UDK 341.63:339.727.22/.24 ; 341.63:339.5

*Sara Stojković, master prava**

OBEZBEĐENJE TROŠKOVA SPORA U MEĐUNARODNOJ ARBITRAŽI**

Svrha rada je da se prikaže tretman mere obezbeđenja troškova spora u međunarodnoj arbitraži. Da bi se bolje razumeo položaj obezbeđenja troškova, autor ukazuje na činjenicu da je obezbeđenje privremena mera. Potom se nabrajaju troškovi za koje se obezbeđenje pruža. Drugi deo rada se bavi nadležnošću za određivanje ove mere. Utvrđuje se da je danas priznata konkurentna nadležnost arbitražnim tribunalima i nacionalnim sudovima. Osnov nadležnosti arbitraža crpi iz mreže pravila koju su ispleli volja stranaka, merodavno nacionalno pravo i izabrana arbitražna pravila. Osnov se danas nalazi i u veoma opštim odredbama. Svakako, tendencija da se arbitraži prizna nadležnost za određenje obezbeđenja ne podrazumeva i spremnost da se ona izrekne. Spremnost tribunala da odrede ovu meru još uvek nije na zavidnom nivou. Prag za određivanje ove mere je i dalje visok i nejasan, naročito kada su u pitanju investicione arbitraže. Tako, smatra se da insolventnost tužioca nije dovoljan razlog da tribunal odredi ovu meru te se traže dodatni faktori. Predstavljeni su i drugi često razmatrani uslovi kao što su verovatnoća uspeha u sporu, pravičnost i postojanje trećeg lica u ulozi finansijera spora. Ipak, svest o oklevanju prilikom određivanja ove mere je podigla na noge pravnu javnost, te se sve više pažnje u pravnoj literaturi posvećuje razlozima za njeno dodeljivanje. Autor potom prikazuje postupak određivanja mere i okvire u kojima se on odvija. Na samom kraju rada se pokazuje da je autoritet arbitraže prilikom sprovođenja ove mere prilično velik.

Ključne reči: *Obezbeđenje troškova spora. – Međunarodna arbitraža. – Privremene mere. – Trgovinski sporovi. – Investicioni sporovi.*

* Autor je demonstrator i student prve godine doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, *sara.stojkovic001@gmail.com*.

** Ovaj rad je osvojio drugo mesto na konkursu „Gašo Knežević" za najbolje urađeni studentski rad iz oblasti alternativnog rešavanja trgovinskih sporova (arbitraža i medijacija) za akademsku 2018/2019. godinu.

1. UVODNE NAPOMENE

U toku arbitražnog spora može da se javi niz problema koji mogu biti uzrokovani objektivnim okolnostima ili radnjama stranaka u postupku. Ovakve okolnosti i radnje stranaka mogu osujetiti konačno izvršenje arbitražne odluke i na taj način obesmisliti sam arbitražni postupak. Jedna od takvih situacija se može opisati na sledeći način. Moguće je da tužilac pokrene arbitražni postupak protiv tuženog i da arbitražni tribunal presudi u korist tuženom. Ukoliko je gubitnička strana dužna da naknadi troškove spora, u prethodnoj situaciji taj teret će pasti na tužioca. Ipak, iz niza različitih okolnosti, subjektivnih i objektivnih, može da se desi da tužilac svoju obavezu ne izvrši i da tuženi bude onemogućen da troškove naplati. U takvoj situaciji je izvršenje arbitražne odluke onemogućeno. U arbitražnom postupku, mogućnost tuženog da naplati troškove spora je od naročite važnosti. Troškovi spora u međunarodnoj arbitraži ponekad dosežu astronomske visine i tuženi može da pretrpi izuzetno veliku štetu ukoliko se oni ne nadoknade kada je to opravdano.

Primećuje se da se na prethodno opisani način tuženi u arbitražnom postupku postavlja u znatno drugačiju situaciju nego tuženi u parnici.[1]

Prvi je manje motivisan da se upusti u raspravu i da odbrani svoj stav iz razloga što postoji realna mogućnost da neće moći posle da nadoknadi često velike troškove koje mu je upuštanje u tu raspravu napravilo. Sa druge strane, preostaje mu mogućnost da ostane pasivan u raspravljanju kako bi izbegao Pirovu pobedu. Ni ova situacija nije povoljna po tuženog jer su velike šanse da će arbitražni tribunal tada presuditi tužiocu u korist. Dakle, iz oba opisana scenarija tuženi u arbitraži izlazi kao *de facto* gubitnik.

Postavlja se pitanje kako se ovaj problem rešava. U parničnom postupku je predstavljeni problem moguće rešiti tako što će sud na zahtev tuženog odrediti polaganje obezbeđenja troškova spora.[2]

1 P. Karrer, M. Desax, „Security for Costs in International Arbitration: Why, When, and What if...", *Law of International Business and Dispute Settlement in 21st Century* (eds. R. Briner *et al.*), Carl Heymanns Verlag, Cologne 2001, 340.

2 Konkretno, u domaćem parničnom postupku sud će odrediti polaganje aktorske kaucije, između ostalog, ukoliko je tužilac stranac. Iako se drugi deo rada bavi uslovima za određenje obezbeđenja troškova spora, ovom prilikom

Činjenica da je postupak arbitražni, zajedno sa njegovim međunarodnim karakterom, nas upozorava da je moguće da postoje specifičnosti u određivanju ove mere u međunarodnoj arbitraži. Takvo upozorenje nas navodi da postavimo niz pitanja u vezi sa obezbeđenjem troškova u međunarodnoj arbitraži. U daljem tekstu ćemo se potruditi da predstavimo najzastupljenije odgovore na neka od osnovnih pitanja koja se naziru, a sve sa ciljem i nadom da će to koristiti i razvoju domaćeg arbitražnog prava.

2. OSNOVNE ODREDNICE

Obezbeđenje troškova spora predstavlja privremenu meru.[3] Drugačije se naziva i aktorska kaucija ili *cautio iudicatum solvi*.[4] Svrha određivanja privremenih mera u arbitraži je između ostalog da se održi *status quo* u postupku između dve strane.[5] Konkretno, u slučaju obezbeđenja troškova spora, cilj je da se spreče tužioci u isticanju neosnovanih zahteva, ali i da se zaštite tuženi od nepotrebnog gubitka arbitražnih troškova u slučaju da su se uspešno odbranili.[6] To se postiže tako što se određuje polaganje obezbeđenja kojim se pokriva mogući iznos koji će biti dodeljen suprotnoj strani u slučaju da ona uspe da se odbrani, i uz uslov da je previđeno da joj se naknade troškovi spora.[7]

Prema Smernicama o zahtevima za obezbeđenje troškova spora (*CIArb Arbitration Guidelines, Applications for Security for Costs*) koje je pripremio jedan arbitražni institut (*Chartered Institute of Arbitrators*),[8]

napominjemo da je ovakva logika neprimerena u međunarodnoj arbitraži. Činjenica da je jedna strana „stranac" ne bi trebalo da rezultira određivanjem obezbeđenja troškova spora. Više o tome vid. W. Gu, „Security for Costs in International Commercial Arbitration", J*ournal of International Arbitration,* 3/2005, 193–194.

3 G. Born, *International Commercial Arbitration,* Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009, 2004.

4 Vid. V. Pavić, „Polaganje obezbeđenja arbitražnih troškova – „aktorska kaucija" u arbitražnom okruženju", *Usklađivanje poslovnog prava sa pravom Evropske unije – 2018* (ur. V. Radović), Beograd 2018, 356–368.

5 M. Petrović, „Arbitraža i privremene mere", *Pravo i privreda,* 9–10/1999, 32.

6 W. Gu, *op. cit*., 169.

7 G. Born, *op. cit*., 2004.

8 Smernice o zahtevima za obezbeđenje troškova spora (u daljem tekstu: Smernice), predstavljaju pomoćna pravila o koja je pripremilo udruženje

smatra se da troškovi spora podrazumevaju troškove zastupanja, naknade i troškove arbitara i arbitražnih institucija (ako takvih ima) i sve druge troškove strana u postupku.[9] Ne proteže se na naknadu štete ili na bilo koja druga plaćanja koja proizlaze iz odluke o meritumu spora.[10] Smatra se i da stranka treba da priloži specifikaciju predviđenih troškova, samoinicijativno ili na zahtev tribunala.[11]

Obezbeđenje troškova spora se najčešće pruža polaganjem novčanog depozita kod arbitražnog tribunala ili putem bankarske garancije,[12] iako je moguće to učiniti i na druge slične načine.[13] Pritom, više se pozdravlja pružanje obezbeđenja troškova u obliku bankarske garancije iz razloga što tribunali često oklevaju da administriraju tuđim novcem. Ipak, ni bankarska garancija nije propraćena kao izbor bez ikakvih kontroverzi. Pitanje je da li su banke sklone da pružaju vremenski neograničenu bankarsku garanciju, a takva je primerenija za obezbeđenje troškova jer se ne zna kada će se postupak okončati.[14]

---

arbitara kako bi se napravio kao korak dalje ka unifikaciji. Njegovi delovi pod okriljem termina „članovi" nisu obavezujući (osim kada su stranke ugovorile da jesu). Dostupno na: *http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/guidance-and-ethics/practice-guidelines-protocols-and-rules/international-arbitration-guidelines-2015/2015securityforcosts.pdf?sfvrsn=28*, 2. oktobar 2018. godine.

9 Smernice, 1.

10 E. Z. Jaramillo, „Chapter 40: Security for Costs: Authority of the Tribunal and Third-Party Funding", *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (eds. M. Kinnear *et al.*), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2015, 568–569.

11 M. Stanivuković, „Obezbeđenje troškova spora u arbitraži po pravilima MTK i IKSID-a", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* 2/2015, 501.

12 P. Karrer, M. Desax, *op. cit.* fn. 1, 349.

13 J.-B. Pessey, „When to Grant Security for Costs in International Commercial Arbitration: the Complex Quest for a Uniform Test", dostupno na: *https://www.cpradr.org/news-publications/articles/2011-05–06-when-to-grant-security-for-costs-in-international-commercial-arbitration-the-complex-quest-for-a-uniform-test-2011-writing-contest-winner*, 2. oktobar 2018. godine; E. Z. Jaramillo, *op. cit.*, 569.

14 P. Karrer, M. Desax, *op. cit.*, 350.

3. NADLEŽNOST ZA IZRICANJE

Pošto je obezbeđenje troškova spora privremena mera, prilikom određenja nadležnosti za određivanje obezbeđenja troškova spora u međunarodnoj arbitraži poći ćemo od njene nadležnosti za određivanje privremenih mera uopšte.

3.1. Ko ima nadležnost?

Postoje dve mogućnosti u pogledu nadležnosti za određivanje privremenih mera. Tu nadležnost mogu da imaj sudovi i arbitražni tribunali.[15] Klackalica je na početku naginjala ka isključivoj nadležnosti sudova, da bi došla na sredinu. Drugim rečima, za određivanje privremenih mera sud je nesumnjivo nadležan, a uporedo se priznaje nadležnost i arbitrima.

Jedan od razloga za uskraćivanje nadležnosti arbitražnim tribunalima može se razumeti pravljenjem razlike između nadležnosti za određivanje privremenih mera i nadležnosti za odlučivanje o predmetu spora.[16] Arbitraža derogira parničnu nadležnost suda što dalje znači da kada se ona ugovori poverava joj se ova kasnije pomenuta nadležnost, nadležnost za odlučivanje o predmetu spora. Sa druge strane, privremene mere pripadaju izvršnom postupku (ovde postoji vanparnična nadležnost sudova) u kojem arbitraža ne derogira nadležnost suda.[17] Iz tog razloga je, između ostalog, smatrano da je samo sud nadležan da donosi privremene mere. Dalje, veliki problem je i to što sama arbitraža nema aparat prisile koji bi obezbedio da se njene odluke zaista i poštuju.[18]

U novije vreme je ipak došlo do predviđanja konkurentske nadležnosti suda i arbitraže.[19] To pozdravlja i srpski Zakon o arbitraži (u daljem tekstu ZoA) koji u članu 31 predviđa da arbitražni sud može na

15 M. Stanivuković, *Međunarodna arbitraža*, Službeni glasnik, Beograd 2013, 190. Vid. L. Craig, W. Park, J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana Publications, Paris-Boston 2000[3], 460–462.

16 J.-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (Translated by S. Berti, A. Ponti), Sweet & Maxwell, London 2007, 521.

17 G. Knežević, V. Pavić, *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009[2], 129.

18 *Ibid.*,130.

19 *Ibid.*, 129.

predlog stranke da odredi privremenu meru koju smatra potrebnom.[20] Razlog za ovo se nalazi u potrebi za povećanjem efikasnosti arbitražnog postupka jer deluje logično tražiti zaštitu od tela pred kojim se postupak vodi.[21] Dalje, ističe se da se volja strana da ugovore arbitražu ne sme zanemariti, te da stoga stepen moguće intervencije suda prilikom određenja privremenih mera zavisi od arbitražnog sporazuma.[22] To znači da ne treba olako hrliti ka sudovima već samo kada je to opravdano.

Iako pitanje da li se nadležnost za određivanje nekih pojedinačnih privremenih mera može odrediti na osnovu opšte odredbe o nadležnosti tribunala za dodeljivanje privremenih mera nije prošlo bez kontroverzi,[23] danas se smatra da je ovakva opšta odredba dovoljna i u pogledu zasnivanja nadležnosti za obezbeđenje troškova spora.[24] Štaviše, argument da tribunali nemaju način da osiguraju poštovanje svojih odluka, u pogledu mere obezbeđenja troškova spora pada. Naime, tribunal može da odluči o prekidu, odnosno okončanju postupka,[25] što svakako tera stranke da razmisle dva puta pre nego što odbiju da se ovoj procesnoj naredbi povinuju.

3.2. Osnov nadležnosti arbitraže

Kako smo razumeli da se dodeljivanje privremenih mera može poveriti i arbitražnom tribunalu, preostaje pitanje šta je osnov za ovakvo stanovište. Drugim rečima, neophodno je razjasniti odakle arbitri crpe svoju nadležnost. Naime, arbitražni postupak je postupak u kojem vodeću ulogu ima autonomija volje strana, ali se on ne odvija u vakuumu, već na teritoriji neke države. Samim tim se vidi da se plete jedna kompleksna mreža pravila u pogledu osnova nadležnosti arbitraže za određivanje obezbeđenja troškova spora i to između volje strana, merodavnog nacionalnog prava i arbitražnih pravila ukoliko su ih strane ugovorile.[26]

20 Čl. 31 ZoA.

21 G. Knežević, V. Pavić, *op. cit*., 129.

22 W. Gu, *op. cit*., 172–173.

23 E. Z. Jaramillo, *op. cit*., 568.

24 A. Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2005, 261.

25 W. Gu, *op. cit*., 167.

26 *Ibid*., 184.

Polazna tačka bi trebalo da bude sporazum strana budući da arbitraža upravo odatle crpi svoju nadležnost.[27] Strane mogu eksplicitno da ugovore nadležnost arbitraže za dodeljivanje određenih mera, uključujući i meru obezbeđenja troškova spora.[28] One ovu nadležnost mogu i da isključe.[29] Dalje, strane mogu da predvide nadležnost arbitraže u tom pogledu određivanjem nekog prava kao merodavnog, a koje ostavlja mogućnost da arbitri dodeljuju obezbeđenje.[30] Najzad, za ustanovljavanje nadležnosti je od značaja da li je predviđaju izabrana arbitražna pravila.[31]

Drugo pitanje koje se sada javlja je kako znati da li nacionalno pravo ili odgovarajuća arbitražna pravila previđaju nadležnost arbitraže u pogledu pitanja koje analiziramo. Odredbe iz kojih se danas smatra da arbitri crpe svoju nadležnost su različite. Stoga, razlikujemo tri vrste odredbi koje daju odgovarajuću nadležnost arbitraži. Pre svega, moguće je unošenje eksplicitne odredbe o nadležnosti arbitraže za određivanje obezbeđenja,[32] ali to je još uvek retko.[33] Potom, postoje odredbe o nadležnosti arbitraže za određivanje privremenih mera uopšte,[34] za koje se smatra da obuhvataju i nadležnost za dodeljivanje obezbeđenja troškova.[35] Najzad, postoji mišljenje da je, čak i u situaciji

27 G. Knežević, V. Pavić, *op. cit*., 130.

28 W. Gu, *op. cit*., 171.

29 V. Pavić, M. Đorđević, „Resolution of international commercial disputes before Serbian arbitral institutions – certain salient features of the new institutional rules", *Liber amicorum Gašo Knežević*, Beograd 2016, 329–330.

30 W. Gu, *op. cit*., 171.

31 Vid. L. Craig, W. Park, J. Paulsson, *op. cit*., 467–468.

32 Takva odredba se nalazi u engleskom pravu u čl. 38, st. 3 Zakona o arbitraži (*The Arbitration Act 1996*) koji predviđa da: „Arbitražni sud može da naloži tužiocu da pruži obezbeđenje za troškove arbitraže". Primer arbitražnih pravila koja imaju eksplicitnu odredbu jesu Pravila Singapurskog centra za međunarodnu arbitražu (*SIAC Rules 2010*) koja u članu 24, st. 1, tač. k predviđaju da je tribunal nadležan da naloži: „bilo kojoj od strana da pruži obezbeđenje za troškove zastupanja ili za druge troškove, na bilo koji način za koji tribunal smatra prikladnim".

33 V. Pavić, *op. cit*., 361.

34 Tu spada naš ZoA zbog čl. 31, iako se smatralo da je diskutabilno da li se pruža mogućnost arbitrima da dodele obezbeđenje budući da član govori o merama potrebnim s obzirom na predmet spora, a obezbeđenje nije za njega vezano. Više o tome, vid. M. Stanivuković (2015), *op. cit*., 502.

35 L. Craig, W. Park, J. Paulsson, *op. cit*., 467.

kada ni takvih odredbi nema, opravdano izvesti zaključak o postojanju nadležnosti arbitraže zahvaljujući njenim ovlašćenjima da sačuva integritet arbitražnog postupka.[36] Prepoznajemo da se u domaćoj literaturi smatra da nadležnost arbitraže za određivanje obezbeđenja troškova proizlazi i iz čl. 32, st. 3 ZoA gde se predviđa da arbitražni sud može da vodi arbitražni postupak na način koji smatra celishodnim.[37] U svakom slučaju, danas postoji trend priznavanja nadležnosti arbitražama u pogledu određivanja obezbeđenja troškova, te se eksplicitna odredba ne zahteva za njeno uspostavljanje. Najzad, ukazujemo na neophodnost odsustva zabrane zasnivanja nadležnosti arbitraže u prinudnim pravilima nacionalnog prava merodavnog za arbitražu.[38]

Dakle, zasnivanje nadležnosti arbitraže u vezi sa određenjem mere obezbeđenja troškova spora može da se opiše na sledeći način. Naime, polazna tačka je sporazum strana u kojem se traži osnov za zasnivanje nadležnosti. Osnov nesporno postoji kada su stranke takvu nadležnost eksplicitno predvidele, ali to nije neophodno. Dovoljno je da stranke ovu mogućnost nisu želele da isključe i da može nadležnost da „se smesti" u postojeći sporazum. U svakom slučaju, sporazum ne može da se posmatra odvojeno od imperativnih pravila prava merodavnog za arbitražu. Trebalo bi ispitati da li to pravo sadrži odredbe koje bi takvu nadležnost isključile. Ukoliko nema zabrane u prinudnim pravilima i arbitražni sporazum ćuti po ovom pitanju, treba ispitati da li merodavno nacionalno pravo podržava poveravanje nadležnosti arbitražama u pogledu analiziranog problema. U svakom slučaju, odgovor treba potražiti i u izabranim arbitražnim pravilima.

4. USLOVI ZA OBEZBEĐENJE TROŠKOVA SPORA

I kada se pređe prepreka u vezi sa zasnivanjem nadležnosti tribunala za dodeljivanje ove mere, dolazi se do druge, koja danas stvara veće glavobolje. Kada tribunal ustanovi da je nadležan, njegovo pravo da meru dodeli je diskreciono.[39] To znači da je tribunal slobodan kada

36 J. von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2016, 335–336; L. Craig, W. Park, J. Paulsson, *op. cit*., 467.

37 M. Stanivuković (2015) *op. cit*., 503.

38 *Ibid*.

39 W. Gu, *op. cit*., 184–185.

ocenjuje da li treba da odredi ovu privremenu meru. Diskreciono ovlašćenje je dovelo do posledice da ne postoji jasan prag koji predstavlja nedvosmislenu indikaciju tribunalima da treba da nalože tužiocu da položi obezbeđenje.[40] Posledica toga je veliki oprez prilikom određivanja ove mere u arbitražnoj praksi. Takav oprez je doveo do realnosti u kojoj se zahtevaju izuzetne okolnosti da bi tribunal naložio polaganje obezbeđenja troškova.[41] Ovde će se predstaviti neki od često razmatranih faktora prilikom određenja obezbeđenja. Napominjemo pritom da se spisak ovde ne iscrpljuje, i da se mogu uzeti u obzir i drugi faktori u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja u kojem se obezbeđenje zahteva.[42]

4.1. Verovatnoća da se u sporu uspe

Često se smatra da tribunal treba da uzme u obzir zahteve strana u sporu prilikom odlučivanja da li da odredi obezbeđenje troškova spora.[43] U tom smislu, tribunal ne sme da prejudicira ishod spora i da na taj način stavi jednu od strana u povoljniji položaj u odnosu na drugu stranu. Arbitraža samo treba da zaključi da li uopšte ima smisla da odredi obezbeđenje. Zato se traži da je *prima facie* zamislivo da strana u sporu uspe.[44] Dakle, sud neće ulaziti u detalje merituma spora. Ukoliko postoji razumna mogućnost da tuženi u sporu pobedi, onda će sud smatrati da ta činjenica ide u prilog određivanju ove privremene mere i obrnuto.

U svakom slučaju, smatra se da ovaj faktor sam po sebi nije dovoljan da se odluči u korist zahteva za određenje mere obezbeđenja troškova.[45] Ovo je samo faktor koji može da predstavlja „otežavajuću okolnost" ili obrnuto. Prilikom odlučivanja o zahtevu, sud mora da uzme u obzir i druge faktore. Ukoliko tribunal nađe da prima facie uspeh obe strane postoji, naročito u toj situaciji verovatnoća u uspehu neće biti značajan faktor.[46]

40 *Ibid*., 185.
41 P. Karrer, M. Desax, *op. cit*. fn. 1, 343; J.-B. Pessey, *op. cit*., 13.
42 Smernice, član 1, stav 3.
43 V. Pavić, *op. cit*., 366.
44 G. Born, *op. cit*., 2480.
45 Smernice, 5–6.
46 Smernice, 6.

4.2. Tužiočeva sposobnost da nadoknadi troškove

Dakle, još jedan od faktora koji može da idu u korist određivanja mere obezbeđenja troškova je postojanje očiglednog rizika da podnosilac zahteva neće moći da izvrši odluku o troškovima.[47] Sledeći su pokazatelji postojanja takvog očiglednog rizika. Prvo, do njega može da dođe kada tužilac nema dovoljno sredstava pomoću kojih bi nadoknadio troškove koji su mu dosuđeni. Drugi pokazatelj je da tužiočeva imovina nije dostupna za izvršenje na njoj. Prethodno navedene situacije idu u prilog podnosiocu zahteva samo onda kada ih on nije prihvatio prilikom zasnivanja poslovnog odnosa sa saugovaračem kao deo poslovnog rizika.

Pomenuto pravilo podleže brojnim raspravama. Pre svega, pitanje je da li je dovoljno da tužilac nema odgovarajući iznos sredstava. Drugim rečima, da li insolventnost tužioca po sebi stvara jak argument za određivanje obezbeđenja? Mišljenja su različita.

Gu, na primer, je mišljenja da je insolventnost neophodan,[48] ali nedovoljan uslov za dodeljivanje obezbeđenja troškova. Smatra da bi se narušila jednakost strana kada bi se nemogućnost tužioca da plati smatrala kao dovoljan faktor.[49] Naime, arbitražni postupci bi bili vođeni krilaticom da tužilac treba da trpi ili da ćuti (*put up or shut up*) pa bi tako arbitraža bila dostupna samo finansijski jačim i razvijenim subjektima.[50] U svakom slučaju, nemogućnost tužioca da plati troškove poznaje i korektiv. Međunarodni tribunali često zahtevaju i da postoji određeno zlonamerno držanje tužioca.[51] Na primer, ukoliko tužilac namerno učini sebe nesposobnim da plaća, to bi bio dovoljan razlog za određivanje obezbeđenja.

Sa druge strane, Stanivuković ustanovljava da se u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži napušta zahtev zle namere. U tom smislu citira proceduralnu naredbu arbitražnog suda u predmetu MTK br. 15218 u kojoj stoji: „...Međutim, ovaj subjektivni aspekt nije jedini relevantni faktor koji treba uzeti u obzir. Nije celishodno naročito da se određi-

47 Smernice, član 3.

48 Vid. Zaključak tribunala u predmetu MTK br. 14661 od oktobra 2008. godine, *ICC Case 14661*, citiran u *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 25/Supplement, 2014, 22.

49 W. Gu, *op. cit*., 191.

50 *Ibid*.

51 J.-B. Pessey, *op. cit*., 25.

vanje obezbeđenja učini zavisnim od uslova da je insolventna stranka namerno preduzela korake imajući u vidu arbitražni spor, kako bi lišila drugu stranku mogućnosti da povrati troškove spora. Takav bi pristup bio jednostran, jer bi svu težinu pri donošenju odluke stavio na stranu interesa insolventnog tužioca da ostvari pristup arbitražnoj pravdi..."[52]

Dovoljnost insolventnosti naročito nije prepoznata niti pozdravljena u investicionoj arbitraži. U investitor-država sporovima je naročito osetljivo pitanje ostvarivanja pristupa arbitražnoj pravdi pa se zahteva zloupotreba i nesavesnost na strani investitora.[53] Stoga, u investicionoj arbitraži inače postoji tendencija da se održi visok prag u pogledu određivanja obezbeđenja troškova,[54] iako je takav stav u poslednje vreme veoma kritikovan.[55]

Dalje, lokacija na kojoj se nalazi imovina tužioca može biti od značaja prilikom određivanja obezbeđenja. U slučaju da tribunal smatra da je u nekim jurisdikcijama neizvesnije da li će se izvršiti odluka o troškovima, on može da nađe da postoji veća potreba za dodeljivanjem obezbeđenja.[56]

Najzad, kao što smo u uvodnom delu ovog odeljka napomenuli, prethodno će važiti u slučaju da iznete potencijalne situacije nisu prihvaćene kao komercijalni rizici.[57] To znači da arbitraža ima oprav-

52 Navedeno prema M. Stanivuković (2015), *op. cit*., 512.

53 S. Brekoulakis, J. von Goeler, „Chapter I: The Arbitration Agreement and Arbitrability, It's all about the Money: The Impact of Third-Party Funding on Costs Awards and Security for Costs in International Arbitration", *Austrian Yearbook on International Arbitration 2017* (eds. C. Klausegger *et al.*), Wien 2017, 10–12.

54 D. Wilhite Ramírez, „Under what conditions might a Tribunal Award security for costs to a respondent in ICSID Arbitration", *Spain Arbitration Review,* 19/2014, 82–83.

55 „Chapter 6: Costs and Security for Costs", *ICCA Reports No. 4: Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration* (u daljem tekstu: ICCA-QMTF TPF Report), ICCA Reports Series 4/2018, 174. Dostupno na: *http://www.kluwerarbitration.com/document/kli-kaicca-report4–009-n*, 2. oktobar 2018. godine.

56 Smernice, 9.

57 Tribunal je jednom prilikom našao da bez dodatnih okolnosti koje opravdavaju određenje obezbeđenja troškova, nepostojanje dovoljno sredstava predstavlja ovakav poslovni rizik. Vid. Zaključak tribunala u predmetu MTK br. 14355 od januara 2007. godine, *ICC Case 14355*, citiran u *ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol 25/Supplement, 2014*, 20.

danje da odredi obezbeđenje troškova onda kada je došlo do suštinske promene okolnosti od trenutka zaključenja arbitražnog sporazuma do isticanja zahteva.[58] U tom smislu Karer i Desaks navode predmet MTK br. 10032 gde je arbitražni tribunal našao da je neophodno da je „...činjenična situacija u današnje vreme supstantivno drugačija od one koja je postojala u vreme kada su strane...".[59] Na ovaj način, zapravo kombinovanjem insolventnosti i promenjenih okolnosti se stvaraju uslovi za nalaganje polaganja obezbeđenja troškova u arbitražnim sporovima.

4.3. Treća lica kao finansijeri spora

Finansiranje spora od strane trećih lica potpiruje sumnje da postoji mogućnost da tužilac neće moći da nadoknadi troškove. Naime, na prvi pogled nam se može učiniti da neko ko ima dovoljno sredstava ne bi tražio od trećeg lica da mu finansira spor te da će to biti slučaj zaista onda kada lice nema dovoljno sredstava. Ipak, pokazano je da i finansijski stabilne stranke često bivaju finansirane od strane trećih lica u svojim sporovima.[60] Stoga se opravdano smatra da postojanje finansijera samo po sebi nije dovoljno da bi se zaključilo da tužilac nema dovoljno sredstava.[61]

U trgovinskoj arbitraži, pored finansiranja spora se zahteva da finansiranje i navodne promenjene okolnosti koje ono donosi tuženi nije mogao da predvidi, ili da tribunal nađe da ne bi bilo pravično da tuženi ostane neobezbeđen imajući u vidu da drugu stranu finansira treće lice.[62] S obzirom na to da se u investicionoj arbitraži zahteva postojanje zloupotrebe ili nesavesnost na strani tužioca uopšte, u ovakvim sporovima se još ređe nalazi da je finansiranje spora dovoljan razlog za određivanje obezbeđenja.[63]

Ipak, ovo mišljenje nije jedino. U prvom slučaju u kojem je dodeljeno obezbeđenje troškova spora u investicionoj arbitraži, RSM protiv Svete Lucije, tribunal je našao da postoji neizvesnost u vezi sa tim

58 J.-B. Pessey, *op. cit*., 23–24. Više o promeni okolnosti kao faktoru za određenje obezbeđenja vid. M. Stanivuković (2015), *op. cit*., 510–511.

59 Navedeno prema P. A. Karrer, M. Desax, *op. cit*., 348.

60 ICCA-QMTF TPF Report, 171.

61 *Ibid*.

62 J. von Goeler, *op. cit*., 366.

63 ICCA-QMTF TPF Report, 176.

da li je treće lice spremno da nadoknadi tuženom troškove u slučaju da potonji uspe da se odbrani i da je neopravdano nametati mu takav rizik.[64] Stoga, smatrano je da je dovoljno da je prisutno treće lice koje finansira tužbu. Slično, arbitar Grifit je u istom slučaju u svom izdvojenom mišljenju našao da u svakom slučaju treba da se prebaci teret dokazivanja na tužioca, tj. kada spor finansira treće lice, tužilac treba da dokaže da nema razloga da se odredi obezbeđenje troškova.[65]

4.4. Pravičnost

Tribunal treba da uzme u obzir i da li je pravično da odredi u svetlu postojećih okolnosti obezbeđenje troškova spora.[66] Takođe, mora da obrati pažnju da li se ovim zahtevom odugovlači postupak.[67]

U tom smislu je od posebnog značaja ponašanje strane koja je podnela zahtev za obezbeđenje troškova. Zahteva se njena savesnost, tj. bitno je da ona nije skrivila postojanje faktora koji idu u prilog određenju obezbeđenja (npr. tužiočevu nemogućnost plaćanja). Ovo se zove i „doktrina čistih ruku" (*clean hands doctrine*).[68] Takvo držanje tuženog se zahteva i pre postojanja spora i u samom postupku.[69]

U okviru pravičnosti određivanja obezbeđenja se govori i o blagovremenosti zahteva za obezbeđenje.[70] Da bi se određivanje ove mere smatralo pravičnim, zahtev mora da se podnese tribunalu odmah (čim se saznalo ili čim je trebalo da se zna za postojanje činjenica ili rizika koji opravdavaju zahtev).[71] Ovaj stav je potvrđen u predmetu MTK br.

64 Vid. odluku tribunala o određenju obezbeđenja troškova spora u predmetu IKSID br. ARB/12/10 od 13. avgusta 2014. godine, *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, pasus 83. Dostupna na: *https://www.italaw.com/cases/2706*, 2. oktobar 2018. godine.

65 Više o tome vid. J. Hepburn, „In ICSID opinion, Gavan Griffith says third-party funded claimants should show ability to pay future costs awards – or be forced to post funds upfront", dostupno na: *https://www.iareporter.com/articles/in-icsid-opinion-gavan-griffith-says-third-party-funded-claimants-should-show-ability-to-pay-future-costs-awards-or-be-forced-to-post-funds-upfront/*, 2. oktobar 2018. godine.

66 Smernice, član 4, stav 1.

67 Smernice, član 4, stav 2.

68 W. Gu, *op. cit*., 195.

69 V. Pavić, *op. cit*., 365–366.

70 Smernice, 10–11.

71 *Ibid*., 10.

12732 gde je tribunal odbio da odredi obezbeđenje troškova pri čemu je na odluku tribunala uticalo i to što je tuženi podneo zahtev neblagovremeno.[72] Stanivuković ipak ističe da zahtev za obezbeđenje troškova spora može da se postavi u arbitraži u svako doba jer po pravilu nisu određeni rokovi u kojem treba istaći zahtev.[73]

Nije pravično ni odrediti obezbeđenje onda kada tuženi sam nije platio iznos na ime predujma za troškove arbitražnog spora tamo gde se to zahteva.[74] Takva situacija pokazuje nespremnost tuženog da uradi ono što traži od tužioca, da plati. Sa druge strane, ukoliko tužilac ne položi predujam, to može da utiče na odluku tribunala da odredi obezbeđenje.[75]

5. POSTUPAK

Pravo da traži troškove obezbeđenja u arbitražnom postupku nedvosmisleno ima tuženi budući da je ova mera i nastala radi njegove zaštite.[76] Uostalom, tamo gde postoji posebna odredba o zahtevu za obezbeđenje troškova spora u arbitražnim postupcima, nije retko da se izričito i predvidi da je tuženi taj koji može da podnese zahtev.[77] Pri tome, napominjemo da se termin tuženi u smislu zahteva za obezbeđenje troškova smatra i tužilac u postupku kada je tuženi podigao protiv-tužbu.[78] Stoga, i jedna i druga strana u postupku mogu da zatraže obezbeđenje troškova spora ukoliko se nađu u odgovarajućoj ulozi. Pri tome, Stanivuković analizirajući predmet MTK br. 14020 zaključuje da načelno i tužilac ima pravo da traži obezbeđenje budući da u tom slučaju sud nije odbacio zahtev tužioca za obezbeđenje troškova kao nedopušten.[79] Dodajemo da je u ovom slučaju tribunal primenio Arbitražna pravila MTK od 1998. godine (*ICC Arbitration Rules*

72 Zaključak tribunala u predmetu MTK br. 12732 od januara 2006. godine, *ICC Case 12732*, citiran u *ICC International Court of Arbitration Bulletin,* Vol. 25/ Supplement, 2014, 10.

73 M. Stanivuković (2015), *op. cit*., 517–518.

74 Smernice, 10.

75 Vid. M. Stanivuković (2015), *op. cit*., 510.

76 Vid. P. Karrer, M. Desax, *op. cit*., 340.

77 Npr. čl. 25 Arbitražnih pravila Londonskog međunarodnog arbitražnog suda (*LCIA Arbitration Rules 2014*) sadrži takvu odredbu.

78 Smernice, 1.

79 Vid. M. Stanivuković (2015), *op. cit*., 501.

1998),[80] a u kojima nema eksplicitne odredbe o obezbeđenju troškova. Ta mogućnost se izvlači iz opšte odredbe o određivanju privremenih mera koje može da zatraži bilo koja strana. Naravno, zato je i moguće izvesti prethodno navedeni zaključak.

Određenje privremenih mera, samim tim i obezbeđenja troškova spora, moguće je tražiti samo podnošenjem zahteva ili predloga.[81] To se neretko eksplicitno predviđa.[82] Takve eksplicitne odredbe dodatno naglašavaju da postoji zabrana arbitražnim tribunalima da određuju privremene mere *sua sponte*.[83]

Zahtev može da se podnese tek posle konstituisanja tribunala,[84] što podleže kritikama.[85] Dakle, primećujemo da je za podnošenje ovog zahteva neophodno da je tribunal već ustanovio da ima nadležnost za odlučivanje o sporu prema arbitražnom sporazumu. Nakon toga, tribunal treba da utvrdi da li ima nadležnost i da dodeli obezbeđenje.[86] Napominjemo da je za to vreme moguće zatražiti od suda da odredi obezbeđenje troškova.

Dalje, treba imati u vidu da posle podnošenja zahteva treba da se ostavi mogućnost drugoj strani da se izjasni u vezi sa zahtevom, jer ovo nije *ex parte* privremena.[87] Preporučuje se da se privremene mere donose *ex parte* samo kada postoji izričiti zakonski mandati koji to predviđaju.[88]

Napominjemo i da naš ZoA ne reguliše detaljnije postupak određivanja privremenih mera i uopšte njihovo određivanje, te se u domaćoj literaturi na kraju preporučuje da se mere ipak zatraže od suda koji se oslanja na odredbe Zakona o izvršnom postupku.[89]

---

80 Konačna odluka u predmetu MTK br. 14020 od 2011. godine, *ICC Case 14020*, dostupna na: *http://www.kluwerarbitration.com/document/KLI-KA-1152132-n*, 2. oktobar 2018. godine.

81 M. Stanivuković (2013), *op. cit*., 190.

82 Tako je i u našem pravu, budući da čl. 31 ZoA predviđa da se privremena mera određuje na predlog jedne stranke.

83 G. Born, *op. cit*., 2015–2016.

84 Smernice, 4.

85 Do tada može da se traži samo od suda. Više o tome vid. G. Knežević, V. Pavić, *op. cit*., 130.

86 Smernice, 4.

87 *Ibid.*

88 G. Knežević, V. Pavić, *op. cit*., 132.

89 Miroslav Paunović, „Uloga sudova u arbitražnom rešavanju privrednih sporova", *Pravo i privreda*, 4–6/2017, 438.

Najzad, postavlja se pitanje u kom obliku sud ovu meru određuje. To može da se učini u obliku međuodluke (*interim award*), ili zaključka (*procedural order*).[90] Pri tome napominjemo da međuodluku ne treba shvatiti u smislu građanskog sudskog postupka, kao odluku o osnovanosti zahteva.[91] Ovde koristimo termin međuodluka u nedostatku boljeg termina kako bismo napravili razliku između odluke tribunala o određenju privremene mere i konačne odluke tribunala.[92] Konačno, tribunal treba da oslobodi stranku od obezbeđenja troškova konačnom odlukom.[93]

6. IZVRŠENJE

Izvršenje privremenih mera u arbitraži može da bude problematično, pošto autoritet arbitraže ne jača aparat prinude ka kao što je slučaj sa državnim sudovima.[94] Postoje pokušaji da se ove slabosti otklone,[95] ali prvenstveno naglašavamo specifičnost mere obezbeđenja troškova. Priroda mere obezbeđenja troškova spora je takva da ne zahteva jačanje autoriteta arbitraže budući da se može adekvatno osigurati. Tribunal osigurava izvršenje ove mere tako što može da prekine ili da okonča postupak ukoliko se ona ne izvrši.[96] Traženje pomoći prilikom izvršenja obezbeđenja troškova na drugom mestu stoga nije naročito privlačno podnosiocima zahteva.[97] Naravno, to ne znači da sprovođenje ove mere nije moguće osigurati posezanjem za mehanizmima koje odgovarajuća prava predviđaju za sprovođenje privremenih mera uopšte pa su stranke slobodne da se i tom mogućnošću koriste.[98]

90 Smernice, član 5, stav 1.

91 Više o vrstama arbitražnih odluka vid. M. Stanivuković (2013), *op. cit*., 255. Takođe, o terminu međuodluka vid. G. Knežević, V. Pavić, *op. cit*., 135.

92 Svakako, bez obzira na to kako tribunal kvalifikuje svoju odluku, to ne vezuje državne sudove. Sudovi će kvalifikovati odluke tribunala u skladu sa pravilima svog nacionalnog prava. Više o izvršenju privremenih mera vid. V. Pavić, M. Đorđević, *op. cit*., 329–333.

93 Smernice, član 5.

94 G. Born, *op. cit*., 2019.

95 Vid. G. Knežević, V. Pavić, *op. cit*., 130.

96 W. Gu, *op. cit*., 172.

97 *Ibid*.

98 Kao što je napomenuto, nije redak slučaj da nacionalni arbitražni zakoni predvide posebna pravila o sudskom izvršenju privremenih mera koje je odredio arbitražni tribunal. Primer takvog mehanizma je u UNCITRAL-

U pogledu određivanja iznosa obezbeđenja tribunal takođe uživa diskreciju.[99] Ipak, treba da uzima u obzir zahtev stranke, koliki je razuman iznos, te da li je prikladnije odrediti obezbeđenje samo za određenu fazu postupka (kada se može podneti još ovakvih zahteva).[100]

7. ZAKLJUČAK

Iz svega predstavljenog možemo da izvučemo sledeće zaključke. Prvenstveno, nadležnost arbitraže za određivanje obezbeđenja troškova u arbitraži nalazi svoj osnov čak i u veoma opštim pravilima u slučajevima kada onda nije izričito predviđena. To nam pokazuje da se sve više favorizuje nadležnost arbitraže u pogledu određivanja ove mere u odnosu na tradicionalnu sudsku nadležnost. Ipak, ta činjenica ne znači automatski spremnost arbitraža da ovu meru i dodele. Arbitražna praksa pokazuje da su tribunali još uvek skeptični prilikom određivanja obezbeđenja troškova spora. Da bi se ona odredila, neophodno je da se pređe veoma visok prag. Ovakva rešenja su sve češće kritikovana i postoji inicijativa da se prag spusti. U narednom periodu je svakako očekivano da se ovaj institut dalje razvija u smeru njegove sve češće primene.

---

ovom Modelu zakona (*UNCITRAL Model Law*) u članu 17N koji mogućnost izvršenja daje nacionalnim sudovima u mestu sedišta arbitraže. Više o sudskom izvršenju privremenih mera koje je odredio arbitražni tribunal, vid. G. Born, *op. cit*., 2019–2028.

99 Smernice, 13.

100 Vid. Smernice, 13–14.

Sara Stojković, M.A.
Graduate Teaching Assistant and Doctoral Candidate at the Faculty of Law, University of Belgrade

SECURITY FOR COSTS IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Summary

The purpose of this article is to show how security for costs is treated in international arbitration. In order to understand the position of security for costs, author points to the fact that security for costs is a provisional measure. After that, costs which are covered by security are listed. The second part of the article deals with jurisdiction for granting security for costs. It may be noticed that parallel jurisdiction of both arbitral tribunals and national courts is recognized nowadays. Basis for the jurisdiction of the arbitration is the web of rules created by party autonomy, applicable national law and chosen arbitration rules. The basis may even be found in very general clauses. In any way, tendency to recognize tribunal's jurisdiction to grant security does not necessarily encompass readiness of the tribunals to grant such measure. The tribunals are not yet willing to order security more often. Threshold for providing this measure is still high and unclear, especially in case of investment arbitrations. Therefore, claimant's insolvency is found to be insufficient for granting security which results in consideration of additional factors. Other conditions presented here include prospects of success, fairness and existence of third party funding. The awareness of level of unwillingness to grant this measure made legal world jump on its feet and start discussing reasons why security should be ordered. After that, author describes the procedure in which security is provided and its framework. At the very end, it is shown that arbitral tribunals may ensure that decisions on security for costs are being complied with on their own.

Key words: *Security for costs. – International arbitration. – Provisional measures. – Commercial disputes. – Investment disputes.*