

Александар ЈАКШИЋ\*

## ПРАВО НА АРБИТРАЖУ

### Резиме

*Уставом Републике Србије (РС), као и међународним инструментима за заштиту људских права право на тужбу се гарантује свима, па и правним субјектима који су слабог имовинског стања. У поступку пред међународном трговинском арбитражом то није случај. Закључењем пуноважног арбитражног споразума странке се одричу гаранција које постоје када поступак воде пред државним судовима. С друге стране, закључењем пуноважног арбитражног споразума за странке настаје право на арбитражу. Међутим, у новије време државни судови не толеришу неспособност за плаћање трошкова арбитражног поступка као разлог због чијег би се постојања странкама ускратило право на правну заштиту. Оваква неспособност може да има за последицу и престанак уговора о арбитражи. Тиме се отвара и проблем одређења директне међународне надлежности судова пред којима странке могу да остварују своју правно-заштитну потребу.*

### I Увод

У класичним делима<sup>1</sup> која третирају проблем међународне трговинске арбитраже (МГА) понавља се као мантра да је поступак пред арбитражом далеко ефикаснији, али и далеко скупљи начин да странке остваре своју правнозаштитну потребу него што је то случај пред државним судовима. Такође, у истим радовима објављеним пре десетак година

---

\* Редовни професор на Правном факултету Универзитета у Београду

1 Alan Redfern, Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th edition, London, 2004, 22-23; Julian Lew, Loukas Mistelis, Stefan Kröl, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003, 5-8; Laurence Craig, William Park, Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd edition, Oceana Publications, 2000, 1.

мало пажње је посвећено проблему обавезе странака која се односи на плаћање предујма трошкова за рад арбитражног трибунала.<sup>2</sup>

Грубо говорећи, правилници институционалних арбитража предвиђају и данас, без изузетка, да је свака од странака у арбитражном поступку дужна да предујми трошкове за рад арбитражног трибунала.<sup>3</sup> Такође, правилницима је предвиђено и решење за случај да само тужилац уплати свој део трошкова арбитражног поступка. У том случају, дакле, када тужени из било ког разлога не плати свој део предујма трошкова поступка, на тужиоца пада обавеза да у целости плати предујам за трошкове арбитражног поступка. Ако, пак, тужилац овако не поступи, сматра се да је захтев, тј. тужба повучена.<sup>4</sup>

Изузетак је чинио једино Правилник СТА при ПКС, и то како у верзији из 2007. године, тако и у савременијој верзији из 2014. године, као и Правилник Сталне арбитраже при ПКС из 2016. године. Наиме, у поступцима пред овом арбитражом једино је тужилац у обавези да у целости предујми трошкове арбитражног поступка. Ако то не учини, сматра се да је тужба повучена.<sup>5</sup>

У суштини, у арбитражним поступцима могуће је да странке (најчешће тужени који се суочава са губитком спора) поступају дилаторно.<sup>6</sup> У један од најефикаснијих начина опструкције арбитражног поступка спада и могућност туженог да одбије да плаћа предујам за трошкове поступка, чиме овај значај финансијски терет пребацује на тужиоца. Ако тужилац није у могућности да предујми целокупне трошкове поступка, тужени применом ове „герилске“ тактике<sup>7</sup> доводи у питање и тужиочево право на тужбу.

- 
- 2 Вид. на пример Matti Kurkela, Santtu Turunen, *Due Process in International Commercial Arbitration*, 2nd edition, Oxford University Press, 2010, 98-99.
  - 3 Члан 37 став 2 *ICC Arbitration Rules* (2017); члан 24 став 1 *Arbitration Rules* (2014), *London Court of International Arbitration*; члан 51 став 3 *Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* (2017); члан 41 став 1 *Swiss Rules of International Arbitration* (2012).
  - 4 За више детаља о правилима других институционалних арбитража вид. Nadia Darwazeh, Simon Greenberg, “No One’s Credit is As Good As Cash: Awards and Orders of the ICC Advance on Costs”, 31 *Journal of International Arbitration*, Vol. 31, 2014, 557-574.
  - 5 Вид. члан 57 Правилника СТА при ПКС у верзији из 2007. године, *Сл. гласник РС*, бр. 52/2007, односно члан 54 Правилника СТА при ПКС у верзији из 2014. године, *Сл. гласник РС*, бр. 2/2014, те члан 51 Правилника Сталне арбитраже при ПКС, *Сл. гласник РС*, бр. 101/2016.
  - 6 Michael Lazopoulos, Thomas Rohner, “Respondent’s Refusal to Pay its Share of the Advance on Costs”, *ASA Bulletin* 3, Vol. 29, 2011, 549-573; Xavier Boucozba, Yves Marie Serinet, “Les principes du procès équitable dans l’arbitrage international”, *Clunet*, 2012, 87.
  - 7 Под „герилском тактиком“ се подразумева свака радња или пропуст странака која има за циљ да обесмисли или одуговлачи правично одвијање арбитражног поступка. Вид. Günther

Наиме, не ретко, у нашем, али и у страним правним системима, јавља се следећа констелација случаја<sup>8</sup>: тужилац, упркос томе што је закључио са туженим споразум о арбитражи, подноси тужбу државном суду; тужени се позива на постојање арбитражног споразума, те суд, правилно, следећи изворе норми о МТА<sup>9</sup>, одбацује тужбу као недопуштену; тужилац подноси тужбу пред арбитражом, онако како је то предвиђено арбитражним споразумом, али тужени одбија свесно и намерно да сноси свој део предујма за трошкове арбитражног поступка, док, с друге стране, тужилац плаћа свој део предујма за трошкове арбитражног поступка.

Ако тужилац није у могућности да плати и онај део предујма за трошкове арбитражног поступка које је требало да сноси тужени, тужени је постигао свој циљ: тужба поднета арбитражи се сматра повученом, док је тужба поднета државном суду недопуштена. У резултату тужилац остаје без права на правну заштиту коју му гарантује Устав, па и међународни инструменти за заштиту људских права.

Међугим, проблем неплаћања претходних трошкова арбитражног поступка далеко је сложенији него што је то у уводу изложено. Он задире у саму суштину права на тужбу, тј. права на правну заштиту.

## II Посебно о оквиру који постоји у правном систему РС

Закон о арбитражи садржи одредбу којом предвиђа да странке (у множини) сnose трошкове арбитраже. Уз то, сходно норми члана 18 става 3 ЗА, странке су дужне да, на захтев арбитражног суда, унапред плате трошкове арбитраже.<sup>10</sup>

Међугим, Закон (члан 18 став 4) предвиђа да институционалне арбитраже саме „уређују“ трошкове арбитраже и тарифу тих трошкова. Овако редигована норма се суштински разликује од норме члана 18 става 2 ЗА која предвиђа да износ трошкова арбитраже „утврђује“ арбитражни

---

J. Horvath, Stephan Wilske, "Chapter 6: Conclusion and Outlook", *Guerrilla Tactics in International Arbitration* (eds. Günther J. Horvath, Stephan Wilske), Kluwer, 2013, 341; Sarah Whittington, "Timor-Leste v. Australia: "Guerrilla Tactics" and Schoolyard Bullies in State Arbitration", *Arbitration Law Review*, 2014, 438.

8 Вид. пресуду Привредног суда у Београду 12 П. 1344/2010 (необјављено); *BDMS Ltd v Rafael Advanced Defence Systems* [2014] EWHC 451 (Comm).

9 Вид. члан II став 3 Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 11/1981; члан 14 Закона о арбитражи - ЗА, *Сл. гласник РС*, бр. 46/2006.

10 Одредба о трошковима арбитраже није садржана у верзији *UNCITRAL Model Law* од 1985. нити доцније, у модификованој верзији Модел закона од 2006. године.

суд. Дакле, институционалне арбитраже саме „уређују“ - нормирају начин на који странке сnose трошкове арбитраже, док, вероватно (*a contrario*) *ad hoc* арбитраже само „утврђују“ висину трошкова арбитражног поступка, док сам Закон уређује начин на који странке сnose трошкове арбитраже.

Овако редигована норма суштински одступа од принципа аутономије воље странака, тј. од фундаменталног начела у арбитражном праву да у арбитражном споразуму уређују примарно сва питања која се тичу арбитражног поступка, укључујући овде и његове трошкове, као и начин сношења ових трошкова.

Но, чини се да је законодавац овде имао у виду како да подржи јединствене норме које је садржао ранији Правилник СТА при ПКС, а које данас садржи Правилник о сталној арбитражи при ПКС. Тако, арбитражном праву је непозната норма којом се предвиђа да арбитража може да одбије да решава спор и када је њена надлежност уговорена, ако споразум о арбитражи или уговор о основном правном послу нису у складу са надлежностима и начелима арбитраже<sup>11</sup>.

Осим тога, и Правилник СТА при ПКС и данас важећи Правилник Сталне арбитраже при ПКС садрже идентичне норме које се односе на обавезу плаћања предумја трошкова за рад арбитраже, и то како у погледу тужбе, тако и у погледу могућности подношења противтужбе, па чак и приговора ради компензације. Наиме, читаво нормирање овог проблема подсећа на тајландску изреку „*No money, no honey*”.

Тако, ако било која од странака не предумји трошкове арбитражног поступка, за било који захтев који је истакла, сматра се да је захтев повукла.<sup>12</sup> Такође, за разлику од свих могућих правилника институционалних арбитража у свету, Правилник институционалне арбитраже чије је седиште у РС предвиђа да на тужиоца искључиво пада терет да предумји трошкове арбитражног поступка<sup>13</sup>.

Проблем је што су оба правна акта донета у време када су решења „*go as you pay*” постала анахрона у савременом праву међународне трговинске арбитраже. Јер, право на правну заштиту не сме да буде ускраћено

---

11 Вид. члан 13 Правилника СТА при ПКС у верзији из 2014. године; вид. и члан 10 Правилника о сталној арбитражи при ПКС из 2016. године. О неодрживости оваквог решења нема, на жалост, простора да се излаже у овом чланку.

12 Вид. члан 54 став 5 Правилника СТА при ПКС у верзији из 2014. године; члан 51 став 5 Правилника Сталне арбитраже при ПКС.

13 Вид. члан 54 став 1 Правилника СТА при ПКС у верзији из 2014. године; члан 51 став 1 Правилника Сталне арбитраже при ПКС.

никоме било у поступку пред арбитражом, било у поступку пред државним судом.

У принципу, Правилник о *ICC* арбитражи предвиђа,<sup>14</sup> као уосталом и сва арбитражна правила,<sup>15</sup> да странке на једнаке делове плаћају предујам трошкова арбитражног поступка (члан 37 став 2). Ако је, пак, поднета и противтужба, арбитражни суд може да донесе посебне одлуке о висини трошкова арбитраже (за тужбу и противтужбу), при чему је тада тужилац дужан да плати трошкове које је њему арбитража одредила, а тужени, пак, своје трошкове (члан 37 став 3). Ако предујам трошкова из било ког разлога не буде плаћен, сматраће се да је захтев повучен (члан 37 став 6).

У оквиру оваквих арбитражних правила водио се поступак у случају *LP c. Pirelli* у коме је арбитражна одлука донета тако што је арбитража *ICC* одбила да расправља о захтеву из противтужбе, јер тужени није поступио по решењу арбитраже и уплатио аликвотан део предујма трошкова поступка. Апелациони суд у Паризу<sup>16</sup> је поништио овако донету арбитражну одлуку, јер се одлуком крши принцип равноправности странака, те је она, сходно томе, противна међународном јавном поретку, с обзиром да је туженом ускраћено право на правну заштиту (*déni de justice*).

Судови су у пресудама преузели резоновање ЕСЉП које се односи на право на тужбу и истакли да „право на тужбу (*le droit d'accès à la justice*) значи да странка не може да буде лишена могућности да своје захтеве изнесе пред судију. Чак и ако постоје рестрикције у вршењу овог права оне морају да буду пропорционалне захтевима правне државе. Овај принцип се примењује и на судовање пред арбитражама“.

### III Право на тужбу и право на арбитражу

Право на арбитражу (*right to arbitration; le droit à l'arbitre*) треба стриктно разликовати од права на тужбу (*access to a court*). Ово потоње право је гарантовано Уставом РС (члан 32 став 1), па и чланом 6(1) Европске конвенције о људским правима и основним слободама (ЕКЉП), док је право на арбитражу искључиво уговорног карактера, будући да се заснива на валидном арбитражном споразуму.

14 ICC Rules of Arbitration (2017).

15 Вид. члан 51 став 3 Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (2017); члан 24 став 1 Arbitration Rules of the London Court of International Arbitration (2014); члан 41 став 1 Swiss Rules of International Arbitration (2012).

16 Cour d'Appel de Paris, 11. nov. 2011, *LP. c. Pirelli*, *Juris classeur périodique*, G (2012) 843, no. 6, потврдио Cour de cassation, 1ère, 28 mars 2013, *Pirelli c. LP*, *Revue d'arbitrage* (2013), 746.

Грубо речено, гаранције садржане у корпусу права на правично суђење не примењују се директно на поступак пред међународним трговинским арбитражама.<sup>17</sup> Отуда, странке у арбитражном поступку, између осталог, не могу да се позивају на обавезу држава да странци која је лошег имовинског стања обезбеди бесплатну правну помоћ.<sup>18</sup>

Ипак, ситуација и није толико јасна након пресуде Европског суда за људска права (ЕСЉП) у случају *Regent Company v. Ukraine* из 2008. године<sup>19</sup>. У овој пресуди ЕСЉП је изричито истакао да се под појмом „суд установљен законом“, у смислу члана 6(1) ЕКЉП, сматра и арбитражни суд. Следствено томе, сваки поступак пред арбитражом мора да пружи исте оне гаранције чије испуњење Конвенција захтева и у вези са поступцима који се воде пред државним судовима. Такође, свака арбитражна одлука мора да удовољи истим оним захтевима који се постављају и за одлуке државних судова.

Домашај горе наведене пресуде ЕСЉП треба схватити на следећи начин: пресуда ЕСЉП директно обавезује и арбитра у арбитражном поступку. Ипак, држава не одговара за рад арбитража. Али, државни судови су у обавези да у поступку за поништај арбитражне одлуке или, пак, у поступку егзекутуре страних арбитражних одлука контролишу колико је арбитражни суд поштовао гаранције из члана 6(1) ЕКЉП. Ако то пропусти да учине, држава чланица Конвенције одговара за повреду обавеза које је преузела приступањем Конвенцији.

## IV Основ арбитражног судовања

### 1. Уговор о арбитражи

Основ сваког арбитражног поступка јесте пуноважан арбитражни споразум, дакле уговор којим се странке одричу права да захтевају правну заштиту пред државним судовима. Истовремено, странке се, на тај начин, одричу и корпуса права садржаних у оквиру синтагме право на правично суђење,<sup>20</sup> тиме, уједно, и права да од државе захтевају бесплатну правну помоћ у случају неспособности за плаћање трошкова арбитражног поступка.

17 Вид. детаљније Aleksandar Jakšić, *Arbitration and Human Rights*, Peter Lang Verlag, 2002.

18 Вид. leading case ECtHR, *Airey v. Ireland*, пресуда од 9.10. 1979, Series A, no. 32. За више детаља вид. А. Јакшић, *Коментар Европске конвенције о људским правима и основним слободама*, Београд, 2006, 177-178.

19 ECtHR, *Regent Company v. Ukraine*, пресуда од 3.04.2008, пар. 54.

20 В. ECtHR, *Souvaniemi and others v. Finland*, пресуда од 23.02. 1999.

Ипак, у неким констелацијама случајева финансијска немогућност плаћања трошкова арбитражног поступка може да има за последицу *déni de justice* што је, свакако, противно не само међународним инструменти-ма за заштиту људских права већ и међународном јавном поретку како се он схвата у арбитражном поступку.

## 2. Тужилац није у могућности да плати предужам трошкова арбитражног поступка

Тужилац који је обвезан ваљаним арбитражним споразумом, али који није финансијски у стању да плати предужам трошкова арбитражног поступка, налази се у изузетно тешкој процесној ситуацији. Јер, у принципу, ако тужилац у истој правној ствари поднесе тужбу суду, суд је дужан да овако поднету тужбу одбаци као недопуштену, осим ако суд утврди да је уговор о арбитражи очигледно ништав, без дејства или да га није могуће извршити (*inoperative or incapable of being performed*).<sup>21</sup>

У овом контексту, ако је арбитражни споразум пуноважан, поставља се питање како поступити ако тужилац лошег имовинског стања ипак поднесе тужбу државном суду, а тужени се позове на пуноважан арбитражни споразум. Јер, ако суд тужбу одбаци, он тиме *de facto* креира ситуацију у којој је тужилац остао без права на правну заштиту. Решење ове ситуације није јединствено и зависи од правног система у коме се проблем поставио.

Такође, ваља нагласити да решења могу да варирају и од домашаја начела *Kompetenz-Kompetenz* у појединим правним системима. Тако, на пример, у оним правним системима у којима је могућност интервенције државних судова у арбитражни процес сведена на минимум (Француска, на пример),<sup>22</sup> државни суд уопште нема могућност да се изјасни о питању пуноважности и извршивости арбитражног споразума све док се поступак пред арбитражом не оконча. Тако, у случају *Lola fleurs* у коме је Апелациони суд у Паризу<sup>23</sup> поништио арбитражну одлуку због *déni de justice*, суд је стао на становиште да најпре арбитража треба да одлучи на који начин ће омогућити тужиоцу уживање права да поднесе тужбу, чак и

21 Вид. члан II став 3 Њујоршке конвенције; члан 14 3А; члан 8 став 1 *UNCITRAL Model Law* (2006).

22 Вид. члан 1448 став 1 *Code de procédure civil*.

23 *Cour d'Appel de Paris, Société Lola fleurs c. Société Monceau fleurs et autres*, 29 fév. 2013, Bull. ASA (2013), 900.

када за то нема средстава, а да државни суд само накнадно контролише да ли је арбитражни суд тужиоцу ускратио право на правну заштиту.

*а) Раскид уговора о арбитражи*

У ситуацији у којој тужилац није у могућности да сноси трошкове арбитражног поступка, немачки судови<sup>24</sup> дају могућност тужиоцу да раскине уговор о арбитражи, те да правну заштиту захтева у поступку пред државним судовима.<sup>25</sup> Немогућност плаћања трошкова арбитражног поступка потпада под норму немогућности извршења арбитражног споразума.<sup>26</sup>

И заиста, арбитражни споразум је уговор материјалног права са процесним дејствима, тако да свака од странака може да захтева да се уговор о арбитражи раскине, ако након његовог закључења наступе промењене околности (члан 133 став 1 ЗОО) или, пак, ако дође до накнадне субјективне немогућности испуњења уговорне обавезе (члан 354 став 1 ЗОО).

Ако је то тако, најпре се поставља питање које право је меродавно да регулише проблем немогућности плаћања у међународној трговинској арбитражи. Ово је проблем квалификације која се у недостатку *lex fori* мора вршити било према *lex arbitri* или аутономно. У том смислу, а у недостатку колизионих норми, могућа су два решења: прво, да се на утврђење немогућности плаћања трошкова арбитражног поступка примењује оно право које се примењује и на арбитражни поступак. Друго, ако се проблем третира у оквиру обавеза странака да сnose трошкове арбитражног поступка које су преузеле арбитражним споразумом, тада би се на питање утврђења постојања немогућности плаћања, као и на последице немогућности плаћања трошкова арбитражног поступка применило исто оно право које је меродавно за арбитражни споразум.

Премда у доктрини има и схватања која заговарају ово друго мишљење,<sup>27</sup> склонили смо да тврдимо да је питање утврђења немогућности плаћања трошкова поступка, као и последице постојања ове немогућ-

---

24 BGH, Urteil vom 14.09. 2000, NJW (2000), 3720.

25 У оваквим ситуацијама немачки судови допуштају тужбе пред државним судом чак и без претходног раскида арбитражног споразума. Решење се критикује у доктрини. Вид. Peter Schlosser, "Urteilsanmerkung", *Juristenzeitung*, 2001, 260.

26 Вид. ближе Rolf Schütze, "Armut im internationalen Schiedsverfahren-kollisionsrechtliche Aspekte", *Festschrift für Peter Schlosser*, Tübingen, 2005, 867.

27 Тако R. Schütze (2005), 867. R. Schütze, *Deutsches internationales Zivilprozessrecht unter Einschluss des europäischen Zivilprozessrechts*, 2. Auflage, Berlin, 2005, 516.



ности процесно питање на које се има применити *lex arbitri*. Ово не само због тога што је проблем системски решен процесним нормама, већ и због чињенице да он суштински тангира право на правну заштиту, дакле, право које није материјалноправног карактера.

Проблем настаје и ако се на ове околности, током арбитражног поступка, позове тужени и истакне немогућност да сноси трошкове поступка који могу да настану поводом његове противтужбе. Јер, ако се у овој ситуацији допусти могућност да немогућност плаћања трошкова за поступак по противтужби оправдава престанак арбитражног споразума због немогућности извршења, тада се ништи тужиочево право на арбитражу.

#### б) Одрицање од права на арбитражно судовање

У англосаксонској судској пракси, начелно и само изузетно, тужилац се овог права може одрећи само изричито или прећутно, и то тако што тужбу, уместо уговореној арбитражи, поднесе редовном суду. Када се сматра да се тужилац одрекао права на арбитражу тиме што је понео тужбу суду уместо арбитражи која је предвиђена арбитражним споразумом, варира од земље до земље.<sup>28</sup>

Међугим, ово схватање може да се прихвати једино ако се и тужени сагласи са престанком важења арбитражног споразума. Јер, право на арбитражу не припада само тужиоцу, већ и туженом.

Такође, према схватањима неких судова (Енглеска),<sup>29</sup> тужилац подношењем тужбе државном суду уместо арбитражи чини повреду арбитражног споразума, чиме даје право туженом да раскине уговор о арбитражи.

#### в) Ирелевантност имовинског стања странака

Најзад, има и схватања која веома ригидно схватају синтагму да арбитражни споразум није могуће извршити. Тако, *High Court* у Северној Ирској<sup>30</sup> држи да арбитражни споразум није могуће извршити једино ако постоји објективна, нескривљена немогућност извршења. У ово, пак, не спада и сиромаштво (*poverty*) тужиоца који није у стању да сноси трошкове арбитражног поступка.

28 Вид. ближе Peter Gilles, Andrew Dahdal, "Waiver of a Right to Arbitrate by Resort to Litigation in the Context of International Commercial Litigation", *Journal of International Commercial Law and Technology*, 2007, 221-230.

29 *Downing v. Al Tameer Establishment* (2002) EWCA Civ. 721.

30 *Trunk Flooring Ltd. v. HSBC Finance (UK) Ltd. and Costa Rica Srl.* (2015) NIQB 23.

### 3. Тужени није у могућности или не жели да плати предужам за трошкове арбитражног поступка

#### а) О праву на арбитражу

Закључењем арбитражног споразума за обе парничне странке настаје „право на арбитражу“ (*right to arbitrate; le droit à l'arbitre*). У најмању руку, овде се ради о праву које се темељи на ваљано закљученом арбитражном споразуму. Међутим, у неким државама, већ у зависности од правног система, ради се о праву које се темељи на Уставу.<sup>31</sup> Оно се изводи из права на слободу личности и из аутономије воље странака. Дакле, странке су везане пуноважним арбитражним споразумом, а видели смо, државни судови су, у том случају, дужни да се уздрже од вршења јурисдикције.

Такође, видели смо да арбитража не сме да лиши туженог који није у стању да предујми трошкове арбитражног поступка права да у њему учествује и износи своју одбрану, па чак ни права да поднесе противтужбу или уложи компензациони приговор. У таквим ситуацијама, тужилац може сам да плати предужам за трошкове арбитражног поступка који падају на туженог. Ако он то, пак, не учини или није у могућности да учини, тужиоцу не остаје ништа друго до да раскине арбитражни споразум и поднесе тужбу државном суду.

Међутим, како то наводе аналитичари,<sup>32</sup> у већини случајева тужени не плаћа предужам за трошкове арбитражног поступка како би омео нормалан ток поступка и спречио да се против њега донесе кондемпнаторна арбитражна одлука. У суштини, јединствени одговор на питање како треба поступити када једна од странака не плати из обести свој део трошкова за вођење арбитражног поступка не постоји, јер закони о арбитражи, као и правилници институционалних арбитража не садрже изричито решење. У доктрини се сматра да овде постоји правна празнина<sup>33</sup>.

31 Тако, на пример, у Канади. Вид. *Laurentinne-vie, Cie d'assurances Inc. v. Cie d'assurance-vie*, Court of Appeal of Quebec, 12 June 2000 (2000) CanLII 9001 (QC CA). BGH, II ZR 373/98, Urteil vom 3. April 2000. Вид. *UNCITRAL 2012 Digest of case law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, United Nations Publication, New York, 2012, 34-35.

32 Micha Büchler, "Non-Payment in the advance on costs by the respondent party: Is there a real remedy?", *ASA Bulletin*, Vol. 24, 2006, 290. Таквих случајева има и у свету и то пред свим арбитражама. Вид. ближе Neal M. Eiseman, Brian Farkas, "Stiffing the Arbitrators: The Problem of Nonpayment in Commercial Arbitration", *Harvard Negotiation Law Review*, 2011, 1-19; Richard de Witt, Rick de Witt, "No Pay No Play: How to solve the Nonpaying Party Problem in Arbitration", *Dispute Resolution Journal*, Vol. 60, 2005, 27-28.

33 N. M. Eiseman, B. Farkas, 4.

### 1) Меродавно право

Странке свакако могу да у арбитражном споразуму предвиде начин плаћања предујма трошкова арбитражног поступка. Међутим, такав споразум не би смео да буде противан било међународном јавном поретку или, пак, императивним нормама *lex arbitri*. Тако, на пример, према изворима арбитражног права у Енглеској и Хонг Конгу странке могу у арбитражном споразуму да предвиде да ће само једна од њих да у целости сноси трошкове арбитражног поступка<sup>34</sup>. Међутим, овакав споразум је допуштен једино у компромису, дакле тек када је спор настао, не и у арбитражној клаузули.

Ако странке, као што је то уобичајено, проблем не регулишу арбитражним споразумом, питање обавезе претходног сношења трошкова арбитражног поступка потпада, као процесно питање, под *lex arbitri*. Мањи део доктрине,<sup>35</sup> ослањајући се на слабе аргументе, тврди да се овај проблем решава у оквиру меродавног права које се примењује на садржину арбитражног споразума.<sup>36</sup>

### 2) Повреда уговора о арбитражи

У доктрини, арбитражној и судској пракси је спорно шта, заправо, значи неекскулпирајући пропуст туженог да плати предујам за трошкове арбитражног поступка. Тако, они<sup>37</sup> који сматрају да се обавеза да се предујме трошкови арбитражног поступка темељи на споразуму о арбитражи, пропуст туженог сматрају доцњом, тј. накнадно скривљеном повредом уговорне обавезе.

У тој ситуацији, тужилац, који је остао веран уговору, може да:<sup>38</sup>

34 Вид. Sec. 60 of *English Arbitration Act* (1996); Sec. 74 (8) of *Hong Kong Arbitration Ordinance*.

35 Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd edition, Kluwer, 2014, 3099.

36 Овде се заборавља на аналитичку методу МПП. На различите састојке арбитражног споразума (способност за закључење, форма, садржина и сл.) примењује се различито меродавно право.

37 Peter Schlosser in Stein, Jonas, *ZPO Kommentar*, Band 9 (2002) бр. 30 за § 1029; Otto Sandrock, "Claims for advances of costs and the power of arbitral tribunal to order the payment", *Liber Amicorum in honor of Rober Briner*, ICC Publications, 2005, 709; Ibrahim Fadlallah, "Payment of the Advance to Cover Costs in ICC Arbitration: the Parties' Reciprocal Obligations", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, No.1, 2003, 53; Jean Rouche, "La payment par le défendeur de sa part de provision sur les frais d'arbitrage: simple faculté ou obligation contractuelle", *Revue d'arbitrage*, 2002, 841.

38 P. Schlosser, *Recht der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 1989, 712.

а) тужбом поднетом државном суду захтева од туженог плаћање предујма за трошкове арбитражног поступка;

б) једностраном изјавом воље раскине уговор о арбитражи.

Видели смо да у англосаксонским правним системима скривљени пропуст да се плати предујам за трошкове арбитражног поступка значи, уједно, и одрицање од права на арбитражу.<sup>39</sup>

У поступцима који се воде према Правилнику *ICC* арбитраже обавеза странака из члана 37 става 2 Правилника да *pro rata* предујме трошкове арбитражног поступка се тумачи као обавеза уговорног карактера. Сходно томе, главни коментатори поступка пред овом арбитражом (*Craig, Park, Paulson*)<sup>40</sup> сматрају да арбитражни суд може одмах, након доцње туженог, да донесе делимичну арбитражну одлуку којом би туженог обавезао на плаћање предујма трошкова арбитражног поступка. И заиста, у великом броју случајева *ICC* арбитража је и доносила овакве арбитражне одлуке.<sup>41</sup>

Међутим, сва три решења доносе слабу сатисфакцију за тужиоца који је закључио ваљан арбитражни споразум чиме је желео да отклони могућност да спор реши пред државним судовима. Такође, оваква решења заснована на схватањима да се овде ради о повреди уговорне обавезе су неодржива, јер несавесно понашање туженог има за последицу да тужиочево право на арбитражу престаје.

### 3) Повреда процесних обавеза туженог

С друге стране, има и схватања да обавеза странака да предујме и снесе трошкове арбитражног поступка представља њихову процесну обавезу, и то обавезу према арбитражном трибуналу.<sup>42</sup> И заиста, када се сагледа правна природа арбитражног споразума (материјалноправни уговор са процесним дејствима, независан од основног правног посла)

---

39 *Sink v. Aden Enter Inc.*, 352 F.3rd 1197 (9th Cir. 2003); *Sanderson Farms Inc. v. Gatlin*, 848 So. 2nd 828 (Miss. 2003).

40 L. Craig, W. Park, J. Paulson, 268.

41 Тако у Partial award in ICC case no. 10671, *ASA Bull*, 2001, 285; Partial award in ICC case no. 10526, *Clunet*, 2001, 1179, note Jarvin. Amtsgericht Düsseldorf, Judgment, 17.06. 2003, Schieds VZ (2003) 240; ICC case no. 16812 (2011); ICC case no. 1506 (2009). Вид. и L. Craig, W. Park, J. Paulson, 267-270; Sandrock, 708.

42 Тако, на пример, Xavier Favre Bulle, «Les conséquences de non-paiement de la provision pour les fris de l'arbitrage d'une partie», *Bulletin ASA*, 2001, 227.

његова дејства су, примарно, процесна.<sup>43</sup> Између осталог, уговор о арбитражи имплицитно садржи и процесну обавезу странака да сnose трошкове арбитражног поступка.<sup>44</sup>

У процесне обавезе странака спада и дужност да поступак воде *bona fidae*, што у себи укључује и обавезу да се уздрже од сваке процесне радње која би ометала нормалан ток поступка.<sup>45</sup> Следствено томе, плаћање предујма за трошкове арбитражног поступка је основни предуслов да се поступак одвија нормало и експедитивно.

Но, било како да се схвати правна природа арбитражног споразума, његово постојање подразумева да странке извршавају своје обавезе у доброј вери. Такође, без обзира да ли се обавеза странака да плаћају трошкове поступка схвата као обавеза материјалноправног или процесног карактера, те да ли се на ову обавезу примењује право које је меродавно за уговор о арбитражи или *lex arbitri*, стоји да у *lex mercatoria arbitralis* важи општи правни принцип *pacta sunt servanda*, као и обавеза да се уговори извршавају *bona fidae*.<sup>46</sup>

И заиста, у многим арбитражним одлукама ICC<sup>47</sup> заузет је став да је обавеза плаћања трошкова арбитражног поступка нужан предуслов за извршење арбитражног споразума *bona fidae*.

#### **V Постојећа решења садржана у изворима норми о МТА у случају немогућности плаћања трошкова арбитражног поступка**

Решења садржана у изворима норми о МТА у случају немогућности плаћања трошкова арбитражног поступка су незадовољавајућа и опскурна. Најпре ваља истаћи да нити један извор норми не садржи решење за случај да тужилац иницијално није у стању да предујми трошкове арбитражног поступка. Отуда, у оваквој ситуацији, отклањање

43 Тако ICC case no. 10671 (2011). Yves Derains, Eric Schwarz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2nd edition, Kluwer, 2005, 347.

44 Овде изостављамо разматрање обавеза странака према арбитрама које настају по *receptum arbitri*.

45 Sandrock, 710.

46 Fouchard, Gaillard, Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, 563; Born, 1007-1008.

47 Вид. на пример ICC case no, 16812 (2011). Овде, међутим, ваља напоменути да се у поступцима пред овом арбитражом пуноважност арбитражног споразума цени независно од правних норми националних правних система.

могућности да наступи *déni de justice* остаје на арбитражама и националним судовима који контролишу арбитражну одлуку.

С друге стране, пак, више пажње је посвећено ситуацији у којој тужени малициозно одбија да плати свој део трошкова арбитражног поступка.

### 1. Привремене мере државног суда

Члан 15 ЗА предвиђа да свака странка може да поднесе захтев суду ради одређења привремених мера, и то како пре покретања, тако и у току арбитражног поступка. С обзиром на то да је ЗА имплементиран у правни систем РС на основу *UNCITRAL Model Law* (1985), за тумачење домања ове одредбе ваља користити *Travaux préparatoires* који су рађени приликом израде Модел закона, као и тумачења одговарајуће норме садржане у члану 9 Модел закона.<sup>48</sup>

Одатле произлази да горе наведена одредба Модел закона има за циљ да странке од надлежних државних судова обезбеде своја потраживања, и то нарочито пре почетка тока арбитражног поступка, дакле, пре него што је арбитражни суд формиран. Овом нормом не може да се реши проблем који настаје неплаћањем или немогућношћу плаћања предујма за трошкове арбитражног поступка.

Далеко су шира овлашћења судова у САД. Тако, на пример, у случају *Brady v. Williams Cap.Group, L.P.*<sup>49</sup> самим арбитражним споразумом је било предвиђено да послодавац и запослени носе по половину трошкова арбитражног поступка. Међутим, арбитража ААА је, супротно арбитражном споразуму, одредила да послодавац иницијално сноси укупне трошкове арбитражног поступка, с обзиром на лошу финансијску ситуацију тужиоца. Како је тужени одбио да плати трошкове арбитраже у целини и захтевао од арбитраже да тужбу одбаци, јер тужилац није уплатио аликвотни део трошкова поступка, случај је по тужби запосленог доспео пред судове државе Њу Јорк. Апелациони суд је обавезао послодавца на плаћање укупне суме трошкова арбитражног поступка уз образложење да:

а) је запослени суду поднео довољно доказа о томе да није у могућности да унапред плати трошкове арбитражног поступка;

---

48 *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its 18th session* (Official Records of the 14th Session, Supplement no. 17, A/40/17, §§ 11-333; *Digest of UNCITRAL 2012 Digest of case law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, United Nations Publication, New York, 2012, 34, 35.

49 64 A.D.3d 127 (N.Y. App. Div. 2009).

б) је могуће да споразум о арбитражи има, хијерархијски посматрано, виши ранг у односу на арбитражна правила ААА, али да висина трошкова арбитражног поступка практично онемогућава тужиоца да врши своје право на тужбу пред арбитражним судом, јер то чини арбитражни споразум неизвршивим, што је у резултату противно јавном поретку.

## 2. Привремене мере које доноси арбитража

И сам арбитражни суд може да одреди привремене мере.<sup>50</sup> Међутим, у правном поретку РС оне се увек односе на предмет спора, дакле, на обезбеђење потраживања странака током поступка ради ефикасног извршења арбитражне одлуке<sup>51</sup>.

Али, у новој верзији *UNCITRAL Model Law* (2006) брисане су речи да се привремене мере односе на предмет спора (*subject matter of the dispute*), тако да арбитражни трибунал може да одреди привремене мере било у облику арбитражне одлуке или у другом облику, у циљу да се спречи каква радња којом би могла да се нанесе штета самом арбитражном поступку. Привремене мере могу да се одреде под условом да странка која захтева њихово одређење увери арбитражу да јој прети настанак штете која не може адекватно да се отклони доношењем арбитражне одлуке и сл.<sup>52</sup>

Ово, пак, значи да би арбитражни суд могао да одреди и привремене мере које се не односе на меритум спора,<sup>53</sup> већ да би арбитража могла да одреди и сваку привремену меру којом би обезбедила ефикасно довијање арбитражног поступка, укључујући овде и мере којима би се несавесној странци наложила обавеза да плати аликвотни део трошкова арбитражног поступка.

## 3. Делимична или привремена арбитражна одлука

Могућност доношења привремене (*interim*) или делимичне (*partial*) арбитражне одлуке није изричито предвиђена у већини правилника институционалних арбитража. Тако, овакву могућност не садржи ни Правилник *ICC* арбитраже у последњој верзији из 2012. године. Ипак, видели смо да арбитражни трибунали који поступају према Правилнику

50 Вид. члан 31 ЗА и члан 17 *UNCITRAL Model Law* (1985).

51 Вид. члан 37 став 1 Правилника сталне арбитраже при ПКС.

52 Вид. чланове 17 и 17А *UNCITRAL Model Law* (2006).

53 *Digest of UNCITRAL 2012 Digest of case law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, United Nations Publication, New York, 2012, 88-89.

ове арбитраже доносе овакве арбитражне одлуке позивајући се било на нужност извршења уговора о арбитражи, било на дужност савесног вршења процесних права у арбитражном поступку.

Ово се решење није усталило, тако да има случајева у којима арбитра не налазе основ да донесу било делимичну арбитражну одлуку, било решење о привременим мерама како би обавезали несавесног туженог да одмах накнади тужиоцу део плаћеног предујма за трошкове вођења арбитражног поступка. Образложење арбитра да не поступи по захтеву тужиоца се заснива на чињеници да Правилник ICC о арбитражи предвиђа могућност доношења само арбитражних одлука у меритуму.<sup>54</sup> Такође, исти Правилник предвиђа могућност да се решење о одређењу привремених мера донесе само како би се мером обезбедило утужено потраживање.

Изричита решења о могућности доношења привремених или делимичних арбитражних одлука садрже само два Правилника институционалних арбитража чије је седиште у Европи.

Тако, према правилима о арбитражи Арбитражног института Привредне коморе Стокхолма у верзији из 2017. године<sup>55</sup> свака странка је дужна да предујми половину трошкова арбитражног поступка (члан 51 став 3). Пропуст да се овако поступи има за последицу одбацивање тужбе. Међутим, ако тужени не уплати свој аликвотни део трошкова арбитражног поступка, то може да учини тужилац. Ако тужилац плати укупан предујам за трошкове арбитражног поступка, арбитража може, на његов захтев, да донесе посебну арбитражну одлуку (*separate award*) на основу које тужилац може од туженог да наплати део предујма плаћеног за трошкове арбитражног поступка (члан 51 став 5).

Слично решење садржи и Правилник Међународног арбитражног суда са седиштем у Лондону у верзији из 2014. године (члан 24 став 5),<sup>56</sup> с тим што арбитража може да, о накнади плаћеног депозита за трошкове арбитражног поступка, одлучи било у облику арбитражне одлуке или у облику решења (*order*).

## VI Слабости постојећих решења

Горе наведена решења садржана у правилницима институционалних арбитража представљају значајан *novum* и помак у односу на стање

54 Вид. тако Partial award no. 2 of 1.06. 2004 in ICC case 12491, *Bull. ASA*, 2006, 281.

55 Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce.

56 London Court of International Arbitration, Arbitration Rules.



које је постојало пре усвајања ових правила, јер се њима елиминише могућност ускраћивања пружања права на правну заштиту. Такође, њима се успоставља процесна равноправност странака у поступку.

Чини се да је реалнији приступ проблему онај у коме арбитража доноси решење о привременим мерама (*interim measures; preliminary orders*), јер су таква решења извршна по *lex arbitri*.<sup>57</sup> Али, проблем настаје када дужник нема имовину у држави седишта арбитраже, јер механизам којим се обезбеђује транснационално извршење решења о привременим мерама које се не односе на меритум спора не постоји. За сада овакву могућност предвиђа једино *UNCITRAL Model Law (2006)*.<sup>58</sup>

Шанса да се транснационално признају и изврше привремене, делимичне и посебне арбитражне одлуке којим је арбитража обавезала једну страну у арбитражном поступку да другој накнади већ плаћени део предујма за трошкове арбитражног поступка није ништа већа од могућности признања и извршења одлука арбитража којима су одређене привремене мере. Јер, овако донете арбитражне одлуке нису подобне за признање и извршење према одредбама Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. године, с обзиром на то да се њима не решава спор у меритуму.

## VII Проблеми везани за директну међународну надлежност судова

Када говоримо о немогућности странака да снесу трошкове арбитражног поступка, мислимо на фактичку немогућност,<sup>59</sup> не и на немогућност која настаје услед презадужености, трајније немогућности плаћања и сл., који представљају услове за покретање стечајног поступка.<sup>60</sup> Напротив, овде се мисли на постојање услова који странкама допуштају да у парничном поступку захтевају ослобађање од трошкова поступка.<sup>61</sup>

О самом постојању ових услова одлучује арбитража која је дужна да изнађе механизам којим спречава настајање *déni de justice*. Ако у томе не успе, арбитражну одлуку поништава државни суд.

57 Вид, на пример, *American Centennial Ins. Co. v. Global Int'l Reins. Co., Ltd.*, 2012 WL 2821936 (S.D.N.Y. 2012).

58 Вид, чланове 17 Н и 17 I овог Закона.

59 François Xavier Train, "Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international", *Revue d'arbitrage*, 2012, 268.

60 Вид, чланове 11 и даље Закона о стечају, *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011.

61 Вид, чланове 168 и даље Закона о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013.

Међутим, овде се поставља изузетно важно питање (о коме нема речи у доктрини) како поступити ако у било којој од горе изнетих констелација државни суд у држави седишта арбитраже нађе да арбитражни споразум није могуће извршити због тога што једна од странака није у стању да сноси трошкове арбитражног поступка. Тешкоће које произлазе из престанка важења арбитражног споразума су значајне.

У најједноставнијој констелацији случаја потенцијалног спора, странке у арбитражи виде неутралан, поуздан и предвидив форум који је најподобнији да реши све спорове који могу да се јаве у вези са пуноважношћу, извршењем, неизвршењем и последицама неизвршења основног правног посла. Тако, ако продавац са седиштем у РС и купац са седиштем у Руској Федерацији уговоре надлежност ICC арбитраже у Паризу, Бечу или Минхену, засигурно немају на уму да воде поступак било пред судовима у РС или, пак, у Руској Федерацији.

Узмимо, на пример, да инсолвентни српски тужилац не може да предујми трошкове арбитражног поступка. У таквој ситуацији тужилац би морао да поднесе деклараторну тужбу пред судом државе у којој се налази седиште арбитраже, те да захтева да суд утврди престанак уговора о арбитражи због тога што он не може да се изврши. Овде би за тужиоца са седиштем у РС било изузетно важно да већ приликом закључења арбитражног споразума познаје упоредноправна решења и изабере такво место седишта арбитраже, у коме државни судови неспособност за плаћање узимају као основ за утврђење да арбитражни споразум не може да се изврши. Видели смо да је такав став судова у Немачкој,<sup>62</sup> док у Француској није.<sup>63</sup>

Али, и када би судови у Аустрији или Немачкој донели пресуду којом би се утврдило да арбитражни споразум очигледно не може да се изврши, поставља се питање да ли се престанком важења арбитражног споразума аутоматски отварају сви алтернативни форуми пред којима би тужилац могао да поднесе тужбу. Тако, надлежност судова РС би постојала ако би се стекли услови за заснивање *forum loci contractus* или *forum loci executionis*.<sup>64</sup> Ово би, међутим, представљало тежак и неправичан

---

62 Вид. и OLG München, Beschluss vom 29.02. 2012, Az. 35 SchN 6/11, openJur (2012) 121169, „раскид уговора о арбитражи када је тужилац допао у сиромаштво, тако да не може да плати предујам за трошкове арбитражног поступка“.

63 Вид. Cass. Civ. 1re, 13 juill. 2016, pourvoi no. 15-19-389. Само из изјаве ликвидационог управника не може да се закључи да арбитражни споразум очигледно не може да се изврши.

64 Вид. ближе А. Јакшић, *Међународно грађанско процесно право*, Београд, 2016, 194-204.

процесни терет за туженог који не само да је изгубио право на арбитражу, већ би морао и да учествује у поступку пред судовима тужиоца. Такође, ако не постоји уговор о арбитражи, не постоји ни правни оквир који би искључио могућност тужиоца за *forum shopping*.

Једина процесно правична могућност - конверзија арбитражног споразума у пророгациони споразум – је недопуштена у процесном праву због принципа *numeros clausus* процесних уговора.

Отуда, у оваквим ситуацијама настаје значајна дискрепанаца између легитимних очекивања странака, нарочито туженог, да ће своје спорове решити пред арбитражом и исхода који настаје престанком арбитражног споразума. Ову дискрепанцу није могуће решити без интервенције законодавца, односно допуном међународних извора права о међународној трговинској арбитражи.

Другачија је ситуација ако до престанка уговора о арбитражи дође услед чињенице да тужени из дилаторних или других малициозних разлога не жели да плати предујам за трошкове арбитражног поступка. Тада на његовој страни не постоји процесни интерес вредан заштите, тако да тужиоцу остаје могућност да поднесе тужбу пред свим форумима који му стоје на располагању.

### VIII Закључак

Третирање проблема немогућности плаћања трошкова арбитражног поступка је релативно нов феномен у праву МТА. Он је везан за пролиферацију људских права на све врсте поступака у којима се мери торно одлучује о појединачним правима и обавезама грађана.

*Déni de justice* у поступку пред МТА је сасвим нов проблем са којим се суочавају МТА, али и државни судови који контролишу арбитражни процес. До ускраћивања права на правну заштиту у поступцима пред МТА најчешће је долазило због тога што странке нису биле у стању да снесу релативно високе трошкове арбитражног поступка. Раније је то имало за последицу одбацивање тужбе или противтужбе, сходно принципу „*go as you pay*”. Данас се такво поступање МТА сматра анахроним и противним међународном јавном поретку.

У том контексту, нужно је ускладити правила институционалних арбитража чије је седиште у РС са захтевима који произлазе из права на арбитражу, тј. шире посматрано, права на правну заштиту.

Немогућност плаћања трошкова арбитражног поступка има за последицу престанак арбитражног споразума. У оваквој ситуацији поста-вља се питање одређења директне међународне надлежности суда какве државе пред којим тужилац може да поднесе тужбу ради решавања спора који је био обухваћен објективним домаћајем арбитражног споразума. Ако је арбитражни поступак престао због нескривљене немогућности плаћања трошкова арбитражног поступка на страни тужиоца, тиме се ремети процесноправни положај туженог који је на тај начин лишен пра-ва на арбитражу. Тужилац, у оваквој ситуацији, не би требало да ужива погодности које му пружа факултативна директна међународна надлежност.

С друге стране, пак, ако је престанак арбитражног споразума скривио тужени малициозним одбијањем да сноси аликвотни део трошкова арбитражног поступка, тужилац би тужбу могао да поднесе пред свим могућим форумима који му стоје на располагању.

**Aleksandar JAKŠIĆ, PhD**  
**Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade**

## RIGHT TO ARBITRATION

### Summary

*This paper deals with the problem of impecuniosity and the problem of refusal to pay the advance on costs in international commercial arbitration as well. Arbitral tribunals generally have a broad discretion to allocate costs in an international commercial arbitration. The power to allocate costs is specifically provided in all major institutional rules and in many national arbitration statutes. Almost all major international arbitration institutions require that the fees and expenses of the arbitrators “be payable in equal shares” subject to readjustment at any time during the arbitration. The arbitration will dismiss any claim if the parties fail to advance the costs, but “any party shall be free to pay any other party’s share” so its case can proceed to the arbitral tribunal. Such solutions may cause a problem to both the impecunious claimant and impecunious defendant as regard their rights to file their claims before an arbitration tribunal. In such a case, they may face denial of justice.*

*Besides, a not uncommon problem in international arbitration is where a party declines to pay its share of the advance on costs. This can be particularly frustrating for a claiming party where the parties have agreed that arbitration is*

*to be the default procedure for resolving disputes. It is especially the defendant who uses “guerrilla tactics” to undermine the legitimacy of arbitration procedures.*

*With respect thereto, there is a hole in the system of international commercial arbitration. To close such a hole requires legislative action, because “access to arbitration” should not be confused with “access to justice” more generally. Arbitration is consensual and a party, by agreeing to arbitrate, waives his right to access to justice.*

*Bis dato, the problem of failure to pay the advance of costs in international commercial arbitration has been unsatisfactorily solved in the court’s proceedings, which aim at controlling the validity of an arbitral award. So, for instance, a party to an arbitration agreement may be deemed to have waived their right to arbitrate a dispute comprehended by this agreement, by involvement in litigation concerning this dispute. Further, a party has by litigating a dispute that is comprehended by an arbitration agreement, committed breach or anticipatory breach of a core term (a condition) in this agreement, thereby entitling the other party to rescind.*

*On the other hand, if a non-payer sabotages an arbitration, it is not fair that the paying party’s only alternative is to file suit in court. Some arbitration providers promulgate their own new rules, which entitle the arbitration to render either an interim or a provisional arbitration award by virtue of which the paying party may reimburse a portion of the advance on costs.*

*Finally, if an arbitration agreement became inoperative due to impecuniosity or refusal to bear a portion of the advance of costs of arbitration the question arises as to which state could have jurisdiction to resolve a dispute initially comprehended by arbitration agreement. In the case of impecuniosity of the claimant the choice of fora should be restricted. On the other hand, if the defendant is a non-paying party who used this strategy to delay or to halt the arbitration, the claimant should be entitled to benefit from all possible fora which stay at his disposal.*