

Др Марко ЈОВАНОВИЋ, LL.M.
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

КЉУЧНЕ ОДЛИКЕ ФИНАНСИРАЊА ТРОШКОВА АРБИТРАЖЕ ОД ТРЕЋИХ ЛИЦА*

„Богатство има монопол правде над сиромаштвом“

Цереми Бентам, *Одбрана лихварства*

Резиме

Рад приказује један од новијих института савременог арбитражног права – финансирање трошкова арбитраже од лица које нису странке у поступку. Објашњава се сврха и значај овог института, указује на његов тренутно важећи правни режим и разматрају одређена отворена питања која се јављају у вези са екстерним финансирањем арбитраже. Закључује се да, иако у овом тренутку веома корисни, извори меког нормативитета којима је овај институт у претежној мери тренутно уређен нису довољни да у пуној мери заштите правну сигурност свих учесника у послу екстерног финансирања, као и у арбитражном поступку који је екстерно финансиран, те да се у будућности може очекивати даљи развој специјализованих правила о финансирању трошкова арбитраже од трећих лица.

Кључне речи: *арбитража, финансирање трошкова арбитраже од трећих лица, уговор о финансирању, меко право.*

І Увод

Арбитража се дуго описивала као „једноставан и јефтин приватни метод решавања спорова међу господом“.¹ Међутим, како су временом

* Рад је израђен као прилог пројекту „Идентитетски преображај Србије“ на Правном факултету Универзитета у Београду.

1 Pierre Lalive, „Arbitration – the Civilized Solution“, *ASA Bulletin* 3/1998, 483.

трошкови организовања овог начина решавања спорова почели значајно да расту,² чини се да управо наведена одредница, барем у делу који говори о цени арбитраже, више не стоји.³ Да би арбитражни поступак отпочео, по правилу је, између осталог, неопходно и да странке предујме арбитражне трошкове који обухватају накнаде за рад арбитра, трошкове у вези са обављањем секретарских услуга и организовањем и одржавањем рочишта,⁴ као и трошкове евентуалног учешћа сведока и вештака.⁵ Арбитражни правилници обично предвиђају да тужилац и тужени предујмљују по половину укупног процењеног износа ових трошкова, али ако тужени покуша да прибегне тактици одуговлачења и добијања на времену тиме што ће избегавати да предујми своју половину, тужилац ће морати да унапред положи целокупан износ ако жели да поступак почне без одлагања⁶ што, зависно од вредности предмета спора, може бити веома велики издатак. Будући да у арбитражи, за разлику од судског решавања спорова, не постоји механизам тзв. сиромашког права, немогућност предујмљивања трошкова поступка може фактички да онемогући странку (по правилу тужиоца) да оствари принудну заштиту својих права. Наиме, због недостатка средстава за предујмљивање арбитражних трошкова тужилац не би могао да покрене арбитражни поступак, а због везаности арбитражним споразумом не би могао ни да поднесе тужбу државном суду (осим уколико не успе да докаже да у конкретном случају постоји неки основ неважности арбитражног споразума), што би му ефективно ускратило право на приступ било каквом механизму принудне заштите права. Један од начина на који се овакав нежељени исход настоји избећи јесте и прибегивање финансирању трошкова арбитраже од лица која нису странке арбитражног споразума у датом случају (трећих лица).

Финансирање трошкова арбитраже од трећих лица је релативно нов институт који се у последњој деценији налази у жижи интересовања

2 Под наведеним се пре свега мисли на раст висине хонорара арбитра, правних заступника, вештака и других учесника у поступку као и раст цена обезбеђивања логистичке подршке одвијању арбитражног поступка, било да се ради о институционалној или *ad hoc* арбитражи.

3 Вид. у том смислу: Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed., Oxford, 2015, пасуси 1.123-1.125.

4 У случају институционалне арбитраже ови трошкови су обухваћени накнадом коју наплаћује арбитражна институција за своје услуге.

5 Emmanuel Gaillard, John Savage (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, 1999, 684-685.

6 Andrew Tweeddale, Keren Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, Oxford, 2007, 346.

арбитражне теорије и праксе.⁷ Јавља се како у инвестиционој тако и у трговинској арбитражи. Научном интересовању за финансирање трошкова арбитраже од трећих лица доприносе најмање два важна фактора: многострукост облика у којима се овај институт јавља и још увек недовољна специјализованост правила која овај институт уређују. Практично интересовање за финансирање трошкова арбитраже од трећих лица условљено је не само околношћу да овај институт омогућава странкама које немају довољно средстава да остваре своје право на принудну заштиту права већ и тиме да се финансирању трошкова арбитраже често прибегава и као једној од стратегија дисперзије финансијских ризика иначе солвентних странака које не желе да своја ликвидна средства ангажују у сврху вођења арбитражног поступка.

Имајући у виду растући значај поменутог института, у овом раду ће најпре бити објашњен појам финансирања трошкова арбитраже од трећих лица (II), затим ће бити приказан његов правни режим (III) и на крају ће бити указано на нека отворена питања у вези са применом овог института (IV).

II Појам финансирања трошкова арбитраже од трећих лица

Будући да се у пракси јавља у различитим облицима,⁸ институт финансирања трошкова арбитраже од трећих лица није лако дефинисати. Иако су у теорији изражена разна гледишта по овом питању, чини се да се већина аутора слаже око тога да је финансирање трошкова арбитраже од трећих лица облик улагања у коме лице које нема правни интерес за вођење конкретног поступка преузима да уместо странке у поступку сноси све трошкове вођења арбитраже или њихов део, а заузврат оства-

7 За сумаран преглед неких најважнијих конференција о финансирању трошкова арбитраже од трећих лица у последњој деценији вид. Selwyn Seidel, „Third-Party Investing in International Arbitration Claims“, *Third-Party Funding in International Arbitration* (eds. Bernardo Cremades, Antonias Dimolitsa), ICC Publication No. 752E, Paris 2013, 18.

8 Као типични облици финансирања трошкова арбитраже од трећих лица издвајају се сношење трошкова тужиоца, сношење трошкова туженог, давање различитих облика обезбеђења и осигурања странкама у арбитражном поступку, тзв. „стратешко“ финансирање (облик финансирања у коме финансијер не добија новчану надокнаду за сношење трошкова поступка већ остварује неки други стратешки интерес) и др. Више о томе вид. Aren Goldsmith, Lorenzo Melchionda, „Third-Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (But Were Afraid to Ask)“, *International Business Law Journal* 1/2012, 55 и 60-63.

рује одређену финансијску корист.⁹ Три су, дакле, кључна елемента појма финансирања арбитраже од трећих лица: улагање (1.), његови субјекти (2.) и суштина посла финансирања (3.).

1. Финансирање трошкова арбитраже од трећих лица као улагање

Основна заједничка тачка бројних дефиниција финансирања трошкова арбитраже од трећих лица јесте да овај посао посматрају као облик улагања. За разлику од финансирања трошкова вођења судског поступка, које може да се оствари оснивањем друштва за посебне намене (*special purpose vehicle*) чији ће задатак бити да учествује у судском поступку уместо корисника финансирања,¹⁰ финансирање трошкова арбитраже представља по правилу уговорни облик улагања, јер би због ограничења која проистичу из субјективног домаћаја арбитражног споразума друштво за посебне намене тек изузетно могло да ступи на место корисника финансирања у арбитражном поступку. Уговор о финансирању трошкова арбитраже закључују страна-учесница (или будућа учесница) у арбитражном поступку (која је корисник финансирања) и финансијер – страна која се обавезује да покрије предвиђене трошкове вођења арбитражног поступка свог сауговорача. Овим уговором се, између осталог, дефинишу и уређују: арбитражни поступак у циљу чијег финансирања се уговор закључује, износ и структура трошкова које ће финансијер покрити, динамика и начин њиховог покривања, удео у досуђеном износу који припада финансијеру у случају да корисник финансирања успе у спору, као и услови дозвољености раскида уговора.¹¹ Имајући у виду природу посла финансирања трошкова арбитраже, сматра се да је веома корисно да уговор о финансирању садржи и од-

9 Упор. Niccolò Landi, „The Arbitrator and the Arbitration Procedure: Third-Party Funding in International Commercial Arbitration – An Overview“, *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2012, 85-86; A. Goldsmith, L. Melchionda, 56; Derric Yeoh, „Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?“, *Journal of International Arbitration* 1/2016, 116; Nadia Darwazeh, Adrien Leleu, „Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding“, *Journal of Investment Arbitration* 2/2016, 127; Valentina Frignati, „Ethical Implications of Third-Party Funding in International Arbitration“, *Arbitration International* 3/2016, 508.

10 Georges Affaki, „A Financing is a Financing is a Financing...“, *Third-Party Funding in International Arbitration* (eds. Bernardo Cremades, Antonias Dimolitsa), ICC Publication No. 752E, Paris 2013, 11.

11 Детаљно о елементима уговора о финансирању трошкова арбитраже вид. Mick Smith, „Mechanics of Third-Party Funding Agreements: A Funder’s Perspective“, *Third Party Funding in International Arbitration* (eds. Victoria Shannon, Lisa Bench Nieuwveld), Kluwer Law International 2012, 20-29.

редбе о поверљивости, (не)могућности утицаја финансијера на доношење стратешких одлука у вези са вођењем поступка, његовим окончањем и правним заступањем, као и одредбе о успостављању независног механизма процене одговорности за случај да се арбитражни поступак не заврши успехом корисника финансирања или да циљ уговора о финансирању на други начин буде осујећен.¹²

Како финансирање трошкова арбитраже представља облик улагања, одлука финансијера у погледу упуштања у овакав подухват треба да буде вођена настојањем да се у што је могуће већој мери умањи ризик евентуалне неуспешности посла. Бројни су фактори које финансијери узимају у обзир приликом доношења своје пословне одлуке, а међу њима се нарочито издвајају: вредност спора,¹³ меродаван материјалноправни и процесноправни оквир, релевантност и убедљивост доказа које ће корисник извести у поступку, као и вероватноћа успеха улагања¹⁴.¹⁵ Анализа испуњености ових (и других) елемената утиче не само на одлуку финансијера да ли ће финансирати вођење неког арбитражног поступка, већ и на одлуку у погледу висине средстава које ће ангажовати за финансирање и провизије коју ће за финансирање узети након окончања арбитражног поступка.

2. Субјекти посла финансирања трошкова арбитраже од трећих лица

Субјекти посла финансирања трошкова арбитраже од трећих лица су, као што смо наговестили приказујући основне одлике уговора о финансирању, корисник финансирања и финансијер. Обично се наводи да се као корисници финансирања јављају мале и средње компаније које немају довољно ликвидних средстава за предујмљивање трошкова арбитражног поступка и ефикасно учествовање у њему.¹⁶ Међутим, финансирање трошкова арбитраже од трећих лица се у пракси прибегава и у случајевима када постоји несразмера у економској моћи страна у спору, па економски слабија страна, иако можда солвентна, ангажује финансијера

12 *Ibid.*, 21-23.

13 Сматра се да је уобичајена доња граница вредности спора чије финансирање трећа лица прихватају милион америчких долара. Вид. V. Frignati, 509, са даљим упућивањима.

14 Вероватноћа успеха улагања се рачуна помоћу сложених математичких формула које у принципу треба да покажу да ли постоји најмање 75% изгледа да посао финансирања донесе пројектовани профит у периоду који не прлази 3 године. Вид. S. Seidel, 25-26. За нешто другачије постављену стопу успеха у краћем периоду (70% у периоду до две и по године) вид. V. Frignati, 509.

15 Више о факторима који опредељују улагачку одлуку финансијера вид. N. Landi, 98.

16 N. Landi, 95.

како би избегла процесне манипулације економски јаче стране које би за циљ имале одуговлачење поступка и раст укупних трошкова његовог извођења.¹⁷ Коначно, као корисници финансирања се појављују и странке које немају проблеме са солвентношћу или код којих не постоји неравнотежа у економској снази у поређењу са другом страном у спору, већ које желе да кроз обезбеђивање финансирања трошкова арбитраже од трећих лица ангажују што мањи удео сопствених средстава за вођење арбитражног поступка.¹⁸

Са друге стране, као финансијери се обично појављују специјализоване компаније или банке а све чешће, и то посебно у државама англосаксонског правног круга, у послу финансирања учествују посебни фондови и посредници.¹⁹

3. Суштина посла финансирања трошкова арбитраже од трећих лица

Суштина посла финансирања трошкова арбитраже од трећег лица састоји се у томе да финансијер, лице које није страна у спору нити је везано арбитражним споразумом, олакшава новчани терет учешћа корисника финансирања у арбитражном поступку, а корисник му за то дугује предвиђену накнаду. Поменуто олакшавање новчаног терета учешћа у арбитражном поступку најчешће се остварује тако што финансијер сноси унапред дефинисане трошкове вођења арбитражног поступка (све или њихов део), а заузврат добија одређени проценат од износа који арбитражном одлуком буде досуђен кориснику финансирања, а који се у принципу креће од 20% до 40%, зависно од сложености предмета, вредности спора, вероватноће да корисник финансирања успе у спору, дужине трајања поступка и изгледа за успешно извршење арбитражне одлуке.²⁰ Уко-

17 Christopher Bogart, „Overview of Arbitration Finance“, *Third-Party Funding in International Arbitration* (eds. Bernardo Cremades, Antonias Dimolitsa), ICC Publication No. 752E, Paris 2013, 51-52.

18 V. Frignati, 506.

19 N. Landi, 92-94.

20 Selvyn Seidel, Sandra Sherman, „Corporate Governance Rules Are Coming to Third Party Financing of International Arbitration (And In General)“, *Third-Party Funding in International Arbitration* (eds. Bernardo Cremades, Antonias Dimolitsa), ICC Publication No. 752E, Paris 2013, 35; A. Goldsmith, L. Melchionda, 56, који такође указују на то да у неким правним системима претерано високе накнаде финансијерима (50% износа досуђеног арбитражном одлуком и више) нису дозвољени. За нешто другачије виђење уобичајених износа накнаде финансијера (10%-45%) вид. Bernardo Cremades, „Concluding Remarks“, *Third-Party Funding in*

лико корисник не успе у спору, неће ништа дуговати финансијеру, тј. неће имати обавезу да финансијеру накнади уложен износ.

Могуће је да се екстерно финансирање остварује и кроз зајам, односно кредитни посао, када ће корисник имати обавезу да по истеку договореног периода, односно по испуњењу услова (доношења арбитражне одлуке у корист корисника финансирања) финансијеру врати позајмљен износ увећан за уговорену камату.²¹ Ипак, иако теоријски и практично изводљив, ово не би био типичан облик финансирања трошкова арбитраже од трећих лица и у пракси се ретко примењује.²²

Као што смо већ напоменули, постоје и други облици екстерног финансирања трошкова арбитражног поступка који се остварују кроз чињење доступним кориснику разних облика економских повољности које му омогућавају или олакшавају вођење арбитражног поступка, као што су давање гаранција, осигурања и сл. Премда се не уклапају у напред описани уобичајени модел финансирања трошкова арбитраже од трећих лица, и ови послови имају исту суштину: олакшавање новчаног терета учешћа корисника у арбитражном поступку уз одговарајућу накнаду.

III Правни режим финансирања трошкова арбитраже од трећих лица

Како је финансирање трошкова арбитраже од трећих лица релативно нова појава у арбитражном праву, не треба да изненади што је правни режим овог института упоредноправно још увек прилично хетероген и недовољно прецизно уређен. Нека национална права, као што је то рецимо случај са Ирском, финансирање трошкова арбитраже од трећих лица уопште не допуштају.²³ Негативан став ирског права према финансирању трошкова арбитраже од трећих лица може се објаснити традиционалном ненаклоношћу англосаксонског права према „екстерном“ финансирању правозаштитних поступака.²⁴ Иако је у водећим јурисдик-

International Arbitration (eds. Bernardo Cremades, Antonias Dimolitsa), ICC Publication No. 752E, Paris 2013, 153.

21 S. Seidel, S. Sherman, 35.

22 Вид. у том смислу: В. Cremades, 154.

23 Примера ради, у Ирској је априла 2016. године потврђена недопуштеност финансирања трошкова арбитраже од трећих лица. Вид. *Persona Digital Telephony Ltd. v. Minister for Public Enterprise*, 2016 IЕHC 187.

24 У англосаксонској правној доктрини су институти *maintenance* (финансирање трошкова правозаштитног поступка за другог без добијања накнаде) и *champerty* (финансирање

цијама англосаксонског правног круга финансирање трошкова арбитраже дозвољено од пре десетак година, приметна је неуједначеност у учесталости коришћења овог института.²⁵

Талас „озакоњења“ финансирања трошкова арбитраже од трећих лица се наставља, па је тако, примера ради, у Сингапуру, који је данас један од водећих светских арбитражних центара, финансирање трошкова арбитраже од трећих лица дозвољено почетком ове године.²⁶ Са друге стране, у теорији се истиче да у одређеним правним системима финансирање трошкова арбитраже од трећих лица (још увек) спада у тзв. „сиву зону“, што подрива правну сигурност у погледу доступности и функционисања овог института.²⁷

Међутим, осим принципијелног питања да ли је финансирање трошкова арбитраже од трећих лица дозвољено или не, потребно је утврдити која се правила примењују на уређење самог начина примене овог института. Упоредноправно посматрано, финансирање трошкова арбитраже од трећих лица је тренутно ретко где уређено посебним правилима,²⁸ тако да се у одсуству специјализованих норми на овај институт примењују општа правила уговорног и арбитражног права. Ипак, из потребе да се одређена спорна питања у вези са применом овог института разреши, почињу да се јављају извори тзв. „меког нормативитета“ којима се настоји да се попуне поједине празнине правног режима екстерног финансирања.

трошкова правозаштитног поступка за другог уз добијање накнаде) традиционално сматрани супротни етичким нормама и, сходно томе, били забрањени. Вид. V. Frignati, 505.

25 За приказ коришћења института финансирања трошкова арбитраже од трећих лица за Сједињене Америчке Државе, Енглеску, Велс и Аустралију вид. N. Landi, 89-91.

26 Измене прописа којима је у Сингапуру (иначе још једној од у основи англосаксонских јурисдикција) дозвољено финансирање трошкова арбитраже од трећих лица усвојене су половином јануара 2017. године. Вид. Civil Law (Amendment) Bill 38/2016, доступан на веб-адреси: <https://www.parliament.gov.sg/sites/default/files/Civil%20Law%20%28Amendment%29%20Bill%2038-2016.pdf>.

27 За Белгију и Француску вид. N. Darwazeh, A. Leleu, 126.

28 Уз већ поменути Сингапур и тамошњи Закон бр. 38/2016, финансирање трошкова арбитраже од трећих лица је од скоро уређено посебним прописима и у Хонг Конгу, где су 2016. године усвојене измене прописа о арбитражи и медијацији којима су уведена специјализована правила која се тичу екстерног финансирања. Вид. Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Bill 2016, доступан на веб-страни: <http://www.legco.gov.hk/yr16-17/english/bills/b201612301.pdf>.

Једним од привих значајних доприноса у овом смислу сматрају се измене Смерница о сукобу интереса у међународној трговинској арбитражи Међународне адвокатске коморе (енгл. *International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Commercial Arbitration*) из 2014. године.²⁹ Овим изменама се настојао спречити сукоб интереса који би настао у ситуацији када, примера ради, једно лице у арбитражном поступку А иступа као правни заступник стране-корисника финансирања, док у арбитражном поступку Б, у коме је једна од страна финансирана од истог финансијера као и страна-корисник у поступку А, то исто лице обавља дужност арбитра.³⁰ Изменама Општег стандарда 6(б) прописано је да се, у сврху провере постојања сукоба интереса према осталим стандардима садржаним у Смерницама, са страном у поступку (под условом да је правно лице) изједначава свако физичко или правно лице које има контролни утицај на ту страну, директан економски интерес у њој или дужност да обештети страну за арбитражну одлуку.³¹ Пре доношења измена из 2014. године постојала је сумња да ли повезаност која се јавља по основу екстерног финансирања може да се подведе под стандарде предвиђене Смерницама, али су измене Општег стандарда 6(б) ову недоумицу отклониле, што проистиче не само из текста наведеног стандарда већ и из објашњења које га прати.³² Штавише, обавеза странке у поступку да пријави постојање екстерног финансирања „самоиницијативно и што је пре могуће“ прописана је и Општим стандардом 7(а).

Исте године када су усвојене измене Смерница Међународне адвокатске коморе, Удружење финансијера правозаштитних поступака Енгле-

29 Иако нису правно обавезујуће, Смернице су од свог усвајања 2004. године стекле знајан углед у међународној трговинској арбитражи и често се користе приликом одлучивања о прихватању именована за дужност арбитра, односно приликом процене независности и непристрасности већ именованих арбитра. Смернице садрже четири групе (листе) ситуација повезаности арбитра, странака у поступку и њихових заступника које треба (или у случају тзв. „зелене“ листе не треба) да се пријаве приликом именована и које, зависно од интензитета и природе везе, могу (или у случају „зелене“ листе не би требало) да створе сумњу у независност и непристрасност арбитра. Текст Смерница са објашњењима доступан је на веб-страни: www.ibanet.org%2FDocument%2FDefault.aspx%3FDocumentUid%3De2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918&usg=AFQjCNFevNZgKiVw0CZPEmhTtW0tnS2QLA.

30 Пример наведен према: V. Frignati, 513.

31 Вид. Општи стандард 6(б).

32 У објашњењу уз Општи стандард 6(б) стоји да: „[т]рећа страна која финансира трошкове арбитраже и осигуравач могу да имају економски интерес у односу на арбитражну одлуку у предметном спору, те се као такви могу изједначити са странком у поступку“. Вид. Смернице, 14.

ске и Велса (енгл. *Association of Litigation Funders of England & Wales*) објавило је Кодекс понашања финансијера правозаштитних поступака.³³ Сходно тачки 3, Кодекс примењују сви чланови Удружења који финансирају поступке решавања спорова на територији Енглеске и Велса а њиме су уређена правила рекламирања финансијера (тачка 6), правила поверљивости у вези са поступањем са информацијама и документима који се тичу финансираног поступка или су у вези са њим (тачка 7), правила о закључењу, садржају, извршењу и основима престанка уговора о финансирању (тачке 8-14), а успоставља се и механизам подношења притужби Удружењу на деловање финансијера који су његови чланови (тачка 15).

У последње време истакнуте арбитражне институције издају упутства за одвијање арбитражних поступака у којима се, са мање или више детаља, уређују и поједина питања финансирања трошкова арбитраже од трећих лица. Тако је, на пример, у Упутству странкама и арбитражним већима за одвијање арбитражног поступка према Правилнику Међународне трговинске коморе из Париза (енгл. *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration Under the ICC Rules of Arbitration*) из 2016. године³⁴ предвиђено да арбитар приликом одлучивања о околностима које потенцијално рађају сумњу у његову независност и непристрасност и које треба да пријави приликом свог именована треба да има у виду и везе са било којим ентитетом који има директни економски интерес у односу на дати поступак или обавезу да обештети странку за арбитражну одлуку.³⁵ Детаљнија правила о извођењу арбитражног поступка који укључује екстерно финансирање постављена су Смерницама о финансирању трошкова арбитраже од трећих лица (енгл. *Guidelines on Third Party Funding in Arbitration*) које је Хонгконшки арбитражни центар изложио на јавну расправу 2016. године.³⁶ Правила садржана у Смерницама подељена су у две групе. У једној групи се налазе правила која се тичу корисника финансирања и она уређују основна питања уговора о финансирању, правила о поверљивости, сукобу интереса и утицајем на управљање поступком.³⁷ Другу групу чине правила која се односе на арбитражно

33 Кодекс је доступан на веб-страни: <http://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2014/02/Code-of-conduct-Jan-2014-Final-PDFv2-2.pdf>.

34 Текст Упутства је доступан на веб-страни: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration.pdf>.

35 Вид. т. 24 Упутства.

36 Текст Смерница је доступан на веб-страни: <https://hkarbitration.files.wordpress.com/2016/05/cietac-draft-guidelines-17-may-16.pdf>.

37 Вид. Одељак 2 Смерница.

веће и она уређују питања пријављивања постојања екстерног финансирања, сукоба интереса и одређивања обавезе полагања обезбеђења за накнаду трошкова поступка.³⁸ Коначно, Сингапурски међународни арбитражни центар је последњег дана марта 2017. године донео Практичну напомену о поступању арбитра у поступцима који укључују екстерно финансирање (енгл. *Practical Note on Arbitrator Conduct in Cases Involving External Funding*).³⁹ Овом Практичном напоменом уређена су питања непристрасности и независности арбитра у поступцима који укључују екстерно финансирање (тачка 4), као и обавеза пријављивања постојања екстерног финансирања, идентитета финансијера и свих других околности које могу да утичу на независност и непристрасност у одлучивању (тачке 5-8). Такође, а што сматрамо посебно важним, Практична напомена садржи и упутства арбитрама о одлучивању о трошковима поступка, а напомиње и да постојање екстерног финансирања *само по себи* не треба да се сматра индикатором финансијског стања странке-корисника, што је од изузетног значаја приликом одлучивања о обавези полагања обезбеђења за накнаду трошкова поступка.⁴⁰

Из наведеног приказа тренутно важећег правног режима финансирања трошкова арбитраже од трећих лица може се закључити да је у упоредном праву овај институт уређен прилично неуједначено и фрагментарно. Општи правно обавезујући акти који се баве овим питањем се обично ограничавају на аспект (не)дозвољености овог института. Умножавање извора меког права који уређују поједине фрагменте финансирања трошкова арбитраже од трећих лица указује на потребу да се кодификацији овог института приступи свеобухватније и детаљније. Остаје, међутим, како се у теорији примећује, још увек нејасно ко ће бити први који ће се у овај посао упустити и на који начин ће приступити овом изазовном и сложеном задатку.⁴¹

IV Отворена питања у вези са применом института финансирања трошкова арбитраже од трећих лица

Неспецијализованост и непотпуност правног оквира финансирања трошкова арбитраже од трећих лица условили су постављање многих

38 Вид. Одељак 3 Смерница.

39 Текст Практичне напомене је доступан на веб-страни: <http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/Third%20Party%20Funding%20Practice%20Note%2031%20March%202017.pdf>.

40 Вид. т. 9-11 Практичне напомене.

41 V. Frignati, 522.

још увек већим делом отворених питања у погледу примене овог института. Осим проблема који се потенцијално јавља на терену сукоба интереса и независности и непристрасности арбитра, о чему смо говорили приликом приказивања постојећег правног режима екстерног финансирања, јављају се и питања утицаја финансијера на вођење поступка (1.) и извршења арбитражне одлуке (2.), а у теорији се често истиче и да финансирање трошкова арбитраже од трећих лица доприноси порасту броја неоснованих тужби (3.).

1. Утицај финансијера на вођење поступка

Проблем утицаја финансијера на вођење арбитражног поступка у коме покрива трошкове једној од страна јавља се услед околности да одобравањем финансирања финансијер стиче интерес да се поступак оконча на за њега економски најповољнији начин. Иако сам финансијер не стиче својство странке у поступку, вођење поступка од стране корисника финансирања постаје његово улагање, па је разумљива његова заинтересованост за одлуке од којих зависи ток и исход поступка, тј. инвестиције. Кључне тачке арбитражног поступка над којима финансијер може да пожели да оствари утицај јесу избор корисниковог правног заступника у поступку, избор арбитра, одлука да ли ће се приступити поравнању и под којим условима, као и друге стратешке процесне одлуке.⁴² По својој природи, ова питања спадају у домен односа правног заступника и клијента који је странка у поступку. Међутим, премда је заступник по правилу обавезан да поступа (искључиво) у интересу свог клијента, у случају постојања екстерног финансирања ситуацију сложеном чини околност да заступник, опет по правилу, накнаду за свој рад добија од финансијера.⁴³

Чини се да постојећи упоредноправни оквир екстерног финансирања нема довољно ефикасан одговор на описани изазов. Тамо где је ово питање уређено, правила су садржана у кодексима професионалне етике адвоката са једне, односно финансијера са друге стране. Тако, на пример, Кодекс понашања адвоката у Европској унији Савеза адвокатских комора Европске уније (енгл. *Code of Conduct for Lawyers in the European Union*)⁴⁴

42 N. Landi, 99-101.

43 Charles Kaplan, „Third-Party Funding in International Arbitration: Issues for Counsel“, *Third-Party Funding in International Arbitration* (eds. Bernardo Cremades, Antonias Dimolitsa), ICC Publication No. 752E, Paris 2013, 73.

44 Текст Кодекса понашања адвоката је доступан на веб-страни: http://www.idhae.org/pdf/code2002_en.pdf.

у тачки 2.1 прописује да ваљано испуњавање „[б] ројних дужности адвоката захтева да он буде у потпуности независан и слободан од било каквог утицаја, посебно оног који долази из личних интереса или спољног притиска“. Такође, тачком 2.7 се предвиђа да „(...) адвокат мора увек да поступа у најбољем интересу свог клијента и интересе клијента мора да стави пре својих или интереса других колега“. Са друге стране, раније поменути Кодекс понашања финансијера правозаштитних поступака Удружења финансијера правозаштитних поступака Енглеске и Велса забрањује финансијерима да предузимају кораке који би могли да доведу до тога да правни заступник клијента поступи противно својим професионалним дужностима⁴⁵ и не допушта финансијерима да утичу на правне заступнике да им препусте контролу над вођењем заступања у поступку⁴⁶.

Имајући у виду описано стање правног оквира у погледу забране утицаја финансијера на стратегију заступања у поступку и његово вођење, а нарочито одсуство обавезујућих правних норми у том смислу, у овом тренутку се чини најцелисходнијим да се наведена питања уреде уговором о финансирању трошкова арбитраже.

2. Проблем извршења арбитражне одлуке

Суштина проблема извршења арбитражне одлуке у случају екстерног финансирања везује се за ситуацију у којој корисник финансирања-тужилац није успео у спору па се тужени јавља као поверилац арбитражне одлуке у делу у којем му је досуђена накнада трошкова учешћа у поступку. Уколико је, у таквој хипотетичкој ситуацији, корисник прибегао екстерном финансирању због тога што није имао довољно средстава за самостално финансирање покретања и вођења поступка, поверилац одлуке ће се наћи у веома деликатној ситуацији – одлуку фактички неће моћи да изврши на имовини дужника одлуке (јер дужник, по претпоставци, није солвентан), а због ограничења која проистичу из субјективног домањаја арбитражног споразума неће моћи да је изврши ни на имовини финансијера, јер финансијер није странка у поступку нити је било како обавезан арбитражном одлуком.⁴⁷

Описани проблем је, у тренутку када се заиста и постави, веома тешко решити јер имовине на којој арбитражна одлука може да се извр-

45 Вид. т. 9.2 Кодекса понашања финансијера.

46 Вид. т. 9.3 Кодекса понашања финансијера.

47 N. Darwazeh, A. Leleu, 130-131.

ши једноставно нема. Зато у ситуацијама где постоји ризик од оваквог исхода треба размишљати унапред и благовремено поставити захтев за одређивањем обавезе полагања обезбеђења за накнаду трошкова поступка.⁴⁸ Иако и сам институт полагања обезбеђења за накнаду трошкова поступка у арбитражи још увек прате одређене контроверзе у погледу допуштености и оправданости,⁴⁹ чини се да је у овом тренутку то најефикаснији начин заштите интереса повериоца арбитражне одлуке.

3. Финансирање трошкова арбитраже од трећих лица као фактор пораста броја неоснованих тужби

Претходно размотрени проблем извршења арбитражне одлуке у случају екстерног финансирања даје основ тези да финансирање трошкова арбитраже од трећих лица доприноси порасту броја вексаторских поступака јер за финансијера овај облик улагања представља, како је то један арбитар упечатљиво описао, „коцкарску нирвану“⁵⁰: ако мој клијент победи – добијам, а ако изгуби – ја не губим више од оног што сам уложио. Аутори који заступају изложену тезу упориште за свој став налазе у статистичким подацима који говоре да је у јурисдикцијама у којима је допуштено финансирање трошкова арбитраже од трећих лица након укидања забране овог института дошло до упадљивог пораста броја арбитражних поступака.⁵¹

Адекватност наведеног статистичког податка као основа за извођење закључка о екстерном финансирању као стимулишућем фактору вексаторских арбитража се, међутим, чини спорном. Наиме, да би се утврдило да ли финансирање трошкова арбитраже од трећих лица заиста доприноси повећању броја неоснованих поступака није довољно само утврдити укупно повећање броја покренутих поступака. Сврха екстерног финансирања управо и јесте у томе да омогући недовољно ликвидним странкама да остваре своје право на принудну заштиту права у арбитра-

48 *Ibid.*, 131.

49 Вид. нпр. у том смислу: Otto Sandrock, „The Cautio Judicatum Solvi in Arbitration Proceedings or the Duty of an Alien Claimant to Provide Security of the Costs of the Defendant“, *Journal of International Arbitration* No. 2/1997, 17-38; Noah Rubins, „In God We Trust, All Other Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration“, *The American Review of International Arbitration* 2000, 307-378; Weixia Gu, „Security for Costs in International Commercial Arbitration“, *Journal of International Arbitration* No. 3/2005, 167-205.

50 RSM Production Corp. v. Santa Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Santa Lucia's Request for Security for Costs, Assenting Reasons of Gavan Griffith, 13 August 2014, 13.

51 N. Darwazeh, A. Leleu, 129, са даљим упућивањима.

жном поступку, па зато пораст броја покренутих поступака сам за себе не треба узети као карактеристичан показатељ ваљаности полазне тезе. За њену проверу прикладније би било дијахронијско (пре и после укидања забране екстерног финансирања) поређење односа укупног броја покренутих поступака и броја поступака који су се завршили успехом тужиоца (потпуним или делимичним). Тек уколико би се показало да са растом броја покренутих поступака расте и проценат поступака у којима је тужбени захтев у потпуности одбијен, могло би да се говори о постојању статистичког доказа за третирање екстерног финансирања као фактора пораста броја вексаторских поступака.

Треба имати у виду и да је финансирање трошкова арбитраже од трећих лица облик улагања, па финансијери ће, као и сваки улагачи, тежити да максимизују профит који својим улагањем остварују и избегавати финансирање поступака који немају довољно велике изгледе за успех.⁵² Међутим, контрааргумент који се овом ставу може супротставити је тај да одлука финансијера у погледу улагања у финансирање неког поступка није заснована само на процени изгледа за успех. Напротив, она је резултат примене сложених правила управљања улагачким портфолијима⁵³ а то управљање, како је један аутор покушао да сликовито поједностави, може да се пореди са трагањем за нафтним извором: потребно је пробушити много рупа док се не нађе извор који ће донети богатство.⁵⁴

Из свега изложеног произлази да се утицај финансирања трошкова арбитраже од трећих лица не може са сигурношћу потврдити али ни потпуно искључити. Потребно је, дакле, имати на уму да екстерно финансирање и вексаторске тужбе могу да буду у вези, што је околност коју треба узети у обзир приликом сачињавања будућег, специјализованог правног оквира финансирања трошкова арбитраже од трећих лица.

V Закључак

Финансирање трошкова арбитраже од трећих лица представља посао који све више добија на значају у модерној арбитражној пракси. Сматра се веома корисним јер у првом реду омогућава остваривање права на принудну заштиту права странкама које, због недостатка средстава,

52 V. Frignati, 509.

53 N. Darwazeh, A. Leleu, 129-130.

54 George Kahale, „Is Investor-State Arbitration Broken?“, *Transnational Dispute Management* No. 7/2012, 33.

не би могле да воде арбитражни поступак на који су се претходно обавезале. Међутим, будући да се ради о релативно младом институту, још увек се није развио специјализован правни оквир у који би овај посао могао да се смести. Иако се непрекидно повећава број држава које укидају забрану оваквог облика финансирања, највећи и по својој суштини најзначајнији део тренутно важећих прописа којима је он уређен припада различитим изворима меког права: кодексима, упутствима, смерницама, напоменама... Не чуди, зато, да се у вези са екстерним финансирањем трошкова арбитраже постављају велика и значајна а још увек нерешена питања, како у теорији тако и у пракси. Међу тим питањима се нарочито издвајају проблеми поверљивости, сукоба интереса, утицаја финансијера на управљање заступањем у поступку и извршења арбитражне одлуке донете против корисника финансирања. Премда још увек не постоји јединствено гледиште о начину на који би финансирање трошкова арбитраже од трећих лица требало уредити, чини се прилично извесним да ће практичне потребе налагати даљи развој правила специјализованих за овај институт. Развој специјализованог правног оквира за екстерно финансирање арбитраже би требало да појача правну сигурност учесника у овом правном послу, допринесе његовом ширем коришћењу и, надамо се, смањи могућности његове злоупотребе, чиме ће интегритет целог арбитражног поступка бити додатно заштићен. Како се чини да је главни талас кодификације овог института тек пред нама, може се очекивати да ће финансирање трошкова арбитраже од трећих лица и у будућности наставити да заокупља научну и практичну пажњу и да ће још неко време бити једна од актуелнијих тема арбитражног права.

Marko JOVANOVIĆ, PhD, LL.M.

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

SALIENT FEATURES OF THIRD-PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Summary

The paper addresses third-party funding as one of the recent developments in international arbitration. The author tends to explain the purpose and the importance of third-party funding, presents the rules applicable to this institute and discusses some of the theoretic and practical problems linked to the external funding of international arbitration. It appears that the most significant

pieces of legislation in this matter belong to soft law, which is seen as unsatisfactory on the long run, because soft law appears to be insufficient to guarantee the full protection of rights of all the participants in third-party funding, as well as in arbitration proceedings funded by a third party. Therefore, further development of legal framework for third-party funding in international arbitration is to be expected and desired.

Key words: *arbitration, third party funding, arbitration funding agreement, soft law.*