

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

НЕПЛАЋАЊЕ ПРЕДУЈМА ЗА АРБИТРАЖНЕ ТРОШКОВЕ У ИЦСИД-ОВОЈ АРБИТРАЖИ*

Сажетак: Карактеристика је арбитраже да странке унапред предујмљују износе потребне за решавање свог спора. Дешава се ипак да тужени у арбитражном поступку не илаи свој део предујма за трошкове спора, и иако стави тужиоца у ситуацију да сам финансира арбитражу. Нешто је ређа јојава да тужилац који је окренуо спор не илаи свој део предујма. Предмети испитивања у овом раду су последице пројектовања туженог да положи свој део предујма за трошкове спора у инвестиционој арбитражи коју организује ИЦСИД – Међународни центар за решавање инвестиционих спорова у Вашингтону. Прво је изложено, поређења ради, какве су последице пројектовања туженог према другим арбитражним правилима која се иакође користе у инвестиционој арбитражи. Затим је размислена могућност да арбитражни суд у ИЦСИД-овом поступку тужиоцу који је положио целокупни предујам делимичном арбитражном одлуком досуди онај део предујма који је требало да илаи тужени или да одреди привремену меру којом се тужени обавезује да врати тужиоцу износ који је улаио умесно нежа. На крају се испитује могућност да се у коначној арбитражној одлуци, при одмеравању надокнадивих трошкова у арбитражи, узме у обзир и чињеница да тужени није положио предујам или да га није блаовремено или у целости положио.

Кључне речи: арбитража, ИЦСИД, трошкови поступка.

УВОД

Карактеристика је арбитраже да странке унапред предујмљују износе потребне за решавање свог спора. Дешава се ипак да тужени у арбитражном

* Рад представља резултат истраживања аутора у току 2019. године у оквиру пројекта „Правна традиција инови правни изазови“.

поступку не плати свој део предујма за трошкове спора и тако примора тужиоца да сам финансира арбитражу. Нешто је ређа појава да тужилац који је покренуо спор не плати свој део предујма. Предујам за трошкове служи циљу да се унапред обезбеди плаћање хонорара и трошкова арбитра и трошкова институције у вези са организацијом спора. Већина правилника о арбитражи предвиђа да ће странке заједнички платити предујам. Полагање предујма је привременог карактера, јер се о обавези надокнађивања трошкова решава тек коначном арбитражном одлуком.

Посебно нас интересује у овом раду, какве последице има пропуштање туженог да положи свој део предујма за трошкове спора у инвестиционој арбитражи коју организује ИЦСИД – Међународни центар за решавање инвестиционих спорова у Вашингтону (у даљем тексту: ИЦСИД или Центар). Треба напоменути да је неплаћање туженог у арбитражи под окриљем Центра знатно ређа појава него у трговинској арбитражи, јер су ту државе тужене, а оне ретко себи допуштају да се нађу у неугодној улози неплатише.

Прво ћемо изложити, поређења ради, какве су последице пропуштања туженог да плати свој део предујма према другим арбитражним правилима која се такође користе у инвестиционој арбитражи. Затим ћемо испитати могућност да арбитражни суд у оквиру ИЦСИД-а тужиоцу који је платио целокупни предујам делимичном арбитражном одлуком досуди онај део предујма који је требало да плати тужени или да одреди привремену меру којом се тужени обавезује да врати тужиоцу износ који је уплатио уместо њега. На крају ћемо размотрити могућност да се у коначној арбитражној одлуци, при одмеравању надокнадивих трошкова у ИЦСИД-овој арбитражи, узме у обзир и чињеница да тужени није положио предујам или да га није благовремено или у целости положио.

Хипотезе које желимо да проверимо су следеће: тужилац у ИЦСИД-овој арбитражи треба да рачуна са ризиком да ће морати сам да финансира целу арбитражу, јер нема санкције за пропуштање туженог да учествује у финансирању током поступка; поред тога, чињеница да тужени није платио свој део предујма за арбитражне трошкове не утиче на одмеравање трошкова ни у коначној одлуци о трошковима спора у ИЦСИД-овој арбитражи, јер други фактори имају већи утицај и обично односе превагу.

1. ПОСЛЕДИЦЕ ПРОПУШТАЊА ТУЖЕНОГ ДА ПЛАТИ ПРЕДУЈАМ ЗА ТРОШКОВЕ ПОСТУПКА ПРЕМА АРБИТРАЖНИМ ПРАВИЛНИЦИМА

Већина арбитражних институција које се баве инвестиционом арбитражом, у својим правилницима регулишу последице неплаћања предујма

за арбитражне трошкове. То су ИЦСИД (ICSID), Лондонски суд међународне арбитраже (LCIA), Арбитражни институт Стокхолмске привредне коморе (SCC) и Међународни арбитражни суд Међународне трговинске коморе (ICC).¹ Биће узета у обзир и правила УНЦИТРАЛ-а која су такође често коришћена у инвестиционој арбитражи.

ИЦСИД има посебан Административни и финансијски правилник који допуњава правила о трошковима поступка садржана у другим релевантним изворима: Вашингтонској конвенцији, Правилнику о покретању поступка мирења и арбитражног поступка и Правилнику о арбитражи. У трећем поглављу Административног и финансијског правилника садржане су финансијске одредбе, а темом која нас интересује бави се члан, односно правило 14.

Према правилу 14, став 3, тачка (а), одмах по конституисању арбитражног суда Генерални секретар ИЦСИД-а, уз консултације са председником арбитражног суда, а уколико је то могуће и са странкама, процењује трошкове које ће Центар имати током следећих месеци и захтева од странака да положи предујам процењеног износа. По истом поступку Генерални секретар ИЦСИД-а може касније да тражи додатне износе као предујам за трошкове који ће настати у наредном периоду ако утврди да предујам који је до тада положен неће моћи да их покрије.

Према правилу 14, став 3, тачка (д), ако се странке нису друкчије споразумеле или ако арбитражни суд не одлучи друкчије, свака страна плаћа по једну половину сваког предујма или додатног предујма, чиме се не утиче на коначну одлуку о плаћању трошкова арбитражног поступка коју ће арбитражни суд донети на основу члана 61, став 2 Конвенције. Ако тражени износи нису плаћени у целости у року од 30 дана, Генерални секретар ИЦСИД-а обавештава странке о пропуштању и пружа прилику било којој од њих да изврши потребну уплату. После тога, ако по протеклу додатних 15 дана захтевани износ није уплаћен у целости, Генерални секретар ИЦСИД-а може да предложи арбитражном суду да прекине поступак. Ако прекид поступка из овог разлога потраје дуже од шест месеци, Генерални секретар ИЦСИД-а може да предложи арбитражном суду да оконча поступак, с тим да пре тога треба да обавести странке о томе и да саслуша њихово мишљење, уколико је то могуће.

Из наведеног проистиче да члан 14 Административног и финансијског правилника овлашћује арбитражни суд да одреди да само једна странка авансно плати све арбитражне трошкове. Потврду за то налазимо у правилу 28, став 1, тачка (а) Правилника о арбитражи ИЦСИД-а јер и та одредба дозвољава

¹ Мада су азијске арбитражне институције (Singapore International Arbitration Center – SIAC, China International Economic and Trade Arbitration Commission – CIETAC и Shenzhen Court of International Arbitration – SCIA) донеле посебна арбитражна правила за инвестиционој арбитражу, за сада нису добиле на решавање инвестиционе спорове, па их у овом кратком прегледу изостављамо.

неједнаку расподелу аванса. Додуше, наведено овлашћење арбитражног суда искоришћено је до сада само једном, у предмету Корпорација РСМ против Санта Луције (*RSM Production Corporation v Saint Lucia*).² Арбитражни суд је наложио тужиоцу да плати све износе предујма које је Секретаријат ИЦСИД-а до тог тренутка тражио. Образлажући своју одлуку, арбитражни суд је навео да нема преседана који би му помогли при одређивању стандарда које треба применити да би се донела одлука којом се одступа од принципа да странке предујмљују трошкове арбитражног поступка на равне делове. Наиме, члан 14 Административног и финансијског правилника садржи презумпцију да ће се предујам сносити равноправно. Сходно томе, свако одступање од ове презумпције мора бити поткрепљено добрим разлозима, али ти разлози не морају досегнути ниво „изузетних околности“ које се траже да би арбитражни суд одредио привремену меру на основу Правилника о арбитражи ИЦСИД-а (члан 39) и Вашингтонске конвенције (члан 47). Расподела плаћања предујма представља привремени административни механизам који је предвиђен са циљем да се обезбеде и плате текући трошкови поступка. Како члан 14 Административног и финансијског правилника, тако и члан 28, став 1 Правилника о арбитражи јасно предвиђају да, без обзира на то каква расподела плаћања предујма буде одређена, она може бити измењена у коначној одлуци Арбитражног суда о трошковима, која се доноси на основу члана 61, став 2 Конвенције.³

Арбитражни суд у овом предмету имао је разлога да одступи од презумпције о једнаком учешћу у предујму. Тужилац је имао иза себе историју неплаћања трошкова у другој ИЦСИД-овој арбитражи коју је водио против Гренаде, као и у поступку за поништај арбитражне одлуке донете у тој арбитражи, а у предмету који је покренуо против Свете Луције изјаснио се да није сигуран да ли ће бити у стању да плати трошкове туженом у случају да изгуби спор.

Позивање на тај преседан у каснијем спору Трансглобал против Панаме (*Transglobal v Panama*) није помогло Панами да издејствује од арбитражног суда одлуку којом би се тужиоцу наложило да плати комплетан предујам за арбитражне трошкове. Арбитражни суд је закључио да се околности у овом спору знатно разликују од околности у предмету РСМ против Санта Луције, те да би пребацавањем обавезе плаћања предујма на тужиоца њему био ускраћен приступ ИЦСИД-овој арбитражи, а туженом би се омогућило да арбитражу учини непотребно скупом за тужиоца.⁴ Ипак, на крају се испоставило да је тужилац подношењем тужбе злоупотребио поступак (*abuse*

² *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Provisional Measures, 12 December 2013.

³ *Ibidem*, пасуџ 49.

⁴ *Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Energy de Panama, S.A. v. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/13/28, Decision on Respondent Request for Shifting the Costs of the Arbitration (Suredda, Schreuer, Paulsson), 4 March 2015, пасуџ 47.

of process), те су туженом (Панами) у коначној арбитражној одлуци досуђени скоро сви арбитражни трошкови и трошкови заступања.

За разлику од првостепеног поступка, у поступку за поништај који се води пред ИЦСИД-ом, подносилац захтева за поништај једини је одговоран за плаћање предујма за арбитражне трошкове по захтеву Генералног секретара ИЦСИД-а, чиме се не утиче на право ад хок одбора који одлучује о поништају арбитражне одлуке, да у складу са чланом 62, став 4 Конвенције на крају одлучи ко ће и како ће платити трошкове настале у вези са поступком поништаја (правило 14, став 3, тачка (е) Административног и финансијског правилника).

Укратко, Административни и финансијски правилник ИЦСИД-а предвиђа следеће последице неплаћања целокупног предујма за трошкове: позив странкама да га плате, што у суштини значи позив другој страни да плати износ који њен противник није уплатио, могућност да арбитражни суд прекине поступак и коначно, могућност да арбитражни суд изда налог о окончању поступка. Могло би се рећи да је полагање предујма за арбитражне трошкове нека врста финансијског услова за наставак поступка.⁵ Уколико жели да арбитража несметано тече, тужилац по овом правилнику мора преваходно да уплати свој део предујма, а ако плаћање туженог изостане, и део предујма који је био дужан да плати тужени.

Правилник ЛЦИА уређује питање предујма за трошкове у члану 24. Одмах привлачи пажњу нешто друкчији приступ, јер није предвиђена презумција да обе странке сnose предујам за трошкове спора на равне делове, већ „Суд“ лондонског центра (као надлежно тело арбитражне институције) може да упутити странке да уплате на име арбитражних трошкова један или више износа у сразмери и у време које тај Суд сматра одговарајућим (члан 24.1.). Последице непоступања туженог по сугестијама Суда ЛЦИА су предвиђене у члановима 24.4-24.5:

„24.4. У случају да једна од странака не изврши уплату, или одбије да изврши уплату на име арбитражних трошкова у складу са налогом Суда ЛЦИА, тај орган може упутити другу странку или странке да уплате заменски износ како би омогућиле да се арбитража настави (ако није друкчије одређено налогом или арбитражном одлуком о арбитражним трошковима).

24.5. У таквим околностима, странка која је уплатила заменски износ може захтевати од арбитражног суда да донесе налог или арбитражну одлуку како би од странке која није платила тај износ наплатила дуг који одмах доспева за исплату, укључујући и евентуално прираслу камату.“

Правила Арбитражног института Стокхолмске привредне коморе (СЦЦ) из 2017. г. регулишу предујам за трошкове спора у члану 51. Према

⁵ *Burimi SRL and Eagle Games SH.A v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/11/18, Procedural Order No. 2, 3 May 2012, пасуџ 41.

ставу 3 овог члана, свака страна плаћа половину предујма за трошкове, осим у случају када се за сваку од њих одреди посебан предујам. Ако је поднета противтужба или компензациони приговор, Одбор директора СЦЦ-а може да одреди да свака странка плаћа предујам за своју тужбу односно противтужбу или компензациони приговор. Према ставу 4, Одбор директора овлашћен је да на захтев арбитражног суда или ако сам сматра за потребно, наложи странкама да плате додатне износе предујма у току арбитражног поступка. Уколико једна од странака не изврши потребну уплату, Секретаријат према ставу 5, оставља другој странци могућност да у одређеном року она то учини, а ако ни тада не буде уплаћен тражени износ, Одбор директора одбацује тужбу у целости или делимично. Арбитражни суд може на захтев странке која је извршила уплату уместо друге странке, донети посебну арбитражну одлуку којом се наређује враћање уплаћеног износа.

Правилник ИЦЦ-а од 2019. године предвиђа у члану 37, став 2 да ће „Суд“ ИЦЦ-а (надлежно тело арбитражне институције) одредити износ предујма који је потребан за покривање хонорара и трошкова арбитра и административних трошкова ИЦЦ-а који тужилац и тужени плаћају на равне делове. Ако је поднета противтужба Суд ИЦЦ-а може одредити посебан предујам за тужбу, а посебан за противтужбу, што значи да у том случају свака странка, према члан 37, став 4, плаћа свој предујам. Став 5 истог члана предвиђа да се износ предујма може у току арбитражног поступка кориговати и да свака странка има право да плати онај део предујма који дугује друга странка која га није платила. У случају да странке не поступе по захтеву за плаћање предујма, Генерални секретар ИЦЦ-а се саветује са арбитражним судом, а затим може упутити арбитражни суд да прекине поступак и да одреди рок од најмање 15 дана после кога ће се сматрати (ако предујам не буде плаћен) да је тужба или противтужба повучена. Странка у том року може поднети Суду ИЦЦ-а приговор против таквог исхода.

У предмету БДС Лимитид против Рафаел Адвансед Дифенс Системс (*BDMS Limited v Rafael Advanced Defence Systems*)⁶ тужилац је прво покренуо арбитражни поступак у спору за који је била уговорена арбитража ИЦЦ-а, али тужени није платио свој део траженог предујма за трошкове. Пошто није хтео сам да финансира арбитражу, тужилац је повукао арбитражну тужбу и затим поднео тужбу Трговинском суду у Лондону. Тужени је пред судом уложио приговор да постоји арбитражни споразум (*exceptio arbitrii*). У одговору на приговор тужилац је навео да је тужени прекршио арбитражни споразум (неплаћањем предујма), да је повреда таквог значаја да може довести до раскида уговора и да се стога има сматрати да је тај споразум

⁶ *BDMS Limited v Rafael Advance Defence Systems* [2014] EWHC 451 (Comm). http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=3557&opac_view=2

изгубио дејство (*that repudiatory breach rendered the arbitration agreement „inoperative“*). Приговор туженог је успео и суд је упутио странке на арбитражу упркос томе што је тужени пропустио да плати половину предујма за трошкове арбитраже ИЦЦ-а. По схватању Трговинског суда, мада је реч о кршењу уговорне обавезе, арбитражни споразум не може престати на овај начин.

Енглески суд је у овом предмету посебно уважио чињеницу да тужени није одбио да учествује у арбитражи. Тужени се упустио у арбитражни спор и био је спреман да уплати свој део предујма, али је условио уплату полагањем обезбеђења за трошкове. Није веровао да ће тужилац бити у стању да му надокнади трошкове у случају да изгуби спор. По мишљењу суда, тужилац је према правилнику ИЦЦ-а могао да преда арбитражном суду банкарску гаранцију којом би обезбедио плаћање дела предујма који је дуговао тужени, и да затим тражи доношење делимичне арбитражне одлуке или привремене мере којом би тужени био обавезан да плати свој део предујма. У крајњој линији, могао је тражити од арбитражног суда да обавезе туженог у коначној арбитражној одлуци да му надокнади трошкове. Према томе, неплаћање предујма за трошкове арбитраже не оставља арбитражни споразум без дејства.

Две верзије УНЦИТРАЛ-ових правила, из 1976 и 2010, не разликују се много у регулисању овог питања. Према обе верзије, арбитражни суд може од странака да захтева да предујме једнаке износе на име трошкова арбитраже (члан 41.1, односно, 43.1) и може накнадно тражити полагање додатног предујма (члан 41.2, односно, 43.2).⁷ Уколико предујам не буде у целости плаћен у року од 30 дана од дана када је захтев за полагање предујма постављен арбитражни суд о томе обавештава странке како би пружио прилику једној од њих да уплати захтевани износ. Уколико ни тада не буде извршена уплата, арбитражни суд може издати налог о прекиду или окончању поступка (члан 41.4, односно члан 43.4).

2. МОГУЋНОСТ ДА СЕ ДОНЕСЕ ДЕЛИМИЧНА АРБИТРАЖНА ОДЛУКА ИЛИ ПРИВРЕМЕНА МЕРА КОЈОМ СЕ ОБАВЕЗУЈЕ ТУЖЕНИ ДА ВРАТИ ТУЖИОЦУ ДЕО ПРЕДУЈМА ЗА АРБИТРАЖНЕ ТРОШКОВЕ КОЈИ ЈЕ ОВАЈ ПОЛОЖИО УМЕСТО ЊЕГА

Последица коју сва арбитражна правила предвиђају када тужени не положи свој део предујма за трошкове спора, јесте замена или супституција. Под супституцијом се подразумева могућност да тужилац уплати тај део

⁷ О захтеву за издавање привремене мере којом би се одредило да тужена држава сноси целокупни предујам за трошкове спора видети предмет Рават против Маурицијуса (*Rawat v. Mauritius*, UNCITRAL 1976).

предујма уместо туженог. Тужилац може да рачуна са тим да ће му се вратити новац који је уложио у арбитражу, али тек на крају поступка, уколико добије спор. Међутим, финансирање арбитраже постаје све већи финансијски терет, поступци су све дуготрајнији и све скупљи, па арбитражи и арбитражне институције упорно трагају за решењима која би омогућила да раније, већ током трајања поступка, тужиоци добију надокнаду за износе које су уплатили уместо друге стране.

Неплаћање предујма третира се понекад и као несавесно понашање. Многи арбитражи сматрају да је махом реч о тактици,⁸ о маневру туженог⁹ којим настоји да пролонгира и отежа вођење поступка. Имајући у виду да су се странке споразумеле о арбитражи као начину решавања евентуалног спора, несарадљиво понашање туженог наилази на осуду.¹⁰

Као што је речено, правилници СЦЦ-а и ЛЦИА-а садрже одредбе које овлашћују арбитражни суд да на захтев странке која је извршила уплату уместо друге странке, донесе арбитражну одлуку којом се налаже враћање уплаћеног износа. Таква делимична арбитражна одлука (*partial award*) доноси се пре коначне арбитражне одлуке. Одредбе о којима је реч релативно су нове, унете су изменама Правилника СЦЦ из 2007.г. и Правилника ЛЦИА из 2014. г.¹¹

Према Нилу Каплану, ово питање је први пут покренуто у пракси ИЦЦ-а 1996 године у предмету бр. 7289. О захтеву за повраћај је арбитражни суд решио делимичном одлуком.¹² Друга могућност је да се о томе решава привременом мером.¹³

⁸ Niel Kaplan, *Non-Payment of Advances on Costs, No Pay Can Play?*, у књизи: David D. Caron, Stephan W. Schill, Abbey Cohen Smutny, Epaminontas E. Triantafilou, *Practicing Virtue: Inside International Arbitration*, Oxford, 2015, 330.

⁹ Micha Bühler, *Non-payment of the advance on costs by the respondent party – is there really a remedy?* 24 *ASA Bulletin* br. 2/2006, 290.

¹⁰ Niel Kaplan, 330.

¹¹ Правилник ЛЦИА из 1998. г. имао је одредбу према којој страна која је платила предујам уместо друге има право да од ње наплати тај износ као доспео дуг, али није било регулисано на који начин ће се то право реализовати. У Водичу за примену те раније верзије Правилника ЛЦИА-а наводи се да је право на повраћај заменске уплате независно од коначног исхода арбитраже (с тим да друкчије може бити предвиђено коначном арбитражном одлуком о трошковима). Реч је о износу који једна странка у спору дугује другој и који доспева одмах. Они даље додају да су арбитражни судови ЛЦИА-а, како би олакшали наплату таквог дуга, на захтев оне странке која је извршила исплату, у неколико наврата доносили делимичне арбитражне одлуке у којима су налагали странци која је пропустила да плати предујам, да исплати другој странци оно што јој на име тога дугује. Друга странка је затим могла тражити принудно извршење ове делимичне одлуке, како би повратила заменик износ који је уплатила уместо свог противника. Peter Turner i Reza Mohtashami, *A Guide to the LCIA Arbitration Rules*, Oxford University Press, 2009, пасуџ 8.50.

¹² Niel Kaplan, 331.

¹³ Nil Kaplan, 345, се залаже за приступ који арбитражном суду даје надлежност да донесе арбитражну одлуку.

По Правилнику ЛЦИА-а, арбитражни суд може да се определи између арбитражне одлуке и налога (*order*) сличне садржине, а по Правилнику СЦЦ-а, одговарајући акт је арбитражна одлука.

Неспоразуми о томе да ли се доноси делимична одлука или привремена мера потичу од различитих теорија о извору овлашћења арбитражног суда да решава о захтеву тужиоца да му се досуди износ који је платио уместо туженог. Прва теорија ослања се на арбитражни споразум као уговор у коме је садржана и обавеза сваке уговорне стране да плати свој део предујма како би се омогућио несметани ток арбитраже. У арбитражном споразуму инкорпорисан је и одређени арбитражни правилник који предвиђа обавезу странака да уплате предвиђени предујам на једнаке делове. Непоступање по захтеву институције да се уплати предујам дефинише се као кршење уговорне обавезе према другој уговорној страни у арбитражном споразуму. Истовремено из тога се изводи и надлежност арбитражног суда да решава о томе. Будући да је реч о кршењу уговорне обавезе које даје другој страни право на накнаду уговорне штете, о томе се решава одлуком о меритуму која мора бити делимична одлука јер главни предмет спора на почетку поступка још није сазрео за решавање.¹⁴

Друга теорија тврди да је полагање предујма само процесна и административна обавеза странака, те кршење те обавезе види као процесну непослушност странке. Заступници ове теорије сматрају да арбитражни суд није надлежан да донесе мериторну одлуку којом би наредио странци плаћање привременог предујма. Одговарајући лек за процесну повреду је према њима, доношење привремене мере којом се другој страни налаже да своју процесну обавезу изврши. Међутим, да би привремена мера била донета у корист оне стране која је платила предујам уместо друге стране, она мора да докаже да постоје посебни разлози који је оправдавају.¹⁵

Правилник ИЦСИД-а о арбитражи, као ни Правилник ИЦЦ ни Арбитражна правила УНЦИТРАЛ-а, не садржи одредбу о томе да арбитражни суд може да донесе арбитражну одлуку којом би одмах, дакле пре коначне арбитражне одлуке, наложио туженом да плати трошкове које је у његово име платио тужилац. У ИЦСИД-овом систему који чине Конвенција и Арбитражна правила, нису предвиђене делимичне и међуодлуке. Све одлуке арбитражног суда које се доносе пре арбитражне одлуке називају се просто одлукама („*decisions*“), и нису извршне по Вашингтонској конвенцији. Због тога су тужиоци који су хтели да остваре право на повраћај заменског износа посезали за захтевима за издавање привремене мере који су предвиђени

¹⁴ Вид. Micha Bühler, 291-293, са позивањем на релевантну доктрину која заступа ову теорију. У истом смислу и Markus Altenkirch, Jan Frohloff, *The Advance on Costs in Investment Arbitration*, ICSID Review, volume 33, issue 3, Fall 2018, 725.

¹⁵ Micha Bühler, 293-294.

у члану 47 Вашингтонске конвенције. У предмету Вале Верде против Венецуеле (*Vale Verde v Venezuela*) тужилац је тражио да арбитражни суд донесе привремену меру којом се налаже туженом:

„а) да плати свој део трошкова које је одредио секретаријат ИЦСИД-а;

б) да у разумном року врати тужиоцу износ од 375 хиљада долара колико је тужилац био приморан да плати услед неоправданог пропуштања туженог да плати;

ц) у случају да тужени тако не поступи, да арбитражни суд по службеној дужности и на основу правила 39, став 3, донесе сваку другу привремену меру за коју сматра да је одговарајућа.“

Арбитражни суд је захтеве тужиоца разматрао у одлуци о привременим мерама донетој 25. јануара 2016. године.¹⁶ Као централно одредио је питање поља примене и дејстава правила 14, став 3 тачка (д) Административног и финансијског правилника ИЦСИД-а. Затим је образложио зашто сматра да су тражене привремене мере некомпатибилне са концепцијом тог правила и да се, стога, захтев за издавање привремених мера мора одбацити као недопуштен.

Прво, арбитражни суд сматра да је сврха привремених мера које се одnose на предујам да се Венецуела наведе да изврши своју обавезу плаћања половине предујма који је одредио Секретаријат ИЦСИД-а. Међутим, могућност да та обавеза не буде извршена изричито је предвиђена у правилу 14, став 3, тачка (д). Главна сврха те одредбе јесте да се омогући заинтересованој странци да покрије неплаћени део предујма како би спречила окончање поступка, што не значи да се друга страна ослобађа обавезе ако заинтересована странка плати недостајући износ. Та одредба предвиђа такође да расподела плаћања предујма не утиче на коначну одлуку о плаћању трошкова арбитражног поступка коју арбитражни суд доноси на основу члана 61, став 2 Конвенције. Према томе, арбитражни суд може да поправи ствар у коначној одлуци о трошковима спора тако што ће трошкове досудити странци која је финансирала поступак. С друге стране, арбитражни суд није овлашћен да мења концепцију постављену у члану 14, став 3, тачка (д) за случај неизвршења обавезе. Она је једноставно део „правила игре“.

По мишљењу арбитражног суда, странка у поступку пред ИЦСИД-ом мора да узме у обзир могућност неизвршења обавезе од стране туженог. Тужилац Вале Верде је од почетка био упознат са околношћу да се од њега може затражити да покрије и део предујма који терети Венецуелу. Стога не може да тврди да су му повређена процесна права сада када се та могућност

¹⁶ Valle Verde Sociedad Financiera S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/12/18, Decision on Provisional Measures (Enrique Barros, Franco Ferrari, Raúl E. Vinuesa), 25 January 2016, пасуси 83-85.

остварила. Арбитражни суд је истакао да је овакво схватање у складу са Одлуком у предмету Хајбери против Венецуеле (*Highbury International AVV et al. v. Venezuela*) у коме је захтев за одређивање привремене мере одбијен.¹⁷ Делимичну одлуку у предмету Креспо против Пољске (*Crespo et al. v. Poland*),¹⁸ на коју се тужилац позвао, арбитражни суд је узео у обзир, али је сматрао да није релевантна јер је донета на основу других арбитражних правила (ИЦЦ-а) и друкчијих околности случаја. Алтенкирх и Фролоф указују да је арбитражни суд ту погрешно, јер су арбитражна правила ИЦЦ-а релевантна, утолико што, као и правила ИЦСИД-а, не предвиђају изричито могућност да се донесе таква одлука, али се већина арбитра и теоретичара слаже да тужилац у арбитражи ИЦЦ-а може да тражи доношење арбитражне одлуке о повраћају предујма који је платио уместо туженог.¹⁹

На крају је арбитражни суд подвукао да тужени има обавезу да плати свој део предујма за трошкове и резервисао право да узме у обзир пропуштање туженог када буде доносио коначну одлуку о расподели трошкова спора. Међутим, до тога није дошло јер је поступак касније окончан због неплаћања трошкова налогом арбитражног суда донетим на основу члана 14, став 3 тачка (д). Очигледно, тужилац није био у стању да сам финансира целокупну арбитражу.²⁰

Још једна арбитража која је вођена против Венецуеле интересантна је за нашу тему због тога што је у одлуци којом је одбио предлог тужене за изузеће арбитра Ива Фортијеа арбитражни суд у чији су састав у том тренутку улазила двојица арбитра чије изузеће није тражено, обавезао тужену да сноси трошкове свог предлога за изузеће арбитра.²¹ У ИЦСИД-овој арбитражи, одлука о трошковима се иначе обично оставља за крај и уноси се, по правилу, у коначну арбитражну одлуку.²² Врло ретко арбитражни суд који одлучује у некој ранијој фази поступка нпр. о приговору ненадлежности, захтеву за изузеће арбитра или захтеву за издавање привремене мере, у тој

¹⁷ *Highbury International AVV, Compañía Minera de Bajo Caroní AVV, and Ramstein Trading Inc. v. Venezuela II*, ICSID Case No. ARB/14/10, Decision on Provisional Measures, 24 September 2015, пасус 35 (одлука није доступна јавности).

¹⁸ *Crespo and others v. Poland*, ICC Case No. 113921KCA, Preliminary Award, 25 October, 2002 (одлука није доступна јавности).

¹⁹ Markos Altenkirch, Jan Frohloff, 732. Ови аутори критикују одлуку у предмету Вале Верде и из других разлога.

²⁰ Генерални секретар је пет пута предлагао арбитражном суду да размотри прекид поступка. Поступак је по тим захтевима био прекинут у два наврата у току 2013-2014, али је тужилац ипак успевао да надомести предујам који је Венецуела пропустила да положи.

²¹ *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/21, Reasoned Decision on the Proposal for Disqualification of Arbitrator L. Yves Fortier, Q.C., 28 March 2016, пасус 58.

²² Jeffery Commission, Rahim Moloo, *Procedural Issues in International Investment Arbitration*, Investment Claims, Oxford International Arbitration Series, 2018, 198.

одлуци одреди и то која ће страна сносити трошкове приговора односно захтева.²³ Разумљиво је због чега су арбитраи то ипак учинили у предмету Фабрика против Венецуеле (*Fabrica de Vidrios Los Andes et al. v. Venezuela*): тужена је четири пута тражила изузеће истог арбитра, што је оцењено као непримерено. У одлукама се наводи да ће тужени бити одговоран за трошкове везане за његов трећи и четврти захтев за изузеће, али се не помиње правни основ за одлучивање о томе пре коначне арбитражне одлуке. Правни основ би се могао наћи у члану 28, став 1, тачка (б) Правилника о арбитражи,²⁴ који предвиђа да арбитражни суд може, ако се странке нису друкчије споразумеле, одлучити:

„(б) у односу на било који део поступка, да трошкове у вези са њим (у износу које утврди Генерални секретар) сноси у целости или у одређеном делу једна од странака.“

Мада ова одредба има потенцијал да буде искоришћена као правни основ и за доношење одлуке којом би се туженом наложило да надокнади тужиоцу плаћени предујам за трошкове, за сада се у пракси ИЦСИД-ових арбитра не користи.²⁵ Треба напоменути да таква одлука не би могла да се сматра арбитражном одлуком (*award*), па би се поставило питање њене извршивости на основу одредаба Конвенције.

Нема изгледа да ће у блиској будућности доћи до значајнијих помака на овом плану. Предлог за измену арбитражних правила ИЦСИД-а не садржи одредбе које би личиле на члан 24.5 Правилника ЛЦИА-а или члан 51, став 5 Правилника СЦЦ-а.²⁶ Поред тога, у арбитражама заснованим на БИТ-у као додатни проблем могла би се појавити надлежност арбитражног суда да одлучује о захтеву за повраћај, уколико је арбитражна клаузула у БИТ-у уско

²³ Као пример *Jeffery Commission* и *Rahim Moloo* наводе следеће одлуке: *Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania*, ICSID Case No. ARB/10/13, Award, 2 March 2015, пасус 532 и *Vladislav Kim and others v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/13/6, Decision on Jurisdiction, 8 March 2017, пасуси 638–9. Ibidem, 197.

²⁴ Вид. у том смислу и *Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd edition, Cambridge University Press, 2009, 726; *Jeffrey Sullivan, David Ingle, Interim Costs Orders: The Tribunal's Tool to Encourage Procedural Economy*, у књизи: *Jean E. Kalicki, Anna Joubin-Bret, Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Brill, 2015, 746.

²⁵ У претходно цитираној одлуци у предмету *Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Panama, S.A. v Republic of Panama* арбитраи су одлуком (Decision on Respondent's Request for Shifting the Costs of the Arbitration, 4 March 2015) обавезали тужену да плати ИЦСИД-у свој део предујма. При том се нису изричито позвали на правило 28 Правилника о арбитражи, али из образложења проистиче да су вероватно имали у виду то правило као правни основ.

²⁶ ICSID Rules and Regulations Amendment Process, Working Paper #3: Proposals for Amendment of the ICSID Rules. <https://icsid.worldbank.org/en/amendments> [вебсајт посећен 9. октобра 2019.]

формулисана, тако да предвиђа надлежност за одлучивање само о повредама одредаба БИТ-а.²⁷

Према томе, тужилац се не може надати да ће добити делимичну арбитражну одлуку или привремену меру којом ће му бити враћени износи које тужени није уплатио. Могућност да надомести износ предујма који тужена држава није платила и да сам финансира арбитражу се намеће као једино решење које је на располагању тужиоцу током трајања арбитражног поступка. Премда морају да рачунају са том могућношћу,²⁸ тужиоци у арбитражном поступку по правилима ИЦСИД-а нису у тако лошем положају, јер државе најчешће плаћају предујам за арбитражне трошкове да не би нарушиле свој углед. Такође, тужиоцима стоји на располагању институт назван „*Third Party Financing*“, што значи да се они могу обратити и трећем лицу (привредном друштву, банци) да финансира арбитражни поступак, како у делу који се односи на сопствене трошкове, тако и у делу који се односи на трошкове за које је тужени пропустио да положи предујам.²⁹

3. МОГУЋНОСТ ДА СЕ ПРОПУШТАЊЕ ТУЖЕНОГ ДА ПЛАТИ ПРЕДУЈАМ ЗА АРБИТРАЖНЕ ТРОШКОВЕ СТАВИ НА ТЕРЕТ ТУЖЕНОМ ПРИЛИКОМ ОДЛУЧИВАЊА О ТРОШКОВИМА СПОРА

3.1. Владање странака као фактор у одлучивању о трошковима спора према арбитражним правилима

Владање странака³⁰ током арбитраже може се узети у обзир приликом одлучивања о трошковима спора. Елијана Фишер и Флавио Петер су описали тај приступ као „*costs follow conduct*“,³¹ чиме су повукли паралелу са изразом „*costs follow the event*“, који се користи за означавање једног од примарних принципа за одлучивање о трошковима спора – да трошкове сноси онај ко губи спор.

У арбитражним правилима већине институција које се баве инвестиционом арбитражом (осим ЛЦИА) не помиње се „владање странака“ као критеријум, али се могућност да се оно узме у обзир при одлучивању о трошковима спора изводи из других израза који су употребљени.

²⁷ Markus Altenkirch, Jan Frohloff, 730.

²⁸ Micha Bühler, 301.

²⁹ О финансирању трошкова арбитраже опширније: Марко Јовановић, Кључне одлике финансирања трошкова арбитраже од трећих лица, Право и привреда, 2017, vol. 55, br. 4-6, pp. 493-509.

³⁰ Речи које се најчешће користе на енглеском језику су „conduct“ и „behavior“.

³¹ Eliane Fischer, Flavio Peter, „Costs Follow Conduct“ – A Musical Altercation, Kluwer Arbitration Blog, October 26, 2017 <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/10/26/costs-follow-conduct-musical-altercation/>

На пример, Правила УНЦИТРАЛ-а из 1976. и 2010. г. предвиђају да се приликом одлучивања о томе ко ће на крају носити арбитражне трошкове узима у обзир успех у спору, односно арбитражне трошкове сноси „у принципу“ (*in principle*) странка која је изгубила спор. Међутим, Правила УНЦИТРАЛ-а дозвољавају да се трошкови и друкчије расподеле између странака, ако арбитражни суд одлучи да је то разумно узимајући у обзир околности случаја („*taking into account the circumstances of the case*”)³². Према томе околности случаја у УНЦИТРАЛ-овим правилима служе као коректив за принцип да се трошкови досуђују победнику у арбитражном спору.

Правила УНЦИТРАЛ-а не прецизирају које околности случаја се узимају у обзир приликом одлучивања да се трошкове друкчије расподеле.³³ Током дискусија у Одбору УНЦИТРАЛ-а који је састављао Правила неки чланови помињали су да треба досудити накнаду за трошкове настале услед непримереног владања странке. Као непримерено владање наведене су тактике за одуговлачење спора и пропуштање странке да именује свог арбитра.³⁴ У арбитражној пракси наилазимо на садржајнија тумачења израза „околности случаја“. Између осталог околности случаја обухватању и владање странака у арбитражном поступку.³⁵

Правилник о арбитражи ЛЦИА-а из 2014. године у члану 28, став 4 предвиђа да арбитражни суд одлучује о арбитражним трошковима и трошковима заступања следећи опште начело да је битан релативни успех или неуспех странака у арбитражи, арбитражној одлуци или по појединим питањима о којима се решавало. Од овог начела може се одступити ако арбитражни суд сматра да његова примена у оквиру датог арбитражног споразума или и иначе не би била целисходна у датим околностима. Затим се изричито наводи да арбитражни суд може такође узети у обзир и владање (*conduct*) странака у арбитражи. Посебно се узима у обзир свака сарадња у циљу остваривања ефикасности поступка као и свака несарадња која има за последицу непотребно одуговлачење или трошкове.³⁶

Правилник о арбитражи ИЦЦ-а у члану 38, став 3 предвиђа да арбитражни суд може доносити одлуке о трошковима у свако доба у току арбитражног поступка и налагати да се изврши плаћање трошкова. Према ставу 4, коначном арбитражном одлуком одлучује се која од странака сноси трошкове арбитраже, односно у којој сразмери их странке носе. Критеријуми

³² UNCITRAL Rules 1976, члан 40.1. и UNCITRAL Rules 2010, члан 42.1 Allocation of costs.

³³ David Caron, Niel Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules, A Commentary*, 2nd edition, Oxford University Press 2013, 796.

³⁴ *Ibidem*, 797, фуснота 157.

³⁵ *Ibidem*, стр. 796.

³⁶ Ова одредба је у сличном облику нашла свој пут у Прашка правила о ефикасном вођењу поступка у међународној арбитражи (2018), члан 11. <https://praguerules.com/>

за одлучивање предвиђени су на општи начин у ставу 5: приликом одлучивања о трошковима, арбитражни суд може да узме у обзир околности које сматра релевантним, укључујући и то у којој мери је свака од странака арбитражу водила експедитивно и економично.

Правилник о арбитражи СЦЦ-а предвиђа лаконски да ће арбитражни суд на захтев странке одмерити трошкове арбитраже између странака имајући у виду исход спора и друге релевантне околности (члан 43, став 5).

Вашингтонска конвенција уређује трошкове поступка (*cost of proceedings*) у чл. 59–61. Примењују се такође одредбе садржане у правилу 28 Правилника о арбитражи, које за разлику од конвенцијских одредаба, нису императивне и од којих странке могу споразумно одступити (на пример у арбитражној клаузули садржаној у БИТ-у). Ако се појави неко процедурално питање које није обухваћено ни конвенцијским одредбама ни одредбама Правилника о арбитражи, а ни странке се нису споразумеле о томе питању, њега ће решити арбитражни суд који решава о спору (члан 44 Конвенције).³⁷

Чланом 61, став 2 Конвенције предвиђено је да арбитражни суд ако се странке друкчије не споразумеју, утврђује трошкове које су странке имале у вези с поступком и решава како и ко плаћа те трошкове, награде и трошкове чланова суда и накнаде за коришћење услуга Центра. Творци Конвенције нису поставили правило о сношењу трошкова, као што би нпр. било правило да свака странка сноси сопствене трошкове (*pay your own way, PYOW*, „америчко правило), или алтернативно, да странка која губи спор сноси трошкове (*costs follow the event, CFTE*, „енглеско правило”, „*the loser pays*“).³⁸ То је свесно учињено да би се арбитражном суду оставила широка слобода (*discretion*) при одлучивању о трошковима.³⁹ Применом америчког правила странке носе арбитражне трошкове по пола, а трошкове заступања свака за себе.⁴⁰ Применом енглеског правила, арбитражни суд долази у ситуацију да мора одредити која је странка изгубила спор, како би могао тој странци да досуди трошкове. Постоји и варијанта овог правила⁴¹ код које се води рачуна не само о општем или апсолутном успеху у спору, већ и о релативном успеху.

³⁷ Katharina Diel- Gligor, *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence, A Preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, Brill, 2017, 237.

³⁸ *Ibidem*, 245.

³⁹ Donald Francis Donovan, *Allocation of Costs*, у књизи Meg Kinnear, Geraldine R. Fischer, et al. (eds), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International 2015, 558-559, с позивом на припремне материјале Конвенције.

⁴⁰ Daniel Robert Kalderimis, Noah Rubins, et al., *ICSID Convention, Chapter VI, Article 61, Apportionment of expenses*, у књизи: Loukas A. Mistelis (ed), *Concise International Arbitration, Second Edition*, Kluwer Law International, 2015, 163.

⁴¹ Kateryna Bondar, *Allocation of costs in investor-State and commercial arbitration: towards a harmonized approach*, 32 *Arbitration International* 2016, 51. Ауторка истиче да је широко прихваћено мишљење да је реч о варијанти правила CFTE.

Досуђивање трошкова *pro rata* или „према релативном успеху” значи да ће трошкове за поједине процесне радње добити онај у чију корист је донета одлука по појединим питањима о којима је арбитражни суд одлучивао⁴². На пример, без обзира на то што је тужилац изгубио у меритуму, досуђују му се трошкови који су настали у фази одлучивања о надлежности арбитражног суда у којој је он однео превагу.⁴³

3.2. Владање странака као фактор при одлучивању о трошковима према пракси арбитражних судова ИЦСИД-а

Примена дискреционих овлашћења из Конвенције није довела до доследне и поуздане арбитражне праксе. Ауторка Катарина Диел-Глигор тврди да су одлуке арбитра ИЦСИД-а о трошковима непредвидљиве и арбитражне.⁴⁴ С друге стране, иста ауторка истиче, позивајући се на више студија које су се бавиле проучавањем овог питања, да се у две трећине ИЦСИД-ових предмета поступак окончава применом америчког правила, односно, без досуђивања трошкова.⁴⁵ Ова врста одлуке о трошковима посебно је заступљена у поступку поништаја арбитражне одлуке.⁴⁶

Ради целовитог сагледавања ситуације, треба додати да је примена америчког правила доминирала у периоду пре 2006. г.⁴⁷ После тога дошло је до преокрета у пракси тако да сада све више арбитражних одлука донетих у оквиру ИЦСИД-а, како у првостепеном тако и у поступку за поништај, прихвата начело да странка која је изгубила спор плаћа све трошкове или бар део трошкова спора.⁴⁸ Доналд Донован издваја одлуку у предмету *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey* као прекретницу. Била је реч о првој од три ИЦСИД-ове арбитраже које је покренула породица Узан против Турске због наводног угрожавања њихових улагања у два турска друштва за снабдевање електричном енергијом – ЦЕАС и Кепез. У друге две арбитраже⁴⁹ донета је одлука о ненадлежности, а ар-

⁴² Katharina Diel- Gligor, 246. Kateryna Bondar, 51.

⁴³ Kateryna Bondar, 52.

⁴⁴ Katharina Diel-Gligor, 246. Како констатује ауторка: „No uniform, generally accepted and hence reliable approach in awarding fees and expenses is perceivable so far.” Ibidem, 249.

⁴⁵ Ibidem 247.

⁴⁶ Katharina Diel-Gligor, 247. Са овим се слаже и Катарина Бондар, која је утврдила да у 67 % поступака поништаја, трошкови поступка не буду досуђени победнику. Kateryna Bondar, 49.

⁴⁷ Donald Donovan, 558; Matthew Hodgson, Costs in Investment Treaty Arbitration: The Case for Reform, 11 Transnational Dispute Management Journal, 1/2014, 2.

⁴⁸ Donald Donovan, 555.

⁴⁹ Europe Cement v. Turkey, ICSID Case No.ARB(AF)/07/2, Award, 13 August 2009, i Cementownia „Nowa Huta” S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17 September 2009.

битри су између осталог констатовали да су тужбени захтеви фразулозни и злонамерни, те су стога туженом досудили све трошкове спора. Коначно су и у предмету Либананко, у одлуци донетој 2011. г., арбитражи закључили да нису надлежни јер тужилац није успео да докаже да је стварно имао инвестицију, односно, акције у два електро-енергетска привредна друштва о којима је била реч. Странке су поднеле трошковник који је у збиру премашивао 60 милиона долара (24,4 милиона Либананко и 35,7 милиона Турска). Нашавши се пред избором између два конкурентна принципа за одлучивање о трошковима, арбитражни суд одлучио се за принцип да победник у арбитражном спору има право да му се надокнаде трошкови.⁵⁰

„Овај арбитражни суд сматра да правило по коме се трошкови досуђују победнику служи за следеће сврхе: да се успешној странци надокнаде нужни трошкови заступања и други трошкови које је имала, да се обесхрабре неосноване тужбе и такође, да се дестимулише претерано парничење. Такође, ово правило оставља арбитражном суду довољно простора да узме у обзир и она питања у којима је странка која је изгубила спор ипак била успешна, као и да узме у обзир последице које су на трошкове имали процесни приговори које је улагала једна или друга странка.“⁵¹

У одлуци у предмету Георг Гавриловић против Хрватске (*Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia*) донетој 2018.г., констатује се следеће:

„Опште је начело у међународној арбитражи да странка која је по арбитражној одлуци успела у свом захтеву има право на повраћај својих трошкова заступања.[...] Арбитражни суд констатује да је традиционални став у инвестиционој арбитражи био да се ти трошкови деле равноправно. [...] Међутим, новији тренд је да се примени приступ да „страна која је изгубила спор плаћа [трошкове].“⁵²

Без обзира на недавни преокрет и нови тренд, још увек нема доследног приступа у одлучивању о трошковима у ИЦСИД-овој арбитражи.⁵³ Многи

⁵⁰ Donald Donovan, 556.

⁵¹ Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Award, 2 September 2011, пасус 563.

⁵² Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia, ICSID Case No. ARB/12/39, Award, 26 July 2018, пасус 1316. Исти тренд се помиње и у следећим одлукама: Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania, ICSID Case No. ARB/12/25, Award 18 April 2017, пасус 311 и OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/25, 10 March 2015, пасус 964.

⁵³ Kateryna Bondar, 48.

арбитри и даље следе „традиционално“ америчко правило.⁵⁴ Извод из једне новије арбитражне одлуке сведочи о томе да и даље влада неуједначеност арбитражне праксе као и пре десетак година.⁵⁵

„Могу се разликовати два главна приступа приликом одлучивања о трошковима у инвестиционој арбитражи. Неки арбитражни судови расподељују трошкове ИЦСИД-а једнако тамо где су и настали и доносе одлуку да свака странка треба да сноси своје трошкове. Други примењују правило „*costs follow the event*“, одређујући да странка која је поражена сноси све или део трошкова поступка, укључујући и трошкове странке која је победила. Надаље, додатни критеријум који је широко прихваћен јесте опште владање странке, као и озбиљнија или мање озбиљна природа тужбе од које се бранила.“⁵⁶

Последња реченица указује да су арбитражни судови ИЦСИД-а у многим предметима узимали у обзир, између осталог, и владање странака током арбитражног поступка.⁵⁷ Понекад су управо овај критеријум користили као разлог за одступање од принципа да свака странка сноси своје трошкове: „пракса арбитражних судова јесте да поделе трошкове поступка између

⁵⁴ Donald Donovan, 558, наводи следеће новије предмете у којима су се арбитри поделили за „америчко“ правило: *Poštová and Istrokapital v. Hellenic Republic*, ICSID Case No. ARB/13/8, Award 9 April 2015, *PNG v. Papua New Guinea*, ICSID Case No. ARB/13/33, Award, 5 May 2015, и *Venoklim Holdigs B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/22, Award 3 April 2015. Томе се могу додати и предмети *Joseph Houben v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/13/7, Award 12 January 2012, *Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium*, ICSID Case No. ARB/12/29, Award, 30 April 2015, *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyongkezelő Zrt. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/3, Award 17 April 2015, *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/2, Award, 16 April 2014, *Vigotop Limited v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/11/22, Award 1 October 2014. У арбитражној одлуци у предмету ПНГ против Папуе Нове Гвинеје, арбитражни суд је детаљно образложио факторе које треба узети у обзир приликом одлучивања, као и своју одлуку да не додели туженој држави трошкове мада се огласио ненадлежним по њеном приговору.

⁵⁵ Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, 1225.

⁵⁶ *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/13/13, Award, 27 September 2017, пасус 1253.

⁵⁷ Donald Donovan, 563. Донован као примере наводи *Burimi SRL and Eagle Games SH.A v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/11/18 Award, 29 May 2013 (некохерентна аргументација тужиоца; навођење потпуно неубедљивих основа надлежности, пасуси 163-164) и *SAUR International S.A. v. Argentine Republic*, *SAUR International SA v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/4, Award, 22 May 2014 (одуговлачење поступка до кога је дошло услед преговора и закључења поравнања које углавном Аргентина није поштвала, те је дошло до наставка арбитраже и нових трошкова, пасус 407).

странака, изузев када је владање једне од странака проузроковало повећање трошкова.⁵⁸ С друге стране, често су исти критеријум користили и за кориговање принципа да победник има право на пуну надокнаду трошкова.⁵⁹

У предлогу новог Правилника о арбитражи ИЦСИД-а, владање странака заузима исти ранг као и победа у спору међу критеријумима за одлучивање о трошковима.⁶⁰

У принципу, две врсте процесног владања могу довести до неповољне одлуке о трошковима. Прву чини поступање странке које објективно изазива додатни утрошак времена и новца без обзира на намеру странке да одуговлачи спор или да отежа процесни положај друге стране. Као пример се може навести предмет Теленор против Мађарске (*Telenor v. Hungary*) у коме је разлог за одступање од америчког правила била чињеница да су поднесци тужиоца били недоследни и недовољно конкретни, што је отежало разумевање тужбеног захтева арбитражном суду и одбрану туженој држави.⁶¹ Другу врсту чини владање које арбитражни суд оцењује као фразулозно или злонамерно (*mala fide*), а усмерено је ка остваривању истих циљева.⁶²

Један од првих случајева када је узето у обзир несавесно поступање странке у пракси ИЦСИД-а био је предмет Летко против Либерии (*LETCO v. Liberia*). Тужиоцу су досуђени арбитражни трошкови и трошкови заступања због процесне несавесности (*procedural bad faith*) тужене државе: не само што Либериија није учествовала у арбитражи већ је против тужиоца покренула у истој ствари парницу пред сопственим судовима.⁶³

⁵⁸ *LESI v. Algeria*, ICSID Case No ARB/03/8, Award, 12 November 2008, пасус 186; Donovan, 558.

⁵⁹ Тако нпр. у предмету *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/24, Award, 8 March 2016, пасус 409, усмена расправа која је била заказана морала је да се одложи на захтев туженог, што је изазвало значајно одуговлачење поступка и додатне трошкове с тим у вези. Због тога је арбитражни суд већином гласова досудио туженој држави само 20 % трошкова арбитраже (односно, 1,75 милиона УСД), упркос томе што је добила спор. У предмету *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü v. Republic of Hungary*, Award, September 23, 2010, пасус 15.3.3. арбитражни суд констатује да није било очигледно неоснованих захтева нити су странке поступале у лошој вери, па стога закључује да свака страна треба да сноси своје трошкове и да треба равноправно да поделе трошкове арбитражног суда и секретаријата ИЦСИД-а.

⁶⁰ ICSID Rules and Regulations Amendment Process, Arbitration Rule 51. Working Paper #3: Proposals for Amendment of the ICSID Rules. <https://icsid.worldbank.org/en/amendments> [вебсајт посећен 9. октобра 2019.].

⁶¹ *Telenor v Hungary*, пасус 107, са позивом на пасусе 33, 36-39, 41 и 71-75.

⁶² О коришћењу начела добре вере као процесног и супстанцијалног правила међународног инвестиционог права видети опширније: Sanja Đajić, Mapping the good faith principle in international investment arbitration: Assessment of its substantive and procedural value, Зборник радова Правног факултета, Нови Сад, 2012, vol. 46, br. 3, pp. 207-233.

⁶³ *LETCO v. Liberia*, Award, 31 March 1986; Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, 1230.

Одлука о трошковима користи се као санкција за процесно неспортско понашање⁶⁴ и арбиѿражни суд је склонији да досуди трошкове победничкој страни ако се губитничка страна лоше понела.⁶⁵ У већини случајева, арбиѿражни судови ИЦСИД-а су водили рачуна првенствено о преварним и несавесним поступцима (*fraud and procedural misconduct*) странке која је изгубила спор. Један аутор наводи да је лоше владање странке узето у обзир у 21 % предмета, док је на пример релативни успех узет у обзир у 45 % предмета у ИЦСИД-у.⁶⁶

На тај начин се додаје елемент несавесности уз елемент штете који треба истовремено да буду присутни да би се понашање странке узело у обзир и санкционисало одлуком о трошковима. Дилаторно и некооперативно владање повећава трошкове арбиѿраже и заступања, те се стога мора санкционисати.⁶⁷ То су арбиѿтри изричито навели у предмету *Цементовнија ѿроштив Турске (Cementownia „Nowa Huta” S.A. v. Republic of Turkey)*:

„Шѿо се ѿиче санкције за случај злоуѿоѿребе ѿрава, арбиѿражни суд ИЦСИД-а може да досуди ѿрошкове на ѿерей сѿранака као санкцију за владање у ѿосѿуѿку које смаѿра дилаѿорним или неѿимереним.”⁶⁸

У склопу тога, питање је да ли неплаћање пређујма за арбиѿражне трошкове треба да се сматра несавесним понашањем тужиоца које треба санкционисати и да ли оно изазива додатне трошкове које треба накнадити тужиоцу.

3.3. Неплаћање пређујма као фактор при одлучивању о трошковима спора према пракси арбиѿражних судова ИЦСИД-а

Неплаћање пређујма се ретко експлицитно помиње у одлукама арбиѿражних судова ИЦСИД-а као фактор у одлучивању о трошковима спора, односно као непожељно владање, а ни доктрина га не сврстава увек у ту категорију.⁶⁹ Може се поново навести одлука у предмету Цементовнија против Турске,⁷⁰ али уз две ограде: прво, да је била реч о неплаћању два пређујма која је од тужиоца тражио Секретаријат ИЦСИД-а, тако да је Турска као тужена морала да финансира гро трошкова арбиѿражног поступка и

⁶⁴ Daniel Robert Kalderimis, Noah Rubins, et al., 163.

⁶⁵ Katharina Diel- Gligor, 248.

⁶⁶ Mathew Hodgson, 5.

⁶⁷ Noah Rubins, *The Allocation of Costs and Attorney’s Fees in Investor-State Arbitration*, 18 ICSID Review – FILJ, 2003,126.

⁶⁸ *Cementownia „Nowa Huta” S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17 September 2009, 158.

⁶⁹ Нпр. аутори Саливан и Ингл (Sullivan & Ingle), при набрајању радњи које спадају у „procedural misconduct“ на стр. 734, не наводе неплаћање пређујма за трошкове спора.

⁷⁰ *Cementownia „Nova Huta” S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award 17 September 2009, пасѿ 177.

друго, да је неплаћање предујма био само један од фактора које је арбитражни суд узео у обзир да би применио принцип да странка која губи спор (тузилац) сноси све трошкове спора. У време доношења одлуке, још увек се у ИЦСИД-овој арбитражи доминантно примењивало америчко правило⁷¹, па је арбитражни суд сматрао за потребно да образложи зашто ће одступити од праксе других арбитрара и применити други принцип. На крају, треба додати да је ово једна од одлука у којима је арбитражни суд нашао да је тужилац злоупотребио поступак ИЦСИД-а (*abuse of process*), па се тужиоцево неплаћање предујма може посматрати као само један од елемената који је довео до одлуке о трошковима спора који падају на његов терет⁷².

У предмету Сосиете цивил имобилиер де Гаета против Републике Гвинеје (*Société Civile Immobilière de Gaëta v. Republic of Guinea*)⁷³, арбитражни суд је навео да је резултат поступка примарни критеријум о коме треба водити рачуна при одлучивању о трошковима, али да арбитражни суд може узети у обзир и друге околности, а нарочито владање странке у току поступка. У конкретном случају арбитрари су као некоректно понашање означили управо неплаћање предујма за трошкове спора:

„Треба водити рачуна о томе да је тужена држава повредила и неке од својих обавеза, а најфлагрантнија повреда је то што је више пута одбила да положи део предујма који је Центар од ње тражио у складу са меродавним правилима; чинећи тако она је присилила тужиоца да ступи на њено место за целокупни износ предујма. То што је коначно победила у спору ту ништа не мења; обавеза полагања предујма је систематска и управо независна од шанси за успех у спору.“⁷⁴

Арбитрари су такође сматрали да је тужена, поред неплаћања предујма, отежала поступак и спорошћу са којом је својим адвокатима предала документацију која је од ње тражена у доказном поступку. Због ових повреда процедуре, арбитрари су досудили туженој само 80 % арбитражних трошкова и трошкова заступања, мада су се по њеном захтеву огласили ненадлежним.

Уверена да је арбитражни суд ненадлежан, Венецуела је у предмету који је против ње покренула Фабрика Видриос Лос Андес одбила да плати

⁷¹ Вид, опширније Lucy Reed, Allocation of Costs in International Arbitration, 26 ICSID Review – FILJ 2011, 79.

⁷² Поред арбитраже Цементовнија против Турске, Луси Рид (Lucy Reed, 82) наводи још два предмета у којима је арбитражни суд досудио туженом комплетне трошкове спора због тога што је утврдио постојање злоупотребе поступка: Феникс Екшн против Чешке и Јуроп Цемент против Турске. Један од новијих предмета у којем је тужилац морао да плати трошкове туженог због злоупотребе поступка је Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/11/17, Award 9 January 2015.

⁷³ Société Civile Immobilière de Gaëta v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/12/36, Award, 21 December 2015, пасуси 301-309.

⁷⁴ Ibidem, 307.

свој део предујма за трошкове. Арбитражни суд је констатовао да је тиме „порастао финансијски терет за тужиоце у вођењу арбитраже од самог почетка, а за тужену је то резултирало одговарајућом користи.“ Затим је закључио да је та корист сасвим довољна као признање за тужену државу што је успела да увери арбитражни суд да није надлежан за спор који му је поверен. Сходно томе, одлучио је да ће тужилац у целисти сносити трошкове арбитраже које је већ иначе предујмио, а што се тиче трошкова заступања, њих ће свака страна самостално сносити.⁷⁵ Један од фактора због којих није досудио Венецуели трошкове заступања било је управо њено одбијање да подели терет авансног плаћања трошкова поступка са тужиоцима.

Поменимо још и предмет Еудоро против Парагваја, у коме је арбитражни суд, упркос томе што је одбио све тужбене захтеве, поделио процедуралне трошкове на једнаке делове између странака и одредио да свака сноси сопствене трошкове заступања, уз образложење да је у првој фази, у којој се одлучивало о приговору ненадлежности, поступак неколико пута био одлаган због кршења обавезе Парагваја да уплати предујам на основу Правила 14 Административног и финансијског правилника.⁷⁶

Колико год да повреда обавезе плаћања предујма може изгледати озбиљна, она ће врло ретко довести до одговорности државе за плаћање дела трошкова. Посебно када је у питању несавесност, она се ретко помиње као разлог за пропуштање да се уплати сопствени део предујма.

Као пример се може навести одлука арбитражног суда у предмету Унион Феноса против Египта (*Union Fenosa Gas v Egypt*) коју су већином гласова донели арбитри Видер (Veeder), Раули (Rowley) и Клодфелтер (Clodfelter). Тужилац је у целисти платио предујам за арбитражне трошкове који је износио 700 хиљада долара.⁷⁷ Арбитражни суд је упркос томе констатовао да су обе странке, тужилац и тужени, као и њихови адвокати у доброј вери водили ову сложена арбитражу, без икаквог неприкладног владања.⁷⁸ Главни принцип на коме је арбитражи суд у овом спору засновао одлуку о трошковим био је „да губитник плаћа“. Арбитри су констатовали да већина арбитражних већа у ИЦСИД-овој арбитражи примењује овај принцип као начин да се накнади штета коју је тужилац који је успео у захтеву претрпео у арбитражном поступку. Без те накнаде, тужилац би упркос успеха у спору, био кажњен што је посегао за ИЦСИД-овом арбитражом.

⁷⁵ *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/21, Award, 13 November 2017, пасуц 319.

⁷⁶ *Eudoro v. Paraguay* ICSID Case No ARB/98/5, Award, 26 July 2001, пасуц 85.

⁷⁷ *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/14/4, Award, 31 August 2018, пасуц 12.19.

⁷⁸ *Ibidem*, пасуц 12.15.

Слично је и у предмету Лундин против Туниса (*Lundin v. Tunisia*), арбитражни суд прво констатовао да је тужилац платио готово целокупне трошкове спора, да би затим оценио како „странке нису доказале да је било злоупотреба или несавесног понашања, ни пре арбитражног поступка, ни у току поступка.“⁷⁹ У предмету Тенарис против Венецуеле (*Tenaris v. Venezuela*), тужилац је платио у целости трећи предујам за трошкове спора јер је Венецуела пропустила да то учини.⁸⁰ Тужилац се није позвао на овај пропуст Венецуеле као понашање које би требало санкционисати одлуком о трошковима, а арбитражни суд је у одлуци констатовао да несавесно понашање Венецуеле у поступку на које се тужилац јесте генерално позивао, није досегло онолику тежину која се тражила у одлукама претходних арбитражних судова као услов за санкционисање путем трошкова.⁸¹ Једини део трошкова који је арбитражни суд досудио тужиоцу који је успео да докаже експропријацију у овом спору, био је управо део трећег предујма који Венецуела није уплатила и који је тужилац уплатио уместо ње. Све остале трошкове, странке су сносиле саме.⁸²

У спору *Черчил мајнинг њроинг Индонезије (Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia)*⁸³ обе стране су тражиле надокнаду трошкова спора. Као једна од ставки у трошковима које је тужилац потраживао од туженог јавили су се трошкови које је имао услед кашњења туженог у плаћању петог предујма за трошкове.⁸⁴ Укупни трошкови спора су били позамашни – 1,6 милиона долара на име трошкова арбитра и ИЦСИД-а, плус трошкови заступања који су код тужиоца изнели 4,08 милиона долара, а код туженог 12,32 милиона долара.⁸⁵ Приликом одлучивања о томе ко ће на крају сносити те трошкове арбитражни суд је узео у обзир пре свега успех у спору који је био на страни туженог. Мада је тужилац превагнуо у првој фази поступка, на питању надлежности, арбитражни суд му није досудио трошкове те фазе поступка као што се често ради, јер је арбитражна тужба

⁷⁹ *Lundin Tunisia B.V. v. Republic of Tunisia*, ICSID Case No. ARB/12/30, Sentence, 22 décembre 2015, пасуси 393 и 398. Вид. такође и предмет *Société Industrielle des Boissons de Guinée v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/12/8, пасус 128. Тужиоцу је одређено да плати Гвинеји 70 % трошкова спора, мада као тужена није платила предујам за трошкове. Одлука такође садржи оцену да су се странке понашале савесно у току поступка.

⁸⁰ *Tenaris S.A. and Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/26, пасус 624.

⁸¹ *Ibidem*, пасус 618.

⁸² *Ibidem*, пасус 624.

⁸³ *Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Award, 6 December 2016 (Michael Hwang, Albert van den Berg и Gabrielle Kaufman-Kohler).

⁸⁴ *Ibidem*, пасус 537.

⁸⁵ *Ibidem*, пасуси 551 и 556.

била заснован на фалсификованим документима, те сходно томе, по речима арбитра „није ни требало да буде поднета“.⁸⁶ Поред тога, разлози због којих је Индонезија приговорила надлежности арбитражног суда били су озбиљни и мада нису усвојени, покренули су легитимна питања о тумачењу БИТ-ова. Други фактор који је узет у обзир била је велика разлика у трошковима заступања које су имали тужилац и тужени. Услед ове разлике, наглашавајући да користи своје дискреционо право да одлучи о одмеравању трошкова, арбитражни суд је одредио да тужилац има да надокнади Индонезији 75 % трошкова заступања. Признао је да тај резултат може да изгледа немилосрдан у односу тужиоца („*may seem harsh to the Claimants*“), али га у визури арбитра оправдава постојање преваре и фалсификата којима се тужилац послужио.⁸⁷ Туженом је такође признато право на надокнаду 100 % арбитражних трошкова које је платио ИЦСИД-у. При том, арбитражни суд није ни поменуо захтев тужиоца који се односио на кашњење туженог у плаћању петог предујма. Према томе, не само што овај захтев тужиоца није уважен, већ арбитражни суд, није нашао за сходно ни да се осврне на тај део аргументације тужиоца у пасусима 550-556 у којима је образложио своју одлуку о трошковима.

Понекад тужени има оправдан разлог за неплаћање предујма. Као такве, Миша Билер (*Mischa Bühler*) у контексту комерцијалне арбитраже помиње, на пример, инсолвентност или стечај туженог, али и ненадлежност арбитражног суда⁸⁸. Државе обично наводе неки објективан разлог зашто нису уплатиле предујам, па се у том случају неплаћање не може третирати као злонамерно. У предмету Гетма против Републике Гвинеје (*Getma v. The Republic of Guinea*), арбитражни суд је укорио Гвинеју што није платила ниједан предујам мада се обавезала у свом законодавству о инвестицијама да ће спорове решавати арбитражом у оквиру ИЦСИД-а. Арбитражни суд је посебно нагласио да тужена држава није ни покушала да се оправда за неплаћање. У наведеном поступку арбитражни суд је наложио да свака странка сноси своје адвокатске трошкове, а арбитражне трошкове је расподелио у сразмери 40 % Гвинеја и 60 % тужилац (мада је тужилац по појединим тужбеним захтевима добио спор)⁸⁹.

Питање је какву штету трпи страна која је уплатила предујам уместо друге стране. Одговор можемо наћи у једној новијој одлуци у којој је ад хок одбор надлежан за поништај одлуке по Вашингтонској конвенцији разматрао

⁸⁶ Ibidem, пасус 550.

⁸⁷ Ibidem, пасус 552.

⁸⁸ Micha Bühler, 290. Уколико држава тврди да арбитражни суд није надлежан јер није склопљен арбитражни споразум, онда такође верује да нема уговорну обавезу према тужиоцу да плати предујам за трошкове. Markus Altenkirch, Jan Frohloff, 726-727.

⁸⁹ Getma International and others v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/11/29, Sentence, 13 décembre 2016, пасус 476.

утицај кашњења Венецуеле са уплатама предујма у поступку за поништај арбитражне одлуке који је сама покренула:

„Кашњење подносиоца захтева имало је за последице бројне непотребне комуникације и значајно ометање поступка, укључујући и деветомесечно одлагање усмене расправе о поништају, чији је датум био одређен већ у Процесној наредби бр. 1.”⁹⁰

Ад хок одбор се позвао на једну ранију одлуку ад хок одбора у спору Репсол против Петроеквадора (*Repsol v. Petroecuador*).⁹¹ Због изузетно великог кашњења подносиоца захтева за поништај, Петроеквадора, са плаћањем првог предујма за трошкове као и одбијања да плати касније тражене рате предујма, одбор је пресудио да Петроеквадор треба да плати све арбитражне трошкове и половину трошкова заступања и других трошкова које је имао Репсол.

Може се констатовати да су у оба поменута предмета странке које су обавезане да плате трошкове другој страни због кашњења са плаћањем предујма биле подносиоци захтева за поништај који су изгубили спор. Неплаћање предујма је само додатно оправдало примену принципа да странка која губи спор сноси и трошкове спора.⁹² То умањује значај неплаћања предујма као самосталног фактора који би могао да утиче на одмеравање трошкова у ситуацији када страна која није платила предујам на крају добије спор.

Мора се имати у виду ипак још једна констатација са којом се арбитражни судови слажу и већина је помиње у образложењу одлуке о трошковима: по члану 61, став 2 Вашингтонске конвенције, арбитражни суд ужива широку слободу (*discretion*) да одмери и расподели трошкове. У склопу тога могао би узети у обзир и чињеницу да тужени није на време или није уопште платио свој део предујма за трошкове спора. За сада осим одлука у предметима *Сociété цивил имобилиер де Гаеџа ирројив Републике Гвинеје, Еудоро ирројив Парагваја, и Фабрика Видриос Лос Андес ирројив Венецуеле*, нема других одлука које би посведочиле да је тај фактор релевантан у случају када је неплатиша добио спор, али то не значи да их у будућности неће бити више.

⁹⁰ OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/25, Decision on the Application for Annulment, 6 December 2018, пасус 390.

⁹¹ Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/01/10, Decision on the Application for Annulment, 8 January 2007, пасус 88.

⁹² У предмету AHS Niger and Menzies Middle East and Africa S.A. v. Republic of Niger, ICSID Case No. ARB/11/11, Sentence, 15 July 2013, пасус 165, тужена Република Нигер такође није платила предујам за трошкове, а касније је изгубила спор. Арбитражни суд је објаснио да је чињеница да је Нигер пропустио да изврши своју обавезу у арбитражном поступку отежала поступак и да је била извор додатног посла за арбитражни суд. На крају је арбитражни суд досудио тужиоцима све арбитражне трошкове и 75 % трошкова заступања.

ЗАКЉУЧАК

После проучавања арбитражне праксе и правилника о арбитражи, показало се да су почетне хипотезе биле у највећем делу тачне. Тужилац у ИЦСИД-овој арбитражи треба да рачуна са ризиком да ће морати да финансира целу арбитражу, јер нема санкције за пропуштање туженог да учествује у финансирању током поступка. Једина последица пропуштања туженог предвиђена одредбама Вашингтонске конвенције и меродавних правилника ИЦСИД-а јесте право тужиоца да ступи на његово место и да плати уместо њега одговарајући део предујма. У ИЦСИД-овој арбитражи није предвиђено право арбитражног суда да донесе делимичну одлуку којом би већ у току поступка, пре коначне одлуке о трошковима спора, досудио враћање положеног предујма оној странци која је ступила на место друге странке и платила њен део предујма. Такође ни захтев за издавање привремене мере сличне садржине није успео у предмету Вале Верде против Венецуеле у коме је постављен. На крају, чињеница да тужени није платио свој део предујма за арбитражне трошкове или да је каснио у плаћању предујма, с обзиром на широку дискрецију коју арбитражи уживају на основу меродавних правила, може утицати на коначну одлуку о трошковима спора у ИЦСИД-овој арбитражи. Међутим, у пракси се та чињеница ретко узима у обзир јер други фактори имају већи утицај и обично односе превагу. Осим тога, уколико се као услов за досуђивање трошкова постави савесност и одређена штета која је настала за тужиоца услед непримереног понашања туженог, онда се испуњење тих услова показује као тешко оствариво када је у питању неплаћање предујма за трошкове. Као утеха за тужиоце остаје чињеница да је врло мали број случајева у којима тужене државе не плаћају свој део предујма у ИЦСИД-овој арбитражи. Оне би тиме нарушиле свој финансијски углед и прекршиле двоструку уговорну обавезу – на основу Вашингтонске конвенције и одговарајућег БИТ-а.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Niel Kaplan, *Non-Payment of Advances on Costs, No Pay Can Play?*, у књизи: David D. Caron, Stephan W. Schill, Abbey Cohen Smutny, Epaminontas E. Triantafilou, *Practicing Virtue: Inside International Arbitration*, Oxford, 2015
- Micha Bühler, *Non-payment of the advance on costs by the respondent party – is there really a remedy?* 24 *ASA Bulletin* br. 2/2006, 290
- Peter Turner, Reza Mohtashami, *A Guide to the LCIA Arbitration Rules*, Oxford University Press, 2009
- Markus Altenkirch, Jan Frohloff, *The Advance on Costs in Investment Arbitration*, *ICSID Review*, volume 33, issue 3, Fall 2018

- Jeffery Commission, Rahim Mooloo, Procedural Issues in International Investment Arbitration, Investment Claims, *Oxford International Arbitration Series*, 2018
- Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd edition, Cambridge University Press, 2009
- Jeffrey Sullivan, David Ingle, Interim Costs Orders: The Tribunal's Tool to Encourage Procedural Economy, у књизи: Jean E. Kalicki, Anna Joubin-Bret, *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Brill, 2015
- Марко Јовановић, Кључне одлике финансирања трошкова арбитраже од трећих лица, *Право и привреда*, 2017, vol. 55, br. 4-6, pp. 493-509
- Eliane Fischer, Flavio Peter, „Costs Follow Conduct” – A Musical Altercation, *Kluwer Arbitration Blog*, October 26, 2017 <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/10/26/costs-follow-conduct-musical-altercation/>
- David Caron, Niel Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules, A Commentary*, 2nd edition, Oxford University Press 2013
- Katharina Diel-Gligor, *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence, A Preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, Brill, 2017
- Donald Francis Donovan, Allocation of Costs, у књизи Meg Kinnear, Geraldine R. Fischer, et al. (eds), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International 2015, 558-559
- Daniel Robert Kalderimis, Noah Rubins, et al., ICSID Convention, Chapter VI, Article 61, Apportionment of expenses, у књизи: Loukas A. Mistelis (ed), *Concise International Arbitration*, Second Edition, Kluwer Law International, 2015, 163
- Kateryna Bondar, Allocation of costs in investor-State and commercial arbitration: towards a harmonized approach, *32 Arbitration International* 2016, 51
- Matthew Hodgson, Costs in Investment Treaty Arbitration: The Case for Reform, *11 Transnational Dispute Management Journal*, 1/2014, 2
- Sanja Đajić, Mapping the good faith principle in international investment arbitration: Assessment of its substantive and procedural value, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2012, vol. 46, br. 3, pp. 207-233
- Noah Rubins, The Allocation of Costs and Attorney's Fees in Investor-State Arbitration, *18 ICSID Review – FILJ*, 2003, 126
- Lucy Reed, Allocation of Costs in International Arbitration, *26 ICSID Review – FILJ* 2011, 79

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

Default in payment of the advance on costs in ICSID arbitration

***Abstract:** This paper examines the consequences of the respondent's default in payment of the advance on costs in investment arbitration administered by the ICSID. First, it explores the consequences of the respondent's default pursuant to other arbitration rules also used in investment arbitration. Then it examines the possibilities for an arbitral tribunal in ICSID proceedings to award the claimant the substitute payment it made for the respondent in a decision or order prior to the final award. Finally, the paper discusses the possibility for the tribunal to take into account the respondent's default by apportioning costs in the final award.*

***Keywords:** arbitration, ICSID, costs of the proceedings*

Датум пријема рада: 10.11.2019.