

*Dr Maja D. Stanivuković, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs*

NEPLAĆANJE PREDUJMA ZA ARBITRAŽNE TROŠKOVE U ICSID-OVOJ ARBITRAŽI*

Sažetak: Karakteristika je arbitraže da stranke unapred predujmljuju iznose potrebne za rešavanje svog spora. Dešava se ipak da tuženi u arbitražnom postupku ne plati svoj deo predujma za troškove spora, i tako stavi tužioca u situaciju da sam finansira arbitražu. Nešto je ređa pojava da tužilac koji je pokrenuo spor ne plati svoj deo predujma. Predmet ispitivanja u ovom radu su posledice propuštanja tuženog da položi svoj deo predujma za troškove spora u investicionoj arbitraži koju organizuje ICSID – Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova u Vašingtonu. Prvo je izloženo, poređenja radi, kakve su posledice propuštanja tuženog prema drugim arbitražnim pravilima koja se takođe koriste u investicionoj arbitraži. Zatim je razmotrena mogućnost da arbitražni sud u ICSID-ovom postupku tužiocu koji je položio celokupni predujam delimičnom arbitražnom odlukom dosudi onaj deo predujma koji je trebalo da plati tuženi ili da odredi privremenu meru kojom se tuženi obavezuje da vrati tužiocu iznos koji je uplatio umesto njega. Na kraju se ispituje mogućnost da se u konačnoj arbitražnoj odluci, pri odmeravanju nadoknadivih troškova u arbitraži, uzme u obzir i činjenica da tuženi nije položio predujam ili da ga nije blagovremeno ili u celosti položio.

Ključne reči: arbitraža, ICSID, troškovi postupka.

UVOD

Karakteristika je arbitraže da stranke unapred predujmljuju iznose potrebne za rešavanje svog spora. Dešava se ipak da tuženi u arbitražnom postupku ne

* Rad predstavlja rezultat istraživanja autora u toku 2019. godine u okviru projekta „Pravna tradicija inovi pravni izazovi“.

plati svoj deo predujma za troškove spora i tako primora tužioca da sam finansira arbitražu. Nešto je ređa pojava da tužilac koji je pokrenuo spor ne plati svoj deo predujma. Predujam za troškove služi cilju da se unapred obezbedi plaćanje honorara i troškova arbitara i troškova institucije u vezi sa organizacijom spora. Većina pravilnika o arbitraži predviđa da će stranke zajednički platiti predujam. Polaganje predujma je privremenog karaktera, jer se o obavezi nadoknađivanja troškova rešava tek konačnom arbitražnom odlukom.

Posebno nas interesuje u ovom radu, kakve posledice ima propuštanje tuženog da položi svoj deo predujma za troškove spora u investicionoj arbitraži koju organizuje ICSID – Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova u Vašingtonu (u daljem tekstu: ICSID ili Centar). Treba napomenuti da je neplaćanje tuženog u arbitraži pod okriljem Centra znatno ređa pojava nego u trgovinskoj arbitraži, jer su tu države tužene, a one retko sebi dopuštaju da se nađu u neugodnoj ulozi neplatiše.

Prvo ćemo izložiti, poređenja radi, kakve su posledice propuštanja tuženog da plati svoj deo predujma prema drugim arbitražnim pravilima koja se takođe koriste u investicionoj arbitraži. Zatim ćemo ispitati mogućnost da arbitražni sud u okviru ICSID-a tužiocu koji je platio celokupni predujam delimičnom arbitražnom odlukom dosudi onaj deo predujma koji je trebalo da plati tuženi ili da odredi privremenu meru kojom se tuženi obavezuje da vrati tužiocu iznos koji je uplatio umesto njega. Na kraju ćemo razmotriti mogućnost da se u konačnoj arbitražnoj odluci, pri odmeravanju nadoknativih troškova u ICSID-ovoj arbitraži, uzme u obzir i činjenica da tuženi nije položio predujam ili da ga nije blagovremeno ili u celosti položio.

Hipoteze koje želimo da proverimo su sledeće: tužilac u ICSID-ovoj arbitraži treba da računa sa rizikom da će morati sam da finansira celu arbitražu, jer nema sankcije za propuštanje tuženog da učestvuje u finansiranju tokom postupka; pored toga, činjenica da tuženi nije platio svoj deo predujma za arbitražne troškove ne utiče na odmeravanje troškova ni u konačnoj odluci o troškovima spora u ICSID-ovoj arbitraži, jer drugi faktori imaju veći uticaj i obično odnose prevagu.

1. POSLEDICE PROPUŠTANJA TUŽENOG DA PLATI PREDUJAM ZA TROŠKOVE POSTUPKA PREMA ARBITRAŽNIM PRAVILNICIMA

Većina arbitražnih institucija koje se bave investicionom arbitražom, u svojim pravilnicima regulišu posledice neplaćanja predujma za arbitražne troškove.

To su ICSID (ICSID), Londonski sud međunarodne arbitraže (LCIA), Arbitražni institut Stokholmske privredne komore (SCC) i Međunarodni arbitražni sud Međunarodne trgovinske komore (ICC).¹ Biće uzeta u obzir i pravila UNCITRAL-a koja su takođe često korišćena u investicionoj arbitraži.

ICSID ima poseban Administrativni i finansijski pravilnik koji dopunjava pravila o troškovima postupka sadržana u drugim relevantnim izvorima: Vašingtonskoj konvenciji, Pravilniku o pokretanju postupka mirenja i arbitražnog postupka i Pravilniku o arbitraži. U trećem poglavlju Administrativnog i finansijskog pravilnika sadržane su finansijske odredbe, a temom koja nas interesuje bavi se član, odnosno pravilo 14.

Prema pravilu 14, stav 3, tačka (a), odmah po konstituisanju arbitražnog suda Generalni sekretar ICSID-a, uz konsultacije sa predsednikom arbitražnog suda, a ukoliko je to moguće i sa strankama, procenjuje troškove koje će Centar imati tokom sledećih meseci i zahteva od stranaka da polože predujam procenjenog iznosa. Po istom postupku Generalni sekretar ICSID-a može kasnije da traži dodatne iznose kao predujam za troškove koji će nastati u narednom periodu ako utvrdi da predujam koji je do tada položen neće moći da ih pokrije.

Prema pravilu 14, stav 3, tačka (d), ako se stranke nisu drukčije sporazumele ili ako arbitražni sud ne odluči drukčije, svaka strana plaća po jednu polovinu svakog predujma ili dodatnog predujma, čime se ne utiče na konačnu odluku o plaćanju troškova arbitražnog postupka koju će arbitražni sud doneti na osnovu člana 61, stav 2 Konvencije. Ako traženi iznosi nisu plaćeni u celosti u roku od 30 dana, Generalni sekretar ICSID-a obaveštava stranke o propuštanju i pruža priliku bilo kojoj od njih da izvrši potrebnu uplatu. Posle toga, ako po proteku dodatnih 15 dana zahtevani iznos nije uplaćen u celosti, Generalni sekretar ICSID-a može da predloži arbitražnom sudu da prekine postupak. Ako prekid postupka iz ovog razloga potraje duže od šest meseci, Generalni sekretar ICSID-a može da predloži arbitražnom sudu da okonča postupak, s tim da pre toga treba da obavesti stranke o tome i da sasluša njihovo mišljenje, ukoliko je to moguće.

Iz navedenog proističe da član 14 Administrativnog i finansijskog pravilnika ovlašćuje arbitražni sud da odredi da samo jedna stranka avansno plati sve arbitražne troškove. Potvrdu za to nalazimo u pravilu 28, stav 1, tačka (a) Pravilnika o arbitraži ICSID-a jer i ta odredba dozvoljava nejednaku raspodelu avansa. Doduše, navedeno ovlašćenje arbitražnog suda iskorišćeno je do sada samo jednom, u predmetu Korporacija RSM protiv Santa Lucije (*RSM Production Corpo-*

¹ Mada su azijske arbitražne institucije (Singapore International Arbitration Center – SIAC, China International Economic and Trade Arbitration Commission – CIETAC i Shenzhen Court of International Arbitration – SCIA) donele posebna arbitražna pravila za investicionu arbitražu, za sada nisu dobile na rešavanje investicione sporove, pa ih u ovom kratkom pregledu izostavljam.

ration v Saint Lucia).² Arbitražni sud je naložio tužiocu da plati sve iznose predujma koje je Sekretarijat ICSID-a do tog trenutka tražio. Obrazlažući svoju odluku, arbitražni sud je naveo da nema presedana koji bi mu pomogli pri određivanju standarda koje treba primeniti da bi se donela odluka kojom se odstupa od principa da stranke predujmljuju troškove arbitražnog postupka na ravne delove. Naime, član 14 Administrativnog i finansijskog pravilnika sadrži prezumpciju da će se predujam snositi ravnopravno. Shodno tome, svako odstupanje od ove prezumpcije mora biti potkrepljeno dobrim razlozima, ali ti razlozi ne moraju dosegnuti nivo „izuzetnih okolnosti“ koje se traže da bi arbitražni sud odredio privremenu meru na osnovu Pravilnika o arbitraži ICSID-a (član 39) i Vašingtonske konvencije (član 47). Raspodela plaćanja predujma predstavlja privremeni administrativni mehanizam koji je predviđen sa ciljem da se obezbede i plate tekući troškovi postupka. Kako član 14 Administrativnog i finansijskog pravilnika, tako i član 28, stav 1 Pravilnika o arbitraži jasno predviđaju da, bez obzira na to kakva raspodela plaćanja predujma bude određena, ona može biti izmenjena u konačnoj odluci Arbitražnog suda o troškovima, koja se donosi na osnovu člana 61, stav 2 Konvencije.³

Arbitražni sud u ovom predmetu imao je razloga da odstupi od prezumpcije o jednakom učešću u predujmu. Tužilac je imao iza sebe istoriju neplaćanja troškova u drugoj ICSID-ovoj arbitraži koju je vodio protiv Grenade, kao i u postupku za poništaj arbitražne odluke donete u toj arbitraži, a u predmetu koji je pokrenuo protiv Svete Lucije izjasnio se da nije siguran da li će biti u stanju da plati troškove tuženom u slučaju da izgubi spor.

pozivanje na taj presedan u kasnijem sporu Transglobal protiv Paname (*Transglobal v Panama*) nije pomoglo Panami da izdejsvuje od arbitražnog suda odluku kojom bi se tužiocu naložilo da plati kompletan predujam za arbitražne troškove. Arbitražni sud je zaključio da se okolnosti u ovom sporu znatno razlikuju od okolnosti u predmetu RSM protiv Santa Lucije, te da bi prebacivanjem obaveze plaćanja predujma na tužioca njemu bio uskraćen pristup ICSID-ovoj arbitraži, a tuženom bi se omogućilo da arbitražu učini nepotrebno skupom za tužioca.⁴ Ipak, na kraju se ispostavilo da je tužilac podnošenjem tužbe zloupotrebio postupak (*abuse of process*), te su tuženom (Panami) u konačnoj arbitražnoj odluci dosuđeni skoro svi arbitražni troškovi i troškovi zastupanja.

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, pasus 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 (Sureda, Schreuer, Paulsson), 4 March 2015, pasus 47.

Za razliku od prvostepenog postupka, u postupku za poništaj koji se vodi pred ICSID-om, podnosilac zahteva za poništaj jedini je odgovoran za plaćanje predujma za arbitražne troškove po zahtevu Generalnog sekretara ICSID-a, čime se ne utiče na pravo ad hok odbora koji odlučuje o poništaju arbitražne odluke, da u skladu sa članom 62, stav 4 Konvencije na kraju odluči ko će i kako će platiti troškove nastale u vezi sa postupkom poništaja (pravilo 14, stav 3, tačka (e) Administrativnog i finansijskog pravilnika).

Ukratko, Administrativni i finansijski pravilnik ICSID-a predviđa sledeće posledice neplaćanja celokupnog predujma za troškove: poziv strankama da ga plate, što u suštini znači poziv drugoj strani da plati iznos koji njen protivnik nije uplatio, mogućnost da arbitražni sud prekine postupak i konačno, mogućnost da arbitražni sud izda nalog o okončanju postupka. Moglo bi se reći da je polaganje predujma za arbitražne troškove neka vrsta finansijskog uslova za nastavak postupka.⁵ Ukoliko želi da arbitraža nesmetano teče, tužilac po ovom pravilniku mora prevashodno da uplati svoj deo predujma, a ako plaćanje tuženog izostane, i deo predujma koji je bio dužan da plati tuženi.

Pravilnik LCIA uređuje pitanje predujma za troškove u članu 24. Odmah privlači pažnju nešto drukčiji pristup, jer nije predviđena prezumpcija da obe stranke snose predujam za troškove spora na ravne delove, već „Sud“ londonskog centra (kao nadležno telo arbitražne institucije) može da uputi stranke da uplate na ime arbitražnih troškova jedan ili više iznosa u srazmeri i u vreme koje taj Sud smatra odgovarajućim (član 24.1.). Posledice nepostupanja tuženog po sugestijama Suda LCIA su predviđene u članovima 24.4-24.5:

„24.4. U slučaju da jedna od stranaka ne izvrši uplatu, ili odbije da izvrši uplatu na ime arbitražnih troškova u skladu sa nalogom Suda LCIA, taj organ može uputiti drugu stranku ili stranke da uplate zamenski iznos kako bi omogućile da se arbitraža nastavi (ako nije drukčije određeno nalogom ili arbitražnom odlukom o arbitražnim troškovima).

24.5. U takvim okolnostima, stranka koja je uplatila zamenski iznos može zahtevati od arbitražnog suda da donese nalog ili arbitražnu odluku kako bi od stranke koja nije platila taj iznos naplatila dug koji odmah dospeva za isplatu, uključujući i eventualno priraslu kamatu.“

Pravila Arbitražnog instituta Stokholmske privredne komore (SCC) iz 2017. g. regulišu predujam za troškove spora u članu 51. Prema stavu 3 ovog člana, svaka strana plaća polovinu predujma za troškove, osim u slučaju kada se za svaku od njih odredi poseban predujam. Ako je podneta protivtužba ili kompenzacioni prigovor, Odbor direktora SCC-a može da odredi da svaka stranka plaća predujam

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, pasus 41.

za svoju tužbu odnosno protivtužbu ili kompenzacioni prigovor. Prema stavu 4, Odbor direktora ovlašćen je da na zahtev arbitražnog suda ili ako sam smatra za potrebno, naloži strankama da plate dodatne iznose predujma u toku arbitražnog postupka. Ukoliko jedna od stranaka ne izvrši potrebnu uplatu, Sekretarijat prema stavu 5, ostavlja drugoj stranci mogućnost da u određenom roku ona to učini, a ako ni tada ne bude uplaćen traženi iznos, Odbor direktora odbacuje tužbu u celosti ili delimično. Arbitražni sud može na zahtev stranke koja je izvršila uplatu umesto druge stranke, doneti posebnu arbitražnu odluku kojom se naređuje vraćanje uplaćenog iznosa.

Pravilnik ICC-a od 2019. godine predviđa u članu 37, stav 2 da će „Sud“ ICC-a (nadležno telo arbitražne institucije) odrediti iznos predujma koji je potreban za pokrivanje honorara i troškova arbitara i administrativnih troškova ICC-a koji tužilac i tuženi plaćaju na ravne delove. Ako je podneta protivtužba Sud ICC-a može odrediti poseban predujam za tužbu, a poseban za protivtužbu, što znači da u tom slučaju svaka stranka, prema član 37, stav 4, plaća svoj predujam. Stav 5 istog člana predviđa da se iznos predujma može u toku arbitražnog postupka korigovati i da svaka stranka ima pravo da plati onaj deo predujma koji duguje druga stranka koja ga nije platila. U slučaju da stranke ne postupe po zahtevu za plaćanje predujma, Generalni sekretar ICC-a se savetuje sa arbitražnim sudom, a zatim može uputiti arbitražni sud da prekine postupak i da odredi rok od najmanje 15 dana posle koga će se smatrati (ako predujam ne bude plaćen) da je tužba ili protivtužba povučena. Stranka u tom roku može podneti Sudu ICC-a prigovor protiv takvog ishoda.

U predmetu *BDS Limited protiv Rafael Advanced Difens Systems (BDMS Limited v Rafael Advanced Defence Systems)*⁶ tužilac je prvo pokrenuo arbitražni postupak u sporu za koji je bila ugovorena arbitraža ICC-a, ali tuženi nije platio svoj deo traženog predujma za troškove. Pošto nije hteo sam da finansira arbitražu, tužilac je povukao arbitražnu tužbu i zatim podneo tužbu Trgovinskom sudu u Londonu. Tuženi je pred sudom uložio prigovor da postoji arbitražni sporazum (*exceptio arbitrii*). U odgovoru na prigovor tužilac je naveo da je tuženi prekršio arbitražni sporazum (neplaćanjem predujma), da je povreda takvog značaja da može dovesti do raskida ugovora i da se stoga ima smatrati da je taj sporazum izgubio dejstvo (*that repudiatory breach rendered the arbitration agreement „inoperative“*). Prigovor tuženog je uspeo i sud je uputio stranke na arbitražu uprkos tome što je tuženi propustio da plati polovinu predujma za troškove arbi-

⁶ *BDMS Limited v Rafael Advance Defence Systems* [2014] EWHC 451 (Comm). http://new-yorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=3557&opac_view=2

traže ICC-a. Po shvatanju Trgovinskog suda, mada je reč o kršenju ugovorne obaveze, arbitražni sporazum ne može prestati na ovaj način.

Engleski sud je u ovom predmetu posebno uvažio činjenicu da tuženi nije odbio da učestvuje u arbitraži. Tuženi se upustio u arbitražni spor i bio je spreman da uplati svoj deo predujma, ali je uslovio uplatu polaganjem obezbeđenja za troškove. Nije verovao da će tužilac biti u stanju da mu nadoknadi troškove u slučaju da izgubi spor. Po mišljenju suda, tužilac je prema pravilniku ICC-a mogao da preda arbitražnom sudu bankarsku garanciju kojom bi obezbedio plaćanje dela predujma koji je dugovao tuženi, i da zatim traži donošenje delimične arbitražne odluke ili privremene mere kojom bi tuženi bio obavezan da plati svoj deo predujma. U krajnjoj liniji, mogao je tražiti od arbitražnog suda da obaveže tuženog u konačnoj arbitražnoj odluci da mu nadoknadi troškove. Prema tome, neplaćanje predujma za troškove arbitraže ne ostavlja arbitražni sporazum bez dejstva.

Dve verzije UNCITRAL-ovih pravila, iz 1976 i 2010, ne razlikuju se mnogo u regulisanju ovog pitanja. Prema obe verzije, arbitražni sud može od stranaka da zahteva da predujme jednake iznose na ime troškova arbitraže (član 41.1, odnosno, 43.1) i može naknadno tražiti polaganje dodatnog predujma (član 41.2, odnosno, 43.2).⁷ Ukoliko predujam ne bude u celosti plaćen u roku od 30 dana od dana kada je zahtev za polaganje predujma postavljen arbitražni sud o tome obaveštava stranke kako bi pružio priliku jednoj od njih da uplati zahtevani iznos. Ukoliko ni tada ne bude izvršena uplata, arbitražni sud može izdati nalog o prekidu ili okončanju postupka (član 41.4, odnosno član 43.4).

2. MOGUĆNOST DA SE DONESE DELIMIČNA ARBITRAŽNA ODLUKA ILI PRIVREMENA MERA KOJOM SE OBAVEZUJE TUŽENI DA VRATI TUŽIOCU DEO PREDUJMA ZA ARBITRAŽNE TROŠKOVE KOJI JE OVAJ POLOŽIO UMESTO NJEGA

Posledica koju sva arbitražna pravila predviđaju kada tuženi ne položi svoj deo predujma za troškove spora, jeste zamena ili supstitucija. Pod supstitucijom se podrazumeva mogućnost da tužilac uplati taj deo predujma umesto tuženog. Tužilac može da računa sa tim da će mu se vratiti novac koji je uložio u arbitražu, ali tek na kraju postupka, ukoliko dobije spor. Međutim, finansiranje arbitraže postaje sve veći finansijski teret, postupci su sve dugotrajniji i sve skuplji, pa arbitri i arbitražne institucije uporno tragaju za rešenjima koja bi omogućila da

⁷ O zahtevu za izdavanje privremene mere kojom bi se odredilo da tužena država snosi celokupni predujam za troškove spora videti predmet *Ravat protiv Mauricijusa* (*Rawat v. Mauritius*, UNCITRAL 1976).

ranije, već tokom trajanja postupka, tužioci dobiju nadoknadu za iznose koje su uplatili umesto druge strane.

Neplaćanje predujma tretira se ponekad i kao nesavesno ponašanje. Mnogi arbitri smatraju da je mahom reč o taktici,⁸ o manevru tuženog⁹ kojim nastoji da prolongira i oteža vođenje postupka. Imajući u vidu da su se stranke sporazumele o arbitraži kao načinu rešavanja eventualnog spora, nesaradljivo ponašanje tuženog nailazi na osudu.¹⁰

Kao što je rečeno, pravilnici SCC-a i LCIA-a sadrže odredbe koje ovlašćuju arbitražni sud da na zahtev stranke koja je izvršila uplatu umesto druge stranke, donese arbitražnu odluku kojom se nalaže vraćanje uplaćenog iznosa. Takva delimična arbitražna odluka (*partial award*) donosi se pre konačne arbitražne odluke. Odredbe o kojima je reč relativno su nove, unete su izmenama Pravilnika SCC iz 2007.g. i Pravilnika LCIA iz 2014. g.¹¹

Prema Nilu Kaplanu, ovo pitanje je prvi put pokrenuto u praksi ICC-a 1996 godine u predmetu br. 7289. O zahtevu za povraćaj je arbitražni sud rešio delimičnom odlukom.¹² Druga mogućnost je da se o tome rešava privremenom merom.¹³

Po Pravilniku LCIA-a, arbitražni sud može da se opredeli između arbitražne odluke i naloga (*order*) slične sadržine, a po Pravilniku SCC-a, odgovarajući akt je arbitražna odluka.

Nesporazumi o tome da li se donosi delimična odluka ili privremena mera potiču od različitih teorija o izvoru ovlašćenja arbitražnog suda da rešava o zah-

⁸ Niel Kaplan, *Non-Payment of Advances on Costs, No Pay Can Play?*, u knjizi: 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 Pravilnik LCIA iz 1998. g. imao je odredbu prema kojoj strana koja je platila predujam umesto druge ima pravo da od nje naplati taj iznos kao dospelo dug, ali nije bilo regulisano na koji način će se to pravo realizovati. U Vodiču za primenu te ranije verzije Pravilnika LCIA-a navodi se da je pravo na povraćaj zamenske uplate nezavisno od konačnog ishoda arbitraže (s tim da drukčije može biti predviđeno konačnom arbitražnom odlukom o troškovima). Reč je o iznosu koji jedna stranka u sporu duguje drugoj i koji dospeva odmah. Oni dalje dodaju da su arbitražni sudovi LCIA-a, kako bi olakšali naplatu takvog duga, na zahtev one stranke koja je izvršila isplatu, u nekoliko navrata donosili delimične arbitražne odluke u kojima su nalagali stranci koja je propustila da plati predujam, da isplati drugoj stranci ono što joj na ime toga duguje. Druga stranka je zatim mogla tražiti prinudno izvršenje ove delimične odluke, kako bi povratila zamenski iznos koji je uplatila umesto svog protivnika. Peter Turner i Reza Mohtashami, *A Guide to the LCIA Arbitration Rules*, Oxford University Press, 2009, pasus 8.50.

¹² Niel Kaplan, 331.

¹³ Nil Kaplan, 345, se zalaže za pristup koji arbitražnom sudu daje nadležnost da donese arbitražnu odluku.

tevu tužioca da mu se dosudi iznos koji je platio umesto tuženog. Prva teorija oslanja se na arbitražni sporazum kao ugovor u kome je sadržana i obaveza svake ugovorne strane da plati svoj deo predujma kako bi se omogućio nesmetani tok arbitraže. U arbitražnom sporazumu inkorporisan je i određeni arbitražni pravilnik koji predviđa obavezu stranaka da uplate predviđeni predujam na jednake delove. Nepostupanje po zahtevu institucije da se uplati predujam definiše se kao kršenje ugovorne obaveze prema drugoj ugovornoj strani u arbitražnom sporazumu. Istovremeno iz toga se izvodi i nadležnost arbitražnog suda da rešava o tome. Budući da je reč o kršenju ugovorne obaveze koje daje drugoj strani pravo na naknadu ugovorne štete, o tome se rešava odlukom o meritumu koja mora biti delimična odluka jer glavni predmet spora na početku postupka još nije sazreo za rešavanje.¹⁴

Druga teorija tvrdi da je polaganje predujma samo procesna i administrativna obaveza stranaka, te kršenje te obaveze vidi kao procesnu neposlušnost stranke. Zastupnici ove teorije smatraju da arbitražni sud nije nadležan da donese meritornu odluku kojom bi naredio stranci plaćanje privremenog predujma. Odgovarajući lek za procesnu povredu je prema njima, donošenje privremene mere kojom se drugoj strani nalaže da svoju procesnu obavezu izvrši. Međutim, da bi privremena mera bila doneta u korist one strane koja je platila predujam umesto druge strane, ona mora da dokaže da postoje posebni razlozi koji je opravdavaju.¹⁵

Pravilnik ICSID-a o arbitraži, kao ni Pravilnik ICC ni Arbitražna pravila UNCITRAL-a, ne sadrži odredbu o tome da arbitražni sud može da donese arbitražnu odluku kojom bi odmah, dakle pre konačne arbitražne odluke, naložio tuženom da plati troškove koje je u njegovo ime platio tužilac. U ICSID-ovom sistemu koji čine Konvencija i Arbitražna pravila, nisu predviđene delimične i međuodluke. Sve odluke arbitražnog suda koje se donose pre arbitražne odluke nazivaju se prosto odlukama („*decisions*“), i nisu izvršne po Vašingtonskoj konvenciji. Zbog toga su tužioci koji su hteli da ostvare pravo na povraćaj zamenskog iznosa posezali za zahtevima za izdavanje privremene mere koji su predviđeni u članu 47 Vašingtonske konvencije. U predmetu *Vale Verde protiv Venecuele (Vale Verde v Venezuela)* tužilac je tražio da arbitražni sud donese privremenu meru kojom se nalaže tuženom:

„a) da plati svoj deo troškova koje je odredio sekretarijat ICSID-a;

b) da u razumnom roku vrati tužiocu iznos od 375 hiljada dolara koliko je tužilac bio primoran da plati usled neopravdanog propuštanja tuženog da plati;

¹⁴ Vid. Micha Bühler, 291-293, sa pozivanjem na relevantnu doktrinu koja zastupa ovu teoriju. U istom smislu i 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.

c) u slučaju da tuženi tako ne postupi, da arbitražni sud po službenoj dužnosti i na osnovu pravila 39, stav 3, donese svaku drugu privremenu meru za koju smatra da je odgovarajuća.“

Arbitražni sud je zahteve tužioca razmatrao u odluci o privremenim merama donetoj 25. januara 2016. godine.¹⁶ Kao centralno odredio je pitanje polja primene i dejstava pravila 14, stav 3 tačka (d) Administrativnog i finansijskog pravilnika ICSID-a. Zatim je obrazložio zašto smatra da su tražene privremene mere nekompatibilne sa koncepcijom tog pravila i da se, stoga, zahtev za izdavanje privremenih mera mora odbaciti kao nedopušten.

Prvo, arbitražni sud smatra da je svrha privremenih mera koje se odnose na predujam da se Venecuela navede da izvrši svoju obavezu plaćanja polovine predujma koji je odredio Sekretarijat ICSID-a. Međutim, mogućnost da ta obaveza ne bude izvršena izričito je predviđena u pravilu 14, stav 3, tačka (d). Glavna svrha te odredbe jeste da se omogući zainteresovanoj stranci da pokrije neplaćeni deo predujma kako bi sprečila okončanje postupka, što ne znači da se druga strana oslobađa obaveze ako zainteresovana stranka plati nedostajući iznos. Ta odredba predviđa takođe da raspodela plaćanja predujma ne utiče na konačnu odluku o plaćanju troškova arbitražnog postupka koju arbitražni sud donosi na osnovu člana 61, stav 2 Konvencije. Prema tome, arbitražni sud može da popravi stvar u konačnoj odluci o troškovima spora tako što će troškove dosuditi stranci koja je finansirala postupak. S druge strane, arbitražni sud nije ovlašćen da menja koncepciju postavljenu u članu 14, stav 3, tačka (d) za slučaj neizvršenja obaveze. Ona je jednostavno deo „pravila igre“.

Po mišljenju arbitražnog suda, stranka u postupku pred ICSID-om mora da uzme u obzir mogućnost neizvršenja obaveze od strane tuženog. Tužilac Vale Verde je od početka bio upoznat sa okolnošću da se od njega može zatražiti da pokrije i deo predujma koji tereti Venecuelu. Stoga ne može da tvrdi da su mu povredena procesna prava sada kada se ta mogućnost ostvarila. Arbitražni sud je istakao da je ovakvo shvatanje u skladu sa Odlukom u predmetu Hajberi protiv Venecuele (*Highbury International AVV et al. v Venezuela*) u kome je zahtev za određivanje privremene mere odbijen.¹⁷ Delimičnu odluku u predmetu Krespo protiv Poljske (*Crespo et al. v. Poland*),¹⁸ na koju se tužilac pozvao, arbitražni sud

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, pasusi 83-85.

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, pasus 35 (odluka nije dostupna javnosti).

¹⁸ *Crespo and others v. Poland*, ICC Case No. 113921KCA, Preliminary Award, 25 October, 2002 (odluka nije dostupna javnosti).

je uzeo u obzir, ali je smatrao da nije relevantna jer je doneta na osnovu drugih arbitražnih pravila (ICC-a) i drukčijih okolnosti slučaja. Altenkirh i Frolof ukazuju da je arbitražni sud tu pogrešio, jer su arbitražna pravila ICC-a relevantna, utoliko što, kao i pravila ICSID-a, ne predviđaju izričito mogućnost da se donese takva odluka, ali se većina arbitara i teoretičara slaže da tužilac u arbitraži ICC-a može da traži donošenje arbitražne odluke o povraćaju predujma koji je platio umesto tuženog.¹⁹

Na kraju je arbitražni sud podvukao da tuženi ima obavezu da plati svoj deo predujma za troškove i rezervisao pravo da uzme u obzir propuštanje tuženog kada bude donosio konačnu odluku o raspodeli troškova spora. Međutim, do toga nije došlo jer je postupak kasnije okončan zbog neplaćanja troškova nalogom arbitražnog suda donetim na osnovu člana 14, stav 3 tačka (d). Očigledno, tužilac nije bio u stanju da sam finansira celokupnu arbitražu.²⁰

Još jedna arbitraža koja je vođena protiv Venecuele interesantna je za našu temu zbog toga što je u odluci kojom je odbio predlog tužene za izuzeće arbitra Iva Fortijea arbitražni sud u čiji su sastav u tom trenutku ulazila dvojica arbitara čije izuzeće nije traženo, obavezao tuženu da snosi troškove svog predloga za izuzeće arbitra.²¹ U ICSID-ovoj arbitraži, odluka o troškovima se inače obično ostavlja za kraj i unosi se, po pravilu, u konačnu arbitražnu odluku.²² Vrlo retko arbitražni sud koji odlučuje u nekoj ranijoj fazi postupka npr. o prigovoru nenadležnosti, zahtevu za izuzeće arbitra ili zahtevu za izdavanje privremene mere, u toj odluci odredi i to koja će strana snositi troškove prigovora odnosno zahteva.²³ Razumljivo je zbog čega su arbitri to ipak učinili u predmetu *Fabrika protiv Venecuele (Fabrica de Vidrios Los Andes et al. v. Venezuela)*: tužena je četiri puta tražila izuzeće istog arbitra, što je ocenjeno kao neprimereno. U odlukama se navodi da će tuženi biti odgovoran za troškove vezane za njegov treći i četvrti zahtev za izuzeće, ali se ne pominje pravni osnov za odlučivanje o tome pre ko-

¹⁹ Markus Altenkirch, Jan Frohloff, 732. Ovi autori kritikuju odluku u predmetu *Vale Verde* i iz drugih razloga.

²⁰ Generalni sekretar je pet puta predlagao arbitražnom sudu da razmotri prekid postupka. Postupak je po tim zahtevima bio prekinut u dva navrata u toku 2013-2014, ali je tužilac ipak uspevao da nadomesti predujam koji je Venecuela propustila da položi.

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, pasus 58.

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

²³ Kao primer Jeffery Commission i Rahim Moloo navode sledeće odluke: *Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania*, ICSID Case No. ARB/10/13, Award, 2 March 2015, pasus 532 i *Vladislav Kim and others v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/13/6, Decision on Jurisdiction, 8 March 2017, pasusi 638–9. Ibidem, 197.

načne arbitražne odluke. Pravni osnov bi se mogao naći u članu 28, stav 1, tačka (b) Pravilnika o arbitraži,²⁴ koji predviđa da arbitražni sud može, ako se stranke nisu drukčije sporazumele, odlučiti:

„(b) u odnosu na bilo koji deo postupka, da troškove u vezi sa njim (u iznosu koje utvrdi Generalni sekretar) snosi u celosti ili u određenom delu jedna od stranaka.“

Mada ova odredba ima potencijal da bude iskorišćena kao pravni osnov i za donošenje odluke kojom bi se tuženom naložilo da nadoknadi tužiocu plaćeni predujam za troškove, za sada se u praksi ICSID-ovih arbitara ne koristi.²⁵ Treba napomenuti da takva odluka ne bi mogla da se smatra arbitražnom odlukom (*award*), pa bi se postavilo pitanje njene izvršivosti na osnovu odredaba Konvencije.

Nema izgleda da će u bliskoj budućnosti doći do značajnijih pomaka na ovom planu. Predlog za izmenu arbitražnih pravila ICSID-a ne sadrži odredbe koje bi ličile na član 24.5 Pravilnika LCIA-a ili član 51, stav 5 Pravilnika SCC-a.²⁶ Pored toga, u arbitražama zasnovanim na BIT-u kao dodatni problem mogla bi se pojaviti nadležnost arbitražnog suda da odlučuje o zahtevu za povraćaj, ukoliko je arbitražna klauzula u BIT-u usko formulisana, tako da predviđa nadležnost za odlučivanje samo o povredama odredaba BIT-a.²⁷

Prema tome, tužilac se ne može nadati da će dobiti delimičnu arbitražnu odluku ili privremenu meru kojom će mu biti vraćeni iznosi koje tuženi nije uplatio. Mogućnost da nadomesti iznos predujma koji tužena država nije platila i da sam finansira arbitražu se nameće kao jedino rešenje koje je na raspolaganju tužiocu tokom trajanja arbitražnog postupka. Premda moraju da računaju sa tom mogućnošću,²⁸ tužioci u arbitražnom postupku po pravilima ICSID-a nisu u tako lošem položaju, jer države najčešće plaćaju predujam za arbitražne troškove da

²⁴ Vid. u tom smislu i 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*, u knjizi: Jean E. Kalicki, Anna Joubin-Bret, *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Brill, 2015, 746.

²⁵ U prethodno citiranoj odluci u predmetu *Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Panama, S.A. v Republic of Panama* arbitri su odlukom (*Decision on Respondent's Request for Shifting the Costs of the Arbitration*, 4 March 2015) obavezali tuženu da plati ICSID-u svoj deo predujma. Pri tom se nisu izričito pozvali na pravilo 28 Pravilnika o arbitraži, ali iz obrazloženja proističe da su verovatno imali u vidu to pravilo kao pravni osnov.

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

²⁷ Markus Altenkirch, Jan Frohloff, 730.

²⁸ Micha Bühler, 301.

ne bi narušile svoj ugled. Takođe, tužiocima stoji na raspolaganju institut nazvan „*Third Party Financing*“, što znači da se oni mogu obratiti i trećem licu (privrednom društvu, banci) da finansira arbitražni postupak, kako u delu koji se odnosi na sopstvene troškove, tako i u delu koji se odnosi na troškove za koje je tuženi propustio da položi predujam.²⁹

3. MOGUĆNOST DA SE PROPUŠTANJE TUŽENOG DA PLATI PREDUJAM ZA ARBITRAŽNE TROŠKOVE STAVI NA TERET TUŽENOM PRILIKOM ODLUČIVANJA O TROŠKOVIMA SPORA

3.1. Vladanje stranaka kao faktor u odlučivanju o troškovima spora prema arbitražnim pravilima

Vladanje stranaka³⁰ tokom arbitraže može se uzeti u obzir prilikom odlučivanja o troškovima spora. Elijana Fišer i Flavio Peter su opisali taj pristup kao „*costs follow conduct*“,³¹ čime su povukli paralelu sa izrazom „*costs follow the event*“, koji se koristi za označavanje jednog od primarnih principa za odlučivanje o troškovima spora – da troškove snosi onaj ko gubi spor.

U arbitražnim pravilima većine institucija koje se bave investicionom arbitražom (osim LCIA) ne pominje se „vladanje stranaka“ kao kriterijum, ali se mogućnost da se ono uzme u obzir pri odlučivanju o troškovima spora izvodi iz drugih izraza koji su upotrebljeni.

Na primer, Pravila UNCITRAL-a iz 1976. i 2010. g. predviđaju da se prilikom odlučivanja o tome ko će na kraju snositi arbitražne troškove uzima u obzir uspeh u sporu, odnosno arbitražne troškove snosi „u principu“ (*in principle*) stranaka koja je izgubila spor. Međutim, Pravila UNCITRAL-a dozvoljavaju da se troškovi i drukčije raspodele između stranaka, ako arbitražni sud odluči da je to razumno uzimajući u obzir okolnosti slučaja („*taking into account the circumstances of the case*”)³². Prema tome okolnosti slučaja u UNCITRAL-ovim pravilima služe kao korektiv za princip da se troškovi dosuđuju pobedniku u arbitražnom sporu.

²⁹ O finansiraju troškova arbitraže opširnije: Marko Jovanović, Ključne odlike finansiranja troškova arbitraže od trećih lica, *Pravo i privreda*, 2017, vol. 55, br. 4-6, pp. 493-509.

³⁰ Reči koje se najčešće koriste na engleskom jeziku su „conduct“ i „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/>

³² UNCITRAL Rules 1976, član 40.1. i UNCITRAL Rules 2010, član 42.1 Allocation of costs.

Pravila UNCITRAL-a ne preciziraju koje okolnosti slučaja se uzimaju u obzir prilikom odlučivanja da se troškove drukčije raspodele.³³ Tokom diskusija u Odboru UNCITRAL-a koji je sastavljao Pravila neki članovi pominjali su da treba dosuditi naknadu za troškove nastale usled neprimerenog vladanja stranke. Kao neprimereno vladanje navedene su taktike za odugovlačenje spora i propuštanje stranke da imenuje svog arbitra.³⁴ U arbitražnoj praksi nailazimo na sadržajnija tumačenja izraza „okolnosti slučaja“. Između ostalog okolnosti slučaja obuhvatanju i vladanje stranaka u arbitražnom postupku.³⁵

Pravilnik o arbitraži LCIA-a iz 2014. godine u članu 28, stav 4 predviđa da arbitražni sud odlučuje o arbitražnim troškovima i troškovima zastupanja sledeći opšte načelo da je bitan relativni uspeh ili neuspeh stranaka u arbitraži, arbitražnoj odluci ili po pojedinim pitanjima o kojima se rešavalo. Od ovog načela može se odstupiti ako arbitražni sud smatra da njegova primena u okviru datog arbitražnog sporazuma ili i inače ne bi bila celishodna u datim okolnostima. Zatim se izričito navodi da arbitražni sud može takođe uzeti u obzir i vladanje (conduct) stranaka u arbitraži. Posebno se uzima u obzir svaka saradnja u cilju ostvarivanja efikasnosti postupka kao i svaka nesaradnja koja ima za posledicu nepotrebno odugovlačenje ili troškove.³⁶

Pravilnik o arbitraži ICC-a u članu 38, stav 3 predviđa da arbitražni sud može donositi odluke o troškovima u svako doba u toku arbitražnog postupka i nalogati da se izvrši plaćanje troškova. Prema stavu 4, konačnom arbitražnom odlukom odlučuje se koja od stranaka snosi troškove arbitraže, odnosno u kojoj srazmeri ih stranke snose. Kriterijumi za odlučivanje predviđeni su na opšti način u stavu 5: prilikom odlučivanja o troškovima, arbitražni sud može da uzme u obzir okolnosti koje smatra relevantnim, uključujući i to u kojoj meri je svaka od stranaka arbitražu vodila ekspeditivno i ekonomično.

Pravilnik o arbitraži SCC-a predviđa lakonski da će arbitražni sud na zahtev stranke odmeriti troškove arbitraže između stranaka imajući u vidu ishod spora i druge relevantne okolnosti (član 43, stav 5).

Vašingtonska konvencija uređuje troškove postupka (*cost of proceedings*) u čl. 59–61. Primenjuju se takođe odredbe sadržane u pravilu 28 Pravilnika o arbitraži, koje za razliku od konvencijskih odredaba, nisu imperativne i od kojih stranke mogu sporazumno odstupiti (na primer u arbitražnoj klauzuli sadržanoj u BIT-u). Ako se pojavi neko proceduralno pitanje koje nije obuhvaćeno ni kon-

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

³⁴ *Ibidem*, 797, fusnota 157.

³⁵ *Ibidem*, str. 796.

³⁶ Ova odredba je u sličnom obliku našla svoj put u Praška pravila o efikasnom vođenju postupka u međunarodnoj arbitraži (2018), član 11. <https://praguerules.com/>

vencijskim odredbama ni odredbama Pravilnika o arbitraži, a ni stranke se nisu sporazumele o tome pitanju, njega će rešiti arbitražni sud koji rešava o sporu (član 44 Konvencije).³⁷

Članom 61, stav 2 Konvencije predviđeno je da arbitražni sud ako se stranke drukčije ne sporazumeju, utvrđuje troškove koje su stranke imale u vezi s postupkom i rešava kako i ko plaća te troškove, nagrade i troškove članova suda i naknade za korišćenje usluga Centra. Tvorci Konvencije nisu postavili pravilo o snošenju troškova, kao što bi npr. bilo pravilo da svaka stranka snosi sopstvene troškove (*pay your own way, PYOW*, „američko pravilo), ili alternativno, da stranka koja gubi spor snosi troškove (*costs follow the event, CFTE*, „englesko pravilo”, „*the loser pays*“).³⁸ To je svesno učinjeno da bi se arbitražnom sudu ostavila široka sloboda (*discretion*) pri odlučivanju o troškovima.³⁹ Primenom američkog pravila stranke snose arbitražne troškove po pola, a troškove zastupanja svaka za sebe.⁴⁰ Primenom engleskog pravila, arbitražni sud dolazi u situaciju da mora odrediti koja je stranka izgubila spor, kako bi mogao taj stranci da dosudi troškove. Postoji i varijanta ovog pravila⁴¹ kod koje se vodi računa ne samo o opštem ili apsolutnom uspehu u sporu, već i o relativnom uspehu. Dosuđivanje troškova *pro rata* ili „prema relativnom uspehu” znači da će troškove za pojedine procesne radnje dobiti onaj u čiju korist je doneta odluka po pojedinim pitanjima o kojima je arbitražni sud odlučivao⁴². Na primer, bez obzira na to što je tužilac izgubio u meritumu, dosuđuju mu se troškovi koji su nastali u fazi odlučivanja o nadležnosti arbitražnog suda u kojoj je on odneo prevagu.⁴³

3.2. Vladanje stranaka kao faktor pri odlučivanju o troškovima prema praksi arbitražnih sudova ICSID-a

Primena diskrecionih ovlašćenja iz Konvencije nije dovela do dosledne i pouzdane arbitražne prakse. Autorka Katarina Diel-Gligor tvrdi da su odluke

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*, u knjizi Meg Kinneer, Geraldine R. Fischer, et al. (eds), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International 2015, 558-559, s pozivom na pripremne materijale Konvencije.

⁴⁰ Daniel Robert Kalderimis, Noah Rubins, et al., *ICSID Convention, Chapter VI, Article 61, Apportionment of expenses*, u knjizi: 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. Autorka ističe da je široko prihvaćeno mišljenje da je reč o varijanti pravila CFTE.

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

⁴³ Kateryna Bondar, 52.

arbitara ICSID-a o troškovima nepredvidljive i arbitrerne.⁴⁴ S druge strane, ista autorka ističe, pozivajući se na više studija koje su se bavile proučavanjem ovog pitanja, da se u dve trećine ICSID-ovih predmeta postupak okončava primenom američkog pravila, odnosno, bez dosuđivanja troškova.⁴⁵ Ova vrsta odluke o troškovima posebno je zastupljena u postupku poništaja arbitražne odluke.⁴⁶

Radi celovitog sagledavanja situacije, treba dodati da je primena američkog pravila dominirala u periodu pre 2006. g.⁴⁷ Posle toga došlo je do preokreta u praksi tako da sada sve više arbitražnih odluka donetih u okviru ICSID-a, kako u prvostepenom tako i u postupku za poništaj, prihvata načelo da stranka koja je izgubila spor plaća sve troškove ili bar deo troškova spora.⁴⁸ Donald Donovan izdvaja odluku u predmetu Libananko protiv Turske (*Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*) kao prekretnicu. Bila je reč o prvoj od tri ICSID-ove arbitraže koje je pokrenula porodica Uzan protiv Turske zbog navodnog ugrožavanja njihovih ulaganja u dva turska društva za snabdevanje električnom energijom – CEAS i Kepez. U druge dve arbitraže⁴⁹ doneta je odluka o nenadležnosti, a arbitri su između ostalog konstatovali da su tužbeni zahtevi fraudolozni i zlonamerni, te su stoga tuženom dosudili sve troškove spora. Konačno su i u predmetu Libananko, u odluci donetoj 2011. g., arbitri zaključili da nisu nadležni jer tužilac nije uspeo da dokaže da je stvarno imao investiciju, odnosno, akcije u dva elektro-energetska privredna društva o kojima je bila reč. Stranke su podnele troškovnik koji je u zbiru premašivao 60 miliona dolara (24,4 miliona Libananko i 35,7 miliona Turska). Našavši se pred izborom između dva konkurentna principa za odlučivanje o troškovima, arbitražni sud odlučio se za princip da pobednik u arbitražnom sporu ima pravo da mu se nadoknade troškovi:⁵⁰

„Ovaj arbitražni sud smatra da pravilo po kome se troškovi dosuđuju pobedniku služi za sledeće svrhe: da se uspešnoj stranci nadoknade nužni troškovi zastupanja i drugi troškovi koje je imala, da se obeshrabre neosnovane tužbe i takođe, da se destimuliše preterano parničenje. Takođe, ovo pravilo

⁴⁴ Katharina Diel-Gligor, 246. Kako konstatuje autorka: „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. Sa ovim se slaže i Katarina Bondar, koja je utvrdila da u 67 % postupaka poništaja, troškovi postupka ne budu dosuđeni pobedniku. 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.

⁵⁰ Donald Donovan, 556.

ostavlja arbitražnom sudu dovoljno prostora da uzme u obzir i ona pitanja u kojima je stranka koja je izgubila spor ipak bila uspešna, kao i da uzme u obzir posledice koje su na troškove imali procesni prigovori koje je ulagala jedna ili druga stranka.⁵¹

U odluci u predmetu *Georg Gavrilović protiv Hrvatske (Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia)* donetoj 2018.g., konstatuje se sledeće:

„Opšte je načelo u međunarodnoj arbitraži da stranka koja je po arbitražnoj odluci uspela u svom zahtevu ima pravo na povraćaj svojih troškova zastupanja.[...] Arbitražni sud konstatuje da je tradicionalni stav u investicionoj arbitraži bio da se ti troškovi dele ravnopravno. [...] Međutim, noviji trend je da se primeni pristup da „strana koja je izgubila spor plaća [troškove].“⁵²

Bez obzira na nedavni preokret i novi trend, još uvek nema doslednog pristupa u odlučivanju o troškovima u ICSID-ovoj arbitraži.⁵³ Mnogi arbitri i dalje slede „tradicionalno“ američko pravilo.⁵⁴ Izvod iz jedne novije arbitražne odluke svedoči o tome da i dalje vlada neujednačenost arbitražne prakse kao i pre desetak godina:⁵⁵

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

⁵² *Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/12/39, Award, 26 July 2018, pasus 1316. Isti trend se pominje i u sledećim odlukama: *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, ICSID Case No. ARB/12/25, Award 18 April 2017, pasus 311 i *OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/25, 10 March 2015, pasus 964.

⁵³ *Kateryna Bondar*, 48.

⁵⁴ *Donald Donovan*, 558, navodi sledeće novije predmete u kojima su se arbitri opredelili za „američko“ pravilo: *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, i *Venoklim Holdigs B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/22, Award 3 April 2015. Tome se mogu dodati i predmeti *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 Vagyonkezelő 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. U arbitražnoj odluci u predmetu *PNG protiv Papue Nove Gvineje*, arbitražni sud je detaljno obrazložio faktore koje treba uzeti u obzir prilikom odlučivanja, kao i svoju odluku da ne dodeli tuženoj državi troškove mada se oglasio nenadležnim po njenom prigovoru.

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

„Mogu se razlikovati dva glavna pristupa prilikom odlučivanja o troškovima u investicionoj arbitraži. Neki arbitražni sudovi raspodeljuju troškove IC-SID-a jednako tamo gde su i nastali i donose odluku da svaka stranka treba da snosi svoje troškove. Drugi primenjuju pravilo „*costs follow the event*“, određujući da stranka koja je poražena snosi sve ili deo troškova postupka, uključujući i troškove stranke koja je pobedila. Nadalje, dodatni kriterijum koji je široko prihvaćen jeste opšte vladanje stranke, kao i ozbiljnija ili manje ozbiljna priroda tužbe od koje se branila.“⁵⁶

Poslednja rečenica ukazuje da su arbitražni sudovi ICSID-a u mnogim predmetima uzimali u obzir, između ostalog, i vladanje stranaka tokom arbitražnog postupka.⁵⁷ Ponekad su upravo ovaj kriterijum koristili kao razlog za odstupanje od principa da svaka stranka snosi svoje troškove: „praksa arbitražnih sudova jeste da podele troškove postupka između stranaka, izuzev kada je vladanje jedne od stranaka prouzrokovalo povećanje troškova.“⁵⁸ S druge strane, često su isti kriterijum koristili i za korigovanje principa da pobednik ima pravo na punu nadoknadu troškova.⁵⁹

U predlogu novog Pravilnika o arbitraži ICSID-a, vladanje stranaka zauzima isti rang kao i pobjeda u sporu među kriterijumima za odlučivanje o troškovima.⁶⁰

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

⁵⁷ Donald Donovan, 563. Donovan kao primere navodi Burimi SRL and Eagle Games SH.A v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/18 Award, 29 May 2013 (nekoherentna argumentacija tužioca; navođenje potpuno neubedljivih osnova nadležnosti, pasusi 163-164) i SAUR International S.A. v. Argentine Republic, SAUR International SA v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/04/4, Award, 22 May 2014 (odugovlačenje postupka do koga je došlo usled pregovora i zaključenja poravnjanja koje uglavnom Argentina nije poštovala, te je došlo do nastavka arbitraže i novih troškova, pasus 407).

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

⁵⁹ Tako npr. u predmetu İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/24, Award, 8 March 2016, pasus 409, usmena rasprava koja je bila zakazana morala je da se odloži na zahtev tuženog, što je izazvalo značajno odugovlačenje postupka i dodatne troškove s tim u vezi. Zbog toga je arbitražni sud većinom glasova dosudio tuženoj državi samo 20 % troškova arbitraže (odnosno, 1,75 miliona USD), uprkos tome što je dobila spor. U predmetu AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü v. Republic of Hungary, Award, September 23, 2010, pasus 15.3.3. arbitražni sud konstatuje da nije bilo očigledno neosnovanih zahteva niti su stranke postupale u lošoj veri, pa stoga zaključuje da svaka strana treba da snosi svoje troškove i da treba ravnopravno da podele troškove arbitražnog suda i sekretarijata ICSID-a.

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> [vebsajt posećen 9. oktobra 2019.].

U principu, dve vrste procesnog vladanja mogu dovesti do nepovoljne odluke o troškovima. Prvu čini postupanje stranke koje objektivno izaziva dodatni utrošak vremena i novca bez obzira na nameru stranke da odugovlači spor ili da oteža procesni položaj druge strane. Kao primer se može navesti predmet *Telenor protiv Mađarske (Telenor v. Hungary)* u kome je razlog za odstupanje od američkog pravila bila činjenica da su podnesci tužioca bili nedosledni i nedovoljno konkretni, što je otežalo razumevanje tužbenog zahteva arbitražnom sudu i odbranu tuženoj državi.⁶¹ Drugu vrstu čini vladanje koje arbitražni sud ocenjuje kao fraudolozno ili zlonamerno (*mala fide*), a usmereno je ka ostvarivanju istih ciljeva.⁶²

Jedan od prvih slučajeva kada je uzeto u obzir nesavesno postupanje stranke u praksi ICSID-a bio je predmet *Letko protiv Liberije (LETCO v. Liberia)*. Tužiocu su dosuđeni arbitražni troškovi i troškovi zastupanja zbog procesne nesavesnosti (*procedural bad faith*) tužene države: ne samo što Liberija nije učestvovala u arbitraži već je protiv tužioca pokrenula u istoj stvari parnicu pred sopstvenim sudovima.⁶³

Odluka o troškovima koristi se kao sankcija za procesno nesportsko ponašanje⁶⁴ i arbitražni sud je skloniji da dosudi troškove pobedničkoj strani ako se gubitnička strana loše ponela.⁶⁵ U većini slučajeva, arbitražni sudovi ICSID-a su vodili računa prvenstveno o prevarnim i nesavesnim postupcima (*fraud and procedural misconduct*) stranke koja je izgubila spor. Jedan autor navodi da je loše vladanje stranke uzeto u obzir u 21 % predmeta, dok je na primer relativni uspeh uzet u obzir u 45 % predmeta u ICSID-u.⁶⁶

Na taj način se dodaje element nesavesnosti uz element štete koji treba istovremeno da budu prisutni da bi se ponašanje stranke uzelo u obzir i sankcionisalo odlukom o troškovima. Dilatorno i nekooperativno vladanje povećava troškove arbitraže i zastupanja, te se stoga mora sankcionisati.⁶⁷ To su arbitri izričito naveli u predmetu *Cementovnja protiv Turske (Cementownia „Nowa Huta” S.A. v. Republic of Turkey)*:

⁶¹ *Telenor v Hungary*, pasus 107, sa pozivom na pasuse 33, 36-39, 41 i 71-75.

⁶² O korišćenju načela dobre vere kao procesnog i supstancijalnog pravila međunarodnog investicionog prava videti opširnije: Sanja Đajić, Mapping the good faith principle in international investment arbitration: Assessment of its substantive and procedural value, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, 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.

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.

„Što se tiče sankcije za slučaj zloupotrebe prava, arbitražni sud ICSID-a može da dosudi troškove na teret stranaka kao sankciju za vladanje u postupku koje smatra dilatornim ili neprimerenim.⁶⁸

U sklopu toga, pitanje je da li neplaćanje predujma za arbitražne troškove treba da se smatra nesavesnim ponašanjem tužioca koje treba sankcionisati i da li ono izaziva dodatne troškove koje treba naknaditi tužiocu.

3.3. Neplaćanje predujma kao faktor pri odlučivanju o troškovima spora prema praksi arbitražnih sudova ICSID-a

Neplaćanje predujma se retko eksplicitno pominje u odlukama arbitražnih sudova ICSID-a kao faktor u odlučivanju o troškovima spora, odnosno kao nepoželjno vladanje, a ni doktrina ga ne svrstava uvek u tu kategoriju.⁶⁹ Može se ponovo navesti odluka u predmetu Cementovnja protiv Turske,⁷⁰ ali uz dve ograde: prvo, da je bila reč o neplaćanju dva predujma koja je od tužioca tražio Sekretarijat ICSID-a, tako da je Turska kao tužena morala da finansira gro troškova arbitražnog postupka i drugo, da je neplaćanje predujma bio samo jedan od faktora koje je arbitražni sud uzeo u obzir da bi primenio princip da stranka koja gubi spor (tužilac) snosi sve troškove spora. U vreme donošenja odluke, još uvek se u ICSID-ovoj arbitraži dominantno primenjivalo američko pravilo⁷¹, pa je arbitražni sud smatrao za potrebno da obrazloži zašto će odstupiti od prakse drugih arbitara i primeniti drugi princip. Na kraju, treba dodati da je ovo jedna od odluka u kojima je arbitražni sud našao da je tužilac zloupotrebio postupak ICSID-a (*abuse of process*), pa se tužiočevo neplaćanje predujma može posmatrati kao samo jedan od elemenata koji je doveo do odluke o troškovima spora koji padaju na njegov teret⁷².

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

⁶⁹ Npr. autori Sullivan i Ingle (Sullivan & Ingle), pri nabranjanju radnji koje spadaju u „procedural misconduct“ na str. 734, ne navode neplaćanje predujma za troškove spora.

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

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

⁷² Pored arbitraže Cementovnja protiv Turske, Lusi Rid (Lucy Reed, 82) navodi još dva predmeta u kojima je arbitražni sud dosudio tuženom kompletne troškove spora zbog toga što je utvrdio postojanje zloupotebe postupka: Feniks Ekšn protiv Češke i Juroc Cement protiv Tuske. Jedan od novijih predmeta u kojem je tužilac morao da plati troškove tuženog zbog zloupotrebe postupka je Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/11/17, Award 9 January 2015.

U predmetu *Societe civil immobiliere de Gaeta protiv Republike Gvineje (Société Civile Immobilière de Gaëta v. Republic of Guinea)*⁷³, arbitražni sud je naveo da je rezultat postupka primarni kriterijum o kome treba voditi računa pri odlučivanju o troškovima, ali da arbitražni sud može uzeti u obzir i druge okolnosti, a naročito vladanje stranke u toku postupka. U konkretnom slučaju arbitri su kao nekorektno ponašanje označili upravo neplaćanje predujma za troškove spora:

„Treba voditi računa o tome da je tužena država povredila i neke od svojih obaveza, a najflagrantnija povreda je to što je više puta odbila da položi deo predujma koji je Centar od nje tražio u skladu sa merodavnim pravilima; čineći tako ona je prisilila tužioca da stupi na njeno mesto za celokupni iznos predujma. To što je konačno pobedila u sporu tu ništa ne menja; obaveza polaganja predujma je sistematska i upravo nezavisna od šansi za uspeh u sporu.“⁷⁴

Arbitri su takođe smatrali da je tužena, pored neplaćanja predujma, otežala postupak i sporošću sa kojom je svojim advokatima predala dokumentaciju koja je od nje tražena u dokaznom postupku. Zbog ovih povreda procedure, arbitri su dosudili tuženoj samo 80 % arbitražnih troškova i troškova zastupanja, mada su se po njenom zahtevu oglasili nenadležnim.

Uverena da je arbitražni sud nenadležan, Venecuela je u predmetu koji je protiv nje pokrenula Fabrika Vidrios Los Andes odbila da plati svoj deo predujma za troškove. Arbitražni sud je konstatovao da je time „porastao finansijski teret za tužioce u vođenju arbitraže od samog početka, a za tuženu je to rezultiralo odgovarajućom koristi.“ Zatim je zaključio da je ta korist sasvim dovoljna kao priznanje za tuženu državu što je uspela da uveri arbitražni sud da nije nadležan za spor koji mu je poveren. Shodno tome, odlučio je da će tužilac u celosti snositi troškove arbitraže koje je već inače predujmio, a što se tiče troškova zastupanja, njih će svaka strana samostalno snositi.⁷⁵ Jedan od faktora zbog kojih nije dosudio Venecueli troškove zastupanja bilo je upravo njeno odbijanje da podeli teret avansnog plaćanja troškova postupka sa tužiocima.

Pomenimo još i predmet *Eudoro protiv Paragvaja*, u kome je arbitražni sud, uprkos tome što je odbio sve tužbene zahteve, podelio proceduralne troškove na jednake delove između stranaka i odredio da svaka snosi sopstvene troškove zastupanja, uz obrazloženje da je u prvoj fazi, u kojoj se odlučivalo o prigovoru nenadležnosti, postupak nekoliko puta bio odlagan zbog kršenja obaveze Para-

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

⁷⁴ *Ibidem*, 307.

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, pasus 319.

gvaja da uplati predujam na osnovu Pravila 14 Administrativnog i finansijskog pravilnika.⁷⁶

Koliko god da povreda obaveze plaćanja predujma može izgledati ozbiljna, ona će vrlo retko dovesti do odgovornosti države za plaćanje dela troškova. Posebno kada je u pitanju nesavesnost, ona se retko pominje kao razlog za propuštanje da se uplati sopstveni deo predujma.

Kao primer se može navesti odluka arbitražnog suda u predmetu *Union Fenosa protiv Egipta (Union Fenosa Gas v Egypt)* koju su većinom glasova doneli arbitri Vider (Veeder), Rauli (Rowley) i Klodfelter (Clodfelter). Tužilac je u celosti platio predujam za arbitražne troškove koji je iznosio 700 hiljada dolara.⁷⁷ Arbitražni sud je uprkos tome konstatovao da su obe stranke, tužilac i tuženi, kao i njihovi advokati u dobroj veri vodili ovu složenu arbitražu, bez ikakvog neprikladnog vladanja.⁷⁸ Glavni princip na kome je arbitraži sud u ovom sporu zasnovao odluku o troškovima bio je „da gubitnik plaća“. Arbitri su konstatovali da većina arbitražnih veća u ICSID-ovoj arbitraži primenjuje ovaj princip kao način da se naknadi šteta koju je tužilac koji je uspeo u zahtevu pretrpeo u arbitražnom postupku. Bez te naknade, tužilac bi uprkos uspeha u sporu, bio kažnjen što je posegao za ICSID-ovom arbitražom.

Slično je i u predmetu *Lundin protiv Tunisa (Lundin v. Tunisia)*, arbitražni sud prvo konstatovao da je tužilac platio gotovo celokupne troškove spora, da bi zatim ocenio kako „stranke nisu dokazale da je bilo zloupotreba ili nesavesnog ponašanja, ni pre arbitražnog postupka, ni u toku postupka.“⁷⁹ U predmetu *Tenaris protiv Venecuele (Tenaris v. Venezuela)*, tužilac je platio u celosti treći predujam za troškove spora jer je Venecuela propustila da to učini.⁸⁰ Tužilac se nije pozvao na ovaj propust Venecuele kao ponašanje koje bi trebalo sankcionisati odlukom o troškovima, a arbitražni sud je u odluci konstatovao da nesavesno ponašanje Venecuele u postupku na koje se tužilac jeste generalno pozivao, nije doseglo onoliku težinu koja se tražila u odlukama prethodnih arbitražnih sudova kao uslov za sankcionisanje putem troškova.⁸¹ Jedini deo troškova koji je arbitra-

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

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

⁷⁸ *Ibidem*, pasus 12.15.

⁷⁹ *Lundin Tunisia B.V. v. Republic of Tunisia*, ICSID Case No. ARB/12/30, Sentence, 22 décembre 2015, pasusi 393 i 398. Vid. takođe i predmet *Société Industrielle des Boissons de Guinée v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/12/8, pasus 128. Tužiocu je određeno da plati Gvineji 70 % troškova spora, mada kao tužena nije platila predujam za troškove. Odluka takođe sadrži ocenu da su se stranke ponašale savesno u toku postupka.

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

⁸¹ *Ibidem*, pasus 618.

žni sud dosudio tužiocu koji je uspeo da dokaže eksproprijaciju u ovom sporu, bio je upravo deo trećeg predujma koji Venecuela nije uplatila i koji je tužilac uplatio umesto nje. Sve ostale troškove, stranke su snosile same.⁸²

U sporu *Čerčil majning protiv Indonezije (Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia)*⁸³ obe strane su tražile nadoknadu troškova spora. Kao jedna od stavki u troškovima koje je tužilac potraživao od tuženog javili su se troškovi koje je imao usled kašnjenja tuženog u plaćanju petog predujma za troškove.⁸⁴ Ukupni troškovi spora su bili pozamašni – 1,6 miliona dolara na ime troškova arbitara i ICSID-a, plus troškovi zastupanja koji su kod tužioca izneli 4,08 miliona dolara, a kod tuženog 12,32 miliona dolara.⁸⁵ Prilikom odlučivanja o tome ko će na kraju snositi te troškove arbitražni sud je uzeo u obzir pre svega uspeh u sporu koji je bio na strani tuženog. Mada je tužilac prevagnuo u prvoj fazi postupka, na pitanju nadležnosti, arbitražni sud mu nije dosudio troškove te faze postupka kao što se često radi, jer je arbitražna tužba bila zasnovan na falsifikovanim dokumentima, te shodno tome, po rečima arbitara „nije ni trebalo da bude podneta“.⁸⁶ Pored toga, razlozi zbog kojih je Indonezija prigovorila nadležnosti arbitražnog suda bili su ozbiljni i mada nisu usvojeni, pokrenuli su legitimna pitanja o tumačenju BIT-ova. Drugi faktor koji je uzet u obzir bila je velika razlika u troškovima zastupanja koje su imali tužilac i tuženi. Usled ove razlike, naglašavajući da koristi svoje diskreciono pravo da odluči o odmeravanju troškova, arbitražni sud je odredio da tužilac ima da nadoknadi Indoneziji 75 % troškova zastupanja. Priznao je da taj rezultat može da izgleda nemilosrdan u odnosu tužioca („*may seem harsh to the Claimants*“), ali ga u vizuri arbitara opravdava postojanje prevare i falsifikata kojima se tužilac poslužio.⁸⁷ Tuženom je takođe priznato pravo na nadoknadu 100 % arbitražnih troškova koje je platio ICSID-u. Pri tom, arbitražni sud nije ni pomenuo zahtev tužioca koji se odnosio na kašnjenje tuženog u plaćanju petog predujma. Prema tome, ne samo što ovaj zahtev tužioca nije uvažen, već arbitražni sud, nije našao za shodno ni da se osvrne na taj deo argumentacije tužioca u pasusima 550-556 u kojima je obrazložio svoju odluku o troškovima.

Ponekad tuženi ima opravdan razlog za neplaćanje predujma. Kao takve, Miša Biler (*Mischa Bühler*) u kontekstu komercijalne arbitraže pominje, na primer,

⁸² Ibidem, pasus 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 i Gabrielle Kaufman-Kohler).

⁸⁴ Ibidem, pasus 537.

⁸⁵ Ibidem, pasusi 551 i 556.

⁸⁶ Ibidem, pasus 550.

⁸⁷ Ibidem, pasus 552.

insolventnost ili stečaj tuženog, ali i nenadležnost arbitražnog suda⁸⁸. Države obično navode neki objektivan razlog zašto nisu uplatile predujam, pa se u tom slučaju neplaćanje ne može tretirati kao zlonamerno. U predmetu *Getma protiv Republike Gvineje (Getma v. The Republic of Guinea)*, arbitražni sud je ukorio Gvineju što nije platila nijedan predujam mada se obavezala u svom zakonodavstvu o investicijama da će sporove rešavati arbitražom u okviru ICSID-a. Arbitražni sud je posebno naglasio da tužena država nije ni pokušala da se opravda za neplaćanje. U navedenom postupku arbitražni sud je naložio da svaka stranka snosi svoje advokatske troškove, a arbitražne troškove je raspodelio u srazmeri 40 % Gvineja i 60 % tužilac (mada je tužilac po pojedinim tužbenim zahtevima dobio spor)⁸⁹.

Pitanje je kakvu štetu trpi strana koja je uplatila predujam umesto druge strane. Odgovor možemo naći u jednoj novijoj odluci u kojoj je ad hok odbor nadležan za poništaj odluke po Vašingtonskoj konvenciji razmatrao uticaj kašnjenja Venecuele sa uplatama predujma u postupku za poništaj arbitražne odluke koji je sama pokrenula:

„Kašnjenje podnosioca zahteva imalo je za posledice brojne nepotrebne komunikacije i značajno ometanje postupka, uključujući i devetomesečno odlaganje usmene rasprave o poništaju, čiji je datum bio određen već u Proce-snoj naredbi br. 1.”⁹⁰

Ad hok odbor se pozvao na jednu raniju odluku ad hok odbora u sporu *Repsol protiv Petroekvadora (Repsol v. Petroecuador)*.⁹¹ Zbog izuzetno velikog kašnjenja podnosioca zahteva za poništaj, Petroekvadora, sa plaćanjem prvog predujma za troškove kao i odbijanja da plati kasnije tražene rate predujma, odbor je presudio da Petroekvador treba da plati sve arbitražne troškove i polovinu troškova zastupanja i drugih troškova koje je imao Repsol.

Može se konstatovati da su u oba pomenuta predmeta stranke koje su obavezane da plate troškove drugoj strani zbog kašnjenja sa plaćanjem predujma bile podnosioci zahteva za poništaj koji su izgubili spor. Neplaćanje predujma je samo dodatno opravdalo primenu principa da stranka koja gubi spor snosi i tro-

⁸⁸ Micha Bühler, 290. Ukoliko država tvrdi da arbitražni sud nije nadležan jer nije sklopljen arbitražni sporazum, onda takođe veruje da nema ugovornu obavezu prema tužiocu da plati predujam za troškove. 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, pasus 476.

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, pasus 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, pasus 88.

škove spora.⁹² To umanjuje značaj neplaćanja predujma kao samostalnog faktora koji bi mogao da utiče na odmeravanje troškova u situaciji kada strana koja nije platila predujam na kraju dobije spor.

Mora se imati u vidu ipak još jedna konstatacija sa kojom se arbitražni sudovi slažu i većina je pominje u obrazloženju odluke o troškovima: po članu 61, stav 2 Vašingtonske konvencije, arbitražni sud uživa široku slobodu (*discretion*) da odmeri i raspodeli troškove. U sklopu toga mogao bi uzeti u obzir i činjenicu da tuženi nije na vreme ili nije uopšte platio svoj deo predujma za troškove spora. Za sada osim odluka u predmetima *Sosiete civil immobilier de Gaeta protiv Republike Gvineje*, *Eudoro protiv Paragvaja*, i *Fabrika Vidrios Los Andes protiv Venecuele*, nema drugih odluka koje bi posvedočile da je taj faktor relevantan u slučaju kada je neplatiša dobio spor, ali to ne znači da ih u budućnosti neće biti više.

ZAKLJUČAK

Posle proučavanja arbitražne prakse i pravilnika o arbitraži, pokazalo se da su početne hipoteze bile u najvećem delu tačne. Tužilac u ICSID-ovoj arbitraži treba da računa sa rizikom da će morati da finansira celu arbitražu, jer nema sankcije za propuštanje tuženog da učestvuje u finansiranju tokom postupka. Jedina posledica propuštanja tuženog predviđena odredbama Vašingtonske konvencije i merodavnih pravilnika ICSID-a jeste pravo tužioca da stupi na njegovo mesto i da plati umesto njega odgovarajući deo predujma. U ICSID-ovoj arbitraži nije predviđeno pravo arbitražnog suda da donese delimičnu odluku kojom bi već u toku postupka, pre konačne odluke o troškovima spora, dosudio vraćanje položenog predujma onoj stranci koja je stupila na mesto druge stranke i platila njen deo predujma. Takođe ni zahtev za izdavanje privremene mere slične sadržine nije uspeo u predmetu *Vale Verde protiv Venecuele* u kome je postavljen. Na kraju, činjenica da tuženi nije platio svoj deo predujma za arbitražne troškove ili da je kasnio u plaćanju predujma, s obzirom na široku diskreciju koju arbitri uživaju na osnovu merodavnih pravila, može uticati na konačnu odluku o troškovima spora u ICSID-ovoj arbitraži. Međutim, u praksi se ta činjenica retko uzima u obzir jer drugi faktori imaju veći uticaj i obično odnose prevagu. Osim toga, uko-

⁹² U predmetu *AHS Niger and Menzies Middle East and Africa S.A. v. Republic of Niger*, ICSID Case No. ARB/11/11, Sentence, 15 July 2013, pasus 165, tužena Republika Niger takođe nije platila predujam za troškove, a kasnije je izgubila spor. Arbitražni sud je objasnio da je činjenica da je Niger propustio da izvrši svoju obavezu u arbitražnom postupku otežala postupak i da je bila izvor dodatnog posla za arbitražni sud. Na kraju je arbitražni sud dosudio tužiocima sve arbitražne troškove i 75 % troškova zastupanja.

liko se kao uslov za dosuđivanje troškova postavi savesnost i određena šteta koja je nastala za tužioca usled neprimerenog ponašanja tuženog, onda se ispunjenje tih uslova pokazuje kao teško ostvarivo kada je u pitanju neplaćanje predujma za troškove. Kao utega za tužioce ostaje činjenica da je vrlo mali broj slučajeva u kojima tužene države ne plaćaju svoj deo predujma u ICSID-ovoj arbitraži. One bi time narušile svoj finansijski ugled i prekršile dvostruku ugovornu obavezu – na osnovu Vašingtonske konvencije i odgovarajućeg BIT-a.

LITERATURA I IZVORI

- Niel Kaplan, *Non-Payment of Advances on Costs, No Pay Can Play?*, u knjizi: David D. Caron, Stephan W. Schill, Abbey Cohen Smutny, Epaminontas E. Triantafyllou, *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 Moloo, *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*, u knjizi: Jean E. Kalicki, Anna Joubin-Bret, *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Brill, 2015
- Marko Jovanović, *Ključne odlike finansiranja troškova arbitraže od trećih lica*, *Pravo i privreda*, 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*, u knjizi 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*, u knjizi: 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, *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad*, 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*

Datum prijema rada: 10.11.2019.