легитимно право да одбије да плати провизију због тога што зна да је реч о миту чак и ако је приликом уговарања знао или морао знати каква је њена права сврха.

Међутим, доказати да је у питању мито граничи се са немогућим, јер странке обично не чувају документацију о таквим радњама и ретко су спремне да признају корумптивну намеру. У арбитражној пракси испитују се индиције које, ако их је више и ако све указују у истом правцу, могу да послуже као основа за доказивање да је у конкретном случају уговор имао за циљ корупцију.<sup>15</sup> Када је за уговор меродавно швајцарско право, оно ће имати уплива и на стандард доказивања, односно, одредиће у ком степену мора да постоји сигурност или вероватноћа

13 Закон о потврђивању Кривичноправне конвенције о корупцији (*Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 2/2002 и *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 18/2005); Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација против корупције (*Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 12/2005).

14 Кривични законик, чл. 366 (*Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013).

15 Christian Albanesi, Emmanuel Jolivet, „Dealing with Corruption in Arbitration: A Review of ICC Experience“, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 24, special supplement 2013, стр. 33–34; Y. Lahlou, M. Matousekova, *нав. чланак*, стр. 636; H. Reischke-Kessler, D. Gottwald, *нав. чланак*, стр. 27–28.

да је уговор управљен ка извршењу таквог дела.<sup>16</sup> Док одлука арбитра појединца<sup>17</sup> и Савезног суда у предмету Хилмартон указују да је потребно доказати до нивоа сигурности да је било корупције, при чему терет доказивања пада на страну која износи такву тврдњу, новији коментатори истичу да је стандард доказивања у међународној арбитражи нижи, односно, да је довољно доказати „*balance of probability*“.<sup>18</sup> То значи да би се и у одсуству непосредних доказа о давању и примању мита, могло на основу индиција и посредних доказа<sup>19</sup> закључити да је уговор о консалтингу усмерен ка недозвољеном циљу. Али, те индиције морају бити заиста јаке и недвосмислене, да би швајцарски арбитар одлучио да их узме у обзир и да би донео одлуку којом се уговор проглашава супротним добрим обичајима.<sup>20</sup> Показује се да нема готово ниједне арбитражне одлуке у којој би закључак о корупцији био заснован на таквим индицијама.

Исцрпну анализу и оцену појединих индиција дао је пре десетак година швајцарски арбитар Матијас Шерер, члан чувене женевске адвокатске канцеларије Лалив.<sup>21</sup> Он у свом раду набраја следеће индиције:<sup>22</sup>

- 16 Gabrielle Nater-Bass, „Chapter 3, Part II: Commentary on the Swiss Rules, Article 24 [Evidence and hearings, I]“, у: Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2013, стр. 496. Видети такође арбитражну одлуку Claimant, X. Firm Respondent, Y. Ltd, *ASA Bulletin*, 2011, Volume 29 Issue 4, стр. 860–883, пасус 92.
- 17 „*En l'occurrence, il n'a toutefois pu ainsi être établi avec certitude l'existence de versements de pots-de-vin.*“ *Société H. v société O.*, Award, ICC Case No. 5622, 19 August 1988, *Revue de l'Arbitrage*, Vol. 1993 Issue 2, стр. 331.
- 18 Према овом стандарду, терет доказивања је задовољен ако доказ омогућавају арбитражном суду да закључи да је вероватније да је тврдња истинита него да није („*we think it more probable than not*“). Ако је једнако вероватно да је тврдња истинита и да није истинита, терет доказивања није задовољен, с тим да арбитражни суд може дати странци која сноси терет доказивања прилику да поднесе додатне доказе. *Ibidem*, стр. 497.
- 19 Узимање индиција у обзир допушта чл. 8 швајцарског Закона о грађанском поступку.
- 20 Како каже арбитар у арбитражној одлуци у предмету Хилмартон, мора се стећи читав сплет индиција (*un faisceau d'indices*): „*Toutefois, il est nécessaire que soit réuni un faisceau d'indices suffisant pour que le juge puisse fonder sa décision sur des faits autres que ceux rendus vraisemblables seulement, c'est-à-dire des faits qui ne sont pas prouvés.*“ *Société H. v société O.*, Award, ICC Case No. 5622, 19 August 1988, *Revue de l'Arbitrage*, Vol. 1993 Issue 2, стр. 331.
- 21 M. Scherer, „Circumstantial Evidence in Corruption Cases Before International Arbitral Tribunals“, *TDM Journal*, vol. 1, issue 3, 2004, *transnational-dispute-management.com*. Шерер на крају рада даје преглед арбитражне праксе у коме наводи 21 арбитражни предмет у коме се појављивало шематски исто чињенично стање о коме је реч у овом чланку, с тим да је у 10 предмета меродавно било швајцарско право. Рајшке-Кеслер у свом нешто доцнијем раду помиње 25 таквих предмета.
- 22 *Ibidem*, стр. 8–18.



- Уговорне одредбе – оне се испитују да би се утврдиле стварне и заједничке намера странака, у складу са чланом 18, ставом 1 Закона о облигацијама. Оне се могу занемарити ако су их странке симуловале како би сакриле праву садржину уговора. Намера странака да избегну законску забрану посредовања која важи у месту извршења уговора јесте по овом аутору пример легитимног фактора који може да утиче на странке да одаберу одређене формулације, а да оне не указују нужно на намеру да се подмиће државни службеници. Ако је принципал сам саставио уговор, не може се позивати на неодређеност обавеза посредника као индикатор да је реч о корупцији.
- Поступање странака – принципал који плати посреднику накнаду, или му честита на добијању посла, или не изрекне никакве резерве због непотпуно извршеног посла не може се у арбитражи позивати на неиспуњење уговора. На пример, у предмету Хилмартон, принципал се није распитивао ни на који начин о услугама које је консултант обављао нити је стављао било какве примедбе.
- Исправе састављене пре настанка спора.
- Високи степен корупције у датој земљи – доказ овога могу бити истраживања међународних организација као што су МТК, Транспаренси Интернешенел и ОЕЦД. Ипак, Шерер наглашава да се у одсуству других индиција степен корупције у једној земљи не може узети као доказ да је конкретан уговор имао у виду корупцију.
- Накнада посредника – овај индикатор може се двојачко посматрати – сама чињеница да је накнада предвиђена у процентима од вредности уговора и висина накнаде. Шерер се не слаже са тезом да је рачунање накнаде посредника у процентима неуобичајено и истиче да арбитражна пракса у споровима из уговора о посредовању показује управо супротно. Поред тога, ако је накнада изражена у процентима износа главног уговора, постоји вероватноћа да је принципал укалкулисао провизију у цену главног уговора. С друге стране, неуобичајено висока накнада је „црвена заставица“ која сигнализира могућу корупцију, с тим да он упозорава да треба у сваком конкретном случају узети у обзир све околности да би се она проценила. Тако је у предмету МТК бр. 9333 који је сам решавао као арбитар појединац, Шерер приватио провизију од 1,9 милиона франака која је износила око 27% вредности уговора као оправдану с

обзиром на околности уговора.<sup>23</sup> Слично и у предмету Весткер против Југоимпорта,<sup>24</sup> провизије од 15% од вредности уговорених износа, мада неуобичајена, није била довољна индиција за оглашавање уговора ништавим. Арбитри су и у овом случају констатовали да је лобирање у складу са законом, а нема доказа да је било подмићивања. Ипак, забележен је један случај кад су швајцарски арбитри нашли да је висока провизија, у комбинацији са другим индицијама доказ о постојању корупције. То је предмет у коме је провизија у уговору који је оглашен ништавим била 33,3%, а тужилац је поред тога одбио да као доказ поднесе банкарске изводе у вези са уговором.<sup>25</sup>

- Преговори између посредника и органа који одлучује о јавној набавци – ако их је било, а посебно ако су довели до смањења уговорене цене, сматрају се индикатором да није било корупције.
- Кратак временски период између закључења уговора о посредовању и додељивања јавне набавке принципалу.
- Интерна структура и организација заступника, посредника или консултанта – офшор привредно друштво које нема претходно искуство у посредовању у датој земљи може бити индикатор да се иза посредника крију јавни функционери или државни службеници. Међутим, Шерер истиче да коришћење офшор привредног друштва може бити мотивисано и легитимним разлозима као што су заобилажење локалног закона који забрањује посредовање, пореска оптимизација и слично.
- Пријатељски однос између посредника и државног службеника (доносиоца одлуке) – у одсуству других доказа пријатељски однос се не сматра индикатором корупције. Сматра се да је посредник у таквој ситуацији могао легитимно да добије информације из прве руке, од државног службеника, а да није морао за то да плати.
- Услуге које је консултант пружио – овде се узима у обзир трајање услуге и узрочно-последична веза између пружања услуге и

23 Шерер посебно истиче да трошкови које је имао заступник нису главни параметар при оцени да ли је накнада неуобичајено висока, већ треба узети у обзир дугорочни потенцијал пројекта и шансе да принципалова понуда буде прихваћена и без посредовања. Што је потенцијал већи, а шансе мање, и веома висока накнада може се сматрати оправданом.

24 Westacre (UK) v. Jugoisport (Yugoslavia), *ASA Bulletin*, 1995, стр. 217; *Yearbook Commercial Arbitration*, 1996, стр. 172. Савезни суд Швајцарске је потврдио ову одлуку донету у Женеви 1994.

25 *Consultant v Contractor, Final Award, ICC Case No. 6497, 1994*, у: Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 1999 – Vol. XXIV*, стр. 71–79.

добијања уговора. Ипак, трајање делатности консултанта не мора бити одлучујуће. Шерер наводи да чак и један телефонски позив или разговор могу бити довољни за додељивање уговора принципалу. Ако је плаћање накнаде везано за тренутак доделе уговора, обим консултантових активности није релевантан. Често се, како он тврди, у доказном поступку покаже да је једини услов за остваривање права на накнаду била додела уговора принципалу, без обзира шта је предвиђено уговором. По пракси Савезног суда, странке могу предвидети да принципал дугује накнаду консултанту чак у одсуству узрочно-последичне везе. Ипак, чињеница да су странке тако нешто предвиделе (односно да није потребно доказивати узрочно-последичну везу) може да буде индикатор да су обе странке имале на уму да ће консултант бити задужен за подмићивање.

- Неуобичајени услови плаћања – ово се нарочито односи на исплате у готовини и трансфере износа трећим лицима која нису ни у каквој вези са уговорним странама. Међутим, чињеница да је исплата требала да се изврши на рачун изван земље консултанта није битна јер се такав аранжман закључује ради избегавања локалних пореза, а то је за швајцарске арбитраже допустиво и не представља доказ корупције.

Случајеви из швајцарске арбитражне праксе у којима је установљена корупција су веома ретки. Један од њих који се понекад наводи у литератури је предмет МТК бр. 6248.<sup>26</sup> Али, у том случају уговор је био противан добрим обичајима, не због тога што је било корупције, већ због повреде обавезе лојалности коју је заступник дуговао као инжењер на пројекту свом налогодавцу (инвеститору). Он је наиме уговорио са грађевинским предузећем над којим је вршио надзор да ће добити провизију за све исплате за додатни рад који је иначе био задужен да одобрава.

#### IV Закључак

Кратак преглед швајцарске судске и арбитражне праксе показује да су швајцарски арбитражи начелно спремни да санкционишу корупцију, али да је веома тешко пред њима доказати да уговор подразумева корупцију без непосредних доказа о примању и давању мита. Саме индикације, ма колико да се њихов значај истиче у литератури, неће бити довољне да наведу швајцарског арбитра да одступи од светог начела „*pacta sunt servanda*“. У случају сумње, а у одсуству непосредних доказа

26 *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XIX 1994, стр. 124.

о корупцији, он ће се по правилу одредити за пружање дејства уговору. Можемо закључити да је швајцарска арбитражна пракса веома толерантна према уговорима о посредовању и консалтингу у области јавних набавки, чак и када има индикација да су праве намере уговорних страна биле недозвољене. Због тога је арбитража у овој земљи и даље омиљена дестинација консултаната за решавање спорова.

**Maја STANIVUKOVIĆ, PhD**

**Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad**

## **CORRUPTION IN THE SWISS ARBITRAL PRACTICE**

### **Summary**

*The paper gives a brief overview of the treatment of corruption in the Swiss arbitral practice. It outlines the rationale of the Federal Court for annulment of the arbitral award in Hilmarton v. OTV case. Then it provides the Swiss view of the influence peddling (trafic d'influence) and the reasons why it is not part of the Swiss public policy. Finally, it discusses the standard of proof that needs to be met under Swiss law to prove that the contract is aimed at corruption. Various awards of arbitral tribunals seated in Switzerland and applying Swiss law are discussed.*

**Key words:** *corruption, arbitration, Switzerland.*