

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

ОБЕЗБЕЂЕЊЕ ТРОШКОВА СПОРА У АРБИТРАЖИ ПО ПРАВИЛИМА МТК И ИКСИД-А¹

Сажељак: Предмет овог рада је захтев за одређивање обезбеђења за широкове спора који се све чешће јавља у међународној арбитражи по правилима МТК и ИКСИД-а. Анализом арбитражне праксе аутор показује да арбитражни судови рејко одређују ову меру и да су услови за њено одређивање још увек релативно недефинисани. Прај који иужени мора да пређе да би уверио арбитражни суд да постоје изузетне околности које оправдавају одређивање ове мере је изузетно висок. Сама чињеница да је иужилац инсолвентан није довољна да би таква одлука била донета. На почетку рада одређује се ко има право на обезбеђење, шта је предмет обезбеђења и одакле проистиче овлашћење арбитра да га одреде. Затим се детаљно разматрају услови за одређивање обезбеђења који се помињу у арбитражној пракси. Посебна пажња посвећена је чињеницама које се дефинишу као изузетне околности које оправдавају подношење захтева: чињеница да је иужилац зависно предузеће, да пређе лице финансира спор, да иужилац није положио предујам за широкове арбитражног спора, промена околности од тренутка закључења арбитражног споразума, очигледна инсолвентност иуживоца и чињеница да иужени није уговорна страна у арбитражном споразуму. Разматра се и други услов: вероватноћа да ће иужени добити спор. После тога следи анализа разоја који се у пракси помињу као разлози прозив одређивања обезбеђења: ирсипанак иуженој на ризик, ирсипуј арбитражној правди за иуживоца, правичност, савесност иуженој и неблаговременост захтева. Неколико пасуса посвећено је и арбитражном постојуку у коме се одлучује о захтеву за обезбеђење, иреју доказивања и последицама нејолапања обезбеђења.

¹ Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета у Новом Саду: „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија)“ за 2015. годину.

Кључне речи: обезбеђење за трошкове спора, међународна арбитража, МТК, ИКСИД

У судском поступку у већини држава тужени има право да тражи да тужилац унапред положи одређени износ на име обезбеђења парничних трошкова, кад је тужилац странац или има пребивалиште у иностранству, те због тога постоји ризик да пресуда о трошковима спора у корист туженог неће моћи да се изврши. Ова процесна установа се различито назива: акторска кауција, обезбеђење (осигурање) парничних (судских) трошкова, полагање предујма за парничне трошкове итд.² Обавеза полагања акторске кауције, уколико је њен износ веома висок, може имати за последицу ускраћивање правде. У предмету Толстој Милославски против Уједињеног Краљевства,³ Суд за људска права у Стразбуру разматрао је питање да ли плаћање обезбеђења за трошкове спора у износу од око 125.000 британских фунти које је подносилац жалбе био дужан да уплати у року од две недеље, представља повреду члана 6, став 1 Конвенције. Суд је сматрао да обезбеђење има легитиман циљ, али да у сваком случају, у зависности од околности, треба испитати његову сразмерност. У Европи, већина држава је међусобно повезана мултилатералним и билатералним конвенцијама којима се гарантује ослобођење од плаћања акторске кауције, тако да значај овог института у пракси опада.⁴ У државама Европске уније и Европског привредног простора, тражити акторску кауцију од држављанина друге државе чланице сматра се недозвољеном дискриминацијом.⁵ С друге стране, овај процесни институт је дозвољен у односу на држављане трећих држава, као што се то показало у предмету једног привредног друштва из Монака као тужиоца у Белгији.⁶

Тема овог рада је обезбеђење парничних трошкова (енг. *security for costs*) у арбитражи. Пре пар деценија, било је незамисливо да арбитражни суд нареди тужиоцу да положи обезбеђење за парничне (арбитражне) трошкове туженог, осим можда у Енглеској. Али, како тренд све веће јудицијализације арбитражног поступка не јењава, наредбе те врсте више нису тако ретке ни у другим арбитражним седиштима. Тужена страна се стога све лакше одлучује да постави захтев за обезбеђење да би на тај на-

² Аутори у области међународног приватног права користе и латински израз *cautio iudicatum solvi*.

³ Tolstoy Miloslavsky v. United Kingdom од 13. јула 1995. Series A no. 316-B.

⁴ Видети детаљно: М. Станивуковић, М. Живковић, Међународно приватно право, пето измењено и допуњено издање, Службени гласник Београд, 2013.

⁵ Предмет C-43/95 *Data Delecta and Forsberg* [1996], пасуси 17 и 22, и Предмет C-323/95 *Hayes* [1997], пасус 19.

⁶ Предмет C-291/09 *Francesco Guarnieri & Cie v Vandeveld Eddy VOF*.

чин покушала да се осигура од веома високих трошкова вођења спора. По скупоћи поступка посебно се истичу арбитраже по правилима МТК и ИК-СИД-а, па ћемо у овом раду анализирати управо праксу арбитражних судова насталу у оквиру тих правила, како бисмо могли да дођемо до одређених закључака који би могли бити релевантни и за домаће арбитражно право и за његов даљи развој.

Ко има право на обезбеђење?

У већини случајева, странка која тражи обезбеђење за трошкове спора је тужени, исто као и у судском поступку. У енглеском Закону о арбитражи то је изричито прописано.⁷ У предмету МТК бр. 14020, обезбеђење је затражио тужилац да би парирао захтеву туженог. Арбитар није аутоматски одбио овај захтев као недопуштен, већ је констатовао да тужилац није доказао да постоје разлози за одређивање обезбеђења. На основу ове одлуке би се могло закључити да и тужилац начелно има право да тражи обезбеђење. У предмету МТК бр. 14661 тужилац је заиста и добио обезбеђење трошкова, али се у том поступку налазио у улози противтуженог. Тужени је, наиме, поднео противтужбу са противтужбеним захтевима који су по износу далеко надмашивали износе тужбених захтева тужиоца.⁸ Посебан проблем се јавља када тужени тражи обезбеђење, а истовремено се налази у улози противтужиоца који истиче конексан противтужбени захтев. Приликом подношења захтева за обезбеђење тужени-противтужилац би у том случају требало јасно да разграничи који део трошкова се односи на његову одбрану од захтева тужиоца и да тражи обезбеђење само за тај део трошкова.⁹

Шта је предмет обезбеђења?

У питању могу бити сви трошкови туженог – трошкови заступања, превођења, организовања расправе, трошкови вештака и сведока које ће морати да предујми. Захтев може такође да обухвати и трошкове предујма за хонораре и трошкове арбитра и трошкове институције.¹⁰ Приликом подношења захтева странка треба да приложи спецификацију предвиђених трошкова, а ако то не учини, арбитражни суд треба то од ње да затражи.

⁷ В. Закон о арбитражи Уједињеног Краљевства, члан 38, став 3.

⁸ Procedural Order of December 2008 in ICC Case 14661 (Extract), Special Supplement 2014: Procedural Decisions in ICC Arbitration, ICC DRL at <http://www.iccdrl.com>, стр. 76, пасуџ 2.

⁹ Procedural order no. 2009, ASA Bulletin 2010, pp. 59-70.

¹⁰ У предмету РСМ против Санта Луције, трошкови арбитра и институције били су предмет посебне процесне наредбе, и третирано су одвојено од трошкова заступања. *RSM Production Corporation v. Saint Lucia, Decision on Santa Lucia's request on Security for Costs*, пасуџ 14.

Овлашћење арбитра

Надлежност арбитра да одреде обезбеђење проистиче из меродавног права. То може бити национални закон у месту арбитраже или правилник о арбитражи који су стране изабрале. У Моделу-закона УНЦИТРАЛ-а са изменама из 2006.г., изричито је предвиђено овлашћење арбитражног суда да нареди привремене мере, у члану 17. Сматра се је том одредбом обухваћена и могућност да арбитражни суд одреди да се плати обезбеђење трошкова спора, и то ставом 2, тачка ц: „Привремена мера јесте ма која временски ограничена мера ...којом...арбитражни суд наређује странци...(ц) да обезбеди начин за очување средстава из којих би се касније арбитражна одлука могла извршити....“

Ипак, мали је број земаља које су усвојиле ову одредбу, јер су многе донеле националне законе, као и Србија, на основу првобитне верзије Модела, у којој је одредба о привременим мерама била штура и помињала само „привремену меру коју [арбитражни суд] сматра потребном с обзиром на предмет спора.“ Будући да је обезбеђење за трошкове спора привремена мера процесног карактера,¹¹ и као такво није везано за предмет спора, сматрало се да оно не може да буде одређено на основу те одредбе.¹²

У Енглеској, обезбеђење за трошкове спора одавно је део свакодневне арбитражне праксе, засноване на закону.¹³ Према члану 38 Закона о арбитражи Уједињеног Краљевства из 1996. године, предвиђено је:

(1) Странке могу да се споразумеју о овлашћењима која арбитражни суд може да врши за потребе поступка и у вези са поступком.

(2) Ако се странке нису друкчије споразумеле, арбитражни суд има следећа овлашћења.

(3) Арбитражни суд може да наложи тужиоцу да пружи обезбеђење за трошкове арбитраже.

Ово овлашћење неће се користити само на основу тога што је тужилац –

(а) физичко лице које има редовно боравиште ван Уједињеног Краљевства, или

(б) корпорација или удружење инкорпорисано или основано по закону ма неке земље ван Уједињеног Краљевства, или корпорација или удружење чији је центар управљања и контроле ван Уједињеног Краљевства.

¹¹ *RSM Production Corporation v. Saint Lucia, Decision on Santa Lucia's request on Security for Costs*, пасуци 64-81.

¹² J.-B. Pessey, *When to Grant Security for Costs in International Commercial Arbitration: the Complex Quest for a Uniform Test*, доступно на адреси: <http://www.cpradr.org/About/NewsandArticles/tabid/265/ID/715/When-to-Grant-Security-for-Costs-in-International-Commercial-Arbitration-the-Complex-Quest-for-a-Uniform-Test-2011-Writing-Contest-Winner.aspx>

¹³ A. S.p.A. (Italy) v B AG (Germany), Decision, 25 September 1997, 19 Asa Bull. 745(2001).

Мада су овакве одредбе корисне, ипак није нужно да национални закон о арбитражи експлицитно предвиди надлежност за одређивање обезбеђења. Овлашћење за то садржано је у широким одредбама попут оне из члана 32, став 3 Закона о арбитражи Србије према којој арбитражни суд може водити арбитражни поступак на начин који сматра целисходним, или из члана 31 Закона о арбитражи који предвиђа да арбитражни суд може, на предлог странке, одредити привремену меру коју сматра потребном. Може се узети за пример швајцарско право. Правни писци се слажу да су арбитражни судови који имају седиште у Швајцарској овлашћени да одреде обезбеђење за трошкове спора на основу члана 182, став 2 (право арбитра да одреде правила поступка) и члан 183 Закона о МПП (привремене мере и мере обезбеђења).¹⁴ Ипак, швајцарски арбитражи су несклони да користе ово овлашћење. Око овог питања постоје и одређене контроверзе, односно аутори се споре који од ова два основа је одговарајући.¹⁵ Једино што може да ограничи надлежност арбитражног суда да одреди одбезбеђење су евентуалне принудне одредбе националног права меродавног за арбитражу које би такву надлежност искључиле.

Овлашћење се може заснивати не само на меродавном арбитражном праву, него и на изабраним арбитражним правилима. На пример, правила Лондонског суда за међународну арбитражу садрже изричите одредбе о томе. Обезбеђење се по овим правилима даје у облику новчаног депозита или банкарске гаранције у износу који је раван процењеним трошковима које би тужилац који изгуби спор био дужан да надокнади туженом као трошкове заступања.¹⁶

Распрострањено је мишљење да арбитражни суд има овлашћење да одреди обезбеђење за трошкове спора и по Правилима Међународног арбитражног суда МТК. Одговарајући правни основ за то даје члан 28 Правила од 2010.г. који уређује привремене мере. Коментатори раније верзије Правила слагали су се у томе да овлашћење за одређивање привремених мера и мера обезбеђења (члан 23, став 1 Правила МТК из 1998.г) обухвата и овлашћење да се одреди полагање обезбеђења за трошкове спора.¹⁷ Међутим, и Дерен и Шварц, као и Крејг, Парк и Полсон, одмах након тога

¹⁴ Procedural Order No. 14, 27 November 2002, Ad Hoc Arbitration of the Arbitral Tribunal in Zurich, ABC AG (in prov. Nachlassstundung), Claimant, v. Mr X, Respondent, ASABull 23(2005), стр.111; Procedural Order of January 2007 in ICC Case 14355 (Extract), Special Supplement 2014: Procedural Decisions in ICC Arbitration, ICC DRL at <http://www.iccdrl.com>, стр. 70.

¹⁵ B. Procedural order no. 2009, ASA Bulletin 2010, стр. 59-70.

¹⁶ Правила Лондонског суда за међународну арбитражу, члан 25.2.

¹⁷ L. Craig, W. W. Park, J. Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 3rd ed., 2000, стр. 467; Y. Derains, E. Schwartz, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, 2nd ed., 2005, стр. 297.

обавештавали су читаоца да се одређивање обезбеђења за трошкове спора у пракси третира као ванредно правно средство¹⁸ које се одобрава само у изузетним околностима и да га арбитражи генерално не користе у арбитражама МТК. Од старијих одлука наводе се само две, донете у оквиру МТК, од 1990-1993.г.¹⁹

Данас се ситуација променила, али и даље, у пракси арбитражних судова МТК тек 20% захтева за обезбеђење трошкова буде одобрено.²⁰ У једном новијем предмету, арбитар посебно решава о свом овлашћењу и истиче да је овлашћен да тужиоцу у овом случају нареди да положи обезбеђење за трошкове спора. То овлашћење је дискреционо по природи и стога треба одредити да ли је, с обзиром на околности, целисходно да се таква наредба донесе у датом случају.²¹

Као правни основ за одређивање обезбеђења у поступцима који се води у оквиру ИКСИД-а помиње се члан 47 Вашингтонске конвенције и члан 39 Арбитражних правила ИКСИД-а, који такође уређују привремене мере. Обе одредбе користе реч „препоручити“, али су арбитражни судови једногласни у томе да су одлуке о привременим мерама обавезујуће по карактеру.²² Чињеница да ова Правила за разлику од Правила ЛЦИА не помињу обезбеђење за трошкове спора није индикатор да се обезбеђење не може одредити.²³ Одлуке којим се одређује обезбеђење су ипак веома ретке: прва је донета у предмету РСМ против Санта Лусије, на износ од

¹⁸ В. нпр. Procedural Order of May 2006 in ICC Case 13620 (Extract), Special Supplement 2014: Procedural Decisions in ICC Arbitration, ICC DRL at <http://www.iccdrl.com>, стр. 65, пасус 2.5.: „Мишљење је Трибунала да је одобравање обезбеђења трошкова у међународној трговинској арбитражи ванредно правно средство које треба да буде одобрено само у јасним случајевима.“ (*It is the Tribunal's view that the grant of security for costs in international commercial arbitration is an extraordinary remedy and should only be granted in clear cases.*)

¹⁹ У предмету МТК бр. 6697 од 1990.г. *Société Casa v. Société Cambior* (1992 Rev. Arb. 135), арбитражни суд је донео одлуку у којој је потврдио своје овлашћење да одреди обезбеђење и одредио обема странкама да положи обезбеђење у износу од 225.000 УСД. Друга одлука је донета у предмету бр. 6682, 1993.г. Како тужилац, тако и противтужилац обавезани су да поднесу обезбеђење. Цитирано према: *A. S.p.A. (Italy) v B AG (Germany)*, Decision, 25 September 1997, 19 *Asa Bull.* 745(2001) и Procedural Order of February 2006 in ICC Case 13359, Special Supplement 2014: Procedural Decisions in ICC Arbitration, ICC DRL at <http://www.iccdrl.com>, стр. 63.

²⁰ Procedural Order of October 2008 in ICC Case 14433 (Extract), Special Supplement 2014: Procedural Decisions in ICC Arbitration, ICC DRL at <http://www.iccdrl.com>, стр. 73, пасус 45.

²¹ Procedural Order of November 2006 in ICC Case 14020 (Extract), Special Supplement 2014: Procedural Decisions in ICC Arbitration, ICC DRL at <http://www.iccdrl.com>, стр. 67.

²² *RSM Production Corporation v. Saint Lucia, Decision on Santa Lucia's request on Security for Costs*, пасус 49. В. Супротно мишљење арбитра тужиоца у овом предмету, пасуси 10-16.

²³ *Ibidem*, пасус 54.

750.000 долара.²⁴ Чак и у том случају, у коме се стекло више разлога за обезбеђење, арбитражно веће се поделило, тако да је арбитар тужиоца написао одвојено мишљење, а арбитар туженог издвојио мишљење, наводећи нешто другачије гледање на разлоге за доношење одлуке.

Услови за одређивање обезбеђења

Постојање овлашћења не значи да се оно олако користи. Обезбеђење за трошкове спора није редовна мера која се рутински одређује.²⁵ Она се квалификује као изузетна привремена мера (енг. *an exceptional preliminary measure*) и одређује се у изузетним околностима.²⁶

У већини одлука МТК наводе се изузетне околности које морају да постоје да би се одредило обезбеђење.²⁷ Слично је и у ИКСИД-у. Одбор за одлучивање о поништају у предмету Комерц груп против Ел Салвадора, заузео је конзервативан став:

„овлашћење да се одреди обезбеђење за трошкове спора треба користити само у екстремним околностима, на пример, када је доказана злоупотреба или озбиљан прекршај.“²⁸

Следио га је и арбитражни трибунал у предмету Либананко против Турске:

„само у најекстремнијим случајевима – у случајевима када је битан интерес неке од странака доведен у питање тако да може бити непоправљиво нарушен – треба уопште разматрати могућност одређивања обезбеђења за трошкове спора.“²⁹

Аутор Ноа Рубинс у свом раду објављеном 2000. Године, заложил се за већу спремност арбитражних судова да одреде обезбеђење трошкова.³⁰ Међутим, чињеница је да услови за одређивање ове мере нису прописани у обавезујућим изворима (енгл. *“hard law”*) и да се великим делом изводе из раније праксе и из доктринарних радова. Често се полази од услова пропи-

²⁴ *Ibidem*, пасус 27.

²⁵ Procedural Order of February 2006 in ICC Case 13359 (Extract)

²⁶ *Guaracachi America, Inc., Rurelec Plc v. The Plurinational State of Bolivia*. Claimant's Response to Security for Costs Application, стр. 7.

²⁷ Одлуке МТК бр. 14993, бр. 14020, пасус 23, бр. 12732, пасус 8 и бр. 14433, пасус 45. Special Supplement 2014: Procedural Decisions in ICC Arbitration, ICC DRL at <http://www.iccdri.com>

²⁸ *Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/09/17)*, Annulment Proceeding, Decision on El Salvador's Application for Security for Costs, 20 September 2012.

²⁹ *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/06/8)*, Decision on Preliminary Issues, 23 June 2008.

³⁰ N. Rubins, In God We Trust, all others pay cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration, *American Review of International Arbitration*, Vol. 11 (2000), стр. 341.

саних за одређивање привремених мера уопште, који нису увек довољно прилагођени специфичностима обезбеђења за трошкове спора.

Опште је прихваћено да у арбитражном поступку, обавеза давања обезбеђења не може да зависи од држављанства или пребивалишта странке, као што је то понекад случај у судском поступку.³¹ Постављати овај услов у међународној арбитражи, где је бар једна од странака по дефиницији страно лице, представљало би неоправдану дискриминацију, посебно ако се има у виду да Њујоршка конвенција обезбеђују признање страних арбитражних одлука, па и оних о трошковима спора. Али, истиче се да се не може се тражити обезбеђење ни само због тога што је пребивалиште странке у земљи која није чланица Њујоршке конвенције.³² Када је у питању Вашингтонска конвенција, то би још мање могао да буде разлог за тражење обезбеђења, због природе спорова о којима је реч и изједначавања арбитражне одлуке са одлуком домаћег суда у државама уговорницама.

Редферн и Хантер у својој књизи „Право и пракса међународне трговинске арбитраже“³³ наводе једноставан тест који треба применити:

„да је тужени убедљиво доказао да тужилац (ако се покаже да је изгубио спор) „скоро сигурно неће бити у стању да поступи по одлуци којом се трошкови спора досуђују туженом“.

У швајцарској пракси се разматрају различити разлози, али за сада још увек нема јединственог става по овом питању.³⁴ На пример, узимају се у обзир следећи разлози:

- да не буде прејудуцирања меритума спора, да постоји хитност, да постоји ризик од ненадокнадиве и битно високе штете.
- да је дошло до фундаменталне промене околности од тренутка када је споразум о арбитражи закључен и
- да та промена има за последицу јасну и присутну опасност да будућа арбитражна одлука о трошковима неће моћи да се изврши.³⁵

Аутор Марк Веит, коментаришући једну процесну наредбу из швајцарске арбитражне праксе донету 2002. године закључује да је овај последњи услов „заједнички именован у међународној арбитражној пракси за одређивање обезбеђења“.³⁶ Тај се услов помиње и у каснијим одлукама

³¹ J.Kalicki, Security for Costs in International Arbitration, TDM Journal, vol. 3, issue 5, 2006.

³² F. Poudret, S. Besson, Droit comparé de l'arbitrage international, бр. 610.

³³ A. Redfern, M. Hunter, The Law and Practice of International Arbitration, 3rd ed., 1999, пасуџ 7.32.

³⁴ Procedural Order of October 2008 in ICC Case 14433 (Extract), пасуџ 46.

³⁵ Ibidem.

³⁶ M. Veit, Security for Costs in International Arbitration - Some Comments to Procedural Order No. 14 of 27 November 2002, ASA Bull. (2005), p. 116.

швајцарских арбитра.³⁷ Тако, арбитар са седиштем у Берну, у одлуци МТК из 2008.г. наводи:

„Да би се одредила мера обезбеђења потребно је испунити следеће услове: (а) да је тужбени захтев подносиоца захтева основан (*“Verfügungsan-spruch”*) и (б) да је правни положај подносиоца захтева који треба обезбедити или очувати у акутној опасности (*“Verfügungsgrund”*). Према томе, право да се одреди обезбеђење трошкова подразумева да ће (а) подносилац захтева, у случају успеха у поступку, бити овлашћен да му се накнаде настали трошкови, и (б) да подносилац захтева учини вероватним (*“glaubhaft machen”*) да ће бити лишен евентуалног будућег захтева за повраћај трошкова ако се ти трошкови одмах не обезбеде.³⁸

Услови за одређивање обезбеђења у оквиру ИКСИД-а одређени су у арбитражној пракси. У одлуци РСМ против Гранаде, арбитражно веће цитира одлуку у предмету Мафезини као извор следећих услова:³⁹

- мора се доказати да постоји потреба за заштитом неког права и
- да постоје околности које налажу да се одреди привремена мера да би се такво право сачувало, што захтева доказ да је ситуација хитна и да је тражена мера неопходна да би се избегла неоктлоњива штета по право странке које треба заштитити;
- поред тога, не сме се прејудуцирати исход спора у меритуму.

Изузетне околности

Швајцарски аутори Бергер и Келерхалс набрајају следеће разлоге из којих би се могло одредити обезбеђење:

- инсолвентност или отварање стечаја, под резервом да је ова чињеница недовољна само по себи уколико из стечајна имовина могу да се финансирају потенцијални трошкови спора;
- ако је тужилац СПВ (енг. *a special purpose vehicle*) и сумња се да му је тужбени захтев уступљен само ради вођења спора јер СПВ, за разлику од првобитног уговорног партнера нема средства или има значајно мање средстава (привредно друштво као празна шкољка);
- ако се тужбени захтев подноси у тренутку када је тужилац отуђио велике износе или сву своју имовину и не може се отклонити сумња да је тужилац намеравао да избегне могућу одговорност за покривање трошкова спора у случају да изгуби спор;

³⁷ В. нпр. Procedural Order of July 2008 in ICC Case 15218 (Extract), Special Supplement 2014: Procedural Decisions in ICC Arbitration, ICC DRL at <http://www.iccdrl.com>, стр. 79, пасуџ 16.

³⁸ Ibidem, пасуџ 13.

³⁹ RSM Production Corporation v. Saint Lucia, Decision on Santa Lucia's request on Security for Costs, пасуџ 58.

- у ситуацијама када тужилац премести седиште у државу у којој није сигурно да ће арбитражна одлука моћи да се изврши, или ако се не може отклонити сумња да је тужилац преместио седиште само да би избегао евентуалну одговорност за покривање трошкова спора у случају да изгуби спор.⁴⁰

Изузетне околности су постојале предмету Кен-Рен који се везује за енглески правни систем.⁴¹ У време арбитражног поступка, тужилац Кен-Рен је био инсолвентан. Његов предујам за трошкове арбитраже платио је већински акционар, који би у случају да Кен-Рен добије спор, профитирао, али не би био дужан да исплати евентуалну одлуку о трошковима спора која би могла бити донета у случају да Кен-Рен изгуби.⁴²

СПВ као тужилац

Статус тужиоца као зависног предузећа (СПВ) појављује се често у инвестиционим споровима као разлог да тужени тражи обезбеђење. О том разлогу решавао је арбитражни суд у предмету Либананко против Турске. Тужилац је био зависно привредно друштво основано ради реализације страног улагања. Арбитражни суд је заузео став да то није довољно да би се одредило обезбеђење јер се

„зависна предузећа за реализацију инвестиција (*investment vehicles*) често оснивају или прилагођавају специјално за сврху обављања инвестиционог посла из кога касније настаје спор.“⁴³

Ако би се чињеница да је тужилац зависно предузеће узела као релевантан критеријум, у готово сваком инвестиционом спору би се могло тражити обезбеђење. Из тога следи да овај разлог самостално нема велику тежину у инвестиционим споровима. Међутим, ако зависно предузеће нема имовину из које би се могла наплатити арбитражна одлука о трошковима спора, ова додатна околност може да уђе у разматрање као један од фактора за доношење одлуке о одређивању обезбеђења.

Треће лице као финансијер спора

Сличан је проблем са финансирањем спора од стране трећег лица (енг. *Third Party Financing*). Сматра се да је коришћење финансијера спора

⁴⁰ B. Berger, F.Kellerhals, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 518.v, цит. према Procedural Order of December 2007 in ICC Case 14993 (Extract), Special Supplement 2014: Procedural Decisions in ICC Arbitration, ICC DRL at <http://www.iccdri.com>, пасус 7.

⁴¹ Предмет МТК бр. 7047.

⁴² A. Redfern, M. Hunter, op.cit., стр. 357.

⁴³ Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/06/8), Decision on Preliminary Issues, 23 June 2008, пасус 59.

герилска тактика (енг. „*hit and run*“: „удри и бежи“).⁴⁴ Финансијери спора могу да профитирају из одлуке, али не сnose штету, односно нису дужни да надокнаде трошкове спора у случају губитка. Проблем је актуелизован у инвестиционој арбитражи.

Тако на пример, у предмету Хаместер против Гане, тужилац је признао да није у стању да положи предужам за трошкове спора и да се у суштини „ослања на друге како би финансирао спор који је у току пред ИКСИД-ом“.⁴⁵ Гана је потом затражила да тужилац положи обезбеђење за трошкове спора. Ипак, арбитражни суд није прихватио захтев Гане, јер је сматрао да постоји озбиљан ризик да би такво обезбеђење „угушило“ тужбене захтеве тужиоца и да би једина сврха такве наредбе арбитражног суда била да се у ствари откаже већ заказана расправа.⁴⁶

Санта Лусија је остварила захтев за обезбеђење трошкова спора у предмету у коме је тужилац било тексашко привредно друштво РСМ, с позивом на овај аргумент, између осталог.⁴⁷ Тужилац је признао да његову тужбу финансирају трећа лица.⁴⁸ Ово је по мишљењу арбитражног суда био основан разлог за одређивање обезбеђења:

„Финансирање трећег лица је додатни разлог за забринутост, поред нашања РСМ-а у поступку поништаја и у поступку на основу Конвенције. Овим се РСМ, друштво без средстава и његов финансијер стављају у незаслужено повољнији положај јер ће имати користи од сваке одлуке у њихову корист, али ће избећи сваку одговорност за неповољну одлуку.“

Неполагање предужја за трошкове арбитражног спора

Треба разликовати одређивање обезбеђења за трошкове спора од обавезе да се положи предужам за трошкове спора која у арбитражном поступку МТК, као и у ИКСИД-у терети обе странке.⁴⁹ Предужмом се покривају трошкови и хонорари арбитра, административни трошкови институције и трошкови расправе, док се обезбеђењем унапред покривају трошкови друге странке. Даља разлика је у томе што се предужам за трошкове арбитраже по правилу не враћа, осим ако је премашио стварно настале трошкове, док

⁴⁴ J. Kalicki, op.cit.; *RSM Production Corporation v. Saint Lucia, Decision on Santa Lucia's request on Security for Costs*, пасус 33.

⁴⁵ *Gustav FW Hamster GmbH & CO KG v. Republic of Ghana* (ICSID Case No. ARB/07/24), Award, 18 June 2010, пасус 14.

⁴⁶ Ibidem, пасус 17.

⁴⁷ Арбитар Грифит је сматрао да би ово требало да буде главни и једини разлог. Видети Assenting Reasons of Gavan Griffith, пасуси 11-19.

⁴⁸ *RSM Production Corporation v. Saint Lucia, Decision on Santa Lucia's request on Security for Costs*, пасус 33.

⁴⁹ Ibidem.

се обезбеђење може вратити, у случају да странка у чију корист је обезбеђење одређено, не добије одлуку којом јој се досуђују трошкови спора.

Међутим, недостатак средстава може се лако манифестовати и у томе да странка нема довољно новца да положи предужање за трошкове арбитражног спора, па тако неполагање предужања може послужити као доказ о оправданости захтева за обезбеђење. С друге стране, тужиоци често наводе да је благовремена уплата предужања за трошкове спора чињеница која спречава арбитражни суд да изведе закључак да је тужилац инсолвентан и да због тога мора да плати обезбеђење.⁵⁰

У поступку за поништај арбитражне одлуке коју је покренуо тужилац Комерц група против Ел Салвадора, Ел Салвадор је затражио обезбеђење за трошкове спора. Тужилац је био у финансијским проблемима и није одмах могао да уплати први предужање за трошкове спора, па је поступак због тога био једно време у мировању. Упркос томе, арбитражни суд није нашао довољно разлога да одреди обезбеђење. По мишљењу арбитражног суда, таква одлука би могла негативно утицати на право тужилаца да траже поништај арбитражне одлуке донете у овом предмету.⁵¹

Промена околности

Арбитражна одлука у предмету МТК бр. 14020 једна је од новијих одлука у којима је арбитражно веће обавезало тужиоца да положи обезбеђење за трошкове спора. Аргументација је била између осталог заснована на чињеници да су се околности промениле од тренутка када је закључен уговор, односно, арбитражни споразум:

„11. Арбитар сматра да овлашћење да се одреди полагање обезбеђења за трошкове треба да се користи штедљиво.

...

14. Комбиновано дејство два сплета околности који су претходно наведени је да је (а) тужени тренутно у арбитражном поступку са странком која се разликује од оне са којом се првобитно споразумео да подвргне спорове арбитражи; (б) постојање и статус тужиоца, на чијој имовини би морала да

⁵⁰ В. на пример предмет Унете Телекомуникационес против Републике Еквадор у коме је арбитражни суд прихватио овај аргумент. *Unete Telecomunicaciones S.A. and Clay Pacific S.R.L. v. Republic of Ecuador (UNCITRAL)*, Procedural Order No. 5, 29 September 2010, пасус 51. В. такође предмет Рурелек против Боливије у коме је Арбитражни суд као доказ чињенице да је Рурелек привредно друштво које редовно послује, навео и чињеницу да је до сада уредно платио све тражене предужања за трошкове спора. *Guaracachi America, Inc., Rurelec Plc v. The Plurinational State of Bolivia*. Procedural order NO. 14, 11 March 2013, пасус 7.

⁵¹ *Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/09/17)*, Annulment Proceeding, Decision on El Salvador's Application for Security for Costs, 20 September 2012.

се изврши одлука о трошковима спора је спорно и (в) неспорно је међу странкама да се у једном тренутку у овом поступку тужилац налазио у поступку ликвидације. У таквим околностима, арбитар је уверен да је полагање неког облика обезбеђења за трошкове спора целисходно.⁵²

Стечај отворен после закључења арбитражног споразума може се у овом светлу посматрати као значајна промена околности.⁵³

Очиљедна инсолвенћносћ

Према швајцарским ауторима Кареру и Десаксу, недостатак новца је „класичан случај у коме се може одобрити захтев за полагање обезбеђења за трошкове спора.“⁵⁴

Неколико арбитражних судова са седиштем у Швајцарској одредили су плаћање обезбеђења за трошкове спора позивајући се на тај разлог.⁵⁵ Тужилац који је на ивици стечаја има моћан подстицај да покрене арбитражни поступак како би приказао свој захтев као позитивну ставку у свом билансу стања.⁵⁶

По дефиницији, тужилац је инсолвентан ако је пао под стечај. Ипак, у делу арбитражне праксе и доктрине стечај тужиоца се не узима као довољан разлог за одређивање обезбеђења. На пример, аутори Фушар, Гајар и Голдман стоје на таквом становишту. Према њима, чињеница да је странка у финансијким потешкоћама или да је пала под стечај свакако није сама посеби довољна да би послужила као основ за постављање захтева за обезбеђење.⁵⁷ По арбитражној пракси која следи ово мишљење, потребно је да постоји додатни елемент, а то је зла намера странке од које се тражи обезбеђење.⁵⁸ Као зла намера се често помињу радње странке којом она настоји да отуђи своју имовину.

У једној швајцарској одлуци, наведено становиште је образложено на следећи начин.⁵⁹

„Међународна арбитража везана је са уговоре и друге правне послове међународне трговине у широком смислу речи, који подразумевају веће ри-

⁵² Procedural Order of November 2006 in ICC Case 14020 (Extract).

⁵³ Procedural Order of July 2008 in ICC Case 15218 (Extract).

⁵⁴ P.A. Karrer, M. Desax, Security for Costs in International Arbitration, Why, When and What if ...?, у књизи: Liber Amicorum К.-Н. Böckstiegel, 2001, стр. 346.

⁵⁵ Procedural Order of January 2007 in ICC Case 14355 (Extract).

⁵⁶ Karrer/Desax, стр. 340.

⁵⁷ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman International Commercial Arbitration, 1999, p. 688, no. 1256.

⁵⁸ Procedural Order of January 2007 in ICC Case 14355 (Extract).

⁵⁹ A. S.p.A. (Italy) v B AG (Germany), Decision, 25 September 1997, 19 Asa Bull. 745(2001).

зике од унутрашње трговине. Те ризике морају да носе странке, а један од њих је, по мишљењу арбитражног суда, и ризик да друга страна падне у финансијске тешкоће, па и под стечај.

Насупрот томе, може се догодити да странка предузме одређене кораке да би се отарасила своје имовине, тако да постане само празна шкољка у случају да изгуби арбитражни спор. Такви маневри су супротни начелу савесности и поштења и могли би да буду довољан разлог за одређивање обезбеђења за трошкове спора.

Други пример пружају чињенице у предмету *Кен Рен*: важну арбитражу покреће привредно друштво које је само празна шкољка; ако добије спор, оно ће да уновчи арбитражну одлуку; ако изгуби спор, неће ништа платити.⁶⁰

После излагања ових примера, арбитражни суд закључује да су акционари друштва А одлучили да ће оно да оде у ликвидацију, али према мишљењу арбитражног суда то је комерцијални ризик који тужени мора да поднесе. Тужени није ни тврдио ни доказао да је та одлука донета у злој намери.⁶⁰

У предмету МТК бр. 13359, арбитражни суд је такође заузео став да лоша финансијска ситуација странке није сама по себи довољна да би се одредило обезбеђење за трошкове арбитражног спора. Осим тога, арбитражни суд је сматрао да чињеница да је тужилац оптеретио средствима обезбеђења своју целокупну имовину не представља довољну индицију за постојање зле намере.

Слично је и у ИКСИД-у. У предмету РСМ против Гренаде (другом по реду), арбитражни суд је изразио сумњу да

„доказ да [тужилац] нема довољно средстава представља довољну основу за одређивање обезбеђења за трошкове.“⁶¹

Ипак, у новијој арбитражној пракси, објективна немогућност тужиоца да плати трошкове односи превагу над субјективним факторима. Тражити поред тога, да је тужилац био несавестан, оцењује се као нецелисходно. Тако, након што констатује да једна од фундаменталних промена околности може бити чињеница да се противник у време покретања поступка налази у стању очигледне инсолвентности, мада је иста та странка била у добром финансијском стању када је арбитражни споразум закључен,⁶² арбитражни суд у предмету 15218 прелази на детаљно разматрање какав значај треба придати понашању инсолвентне странке.⁶³

„18.понашање странке која је постала инсолвентна може заиста да има утицаја на то да ли ће обезбеђење за трошкове спора бити одређено или

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ *Rachel S. Grynberg and others v. Government of Grenada* (ICSID Case No. ARB/10/6), Decision on Respondent's Application for Security for Costs, 14 October 2010, пасус 5.19.

⁶² Ibidem, пасус 16.

⁶³ Procedural Order of July 2008 in ICC Case 15218 (Extract).

неће. Међутим, овај субјективни аспект није једини релевантни фактор који треба узети у обзир. Није целисходно нарочито да се одређивање обезбеђења учини зависним од услова да је инсолвентна странка намерно предузела кораке имајући у виду арбитражни спор, како би лишила другу странку могућности да поврати трошкове спора. Такав би приступ био једностран, јер би сву тежину при доношењу одлуке ставио на страну интереса инсолвентног тужиоца да оствари приступ арбитражној правди. У случају инсолвентности је због тога оправдано да субјективни фактори (као што је понашање тужиоца) уступку и направе место за претежно објективну анализу: уколико не постоји разумна шанса за туженог да изврши будућу одлуку о трошковима спора донету у његову корист, мора се одредити обезбеђење за трошкове спора, осим ако тужилац не докаже да су његови финансијски проблеми директно повезани са понашањем туженог које је било супротно начелу савесности и поштења.

19. Ово се примењује, међутим, само ако објективна анализа покаже да је тужилац очигледно инсолвентан у тренутку покретања арбитражног поступка. Очигледна инсолвентност се не може спремно претпоставити. Отварање стечајног поступка не би било довољан основ уколико стечајна маса садржи довољно средстава која се могу реализовати како би се финансирала арбитража и како би се могла извршити евентуална будућа арбитражна одлука о трошковима, која би била донета против стечајног дужника.

Тужени није уговорна страна у арбитражном споразуму

Понекад тужилац који је у финансијским проблемима започиње арбитражни поступак против странке која није уговорна страна у уговору који садржи арбитражни споразум, позивајући се на неку од познатих теорија о проширењу дејства арбитражног споразума. Такав је био случају у једном швајцарском предмету,⁶⁴ али арбитражни суд ипак није одобрио захтев за обезбеђење, јер је арбитар сматрао да је преостала имовина тужиоца довољна за покривање трошкова спора. Додао је да ће трошкови арбитражног поступка вероватно имати приоритет у наплати из стечајне масе, јер је стечајни управник одобрио наставак арбитражног поступка започетог пре отварања стечаја.

Вероватноћа да ће тужени добити спор

Право на трошкове спора је условно право: оно зависи прво, од тога да ли ће тужени успети у спору и друго, да ли ће му арбитражни суд досудити трошкове.⁶⁵ У Модел-закону УНЦИТРАЛ-а се као услов за одређива-

⁶⁴ ABC AG v Mr X., Procedural Order, 27 November 2002. ASA Bulletin Vol. 23, 2005, стр. 108.

⁶⁵ RSM Production Corporation v. Saint Lucia, Decision on Santa Lucia's request on Security for Costs, пасус 64.

ње привремених мера помиње између осталог да странка треба да докаже да постоји основана могућност да ће успети у свом захтеву који се односи на суштину спора. Као што је истакао тужени у предмету РСМ против Санта Лусије, овај услов не одговара сврси захтева за обезбеђење за трошкове спора, јер се тај захтев поставља на почетку спора када није могуће доказати да ће тужени успети у меритуму спора. Поједини арбитражни судови су ипак узимали у обзир и овај разлог, да би одбили захтеве за обезбеђење. На пример, арбитражни суд у предмету Либананко против Турске позвао се на чињеницу да у инвестиционој арбитражи арбитражни судови (у то време) по правилу нису досуђивали странкама трошкове заступања, већ су одређивали да свака страна сноси своје трошкове.⁶⁶ „Успех у меритуму спора“ се овде тумачи као успех у захтеву за досуђивање трошкова.

Разлози против одређивања обезбеђења

Присањанак на ризик

У одлукама многих арбитражних судова појављује се мотив да је тужени када је уговарао арбитражу, пристао на ризик да неће моћи да наплати трошкове спора.⁶⁷ На пример у одлуци у предмету Пеј Касадо против Чилеа, арбитражни суд сматра да ратификацијом Вашингтонске конвенције, државе преузимају на себе ризик да ће их тужити инсолвентан улагач.⁶⁸

Присањуј арбитражној правди

Најчешће се износи аргумент да би одређивање да странка која је у финансијским потешкоћама мора да положи обезбеђење могло да доведе до спречавања приступа правди.⁶⁹ Према мишљењу Пудреа и Бесона:

„Инсолвентност сама по себи не би требало да служи као разлог за одређивање обезбеђења за трошкове спора, јер би постојао ризик да тужилац буде спречен да оствари своја права у систему у коме му није доступно ослобођење од трошкова спора.“⁷⁰

Постоји противуречност између услова који каже да тужени мора да докаже да тужилац није у стању да плати трошкове који ће бити досуђени,

⁶⁶ *Libananco v. Turkey, Decision on preliminary issues of 23 June 2008, њасц 59.*

⁶⁷ В. П. Ђундић, Присањанак државе на арбитражу са страним улагачем – модалитети пристања, ограничења и меродавно право, Зборник радова правног факултета у Новом Саду, бр. 3/2013, стр. 359-375.

⁶⁸ *Pey Casado v. Chile, Decision on provisional measures of 25 September 2001, пасц 87.* Видети такође извојено мишљење арбитра Грифита у предмету *RSM Production Corporation v. Saint Lucia, Decision on Santa Lucia's request on Security for Costs, пасц 2.*

⁶⁹ Procedural Order of January 2007 in ICC Case 14355 (Extract).

⁷⁰ F. Poudret, S. Besson, *op.cit.* бр. 554f.

и услова да се мора очувати право тужиоца на приступ правди. Ако странка која тражи обезбеђење успе да докаже да друга страна нема средстава, поставиће се питање њеног приступа арбитражној правди. Ако пак страна од које се тражи обезбеђење покаже да у датом тренутку има довољно средстава да плати трошкове (упркос томе што је пала под стечај), могло би се рећи да полагање обезбеђења за будуће трошкове, не би довело до ускраћивања правде, али не би био испуњен услов да је одређивање обезбеђења неопходно и хитно. Ако се поштују оба фактора подједнако, обезбеђење никада неће моћи да се одреди.

Један други арбитар сматра да је обезбеђење трошкова у међународној арбитражи прво и пре свега питање сукоба два права – права (инсолвентног) тужиоца да има приступ арбитражној правди с једне стране и права туженог да има разумну шансу да у будућности изврши арбитражну одлуку која буде донета у његову корист против тужиоца. Према томе, када одлучује о обезбеђењу трошкова арбитражни суд балансира између два сукобљена интереса и одређује на основу свих релевантних околности случаја, који од њих треба да превагне.⁷¹ Због тога има места одмеравању релативних интереса тужиоца и туженог о коме је говорио арбитар у предмету МТК бр. 15218:

„17. На овом месту треба подсетити да обезбеђење за трошкове спора у међународној арбитражи пре свега покреће питање сукоба интереса између права (инсолвентног) тужиоца да оствари приступ арбитражној правди с једне стране, и интереса туженог да има разумну могућност да изврши будућу одлуку о трошковима која би била донета у његову корист. Приликом одлучивања о захтеву за обезбеђење трошкова спора задатак арбитражног суда је стога да постигне равнотежу између ова два сукобљена интереса и да одреди, на основу свих релевантних околности случаја, који од ова два интереса треба да превагне.

....

20. Приступом из пасуса 18 не вређа се право тужиоца да има приступ арбитражној правди. Све правне максиме, па и ова морају бити подложне изузетцима. Такав изузетак може бити оправдан – као што је објашњено – фундаменталном променом околности до које је дошло од тренутка када је закључен арбитражни споразум. Резултат тога је да приступ арбитражној правди више не може да се добије безусловно, већ је условљен захтевом да се другој страни пружи обезбеђење за трошкове спора.

21. Могло би се то и друкчије изразити: ако је странка постала очигледно инсолвентна и стога је вероватно да користи фондове трећих лица како би финансирала сопствене трошкове арбитраже, право на приступ арбитражној правди може јој бити дато само под условом да су та трећа лица такође спремна и вољна да обезбеде разумне трошкове друге стране који ће за њу

⁷¹ Procedural Order of July 2008 in ICC Case 15218 (Extract), пасус 17.

настати. Ако та трећа лица нису спремна да пруже такво обезбеђење, онда коначна одлука припада повериоцима инсолвентне странке, да одлуче као ће поступити у вези са спорним тужбеним захтевом.⁷²

Арбитражни суд у предмету Рурелек против Боливије (ПО 14, пасус 9) такође прихвата *obiter dicta* да је реч о вагању тежине супротстављених интереса. При том се позива и на члан 26 став (3)(а) Правила УНЦИТРАЛ-а.⁷³

„Спорно питање које анализирају теоретичари и неки трибунали – успостављања одговарајуће равнотеже између права на приступ правосудју за правна лица која су наводно експроприсана с једне стране и заштите држава против наводних фриволних захтева странака које немају довољно средстава да би могле да гарантују за исплату евентуалне одлуке о трошковима спора је озбиљно. Међутим, у овом случају не морамо о њему да донесемо одлуку.“

Правичносћ

Питање је да ли треба узети у обзир и чињеницу да је странка од које се тражи обезбеђење дошла у тешку финансијску ситуацију претежно због деловања странке која тражи обезбеђење. На пример, тужилац коме је сва имовина одузета национализацијом био би спречен да тражи правну заштиту на основу инвестиционог споразума, ако би се његово лоше имовно стање третирало као разлог за полагање обезбеђења на захтев државе која је извршила национализацију. Тужилац је истакао овај аргумент у предмету Рурелек против Боливије. Међутим, арбитражни суд је применом члана 26 УНЦИТАЛ-ових правила, дошао до закључка да тужени није задовољно терет доказивања да тужилац нема средстава да плати евентуалну одлуку о трошковима, па се није упуштао у даље разматрање овог разлога.

У предмету МТК бр. 14661 арбитражни суд разматра питање шта је циљ обезбеђења и каже да циљ није да се обезбеди извршење коначне одлуке о трошковима, већ да се заштити право странке на одбрану од захтева које поставља странка која нема довољно средстава, који се могу показати неоснованим на крају поступка. Арбитражни суд каже да би било процедурално неправично тражити од туженог да се брани и да тако себи ствара правне трошкове које на крају неће моћи да поврати. На основу тога, арбитражни суд закључује да треба надокнадити само будуће трошкове заступања, а не и већ настале.⁷⁴

⁷² Procedural Order of July 2008 in ICC Case 15218 (Extract).

⁷³ *Guaracachi America, Inc., Rurelec Plc v. The Plurinational State of Bolivia*. Procedural order NO. 14, 11 March 2013, пасус 9.

⁷⁴ Предмет МТК бр. 14661, пасус 4, цитира одлуку ICC Arbitration Case No. 13439 of 2004, published in SchiedsVZ 20081 Heft 31 page 118. Слично је поступио и арбитражни суд

Савесношћ̄ туженог

Овај аргумент помиње се као доктрина чистих руку (енг. *clean hands doctrine*). Реч је о томе да се приликом разматрања захтева за полагање обезбеђења води рачуна о томе да ли је страна која тражи обезбеђење сама уплатила предујам за трошкове спора. Од те странке се тражи да докаже да поступа савесно, односно да захтев за полагање обезбеђења није само начин да се омета поступак.⁷⁵ Ако та странка није платила предујам, може се сматрати да „није чистих руку“, што би онда био разлог да буде лишена права да тражи обезбеђење.⁷⁶ Аргумент је истакао тужилац Рурелек у предмету против Боливије, али је арбитражни суд сматрао да није потребно да га разматра јер је донео одлуку да тужилац има довољно средстава за покривање трошкова.⁷⁷

Понекад се поставља питање да ли је арбитражни суд уопште надлежан да одлучује о захтеву за обезбеђење трошкова упркос томе што тужени није платио свој део предујма за трошкове спора. У предмету МТК бр. 13620 арбитражни суд је у пасусу 3.3. установио да је надлежан да одреди обезбеђење за трошкове спора мада је првотужени пропустио да уплати свој део предујма за трошкове спора.

Противречно упутство садржи одлука у предмету МТК бр. 15218 у којој арбитражни суд упућује туженог да није морао да плати свој део предујма, већ је могао да то одбије и да тако примора тужиоца да покрије и његов део. Из ове одлуке би следило да тужени који сматра да је финансијска ситуација тужиоца сумњива, има легитимно право да одбије да положи свој део предујма за трошкове арбитражног спора.⁷⁸

Неблаговременосћ̄ захтева

У судском поступку, захтев за обезбеђење може се по правилу поднети само на почетку поступка, а изузетно и касније, ако је тужени тек касније сазнао за разлоге који указују на могуће проблеме у извршењу будуће одлуке о трошковима. У арбитражном поступку, међутим, по правилу нису одређени рокови за постављање захтева за привремене мере, што зна-

у предмету 15218, пасус 31, када је одобрио обезбеђење само за будуће трошкове, а не и за оне који су већ настали, као и арбитражни суд у предмету бр. 14020, пасус 16.

⁷⁵ В. С. Ђајић, Начело добре вере у међународној инвестиционој арбитражи – његов супстанцијални и процесни значај, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2012, стр. 207-233.

⁷⁶ W. Gu, Security for Costs in International Commercial Arbitration, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2005, Volume 22, Issue 3, стр. 194-95.

⁷⁷ Ibidem, пасус 8.

⁷⁸ Procedural Order of July 2008 in ICC Case 15218 (Extract), пасус 31.

чи да се захтев за обезбеђење трошкова арбитражног спора може поставити у свако доба. Примера ради, у арбитражи коју је покренуо Рурелек Боливија је поднела захтев за обезбеђење 12. фебруара 2013. године, више од две године после подношења Обавештења о арбитражи. Захтев за обезбеђење је поднет пред саму усмену расправу, кад су већ били размењени поднесци о предмету спора. Одлука о захтеву је донета 11. марта 2013. године, после размене још два поднеска посвећена овој теми. Тражени износ обезбеђења у износу од 1,5 милион долара није одобрен.

Поступак

Када захтев за полагање обезбеђења буде поднет, увек се оставља другој страни рок да се изјасни о том захтеву.⁷⁹ Размењују се поднесци, а понекад се одржава и усмена расправа.

Терет доказивања

Ако се обезбеђење за трошкове спора третира као врста привремене мере, на њега се односе многа правила која се генерално примењују на привремене мере. Како постоји став да су привремене мере ванредног карактера и да арбитражни судови не треба да их олако одобравају, терет је на подносиоцу захтева, да докаже да постоје разлози за одређивање привремене мере.⁸⁰ По аналогији, када је у питању одређивање обезбеђења за трошкове спора, подносилац захтева сноси терет доказивања да постоје разлози за одређивање обезбеђења. У предмету Атлантик Тритон против Републике Гвинеје (*Atlantic Triton v. Republic of Guinea*), арбитражни суд је одбио захтев за одређивање обезбеђења јер Гвинеја није успела да докаже да је тужилац у поступку ликвидације.

Последице неполагања обезбеђења

Може се поставити питање шта би се догодило када странка не би положила обезбеђење које је арбитражни суд одредио, какве би биле последице? Одлуке којима се одређују привремене мере по правилу се не могу принудно извршити пред судом у земљи доношења, нити се могу признати и извршити у некој другој земљи. Међутим, арбитражном суду за извршење ове мере није потребна помоћ државног суда. Арбитражни суд у случа-

⁷⁹ В. нпр. Decision of Geneva Chamber of Commerce of 25 September 1997, 19 Asa Bull. 745(2001) *Guaracachi America, Inc., Rurelec Plc v. The Plurinational State of Bolivia* итд.

⁸⁰ *Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/97/7), Procedural Order No. 2, 28 October 1999, пасуџ 10.

ју непоступања по његовој одлуци о полагању обезбеђења за трошкове спора, може условити наставак поступка полагањем обезбеђења. У предмету МТК бр. 15218, у коме је одређено полагање обезбеђења, диспозитив не оставља никакву сумњу о томе:

„(е) Ако се захтевано обезбеђење не плати у целости до датума који је одредио арбитражни суд, арбитражни суд резервише могућност да одреди прекид или окончање арбитражног поступка.“

Закључак

У овом раду смо показали да се захтев за одређивање обезбеђења за трошкове спора све чешће јавља у међународној арбитражи по правилима МТК и ИКСИД-а, да арбитражни судови ретко одређују ову меру и да су услови за њено одређивање још увек релативно недефинисани. Чини се да је праг који тужени мора да пређе да би уверио арбитражни суд да постоје изузетне околности које оправдавају одређивање ове мере изузетно висок. Сама чињеница да је тужилац инсолвентан није довољна да би таква одлука била донета.

*Maja D. Stanivuković, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Security for Costs in ICC and ICSID Arbitration

Abstract: *The Article is about security for costs in international arbitration under the ICC and ICSID Rules. It explains who is entitled to submit such a request, what kind of costs are secured, whether the tribunal has authority to order such measure, and the basis of such authority. This is followed by the discussion of the conditions for ordering the measure and the reasons that speak against it. Among various exceptional circumstances justifying the measure that are mentioned in arbitral caselaw, the following are discussed in more detail: manifest insolvency or bankruptcy of the claimant, SPV as claimant, third party financing of the claim, change of circumstances, respondent is not a signatory to the arbitration agreement, and probability that respondent will be awarded costs. Reasons speaking against the measure mentioned in the cases are the following: consent to the risk of insolvent claimant, access to arbitral justice, equity, respondent's bad faith, and untimeliness of the request. Finally, certain questions of procedure are discussed such as burden of proof and consequences of claimant's non-compliance with the order to pay security.*

The author concludes that in ICC and ICSID arbitration arbitrators are reluctant to order security for costs although such requests by respondents have become more frequent in recent times. The threshold respondent must pass to convince the tribunal that there are exceptional circumstances justifying the measure is high. The fact that claimant is insolvent alone does not suffice for the success of such request.

Key words: *security for costs, international arbitration, ICC, ICSID*

Датум пријема рада: 07.09.2015.