



Sveučilište u Zagrebu

Pravni fakultet u Zagrebu

Jadranka Osrečak

**FINANCIRANJE TROŠKOVA POSTUPKA  
OD STRANE TREĆE OSOBE U  
ARBITRAŽNIM POSTUPCIMA**

DOKTORSKI RAD

Zagreb, 2022.



Sveučilište u Zagrebu

Pravni fakultet u Zagrebu

Jadranka Osrečak

**FINANCIRANJE TROŠKOVA POSTUPKA  
OD STRANE TREĆE OSOBE U  
ARBITRAŽNIM POSTUPCIMA**

DOKTORSKI RAD

Mentor:  
prof. dr. sc. Hrvoje Sikirić

Zagreb, 2022.



University of Zagreb

Faculty of Law in Zagreb

Jadranka Osrečak

# **THIRD-PARTY FUNDING IN ARBITRATION PROCEEDINGS**

DOCTORAL DISSERTATION

Supervisor:  
prof. dr. sc. Hrvoje Sikirić

Zagreb, 2022

Mentor rada: prof. dr. sc. Hrvoje Sikirić

Prof. dr. sc. Hrvoje Sikirić (MBZ: 149935) rođen je 1957. godine u Zagrebu. Diplomirao je 1979. te doktorirao 1994. godine na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu. Pročelnik je Katedre za međunarodno privatno pravo. Prije zaposlenja na Pravnom fakultetu u Zagrebu od 1979. do 1984. godine radio je kao vježbenik u odvjetničkom uredu. Sudjelovao je u mnogim znanstvenim projektima. Član je Radne skupine Vlade RH za Haašku konferenciju o međunarodnom privatnom pravu, Radne skupine Vlade RH za UNCITRAL te stručne skupine koja radi na nacrtu prijedloga Zakona o međunarodnom privatnom pravu. Arbitar je Međunarodnog arbitražnog suda pri Austrijskoj gospodarskoj komori te je predsjednik Stalnog arbitražnog suda pri Hrvatskoj gospodarskoj komori. Prof. dr. sc. Sikirić autor je više od 35 znanstvenih radova, poglavlja u knjigama te autorskih i uredničkih knjiga kao primjerice:

Župan, Mirela; Sikirić, Hrvoje: *Poveznice (državljanstva, prebivališta i uobičajenog boravišta) kao mjerilo identiteta fizičkih osoba*, 2021.

*Međunarodno privatno pravo - interakcija međunarodnih, europskih i domaćih propisa*, urednička knjiga, 2020.

Sikirić, Hrvoje: *Zakon o međunarodnom privatnom pravu*, znanstveni pregledni rad, 2019.

*International Conference 35 Years of CISG: Present Experiences and Future Challenges*, urednička knjiga, 2017.

*Visions of justice: liber amicorum Mirjan Damaška*, urednička knjiga, 2016.

*Zbornik radova, V. zagrebačko-skopski pravni kolokvij*, urednička knjiga, 2015.

Sikirić, Hrvoje: *Međunarodno privatno pravo u pravnoj enciklopedistici: Međunarodna enciklopedija poredbenog prava, Međunarodna pravna enciklopedija i Max Planck Enciklopedija europskog privatnog prava*, poglavlje u knjizi, 2015.

Jessel-Holst, Christa ; Sikirić, Hrvoje ; Bouček, Vilim ; Babić, Davor Adrian: *Međunarodno privatno pravo - zbirka presuda Suda Europske unije*, autorska knjiga, 2014.

Sikirić, Hrvoje: *Pravo mjerodavno za objektivnu arbitrabilnost*, poglavlje u knjizi, 2013.

Sikirić, Hrvoje: *Bračni predmeti prema Uredbi Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. studenoga 2003. o priznanju i ovrši odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti i o ukidanju Uredbe br. 1347/2000*, poglavlje u knjizi, 2013.

Sikirić, Hrvoje: *Priznanje sudskih odluka po Uredbi Vijeća (EZ) br. 44/2001 od 22. prosinca 2000. o sudskoj nadležnosti i priznanju i ovrši odluka u građanskim i trgovačkim predmetima*, poglavlje u knjizi, 2012.

Sikirić, Hrvoje: *Razlozi za odbijanje priznanja i ovrhe sudskih odluka po Uredbi Vijeća (EZ) br. 44/2001 od 22. prosinca 2000. o sudskoj nadležnosti i priznanju i ovrši odluka u građanskim i trgovačkim predmetima*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 60 (2010), 1; 45-100 (međunarodna recenzija, članak, znanstveni)

Sikirić, Hrvoje: *Javni poredak kao razlog za poništaj pravorijeka*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 59 (2009), 2-3; 225-268 (međunarodna recenzija, članak, znanstveni)

Sikirić, Hrvoje: *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile in Kroatien*, 45 JOR, Jahrbuch für Ostrecht, 45 (2004), 1 (podatak o recenziji nije dostupan, članak, znanstveni);

Sikirić, Hrvoje: *Uredba Europskog vijeća br. 1347/2000 od 29. svibnja 2000. o nadležnosti i priznanju i ovrši odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti za zajedničku djecu bračnih drugova – pravila o priznanju i ovrši, opće i prijelazne odredbe*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 54 (2004), 3-4; 489-541 (podatak o recenziji nije dostupan, članak, znanstveni).

## Zahvale

Zahvaljujem prof. dr. sc. Hrvoju Sikiriću i to prvenstveno ponajprije na strpljenju, mentorstvu i nesebičnoj pomoći u izradi doktorske disertacije. Posebno Osobito mu zahvaljujem na svim primjedbama i sugestijama jer, osim što je na taj način utjecao na kvalitetu same disertacije, također me je dodatno podučio pisanju opsežnih znanstvenih radova koji zahtijevaju posebnu vrstu discipline i posvećenosti te me je, nadajmo se, uspio učiniti boljom znanstvenicom.

Posebnu zahvalu upućujem prijatelju i lektoru ovoga rada Kristianu Lewisu koji je lektorirao moju doktorsku disertaciju te ju tako učinio radom kojim se ponosim i u jezičnom smislu.

Najveću zahvalnost želim izraziti sestri Gordani i majci Ružici bez kojih ne bih bila ono što jesam. To su moja dva kamena temeljca, one koji su me izgradile i koje me i danas grade, majka nevidljivim zagrljajima i savjetima koji zvone u mojeme srcu i sjećanju i moja voljena sestra koja me najbolje poznaje, koja me potiče da stalno pomičem granice i koja je uvijek bila i uvijek će biti moja bolja polovica, izmješteni dio mene. Zahvala i našem tati, koji nas voli na svoj način i koji je u nas utkao borbenost.

Naposljetku, hvala prijateljici Sandri, te ostalim kolegama i prijateljima u Državnom odvjetništvu Republike Hrvatske i izvan na strpljenju i moralnoj podršci.

## Sažetak

Financiranje troškova postupka sredstvima treće strane institut je koji postoji od srednjega vijeka i u zemljama anglosaksonskog pravnog kruga bio je do nedavno kazneno djelo. Taj se institut posljednjih dvadesetak godina razvio do neslućenih razmjera i jedno je od najvećih svjetskih tržišta na kojemu ulagatelji – treće strane – nude financiranje sudskih i arbitražnih postupaka u zamjenu za naknadu. To je dovelo do razvoja prava u zemljama anglosaksonskog pravnog kruga na način da se u većini tih zemalja financiranje više ne smatra kaznenim djelom i dopušteno je. U zemljama kontinentalnoga pravnog kruga taj institut većinom nije prepoznat i nije normiran pa ne iznenađuje najnovija inicijativa Europske unije da se financiranje normativno uredi.

Financiranje troškova postupka sredstvima treće strane utječe na procesnu poziciju stranaka i otvara mnoga pitanja jer iako treća strana nije stranka u postupku, ona je zainteresirana za ishod spora koji financira.

Pobornici financiranja troškova postupka sredstvima treće strane ističu da taj institut omogućuje strankama koje nemaju financijskih sredstava pristup pravdi koji inače ne bi mogle ostvariti.

Iako je načelno to točna postavka pitanje je je li to i najbolji način ostvarivanja pristupa pravdi, to jest prava na pošteno suđenje u smislu članka 6.1 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Slijedom navedenoga u radu se analizira financiranje troškova postupka sredstvima treće strane u parničnom i arbitražnom postupku iz teorijskog aspekta i iz aspekta postojeće sudske prakse i prakse arbitražnih tribunala.

## Summary

Third-party funding exists since the Middle Ages and was, until recently, labeled as a criminal offense in common law countries. In the last twenty years third-party funding has developed to unprecedented proportions and represents one of the world's largest markets where third-party investors offer financing of court and arbitration proceedings in exchange for compensation. This led to the development of law in the in common law countries in such a way that in most of these countries third-party funding is no longer considered a criminal offense and is allowed. In civil law countries this institute is mostly not recognized and not regulated, so it does not come as a surprise that the European Union is planning to regulate it.

Third-party funding affects the procedural position of the parties and raises many questions because, although the third party is not a party to the procedure, it is interested in the outcome of the dispute it finances.

Supporters of third-party funding point out that this institute enables parties who do not have financial means to access justice that they otherwise would not be able to achieve.

Although in principle this is the correct position, the question is whether this is the best way to achieve access to justice, i.e. the right to a fair trial arising from the Article 6.1 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

In accordance with the above, the paper analyzes third-party funding in civil and arbitration proceedings from the theoretical aspect and from the aspect of case-law developed by courts and tribunals in court and arbitral proceedings.

Ključne riječi: arbitraža, arbitražni postupak, parnični postupak, financiranje troškova postupka



## SADRŽAJ

I.	UVOD .....	1
i.	Uvodna razmatranja.....	1
ii.	Cilj i teze rada.....	12
iii.	Metodologija istraživanja .....	15
iv.	Struktura rada .....	15
II.	DEFINICIJA FINANCIRANJA SREDSTVIMA TREĆE STRANE S OSVRTOM NA PROCESNU POZICIJU TREĆE STRANE U POSTUPKU.....	16
III.	UGOVOR O FINANCIRANJU TROŠKOVA POSTUPKA .....	23
IV.	OBLICI FINANCIRANJA TROŠKOVA POSTUPKA .....	28
1)	Financiranje postupka sredstvima treće strane .....	28
i.	Klasično financiranje postupka .....	31
ii.	Strateško financiranje postupka.....	34
2)	Osiguranje kao način financiranja troškova postupka.....	35
3)	Financiranje troškova postupka putem odvjetnika .....	37
4)	Pozajmice.....	41
5)	Prijenos tražbine .....	42
6)	Stjecanje udjela u tužitelju u svrhu financiranja troškova postupka .....	44
V.	RAZLOZI RAZVOJA FINANCIRANJA TROŠKOVA SREDSTVIMA TREĆE STRANE U MODERNIM VREMENIMA I MOGUĆI UČINAK FINANCIRANJA NA POSTUPAK I TEMELJNA LJUDSKA PRAVA .....	46
1)	Razlozi razvoja .....	47
i.	Pristup pravdi.....	48
ii.	Globalizacija i liberalizacija tržišta i pravne profesije .....	52
2)	Utjecaj na temeljna ljudska prava građana najsiromašnijih država.....	54
3)	Obijesno parničenje .....	67
i.	Sudski sporovi .....	67
ii.	Investicijska arbitraža .....	72
iii.	Zaključak .....	76
4)	Sukob interesa.....	78
i.	Sukob interesa arbitara .....	80
ii.	Sukob interesa vještaka .....	86
iii.	Najnovija praksa ESLJP-a kod sukoba interesa arbitra.....	94
iv.	Zaključak .....	98
VI.	OTVORENA PITANJA KOD FINANCIRANJA TROŠKOVA PARNIČNOG POSTUPKA ILI ARBITRAŽE SREDSTVIMA TREĆE STRANE.....	99
1)	Normiranje financiranja troškova postupka .....	99

2)	Obveza otkrivanja sudu, tribunalu i/ili drugoj strani u postupku da je ugovoreno financiranje troškova postupka sredstvima treće strane .....	101
i.	Pitanje otkrivanja ili neotkrivanja činjenice da treća strana financira trošak postupka. ....	101
ii.	Sudska i arbitražna praksa – pregled četiri odluke .....	104
iii.	Slučaj Hogan i Netanyahu – kontroverzije u vezi s financiranjem postupaka .....	109
iv.	Zaključak .....	115
3)	Odnos povjerljivosti: stranka – odvjetnik i financiranje troškova sredstvima treće strane .....	116
i.	Odvjetnička tajna vs. povlastica ( <i>privilege</i> ) .....	117
ii.	Otkrivanje dokumenata.....	121
4)	Kontrola postupka i rješavanje spora nagodbom.....	126
i.	Analiza.....	126
ii.	Zaključna razmatranja .....	130
5)	Visina štete .....	132
6)	Troškovi postupka .....	134
i.	Pitanje odgovornosti treće strane za troškove suprotne stranke u postupku i pravo financirane stranke na naknadu troškova postupka.....	134
ii.	Utjecaj financiranja na visinu troškova postupka koje će potraživati stranka koja je financirana.....	139
iii.	Zaključak .....	142
7)	Osiguranje troškova .....	144
i.	Parnični postupak .....	144
ii.	Trgovačka arbitraža .....	145
iii.	Investicijska arbitraža .....	149
iv.	Zaključak .....	168
8)	Nadležnost/dopustivost tužbe i prijenos tražbine .....	172
i.	Parnični postupak .....	173
ii.	Arbitraža .....	176
iii.	Zaključak .....	183

VII. FINANCIRANJE TROŠKOVA POSTUPKA SREDSTVIMA TREĆE STRANE U PARNIČNIM POSTUPCIMA .....	185
1) Velika Britanija.....	189
i. <i>Maintenance, champerty i barretry</i> .....	190
ii. Normiranje financiranja – rad Udruge pružatelja usluge financiranja sudskih sporova 194	
iii. Sudska praksa .....	195
iv. Zaključak .....	201
2) SAD .....	201
i. Pitanje normiranja.....	201
ii. <i>Maintenance, champerty i usury</i> doktrine i odgovornost za troškove u sudskoj praksi .....	205

iii.	Zaključak .....	212
3)	Australija .....	213
i.	Normiranje – tenzija između sudbene i izvršne vlasti .....	214
ii.	<i>Maintenance, champerty</i> i odgovornost za troškove u sudskoj praksi .....	219
iii.	Zaključak .....	224
4)	Kanada .....	225
i.	Kratki prikaz financiranja troškova sredstvima treće strane .....	225
ii.	<i>Maintenance</i> i <i>champerty</i> doktrine, financiranje drugih postupaka i sudsko potvrđivanje ugovora o financiranju u sudskoj praksi .....	226
iii.	Zaključak .....	232
5)	Irska .....	233
i.	<i>Maintenance</i> i <i>champerty</i> u praksi irskih sudova .....	233
ii.	Zaključak .....	239
6)	Francuska.....	242
7)	Njemačka .....	242
8)	Hrvatska.....	243
9)	EU – uređenje instituta financiranja troškova postupka.....	252
i.	Direktiva 2020/1828 o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošača.....	252
ii.	Prijedlog Direktive o normiranju financiranja parničnog postupka sredstvima treće strane 253	
iii.	Zaključak .....	256
10)	Model pravila europskog građanskog postupka .....	257
11)	Zaključna razmatranja .....	260

VIII.FINANCIRANJE TROŠKOVA POSTUPKA SREDSTVIMA TREĆE STRANE U ARBITRAŽNIM POSTUPCIMA.....	262
1) Arbitraža kao način rješavanja spora i mjerodavno pravo .....	262
2) Trgovačka arbitraža.....	266
i) Reforma financiranja sredstvima treće strane u arbitražnim pravilima.....	266
A. ICC.....	267
B. AAA.....	267
C. SCC.....	269
D. HKIAC.....	270
E. SIAC .....	271
F. ACICA.....	271
3) Investicijska arbitraža.....	273
i. Reforma financiranja sredstvima treće strane u arbitražnim pravilima.....	273
ii. Reforma financiranja sredstvima treće strane pri UNCITRAL-u .....	274
iii. Reforma financiranja sredstvima treće strane unutar reforme ICSID-ovih Arbitražnih pravila.....	292

IX. ZAKLJUČAK .....	302
i.    Uvodna razmatranja.....	302
ii.   Prva hipoteza (pristup pravdi i pravo na pošteno suđenje).....	305
iii.  Druga hipoteza (sukob interesa) .....	308
iv.   Treća hipoteza (kvaliteta i visina tužbenog zahtjeva, visina troškova postupka, kontrola postupka kao i mogućnost sklapanja nagodbe).....	310
v.    Zaključno .....	313
POPIS LITERATURE: .....	314
A)    KNJIGE I ČLANCI.....	314
B)    PREDAVANJA .....	319
A)    STUDIJE .....	319
B)    MEĐUNARODNI UGOVORI I KONVENCIJE .....	320
C)    ZAKONI, OSTALI PROPISI, SMJERNICE I PRIJEDLOZI PROPISA ODNOSNO PRAVILA.....	321
D)    ARBITRAŽNA PRAVILA .....	322
E)    PREDMETI: .....	323
1.    SUDSKI POSTUPCI .....	323
2.    ARBITRAŽNI POSTUPCI .....	325
ŽIVOTOPIS .....	329

## I. UVOD

### i. Uvodna razmatranja

Prije upuštanja u raspravu o institutu financiranja parničnog ili arbitražnog postupka od strane treće osobe potrebno je raspraviti o nazivu toga instituta na hrvatskom jeziku. Naziv instituta na engleskom je jeziku *third-party funding* (TPF), na njemačkom *Finanzierung durch Dritte* (u prijevodu: financiranje treće strane), a na francuskom *financement par un tiers* (u prijevodu: financiranje treće strane). Nadalje, i u službenom prijevodu Sveobuhvatnog gospodarskog i trgovinskog sporazuma (CETA)<sup>1</sup> na hrvatski jezik upotrebljava se izraz financiranje sredstvima treće strane. Budući da izraz osoba ne obuhvaća i situacije kada je financiranje osigurano sredstvima npr. nekoga investicijskog fonda, a doslovan prijevod riječi *party* bio bi stranka, što bi pak moglo dovesti do zablude da je riječ o stranci u postupku, što nije slučaj, u radu će se upotrebljavati službeni prijevod iz Sveobuhvatnog gospodarskog i trgovinskog sporazuma pa će se umjesto izraza financiranje od strane treće osobe koristiti izraz financiranje sredstvima treće strane. To je konačno i naziv koji je potvrdio Institut za hrvatski jezik i jezikoslovlje u svojem odgovoru od 15. travnja 2021. na upit u vezi s prijevodom termina *third-party funding* na hrvatski jezik.<sup>2</sup>

Arbitraža je privatnopravni alternativni način rješavanja sporova s time da se pod “alternativni” podrazumijeva alternativni način u odnosu na sudsko rješavanje sporova. Pri tomu se može postaviti pitanje koji je način rješavanja sporova stariji, odnosno što je bilo prije, kokoš ili jaje, sudski ili arbitražni način rješavanja sporova. Odgovor ovisi i o definiranju pojma arbitraže.

Otkad postoji ljudski rod postoje i sukobi, odnosno postoje sporovi. Beatty pravilno primjećuje da je sukob kao takav, na raznim razinama – individualnim i državnim, imanentan čovjeku pa je stoga i rješavanje sukoba ili barem reguliranje načina rješavanja sukoba bila nužna pretpostavka preživljavanja ljudskoga roda. U početku su sukobi rješavani primjenom sile, upotrebljavani su i vjerski kodeksi kao izvor autoriteta za rješavanje sukoba, no razvojem su društva silu zamijenili pregovori i kompromisi, a posljednjih je dvjesto godina demokratsko donošenje odluka potpuno istisnulo božanski autoritet svećenstva i kraljeva. Ideja da su sudovi krajnji arbitri društvenoga sukoba dugo je bila isključivo američka ideja, ali kako bi se postiglo neutralno i pošteno rješavanje sporova, bez upletanja izvršne i

---

<sup>1</sup> Tekst Sveobuhvatnog gospodarskog i trgovinskog sporazuma na hrvatskom jeziku dostupan je na: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:22017A0114(01)&from=EN).

<sup>2</sup> U sklopu prijave teme doktorske disertacije upućen je upit Institutu za hrvatski jezik i jezikoslovlje u odnosu na navedeni termin te ga je Institut u odgovoru potvrdio kao pravilan prijevod u odgovoru od 15. travnja 2021.

zakonodavne vlasti, postalo je nužno da donositelji odluka, dakle suci, budu neovisni i nemaju izravni interes u konkretnom slučaju.<sup>3</sup>

Parnični je postupak sudski postupak u kojem se, prema zakonom utvrđenim pravilima postupka, rješavaju sporovi u građanskopravnim stvarima. Stranke u postupku ne mogu izabrati suca ili suce koji će odlučivati u predmetu.

Suci obavljaju javnopravnu funkciju, a njihova ovlast da sude u konkretnom predmetu izvire iz ustava i zakona. Pa ipak, paralelno s razvojem sudskog načina rješavanja sporova razvijao se i alternativni način rješavanja sporova, i to arbitražom. Danas ovlast arbitara da riješe spor ne proizlazi samo iz činjenice da su stranke sklopile arbitražni sporazum nego i iz činjenice da pravni poredak određene zemlje zakonima, međunarodnim ugovorima i konvencijama priznaje arbitražu kao način rješavanja pojedine vrste sporova.

Međunarodna trgovačka arbitraža počela se razvijati još u antičko doba<sup>4</sup>, a novi zamah i oživljavanje doživljava u srednjem vijeku kada trgovci žele izbjeći rješavanje spora pred nacionalnim sudom.

---

<sup>3</sup> David M. Beatty: *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2004., str. 2.

<sup>4</sup> Frank D. Emerson u *History of Arbitration Practice and Law*, 19 Clev. St. L. Rev. 155 (1970.), str. 155–156, navodi: “Jedan od najranijih arbitra bio je Salomon. Izvještaj o jednoj od Salomonovih arbitraža u Starom zavjetu sadržana je u Prvoj Knjizi kraljeva, poglavlje 3., stihovi 16–28: 16 Salomonova presuda: Tada dođoše dvije bludnice kralju i stadoše preda nj. 17 I reče jedna žena: »Dopusti, gospodaru moj! Ja i ova žena u istoj kući živimo i ja sam rodila kraj nje u kući. 18 A trećega dana poslije moga porođaja rodi i ova žena. Bile smo zajedno i nikoga stranog s nama; samo nas dvije u kući. 19 Jedne noći umrije sin ove žene jer bijaše legla na njega. 20 I ustade ona usred noći, uze moga sina o boku mojem, dok je tvoja sluškinja spavala, i stavi ga sebi u naručje, a svoga mrtvog sina stavi kraj mene. 21 A kad ujutro ustadoh da podojim svoga sina, gle: on mrtav! I kad sam pažljivije pogledala, razabrah: nije to moj sin koga sam ja rodila!« 22 Tada reče druga žena: »Ne, nije tako. Moj je sin onaj živi, a tvoj je onaj koji je mrtav!« A prva joj odvrati: »Nije istina! Tvoj je sin onaj koji je mrtav, a moj je onaj koji živi!« I tako se prepirahu pred kraljem. 23 A kralj onda progovori: »Ova kaže: ‘Ovaj živi moj je sin, a onaj mrtvi tvoj’; druga pak kaže: ‘Nije, nego je tvoj sin mrtav, a moj je onaj živi.’ 24 Donesite mi mač!« naredi kralj. I donesoše mač pred kralja, 25 a on reče: »Rasijecite živo dijete nadvoje i dajte polovinu jednoj, a polovinu drugoj.« 26 Tada ženu, majku živog djeteta, zabolje srce za sinom i povika ona kralju: »Ah, gospodaru! Neka se njoj dade dijete, samo ga nemojte ubijati!« A ona druga govoraše: »Neka ne bude ni meni ni tebi: rasijecite ga!« 27 Onda progovori kralj i reče: »Dajte dijete prvoj, nipošto ga ne ubijajte! Ona mu je majka.« 28 Sav je Izrael čuo presudu koju je izrekao kralj i poštovali su kralja, jer su vidjeli da je u njemu božanska mudrost u izricanju pravde. (...) Iz basni i mitologije, izgleda da je na planini Ida u Grčkoj, kraljevski pastir Paris također pozvan donijeti poznatu arbitražnu odluku. Spor se odnosio na konkurentne zahtjeve Here, Atene i Afrodite – u odnosu na nagradu iz ljepote. Svi drugi načini rješavanja spora nisu uspjeli, pa je Paris, dogovorom stranaka, odlučio sporno pitanje arbitražom. (...) Trgovačka je arbitraža bila poznata pustinjским karavanima u vrijeme Marka Pola te je također bila uobičajena praksa među feničanskim i grčkim trgovcima. Cvjetala je i građanska arbitraža. U Homerovu razdoblju poglavari i starješine održavali su više ili manje redovite sjednice na mjestima okupljanja te su rješavali sporove svih osoba koje su se odlučile pojaviti pred njima. Sredinom šestog stoljeća prije Krista Pizistrat, atenski tiranin, nastavio je svoju politiku držanja ljudi izvan grada postavljanjem sudaca koji su kružili seoskim zajednicama. Ako spor nisu uspjeli riješiti prijateljskom nagodbom, bili su ovlašteni donositi obvezujuće arbitražne odluke. Međunarodna je arbitraža bila poznata i drevnom svijetu jer se čini da su se mnogi politički sporovi rješavali na takav način. U sukobu između Atene i Megare oko posjedovanja otoka Salamine, oko 600. prije nove ere, stvar je upućena petorici spartanskih sudaca koji su arbitražom dodijelili otok Ateni. Spor između Korinta i Korkire zbog posjeda Leucasa (480. pr. Kr.) riješio je Temistokolo, i to kao arbitar. Granična crta u sporu između Đenovežana i Viturijanaca riješena je arbitražom (117. pr. Kr.). Ta je odluka

Wolaver navodi kako je arbitraža postojala puno prije sudskog načina rješavanja sporova pa je već među Rimljanima bilo uobičajeno arbitražom okončati spor. U najranijim oblicima društva sporove su razrješavale glave obitelji, odakle je izvedeno patrijarhalno suđenje koje je sada dodijeljeno arbitrima. On ističe da trgovačka arbitraža, za razliku od prava, nije proizašla iz rasta i razvoja načela i doktrina koje su dugotrajnom uporabom postale općeprihvaćene i valjane jer, usprkos činjenici da je arbitraža vjerojatno prethodila svim pravnim sustavima, unutar arbitraže nije razvijena niti jedna kodifikacija. Arbitraža je, uz vrlo malo iznimaka, bila i ostala stvar slobodne odluke, pri čemu se svaki slučaj promatra u svjetlu konkretnih činjenica predmeta. Jedan slučaj nije mjerodavan za odlučivanje drugoga, tj. ne postoji presedansko pravo, odnosno vezanost arbitara ranijim odlukama u sličnim predmetima jer se odluke odnose na konkretne stranke u postupku, pa odluke nisu i ne moraju biti u skladu s propisanim pravilima i doktrinama. Ako pretpostavimo da je arbitraža zamjena za zakonski (sudski) postupak i da se njome upravlja samo po osjećaju i savjesti arbitra, ona u biti postaje vrsta moralne i ekonomske pravde ili pravde prema prirodnom ili univerzalnom pravu, tj. pravu za koje Ulpijan kaže *Priroda uči sve ljude i životinje*. Pravo koje arbitri laici nameću strankama u postupku proizlazi iz ovlasti koje su te stranke prenijele arbitrima ugovorom ili zbog neke moralne dužnosti podnošenja sporova arbitraži, kao npr. u engleskim srednjovjekovnim trgovinskim cehovima u kojima su pripadnici ceha položili prisegu na vjernost i da će starješinama toga ceha podnijeti na odlučivanje sve sporove koji proizađu iz njihovih međusobnih odnosa.<sup>5</sup>

Bergsten u materijalima pripremljenim za potrebe Konferencije Ujedinjenih naroda o trgovini i razvoju (dalje u tekstu: UNCTAD) u povijesnom prikazu razvoja međunarodne trgovačke arbitraže navodi: “U prošlosti su arbitražni sporovi bili gotovo isključivo domaći pa su stoga i arbitražni sustavi koji su se razvili odražavali prirodu određenoga društva. Slijedom navedenoga ne čudi razlika između domaće arbitraže u kontinentalnoj Europi, Latinskoj Americi, islamskim zemljama, Sjedinjenim Državama i u Kini. U nekim zemljama, posebno u Latinskoj Americi, a i u Engleskoj arbitraža se tradicionalno smatrala produljenom rukom države i parničnog postupka. U takvom je ozračju arbitražni postupak nužno bio oblikovan prema postulatima parničnoga postupka koji se vodi pred sudovima. Čak i tamo gdje arbitraža

---

zabilježena na brončanoj ploči otkrivenoj u blizini Genove. Postoje i slučajevi u kojima je treća jaka sila bila prisiljena pribjeći arbitraži. Ponekad je arbitar bio pojedinac poput Temistokla, a ponekad institucije poput Areopaga u Ateni.”

Dostupno na: <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol19/iss1/19>.

<sup>5</sup> Earl S. Wolaver: *The Historical Background of Commercial Arbitration*, 83 U. PA. L. REV. 132 (1934.), str. 132–133; dostupno na: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol83/iss2/2](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol83/iss2/2).

nije smatrana produženom rukom države i sustava parnice, pa zakon nije zahtijevao poštivanje postupka pred lokalnim sudom, u arbitražu su prenesene navike koje su odvjetnici razvili na sudovima.”<sup>6</sup>

Kao poseban problem u novije doba javio se problem priznanja i ovrhe stranoga arbitražnog pravorijeka. Naime, stranka koja je tražila ovrhu ili priznanje odluke morala je prema Konvenciji o izvršenju stranih arbitražnih pravorijeka, potpisanoj u Ženevi 26. rujna 1927.<sup>7</sup>, između ostalih uvjeta dokazati da je odluka postala “konačna” u zemlji u kojoj je donesena. To je u praksi dovelo do toga da se od stranke koja je tražila ovrhu zahtijevalo da u biti pribavi dvije sudske odluke o izvršenju, jednu u zemlji u kojoj je odluka donesena, a drugu u mjestu izvršenja, što je ne samo povećavalo troškove nego je i dovodilo do odugovlačenja postupka jer je zahtjev da se dostavi dokaz da je pravorijek konačan u zemlji sjedišta arbitraže omogućavao protivnoj strani ometanje ili odgađanje ovrhe pokretanjem postupka za osporavanje valjanosti pravorijeka na sudovima države u kojoj je odluka donesena. Navedeni su problemi potaknuli međunarodnu zajednicu da sredinom pedesetih godina prošloga stoljeća počne raspravljati o konvenciji koja bi riješila priznanje i ovrhu stranih arbitražnih pravorijeka. Iz rasprave je proizašla Konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958.<sup>8</sup> (dalje u tekstu: NK). NK je ratificiralo 170 zemalja članica te ju je potpisalo 24 zemalja<sup>9</sup> i stoga se smatra najuspješnijom međunarodnom konvencijom u povijesti.

Članak I.<sup>10</sup> NK-a znatno je promijenio pristup priznanju i ovrsi stranih arbitražnih odluka u smislu da članak I. daje NK-u širi opseg od Ženevske konvencije iz 1927. jer se primjenjuje na odluke donesene u bilo kojoj stranoj državi, bez obzira na to je li ta država također i država

---

<sup>6</sup> Eric E. Bergsten: *Dispute Settlement, International Commercial Arbitration*, UNCTAD 2005., str. 19; dostupno na: [https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add38\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add38_en.pdf).

<sup>7</sup> Konvencija o izvršenju stranih arbitražnih pravorijeka (*Convention on the execution of foreign arbitral awards* ili Geneva Convention 1927).

<sup>8</sup> Konvencija je objavljena u Službenom listu bivše SFRJ MU 11/81. Notifikacijom o sukcesiji Hrvatska je postala strankom Konvencije 8. listopada 1991., a ratificirala ju je 26. srpnja 1993. godine (Narodne novine, MU 4/1994).

<sup>9</sup> Informacije o statusu NK-a dostupne su na:

[https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign\\_arbitral\\_awards/status2](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2).

<sup>10</sup> Članak I. glasi:

1. Ova se konvencija primjenjuje na priznanje i izvršenje arbitražnih odluka u sporovima između fizičkih ili pravnih osoba donesenih na području neke druge države a ne one u kojoj se traži priznanje i izvršenje odluka. Ona se isto tako primjenjuje na arbitražne odluke koje se ne smatraju domaćim odlukama u državi u kojoj se traži njihovo priznanje ili izvršenje.

2. Pod “arbitražnim odlukama” razumijevaju se ne samo odluke koje donesu arbitri imenovani za određene slučajeve nego i one koje donesu stalna arbitražna tijela kojima su se stranke podvrgnule.

3. U trenutku potpisivanja ili ratifikacije ove konvencije, pristupa ili notifikacije o njezinom proširenju predviđenom u članku X, svaka će država moći, na osnovi uzajamnosti, izjaviti da će Konvenciju primjenjivati na priznanje i izvršenje jedino onih odluka koje su donesene na području neke druge države ugovornice. Isto tako moći će izjaviti da će Konvenciju primjenjivati samo na sporove što potječu iz pravnih odnosa, ugovornih ili izvanugovornih, koji se prema njezinom nacionalnom zakonodavstvu smatraju trgovačkim.



ugovornica. Naime, tijekom rasprave primijećeno je da bi zadržavanje teksta Ženevske konvencije, koja je predviđala izvršenje samo onih odluka donesenih u državi ugovornici, moglo dovesti do “paradoksalne” situacije u kojoj su vjerovnik i dužnik državljan država ugovornica, ali odluka se ne može izvršiti jer država u kojoj je odluka donesena nije stranka Konvencije. Da bi se izbjegla takva situacija, sastavljači NK-a odbacili su obvezni zahtjev uzajamnosti sadržan u Ženevskoj konvenciji i zamijenili ga mogućnošću izjavljivanja rezerve kojom se traži uzajamnost, tj. reciprocitet (čl. I. st. 3.). Ženevska se konvencija također odnosila samo na arbitražne odluke koje su donesene u postupku “između osoba koje su pod jurisdikcijom jedne od visokih ugovornih strana”, što se smatralo “nejasnim i dvosmislenim”, pa su tvorci NK-a taj zahtjev izbacili. Čineći zahtjev za uzajamnošću neobaveznim i ukidajući zahtjev za državljanstvom ili prebivalištem, članak I. osigurava da NK ima širok opseg primjene.<sup>11</sup>

Ta je Konvencija također od posebnog značenja u *ad hoc* investicijskim arbitražama u postupku ovrhe, o čemu će detaljnije biti riječi u dijelu koji se bavi investicijskom arbitražom. Dakle, NK predstavlja temelj za priznanje i ovrhu stranih arbitražnih odluka. Republika Hrvatska ratificirala ju je 26. srpnja 1993. godine.

Međunarodna je investicijska arbitraža također alternativni način rješavanja sporova (alternativa sudskoj zaštiti) koji dijelom počiva na postulatima trgovačke arbitraže, na međunarodnom javnom pravu te utjecajima anglosaksonskoga i kontinentalnoga prava na postupak. U međunarodnim investicijskim arbitražama tužitelj je uvijek strani investitor, a tužena je država primateljica investicije. Investitori biraju taj način rješavanja spora s državom najčešće jer im omogućava da spor s državom iznesu pred izabrani arbitražni tribunal, a ne pred nacionalni sud države koju tuže i koji se vrlo često u tim sporovima percipira kao pristran. Koliko je arbitraža kao način rješavanja sporova popularna, pokazuje i činjenica da su investitori do 31. prosinca 2021. pokrenuli 1190 arbitražnih postupaka protiv država.<sup>12</sup>

U tim je sporovima riječ o postupanju države koje predstavlja povredu međunarodnoga prava, a odgovornost države postoji kada se ponašanje koje se sastoji od radnje ili propusta može

---

<sup>11</sup> Više o smislu pojedinih odredaba NK-a i samim pregovorima vidjeti u Vodiču za NK (New York Convention Guide) dostupan na:

[https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=10&menu=729&opac\\_view=-1](https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=10&menu=729&opac_view=-1).

<sup>12</sup> Podaci o broju investicijskih arbitraža dobiveni su s UNCTAD-ovih mrežnih stranica: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement?status=1>.

pripisati državi i kada ta radnja ili propust predstavlja kršenje međunarodne obveze države.<sup>13</sup> Pri tomu treba imati u vidu da su, prema članku 38. Statuta Međunarodnog suda pravde<sup>14</sup>, izvori međunarodnog prava (dakle i prava koje se odnosi na strane investitore) međunarodne konvencije, međunarodno običajno pravo, opća načela prava priznata od strane civiliziranih naroda, odluke (međunarodnih) sudišta (uključujući i tribunala) te radovi eminentnih pravnih stručnjaka.<sup>15</sup>

Do razvoja investicijske arbitraže došlo je zbog izvoza kapitala u nerazvijene zemlje i zemlje u razvoju. U početku razvoja investitori iz razvijenih zemalja inzistirali su na pristupu da sve države, bez obzira na dosegnuti stupanj razvoja, postupaju prema strancima u skladu s tzv. minimalnim standardom postupanja jer je to obveza koja proizlazi iz međunarodnog običajnog prava. Minimalni standard postupanja formuliran je prvi put u međunarodnom pravu u odluci Američko-meksičke komisije iz 1926. u predmetu *F. H. Neer i Pauline Neer (SAD) v. Meksiko*, koja u tom dijelu navodi<sup>16</sup>: “Postupanje prema strancu mora predstavljati grubu povredu, zlu namjeru, namjerno zanemarivanje obveza ili nedostatne vladine mjere koje su toliko suprotne međunarodnim standardima da bi svaka razumna ili nepristrana osoba okvalificirala te mjere kao nedostatne.”<sup>17</sup> Naime, stranci pa tako i investitori iz razvijenih zemalja inzistirali su na pristupu da, čak i kada domaće pravo zemlje u kojoj ostvaruju ulaganje pruža niže standarde zaštite, investitori u toj zemlji i dalje imaju pravo na minimalni standard postupanja prema međunarodnom pravu. Taj su pristup neki teoretičari žestoko pobijali, a u toj se grupi teoretičara posebno isticao poznati argentinski pravnik Carlos Calvo koji je tvrdio da razvijene države ne mogu inzistirati na tome da zemlje domaćini tretiraju strance (investitore) bolje od vlastitih državljana (tzv. Calvova doktrina).<sup>18</sup>

Nesuglasice u pristupu pravima i standardima postupanja koji se imaju primjenjivati na strane investitore došle su posebno do izražaja u radu Ujedinjenih naroda kada je 70-ih godina

---

<sup>13</sup> Članak 2. Nacrta članka o odgovornosti države za povredu međunarodnog prava (*Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*). Riječ je o Nacrtu koji je pripremila UN-ova Međunarodna komisija za pravo i koji je prihvaćen u UN-ovoj Rezoluciji Opće skupštine broj 56/83 (dostupna na: <https://undocs.org/A/RES/56/83>).

[Nacrt članka s komentarom jedan je od glavnih izvora prava u investicijskim arbitražama i dostupan je na: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf.](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)

<sup>14</sup> Tekst statuta dostupan je na: <https://www.icj-cij.org/en/statute>.

<sup>15</sup> Više o izvorima međunarodnog prava vidi u Moshe Hirsch: *Sources of International Investment Law*, u *International Investment Law and Soft Law*, ur. Andrea K. Bjorklund i August Reinisch, Edward Elgar Publishing Limited, 2012., str. 9–38.

<sup>16</sup> Odluka je dostupna na: [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_IV/60-66.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/60-66.pdf).

<sup>17</sup> *Ibid.*, str. 61–62.

<sup>18</sup> Jadranka Osrečak: *Određivanje visine naknade štete u međunarodnoj investicijskoj arbitraži s obzirom na utvrđenu povredu i metodu izračuna*, *Pravni vjesnik*, god. 37, br. 2, 2021., str. 107–108, dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/pravni-vjesnik/article/view/10178/10057>.

prošloga stoljeća Opća skupština Ujedinjenih naroda prihvatila Rezolucije 3201<sup>19</sup>, 3202<sup>20</sup> i 3281<sup>21</sup>. Cilj je tih rezolucija bio uspostavljanje novoga međunarodnog ekonomskog poretka i izrada Povelje o ekonomskim pravima i dužnostima država koja bi promovirala pravednu raspodjelu svjetskoga bogatstva. Povelja je trebala propisati, sukladno Calvovoj doktrini, primjenu nacionalnoga prava i na strane ulagače. Te su rezolucije dovele do pravne nesigurnosti, što je bilo štetno za sve sudionike uključene u izravna strana ulaganja, dakle ne samo za strane investitore već i za nerazvijene države i države u razvoju koje su u velikoj mjeri ovisile o stranim investicijama kako bi unaprijedile vlastiti gospodarski razvoj jer su investitori iz razvijenih zemalja prestali u njih izravno ulagati. Naime, razvijene zemlje i investitori iz tih zemalja htjeli su pod svaku cijenu izbjeći da navedene rezolucije postanu dio međunarodnog običajnog prava za što je prijetila ozbiljna opasnost jer su u to su doba prevagu u Općoj skupštini Ujedinjenih naroda (u čiju nadležnost pripada i razvoj i kodifikacija međunarodnog prava) imale zemlje u razvoju i nerazvijene zemlje.<sup>22</sup>

Rješenje novonastale situacije proizašlo je iz međunarodnih ugovora te dviju konvencija, i to već spomenutog NK-a i Konvencije o rješavanju ulagačkih sporova između država i državljana drugih država iz 1965.<sup>23</sup> (dalje u tekstu: ICSID konvencija ili Washingtonska konvencija) koju su ratificirale 164 zemlje<sup>24</sup>, uključujući i Republiku Hrvatsku, a u središtu su rješenja bili međunarodni ugovori, konkretno međudržavni bilateralni ugovori o poticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja koji su garantirali investorima određene standarde postupanja i zaštite u zemlji primateljici investicije (tzv. BIT-ovi – *Bilateral Investment Treaty*). Europski su BIT-ovi u to vrijeme bili modelirani prema Nacrtu Konvencije o zaštiti strane imovine<sup>25</sup> iz 1967. koju je pripremila Organizacija za ekonomsku suradnju i razvoj (OECD) te su najčešće

---

<sup>19</sup> Deklaracija o ustanovljenju novoga ekonomskog poretka (*Declaration on the Establishment of a New International Economic Order*), General Assembly Resolution 3201 (S-VI), dostupna na: [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga\\_3201/ga\\_3201\\_ph\\_e.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_3201/ga_3201_ph_e.pdf).

<sup>20</sup> Akcijski program o ustanovljenju novoga ekonomskog poretka (*Programme of Action on the Establishment of a New International Economic Order*), General Assembly Resolution 3202 (S-VI), dostupna na: <http://www.un-documents.net/s6r3202.htm>.

<sup>21</sup> Povelja o ekonomskim pravima i dužnostima država (*Charter of Economic Rights and Duties of States*), General Assembly Resolution 3281, dostupna na: [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/cerds/cerds\\_ph\\_e.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/cerds/cerds_ph_e.pdf).

<sup>22</sup> *Op. cit.* u u bilj. 18, str. 108.

<sup>23</sup> Konvencija objavljena u Narodnim novinama, Međunarodni ugovori, br. 2/1998. Konvencija je stupila na snagu 22. listopada 1998 (Narodne novine, MU 13/1998).

<sup>24</sup> Status ICSID konvencije (popis zemalja koje su potpisale i ratificirale konvenciju) dostupan je na: <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>.

<sup>25</sup> OECD-ov Nacrt Konvencije o zaštiti strane imovine prihvaćen je 16. listopada 1967. godine (*OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property*) te predviđa pošteno i pravično postupanje prema strancima, uključujući i zabranu donošenja nerazumnih mjera i diskriminaciju kao i zabranu izravnog ili neizravnog izvlaštenja osim ako je ono u javnom interesu, provedeno kroz pravičan postupak i za oduzetu je imovinu plaćena pravična naknada (stvarnu vrijednost imovine u trenutku oduzimanja), Nacrt Konvencije dostupan je na: <https://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>.

sadržavali obveze za države, ali ne i za strane investitore, iako su promovirali načelo reciprociteta. Ti su BIT-ovi u stvarnosti djelovali u svrhu zaštite investitora iz razvijenih država jer su jedino oni i ulagali u inozemstvu. Od zaključivanja prvih BIT-ova mnogo se toga promijenilo. Značajno obilježje toga razvoja jest da su države u razvoju također počele zaključivati BIT-ove između sebe, a i investitori iz zemalja u razvoju počeli su ulagati u razvijene države. Kao rezultat toga arbitražne su postupke počeli pokretati ne samo investitori iz razvijenih zemalja nego i investitori iz zemalja u razvoju protiv razvijenih država. Zbog toga su razvijene države preformulirale svoje modele BIT-a (npr. SAD<sup>26</sup>). Koliko su BIT-ovi važni u zaštiti prava stranih investitora i razvoja standarda zaštite govori i činjenica da je do sada u svijetu potpisano 2844 BIT-ova, a na snazi ih je 2290<sup>27</sup>, da je u svijetu potpisano 420 multilateralnih sporazuma koji sadržavaju odredbe o zaštiti stranih investitora, a na snazi ih je 324<sup>28</sup>, kao i da su do sada poznata 1104 međunarodna investicijska arbitražna postupka<sup>29</sup> koji su proizašli iz BIT-ova ili multilateralnih sporazuma (najviše Ugovora o energetskej povelji<sup>30</sup> i NAFTA-e<sup>31</sup>).<sup>32</sup>

BIT-ovi, baš kao i multilateralni sporazumi poput Energetske povelje<sup>33</sup>, CAFTA-DR-a<sup>34</sup> ili NAFTA-e<sup>35</sup>, propisuju materijalnopravnu i postupovnopravnu zaštitu stranih investitora. Materijalnopravna zaštita očituje se u pravnim standardima postupanja prema strancima. Postupovnopravna zaštita prava stranih investitora proizlazi iz činjenice da BIT-ovi i multilateralni ugovori propisuju način rješavanja sporova koji najčešće uključuje, uz pravo na

---

<sup>26</sup> Model ugovor (2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty) detaljno definira pošteno i pravično postupanje kao i ostale standarde zaštite stranih ulagača. Ovaj model BIT-a također predviđa u čl. 26. vrijeme u kojem se može podnijeti tužba – pa tako čl. 26. st. 1. propisuje da se ni jedan zahtjev ne može podnijeti arbitraži ako su protekle više od tri godine od datuma kada je podnositelj zahtjeva prvi put saznao, ili bi trebao saznati, za kršenje iz članka 24. st. 1. kao i da je podnositelj zahtjeva (za zahtjeve podnesene prema članku 24. stavku 1. točki (a)) ili poduzeće (za zahtjeve podnesene prema članku 24. stavku 1. točki (b)) pretrpjelo gubitak ili štetu.

Tekst američkoga modela bilateralnog ugovora za zaštitu i promociju investicija dostupan je na:

<https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.

<sup>27</sup> Vidi <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Tekst Ugovora o energetskej povelji dostupan je na:

<https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>.

<sup>31</sup> Sjevernoamerički sporazum o slobodnoj trgovini (North American Free Trade Agreement), zaključen između SAD-a, Kanade i Meksika; <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement?mvid=2>.

<sup>32</sup> *Op. cit.* u u bilj. 18, str. 108–109.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> Poglavlje 10 Central America Free Trade Agreement – Dominikanska Republika (međunarodni ugovor zaključen između SAD-a, El Salvadora, Hondurasa, Gvatemale, Dominikanske Republike, Nikaragve i Kostarike; tekst je dostupan na:

[https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/cafta/asset\\_upload\\_file328\\_4718.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/cafta/asset_upload_file328_4718.pdf)).

<sup>35</sup> Poglavlje 11 NAFTA-e odnosi se na zaštitu investitora iz zemalja članica; <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement?mvid=2>.

tužbu pred nacionalnim sudom, i pravo stranih investitora da u slučaju povrede međunarodnog ugovora iniciraju međunarodnu investicijsku arbitražu.

Pitanje odgovornosti države za povredu međunarodnoga prava proizlazi iz međunarodnoga običajnog prava kodificiranoga u Nacrtu članaka o međunarodnoj odgovornosti država za nedopušteno postupanje (*Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*), koji je pripremila UN-ova Međunarodna komisija za pravo i koji je prihvaćen u UN-ovoj Rezoluciji Opće skupštine broj 56/83<sup>36</sup>. Iako rezolucije Opće skupštine u pravilu nisu obvezujuće, činjenica da u tom slučaju rezolucija kodificira međunarodno običajno pravo koje se smatra primarnim izvorom međunarodnoga prava značit će u praksi da će je i tribunali primjenjivati i primjenjuju je.

Nacrt članaka o međunarodnopravnoj odgovornosti država zbog pogrešnog postupanja (dalje u tekstu: Nacrt članaka o međunarodnoj odgovornosti država) u članku 31. propisuje obvezu države da reparira sve vidove štete u slučajevima kada je utvrđena povreda, a u članku 34. razrađuje da obeštećenje (reparacija) može biti u vidu (i) restitucije – *restitutio in integrum*, (ii) plaćanja naknade štete – tzv. kompenzacija i (iii) satisfakcije – javnoga priznanja da je počinjena povreda međunarodnoga prava.

Restitucija je glavni oblik reparacije štete kojom bi povrijeđena strana (strani investitor) trebala biti stavljena u poziciju kao da do povrede nije ni došlo. U investicijskoj međunarodnoj arbitraži taj je oblik reparacije štete rijedak jer je upitno koliko bi sudovi zemlje koja je tužena zbog povrede prava stranoga investitora bili spremni provesti odluku međunarodnoga tribunala kojim se nalaže uspostava stanja *prije utvrđene povrede*<sup>37</sup>. Tribunali nisu skloni nalagati restituciju kada je riječ o povredi prava investitora radi mjera države.<sup>38</sup> Upravo činjenica da je restitucija kao glavni oblik reparacije štete najčešće nemoguća, kao glavni oblik reparacije nametnula se naknada štete regulirana člankom 36. Nacrta članaka o međunarodnoj odgovornosti država. Reparacija štete kroz kompenzaciju sastoji se od naknade materijalne štete te od naknade izgubljene dobiti i nematerijalne štete pa se zahtjevi za naknadu štete u investicijskoj arbitraži najčešće mjere u milijunima dolara. Upravo visina odštetnog zahtjeva (i to i u trgovačkoj i investicijskoj arbitraži) može igrati ulogu hoće li treća

---

<sup>36</sup> Dostupno na: <https://undocs.org/A/RES/56/83>.

<sup>37</sup> Borzu Sabahi: *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration Principles and Practice*, Oxford University Press, 2011.

<sup>38</sup> Sinh, B.: *Compensation under international investment law arbitration in investor-state infrastructure contracts*, dostupno na: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/60562/1/716.pdf>.

strana odlučiti financirati troškove postupka, posebno kada se ugovara postotak od dosuđenog iznosa kao naknada za financiranje.

Rasprava o ulozi sudova u parničnom postupku te prikaz povijesnog razvoja trgovačke arbitraže i investicijske arbitraže ima cilj pokazati kako su svi ti vidovi rješavanja sporova isprepleteni kao i upozoriti na činjenicu da pravila postupka iz parničnog postupka, posebno pravila o dokazivanju, privremene mjere, određivanje troškova postupka, istina u ponešto modificiranom obliku, itekako imaju svoje mjesto i u arbitraži, a uloga sudova je još i veća prilikom izvršenja, to jest ovrhe arbitražnoga pravorijeka.

Kako to i Ramesh pravilno ističe, mnoge smjernice i parametri koji su postavljeni unutar parničnoga postupka, pa tako i financiranje parničnog postupka sredstvima treće strane, itekako su korisni i u arbitraži i financiranju troškova arbitražnoga postupka sredstvima treće strane.<sup>39</sup>

Konačno, sudovi imaju značajnu ulogu kako tijekom samoga postupka tako i u nastavku arbitražnoga postupka, i to u postupku priznanja i ovrhe arbitražnih odluka. Upravo je ta isprepletenost bitna i za temu ovoga doktorskog rada jer je financiranje troškova postupka sredstvima treće strane svoj put u arbitražu našlo iz parničnog postupka. Da bi se, dakle, ovaj institut u potpunosti shvatio, potrebno ga je sagledati i u kontekstu parničnoga postupka pojedinih nacionalnih prava i na razini Europske unije.

U tom dijelu pravilno i Steinitz zaključuje kada kaže da se i kritičari i zagovornici novonastaloga fenomena financiranja troškova postupka slažu da je riječ o pojavi koja predstavlja najvjerojatnije najvažniju pojavu u razvoju građanskoga postupka našega vremena jer takvo financiranje transformira građanske parnice ne samo na razini predmeta, već postupno i na razini građanskog postupnoga prava u cjelini. Financiranje troškova postupka sredstvima treće strane mijenja način poslovanja odvjetničkih društava i sve više oblikuje karijere parničara u malim i velikim tvrtkama zbog razvoja portfolio financiranja, o kojemu će biti više riječi u sljedećim poglavljima. Zbog svega navedenoga ne iznenađuje da je financiranje troškova sudskih sporova sredstvima treće strane od interesa za zakonodavna tijela i sudove, pri čemu je samo pitanje dana kada će se takvo financiranje i regulirati.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Sahana Ramesh: *Third-Party Funding in International Arbitration: Ownership of the Claim, Consequences for Costs Orders, and Regulation*; u *Arbitration International*, 2020., 36, Oxford University Press, str. 285.

<sup>40</sup> Maya Steinitz: *Follow the Money? A Proposed Approach for Disclosure of Litigation Finance Agreements* (March 26, 2019). *UC Davis Law Review*, 2019, Forthcoming, Iowa Legal Studies Research Paper No. 2019-08, str. 1075.

Razvoj građanskoga postupovnog prava je posebno važan za trgovačku arbitražu jer financiranje sredstvima treće strane itekako može biti i povod za odlučivanje nacionalnih sudova kroz postupak određivanja polaganja sredstva osiguranja troškova postupka ili nalaganje trećoj strani da snosi troškove postupke, što će biti posebno obrađeno kroz praksu engleskih sudova.

Nadalje, kao jedna od osnova za odbijanje priznanja i ovrhe stranoga arbitražnog pravorijeka prema NK-u može biti i povreda javnoga poretka zemlje u kojoj je priznanje i ovrha traži. Dakle, ako je financiranje sredstvima treće strane zabranjeno, odnosno predstavlja povredu javnoga poretka određene države, to može biti prepreka za ovrhu stranoga arbitražnog pravorijeka u toj državi.

Sve navedeno nije dalo jasan odgovor zašto je uopće došlo do razvoja financiranja troškova postupka sredstvima treće strane i zašto se financiranjem bave i bavit će se mnogi znanstvenici i praktičari.

Jedan od glavnih razloga je skupoća arbitražnih postupaka (o ostalim razlozima bit će više riječi u IV. dijelu rada pod 1) koji se bavi razlozima nastanka financiranja troškova postupka), ali i parničnih postupaka u zemljama anglosaksonskoga pravnoga kruga. Naime, arbitraža kao alternativni način rješavanja sporova primamljiva je strankama primarno zbog slobode koju im daje (stranke mogu mnoga procesna pitanja sporazumno urediti), zbog mogućnosti da odaberu osobe koje će odlučivati o sporu (za razliku od sudova gdje ne postoji mogućnost odabira suca pojedinca ili vijeća ili barem ta mogućnost ne bi trebala postojati), zbog tajnosti postupka koja je posebno bitna za trgovačke arbitraže kao i zbog trajanja postupka (iako je dvojbeno jesu li arbitražni postupci uvijek kraći od sudskih). Investicijska arbitraža je dodatno privlačna stranim ulagačima jer na taj način izbjegavaju nacionalne sudove države primateljice ulaganja koje percipiraju pristranim. Ali sve navedeno ima svoju cijenu i ona se očituje u cijeni pravde, to jest visini troškova postupka.

Komisija Ujedinjenih naroda za međunarodno trgovačko pravo (*United Nations Commission on International Trade Law*, dalje u tekstu: UNCITRAL ili Komisija) je u sklopu reforme UNCITRAL-ovih Arbitražnih pravila posebnu pozornost posvetila i reformi pravila o troškovima postupka koji za investicijske arbitraže, prema podacima studija i UNCITRAL-a

iznose u prosjeku 933.000 američkih dolara za troškove tribunala te prosječno 6.019.000 američkih dolara za tužitelje i 3.375.000 američkih dolara za tužene države.<sup>41</sup>

Za trgovačku arbitražu nema mnogo javno dostupnih podataka, ali prema studiji CIArb-a<sup>42</sup> iz 2011. godine troškovi arbitraže kretali su se u prosjeku između 2,6 milijuna dolara za tužitelje i 2,3 milijuna dolara za tuženike.<sup>43</sup> Iako ova studija uključuje 254 arbitražna postupka, navedeni podaci su vjerojatno znatno viši odnosno bliži troškovima investicijske arbitraže jer se uzorak odnosi na 254 arbitražna postupka koja su se vodila između 1991. i 2010. godine, dakle za razdoblje od 20 godina u kojem su cijene zastupanja znatno porasle.

Konačno, nema puno podataka ni o visini troškova postupka u zemljama *common law*, u kojima je trošak prevaljen na stranke u postupku, pa je značajno viši za stranke, ali prema jednoj američkoj studiji taj trošak se u prosjeku 2013. godine kretao od 43.000 američkih dolara do 122.000 američkih dolara, ovisno o vrsti spora<sup>44</sup>, a trošak je znatno viši ako je riječ o složenoj parnici u kojoj je faza otkrivanja (tzv. *discovery*) također složena i obimna<sup>45</sup> jer uključuje mnogo radnih sati odvjetnika koji moraju pregledati velik broj dostavljenih dokaza, bilo u tiskanom ili elektroničkom obliku.

## ii. Cilj i teze rada

Cilj je ovoga rada detaljno analizirati institut financiranja sredstvima treće strane, utvrditi dosuđuje li se i, ako se dosuđuje, pod kojim pretpostavkama trošak financiranja sredstvima treće strane u arbitražnim postupcima, u kojem omjeru i posebno u odnosu na ugovorenu naknadu za uspjeh u sporu, kako bi se utvrdilo je li uobičajeno da tribunali dosuđuju taj trošak, je li prihvatljivo da tribunali dosuđuju i naknadu za uspjeh u sporu, ima li druga strana pravo na osiguranja troškova te kako će reforme nacionalnih prava u parničnom postupku i

<sup>41</sup> Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – cost and duration, United Nations Commission on International Trade Law Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Thirty-sixth session Vienna, 29 October – 2 November 2018, str. 5–6; dostupno na: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V18/057/51/PDF/V1805751.pdf?OpenElement>.

<sup>42</sup> Chartered Institute of Arbitrators ili Ovlašteni institut arbitara međunarodni je centar izvrsnosti za praksu i profesiju alternativnog rješavanja sporova (ADR). Ima više od 17.000 članova iz 149 zemalja. CIArb pruža obrazovanje i obuku za arbitre i zastupnike tj. punomoćnike te djeluje kao globalno središte za praktičare, kreatore politike, znanstvenike i poslovne ljude, podržavajući globalnu promociju, olakšavanje i razvoj svih ADR metoda. Navedeni podaci su sa službenih mrežnih stranica CIArb-a, <https://www.ciarb.org/about-us/>.

<sup>43</sup> CIArb Costs of International Arbitration Survey 2011, studija je dostupna na: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2017/01/CIArb-Cost-of-International-Arbitration-Survey.pdf>.

<sup>44</sup> Brittany Kauffman: Study on Estimating the Cost of Civil Litigation Provides Insight into Court Access, February 26, 2013; <https://iaals.du.edu/blog/study-estimating-cost-civil-litigation-provides-insight-court-access>.

<sup>45</sup> Prema podacima iz studije Litigation Cost Survey of Major Companies, 2010 Conference on Civil Litigation Duke Law School May 10-11, 2010., str. 5, procijenjeni trošak faze otkrivanja u slučajevima srednje veličine koji uključuju e-otkrivanje, a koji se odnosi samo na radne sate odvjetnika te troškove dobavljača nastalih prilikom pretraživanja, dohvaćanja, pregledavanja i proizvodnje elektroničkih informacija u prosjeku iznosi **3,5 milijuna dolara**. Studija je dostupna na: [https://www.uscourts.gov/sites/default/files/litigation\\_cost\\_survey\\_of\\_major\\_companies\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/litigation_cost_survey_of_major_companies_0.pdf).



reformu u trgovačkoj i investicijskoj arbitraži utjecati na taj institut. Nadalje, cilj je ispitati do koje mjere stranka koja se koristi financiranjem troškova sredstvima treće strane treba u odnosu na protivnu stranu i tribunal biti transparentna i koje su koristi od transparentnosti. Također, posebno imajući u vidu reforme u međunarodnoj trgovačkoj i investicijskoj arbitraži, cilj je utvrditi razlike u tom institutu u odnosu na međunarodnu trgovačku i investicijsku arbitražu. U razmatranju svega navedenoga posebna je pozornost posvećena i praksi nacionalnih sudova i arbitražnih tribunala jer upravo ta praksa u mnogim slučajevima dodatno normira institut financiranja koji je u posljednjih dvadesetak godina doživio neviđenu ekspanziju koja nije popraćena i normativnim uređenjem. Rad se neće baviti institutom financiranja troškova kaznenog postupka sredstvima treće strane, iako se i na tom području događaju značajni pomaci.

Naime, početna je hipoteza da financiranje sredstvima treće strane može ojačati i omogućiti pristup pravdi kao univerzalnom pravu, ali kako se ujedno otvaraju etička i normativna pitanja, pitanje je, posebno u investicijskoj arbitraži (ali i trgovačkoj arbitraži i parničnom postupku), je li pristup pravdi putem financiranja sredstvima treće strane ujedno i najbolji put ili se anuliranje negativnog učinka visokih troškova postupka može premostiti i drugim rješenjima.

Kako to pravilno i Sahani<sup>46</sup> primjećuje, stranke neće moći za svaki spor osigurati financiranje sredstvima treće strane jer je ono najčešće povezano s ostvarivanjem dobiti od investiranja putem financiranja postupka. Gledajući iz te perspektive, postavlja se pitanje koliko stvarno financiranje postupka sredstvima treće strane pridonosi pristupu pravdi i jesu li koristi toga instituta toliki da je potrebno zanemariti negativne aspekte. Naime, financiranje postupka sredstvima treće strane najčešće je povezano s ostvarivanjem dobiti pa će stoga i sporovi za koje treća strana koja financira troškove procijeni da će osigurati dobit od investicije i najčešće biti financirani (tako i Sahani<sup>47</sup>). To znači da sporovi koji uključuju osnovan zahtjev, ali su preskupi za ostvarivanje u sudskom ili arbitražnom postupku, rizični zahtjevi, zahtjevi koji ne uključuju i naknadu štete, ili pak zahtjevi koji se odnose na neko političko pitanje, čime se u spor “uvlači” i vlada ili vladini dužnosnici neke zemlje, najčešće neće biti financirani (isto i Sahani<sup>48</sup>). Takav pristup dovodi do komercijalizacije pravde i sudskih i arbitražnih postupaka. Pa ipak, kada strateško financiranje troškova postupka ima za primarni

---

<sup>46</sup> Victoria Shannon Sahani: Rethinking the Impact of Third-Party Funding on Access to Civil Justice, DePaul Law Review 69, no. 2 (Winter 2020), str. 613–614.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> *Ibid.*

cilj pomoć slabijoj stranci u postupku (bilo tužitelju ili tuženiku), tada se može reći da se ostvaruje ono što zagovornici financiranja troškova postupka ističu kao glavnu prednost – pristup pravdi i pravo na pošteno suđenje. Nažalost, strateško financiranje kao takvo postoji tek na marginama i rjeđe je od strateškoga financiranja koje ima cilj ostvariti probitak za treću stranu koji nije nužno i moralan pa se nameće pitanje ne bi li bilo pristup pravdi bolje ostvarivati kroz neke druge oblike – npr. besplatnu pravnu pomoć, savjetodavne centre itd. Nadalje, tuženici rijetko imaju priliku biti financirani sredstvima treće strane pa je moguća i situacija da se, kada je riječ o obijesnom parničanju kojim se npr. iscrpljuje tržišnog konkurenta, radi o zlouporabi prava protiv koje je upitno hoće li se tuženik moći boriti ako nema financijskih sredstava za vođenje postupka. Svi ti vidovi sporova također u sebi sadržavaju i pravo na pristup pravdi i pravo na pošteno suđenje, ali bez obzira na tu činjenicu to neće biti razlog za ostvarivanje financiranja, to jest te će stranke ostvariti financiranje sredstvima treće strane samo u iznimnim prilikama.

Slijedom svega navedenoga u radu će se istražiti sljedeće hipoteze:

- 1) Financiranje troškova postupka sredstvima treće strane ojačava pristup pravdi i pravo na pošteno suđenje u smislu čl. 29. Ustava Republike Hrvatske<sup>49</sup> koji propisuje da svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama, odnosno u smislu članka 6.1 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda<sup>50</sup> koji propisuje da svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi.
- 2) Financiranje troškova postupka sredstvima treće strane može dovesti do sukoba interesa pa je potrebno normirati obvezu otkrivanja sudu ili tribunalu i suprotnoj strani da troškove postupka financira treća strana jer se u protivnom dovodi u pitanje pravo na pošteno suđenje koje je zajamčeno i stranci koja nije financirana. Opseg otkrivanja i pitanje trebaju li o toj činjenici biti izviješteni samo sudionici u postupku (sud, tribunal i stranke) ili i treće osobe koje sudjeluju u postupku u svojstvu umješaka ili *amicus curiae*, kao i vještaci i svjedoci pitanja su koja nisu dostatno razjašnjena postojećim normativnim okvirom.

---

<sup>49</sup> Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 8/98. – službeni pročišćeni tekst, 113/00., 124/00. – službeni pročišćeni tekst, 28/01., 41/01. – službeni pročišćeni tekst, 76/10., 85/10. – službeni pročišćeni tekst, 5/14.).

<sup>50</sup> Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99. – pročišćeni tekst, 8/99. – ispravak, 14/02., 1/06. i 13/17.).

- 3) Činjenica da je postupak financiran sredstvima treće strane utječe na kvalitetu tužbenog zahtjeva, visinu tužbenog zahtjeva, visinu troškova postupka, kontrolu postupka i mogućnost mirnoga rješenja spora sklapanjem nagodbe.

### **iii. Metodologija istraživanja**

Za potrebe istraživanja korištene su normativna, empirijska, komparativna i vrijednosno-ekonomska metoda. Normativnom su metodom proučene pravne norme koje uređuju financiranje troškova postupka sredstvima treće strane s time da je u tu metodu uključena i lingvistička analiza pojedinih odredaba kako je ona primijenjena u pojedinim odlukama tribunala i sudova. Također je upotrijebljen strukturalni i sistemski aspekt normativne metode istraživanja na način da je analizirano pružaju li odredbe o financiranju sredstvima treće strane rješenje za sve situacije. Empirijska metoda primijenjena je kroz analiziranje studija koje se bave financiranjem troškova postupka, ali i kroz analizu koliko su i kako postojeće norme zaživjele u praksi, u prvom redu kako ih shvaćaju i primjenjuju sudovi i arbitražni tribunali. U tu svrhu proučen je veći broj sudskih odluka i arbitražnih pravorijeka, a neki od njih su uključeni u tekst i bilješke rada. U istraživanju hipoteza i pojava oblika financiranja troškova postupka sredstvima treće strane korištena je i komparativna metoda tako što su uspoređene odredbe o financiranju sredstvima treće strane u pojedinim procesnim pravima i u arbitražnim pravilima te praksa sudova i tribunala u njihovoj primjeni. Konačno, u analizi prijedloga arbitražnih pravila koja tek trebaju stupiti na snagu (VIII. dio rada) korištena je vrijednosno-ekonomska metoda kojom je razmatrano koliko su ponuđena rješenja optimalna. U dijelovima rada koji se bave ljudskim pravima razmotren je i ekonomski učinak na državni proračun i regulatornu funkciju države kada je riječ o investicijskim arbitražama.

### **iv. Struktura rada**

S obzirom na složenost teme rad je podijeljen u osam velikih cjelina. U uvodu rada daju se uvodna razmatranja u odnosu na arbitražni i parnični postupak, definiraju se ciljevi i hipoteze rada te se daje kratak prikaz metodologije istraživanja i strukture rada. Slijedi druga cjelina koja se bavi definiranjem samoga pojma financiranja troškova postupka sredstvima treće strane s obzirom na to da ne postoji jedinstvena definicija. Treća se cjelina bavi ugovorom o financiranju, njegovim definiranjem i bitnim elementima toga ugovora, dok se četvrta cjelina bavi oblicima financiranja postupka i razgraničavanjem tih oblika financiranja od klasičnog financiranja troškova postupka sredstvima treće strane. Peta cjelina analizira povijesni razvoj financiranja troškova postupka sredstvima treće strane s obzirom na to da ono datira iz srednjega vijeka i u nekim je zemljama donedavno bilo kazneno djelo kao i mogućim

[negativnim] učincima financiranja. U šestom se dijelu rada izlažu otvorena pitanja u odnosu na financiranje sredstvima treće strane. Sedmi dio rada analizira financiranje troškova parničnog postupka sredstvima treće strane u pojedinim nacionalnim pravima. Osmi dio daje prikaz reforme toga instituta u arbitražnim postupcima, dok je deveti dio posvećen zaključnim razmatranjima.

## **II. DEFINICIJA FINANCIRANJA SREDSTVIMA TREĆE STRANE S OSVRTOM NA PROCESNU POZICIJU TREĆE STRANE U POSTUPKU**

Definiranje pojma financiranja sredstvima treće strane kao i tko se smatra trećom stranom koja financira troškove postupka i danas je kontroverzno pa postoje mnoge definicije tih dvaju pojmova. Jedan od razloga zašto je teško dati definiciju jest činjenica da je riječ o pojavi koja se brzo razvija. Drugi razlog leži u činjenici da alternative financiranju troškova sredstvima treće strane često imaju mnogo zajedničkih karakteristika s tim oblikom financiranja troškova pa je stoga teško definirati pojam financiranja troškova sredstvima treće strane a da ta definicija ne uključuje i neko drugo, alternativno financiranje. U nastavku se daje prikaz nekih definicija.

Sahani u odnosu na financiranje troškova postupka sredstvima treće strane navodi da je to dogovor prema kojem vanjski entitet financira troškove pravnog zastupanja stranke u parničnom ili arbitražnom postupku. Vanjski entitet može biti banka, investicijski fond, osiguravajuće društvo ili neki drugi entitet ili osoba koja financira troškove postupka u zamjenu za dobit. Kada je riječ o financiranju troškova postupka na strani tužitelja, ugovor o financiranju sredstvima treće strane predviđa postotak ili dio dosuđenog iznosa kao naknadu trećoj osobi koja je financirala troškove postupka u slučaju da tužitelj uspije s tužbom. Ako tužbeni zahtjev bude odbijen, treća strana koja je financirala troškove neće dobiti ništa pa se u tom dijelu financiranje troškova sredstvima treće strane razlikuje od pozajmice ili kredita. Ako je pak riječ o financiranju troškova postupka na strani tuženika, obično se ugovara suma koju će tuženik morati platiti trećoj strani koja snosi troškove postupka (slično kao i kod premije osiguranja), a može se i dodatno ugovoriti dodatno plaćanje ako tuženik uspije u sporu i tužbeni zahtjev bude odbijen.<sup>51</sup>

To je uska definicija koja ne pokriva cijeli spektar financiranja troškova postupka sredstvima treće strane, ali ona pokriva najveći broj slučajeva financiranja troškova od strane treće strane

---

<sup>51</sup> Victoria Shannon Sahani, *Judging Tird-Party Funding*, 63 *UCLA L. Rev.* 388, 2016., str. 5.

jer je riječ o industriji koja se posljednjih desetljeća iznimno brzo razvija i čija je primarna svrha investiranje i ostvarivanje dobiti.

Na razini Europske unije pripremljena je studija pojave financiranja troškova sudskih postupaka sredstvima treće strane, a objavljena je u ožujku 2021. godine. Prema toj se studiji financiranje troškova parnice sredstvima treće strane odnosi na profesionalnu praksu subjekta koji nije stranka u sporu u financiranju svih ili dijela troškova domaćih ili prekograničnih postupaka. Financiranje se osigurava u zamjenu za naknadu za ulaganje i za naknadu koja (a) u cijelosti ili djelomično ovisi o ishodu spora (“postotni pristup”) ili (b) se osigurava kroz naknadu za uspjeh (“višestruki” pristup). Financiranje parničnih sporova iz portfelja odnosi se na profesionalnu praksu financiranja portfelja sporova u poslovne svrhe. Treća strana koja financira troškove postupka (ili “donator treće strane”, “naručitelj parnice”, “ugovaratelj parnice”, “fond za parnicu” ili “davatelj”) označava bilo koji subjekt koji nije stranka u sporu, niti pravnik ili osiguravatelj stranke u postupku za koju se snose troškovi, a koja snosi troškove postupka u zamjenu za postotak financijskog uspjeha u sporu, i to samo u slučaju uspjeha u sporu. Masovno financiranje parnica (*litigation crowdfunding*) odnosi se na praksu velike skupine pojedinaca koji ulažu određenu, može i manju svotu novca, kako bi osigurali novac potreban za financiranje spora (“crowdfunding projekt”), dijeleći na taj način troškove i rizik.<sup>52</sup>

Navedena je studija potaknula i zakonodavnu aktivnost pa je Europski parlament pripremio Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o normiranju financiranja parničnog postupka sredstvima treće strane.<sup>53</sup>

Definicija iz studije pojave financiranja troškova sudskih postupaka sredstvima treće strane na razini EU-a u cijelosti je izostavila financiranje troškova postupka koje nije usmjereno na dobivanje naknade za ulaganje – dakle, oblike financiranja u kojima ne postoji izravan ekonomski interes treće strane u postupku. Pri tomu nije uzeto u obzir da treća strana financiranjem troškova postupka može ostvarivati neki drugi, primjerice indirektan ekonomski interes. Konačno, iz navedene je definicije vidljivo da je definiranje financiranja troškova postupka sredstvima treće strane u parničnom postupku slično definiranju te pojave u arbitražnim postupcima, što i ne iznenađuje jer je riječ o pojavi koja se proširila iz

---

<sup>52</sup> Jérôme Saulnier, Klaus Müller with Ivona Koronhalyova: Responsible private funding of litigation European added value assessment – studija; ožujak 2021., EN; studija je dostupna na [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS\\_STU\(2021\)662612\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS_STU(2021)662612_EN.pdf).

<sup>53</sup> Prijedlog direktive (*Directive of the European Parliament and of the Council on the regulation of third-party litigation funding*) dostupan je na: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934_EN.pdf).

parničnoga u arbitražne postupke pa zato gore navedena definicija Sahani obuhvaća obje vrste postupka.

Izvješće radne skupine ICCA – Queen Mary o financiranju sredstvima treće strane u međunarodnoj arbitraži iz travnja 2018. godine za potrebe 4. izvješća definira pojam financiranja sredstvima treće strane i treću stranu koja financira troškove arbitraže. Prema tom Izvješću izraz “financiranje sredstvima treće strane” odnosi se na ugovor između osobe koja nije stranka u sporu i koja pruža stranci, povezanom društvu te stranke ili odvjetničkom uredu koji zastupa tu stranku novčana sredstva ili drugu materijalnu potporu kako bi se financirali svi troškovi ili dio troškova postupka, bilo u pojedinačnom slučaju ili za određeni broj slučajeva (tzv. *portfolio* financiranje, op. aut.), a takva potpora ili financiranje pruža se ili u zamjenu za nagradu, to jest naknadu koja u cijelosti ili djelomično ovisi o ishodu spora ili se pruža u vidu potpore ili u zamjenu za plaćanje premije.<sup>54</sup>

Izvješće za pojam “treća strana koja financira troškove” navodi kako se taj izraz odnosi na bilo koju fizičku ili pravnu osobu koja nije stranka u sporu, ali koja sklopi sporazum bilo sa strankom, povezanim društvom te stranke ili odvjetničkim društvom koje tu stranku zastupa kako bi se pružila materijalna potpora ili financirao dio troška ili cijeli trošak postupka, bilo pojedinačno ili kao dio određenog niza slučajeva, i takva podrška ili financiranje pruža se ili u zamjenu za nagradu ili naknadu koja u cijelosti ili djelomično ovisi o ishodu spora ili se pruža putem donacije ili u zamjenu za plaćanje premije.<sup>55</sup>

Sveobuhvatni gospodarski i trgovinski sporazum (CETA)<sup>56</sup> između Kanade i Europske unije i njezinih država članica slijedi široku definiciju radne skupine ICCA-Queen Mary koja uključuje i financiranje sredstvima treće strane bez namjere ostvarivanja dobiti (izravne ekonomske koristi), pa tako u članku 8.1 definira financiranje sredstvima treće strane kao svako financiranje sredstvima fizičke ili pravne osobe koja nije stranka u sporu, ali koja sklapa sporazum sa strankom u sporu radi financiranja dijela troška ili svih troškova postupka u obliku donacije ili bespovratnih sredstava ili u zamjenu za naknadu koja ovisi o ishodu spora.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> International Council for Commercial Arbitration, Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, April 2018, THE ICCA Reports No. 4, str. 50; dostupno na: [https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/Third-Party-Funding-Report%20.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Third-Party-Funding-Report%20.pdf).

<sup>55</sup> *Op. cit. u u bilj. 54.*

<sup>56</sup> *Op. cit. u u bilj. 57.*

<sup>57</sup> Sveobuhvatni gospodarski i trgovinski sporazum (CETA) između Kanade i Europske unije i njezinih država članica (Narodne novine, Međunarodni ugovori, broj 9/2017.).

Sličan pristup ima i Sporazum o zaštiti ulaganja između Europske unije i njezinih država članica s jedne strane i Socijalističke Republike Vijetnama s druge strane koji financiranje sredstvima treće strane definira kao svako financiranje sredstvima fizičke ili pravne osobe koja nije stranka u sporu, ali koja sklapa sporazum sa strankom u sporu radi financiranja dijela troška ili svih troškova postupka u zamjenu za naknadu ovisno o ishodu spora, ili svako financiranje sredstvima fizičke ili pravne osobe koja nije stranka u sporu u obliku donacije ili bespovratnih sredstava.<sup>58</sup> Ni CETA, ni Sporazum o zaštiti ulaganja između Europske unije i njezinih država članica s jedne strane i Socijalističke Republike Vijetnama s druge strane za razliku od Izvješća radne skupine ICCA-Queen Mary nisu uzeli u obzir *portfolio* financiranje kada treća strana predmete financira neizravno, putem odvjetničkoga društva s kojim ulazi u ugovorni odnos radi financiranja troškova postupaka u kojima to odvjetničko društvo zastupa financiranu stranku.

Iz navedenih je definicija vidljivo da, iako se financiranje troškova sredstvima treće strane najčešće kategorizira kao investicija (i u stvarnosti najčešće i predstavlja investiciju), to nije uvijek tako. Ponekad financiranje troškova sredstvima treće strane nema za cilj dobit treće strane.

Slijedom navedenoga i Zaleska-Korziuk pravilno zaključuje da definicija treće strane koja financira troškove radne skupine ICCA-Queen Mary uključuje i takozvano strateško financiranje treće strane u kojem financijski interes ili ne postoji, ili je indirektan te za taj oblik financiranja navodi kako bi se moglo reći da je standardno financiranje troškova sredstvima treće strane usmjereno na ulaganje, dok je strateško financiranje troškova sredstvima treće strane vođeno drugim motivima. Stoga se, suprotno standardnom modelu financiranja troškova sredstvima treće strane koje se općenito fokusira samo na financiranje potraživanja visoke financijske vrijednosti, strateško financiranje troškova sredstvima treće strane može koristiti za financiranje i novčanih i nenovčanih potraživanja.<sup>59</sup>

Do danas je zabilježen niz slučajeva koji su financirani na temelju strateškog financiranja troškova sredstvima treće strane, a ti se slučajevi međusobno znatno razlikuju u predmetu spora. Primjerice, poznati slučajevi strateškog financiranja kretali su se u odnosu na predmet spora od zahtjeva za naknadu za izvlaštenje vlasnika farmi protiv Zimbabvea (financiranog od

---

<sup>58</sup> Sporazum o zaštiti ulaganja između Europske unije i njezinih država članica s jedne strane i Socijalističke Republike Vijetnama s druge strane u primjeni je od veljače 2021. godine. Tekst Sporazuma dostupan je na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0693&from=EN>.

<sup>59</sup> Kaja Zaleska-Korziuk, *When the Good Samaritan Pays: the Phenomenon of Strategic Third-Party Funding*, 18 *Asper REV. INT'L Bus. & TRADE L.* 160, 2018., str. 165; dostupno uz pretplatu na: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/asperv18&div=9&id=&page=>

strane humanitarnih organizacija), obrane od zahtjeva duhanske kompanije Philip Morris International, pri čemu je financiranje primio tuženi Urugvaj<sup>60</sup>, do filantropskog financiranja bivšeg većinskog dioničara u slavnom predmetu Yukos<sup>61</sup>. U svim tim slučajevima treće osobe koje su financirale troškove postupka nisu imale pravo na proviziju kao ni na drugi oblik naknade ili nagrade.<sup>62</sup>

Strateško financiranje troškova sredstvima treće strane definira se kao osiguranje sredstava bez prava na naknadu u odnosu na stranku u arbitražnom ili parničnom postupku (bilo tužitelj ili tuženik) u kojem treća strana (donator) koja snosi troškove postupka i koja nema veze s financiranim predmetom promovira, poboljšava ili postiže nefinancijske ili indirektno ekonomske interese bilo za sebe, financiranu stranku ili širu javnost. Strateško financiranje troškova sredstvima treće strane može se, naravno, koristiti za financiranje i tužitelja i tuženika. Tko će biti financiran u određenom sporu, ovisi isključivo o tome tko u sporu zastupa vrijednosti za koje se pruža financiranje.<sup>63</sup>

Sahani pravilno ističe da je treća strana koja snosi troškove postupka indirektni sudionik bilo parničnog postupka bilo arbitraže bez obzira na to zna li suprotna strana, sud ili arbitražni tribunal za dogovor treće strane sa strankom za koju financira troškove postupka. Pa ipak, iako je indirektni sudionik postupka, ta treća strana nije ni stranka u postupku (kako bi izbjegla odgovornost), niti je punomoćnik stranke kojoj financira troškove, nije ni svjedok ili *amicus curiae* (prijatelj suda – pravna ili fizička osoba ili udruga ili tijelo kao npr. Europska komisija koja ima relevantna saznanja o predmetu spora ili pitanjima koja se odnose na nadležnost pa u postupku sudjeluje u svojstvu treće osobe koja sudu ili arbitražnom tribunalu može pomoći svojim saznanjima prilikom donošenja odluke, op. aut.) ili arbitar ili sudac u postupku (iako prije nego što odluči financirati troškove postupka provodi procjenu osnovanosti tužbenog zahtjeva i izgleda za uspjeh u sporu), a nije ni u poziciji osiguravajućeg društva jer ne preuzima odgovornost za plaćanje po odluci suda ili arbitražnog tribunala. Treća strana nije čak ni ovlaštena tražiti ovrhu odluke u ime stranke u postupku čije troškove je financirala, osim u slučajevima kada joj je stranka ustupila tražbinu. Treća strana je investitor, a pozicija investitora u arbitražnom i sudskom postupku koji investiciju ostvaruje financiranjem troškova postupka nova je pojava koja se tek regulira nekim postupovnim

---

<sup>60</sup> Predmet Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (Formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay).

<sup>61</sup> Predmet Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227.

<sup>62</sup> *Op. cit. u u bilj. 59, str. 165.*

<sup>63</sup> *Op. cit. u u bilj. 59, str. 166.*



pravilima (vidjeti više u VIII. poglavlju rada o reformi arbitražnih pravila 262). To ipak ne znači da treća strana neće nikada biti obvezana na plaćanje troškova parničnog postupka ili arbitraže (kada je sjedište arbitraže u državi koja predviđa nacionalnim pravom mogućnost da troškove snosi i treća strana koja nije stranka u postupku kao npr. u Australiji, SAD-u ili Ujedinjenom Kraljevstvu), upravo suprotno, sudovi u pojedinim jurisdikcijama imaju ovlast obvezati i treću stranu koja nije stranka u postupku i koja ima financijski interes u odnosu na ishod spora na plaćanje troškova bez obzira na činjenicu da ta treća strana nije stranka arbitražnog sporazuma ili ugovora iz kojega proizlazi ugovorna obveza koja je predmet spora.<sup>64</sup>

Sahani navodi da treća strana koja financira troškove postupka nije punomoćnik stranke. Ta tvrdnja više nije u potpunosti točna jer se u posljednje vrijeme na tržištu investiranja u vidu financiranja troškova postupka pojavio novi oblik financiranja prema kojemu investicijski fondovi koji se bave financiranjem troškova postupka nude odvjetničkim uredima *portfolio* financiranje troškova postupka na način da tim uredima nude određenu sumu novca za financiranje troškova različitih postupka, a odluku koje će postupke financirati, to jest u kojim će predmetima zastupati stranku uz korištenje doznačenih sredstava treće strane prepuštaju odvjetničkom uredu. Na taj način investicijski fondovi ne samo da disperziraju rizik (što je glavna odlika *portfolio* financiranja, to jest financiranja većeg broja postupaka jedne stranke – npr. neke velike kompanije ili odvjetničkog ureda) nego i povrat investicije, ako je tako ugovoreno, potražuju od odvjetničkog ureda, čime u cijelosti rizik prebacuju na taj odvjetnički ured. U takvim okolnostima moglo bi se reći da financiranje troškova postupka u biti provodi odvjetnički ured. U tom dijelu mogao bi se pojaviti i problem poreznog tretmana novca koji je je odvjetnički ured primio kao i troška, tj. investicije koju je treća strana imala, ali i podrijetla novca u kontekstu pranja novca, što su i inače otvorena pitanja u odnosu na sve oblike financiranja troškova postupka sredstvima treće strane te će o tome će biti riječi dalje u radu.

Pobornici financiranja tvrde da stranka koja koristi financiranje troškova sredstvima treće strane na taj način ima pristup pravdi, iz čega je i proizašla argumentacija da je takav oblik financiranja poželjan jer omogućuje pristup pravdi. Treba naglasiti da je u najvećem broju tako riječ o tužiteljima te se tuženici puno rjeđe javljaju u ulozi onih čiji su troškovi financirani sredstvima trećih.

---

<sup>64</sup> *Op. cit. u u bilj. 51, str. 11–13.*

U izvješću radne skupine ICCA – Queen Mary o financiranju sredstvima treće strane u arbitražnim postupcima navodi se da financiranje tuženika predstavlja izazov vezano uz način povrata investicije treće strane u slučaju uspjeha u sporu, no jedna od mogućih opcija može biti vezanje naknade za financiranje uz uspjeh u sporu na način da se nagrada određuje prema postotku u dijelu u kojem tužitelj nije uspio u tužbenom zahtjevu. Čini se da takvo financiranje troškova tuženika sredstvima treće strane ipak nije često u praksi pa ni navedeni oblik naknade za financiranje nije uobičajen.<sup>65</sup>

Izvješće radne skupine ICCA – Queen Mary navodi nekoliko primjera koji se svi odnose na investicijsku arbitražu. To ne iznenađuje iz više razloga. Kao prvo, treća će se strana puno lakše naplatiti od države nego “običnog” tuženika. Nadalje, razlozi financiranja država u investicijskim arbitražama često nisu vezani isključivo uz ostvarivanje dobiti, što se može utvrditi i iz korištenog oblika financiranja (klasično ili strateško financiranje ili kombinacija obaju oblika financiranja). U nastavku se daje pregled dva predmeta u kojima je bila riječ o strateškom financiranju tuženika i koji su obrađeni u Izvješću.

Izvješće radne skupine ICCA – Queen Mary kao rijetke primjere financiranja tuženika navodi predmet *RSM Production Corporation v. Granada*<sup>66</sup> u kojem je tuženu državu financirala treća strana koja je ujedno bila konkurent tužitelja jer je imala interes dobiti pravo istraživanja nafte dodijeljeno tužitelju. Nadalje, u predmetu *Philip Morris v. Urugvaj*<sup>67</sup> treća strana koja je financirala troškove postupka na strani tuženika bila je Zaklada za djecu bez duhana, a značajno je da slučaj Urugvaja možda, prema navodu iz Izvješća, nije izolirani primjer jer su Bloomberg Philanthropies i Zaklada Billa i Melinde Gates pokrenuli Fond za postupke protiv trgovine duhanom za potporu zemljama s niskim i srednjim prihodima. Također su mogući i scenariji slični onima u postupcima pred Svjetskom trgovinskom zajednicom (WTO), a to je da države financiraju troškove postupka za druge države tuženike u investicijskim arbitražama bilo iz političkih razloga ili zato što su pravna pitanja o kojima odlučuje tribunal također od interesa i za njih.<sup>68</sup>

Iz iznesenih je definicija vidljivo da ne postoji konsenzus što se smatra financiranjem troškova postupka i tko je treća strana za potrebe definiranja. Iako su definicije Radne skupine ICCA – Queen Mary sveobuhvatne, ni one ne obuhvaćaju sve slučajeve pa će se u nastavku dati prijedlog mogućih definicija.

---

<sup>65</sup> *Op. cit. u u bilj. 54, str. 23.*

<sup>66</sup> *RSM Production Corporation v. Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14.*

<sup>67</sup> *Op. cit. u u bilj. 60.*

<sup>68</sup> *Op. cit. u u bilj. 54, str. 23–24.*

Financiranje troškova postupka može se definirati kao neposredni ili posredni (putem trećih)<sup>69</sup> ugovorni, poslovni ili drugi odnos između treće strane i stranke u postupku u kojem treća strana koja nije stranka u postupku snosi dio ili cjelokupni trošak postupka bilo davanjem financijskih sredstava ili u vidu druge pomoći koja je u vezi s troškovima postupka kao primjerice kroz stručnu pomoć stranci, u vidu pripremanja vještačkog nalaza itd., u zamjenu ili za naknadu, ili iz filantropskih razloga, ili zbog neizravnih ekonomskih ili drugih razloga.

Treća strana koja financira troškove postupka su treći – oni koji nisu stranka u sporu, ali koji izravno ili neizravno, financijski ili na drugi način snose dio ili cjelokupne troškove određenoga postupka u zamjenu za ili nagradu ili naknadu koja u cijelosti ili djelomično ovisi o ishodu spora ili u zamjenu za plaćanje premije ili bez namjere ostvarivanja izravne ekonomske koristi od financiranja troškova.

Ponuđene definicije imaju za cilj omogućiti podvođenje što većeg broja situacija pod njih jer se financiranje troškova postupka iznimno brzo razvija pa nije moguće normirati sve pojavne oblike, nego bi definicija financiranja, ali i trećih koji snose troškove postupka trebala biti dovoljno općenito postavljena da se pod njih može podvesti što veći broj slučajeva. U tu je svrhu i izbjegnuto definiranje trećih kao fizičke ili pravne osobe, kao što se i u samom pojmu financiranja troškova koristi izraz sredstvima treće strane, već je kao odrednica uzeta samo činjenica da nije riječ o stranci u postupku, a ima li treći fizičku ili pravnu osobnost nije važno jer su moguće situacije i da nema ni jednu spomenutu vrstu osobnosti.

### **III. UGOVOR O FINANCIRANJU TROŠKOVA POSTUPKA**

Budući da je osnova financiranja troškova ugovor kojim treća strana preuzima obvezu financiranja troškova sudskoga ili arbitražnoga postupka ili postupaka (kada je riječ o financiranju portfelja predmeta), u ovom će se poglavlju analizirati ugovor o financiranju troškova postupka. Pri tomu će se obratiti pozornost i na pravnu prirodu ugovora, to jest razmotrit će se pitanje je li taj ugovor moguće klasificirati u jednu od postojećih vrsta ugovora koji su uređeni hrvatskim, njemačkim i francuskim pravom. To pitanje posebno dolazi do izražaja kada se pojavi pitanje popunjavanja pravnih praznina – dakle, kada su stranke neka pitanja propustile urediti ugovorom. Uz navedeno, također se može otvoriti pitanje primjenjivoga prava kada je riječ o prekograničnim transakcijama kao i pitanje primjene

---

<sup>69</sup> Treći se navode jer je, primjerice, Burford Capital nedavno osigurao 667 milijuna dolara novoga kapitala iz državnog fonda ne navodeći koja je država osigurala sredstva za taj fond i ulaganje u financiranje postupka – više o tome vidjeti pod Obijesno parničenje, 67.

prisilnih propisa koji se vežu uz pojedine vrste ugovora pa je pozicioniranje toga ugovora unutar određenoga pravnog poretka itekako važno.

Ugovor o financiranju nova je vrsta ugovora. Riječ je o ugovoru *sui generis* u kojem ugovorne strane uživaju slobodu ugovaranja koja je ograničena prisilnim propisima mjerodavnoga prava.

Saulnier, Müller i Koronthalyova u studiji o odgovornom financiranju parnica u Europskoj uniji posebnu su pažnju posvetili, i to potpuno opravdano, upravo pravnom kvalificiranju ugovora o financiranju troškova postupka. U studiji ističu kako je autonomija stranaka jedno od vodećih općih načela na kojima se temelji ugovorno pravo svih država članica Europske unije pa se ugovor o financiranju može strukturirati na različite načine, u skladu s osobitošću pojedinačnoga pravnog sustava mjerodavnoga za taj ugovor i s obzirom na same okolnosti. Stranke mogu slobodno odabrati njegov sadržaj i slijediti jednu ili drugu od postojećih vrsta modela ugovora, ili čak stvoriti njihovu mješavinu, pod uvjetom da ne postoji (izravno ili neizravno) kršenje prisilnih propisa ili morala društva. Njihova je analiza otkrila mnogo različitih modela. Međutim, tvrdnja da je ugovor o financiranju troškova postupka nova vrsta ugovora ili ugovor *sui generis* ne rješava problem njegove kvalifikacije, a ponekad čak ni interpretacija uvjeta i dogovora između stranaka takvoga ugovora nije dovoljna za utvrđivanje pravnoga režima primjenjivoga na ugovor. Problem kvalifikacije tih ugovora, prema zaključku navedenih autora, pojavljuje se primjerice kada se utvrdi da je pravo koje su stranke ugovorile nepotpuno pa među strankama nastane spor oko pravnih praznina. Uz to, pitanje kvalifikacije takvih ugovora pojavljuje se i kada odredbe koje stranke primjenjuju ugovor o financiranju čine vrlo sličnim drugoj vrsti ugovora koji je u određenom pravnom sustavu normiran, a podliježe određenim prisilnim propisima (na primjer onima koji se primjenjuju na osiguravajuća društva i banke). Iz svih tih razloga važno je identificirati sve moguće vrste ugovora koje imaju neke sličnosti s ugovorom o financiranju. O tom se pitanju mnogo raspravlja, a za potrebe moguće pravne kvalifikacije autori su analizirali njemačko i francusko pravo te su došli do spoznaje da bi se ugovor o financiranju mogao kvalificirati kao ugovor o osiguranju, ugovor o ortaštvu ili ugovor o zajmu prema njemačkom pravu (ne i francuskom), dok bi prema francuskom pravu taj ugovor bilo moguće kvalificirati kao ugovor o pružanju usluga. Zanimljivo je da ni jedna od navedenih kvalifikacija nije uzela u obzir činjenicu da je prema stavu samih trećih strana koje nude uslugu financiranja troškova postupka riječ o ulaganju, što bi značilo da bi takva kvalifikacija mogla dovesti i do primjene Direktive MiFID

II<sup>70</sup> (Direktiva 2014/65/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 15. svibnja 2014. o tržištu financijskih instrumenata i izmjeni Direktive 2002/92/EZ i Direktive 2011/61/EU).<sup>71</sup>

U odnosu na hrvatsko pravo ugovor o financiranju troškova postupka bi se prema Zakonu o obveznim odnosima (dalje u tekstu: ZOO)<sup>72</sup> mogao podvesti pod ugovor o zajmu ili ugovor o ortaštvu jer ZOO propisuje u odnosu na ugovor o zajmu da se njime obvezuje zajmodavac predati zajmoprimcu određeni iznos novca ili određenu količinu drugih zamjenljivih stvari, a zajmoprimac se obvezuje vratiti mu poslije određenog vremena isti iznos novca, odnosno istu količinu stvari iste vrste i kakvoće s time da se zajmoprimac može obvezati da uz glavnicu duguje i kamate, a u trgovačkim ugovorima zajmoprimac duguje kamate iako nisu ugovorene.<sup>73</sup> Također, kao što je spomenuto, ugovor o financiranju mogao bi se kvalificirati kao ugovor o ortaštvu jer u tom dijelu ZOO propisuje da se njime uzajamno obvezuju dvije ili više osoba uložiti svoj rad i/ili imovinu radi postizanja zajedničkog cilja.<sup>74</sup> Iz citiranih je odredaba vidljivo da bi i prema hrvatskome pravu ugovor o financiranju mogao biti kvalificiran kao zajam u kojem slučaju bi dobit treće strane bila limitirana visinom kamatne stope koja se na takav zajam može obračunati, ali i kao ortaštvo ako se zauzme stav da je vođenje spora (i, naravno, uspjeh u sporu) zajednički cilj koji financirana stranka i treća strana koja financira troškove postupka takvim ugovorom pokušavaju ostvariti. Pa ipak treba imati u vidu da treća strana koja financira troškove postupka nema pravni interes za vođenje spora, već je njezin interes isključivo ostvariti ulaganje i dobit kroz financiranje troškova postupka pa bi se mogao i zauzeti potpuno suprotan stav u odnosu na pravnu kvalifikaciju ugovora o financiranju kao ugovora o ortaštvu. Ugovor o financiranju svakako ne bi potpadao pod definiciju ugovora o osiguranju ZOO-a prema kojoj se tim ugovorom osiguratelj obvezuje ugovaratelju osiguranja isplatiti osiguraniku ili korisniku osiguranja osigurninu ako nastane osigurani slučaj, a ugovaratelj se osiguranja obvezuje osiguratelju platiti premiju osiguranja.<sup>75</sup> Naime, iz citirane je odredbe potpuno jasno da ugovor o financiranju nije ugovor o osiguranju jer financirana stranka ne plaća premiju osiguranja, ona nije osiguravajuće društvo, već je riječ o odnosu između treće strane i stranke u postupku u kojem treća strana financira

<sup>70</sup> U odnosu na navedeni zaključak upućuje se i na stav australskih sudova obrađen u VII. poglavlju rada pod 3) (213), posebno raspravu o predmetima *Brookfield Multiplex Funds Ltd vs. International Litigation Funding Partners Pte Ltd* i *International Litigation Partners Pte Ltd vs. Chameleon Mining NL*.

<sup>71</sup> *Op. cit.* u bilj. 52, str. 69–70.

<sup>72</sup> Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15., 29/18., 126/21.).

<sup>73</sup> Članak 499. i 500. Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15., 29/18., 126/21.).

<sup>74</sup> Članak 637. Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15., 29/18., 126/21.).

<sup>75</sup> Članak 921. Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15., 29/18., 126/21.).

troškove postupka, dok financirana stranka preuzima obvezu, u slučaju uspjeha u sporu, platiti određenu naknadu toj trećoj strani za uložena sredstva. Kvalificiranje ugovora o financiranju kao ugovora o osiguranju nije moguće i iz razloga koji se obrađuju pod točkom 2) IV. dijela rada.

U razumijevanju ugovora o financiranju i njegovoj interpretaciji može pomoći i sagledavanje dokumenta Udruge pružatelja usluge financiranja sudskih sporova (*The Association of Litigation Funders* ili skraćeno ALF), neovisnog tijela koje je Ministarstvo pravosuđa zadužilo za samoregulaciju financiranja parnica i arbitraža u Engleskoj i Walesu. Naime, ta je Udruga donijela Kodeks postupanja financiratelja postupaka iz siječnja 2018. kojeg se moraju pridržavati svi članovi Udruge i koji sadržava definiciju ugovora o financiranju i neke obvezne elemente toga ugovora.

Kodeksom je propisano:

*8. Ugovor o financiranju troškova parnice obvezujući je ugovor sklopljen između Ulagatelja, njegove podružnice ili povezanoga društva s jedne strane i financirane stranke s druge strane čiji je predmet u vezi rješavanja određenoga spora.*

(...)

*10. U ugovoru o financiranju troškova spora navest će se hoće li (i ako hoće, u kojoj mjeri) Ulagatelj, njegova podružnica ili povezano društvo biti u obvezi prema stranci koju financira:*

*10.1 platiti troškove suprotne strane koji proizlaze iz nagodbe koju je prihvatila financirana stranka ili odredio sud;*

*10.2 platiti premiju (uključujući porez na premije osiguranja) za osiguranje od troškova suprotne strane;*

*10.3 osigurati osiguranje troškova; i*

*10.4 podmiriti bilo koju drugu financijsku obvezu.*

*11. U ugovoru o financiranju troškova parnice navest će se može li (i ako može, kako) Ulagatelj, njegova podružnica ili povezano društvo:*

*11.1 utjecati na odluku financirane stranke u vezi s nagodbom;*

*11.2 raskinuti ugovor o financiranju troškova parnice u slučaju da Ulagatelj, njegova podružnica ili povezano društvo:*

*11.2.1 razumno prestane biti zadovoljan osnovanošću spora;*

*11.2.2 razumno vjeruje da spor više nije komercijalno održiv; ili*

*11.2.3 razumno vjeruje da je došlo do značajne povrede ugovora o financiranju troškova parnice od strane financirane stranke.*

*12. Ugovorom o financiranju troškova parnice neće se ugovoriti diskrecijsko pravo Ulagatelja, njegove podružnice ili povezanoga društva da raskine ugovor o financiranju u nedostatku okolnosti opisanih u klauzuli 11.2.*

*13. Ako ugovor o financiranju troškova parnice daje Ulagatelju, njegovoj podružnici ili povezanom društvu bilo koje od prava opisanih u klauzuli 11, ugovorom će ugovoriti sljedeće:*

*13.1 Ulagatelj, njegova podružnica ili povezano društvo odgovorno je za sve obveze financiranja nastale do datuma raskida osim ako je raskid posljedica povrede odredbe 11.2.3;*

*13.2 Ako postoji spor između Ulagatelja, njegove podružnice ili povezanoga društva i financirane stranke oko nagodbe ili prestanka ugovora o financiranju troškova parnice, pribavit će se obvezujuće mišljenje od Kraljičina savjetnika kojeg će zajednički odrediti ili predložiti predsjednik Odyjetničke komore.<sup>76</sup>*

Iz citiranih je odredaba Kodeksa vidljivo da Kodeks ne veže ugovor o financiranju za neki drugi, već postojeći ugovor, nego ga samostalno definira. Kodeks također propisuje obveze treće strane prema stranci koju financira te dodatno regulira pojedine odredbe toga ugovora kao npr. pravo raskida (u slučaju prava na raskid od strane treće strane koja financira troškove postupka Kodeks dodatno normira kada je to moguće) te pravo treće strane da utječe na ishod spora sklapanjem nagodbe (u kojem slučaju dobit može biti značajno niža nego da se spor dobio u meritumu). Kodeks također nameće obvezan sadržaj ugovora o financiranju u smislu da se njime mora urediti pitanje obveze treće strane u odnosu na plaćanje troškova suprotne strane, plaćanja premije za osiguranje od troškova suprotne strane, osiguranja troškova kao i podmirivanja bilo koje druge financijske obveze. Pri tomu treća strana ne mora preuzeti obvezu da išta od navedenoga ispuni, ali to mora biti jasno navedeno u ugovoru o financiranju. Taj je pristup dobar posebno iz aspekta otkrivanja pojedinih odredaba ugovora o financiranju suprotnoj strani u postupku. Naime, iako je sadašnji trend da se naloži samo otkrivanje identiteta treće strane koja financira troškove postupka, tu bi obvezu trebalo proširiti i na pitanja kao što su kolika je kontrola postupka treće strane, je li došlo do prijenosa tražbine koja je predmet financiranoga spora na treću stranu koja financira troškove postupka ili nekoga drugoga, hoće li treća strana suprotnoj strani namiriti troškove postupka u slučaju da stranka koju financira izgubi spor ili ima li obvezu ugovoriti policu osiguranja za troškove postupka suprotne strane. O pitanju opsega obveze otkrivanja bit će više riječi u VI. dijelu rada u kojem se obrađuju otvorena pitanja – pa tako i pitanje plaćanja troškova postupka (pod 0 i osiguranja troškova (pod 7) u vezi s financiranjem troškova postupka sredstvima treće strane.

---

<sup>76</sup> Kodeks postupanja financiratelja postupka iz siječnja 2018. dostupan je na: <https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>.

#### **IV. OBLICI FINANCIRANJA TROŠKOVA POSTUPKA**

U ovom će se poglavlju opisati najčešći pojavnici oblici financiranja troškova postupka. Uz financiranje troškova postupka sredstvima treće strane mogući su i drugi modaliteti financiranja troškova postupka. Ti su modaliteti u nekim aspektima slični financiranju troškova sredstvima treće strane pa ih je potrebno opisati kako bi se razlučilo u čemu se razlikuju od financiranja sredstvima treće strane. Slijedom navedenoga prvi dio ovoga poglavlja bavit će se klasičnim financiranjem sredstvima treće strane, dok će u nastavku biti opisano osiguranje, odnos odvjetnik – klijent kada troškove postupka snosi odvjetnik, pozajmice, prijenos tražbine i stjecanje udjela u tužitelju radi financiranja troškova te razlike tih oblika financiranja u odnosu na klasično financiranje troškova sredstvima treće strane.

##### **1) Financiranje postupka sredstvima treće strane**

U razvoju instituta financiranja troškova postupka sredstvima treće strane već je bilo rasprave o tome što se smatra financiranjem troškova postupka sredstvima treće strane. Uz definiranje samoga pojma važno je i definiranje oblika financiranja troškova postupka sredstvima treće strane i to iz više razloga. U prvom je redu bitno odrediti oblike financiranja (barem one najosnovnije) kako bi se ti oblici regulirali i propisale obveze te zaštitila prava svih uključenih ili povezanih s financiranjem, dakle samih stranaka ugovora o financiranju, zatim da bi se reguliralo ponašanje treće strane prema odvjetnicima financirane stranke te da bi se zaštitila suprotna stranka u sporu. Nadalje, to je bitno i radi poreznopravnog tretmana prihoda od financiranja.

Saulnier, Müller i Koronthalyova opravdano ističu da je oporezivanje i klasificiranje prihoda od financiranja troškova složen zadatak jer ovisi o mnogim čimbenicima. Kao prvo, financiranje troškova postupka uključuje jednu ili dvije isplate, ovisno o ishodu spora koji se financira. Prvu isplatu provodi treća strana koja financira troškove postupka pa se u odnosu na poreznopravni tretman te isplate otvara pitanje u kojoj se mjeri ta isplata može smatrati troškom treće strane koji se u poreznopravnom smislu odbija od dobiti. Druga isplata odnosi se na isplatu od strane financirane strane kada je slučaj dobiven ili riješen nagodbom, što može biti predmet oporezivanja. Pri tomu je bitno naglasiti da se situacija dodatno komplicira kada je riječ o prekograničnim transakcijama, a primjenjivi porezni režim ovisi i o tome kako je strukturiran sam ugovor o financiranju te tko je treća strana koja financira postupak. U tom smislu novac koji je predujmila treća strana može se iz porezne perspektive kvalificirati kao zajam (vjerojatno s kamatama) ili kao ulaganje. U slučaju da se ta sredstva kvalificiraju kao ulaganje, predujam može biti kvalificiran kao kapitalna imovina ili imovina koja se koristi u



redovitom poslovanju ulagatelja, što će sve imati različite posljedice u odnosu na oporezivanje. Nadalje, nakon što je određen ugovor o financiranju i isplate koje proizlaze iz toga ugovora klasificiran u poreznopravnom smislu, porezni tretman može ovisiti o vrsti ulagatelja – koji može biti financijska institucija, korporacija ili druga pravna osoba ili čak fizička osoba – te vrsti financirane strane (je li riječ o fizičkoj ili pravnoj osobi). Također nije razriješeno pitanje primjenjuju li se na financiranje troškova postupka pravila EU-a o porezu na dodanu vrijednost (dalje u tekstu: PDV) na uslugu koju nudi treća strana – financiratelj troškova spora, s time da režim PDV-a ovisi i o strukturi treće strane koja financira troškove (kao što su investicijski fondovi, korporacije, financijske institucije, mjesto osnivanja – je li riječ o trećoj strani koja ima sjedište u EU-u ili izvan EU-a te pravna konstrukcija ugovora o financiranju).<sup>77</sup>

Upravo zbog svih navedenih razloga pitanje definiranja financiranja troškova postupka sredstvima treće strane i njegovih pojava oblika od ključnoga je značenja.

Konačno, oblike je bitno definirati kako financirana strana ne bi, u pokušaju da izbjegne svoju obvezu plaćanja naknade, koristila obrane koje su svojstvene drugim oblicima financiranja kao npr. kreditima, pozajmicama i zajmovima.

Prije definiranja oblika financiranja prikazat će se dva osnovna tipa odnosa koji se javljaju prilikom financiranja troškova postupka sredstvima treće strane, s time da će prikazani odnosi uključivati tri strane, stranku, treću osobu koja financira troškove postupka stranke i odvjetnika. Taj prikaz nije primjenjiv kada je tražbina prenesena na treću stranu koja financira troškove postupka ili kada se financiranje provodi putem odvjetničkog ureda koji ujedno zastupa stranku u postupku, a treća strana ima poslovni udio, tj. član je odvjetničkoga društva.

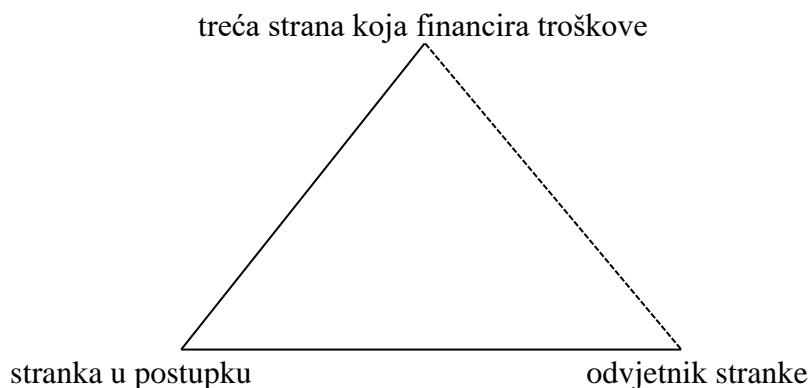
Sahani nudi jednostavan, a opet vrlo slikovit način prikaza osnovnih tipova spomenutih odnosa. Dva su osnovna trokuta odnosa (trokuta jer su u odnosu tri osobe – stranka u postupku koja koristi financiranje sredstvima treće strane, odvjetnik te stranke i treća osoba koja financira troškove postupka, bilo parnične, bilo troškove arbitraže), s time da se u oba osnovna modela polazi od pretpostavke da su treća strana i odvjetnik različite osobe što, kao što je spomenuto, u raznim podoblicima ne mora nužno biti tako.

---

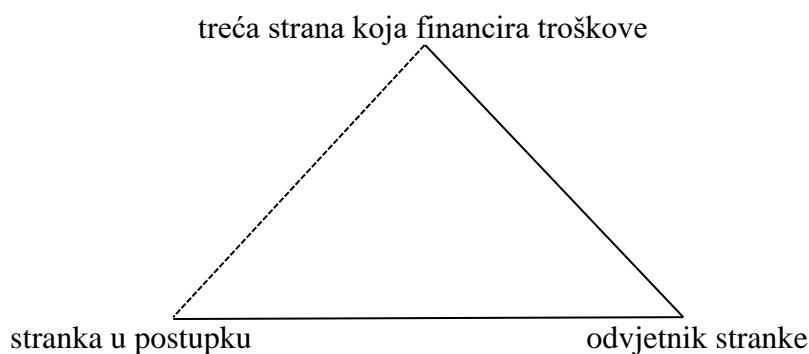
<sup>77</sup> *Op. cit.* u bilj. 52, str. 62–63.

Dakle, prema Sahani<sup>78</sup> ti su odnosi sljedeći:

Dijagram A<sup>79</sup>



Dijagram B<sup>80</sup>



Kao što je iz dijagrama vidljivo, moguće su dvije osnovne situacije. Prema dijagramu A u izravnom su odnosu stranka u postupku i treća strana koja financira troškove postupka, dok su prema dijagramu B u izravnom odnosu treća strana koja financira troškove postupka i odvjetnik stranke. Dijagrami A i B nisu primjenjivi u situaciji kada je stranka u postupku ustupila svoje potraživanje iz spora trećoj strani koja financira troškove postupka, niti u slučaju kada je stranka pribavila policu osiguranja radi pokrića troškova postupka (eventualno i odgovornosti za štetu). O tim će oblicima kvazifinanciranja koji ne predstavljaju financiranje troškova sredstvima treće strane *stricto sensu* biti riječi u nastavku rada, dok će, radi definiranja oblika financiranja, težište rasprave u ovom dijelu biti na odnosima i oblicima financiranja koji proizlaze iz dijagrama A i B.

Kako Sahani ističe, dijagram A prikazuje situaciju u kojoj je stranka u postupku u izravnom ugovornom odnosu s trećom stranom koja financira troškove postupka i s odvjetnikom koji je

<sup>78</sup> Victoria Shannon Sahani: Reshaping Third-Party Funding, 91 TUL. L. REV. 405 (2017.), str. 415.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> *Ibid.*

zastupa (puna crta), dok između treće strane koja financira troškove postupka i odvjetnika stranke koja prima financiranje ne postoji izravan ugovorni odnos (isprekidana crta).<sup>81</sup>

S druge pak strane, prema dijagramu B upravo stranka u postupku nije u izravnom ugovornom odnosu s trećom stranom koja financira troškove postupka (isprekidana crta), već taj odnos postoji između te treće strane i odvjetnika koji zastupa stranku koja prima financiranje. U tom je slučaju treća strana odlučila financirati jedan slučaj ili grupu slučajeva (tzv. *portfolio* financiranje) određenog odvjetničkog ureda pa je stoga ušla u ugovorni odnos s tim odvjetničkim uredom vezano za financiranje troškova postupka ili postupaka.<sup>82</sup>

U slučaju obaju dijagrama postoji odnos između stranke u postupku koja prima financiranje i odvjetnika koji je zastupa jer je treća strana koja financira troškove postupka zasebni entitet.

Ono što je iznimno bitno kod financiranja sredstvima treće strane u užem smislu jest da treća strana snosi rizik pa ako stranka koju financira izgubi spor, treća strana neće dobiti povrat uložениh sredstava ni naknadu za uložena sredstva.

U tom se dijelu financiranje sredstvima treće strane razlikuje od police osiguranja za plaćanje troškova postupka po kojoj osiguravatelj dobiva premiju osiguranja kao i od kreditiranja, to jest pozajmice gdje postoji obveza vraćanja pozajmice i plaćanja kamata koje podliježu pravilima o dopuštenoj visini kamatne stope.

U slučajevima kada treća strana financira troškove postupka kroz ugovorni odnos s odvjetnikom stranke koja koristi financiranje, moguće je da taj rizik dijelom ili u cijelosti bude prevaljen na samoga odvjetnika, a kakva će točno biti distribucija rizika, ovisit će o ugovornom odnosu između odvjetnika i treće strane koja financira troškove postupka.

#### **i. Klasično financiranje postupka**

U odnosu na financiranje troškova postupka kao profesionalnu djelatnost određenoga subjekta koja nije stranka u sporu Saulnier, Müller i Koronthalyova razlikuju dva oblika: financiranje za (a) naknadu koja u cijelosti ili djelomično ovisi o ishodu spora (tzv. postotni pristup – što je veći postotak, primjerice, dosuđene štete, to je i naknada viša) ili (b) naknadu koja se osigurava kroz naknadu za uspjeh u sporu (tzv. višestruki pristup – u tom slučaju se plaća umanjena cijena zastupanja, ali ako stranka uspije u cijelosti u sporu, plaća se i dodatna nagrada).<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> *Ibid.*, str. 419–421.

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> *Op. cit.* u bilj. 52, str. 62–63.

U oba slučaja moguće su situacije primjene odnosa iz dijagrama A i dijagrama B te situacije u kojima treća strana koja financira troškove postupka financira jedan predmet ili portfelj predmeta.

Kao što je već uvedeno, klasično financiranje troškova uključuje tri strane u odnosu (dijagram A i B), i to stranku u postupku za koji prima financiranje, treću stranu koja financira troškove postupka i odvjetnika koji zastupa stranku u postupku. Treća strana može biti u ugovornom odnosu sa strankom ili s odvjetnikom koji zastupa financiranu stranku. Ako je treća strana u ugovornom odnosu s odvjetnikom stranke koja prima financiranje, moguće su dvije situacije. Moguće je da treća strana financira grupu predmeta u kojima zastupa isti odvjetnik ili odvjetnički ured (tzv. *portfolio* financiranje, tj. financiranje portfelja predmeta) ili da financira točno određeni predmet. Ista je situacija moguća i kada je riječ o odnosu između stranke u postupku i treće strane koja financira troškove postupka. Naime, ponekad kompanije ne žele u bilanci društva iskazivati troškove postupka jer se oni izražavaju na poziciji obveza, čime se umanjuje dobit, to jest račun dobiti i gubitka nije toliko povoljan kao u situacijama kada evidencije troškova nema. U takvim je situacijama moguće da kompanija ugovori s trećom stranom financiranje jednog spora, svih ili grupe sporova.

Güven i Johnson ističu kako se udio *portfolio* financiranja u industriji financiranja troškova sredstvima treće strane povećava bilo da je riječ o situaciji kada treća osoba financira više postupaka (sporova) iste stranke, bilo da je riječ o financiranju grupe sporova kroz odvjetničko društvo. Taj oblik financiranja, osim što omogućava disperziju rizika samoga ulaganja, što smanjuje cijenu kapitala, također omogućuje i sekuritizaciju tih potraživanja i time stvaranje i razvoj sekundarnoga tržišta.<sup>84</sup> Naime, sekuritizacijom kao tehnikom na financijskom tržištu kojom se nelikvidna imovina (u pravilu buduća ili nenaplativa potraživanja) pretvara u prenosive vrijednosne papire uvode se u sustav ulaganja u troškove postupka novi subjekti te se rizik dodatno raspršuje. Time se zasigurno stvara i situacija da će treće strane koje se bave financiranjem troškova postupka kao profesionalnom djelatnošću i koje to smatraju ulaganjem biti sklonije ulagati i u potencijalne sporove koji su rizičniji, odnosno u kojima tužbeni zahtjev nije nužno osnovan.

Primjer stvaranja sekundarnog financijskog tržišta je predmet *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. vs. Argentine Republic*. Naime, prema izvještavanju Reutersa treća strana koja je financirala troškove postupka (Burford Capital)

---

<sup>84</sup> Brooke Güven i Lise Johnson: The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement, May 2019, CCSI Working Paper 2019; dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=3661129>, str. 8.

ostvarila je povrat investicije u iznosu 736 % kada je za 107 milijuna dolara prodala svoje potraživanje prema tužiteljima iz ugovora o financiranju jer je Burford Capital uložio 12,8 milijuna dolara u financiranje troškova te arbitraže.<sup>85</sup>

Garcia stoga opravdano upozorava da *portfolio* financiranje troškova postupka u području investicijske arbitraže konkretno znači da će potencijalni tužitelji biti skloniji većem riziku i pokretanju postupaka i kada je riječ o rizičnim tužbenim zahtjevima, što je suprotni efekt od onoga o kojemu govore zagovornici financiranja troškova postupka sredstvima treće strane (treća strana neće financirati spor koji nije osnovan jer će u slučaju gubitka spora izgubiti uložena sredstva). Naime, u slučaju *portfolio* financiranja rizik je raspoređen na cijeli portfelj slučajeva, moguća je brza dobit kroz nagodbu sa suprotnom stranom ili i dodatna buduća dobit u drugim sporovima kroz formiranje novih teorija i prakse u konkretnom sporu, pa onda u ionako neuravnoteženom sustavu *portfolio* financiranje daje dodatnu prednost ulagateljima i potencijalnim tužiteljima da podnose veći broj tužbi protiv država koje imaju ograničena materijalna sredstva i koje pravorijek ne mogu osporavati žalbom (u slučaju arbitraže pri ICSID-u).<sup>86</sup>

S druge se pak strane u Izvješću radne skupine ICCA – Queen Mary o financiranju sredstvima treće strane u međunarodnoj arbitraži iz travnja 2018. godine opravdano navodi da, gledano iz perspektive korporacije kao vlasnika potraživanja te stoga potencijalnoga tužitelja, financiranje portfelja predmeta nudi neke zanimljive mogućnosti kao što je moguće uključivanje u portfelj i nekih vrsta predmeta koji se obično ne bi mogli financirati da je riječ o financiranju jednoga predmeta (npr. predmeta u kojima je korporacija u poziciji tuženika ili predmeta u kojima se ne traži isplata ili naknada štete, tj. predmeta u kojima predmet tužbenoga zahtjeva nije novac). To je moguće jer povrat investicije treće strane koja financira troškove postupka za portfelj slučajeva omogućuje povrat ukupnoga ulaganja kroz predmete unutar portfelja. Slijedom navedenoga, pokretanje, primjerice, jednog rizičnog spora ili spora koji ne uključuje novčanu naknadu unutar portfelja predmeta ne predstavlja toliki rizik. Takav model financiranja prema Izvješću također može omogućiti korporaciji da unovči portfelj povlačeći kapital osiguran u portfelju i za druge poslovne svrhe i/ili za prikazivanje dobiti.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> Tom Hals: RPT-INSIGHT-Want to sue Venezuela for millions? These firms can help, for a price; DECEMBER 21, 2018, dostupno na: <https://www.reuters.com/article/venezuela-lawsuits-finance-idUSL1N1YP2AW>.

<sup>86</sup> Frank J. Garcia: Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System, 59 B. C. L. Rev. 2911 (2018.), str. 2921.

<sup>87</sup> *Op. cit.* u bilj. 54, str. 38.

Iz svega navedenoga proizlazi da je glavna karakteristika klasičnoga financiranja da je riječ o ulaganju treće strane iz kojega se očekuje povrat koji nije limitiran npr. dopuštenom visinom kamatne stope i da to ulaganje nosi rizik koje nosi svako ulaganje, a to je da u slučaju gubitka spora treća strana neće dobiti ništa. Riječ je o naplatnom pravnom poslu za razliku od dalje u radu opisanoga strateškoga financiranja troškova postupka koji ne mora nužno sadržavati i [direktan] ekonomski interes treće osobe koja financira troškove postupka, pa u tom slučaju nije ni riječ o ulagatelju i ulaganju u spor *stricto sensu*.

## **ii. Strateško financiranje postupka**

Uz prethodno opisano klasično financiranje moguće je i tzv. strateško financiranje u kojem direktni financijski interes treće osobe nije primaran, već je financiranje troškova postupka motivirano drugim razlozima koji nužno ne moraju biti i moralni ili dopušteni, ali ti će razlozi najčešće ostati skriveni.

U odnosu na strateško financiranje troškova Zaleska-Korziuk navodi kako se ono javlja u bilo kojem obliku, to jest bilo koja osoba, udruga ili grupacija može se pojaviti kao treća strana koja financira troškove postupka jer je cilj toga financiranja različit od klasičnoga financiranja troškova. Naime, dok je kod klasičnoga financiranja troškova postupka riječ o investiciji pa je glavni cilj takvog financiranja ostvarivanje dobiti, kod strateškog je financiranja cilj javni interes, indirektni financijski interes ili neki drugi – strateški cilj. Iz navedenih razloga glavni cilj nije dobit, već npr. stvaranje nove prakse, što je daleko rizičnije s obzirom na to da je teško predvidjeti ishod spora. Upravo iz tog razloga način financiranja i treća strana koja financira troškove postupka često su različiti od onih u klasičnom financiranju troškova. U strateškom se obliku financiranja kao treća strana koja financira troškove postupka može javiti doslovno bilo tko, a često su to humanitarne organizacije, zaklade ili neki drugi oblik nevladina udruživanja kao npr. skupine osoba koje putem *crowdfundinga*<sup>88</sup> skupljaju novac radi ostvarenja zajedničkoga cilja. Upravo je to bio i slučaj financiranja troškova postupka u Poljskoj za koji je nevladina udruga poljskih pravnika *Polish Society of Anti-Discrimination Law* putem *crowdfunding* kampanje skupila novac kako bi pokrenula parnični postupak protiv katoličkog sveučilišta zbog diskriminacije, i to zbog odbijanja upisivanja studenta koji nije pribavio potvrdu svećenika.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> *Crowdfunding* je masovno skupljanje donacija za određenu svrhu (primjerice, financiranje troškova postupka) najčešće putem internetske platforme.

<sup>89</sup> *Op. cit.* u bilj. 59, str. 166–167.

*Crowdfunding* kao oblik financiranja nije uvijek vezan uz strateško financiranje, a zasigurno nije vezan samo uz donacije, to jest besplatno financiranje troškova postupka u svrhu postizanja tzv. višeg cilja.

Beisner, Miller i Schwartz u studiji financiranja troškova parničnog postupka u SAD-u iz 2020. godine navode kako su treće osobe koje se profesionalno bave financiranjem troškova postupka razvile i *crowdfunding* model financiranja parnica. Konkretno, tvrtka LexShares Inc. privlači investitore, tužitelje u trgovačkim sporovima i tvrtke tužitelja na svoje internetsko tržište primjenom strategije masovnog financiranja postupka. Akreditirani ulagatelji mogu kupovati financiranje pojedinačnog slučaja i doprinijeti od 2500 američkih dolara naviše u nadi da će ostvariti dobit kada se postupak koji financiraju riješi, to jest ako odluka bude povoljna. Za razliku od tradicionalnih tvrtki koje se bave financiranjem, LexShares traži ulaganje koristeći se modelom *crowdfundinga*, koji akreditiranim ulagačima omogućuje da biraju između predmeta koje je LexShares provjerio i koje je odabrao za financiranje (uz suglasnost financirane stranke).<sup>90</sup> U opisanom je slučaju riječ o klasičnom financiranju troškova postupka.

## **2) Osiguranje kao način financiranja troškova postupka**

Osiguranje se ne može podvesti pod financiranje troškova postupka. Pa ipak, treba imati u vidu da ugovori o osiguranju sadržavaju klauzulu o subrogaciji<sup>91</sup> kojom osiguranik osiguratelju daje pravo na tužbu za događaje pokrivenne policom pa u tom dijelu ti ugovori otvaraju neka pitanja koja otvara i financiranje troškova postupka sredstvima treće strane. Naime, osiguranje kao institut ne samo što odstupa od zabrane prijenosa potraživanja, u

---

<sup>90</sup> John H. Beisner, Jessica D. Miller, and Jordan M. Schwartz: Selling More Lawsuits, Buying More Trouble Third Party Litigation Funding A Decade Later, U.S. Chamber Institute for Legal Reform, January 2020; str. 10–11; dostupno na: [https://instituteforlegalreform.com/wp-content/uploads/2020/10/Still\\_Selling\\_Lawsuits\\_-\\_Third\\_Party\\_Litigation\\_Funding\\_A\\_Decade\\_Later.pdf](https://instituteforlegalreform.com/wp-content/uploads/2020/10/Still_Selling_Lawsuits_-_Third_Party_Litigation_Funding_A_Decade_Later.pdf).

<sup>91</sup> Berislav Matijević u Pravo subrogacije osiguratelja, Hrvatski časopis za osiguranje, br. 1, 2019., str. 10–11, dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/file/325920>, u odnosu na subrogaciju u hrvatskome pravu navodi da je subrogacija prijelaz vjerovnikove tražbine na osobu ispunitelja koja ju je ispunila umjesto dužnika. Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15., 29/18., 126/21.) koji normira navedeni institut poznaje ugovornu i zakonsku subrogaciju. Ugovorna je subrogacija uređena čl. 90. Zakona o obveznim odnosima koji propisuje da u slučaju ispunjenja tuđe obveze svaki ispunitelj može ugovoriti s vjerovnikom prije ispunjenja ili pri ispunjenju da ispunjena tražbina prijeđe na njega sa svim ili samo s nekim sporednim pravima kao i da vjerovnikova prava mogu prijeći na ispunitelja i na temelju ugovora između dužnika i ispunitelja, sklopljenog prije ispunjenja. Zakonska je subrogacija uređena člankom 91. Zakona o obveznim odnosima koji propisuje da kad obvezu ispuni osoba koja ima neki pravni interes u tome, samim ispunjenjem obveze na nju prelazi vjerovnikova tražbina sa svim sporednim pravima. Kada je riječ o ugovoru o osiguranju, članak 963. propisuje zakonsku subrogaciju. Tim je člankom propisano da isplatom naknade iz osiguranja prelaze na osiguratelja, po samom zakonu, do visine isplaćene naknade, sva osiguranikova prava prema osobi koja je po bilo kojoj osnovi odgovorna za štetu, ali i da prijelaz prava s osiguranika na osiguratelja ne može biti na štetu osiguranika, pa ako je naknada koju je osiguranik dobio od osiguratelja iz bilo kog uzroka niža od štete koju je pretrpio, osiguranik ima pravo da mu se iz sredstava odgovorne osobe isplati ostatak naknade prije isplate osigurateljeve tražbine po osnovi prava koja su prešla na njega.

slučaju osiguranja prijenos prava je funkcionalno jednak posebnoj vrsti osiguranja o kojoj će biti riječi u nastavku – osiguranju nakon događaja (*after the event* ili ATE). Glavna svrha ugovora o osiguranju od odgovornosti je obveza osiguratelja da štiti osiguranika od pokrivenih šteta. S druge pak strane, osiguravatelj u slučaju nastupa štetnoga događaja kao treća strana preuzima kontrolu nad parnicom. Takvo je preuzimanje dopušteno i omogućeno samim pravom, ali kako osiguratelj odvjetniku izravno plaća troškove zastupanja osiguranika, može doći do sukoba interesa između osiguratelja i osiguranika te time i smanjene kontrole osiguranika nad parnicom. Primjerice, moguća je situacija u kojoj osiguravajuće društvo želi prihvatiti nagodbu i tako izbjeći rizike koji proizlaze iz sudskoga spora, dok osiguranik želi sudski postupak kao najpoželjnije sredstvo obeštećenja ili obrane njegova ugleda i časti.<sup>92</sup>

Saulnier, Müller i Koronthalyova definiraju dva oblika osiguranja pokrića troškova postupka, i to: osiguranje prije događaja (*before the event*, tj. BTE ili osiguranje troškova parnice), koje predstavlja oblik osiguranja koji je ugovoren prije nego što je uopće nastao spor, i osiguranje nakon događaja (*after the event*, tj. ATE ili parnično osiguranje), koje predstavlja oblik osiguranja sklopljen nakon što je nastao pravni spor čiji je cilj osigurati parnicu od svake buduće odgovornosti za protivnikove troškove, pod pretpostavkom plaćanja ugovorene premije osiguranja. U slučaju osiguranja gornja granica osigurnine, tj. novčani iznos koji se osiguratelj obvezuje isplatiti osiguraniku može se primijeniti na pokriće za potencijalnu odgovornost osiguranika za pravne troškove i troškove druge strane ako zahtjev ne bude uspješan.<sup>93</sup>

Ono što je bitno imati na umu kada se uspoređuje osiguranje i financiranje troškova postupka u užem smislu jest pravna priroda osiguranja i pravna priroda financiranja troškova postupka. Dok u slučaju osiguranja, čija je primarna svrha zaštita od [budućega] nepovoljnog događaja i štetnih posljedica, osiguratelj isplatom štete zbog nastupa osiguranoga događaja po zakonu stupa u poziciju osiguranika (zakonska subrogacija); kod financiranja je troškova riječ o ugovornom odnosu čija je primarna svrha ulaganje.

Iz navedenoga slijedi da bi u slučaju osiguranja i subrogacije kontrola osiguratelja nad postupkom bilo mirenja ili nagodbe, bilo spora trebala biti znatno veća nego u slučaju treće strane koja financira troškove postupka (što nije uvijek tako i ovisi o ugovoru o financiranju, što je dodatni argument da financiranje treba biti otkriveno).

---

<sup>92</sup> Maya Steinitzt: Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding; 95 Minn. L. Rev. 1269 2010-2011, dostupno na: [https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2012/03/Steinitz\\_PDF.pdf](https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2012/03/Steinitz_PDF.pdf).

<sup>93</sup> *Op. cit.* u bilj. 52, str. 43–44.



Daljnja razlika proizlazi i iz činjenice da kod osiguranja osiguranik ima obvezu plaćanja premije osiguranja, dok je kod financiranja troškova postupka sredstvima treće strane, ovisno o ugovoru, moguće da sav rizik snosi treća strana i u konačnici ostane bez uloženi sredstava.

Ta posljednje navedena razlika vidljiva je i iz čl. 2. Direktive Vijeća od 22. lipnja 1987. o usklađivanju zakona i drugih propisa o osiguranju troškova pravne zaštite (87/344/EEZ)<sup>94</sup>, koji propisuje da se Direktiva primjenjuje na osiguranje troškova pravne zaštite koje se sastoji od preuzimanja obveze, a po plaćanju premije, da se snose troškovi sudskog postupka i pruže ostale usluge koje su izravno povezane s pokrićem osiguranja, posebno s ciljem osiguranja naknade za gubitak, štetu ili ozljedu koju je pretrpjela osigurana osoba, bilo izvansudskom nagodbom ili građanskim ili kaznenim postupkom ili obrane ili zastupanja osigurane osobe u građanskom, kaznenom, upravnom ili drugim postupcima ili u slučaju bilo kakvog zahtjeva podnesenog protiv nje. Iz navedenog izričaja čl. 2. Direktive vidljivo je da ugovor o osiguranju predviđa plaćanje premije kao uvjeta stupanja na snagu navedenoga ugovora i obveze pružatelja osiguranja.

### **3) Financiranje troškova postupka putem odvjetnika**

Odvjetnici i odvjetnička društva imaju sve značajniju ulogu u financiranju troškova postupka sredstvima treće strane. Kao što je već spomenuto, treće strane koje financiraju troškove postupka kao profesionalnu djelatnost koju ujedno smatraju i ulaganjem mogu biti u izravnom odnosu sa strankom koju financiraju, ali i s odvjetničkim društvom koje zastupa stranku čije troškove financiraju. Oni ulaganje mogu strukturirati tako da u oba navedena slučaja financiraju troškove jednoga postupka ili portfelj postupaka u kojima zastupa financirano odvjetničko društvo.

U Izvješću radne skupine ICCA – Queen Mary o financiranju sredstvima treće strane u međunarodnoj arbitraži iz travnja 2018. godine opravdano se ističe da je uloga odvjetničkih društava u području financiranja troškova postupaka sredstvima treće strane višestruka i stalno se razvija. Odvjetnička društva mogu i često jesu most između stranke koju zastupaju i treće strane koja financira troškove postupka. Naime, nije neuobičajeno da odvjetnička društva, kako bi osigurala zastupanje određenoga klijenta, bila konkurentnija na tržištu te smanjila eventualni rizik od nemogućnosti naplate vlastitih usluga, nude i uslugu pronalaženja treće strane koja će financirati troškove postupka.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> Direktiva Vijeća od 22. lipnja 1987. o usklađivanju zakona i drugih propisa o osiguranju troškova pravne zaštite (87/344/EEZ) je dostupna na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/ALL/?uri=CELEX:31987L0344>

<sup>95</sup> *Op. cit.* u bilj. 54, str. 21–22.

Nadalje, kako se u Izvješću radne skupine ICCA – Queen Mary pravilno navodi, *portfolio* financiranje odvjetničkoga društva, gdje dakle postoji ugovorni odnos između treće strane koja financira troškove određenoga broja postupaka u kojima zastupa određeno odvjetničko društvo, omogućuje da to odvjetničko društvo lakše premosti nepredviđene troškove, ali i da zastupa u predmetu koji nužno neće donijeti veliku financijsku korist trećoj strani koja financira troškove postupaka koje to odvjetničko društvo zastupa. To je moguće jer se u skupu predmeta rizik potencijalnoga gubitka prelijeva na sve predmete u portfelju koje treća strana financira.<sup>96</sup>

Uz opisano klasično financiranje troškova postupka sredstvima treće strane putem odvjetničkoga društva mogući je scenarij i da odvjetnik financira troškove postupka svojega klijenta.

Prvi je oblik takvog financiranja tzv. nagrada za rad, tj. *contingency fee*. To financiranje predstavlja oblik zastupanja u kojem odvjetnik neće naplatiti troškove svojega zastupanja tijekom postupka kao i ako stranka koju zastupa izgubi spor, ali u slučaju uspjeha u sporu stranka će biti obvezna platiti odvjetnika za pružene usluge, i to najčešće u postotku od dosuđene sume. Visina postotka koji odvjetnik može ugovoriti ovisi od jurisdikcije do jurisdikcije.

Druga mogućnost opisanoga financiranja putem nagrade za rad je ugovor kojim će klijent i odvjetnik podijeliti rizik spora. U takvom aranžmanu odvjetnik će ili naplaćivati umanjenu naknadu za sat rada ili će ugovoriti s klijentom maksimalni iznos (tzv. *cap fee*) koji klijent treba platiti za pojedinu fazu postupka, npr. maksimalni iznos za fazu podnošenja tužbe, maksimalni iznos za fazu rasprave, maksimalni iznos za postupak istraživanja i dostave dokumenata itd. U oba opisana slučaja klijent će biti financijski manje opterećen nego što bi bio da plaća punu cijenu sata rada odvjetnika koji ga zastupa. Kod tih oblika naplate troškova riječ je također o jednom obliku financiranju troškova postupka i u tim je slučajevima uobičajeno da odvjetnici sa strankom ugovore i posebnu nagradu, tj. bonus u slučaju uspjeha u sporu (tzv. *success fee*), no taj bonus nije vezan uz dosuđeni novčani iznos (ne izražava se u postotku dosuđenoga iznosa).

U odnosu na *pro bono* zastupanje Izvješće radne skupine ICCA – Queen Mary pravilno ističe da je i u tom slučaju riječ o svojevrsnom financiranju troškova postupka u kojem sav rizik

---

<sup>96</sup> *Ibid.*, str. 38.

preuzima odvjetnik i za to ne ostvaruje nikakvu naknadu.<sup>97</sup> U tom dijelu treba imati u vidu da takav oblik pomaganja klijentu u nevolji može imati i dodatni cilj (ne samo pomaganje) kao npr. ostvarenje povoljne sudske prakse pa takvo financiranje podsjeća na strateško financiranje.

U odnosu na hrvatsko pravo koje ne poznaje institut financiranja troškova postupka sredstvima treće strane ni u parničnom postupku, ni u arbitraži, važne su odredbe iz Zakona o odvjetništvu i Tarife o nagradama i naknadi troškova za rad odvjetnika.

Čl. 19. st. 1. Zakona o odvjetništvu<sup>98</sup> propisuje da odvjetnici u imovinskopравnim stvarima mogu sa strankom ugovoriti nagradu za rad i u razmjeru s uspjehom u postupku, odnosno u pravnim radnjama koje će za stranku poduzeti.

Tbr. 39. Tarife o nagradama i naknadi troškova za rad odvjetnika<sup>99</sup> dodatno razrađuje čl. 19. Zakona o odvjetništvu na način da postavlja gornju granicu nagrade za uspjeh u sporu. Tom je odredbom propisano da odvjetnici u imovinskopравnim predmetima mogu sa strankom pismeno ugovoriti nagradu za rad i u razmjeru s uspjehom u postupku ili u pravnim radnjama koje će za stranku poduzeti, s time da gornja granica ugovorenog postotka ne može prijeći 30 % od ukupno ostvarenog uspjeha. Dakle, ako će u nekom postupku, parničnom ili arbitražnom, biti riječi o financiranju troškova postupka sredstvima treće strane putem odvjetničkog ureda, naknada za financiranje ne bi mogla premašiti 30 % od ukupno dosuđenog iznosa.

U odnosu na pitanje ima li odvjetnik koji je ugovorio taj oblik nagrade pravo i na dosuđeni trošak treba odgovoriti pozitivno, što proizlazi i iz presude Županijskog suda u Varaždinu od 24. listopada 2017., broj: Gž 985/2017-2, u kojoj se u odnosu na to pitanje navodi:

*U konkretnom slučaju nije sporno da su stranke dana 7. srpnja 2008. zaključile Ugovor o zastupanju čiji predmet je ugovaranje naknade za odvjetničku uslugu u sporu. Predmetnim ugovorom parnične stranke su sporazumno utvrdile da će visina ugovorenog postotka prema ostvarenom uspjehu u postupku iznositi 20 % koji iznos se ovdje tuženik obvezuje platiti odvjetniku po svakoj realiziranoj isplati tijekom postupka s time da osim ove naknade odvjetnik ima pravo i na naplatu troškova zastupanja koje odredi sud prema suprotnoj strani u tom postupku. (...) Ovdje tuženiku je u navedenom postupku dosuđeno i naplaćeno od suprotne strane 46.689,87 kn sa pripadajućom zakonskom zateznom kamatom na svaki u toj presudi navedeni iznos od dana dospijeca pa do isplate te je ovdje tuženiku po navedenoj presudi na ime glavnice i kamata na glavicu ukupno isplaćen iznos od 78.693,67 kn pa ovdje tužitelju, a sukladno prethodno spomenutom Ugovoru zaključenom između parničnih stranaka i Tbr. 39. toč. 3 pripada naknada od 15.738,73*

<sup>97</sup> *Ibid.*, str. 39–41.

<sup>98</sup> Zakon o odvjetništvu (Narodne novine, br. 9/94., 117/08., 50/09., 75/09., 18/11., 126/21.).

<sup>99</sup> Tarifa o nagradama i naknadi troškova za rad odvjetnika (Narodne novine, br. 142/12., 103/14., 118/14., 107/15., 37/22.).

*kn što je 20 % od dosuđenog iznosa i na ovaj iznos pripadajući PDV sukladno Tbr. 42. Tarife. Pored navedenog iznosa tužitelj sukladno toč. 6. Ugovora o zastupanju ima pravo i na naplatu troškova zastupanja kojeg odredi sud prema suprotnoj strani u postupku. (...) Naime, **dosuđeni trošak ovdje tuženiku u spomenutom parničnom predmetu ne može se smatrati „uspjehom” stranke u sporu već se radi o parničnim troškovima koji pripadaju odvjetniku bez obzira na između njega i njegove stranke ugovorene nagrade u razmjeru sa uspjehom. Kada to ne bi bilo tako već kad bi dosuđeni trošak zastupanja bilo u cijelosti bilo u određenom dijelu pripadao stranci tada bi stranci pripalo i više nego što je tužbenim zahtjevom tražila** [istaknula autorica].*

Iz navedenih odredaba i citirane sudske prakse proizlazi da bi treća strana teoretski mogla ugovoriti financiranje troškova postupka putem odvjetničkog ureda, ali dobit od takvog ulaganja bila bi limitirana citiranim Tbr. 39. Tarife o nagradama i naknadi troškova za rad odvjetnika.

Treba imati u vidu da je vrlo dvojbeno kakav bi porezni tretman imala isplata te dobiti od strane odvjetnika trećoj strani koja je financirala troškove postupka te ne bi li takva isplata potpala i pod doseg Zakona o sprječavanju pranja novca i financiranja terorizma posebno ako je treća strana ujedno obveznik provedbe mjera, radnji i postupaka za sprječavanje i otkrivanje pranja novca i financiranja terorizma u smislu čl. 9. Zakona o sprječavanju pranja novca i financiranja terorizma<sup>100</sup>.

Također je moguće da odvjetnik financira troškove postupka na način da sam snosi sve troškove (npr. vještačenja) i svojega rada, pa da se naplati od dosuđenoga troška, no ni u tom slučaju nije riječ o financiranju troškova postupka sredstvima treće strane u klasičnom smislu jer nedostaje treća strana koja financira troškove postupka iako nema pravni interes u sporu.

Zaključno, kako to pravilno navode Saulnier, Müller i Koronthalyova, financiranje troškova postupka sredstvima treće strane razlikuje se od financiranja troškova postupka od strane odvjetnika koji ujedno zastupa stranku koju financira zbog činjenice da je treća strana koja financira postupak – a ne odvjetnik financirane stranke – ta koja ima pravo dobiti postotak od uspjeha u sporu i naknadu. Pa ipak, navedeni autori opravdano upućuju na to da ugovori o nagradi prema uspjehu u sporu i financiranje troškova postupka sredstvima treće strane dijele zajedničku strukturu prema kojoj se ulagatelj koji osigurava sredstva – bio to odvjetnik ili treća strana koja financira troškove postupka kao profesionalnu djelatnost – dogovara sa strankom koju financira (najčešće tužitelj) da mu se plati fiksni postotak dosuđenoga iznosa ako stranka uspije u sporu. Unatoč tomu oni ističu, kako je to opisano i na primjeru hrvatskoga prava u odnosu na ugovaranje nagrade za rad, da odvjetnici podliježu profesionalnim i etičkim pravilima, a ulagači ne. Osim toga, iako su ugovori o nagradi prema

---

<sup>100</sup> Zakon o sprječavanju pranja novca i financiranja terorizma (Narodne novine, br. 108/17., 39/19.).

uspjehu u sporu u Europskoj uniji regulirani (kao i izričito zabranjeni u pojedinim zemljama), financiranje parnica nije zabranjeno (uz iznimku Grčke i Irske) niti podliježe bilo kojem regulatornom okviru.<sup>101</sup>

#### 4) Pozajmice

U praksi američkih sudova pojavilo se pitanje može li se financiranje troškova sredstvima treće strane kategorizirati kao pozajmica, kao kredit. O odlukama sudova u takvim slučajevima bit će više riječi u VII. dijelu rada u dijelu u kojem se analizira financiranje troškova postupka u SAD-u (2).

Kada je riječ o kreditu ili pozajmici, ne može se reći da je riječ o financiranju troškova postupka sredstvima treće strane jer takav investitor ne preuzima rizik koji preuzima treća strana koja financira troškove.

Naime, kada je riječ o pozajmicama odnosno kreditima koji se koriste za financiranje troškova postupka, davatelj takve pozajmice ili kredita očekuje povrat danih sredstava, dok kod financiranja troškova postupka u klasičnom smislu to ne mora biti tako – hoće li takav ulagatelj dobiti uložena sredstva, ovisit će o ishodu spora.

Nadalje, prinos, tj. dobit od pozajmice ili kredita limitiran je nacionalnim propisima o visini dopuštene kamate, dok kod financiranja troškova postupka dobit može biti i očekivano je znatno viša i u prosjeku iznosi 300 % investiranih sredstava ili i više.<sup>102</sup> U tom su dijelu pojedini korisnici financiranja troškova postupka sredstvima treće strane u SAD-u osporavali valjanost tih ugovora tvrdeći da je riječ o prikrivenoj pozajmici koja potpada pod zabranu obračuna zelenaške kamate (tzv. *usury*) na pozajmicu. Pojedini američki sudovi zauzeli su različito stajalište, ovisno o propisima na snazi u pojedinoj saveznoj državi, pa je prema nekima ugovor o financiranju pobojan jer predstavlja pozajmicu, dok je po nekima valjan jer je riječ o ugovoru *sui generis*, a ne pozajmici (više o tomu u VI. dijelu rada, u dijelu u kojem se analizira pravo i sudska praksa u SAD-u (2)).

---

<sup>101</sup> *Op. cit.* u bilj. 52, str. 46–47.

<sup>102</sup> O očekivanom povratu investicije vidi u npr. Lisa Bench Nieuwveld & Victoria Shannon Sahani: Third-Party Funding In International Arbitration (2d ed. 2017), str. 33. ili Daniel L. Chen, Can Markets Stimulate Rights? On the Alienability of Legal Claims, The RAND Journal of Economics, vol. 46, no. 1, 2015., str. 14, dostupno na: [http://users.nber.org/~dlchen/papers/Can\\_Markets\\_Stimulate\\_Rights\\_RAND.pdf](http://users.nber.org/~dlchen/papers/Can_Markets_Stimulate_Rights_RAND.pdf) ili [preambulu predložene Rezolucije Europskog parlamenta s preporukama Komisiji o odgovornom privatnom financiranju sudskih sporova \(2020/2130\(INL\)\)](#) sadržane u Nacrtu izvješća s preporukama Komisiji o odgovornom privatnom financiranju sudskih sporova od 17. lipnja 2021., u kojoj se navodi da „stope povrata za pružatelje financiranja u sudskim sporovima mogu iznositi do 300 %, a u nekim slučajevima čak i 3 000 %, što se oduzima izravno iz naknade dostupne podnositeljima zahtjeva”, dostupno na: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934\\_HR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934_HR.pdf).

Davatelj pozajmice, osim što očekuje povrat pozajmice uvećane za iznos prema dopuštenoj kamatnoj stopi, nema daljnji interes i neće raditi dubinsku analizu predmeta za koji se traži pozajmica ili kredit, niti će sudjelovati na neki način u postupku, bilo stručnim znanjem, pomoći u razvijanju strategije itd., niti će na ikoji način pokušati kontrolirati postupak.

Za razliku od davatelja pozajmice ili kredita treća strana koja financira troškove postupka, budući da preuzima rizik da ostane bez svojega ulaganja u slučaju neuspjeha u sporu, provodi dubinsku analizu potencijalnoga spora, i to i iz aspekta pitanja nadležnosti (posebno ako je riječ o trgovačkoj ili investicijskoj arbitraži) i iz aspekta merituma, tj. osnovanosti zahtjeva.

I moguća visina naknade štete ili isplate koja se u sporu može očekivati je itekako relevantni faktor u donošenju odluke hoće li se neki spor financirati ili neće. Za razliku od takvoga ulagatelja fizička ili pravna osoba koja daje pozajmicu ili kredit u načelu je jedino zainteresirana za sredstva osiguranja kojima će osigurati pozajmicu, tj. kredit i iz kojih će se, u slučaju nevraćanja kredita ili pozajmice, naplatiti.

Iz računovodstvenoga aspekta također postoji razlika između pozajmice i klasičnog financiranja sredstvima treće strane jer se pozajmica evidentira na prihodovnoj i rashodovnoj strani, dok se u slučaju klasičnog financiranja troškova postupka taj trošak ne vidi do odluke u predmetu kada nastaje obveza financirane strane prema trećoj strani koja je financirala troškove postupka ako je stranka uspješna u sporu.

Konačno, kao što je već više puta spomenuto, davatelj pozajmice ili kredita ne preuzima rizik u odnosu na ishod spora za čije financiranje stranka uzima pozajmicu ili kredit, dok treća strana koja financira troškove postupka preuzima rizik u smislu da u slučaju gubitka spora neće dobiti ništa.

## **5) Prijenos tražbine**

Do prijenosa tražbine može doći na više načina kao što su, primjerice, statusne promjene trgovačkoga društva poput pripajanja društva drugome društvu, spajanja s drugim društvom ili podjele društva razdvajanjem, tijekom stečaja društva ili ugovorom o ustupu tražbine bilo prodajom potraživanja, bilo ustupom umjesto ili radi ispunjenja. Kada je riječ o ustupu tražbine ugovorom, treba imati u vidu nacionalno pravo koje je mjerodavno za taj ugovor, to jest je li to dopušteno. U takvim slučajevima treća strana koja će financirati troškove postupka postaje vjerovnik, što može biti iznimno bitno u investicijskim arbitražnim postupcima jer bi dužnik, tj. država mogla u tim postupcima isticati prigovor nenadležnosti tribunala ako je

ustup učinjen prije pokretanja postupka (tzv. *treaty shopping* ili *forum shopping*). O tim će prigovorima biti više riječi u VI. dijelu rada pod 8) Prijenos tražbine.

U odnosu na prijenos tražbine koja se ima ostvariti kroz sudski postupak, koja je, dakle, sporna, posebno je zanimljiva praksa irskih sudova pa se u nastavku daje kratak pregled predmeta *SPV Osus Ltd v HSBC Institutional Trust Services (Ireland) Ltd* koji je došao do irskoga Vrhovnoga suda. Taj je sud presudom od 31. srpnja 2018.<sup>103</sup> odbio žalbu i potvrdio odluku prvostupanjskog i žalbenog suda. Spomenuti je predmet detaljno obrađen u VII. dijelu rada pod 5) Irska, a u ovom se dijelu navodi samo izvadak iz prvostupanjske presude Visokoga suda<sup>104</sup>. U odnosu na prijenos sporne tražbine, to jest tužbenoga zahtjeva, Visoki je sud u presudi od 5. listopada 2015. zaključio:

*40. Sljedeća su načela koja proizlaze iz irskih i engleskih presedana relevantna za ovaj spor:*

*(1) Protuzakonito je financirati ili ustupiti parnicu u zamjenu za udio u dobiti osim ako onaj koji financira spor ili primatelj ustupa nema zakoniti interes ili neki drugi legitimni interes u parnici.*

*(2) Ustup samoga tužbenoga zahtjeva u svrhe koje zakon ne prepoznaje kao legitimne predstavlja champerty.*

*(3) Trgovanje parnicama protivno je javnom poretku.*

*(4) Bezobzirno miješanje u sudske sporove protivno je javnom poretku.*

*(5) Doseg maintenance i champerty doktrina mora se prilagoditi suvremenoj društvenoj stvarnosti.*

*(6) Maintenance i champerty doktrine moraju se razmatrati u svjetlu ustavnog prava na pristup pravdi.*

*(7) Maintenance i champerty doktrine ne smiju postavljati nepotrebne prepreke osobama s legitimnim zahtjevom.*

*(8) Ustup tužbenoga zahtjeva koji je sporedan ili povezan s vlasničkim pravom ili interesom nije protivan zakonu.*

*(9) Interes koji stranka ima u parnici koju vodi mora postojati neovisno o sporazumu koji joj daje udio u imovinskoj dobiti od parnice.*

*(10) Ustup tužbenoga zahtjeva stranci koja ima stvarni komercijalni interes za tužbu nije protivan zakonu.*

*(11) Dioničar ili vjerovnik društva (ili drugog subjekta) koji već ima neizravnu vezu s društvom (ili drugim subjektom), a koji je neimovinski, može imati neizravan, a time i legitiman interes u sudskom sporu društva (ili drugog subjekta) i može zakonito financirati sudski spor društva.*

*(12) Treće strane koje donesu komercijalnu odluku o 'ulaganju' u sudski spor u nadi da će ostvariti dobit čine prekršaje koji pripadaju ili pod maintenance ili pod champerty doktrinu.*

---

<sup>103</sup> Presuda Vrhovnoga suda je dostupna na: <https://ie.vlex.com/vid/spv-osus-ltd-v-792908913>.

<sup>104</sup> *SPV Osus Limited v HSBC International Trust Services (Ireland) Limited & ors.*, [2015] IEHC 602, presuda je dostupna na: <https://www.bailii.org/ie/cases/IEHC/2015/H602.html>.

(13) Prilikom razmatranja je li ustup valjan sud bi trebao razmotriti cjelokupnu transakciju.

(14) Sud se bavi sadržajem, a ne oblikom transakcije u razmatranju potpada li ta transakcija pod maintenance ili champerty doktrinu.

78. U ovom slučaju tužitelj još nije bio uključen u sporne odnose kada su se navodno dogodili protupravni događaji, koji su predmet ove parnice. Tužitelj je društvo posebne namjene koje je osnovano kako bi se omogućilo ulagačima u dionice Strategic Series da unovče svoj interes.

91. Po mom mišljenju ustupanje prava na tužbu u kontekstu cjelokupne transakcije prodaje udjela u SPV-u na sekundarnom tržištu predstavlja ustupanje samoga razloga za tužbu za koji nema legitimnog razloga priznatog irskim pravom. Ustupanje nije sporedno ili sporedno ustupanju dopuštenog potraživanja kupaca i drugih povezanih prava u stečaju BLMIS-a za potrebe irskoga javnoga poretka, bez obzira na zakonitost takvoga ustupa prema zakonima države New York. Kupci udjela u SPV-u na sekundarnom tržištu nemaju istinski komercijalni interes za vođenje ovoga postupka. Ustupanje tužbenoga zahtjeva SPV-a putem prodaje udjela u njemu na sekundarnom tržištu predstavlja prodaju parnice, što rezultira nezakonitim pokretanjem sudskog spora.

92. U svjetlu ovih zaključaka zahtjev tuženika na utvrđenje da je prijenos potraživanja od 6. svibnja 2011. između Optimal Strategic U.S. Equity Limited i SPV Optimal SUS Limited u dijelu kojim je SPV Optimal prenio tužbeni zahtjev na SUS Limited protiv prvoimenovanih i drugoimenovanih tuženika je osnovan jer je protivan javnom poretku te stoga ništetan i neprovediv po samom zakonu.<sup>105</sup>

Kao što je iz citirane presude vidljivo, prijenos tužbenoga zahtjeva radi naplate prema irskome pravu nije dopušten, pa prilikom ustupa potraživanja treba imati u vidu i nacionalno pravo bez obzira na činjenicu je li potencijalni tužitelj insolventan te mu je zbog toga moguće ograničen pristup pravdi.

U nastavku rada govori se o obliku financiranja kroz stjecanje vlasničkog udjela (poslovnih udjela ili dionica) u potencijalnom tužitelju radi financiranja troškova postupka. To bi bilo dopušteno i prema irskom pravu koje, kao što je prikazano, ne dopušta ustup tužbenoga zahtjeva ako primatelj ustupa nema legitimni interes u tužbenom zahtjevu ili je riječ o sporednom potraživanju ili potraživanju povezano s vlasničkim pravima.

## **6) Stjecanje udjela u tužitelju u svrhu financiranja troškova postupka**

Izvješće radne skupine ICCA – Queen Mary navodi i stjecanje udjela u financiranoj stranci kao jednom obliku financiranja troškova postupka u širem smislu. U Izvješću se pravilno ističe da su prema klasičnom modelu financiranja obveza financiranja, očekivana razina povrata i uvjeti ulaganja navedeni i regulirani ugovorom (npr. ugovor o financiranju koji utvrđuje distribuciju svakog povrata), dok ako je nositelj potraživanja društvo posebne namjene („SPV”) ili subjekt bez druge imovine, osim potraživanja koje je potrebno ostvariti kroz postupak (arbitražni ili sudski), treća strana koja namjerava financirati troškove postupka

---

<sup>105</sup> Ibid.



može strukturirati svoje ulaganje i povrat ulaganja kupnjom udjela u stranci koju namjerava financirati. Prema tom modelu povrat ulaganja proizlazi iz raspodjele dobiti generirane uspjehom u postupku, za razliku od povrata uloženi sredstava na temelju ugovora. Takvo strukturiranje ima niz potencijalnih prednosti. Treća strana na taj način može preuzeti veću ili potpunu kontrolu nad sporom bez opasnosti da se suoči s ograničenjima koja proizlaze iz nacionalnih prava kao što su npr. ograničenja koja proizlaze iz *maintenance* i *champerty* doktrina. Na primjer, irski je Vrhovni sud izričito priznao da se strukturiranje ulaganja na taj način ne bi smatralo protivno javnom poretku, dok je financiranje troškova postupka sredstvima trećih strana protivno irskom javnom poretku.<sup>106</sup>

Stav je irskoga Vrhovnoga suda vidljiv i iz obrazloženja odluke u predmetu *Persona*<sup>107</sup>, u kojem je prihvatio obrazloženje suda u predmetu *Thema*<sup>108</sup>. U predmetu *Thema* Visoki je sud u odnosu na stjecanje vlasničkog udjela u stranci – društvu kojemu se pruža usluga financiranja troškova postupka – zaključio da nema povrede javnoga poretka kada financiranje daju članovi društva – stranke u postupku jer oni imaju indirektni interes za uspjeh u postupku. U tom je predmetu Visoki sud obrazložio:

*5.10 Međutim, treće strane koje nisu počinile champerty (tj. koje imaju neku vrstu legitimnog interesa u predmetu, kako je to identificirano u sudskoj praksi u odnosu na champerty), po mojem su mišljenju u drukčijoj situaciji. Oni su, makar samo posredno, već uključeni u parnicu. Bilo koja tvrtka koja je nelikvidna ima mogućnost da njezini članovi društva (ili vjerovnici) osiguraju daljnje financiranje postupka zbog čitavoga niza razloga koji nisu ograničeni na potencijalne sudske sporove. Poslovna prosudba da to učine često će dovesti do toga da stranke s izravnim interesom u određenom poduzeću ulažu dodatne iznose. Stoga, po mojem mišljenju, postoji značajna razlika između stranke koja već ima neizravnu vezu sa strankom u postupku koju financira i koja, dakle, već ima neizravni interes u relevantnom sporu, s jedne strane, i treće strane gdje takva prethodna poveznica ne postoji. HTIE mora biti svjestan da članovi društva ili drugi s neizravnim interesom u *Them*i mogu odlučiti financirati *Them*u kako bi joj omogućili vođenje sudske spora koji je u interesu *Theme*, ali koji će im možda također neizravno koristiti povećanjem vrijednosti njihova udjela u *Them*i ili dopuštanjem *Them*i da plati svoje zakonske obveze.<sup>109</sup>*

Nadalje, posjedovanje udjela u vjerovniku koji tražbinu ostvaruje u sudskom ili arbitražnom postupku može omogućiti članu društva koji ujedno snosi troškove takvoga postupka da ima pristup svim povlaštenim informacijama a da ne mora voditi računa o tome hoće li te informacije morati otkriti i suprotnoj strani. Pitanje otkrivanja detaljno se obrađuje u VI. dijelu rada u dijelu koji se bavi otvorenim pitanjima kod financiranja troškova postupka (101).

---

<sup>106</sup> *Op. cit.* u bilj. 54, str. 41.

<sup>107</sup> *Persona Digital Telephony Ltd & Sigma Wireless Networks Ltd and The Minister for Public Enterprise, Ireland and the Attorney General, and, by order, Denis O'Brien and Michael Lowry*<sup>107</sup> [2017] IESC 27.

<sup>108</sup> *Thema International Fund Plc v HSBC Institutional Trust Services (Irl) Ltd and Others*, [2011] IEHC 357.

<sup>109</sup> *Ibid.*

## V. RAZLOZI RAZVOJA FINANCIRANJA TROŠKOVA SREDSTVIMA TREĆE STRANE U MODERNIM VREMENIMA I MOGUĆI UČINAK FINANCIRANJA NA POSTUPAK I TEMELJNA LJUDSKA PRAVA

Financiranje sredstvima treće strane u moderno doba počelo se razvijati devedesetih godina u Australiji i to u području stečajnoga prava i tužbi za zaštitu kolektivnih interesa i prava (*tzvs. class action*)<sup>110</sup> da bi svoj puni procvat doživjelo od 2006. godine nadalje kada je australski visoki sud u *predmetu Campbells Cash & Carry Pty Ltd v Fostif Pty Ltd* utvrdio da je ugovor o financiranju troškova parnice valjan te da ne predstavlja povredu postupka ili javnog poretka.<sup>111</sup>

Pregled razvoja toga instituta u pojedinim državama detaljno se obrađuje u poglavlju koji se bavi financiranjem troškova parničnog postupka sredstvima treće strane u kojem će biti dan komparativni prikaz razvoja i [eventualnog] normiranja toga instituta po pojedinim državama kao i najnoviji trendovi razvoja u Europskoj uniji.

Slijedom navedenoga, u ovom se poglavlju institut financiranja sredstvima treće strane sagledava iz aspekta razloga njegovoga razvoja u modernim vremenima, konkretno liberalizacije tržišta, ekonomske krize 2008. godine i utjecaja te krize na njegov razvoj.

U poglavlju se također raspravlja o financiranju postupaka iz aspekta kupovine dugova pojedinih država, financiranja postupaka protiv nerazvijenih država u kontekstu utjecaja navedenoga na temeljna ljudska prava građana u tim državama. Taj posljednji aspekt posebno je zanimljiv jer zagovornici financiranja postupka sredstvima treće strane često ističu da se financiranjem ostvaruje pravo na pristup pravdi pa je u tom dijelu zanimljivo sagledati taj institut u širem kontekstu zaštite temeljnih ljudskih prava odnosno prava na pristup pravdi s jedne strane i temeljnih prava građana najsiromašnijih zemalja koje su izložene skupim i brojnim financiranim postupcima s druge strane.

Treći i četvrti dio poglavlja posvećen je mogućim učincima financiranja na postupak. U tom se dijelu razmatra da li činjenica da je tužiteljima dostupno financiranje dovodi do podnošenja očito neosnovanih zahtjeva tj. objesnog parničenja koje se može koristiti za razne svrhe,

---

<sup>110</sup> Zakon o parničnom postupku ("Službeni list SFRJ" br. 4/77., 36/77., 36/80., 6/80., 69/82., 43/82., 58/84., 74/87., 57/89., 20/90., 27/90., 35/91., "Narodne novine" br. 53/91., 91/92., 112/99., 129/00., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 96/08., 84/08., 123/08., 57/11., 148/11. - službeni pročišćeni tekst, 25/13., 89/14., 70/19.) u čl. 502.a – 502.h uređuje tužbu za zaštitu kolektivnih interesa i prava.

<sup>111</sup> Rachel Howie i Geoff Moysa, 'Financing Disputes: Third-Party Funding in Litigation and Arbitration' (2019) 57 *Alta L Rev* 465, str. 468.

primjerice u investicijskoj arbitraži se može koristiti kao oružje protiv države u namjeri da se utječe na regulatornu funkciju države dok se u parnici ili trgovačkoj arbitraži može koristiti za iscrpljivanje konkurenata na tržištu. Poglavlje završava raspravom o sukobu interesa koji može nastati i zbog sudjelovanja trećih koji financiraju postupak te tako imaju interes u samom postupku. Naime, i u teoriji i praksi je upravo mogući sukob interesa prepoznat kao glavni razlog zašto bi trebalo propisati obvezu otkrivanja činjenice da je jedna od stranaka financirana pa se pitanje sukoba interesa definira u ovom poglavlju. Pitanje otkrivanja se dodatno razrađuje i u VI. dijelu rada koji se bavi otvorenim pitanjima. U tom se dijelu daje i pregled sudske i arbitražne prakse i dodatno razrađuje pitanje treba li, radi izbjegavanja potencijalnog sukoba interesa koji proizlazi iz odnosa suca ili arbitra, propisati obvezu otkrivanja financiranja postupka protivnoj strani i tijelu koje odlučuje. Budući da je sukob interesa usko vezan uz otkrivanje postojanja financiranja u postupku ta su pitanja obrađena jedna za drugim.

### **1) Razlozi razvoja**

Financiranje postupaka sredstvima treće strane doživjelo je eksploziju u 21. stoljeću i dovelo do napuštanja doktrina *maintenance, champerty* i *barretry* u većini zemalja anglosaksonskoga prava. Kao glavna prednost toga instituta (a i jedan od glavnih razloga razvoja) navodi se pravo na pristup pravdi pa će se u ovom poglavlju definirati što bi značio pristup pravdi. To je pitanje važno i u kontekstu ovoga rada jer je jedna od teza koja se istražuje da financiranje troškova sredstvima treće strane omogućava pristup pravdi onima koji inače ne bi imali financijskih sredstava za vođenje postupka.

Slijedom navedenoga u ovom će se poglavlju uvodno navesti razlozi razvoja financiranja, a zatim će se posebno obraditi pristup pravdi i utjecaj globalizacije, liberalizacije tržišta i pravne profesije te učinci ekonomske krize iz 2008. godine na razvoj financiranja troškova postupka sredstvima treće strane.

Howie i Moysa navode četiri razloga zašto se financiranje troškova sredstvima treće strane razvilo krajem 20. i početkom 21. stoljeća u zasebnu industriju:

- "pristup pravdi – taj oblik financiranja omogućava da tužba u parnici ili arbitraži bude podnesena i od strane osoba, bilo pravnih ili fizičkih, koje inače ne bi imale sredstava za plaćanje troškova postupka;
- osiguravanje sredstava za plaćanje troškova postupka manjim ili nelikvidnim trgovačkim društvima koja također ne bi bila u mogućnosti snositi troškove postupka;

- omogućavanje većim korporacijama da troškove postupka ne evidentiraju u knjigovodstvenim knjigama – a što također utječe na njihovu likvidnost i vrijednost društva;
- omogućavanje investitorima da investiraju u tržište (financiranje troškova sredstvima treće strane je vrlo razvijeno tržište koje je u 2018. godini vrijedilo više od 10 milijardi dolara) koje je nezavisno od procjenjivanja vrijednosti korporacija, financijskog tržišta i burze, već ovisi samo o vrijednosti tužiteljevoga tužbenog zahtjeva ili odgovornosti tuženika [ako je riječ o financiranju tuženika što je novija pojava, op. aut.]."<sup>112</sup>

Sahani navodi iste razloge koji su doveli do razvoja cijele industrije koja se bavi financiranjem troškova parničnih i arbitražnih postupaka s time da upozorava da ta grana industrije još uvijek nije dostatno normirana što dovodi do toga da niti potencijalni korisnici financiranja tj. potrošači ne znaju pravila igre i koje uvjete ponuditelji financiranja troškova postupka trebaju zadovoljiti da bi bili u skladu sa zakonom, ali niti sami ponuditelji financiranja, to jest u najvećem broju investitori, ne znaju kako moraju postaviti svoje poslovanje da bi bili u skladu s pravnim okvirom koji je na njih i njihovu investiciju primjenjiv.<sup>113</sup>

### **i. Pristup pravdi**

Zagovornici financiranja postupka sredstvima treće strane kao najglavniji argument zašto je ovaj institut ne samo poželjan, nego i nužan ističu pravo na pristup pravdi. To je i jedan od glavnih razloga zašto se financiranje troškova postupka razvilo u moderno doba.

Pristup pravdi može se izjednačiti s pravima iz članka 6.1 st. 1. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda<sup>114</sup> koji uređuje pravo na pošteno suđenje i koji također propisuje da radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Ove odredbe, kao što je spomenuto, u biti reguliraju pristup pravdi. Naime, kako to navode Ujedinjeni narodi „pristup pravdi znači sposobnost ljudi, osobito siromašnih i ugroženih skupina, tražiti i dobiti formalno

<sup>112</sup> *Op. cit. u bilj.* 111, str. 470-471.

<sup>113</sup> *Op. cit. u bilj.* 51, str. 9.

<sup>114</sup> Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, „Narodne novine“, Međunarodni ugovori, broj 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10

i neformalno pravni lijek putem pravosudnog sustava, sukladno načelima i standardima ljudskih prava.“<sup>115</sup>

Radin definira pravo na pristup pravdi na način da navodi da se to pravo sastoji u ispravnom razrješavanju spora između dviju stranaka od strane suca. To je slučaj i u kaznenom pravu u kojem redovito postoje tužitelj i optuženik, bilo da se tužitelj javlja u svojstvu javnog tužitelja ili kao oštećena stranka. U ranoj povijesti prava postojao je snažan osjećaj ne samo da te tri stranke, suci i dvije stranke, su nužne već i da ne smije postojati nitko drugi i da svatko tko bi se upleo između suca i stranaka može samo predstavljati povredu zakona.<sup>116</sup>

Iz te rane povijesti prava i stava da se u postupak ne smije upletati nitko drugi proizašle su doktrine u anglosaksonskom pravu koje će se detaljno obrađivati u dijelu rada koji se bavi financiranjem troškova parničnog postupka sredstvima treće strane. Riječ je o *maintenance*, *champerty* i *barretry* doktrinama koje egzistiraju i danas u pravu Irske, a prema kojima su *maintenance*, *champerty* i *barretry* zabranjeni. *Maintenance* predstavlja situaciju u kojoj treća strana koja nema pravni interes podnijeti tužbu a snosi troškove postupka (tzvs. *maintenance* doktrina), *champerty* i *barretry* su u biti kvalificirani oblici *maintenance* (*maintenance*, *champerty* i *barretry* su bili kaznena djela u zemljama anglosaksonskog prava). *Champerty* u sebi uključuje *maintenance* ali uz to treća strana ostvaruje i dobit (tzvs. *champerty* doktrina) dok je kod *barretry* riječ o obliku *maintenance* u kojem treća strana još i potiče pokretanje spora.

U kontekstu spomenutih doktrina *maintenance*, *champerty* i *barretry* Zaleska-Korziuk ističe da u slučajevima strateškog financiranja troškova postupka sredstvima treće strane i u zemljama anglosaksonske pravne tradicije ta vrsta financiranja ne bi mogla potpasti pod opisane doktrine *maintenance* i *champerty* i biti proglašeno nedopuštenim. Zaleska-Korziuk unutar strateškog financiranja troškova sredstvima treće strane razlikuje dvije podvrste, financiranje u svrhu javnog interesa i financiranje radi indirektnog financijskog interesa. Prema njezinom stavu niti jedna od te dvije podvrste ne može se podvesti pod navedene doktrine, jer obje imaju kao cilj pristup pravdi i često uključuju predmete koji ne bi ni došli do faze suđenja ili arbitraže da nije bilo „dobrog Samaritanca“ koji snosi troškove postupka.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> Access to Justice Week, Summary of Presentations and Discussions, October 2010, UNDP Asia Pacific Regional Centre, Bangkok, Tajland, siječanj 2012, dostupno na: [https://www.undp.org/content/dam/rbap/docs/Research%20%26%20Publications/democratic\\_governance/RBAP-DG-2012-Sharing-A2J-Experience.pdf](https://www.undp.org/content/dam/rbap/docs/Research%20%26%20Publications/democratic_governance/RBAP-DG-2012-Sharing-A2J-Experience.pdf)

<sup>116</sup> Max Radin: "Maintenance by Champerty.", California Law Review, vol. 24, no. 1, California Law Review, Inc., 1935, str. 48–78, dostupno na: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1108995/files/fulltext.pdf>

<sup>117</sup> *Op. cit.* u bilj. 5963, str. 169-170.

Iako Zaleska-Korziuk navodi kao primjer strateškog financiranja radi indirektnog financijskog interesa predmet *Quasar de Valores SIAC SA et al vs. Ruska federacija*<sup>118</sup> u kojem je banka Menatep (u vlasništvu Mikhaila Borisovicha Khodorkovskya), bivšega većinskog dioničara ruske naftne kompanije Yukos, financirala troškove postupka kako bi ishodila povoljan presedan za vlastiti slučaj veće vrijednosti<sup>119</sup>, pitanje je može li se zaključiti da upravo takvo postupanje ne potpada pod zabranu obuhvaćenu *maintenance* doktrinom pozivanjem da je financiranje omogućilo pristup pravdi, a što problematizira i sama Zaleska-Korziuk.<sup>120</sup> U predmetu *Quasar de Valores SIAC SA et al vs. Ruska federacija* tribunal je u arbitražnom pravorijeku zaključio da su motivi treće strane koja je snosila troškove postupka u konkretnom predmetu nebitni obrazlažući:

*"31. Kao što se vidi u gornjim paragrafima 11 i 12, tužena je pokušala diskreditirati tužitelje sugerirajući da oni nisu istinske stranke u postupku i da je cijela arbitraža zlouporaba postupka. U svojoj osnovi, taj je argument reakcija na otkrivanje tužitelja da njihove troškove postupka u cijelosti financira treća strana, odnosno Menatep, dijelom kako bi se utvrdilo da portfeljski investitori u Yukosu imaju pravo biti oštećeni prema BIT-ovima kojima je Ruska Federacija stranka. (...) Drugim riječima tužena tvrdi da tužitelji nisu dominus litis u ovom predmetu u smislu odabira branitelja, eksperata ili drugih strateških odluka.*

*32. Taj prigovor nije uvjerljiv. Tužitelji su kupili dionice Yukosa (...) Tužitelji će biti korisnici svake odluke u njihovu korist. (...) **tužitelji nemaju pravnu obvezu podijeliti odštetu s Menatepom** [istaknula autorica] već samo moralnu obvezu razmotriti hoće li dobrovoljno prepustiti bilo koji dio odštete kao naknadu za troškove koje je Menatep imao.*

*33. Tribunal u tom pogledu ne vidi nijedan element zlouporabe postupka. Tužitelji su imali vrlo mali udio u Yukosu, što bi teško opravdalo investiranje značajnih sredstava za pokretanje međunarodnih postupaka protiv Ruske Federacije. **Ali nema razloga da svoja prava koja proizlaze iz BIT-a ne ostvare prihvaćanjem pomoći treće strane, čiji su motivi irelevantni u ovom slučaju** [istaknula autorica]. U konačnici, prigovor tužene, u slučaju da se utvrdi njezina odgovornost, teško se može pripisati Dobrom Samaritancu, već ta odgovornost treba biti pripisana postupanju njezinih vlastitih službenika koji su postupali tako da su prouzročili tu odgovornost."<sup>121</sup>*

Da li bi u postupku priznanja i ovrhe navedenoga arbitražnog pravorijeka u nekoj od zemalja koje prihvaćaju *maintenance* doktrinu, pa je stoga financiranje postupka sredstvima treće strane zabranjeno, priznanje i ovrha bili odbijeni<sup>122</sup> ne može se reći jer je švedski žalbeni sud

<sup>118</sup> Renta 4 S.VS.S.A, Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. vs. The Russian Federation, SCC No. 24/2007; odluke dostupne na: <https://www.italaw.com/cases/915>

<sup>119</sup> *Op. cit.* u bilj.59, str. 168-169.

<sup>120</sup> *Op. cit.* u bilj. 59, str. 171.

<sup>121</sup> Arbitražni pravorijek od 20. srpnja 2012. u predmetu Renta 4 S.VS.S.A, Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. vs. The Russian Federation, SCC No. 24/2007; dostupan na: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1075.pdf>

<sup>122</sup> Naime, priznanje i ovrha tražila bi se prema Konvenciji Ujedinjenih naroda o priznanju i ovrši stranih arbitražnih pravorijeka (tzvs. New York Konvencija) iz 1958., a ta konvencija u čl. VS. st. 2. t. b) predviđa da se

preinačio prvostupanjsku odluku Okružnog suda u Štokholmu koji je odbio žalbu Rusije<sup>123</sup> i utvrdio da arbitražni tribunal nije bio nadležan za odlučivanje u konkretnom predmetu.<sup>124</sup>

Iz Radinovoga definiranja prava na pristup pravdi nedvojbeno također proizlazi da svaki spor mora biti razriješen pred odgovarajućim forumom, dakle ili pred sudom ili alternativno, ako je za tu vrstu spora to pravno dopušteno (arbitrabilnost spora), pred arbitražnim tribunalom. Budući da je u modernim državama opće prihvaćeno da se spor razrješava pred odgovarajućim forumom, to je dovelo i do formiranja sudova i arbitražnih institucija koje administriraju arbitražne postupke. Sve te institucije već same po sebi stvaraju troškove koji se prelijevaju na sudionike postupka u vidu troškova postupka koje moraju snositi kako bi razriješile spor. I u slučajevima ad hoc arbitraže, gdje ne sudjeluje u administriranju postupka arbitražna institucija, stranke snose troškove onih koji su pravom legitimirani razriješiti njihov spor – dakle troškove tribunala.

Uz navedene su se institucije i ad hoc tribunale, profesionalizacijom prava i propisivanjem pravila postupka, razvila i odvjetnička društva koja pružaju profesionalnu pomoć strankama u postupku kroz zastupanje što također ima, vrlo često značajnu, cijenu koju podmiruju stranke. Konačno, profesionalizacija postupka i sve veća složenost pitanja koja se u postupku razrješavaju, dovela je do potrebe sudjelovanja stručnjaka pojedinoga područja u samom postupku koji svojim stručnim znanjem pomažu sudu ili tribunalu razriješiti određeno pitanje.

Sve je to dovelo do velikih troškova postupka i postavljanja pitanja nije li pravda za neke jednostavno preskupa. U tom se kontekstu počelo u moderno vrijeme razvijati i financiranje troškova postupka sredstvima trećih koji su na taj način omogućili pojedincima pristup pravdi, a trećoj strani u najvećem broju slučajeva značajnu dobit.

Slijedom svega navedenoga jasno je da pristup pravdi u sebi sadrži financijski aspekt ili financijska sposobnost plaćanja troškova postupka. U tom dijelu je financiranje troškova postupka sredstvima treće strane posebno značajno jer može služiti strankama koje nemaju sredstava za financiranje troškova, ali upitno je da li je to najbolji način za ostvarivanje prava na pristup pravdi posebno imajući u vidu da u klasičnom obliku financiranja treća strana ostvaruje značajnu dobit od financiranja koja se isplaćuje iz dosuđenoga iznosa. Konačno,

---

priznanje i ovrha pravorijeka može odbiti ako bi to bilo protivno javnom poretku zemlje u kojoj se priznanje i ovrha traži.

<sup>123</sup> Stockholm District Court, presuda od 11. rujna 2014., broj: T 15045-09, dostupna na:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4239.pdf>

<sup>124</sup> Svea Court of Appeal, presuda od 18. siječnja 2016., broj: T 9128-14, dostupna na:

[https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7714\\_8.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7714_8.pdf)

suprotna strana koja nije financirana može se naći u situaciji da ne može plaćati troškove postupka (vidjeti primjerice niže u VI. poglavlju pod 1.A)iii Slučaj Hogan) i time sama u konačnici biti uskraćena za pristup pravdi (jer nije imala sredstava platiti vještaka, vrhunskog odvjetnika ili je iscrpljena troškovima postupka bankrotirala).

## ii. Globalizacija i liberalizacija tržišta i pravne profesije

Nesporno je da već dulji period svjedočimo globalizaciji koja uključuje i prekogranično poslovanje i transakcije kao i investiranje u druge, često manje razvijenije države od države sjedišta investitora. Svi ti odnosi dovode do liberalizacije tržišta koja je nužna za pokretljivost kapitala, a ponekad ti odnosi dovode i do sporova.

Nastavno na navedeno i Rogers pravilno ukazuje da se financiranje sredstvima treće strane kako u arbitraži, tako i u parničnim postupcima, sve više razvija globalizacijom i deregulacijom pravne profesije.<sup>125</sup>

Upravo je liberalizacija globalnog tržišta dovela i do liberalizacije pravne profesije u pojedinim jurisdikcijama anglosaksonskoga prava (koje su izvorno čak i regulirale financiranje postupka sredstvima treće strane kroz spomenute *maintenance*, *champerty* i *barretry* doktrine) na način da je u većini tih jurisdikcija (što će detaljno biti opisano u komparativnom prikazu pojedinih nacionalnih prava u VII. poglavlju) financiranje u načelu dopušteno. Nadalje, liberalan stav prema toj pojavi zasigurno je utjecao i na regulatornu ulogu zemalja kontinentalnog pravnog kruga u kojem financiranje sredstvima treće strane do nedavno nije bilo niti prepoznato, a još manje reguliran. U tim je zemljama zadržan *status quo*, niti se zakonodavac, a niti sudska praksa bavi financiranjem sredstvima treće strane.<sup>126</sup>

Kako je financiranje sredstvima treće strane u uvjetima liberalizacije doživjelo svoj procvat i razvilo se u lukrativnu industriju opravdano se javilo i pitanje nije li došlo do komodifikacije pravde u smislu da je pristup pravdi postao roba kojom se trguje.

U tom pogledu i Rogers pravilno ističe da je liberalizacija trgovine pravnim uslugama dovela do toga da se te usluge sagledavaju kao ekonomski poduhvat (a time i sami postupak), a ne kao profesija koja služi tržištu, ali je ipak od njega različita. Potvrda toj tvrdnji je i činjenica da profesionalni pružatelji usluge financiranja sami inzistiraju da je riječ o ulaganju. Rogers je također stava da je ekonomska kriza 2008. godine potaknula taj oblik ulaganja. Naime,

---

<sup>125</sup> Catherine A. Rogers: *Gamblers, Loan Sharks & Third-Party Funders*, u *Ethics in International Arbitration*, Oxford University Press, 2014.

<sup>126</sup> *Ibid.*



kompanije koje su bile pogođene krizom morale su maksimizirati imovinu, uključujući pravna potraživanja, uz održavanje likvidnosti što ih je prisililo da posegnu za financiranjem troškova postupka sredstvima treće strane kako ne bi bile prisiljene te troškove iskazivati u godišnjem računu dobiti i gubitka. U međuvremenu, različita gospodarska ulagačka društva počela su tražiti ulaganja koja nisu izravno vezana za nestabilna i nepredvidiva financijska tržišta i na koja ta tržišta ne utječu. U vrijeme kada su se tradicionalna financijska tržišta pokazala nestabilnima, a prinosi su pali, financiranje tužbi ponudilo je zavidnu stopu povrata investicije. Treće strane koje financiraju postupke imale su, a imaju i danas cilj „trostrukoga“ povrata to jest povrat svakog uloženoga dolara uvećan za dodatna dva dolara.<sup>127</sup>

Slijedom navedenoga nije ni čudo što sve veći broj jurisdikcija dopušta financiranje troškova postupka sredstvima trećih. Ujedinjeno Kraljevstvo i Australija izričito dopuštaju financiranje postupka sredstvima treće strane dok je u zemljama kontinentalnoga pravnog kruga u Europi, s izuzetkom Grčke i Portugala, financiranje trećih strana legalno (nije normirano) i u nekim zemljama poput Njemačke, Švicarske i Nizozemske primjena financiranja postupka sredstvima treće strane raste. Sve veći broj tvrtki u tim zemljama koristi ili namjerava koristiti financiranje sredstvima trećih strana i za međunarodne arbitražne slučajeve. To stvara pritisak na konkurentske tvrtke koje posluju u zemljama u kojima je financiranje sredstvima trećih bilo donedavno zabranjeno pa je to dovelo do dopuštanja financiranja arbitražnih postupaka sredstvima treće strane čak i u jurisdikcijama poput Singapura i Hong Konga koje su do nedavno zabranjivale financiranje postupaka sredstvima trećih strana. Međunarodna se arbitraža kao način rješavanja prekograničnih sporova pokazala iznimno privlačnom za financiranje zbog velikog broja tužbi visoke vrijednosti spora, brzine postupka, mogućnosti smanjenja troškova dokazivanja i pojednostavljenja postupka, mogućnosti kontrole varijabli kao što su stručnost donositelja odluka – arbitara (posebno u slučajevima kada o sporu odlučuje tri ili više arbitara jer većinu predlažu stranke), te visokog postotka provedbe arbitražnih odluka (zahvaljujući uspješnosti NK). Zbog svega je navedenoga financiranje postupka sredstvima trećih strana sada globalni fenomen i čini se da je to trajno stanje kako u sudskim postupcima tako i u međunarodnoj arbitraži.<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> *Op. cit. u bilj.* 125

<sup>128</sup> *Ibid.*

## 2) Utjecaj na temeljna ljudska prava građana najsiromašnijih država

U ovom će se dijelu rada razmotriti utjecaj financiranja troškova postupka u odnosu na temeljna ljudska prava, primjerice pravo na zdravlje kao aspekt prava na život, pravo na obrazovanje itd. građana najsiromašnijih država.

Naime, činjenica da tužitelj ili ovrhovoditelj ima na raspolaganju značajna sredstva za utuživanje i naplatu svoje tražbine protiv neke države jer koristi financiranje sredstvima trećih može imati i utjecaj na razinu temeljnih ljudskih prava građana utužene ili ovršene države jer najsiromašnije države najčešće nemaju niti sredstava niti stručnjaka koji bi ih u tim postupcima adekvatno zastupali.

Stvaranje velikih financijskih obveza za takve države bilo u vidu plaćanja troškova obrane, ili kasnije u vidu plaćanja prema pravorijeku ili sudskoj odluci znači da će ionako siromašna država resurse koje bi mogla koristiti za poboljšanje primjerice zdravstvenoga sustava ili sustava obrazovanja koristiti za plaćanje navedenih dugova. Situacija je još i kontroverznija kada postupak financira treća strana koja nije pretrpjela navodnu povredu prava.

Slijedom navedenoga u nastavku će se poglavlja dati prikaz postupanja trećih koji financiraju troškove postupka ili koji su stekli tražbinu za umanjeni iznos te tu tražbinu u punom iznosu, uvećanu za ugovorne kazne i kamate naplaćuju u sudskom, arbitražnom ili ovršnom postupku.

Booieris ističe još jedan, vrlo bitan aspekt razvoja financiranja postupka sredstvima treće strane. Ona navodi kako je moguće da postoji veza između financiranja investicijske arbitraže sredstvima treće strane i tzv. "lešinarskih fondova" iz 1990.-ih (tzvs. *vulture funds*) koji spadaju u investicijske fondove, a koji su otkupljivali dug financijski ugroženih siromašnih država te zatim potraživali mnogo veću stopu povrata duga nego što bi vjerovnik stvarno i ostvario. Lešinarskim se fondovima stoga smatraju investicijski fondovi bilo koje vrste koji postupaju na opisani način. Ti su fondovi također pridonijeli procvatu industrije financiranja postupka sredstvima trećih strana jer su fondovi za ograničavanje rizika (tzvs. *hedge funds*<sup>129</sup>)

---

<sup>129</sup> Ivan Alerić u "Hedge fondovi i njihova uloga u financijskoj krizi", diplomski rad, Sveučilište u Zagrebu Ekonomski fakultet Diplomski sveučilišni studij-smjer Financije, Zagreb, rujan 2019. navodi: "Europska središnja banka hedge fondove definira kao „bilo koje društvo za zajednička ulaganja, bez obzira na njegovu pravnu strukturu prema nacionalnom pravu, koje primjenjuje relativno neograničene investicijske strategije za postizanje apsolutnih prinosa, a čiji upravitelji, osim naknade za upravljanje, primaju naknadu za uspješnost fonda. U tu svrhu, fondovi imaju malo ograničenja što se tiče vrste financijskih instrumenata u koje mogu ulagati te stoga mogu fleksibilno upotrebljavati najrazličitije financijske tehnike koje uključuju financijsku polugu, kratke prodaje ili neke druge tehnike“. Prema drugoj definiciji, hedge fondovi su „financijske institucije s obilježjima investicijskih fondova koje djeluju na financijskom tržištu na koje se ne primjenjuju propisi koji reguliraju financijsko tržište, nad kojima nema ovlasti državno regulatorno tijelo koje nadzire financijsko tržište i čije poslovanje je istodobno i rizično i visoko profitabilno“. Premda ih potonja definicija ne smatra izravno investicijskim fondovima, oni to doista jesu budući da prikupljaju sredstva od investitora na financijskom tržištu

koji također po svom postupanju spadaju u lešinarske fondove, kao i drugi subjekti koji su otkupili arbitražne odluke donesene protiv siromašnih država s velikim vanjskim dugom počeli razmišljati: Zašto čekati do donošenja odluke u predmetu, zašto se ne uključiti ranije i financirati troškove postupka te na taj način osigurati strateške interese ili visoki povrat ulaganja?<sup>130</sup>

Spomenuta uloga hedge fondova posebno je zanimljiva iz aspekta razvoja instituta financiranja postupka sredstvima trećih strana iz još jednoga razloga. Naime, Nacrt konačnog izvješća Savjetodavnog odbora Vijeća za ljudska prava Ujedinjenih naroda iz veljače 2019. o utjecaju tzv. lešinarskih fondova na stanje ljudskih prava<sup>131</sup> ističe da su hedge fondovi otkupljivali od tužitelja potraživanja prema najsiromašnijim zemljama i onda ostvarivali tražbine u sudskim i arbitražnim postupcima u kojima su ostvarili višestruki povrat ulaganja iako nisu izvorno pretrpjeli povredu prava. Na taj su način posredno utjecali i na razinu zaštite temeljnih ljudskih prava u tim zemljama.

U nastavku se rada stoga, imajući u vidu početnu tezu da financiranje troškova omogućava pravo na pristup pravdi kao jedno od temeljnih ljudskih prava, obrađuje utjecaj financiranja troškova postupka na strani vjerovnika na temeljna ljudska prava državljana država koje su u tim postupcima tuženik ili ovršenik.

Prema Cephasu Lumini, bivšem nezavisnom stručnjaku za učinke vanjskog duga na ljudska prava, lešinarski su fondovi: privatni poslovni subjekti koji stječu, bilo kupnjom, ustupanjem ili nekim drugim oblikom transakcije, sporne dugove ili druge obveze, a ponekad i potraživanje iz sudske presude, s ciljem postizanja visokoga povrata ulaganja. U kontekstu državnoga duga, lešinarski fondovi (ili „fondovi za problematične dugove“ kako oni sebe često opisuju) obično stječu nepodmireni državni dug siromašnih zemalja (od kojih su mnoge jako zadužene siromašne zemlje) na sekundarnom tržištu po cijeni daleko nižoj od njihove nominalne vrijednosti, a zatim pokušavaju, kroz sporove, ovrhom imovine ili političkim pritiskom, dobiti otplatu pune nominalne vrijednosti duga zajedno s kamatama, penalima i sudskim troškovima. Nacrt konačnog izvješća Savjetodavnog odbora Vijeća za ljudska prava

---

s ciljem daljnjeg plasmana. (...) Dvije glavne funkcije koje hedge fondovi mogu obavljati na tržištu su arbitraža i poboljšavanje likvidnosti financijskog sustava."

Dostupno na: <https://repozitorij.efzg.unizg.hr/islandora/object/efzg%3A3539/datastream/PDF/view>

<sup>130</sup> Eva Boolieris: Third-Party Funding: The Effect of the Growing Third-Party Funding Industry in International Arbitration on New Zealand; Thesis, 1 January 2015, str. 8. dostupno na:

<https://core.ac.uk/download/pdf/41339881.pdf>

<sup>131</sup> Jean Ziegler, Rapporteur of the drafting group: Draft final report of the Human Rights Council Advisory Committee on the activities of vulture funds and the impact on human rights, dostupno na:

[https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/AdvisoryCom/Session22/A\\_HRC\\_AC\\_22\\_CRP.1.doc](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/AdvisoryCom/Session22/A_HRC_AC_22_CRP.1.doc)  
x

Ujedinjenih naroda u odnosu na lešinarske fondove navodi kako je riječ o fondovima koji imaju dugu povijest grabežljive prakse protiv zemalja u razvoju, a osobito protiv jako zaduženih siromašnih zemalja. Najčešće su ciljane zemlje s već neodrživim teretom državnoga duga i nedostatkom kapaciteta i resursa potrebnih za suočavanje sa složenim i dugotrajnim sudskim ili arbitražnim procesima. Većina tih zemalja nalazi se u Africi i Južnoj Americi. Kao što je spomenuto ti se fondovi nazivaju "lešinari" zbog načina rada jer (a) ciljaju na suverene države s problematičnim gospodarstvom i često slabim kapacitetima za pravnu obranu, (b) operiraju u nereguliranom sekundarnom tržištu i iskorištavaju taj nedostatak, (c) sustavno odbijaju sudjelovati u uređenim i dobrovoljnim procesima restrukturiranja duga, (d) tuže države radi povrata pune vrijednosti obveznica uvećano za kamate i penale za kašnjenje, (e) "proganjaju" državu kako bi ovršili presudu, (f) ostvaruju prekomjernu dobit i (g) posluju u nadležnostima u kojima se primjenjuju pravila o bankarskoj tajni (poreznim rajejima). Lešinarski fondovi u prosjeku postižu stopu povrata od 3 do 20 puta od ulaganja, što je ekvivalent povrata od 300 do 2000 %. Međunarodni monetarni fond procjenjuje da u nekim slučajevima potraživanja lešinarskih fondova čine čak 12 do 13 % bruto domaćeg proizvoda zemlje. Posljednjih su godina lešinarski fondovi svoja očekivanja u pogledu profita usmjerili i na zemlje koje imaju srednji prihod, osobito na Argentinu koja je suočena s više od 40 tužbi ulagača nakon neispunjenja obveza iz 2001. godine.<sup>132</sup>

U Nacrtu izvješća dani su primjeri sporova koji su lešinarski fondovi vodili protiv država o čemu će biti riječi malo kasnije u tekstu. U tim se predmetima fondovi javljaju kao tužitelji, ali institut financiranja postupka sredstvima treće strane ne samo da im omogućava da ostanu sakriveni i cilj ostvare kroz tužbe „stvarnih“ vjerovnika, već im omogućava i da agresivnim pristupom pokrenu postupke i ishode odluke sudova i arbitražnih tribunala.

Investicijska arbitraža je nakon odluke u predmetu *Abaclat*<sup>133</sup> u kojem je bila riječ o imateljima državnih obveznica posebno primamljiv forum za potraživanja koja proizlaze iz državnih obveznica i koja čine vanjski dug određene države jer se na taj način izbjegavaju nacionalni sudovi država o čijem je vanjskom dugu riječ.

Predmet *Abaclat*, točnije odluka o nadležnosti i dopustivosti u tom predmetu se razrađuje i dalje u tekstu pa će se radi boljšeg razumijevanja citirati najbitniji dijelovi te odluke.

---

<sup>132</sup> Ibid. str. 3 – 5.

<sup>133</sup> *Abaclat and Others vs. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly *Giovanna a Beccara and Others vs. The Argentine Republic*), odluka o nadležnosti od 4. kolovoza 2011., dostupna na: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0236.pdf>

Spomenuta će odluka za potrebe rasprave biti citirana samo u dijelu u kojem se odnosi na tri prigovora Argentine (bilo ih je ukupno jedanaest) i to:

- a) da tribunal nije nadležan odlučivati po kolektivnim tužbama jer je to protivno smislu ICSID Konvencije;
- b) da je tužba nedopuštena jer tužitelje (kojih je na kraju bilo oko 60 000) predstavlja (ne i zastupa) treća strana (Task Force Argentina ili TFA<sup>134</sup>) koja donosi sve odluke vezano za konkretni spor;
- c) da tribunal nije nadležan odlučivati o pitanjima koja se tiču restrukturiranja vanjskoga duga države (tužitelji su bili talijanski državljani koji su na sekundarnom tržištu stekli državne obveznice Argentine).

Tribunal je u odnosu na navedena pitanja u odluci o nadležnosti i dopustivosti obrazložio:

*“231. U odnosu na nadležnost, tuženik prigovara nadležnosti tribunala da odlučuje o tužbi tužitelja zbog sljedećih razloga:*

*(i) Tuženik navodi da je u konkretnom predmetu riječ o otprilike 180 000 nepovezanih tužitelja, čije tužbe proizlaze iz različitih navodnih investicija koje je stekao svaki tužitelj osobno, u različito vrijeme od ostalih tužitelja i pod različitim okolnostima. ICSID konvencija ne dopušta takve masivne tužbe, a to ne dopušta niti Argentinsko-talijanski BIT. Iz navedenih razloga tuženik smatra da su tužiteljevi tužbeni zahtjevi nedopušteni pokušaj da neplaćanje vanjskoga državnoga duga koji uređuje nacionalno pravo prema kojemu je pravno sredstvo za tužitelje propisano pred nacionalnim sudovima pretvore u međunarodnopravnu povredu ulaganja.*

*(iii) Tuženik također tvrdi da tužiteljevi navodni pristanci također nisu valjani jer je TFA kao jedini koji kontrolira i predstavlja tužiteljeve tužbe u ovom postupku povrijedio obvezu potpunoga i istinitoga otkrivanja. TFA je pribavio tužiteljeve suglasnosti za pokretanje ove arbitraže, a nad kojom tužitelji nemaju kontrolu, prijevarom i poluistinama čiji je cilj bio odvratiti ih od pokretanja postupaka protiv banaka koje su članice TFA i to dok u Italiji teče zastarni rok u korist banaka koje su članice TFA.*

*(iv) Tuženik također ističe da prava iz ugovora koji su sklopljeni na sekundarnom tržištu obveznica, a koja su tužitelji stekli i izvan Argentine nisu investicija koja je napravljena na teritoriju Argentine sukladno ICSID konvenciji i Argentinsko-talijanskom BIT-u. Tuženik također tvrdi da spomenuta prodaja prava tužiteljima od strane članica TFA nije bila u skladu s argentinskim pravom jer je bila protivna zabranama iz ugovora kao i primjenjom prava. Slijedom navedenoga tuženik smatra da tribunal nema nadležnost niti *ratione materiae*.*

*457. (i) U odnosu na nemogućnost tužitelja da daju upute i donose odluke u odnosu na način vođenja postupka tribunal smatra da je to ograničenje dio TFA paketa ovlasti. U odnosu na to pitanje tužitelji su bili svjesni da će prihvaćanjem TFA paketa ovlasti biti onemogućeni samostalno ostvarivati neka procesna prava, a posebno da neće moći davati upute opunomoćenim odvjetnicima i usmjeravati postupak. Nadalje, razumljivo je*

---

<sup>134</sup> Osam glavnih talijanskih banaka (Banca Antonveneta, Banca Intesa, Banca Sella, BNL, Iccrea Banca, Monte dei Paschi di Siena, San Paolo, and UniCredito) osnovalo je u Rimu 18. rujna 2002. l'Associazione per la Tutela degli Investitori in Titoli Argentini tj. Task Force Argentina ili TFA. TFA je osnovan prema talijanskom pravu te su ga financirali osnivači. Cilj TFA bio je predstavljanje interesa talijanskih imatelja argentinskih državnih obveznica u pregovorima s Argentinom vezano za ekonomsku krizu u Argentini.

da postupak u kojem je više tisuća tužitelja ne može biti vođen kao postupak u kojem je nekoliko tužitelja te da koordiniranje i upravljanje takvim postupkom može utjecati na raspon moći i slobode stranaka u odnosu na vođenje postupka. Pitanje koje se može javiti je li pri tomu došlo do prevelikog uskraćivanja tužiteljevih prava. No to pitanje nije pitanje pristanka jer su tužitelji dobro znali što rade. To je pitanje, pitanje dopuštenosti. Je li dopušteno da tužitelji daju trećoj strani ona prava koja su dana TFA te u tom opsegu? To pitanje će biti odgovoreno u dijelu odluke koja se bavi dopuštenošću tužbenog zahtjeva (vidi §§ 536 et seq. dolje).

487. Pa ipak, ne može se ignorirati činjenica da pojedini aspekti ovoga postupka, posebno kako se on vodi, slične tužbi za zaštitu kolektivnih prava. Iako su tužitelji svaki ponaosob i svjesno odlučili sudjelovati u ovoj arbitraži, njihovo je sudjelovanje tek pasivno u smislu da treća strana, TFA, predstavlja njihove interese i umjesto njih donosi sve odluke u postupku. Visoki broj tužitelja predstavniku čini nemogućim uzeti u obzir sve osobne interese tužitelja već se predstavnik mora usredotočiti na interese koji su zajednički cijeloj grupi.

520. To što pravni okvir ICSID-a ništa ne govori o tužbama za kolektivnu zaštitu prava ne znači da se to ne može tumačiti kao pravna praznina, a ne kao kvalificirana šutnja što bi značilo da činjenica da nešto nije propisano – primjerice tužba za zaštitu kolektivnih prava - znači da to nije dopušteno, op. aut]. Slijedom navedenoga tribunal je ovlašten, sukladno čl. 44 ICSID konvencije, popuniti pravnu prazninu no to ne znači da je ovlast tribunala neograničena već da je tribunal vezan granicama postavljenim člankom 44 ICSID konvencije.

546. (iii) Uskraćivanje procesnih prava tužiteljima: nesporno je da TFA paket ovlasti ima učinak da je tužiteljima uskraćen značajan dio njihovih procesnih prava kao primjerice pravo odlučiti kako će se voditi postupak, pravo na davanje uputa odvjetnicima, itd. Pa ipak, kao što je već spomenuto (vidjeti §§ 457-465), postavljanje jasnih granica u odnosu na procesna prava svakoga tužitelja je nešto što su tužitelji prihvatili kako bi ostvarili beneficije od činjenice da se o njihovoj tužbi za zaštitu kolektivnih prava odlučuje pred ICSID tribunalom. Dodatno, tribunal nije utvrdio da je ugovor između treće strane (TFA) i tužitelja i na koji način pobojan pa stoga ne nalazi razloga da zanemari svjesnu odluku tužitelja da ih u ovom postupku predstavlja TFA.

549. Isto tako, tribunal ne smatra da je tužba protivna javnom poretku te stoga nedopuštena. Kao što je već spomenuto (§ 478) pitanje koje treba postaviti je je li investicija koja je predmet spora zaštićena BIT-om koji propisuje ICSID arbitražu u slučaju povrede. Ako je to slučaj onda je ICSID nadležan i bilo bi pogrešno uskratiti tu nadležnost kroz proglašavanje tužbe nedopuštenom samo zbog prigovora povrede javnoga poretka. To je u ovom slučaju još i više tako jer se taj prigovor odnosi na tuženikovu pretpostavku da su najveća prijetnja stabilnosti i pravičnosti restrukturiranja javnoga državnog duga upravo vjerovnici koji su u ovom predmetu tužitelji (imatelji državnih obveznica).

550. Na državama je da kada pregovaraju BIT-ove i pristaju na nadležnost ICSID-a uzmu u obzir i pitanja javne politike. Nije na tribunalu da to uzme u obzir kako bi popravio neprimjereno ispregovarani ili napisani BIT. BIT koji se primjenjuje na konkretan predmet nedvojbeno propisuje da se primjenjuje i na obveznice i prava koja proizlaze iz njih (vidi §§ 352-361 gore). Da li je ICSID najbolji forum za to u kontekstu restrukturiranja vanjskog državnog duga je irelevantno. Stranke su ugovorile ICSID arbitražu za taj oblik sporova pa su i one, kao i tribunal, vezane tim izborom koji se ne može izbjeći pozivanjem na kontroverzni razlog povrede javnoga poretka.

658. Zaključno, činjenica da treća strana poput TFA je iskoristila tužitelje u ovoj ICSID arbitraži može biti moralno upitno, ali ne može dovesti do toga da se utvrdi da je tužba

*nedopuštena jer tužitelji traže zaštitu prava koja su zaštićena BIT-om i koja tužitelji nisu stekli na nedopušteni način.*"<sup>135</sup>

Gore navedena odluka u predmetu Abaclat pokazala je da je investicijska arbitraža posebno pogodan forum zbog brzine i fleksibilnosti postupka, nenormiranosti pitanja kao što su obveza otkrivanja tko financira postupak, tko je pravi tužitelj, odgovornosti treće strane za troškove postupka suprotne strane, osiguranja troškova, odricanja od prigovora imuniteta u postupku prema čl. 26. ICSID Konvencije<sup>136</sup>, *treaty i forum shoppinga*<sup>137</sup>.

Nereguliranost i netransparentnost u odnosu na financiranje postupka sredstvima treće strane upravo je najpogodnije okružje za postupanje opisano u predmetu Abaclat pa ne iznenađuje stav da je institut financiranja postupka (sudskog, arbitražnog, ovršnog) sredstvima treće strane potrebno normirati i inzistirati na transparentnost odnosno otkrivanju činjenice da je postupak financiran sredstvima treće strane. U suprotnom je moguće, nakon odluke u predmetu Abaclat da treća strana, pa tako i lešinarski fondovi, stekne npr. državne obveznice i utječe na ekonomsku situaciju cijele zemlje, a time i razinu ljudskih prava građana te zemlje, čime se otvara pitanje konkurencije temeljnog prava u vidu prava na pristup pravdi vjerovnika<sup>138</sup> i temeljnih ljudskih prava građana tužene zemlje koja nužno bivaju umanjena zbog daljnjeg zaduživanja države koja je tužena budući da je ionako siromašna država

---

<sup>135</sup> *Op. cit. u bilj. 133.*

<sup>136</sup> Članak 26. ICSID Konvencije propisuje: "Pristanak stranaka na arbitražu prema ovoj Konvenciji smatra se pristankom na takvu arbitražu s isključenjem svakog drugog pravnog lijeka osim ako nije drukčije navedeno. Država ugovornica može zahtijevati da se iscrpe lokalna administrativna ili sudska sredstva kao uvjet pristanka na arbitražu sukladno ovoj Konvenciji." Iz citirane odredbe proizlazi da su se države koje su zemlje ugovornice Konvencije odrekle prigovora suvereniteta. Toga se prigovora nisu odrekle u odnosu na ovršne postupke tj. ovrhu pravorijeka, a što proizlazi iz čl. 55. Konvencije koji propisuje: "Članak 54. neće se tumačiti tako da derogira važeće pravo države ugovornice koje se odnosi na imunitet te države ili neke stranke države u pogledu provedbe." Tako isto i Christoph H. Schreuer, With Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair: *The ICSID Convention, A Commentary*; Cambridge University Press, 2009. u komentaru čl. 26., str. 355-356.

<sup>137</sup> Situacija kada je treća strana koja financira postupak ujedno i vjerovnik na kojega je prenesena tražbina, ali ne javlja se u postupku kao tužitelj kako bi osigurala primjenu ICSID Konvencije (*forum shopping*) ili povoljnijeg međunarodnog ugovora za promociju i zaštitu ulaganja (*treaty shopping*). Treba naglasiti da dok *treaty shopping* načelno nije zabranjen, *forum shopping* je zabranjen.

<sup>138</sup> Slično i Garcia i Hough u Frank J. Garcia and Kirrin Hough: *The case against third-party funding in investment arbitration, Perspectives on topical foreign direct investment issues No. 253 June 3, 2019: U investicijskim arbitražama dobit od financiranja postupka dolazi od tuženih država i njihovih građana, a ne dioničara kao u trgovačkim sporovima, budući da su porezni obveznici zemalja domaćina-a ne dioničari-preostali nositelji rizika. Štoviše, znatan dio nagrade prelazi u ruke treće strane koja financira postupak, koja nije niti sudionik niti korisnik sustava, ali je ipak u poziciji utjecati na upravljanje predmetom. Iz perspektive pravičnosti, na financiranje postupka sredstvima treće strane može se gledati kao na prijenos bogatstva putem spora s građana (često zemlja u razvoju) na špekulativne ulagače. Zagovornici tvrde da financiranje postupka sredstvima treće strane promiče pristup pravdi i filtrira očito neosnovane zahtjeve. Međutim, financiranje se ne bavi izgradnjom kapaciteta za socijalnu pravdu, već, kako su i sami pružatelji usluge financiranja priznali, upravljanjem bilance tužitelja i smanjenjem rizika. Upravo zbog svega navedenoga je od kritične važnosti da ulagači, sudionici, znanstvenici i civilno društvo pažljivo i detaljno sagledaju rizike koje financiranje postupka sredstvima treće strane u investicijskim arbitražama predstavlja za samo društvo i za režim ulaganja dok je učinkovita regulacija još uvijek moguća.*

suočena s visoko sofisticiranim tužiteljima koji imaju financijska sredstva i ljudske resurse da tražbinu ostvare u kompleksnim postupcima.

Euler i Bianco pravilno primjećuju da je odluka o nadležnosti i dopuštenosti u predmetu Abaclat skrenula pažnju javnosti na pitanje neispunjavanje obaveze države i restrukturiranja državnoga duga.<sup>139</sup>

Euler i Bianco ističu da dok su u predmetu Abaclat podnositelji zahtjeva bili uglavnom pojedinačni umirovljenici koji su se okupili kako bi zajednički podnijeli tužbu, puno zastrašujući protagonist su sredstva tzv. "lešinarskih" fondova. To su i hedge fondovi ili drugi investicijski fondovi koja kupuju državne (ili korporacijske) obveznice na sekundarnim tržištima i to u trenutku kada su cijene tih obveznica izuzetno niske bilo zbog odbijanja dužnika da plati ili zbog nemogućnosti plaćanja. Ti fondovi potom vode parnice pred nacionalnim sudovima ili međunarodnim arbitražnim sudovima kako bi naplatili sav dospjeli dug i time sprječavaju postupak restrukturiranja državnoga duga i ekonomski oporavak države. Euler i Bianco u dijelu kada je došlo do prijenosa tražbine s vjerovnika na "lešinarske" fondove nude i moguće rješenje. Oni navode da bi države u slučaju spora trebale obranu temeljiti na dva prigovora, prigovoru nearbitrabilnosti spora (jer je riječ o javnom dugu koji se ne može naplaćivati u arbitraži) i prigovoru povrede javnoga poretka. Prema njihovom se stavu može tijekom postupka tvrditi da postoje interesi restrukturiranja javnoga duga koji su dovoljni da isključe arbitrabilnost spora, pa se stoga može spriječiti čak i ovrha pravorijeka (dakle oni se primarno fokusiraju na kasniju fazu postupka, kada je pravorijek u arbitraži već donesen, ali nema razloga da se taj prigovor iznese i tijekom samoga postupka). U odnosu na prigovor povrede javnoga poretka, budući da je riječ o restrukturiranju javnoga duga, ističu da je taj prigovor od temeljne važnosti jer je prihvaćen u brojnim jurisdikcijama. Prema njihovom bi stavu ta dva prigovora države mogle koristiti za odvratanje i sprječavanje lešinarskih fondova da postupaju na opisani način i steknu nepoštenu prednost u odnosu na ostale vjerovnike.<sup>140</sup>

Gornja su promišljanja dodatni pokazatelj da financiranje postupka sredstvima treće strane može biti način za ostvarivanje ekstra dobiti kao i nekih drugih, ekonomskih ili političkih, ciljeva. To dodatno potkrepljuje i činjenica da i državni dug koji proizlazi iz državnih obveznica može biti predmet investicijske arbitraže, sudskih i ovršnih postupaka, a što

---

<sup>139</sup> Dimitrij Euler i Giuseppe Bianco: *Breaking the Bond: Vulture Funds and Investment Arbitration*; ASA Bulletin 31, no. 3 (2013), str. 582., dostupno na HeinOnline

<sup>140</sup> Ibid., str. 582.



također potvrđuje i tezu da je intenzivna primjena instituta financiranja postupka sredstvima treće strane započela i djelatnošću lešinarskih fondova kao i tezu da je taj institut potrebno normirati.

Kao što je spomenuto Nacrt Izvješća daje pregled tri postupka koje su pokrenuli lešinarski fondovi i koji su imali izravni utjecaj na ljudska prava građana u tim zemljama. Prvi predmet koji se navodi je predmet *Donegal International protiv Zambije (Donegal International vs. Zambia)*. Vlada Zambije nije mogla servisirati dug prema Rumunjskoj u iznosu 30 milijuna dolara koji je nastao za nabavku poljoprivredne opreme pa je tvrtka Debt Advisory International (kasnije Donegal International) početkom 1997. počela nuditi Rumunjskoj otkup duga. Godine 1999., u trenutku kada je Zambija bila pred donošenjem odluke o sveobuhvatnom otpustu duga, Rumunjska je prodala dug Donegal International za otprilike 3 milijuna dolara to jest 11 % nominalne vrijednosti (dug je tada iznosio otprilike 27,3 milijuna dolara). 2003. godine, u kontroverznim okolnostima koje uključuju optužbe za korupciju i podmićivanje javnih dužnosnika, Zambija je potpisala nagodbu s Donegal International kojom se odrekla prigovora državnog imuniteta u sudskim sporovima i platila približno 15 milijuna dolara od tadašnjih 44 milijuna dolara duga (dakle zarada fonda je već u tom trenutku bila 1:4 to jest za svaki uloženi dolar zarađena su 4 dolara). Nagodba je također uključivala ugovornu kamatnu stopu u slučaju kašnjenja i primjenu engleskoga prava na sve buduće sporove koji bi iz nje proizašle. Nakon što je isplatila dodatnih 3,4 milijuna dolara, Vlada Zambije prestala je ispunjavati obveze iz nagodbe, tvrdeći da je nagodba plod korupcije. 2006. godine, samo nekoliko mjeseci prije nego što je Zambija trebala otplatiti dug, Donegal International je tužio Zambiju pred engleskim sudom potražujući 55 milijuna USD po osnovi nagodbe. Donegalov je tužbeni zahtjev prihvaćen te je taj fond tako ostvario povrat investicije u iznosu 370 %, dakle gotovo 17 puta veću vrijednost od izvornoga duga. Vlada Zambije je navodno postupila po presudi i platila oko 65 % dosuđenog iznosa koji je proračunom već bio namijenjen za zdravstvene programe i za servisiranje duga. Kao rezultat postupka lešinarski su fondovi oduzeli zemlji gotovo 15 % njezinih ukupnih izdataka za socijalnu skrb, sredstva koja su se umjesto toga mogla usmjeriti na obrazovanje, zdravstvenu skrb i smanjenje siromaštva.<sup>141</sup>

Drugi predmet opisan u Nacrtu izvješća je predmet *FG Hemisphere vs. Democratic Republic of the Congo*. Demokratska Republika Kongo je 1980. godine sklopila ugovor o kreditu s Energoinvestom, tvrtkom sa sjedištem u Sarajevu, za izgradnju visokonaponskog postrojenja

---

<sup>141</sup> *Op. cit. u bilj. 131148, str. 6.*

za prijenos električne energije. Zemlja je ubrzo ispunila svoje obveze otplate kredita no 2003. godine su pri Međunarodnoj trgovačkoj komori u Parizu (ICC) donijeta dva arbitražna pravorijeka u korist Enegoinvesta (tužitelja). Okružni je sud u Sjedinjenim Američkim Državama 2004. godine presudom priznao pravorijeke i potvrdio da Kongo treba platiti 18.430.000 USD i 11.725.000 USD glavnice uvećane za 9 posto kamata i troškove arbitraže. U tom je trenutku Energoinvest odlučio prodati pravo na naplatu potraživanja tvrtki FG Hemisphere koja je imala sjedište u državi Delaware, poreznoj oazi u SAD-u. Navodno je dug kupljen za 37 milijuna dolara. FG Hemisphere je nastavio s naplatom duga pokušavajući zaplijeniti imovinu Konga u različitim dijelovima svijeta. Sud je 2005. naložio Vladi Konga da dostavi detaljne informacije o lokaciji imovine u vrijednosti većoj od 10.000 USD. Nakon nedostavljanja tih podataka, Okružni je sud izrekao novčanu kaznu zbog nepoštivanja naloga u iznosu 5.000 USD tjedno, koja se povremeno povećavao na do najviše 80.000 USD tjedno. Kako bi ovršio pravorijeke iz 2003. godine FG Capital Management uspio je zamrznuti stotine milijuna dolara dugovanih Kongu i pribavio rješenja o ovrsi od nekoliko sudova diljem svijeta. U studenom 2008. godine južnoafrički je sud obustavio kupnju električne energije donijevši odluku da bi FG Hemisphere mogao zaplijeniti plaćanja za električnu energiju koju je Kongo prodavao Južnoafričkoj Republici. U veljači 2010. godine, Žalbeni je sud u Hong Kongu zamrznuo oko 100 milijuna dolara bonusa za potpisivanje ugovora u vrijednosti 6 milijardi dolara za izgradnju infrastrukture u zamjenu za mineralne sirovine sklopljenog između Konga i Kine i to do naplate pravorijeka. Ugovor je uključivao plaćanje 221 milijuna dolara početnih pristojbi za eksploataciju mineralnih sirovina Vladi Konga koje je FG Hemisphere nastojao dobiti u ovrsi arbitražne odluke. Vlada Konga pozvala se je na državni imunitet, ali Žalbeni je sud odlučio da Kongo nema imunitet u trgovačkim postupcima. Demokratska Republika Kongo bogata je prirodnim resursima, ali se oporavlja od više od četiri desetljeća diktature i rata koji su uništili njezinu infrastrukturu te je teško zamisliti kako zemlja s jednim od najnižih indeksa razvoja (176) može servisirati svoj vanjski dug, a da pritom ne naštetiti ciljevima smanjenja siromaštva i gospodarskom razvoju. Iz opisanoga je očit negativan utjecaj lešinarskih fondova i njihovog postupanja na sposobnost države da stvori uvjete potrebne za ispunjavanje svojih obveza vezanih za servisiranje javnoga duga, ali i u odnosu na podizanje razine zaštite ljudskih prava njezinih građana.<sup>142</sup>

---

<sup>142</sup> Ibid. str. 6-7.

Konačno treći primjer iz Nacrta izvješća odnosi se na predmet NML Capital Limited protiv Argentine<sup>143</sup> (*NML Capital Limited vs. Argentina*<sup>144</sup>). Kao što je opće poznato pogoršanje ekonomske, financijske i socijalne situacije dovelo je Argentinu do katastrofalnoga ekonomskog kolapsa 2001. godine. Vlada Argentine brzo je prepoznala potrebu restrukturiranja duga u iznosu oko 81 milijarde dolara. U dvije uzastopne razmjene ponuda, 2005. i 2010. godine, Argentina je uspjela postići sporazum s više od 92 % svojih vjerovnika koji su pristali na plaćanje otprilike 70 % obveza po izdanim državnim obveznicama. Grupa koja predstavlja 1,6 % vlasnika obveznica, predvođena NML Capital Ltd. (hedge fond sa sjedištem na Kajmanskim otocima) odbila je restrukturiranje i odlučila je tužiti državu sudovima države New York za cijeli iznos. Neke od obveznica s nepodmirenim obvezama kupljene su na sekundarnom tržištu neposredno prije nego što je zemlja postala nelikvidna 2001. godine, ali većina je kupljena nakon toga, po povoljnim cijenama. Lešinarski su fondovi navodno platili oko 48,7 milijuna dolara za više od 220 milijuna dolara nepodmirenih obveza u obveznicama, a neke su kupljene čak i nakon razmjene ponuda 2005. i 2010. godine. U studenom 2012. godine sudac Okružnog suda u New Yorku naložio je Argentini da u cijelosti isplati NML Capital i ostale vjerovnike (oko 1,3 milijarde USD), iznos koji predstavlja dobit od oko 1.600 %. Sudska je presuda prvo potvrđena odlukom Žalbenog suda Sjedinjenih Država za Drugi Okrug, a kasnije ju je potvrdio i Vrhovni sud koji je naveo da zemlja ne može isplatiti vjerovnike koji su prihvatili ponude iz 2005. i 2010. godine bez potpunog namirenja vjerovnika kojima je indosamentom prenesena obveznica. Te presude predstavljaju veliki odmak od tradicionalnog tržišnog i pravnog razumijevanja pari-passu klauzule<sup>145</sup> (pari-passu znači ravnomjerno, jednakim tempom), uobičajene klauzule u

---

<sup>143</sup> Tim R. Samples, "Rogue Trends in Sovereign Debt: Argentina, Vulture Funds, and Pari Passu under New York Law," *Northwestern Journal of International Law & Business* 35, no. 1 (Fall 2014) u odnosu na tu presudu navodi: "... problematična povijest Argentine s državnim dugom seže stoljećima unatrag. Posljednje poglavlje započelo je krajem 2001. godine kada je Argentina obustavila plaćanja državnih obveznica u iznosu otprilike 100 milijardi dolara, što je najveći državni dug u povijesti svijeta. Nakon dugotrajnih pregovora o restrukturiranju duga, Argentina je na kraju zamijenila većinu svojih obveznica s nepodmirenim obvezama za novi dug, ali ne prije nego što su značajni broj obveznica stekli hedge fondovi koji se često nazivaju i "lešinari" jer su specijalizirani za stjecanje jeftinih, problematičnih obveznica kao i za vođenje sudskih sporova radi ostvarivanja dobiti. Godine 2012. tužba koju su vodili hedge fondovi lešinari rezultirala je revolucionarnom odlukom suda Južnog okruga New Yorka u predmetu *NML Capital, Ltd. protiv Republike Argentine*. Tužitelji su uspješno tužili Argentinu zbog kršenja pari-passu ili sporazuma „jednakim tempom“, pribavljajući moćne sudske mjere za sprječavanje izvršenja obveza Argentine i izazivajući šok na tržišta državnog duga."

<sup>144</sup> *NML Capital, Ltd. vs. Republic of Argentina*, 727 F.3d 230, at 247 (2d Cir. 2013)

<sup>145</sup> Ta je praksa promijenjena. Sullivan & Cromwell LLP u članku: *Sovereign Debt Litigation District Court Opinion Limits the Applicability of Previous Pari Passu Decisions in the Argentine Debt Litigation*, December 29, 2016, navodi: "U odluci od 22. prosinca 2016. (*Opinion and Order, NML Capital, Ltd. vs. Republic of Argentina*, No. 08-cv-6978, at 4 (S.D.N.Y. Mar. 2, 2016), Dkt. No. 912) u dugotrajnoj argentinskoj sudskoj parnici, Okružni je sud Sjedinjenih Država za južni okrug New Yorka iznio značajna ograničenja na prethodne odluke koje je donio, a koje se temelje na pari-passu klauzuli u argentinskim obveznicama. U ranijim presudama

obveznicama. NML je tijekom postupka tvrdio da Argentina ne odobrava isti tretman vjerovnicima koji nisu sudjelovali u razmjerni ponuda jer je pristala platiti dug samo vlasnicima obveznica koji su pristali na ponude. U veljači 2016., kada je izabrana nova Vlada u Argentini, sud Sjedinjenih Država postavio je niz uvjeta za dopuštanje Argentini da servisira restrukturirane dugove. Događaji su se od tada ubrzali, a u travnju je, ustupivši pod velikim financijskim pritiskom, Argentina naglo poništila svoju dosadašnju politiku u vezi s tim potraživanjima i u izvansudskoj nagodbi pristala platiti 6,5 milijardi dolara stjecateljima obveznica. Nagodba predstavlja daljnji zastoj u procesu usmjerenom na uspostavu međunarodnog mehanizma restrukturiranja državnog duga utemeljenog na jednakom tretmanu svih vjerovnika, a stručnjaci za ljudska prava izrazili su duboko žaljenje. Plaćanje lešinarskim fondovima mnogo više od onoga što je isplaćeno vjerovnicima u prethodnom restrukturiranju duga po njima je uznemirujući ishod. Kroz dugotrajne i skupe sudske sporove, lešinarski fondovi doprinose odvratanju državnih resursa od drugih, hitnijih razvojnih i društvenih pitanja te pitanja zaštite ljudskih prava koji mogu uzrokovati i značajna kašnjenja u rješavanju dužničke krize i ograničiti sposobnost države da angažira resurse i napore potrebne za izvođenje zemlje iz te situacije kao i pogoršati već značajne gospodarske i financijske posljedice povezane s krizom i dovesti do politika koje imaju ozbiljan utjecaj na uživanje ljudskih prava.<sup>146</sup>

Konačno, Santosuosso i Scarlett izdvajaju investicijsku arbitražu i analizom iz drugoga kuta dolaze do sličnoga zaključka – financiranje sporova u ostvarenju prava na pristup pravdi može ozbiljno ugroziti temeljna ljudska prava građana tužene zemlje. Naime, oni ističu da kada treće strane koje se bave uslugom financiranja sporova odaberu koja će potraživanja financirati, oni koriste analizu koja je jedinstvena za financiranje postupka. Da bi financiranje postupka dovelo do ostvarenja prava na pristup pravdi na koji se pobornici financiranja pozivaju treće strane bi morale financirati osnovane zahtjeve. Prema zagovornicima financiranja treće strane ne žele financirati neosnovane zahtjeve jer je i mogućnost ostvarivanja dobiti neizvjesna. Pa ipak, i sami zagovornici financiranja sredstvima treće strane

---

*sud je izrekao mjere zabrane Argentini da izvršava nove dugove, osim ako je isto tako platila dug koji nije dospio. Te su zabrane ukinute ranije ove godine u nagodbi s većinom vjerovnika. U novoj je odluci sud zaključio da isplate Argentine vjerovnicima koji su sudjelovali u nagodbi ne predstavljaju kršenje prava ulagača koji se ne namiruju. Sud je također utvrdio da bi čak i da je kršena klauzula pari-passu, novčana bi šteta bila zabranjena kao duplikat štete zbog neplaćanja, a zabrana bi bila odobrena samo u izvanrednim okolnostima. Čini se da će novo mišljenje Okružnog suda ograničiti dosadašnji učinak njegovih ranijih presuda na restrukturiranje državnog duga za veliki broj još uvijek otvorenih vrijednosnih papira koji sadrže pari-passu klauzule slične onima u argentinskim obveznicama koje su dospjele, iako se tržište sada kretalo na različite formulacije klauzule o rangiranju u njujorškim zakonima koji uređuju državne dužničke vrijednosne papire."* Dostupno na: [https://www.sullcrom.com/siteFiles/Publications/SC\\_Publication\\_Sovereign\\_Debt\\_Litigation\\_12\\_29\\_16.pdf](https://www.sullcrom.com/siteFiles/Publications/SC_Publication_Sovereign_Debt_Litigation_12_29_16.pdf)

<sup>146</sup> *Op. cit.* u bilj. 131, str. 7-8.

priznaju da se odluka o financiranju ne temelji prvenstveno na osnovanosti zahtjeva, već i analizi isplativosti i naknadi štete koja se u postupku može ostvariti. Argument da treće strane žele financirati samo zahtjeve za koje su procijenili da su osnovani jer žele ostvariti dobit ne uzima u obzir dvije važne činjenice. Prvo, analiza isplativosti koju izvode sofisticirani pružatelji usluge financiranja nužno uključuje analizu dvaju faktora - vjerojatnosti uspjeha u sporu i vjerojatnosti povrata ulaganja. Ta je činjenica zabrinjavajuća jer empirijski dokazi pokazuju da kod tuženih država postoji korelacija između nižeg prihoda po glavi stanovnika i slabije vladavine prava te time i povećane vjerojatnosti uspjeha tužitelja u arbitraži. Pružatelj usluge financiranja će spomenutu korelaciju nužno uvrstiti u svoju analizu rizika pri odabiru tužbenih zahtjeva koje će financirati što dovodi do toga da neće nužno financirati osnovan zahtjev kao i da je sve više financiranih tužbenih zahtjeva upravo protiv najnerazvijenijih zemalja. Nadalje, ulaganje u portfelj tužbenih zahtjeva, od kojih su neki vrlo rizični tj. mala je vjerojatnost uspjeha u sporu, dovodi do diverzifikacije portfelja, a pružatelju usluge financiranja potreban je uspjeh u samo nekoliko takvih rizičnih ulaganja da bi ostvario veliku dobit<sup>147</sup>. To je ista situacija kao i uključivanje nekoliko bezvrijednih obveznica u portfelj obveznica niskoga rizika te bi takva praksa lako mogla dovesti do povećanje broja podnesenih neosnovanih tužbenih zahtjeva. Ta situacija podsjeća na izvorno opravdanje za zabranu financiranja postupka sredstvima trećih strana - zabrinutost da uključivanje ulagača s interesima usmjerenim na zaradu šteti pravosudnom sustavu<sup>148</sup> (*maintenance, champerty i barretry*).

Iz rasprave i pregleda gornjih slučajeva vidljivo je da postupci protiv siromašnih država koje nemaju niti ljudskih niti financijskih sredstava da se adekvatno zastupaju u investicijskim i trgovačkim arbitražnim postupcima otvaraju i pitanje zaštite temeljnih ljudskih prava. U tom dijelu i financiranje postupka sredstvima treće strane, kao način prikriivanja pravoga tužitelja ili kao potpora tužitelju koji pokušava ostvariti pristup pravdi, može otvoriti i pitanje povrede ljudskih prava građana tih država, posebno u situacijama kada je povrat ulaganja stostruki. Iz toga razloga, a imajući u vidu da financiranje postupaka sredstvima trećih strana neće nestati jer se dokazalo kao iznimno lukrativno ulaganje, potrebno ga je regulirati vodeći računa o interesima svih uključenih u postupak.

---

<sup>147</sup> Isto tako zaključuje i jedan broj sudionika u studiji Izvješće radne skupine ICCA – Queen Mary o financiranju sredstvima treće strane u međunarodnoj arbitraži, *Op. cit. u bilj. 54*, str. 203.

<sup>148</sup> Tara Santosuosso, Randall Scarlett: Third-Party Funding in Investment Arbitration: Misappropriation of Access to Justice Rhetoric by Global Speculative Finance, Boston College Law School, Digital Commons @ Boston College Law School, Law and Justice in the Americas Working Paper Series, 19 April 2018, str. 6-7.

Na tom je tragu i reforma UNCITRAL Arbitražnih pravila unutar koje se planira i osnivanje Savjetodavnoga centra koji bi pružao pravnu pomoć i pomagao u zastupanju siromašnih zemalja i zemalja u razvoju, ali i malim i srednjim poduzetnicima - investitorima<sup>149</sup>. Na taj bi se način ne samo utjecalo na pojavnost financiranja investicijskih arbitraža sredstvima treće strane nego i na dosuđenu naknadu štete.

Naime, prema podacima UNCITRAL Treće Radne skupine koja priprema izmjene Arbitražnih pravila, ali i normativni okvir za osnivanje Savjetodavnoga centra, visina odštete koje su tribunali dosuđivali u investicijskim arbitražama se tijekom godina povećava s prosječnim iznosom dosuđenim uspješnim tužiteljima koji je dosegao 110,9 milijuna dolara. U usporedbi sa srednjom vrijednošću i medijanom dosuđenim prije 2013. (srednja vrijednost 76,3 milijuna dolara i medijan 10,7 milijuna dolara), oni dosuđeni od 2013. nadalje su se povećali na 171 milijun odnosno 40 milijuna dolara. To predstavlja povećanje srednje vrijednosti dosuđene naknade štete za 124 % i povećanje medijana za 274 %. Takvi iznosi, koji se percipiraju kao pretjerani, predmet su sve veće zabrinutosti jer imaju značajan utjecaj na države, posebno one s ograničenim financijskim izvorima. Konačno, visok trošak postupka koji se plaća javnim sredstvima teško je opravdati za države u razvoju, čiji su financijski i ljudski resursi oskudni i mogu predstavljati nerazmjerno težak teret za manje države. Upravo to su glavni razlozi zašto se u posljednje tri godine, unutar reforme UNCITRAL Arbitražnih pravila, radi i na osnivanju i normiranju Savjetodavnoga centra.<sup>150</sup>

Iz gornje rasprave proizlazi da je u sudskim, a posebno arbitražnim postupcima s naglaskom na investicijsku arbitražu, moguće da financiranje troškova postupka sredstvima treće strane dovede do ugrožavanja temeljnih ljudskih prava građana siromašnih država koje su izložene skupim postupcima s kojima se ne znaju nositi jer nemaju dovoljno ljudskih kapaciteta i sredstava za obranu. U takvim okolnostima veća je i vjerojatnost da će takve države izgubiti spor biti suočene s plaćanjem visokih iznosa naknade štete. U takvom scenariju pravo na pristup pravdi tužitelja u konačnici ugrožava temeljna ljudska prava građana tih država kao pravo na zdravlje u vidu adekvatnoga zdravstvenog susatava, pravo na obrazovanje itd. To pitanje postaje još kontroverzije kada se uzme u obzir da većina dosuđene štete ionako neće pripasti tužitelju kojem je možda i povrijeđeno pravo, nego trećoj strani koja nije pretrpila povredu. Iz svih navedenih razloga osnivanje savjetodavnog centra koji bi pomagao

---

<sup>149</sup> Više o Savjetodavnom centru vidjeti u Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Advisory Centre, Note by the Secretariat, 25 July 2019, dostupna na: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/078/88/PDF/V1907888.pdf?OpenElement>

<sup>150</sup> *Op. cit.* u bilj. 41, str. 3.

siromašnim državama u zastupanju u investicijskim arbitražama je dobar korak prema vraćanju procesne ravnoteže.

### **3) Obijesno parničenje**

Razvoj financiranja troškova sredstvima treće strane razvio je raspravu o tome da li financiranje dovodi do podnošenja očito neosnovanih tužbenih zahtjeva u parničnom postupku i u arbitraži. To je pitanje već spomenuto u prethodnom poglavlju u dijelu u kojem se raspravlja na koji način treće strane koje financiranje gledaju kao vid ulaganja procjenjuju rizike mogućega spora, a u nastavku rada dati će se argumenti pojedinih autora u odnosu na ovo pitanje. Prije upuštanja u raspravu potrebno se ipak kratko osvrnuti na pojam objesnoga parničenja tj. što se pod time podrazumijeva.

U kontekstu ovoga rada pod obijesnim se parničenjem podrazumijeva podnošenje očito neosnovanoga zahtjeva. Dakle, dok je pravo na pristup sudu tj. pravdi lice, podnošenje očito neosnovanih zahtjeva je naličje toga temeljnoga prava, to je zlouporaba toga prava. Takva zlouporaba može imati različite učinke na tuženika, može dovesti do finacijskoga osiromašenja, uništavanja konkurencije (bilo finacijskim iscrpljivanjem ili javnom objavom da se protiv nekoga vodi parnica ili arbitraža), a u pogledu investicijske arbitraže može dovesti i do raznih posljedica u funkcioniranju države bilo u vidu odustajanja od normiranja određenoga pitanja ili pak pravljenja ustupaka stranom investitoru ili grupi investitora radi izbjegavanja većega broja istovjetnih sporova (u situacijama kada se navodna povreda odnosi na grupu investitora).

U nastavku će se stoga prvo dati pregled stavova autora koji smatraju da financiranje dovodi do podnošenja očito neosnovanih zahtjeva, zatim pregled stavova autora koji zastupaju suprotni stav u sudskim sporovima, a zatim će se analizirati posebno investicijska arbitraža zbog svojih posebnosti. Trgovačka arbitraža nije posebno obrađena jer svi argumaenti koji se iznose u odnosu na sudske sporove primjenjivi su i na trgovačku arbitražu

#### **i. Sudski sporovi**

Beisner, Miller i Rubin su u odnosu pojave financiranja sudskih postupka sredstvima treće strane u američkom pravu već 2009. godine upozorili da, iako financiranje nije široko rasprostranjeno, ono igra sve vidljiviju, potencijalno štetnu ulogu, u parnicama pred američkim sudovima te su ukazali na opasnost da će, ako se dopusti da se proširi, predstavljat znatne rizike od zlouporabe u sudskim sporovima. Razlog te pojave u SAD-u, a posljedično i napuštanje u velikom dijelu *maintenance* i *champerty* doktrina, pripisuje se djelovanju Perrya

Waltona, osnivača tvrtke za financiranje sudskih sporova pod nazivom Future Settlement, koji je 1998. godine počeo popularizirati koncept financiranja sudskih sporova sredstvima treće strane kroz seminare koje je držao. To je dovelo do toga da su brojne poznate financijske institucije počele nuditi financiranje sudskih sporova i za slučajeve u SAD-u, a mnoge su imale iskustvo u tomu jer su prethodno financirale slučajeve u Europi. Neka od većih imena u industriji uključuju Allianz ProzessFinanz (pridruženo društvo njemačkog osiguravatelja Allianz), Harbour Litigation Funding, IM Litigation Funding i Juridica Capital Management. Švicarski bankarski div Credit Suisse ima odjel za financiranje sudskih sporova. Mnogi hedge fondovi također aktivno, ali i u tajnosti i potihom, ulažu u financiranje sudskih sporova. John Jones, tehnički direktor u Aonu, opisao je fenomen na sljedeći način: *U tipičnom slučaju hedge fond, koji djeluje u ime bogatih ulagatelja, nastojat će akumulirati još više novca – ne ulaganjem u poslovno poduzeće ili stvaranjem bogatstva — već kockanjem na ishod sudskog postupka radi naknade štete. Ti fondovi (a i ulagatelji) nisu zainteresirani za pravdu već samo za šanse za uspjeh u sporu i moguću odštetu jer će zahtijevati dio dosuđene odštete u zamjenu za ulaganje novca kroz financiranje postupka.*<sup>151</sup>

Posebno je zanimljivo izlaganje Beisner, Miller i Rubin u odnosu na pristup pravdi. Naime, vrlo se često u literaturi nailazi na prikazivanje toga instituta kroz prizmu „sirotoga“ tužitelja kojem je počinjena gruba nepravda, a on nema financijskih sredstava za ostvarivanje pravde bilo u sudskom ili arbitražnom postupku. To je možda u početku stvarno bilo tako, ali sama činjenica da je industrija financiranja postupaka sredstvima treće strane procvatala dovodi u pitanje koliko je takav pristup razuman jer ne može se ne zapitati se koliko takvih tužitelja na svijetu ima, koji su dakle pretrpjeli veliku nepravdu, nemaju novaca platiti troškove postupka i ostvariti značajnu odštetu u sudskom ili arbitražnom postupku (naime, mnogi se postupci ne odnose na naknadu štete, a i kada se govori o naknadi štete ona nužno ne mora biti visoka).

Beisner, Miller i Rubin, razmatrajući argument prava na pristup pravdi u odnosu na pojavu objesnog parničenja koji predstavljaju značajan financijski teret za tuženika (u američkom pravu u načelu svaka stranka snosi svoje troškove postupka), ističu kako zagovornici financiranja sudskih sporova tvrde da ova praksa promiče pristup pravdi, ali taj pristup zanemaruje očitu činjenicu, a to je da financiranje sporova povećava pristup tužitelja sudovima, ne pravdi, što dovodi i do povećanja broja očito neosnovanih tužbenih zahtjeva. Nadalje, povećanje pristupa tužitelja sudovima (jer su najčešće ipak financirani tužitelji

---

<sup>151</sup> John Beisner, Jessica Miller & Gary Rubin: *Selling Lawsuits, Buying Trouble: Third Party Litigation Funding in the United States*; U.S. Chamber Institute for Legal Reform, 2009., str. 2-3; dostupno na: <https://legaltimes.typepad.com/files/thirdpartylitigationfinancing.pdf>



budući da je tu povrat ulaganja daleko veći) također povećava vjerojatnost da će bilo koji potencijalni tuženik biti doveden na sud na temelju očito neosnovane tužbe. Financiranja sudskih sporova povećava njihov ukupni broj i na taj način u biti smanjuje razinu pravde u sudskom sustavu. Da financiranje povećava broj sudskih sporova empirijski je dokazano u Australiji, a i stvar je jednostavne računice - povećanjem količine novca dostupnog za plaćanje odvjetnika za sudske sporove nužno se povećava i broj sporova, posebno neosnovanih tužbenih zahtjeva. Naime, kada takvog financiranja nema, odvjetnici imaju dva cilja, da ne dopuste klijentima da podnose očito neosnovane zahtjeve i da vrijeme troše na predmete koji će vjerojatno biti uspješni. Sukladno tomu, u slučaju odsustva financiranja može se očekivati da će tužbeni zahtjevi koje tužitelji i njihovi odvjetnici podnose zapravo imati veću vrijednost i za pristup pravdi i za razvoj vladavine prava. Budući da financiranje sporova sredstvima treće strane nedvojbeno povećava ukupni broj sudskih sporova vjerojatno je da će tužitelji podnijeti i one tužbe koje niti oni, niti njihovi odvjetnici ne bi podnijeli da nema financiranja.<sup>152</sup>

U odnosu na argumente da treća strana u slučaju neuspjeha u sporu stranke koju financira neće dobiti ništa, da se prije odluke o financiranju provodi dubinska analiza potencijalnog tužbenog zahtjeva iz aspekta njegove osnovanosti i aspekta moguće visine odštete i da se financiranje često ugovara već kad je tužitelj donio odluku da podnese tužbu Beisner, Miller i Rubin odgovaraju sljedećim protuargumentima.

Prvo, iako je davanje zajmova bez prava na povrat u slučaju neuspjeha u sporu za financiranje sudskih sporova inherentno rizično, iz toga ne slijedi da će tvrtke za financiranje financirati samo tužbene zahtjeve koji će vjerojatno biti prihvaćeni. Te će tvrtke — kao i svi sofisticirani ulagatelji — svoje odluke o financiranju utemeljiti na vrijednosti očekivanog povrata, od čega je vjerojatnost uspjeha tužbe samo jedna komponenta. Druga komponenta je potencijalni iznos povrata. Ako je iznos potencijalne odštete dovoljno visok, tužba će biti atraktivna investicija čak i ako je vjerojatnost uspjeha u sporu mala. Štoviše, tvrtke koje se bave financiranjem sudskih sporova mogu dodatno zaštititi svoja ulaganja u rizične tužbene zahtjeve zahtijevajući veći postotak od dosuđene odštete jer je povrat ulaganja rizičan. Tržište financiranja postupaka sredstvima trećih strana to već potvrđuje - neki hedge fondovi specijalizirani su za financiranje “špekulativnih” slučajeva.<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup> *Op. cit. u bilj.151, str. 4-7.*

<sup>153</sup> *Ibid.*

Susan Dunn iz MKM Longboat hedge fonda u New Jerseyu pojasnila je da hedge fondovi žele ulagati, a upravo oni [hedge fondovi] koji su bili uključeni u tržište rizičnih dugova su na to i navikli. To je samo nova klasa rizika za njih. Kao što je primijetio Mick Smith iz Calunius Capital, kompanije koja se bavi financiranjem postupaka, navodi kako je percepcija da su vam potrebni predmeti u kojima je tužbeni zahtjev osnovan pogrešan – za sve postoji cijena. Tvrtke koje financiraju troškove postupka mogu ublažiti svoj rizik na dva načina: mogu disperzirati rizik bilo kojeg konkretnog slučaja na cijeli portfelj slučajeva ili mogu raspodijeliti rizik među svojim ulagateljima. Iz toga razloga, tvrtke koje se bave financiranjem sudskih sporova su spremne financirati i špekulativne slučajeve u kojima je, u slučaju uspjeha, povrat ulaganja visok.<sup>154</sup>

Drugo, neutemeljena je tvrdnja da treća strana koja financira troškove postupka niti ne sudjeluje u postupku sve do faze kada je potencijalni tužitelj već angažirao odvjetnika i odlučio podnijeti tužbu. Treće strane zarađuju novac kada ulažu u sudske (i arbitražne) sporove i imaju poticaj navesti tužitelje da pokrenu spor pa, bez odgovarajućih zaštitnih mjera, ništa ne sprječava treću stranu da kontaktira potencijalnog tužitelja i potakne ga da podnese pojedinačnu tužbu ili tužbu za zaštitu kolektivnih interesa i prava (*class action*) što se i dogodilo u slučaju Fostif u Australiji. Uz navedeno, gledano iz perspektive tuženika, financiranje postupka sredstvima treće strane stvara pritisak na tuženike da namire sve osim očito neosnovanih zahtjeva, često pod nepovoljnim uvjetima, i to u iznosu mnogo većem od stvarne vrijednosti tužbenog zahtjeva zato što je i sam postupak skup. Tuženici moraju platiti odvjetničke, vještačke i druge naknade, a prema "američkom" pravilu koje uređuje odvjetničke naknade za zastupanje u građanskim parnicama, ti se troškovi općenito ne mogu prenijeti na tužitelja čak i ako tuženik pobijedi. Na taj se način promiče „prisilna“ nagodba a time i vjerojatnost zloupotrebe parnica.<sup>155</sup>

Beisner, Miller i Schwartz ponovili su 2020. godine gore opisanu studiju iz 2009. godine i ukazali na činjenicu da je u međuvremenu industrija financiranja postupaka procvatila pa neki analitičari procjenjuju da je financiranje sudskih sporova industrija vrijedna najmanje 10 milijardi dolara. Tvrtke također proširuju načine na koje ulažu u sudske sporove kao i u odnosu na vrste sudskih sporova koje su spremne financirati čime povećavajući vjerojatnost da će to potaknuti podnošenje neosnovanih tužbi. Autori u tom dijelu ukazuju na porast industrije financiranja i ukazuju da je Burford, kompanija specijalizirana za financiranje

---

<sup>154</sup> Ibid.

<sup>155</sup> Ibid.

postupaka, otkrio da je za 2018. godinu imao nove investicije u iznosu 1,3 milijarde USD što predstavlja trideseterostruki rast u odnosu na 2013. godinu. Burford je također nedavno osigurao 667 milijuna dolara novoga kapitala iz državnog fonda ne navodeći koja je država osigurala sredstva za taj fond i ulaganje u financiranje postupka.<sup>156</sup>

U toj se situaciji može postaviti pitanje je li ta država osigurala sredstva za ulaganje u Burfordov fond samo radi dobiti ili je cilj ulaganja u financiranje pojedinih postupaka i nešto drugačiji, politički ili indirektno ekonomski (posebno ako je riječ o financiranju investicijskih arbitraža).

Beisner, Miller i Schwartz kao dokaz njihovim tvrdnjama također analiziraju poslovanja najpoznatijih korporacija koje se bave financiranjem troškova postupka. Tako je Burford koji se može smatrati simbolom industrije financiranja prošao put od primanja 131 upita za financiranje u prvih dvanaest mjeseci poslovanja, do zaprimanja 1470 upita za financiranje u 2018. godini. Iz navedenoga proizlazi da je potražnja za financiranjem porasla 1022 %. Dramatičan porast ulaganja upućuje na jedan zaključak - financiratelji troškova postupaka ostvaruju ogromnu financijsku korist od ulaganja što potkrepljuju i brojke koje su objavila dva najveća fonda kojima se javno trguje na burzi (Burford i Bentham). Konkretno, u svom godišnjem financijskom izvješću za 2018., Burford je iskazao dobit nakon oporezivanja u iznosu 328 milijuna dolara, što je 24 % više u odnosu na 2017. godinu. Burford je također prijavio prihod u iznosu 420 milijuna dolara, što je porast za 23 posto u odnosu na 2017. Industrija financiranja troškova postupka je atraktivno tržište i za hedge fondove jer u pravilu nije podložna istim ograničenjima kao tržište dionica. U skladu s tim, mnogi hedge fondovi ulažu u sudske sporove. Na primjer, EJP Capital (sa sjedištem u Arlingtonu, Virginia), hedge fond vrijedan 6 milijardi dolara, počeo je prikupljati novac početkom 2018. za novi fond vrijednosti 300 milijuna dolara namijenjen ulaganju u masovne odštetne zahtjeve. Profesionalni financiratelji troškova postupka su samo investitori i svoje odluke o financiranju temelje na vrijednosti očekivanog povrata ulaganja pa stoga, čak i kada tužba nije osnovana ili je upitno koliko je osnovana, ulaganje može biti isplativo ako postoji mogućnost (koliko god bila mala) povrata velike svote novca. Osim toga, pružatelji usluge financiranja troškova postupka negativni rizik ublažuju disperzijom rizika pojedinog predmeta na cijeli portfelj kao i disperzijom rizika među svojim ulagateljima. To je najvjerojatnije razlog zašto je financiranje portfelja predmeta (a ne pojedinačnih predmeta) postalo tako rašireno. Iz tih istih razloga, pružatelji usluge financiranja troškova postupka spremniji su financirati i tužbene

---

<sup>156</sup> *Op. cit. u bilj. 90, str. 12.*

zahtjeve upitne osnovanosti čime potiču objesno parničenje i vrlo često dovode u financijske gubitke tuženike koji sami snose troškove postupka.<sup>157</sup>

Howie i Moysa zauzimaju suprotan stav o argumentu da financiranje troškova postupka parnice ili arbitraže sredstvima treće strane dovodi do objesnoga parničenja te ističu da taj argument nije osnovan zbog činjenice da doktrine anglosaksonskog prava prema kojima osoba koja nema pravni interes podnijeti tužbu (*maintenance* doktrina) ili koja plaćanjem troškova postupka uz ne postojanje pravnog interesa i uz to ostvaruje dobit (*champerty* doktrina) predstavljaju nedopušteno postupanje i primjenjuju se u mnogim jurisdikcijama. Kao dodatni argument svojoj tezi navode i da investitor tj. osoba koja snosi troškove postupka za treću osobu želi tom investicijom ostvariti dobit pa će prije odluke hoće li se upustiti u taj poslovni poduhvat itekako ispitati je li zahtjev koji planira financirati osnovan.<sup>158</sup>

Doktrine na koje se Howie i Moysa pozivaju praktično su napuštene kao što će biti vidljivo iz komparativnog prikaza financiranja troškova postupka sredstvima treće strane u parničnim postupcima. Te se doktrine još primjenjuju u Irskoj, ali u ostalim zemljama anglosaksonskog prava skoro su u potpunosti napuštene i tržište financiranja postupka sredstvima treće strane cvjeta. U zemljama kontinentalnog pravnog kruga *maintenance*, *champerty* i *barratry* nisu nikada niti bile u primjeni, a financiranje postupka sredstvima treće strane najčešće nije prepoznato, niti je regulirano.

## **ii. Investicijska arbitraža**

Pitanje objesnog parničenja to jest podnošenja očito neosnovanih tužbenih zahtjeva zbog dostupnosti financiranja postupka sredstvima treće strane posebno je osjetljivo u investicijskoj arbitraži jer posljedice takvih zahtjeva zahvaćaju sve porezne obveznike tužene države. Naime, nesolventan tužitelj ionako neće platiti troškove postupka tuženoj državi, a treća strana u arbitražnom postupku ne može biti obvezana na plaćanje troškova.

Nadalje, činjenica da se protiv države vodi arbitražni postupak može utjecati na investicijsku klimu i odvratiti potencijalne strane ulagatelje od investiranja u tu državu čime se smanjuje priliv stranoga kapitala i jačanje ekonomije te države, a moguće je i da sama činjenica postojanja spora koji ukazuje da postoji mogućnost kršenja međunarodnoga prava na strani države prisili tuženu državu na regulatorne ustupke ili čak i nagodbu.

---

<sup>157</sup> *Op. cit. u bilj. 90, str. 12.*

<sup>158</sup> *Op. cit. u bilj. 111, str. 471-472.*

Argumentu da financiranje postupka sredstvima treće strane može dovesti do objesnog parničenja tj. podnošenja neosnovanih zahtjeva suprotstavlja se argument prava na pristup pravdi koji je u investicijskoj arbitraži posebno naglašen jer je s jedne strane tužitelj – strani investitor, a s druge država i cijeli državni aparat.

Na prvi bi se pogled moglo zaključiti da je investitor u tom sporu u daleko slabijoj poziciji, ali već je gornji pregled razloga nastanka instituta financiranja postupka sredstvima treće strane, a i postupanje hedge fondova koji su po nekima doveli do razvoja toga instituta, pokazao da slika nije crno-bijela. Ta slika posebno nije crno-bijela kada stranog ulagatelja – tužitelja u investicijskoj arbitraži financira treća strana koja ima značajna novčana sredstva na raspolaganju, ljudski potencijal u vidu različitih stručnjaka i koja je motivirana mogućim ostvarivanjem dobiti koja premašuje sve druge oblike investiranja i dobiti koja se iz takvih investiranja može ostvariti.

Slijedom navedenoga ne iznenađuje činjenica da je i u Izvješću radne skupine ICCA – Queen Mary o financiranju sredstvima treće strane u međunarodnoj arbitraži pitanje objesnog parničenja bilo pitanje oko kojega se sudionici nisu mogli složiti i za koje i sama radna skupina nije donijela nikakav zaključak. Neslaganje između sudionika rasprave u pripremi Izvješća radne skupine ICCA – Queen Mary postojala je već i oko toga što čini neozbiljnu, marginalnu ili spekulativnu tužbu. U nastavku se daje prikaz suprotstavljenih stavova koji su proizašli iz rasprave svih sudionika u pripremi Izvješća radne skupine ICCA – Queen Mary o financiranju sredstvima treće strane u međunarodnoj arbitraži.

Jedan broj sudionika u studiji koja je prethodila izradi Izvješća radne skupine ICCA – Queen Mary istaknula je zabrinutost da bi financiranje postupka sredstvima treće strane u investicijskim arbitražama moglo dovesti do povećanja broja špekulativnih, marginalnih ili neozbiljnih potraživanja ulagatelja jer ulagatelji postavljaju visoke zahtjeve za naknadu štete što, prema njihovom stavu, može biti poticajno čak i za financiranje predmeta s malom vjerojatnošću uspjeha u sporu. Nastavno na taj argument, zagovornici toga stava ističu da bi želja da se privuče financiranje postupka mogla potaknuti i preuveličavanje procijenjene vrijednosti predmeta spora. Povoljni pravorijek, tvrde oni, u svakom značajnom slučaju mogao bi nadoknaditi troškove drugih neuspješnih slučajeva jer je razina povrata investicije visoka pa bi razvoj financiranja portfelja zahtjeva, u kojem raspon potraživanja u određenom portfelju varira u smislu vjerojatnosti uspjeha u sporu, moglo potaknuti podnošenje špekulativnijih ili rizičnijih tužbi. S tim u vezi, neki tvrde da ako treće strane koje plaćaju

troškove postupka tužitelja nisu prisiljeni platiti troškove tužene države kada tužitelj izgubi spor, tužitelje se potiče na podnošenje rizičnih zahtjeva.<sup>159</sup>

Sudionici rasprave koji se bave političkim implikacijama povećanja broja investicijskih arbitraža istaknuli su da su neki tužitelji, podržani financiranjem sredstvima trećih strana, podnijeli zahtjeve za koje su tribunali utvrdili da su očito neosnovani ili je na neki drugi način implicirano sumnjivo ponašanje. Ti su rizici posebno prisutni u investicijskoj arbitraži jer su standardi zaštite u ugovorima o promociji i zaštiti ulaganja, posebno pošteno i pravično postupanje (FET standard) i neizravno izvlaštenje, i dalje nedorečeni. Nadalje, prema njihovom se stavu postavlja pitanje doprinosi li financiranje preuveličavanju odštetnih zahtjevima i povećava li financiranje troškove postupka. Također smatraju da financiranje može povećati sklonost država da sklopi nagodbu čak i kada je potraživanje špekulativno, marginalno ili neozbiljno. Nagodbe s takvim tužiteljima izazivaju zabrinutost u odnosu na javni interes za sklapanje takve nagodbe kao i zbog nedostatka transparentnosti i povezanih pitanja koja se pojavljuju u slučajevima nenovčanih nagodbi (kada se npr. daje neko pravo kao što je koncesija).<sup>160</sup>

S druge pak strane, neki su sudionici u odnosu na zabrinutost da financiranje postupka sredstvima treće strane može potaknuti objesno parničenje odgovorili da su špekulativni predmeti, kao što su Philip Morris protiv Urugvaja i Philip Morris protiv Australije, primjeri režima investicijske arbitraže koji funkcionira kako je predviđeno jer su ti tribunali u konačnici odbili tužbeni zahtjevs. Njihov argument zašto se ne može tvrditi da financiranje dovodi do objesnog parničenja je i da treće strane koje se profesionalno bave financiranjem postupaka pažljivo provjeravaju predmete koje bi mogli eventualno financirati i provode neovisne procjene kako bi utvrdili vjerojatnost uspjeha u sporu te točnu procjenu očekivane naknade štete. Prema njihovom stavu ne postoje empirijski dokazi o tome jesu li uočena preuveličavanja tužbenih zahtjeva ulagatelja doista povezano s financiranjem kao i da financiranje dovodi do većeg broja špekulativnih, marginalnih ili neozbiljnih predmeta. Nedostatak takvih dokaza je, prema njihovu stavu, sam po sebi dovoljan. Pa ipak pobornici toga stava ujedno ukazuju da je teško doći do empirijskih dokaza u odnosu na navedena pitanja zbog nedostatka transparentnosti u pogledu financiranja kao i da čak i jedan slučaj objesnog parničenja, bez obzira kako završio, može imati negativne posljedice za pojedinu državu (npr. njezinu reputaciju u investicijskim krugovima). U nedostatku empirijskih

---

<sup>159</sup> *Op. cit. u bilj. 54, str. 203 – 204.*

<sup>160</sup> *Op. cit. u bilj. 54, str. 207.*

podataka u kontekstu investicijskih arbitraža, neki su ukazali na argumente i istraživanja u vezi s financiranjem sudskih sporova na nacionalnim sudovima. Navedena je, između ostaloga, i nedavna studija koja ispituje učinke financiranja postupka sredstvima trećih strana u parnicama na australskim sudovima. Ta je studija zaključila da financiranje trećih strana dovodi do ukupnog povećanja broja podnesenih zahtjeva. Ista studija također je zaključila da su treće strane financirale slučajeve koji otvaraju nova pravna pitanja i uključuju rizičnije, neizvjesnije tužbene zahtjeve, te da su odluke u predmetima u kojima je bilo prisutno financiranje postupka bile osobito utjecajne na razvoj prava jer su bile rjeđe ukidane i više su bile citirane od onih koje nisu financirane.<sup>161</sup>

Na iznesene kritike i skupina koja se sastoji od trećih strana koje profesionalno nude uslugu financiranja se priklonila grupi koja je zauzela stav da financiranje ne dovodi do objesnog parničenja te dala nekoliko odgovora vezano za iznesene kritike. Prvo, prema njihovom su stavu zabrinutost da financiranje potiče objesno parničenje je utemeljeno na nerazumijevanju kriterija i procesa prema kojima oni odabiru slučajeve. Naime, prije nego što odluči financirati slučaj, treća se strana upušta u rigoroznu procjenu vjerojatnosti uspjeha u sporu. Rezultat te procjene jest da odlučuju financirati samo one slučajeve za koje smatraju da će vrlo vjerojatno uspjeti pa stoga financiraju samo mali dio slučajeva u kojima se traži financiranje (oko jedan od deset slučajeva za koje se traži financiranje postupka). Od slučajeva koje financiraju mnogi ne bi mogli biti pokrenuti zbog nedostatka sredstava pa stoga, po njihovom stavu, financiranje postupka pomaže u ostvarenju prava na pristup pravdi. S tim u vezi, oni također ističu da čak i zahtjevi za koje se procjenjuje da imaju visoku vjerojatnost uspjeha u sporu ne moraju nužno biti financirani jer se uz ocjenu osnovanosti zahtjeva uzima u obzir i činjenica hoće li predmet imati dovoljan potencijalni povrat ulaganja. Nadalje, oni tvrde da se studije trendova u domaćim parnicama ne mogu primijeniti i na investicijsku arbitražu jer je taj postupak različit od sudskog spora.<sup>162</sup>

Konačno, grupa sudionika koja je zauzela pozitivan stav prema financiranju tvrdila je da se utvrđivanje onoga što predstavlja neozbiljan zahtjev za arbitražne tribunale očituje u odbijanju zahtjeva zbog nenadležnosti ili neosnovanosti tužbenih zahtjeva. Prema tomu stavu, odbijanje očito neosnovanih tužbenih zahtjeva predstavlja afirmaciju zdravoga pravosudnog sustava.<sup>163</sup>

---

<sup>161</sup> Ibid.

<sup>162</sup> Ibid.

<sup>163</sup> *Op. cit. u bilj.* 54, str. 207.

### iii. Zaključak

U dijelu koji se odnosi na ulaganje u financiranje portfelja zahtjeva kao i nedostatka empirijskih dokaza da financiranje sredstvima treće strane dovodi do podnošenja očito neosnovanih zahtjeva treba podsjetiti na gornju raspravu i stav Santosuosso i Scarlett u odnosu na analizu isplativosti koju izvode sofisticirani pružatelji usluge financiranja, a koja nužno uključuje i analizu faktora vjerojatnosti uspjeha i vjerojatnosti povrata ulaganja. Naime, empirijski dokazi pokazuju da postoji korelacija između nižeg prihoda po glavi stanovnika i slabije vladavine prava u tuženoj državi te time i povećane vjerojatnosti uspjeha u sporu. Kao što je spomenuto, pružatelj usluge financiranja će tu korelaciju nužno uvrstiti u svoju analizu rizika pri odabiru tužbenih zahtjeva koje će financirati, što dovodi do toga da se ne financira nužno osnovan zahtjev kao i da je sve više financiranih tužbenih zahtjeva podneseno protiv najnerazvijenijih zemalja. Upravo ulaganje u portfelj tužbenih zahtjeva, od kojih su neki vrlo rizični (tj. mala je vjerojatnost uspjeha u sporu) dovodi do diverzifikacije portfelja te je pružatelju usluge financiranja potreban uspjeh u samo nekoliko takvih rizičnih ulaganja da bi ostvario veliku dobit.<sup>164</sup>

Argument trećih strane koje se profesionalno bave financiranjem postupaka da čak i kada procijene da je zahtjev vrlo vjerojatno osnovan, ali neće donijeti očekivani povrat ulaganja, u koliziji je s njihovim argumentom da financiranjem pomažu razvoju prava i ostvarivanju prava na pristup pravdi. Upravo taj argument potvrđuje zabrinutost nekih od teoretičara i praktičara da financiranje dovodi do komodifikacije sporova tj. tretiranja sporova kao ekonomskog poduhvata kako to ističe i Rogers [u *VS.* poglavlju rada pod 1) Razlozi razvoja].

Koliko su pitanja i dvojbe koja se odnose na utjecaj financiranja arbitražnog postupka sredstvima treće strane na pojavu objesnog parničenja tj. podnošenja očito neosnovanih, neozbiljnih ili špekulativnih zahtjeva nerazriješena pokazuje i činjenica da u tom dijelu Radna skupina nije zauzela stav.

Zanimljivo je da je Radna skupina u odnosu na navedena pitanja zaključila da ne želi davati normativne preporuke o tome kako riješiti navedena složena pitanja jer s jedne strane neki tvrde da bi financiranje postupka sredstvima trećih strana trebalo biti zabranjeno u investicijskoj arbitraži dok s druge strane zagovornici toga instituta tvrde da se financiranjem postupka sredstvima treće strane promiče pravo na pristup pravdi i razvija pravo. Treba imati u vidu da niti najnoviji investicijski i trgovinski sporazumi nemaju za cilj spriječiti ili čak

---

<sup>164</sup> *Op. cit.* u bilj. 148, str. 6-7.



ograničiti korištenje financiranja sredstvima trećih strana. Umjesto toga, čini se da su trenutni napori, kao u npr. CETI, usmjereni na povećanje transparentnosti u pogledu sudjelovanja treće strane u financiranju postupka, prvenstveno obvezi otkrivanja postojanja kao i identifikaciji treće osobe koja financira postupak.<sup>165</sup>

Ne može se zaniijekati činjenica da je financiranje troškova postupka u najvećem broju slučajeva motivirano ostvarivanjem dobiti. Iz prikazanih je podataka evidentno da broj slučajeva koji su financirani raste. Riječ je o industriji koja je u punom procvatu pa je teško braniti tezu da financiranje ne uključuje i očito neosnovane tužbene zahtjeve. To je posebno slučaj kada je riječ o financiranju portfelja predmeta gdje je rizik disperziran na veći broj predmeta pa je za očekivati da takav portfelj uključuje i špekulativna potraživanja odnosno potiče objesno parničenje.

Iz prikazanih je podataka također vidljivo da treće strane imaju značajan kapital na raspolaganju koji koriste u postupku pa se nameće zaključak da tako dodatno oslabljuju suprotnu stranu prisiljavajući ju u pojedinim slučajevima i na nagodbu iako je osnovanost tužbenog zahtjeva dvojbena.

Iz svega može se zaključiti da financiranje utječe na broj predmeta kako u sudskim, tako i arbitražnim predmetima što ima za posljedicu podnošenja sve većeg broja neosnovanih tužbenih zahtjeva tj. pojavu objesnog parničenja.

Pa ipak treba imati u vidu da financiranje troškova postupka ne da neće nestati, nego će i dalje cvjetati. Stoga je potrebno tu pojavu normirati na način da se uzme u obzir sve navedeno i djeluje odvraćajuće na komercijalizaciju pravde i financiranje očito neosnovanih tužbenih zahtjeva.

Može li se to učiniti uvođenjem sustava penala, većom poreznom stopom ili na neki drugi način teško je reći. Ono što je sigurno je da se financiranje troškova postupka razvilo jer drugi mehanizmi pravne pomoći ili ne postoje ili ne funkcioniraju na zadovoljavajući način (primjerice besplatna pravna pomoć, savjetodavna tijela koja bi pomagala nelikvidnim strankama u složenim sudskim ili arbitražnim postupcima, smanjenje troškova sudskih postupaka, posebno u zemljama anglosaksonske pravne tradicije itd.).

---

<sup>165</sup> *Op. cit. u bilj. 54, str. 208.*

#### 4) Sukob interesa

Od osobe koja odlučuje u određenom postupku, bio to sudski ili arbitražni postupak, očekuje se da bude nezavisna i nepristrana. To je propisano procesnim pravima i arbitražnim pravilima. U slučajevima kada se nezavisnost ili nepristranost osobe koja odlučuje u postupku može dovesti u pitanje, ta osoba ima obvezu izuzeti se iz odlučivanja u predmetu. U situacijama kada u postupku sudjeluju samo stranke i ne postoji treća strana koja ima interes u postupku, osoba koja odlučuje bit će dužna provjeriti postoji li kakav odnos prema strankama u postupku koji bi mogao dovesti u pitanje njezinu nepristranost ili nezavisnost. Situacija se komplicira kada u postupku sudjeluju stranka ili stranke koje koriste financiranje sredstvima treće strane. Naime, u tom slučaju, uz same stranke, i ti treći imaju interes da postupak bude razriješen na određeni način pa je stoga bitno jesu li treći u nekom odnosu s osobom ili osobama koje donose odluku u konkretnom predmetu, a koji odnos bi mogao dovesti u pitanje njihovu nepristranost ili nezavisnost. Ista pravila vrijede i za vještake koje je imenovao sud ili tribunal jer je njihova svrha pomoći sudu, tj. tribunalu u donošenju odluke – dakle, one su na neki način povjerenici suda ili tribunala, a ne stranaka u postupku.

Sukob interesa je stoga glavni razlog zašto je potrebno otkrivanja činjenice da jedna od stranaka ili obje stranke u postupku koriste financiranje troškova postupka sredstvima treće strane.

Naime, postoji tenzija između s jedne strane prava stranaka na otkrivanje okolnosti koje mogu dovesti u pitanje nepristranost ili neovisnost suca ili arbitra u cilju zaštite prava stranaka na pravični postupak i s druge strane sprečavanja podnošenja neosnovanih zahtjeva za njihovo izuzeće. Dakle, kao prepoznati razlog zašto pojedine činjenice, pa tako i financiranje troškova sredstvima treće strane, trebaju biti otkrivene jer sukob interesa narušava integritet postupka u smislu da se kod postojanja sukoba interesa može tražiti izuzeće arbitra ili suca koji odlučuje u postupku budući da se smatra da arbitar ili sudac koji je u sukobu interesa više nije nepristran i nezavisan. Otkrivanje se svodi na otkrivanje identiteta treće strane koja financira troškove postupka i kao takvo ne zahtijeva otkrivanje odredaba ugovora o financiranju, što je i razlog da stručna javnost na međunarodnom planu mogući sukob interesa prepoznaje kao valjani razlog za nalaganje ili propisivanje obveze da se o činjenici da stranka ili stranke u postupku koriste sredstva treće strane za financiranje troškova postupka izvijesti tribunal, sud i/ili protivna strana.

Iako arbitražna pravila propisuju da arbitar mora biti nepristran i neovisan, definiranje situacija kada je njegova nepristranost i neovisnost dovedena u pitanje nije normirano, već se to pitanje najčešće razrješava primjenom dolje opisanih Smjernica Međunarodnoga udruženja odvjetničkih komora o sukobu interesa u međunarodnoj arbitraži, pa će se u nastavku analizirati te Smjernice. Budući da je tema rada financiranje arbitražnih postupaka, a i nacionalna procesna prava najčešće propisuju razloge za izuzeće suca, u radu se neće analizirati sukob interesa sudaca.

U odlučivanju postoji li sukob interesa od posebne su važnosti Smjernice Međunarodnoga udruženja odvjetničkih komora (*International Bar Association*, dalje u tekstu: IBA) o sukobu interesa u međunarodnoj arbitraži od 23. listopada 2014., revidirane 10. kolovoza 2015.<sup>166</sup> Te Smjernice djeluju kao tzv. *soft law*, što znači da nisu obvezujuće, ali se široko primjenjuju. To pokazuje i istraživanje koje je proveo Arbitražni odbor IBA-e 2015. i 2016. godine.

U Izvješću koje je objavljeno 2016. godine utvrđeno je da su Smjernice kao i ostala Pravila IBA-e, kao npr. pravila o dokazima, široko prihvaćene, s gotovo 50 posto arbitraža poznatih ispitanicima diljem svijeta koje se pozivaju na pravila, bez značajnih razlika između nadležnosti kontinentalnoga i anglosaksonskoga prava kao i u praksi pojedinih sudova, kao npr. sudova u Engleskoj i Walesu.<sup>167</sup>

Kako su navedene Smjernice iznimno važne za daljnju raspravu, kratko se navodi njihova struktura i način reguliranja, dok će se u nastavku dati detaljan prikaz tih Smjernica u odnosu na mogući sukob interesa primarno arbitara.

Smjernice se sastoje od Općih standarda i Popisa (“crveni popis”, “narančasti popis” i “zeleni popis”) te se temelje na propisima i sudskoj praksi iz više jurisdikcija te na prosudbi i iskustvu praktičara uključenih u međunarodnu arbitražu. Crveni se popis sastoji od dva dijela: “crveni popis kojega se stranka ne može odreći” (vidi Opće standarde 2(d) i 4(b)); i “crveni popis kojega se stranka može odreći” (vidi Opći standard 4(c)). Ti popisi (crveni, narančasti i zeleni nazvani su po uzoru na semafor) nisu zatvorena lista razloga zbog kojih arbitar mora, može ili ne mora odstupiti, odnosno, u slučaju crvene i narančaste liste, koji su razlog za traženje izuzeća arbitra u pojedinom predmetu, ali detaljno opisuju pojedine situacije koje, ovisno o

---

<sup>166</sup> IBA-ove Smjernice o sukobu interesa u međunarodnoj arbitraži od 23. listopada 2014., dostupne na: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918>.

<sup>167</sup> Vidi u Sungjean Seo: How evidence is best presented in international arbitration and the IBA rules on evidence, Report on a session by the Arbitration Committee at the 2019 IBA Annual Conference in Seoul, 27 September 2019, dostupno na: <https://www.ibanet.org/article/F61DEA63-72EF-4E2B-888A-B984E783BD21> i u Decisions Referencing the Guidelines on Conflicts Of Interest, 13 September 2018, dostupno na: <https://www.ciarb.org/resources/features/decisions-referencing-the-guidelines-on-conflicts-of-interest/>.

činjenicama određenog slučaja, izazivaju opravdanu sumnju u nepristranost i neovisnost arbitra. Prilikom odlučivanja o izuzeću primjenjuje se standard prema kojemu se utvrđuje postoji li objektivni sukob interesa sa stajališta razumne treće osobe koja poznaje relevantne činjenice i okolnosti (vidi Opći standard 2(b)). Crveni popis kojega se stranke ne mogu odreći (ili točnije – zahtjeva za izuzeće po tom popisu) uključuje razloge za izuzeće koji proizlaze iz najvažnijeg načela da nitko ne može biti sam sebi sudac. Stoga i odricanje od prava na traženje izuzeća ne može riješiti sukob interesa. Crveni popis kojega se stranke mogu odreći pokriva razloge kojih se stranke mogu odreći kao osnove za izuzeće arbitra, ali samo ako i kada stranke, svjesne situacije postojanja sukoba interesa, izričito izraze svoju spremnost da osoba koja je u sukobu interesa bude i dalje arbitar. Narančasti je popis otvorena lista razloga koji, ovisno o činjenicama samoga slučaja, mogu, u očima stranaka, izazvati sumnju u nepristranost ili neovisnost arbitra. Narančasti popis stoga odražava razloge koji su normirani Općim standardom 3(a) s posljedicom da arbitar ima dužnost otkriti te razloge. U svim tim situacijama smatra se da su stranke prihvatile arbitra ako, nakon otkrivanja, nema pravodobnog prigovora odnosno zahtjeva za izuzeće. Smjernice se primjenjuju i na investicijsku i trgovačku arbitražu.<sup>168</sup>

U odnosu na financiranje troškova postupka, uvođenje treće strane koja nije stranka u postupku može biti povod za sukob interesa u situacijama kada je arbitar, a ponekad i vještak, u odnosu s tom trećom stranom jer treća strana u najvećem broju slučajeva ima izravni ekonomski interes u samom postupku. Zbog toga će se u nastavku najprije razmotriti sukob interesa arbitara i financiranje troškova postupka sredstvima treće strane, a nakon toga sukob interesa vještaka i financiranje troškova postupka sredstvima treće strane.

### **i. Sukob interesa arbitara**

Pravni izvori koji reguliraju potencijalne sukobe interesa arbitara su brojni, a uključuju arbitražna pravila, nacionalno pravo i međunarodne instrumente, to jest *soft law*, kao što su već spomenute Smjernice o sukobu interesa IBA-e. Iako je moderno financiranje sredstvima trećih strana relativno noviji fenomen, mnogi od prethodno naznačenih izvora prava<sup>169</sup> (ne i

---

<sup>168</sup> *Op. cit.* u bilj. 166.

<sup>169</sup> Primjerice, od arbitražnih pravila to su:

Arbitražna pravila ICC-a koja su stupila na snagu 1. siječnja 2021. i zamijenila pravila od 1. ožujka 2017., dostupna na: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>;

Arbitražna pravila ICDR-a u primjeni od 1. ožujka 2021. – International Arbitration Rules dostupna na: [https://www.adr.org/sites/default/files/ICDR\\_Rules.pdf](https://www.adr.org/sites/default/files/ICDR_Rules.pdf);

Arbitražna pravila HKIAC-a (2018 HKIAC Administered Arbitration Rules) dostupna na:

[https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck\\_filebrowser/PDF/arbitration/2018%20Rules%20book/2018%20AA%20Rules\\_English.pdf](https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2018%20Rules%20book/2018%20AA%20Rules_English.pdf);

hrvatsko pravo) su se posebno pozabavili pitanjem potencijalnog sukoba interesa koji bi mogao proizaći iz financiranja sredstvima treće strane, odnosno iz odnosa treće strane i arbitra na način da su propisali obvezu otkrivanja identiteta treće strane koja financira troškove postupka za potrebe utvrđivanja potencijalnoga sukoba interesa arbitara.

Budući da se u radu u VII. i VIII. poglavlju analiziraju pojedina nacionalna prava i arbitražna pravila u odnosu na financiranje postupka sredstvima treće strane, u tim će poglavljima biti detaljnije razmotreno i pitanje sukoba interesa, dok će se u ovom dijelu sukob interesa arbitara i financiranja razmotriti na temelju IBA-ovih Smjernica, a nakon toga će se razmotriti sukob interesa arbitara, financiranje troškova postupka sredstvima treće strane i hrvatsko pravo.

Pitanje otkrivanja činjenice da stranka koristi financiranje u kontekstu utvrđivanja potencijalnog sukoba interesa kao i s time povezanih pitanja bila su predmet raspravljanja Radne skupine koja je radila na izvješću ICCA – QM. Unatoč konsenzusu o mnogim pitanjima, pa tako i o obvezi otkrivanja, ostalo je neslaganje u Radnoj skupini u vezi s povezanim pitanjima o tome koje vrste financiranja sporova treba uključiti u definiciju “financiranja” te o tome u kojem obliku i opsegu bi trebalo otkriti suprotnoj strani i tribunalu da postoji financiranje sredstvima treće strane. Ta tema je iz aspekta sukoba interesa detaljnije obrađena u nastavku.

IBA je bio prva organizacija koja se službeno pozabavila pitanjima koja se odnose na sukob interesa u slučajevima kada postoji financiranje troškova postupka sredstvima trećih strana, i to kroz IBA-ove Smjernice o sukobu interesa u međunarodnoj arbitraži od 23. listopada 2014., revidirane 10. kolovoza 2015. (dalje u tekstu: Smjernice)<sup>170</sup>.

Smjernice definiraju financiranje postupka sredstvima treće strane i osiguravatelje kao relevantne za analizu postojanja potencijalnoga sukoba interesa i to u slučajevima kada ti subjekti imaju “izravni ekonomski interes” u samom pravorijeku. Ta definicija, međutim, još uvijek ostavlja neka pitanja neriješena, kao npr. pitanja vezana uz opseg i primjenu Smjernica na određene vrste financiranja sporova.

---

Arbitražna pravila za investicijsku arbitražu SIAC-a, prvo izdanje (Investment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre) na snazi su od 1. siječnja 2017. i dostupna su na:

<https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA/SIAC%20Investment%20Rules%202017.pdf>;

Arbitražna pravila Australskog centra za međunarodnu trgovačku arbitražu (Arbitration Rules of the Australian Centre for International Commercial Arbitration) na snazi su od 1. travnja 2021. i dostupna su na:

[https://acica.org.au/wp-content/uploads/2021/04/ACICA\\_Rules\\_2021-WFF3.pdf](https://acica.org.au/wp-content/uploads/2021/04/ACICA_Rules_2021-WFF3.pdf).

<sup>170</sup> *Op. cit.* u bilj. 166.

U uvodnom dijelu najnovijih Smjernica navodi se kako Smjernice odražavaju razumijevanje Arbitražnog odbora IBA-a u pogledu trenutačno najbolje međunarodne prakse, čvrsto ukorijenjene u načelima izraženim u Općim standardima Smjernica. Opći standardi i popisi (crveni, žuti i zeleni popis situacija mogućeg sukoba interesa) temelje se na propisima i sudskoj praksi raznih jurisdikcija te su dobar putokaz prema prosudbi i iskustvu praktičara uključenih u međunarodnu arbitražu. Smjernice nastoje uravnotežiti različite interese stranaka, zastupnika stranaka, arbitara i arbitražnih institucija, koji su svi odgovorni za osiguranje integriteta, ugleda i učinkovitosti međunarodne arbitraže. Radna skupina za 2004. i Pododbor u 2012./2014. zatražili su i razmotrili stavove vodećih arbitražnih institucija, korporativnih pravnika i drugih osoba uključenih u međunarodnu arbitražu putem javnoga savjetovanja na IBA-ovim godišnjim sastancima te na posebnim sastancima s arbitrima i praktičarima. Pristigli komentari detaljno su pregledani i mnogi su usvojeni. Smjernice se primjenjuju na međunarodnu trgovačku arbitražu i investicijsku arbitražu, bilo da stranku zastupa odvjetnik ili ne, te neovisno o tome jesu li kao arbitri imenovani pravници ili nisu. Smjernice nisu zakonske odredbe i kao takve nisu nadređene primjenjivom nacionalnom pravu ili arbitražnim pravilima koja su stranke ugovorile. Međutim, revidirane Smjernice služe kao pomoć strankama, praktičarima, arbitrima, institucijama i sudovima u rješavanju važnih pitanja nepristranosti i neovisnosti.<sup>171</sup>

IBA-ove smjernice iz 2014. u Općem standardu 6(b) definiraju niz subjekata koje treba uzeti u obzir pri procjeni potencijalnog sukoba interesa, što također uključuje financiranje sredstvima treće strane, te definiraju financiranje na sljedeći način: “Ako je jedna od stranaka u postupku pravna osoba, bilo koja druga pravna ili fizička osoba koja ima kontrolni utjecaj na tu pravnu osobu, ili ima izravan ekonomski interes ili je dužna obešteti stranku u odnosu na odluku koja će se donijeti u arbitraži, može se smatrati (za potrebe utvrđivanja sukoba interesa, op. aut.) strankom u postupku.”<sup>172</sup>

To pravilo, dakle, predviđa da se svaki subjekt koji ima “izravni ekonomski interes ili je dužan obešteti stranku u odnosu na odluku koja će biti donesena u arbitraži” može tretirati kao stranka u postupku za potrebe procjene postojanja sukoba interesa.

U objašnjenju Općeg standarda 6(b) u Smjernicama se dalje pojašnjava: “U te svrhe pojmovi ‘treća strana financiratelj’ i ‘osiguratelj’ odnose se na bilo koju osobu ili subjekt koji doprinosi novčanim sredstvima ili drugom materijalnom potporom tužbi ili obrani slučaja i

---

<sup>171</sup> *Op. cit.* u bilj. 170 – IBA-ove Smjernice o sukobu interesa, str. 2–3.

<sup>172</sup> *Ibid.*, str. 13.

koji ima izravan ekonomski interes u odluci ili ima dužnost obeštećenja stranke u odnosu na odluku koja će se donijeti u arbitraži.”<sup>173</sup>

Svrha je te odredbe identificirati koji subjekti podliježu Smjernicama, zbog čega su uključeni u procjenu procjene postojanja sukoba interesa arbitara.

Opći standard 7, o kojem se govori u nastavku, navodi u kojem trenutku i kako stranka ili njezin odvjetnik trebaju otkriti da stranka ima financiratelja – treću stranu koja snosi troškove postupka. Nakon što arbitri postanu svjesni da je u predmet uključena treća strana, Opći standard 6(b) pojašnjava da se subjekt koji se uklapa u tu definiciju može smatrati strankom u postupku u svrhu procjene potencijalnog sukoba interesa u odnosu na treću stranu koja financira postupak. Dakle, s obzirom na financiranje sredstvima trećih strana, u Smjernicama zapravo postoje dvije razine otkrivanja:

1) otkrivanje arbitrima da stranka u postupku koristi sredstva treće strane za financiranje postupka – dakle, da ima financiratelja (kao što je definirano u Bilješci s objašnjenjem Općeg standarda 6(b)) i

2) otkrivanje bilo kakvog potencijalnog sukoba interesa od strane arbitara uzimajući u obzir činjenicu da se, za potrebe takve analize, može smatrati da financiratelj ima identitet stranke u postupku.

Dok se kontrola može relativno lagano definirati, što točno predstavlja “izravni ekonomski interes” zahtijeva dodatna pojašnjenja. Naime, kao što je već spomenuto, elementi definicije u Općem standardu 6(b) i njegovim objašnjenjima uključuju zahtjev da treća strana koja financira postupak “doprinosi novčana sredstva ili drugu materijalnu potporu za tužbu ili obranu slučaja” uz uvjet da ta treća strana ima “izravni ekonomski interes” u odluci koja će se donijeti u financiranoj arbitraži.”

Ni Opći standard 6(b), ni njegovo objašnjenje ne definiraju “izravni ekonomski interes” pa se time bavila Radna skupina koja je pripremala Izvješće br. 4 ICCA – Queen Mary o financiranju sredstvima treće strane u međunarodnoj arbitraži iz travnja 2018. U tom se izvješću navodi da je, budući da izravni ekonomski interes nije definiran u Smjernicama, nejasno bi li on, primjerice, uključivao plaćanja koja su uvjetovana određenim ishodom, kao što je u nekim oblicima polica osiguranja nakon događaja (ATE – *after-the-event* osiguranje), ali koji se ne plaćaju iz dosuđenog iznosa. Neki su sugerirali da bi ta fraza također mogla potaknuti stvaranje korporativnih struktura od strane financiratelja koje bi vjerojatno umanjile

---

<sup>173</sup> *Ibid.*, str. 14–15.

njihov interes za pravorijek kako ne bi imale “izravni” ekonomski interes jer treće strane često osnivaju društva posebne namjene za financiranje pojedinačnih slučajeva. S druge pak strane, u Radnoj je skupini također izražena zabrinutost da je izraz “izravni ekonomski interes” preširok i nejasan te bi se mogao odnositi na niz subjekata, uključujući i one na koje se ne odnosi, kao što su npr. dioničari. U skladu s tim stajalištem predloženo je da se umjesto toga definicija ograniči na interes u pravorijeku ili izgledu za ostvarivanje dobiti u slučaju uspjeha u sporu pa bi definicija stoga trebala koristiti izraz “povrat ulaganja”. Osim tumačenja “izravnog ekonomskog interesa” Smjernice prema stajalištu Radne skupine također mogu isključiti druge vrste financiranja za koje se čini da se postavljaju slična pitanja u vezi s potencijalnim sukobima interesa. Primjerice, fokusiranjem na izravni ekonomski interes treće strane u pravorijeku Smjernice isključuju treće strane koje financiraju troškove postupka koji imaju interes u pravorijeku, ali taj se interes ne može smatrati “izravnim” interesom.<sup>174</sup>

U kontekstu investicijske arbitraže postoji niz primjera financiranja sredstvima trećih strana radi ostvarivanja nenovčanih interesa, kao npr. kada neprofitne organizacije, treće države ili druge strane osiguraju sredstva ili materijalnu potporu stranci. Svrha tih sredstava ili pomoći je često povećati vjerojatnost da se ostvari pravorijek koji promiče određenu politiku ili predstavlja presedan koji bi mogao neizravno promicati šire političke interese, pravne interese ili stvaranje korisnoga presedana za neki drugi spor. Stvaranje povoljnog presedana je upravo bio i cilj u već spomenutom predmetu *Quasar de Valores SICAV S.A. et al. vs. Ruska Federacija*, u kojem je *Group Menatep Limited* financirao postupak. Menatep je bio bivši većinski dioničar u ruskoj naftnoj tvrtki Yukos, a ne odvojena financijska tvrtka koja financira postupak, te nije postojao ugovor koji bi od tužitelja zahtijevao da nadoknadi Menatepu troškove financiranja. Financirajući tužbu Quasar de Valoresa, Menatep je nastojao stvoriti povoljnu praksu u nadi da će takva praksa biti primijenjena u njegovu budućem dioničarskom sporu protiv Rusije zbog povrede Ugovora o Energetskoj povelji u kojem se nadao ostvariti visok iznos naknade štete. Takvo sudjelovanje, čak i u nedostatku izravnog ekonomskog interesa, može izazvati sukob interesa arbitara u tim arbitražama. Međutim, u tom slučaju ne postoji obveza otkrivanja postojanja takvog financiranja prema definiciji Smjernica jer je otkrivanje ograničeno na “izravni ekonomski interes” u pravorijeku. Nadalje, definicija u Smjernicama također nije dovoljno široka da bi se proširila na financiranje putem portfelja odvjetničkog društva, pri čemu je treća osoba ušla u ugovorni odnos financiranja s odvjetničkim društvom radi očekivanog prihoda ostvarenog u pojedinim slučajevima. U

---

<sup>174</sup> *Op. cit.* u bilj. 54, str. 87–91.



financiranju odvjetničkog društva financiratelj osigurava financiranje izravno odvjetničkom društvu (a ne stranci). Financiranje se obično osigurava na temelju niza slučajeva u kojima je odvjetničko društvo punomoćnik, a tvrtka ima ugovor o nepredviđenim ili uvjetnim naknadama. Financiranje putem portfelja također se može osigurati kada stranka ima više potraživanja od istoga tuženika pa to ostvaruje u više odvojenih sporova. U financiranju portfelja predmeta ili financiranju odvjetničkih društava naknada trećih strana koje financiraju troškove postupka na taj način nije nužno vezana uz ishod pojedinačnog arbitražnog postupka, već na uspješnost portfelja predmeta određene kompanije ili odvjetničkog društva. Taj portfelj, zauzvrat, može uključivati samo predmete za koje je osigurano financiranje, ili zasebni portfelj koji uključuje samo neke od slučajeva za koje je osigurano financiranje. Takvo financiranje obično je bez prava regresa, što znači da je naknada financiratelja vezana uz ishod arbitraža, i to za veći broj slučajeva, čime se umanjuje rizik gubitka. Kao takvo, može se smatrati da financiranje portfelja predmeta osigurava financirateljima ekonomski interes u dobiti iz portfelja, ali nije sigurno da bi se taj interes smatrao “izravnim” (a ne “neizravnim”) ekonomskim interesom u pojedinačnom pravorijeku, pa je upitno bi li financiranje portfelja potpadalo pod definiciju Smjernica. Čak i ako je neizvjesno obuhvaća li definicija u Smjernicama i financiranje portfelja predmeta ili putem odvjetničkih društava, čini se evidentnim da bi arbitar mogao biti u sukobu interesa kao rezultat takvoga financiranja. Na primjer, ako je arbitar bio partner u odvjetničkom društvu koje je primilo značajno financiranje od financiratelja na temelju portfelja predmeta tvrtke, taj bi arbitar mogao potencijalno biti u sukobu interesa koji bi se mogao otkriti. Isto bi moglo vrijediti i ako je arbitar u upravnom odboru financiratelja ili je bio višestruko imenovan u slučajevima u istom portfelju financiranih predmeta. Kako financiranje portfelja i drugi oblici financiranja trećih strana nisu bili dobro poznati ili široko rasprostranjeni kada je IBA pripremao reviziju Smjernica 2014. godine, autori te revizije vjerojatno nisu mogli u potpunosti razmotriti implikacije njihove definicije. Upravo je iz toga razloga Radna skupina naglasila da pretpostavlja da će se u budućim revizijama Smjernica ponovno razmotriti sporni elementi definicije te da bi šira definicija financiranja troškova postupka sredstvima treće strane koju je pripremila Radna skupina mogla biti korisna za određivanje opsega otkrivanja podataka arbitrima, koji se zatim mogu analizirati u svjetlu postojećih IBA-ovih Smjernica i popisa (crveni, narančasti i zeleni).<sup>175</sup>

---

<sup>175</sup> *Ibid.*

Sukob interesa uređen je u hrvatskome pravu tek jednim člankom u Zakonu o arbitraži koji propisuje da se izuzeće arbitra može tražiti ako postoje okolnosti koje daju povoda za opravdanu sumnju u njegovu nezavisnost ili nepristranost ili ako arbitar nema potrebnih kvalifikacija o kojima su se stranke sporazumjele te ako ne ispunjava svoje obveze.<sup>176</sup> Zakon, kao što je spomenuto, ne sadržava odredbe o financiranju troškova postupka sredstvima treće strane. Ni Pravilnik o arbitraži pri Stalnom arbitražnom sudištu Hrvatske gospodarske komore (Zagrebačka pravila)<sup>177</sup>, revidiran posljednji puta 2017. godine, ne sadržava odredbu o financiranju troškova postupka sredstvima treće strane, a u odnosu na izuzeće arbitra u članku 25. uređuje to pitanje na način da propisuje da izuzeće može tražiti stranka u postupku, u kojem roku i tko odlučuje o zahtjevu za izuzeće. I u postupcima međunarodne arbitraže pri Hrvatskoj gospodarskoj komori u pogledu izuzeća i razloga za izuzeće arbitara može se očekivati da će se na odgovarajući način primjenjivati *soft law*, tj. Smjernice IBA-a o sukobu interesa u međunarodnoj arbitraži<sup>178</sup>.

Iz opisanog nedvojbeno proizlazi da je definiranje samoga instituta financiranja sredstvima treće strane, konkretno treće strane i njezine uloge u odnosu na postupak koji financira (izravni ekonomski interes) od iznimne važnosti.

## ii. Sukob interesa vještaka

Pitanje sukoba interesa vještaka rijetko se javlja u praksi arbitražnih postupaka<sup>179</sup> pa je tim više ovo pitanje na margini kada je riječ o financiranju postupka sredstvima treće strane. Pa ipak, teoretski se i to pitanje može otvoriti, posebno u situacijama kada je treća strana koja financira troškove postupka u biti prava stranka u postupku jer je ili na nju prenesena tražbina koja je predmet arbitražnog postupka ili je njezin ekonomski interes u odnosu na predmet spora toliki da se može smatrati strankom u postupku. Washingtonska konvencija i ICSID Arbitražna pravila nemaju zasebnu odredbu o sukobu interesa vještaka, ali prema čl. 44. ICSID Konvencije tribunal ima diskrecijsku ovlast odlučiti o svim procesnim pitanjima koja nisu uređena samom konvencijom ili ICSID Arbitražnim pravilima<sup>180</sup>. Činjenica da najčešće ni u domaćem, ni u međunarodnom pravu ne postoji norma koja bi uređivala pitanje sukoba

---

<sup>176</sup> Čl. 12. st. 2. Zakona o arbitraži (Narodne novine, br. 88/01.)

<sup>177</sup> Narodne novine, broj 129/15. i 50/17.

<sup>178</sup> *Op. cit.* u bilj. 166.

<sup>179</sup> Isto tako i Gabriela del Carmen Alcántara Torres u *Disqualification of Expert Witness*, str. 1, ili Sebastiano Nessi: *Expert Witness: Role and Independence* u *New Developments* u Christoph Müller, Sébastien Besson i Antonio Rigozzi, ur.: *International Commercial Arbitration 2016*, Geneva, Schulthess, 2016., str. 72.

<sup>180</sup> Ista je situacija i u UNCITRAL Arbitražnim pravilima.

interesa vještaka znači da će pretpostavke za isključenje vještaka proizlaziti isključivo iz tumačenja postojećih normi, neobvezujućih pravila i prakse tribunala.

Zbog svega se navedenoga daje prikaz dvaju predmeta u kojima su američki sudovi odlučivali o sukobu interesa vještaka i razvili test koji se ima primijeniti kako bi se utvrdilo je li vještak u sukobu interesa koji je tim više značajan jer arbitražni postupak, kao i američki parnični postupak, počiva na akuzatornom načelu. Nakon pregleda odluka američkih sudova analizirat će se i nekoliko arbitražnih postupaka u kojima je pitanje sukoba interesa vještaka također bilo raspravljano. Treba naglasiti da u tim predmetima nije bilo prisutno financiranje troškova postupka, ali zaključci američkih sudova i tribunala primjenjivi su i na treću stranu koja financira postupak.

Iako američki sudovi rijetko donose odluku o izuzeću vještaka, ako stranka dokaže s dovoljnim stupnjem vjerojatnosti da je došlo do povrede obveze čuvanja povjerljivih ili povlaštenih informacija, sud će zasigurno razmotriti je li potrebno izuzeti vještaka. Nekoliko je mogućih situacija (neke od njih su prikazane u predmetima koji slijede) kada je obveza čuvanja povjerljivih ili povlaštenih informacija toliko narušena da će sud izuzeti vještaka. Jedna od mogućih situacija je kada odvjetnik komunicira s vještakom kojega naknadno angažira suprotna strana, druga je kada vještak pristane biti vještakom jedne od stranaka nakon što je već bio vještak na strani druge strane u sporu, ali u nekom drugom postupku. Nadalje, moguća je i situacija kada stranka u postupku angažira bivšeg zaposlenika suprotne strane te situacija kada je vještaka kontaktirala u prošlosti ili sadašnjosti suprotna strana i podijelila s njim povjerljive ili povlaštene informacije. Teret dokaza da postoji sukob interesa je na strani onoga koji tvrdi da sukob interesa postoji pa kada je riječ o povjerljivim ili povlaštenim informacijama, predlagatelj će morati specificirati o kojim je informacijama riječ i dokazati da je postojao odnos povjerenja koji je vještak prekršio.<sup>181</sup>

Treba istaknuti da su navedene situacije vrlo općenite, a upravo su predmeti čiji pregled se daje u nastavku neke od navedenih situacija dodatno definirali i razradili kriterije kada je vještak u sukobu interesa.

---

<sup>181</sup> Jared Firestone: Best Practices for Avoiding Expert Witness Disqualification; Updated on August 26, 2021.

U pogledu definiranja testa za utvrđivanje sukoba interesa vještaka zanimljiv je predmet *State ex rel. Billups vs. Clawges* pa je u nastavku kraći pregled odluke: *Supreme Court of Appeals of West Virginia*<sup>182</sup>. U toj se odluci u bitnome navodi:

*Na dva je pitanja potrebno odgovoriti kako bi se utvrdilo bi li izuzeće vještaka na temelju sukoba interesa bilo primjereno, a to su: je li podnositelj zahtjeva za izuzeće imao objektivno razumnu osnovu da vjeruje da između njega i vještaka postoji povjerljivi odnos i je li stranka koja je podnijela zahtjev za izuzeće vještaka dala tom vještaku povjerljive ili tajne informacije?* [istaknula autorica]

Glavni je cilj prvostupanjskih sudova u razmatranju prijedloga za izuzeće vještaka zaštita i očuvanje integriteta i pravičnosti sudskog postupka. Sud je u predmetu *Great Lakes Dredge & Dock Co. vs. Harnischfeger Corporation*, 734 F.Supp. 334 (N.D.Ill. 1990.) sažeo interese koje sudovi moraju odmjeriti: s jedne strane je interes stranke u zaštiti povjerljivih ili drugih povlaštenih informacija, a s druge pravo suprotne strane da angažira one osobe za koje smatra da su potrebne za njezin slučaj.

Sud je u predmetu *Great Lakes* primijenio pristup balansiranja interesa koji je formuliran i u predmetu *Paul vs. Rawlings Sporting Goods Co.*, 123 F.R.D. 271 (S.D.Ohio 1988.), a kasnije artikuliran od strane suda u predmetu *Wang Laboratories, Inc. vs. Toshiba Corporation*, 762 F.Supp. 1246 (E.D.Va.1991.), na način da je potrebno odgovoriti na sljedeća dva pitanja:

1. Prvo, može li se objektivno zaključiti da stranka koja tvrdi da je [prethodno] angažirala vještaka imala s njim odnos povjerenja?
2. Drugo, je li ta ista stranka [a koja sada po toj osnovi traži izuzeće vještaka] otkrila vještaku povjerljive ili povlaštene informacije?

Izuzeće nije dopušteno ako je odgovor na bilo koje od navedenih pitanja negativan. **Stoga, čak i ako je odvjetnik razumno pretpostavio postojanje povjerljivog odnosa, izuzeće se ne čini opravdanim ako vještaku nije dana povlaštena ili povjerljiva informacija. U suprotnomu, odvjetnici bi mogli diskreditirati potencijalne vještake tako što bi ih angažirali, bez namjere da koriste njihove usluge** [istaknula autorica]. Odvjetnici koji se koriste takvom strategijom ne traže stručnu pomoć u predmetu, već samo pokušavaju spriječiti odvjetnike protivne strane da angažiraju određenoga vještaka. To nije legitimno korištenje usluge vještaka, a sudovi u tim slučajevima ne bi trebali prihvatiti zahtjev za izuzeće. **Slično tome, izuzeće se ne bi trebalo dopustiti ni u slučaju nedostatka povjerljivog odnosa, čak i ako se otkriju neke povjerljive informacije. U tom slučaju otkrivanje je u biti odricanje od bilo koje postojeće povlastice** [istaknula autorica]. Odvjetnici snose teret obveze da vještacima jasno daju do znanja da je riječ o povjerljivim informacijama i odnosu. Slijedom svega navedenoga, prihvaća se stav prvostupanjskog suda da je odgovor na prvo pitanje pozitivan, odnosno da je postojao odnos povjerenja između tužitelja, ovdje podnositelja zahtjeva za izuzeće i vještaka (dr. Schulmana), ali i stav da je odgovor na drugo pitanje negativan, odnosno vještaku nisu dane povjerljive ili povlaštene informacije.<sup>183</sup>

Slijedom svega navedenoga, *Supreme Court of Appeals of West Virginia* odbio je žalbu tužitelja i potvrdio odluku prvostupanjskog suda kojom je odbijen zahtjev za izuzeće vještaka.

---

<sup>182</sup> *State ex rel. Billups vs. Clawges*, 218 W. Va. 22,620 S.E.2d 162 (2005), odluka je dostupna: [https://scholar.google.hr/scholar\\_case?case=3493832683017723356&q=STATE+EX+REL.+BILLUPS+vs.+CLAWGES&hl=en&as\\_sdt=2006&as\\_vis=1](https://scholar.google.hr/scholar_case?case=3493832683017723356&q=STATE+EX+REL.+BILLUPS+vs.+CLAWGES&hl=en&as_sdt=2006&as_vis=1).

<sup>183</sup> *Ibid.*

U predmetu *Oracle Corp. vs. Druglogic, Inc.*, o kojem je odlučivao *US District Court Northern District of California*<sup>184</sup>, Oracle je tražio od suda da izuzme tuženikova vještaka dr. Roberta Nelsona na temelju toga što je dr. Nelson imao stalnu dužnost čuvanja povjerljivih i povlaštenih informacija koja bi bila povrijeđena ako se prihvati kao vještak na strani tuženika. Oracle je tvrdio da dužnost dr. Nelsona proizlazi iz činjenice da je između 2002. i 2008. radio kao konzultant za Relsys International Inc. (“Relsys”), tvrtku koju je Oracle kupio 2009. godine. Tijekom toga je razdoblja dr. Nelson bio uključen u razvoj patenta za koji je Oracle u sporu tvrdio da krši njegov patent. Nadalje, dr. Nelson je podlijegao obvezi čuvanja tajne sukladno Ugovoru o dodjeli tehnologije i autorskim honorarima iz 2002. i Sporazumu o strateškom savezu iz 2003. godine. Prema stajalištu tužitelja ta je obveza, što je još i značajnije, proizlazila i iz nagodbe sklopljene 2008. godine između dr. Nelsona i Relsysa koja je uslijedila nakon prijetnje dr. Nelsona da će pokrenuti spor protiv Relsysa tražeći njegov “poštenu dio” potencijalnih prihoda od intelektualnog vlasništva za koje je dr. Nelson tvrdio da mu pripada i koje je korišteno, među ostalim, i u patentu koji je predmet samoga spora. Tom je nagodbom dr. Nelson preuzeo obvezu da će povjerljive informacije čuvati kao tajnu na neodređeno vrijeme, pri čemu su “povjerljive informacije” definirane tako da uključuju “sve informacije koje se odnose na [Relsys], uključujući bez ograničenja upravljanje njime, poslovne operacije, klijente, strategije, proizvode, usluge, planove, dizajne, zaposlenike, neovisne izvođače i financijske informacije.” Dr. Nelson je također tom nagodbom preuzeo obvezu da neće “koristiti ili iskorištavati sve ili bilo koji dio povjerljivih informacija” za svoju “vlastitu dobrobit ili za dobrobit bilo koje druge osobe, tvrtke ili korporacije ili drugog subjekta, iz bilo kojeg razloga ili u bilo koju svrhu.” Sud je djelomično prihvatio zahtjev Oraclea utvrdivši da postoji razumna osnova za vjerovanje da postoji obveza povjerljivosti zbog duljine i opsega Oracleova odnosa s vještakom i činjenice da je s njim potpisao više ugovora o povjerljivosti po dovršetku posla. To je vještaka diskvalificiralo da svjedoči o jednom od neriješenih patenata, ali vještak je svjedočio o sporu vezanom uz drugi patent jer je sud utvrdio da vještak nije dobio povjerljive informacije koje se odnose na taj drugi patent.<sup>185</sup> U tom je predmetu sud koristio razne čimbenike da bi utvrdio ima li Oracle objektivno razumnu osnovu za vjerovanje da postoji povjerljivi odnos između tvrtke i vještaka uključujući je li postojao dugogodišnji odnos koji je uključivao česte kontakte, a ne samo jednu interakciju s vještakom, jesu li stranke sklopile formalni ugovor o povjerljivosti, je li od

---

<sup>184</sup> *Oracle Corp. vs. Druglogic, Inc.*, Case No. C-11-00910 JCS (N.D. Cal. Jun. 15, 2012), odluka je dostupna na: <https://casetext.com/case/oracle-corp-v-druglogic-1>.

<sup>185</sup> *Ibid.*

vještaka zatraženo da pristane da ne raspravlja o slučaju sa suprotnom stranom ili odvjetnikom, je li vještak izveo bilo koji od zaključaka u vještačkom nalazu iz posla obavljenog za stranku koja traži izuzeće vještaka zbog sukoba interesa, broj sastanaka između vještaka i odvjetnika, koristi li stranka vještaka za pomoć u parnici, je li vještaku plaćena naknada, je li se raspravljalo o proizvodu rada i jesu li vještaku dostavljeni dokumenti, je li navodna povjerljiva komunikacija bila dostavljena od strane vještaka stranci za koju vještači ili obrnuto, je li podnositelj zahtjeva financirao ili usmjeravao formiranje nalaza vještaka koji će se prezentirati u postupku i u kojoj je mjeri vještak naučio o parničnim strategijama stranke koja je podnijela zahtjev za izuzeće. Iz svega navedenog vidljivo je da je sud u tom predmetu dodatno razvio prethodno opisani test iz predmeta *State ex rel. Billups vs. Clawges*.

Opisana praksa američkih sudova u velikom se dijelu podudara i s praksom arbitražnih tribunala, s time da treba naglasiti da je zahtjev za izuzeće vještaka radi sukoba interesa rijetka pojava u arbitraži i javno je dostupno tek nekoliko odluka koje se analiziraju u nastavku.

U ICSID arbitražnom postupku *Bridgestone Americas, Inc. and Bridgestone Licensing Services, Inc. vs. Republic of Panama*<sup>186</sup> tužitelji su tražili izuzeće tuženikova vještaka zbog sukoba interesa navodeći da su bili u kontaktu s tim vještakom te da su mu u telefonskom razgovoru dali povjerljive informacije koje je koristio za izradu nalaza i mišljenja za tuženika, pa je stoga vještak u sukobu interesa, što je razlog za njegovo izuzeće. Tribunal je odbio zahtjev tužitelja navodeći:

*11. Postoji nedostatak jurisprudencije o nadležnosti arbitražnog suda ICSID-a za izuzeće vještaka. Tuženik nije osporio našu nadležnost da odlučimo o zahtjevu tužitelja.*

*13. Nesporno je da ako g. Lee bude izuzet kao vještak (...) u našoj je nadležnost odlučiti da se njegov dokaz ne prihvaća.*

*14. Tužitelji su nastojali povući analogiju između načela koja se primjenjuju u slučajevima kada je u pitanju neovisnost arbitra i onih koji se primjenjuju na neovisnost vještaka. Smatramo da je ova analogija neprikladna. Uloga arbitra je postići pravedno, objektivno i nepristrano rješenje spora između stranaka. Na početku je postupka od vitalne važnosti da arbitar nema razloga favorizirati jednu stranku. Arbitar mora biti neovisan i nepristran.*

*15. Slična razmatranja vrijede i za vještaka kojega imenuje tribunal. Taj je vještak dio arbitražnog postupka pa je stoga bitno da bude neovisan i nepristran.*

*16. Uloga vještaka kojeg imenuje stranka je sasvim drukčija [istaknula autorica]. Toga vještaka plaća jedna od stranaka da svjedoči u prilog te stranke. Vještak kojeg imenuje*

---

<sup>186</sup> *Bridgestone Americas, Inc. and Bridgestone Licensing Services, Inc. vs. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/16/34, Tribunal's Ruling on Claimants' Application to Remove the Respondent's Expert as to Panamanian Law, 13 December 2018, dostupno na: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10241.pdf>.

stranka obično će biti, i očekuje se da će biti, neovisan o stranci koja ga poziva. Nepristrani će biti i najbolji vještaci. (...) **Činjenica da je vještak pristran u tom slučaju ne dovodi do izuzeća vještaka, već ona samo umanjuje težinu koju će Tribunal pridati njegovu mišljenju i nalazu** [istaknula autorica].

22. (...) Oспорavanje tužitelja temelji se na tvrdnji da je g. Lee stupio u odnos povjerenja s tužiteljima ili njihovim odvjetnicima, prema kojem je primio informacije koje ga priječe da bude vještak na strani tuženika. Ključno pitanje je je li to točno.

23. Jedna strana ne može nametnuti dužnost čuvanja tajne drugoj jednostavno dajući joj informaciju. (...)

27. Odvjetnici koji zastupaju stranke u parnici ili arbitraži i koji traže usluge vještaka neizbježno će poželjeti razgovarati o slučaju s predloženim vještakom prije nego što ga angažiraju. Razlog tomu je što je prije angažiranja vještaka razumno provjeriti hoće li mišljenje vještaka podržati argumente te strane u postupku. (...) U konkretnom predmetu tužitelji su se obratili trima različitim potencijalnim vještacima panamskog prava. **Ne može se stoga tvrditi da je svaki potencijalni vještak vezan obvezom čuvanja tajne koja ga priječi da ponudi svoje usluge drugoj strani u postupku** [istaknula autorica].

36. Nadalje, nalaz i mišljenje g. Leeja u ovoj arbitraži odnosi se isključivo na tumačenje prava pa stoga nije jasno kako bi činjenična pitanja o kojima se raspravljalo u razgovoru od 7. veljače imala ikakvog utjecaja na taj dokaz, osim što bi mogla pružiti odvjetnicima tužitelja materijal za unakrsno ispitivanje g. Leeja.

38. U svojem zahtjevu tužitelji tvrde da bi g. Leeja trebalo izuzeti i zato što je izrazio stajalište o meritumu slučaja, oslanjajući se na odredbe članka 760. stavka 5. Panamskog pravosudnog zakona. Predmetne odredbe odnose se na suce, a ne na vještake. Kao što smo objasnili, **dio je uloge vještaka da na početku predmeta izrazi stav o meritumu i pitanjima na koja se njegov nalaz i mišljenje odnosi. To ne može predstavljati razlog za njegovo izuzeće** [istaknula autorica].<sup>187</sup>

U ICSID arbitraži *Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. vs. Bolivarian Republic of Venezuela*<sup>188</sup> tužitelji su tražili izuzeće tuženikova vještaka zbog sukoba interesa, navodeći da su odvjetnici tužitelja u kontaktu s tim vještakom te da su mu dali povjerljive informacije. Tribunal je odbio zahtjev tužitelja navodeći:

9. Godine 2010. g. Ricover kontaktirao je odvjetnike tužitelja u svojstvu stručnjaka za zračni prijevoz i člana Međunarodne arbitražne grupe LECG (kasnije Compass Lexecon) [dalje u tekstu: "LECG"] kako bi ponudio konzultantske usluge u ovoj arbitraži. Unutar postupka odabira ekonomskih eksperata odvjetnici Dfia i Johanna Klein iz odvjetničkog društva Bofill, Mir & Alvarez Jana poslali su gospodinu Ricoveru i ostalim članovima LECG grupe određene informacije kako bi mogli pripremiti ponudu. Informacije, osim onih koje su priopćene telefonom, navedene su u e-poruci od 7. lipnja 2011.:

"U prilogu su dokumenti na koje smo se pozvali:

1. Ugovor
2. Poslovni plan i ažurirani izračun štete
3. Powerpoint prezentacija Unique-IDC-a
4. Zahtjev za arbitražu."

<sup>187</sup> Ibid.

<sup>188</sup> Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. vs. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/19, Decision on Proposal for Disqualification of Expert Witness and Exclusion of Evidence, 29 August 2012, dostupna na: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1085.pdf>.

10. Gospodin Ricover u svojoj je izjavi ustvrdio da nikada nije otvarao, pregledavao, analizirao ili distribuirao navedene dokumente te da, s druge strane, nikada nije bio upozoren da su ti dokumenti povjerljivi.

13. Tužitelji navode da činjenica da g. Ricover ima saznanja o povjerljivim informacijama jest razlog da ga se izuzme kao vještaka u ovoj arbitraži te također zahtijevaju izdvajanje Nalaza i mišljenja iz spisa, ili alternativno, razmatranje činjenica izloženih u ocjeni Nalaza i mišljenja od strane Tribunala. Tuženik se protivi izdvajanju Nalaza i mišljenja i prigovorima protiv vještaka te dodaje niz zahtjeva svojem podnesku za odgovor, kako je navedeno u kasnijim odjeljcima ove odluke.

37. Pod pretpostavkom istinitosti činjenica kako su navedene, Tribunal za sada zaključuje: **informacije koje su tužitelji poslali g. Ricoveru nisu bile ni povjerljive ni povlaštene** [istaknula autorica] i da u svakom slučaju, i bez obzira na prirodu tih informacija, g. Ricover nikada nije došao do stvarnog saznanja o njima jer tvrdi da niti je otvarao niti distribuirao privitke u kojima su te informacije bile sadržane.

38. Slijedom navedenoga, Tribunal smatra da u ovom trenutku nema razloga da se izuzme Nalaz i mišljenje vještaka čiji je koautor g. Ricover, ni da se općenito i a priori odbije njegovo sudjelovanje kao vještaka u ovom postupku.

39. Međutim, ako se u bilo kojem trenutku tijekom ove arbitraže izvedu dokazi koji pokazuju da činjenice koje je Tribunal prihvatio nisu istinite, Tribunal može, na zahtjev jedne strane, preispitati ovu odluku.

40. Konačno, Tribunal ne mora izričito odlučivati o zahtjevu tužitelja, a da uzme u obzir navode iznesene prilikom ovoga postupka, i to u odnosu na dokaznu snagu nalaza i mišljenja g. Ricovera – slobodna ocjena dokaza suštinska je ovlast koju Tribunal ima po samim arbitražnim pravilima.<sup>189</sup>

U ICSID arbitraži *Bernhard von Pezold and others vs. Republic of Zimbabwe*<sup>190</sup> tužitelji su upozorili na pristranost vještaka za visinu štete na strani tuženika. Tribunal je prihvatio prigovore tužitelja navodeći kako vještaci, imajući u vidu da su državni službenici, ne mogu biti nepristrani pa je stoga zaključio da dokazi tih vještaka imaju slabu dokaznu snagu. U tom dijelu je odluka zanimljiva jer bi se teoretski mogao ostvariti odnos ovisnosti, a time i sukoba interesa, i u situaciji kada troškove postupka snosi treća strana pa je tim više nužno da ta činjenica bude otkrivena suprotnoj strani i tribunalu koji odlučuje u predmetu. U naznačenom je postupku tribunal u odnosu na pristranost svjedoka obrazložio:

804. Tužitelji su osporili nalaz g. Kanyekanyea tvrdeći da, prije svega, on nije bio neovisni stručnjak (vidi Cl. PHB, paragrafi 216–220). (...)

805. Tribunal prihvaća kritike tužitelja na račun g. Kanyekanyea. Prvo, **Tribunal utvrđuje da g. Kanyekanye nije neovisan o tuženiku** [istaknula autorica] jer je g. Kanyekanye izvršni direktor grupe Allied Timbers, koja je u vlasništvu tuženika preko zimbabveanskog Ministarstva financija. (...)

806. Sud također prihvaća tvrdnju tužitelja da g. Moyo, koji je predstavljen kao vještak za tuženika (vidi Tr. Dan 6, str. 1594, redak 4), **nije neovisni stručnjak** [istaknula autorica]. G. Moyo je bio zamjenik direktora za procjenu i upravljanje nekretninama u Ministarstvu zemljišta i ruralnog preseljenja u Republici Zimbabve (vidi Moyo I, paragraf 1, R-3).

<sup>189</sup> Ibid.

<sup>190</sup> *Bernhard von Pezold and others vs. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/15, Award, 28 July 2015, dostupna na: [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7095\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7095_0.pdf).



Nadalje, u svojoj je Drugoj svjedočkoj izjavi g. Moyo naveo da je njegov trenutačni poslodavac Ministarstvo stambenih i društvenih usluga (vidi Moyo II, paragraf 1, R-15). (...)

807. Zbog svih tih razloga **Tribunal je ozbiljno zabrinut u vezi s dokazima koje su pružili gospoda Kanyekanye i Moyo jer ni jedan od njih nije neovisan o tuženiku. Tribunal je također zabrinut u pogledu pouzdanosti njihovih dokaza [istaknula autorica]. Na primjer, zabrinjavajuće je što gospodin Moyo nije surađivao u unakrsnom ispitivanju, odbijajući raspravljati o određenim relevantnim dijelovima svojega iskaza u vezi s Border Timbersom. Iako će Tribunal uzeti u obzir dokaze koje su dali gospoda Kanyekanye i Moyo, tim će se dokazima pridavati mala težina [istaknula autorica].**<sup>191</sup>

U vezi s navedenom praksom ICSID arbitražnih sudova potrebno je zaključno se osvrnuti i na IBA-ova pravila o izvođenju dokaza u međunarodnoj arbitraži iz 2010., revidirane 2020. godine<sup>192</sup>, jer je iz njih vidljivo zašto su tribunali odlučivali o dokaznoj snazi vještačkih nalaza, a ne i o izuzeću vještaka. Naime, prema navedenim pravilima, kao što je to uostalom i u parničnom postupku, postoji razlika između vještaka kojega je angažirala stranka u postupku i vještaka kojeg je imenovao tribunal (ili sud). U tom dijelu IBA-ova pravila propisuju:

#### *Članak 5. Vještaci koje imenuje stranka u postupku*

*1. Stranka se može osloniti na vještaka kojeg sama odabere kao dokazno sredstvo o određenim pitanjima. U roku koji odredi Arbitražni tribunal (i) svaka stranka će identificirati bilo kojeg vještaka kojeg je odabrala i na čije se svjedočenje namjerava osloniti i predmet vještačenja; i (ii) vještak kojeg je odabrala stranka podnijet će Nalaz i mišljenje.*

#### *Članak 6. Vještaci koje imenuje Arbitražni tribunal*

*1. Arbitražni tribunal, nakon savjetovanja sa strankama, može imenovati jednog ili više neovisnih vještaka koji će izvještavati o određenim pitanjima koje odredi arbitražni tribunal. Arbitražni tribunal će utvrditi zadatak za svaki nalaz i mišljenje vještaka nakon konzultacija sa strankama. Arbitražni će tribunal poslati strankama primjerak konačnog opisa zadatka za vještaka.*

*2. Vještak kojega imenuje Arbitražni tribunal će, prije prihvaćanja imenovanja, dostaviti Arbitražnom tribunalu i strankama opis svojih kvalifikacija i izjavu o svojoj neovisnosti od stranaka, njihovih pravnih savjetnika i Arbitražnog tribunala. U roku koji odredi Arbitražni tribunal, stranke će obavijestiti Arbitražni tribunal imaju li prigovora na kvalifikacije i neovisnost vještaka imenovanog od strane Tribunala. Arbitražni će tribunal odmah odlučiti hoće li prihvatiti taj prigovor. Nakon imenovanja vještaka kojega imenuje Tribunal, stranka može prigovoriti kvalifikacijama ili neovisnosti vještaka samo ako prigovara iz razloga za koje je stranka postala svjesna nakon imenovanja. Arbitražni će tribunal odmah odlučiti koje će radnje, ako su potrebne, poduzeti.*

---

<sup>191</sup> Ibid.

<sup>192</sup> IBA-ova pravila o izvođenju dokaza u međunarodnoj arbitraži iz 2010., revidirana 2020., dostupna su na: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=3E6FF222-61EB-4ED6-9A3D-67D642629539>.

Kada je riječ o vještacima koje je angažirala stranka u postupku (a koja je onda i tom vještaku odredila vještački zadatak i dala dokumentaciju za koju smatra da je treba pregledati prije izrade nalaza i mišljenja) IBA-ova pravila izričito i jasno propisuju da se stranka može osloniti na vještaka kojega sama odabere kao dokazno sredstvo o određenim pitanjima. Dakle, sama pravila naglašavaju da, kada je riječ o nalazu i mišljenju vještaka kojega je odabrala stranka, riječ je o dokazu. U odnosu na dokaze IBA-ova pravila u članku 9., koji uređuje dopuštenost i ocjenu dokaza, propisuje da arbitražni tribunal utvrđuje prihvatljivost, relevantnost, snagu i težinu dokaza.

Iz navedenoga nedvojbeno proizlazi da će dokaznu snagu nalaza i mišljenja vještačkog nalaza vještaka kojeg je odabrala stranka u postupku ocjenjivati tribunal. To proizlazi i iz citirane prakse arbitražnih tribunala.

Potpuno je drukčija situacija kada vještaka imenuje sam tribunal. U tom slučaju taj vještak u prvom redu pomaže tribunalu da riješi predmet, zadatak vještaka određuje tribunal i on je produžena ruka tribunala. U tom je dijelu stoga njegova neovisnost i mogući sukob interesa posebno značajan, što je vidljivo i iz IBA-ovih pravila koja propisuju da vještak kojeg imenuje tribunal mora dati izjavu o neovisnosti kao i da stranke imaju pravo prigovoriti njegovoj neovisnosti, o čemu konačnu odluku donosi tribunal. Slijedom svega navedenoga otkrivanje identiteta treće strane koja financira postupak važno je i iz aspekta potencijalnog sukoba interesa vještaka kojega je imenovao tribunal.

### **iii. Najnovija praksa ESLJP-a kod sukoba interesa arbitra**

U odnosu na prethodno izložena razmatranja, posebno u odnosu na sukob interesa arbitra, ali tu ne treba isključiti ni vještaka kojega je imenovao tribunal, od posebne je važnosti novija odluka Europskoga suda za ljudska prava iz svibnja 2021. u predmetu Beg S.P.A. protiv Italije<sup>193</sup>, koja je otvorila nova pitanja i rasprave.

U tom je predmetu bila riječ o sporu između dvaju trgovačkih društava koji se rješavao pri Arbitražnom sudištu Trgovačke komore u Rimu. Iako do tada Europski sud za ljudska prava (ESLJP) nije bio sklon utvrđivati je li u slučajevima dobrovoljne arbitraže došlo do povrede Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda<sup>194</sup> (EKLJP), u spomenutom je

---

<sup>193</sup> BEG S.p.a. vs. Italy (Application no. 5312/11), presuda od 20. svibnja 2021., dostupna je na: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-210014%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-210014%22]}).

<sup>194</sup> Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99. – pročišćeni tekst, 8/99. - ispravak, 14/02., 1/06. i 13/17.

predmetu zauzeo drukčiji stav pa se najvažniji dijelovi presude navode u nastavku, dok se značajniji dio presude navodi u fusnoti<sup>195</sup>:

---

<sup>195</sup> BEG S.p.a. vs. Italy (Application no. 5312/11), presuda od 20. svibnja 2021. U nastavku je najvažniji dio presude koja se opsežnije citira jer nije dostupna na hrvatskome jeziku:

“62. Podnositelj zahtjeva prigovorio je da, zbog profesionalnih veza između N.I. i ENEL-a koje je društvo majka ENELPOWER-a, arbitar N.I. nije bio neutralan i nepristran pa je njegovo pravo na pošteno suđenje u smislu čl. 6. Konvencije povrijeđeno...

64. U ovom slučaju Sud primjećuje da se prigovor pred njim odnosi na navodni nedostatak nepristranosti N.I.-ja, jednog od arbitara koji je bio u arbitražnom vijeću ACR-a (Arbitražno sudište pri Trgovačkoj komori u Rimu), i na postupak pred njim. Sud primjećuje da ACR nije domaći sud...

65. ... Talijanski zakon koji je bio na snazi u relevantno vrijeme propisao je nadležnost domaćih sudova u odnosu na osporavanje valjanosti arbitražnih odluka, pri čemu su sudovi ovlašteni proglasiti arbitražne odluke ovršnim, odlučivati o žalbi kojom se traži utvrđenje njihove ništetnosti s ciljem revizije zakonitosti arbitražnoga postupka uključujući i sastav arbitražnoga suda i to usprkos odricanju od prava na žalbu protiv arbitražne odluke ugovorene u ugovoru o arbitraži.

66. Osporene radnje ili propusti stoga mogu dovesti do odgovornosti tužene države prema Konvenciji. Iz toga također slijedi da je Sud *ratione personae* nadležan za ispitivanje prigovora podnositelja zahtjeva u vezi s radnjama i propustima ACR-a koje su potvrdili talijanski domaći sudovi.

98. U ovom slučaju Sud primjećuje da je podnositelj zahtjeva, nakon odbacivanja zahtjeva za izuzeće, uložio žalbu kojom je tražio utvrđenje ništetnosti arbitražne odluke zbog navodne pristranosti N.I. ...

99. Ne razmatrajući uobičajenu ili izvanrednu prirodu takvoga pravnog lijeka, Sud primjećuje da je, nakon odbacivanja zahtjeva za izuzeće, (...) žalba radi utvrđenja ništetnosti (...) bila jedino sredstvo kojim je tuženik Država mogla pružiti priliku da stvari ispravi kroz vlastiti pravni sustav.

100. Sud nadalje primjećuje da su u okviru ovoga pravnog lijeka domaći sudovi uživali širok raspon ovlasti koje se proteže od proglašenja ništetnim odluke do ponovnog otvaranja arbitražnog postupka, čak i nakon što je odluka postala obvezujuća ... Iz navedenih je razloga pravni lijek koji je bio na snazi u relevantno vrijeme trebalo smatrati dostupnim i učinkovitim pravnim lijekom i u odnosu na navodnu povredu članka 6. stavka 1. Konvencije...

125. Sud ponavlja da članak 6. stavak 1. Konvencije osigurava svakome pravo da se bilo koji zahtjev koji se odnosi na njegova građanska prava i obveze iznese pred sud. Tim je člankom, dakle, zajamčeno “pravo na pristup sudu”, od čega pravo na pristup, odnosno pravo na pokretanje postupka pred sudovima u građanskim stvarima, čini samo jedan aspekt toga prava...

126. Taj pristup sudu ne treba nužno shvatiti kao pristup sudu klasične vrste, integriran u standardni pravosudni mehanizam države pa stoga “tribunal” može biti tijelo uspostavljeno za utvrđivanje ograničenog broja specifičnih pitanja, pod uvjetom da uvijek nudi odgovarajuća jamstva (...). Članak 6. stoga ne isključuje uspostavu arbitražnih sudova radi rješavanja određenih imovinskih sporova između pojedinaca (...). Arbitražne klauzule, koje imaju neosporne prednosti za pojedince o kojima je riječ, kao i za provođenje pravde, u načelu ne vrijeđaju Konvenciju (...).

127. Osim toga, mora se napraviti razlika između dobrovoljne arbitraže i obvezne arbitraže. U slučaju dobrovoljne arbitraže, koju su stranke dobrovoljno ugovorile, ne postavlja se nikakvo stvarno pitanje u odnosu na čl. 6. Stranke u sporu slobodne su iznijeti određene nesuglasice koje proizlaze iz ugovora drugom tijelu, a ne sudu. Potpisivanjem arbitražnoga sporazuma stranke se dobrovoljno odriču određenih prava osiguranih Konvencijom. Takvo odricanje nije nespojivo s Konvencijom pod uvjetom da je učinjeno na slobodan, zakonit i nedvosmislen način. Osim toga, u slučaju određenih prava iz Konvencije, odricanje, da bi bilo učinkovito u odnosu na Konvenciju, zahtijeva minimalna jamstva razmjerna njegovoj važnosti (...).

128. Kao što je utvrđeno u sudskoj praksi Suda, kako bi se utvrdilo može li se sud smatrati “neovisnim” u smislu članka 6. stavka 1., mora se uzeti u obzir, među ostalim, način imenovanja njegovih članova i njihov mandat, postojanje mjera zaštite od vanjskih pritisaka i pitanje daje li privid neovisnosti (...). Sud ili član suda mora biti neovisan u odnosu na izvršnu vlast, Parlament, ali i stranke u postupku. Kako bi se utvrdilo može li se sud smatrati neovisnim u smislu čl. 6., i dojam također može biti važan (...).

129. Nepristranost obično označava odsutnost pristranosti. Prema ustaljenoj sudskoj praksi Suda, u svrhu članka 6. stavka 1. postojanje nepristranosti mora se utvrditi subjektivnom provjerom, odnosno na temelju osobnih uvjerenja i ponašanja određenog suca, utvrđivanjem je li taj sudac pokazao bilo kakvu osobnu predrasudu ili pristranost u danom slučaju, ali također i prema objektivnom testu, odnosno je li sud ponudio, posebice svojim sastavom, dovoljna jamstva da isključe svaku legitimnu sumnju u njegovu nepristranost (...).

130. Što se tiče subjektivnog testa, osobna nepristranost suca mora se pretpostaviti sve dok se ne dokaže suprotno (...). Što se tiče objektivnog testa, mora se utvrditi postoje li, osim ponašanja suca, uvjerljive činjenice koje mogu izazvati sumnju u njegovu nepristranost. To implicira da je stajalište dotične osobe važno, ali ne i

99. Ne razmatrajući uobičajenu ili izvanrednu prirodu takvoga pravnog lijeka, Sud primjećuje da je, nakon odbacivanja zahtjeva za izuzeće, (...) žalba [nacionalnom sudu, op. aut.] radi utvrđenja ništetnosti (...) bila jedino sredstvo kojim je tuženik Država mogla pružiti priliku da stvari ispravi kroz vlastiti pravni sustav.

136. Ostaje da se utvrdi je li se podnositelj zahtjeva na nedvosmislen način odrekao prava iz čl. 6. kada se dobrovoljno opredijelio za nadležnost arbitražnog vijeća ACR-a umjesto za sud klasične vrste...

143 Uzimajući u obzir gore navedeno, Sud smatra da se ne može smatrati da se podnositelj zahtjeva nedvojbeno odrekao i jamstva nepristranosti arbitara, (...) i očekivanja da će domaći sudovi osigurati da je arbitražna odluka u skladu s relevantnim pravilima talijanskoga ZPP-a, uključujući i onoga koji se odnosi na nepristranost arbitara (...). Slijedom toga, arbitražni postupak morao je osigurati zaštitne mjere predviđene člankom 6. stavkom 1. Konvencije (...).<sup>196</sup>

---

odlučujuće, u odlučivanju postoji li u danom slučaju opravdan razlog za bojazan da određeni sudac nije nepristran. Ono što je odlučujuće jest može li se taj strah smatrati objektivno opravdanim (...).

131. Sam po sebi, objektivni test je funkcionalne prirode: na primjer, profesionalne, financijske ili osobne veze između suca i stranke u postupku (...) mogu dovesti do objektivno opravdanih sumnji u pogledu nepristranosti suda, koji tada ne ispunjava prema objektivnom testu standard iz Konvencije (...). Stoga se u svakom pojedinačnom slučaju mora odlučiti je li dotična veza takve prirode i stupnja da upućuje na nedostatak nepristranosti suda (...).

132. S tim u vezi, čak i privid može biti od određene važnosti, načelo koje se ogleda u uzrečici "pravda se ne mora samo provoditi, ona se mora i vidjeti kada se provodi". Ono što se želi reći jest da sudovi u demokratskom društvu moraju ulijevati povjerenje javnosti (...).

133. Konačno, koncepti neovisnosti i objektivne nepristranosti usko su povezani i, ovisno o okolnostima, mogu zahtijevati zajedničko ispitivanje (...).

135. Sud bi na početku istaknuo da između stranaka nema spora o dobrovoljnosti arbitražnog postupka (...).

136. Ostaje da se utvrdi je li se podnositelj zahtjeva na nedvosmislen način odrekao prava iz čl. 6. kada se dobrovoljno opredijelio za nadležnost arbitražnog vijeća ACR-a umjesto za sud klasične vrste, posebno je li se odrekao prava da se njegov spor s ENELPOWER-om riješi od strane neovisnog i nepristranog suda.

143 Uzimajući u obzir gore navedeno, Sud smatra da se ne može smatrati da se podnositelj zahtjeva nedvojbeno odrekao i jamstva nepristranosti arbitara, (...) i očekivanja da će domaći sudovi osigurati da je arbitražna odluka u skladu s relevantnim pravilima talijanskoga ZPP-a, uključujući i onoga koji se odnosi na nepristranost arbitara (...). Slijedom toga, arbitražni postupak morao je osigurati zaštitne mjere predviđene člankom 6. stavkom 1. Konvencije (...).

144. U odnosu na osnovanost prigovora podnositelja zahtjeva, Sud na početku smatra da, za potrebe ispitivanja ovog predmeta, utvrđivanje je li nepristranost N.I. bila narušena ili nije, ne ovisi o tome je li ENEL i ENELPOWER javno ili privatno poduzeće. Predmet spora je je li arbitražni postupak u kojem je podnositelj zahtjeva bio stranka pružio zaštitne mjere predviđene člankom 6. stavkom 1. Konvencije u odnosu na navodnu pristranost jednoga od arbitara. U tom smislu bitni su odnosi između ENEL-a i ENELPOWER-a (...), koji nemaju veze s činjenicom je li riječ o privatnim ili javnim poduzećima pa se stoga Sud neće dalje zadržavati na tom pitanju.

145. Što se tiče subjektivnog aspekta nepristranosti, Sud smatra da u ovom predmetu nema dokaza koji upućuju na bilo kakvu osobnu predrasudu ili pristranost od strane N.I.-ja.

146. U pogledu objektivnog testa, potrebno je utvrditi postoje li, osim ponašanja N. I.-ja, uvjerljive činjenice koje bi mogle izazvati sumnju u njegovu pristranost.

149. S tim u vezi, Sud ponavlja da čak i izgled može biti od određene važnosti (...). Stoga primjećuje da, imajući u vidu važnost i ekonomske udjele poslovnog projekta i više uloga N.I.-ja u subjektu koji je vodio prve pregovore i čija će se podružnica ENELPOWER kasnije suprotstaviti podnositelju zahtjeva u arbitražnom postupku, gledano iz točke gledišta vanjskog promatrača, mogla opravdano izazvati sumnje u njegovu nepristranost.

153. Da zaključimo, uzimajući u obzir ulogu N.I.-ja kao potpredsjednika i člana Upravnog odbora ENEL-a između 1995. i 1996. te njegovu ulogu odvjetnika ENEL-a u najmanje jednom sporu koji se preklapao s arbitražnim postupkom, Sud smatra da je nepristranost N.I.-ja mogla biti, ili se barem čini, dovedena u sumnju pa se zabrinutost podnositelja zahtjeva u tom pogledu može smatrati razumnom i objektivno opravdanom.

154. Slijedom svega navedenoga došlo je do povrede članka 6. stavka 1. Konvencije.

<sup>196</sup> Ibid.

U komentaru ove presude Julià navodi kako je ESLJP u citiranoj presudi prvi put utvrdio da je provođenje dobrovoljne arbitraže rezultiralo kršenjem prava na pošteno suđenje sadržano u članku 6.1 EKLJP-a. Osim naizgled tipičnog slučaja sukoba interesa, ova je presuda vrhunac jurisprudencije koja je predviđala da odricanje od nadležnosti kada se stranke podvrgnu dobrovoljnoj arbitraži ne znači bjanko odricanje od svih aspekata prava na pošteno suđenje zajamčeno EKLJP-om. Odredbe u odnosu na postupak iz EKLJP-a ne primjenjuju se automatski i izravno na dobrovoljnu arbitražu kao što je to slučaj u prisilnoj arbitraži ili parnicama koje se odnose na arbitražu. EKLJP štiti postupovne zahtjeve u mjeri u kojoj ih nacionalno zakonodavstvo priznaje, dajući državama prostora da ih nacionalnim pravom modeliraju kako bi ostvarili legitimne ciljeve. Prema njegovu stavu ostaje vidjeti mogu li države ići toliko daleko da eliminiraju sva procesna jamstva iz EKLJP-a. Odgovor na to pitanje je vjerojatno negativan jer minimalni standardni iz NK-a upućuju na zaključak da zaštita osigurana nacionalnim pravom ne bi trebala biti ispod toga standarda.<sup>197</sup>

Najnovija praksa ESLJP-a posebno je zanimljiva i u slučajevima kada do sukoba interesa dolazi zbog postojanja odnosa koji “baca” sumnju na nepristranost ili neovisnost arbitra ili vještaka kojega je imenovao tribunal s trećom osobom koja financira troškove arbitražnog postupka. To će posebno biti važno u trgovačkim arbitražama zbog činjenice da je nacionalno pravo sjedišta arbitraže ujedno i *lex arbitri*, što znači da se pravo sjedišta arbitraže inkorporira u sam arbitražni postupak, ako ne prije, onda kroz pravne lijekove protiv arbitražnog pravorijeka. Citirana je praksa bitna i za investicijske arbitraže prema UNCITRAL Arbitražnim pravilima jer je i u tim postupcima situacija ista, to jest arbitražni postupak nije odvojen od nacionalnoga prava države u kojoj je sjedište arbitraže. Konačno, upravo se kao glavni razlog zašto je potrebno omogućiti financiranje troškova postupka sredstvima treće strane navodi pravo na pristup pravdi, što uključuje i primjenu članka 6.1 EKLJP-a. To posebno u slučajevima kada je trošak postupka sam po sebi visok pa nedostatak financijskih sredstava dovodi i do nemogućnosti stranke u postupku koja tih sredstava nema da kvalitetno prezentira slučaj tribunalu koji odlučuje. U svjetlu konkurencije prava na pristup sudu/tribunalu i prava na pošteno suđenje, ali i prava da se to ostvari pred neovisnim i nepristranim sudom, tj. tribunalom, najnovija je odluka ESLJP-a dobrodošla.

---

<sup>197</sup> Josep Maria Julià: Strasbourg as the guarantor of last resort of due process in voluntary arbitration, 4 March 2022, dostupno na: <https://www.ibanet.org/strasbourg-guarantor-last-resort-due-process>.

#### **iv. Zaključak**

Sukob interesa koji se odnosi na financiranje sredstvima treće strane može u početku biti nepoznat te biti otkriven kasnije tijekom postupka jer nije ni poznato da troškove postupka financira treća strana, odnosno da postoji i tajni “sudionik” postupka u odnosu na kojega je potrebno provjeriti postoji li sukob interesa. Takva situacija može dovesti do ili odstupanja arbitra zbog sukoba interesa ili učinkovitog osporavanja odluke, zbog čega će i stranke i treća strana koja financira postupak izgubiti vrijeme i novac. Nadalje, situacija da postoji sukob interesa koji proizlazi iz odnosa treće strane koja financira postupak i arbitra u postupku može i toga arbitra dovesti u neugodnu situaciju zbog javnog preispitivanja njegova integriteta. I na kraju, integritet i legitimnost međunarodne arbitraže mogu općenito biti dovedeni u pitanje. Upravo iz svih tih razloga pravni okviri i praksa u vezi s potencijalnim sukobom interesa arbitara nisu utemeljeni na modelu da je taj sukob očit, već na dužnosti arbitara da istraže potencijalne sukobe, što je nemoguće ako činjenica da troškove postupka financira treća strana nije obznanjena suprotnoj strani i tribunalu. Pri tomu je ključno definiranje i same treće strane jer po opisanim IBA-ovim Smjernicama o sukobu interesa arbitra, koje se na odgovarajući način mogu primijeniti i na vještaka koji je imenovao tribunal, mnogi slučajevi u kojima je riječ o financiranju troškova postupka sredstvima treće strane neće potpasti pod tu definiciju. Kao što je spomenuto u zaključku II. poglavlja u kojem se daje prijedlog definicije, definicija financiranja kao i treće strane treba težiti tomu da bude dovoljno elastična da se pod nju mogu podvesti i novonastale situacije.

Bitno je naglasiti da danas u međunarodnoj arbitražnoj zajednici prevladava konsenzus da postojanje financiranja sredstvima trećih strana može izazvati potencijalne sukobe interesa za arbitre te stoga identitet financiratelja, ali i okolnosti financiranja trebaju biti otkrivene. Koji će opseg otkrivanja biti potreban da se utvrdi postoji li sukob interesa, ovisit će od slučaja do slučaja.

Propisivanje obveze da stranka koja koristi financiranje tu činjenicu obznani suprotnoj strani i tribunalu ne bi slijedom izloženoga trebala biti dvojbena (i to čim do takvoga odnosa dođe), ali teško je prihvatiti stajalište da se otkrivanje treba zaustaviti na identitetu treće strane. Naime, razmatranje mogućeg sukoba interesa vještaka, ali i prethodna razmatranja o sukobu interesa arbitara upućuju na zaključak da u mnogim slučajevima samo otkrivanje naziva treće strane neće biti dovoljno, a ponekad, kada je riječ o *crowdfundingu*, čak ni otkrivanje imena osoba i pravnih osoba koje financiraju određeni postupak neće biti u cijelosti moguće pa pitanje sukoba interesa bilo osoba koje u predmetu odlučuju, bilo vještaka, zasigurno u

potpunosti neće moći biti razmotreno i razriješeno. Kada je pak riječ o financiranju portfelja slučajeva određenoga odvjetničkoga društva obvezu otkrivanja, uz arbitražna pravila, trebalo bi propisati i etičkim pravilima.

## **VI. OTVORENA PITANJA KOD FINANCIRANJA TROŠKOVA PARNIČNOG POSTUPKA ILI ARBITRAŽE SREDSTVIMA TREĆE STRANE**

Eksplozija industrije financiranja troškova sredstvima treće strane otvorila je neka pitanja koja se obrađuju u ovom dijelu rada. Prvo pitanje je pitanje normiranja i treba li financiranje normirati i u kojoj mjeri. Drugo pitanje koje je već spomenuto jest pitanje obveze otkrivanja sudu ili tribunalu te suprotnoj strani da treća strana financira troškove postupka. Iz činjenice da postupak financira treća strana koja je imala uvid u dokumentaciju koja bi bila zaštićena od dostave sudu/tribunalu i protivnoj strani otvorilo se pitanje je li se stranka koja je dokumente dobrovoljno predala trećoj strani odrekla prava na pozivanje na odvjetničku tajnu i povlasticu. Pitanje definiranja povlastice (*privilege*) u anglosaksonskom pravu, odvjetničke tajne kao i odricanja od njih kao otvorenog pitanja obrađuje se u dijelu koji se bavi odnosom klijent – odvjetnik – treća strana. Kao jedno od otvorenih pitanja pojavilo se i pitanje tko ima kontrolu nad postupkom kada treći plaća troškove postupka stranke – treći ili sama stranka – pa se to pitanje obrađuje u dijelu koji se bavi kontrolom postupka i sklapanjem nagodbe. Kao otvorena pitanja pojavila su se pitanja visine štete – utječe li financiranje na visinu utužene štete, troškovi postupka – jesu li oni viši i tko ih snosi, treća strana ili financirana stranka, kao i je li činjenica financiranja dovoljna da se odredi osiguranje troškova. Sva se ta pitanja obrađuju u zasebnim potpoglavljima ovoga poglavlja. Konačno poglavlje završava raspravom o pitanjima može li financiranje utjecati na nadležnost/dopustivost tužbe u arbitražnim postupcima kao i o pitanju prijenosa tražbine u kontekstu financiranja troškova postupka.

### **1) Normiranje financiranja troškova postupka**

Jedno od glavnih otvorenih pitanja je normiranje financiranja troškova postupka sredstvima treće strane u parničnim postupcima i u arbitraži – je li ono potrebno i, ako jest, u kojoj mjeri.

U odnosu na to pitanje Sahani, istina, u radu starom šest godina, navodi da bi bilo mudrije tom problemu pristupiti interpretacijom postojećih postupovnih i arbitražnih pravila nego reformom nacionalnih pravila parničnih postupka i arbitražnih pravila dok se industrija financiranja troškova ne razvije.<sup>198</sup>

---

<sup>198</sup> *Op. cit.* u bilj. 51, str. 21.

Od tada se mnogo toga promijenilo, arbitražna pravila pojedinih institucija su revidirana, a neka se revidiraju, ali njezina tvrdnja da su parnični postupak i arbitraža neraskidivo povezane je i dalje točna. Arbitraža proizlazi iz parničnog postupka jer je i sama kvazisudbeni postupak. Arbitražni se postupak u mnogim aspektima, kao na primjer u odnosu na privremeno zamrzavanje imovine, privremene mjere, priznanje i ovrhu pravorijeka, i dalje oslanja na pomoć sudova pa tako i posljedično na pravila postupka suda te države. U arbitražnim se postupcima na pitanje odnosa stranka – klijent i tajnosti primjenjuju postupovna pravila sjedišta arbitraže. Slijedom navedenoga, revizija arbitražnih pravila u odnosu na financiranje troškova postupka sredstvima treće strane zasigurno ne rješava sva pitanja koja se u arbitražnom postupku mogu pojaviti.<sup>199</sup>

Upravo je zbog svega navedenoga pitanje reguliranja, a možda donekle i harmonizacije postupovnih pravila kojima bi se uređivalo pitanja koja se odnose na financiranje troškova postupka sredstvima treće strane na svjetskoj razini nemoguće jer bi, uz izmjenu arbitražnih pravila pojedinih institucija, zahtijevalo i izmjenu nacionalnih postupovnih prava. Kada se ovome još pridoda činjenica da zemlje kontinentalnog pravnog kruga u svojim postupovnim pravima ne reguliraju financiranje troškova postupka sredstvima treće strane, dok je u pojedinim zemljama anglosaksonskog prava to u nekim slučajevima građanskopravni delikt ili čak i kazneno djelo, jasno je da pitanje stvaranja pravnog okvira kada je riječ o arbitraži na svjetskoj razini jednostavno nije moguće.

Pa ipak, to je donekle moguće u političkim i ekonomskim organizacijama kao što je Europska unija, koja je sama po sebi jedinstvena pa stoga i posebna, i to se na razini Europske unije upravo događa (vidjeti u VII. poglavlju pod 9) EU – uređenje instituta financiranja troškova postupka).

Upravo iz toga se razloga tvrdnja Sahani da je mudrije tom problemu pristupiti interpretacijom postojećih postupovnih i arbitražnih pravila i dandanas nameće kao trenutačno najbolje rješenje (dok se ne pronađe bolje).

Pa ipak, pristup Komisije Ujedinjenih naroda za međunarodno trgovačko pravo da se to pitanje, kao i neka druga otvorena pitanja u investicijskoj arbitraži, riješi međunarodnom konvencijom također bi mogao biti put harmonizacije prava.

---

<sup>199</sup> Više o odnosu parničnog i arbitražnog postupka vidjeti u: Victoria Shannon Sahani, *Judging Tird-Party Funding*, 63 *UCLA L. Rev.* 388 (2016.), str. 22–23.



## **2) Obveza otkrivanja sudu, tribunalu i/ili drugoj strani u postupku da je ugovoreno financiranje troškova postupka sredstvima treće strane**

Jedno od temeljnih pitanja u vezi s institutom financiranja jest je li stranka koja je ugovorila financiranje troškova postupka sredstvima treće strane to dužna otkriti sudu/arbitražnom sudu i/ili drugoj stranci u postupku i u kojem opsegu.

U prethodnom dijelu rada pitanje otkrivanja bilo je razmotreno s gledišta sukoba interesa arbitara i vještaka u situacijama kada postoji veza između suca/arbitra i treće strane<sup>200</sup> koja financira troškove postupka koja je takve prirode da dovodi u pitanje nepristranost/neovisnost suca/arbitra od treće strane, a time i sposobnost suca ili arbitra da donese nepristranu odluku u predmetu. Obveza otkrivanja radi utvrđivanja razloga za izuzeće zbog sukoba interesa suca, arbitra, ali i od suda/tribunala imenovanoga vještaka zasigurno je iznimno važna i o tome će i u ovom poglavlju biti riječi.

U razmatranju tog pitanja analizirat će se i) pitanje otkrivanja ili neotkrivanja činjenice da treća strana financira trošak postupka, ii) sudska i arbitražna praksa o pojedinim pitanjima vezanim za otkrivanje, iii) posebno će se analizirati dva predmeta – predmet *Hogan* i predmet *Netanyahu* – zbog njihove važnosti, nakon čega će se dati iv) zaključna razmatranja.

### **i. Pitanje otkrivanja ili neotkrivanja činjenice da treća strana financira trošak postupka**

Opće je prihvaćeno među pobornicima otkrivanja da je to potrebno zbog izbjegavanja sukoba interesa arbitara ili sudaca koji odlučuju u postupku. U tom je pogledu struka i teorija jedinstvena, a ono u čemu nije jedinstvena jest opseg otkrivanja toga odnosa kao i osobe kojima ta činjenica treba biti otkrivena –samo sudu ili instituciji koja administrira arbitražu i arbitrima, ili i suprotnoj strani, treba li otkriti samo identitet treće strane koja financira troškove postupka ili i dijelove ugovora o financiranju ili cijeli ugovor itd.<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> V. *supra* VI. poglavlje, 4).

<sup>201</sup> Jennifer A. Trusz u Full Disclosure: Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration, 101 GEO. L.J. 1649 (2013.), str. 1681, zalaže se za limitirano otkrivanje pa tako navodi da bi obvezivanjem institucije da čuva otkrivene informacije tajnima i zabranjujući tribunalu razmatranje odnosa financiranja u odnosu na odluku o troškovima i po zahtjevu za osiguranje troškova treće strane koje financiraju troškove postupka mogle biti sklonije otkrivanju svojega odnosa sa strankom koju financiraju arbitražnim institucijama. Kao rezultat toga, sve stranke uključene u arbitraže mogle bi se osjećati sigurnije jer bi znale da istinski neovisni arbitri, tj. arbitri koji nisu u sukobu interesa, rješavaju njihov spor. Suprotno od toga stava, koji je s obzirom na razvoj i uočene pojave koje se obrađuju u radu daleko prihvatljiviji od prvonavedenoga stava, Nadia Darwazeh i Adrien Leleu u Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding, Journal of International Arbitration 33, no. 2 (April 2016), str. 138, navode kako smatraju da obveza otkrivanja činjenice da treća strana financira troškove postupka jedne od stranaka u postupku ne bi trebala biti ograničena samo na identitet te treće strane, već bi otkrivanje trebalo obuhvatiti i otkrivanje ključnih odredbi ugovora o financiranju, a u određenim okolnostima i cijeloga ugovora o financiranju. Primjerice, tužitelj čije troškove financira treća strana trebao bi biti u obvezi otkriti je li se treća strana obvezala platiti troškove

I Izvješće radne skupine ICCA – Queen Mary o financiranju sredstvima treće strane u međunarodnoj arbitraži obvezu otkrivanja veže samo uz mogući sukob interesa<sup>202</sup>, što ne iznenađuje jer je riječ o kontroverznom pitanju o kojemu, osim po pitanju potencijalnog sukoba interesa, nema suglasnosti u stručnoj javnosti<sup>203</sup>. U nastavku se daje kratak pregled diskusije i zaključaka koji su nastali prilikom izrade Izvješća Radne skupine ICCA – Queen Mary o financiranju sredstvima treće strane u međunarodnoj arbitraži.

Sudionici okruglog stola složili su se da je glavni cilj prijedloga Radne skupine u vezi s otkrivanjem činjenice da stranka koristi financiranje troškova postupka sredstvima treće strane omogućiti arbitrima da sami odluče jesu li u sukobu interesa. Jedan od sudionika rasprave istaknuo je u odnosu na tvrdnje da financiranje pomaže ostvariti pristup pravdi da treba imati u vidu da investirani kapital u troškove postupka traži povrat investicije i dobit, a ne pravdu. Sukladno navedenom, financiranje sporova utječe na razvoj prava i pravnih sustava u kojem se posebno problematičnim čini upravo činjenica da je financiranje motivirano ostvarenjem profita, a ne promicanjem pravde. S time se stavom nisu složili neki sudionici diskusije te su istaknuli da profit nije jedini motiv za financiranje, ukazujući na pojedine slučajeve strateškog financiranja.<sup>204</sup>

U trećem će se poglavlju raspraviti predmet Hogan u kojem je bila riječ o strateškom financiranju jer je taj predmet zorno pokazao da to još uvijek ne otklanja dvojbu o dopuštenosti cilja koji se financiranjem želi postići. Cilj financiranja upravo u ovakvim situacijama u kojima je riječ o financiranju iz “filantropskih razloga” može biti u suprotnosti s prisilnim propisima ili moralom društva.

U tom tonu je i tijekom diskusije Radne skupine otvoreno pitanje mogućnosti geopolitičkih razloga kao još jednog motiva za financiranje troškova tužitelja u investicijskim arbitražama. Nije postignuto suglasje u odnosu na pitanje bi li obvezno otkrivanje bilo prikladno za rješavanje toga pitanja. U raspravi Radne skupine o pitanju otkrivanja istaknuto je da bi otkrivanje odredaba iz ugovora o financiranju moglo utjecati na pravne aspekte spora, primjerice, treba li trošak financiranja uzeti u obzir prilikom određivanja visine naknade štete

---

postupka suprotne strane u postupku ako tužitelj na to bude obavezan, pod kojim uvjetima treća strana može raskinuti ugovor o financiranju te koja je ugovorena naknada treće strane za financiranje troškova jer podatak o stopi povrata investicije može dati tribunalu podatak o uključenosti treće strane u predmet.

<sup>202</sup> *Op. cit.* u bilj. 54, IV. poglavlje.

<sup>203</sup> Steinitz tako isto navodi da, vjerojatno zbog kontroverzne prirode otkrivanja, Izvješće ne sadržava bilo kakve nove standarde za procjenu sukoba interesa, već umjesto toga upućuje na postojeće zakone, pravila i smjernice, pa su stoga arbitri prepušteni sami sebi u odlučivanju hoće li, u kojoj mjeri i pod kojim uvjetima naložiti daljnje otkrivanje koje bi po njihovu sudu bilo opravdano. Vidi u Steinitz, *op. cit.* u bilj. 40, str. 1082.

<sup>204</sup> *Ibid.*, str. 238–239.

ili treba li kao trošak priznati i troškove povezane s financiranjem. Pojedini sudionici zauzeli su stajalište da su uvjeti financiranja poslovna tajna pa bi otkrivanje, čak i da se naloži, moralo biti podložno raznim iznimkama. Sudionici diskusije složili su se da financiranje troškova postupka sredstvima treće strane kontinuirano izaziva zabrinutost u investicijskim arbitražama jer je mahom riječ o financiranju troškova postupka tužitelja (stranih investitora), a ne tuženih država. Posljedično, u slučaju uspjeha u sporu dosuđuje se naknada štete koja se isplaćuje iz javnih sredstva, tj. državnoga proračuna, pa je u pogledu te vrste sporova potrebna veća transparentnost. Slijedom navedenoga sudionici rasprave zaključili su da bi tužitelji u tim predmetima trebali biti obvezni otkriti svoje izvore financiranja, pri čemu je ostalo otvoreno pitanje u kojoj mjeri. Naime, zagovarani stupanj otkrivanja varirao je od (i) pukog otkrivanja činjenice da stranka koristi financiranje, (ii) otkrivanja identiteta treće strane koja financira troškove postupka (bilo samo tribunalu ili tribunalu i protivnoj strani), (iii) kako i u kojoj mjeri se financiraju troškovi postupka do (iv) otkrivanja cjelokupnog ugovora o financiranju (bilo samo tribunalu ili tribunalu i protivnoj strani). U odnosu na stupanj otkrivanja nije postignuta suglasnost ni u odnosu na trgovačku ni investicijsku arbitražu.<sup>205</sup>

U raspravi o Izvješću Radne skupine raspravljalo se i o utjecaju otkrivanja činjenice da stranka koristi financiranje troškova postupka sredstvima treće strane s time da se ne može sa sigurnošću tvrditi bi li ta činjenica imala (isključivo) pozitivan utjecaj. Naime, kao što je već spomenuto, činjenica da je netko odlučio financirati troškove postupka znači da je ta treća strana već napravila prethodnu analizu osnovanosti tužbenoga zahtjeva i razumno vjeruje da će vratiti investirana sredstva i ostvariti dobit iz investicije. Tribunal koji odlučuje u konkretnom predmetu može, pod utjecajem spoznaje da tužiteljev trošak financira treći, takav tužbeni zahtjev smatrati ozbiljnijim odnosno vjerovati da je osnovan. Na tom je tragu i jedan od sudionika rasprave naveo kako mu je poznati arbitar rekao da će na predmet za koji zna da je financiran vjerojatnije gledati kao na osnovan jer zna koliko je složena procedura za dobivanje financiranja troškova postupka.<sup>206</sup>

Usprkos navedenom, ne može se iz rečenice jednoga arbitra donijeti zaključak da otkrivanje činjenice da tužiteljeve troškove postupka financira treća strana ima pozitivan učinak na percepciju osnovanosti tužbenoga zahtjeva. To više jer je Izvješće Radne skupine iz 2018. godine i puno toga se promijenilo.

---

<sup>205</sup> *Op. cit.* u bilj. 54, str. 239–241.

<sup>206</sup> *Ibid.*, str. 242.

Ako je činjenica financiranja mogla utjecati na percepciju osnovanosti tužbenoga zahtjeva u zaćecima pojave toga vida investiranja, to zasigurno više nije u potpunosti toćno, posebno imajući u vidu sve ćešću pojavu financiranja portfelja predmeta u kojem dolazi do disperzije rizika na više predmeta te sekuritizaciju potraživanja kao tehniku na financijskom tržištu kojom se nelikvidna imovina (u pravilu buduća ili nenaplativa potraživanja) pretvaraju u prenosive vrijednosne papire, ćime se u sustav ulaganja u troškove postupka uvode novi subjekti pa se rizik dodatno raspršuje.

Steinitz u odnosu na ulogu sudaca i arbitara kao i njihovih ovlasti radi jasnu razliku. Suci, ćije je imenovanje u pravilu trajno i nisu u poziciji da se bore da im se dodijeli novi slučaj, izvršavaju javnopravnu funkciju i štite javni poredak određene zemlje. S druge pak strane arbitri, za razliku od sudaca, nisu ovlašćeni štiti javni poredak određene zemlje niti se to od njih očekuje, što bi moglo dovesti do zaključka da, imajući u vidu gornju raspravu o zaštiti temeljnih ljudskih prava, da će se u arbitražnim postupcima zahtijevati manji stupanj otkrivanja činjenica vezanih uz financiranje. To više dolazi do izražaja u trgovaćkoj arbitraži koja je u pravilu povjerljiva, javnost je isključena i strankama je u interesu da se detalji iz postupka ne doznaju. Međutim, kada je rijeć o financiranju troškova postupka u međunarodnoj arbitraži koja npr. uključuje granićni spor ili međunarodnoj investicijskoj arbitraži koja uključuje pravo na eksploataciju mineralnih sirovina ili nekog drugog bogatstva određene zemlje, transparentnost u pogledu tih pitanja itekako zahtjeva i veći stupanj otkrivanja činjenica vezanih uz financiranje troškova postupka jer spoznaja tko u pozadini vuće konce može biti od ključne važnosti.<sup>207</sup>

## **ii. Sudska i arbitražna praksa – pregled ćetiri odluke**

Kao jedno od pitanja koje se može otvoriti tijekom postupka jest pitanje otkrivanja identiteta treće strane radi nalaganja plaćanja troškova. To će biti moguće u pojedinim zemljama, najćešće anglosaksonske pravne tradicije, i to, što se tiće nalaganja plaćanja troškova parničnog postupka suprotne strane trećoj osobi koja je financirala troškove postupka samo u parničnom postupku (arbitri nemaju ovlast naložiti trećima koji nisu stranka u postupku plaćanje troškova postupka).

U nastavku je izvod iz dviju sudskih odluka u kojima su, budući da je rijeć o jurisdikcijama koje imaju oprećni stav prema institutu financiranja postupka sredstvima treće strane (Velika Britanija dopušta financiranje, dok ga Irska u pravilu brani), sudovi došli do oprećnih zaključaka.

---

<sup>207</sup> *Op. cit.* u bilj. 40, str. 1091–1092.

U predmetu *Thema International Fund Plc v HSBC Institutional Trust Services (Irl) Ltd and Others*<sup>208</sup> irski je Visoki sud, imajući u vidu da u toj jurisdikciji nije dopušteno profesionalno financiranje troškova postupka sredstvima treće strane, to jest nije dopušteno financiranje u svojstvu treće strane ako ne postoji pravni interes te treće strane u odnosu na predmet i ishod spora, odbio zahtjev za otkrivanje identiteta treće strane navodeći:

*5.4 U jurisdikciji u kojoj je prihvaćeno da treće strane mogu financirati parnice u zamjenu za dobivanje udjela u dosuđenom iznosu nije iznenađujuće što su sudovi zauzeli stajalište da je potrebno otkriti identitet tih trećih strana koje su u biti postale stranka u postupku [istaknula autorica], kao i da treće strane mogu biti obvezane dati sredstvo osiguranja plaćanje troškova. Međutim, situacija u Irskoj je drukčija jer financiranje sredstvima treće strane nije dopušteno.*

*5.8 Davanje detaljnih informacija protivnoj strani o financiranju nužno će dovesti do prednosti za tu stranku u parnici. Zašto bi trebalo omogućiti takvu prednost? Tri su moguća argumenta. Prvo, moglo bi se reći da **suprotna strana** osobe koja prima sredstva treće strane **ima pravo znati tko je njezin stvarni protivnik**. Drugo, moglo bi se reći da je potrebno da protivna strana zna identitet treće strane **kako bi se zahtjevi poput onih za osiguranje troškova koji su dopušteni u drugim jurisdikcijama mogli podnijeti pravodobno** [istaknula autorica]. Treće, moglo bi se reći da su informacije potrebne kao pomoć suprotnoj strani koja se poziva na pravo (prema *Moorviewu*) **da traži da se treća strana obveže na plaćanje troškova postupka** [istaknula autorica]. Predlažem da se redom pozabavimo svakim od tih argumenata s obzirom na činjenicu da bi prihvaćanje zahtjeva i nalaganje tužitelju da otkrije na koji način financira svoju parnicu trebalo biti u dovoljnoj mjeri opravdano kako bi bilo razmjerno očitoj parničnoj prednosti koja bi tuženiku nastala u nalaganjem takvog otkrivanja.*

*5.10 Međutim, **treća strana koja nije počinila champerty** (tj. koja ima neku vrstu legitimnog interesa u predmetu kako je to identificirano u sudskoj praksi u odnosu na champerty) **je, po mom mišljenju, u drukčijoj situaciji** [istaknula autorica]. (...) Dobivanje preciznih podataka o identitetu treće strane i uvjetima financiranja (pod uvjetom da su sredstva dolazila od skupine osoba koje već imaju interes u predmetu spora) nije, po mom mišljenju, potrebno ili proporcionalno zahtjevu HTIE-a da zna tko mu je pravi protivnik. Njegov pravi protivnik je Thema koju podržavaju treće osobe koje imaju legitiman interes za dobrobit Theme. To nije ista situacija kao ona u Ujedinjenom Kraljevstvu gdje subjekt potpuno nepovezan sa strankom kao što je Thema možda osigurava financiranje u svrhu dijeljenja prihoda od sudskog spora. Iz tih razloga ne prihvaćam tvrdnju da argument u pogledu poznavanja pravoga protivnika ima dovoljnu težinu u ovoj jurisdikciji (gdje je champerty i dalje nezakonit).<sup>209</sup>*

U predmetu *Raiffeisen Zentralbank Osterreich AG v Crossseas Shipping Ltd et al.*<sup>210</sup> Visoki je sud [Engleske i Walesa] došao do suprotnog zaključka i naložio otkrivanje identiteta treće strane koja financira postupak. Sud je u bitnome istaknuo:

*1. Ovo je zahtjev za nalaganje da četvrtotuženi, kojeg ću nazvati Ajay Shah, i njegovi bivši odvjetnici, gospoda Lawrence Jones, otkriju ime stranke ili stranaka koje su podržale obranu Ajaya Shaha i žalbu u postupku.*

<sup>208</sup> *Thema International Fund Plc v HSBC Institutional Trust Services (Irl) Ltd and Others*, [2011] IEHC 357, odluka je dostupna na: <https://ie.vlex.com/vid/thema-international-fund-plc-793266797>.

<sup>209</sup> *Ibid.*

<sup>210</sup> *Raiffeisen Zentralbank Osterreich AG v Crossseas Shipping Ltd et al* [2003] EWHC 1381.

7. Odjeljak 51. Zakona o Vrhovnom sudu iz 1981. daje višem sudu diskrecijsko pravo u vezi s nalaganjem plaćanja troškova i za postupak koji se vodi pred njim kao i u odnosu na sve povezane postupke. Pododjeljak (3) daje Višem sudu “**punu ovlast da odredi od koga i u kojoj mjeri se troškovi trebaju naplatiti**”. Ovaj pododjeljak daje sudu ovlaštenje naložiti osobi koja nije stranka u postupku da plati troškove, a u brojnim registriranim i neregistriranim odlukama odlučeno je da **sud nužno ima i izvedeno pravo naložiti stranci u postupku ili njezinim odvjetnicima da otkriju protivnoj stranci ime ili imena onih koji su financirali parnicu u korist te stranke** [istaknula autorica]: vidjeti, na primjer *Singh v Observer Limited* [1989] 3 ER 777 na 777j-778b; *McFarlane v EE Caledonia Limited (br. 2)* [1995] 1 WLR 366 na 373C; *Abraham v Thompson* [1997] 4 AER 326 [CA] na 367j-368b; *Hamilton v Al Fayed* [neregistrirano] od 21. prosinca 1999., na stranicama transkripata 7-11.

Nijedno od tih ovlaštenja nije u potpunosti zadovoljavajuće iz različitih razloga, ali obrazloženje Pottera LJ-a u slučaju *Abraham* izravno je primjenjivo, naime, “**tamo gdje postoji ovlast da se odobri pravni lijek, tomu pravu mora biti svojstveno i pravo donijeti sporedne naloge kako bi taj lijek bio učinkovit**” [istaknula autorica]. Iz tih razloga, budući da članak 51. ovlašćuje sud da naloži plaćanje troškova osobama koje nisu navedene kao stranke u tužbi, ta bi ovlast bila neučinkovita ako ne postoji inherentno pravo suda da naloži otkrivanje tko bi te osobe mogle biti [istaknula autorica]. Naravno, ne podrazumijeva se da će nakon otkrivanja identiteta sud izdati nalog protiv bilo koga tko je identificiran. To je stvar diskrecije suda u drugoj fazi. Slijedom navedenoga, imam pravo donijeti traženi nalog.<sup>211</sup>

Kao što je vidljivo iz prethodno citiranih odluka engleski je sud imao u vidu činjenicu da može obvezati na plaćanje troškova postupka suprotne strane i treće koji nisu stranka u postupku i to je bio i glavni motiv zašto je naložio otkrivanje identiteta treće strane koja je snosila troškove postupka. S druge pak strane irski je sud, imajući u vidu da je klasično financiranje troškova postupka sredstvima treće strane zabranjeno, odbio zahtjev za otkrivanje identiteta te treće strane. U odnosu na odluku irskoga suda treba naglasiti činjenicu da su troškove postupka snosili dioničari, pa stoga i nije riječ o klasičnom financiranju sredstvima treće strane, o čemu je i sud vodio računa.

Jedna od novijih odluka u investicijskoj arbitraži koja se odnosi na nalaganje tužitelju da otkrije pojedinosti vezano uz financiranje troškova postupka sredstvima treće strane donesena je u predmetu *Tennant Energy, LLC vs. Government of Canada*<sup>212</sup>. Iako odluka tribunala sadržava većinom argumente tužene Kanade, a manje vlastitih argumenata, činjenica da je tribunal prihvatio zahtjev Kanade govori u prilog tvrdnji da se tribunal složio s argumentima Kanade. Tribunal je u toj odluci obrazložio:

96. Tuženik tvrdi da je, u skladu s relevantnom sudskom praksom ugovora o ulaganju, “potrebno narediti Tennantu da otkrije postojanje i uvjete bilo kojeg ugovora o financiranju sredstvima treće strane koji je sklopio kako bi financirao svoj zahtjev u ovoj arbitraži.” Pozivajući se na predmete *García Armas protiv Venezuele* i *Muhammet Çap*

<sup>211</sup> *Ibid.*

<sup>212</sup> *Tennant Energy, LLC vs. Government of Canada*, PCA Case No. 2018-54, Procedural Order No. 4, 27. veljače 2020., dostupan na: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11392.pdf>.

protiv Turkmenistana, tuženik ističe da su tribunalali u tim predmetima naložili tužiteljima da otkriju prirodu svojega dogovora financiranja sredstvima treće strane na temelju, među ostalim, dužnosti tribunala da štiti integritet arbitražnog postupka, načela transparentnosti i relevantnost takvih informacija u ocjenjivanju zahtjeva za osiguranje troškova. U ovom slučaju tuženik tvrdi da se primjenjuju isti razlozi u odnosu na osnovanost zahtjeva za donošenje naloga za otkrivanje navedenih informacija uz, naravno, i potrebu da se utvrdi potencijalni sukob interesa arbitara.

97. Tuženik posebno tvrdi da postojanje ugovora o financiranju sredstvima treće zaključenoga s tužiteljem, a za koji je tužitelj sam priznaje da postoji, upućuje na mogućnost da Tennant neće moći platiti troškove tuženika u slučaju da mu budu dosuđeni. To je posebno tako ako treća strana koja financira troškove postupka nije u obvezi platiti troškove tuženika u slučaju da mu budu dosuđeni, a čak i ako je dužan to učiniti, treća strana nije stranka u ovom arbitražnom postupku pa joj tribunal nije ovlašten naložiti plaćanje tih troškova. Slijedom navedenoga moguće je da odluka o troškovima u korist tužene Kanade bude neprovediva, odnosno da u konačnici taj trošak, bez obzira na povoljnu odluku tribunala, plati tužena država, što narušava jednakost stranaka i integritet arbitraže.

104. Tribunal smatra da ima ovlast naložiti traženo otkrivanje ako bi se time očuvao integritet arbitražnog procesa. Tužitelj to ne osporava.

106. Razmotrivši podneske strana u vezi s ovim pitanjem, tribunal nalaže tužitelju da tribunalu i tuženiku dostavi sljedeće podatke:

(a) identitet bilo koje treće strane koja financira troškove postupka;

(b) sve uvjete sadržane u ugovoru o financiranju u vezi s plaćanjem troškova tuženika u slučaju da mu budu dosuđeni u ovoj arbitraži. Svi takvi uvjeti trebaju biti navedeni u cijelosti; a

(c) ako takvi uvjeti ne postoje, o toj činjenici obavijesti o tomu tribunal i tuženika.

107. Ako dođe do bilo kakve odluke u ugovoru o financiranju sredstvima treće strane tijekom arbitražnoga postupka, tužitelj je dužan obavijestiti tribunal i tuženika o tomu u roku od dva tjedna od datuma promjene:

(a) svaku promjenu identiteta treće strane, uključujući i o raskidu ugovora o financiranju sredstvima treće strane ili

(b) svaku promjenu uvjeta koji se odnose na plaćanje troškova tuženika u slučaju da mu budu dosuđeni u ovoj arbitraži.

108. Svako takvo otkrivanje od strane tužitelja tribunalu i tuženika kao što je navedeno u paragrafima 106. i 107. iznad bit će označeno kao "povjerljivi podaci" u skladu s Nalogom o povjerljivosti od 24. lipnja 2019. Da bi se izbjegle sumnje, ova otkrivanja neće biti dostupna široj javnosti.

**109. Odluka tribunala temelji se na sljedećim čimbenicima. Prvo, postojanje ugovora o financiranju s trećom stranom može biti relevantno za ocjenu tribunala o osnovanosti zahtjeva za osiguranje troškova** [istaknula autorica]. Tribunal napominje da tužitelj nije zanjekao da postoji treća strana koja financira njegove troškove u ovoj arbitraži.

**110. Drugo, tribunal u svakom slučaju smatra da je transparentnost u vezi s postojanjem treće strane koja financira troškove postupka tužitelja važna kako bi se utvrdilo postoji li sukob interesa** [istaknula autorica].

Kao što je vidljivo iz citirane odluke, tribunal je uzeo u obzir tri ključna argumenta: sukob interesa, transparentnost i pitanje je li treća strana obvezna platiti troškove tuženika u slučaju da mu budu dosuđeni. U skladu s time je odredio i opseg otkrivanja jer se nije zadržao samo

na identitetu treće strane, nego je naložio tužitelju da otkrije ima li treća strana prema ugovoru o financiranju namiriti troškove tuženika u slučaju da mu troškovi budu dosuđeni.

U gornjem slučaju citiran je predmet Muhammet Çap protiv Turkmenistana<sup>213</sup>, koji je jedan od rijetkih predmeta u kojima je tribunal naložio dostavu ugovora o financiranju. Tuženik je tražio dostavu toga ugovora u svrhu podupiranja jednog od svojih argumenata u odnosu na nadležnost tribunala. Naime tuženik je, budući da je tužitelje u konkretnom predmetu financirala treća strana, problematizirao pitanje tko je stvarni vlasnik tužbenoga zahtjeva, tužitelji ili treća strana koja financira troškove postupka. Ako je vlasnik tužbenoga zahtjeva treća strana koja financira troškove postupka, može se, kao što je detaljno razjašnjeno u ovome dijelu rada u 8). odjeljku u kojemu se govori o prijenosu tražbine, osporiti nadležnost tribunala. Tužitelji su odbili dostaviti ugovor o financiranju, no kao što se vidi iz dolje citiranoga pravorijeka, to nije imalo reperkusije na njih:

*686. Nakon naloga Tribunala od 3. studenog 2015., u kontekstu tuženikova zahtjeva za osiguranje troškova, tužitelji su odbili dostaviti Ugovor o financiranju navodeći da je riječ o dokumentu koji predstavlja poslovnu tajnu i koji sadržava ne samo povjerljive informacije, posebice u vezi s postocima naknade za uspjeh koji se plaća trećoj strani (Fond La Française) koja financira troškove postupka kao i neizravnu ocjenu osnovanosti zahtjeva, već i elemente pravne strategije tužitelja u vezi s postupkom, posebice u slučaju pregovora o nagodbi.*

*687. Međutim, tužitelji su dali izjavu pod prisegom od 12. studenog 2015. g. Guya Lepagea i g. Alaina Greca u ime La Françaisea u kojoj su detaljno navedene odredbe Ugovora o financiranju "izravno relevantne za odredbe i uvjete (i) troškova koje snosi La Française i (ii) okolnosti pod kojima se Fond može povući iz aranžmana financiranja".*

*688. Nakon pisma Tribunala od 29. srpnja 2016. tužitelji su dostavili izjavu pod prisegom dr. Hamida Gharavija, glavnog odvjetnika tužitelja, i drugu izjavu pod prisegom g. Guya Lepagea i Alaina Greca u ime La Françaisea.*

*689. U izjavi pod prisegom od 27. rujna 2016.599 dr. Gharavi je u relevantnom dijelu naveo:*

*3. U svojstvu ovlaštenog zastupnika tužitelja u arbitražnom postupku potvrđujem da su 29. rujna 2011. godine tužitelji sklopili ugovor s La Française IC Fund Sicav-Fis ("Fond") na temelju kojeg je Fond pristao snositi sve troškove i izdatke tužitelja u vezi s arbitražnim postupkom ("Ugovor o financiranju") u zamjenu za udio u svim iznosima koje bi tužitelji ostvarili u skladu s bilo kojim pravorijekom ili sporazumom o nagodbi.*

*[...]*

*5. Ugovor o financiranju ni pod kojim okolnostima ne predviđa bilo kakvo izravno, neizravno ili de facto ustupanje tužbenoga zahtjeva, niti stvara zajedničko vlasništvo nad tužbenim zahtjevom ili bilo kojim dijelom tužbenoga zahtjeva između Fonda i tužitelja, niti zajednički pravni interes u tužbenom zahtjevu, ili bilo koji dio potraživanja između Fonda i Potražitelja.*

*6. Ugovor o financiranju ne sadržava odredbu ili mehanizam pomoću kojega bi Fond ili bilo koje povezano društvo Fonda automatski ili po svom izboru postalo vlasnikom*

---

<sup>213</sup> Muhammet Çap & Sehil In\_ aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. vs. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/12/6.



potraživanja iz tužbenoga zahtjeva bilo po zakonu ili udjelu u društvu, ili na drugi način imalo ovlasti za provođenje kontrole ili upravljanja nad tužbenim zahtjevom.

690. U svojoj drugoj izjavi pod prisegom od 27. rujna 2016. g. Lepage i g. Grec potvrdili su da je prema Ugovoru o financiranju La Française “pristao snositi sve troškove i izdatke tužitelja” u vezi s ovom arbitražom “u zamjenu za udio u svim naplaćenim iznosima od strane tužitelja u skladu s bilo kojom odlukom ili sporazumom o nagodbi.” Nadalje su naveli u relevantnom dijelu:

3. Potvrđujemo da Ugovor o financiranju ni pod kojim okolnostima ne predviđa bilo kakvo izravno, neizravno ili de facto ustupanje tužbenoga zahtjeva, niti stvara zajedničko vlasništvo nad tužbenim zahtjevom ili bilo kojim dijelom tužbenoga zahtjeva između Fonda i tužitelja, niti zajednički pravni interes u tužbenom zahtjevu, ili bilo koji dio potraživanja između Fonda i Potražitelja.

4. Ugovor o financiranju ne sadržava nikakvu odredbu ili mehanizam pomoću kojega bi Fond ili bilo koje povezano društvo Fonda automatski ili po svojem izboru postalo vlasnikom potraživanja iz tužbenoga zahtjeva bilo po zakonu ili udjelu u društvu, ili na drugi način imalo ovlasti za vršenje kontrole ili upravljanja nad tužbenim zahtjevom.

691. Tuženik nije predočio nikakve dokaze koji pokazuju ili čak sugeriraju da tužitelji više nisu pravi vlasnici tužbenoga zahtjeva u ovom slučaju i da ih je zapravo zamijenila La Française. Nasuprot tome, tužitelji su dali izjavu pod prisegom dr. Gharavija i dvije izjave dužnosnika u ime La Française uz jamstva da, iako La Française ima pravo na udio u svim iznosima koje bi tužitelji naplatili u ovoj arbitraži, nije bilo prijenosa prava na La Française. Nadalje, u odsustvu drugih dokaza tribunal nije uvjeren da propust tužitelja da otkrije potpuni sadržaj Ugovora o financiranju prema uputama tribunala u tu svrhu opravdava zaključak da su tužitelji svoja potraživanja prenijeli na La Française i da više nisu vlasnici tužbenoga zahtjeva u ovoj arbitraži [istaknula autorica].

692. Slijedom navedenoga ovaj se prigovor na nadležnost Međunarodnog tribunala odbija.<sup>214</sup>

Kao što je vidljivo iz citiranoga dijela pravorijeka, tribunal je prihvatio druge dokaze – izjave pod prisegom, umjesto dostave ugovora o financiranju. Takav pristup zasigurno će dodatno ohrabriti financirane stranke da umjesto ugovora o financiranju dostavljaju druge dokaze kojima će pobijati navode protivne strane.

### iii. Slučaj Hogan i Netanyahu – kontroverzije u vezi s financiranjem postupaka

U nastavku se daje zanimljiva rasprava Steinitz o predmetu *Hogan vs. Gawker Media*, koji će se dodatno raspraviti u nastavku teksta jer je riječ o jednoj vrsti strateškog financiranja troškova postupka koja implicira da financiranje, kada nije regulirano i kada ne postoji obveza obavještanja o tomu suda/arbitražnoga tribunala i protivne strane, može dovesti ne samo do kršenja prisilnih propisa i zloupotreba, nego i ozbiljnog ugrožavanja temeljnih sloboda.

Gawker Media (dalje u tekstu: Gawker) koji se sastojao od sedam medijskih brandova (Gawker za područje vijesti i politiku, Gizmodo za tehnologiju, Lifehacker za proizvodnju,

---

<sup>214</sup> Pravorijek od 4. svibnja 2021. dostupan na: <https://jusmundi.com/en/document/pdf/decision/en-muhammet-cap-sehil-insaat-endustri-ve-ticaret-ltd-sti-v-turkmenistan-award-tuesday-4th-may-2021>.

Deadspin za sport, Jezebel za područje tema koje se odnose na moderne žene, Kotaku za videoigrice i Jalopnik za područje automobilizma) pripadao je u krug liberalnih medija koji je nakon proglašenja bankrota u stečajnom postupku prodan medijskoj kući Univision, koja je ugasila Gawker koji se, među ostalim, bavio vijestima i politikom.

G. Hogan (čije je pravo ime Terry Bollea) umirovljeni je profesionalni hrvač koji je tužio Gawker zbog, među ostalim, narušavanja privatnosti zbog objavljivanja videosnimke na kojoj se vidi kako ima spolni odnos sa suprugom svojega prijatelja. U svibnju 2016. pojavili su se izvještaji da je Peter Thiel (suosnivač PayPal, Palantir Technologies i Founders Funda te prvi vanjski investitor u Facebooku), milijarder iz Silicijske doline, financirao troškove toga postupka.

Gospodin Hogan podnio je tužbu protiv Gawkera 2013. godine.<sup>215</sup> Gawker je nekoliko puta tijekom sudskoga postupka nudio Hoganu nagodbu, ali on je to odbio.<sup>216</sup>

U odnosu na predmet Hogan, Steinitz navodi kako je 2016. godine financiranje sudskih sporova eksplodiralo u svijesti javnosti kada je milijarder Peter Thiel priznao da je financirao tužbu Hogana protiv Gawkera. Prema novinskim napisima to je navodno učinio kako bi se osvetio Gawkeru koji je deset godina prije objavio da je homoseksualac. Financiranje Hogana je bila, prema izvješćima medija, njegova “osveta”. Pažljivo traženje “dobroga” tužitelja u konačnici je donijelo presudu od 140 milijuna dolara u korist Hogana. Ta je presuda gurnula Gawker u bankrot. Budući da je financiranje u ovom slučaju uništilo novinsku kuću, interes novinara bio je pojačan, a slučaj je izazvao znatnu medijsku pažnju, što je, zauzvrat, dovelo i do većega broja traženja da se novonastali institut (financiranje troškova postupka) regulira. Konkretno, slučaj je skrenuo pozornost na pitanje treba li postojanje ugovora o financiranju, uvjeti ugovora i/ili identitet treće strane koja financira troškove postupka biti javno dostupna informacija. Činjenica koja dodatno dodaje složenosti i intrigantnosti u ovom predmetu jest da su čelnici medijske kuće Gawker pristali prodati manjinski udio u tvrtki ruskom milijarderu Viktoru Vekselbergu i njegovoj tvrtki te je dobiveni novac djelomično korišten i za obranu u ostalim parnicama. Drugim riječima, financiranje troškova postupka u opisanoj je parnici koristio primarno tužitelj, a posredno, prodajom udjela, i tuženik pri čemu je upitan izvor financiranja kao i motiv financiranja obiju strana.<sup>217</sup>

---

<sup>215</sup> Bollea vs. Gawker, Wikipedia, dostupno na: [Bollea vs. Gawker - Wikipedia](#).

<sup>216</sup> Ryan Mac & Matt Drang: Behind Peter Thiel's Plan To Destroy Gawker, June 7, 2016, Forbes, dostupno na: [Best Stories Of The Decade: "Behind Peter Thiel's Plan To Destroy Gawker" \(forbes.com\)](#).

<sup>217</sup> *Op. cit.* u bilj. 40, str. 1088–1089.

Slučaj Hogan podignuo je puno prašine i izazvao burnu raspravu u SAD-u. Tako su npr. Alba i Chaussee izvijestili da je prema stajalištu stručnjaka za financiranje sudskih sporova i medijsko pravo predmet Thiel – Hogan – Gawker u biti presedan jer uključuje medijsku tvrtku kao i zato što je Thiel u potpunosti zaobišao tvrtke koje se profesionalno bave financiranjem sudskih sporova te sam financirao troškove postupka protiv Gawkera s jednom jedinom namjerom – da Gawker dovede do bankrota. Kada je Hogan tužio Gawker, nitko nije znao da njegov predmet financira treća strana, ni sudac ni porota, jer nitko nije obvezan otkriti taj podatak. Da je Thiel, Hogan ili njegov odvjetnik bio obvezan otkriti Thielovu umiješanost od početka postupka, pitanje je bi li ishod isti.<sup>218</sup>

U tom je predmetu također zanimljivo da je Peter Thiel otvoreno podržavao Donalda Trumpa, baš kao i ruski milijarder Viktor Vekselberg, koji je stekao udio u tuženiku – Gawkeru, i koji je, kao i Thiel, poznat i po svojem dobrom odnosu s predsjednikom Trumpom.<sup>219</sup> Zanimljivo je i da je Hogan mjesec dana prije završetka predsjedničkih izbora 2016. godine, na kojima je Trump pobijedio, pristao na nagodbu s Gawkerom za iznos 31 milijuna dolara, usprkos činjenici da mu je dosuđeno 140 milijuna dolara. U svibnju 2016. Thiel je u intervjuu za New York Times potvrdio da je platio 10 milijuna dolara pravnih troškova za financiranje nekoliko tužbi koje su pokrenuli drugi, uključujući tužbu Terryja Bollee (Hulk Hogan) protiv Gawkera.<sup>220</sup>

Nadalje, novinari Tom Winter i Robert Windrem u svojem su članku objavili da je Viktor Vekselberg moguće povezan s novcem koji je plasirao kroz razne kompanije kako bi ga doznačio osuđeniku Michaelu Cohenu, bivšem osobnom odvjetniku gospodina Donalda Trumpa, za potrebe plaćanja Stormy Daniels, glumice u filmovima za odrasle koja je tijekom predsjedničke kampanje 2016. godine izjavila da je Donald Trump bio u vezi s njom, a sve kako bi te navode povukla.<sup>221</sup>

Ako je navedeno točno, moguće je izvesti i zaključak da je Viktor Vekselberg stekao manjinski udio u Gawkeru kako bi pokušao dodatno opstruirati pravnu bitku između Gawkera koji je kritizirao Donalda Trumpa i Hulka Hogana kojega je financirao Peter Thiel, otvoreni pobornik i donator Donalda Trumpa. Tako nešto nije do sada dokazano.

---

<sup>218</sup> Davey Alba & Jennifer Chaussee: Got a Beef With the Media? Pay Someone Else to Sue Them, BUSINESS, MAY 28, 2016 7:00 AM, dostupno na: [Got a Beef With the Media? Pay Someone Else to Sue Them | WIRED.](#)

<sup>219</sup> Tom Winter and Robert Windrem: Who is Viktor Vekselberg, the Russian oligarch linked to Trump lawyer Michael Cohen?, May 10, 2018, 3:22 PM CEST / Updated May 10, 2018, 3:22 PM CEST, dostupno na: [Who is Viktor Vekselberg, the Russian oligarch linked to Trump lawyer Michael Cohen? \(nbcnews.com\).](#)

<sup>220</sup> Peter Thiel, Gawker lawsuit, Wikipedia, dostupno na: [https://en.wikipedia.org/wiki/Peter\\_Thiel#Gawker\\_lawsuit.](https://en.wikipedia.org/wiki/Peter_Thiel#Gawker_lawsuit)

<sup>221</sup> *Op. cit.* u bilj. 216.

Nick Denton, bivši vlasnik i osnivač Gawker Media za medijsku kuću SXSW 2017. godine izjavio je da milijarderi poput Thiela, koji je doveo do bankrota njegovu tvrtku Gawker, predstavljaju posebnu opasnost za slobodu medija jer je profit tvrtki poput Facebooka veći od profita medija pa se tako, usporedbe radi, Thielova imovina procjenjuje na 2,7 milijardi dolara, dok s imovina New York Timesa procjenjuje na 2,35 milijardi dolara. Prema njegovu je mišljenju došlo do dramatične promjene u ravnoteži snaga zbog čega smatra da kada se govori o slobodi govora, mora se u fokus staviti i profitabilnost jer osim milijardera i slavni osoba i oglašivači imaju vlast nad medijima. Smatra da je Thiel prijetnja slobodi medija. Također je napomenuo da su u jednom trenutku troškovi postupka u postupku koji je pokrenuo Hogan protiv Gawkera iznosili oko milijun dolara mjesečno.<sup>222</sup>

Steinitz u odnosu na prethodno opisani slučaj ističe da ga treba sagledati i u svjetlu Prvoga amandmana američkoga Ustava koji propisuje da Kongres neće donijeti zakon koji ne poštuje vjeroispovijedi ili zabranjuje njezino slobodno ispovijedanje; ili ograničava slobodu govora ili tiska; ili pravo ljudi da se mirno okupljaju i da Vladi podnesu pritužbu.<sup>223</sup>

Slijedom svega navedenoga, a budući da postoje indicije da je financiranje u predmet Hogan bilo politički motivirano, u takvim se situacijama mogu otvoriti i pitanja povrede temeljnih sloboda. Tada se može javiti konkurencija prava na [pristup] pravdi (prava na pošteno suđenje u smislu čl. 6. EKLJP-a<sup>224</sup>) kao i drugih temeljnih prava, kao npr. prava na slobodu izražavanja iz Prvoga amandmana američkoga Ustava ili čl. 10.1 EKLJP-a<sup>225</sup>.

Nadalje, čak i da se prihvati teorija da je predmet Hogan financiran isključivo iz osvete, kada je riječ o tako bizarnim slučajevima kao što je bio taj slučaj, pitanje pristupa pravdi i prava na pošteno suđenje posebno dolazi do izražaja jer je upravo financiranje troškova postupka omogućilo tužitelju da angažira najbolje odvjetnike i financijski iscrpi protivnu stranu dovodeći je do stečaja.

To otvara pitanje može li Hoganovo pravo na pravdu, tj. pristup sudu i pošteno suđenje derogirati ta ista prava kod tuženika. U tom bi pogledu trebalo imati balansirani pristup koji je

---

<sup>222</sup> Olivia Solon: Trump ally Peter Thiel risks political backlash, says Gawker founder, 12 Mar 2017 19.45 GM, dostupno na: [Trump ally Peter Thiel risks political backlash, says Gawker founder | SXSW 2017 | The Guardian](#).

<sup>223</sup> *Op. cit.* u bilj. 40, str. 1091.

<sup>224</sup> Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine, Međunarodni ugovori, broj 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06., 2/10.

<sup>225</sup> Tome bi odgovarao čl. 38 Ustava Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 8/98. – službeni pročišćeni tekst, 113/00., 124/00. – službeni pročišćeni tekst, 28/01., 41/01. – službeni pročišćeni tekst, 76/10., 85/10. – službeni pročišćeni tekst, 5/14.) koji propisuje da se jamči sloboda mišljenja i izražavanja misli, a osobito sloboda tiska i drugih sredstava priopćavanja, sloboda govora i javnoga nastupa i slobodno osnivanje svih ustanova javnog priopćavanja.

izgledniji ako se za financiranje zna, ako se zna tko je treća strana koja financira troškove postupka, koji je njezin motiv, očekivana dobit od financiranja troškova postupka (bilo financijska ili nefinancijska), sve kako bi se spomenuta temeljna prava mogla staviti u korelaciju sa svrhom financiranja.

Nadalje, kao što je vidljivo iz predmeta Hogan, strateško financiranje može imati razne svrhe i to je zasigurno jedan od razloga zašto je potrebno propisati da se takvo financiranje mora otkriti čim je ugovoreno, dakle ili na samom početku sudskoga ili arbitražnoga postupka, ako je ugovoreno prije pokretanja postupka ili tijekom postupka – čim bude ugovoreno.

Postavlja se i pitanje zakonitosti cilja koji se financiranjem pokušava ostvariti, to jest je li taj cilj u skladu s prisilnim propisima, moralom i javnim poretkom. U tom pogledu ne postoji dostupna sudska ili arbitražna praksa, a i čak da se o tomu pitanju odlučivalo, pitanje je u kojoj bi formi, na čiju inicijativu i koje tijelo moglo odlučivati o zakonitosti cilja financiranja i ne bi li to bilo zadiranje u slobodu raspolaganja vlastitom imovinom.

Kada bi se sa sigurnošću utvrdilo da je cilj financiranja nezakonit, pitanje je koje bi tijelo moglo naložiti trećoj strani koja financira troškove postupka da se od toga suzdrži – bi li to bio sud ili tribunal koji odlučuje o meritumu stvari u kojoj stranka koristi financiranje troškova postupka sredstvima treće strane ili bi to trebalo biti neko drugo tijelo ili sud.

U pogledu prethodno navedenih dvojbi zanimljiv je i primjer bivšega predsjednika Vlade Države Izrael Benjamina Netanyahua koji je 2019. godine optužen za korupciju i primanje mita. U to je vrijeme još bio predsjednik Vlade pa je, kako je za potrebe obrane u kaznenim postupcima dobio donacije trojice bogatih suradnika, podnio zahtjev Povjerenstvu za davanje dozvola ministrima<sup>226</sup> za odobravanje korištenja tih sredstava. To je povjerenstvo nadležno odlučivati vezano uz zahtjeve prema Etičkim pravilima za sprječavanje sukoba interesa ministara i zamjenika ministara. Njima je zabranjeno primanje plaće ili beneficija (osim plaće koju primaju od države). Povjerenstvo može odbiti dati dopuštenje za neispunjavanje bilo kojega od Etičkih pravila, dati dopuštenje ili ga dati pod uvjetima, ako se to čini opravdanim u danim okolnostima i primjerenim iz perspektive javnosti. Povjerenstvo je odbilo zahtjev

---

<sup>226</sup> Committee for Giving Permits to Ministers, više informacija o Povjerenstvu i njegovu radu dostupno na: [https://www.mevaker.govs.il/\(X\(1\)S\(5c4ceqzzxipofwqacxf12xdc\)\)/En/About/klalim/Pages/HeterinSarim.aspx?AspxAutoDetectCookieSupport=1](https://www.mevaker.govs.il/(X(1)S(5c4ceqzzxipofwqacxf12xdc))/En/About/klalim/Pages/HeterinSarim.aspx?AspxAutoDetectCookieSupport=1).

Benamina Netanyahua<sup>227</sup> za davanje dozvole da koristi sredstva trećih strana za financiranje svoje obrane.

Opisani predmet pokazuje da financiranje troškova postupka sredstvima treće strane može otvoriti neka pitanja, pa čak i ona vezana uz obnašanje javne dužnosti, što još više potvrđuje tezu da ta činjenica treba biti otkrivena čim je ugovor o financiranju ili samo financiranje započelo.

Predmeti Netanyahu i Hogan također pokazuju da financiranje troškova postupka sredstvima treće strane treba biti prepoznato i normativno uređeno nacionalnim pravom, a i dodatno potkrepljuju stav onih koji smatraju da otkrivanje ne može završiti na otkrivanju identiteta treće strane koja financira troškove postupka, već ono treba obuhvatiti i aspekte uređenja odnosa stranke koja je financirana i treće strane koja financira troškove postupka.

Konačno, predmet Hogan otvara i pitanje visine dosuđene naknade štete u svjetlu činjenice da se Hogan višekratno odbijao nagoditi tijekom postupka, da bi na kraju pristao, nakon što mu je dosuđena naknada štete, nagoditi se za iznos koji je manji od četvrtine dosuđenoga iznosa. Da su sud i porota znali za činjenicu da troškove Hoganova postupka financira treća strana, kao i identitet treće strane, pitanje je kako bi odlučili u odnosu na traženu visinu naknade štete koja očito nije bila jedini motiv vođenja sudskoga postupka s obzirom na to da se Hogan višekratno odbijao nagoditi s Gawkerom. U svakom slučaju, primjeri kao prethodno navedeni otvaraju mnoga pitanja u odnosu na sam institut financiranja troškova postupka sredstvima treće strane.

Sva su opisana pitanja primjenjiva i u arbitražnim postupcima, posebno u slučaju investicijske arbitraže gdje je riječ o javnom novcu, to jest novcu poreznih obveznika države koja je tužena, ali i trgovačke arbitraže u kojoj treća strana koja financira troškove postupka može imati kao krajnji cilj npr. uništavanje konkurencije. Iako je sve navedeno značajno, arbitražna pravila kada ipak sadržavaju odredbu o potrebi otkrivanja identiteta treće strane koja financira troškove postupka, u pravilu zastaju na obvezi otkrivanja identiteta, dok je preostali dio u rukama tribunala koji ima diskrecijsku ovlast odlučiti o opsegu otkrivanja. Ni reforme arbitražnih pravila nisu donijele značajne pomake u pogledu navedenoga, ali to je pitanje koje će se dodatno analizirati i u VII. dijelu rada (262).

---

<sup>227</sup> Za više detalja o odluci Povjerenstva, koja nije javno dostupna, vidjeti primjerice članak Times of Israel od 24. veljače 2019. dostupan na: <https://www.timesofisrael.com/netanyahus-lawyers-permits-committee-in-standoff-over-funding-of-legal-defense/>.

#### iv. Zaključak

Odluke koje su obrađene u ovom dijelu rada pokazuju koliko je teško uobličiti standarde ili pravila u odnosu na financiranje troškova postupka sredstvima treće strane jer je riječ o pojavi koja se iznimno brzo razvija, koju je zbog brzoga razvoja teško definirati i još teže regulirati.

Pravilno stoga Steinitz otvara raspravu kako bi bilo bolje normirati tu pojavu, u vidu propisanoga standarda ili pravilom. Naime, glavna je prednost pravila njihova predvidljivost. Glavna je prednost standarda pravednost koja se ostvaruje u kontekstu određenoga slučaja. To je zato što pravila daju sadržaj *ex ante*, dok standardi to čine *ex post*. Upravo stoga je i prihvatljiv njezin zaključak da je normiranje putem standarda ispravan pristup jer, kao što je već spomenuto, taj se sektor i njegova najbolja praksa još uvijek razvijaju i, što je važnije, ni jedno pravilo ne bi moglo obuhvatiti velik broj scenarija koji potpadaju pod sve opširniju definiciju financiranja troškova postupka. U tom dijelu, potpuno opravdano, Steinitz predlaže, bez obzira na to je li riječ o sudskom ili arbitražnom postupku, primjenu testa ravnoteže prilikom odlučivanja u konkretnom predmetu hoće li se i u kojoj mjeri naložiti otkrivanje činjenica vezanih uz financiranje troškova postupka sredstvima treće strane. Naime, test ravnoteže omogućuje uzimanje u obzir negativnih i pozitivnih učinaka, a u tom dijelu Steinitz posebno ističe da bi sudovi prilikom primjene toga testa trebali imati u vidu javni i privatni interes, interes samoga sudišta koje u konkretnom predmetu odlučuje kao i razne čimbenike. Čimbenike koje bi sud ili tribunal trebao uzeti u obzir su, primjerice, profil stranke koja je financirana (najčešće tužitelj) i njezin motiv traženja financiranja, profil treće strane i motiv financiranja, o kojoj je vrsti slučaja riječ, predmet spora, potencijalni učinak odluke u konkretnom predmetu na razvoj prava, strukturu financiranja, svrhu traženja otkrivanja činjenica vezanih uz financiranje troškova postupka te je li riječ o financiranju ugovorenom prije početka postupka ili tijekom postupka.<sup>228</sup>

Otkrivanje financiranja troškova postupka bi slijedom svega navedenoga trebala biti obveza koja je normirana. Pri tomu otkrivanje identiteta treće strane samo radi otklanjanja mogućega sukoba interesa u mnogim predmetima neće biti dovoljno. To jasno pokazuju i opisani predmeti Hogan, Muhammet Çap protiv Turkmenistana, ali i predmet Netanyahu koji nije detaljno razrađen jer je bila riječ o kaznenom postupku koji se u okviru ovoga rada ne analizira (što ne znači da financiranje troškova kaznenoga postupka nije prisutno). U investicijskoj arbitraži potreba veće razine otkrivanja još je i naglašenija zbog javnog interesa

---

<sup>228</sup> *Ibid.*, str. 1093–1113.

građana države koja je tužena, svrhe financiranja, troškova postupka te moguće nagodbe ili naknade štete koji se plaćaju iz proračuna te države.

### **3) Odnos povjerljivosti: stranka – odvjetnik i financiranje troškova sredstvima treće strane**

U anglosaksonskom je pravu dio parničnoga postupka tzv. otkrivanje (*discovery*), a u sličnom je obliku transponirana u međunarodni trgovački i investicijski arbitražni postupak kao dio postupka koji se naziva produkcija dokumenata (*document production*).

Riječ je o dijelu postupka u kojem stranka u postupku ima pravo od suprotne strane tražiti da dostavi sve dokaze (dokumente, korespondenciju, e-poruke, pisma, razmijenjene informacije itd.) koji su relevantni za postupak. Ako sud ili tribunal naloži dostavu, stranka mora dostaviti sve dokumente (riječ dokument koristi se u najširem obliku i obuhvaća i elektroničku i drugu komunikaciju, razmijenjene informacije itd.), dakle i one koji joj idu na ruku kao i one koji su za njezin slučaj nepovoljni.

Ako stranka bez razloga odbije dostaviti dokumente, iako je suprotna strana koja je postavila zahtjev učinila vjerojatnim da ti dokazi postoje i sadržaja su koji potkrepljuju tvrdnje te strane, smatrat će se da su tvrdnje stranke koja je tražila dostavu potvrđene, tj. izvest će se nepovoljan zaključak za stranku koja je protivno nalogu suda ili tribunala odbila dostavu dokumenata (tzv. *adverse inference*).

Činjenica da je financirana stranka dostavila dokumente trećoj strani koja financira troškove postupka koji proizlaze iz njezina odnosa s odvjetnikom utječe na obvezu dostave dokumenata. Riječ je o konceptu koji se naziva *privilege* ili povlastica i koji postoji u anglosaksonskom pravu, dok ga zemlje kontinentalnoga pravnog kruga, budući da je parnični postupak potpuno drukčije koncipiran, ne poznaju.

Pitanje povlastice otvara se ponajprije u dvije vrste situacija, kad je treća osoba zaprimila određene dokumente koji su razmijenjeni između stranke i njezina odvjetnika, kao i kad je treća strana analizirala potencijalni spor ili spor u tijeku i to dostavila stranci u postupku i/ili njezinu odvjetniku.

Te situacije mogu biti od važnosti u fazi otkrivanja (parnični postupak) odnosno produkcije dokumenata (arbitražni postupak), pa se u nastavku najprije analizira i) odvjetnička tajna i povlastica, a zatim ii) otkrivanje dokumenata u slučajevima kada stranka koristi financiranje troškova postupka sredstvima treće strane.



### i. Odvjetnička tajna vs. povlastica (*privilege*)

Hrvatskim je pravom, koje pripada u krug kontinentalnoga prava, propisano u Zakonu o odvjetništvu<sup>229</sup> da je odvjetnik je dužan, sukladno zakonu, čuvati kao odvjetničku tajnu sve što mu je stranka povjerila ili što je u zastupanju stranke na drugi način saznao. Odvjetnička tajna, kako se poima u hrvatskome pravu i ostalim pravima koji pripadaju u kontinentalni pravni krug, različita je od tzv. povlastice (*privilege*) u anglosaksonskome pravu.

*Privilege* ili tzv. povlastica doktrina je običajnog prava koja štiti određene dokumente (izraz dokumenti koristi se u najširem smislu i obuhvaća i sve vrste komunikacije, informacije itd.) od upotrebe kao dokaza na sudu i koja je različita od koncepta povjerljivosti dokumenata razmijenjenih između odvjetnika i njegove stranke koja koegzistira s povlasticom kao zasebnim pravom u zemljama anglosaksonskoga prava.

Cjelovito je obrazloženje i definicija pravne profesionalne povlastice dano u odluci u predmetu *Interthur Swiss Insurance Company, The National Insurance & Guarantee Corporation Limited vs. AG (Manchester) Limited (in liquidation), Rowe Cohen (a firm), Ashington Denton (a firm)*<sup>230</sup>:

65. Što je “pravna profesionalna povlastica”?

**“Pravna profesionalna povlastica”,** koja se često naziva jednostavno “povlastica”, priznata je kao **temeljno ljudsko pravo** [istaknula autorica] (...) Građani ili pravne osobe imaju pravo na povlasticu kada dobiju pravni savjet od odvjetnika. U predmetu *B v Auckland District Law Society*[23] Lord Millett je opisao “povlasticu” kao **“pravo na protivljenje obveznom otkrivanju informacija”**. Posljedica opisanoga prava klijenta je dužnost odvjetnika da čuva povjerljivost i ne otkriva drugima informacije koje su obuhvaćene profesionalnom povlasticom [istaknula autorica]. Pravo na protivljenje obveznom otkrivanju informacija može se ostvariti u parnicama ili drugim kontradiktornim pravnim postupcima, kao što je arbitraža, međutim, pravo na protivljenje obveznom otkrivanju informacija nije ograničeno na takve procese. Općenito govoreći, informacije koje su pokrivena profesionalnom povlasticom ne mogu biti predmetom naloga za otkrivanje drugom, osim ako za to ne postoji izričita ili implicitna zakonska ovlast.

66. U nekim je predmetima navedeno da je pravo na odbijanje obveznoga otkrivanja informacija ograničeno na informacije koje se odnose na pravne savjete, za razliku od informacija i savjeta danih i primljenih u drugim povjerljivim odnosima kao što su između pacijenta i njegova liječnika ili računovođe i njegova klijenta...

<sup>229</sup> Zakon o odvjetništvu (Narodne novine, br. 9/94., 117/08., 50/09., 75/09., 18/11., 126/21.) u čl. 13. uređuje odvjetničku tajnu. Članak 13. propisuje:

(1) Odvjetnik je dužan, sukladno zakonu, čuvati kao odvjetničku tajnu sve što mu je stranka povjerila ili što je u zastupanju stranke na drugi način saznao.

(2) Odvjetničku tajnu dužne su čuvati i druge osobe koje rade ili su radile u odvjetničkom uredu.

<sup>230</sup> *Interthur Swiss Insurance Company, The National Insurance & Guarantee Corporation Limited vs. AG (Manchester) Limited (in liquidation), Rowe Cohen (a firm), Ashington Denton (a firm)*; [2006] EWHC 839 (Comm); Commercial Court, presuda od 12. travnja 2006. dostupna je na: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2006/839.html>.

67. Sudska je praksa razvila dvije podvrste “pravne profesionalne povlastice”. U najranijim predmetima priznatom su povlasticom bile obuhvaćene informacije (uglavnom dokumenti) koje su nastajale tamo gdje se razmatrao pravni postupak. Ta vrsta pravne profesionalne povlastice danas je postala poznata kao **“parnična povlastica”** [istaknula autorica]. No, u dva značajna slučaja iz 1833. Lord Brougham LC smatrao je da se pravna profesionalna povlastica odnosi i na korespondenciju kojom je tražen pravni savjet i primljen pravni savjet, i to u trenutku kada se nije razmišljalo o parnici. Ta podvrsta pravne profesionalne povlastice danas je postala poznata kao **“povlastica pravnoga savjeta”** [istaknula autorica].

68. Obrazloženje za prvu podvrstu (tj. **“parničnu povlasticu”**) počiva, u modernim terminima, **na načelima pristupa pravdi, pravilnog provođenja pravde, poštenog suđenja i jednakosti stranaka** [istaknula autorica]. Oni koji sudjeluju u parnici razmišljaju da će im zatrebati profesionalni pravni savjet kako bi učinkovito unaprijedili svoj slučaj u parnici. Kako bi se dobio pravni savjet i kako bi se učinkovito vodio kontradiktorni postupak, korespondencija između odvjetnika i njegova klijenta te odvjetnika i treće strane **kao i svaka komunikacija nastala s dominantnom svrhom korištenja u parnici** [istaknula autorica] mora biti povjerljiva, bez straha da bi ono što je rečeno ili napisano moglo biti otkriveno. Stoga su te vrste korespondencije obuhvaćene “parničnom povlasticom”.

69. Obrazloženje za drugu podvrstu povlastica (tj. **“povlastica pravnoga savjeta”**) jest **da ona unapređuje vladavinu prava** [istaknula autorica]. Građani, tvrtke i druge pravne osobe moraju znati koji je sadržaj prava da bi mogli odlučiti što smiju, a što ne i kako bi upravljali svojim poslovanjem u skladu sa zakonom. Ako građanin ili korporacija želi dobiti savjet o svojim zakonskim pravima i obvezama, konzultiranom odvjetniku moraju se dati sve relevantne činjenice kako bi dao učinkovit savjet. U mnogim je predmetima zaključeno da sve relevantne činjenice neće nužno biti navedene, osim ako se ne daju u povjerenju odvjetniku, a odvjetnik je dužan čuvati te podatke i svoje savjete u tajnosti. Kako bi zaštitili tu povjerljivost i na taj način unaprijedili vladavinu prava, u predmetima je razvijeno pravilo da korespondencija između odvjetnika i klijenata koja je nastala čak i kada se nije razmišljalo o sudskome sporu, neće biti podvrgnuta obveznom otkrivanju osim ako se otkrivanje zakonom izričito ili implicirano traži. “Povlastica pravnoga savjeta” se ne odnosi na korespondenciju dobivenu od treće strane koja se treba pokazati odvjetniku u svrhu dobivanja pravnog savjeta.

#### 71. Opseg “parnične povlastice”

“Povlastica parničnog postupka” s vremenom je proširena i na korespondenciju (koja uključuje i informacije pohranjene u elektroničkom obliku kao i u dokumentarnom obliku) koja se stvara ili tijekom kontradiktornog (za razliku od inkvizitorskog ili istražnog) postupka ili kada se o takvoj parnici razmišlja. **Povlastica očito obuhvaća pravne savjete** [istaknula autorica] koje je odvjetnik dao svojem klijentu za potrebe takve postojeće ili planirane parnice kao i **korespondenciju između odvjetnika i njegova klijenta te odvjetnika i trećih strana** [istaknula autorica], pod uvjetom da se ta komunikacija vrši **isključivo u svrhu ili dominantno u svrhu dobivanja pravnoga savjeta ili vođenja toga spora** [istaknula autorica]. Prilikom odlučivanja o tome je li komunikacija podložna “parničnoj povlastici”, sud mora objektivno razmotriti svrhu osobe ili tijela koje je usmjerilo stvaranje komunikacije.<sup>231</sup>

Alrashid, Wessel i Laird dali su dobar prikaz razlike u pristupu u zemljama kontinentalnog prava od zemalja anglosaksonskoga prava. Oni navode da u zemljama anglosaksonskoga prava, kao što su Sjedinjene Američke Države te Engleska i Wales, povlastica pripada

<sup>231</sup> Ibid.

klijentu, a odvjetnik klijenta dužan je čuvati povjerljive podatke osim ako se klijent odrekne te povlastice.<sup>232</sup>

Pitanje odricanja od povlastice, kao što će biti vidljivo u nastavku ovoga poglavlja, može biti glavno pitanje u slučajevima kada su dokumenti koji su predani odvjetniku predani i trećoj strani koja financira troškove postupka. To proizlazi iz činjenice da se dostava dokumenata koji su zaštićeni povlasticom trećima može tumačiti kao konkludentno odricanje od povlastice.

Koncept povlastice proizlazi iz drukčijega uređenja građanskoga postupka jer u zemljama anglosaksonskoga pravnog kruga stranke imaju obvezu otkriti sve relevantne dokumente za predmet, dakle i one koje im koriste i one koje su za njih nepovoljne, pa je koncept povlastice da se neki dokumenti ipak ne moraju dostaviti razvijen kako bi se smanjio opseg te obveze. Slijedom navedenoga, opće je pravilo u parničnom postupku u zemljama anglosaksonskoga prava (a posljedično i međunarodnoj trgovačkoj i investicijskoj arbitraži) da su stranke obvezne dostaviti sve dokumente koji su relevantni i bitni za ishod spora, osim ako nisu zaštićeni od otkrivanja relevantnom povlasticom.<sup>233</sup>

Iako naizgled proizlazi iz istih razloga, obveza čuvanja odvjetničke tajne u odnosu na stranku je odvojena i različita od opisane povlastice da se neki dokumenti ipak ne moraju dostaviti.<sup>234</sup>

Za razliku od opisanoga pristupa u sustavima anglosaksonskoga prava prema kojem se dostava određenih dokumenata može odbiti iz dvije osnove – odvjetnička tajna i povlastica, u zemljama kontinentalnoga prava odnos odvjetnika i stranke koju zastupa uređen je odvjetničkom tajnom. To je pristup koji je utemeljen na obvezi odvjetnika koja proizlazi iz zakona i koje se stranka koju odvjetnik zastupa ne može odreći. U zemljama kontinentalnoga pravnog kruga koje kao fazu parničnoga postupka nemaju opisano otkrivanje, zakonska je obveza odvjetnika čuvati tajnost u odnosu na njegovu komunikaciju s klijentom, a također je i pravo odvjetnika da ne bude prisiljen odati tajnu koja iz te komunikacije proizlazi. Kao rezultat toga, koncept povlastice u anglosaksonskom pravu, koji postoji kako bi nadjačao obvezu otkrivanja podataka u parničnom postupku, ne postoji u zemljama kontinentalnoga prava.<sup>235</sup>

---

<sup>232</sup> Meriam N. Alrashid, Jane Wessel i John Laird, *Impact of Third Party Funding on Privilege in Litigation and International Arbitration*, 6 *Disp Resol Int'l* 101, 2012., str. 102–112.

<sup>233</sup> *Ibid.*

<sup>234</sup> *Ibid.*

<sup>235</sup> *Ibid.*

Međutim, situacija se komplicira kada se dokumenti dostavljaju trećoj strani koja financira troškove postupka jer se dostava dokumenata trećoj strani koja financira troškove postupka može smatrati odricanjem od opisane povlastice. Naime, treća strana koja financira troškove postupka ulazi u odnos između klijenta i odvjetnika isključivo u svrhu financiranja mogućega sudskog spora ili arbitraže, s time da se u većini slučajeva treća strana uvodi u spor tijekom faze dubinske analize potencijalnog spora, a prije formalnog pokretanja arbitražnog ili parničnog postupka kako bi se razmotrila osnovanost zahtjeva i troškove postupka te financijske posljedice gubitka spora ili uspjeha u sporu. Iz navedenoga proizlazi da se u toj fazi stvara velik broj dokumenata. U odnosu na moguću povlasticu u odnosu stranke i treće strane, dokumenti kojima treća strana može imati pristup mogu se podijeliti u dvije grupe:

- (i) korespondencija između odvjetnika i klijenta koja se odnosi na potencijalnu tužbu i koju čini i dubinska analiza merituma spora ili analiza za potrebe postupka, koja se dostavlja trećoj strani koja je zainteresirana za financiranje troškova postupka;
- (ii) korespondencija koja potječe od same treće strane i koja je dostavljena odvjetniku i klijentu, uključujući i procjenu slučaja.

Razlika je, dakle, u stvaratelju određenoga dokumenta, svrsi stvaranja dokumenta kao i s kim se komuniciralo kada je dokument stvoren. Te su razlike važne u sustavima anglosaksonskoga prava.<sup>236</sup>

Povlastica koja se odnosi na postupak primjenjuje se na bilo koju korespondenciju između odvjetnika (koji djeluje u profesionalnom svojstvu) i klijenta ili između odvjetnika i treće strane, a koja je nastala u svrhu potpore sudskom sporu ili arbitraži i gdje je dominantna svrha komunikacije bila pribaviti pravni savjet, voditi ili pomoći u vođenju postupka. Stoga bi povlastica u parničnom postupku zaštitila prvu grupu dokumenata, dakle dokumente koje su izradili odvjetnici u uobičajenom tijeku svoje analize predmeta. Određeni stupanj neizvjesnosti ipak leži u tome hoće li se ta zaštita nastaviti i nakon što su ti dokumenti dostavljeni trećoj strani (koja nije stranka u postupku, već samo financira troškove postupka), uključujući i u odnosu na naknadnu korespondenciju između odvjetnika i treće strane. Naime, dostava dokumenata trećim osobama smatra se odricanjem od povlastice jer, kao što je spomenuto, povlastica pripada klijentu odvjetnika i klijent je se može odreći. U takvim okolnostima povlastica može biti zaštićena od odricanja ako su dokumenti dostavljeni pod izričitim uvjetom da se pri tome klijent – stranka u postupku ne odriče povlastice, a primatelj (treća strana) preuzima obvezu da će dokumente čuvati u tajnosti. Alternativa tom rješenju je

---

<sup>236</sup> *Ibid.*

povlastica koja proizlazi iz zajedničkog interesa koja proizlazi iz tvrdnje da su, zbog zajedničkog interesa dokumenti koji su dostavljeni trećoj strani koja financira troškove postupka, i dalje zaštićeni povlasticom jer se stranka koja je dostavila dokumente trećoj strani nikada nije odrekla izvorne povlastice. Naime, može se tvrditi da se smatra da treća strana dijeli zajednički interes sa strankom u povjerljivosti komunikacije koju pruža odvjetnik stranci jer ima zajednički interes voditi parnicu ili arbitražu. Slijedom navedenoga, osnova za pravo na ostvarivanje povlastice zajedničkog interesa je zajednički interes povjerljivosti komunikacije.<sup>237</sup>

Komentirajući pravni položaj povlastice u SAD-u Alrashid, Wessel i Laird navode kako je pristup tom institutu prilično konfuzan zbog mnoštva varijacija u pravilima saveznih država i doktrinama. Kada je riječ o povlasticama na saveznoj razini (dakle, s pozicije uređenja federalnim, tj. saveznim propisima) relevantne su dvije vrste povlastica koje su slične: (i) povlastica koja proizlazi iz odnosa odvjetnik – klijent i (ii) povlastica koja obuhvaća dokumente koje čine tzv. proizvod rada odvjetnika (*lawyers' work-product*) ili pojednostavljeno rečeno proizvod rada (*work-product*). Dostava dokumenata trećoj strani stvara rizik da se financirana stranka nenamjerno odrekla povlastice koja proizlazi iz odnosa odvjetnik – klijent. Autori ističu da je stav jurisprudencije dvojak vezano uz pitanje učinka dostave dokumenata trećoj strani, a koji bi potpadali pod proizvod rada odvjetnika te kao takvi bili zaštićeni povlasticom, odnosno pitanja je li dostavom tih dokumenata došlo do odricanja od te povlastice, pa je to pitanje i dalje nerazjašnjeno.<sup>238</sup>

Način da se izbjegne obvezivanje na dostavu dokumenata dakako može biti i *portfolio* financiranje kada treća strana financiranje vrši putem odvjetničkog ureda jer ako prema ugovoru o financiranju između treće strane i odvjetnika postoji dogovor da treća strana neće imati uvid u opisanu korespondenciju. U tom se slučaju ne može govoriti o odricanju prava stranke/klijenta na povlasticu.

## **ii. Otkrivanje dokumenata**

Prethodna analiza instituta odvjetničke tajne i povlastice bila je potrebna kako bi se moglo razriješiti dvojbe koje se mogu otvoriti kako tijekom arbitražnoga postupka tako i sudskoga postupka povezanoga s arbitražnim postupkom, a koje se na njih odnose.

Naime, kako se pravilno ističe u Izvješću Radne skupine ICCA – Queen Mary, u vezi s ovim institutima otvara se temeljno pitanje o tome jesu li dokumenti stvoreni i/ili u posjedu treće

---

<sup>237</sup> *Ibid.*

<sup>238</sup> *Ibid.*

osobe koja će financirati troškove postupka zaštićeni od otkrivanja tijekom arbitražnoga postupka. Odgovor na to pitanje treba se dati s gledišta prava koje je mjerodavno za odvjetničku tajnu odnosno povlasticu, a ne po pravu koje je mjerodavno za arbitražni postupak.

Naime, stranke mogu tražiti od nadležnoga suda da odredi da se konkretan spor ima riješiti u arbitražnom postupku ili pak prigovoriti da spor ne može biti predmet rješavanja u arbitražnom postupku pa tražiti od nadležnoga suda da zabrani vođenje arbitražnog postupka za konkretan spor. Stranke mogu od državnog suda tražiti i određivanje privremene mjere. Nakon što je pravorijek donesen, stranke mogu tražiti njegovo priznanje i ovrhu, ali mogu tražiti i poništaj pravorijeka.<sup>239</sup> U svakom od tih slučajeva mogu se pojaviti činjenična pitanja i, u nekim jurisdikcijama, može se u svrhu dokazivanja tvrdnji tražiti i dostava odnosno otkrivanje dokumenata od suprotne strane. U predmetima s međunarodnim elementom može biti neizvjesno koje je pravo mjerodavno za utvrđivanje postoji li povlastica ili ne. Mogućnost zaštite dokumenata od otkrivanja vjerojatno je ipak veća ako bi se traženi dokumenti smatrali povlaštenima po nekom drugom, moguće mjerodavnom pravu koje se primjenjuje na odnos odvjetnik – klijent, ili prema standardima primjenjivim u konkretnom arbitražnom postupku.<sup>240</sup>

Izješće Radne skupine ICCA – Queen Mary analizira i pitanje hoće li biti moguće pozvati se na povlasticu ili odvjetničku tajnu u fazi produkcije dokumenata tijekom arbitražnoga postupka u odnosu na dokumente koji su bili stvoreni tijekom procjene treće strane u postupku odluke o financiranju troškova postupka kao i dokumente koje je financirana stranka dostavila trećoj strani jer, kao što je obrazloženo, dostava dokumenata trećoj strani može se smatrati odricanjem od povlastice. Izješće uzima u obzir razliku između kontinentalnoga i anglosaksonskog prava pa u odnosu na zemlje anglosaksonskoga prava navodi kako, kada se treća strana koja razmatra mogućnost financiranja troškova nekoga postupka konzultira sa

---

<sup>239</sup> Zakon o arbitraži (Narodne novine, br. 88/01.), primjerice, čl. 44. i 45. uređuje sudske privremene mjere osiguranja tražbine kao i pravnu pomoć suda u izvođenju dokaza. Ti članci glase:

“Članak 44.

Stranka u arbitražnom postupku može se obratiti sudu radi određivanja privremenih mjera osiguranja tražbine. Zahtjev jedne od stranaka upućen sudu prije ili u tijeku arbitraže za određivanje privremenih mjera osiguranja tražbine i određivanje takvih mjera nije u nesuglasju s ugovorom o arbitraži.

Članak 45.

(1) Arbitražni sud, ili jedna od stranaka uz odobrenje arbitražnog suda, mogu od nadležnog suda zatražiti pravnu pomoć radi izvođenja određenih dokaza koje sam arbitražni sud ne bi mogao izvesti.

(2) Na postupak za izvođenje dokaza pred zamoljenim sudom u Republici Hrvatskoj primjenjuju se odredbe o izvođenju dokaza pred zamoljenim sudom.

(3) Arbitri su ovlašteni sudjelovati u postupku izvođenja dokaza pred zamoljenim sudom i postavljati pitanja osobama koje sud saslušava.”

<sup>240</sup> *Op. cit.* u bilj. 54, str. 142–143.

svojim vanjskim odvjetnicima kako bi donijela odluku o tome hoće li financirati određeni predmet, informacije koje traži i dobije su pokrivena povlasticom ili njezinim ekvivalentom u kontinentalnom pravnom krugu kao što je npr. odvjetnička tajna koja proizlazi iz odnosa odvjetnik – klijent. Situacija u kojoj treća strana konzultira svoje zaposlenike koji su ujedno i pravnici za isti savjet zahtijeva, prema Izvješću, ipak dodatnu analizu. Ako bi se treća strana s njima konzultirala u svojstvu tih osoba kao odvjetnika (a ne kao pravnih savjetnika), tada bi većina jurisdikcija anglosaksonskog prava priznala da je dokumentacija koja proizlazi iz takvog savjetovanja bila također zaštićena od otkrivanja povlasticom pravnoga savjeta ili njezinim ekvivalentom. To, međutim, naglašava potrebu da treća strana pažljivo razmotri pitanja koja se odnose na povlastice kao i pitanje načina na koji raspoređuju zaposlenike s pravnim kvalifikacijama. Bilo koji drugi dokument koji je izradila treća strana – ali ne odvjetnici – prema iznesenim stavovima u Izvješću vjerojatno neće biti zaštićen povlasticom pravnoga savjeta, no vjerojatno bi bio pokriven parničnom povlasticom/povlasticom proizvoda rada. Situacija je nejasna u zemljama kontinentalnoga pravnog kruga jer se pravila o profesionalnoj tajni razlikuju u pojedinim jurisdikcijama i ovise o profesionalnom statusu osobe kojoj se informacije daju, pravu klijenta da te informacije širi i činjenici da osoba na koju se odnosi obveza čuvanja tajne koju je saznala u obavljanju profesionalne djelatnosti ili njezinoga klijenta, da u određenim okolnostima nema obvezu čuvati te informacije kao tajnama. Mnoge od tih jurisdikcija neće treću osobu smatrati pripadnikom profesije koja sama po sebi ima status koji je obvezuje na čuvanje profesionalne tajne, što znači da je jedina šansa da ti dokumenti ostanu izvan dosega protivne strane i tribunala da treća strana imenuje odvjetnike koji će razmotriti predmet i predloženo ulaganje te tako iskoristiti odvjetničku tajnu kao pokriće za nedostavu dokumenata.<sup>241</sup> Hoće li ovo posljednje biti odgovarajući pristup, teško je reći.

Dosadašnja analiza, međutim, otvara daljnje pitanje – koje su posljedice nedostave dokumenata u arbitražnim postupcima. Naime, ne bi iznenadilo da financirana stranka pod svaku cijenu želi izbjeći dostavu dokumenata koji proizlaze iz njezina odnosa s trećom stranom koja financira troškove postupka jer ti dokumenti mogu sadržavati osjetljive informacije u odnosu na moguće procesne prigovore, meritum spora, ali i u odnosu na plaćanje troškova suprotne strane u slučaju gubitka spora. Financirana stranka u načelu želi izbjeći situaciju da mora položiti sredstvo osiguranja troškova postupka (u vidu npr. bankarske garancije na prvi poziv) jer je to dodatno financijsko opterećenje i dodatno

---

<sup>241</sup> *Ibid.*, str. 139–140.

produljuje postupak. Zbog svih navedenih razloga financirane stranke će u pravilu pristati otkriti identitet treće strane koja financira troškove postupka, ali će se boriti protiv dostave dokumenata koji proizlaze iz toga odnosa.

Zaključno, pitanje odvjetničke tajne i povlastice, uključujući i negativne učinke odbijanja dostave dokumenata kada je tu dostavu naložio sam tribunal, razmotrit će se s gledišta IBA-ovih Pravila o izvođenju dokaza u međunarodnoj arbitraži<sup>242</sup>, koja se u međunarodnoj arbitraži vrlo često primjenjuju, a posebno onda kada mjerodavno pravo i arbitražna pravila nemaju odredbu ili je odredbu potrebno razraditi odnosno dopuniti. Kao što je obrazloženo IBA-ova Pravila su neobvezujuća pravila, tj. *soft law*.

IBA-ova Pravila o izvođenju dokaza u čl. 9. pod naslovom “Dopuštenost i ocjena dokaza” uređuju ne samo dostavu i dopuštenost dokaza, nego posljedično i povlasticu, to jest situaciju kada stranka nije u obvezi dostaviti pojedine dokumente kao i gore opisani nepovoljni zaključak (*adverse interference*), odnosno situaciju kada stranka neopravdano odbije dostaviti dokaz.

Članak 9. IBA-ovih Pravila:

*Dopuštenost i ocjena dokaza*

1. Arbitražni sud utvrđuje prihvatljivost, relevantnost, osnovanost i težinu dokaza.
2. Arbitražni će sud, na zahtjev stranke ili po službenoj dužnosti, isključiti iz dokaza ili predočjenja bilo koji dokument, izjavu, usmeno svjedočenje ili inspekciju, u cijelosti ili djelomično, iz bilo kojeg od sljedećih razloga: (a) u nedostatku relevantnosti za predmet spora ili za ishod spora; (b) pravnu zapreku ili povlasticu prema pravnim ili etičkim pravilima koje je Arbitražni sud utvrdio primjenjivima (vidi članak 9.4 u nastavku); (c) ako njihova dostava predstavlja nerazuman teret; (d) ako su dokumenti izgubljeni ili uništeni te je razumnom vjerojatnošću dokazano da je do toga došlo; (e) zbog poslovne ili tehničke povjerljivosti za koje Arbitražni sud utvrdi da su uvjerljivi; (f) zbog posebne političke ili institucionalne osjetljivosti (uključujući dokaze koje je vlada ili javna međunarodna institucija označila kao tajne) za koje razloge Arbitražni sud utvrdi da su uvjerljivi; ili (g) zbog procesne ekonomičnosti, proporcionalnosti, pravičnosti ili jednakosti stranaka za koje Arbitražni sud utvrdi da su uvjerljivi.
3. Arbitražni sud može, na zahtjev stranke ili po službenoj dužnosti, isključiti dokaze pribavljene nezakonito.
4. Prilikom razmatranja pitanja pravne zapreke ili povlastice prema članku 9.2(b), i u mjeri u kojoj to dopuštaju primjenjiva obavezna pravna ili etička pravila, Arbitražni sud može uzeti u obzir: (a) svaku potrebu kako bi se zaštitila povjerljivost stvorenog dokumenta ili izjave ili usmene komunikacije u vezi i u svrhu pružanja ili dobivanja pravnoga savjeta; (b) svaku potrebu za zaštitom povjerljivosti stvorenog dokumenta ili izjave ili usmene komunikacije u vezi i u svrhu pregovora o nagodbi; (c) očekivanja stranaka i njihovih savjetnika u trenutku za koji tvrde da je opisana pravna zapreka ili

---

<sup>242</sup> IBA-ova Pravila o izvođenju dokaza u međunarodnoj arbitraži usvojena odlukom Vijeća Međunarodne odvjetničke komore od 17. prosinca 2020. Pravila su dostupna na: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>.



*povlastica nastala; (d) svako moguće odricanje od bilo koje primjenjive pravne zapreke ili povlastice na temelju pristanka, ranijeg otkrivanja, upotrebe dokumenta, izjave, usmene komunikacije ili savjeta sadržanih u njemu ili na neki drugi način; i (e) potrebu održavanja pravičnosti i jednakosti između stranaka, osobito ako podliježu različitim pravnim ili etičkim pravilima.*

*5. Arbitražni sud može, prema potrebi, poduzeti potrebne mjere kako bi se omogućilo iznošenje dokumenata i iznošenje dokaza podložnih odgovarajućoj zaštiti povjerljivosti.*

*6. Ako stranka bez zadovoljavajućeg objašnjenja ne dostavi bilo koji dokument zatražen u Zahtjevu za dostavu na koji nije uložila pravodobni prigovor ili ne dostavi bilo koji dokument za koji je Arbitražni sud naložio da ga dostavi, Arbitražni sud može zaključiti da bi takav dokument bio štetan za interese te stranke.*

*7. Ako stranka bez zadovoljavajućeg objašnjenja ne stavi na raspolaganje bilo koji drugi relevantni dokaz, uključujući svjedočenje koje traži jedna stranka, a na koju se stranka kojoj je zahtjev upućen nije pravodobno usprotivila ili ne dostavi bilo koji dokaz, uključujući svjedočenje, po nalogu Arbitražnoga suda, Arbitražni sud može zaključiti da bi takvi dokazi bili štetni za interese te stranke.*

*8. Ako Arbitražni sud utvrdi da stranka u izvođenju dokaza nije postupala u dobroj vjeri, može, uz sve druge mjere dostupne prema ovim pravilima, uzeti u obzir takav propust prilikom odlučivanja o troškovima arbitraže, uključujući i troškove koji proizlaze iz ili u vezi s izvođenjem dokaza.<sup>243</sup>*

Kao što to slijedi iz čl. 9. IBA-ovih Pravila tribunali imaju diskrecijsku ovlast da odluče hoće li pojedini dokaz smatrati povlaštenim i prihvatiti tvrdnju da kao takav ne mora biti dostavljen ili će zauzeti suprotan stav i iz činjenice da neki dokument nije dostavljen suprotno nalogu tribunala izvući nepovoljan zaključak za stranku u postupku. Upravo su stoga pitanja povlastice i odvjetničke tajne od ključne važnosti i u odnosu na treću stranu koja nije stranka u postupku, već samo financira troškove postupka i kojoj je dostavljena dokumentacija koja bi bila zaštićena povlasticom ili odvjetničkom tajnom kao i dokumentacija koju je u odnosu s financiranom strankom sama treća strana razvila (i najvjerojatnije većim dijelom dostavila toj stranci) od ključne važnosti jer mogu djelovati kao prepreka dostavi tih dokumenata u fazi produkcije dokumenata tijekom arbitražnoga postupka.

Navedena razmatranja dovode do zaključka da stranka koja namjerava koristiti financiranje troškova postupka treba biti oprezna već u odabiru odvjetnika. To je tako jer će se pitanje odvjetničke tajne i povlastice u odnosu na gore opisanu produkciju dokumenata razrješavati prema pravu mjerodavnom za odvjetnički ured koji zastupa stranku. Ta činjenica dodatno objašnjava zašto odvjetnički uredi i financiranje cvjetaju u zemljama anglosaksonskoga prava. Povlastica, za razliku od odvjetničke tajne, strankama daje puno šire polje obrane od dostave dokumenata.

---

<sup>243</sup> *Ibid.*

#### 4) Kontrola postupka i rješavanje spora nagodbom

Kontrola postupka i rješavanje spora nagodbom usko su vezane teme jer iz kontrole postupka proizlazi i mogućnost rješavanja spora nagodbom, pa se ta dva pitanja obrađuju zajedno.

##### i. Analiza

Izvješće Radne skupine ICCA – Queen Mary analiziralo je tko kontrolira postupak postoji financiranje sredstvima treće strane. Prema Izvješću pitanje kontrole treće strane nad postupcima koje financira u svojoj je biti pitanje na koje treba tražiti odgovor u svakom pojedinačnom ugovoru o financiranju. Ugovori o financiranju značajno se razlikuju pa ne postoji općeprihvaćeni standard o tome kada je kontrola treće strane nad postupcima pretjerana. Osim toga, vrlo je vjerojatno da će uvjeti ugovora o financiranju biti povjerljivi i neće biti otkriveni ni tribunalu (ili sudu ako je riječ o parničnom postupku), ni suprotnoj strani u sporu. U tom je dijelu važno napomenuti da ni CETA (a ni Izvješće) ne propisuje ili zagovara izričito otkrivanje odredaba samoga ugovora o financiranju, pa se stoga čini da će se otkrivanje uvjeta ugovora o financiranju naložiti samo u iznimnim okolnostima.<sup>244</sup>

Odredbe o financijskoj kontroli nad predmetom, a posebno ponudama za nagodbu, usko su povezane s interesom treće strane za ishod postupka. Sklapanjem ugovora o financiranju treća strana preuzima puni rizik neuspjeha predmeta u odnosu na troškove postupka stranke koju financira s time da će se taj rizik i isplatiti u slučaju da financirana stranka uspije u sporu pa je stoga normalno da će treća strana pokušati osigurati određeni stupanj kontrole nad financiranim sporom. Zanimljivo je da se samo osiguravanje sredstava ne smatra kontrolom postupka, pa se stoga u slučaju strateškog financiranja troškova postupka gdje se financiranje vrši iz filantropskih razloga, čini vrlo malo vjerojatnim da bi treća strana na bilo koji način kontrolirala postupak. U slučaju standardnog financiranja glavna je svrha financiranja ostvarivanje dobiti te su financijske posljedice namirenja međusobno povezane s ugovornim pravima ulagatelja da kontrolira strateške odluke u predmetu. Kada je riječ o strateškom financiranju, utuženi i dosuđeni iznos čini se nije relevantan sve dok je pošten za financiranu stranku pa bi u tom slučaju i sama činjenica da je stranka (najčešće tužitelj) financirana mogla potaknuti rješavanje spora nagodbom. Naime, prema saznanjima autora Izvješća, u takozvanom scenariju David protiv Golijata, jača strana obično zloupotrebljava svoju financijsku nadmoć i pokušava sabotirati slabiju stranku prijetnjom skupim parnicama. Slijedom toga, strateško financiranje izjednačava pozicije stranaka i ne predstavlja prepreku

---

<sup>244</sup> *Op. cit.* u bilj. 54, str. 174–175.

mirnom rješavanju sporova. Ako u slučaju klasičnoga financiranja, gdje je glavni motiv treće strane ostvarivanje dobiti od uloženi sredstava u financiranje spora, dođe do spora oko ponuđene nagodbe između treće strane koja financira troškove postupka i financirane stranke, odgovor kako će se taj spor riješiti i tko će imati odlučujući utjecaj na prihvaćanje nagodbe treba tražiti u samom tekstu ugovora o financiranju koji nije, kao što je spomenuto, tipiziran i varira od slučaja do slučaja. Uobičajena je praksa u slučaju klasičnoga financiranja da ako do takvoga spora dođe, treća strana koja financira troškove postupka može raskinuti ugovor o financiranju, osobito kada treća strana nema pravo veta na uvjete nagodbe. Može se očekivati da slične odredbe postoje i u slučaju strateškoga financiranja.<sup>245</sup>

Dos Santos zaključuje da financiranje treće strane negativno utječe na mogućnost rješavanja spora nagodbom jer financirana strana ionako ne nosi financijski rizik u slučaju neuspješnog ishoda i nema što izgubiti u postupku, ali može puno dobiti prihvatiti li tribunal njezin odštetni zahtjev. S druge pak strane treća strana koja financira troškove postupka mogla bi biti sklonija bržem i sigurnijem načinu rješavanja spora u vidu nagodbe jer time izbjegava dugotrajan postupak čije troškove financira kao i ishod koji može tek predvidjeti. Upravo zbog suprotstavljenih interesa u pogledu sklapanja nagodbe ugovor o financiranju ponekad uređuje pitanje nagodbe, to jest tko je taj koji će donijeti konačnu odluku hoće li se spor završiti nagodbom, treća strana koja financira troškove postupka ili financirana stranka.<sup>246</sup> Na taj se zaključak dovezuje i zaključak Stikareve i dr., koji smatraju da sama činjenica da je stranka u sporu financirana sredstvima treće strane upućuje na mogućí zaključak da je njezin zahtjev osnovan, što može utjecati na volju suprotne strane da spor riješi nagodbom.<sup>247</sup>

Rodak smatra kako, unatoč argumentima koje iznose oni koji vjeruju da financiranje parnica potiče nagodbu, stvarnost ipak ostaje da tužitelj u sporu ostvaruje svoju tražbinu (koja može biti znatno veća od objektivne vrijednosti njegova potraživanja), pa stoga takva stranka neće biti sklona prihvatiti ponudu za nagodbu nižu od iznosa koji može ostvariti u sporu. Njezin je stav da je potrebna reforma koja promovira učinkovitost nagodbe usprkos činjenici da financiranje sporova zadovoljava dosad neispunjenu potrebu dajući tužiteljima sredstva potrebna za ostvarivanje njihovih potraživanja i povećava njihovu pregovaračku moć, a sve

---

<sup>245</sup> *Ibid.*

<sup>246</sup> Caroline Dos Santos, *Third-Party Funding in International Commercial Arbitration: A Wolf in Sheep's Clothing*, 35 ASA Bull. 918 (2017.), str. 924–926.

<sup>247</sup> Elena Sitkareva, Yulia Artemyeva & Svetlana Mendosa-Molina: *Third-Party Funding: Practical, Ethical And Procedural Issues*; 6th International Conference on Education and Social Sciences: Proceedings of INTCESS 2019, 4-6 February 2019, Dubai, U.A.E. dostupno na: [https://www.researchgate.net/publication/336103881\\_THIRD-PARTY\\_FUNDING\\_PRACTICAL\\_ETHICAL\\_AND\\_PROCEDURAL\\_ISSUES](https://www.researchgate.net/publication/336103881_THIRD-PARTY_FUNDING_PRACTICAL_ETHICAL_AND_PROCEDURAL_ISSUES).

kako bi se spriječilo da industrija financiranja postupaka procvjeta uz visoku cijenu kapitala.<sup>248</sup>

Europska je unija prepoznala opasnosti koje mogu proizaći iz činjenice da pitanje financiranja troškova postupka nije uređeno, što je razlog da se i unutar Europske unije ubrzala normativna aktivnost na tom području. To je rezultiralo Prijedlogom direktive Europskoga parlamenta i Vijeća o regulaciji financiranja sudskih sporova koje osiguravaju treće strane sadržane u Nacrtu izvješća od 17. lipnja 2021.<sup>249</sup>

Vežano uz kontrolu postupka i moguće sklapanje nagodbe u Preambuli Prijedloga direktive navodi se:

*(11) Države članice trebale bi osigurati da na odluke u vezi s relevantnim pravnim postupcima, uključujući odluke o nagodbi, neopravdano ne utječe treća strana koja financira troškove parnice na način koji bi bio štetan za interese tužitelja kojih se taj postupak tiče.*<sup>250</sup>

*28) Trebalo bi uspostaviti dodatne uvjete kako bi se osiguralo da treća strana koja financira troškove parnice ne utječe na odluke tužitelja tijekom postupka na način koji bi bio od koristi samo trećoj strani koja financira troškove parnice, a posebno trećoj strani ne bi trebalo biti dopušteno da usmjerava ili utječe na odluke o tome kako se predmet vodi, koji su interesi prioritetni ili treba li tužitelj prihvatiti određeni ishod, pravorijek ili nagodbu.*<sup>251</sup>

Prijedlog Direktive u članku 13. propisuje:

*Države članice će osiguravati da trećoj strani koja financira troškove postupka nije dopušteno utjecati na odluke tužitelja tijekom postupka. U tu svrhu, bilo koja klauzula u ugovorima o financiranju s trećom stranom koja financira troškove parnice koja daje ovlast trećoj strani da donosi ili utječe na odluke u vezi s postupkom bit će ništetna. Svaka takva klauzula ili dogovor koji se sastoji, među ostalim, od sljedećeg: (a) davanje izričite ovlasti trećoj strani koja financira troškove postupka da donosi odluke ili utječe na odluke tijekom postupka, kao što je u vezi s utuženim potraživanjima, rješavanje spora nagodbom ili upravljanje troškovima povezanim s postupkom; (b) davanje kapitala ili bilo kojeg drugog resursa u novčanoj vrijednosti za potrebe financiranja postupaka koji su uvjetovani odobrenjem treće strane za namjensku i točno određenu svrhu bit će ništetna.*<sup>252</sup>

Pitanje kontrole postupka kad postoji financiranje sredstvima treće strane razmotrio je i Odbor za poništenje pravorijeka pri ICSID-u u svojoj odluci od 29. svibnja 2019. u predmetu *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. vs. Argentine*

---

<sup>248</sup> Mariel Rodak: It's About Time: A Systems Thinking Analysis of the Litigation Finance Industry and Its Effect on Settlement; University of Pennsylvania Law Review [Vol. 155: 503] (2006); str. 523.

<sup>249</sup> Izvjestitelj Axel Voss: Draft report with recommendations to the Commission on Responsible private funding of litigation (2020/2130(INL)); 17. 6. 2021. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the regulation of third-party litigation funding;  
[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934_EN.pdf).

<sup>250</sup> *Ibid.*

<sup>251</sup> *Ibid.*

<sup>252</sup> *Ibid.*

*Republic*<sup>253</sup>. Riječ je o investicijskoj arbitraži u kojoj je Burford financirao španjolske tužitelje, a kako je nad tužiteljima u Španjolskoj bio otvoren stečaj, Argentina je u tom postupku došla do ugovora o financiranju i ugovora o ustupu sklopljenih između tužitelja (španjolskih trgovačkih društava) i treće strane – Burforda koji je financirao troškove arbitraže. Argentina je isticala da iz ugovora o financiranju proizlazi da treća strana ima kontrolu nad postupkom, pa je stoga ona prava stranka u postupku. Odbor je taj prigovor odbio sa sljedećim obrazloženjem:

*185. Bit argentinskog argumenta je da je Ugovor o financiranju nezakonit, prvo zato što podrazumijeva prijenos tužiteljevih potraživanja u arbitraži na Burford [financiratelj, op. aut.], a drugo zato što je taj ugovor omogućio Burfordu kontrolu nad arbitražnim postupkom, pri čemu nije poštovana priznata dobra praksa usmjerena na izbjegavanje sukoba interesa.*

*186. U prvom redu Odbor smatra da činjenica da je Ugovor o financiranju u suprotnosti s javnim poretkom ili međunarodnim pravom te s ciljem i svrhom ICSID konvencije sama po sebi nije dovoljna za poništenje pravorijeka na temelju čl. 52. (1)(d) ICSID konvencije. Kako bi Odbor poništio pravorijek po toj osnovi, Argentina treba utvrditi ozbiljno odstupanje od temeljnog pravila postupka u arbitražnom postupku. Sama činjenica da je Ugovor o financiranju nezakonit ili protivan javnom poretku ne znači nužno ozbiljno odstupanje od temeljnog pravila postupka.*

*190. Argentina tvrdi da je Ugovor o financiranju nepropisno nametnuo prisutnost King & Spaldinga kao savjetnika tužitelja, što predstavlja vršenje kontrole nad sporom.*

*191. Članak 5.1 Ugovora o financiranju predviđa, s tim u vezi, da će “Tužitelj, financiratelj i imenovani odvjetnici, odmah ovlastit imenovane odvjetnike da pripreme tužbu, podnesu zahtjev za arbitražu, pokrenu arbitražni postupak te ovrše svaku odluku povoljnu za tužitelja”. Izabrani odvjetnici su King & Spalding.*

*192. Ponajprije treba napomenuti da je King & Spalding bio odvjetnik tužitelja u predmetu prije sklapanja Ugovora o financiranju, pa nema sumnje da su King & Spalding odabrali tužitelji, a ne Burford. Odbor, osim toga, ne vidi kako bi odredba iz Ugovora o financiranju kojom je deklarirano koji odvjetnik zastupa financirane stranke i koja propisuje da promjene u zastupanju mogu biti učinjene jedino sporazumno između ugovornih strana, predstavljala zlonamjernu kontrolu financiratelja nad predmetom. (...) Također, činjenica da financirana strana preuzima obvezu davanja naloga odvjetniku ne znači da bi takav odvjetnik prestao zastupati tu financiranu stranku ili da je financiratelj na ikoji način preuzeo kontrolu nad predmetom. Konačno, Argentina je propustila identificirati temeljno pravilo postupka koje bi kršile navedene odredbe Ugovora o financiranju.*

*193. Argentina nadalje tvrdi da je Ugovor o financiranju rezultirao neprimjerenim miješanjem Burforda u arbitražu. Argentina se, u tom smislu, oslanja na činjenicu da Ugovor o financiranju predviđa obvezu tužitelja da prihvate nagodbu pod određenim uvjetima, da Ugovor o financiranju uspostavlja dužnost suradnje, na postojanje ograničenja prava tužitelja pokrenuti druge pravne postupke, te činjenicu da je Burford imao pravo pristupa informacijama u vezi sa slučajem.*

---

<sup>253</sup> Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. vs. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/09/1), Decision on Argentina’s Application for Annulment, May 29, 2019, dostupno na: [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C520/DS12192\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C520/DS12192_En.pdf).

194. Argentina ponovno ne identificira temeljno pravilo postupka koje bi navedene odredbe Ugovora o financiranju prekršile. Kao što je gore rečeno, Kodeks ponašanja Udruge financiratelja sudskih sporova ne spada u temeljna procesna pravila u postupku ICSID-a. Argentina se poziva i na mišljenje prof. Catherine Kessedjian vezano uz dobru praksu u financiranju troškova postupka kao i na odluku Pariške odvjetničke komore. Međutim, Argentina nije dokazala da bi bilo koja od odredaba Ugovora o financiranju koju kritizira mogla na bilo koji način predstavljati neprimjereno Burfordovo miješanje u arbitražu. Članak 3.2 u osnovi predviđa sporazum između treće strane i financirane stranke da će se prihvatiti bilo koju nagodbu u najmanjem iznosu 250 milijuna USD bez potrebe za daljnjim dogovorom. To je ništa više od dogovora između stranaka u Ugovoru o financiranju o razumnom iznosu namirenja. Odbor ne nalazi u argumentima Argentine nikakav dokaz da takav sporazum lišava tužitelje njihove kontrole nad predmetom. Isto tako, odredbe koje se odnose na obavezu suradnje tužitelja u osnovi imaju za cilj osigurati da će tužitelji pružiti King & Spaldingu potrebnu podršku i informacije kako bi njihov tužbeni zahtjev bio uspješan. Ako ništa drugo, te odredbe pokazuju da su King & Spalding cijelo vrijeme dobivali upute od strane tužitelja, a ne od Burforda. Čini se posve razumnom i činjenica da su se tužitelji obvezali da neće pokretati druge pravne postupke koji bi mogli štetiti arbitraži. Konačno, Odbor ne razumije zašto bi pravo treće strane na pristup informacijama u vezi predmeta predstavljalo nedopušteno miješanje King & Spaldinga u vođenje obrane tužitelja.

195. Naposljetku, Argentina je spomenula mogućnost da bi Ugovor o financiranju rezultirao sukobom interesa između King & Spaldinga i treće strane. Argentina, međutim, nije precizirala na koje se sukobe interesa odnosi i zašto bi oni trebali biti relevantni za odluku Odbora. Argentina doista nije prikazala bilo kakav sukob interesa koji proizlazi iz Ugovora o financiranju, a koji uključuje tužitelje, King & Spaldinga ili bilo kojeg člana Tribunala.

196. Ukratko, Argentina nije detektirala niti jedno temeljno pravilo postupka koje bi bilo u suprotnosti s Ugovorom o financiranju. Također nije pružila nikakav dokaz zašto bi Ugovor o financiranju predstavljao neprikladnu ili zlonamjernu kontrolu nad slučajem od strane Burforda. Na temelju prethodno navedenog, Odbor zaključuje da Tribunal nije odstupio od nijednog temeljnog pravila postupka u pogledu Ugovora o financiranju i uloge Burforda.<sup>254</sup>

## ii. Zaključna razmatranja

Iz dosadašnje analize vidljivo je da stručna javnost prepoznaje kao otvoreno pitanje kontrolu koju treća strana koja financira postupak ima nad postupkom kao i utjecaj te kontrole na mogućnost sklapanja nagodbe.

Jedan broj autora smatra da činjenica da je rizik spora u cijelosti na trećoj strani koja financira troškove postupka može djelovati odvratajuće na sklapanje nagodbe, to jest mirno rješenje spora zbog činjenice da financirana stranka nema što izgubiti jer ne snosi rizike povezane s parnicom, pa stoga neće biti sklona sklapanju nagodbe jer u sporu može dobiti viši iznos. Također, postoji ujednačen stav da se pitanje kontrole uređuje ugovorom o financiranju koji nije tipski ugovor, nije reguliran, pa će stoga konačni zaključak o tome tko ima kontrolu nad

---

<sup>254</sup> *Ibid.*, str. 56–60.

postupkom i eventualnim sklapanjem nagodbe trebati potražiti u odredbama samoga ugovora o financiranju.

Posebno je važan citirani Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o regulaciji financiranja sudskih sporova koje osiguravaju treće strane jer postavlja normativni okvir za ugovore o financiranju upravo u odnosu na kontrolu postupka i posljedično sklapanje nagodbe.

Iako je riječ tek o prijedlogu, bude li ta direktiva usvojena i transponirana u nacionalno pravo zemalja članica EU-a, to će pitanje barem dijelom biti normirano jer, ostane li izričaj gore navedenoga članka 13. jednak ili sličan, odredbe ugovora o financiranju koje daju trećoj strani preveliku kontrolu nad postupkom i sklapanjem nagodbe bit će ništetne.

Činjenica da je polje primjene Prijedloga direktive suženo samo na klasično financiranje – dakle, ono koje je usmjereno na ostvarivanje dobiti, pokazuje da ni Europska unija nije svjesna opasnosti koje mogu proizaći iz strateškoga financiranja. Kako je riječ tek o prijedlogu, možemo se nadati da će u javnoj raspravi biti upozoreno na opasnosti koje proizlaze iz strateškoga financiranja te da će i taj oblik financiranja biti obuhvaćen konačnim tekstom direktive.

Izvješće Radne skupine ICCA – Queen Mary također zaključuje da, budući da strateško financiranje nije usmjereno prema ostvarivanju dobiti pa utuženi i dosuđeni iznos, čini se, nije relevantan sve dok je pošten za financiranu stranku, ne postoji ni potreba kontroliranja postupka i eventualnog sklapanja nagodbe. Ti se zaključci također ne mogu prihvatiti jer opisani slučaj Hogan pobija oba zaključka – i da treća strana koja financira postupak nema kontrole nad postupkom i posljedično nema utjecaja na volju stranke da sklopi nagodbu.

Kritičari tako opreznoga razmišljanja mogli bi reći da je slučaj Hogan iznimka, a ne pravilo, zbog koje nije nužno urediti strateško financiranje na isti način kao i klasično u odnosu na pitanje kontrole postupka, no takav zaključak je pogrešan iz jednostavnog razloga što trenutačno nije moguće izvesti takav zaključak budući da su ugovori o financiranju u daleko najvećem broju slučajeva tajni.

Upravo slučaj Hogan pokazuje da strateško financiranje itekako može biti opasno i da korist od financiranja ne mora biti isključivo u novcu, već se može ostvariti u vidu uništavanja konkurencije, utjecaju na postupanje države u reguliranju određenoga područja u slučajevima investicijske arbitraže, osvete, ali i puno širim koristima koje mogu zadirati u temeljna prava kao što su sloboda govora. Slijedom navedenoga Prijedlog direktive Europskog parlamenta i

Vijeća o regulaciji financiranja sudskih sporova koje osiguravaju treće strane itekako treba dopuniti na način da se regulira strateško financiranje i kontrolu nad postupkom i u slučaju strateškoga financiranja.

Završno, iz svega do sada navedenoga proizlazi da treća strana ima kontrolu nad postupkom što, po mišljenju mnogih, ne znači da je ta kontrola prevladavajuća u odnosu na stranku koju financira i ovisi o dogovoru stranaka materijaliziranom u ugovoru o financiranju. Pa ipak, zdrav razum nalaže da efektivna kontrola postupka, a time i sklapanja nagodbe, od strane treće osobe postoji i u strateškom i klasičnom financiranju bez obzira na ugovor o financiranju jer je treća strana ta koja plaća troškove postupka. Treća strana u svakom trenutku, uz doduše neke posljedice koje će se rješavati u nekom drugom postupku ili sporu, može prekinuti financiranje troškova postupka, što može dovesti čak i do obustave postupka koji financira (zbog, primjerice, neplaćanja administrativnih pristojbi u institucijskoj arbitraži), ali u tom je slučaju treća strana na gubitku jer nije ostvarila cilj financiranja koji je tek rijetko filantropski.

## 5) Visina štete

Statistički podaci utužene štete koji su dostupni u investicijskim arbitražama pokazuju da tužitelji redovito postavljaju previsoke tužbene zahtjeve, pri čemu ne postoje istraživanja koja bi upućivala na to da je utužena visina štete stvarno i posljedica financiranja troškova postupka sredstvima treće strane. Takvi podaci ne postoje u odnosu na trgovačke arbitraže kao ni parnične postupke. U odnosu na parnični postupak previsoko postavljen tužbeni zahtjev koji rezultira prihvaćanjem samo manjeg dijela tužbenoga zahtjeva neće imati utjecaja na visinu dosuđenih troškova u zemljama u kojima se primjenjuje tzv. američko pravilo<sup>255</sup> prema kojemu u pravilu svaka stranka snosi svoje troškove postupka. Situacija je drukčija u zemljama koje prihvaćaju tzv. englesko pravilo<sup>256</sup>, kao što je i Republika Hrvatska<sup>257</sup>. U tim

---

<sup>255</sup> Tzv. *American Rule* – američko pravilo zadano je pravno pravilo u Sjedinjenim Državama koje kontrolira procjenu odvjetničkih honorara proizašlih iz sudskih sporova. Propisuje da je svaka strana odgovorna za plaćanje svojih odvjetničkih troškova, osim ako posebna ovlast, koja proizlazi iz zakona ili ugovora ne dopušta dosuđivanje tih naknada protiv druge strane. Obrazloženje za američko pravilo jest da ljudi ne bi trebali biti obeshrabreni tražiti odštetu na sudu samo zato što bi morali platiti troškove tuženika ako izgube. Na međunarodnom se planu koristi englesko pravilo prema kojem stranka koja je izgubila plaća odvjetničke troškove stranke koja je prevladala u sporu. Vidi: American rule (attorney's fees); dostupno na: [https://en.wikipedia.org/wiki/American\\_rule\\_\(attorney%27s\\_fees\)](https://en.wikipedia.org/wiki/American_rule_(attorney%27s_fees)).

<sup>256</sup> Tzv. *English Rule* – englesko pravilo predviđa da stranka koja izgubi na sudu plaća sudske troškove druge strane. Englesko je pravilo u suprotnosti s američkim pravilom prema kojem je svaka stranka općenito odgovorna za plaćanje svojih odvjetničkih troškova, osim ako zakon ili ugovor ne propisuje drukčije. Obrazloženje engleskog pravila je da stranka u parnici (bilo da je tužitelj ili tuženik) ima pravo na pravno zastupanje i, ako je uspješna, ne bi trebala biti plaćati odvjetničke troškove iz vlastitoga džepa. Englesko pravilo slijede gotovo sve zapadne demokracije osim Sjedinjenih Američkih Država. Vidi: English rule (attorney's fees); dostupno na: [https://en.wikipedia.org/wiki/English\\_rule\\_\(attorney%27s\\_fees\)](https://en.wikipedia.org/wiki/English_rule_(attorney%27s_fees)).



zemljama uspjeh u sporu itekako igra ulogu prilikom odmjeravanja troškova jer ako stranka uspije samo s npr. 20 % troškova, imat će pravo na iznos troškova u tolikom postotku, dok će suprotna strana imati pravo na 80 % vlastitih troškova. Iz navedenoga proizlazi da, čak i kada stranka uspije u meritumu u odnosu na osnovanost tužbenoga zahtjeva, ovisno o uspjehu u odnosu na utuženu naknadu štete, bit će joj dosuđeni troškovi ili će biti obvezana nadoknaditi troškove postupka suprotnoj strani.

Kao što je spomenuto, visina štete koja se potražuje u investicijskim arbitražama značajno odstupa od visine štete koju u prosjeku dosuđuju tribunali u tim postupcima. Studija PwC-a iz 2015. godine, u kojoj je analizirano 95 arbitražnih pravorijeka, utvrdila je da su tribunali u prosjeku dosuđivali 37 % utuženoga iznosa. Dodatna studija koju je PwC proveo 2017. godine i u kojoj je analiziran 21 novi arbitražni pravorijek pokazala je da visina dosuđene štete u odnosu na utuženu iznosi 36 % od utužene štete. Statistička analiza 220 odluka ili nagodbi u investicijskim arbitražama o kojima je izviješteno na stranicama UNCTAD-a pokazuje da tribunali u prosjeku dosuđuju 37 % utuženoga iznosa, s time da taj postotak varira u odnosu na sektor na koji se odnosi sam spor (primarni, sekundarni ili tercijarni) te je u sekundarnom i tercijarnom sektoru čak i malo niži (sekundarni – 32 % od utuženoga iznosa, tercijarni – 35 % od utuženoga iznosa).<sup>258</sup> Iz činjenice da tužitelji redovito postavljaju previsoko tužbeni zahtjev moglo bi se zaključiti da je to dijelom i zbog financiranja troškova postupka sredstvima treće strane i to kako bi se iz dosuđene štete namirila naknada treće

---

<sup>257</sup> Zakon o parničnom postupku (Službeni list SFRJ, br. 4/77., 36/77., 36/80., 6/80., 69/82., 43/82., 58/84., 74/87., 57/89., 20/90., 27/90., 35/91., Narodne novine, br. 53/91., 91/92., 112/99., 129/00., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 96/08., 84/08., 123/08., 57/11., 148/11. – službeni pročišćeni tekst, 25/13., 89/14., 70/19.) u članku 154. propisuje:

“Stranka koja u cijelosti izgubi parnicu dužna je protivnoj stranci i njezinu umješaču naknaditi troškove izazvane vođenjem postupka. Umješač na strani stranke koja je izgubila parnicu dužan je naknaditi troškove koje je uzrokovao svojim radnjama.

Ako su stranke djelomično uspjele u parnici, sud će najprije utvrditi postotak u kojemu je svaka od njih uspjela, zatim će od postotka one stranke koja je u većoj mjeri uspjela oduzeti postotak one stranke koja je u manjoj mjeri uspjela, nakon toga će utvrditi iznos pojedinih i iznos ukupnih troškova stranke koja je u većoj mjeri uspjela u parnici koji su bili potrebni za svrhovito vođenje postupka te će toj stranci odmjeriti naknadu dijela takvih ukupnih troškova koji odgovara postotku koji je preostao nakon navedenog obračuna postotaka u kojima su stranke uspjele u parnici. Omjer uspjeha u parnici ocjenjuje se prema konačno postavljenom tužbenom zahtjevu, vodeći računa i o uspjehu dokazivanja u pogledu osnove zahtjeva.

Neovisno o pravilima iz stavaka 1. i 2. ovoga članka, sud može odrediti da jedna stranka naknadi drugoj stranci pojedine troškove primjenom članka 156. stavka 1. ovoga Zakona.

Ako su stranke djelomično uspjele u parnici u približno jednakim dijelovima, sud može odrediti da svaka stranka snosi svoje troškove ili da jedna stranka naknadi drugoj stranci samo pojedine troškove primjenom članka 156. stavka 1. ovoga Zakona.

Sud može odlučiti da jedna stranka nadoknadi sve troškove koje su protivna stranka i njezin umješač imali ako protivna stranka nije uspjela samo u razmjerno nezatnom dijelu svog zahtjeva, a zbog tog dijela nisu nastali posebni troškovi.

Prema rezultatu dokazivanja sud će odlučiti hoće li troškove iz članka 153. stavka 5. ovoga Zakona podmirivati jedna ili obje stranke ili će ti troškovi pasti na teret sredstava suda.”

<sup>258</sup> *Op. cit.* u bilj. 18, str. 119.

strane za financiranje postupka, ali taj zaključak nije potkrijepljen znanstvenim studijama. U budućnosti bi trebalo provesti sveobuhvatnu studiju parničnih postupaka, trgovačkih i arbitražnih postupaka kako bi se utvrdilo utječe li činjenica da postoji financiranje troškova postupka sredstvima treće strane na utuženi iznos, ali čak i da se dođe do pozitivnoga odgovora, pitanje je koliko bi taj odgovor mogao utjecati na normiranje instituta financiranja troškova postupka posebno u slučajevima kada se primjenjuje gore opisano englesko pravilo.

## 6) Troškovi postupka

U vezi s troškovima troškova postupka kada u postupku postoji financiranje sredstvima treće strane nameću se tri pitanja. Prvo, može li se treću stranu obvezati na plaćanje troškova postupka i drugo, ima li financirana strana uopće pravo na troškove kada ih sama kao stranka nije snosila. Ta se pitanja obrađuju pod (i). Treće, utječe li financiranje na visinu troškova postupka koje će potraživati stranka u postupku koja je financirana. To je pitanje bitno jer je u najvećem broju financiranja riječ o obliku ulaganja, a svako je ulaganje vezano i uz očekivano ostvarenje dobiti. Slijedom navedenoga, naknada trećoj strani isplaćuje se iz dosuđene štete. Pitanje treba li u pojedinim slučajevima i naknadu trećoj strani priznati kao trošak postupka bilo je pitanje koje je raspravljano u sudskoj i arbitražnoj praksi pa se ono obrađuje pod (ii).

### i. Pitanje odgovornosti treće strane za troškove suprotne stranke u postupku i pravo financirane stranke na naknadu troškova postupka

Iako se troškovi postupka dodatno detaljnije obrađuju u dijelu rada u kojem se daje prikaz uređenja instituta financiranja parničnog postupka sredstvima treće strane u komparativnom pravu, u ovom će se dijelu citirati odluka u predmetu *Dymocks Franchise Systems (NSW) Ltd vs. Todd*<sup>259</sup> jer je u toj odluci analizirana odgovornost treće strane za troškove postupka nefinancirane stranke.

Savjetodavno je vijeće Velike Britanije (*Privy Council of the United Kingdom*) u predmetu *Dymocks* (sudski spor) u odnosu na zahtjev tužitelja da naloži trećoj strani da plati troškove žalbenog postupka obrazložilo:

*Međutim, tamo gdje treća strana ne samo da financira postupak, već u biti kontrolira ili, u svakom slučaju, ima koristi od postupka, pravda će obično tražiti da, ako postupak zakaže, treća strana plati troškove uspješnoj stranki. Treća strana u tim slučajevima ne olakšava toliko pristup pravdi financiranoj stranci koliko sama dobiva pristup pravdi i to u svoje svrhe. Ona sama je "prava stranka" u parnici, koncept koji je više puta naveden u sudskoj praksi.*

(...)

---

<sup>259</sup> *Dymocks Franchise Systems (NSW) Ltd v Todd* [2004] 1 WLR 2807; odluka je dostupna na: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/2004/39.html>.

27. Međutim, posebno se slažem sa sučevim općim pristupom, a to je da bi izvedena priroda sudjelovanja treće osobe koja financira troškove iz komercijalnih razloga obično trebala dovesti do toga da se od njega zahtijeva da doprinosi troškovima na temelju odluke da pruži financiranje. To ne znači da postoji nepobitna pretpostavka da će to biti ishod, već da je to ishod koji će u prirodi stvari obično biti pravedan i pravičan [istaknula autorica].

(...)

28. *Sumnjičav sam prema argumentu koji su ovdje iznijeli treći koji snose troškove postupka da će nametanje zahtjeva za plaćanje troškova imati negativan utjecaj na pristup pravdi* [istaknula autorica]. Ne smatram da su te treće osobe u velikoj mjeri motivirane potrebom za promicanje pristupa pravdi, a ni ne tvrdim da bi trebali biti. Oni, kako mi se čini, ulažu i motivirani su uglavnom komercijalnim razlozima.

(...)

29. *Financiranjem troškova postupka treća strana preuzima rizik, ali o prirodi rizika ima se priliku informirati i prije nego što ponudi financiranje kao i tijekom parnice koju financira* [istaknula autorica]. Po mom je sudu i ispravno i neizbježno pristupiti tomu tako jer bi istraga o činjenici je li treća strana primijenila primjerenu dužnu pažnju u najboljem slučaju bila teška i nepotpuna, a često i nemoguća zbog ograničenja koja nameće vjerojatna nesklonost financirane stranke da se odrekne tajnosti u relevantnim prepiskama...

Kada je riječ o arbitraži treća strana koja financira postupak ne može biti obvezana na plaćanje troškova postupka suprotne strane u slučaju gubitka spora jer nije stranka u postupku.<sup>260</sup> Zato je za suprotnu stranku bitno osiguranje troškova koje, ako se koristi, može premostiti problem naplate troškova postupka u slučajevima kada stranka koja koristi financiranje postupka sredstvima treće strane izgubi spor i obvezana je platiti troškove postupka. O osiguranju troškova postupka bit će riječi u sljedećem poglavlju.

Odgovornost treće strane za troškove suprotne strane (posljedično i osiguranja troškova) razmotreno je u Izvješću Komisije Međunarodne trgovačke komore (ICC) kao jedne od najvažnijih institucija koje administriraju arbitražne postupke. Iako to Izvješće nije obvezujuće, ono služi kao smjernica tribunalima u pogledu troškova i osiguranja troškova u slučaju financiranja troškova postupka. U Izvješću se navodi:

88. *Treba imati na umu da treća strana koja financira troškove postupka nije stranka u arbitraži i da u većini slučajeva tribunal i suprotna strana ni ne zna da ona postoji. Ako financirana stranka ne uspije u sporu, moguće je da neće moći podmiriti troškove koji su dosuđeni suprotnoj strani. U takvoj situaciji tribunal u većini slučajeva nije nadležan naložiti plaćanje troškova suprotne strane trećoj strani koja snosi troškove postupka stranke koja je izgubila spor jer ta treća strana nije stranka u postupku* [istaknula autorica].

---

<sup>260</sup> Isto Edouard Bertrand, *Brave New World of Arbitration: Third-Party Funding*, The, 29 ASA Bull. 607 (2011.) str. 613. ili Dalia Adel: *Third-Party Funding in International Arbitration: A Comparative Legal and Economic Analysis in Europe and Middle East*, Master's thesis in the Master Program Droit International, Course Type Juriste International, 2016. – 2017., str. 72.

89. Ako tribunal ima razloga sumnjati da jednoj od stranaka u postupku troškove postupka financira treća strana, a takvo financiranje će vjerojatno utjecati na mogućnost nefinancirane stranke da, ako uspije u sporu, naplati troškove od financirane stranke, tribunal bi mogao razmotriti **nalaganje financiranoj stranci da otkrije one informacije o financiranju koje su potrebne kako bi se uvjerio da je postupak, usprkos navedenom, učinkovit i pošten za obje stranke** [istaknula autorica].

90. Ako postoje dokazi o dogovoru o financiranju koji bi mogao utjecati na sposobnost nefinancirane stranke da nadoknadi troškove, ta stranka može odlučiti da već rano u postupku podnese zahtjev tribunalu za donošenje privremene mjere kako bi zaštitila svoje pravo na naplatu troškova, uključujući zahtjev za polaganje sredstva osiguranja plaćanja troškova postupka ili neki drugi oblik jamstva ili osiguranja. **Takve mjere mogu biti prikladne kako bi se zaštitila stranka koja nije financirana i kako bi obje stranke bile u jednakom položaju u pogledu naplate troškova postupka** [istaknula autorica].<sup>261</sup>

Javlja se i pitanje može li i mora li tribunal obvezati stranku u postupku na plaćanje troškova postupka suprotne strane u slučaju kada je ta stranka koristila financiranje postupka sredstvima treće strane. To pitanje proizlazi iz argumenta da financirana stranka nije sama snosila troškove postupka. U dolje opisanom predmetu Gruzija je tvrdila da tužitelj nema pravo na naknadu troškova postupka jer ih je plaćala treća strana. U nastavku se daje pregled jedne investicijske arbitraže koja se bavila tim pitanjem. U predmetima *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs vs. The Republic of Georgia*<sup>262</sup> investicijskim arbitražama koju su protiv Gruzije pokrenuli strani investitori tribunal je u odnosu na utjecaj financiranja na obvezu plaćanja troškova Gruzije tužiteljima u konačnom pravorijeku obrazložio:

691. Tribunal nije uvjeren, s obzirom na okolnosti tih predmeta, da tužiteljima ne bi trebalo dopustiti da nadoknade svoje razumne troškove. Tribunal je svjestan da je među činjenicama koje je tuženik identificirao u prilog svojim podnescima o troškovima i činjenica da tužitelji imaju dogovor s trećom stranom koja financira ovaj postupak. Usprkos navedenom, tribunalu nije poznato načelo prema kojemu bi se financiranje postupka sredstvima treće strane trebalo uzeti u obzir prilikom odluke o troškovima tužitelja. (...) **Teško je objasniti zašto bi se u ovom slučaju ugovor o financiranju postupka sredstvima treće strane trebao tretirati drukčije od ugovora o osiguranju u odnosu na pravo tužitelja na punu naknadu troškova** [istaknula autorica].<sup>263</sup>

Iz citirane odluke proizlazi da činjenica financiranja nema utjecaj na troškove postupka, tj. financirana stranka ima pravo na naknadu troškova. Taj je zaključak opravdan i pravno utemeljen jer tribunal se nema razloga upuštati u utvrđivanje tko je platio trošak, sama stranka ili netko treći kao, primjerice, treća strana koja financira trošak postupka. To u konačnici i nije predmet spora, već je to akcesorna tražbina koja proizlazi iz samoga spora ako tribunal

---

<sup>261</sup> ICC Commission Report: Decisions on Costs in International Arbitration, offprint from ICC Dispute Resolution Bulletin 2015, Issue 2, str. 17.

<sup>262</sup> Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v The Republic of Georgia – ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15, podaci o predmetima dostupni su na: <https://www.transnational-dispute-management.com/legal-and-regulatory-detail.asp?key=8932>.

<sup>263</sup> Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v The Republic of Georgia, ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15, Final Award 12 November 2010.

dosudi trošak pobjedničkoj strani. Tribunal može odlučiti i da svaka stranka snosi svoje troškove, no tada se teret troškova postupka nepravredno prevaljuje na pobjedničku stranu jer ona ima obvezu namiriti treću stranu koja je financirala postupak.

Isto pitanje kao i u predmetima predmetima *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs vs. The Republic of Georgia* otvara se i vezano uz strateško financiranje. Tu je odgovor nešto drukčiji. U slučaju strateškog financiranja financirana stranka nema nikakvih obveza prema trećoj strani. Dosuđivanjem troška financiranoj strani došlo bi se u situaciju da je stranka stekla dodatni “dio kolača”, tj. dobila je nešto što joj ne pripada. Na tom je tragu i arbitražni tribunal u predmetu *Quasar de Valores SIAC SA et al vs. Ruska Federacija*<sup>264</sup> zaključio da tužitelj nema pravo na troškove iako je uspio u sporu jer je troškove financirao Menatep, a tužitelji nisu preuzeli obvezu da Menatepu te troškove i vrate ako uspiju u sporu. Tribunal je također utvrdio da treća osoba (Menatep) nije i ne može biti stranka u postupku. Zanimljivo je da su se tužitelji pozivali na institut neopravdanog obogaćenja. Bilo bi zanimljivo vidjeti što bi se stvarno dogodilo da je tribunal prihvatio njihov zahtjev i dosudio im troškove, bi li tužitelji stvarno te troškove dali trećoj strani ili bi ih zadržali za sebe. Menatep nije imao pravo potraživati troškove postupka jer je preuzeo obvezu plaćanja troškova postupka bez očekivanja da mu ti troškovi budu i vraćeni. To je potvrdio i sam odvjetnik tužitelja i Menatepa. Slijedom iznesene argumentacije postavlja se pitanje ne bi li upravo tužitelji bili ti koji bi se neosnovano obogatili da je tribunal prihvatio njihov zahtjev i dosudio im trošak, a oni odluče dosuđene troškove ne uplatiti Menatepu. U nastavku je najvažniji dio pravorijeka:

*223. Uobičajeni argumenti o pravu na naknadu troškova kada je sudjelovanje stranke u predmetu financirala treća strana ovdje su neprimjenjivi jer je takvo financiranje treće strane obično dio pravno obvezujuće pogodbe prema kojoj se financirana stranka u arbitraži odriče nečega zauzvrat za financiranje [istaknula autorica]. Ovdje je nesporno da ne postoji pravna obveza tužitelja da iz odštete plate Menatepu troškove koje je Menatep imao zbog financiranja troškova postupka. Argument da bi Menatep mogao uspješno tužiti tužitelje u Španjolskoj zbog nepravrednog obogaćenja ne zvuči uvjerljivo iz usta odvjetnika tužitelja, a koji zastupa i Menatep, posebno jer je i sam odvjetnik sasvim jasno rekao da, iako bi Menatep volio primiti određenu naknadu od tužitelja, to isključivo ovisi o osjećaju moralne obveze tužitelja, a ne o pravnoj obvezi [istaknula autorica]. Argument o neopravdanom obogaćenju u sebi sadržava pretpostavku onoga što se tek treba dokazati, a samim tim i zabludu; dužnost plaćanja troškova Menatepu ne može nastati jer bi tužitelji imali obvezu samo ako bi se njima dosudili troškovi.*

*224. Stav je tužene sljedeći: “[Tužitelji] u ovom slučaju nisu snosili troškove. (...) oni ne moraju platiti ni lipe dosuđenog troška svom odvjetniku ili Menatepu. (...) Taj je stav točan. Tužitelji nisu potrošili svoj novac za trošak postupka, niti su preuzeli obvezu vratiti trošak po osnovi da trošak postupka snosi treća strana. S druge pak strane*

---

<sup>264</sup> *Op. cit.* u bilj. 118.

*Menatep, dobri Samaritanac tužitelja (kao što je bio), ne može biti stranka u postupku pred ovim tribunalom, a ni prema BIT-u* [istaknula autorica].<sup>265</sup>

Komentirajući odluku u predmetu Quasar de Valores, Zaleska-Korziuk primjećuje da bi za pravo na naknadu troškova i u strateškom financiranju bilo dovoljno tribunalu predočiti ugovor o financiranju troškova iz kojega proizlazi da će financirana stranka, ako uspije u sporu, troškove postupka nadoknaditi trećoj strani. Ta je situacija teže provediva kada su sredstva prikupljena putem donacija kroz *crowdfunding* platformu.<sup>266</sup>

Vežano uz obvezu plaćanja troškova suprotnoj strani u slučaju neuspjeha u sporu Zaleska-Korziuk primjećuje da je to situacija koju su mnogi problematizirali i kod standardnog financiranja sredstvima treće strane, posebno imajući u vidu da sudovi mnogih zemalja neće imati osnove da obvežu treću stranu na plaćanje troškova postupka suprotne strane jer nije stranka u postupku. Američki i engleski sudovi imaju mogućnost proširiti svoju nadležnost i obvezati i treću stranu na plaćanje troškova suprotnoj strani u slučaju gubitka spora. Taj bi se rizik u jurisdikcijama u kojima treća strana ne može biti obvezana na plaćanje troškova suprotne strane mogao premostiti ugovaranjem ATE police osiguranja, ali te su police osiguranja skupe i pitanje je koliko stranka koja ionako ovisi o dobrom Samaritancu može platiti tu policu osiguranja.<sup>267</sup>

Konačno, iako se Zaleska-Korziuk toga ne dotiče, stvarno je teško zamisliti kako bi engleski ili američki sudovi koji nadležnost mogu proširiti i na treću stranu koja snosi troškove postupka i nije stranka u postupku to stvarno učinili kada je riječ o sakupljanju sredstava i financiranju putem donacija kroz npr. *crowdfunding* platformu gdje troškove postupka snosi velik broj donatora i kada iz njihove prakse proizlazi da mora postojati povezanost treće strane s predmetom spora da bi se ostvarile pretpostavke da se treću stranu obveže na plaćanje troškova.

Kao što je vidljivo iz gore citirane prakse, situacija je potpuno drukčija kada se financiranje vrši u svrhu investiranja. Pa ipak, treba imati u vidu da i *crowdfunding* financiranje može biti u svrhu ostvarivanja dobiti, što je praksa američke kompanije LexShare<sup>268</sup> koji nudi akreditiranim investitorima da kroz internetsku platformu odaberu u koju će parnicu

---

<sup>265</sup> *Op. cit.* u bilj. 121.

<sup>266</sup> *Op. cit.* u bilj. 59, str. 175–177.

<sup>267</sup> *Ibid.*

<sup>268</sup> LexShare na mrežnim stranicama navodi: “Počnite ulagati u trgovačke parnice. Evo što možete očekivati nakon što se prijavite za LexShares račun investitora: Primajte obavijesti kada se objave nove prilike i investirajte *online*. Koristite svoju LexShares nadzornu ploču za praćenje napretka ulaganja. Ako tužitelj pobijedi, možete sudjelovati u povratu.”; izvor: <https://www.lexshares.com/invest/signup>.

investirati, a u tom se slučaju postavlja pitanje ne bi li ti investitori također mogli i trebali biti obvezani snositi troškove suprotne strane u slučaju neuspjeha u sporu.

**ii. Utjecaj financiranja na visinu troškova postupka koje će potraživati stranka koja je financirana**

Vezano uz visinu troškova koji se dosuđuju financiranoj stranci od posebne je važnosti odluka tribunala kao i engleskog suda koji je odbio poništiti pravorijek. U tom je predmetu tuženik agresivnom poslovnom praksom praktički uništio tužitelja koji je morao pribjeći financiranju troškova postupka jer je bio pred bankrotom. To je oslabilo njegovu poziciju kada je pregovarao s trećom stranom koja je pristala financirati arbitražni postupak pa je uz naknadu troškova morao pristati i na davanje značajnoga postotka dosuđene naknade štete koji je po ugovoru o financiranju imao pripasti trećoj strani u slučaju uspjeha u sporu. S obzirom na očito nepošteno postupanje tuženika koje je dovelo tužitelja do bankrota, tribunal je taj postotak dosudio kao ostale troškove postupka kako bi tužitelj u cijelosti bio oštećen. Tuženik je tražio poništaj pravorijeka. U nastavku su najvažniji dijelovi pravorijeka i odluke engleskog suda u postupku po tužbi za poništaj arbitražnog pravorijeka. Kako je riječ o trgovačkoj arbitraži koja je većinom tajna i pravorijeci nisu dostupni, navodi se samo bitni dio obrazloženja iz pravorijeka u predmetu *Norscot Rig Management PVT Limited vs. Essar Oilfields Services Limited*<sup>269</sup>:

*Tribunal je uvjeren da kombinirani učinak odredaba Zakona [Arbitration Act 1996, op. aut.] i oba pravila daju široku diskrecijsku ovlast o tome koje troškove može dosuditi. To diskrecijsko pravo uključuje ovlast da u "ostale troškove" uključi trošak financiranja spora i to, ako je tako, bilo u vidu odštete ili standardnih troškova [istaknula autorica].*<sup>270</sup>

Essar je osporio navedenu odluku arbitra pred *England and Wales High Court (Commercial Court)*, koji je u svojoj odluci od 15. rujna 2016.<sup>271</sup> odbio njegov zahtjev i potvrdio pravorijek u bitnome navodeći:

*5. Arbitar je osporenim pravorijekom, među ostalim, odredio da Norscot ima pravo na troškove financiranja postupka koje je ugovorio kako bi pokrenuo arbitražu. Treća strana koja je snosila troškove spora, Woodsford Litigation Funding, sklopio je ugovor s Norscotom 2011. Sukladno tom ugovoru predujmio mu je oko 647.000 funti za potrebe arbitraže. Taj mu je ugovor dao pravo na naknadu od 300 posto financiranja ili 35 posto od dosuđene odštete u slučaju Norscotova uspjeha u sporu. S tim u vezi, Norscot je protiv Essara tražio ukupan iznos od nešto više od 1,94 milijuna funti, što je iznos koji sada duguje Woodsfordu. Precizna kvantifikacija troškova tek treba biti učinjena, ali ona će se*

<sup>269</sup> *Norscot Rig Management PVT Limited vs. Essar Oilfields Services Limited*, ICC predmet br. 15790/VRO, peti djelomični pravorijek arbitra pojedinca, Sir Philip Otton, od 17. prosinca 2015., pojašnjen 3. ožujka 2016.  
<sup>270</sup> *Ibid.*

<sup>271</sup> *Essar Oilfields Services Ltd v Norscot Rig Management Pvt Ltd* [2016] WLR(D) 576, [2016] EWHC 2361 (Comm), [2017] Bus LR 227 <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2016/2361.html>.

kretati u tom rasponu. Arbitar je smatrao da ima pravo naložiti plaćanje tih troškova prema vlastitom nahođenju jer troškovi financiranja spora pripadaju u “ostale troškove” u smislu čl. 59(1)(c) Zakona [Arbitration Act 1996, op. aut.], koji se odnosi na “pravne ili druge troškove stranke”.

6. Na prvi pogled Essarovo sadašnje osporavanje je jednostavno. Essar ističe da, gledano iz aspekta sadržaja članka 59(1)(c), “ostali troškovi” ne uključuju troškove financiranja spora pa ih arbitar nije imao ovlasti uključiti u odluku o troškovima. Zbog svega navedenoga postoji ozbiljna nepravilnost sukladno članku 68(2)(b) Zakona [Arbitration Act 1996, op. aut.] jer je arbitar prekoračio svoje ovlasti pa bi, s obzirom na naloženi iznos plaćanja troškova, u slučaju da pobijani pravorijek opstane Essaru bila nanesena značajna nepravda ako bi ih morao platiti.

16. Odjeljak 59 [Arbitration Act 1996, op. aut.] je najbitniji dio. U njemu se navodi:

“(1) Troškovi arbitraže su:

(a) naknade i troškovi arbitara, i

(b) naknade i troškovi bilo koje dotične arbitražne institucije, i

(c) pravni ili drugi troškovi stranaka.

(2) To uključuje troškove ili usputne troškove bilo kojeg postupka vezano za utvrđivanje iznosa nadoknadiivih troškova arbitraže”.

17. Članak 31. stavak 1. Pravila ICC-a propisuje u osnovi iste pojmove, a da troškovi arbitraže uključuju razumne pravne i druge troškove koje stranke imaju u arbitraži.

69. Korištenje diskrecijske ovlasti arbitra u arbitražnom postupku da Norscotu dosudi troškove financiranja sredstvima treće strane naravno nije sporno, već je primjer dobrog tumačenja “ostalih troškova”. To je možda neuobičajen slučaj u kojem je arbitar donio odluku detaljno obrazlažući da je Essar natjerao Norscot na skupi postupak vlastitim ponašanjem kako bi ostvario svoja prava, a koje je išlo dalje od same povrede ugovora. Nadalje, kako je tribunal utvrdio, Norscot nije imao izbora, osim tražiti financiranje postupka sredstvima treće strane. **Radi ostvarivanja pravde, bilo bi čudno i svakako žalosno da arbitar nije imao pravo prema članku 59(1) (c) uključiti troškove pribavljanja financiranja sredstvima treće strane kao dio “drugih troškova” tamo gdje su bili izravno i neposredno uzrokovani postupanjem stranke koja je izgubila spor [istaknula autorica].**<sup>272</sup>

Jeremy Mash pravilno ističe kako je odluka u predmetu Essar bila vrlo bitna jer su je i treće strane koje se bave financiranjem troškova arbitraže i potencijalni tužitelji doživjeli kao odluku koja je doprinijela povećanju privlačnosti financiranja arbitraže. Ta odluka predstavlja praksu kojom se umanjuje utjecaj financiranja na potencijalne tužitelje jer se odšteta koju ostvaruju ne umanjuje ili čak i u cijelosti poništava samo zato što su preuzeli obvezu isplatiti trećoj strani uz uložena sredstva i određenu, ponekad značajnu naknadu. Protivnici takvoga pristupa odluku u tom predmetu su kritizirali tvrdeći kako takav pristup izlaže stranku koja je izgubila spor na plaćanje troškova koji bi mogli biti nekoliko puta veći od iznosa koje je protivna strana objektivno imala. Neki engleski odvjetnici također smatraju da je ta odluka zabrinjavajuća zbog razlika koje stvara između arbitraže, gdje se takvi troškovi financiranja

---

<sup>272</sup> Ibid.



potencijalno mogu nadoknaditi na temelju dosuđenih troškova, i engleskih parnica, gdje to nije moguće.<sup>273</sup>

Essar se do prosinca 2021. činio kao presedan koji će se teško ponoviti, no tribunal je u trgovačkoj arbitraži pri ICC-u, u predmetu *Katanga Contracting Services SAS vs. Tenke Fungurume Mining SA* ne samo prihvatio argumentaciju iz predmeta Essar, nego ju je i dodatno razradio. Tuženik je osporio pravorijek pred *England and Wales High Court (Commercial Court)* koji je odbio njegov zahtjev i potvrdio pravorijek. Budući da je riječ o trgovačkoj arbitraži, odluka tribunala nije javno dostupna, ali engleski je sud citirao dijelove pravorijeka koji se odnose na troškove financiranja.<sup>274</sup> Pravorijek u bitnome u odnosu na troškove financiranja koje je dosudio tužitelju navodi: Engleski je sud odlukom od 21. prosinca 2021. odbio zahtjev tuženika za poništaj gornjega pravorijeka. Činjenica je da su se stranke arbitražnim sporazumom odrekle prava na žalbu pa se u konkretnom predmetu radilo o institutu izvanrednog preispitivanja radi prekoračenja ovlasti arbitara iz Odjeljka 68 engleskog Arbitražnog zakona (Arbitration Act 1996). Teško je reći bi li odluka suda bila drukčija da je bila riječ o redovitom pravnom lijeku u smislu Odjeljka 69 engleskoga Arbitražnog zakona koji se može izjaviti zbog pogrešne primjene prava. Odluka suda svakako je interesantna i zasigurno će dodatno pridonijeti procvatu industrije investiranja u arbitražne postupke putem financiranja postupka koji je ionako razvijen u Engleskoj. Sud je u odnosu na financiranje troškova postupka kao dopuštenih troškova arbitražnog postupka te prekoračenja ovlasti obrazložio:

*20. 26. kolovoza 2021. međunarodni je arbitražni tribunal donio konačnu odluku. KCS-u su dosuđeni svi traženi troškovi; sve su protutužbe odbijene; TFM je obvezan platiti KCS-ove pravne troškove i troškove vještaka u iznosu nešto manjem od 1,4 milijuna USD, uvećano za 1,7 milijuna USD za financiranje troškova spora predumljeno putem zajma dioničara; uvećamo za kamatu u iznosu 9 % zajma zbog čega je taj iznos već narastao na oko 2 milijuna USD i povećat će se do plaćanja.*

*65. Međutim, Tribunal je donio nalog (u PO5) kojim se TFM-u daje pravo da zatraži otkrivanje dokumenata relevantnih za sljedeća pitanja:*

*i) financijski i komercijalni položaj KCS-a u 2020. i 2021. godini;*

*ii) dostupnost izvora i načina financiranja KCS-u, uključujući izvore koji nisu oni koje je tužitelj naveo u podnescima i dokazima; i*

*iii) uvjete i pregovore o financiranju KCS-a od strane Logos Agvet Limited, uključujući kopije svih relevantnih ugovora.*

---

<sup>273</sup> Jeremy Mash: Recoverability of third party funding costs in arbitration: Essar v Norscot revisited, 21. prosinca 2021., dostupno na: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c13fe087-4134-4a5a-86f7-e1db9f68b157>.

<sup>274</sup> Tenke Fungurume Mining SA v Katanga Contracting Services SAS [2021] EWHC 3301 (Comm) (07 December 2021); dostupno na: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2021/3301.html>.

68. (...) *TFM mora dokazati da povreda prava ujedno predstavlja prekoračenje ovlasti* [istaknula autorica] *u smislu članka 68. stavka 2. točke (b) Zakona.*

91. *Podnesci TFM-a bili su usredotočeni na odluku u predmetu Essar te je TFM u njima tvrdio da je zaključak u tom predmetu da je ugovor o financiranju postupka bio u okviru relevantne odredbe "troškovi arbitraže" doveo do stvaranja nepoželjne razlike između položaja u postupcima pred sudovima gdje takvi troškovi nisu nadoknadivi i položaja u arbitraži. TFM tvrdi da je odluka u predmetu Essar pogrešna i da je ne treba slijediti.*

95. *TFM tvrdi da je tribunal dosudio kao troškove troškove koji nisu "troškovi arbitraže" i koji ga ovlašćuju na ovaj pravni lijek. Ako je došlo do takve pogreške u primjeni prava, postoji pravni lijek prema članku 69. Međutim, u ovom je slučaju taj pravni lijek ugovorom o arbitraži isključen. Nakon sklapanja takvoga ugovora stranka ga ne može jednostavno zaobići opisujući navodnu pogrešku u primjeni prava kao prekoračenje ovlasti.*<sup>275</sup>

Odluke tribunala i engleskog suda u predmetu Essar i Katanga mogle bi dovesti i do još češćeg ugovaranja Engleske kao sjedišta arbitraže jer je time *lex arbitri* englesko pravo koje, kao što je vidljivo u predmetu Essar, a donekle i u predmetu Katanga omogućuje tribunalima da kao troškove dosude i troškove koji su nastali u vezi s financiranjem arbitražnog postupka.

Vezano uz stav da se trošak financiranja može odrediti bilo kao odšteta, bilo kao trošak postupka, nameće se pitanje dospijeca. Naime, nagrada treće strane dospijeva tek nakon što je donesen pravorijek pa je teško prihvatiti citirano obrazloženje arbitra pojedinca u predmetu Essar da diskrecijsko pravo arbitra u odnosu na nalaganje plaćanja troškova uključuje ovlast da u "ostale troškove" uključi trošak financiranja spora i to bilo u vidu odštete ili standardnih troškova. Nadalje, pitanje je opravdava li pristup pravdi i stav da u trošak postupka, uz realne troškove koje je stranka imala, treba uključiti i nagradu koju će morati isplatiti trećoj strani koja financira trošak postupka jer se tu otvara i široko polje moguće zlorabice prava. Rano otkrivanje i identiteta treće strane i dijelova ugovora o financiranju kojima se uređuje naknada za investiciju te treće strane svakako može biti od pomoći u otklanjanju moguće zlorabice prava. Konačno, i sam motiv za posezanjem za financiranjem postupka trebao bi imati jednu od ključnih uloga prilikom odlučivanja da se kao trošak postupka prizna i naknada trećoj strani koja financira troškove postupka jer u slučajevima kada to financiranje nije potrebno već predstavlja npr. poslovnu odluku kako bi bilanca društva ostala pozitivna, upitno je je li pravedno taj teret prevaliti na gubitničku stranu.

### **iii. Zaključak**

U ovom su se dijelu analizirala sljedeća pitanja:

1. Može li se treću stranu obvezati na plaćanje troškova postupka?

---

<sup>275</sup> *Ibid.*

2. Ima li financirana strana uopće pravo na troškove kada ih sama kao stranka nije snosila? te
3. Utječe li financiranje na visinu troškova postupka koje će potraživati stranka u postupku koja je financirana?

Iz prikazane prakse vidljivo je da je u sudskim postupcima (npr. predmet Dymocks) moguće obvezati i treću stranu koja nije sudjelovala u postupku kao stranka na plaćanje troškova postupka. To je pitanje uređeno nacionalnim pravom i ovisit će od države do države. U arbitraži tako nešto nije moguće, na plaćanje troškova postupka mogu se obvezati samo stranke u postupku, što je i razlog da je osiguranje troškova postupka posebno bitno u arbitražnim postupcima. Ni izmjene arbitražnih pravila o kojima je riječ u VIII. poglavlju rada nisu išle za time da se trećima koji nisu stranka u postupku nametne plaćanje troškova postupka suprotne strane. S obzirom na razvoj instituta financiranja i financijsku snagu trećih koji profesionalno, za dobit, financiraju troškove postupka, izgledno je da se to neće dogoditi ni u budućnosti. Usprkos toj činjenici, kada nisu ugovorene police osiguranja za pokriće troškova postupka suprotne strane, trebalo bi inzistirati na financijskoj odgovornosti treće strane za troškove suprotne strane i u arbitražnim postupcima. Dijelom se taj problem može riješiti izmjenama nacionalnoga prava (u trgovačkoj i *ad hoc* investicijskoj arbitraži), ali bilo bi puno bolje da se to pitanje riješi izmjenama arbitražnih pravila svih bitnih institucija uključujući i ICSID-a.

Vezano uz drugo pitanje odgovor ovisi o obliku financiranja. U slučajevima kada je riječ o klasičnom financiranju, bilo da je riječ o sudskom ili arbitražnom postupku, stranka ima i treba imati pravo na naknadu troškova postupka jer će te troškove biti obvezna platiti trećoj strani koja je financirala postupak. U slučaju strateškoga financiranja u kojem ne postoji obveza plaćanja naknade za financiranje i vraćanja trećoj strani iznosa koji je potrošila za financiranje troškova postupka, dosuđivanje troškova postupka financiranoj strani može se kvalificirati kao bezrazložno obogaćenje jer u tim slučajevima financirana stranka ima pravo zadržati trošak koji realno nije imala i koji nema obvezu dati onome koji ga je imao – trećoj strani.

Konačno, odgovor na treće pitanje utječe li financiranje ili bi trebalo utjecati na visinu troškova postupka koje će potraživati stranka u postupku koja je financirana nije jednostavan. U slučajevima kada tuženik, uz povredu tužiteljeva prava, svojim postupanjem dovede tužitelja do situacije da mora koristiti financiranje troškova postupka i pri tomu nema puno manevarskoga prostora za pregovaranje s trećom stranom, takvo postupanje tuženika trebalo bi biti sankcionirano i obvezom da u cijelosti namiri treću stranu koja financira tužitelja. Pri

tomu treba biti vrlo oprezan jer takve su situacije iznimne i nisu pravilo, što pokazuje činjenica da je naknada treće strane dosuđena kao trošak postupka u za sada samo dva poznata predmeta. Hoće li to biti moguće, ovisit će ponajprije o načinu kako troškove postupka definiraju arbitražna pravila. U ostalim situacijama, u kojima je financiranje izbor stranke, naknada za financiranje troškova postupka koja je ugovorena s trećom stranom ne bi trebala biti uključena u troškove postupka.

## 7) Osiguranje troškova

Osiguranje troškova može se u arbitraži tražiti po dvije osnove: da stranka koja zahtijeva osiguranje troškova *prima facie* ima velike izgleda za uspjeh u sporu ili po osnovi da postoji velika opasnost da stranka koja je podnijela zahtjev za osiguranje troškova neće biti u mogućnosti naplatiti troškove od protivne strane ako odluka bude u njezinu korist (dakle, kada je protivna strana nelikvidna). Razlog zašto je osiguranje troškova od posebne važnosti u arbitraži leži u činjenici da tribunal nije ovlašten naložiti plaćanje troškova postupka osobi koja nije stranka u postupku – dakle, i trećoj strani koja financira troškove postupka.<sup>276</sup>

### i. Parnični postupak

Irski se sud u odluci u predmetu *Thema International Fund Plc vs. HSBC Institutional Trust Services (Irl) Ltd and Others*<sup>277</sup> osvrnuo na pitanje osiguranja troškova. Bitno je naglasiti da je financiranje postupka sredstvima treće strane zabranjeno u Irskoj pa je odluka Visokog suda Irske na tom tragu. Naime, irski je Sud zaključio da je moguće naložiti trećoj strani da položi sredstvo osiguranja troškova postupka samo u slučaju kada ta treća strana ima pravni interes za vođenje parnice, dakle, nije riječ o trećoj strani čiji je interes ostvariti dobit od financiranja postupka, već npr. dioničaru tvrtke koja je pokrenula postupak, a u tom slučaju trećoj strani sud može i priznati svojstvo stranke. Najvažniji dio odluke Visokog suda Irske donosi se u nastavku:

*5.11 Drugo, ne čini mi se da bi bilo prikladno da sud naloži polaganje osiguranje troškova protiv treće strane koja financira troškove postupka u okolnostima u kojima sud ne bi, na uobičajen način, i na temelju utvrđene sudske prakse, naložio polaganje sredstva osiguranja troškova relevantnoj tvrtki. Tamo gdje su, u skladu s tom sudskom praksom, utvrđene posebne okolnosti za odbijanje zahtjeva za polaganje sredstva za osiguranje troškova, zašto bi činjenica da postoji treće strane koja financira troškove postupka promijenila situaciju? (...) Situacija bi mogla biti drukčija kad bi se uključila treća strana koja profesionalno financira postupak. Međutim, to nije moguće u Irskoj. Stoga smatram da u ovoj jurisdikciji ne postoji nadležnost suda za nalaganje polaganja sredstva osiguranja troškova prema trećoj strani koja financira postupak. Tamo gdje se*

<sup>276</sup> Aren Goldsmith i Lorenzo Melchionda: Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (but Were Afraid to Ask) – Part Two, 2012 Int'l Bus. L.J. 53 (2012.), str. 222–223.

<sup>277</sup> *Op. cit.* u bilj. 208.

*osiguranje na temelju zakona traži od insolventne tvrtke, može se dogoditi da će, u praksi, svaka treća strana koja financijski podržava tu tvrtku možda morati položiti sredstvo osiguranja ako će htjeti da se postupak nastavi. To se, međutim, prilično razlikuje od nalaganja samoj trećoj strani da položi sredstvo osiguranja. Iz toga proizlazi da je argument da je rano otkrivanje potrebno kako bi se omogućilo podnošenje zahtjeva za polaganje sredstva osiguranja neosnovan.*<sup>278</sup>

## **ii. Trgovačka arbitraža**

Mjesto arbitraže koje stranke ugovaraju vrlo je važno jer se time kao *lex arbitri*, tj. pravo mjesta arbitraže uvodi u postupak (više o važnosti mjesta arbitraže i *lex arbitri* vidjeti u uvodnom dijelu VIII. poglavlja, 262). To može biti posebno bitno kod pitanja osiguranja troškova, to jest situacija u kojima stranka u postupku zahtijeva od tribunala da naloži suprotnoj strani koja je ujedno i financirana sredstvima treće strane da položi sredstvo osiguranja troškova postupka u vidu npr. bankarske garancije koje će osigurati da se podnositelj zahtjeva za osiguranje troškova naplati u slučaju uspjeha u sporu. Dakle, *lex arbitri* je bitan već u odnosu na ovlast tribunala da odredi osiguranje troškova postupka kao što je to, primjerice, situacija s engleskim Arbitražnim zakonom iz 1996. koji u odredbi S. 38 propisuje opće ovlasti koje ima tribunal. U toj je odredbi propisano da su stranke slobodne dogovoriti se o ovlastima koje arbitražni sud ima u vezi s postupkom kao i da, osim ako se stranke ne dogovore drukčije, tribunal ima ovlast naložiti tužitelju da pruži osiguranje za troškove arbitraže, s time da tribunal nema tu ovlast ako je tužitelj pojedinac koji uobičajeno boravi izvan Ujedinjenog Kraljevstva, ili korporacija ili udruga utemeljena ili osnovana prema zakonu zemlje izvan Ujedinjenog Kraljevstva ili čije se središnje upravljanje i kontrola obavljaju izvan Ujedinjenog Kraljevstva.<sup>279</sup> Uz *lex arbitri* za pitanje ovlasti tribunala da naloži polaganje sredstva osiguranja troškova su bitna i arbitražna pravila.

Najnovija arbitražna pravila važnijih arbitražnih ustanova izričito propisuju ovlast tribunala da naloži osiguranje troškova postupka, pri čemu sama činjenica da je prisutno financiranje troškova postupka sredstvima treće strane nije spomenuta u tim pravilima. Najnovija arbitražna pravila Londonskog suda međunarodne arbitraže (*LCIA Arbitration Rules*) stupila su na snagu 1. listopada 2020. te u odnosu na osiguranje troškova postupka pravila u čl. 25.4 propisuju da se smatra da su se stranke pristajanjem na arbitražu odrekle prava tražiti osiguranje troškova od državnog suda ili nekog drugoga javnopravnog tijela, dakle, ovlast je isključivo u rukama tribunala. Takav stav ne iznenađuje. Dobro je poznato da su engleski sudovi naklonjeni arbitraži u smislu da je izražen stav da sudovi podupiru arbitražu, a nisu u

---

<sup>278</sup> *Ibid.*

<sup>279</sup> Section 38., dostupan na: <https://www.legislation.govs.uk/ukpga/1996/23/section/38>.

natjecateljskom odnosu s arbitražnim tribunalima.<sup>280</sup> Istraživanje Queen Mary, University of London, također je pokazalo da je najomiljenije sjedište koje stranke odabiru London.<sup>281</sup> Iz svega navedenoga proizlazi i da tribunali imaju ovlast odlučivati o osiguranju troškova kao jednoj od mogućih privremenih mjera.

Pravo na nalaganje polaganja osiguranja troškova je također i prema najnovijim arbitražnim pravilima Štokholmske trgovačke komore ili skraćeno SCC (*Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*), koja na snazi su od 1. siječnja 2020., u rukama tribunala. Prema čl. 38. tribunal može, u iznimnim okolnostima i na zahtjev stranke, naložiti bilo kojem tužitelju ili protutužitelju da položi osiguranje troškova u vidu koji arbitražni tribunal smatra prikladnim. Istu praksu po pitanju arbitražnih pravila i ovlasti tribunala da naloži polaganje sredstava osiguranja troškova slijede i ostali najveći arbitražni centri kao što su Međunarodni arbitražni centar u Singapuru (SIAC), Međunarodni arbitražni centar u Hong Kongu (HKIAC), Australški centar za međunarodnu trgovačku arbitražu – ACICA itd., o čemu će biti više riječi u VIII. dijelu rada pod naslovom Reforma financiranja sredstvima treće strane u arbitražnim pravilima (266). U svakom slučaju, ovlast za određenje osiguranja troškova postupka je prema arbitražnim pravilima najvećih arbitražnih centara pred kojima se odvija najveći broj trgovačkih arbitraža u rukama tribunala, ali kriteriji za određivanje troškova postupka nisu propisani pa tribunali imaju široku diskrecijsku ovlast.

Institut osiguranja troškova postupka u arbitraži detaljno je analiziran u Nacrtu izvješća o troškovima i osiguranju troškova koji je pripremila Radna skupina ICCA – QMUL 2015. godine<sup>282</sup>, a koji je bio podloga za Izvješće Radne skupine ICCA – Queen Mary o financiranju sredstvima treće strane u međunarodnoj arbitraži.

Navedeni Nacrt izvješća u odnosu na osiguranje troškova u trgovačkoj arbitraži navodi kako bi tribunali u međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, pri ocjeni financijske situacije tužitelja, trebali imati u vidu da su se stranke u nekom trenutku dogovorile da sporove koji nastanu između njih riješe u arbitražnom postupku pa stoga činjenica da financirani tužitelj vjerojatno neće biti u mogućnosti platiti potencijalne troškove postupka dosuđene suprotnoj strani ne bi

---

<sup>280</sup> Lord Justice Gross: Courts And Arbitration; The Jonathan Hirst QC Commercial Law Lecture; London, 1 May 2018., str. 5, govor je dostupan na: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/05/speech-by-lj-gross-hirst-lecture-distribution-may-2018.pdf>.

<sup>281</sup> Queen Mary, University of London, School of International Arbitration: 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, sponsored by White & Case LLP, str. 2, dostupno na: [http://www.arbitrationonline.org/docs/2010\\_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf](http://www.arbitrationonline.org/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf).

<sup>282</sup> ICCA-QMUL Task Force on TPF in International Arbitration Subcommittee on Security for Costs and Costs, Draft Report, 1 November 2015., dostupno na: <https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media document/tpf taskforce security for costs and costs draft report november 2015.pdf>.

trebala biti ključna za određivanje osiguranja troškova. Umjesto toga, tribunal bi trebao razmotriti je li se financijska situacija tužitelja toliko značajno promijenila od sklapanja arbitražnog sporazuma, što suprotna strana nije mogla predvidjeti prilikom sklapanja arbitražnog sporazuma. Prema stavu autora Nacrta izvješća tuženik koji je znao (ili je trebao znati) da je tužitelj insolventan kada je pristao na arbitražu kao način rješavanja sporova s tim tužiteljem trebao bi biti odbijen s njegovim zahtjevom za osiguranje troškova. Činjenica da se kreditna sposobnost poslovnog partnera s kojim je ugovorena arbitraža kao način rješavanja sporova mijenja tijekom vremena dio je uobičajenog poslovnoga rizika i prema Nacrtu izvješća ne može biti osnova za određivanje osiguranja troškova. Slijedom svega navedenoga, a zbog konsenzualne prirode međunarodne trgovačke arbitraže, općenito postoji manje razloga za nalaganje polaganja sredstva osiguranja troškova postupka u trgovačkoj arbitraži nego što je to slučaj u parnicama.<sup>283</sup>

Zbog činjenice da su arbitražni postupci u međunarodnim trgovačkim arbitražama u pravilu tajni, malo je primjera odluka arbitražnih sudova kojima određuju osiguranje troškova arbitražnog postupka.

Nacrt izvješća citira odluku Međunarodne trgovačke komore u Parizu (ICC) kao jedne od rijetko dostupnih odluka u pogledu osiguranja troškova postupka u trgovačkoj arbitraži. U nalogu od 3. kolovoza 2012. tribunal ICC-a je vrlo detaljno ispitao zahtjev za polaganje sredstva osiguranja troškova koji je tuženik podnio protiv tužitelja koji je ujedno sklopio ugovor o financiranju parnice. Tribunal je proveo detaljnu analizu kriterija primjenjivih na osiguranje troškova u međunarodnoj arbitraži. Po mišljenju tribunala odlučujuće je pitanje predstavlja li ugovor o financiranju parnice promjenu okolnosti koja bi opravdala nalaganje osiguranja troškova. Tribunal je naložio polaganje sredstva osiguranja troškova, a ključni su razlozi za tu odluku bili sljedeći: (i) tužitelj je holding društvo sa sjedištem na Cipru za koje je malo vjerojatno da će moći platiti troškove postupka suprotne strane i (ii) ugovor o financiranju ne pokriva plaćanje troškova suprotne strane. Tribunal je protumačio ulagateljevo pravo (treća strana koja je financirala troškove postupka) na raskid ugovora prema odredbama ugovora o financiranju na način da je financiratelj ovlašten raskinuti ugovor u bilo koje vrijeme i to u potpunosti prema vlastitom nahođenju. Slijedom svega navedenoga tribunal je naglasio da činjenica da treća strana može raskinuti ugovor o

---

<sup>283</sup> *Ibid.*, str. 12–13.

financiranju u bilo kojem trenutku dovodi do povećanja rizika tuženika da ode praznih ruku, tj. ne naplati troškove postupka od suprotne strane.<sup>284</sup>

U Nacrtu izvješća su dana i ključna zapažanja i preporuke za institut osiguranja troškova postupka. Radi ocjene važnosti ugovora o financiranju treće strane u utvrđivanju je li zahtjev za osiguranje osnovan preporučeno je da tribunal utvrde financijsku situaciju tužitelja počevši od općih financijskih izvješća, kao što su godišnja financijska izvješća i ostala izvješća koja se po zakonu moraju predati jer se ugovor o financiranju može smatrati pokazateljem financijske situacije financirane strane samo kada se sagledava zajedno s ostalim financijskim izvješćima i sam po sebi nije nužno dokaz da je tužitelj insolventan. Velike, solventne tvrtke sve više koriste financiranje sredstvima trećih strana kao način anuliranja rizika i poboljšavanja bilance poslovanja pa stoga prisutnost treće strane koja financira troškove postupka samo po sebi nije dovoljan razlog za određivanja osiguranje troškova. Kao takva, prisutnost treće strane ne bi trebala dovesti do prebacivanja tereta dokazivanja je li zahtjev za osiguranje troškova osnovan na stranku protiv koje se osiguranje troškova i traži.<sup>285</sup>

Prema Nacrtu izvješća, ugovor o financiranju jedan je od čimbenika koje tribunal moraju uzeti u obzir prilikom ocjenjivanja osnovanosti zahtjeva za osiguranje troškova i u trgovačkoj i investicijskoj arbitraži. Nakon otkrivanja ugovora o financiranju (gdje je otkrivanje sadržaja ugovora prije svega opravdano) tribunal moraju pažljivo pregledati uvjete ugovora o financiranju i ostala financijska izvješća.<sup>286</sup>

U Nacrtu izvješća je u pogledu osiguranja troškova postupka u međunarodnoj trgovačkoj arbitraži navedeno da njegova svrha nije kreiranje testa po kojemu bi se ocjenjivala osnovanost takvoga zahtjeva, ali podnositelj zahtjeva mora dokazati promijenjene okolnosti koje su bile nepredvidive u trenutku sklapanja arbitražnog sporazuma. Ako je pak treća strana koja financira troškove postupka pristala namiriti i troškove suprotne strane u slučaju neuspjeha u sporu, a zatim odluči raskinuti ugovor o financiranju, ta činjenica može biti relevantna u kontekstu promijenjenih okolnosti. Slijedom navedenoga i u Nacrtu izvješća je predloženo da treće strane koje financiraju troškove postupka ili financirana stranka imaju obvezu obavijestiti tuženika ako financiranje bude obustavljeno. Također je istaknuto da čak i kada se pribjegavanje financiranju ne smatra nepredvidivim, tj. promijenjenim okolnostima,

---

<sup>284</sup> *Ibid.*, str. 12–13.

<sup>285</sup> *Ibid.*, str. 16–18.

<sup>286</sup> *Ibid.*, str. 16–18.



tribunal bi mogao uzeti u obzir širi kontekst pravednosti i upitati se bi li bilo pravedno da podnositelj zahtjeva za osiguranje troškova postupka ostvari pravo na to osiguranje u svjetlu svih okolnosti, uključujući i ugovora o financiranju.<sup>287</sup>

Iz analiziranoga normativnog uređenja, opisane rasprave i prakse tribunala vidljivo je da osiguranje troškova postupka u trgovačkoj arbitraži normirano u smislu da su na to ovlašteni tribunali, ali na žalost nema dostupnih odluka tribunala po zahtjevima za osiguranje troškova kada je ugovoreno financiranje troškova postupka.

Usprkos navedenom, razvoj u investicijskoj arbitraži kao i najnovije revizije UNCITRAL Arbitražnih pravila i ICSID Arbitražnih pravila pokazuju da sama činjenica da je ugovoreno financiranje nije dovoljan razlog da se prihvati zahtjev za osiguranje troškova. Štoviše, kao što će biti elaborirano u sljedećoj točki, ni kumulativno ispunjavanje dva uvjeta – da je ugovoreno financiranje troškova postupka i da je financirana stranka insolventna – nije dovoljan razlog da tribunali odrede osiguranje troškova postupka, već se traže još neke dodatne, iznimne okolnosti.

### **iii. Investicijska arbitraža**

Brekoulakis i Rogers navode dva doktrinarna pitanja vezano uz osiguranja troškova u investicijskim arbitražama. Prvo, ima li tribunal ovlast naložiti osiguranje troškova i zaključuju da ima bilo na temelju samoga zakona, npr. engleskog Arbitražnog zakona<sup>288</sup> iz 1996., ili na temelju arbitražnih pravila, putem privremenih mjera. Drugo, kompleksnije pitanje koje navode jest utječe li činjenica da stranka financira troškove postupka sredstvima treće strane na odluku tribunala o osiguranju troškova.<sup>289</sup>

ICSID Konvencija nema posebnih odredaba u vezi s osiguranjem troškova i financiranja sredstvima treće strane, što i ne iznenađuje jer je Konvencija pripremana u vrijeme kada se to pitanje nije otvaralo, a financiranje troškova postupka sredstvima treće strane nije postojalo ili nije bilo prepoznato jer se rijetko javljalo u praksi. To je razlog zašto tribunali kada odlučuju o zahtjevu jedne od stranaka u postupku za osiguranje troškova primjenjuju članak 47. Konvencije koji propisuje:

---

<sup>287</sup> *Ibid.*, str. 16–18.

<sup>288</sup> English Arbitration Act 1996, S. 33; dostupan na: <https://www.legislation.govs.uk/ukpga/1996/23/contents>.

<sup>289</sup> Stavros Brekoulakis and Catherine Rogers, Third-Party Financing in ISDS: A Framework for Understanding Practice and Policy, Academic Forum on ISDS Concept Paper 2019/11, 31 July 2019, str. 14–15.

*Ako se stranke ne dogovore drukčije, tribunal može, ako smatra da to zahtijevaju okolnosti, **preporučiti** [istaknula autorica] bilo koju privremenu mjeru koja je potrebna **kako bi se sačuvala prava** [istaknula autorica] bilo koje stranke.<sup>290</sup>*

Na članak 47. Konvencije nadovezuju se ICSID-ova Arbitražna pravila koja u članku 39. razrađuju ovlasti i postupanje tribunala u odnosu na privremene mjere na sljedeći način:

*(1) U bilo kojemu trenutku nakon pokretanja postupka stranaka može zatražiti da arbitražni tribunal **preporuč**i [istaknula autorica] privremene mjere **za očuvanje njezinih prava** [istaknula autorica]. U zahtjevu će navesti prava koja treba očuvati, mjere čija se preporuka traži te okolnosti koje zahtijevaju te mjere.*

*(2) Arbitražni će tribunal dati prioritet razmatranju zahtjeva iz st. (1).*

*(3) Arbitražni tribunal također može preporučiti privremene mjere na vlastitu inicijativu ili preporučiti druge mjere osim onih navedenih u zahtjevu. Arbitražni tribunal može u bilo kojemu trenutku izmijeniti ili opozvati svoje preporuke.*

*(4) Arbitražni će tribunal preporučiti privremene mjere ili ih izmijeniti ili opozvati svoje preporuke nakon što svakoj od stranaka dade mogućnost da iznese svoja opažanja.*

*(5) Ako stranka podnese zahtjev iz st. (1) prije konstituiranja arbitražnog tribunala, glavni će tajnik na zahtjev bilo koje od stranaka odrediti strankama rokove za iznošenje njihovih primjedbi o zahtjevu, tako da arbitražni tribunal može razmatrati zahtjev i primjedbe odmah po konstituiranju.*

*(6) Ništa u ovom članku ne priječi stranke, ako su se one tako suglasile, da zatraže od bilo kojeg sudbenog ili drugog tijela da naloži privremene mjere prije ili poslije početka postupka, radi očuvanja njihovih prava i interesa.<sup>291</sup>*

Izričaj citiranih odredaba Konvencije i Arbitražnih pravila bio je predmet rasprave tribunala u odnosu na riječ “preporučiti” i “kako bi se sačuvala”, odnosno “za očuvanje”. Vezano uz riječ “preporučiti” otvorila se dvojba mogu li tribunali naložiti privremene mjere, a u odnosu na izričaj “kako bi se sačuvala”/“za očuvanje” otvorilo se pitanje mogu li se privremene mjere naložiti samo za očuvanje postojećih prava ili one mogu obuhvatiti i buduća prava. Ta su pitanja bitna u situacijama kada se traži osiguranje troškova. Tumačenje izričaja “kako bi se sačuvala”/“za očuvanje” bitno je jer u trenutku kada stranka podnosi zahtjev za osiguranje troškova ona još nije stekla pravo na plaćanje troškova postupka, steći će ga tek ako i kada tribunal u arbitražnom pravorijeku naloži suprotnoj strani plaćanje troškova postupka.

Spomenute su dvojbe i činjenica da osiguranje troškova nije normirano neki od razloga zašto je i pitanje financiranja troškova postupka sredstvima treće strane i u kontekstu osiguranja troškova bio predmet rasprave i revizije ICSID-ovih Arbitražnih pravila, o čemu će više biti riječi u dijelu rada koji se bavi investicijskom arbitražom i revizijom navedenih pravila.

---

<sup>290</sup> Tekst Konvencije i Arbitražnih pravila na engleskom dostupan je na:

<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20English.pdf>.

<sup>291</sup> *Ibid.*

Bento glede tumačenja riječi “preporučiti” u članku 47. Konvencije (a i članku 39. Arbitražnih pravila) pravilno upućuje na *travaux préparatoires* Konvencije, iz kojega je vidljivo da je izvorni tekst sadržavao riječ *propisati*, a koja je na prijedlog kineskog delegata promijenjena u riječ *preporučiti*. Bez obzira na izričaj Konvencije i ICSID-ovih Arbitražnih pravila, tribunalni su riječ *preporučiti* tumačili kao ovlast da nalože privremene mjere bilo na zahtjev stranke u postupku, bilo *sua sponte*.<sup>292</sup> Taj je stav potvrđen i u odlukama tribunala kao primjerice u predmetu *Tokios Tokelés vs. Ukraine*<sup>293</sup> u kojem je tribunal prihvatio zahtjev tužitelja i izdao privremenu mjeru obrazloživši:

4. *Treba podsjetiti da prema utvrđenoj praksi ICSID tribunala u odnosu na privremene mjere koje tribunal “preporučiti” te su mjere obvezujuće; one imaju učinak kao da ih je tribunal “naložio” [istaknula autorica], a stranke su ih dužne poštovati.*

5. *Treba također podsjetiti da prema članku 39. stavku 3. Arbitražnih pravila tribunal “može u bilo kojem trenutku izmijeniti ili opozvati preporuku”.*

6. *Konačno, za podsjetiti je, kao što su ICSID-ovi tribunalni već više puta ponavljali, da “preporuka” privremenih mjera ni na koji način ne prejudicira nadležnost pa će stoga tribunal, neovisno o odluci o privremenim mjerama, donijeti odluku u odnosu na prigovore tuženika koji se odnose na nadležnost tribunala.*<sup>294</sup>

U predmetu *Millicom vs. Senegal*<sup>295</sup> tribunal je, svjestan da od Senegala ne može zahtijevati da jednostrano obustavi paralelni postupak pred Regionalnim sudom u Dakaru, primijenio praktičan pristup preporučivši da Senegal u dogovoru s drugom stranom zatraži od Regionalnoga suda prekid postupka koji se vodi pred njim. U tom je slučaju, dakle, tribunal doslovno protumačio izričaj čl. 47. ICSID Konvencije i čl. 39. Arbitražnih pravila. Tribunal je u odluci po zahtjevu tužitelja za određivanje privremene mjere naglasio:

38. (...) *Treba dodati da privremene mjere, koje su privremene i po prirodi i po definiciji, Arbitražni tribunal može u bilo kojem trenutku izmijeniti ili ukinuti jer one nemaju istu snagu kao pitanje koje je već presuđeno (res judicata), one vrijede samo dok postupak traje i automatski postaju nevaljane ako arbitražni tribunal presudi da nije nadležan u sporu. (...)*

49. *Budući da su ispunjeni uvjeti, arbitražni tribunal načelno prihvaća zahtjev za privremenom mjerom. Prema tekstu članka 47. ICSID Konvencije, arbitražni tribunal ima pravo izdavati “preporuke”. Unatoč tome, u određenim odlukama koje su donijeli tribunalni na temelju Konvencije utvrđeno je da korišteni termin ne sprječava arbitražni tribunal da naloži te mjere. **Prema stavu ovoga arbitražnoga tribunala to pitanje može***

---

<sup>292</sup> Više o tome: Lucas V. M. Bento, Chapter 13: Mapping the Genetic Code of Provisional Measures: Characteristics and Recent Developments, in Crina Baltag, ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2016), str. 366.

<sup>293</sup> *Tokios Tokelés vs. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Procesni nalog br. 1, odluka o zahtjevu tužitelja za određivanje privremene mjere, dostupna na: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0862.pdf>.

<sup>294</sup> *Ibid.*

<sup>295</sup> *Millicom International Operations B.V.S. and Sentel GSM SA vs. The Republic of Senegal*, ICSID Case No. ARB/08/20, Odluka po zahtjevu tužitelja za određivanje privremene mjere, dostupna na: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1244.pdf>.

*ostati neodlučeno budući da priroda mjere koja se traži u ovom slučaju nije kompatibilna s nalaganjem strankama* [istaknula autorica]:

a) *Obustavu postupka tužena strana ne može učiniti jednostrano jer to može učiniti samo Regionalni sud u Dakaru, nad kojim ovaj tribunal nema ovlasti. S druge pak strane, moguće je preporučiti tuženiku da zajedno s drugom stranom u postupku u zajedničkom podnesku zahtijeva od Regionalnog suda u Dakaru prekid postupka, a koji je u interesu oba postupka. To je pristup koji je primijenjen prilikom podnošenja zahtjeva za odgodom ročišta od 23. rujna 2009. godine i on je savršeno proveden.*

b) *Arbitražni je tribunal uvjeren da će se tuženik, koji je svjestan o čemu je riječ, prihvatiti ovu novu preporuku i da mu neće biti potrebno naložiti da to učini. Razumijevanje koje je Republika Senegal do sada pokazala upućuje na to da će na isti način reagirati i na ovu preporuku.*

c) *Čak i da to nije slučaj, arbitražni je tribunal svjestan činjenice da, ako se ne slijedi preporuka, bilo koja zabrana koju bi mogao odrediti – pretpostavljajući da je za to ovlašten – ni u kojem slučaju ne bi bila prikladna za prisilno izvršenje. Iz tih će razloga arbitražni tribunal izdati preporuku.*

50. *Kao što je gore rečeno, ako se zahtjev djelomično usvaja, arbitražni tribunal smatra da učinci njegove preporuke trebaju biti vremenski ograničeni.*<sup>296</sup>

U predmetu *Occidental Petroleum vs. Ecuador*<sup>297</sup>, u odluci po zahtjevu tužitelja za izdavanje privremene mjere, tribunal je ne samo zauzeo isti stav kao i tribunal u predmetu Tokios u pogledu značenja riječi “preporučiti” u čl. 47. Konvencije i čl. 39. Arbitražnih pravila, nego je i dodatno pojasnio pod kojim pretpostavkama se privremena mjera može odrediti i koja je priroda prava koja se štiti privremenom mjerom. Vezano uz prirodu prava tribunal je obrazložio da je dovoljno da je riječ o potencijalnim, pravno zaštićenim, pravima i interesima. U nastavku je najvažniji dio odluke o zahtjevu tužitelja za određivanje privremene mjere:

58. *Tribunal želi pojasniti, kako bi izbjegao sumnju da, iako članak 47. ICSID konvencije koristi riječ “preporučiti”, Tribunal je zapravo ovlašten naložiti privremene mjera* [istaknula autorica]. *To su prepoznali brojni međunarodni tribunali, a među njima i tribunal u predmetu Tokios Tokelés. (...)*

59. *Također je već utvrđeno da se privremene mjere trebaju naložiti samo u situaciji nužde i hitnosti kako bi se zaštitila prava koja bi mogla izostati ili biti definitivno izgubljena ne bude li određena privremena mjera. Nije sporno da su privremene mjere izvanredne mjere koje ne treba olako odrediti. Drugim riječima, okolnosti pod kojima su potrebne privremene mjere prema članku 47. ICSID Konvencije su slučajevi u kojima su mjere potrebne da bi se očuvala prava stranaka i tamo gdje je potreba hitna kako bi se izbjegla nepopravljiva šteta. (...)*

61. *Drugim riječima, da bi međunarodni tribunal odredio privremene mjere, mora postojati i pravo koje je potrebno sačuvati i nužne okolnosti i hitnost da se izbjegne nepopravljiva šteta. (...)*

## **B. Pojašnjenje “prava” koja se mogu štiti privremenim mjerama**

<sup>296</sup> *Ibid.*

<sup>297</sup> *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company vs. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11; Odluka o zahtjevu tužitelja za određivanje privremene mjere, dostupna na: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0576.pdf>.

63. Kao daljnje preliminarno zapažanje tribunal želi razjasniti da, iako tribunal možda još nije priznao neko pravo takvo pravo može, unatoč tomu, zaslužiti zaštitu privremenim mjerama. Tribunal se stoga ne slaže s tvrdnjom tuženika da “pretpostavka uspjeha ili neuspjeha u meritumu je čisto nagađanje i ne pruža dovoljno osnova za zaštitu stvarnoga postojećega prava”. Suprotno tomu, tužitelji u ovoj fazi “trebaju samo dokazati da su podnijeli takvu vrstu zahtjeva koji – ako se konačno dokažu – daju tužiteljima pravo na znatno obeštećenje”. Ako bi se prihvatio stav tuženika, to bi imalo dalekosežne posljedice. To bi, na primjer, značilo da tribunal nikada ne bi mogao narediti privremenu mjeru u vezi s pravom čije postojanje i navodna povreda je upravo predmet arbitraže.

64. **Tribunal stoga ponavlja da u ovoj fazi pravo samo mora biti utvrđeno kao teoretski postojeće pravo, za razliku od dokazanoga prava. Tribunal se u fazi određivanja privremenih mjera bavi samo prirodom prava** [istaknula autorica]. (...)

65. Što se podrazumijeva pod teoretski postojećim pravom? Jasno je da **činjenice moraju ukazivati da stvarno postoji pravo ili zakonski zaštićeni interes** [istaknula autorica], za razliku od jednostavnog interesa koji za sobom ne povlači pravnu zaštitu. To pravo ili pravno zaštićeni interes također moraju formirati dio potencijalnih pojedinačnih prava i obveza tužitelja. Dakle, tribunal prvo mora utvrditi mogu li se tužitelji teoretski pozivati na prava čiju zaštitu traže. Kao što je ranije utvrđeno ta su prava: prvo njihovo navodno pravo na provedbu ugovora iz Bloka 15 i drugo, njihovo navodno pravo da ne dođe do daljnje zaoštavanja spora.<sup>298</sup>

U predmetu *Maffezini vs. Španjolska*<sup>299</sup> tribunal je, odlučujući o zahtjevu Španjolske, dao tumačenje ICSID-ovih Arbitražnih pravila na način da je utvrdio da je smisao privremenih mjera zaštita postojećih, a ne budućih prava pa je stoga odbio zahtjev Španjolske za osiguranje troškova postupka.

Tribunal je u bitnome istaknuo:

12. *Pravilo 39 (1) određuje da stranka može zatražiti (...) privremene mjere za očuvanje svojih prava. (...) Upotreba sadašnjega vremena podrazumijeva da takva prava moraju postojati u trenutku podnošenja zahtjeva, ne smiju biti hipotetička niti se odnositi na prava koja će nastati u budućnosti* [istaknula autorica].

14. *Primjer postojećeg prava bio bi interes u dijelu imovine oko čijega se vlasništva vodi spor. Privremenom mjerom može se naložiti da se imovina ne prodaje ili otuđuje prije konačne odluke arbitražnoga tribunala. Tako bi se sačuvao status quo imovine, čime se čuvaju i prava stranke na imovini.*

15. *Međutim, u ovom slučaju nije jasno koja bi se to sadašnja prava trebala sačuvati. Tužena tvrdi da bi joj moglo biti teško ili nemoguće naplatiti troškove postupka i izdatke ako tužitelj ne uspije u sporu i ako tribunal naloži tužitelju plaćanje troškova.*

16. *Ta tvrdnja sadržava nekoliko hipotetičkih situacija.*

17. *Prvo, hoće li tuženi prevladati i drugo, hoće li tribunal smatrati da je tužitelj slučaj takav da zahtijeva da naloži tužitelju da tuženom plati troškove i izdatke koji će nastati.*<sup>300</sup>

Od posebne je važnosti predmet *RSM Production Corporation vs. Saint Lucia*<sup>301</sup> u kojem je tribunal prvi put odredio osiguranje troškova u korist tužene države i u kojem su činjenice da

---

<sup>298</sup> *Ibid.*

<sup>299</sup> Emilio Agustín Maffezini protiv Kraljevine Španjolske, ICSID, slučaj br. ARB / 97/7, Procesni nalog br. 2, dostupno na: <https://www.italaw.com/cases/641>.

<sup>300</sup> *Ibid.*

tužitelj u ranijim sudskim i arbitražnim postupcima nije plaćao premije za postupak, nije platio troškove postupka koji su mu bili naloženi platiti kao i da troškove postupka financira sredstvima treće strane bile od presudnoga značaja. U tom je predmetu tribunal odredio osiguranje troškova zbog iznimnih okolnosti – činjenice da RSM nije postupio po odlukama u kojima mu je naloženo plaćanje troškova postupka i premije. Činjenica da je u tom predmetu RSM financirao troškove sredstvima treće strane nije bila od presudnog značenja, ali kumulativno, uz navedenu činjenicu nepostupanja po odlukama o plaćanju troškova i premije za troškove postupka pri ICSID-u, a što je dovelo do obustave postupka, bila je razlog za prihvaćanje prijedloga tuženika da se odredi osiguranje troškova. U odluci o osiguranju troškova tribunal se osvrnuo i na značenje riječi “preporučiti” u članku 47. ICSID Konvencije te čl. 39. ICSID Arbitražnih pravila kao i pravnu prirodu odluke tribunala o osiguranju troškova u smislu da ta odluka nije ovršna. Tribunal je također o pitanju odlučivanja privremenom mjerom o zahtjevu za osiguranje troškova ponovio stav ranijih tribunala da u trenutku kada je Konvencija pisana nije bilo moguće predvidjeti taj oblik privremene mjere pa se stoga na takve zahtjeve primjenjuje opća odredba prema kojoj tribunal ima ovlast preporučiti/naložiti privremenu mjeru. Imajući u vidu važnost te odluke kao i činjenicu da nije prevedena na hrvatski jezik, u fusnoti se daje detaljan pregled odluke<sup>302</sup>, dok se u nastavku citira najvažniji dio:

---

<sup>301</sup> RSM Production Corporation vs. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10; odluka je dostupna na: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3318.pdf>.

<sup>302</sup> RSM Production Corporation vs. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10 – izvod iz odluke:  
29. Tuženik tvrdi da postoji stvarni rizik da tužitelj neće biti u stanju ili neće htjeti postupiti prema odluci kojom se tuženiku dosuđuju troškovi.  
30. S tim u vezi, tuženik se poziva na prethodne arbitraže pri ICSID-u, u kojima tužitelj nije ispunio svoje obveze plaćanja troškova i predujma. Tuženik se posebno poziva na postupak pri ICSID-u u kojem tužitelj nije platio troškove određene protiv njega i postupak poništenja pravorijeka u postupku pri ICSID-u koji je obustavljen zbog toga što tužitelj nije platio predujmove troškova.  
31. Osim toga, tuženik upozorava na ponašanje izvršnog direktora tužitelja u prethodnim postupcima, ne ograničavajući se na arbitraže pri ICSID-u, kao izraz navodne nepouzdanosti tužitelja u pogledu poštivanja naloga sudova i tribunala. (...)  
33. Tuženik tvrdi da postupke koje je pokrenuo tužitelj financira sredstvima treće strane (što tužitelj priznaje) i zaključuje da te treće strane financiraju pokretanje postupka, ali neće poštivati obveze tužitelja prema dodijeljenoj naknadi troškova. To, prema mišljenju tužene strane, predstavlja iznimnu situaciju koja opravdava nalog osiguranja troškova, koji tuženi opisuje kao “bježanje s mjesta nesreće (tzv. arbitration hit and run)”.  
35. Tuženik dalje tvrdi da još nije potrebno dokazivati osnovanost spora kako bi se naložilo osiguranje troškova. Kao objašnjenje, tuženik ističe da bi takav zahtjev doveo do toga da se osiguranje troškova nikada ne bi moglo naložiti na početku postupka dok stranka koja podnosi zahtjev ne razradi meritum. Po mišljenju tuženika, ovo je u suprotnosti sa svrhom osiguranja troškova. (...)  
43. Tužitelj tvrdi da je zahtjev tuženika za osiguranje troškova neopravdan jer tuženik ne obrazlaže meritum predmeta i svoj stav prema tužbenom zahtjevu. U nedostatku bilo kakvog, čak ni prima facie dokaza o suštini obrane tuženika, međunarodni tribunal nije u stanju uravnotežiti legitimne interese stranaka...  
44. Konačno, tužitelj tvrdi da tužena također financira troškove postupka sredstvima treće strane, pa stoga tuženik ne bi trpio neposrednu štetu. Umjesto toga, nalog za osiguranje troškova samo bi služio u korist takve treće strane. (...)

55. Činjenica da se članak 47. ICSID-ove Konvencije i ICSID-ova Arbitražna pravila izričito ne propisuju osiguranje troškova – niti bilo koju drugu određenu mjeru – lako se

50. Međutim, razlika između “preporuke” i “naloga” u vezi s privremenim mjerama ostaje teoretsko, a ne praktično pitanje. Bez obzira na tu razliku, privremene mjere koje je donio ICSID-ov tribunal nemaju obvezujući učinak u smislu ovršnosti (a contrario članak 54. stavak 1. ICSID Konvencije). Stoga je pitanje da li Tribunal “preporučuje” ili “nalaže” privremene mjere u svakom slučaju nevažno za prirodu i učinak te mjere. Međutim, tribunal može izvući negativne zaključke iz nepoštivanja privremenih mjera. (...)
54. Tribunal se većinom slaže s općim prijedlogom da se osiguranje troškova može odrediti na temelju članka 47. ICSID Konvencije i čl. 39. ICSID-ovih Arbitražnih pravila. Činjenica da određivanje osiguranja troškova nije izričito predviđeno u tim odredbama ne isključuje nadležnost tribunala za donošenje takve mjere. (...)
55. Činjenica da se članak 47. ICSID Konvencije i ICSID-ova Arbitražna pravila izričito ne pozivaju na osiguranje troškova – niti na bilo koju drugu određenu mjeru – lako se može objasniti vremenom u kojem je ICSID Konvencija sastavljena. Godine 1965. pitanja poput financiranja troškova postupka sredstvima treće strane, a time i prenošenja financijskog rizika sa stranke koja je podnijela zahtjev na treću stranu nisu bila tako česta, ako su uopće i postojala, za razliku od danas. Stoga propust ne dopušta nikakav negativan zaključak.
56. (...) Izmjena i dopuna ICSID Konvencije općenito, a posebno u smislu da se izričito govori o osiguranju troškova kao privremenoj mjeri, zahtijevala bi znatan napor. Stoga izjava da takva izmjena i dopuna nije izvršena ne može poslužiti kao osnova za pretpostavku da su sastavljači Konvencije ICSID namjeravali isključiti osiguranje troškova. (...)
65. Tribunal primjećuje da je u predmetu Maffezini tribunal zauzeo stav da se privremenim mjerama mogu zaštititi samo “sporna prava”, tj. prava izravno povezana s predmetom spora. Ovaj je stav proturječan nizu odluka tribunala nakon te odluke, koje su utvrdile da se također mogu zaštititi procesna prava, poput potencijalnog prava na naknadu troškova. Tribunal prihvaća taj stav jer je u praksi dobro utvrđeno da se mogu odrediti privremene mjere radi zaštite prava iz postupka u cjelini. (...)
69. Prevladavajući cilj privremenih mjera je zaštita integriteta postupka. Ova cjelovitost obuhvaća materijalna i procesna prava, kao što je npr. očuvanje dokaza. Pravo na traženje naknade troškova u slučaju povoljne odluke također predstavlja procesno pravo u tom smislu. Stoga mora postojati učinkovit mehanizam zaštite i toga prava kako bi ga se učinilo smislenim. (...)
72. Nadalje, Tribunal utvrđuje da pravo koje se štiti privremenom mjerom ne mora postojati u trenutku podnošenja zahtjeva. Također se buduća ili uvjetna prava, poput potencijalnog zahtjeva za naknadu troškova, kvalificiraju kao “prava koja treba sačuvati”. Hipotetički element spornog prava jedna je od svojstvenih karakteristika režima privremenih mjera. Međutim, istodobno, zabrana prejudiciranja osnovanosti slučaja već u ovoj fazi osigurava da se uvjetni karakter odgovarajućeg prava pravilno uzme u obzir.
82. (...) Iako se ranije smatralo da takva financijska ograničenja ne pružaju dovoljnu osnovu da bi se naložilo polaganja osiguranja troškova, okolnosti ovoga slučaja su različite. Konkretno, procesna povijest tužitelja u drugim ICSID-ovim i ne-ICSID-ovim postupcima pruža uvjerljive osnove za odobravanje zahtjeva tuženika.
83. Štoviše, financiranje troškova postupka sredstvima treće strane dodatno podupire zabrinutost tribunala da tužitelj neće platiti naknadu troškova u slučaju nepovoljne odluke jer je, u nedostatku osiguranja ili garancije, dvojbeno hoće li treća strana preuzeti odgovornost za postupanje po odluci tribunala...
84. Argument tužitelja da je tužena strana također koristila financiranje treće strane, temelji se na sumnji i nije potkrijepljen.
85. Iz tih razloga tribunal smatra potrebnim naložiti tužitelju da osigura troškove prije nego što nastavi s ovom arbitražom...
86. Razlika između sadašnjeg postupka i prethodnih arbitraža ICSID-a u kojima je zahtjev za osiguranje troškova odbijen je u tome što se u ovom slučaju okolnosti iznesene u drugim postupcima zbivaju kumulativno. Te okolnosti ukratko dokazuju povijest u kojoj se tužitelj nije pridržavao naloga i odluka bilo zbog svoje insolventnosti, nespremnosti, ili činjenice da nema dovoljno financijskih sredstava i (također priznate) činjenice da troškove postupka financira sredstvima nepoznate treće strane koja, kako tribunal vjeruje, možda neće snositi troškove dosuđene u korist tuženika.
87. Zbog svega gore spomenutog, tribunal je, nakon što je pažljivo usporedio interes tuženika s pravom tužitelja na pristup pravdi, uvjeren da opisane okolnosti predstavljaju dovoljnu osnovu i iznimne okolnosti kako nalaže praksa tribunala da naloži tužitelju da položi osiguranje troškova.
90. Na temelju gornje analize, većinom, tribunal donosi sljedeće odluke:
- (i) Nalaže se tužitelju da položi jamstvo za troškove u obliku neopozive bankarske garancije u iznosu 750.000 USD u roku od 30 dana od ove odluke.
- (ii) Ako takvo jamstvo ne pruži u roku od 30 dana, tuženiku se dopušta zahtjev da tribunal otkaže datum ročišta kako je navedeno u Procesnom rasporedu.
- (iii) Odluka u vezi sa zahtjevom tuženika da tužitelju naloži plaćanje troškova ovoga postupka donijet će se u kasnijoj fazi ovog postupka.

može objasniti vremenom u kojem je ICSID Konvencija sastavljena. **Godine 1965. pitanja poput financiranja troškova postupka sredstvima treće strane, a time i prenošenja financijskog rizika sa stranke koja je podnijela tužbeni zahtjev na treću stranu nisu bila tako česta, ako su uopće i postojala, za razliku od danas** [istaknula autorica]. Stoga propust ne dopušta nikakav negativan zaključak. (...)

69. **Prevladavajući cilj privremenih mjera je zaštita integriteta postupka. To obuhvaća materijalna i procesna prava, kao što je npr. očuvanje dokaza. Pravo na traženje naknade troškova u slučaju povoljne odluke također predstavlja procesno pravo** [istaknula autorica] u tom smislu. Stoga mora postojati učinkovit mehanizam zaštite i toga prava kako bi ga se učinilo smislenim. (...)

72. **Nadalje, Tribunal utvrđuje da pravo koje se štiti privremenom mjerom ne mora postojati u trenutku podnošenja zahtjeva** [istaknula autorica]. Također i buduća ili uvjetna prava, poput potencijalnog zahtjeva za naknadu troškova, predstavljaju "prava koja treba sačuvati".

83. (...) **financiranje troškova postupka sredstvima treće strane dodatno podupire zabrinutost tribunala da tužitelj neće platiti troškove u slučaju nepovoljne odluke ...**

86. **Razlika između sadašnjeg postupka i prethodnih arbitraža ICSID-a u kojima je zahtjev za osiguranje troškova odbijen je u tome što se u ovom slučaju okolnosti iznesene u drugim postupcima zbivaju kumulativno** [istaknula autorica]...

87. **Zbog svega gore spomenutog, tribunal je, nakon što je pažljivo usporedio interes tuženika s pravom tužitelja na pristup pravdi, uvjeren da opisane okolnosti predstavljaju dovoljnu osnovu i iznimne okolnosti kako nalaže praksa tribunala da naloži tužitelju da položi osiguranje troškova.**<sup>303</sup>

Nakon odluke u predmetu *RSM Production Corporation vs. Saint Lucia* (dalje u tekstu: RSM predmet) države su, ohrabrene tom odlukom, pokušale češće tražiti osiguranje troškova.

Tako je u predmetu *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. vs. Slovak Republic*<sup>304</sup> Slovačka podnijela zahtjev za osiguranje troškova, ali tribunal je odbio zahtjev navodeći da nije riječ o izvanrednim okolnostima kako ih je definirao tribunal u RSM predmetu. Tribunal je pojasnio da sama činjenica da su troškovi postupka financirani sredstvima treće strane kao i moguća insolventnost tužitelja nisu dovoljne da bi se odredilo osiguranje troškova postupka. Odluka u bitnom u tom dijelu glasi:

122. **Istina je da je u predmetu RSM vs. Santa Lucia ICSID tribunal naložio osiguranje troškova. Međutim, činjenice u toj arbitraži bile su prilično iznimne jer tužitelj nije bio samo nametljiv i financiran sredstvima treće strane, već je također imao dokazanu povijest nepridržavanja naloga za plaćanje troškova. Kao što je naglasio tribunal, te su se okolnosti razmatrale kumulativno.**

123. **U ovom slučaju nisu dokazane takve iznimne okolnosti. Tužitelji nisu propustili ispuniti svoje obveze plaćanja u ovom postupku ili u drugom arbitražnom postupku. Međunarodni tribunal smatra da financijske poteškoće i financiranje sredstvima treće strane – što je postalo uobičajena praksa – same po sebi nužno ne predstavljaju izvanredne okolnosti** [istaknula autorica] koje opravdavaju da se tužitelju naloži polaganje sredstva osiguranja troškova.

<sup>303</sup> *Ibid.*

<sup>304</sup> *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. vs. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/14/14; odluka je dostupna na: [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6272\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6272_0.pdf).



124. Stoga se odbija tražena privremena mjera.<sup>305</sup>

Italija je u predmetu *Eskosol S.p.A. in liquidazione vs. Italian Republic*<sup>306</sup>, pozivajući se na odluku u RSM predmetu i navodeći da je tužitelj insolventan kao i da troškove postupka financira sredstvima treće strane, također tražila osiguranje troškova postupka, ali i u tom je predmetu tribunal odbio zahtjev navodeći da je treća strana izjavila da je spremna snositi troškove postupka do iznosa jedan milijun eura. U bitnome je tribunal zaključio:

*44. Tribunal se slaže s Eskosolom da su pitanja pokrenuta u zahtjevu za otkrivanje informacija uglavnom upitna jer je Eskosol odgovorio na početno talijansko pitanje “je li tužitelj financiran sredstvima treće strane” kao i barem na dio drugoga pitanja “je li treća strana solventna i spremna platiti naknadu troškova koju bi tribunal odredio protiv Eskosola”. Sada je jasno da je treća strana donijela odluku o plaćanju bilo koje naknade troškova određene protiv Eskosola do iznosa milijun eura. U ovom trenutku nije potrebno hitno istražiti bi li treća strana bila u mogućnosti ugovoriti (ili voljno ugovoriti) policu osiguranja ili drugo sredstvo osiguranja za potencijalno veći iznos troškova. Takva bi istraga bila preuranjena.*<sup>307</sup>

Pa ipak, u predmetu *Manuel García Armas et al. vs. Bolivarian Republic of Venezuela*<sup>308</sup>, u procesnom nalogu br. 9 iz 2018., došlo je do malo drukčijeg pristupa jer je tribunal prihvatio zahtjev Venezuele za osiguranje troškova. Tribunal je posebno cijenio činjenice da postoji financiranje troškova postupka sredstvima treće strane i da ugovor o financiranju izričito propisuje da treća strana neće platiti troškove postupka ako tužitelji izgube spor i bude im naloženo plaćanje troškova. Prema stavu tribunala upravo su te činjenice bile relevantne u odnosu na pitanje treba li tužiteljima naložiti da polože sredstvo osiguranje troškova pa je slijedom navedenoga naložio polaganje garancije za iznos 1,5 milijuna američkih dolara. Tribunal je u bitnome obrazložio:

*243. Tribunal je svjestan da postojanje financiranja sredstvima treće strane samo po sebi ne predstavlja dokaz insolventnosti onih koji pribjegavaju takvom financiranju. To je zato što, kao što tužitelji ističu, razlozi za pribjegavanje financiranju sredstvima treće strane mogu biti vrlo različiti, uključujući poslovne odluke, bolju raspodjelu rizika, razloge proizašle iz novčanih tijekova i druge razloge koji nemaju nikakve veze s insolventnošću. No, naravno, unutar niza mogućnosti insolventnost ili financijske poteškoće nesumnjivo su neki od mogućih (i čestih) razloga za pribjegavanje financiranju troškova postupka sredstvima treće strane.*

*244. Međutim, iako su jedini u mogućnosti to objasniti, tužitelji nisu pružili konkretno objašnjenje zašto su pribjegli financiranju sredstvima treće strane, osim spominjanja da je to bila poslovna odluka. Tuženik naprotiv iz toga zaključuje da tužitelji nemaju financijsku sposobnost da se sami suoče s eventualnom naknadom troškova. Iako to pitanje (razlog financiranja) nije u potpunosti razjašnjeno, istina je da je dokazano da*

---

<sup>305</sup> *Ibid.*

<sup>306</sup> *Eskosol S.p.A. in liquidazione vs. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50; odluka je dostupna na: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8996.pdf>.

<sup>307</sup> *Ibid.*

<sup>308</sup> *Manuel García Armas et al. vs. Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. 2016-08, Procesni nalog br. 9; dostupno na: [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9849\\_2.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9849_2.pdf).

*Ugovor o financiranju ne uključuje eventualnu obvezu treće strane na plaćanje odluke o troškovima ili troškove povezane s davanjem garancije plaćanja odnosno, unatoč tome što tužitelji koriste financiranje sredstvima treće strane (koja sudjeluje u bilo kojoj dobiti proizašle iz arbitraža), potencijalna naknada troškova pala bi isključivo na tužitelja. Također je jasno da je, čak i ne znajući razloge zbog kojih su podnositelji zahtjeva pribjegli financiranju, pod uvjetima Ugovora o financiranju, na tužitelje prenesen rizik snošenja troškova u slučaju nepovoljne odluke tribunala.*

**245. Stoga prisutnost dviju gore opisanih okolnosti (tj. (i) postojanje Ugovora o financiranju koji (ii) ne uključuje obvezu treće strane da nadoknadi troškove postupka u slučaju nepovoljne odluke tribunala po tužitelje) dovodi do zaključka da bi s jedne strane (a) mogao postojati rizik da tužitelji mogu biti insolventni ili im nedostaje imovina potrebna za izvršenje odluke; a, s druge strane, (b) postoji vjerojatni rizik od oštećenja tuženika [istaknula autorica] koji se ne može nadoknaditi na odgovarajući način dosuđenom naknadom.**

**248. (...) u ovom slučaju načelo dinamičkog tereta dokazivanja prenosi navedeni teret dokaza na tužitelje jer se od tužene strane ne može tražiti da dokaže okolnosti koje su poznate samo tužiteljima [istaknula autorica]. Načelo dinamičkog tereta dokazivanja usklađeno je s dužnošću suradnje stranaka u dobroj vjeri pa bi stavljanje cjelokupnog tereta dokaza na tuženika da dokaže nesposobnost tužitelja da plati tuženiku troškove – uz zahtjev da također priloži dokaze koji mu nisu dostupni – predstavljalo, kao što to i tuženik ističe, “probatio diabolica”, što je već odbačeno od međunarodnih sudova.**

**250. Tribunal utvrđuje da je tuženik uspio dokazati da okolnosti ovoga slučaja udovoljavaju primjenjivom visokom pragu dokazivanja i da se kao takve kvalificiraju kao “iznimne”. Te su okolnosti, prvo, činjenica da su tužitelji pribjegli financiranju sredstvima treće strane koja, u dogovoru sa samim tužiteljima, nije preuzela nikakvu obvezu u vezi s mogućom snošenjem nepovoljnih troškova ili izdavanjem jamstava i dr., sama prethodna situacija stvorila je potrebu, prema mišljenju tribunala, da se izvrši dodatna istraga u vezi sa solventnošću tužitelja kada bi se suočili s eventualnom obvezom naknade troškova. Nakon što je strankama omogućio da se očituju o tom pitanju, tribunal utvrđuje da nije dokazano da solventnost tužitelja može tuženiku zajamčiti naplatu eventualne odluke o troškovima u korist tuženika. Da bi se riješila ta situacija, ne preostaje drugo nego odobriti zahtjev za polaganje sredstava osiguranja troškova.<sup>309</sup>**

Isto je tako tribunal u ICSID predmetu *Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH vs. Turkmenistan*<sup>310</sup> prihvatio zahtjev tuženika pa je Turkmenistan bio uspješan u svojem zahtjevu za osiguranje troškova. Zbog specifičnosti slučaja veći dio odluke navodi se u fusnoti<sup>311</sup>, dok je u nastavku najvažniji dio odluke:

---

<sup>309</sup> *Ibid.*

<sup>310</sup> *Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH vs. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/18/35.

<sup>311</sup> Odluka u predmetu *Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH vs. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/18/35 u bitnome glasi kako slijedi:

51. Nakon što je utvrdio nadležnost, tribunal prelazi na pitanje ispunjava li Turkmenistan tri obveze prema Pravilu 39 (1) ICSID -ove arbitraže da “precizira pravo koje se mora očuvati, mjere čije nalaganje se traži i okolnosti koje zahtijevaju takve mjere”.

52. Prvo, tribunal je uvjeren da je Turkmenistan odredio pravo koje valja očuvati, naime pravo na naplatu troškova postupka ako prevlada u sporu i dosude mu se troškovi. Drugo, Turkmenistan je precizirao mjeru koju traži, osiguranje troškova u iznosu 3 milijuna USD, koji će biti položeni na escrow račun ili dati kao bezuvjetna i neopoziva bankarska garancija u roku od 14 dana od dana izdavanja naloga tribunala, plus troškovi u pogledu zahtjeva za osiguranje troškova.

---

53. Treće – dokazati “okolnosti koje zahtijevaju tu mjeru” – to je glavni izazov. Kao što je gore navedeno, tribunal smatra da Turkmenistan snosi teret dokazivanja iznimnih okolnosti koje opravdavaju traženu privremenu mjeru.

54. Tribunal prihvaća argument dr. Herziga da njegovo oslanjanje na financiranje troškova sredstvima treće strane samo po sebi nije dovoljno za dokazivanje standarda iznimnih okolnosti. To je potkrijepljeno odlukom tribunala kojom se odbija zahtjev za osiguranje troškova u predmetu EuroGas protiv Slovačke Republike, između ostalih slučajeva, a citirano je i u čl. 52 (4) prijedlogu izmjene ICSID-ovih Arbitražnih pravila.

55. Tribunal također prihvaća argument dr. Herziga da nelikvidnost stranke sama po sebi nije dovoljna da ispuni teret dokaza standard iznimnih okolnosti. Jedan od razloga za taj stav je što tužitelj može u meritumu dokazati da je tuženik povredom i prouzročio njegove financijske poteškoće [i nelikvidnost tužitelja, op. aut.].

56. Sljedeće je pitanje da li nelikvidnost stranke i činjenica da ta stranka koristi financiranje troškova postupka sredstvima treće strane zajedno čine iznimne okolnosti koje opravdavaju zahtjev za osiguranje troškova. Dr. Herzig na to odgovara negativno, napominjući da bi, na temelju predmeta EuroGas vs. Slovak Republic, samo nelikvidan Dirk Herzig kao stečajni upravitelj nad imovinom tužitelja financiranog sredstvima treće strane s “dokazanom poviješću nepoštivanja naloga o troškovima” – poput onoga u predmetu RSM protiv Svete Lucije – mogao ispuniti test iznimnih okolnosti. Tribunal međutim ne mora odlučivati o tom pitanju, ali napominje da je tribunal u predmetu EuroGas vs. Slovak Republic utvrdio da “financijske poteškoće i financiranje sredstvima treće strane ... ne moraju nužno predstavljati same po sebi iznimne okolnosti koje opravdavaju da se tuženiku odobri zahtjev za osiguranje troškova” (naglasak dodan).

57. Pitanje koje tribunal mora odlučiti u ovom predmetu je učinak trećega faktora izvan nelikvidnosti i financiranja sredstvima treće strane – a to je izričita neodgovornost treće strane koja financira postupak za naknadu troškova u slučaju da stranci koju financira to bude naloženo. Ta činjenica predstavlja ekstremniju situaciju ovdje: jer dr. Herzig (i) predstavlja Unionmatex kao stečajni upravitelj, (ii) oslanjajući se na financiranje troškova postupka od La Françaisea, i (iii) La Française prema ugovoru o financiranju ne odgovara za troškove postupka ako će oni biti dosuđeni Turkmenistanu.

58. Većina Tribunala smatra da je praktična važnost ova tri faktora, na temelju činjeničnog stanja pred tribunalom, da će dr. Herzigu biti praktično nemoguće platiti troškove postupka i, bez osiguranja troškova, Turkmenistanu će biti nemoguće ovršiti i naplatiti naknadu troškova dosuđenih u njegovu korist.

59. Tribunal priznaje da se svaka stranka u arbitraži suočava s određenim rizikom da neće moći naplatiti troškove postupka, bilo zbog odbijanja plaćanja ili insolventnosti suprotne strane. Ovdje, međutim, zbog uvjeta ugovora o financiranju sredstvima treće strane, Turkmenistan se ne suočava s rizikom, već iz činjeničnog stanja koje je prezentirano sa sigurnošću proizlazi da neće moći naplatiti naknadu troškova.

60. Poput tribunala u predmetu García Armas vs. Venezuela, većina tribunala smatra da je ovaj dodatni faktor ključan. Tribunal ne vidi razlog za razlikovanje slučaja García Armas od ovoga, a kako to traži dr. Herzig, na temelju činjenice da je to bila arbitraža prema UNCITRAL arbitražnim pravilima, a ne pri ICSID-u.

(...)

63. Tribunal bi možda smatrao prikladnim odbiti zahtjev tuženika za osiguranje troškova da postoji objektivno uvjerenje da bi tužitelj mogao podmiriti troškove postupka. Međutim, s obzirom na to da je Unionmatex u stečaju, da La Française nije odgovoran za naknadu troškova arbitražnog postupka, a podnositelj zahtjeva nije pružio neko drugo osiguranje, većina je tribunala zaključila da bi Turkmenistan mogao trpjeti štetne posljedice ako se ne naloži davanje sredstva za osiguranje troškova.

64. Tribunal u potpunosti prihvaća argument dr. Herziga o pitanju pristupa pravdi. Da se poslužimo njegovim riječima, iako je većinom utvrdio iznimne okolnosti potrebne za nalažanje polaganja sredstva osiguranja troškova, tribunal “ostaje svjestan da mora paziti na pravo stranke da podnese tužbu pred međunarodnim tribunalom radi traženja naknade za počinjene povrede”.

65. Tribunal ovdje nalazi dva važna argumenta. Prvo, od tužitelja se ne traži da pribavi i položi na escrow račun punih 3 milijuna USD traženoga osiguranja, već umjesto toga polaganje bankarske garancije koja je znatno jeftinija. Drugo, dr. Herzig nije naveo da će, ako tribunal tako naloži, neće moći – dobiti takvu bankarsku garanciju. O tome svjedoči njegov zahtjev da mu se nadoknade svi troškovi davanja osiguranja ako tribunal na kraju ne dosudi troškove Turkmenistanu. S tim u vezi, iako tribunal nije nadležan za odnos između dr. Herziga i treće strane koja financira troškove postupka, tribunal napominje da troškovi polaganja sredstva osiguranja mogu spadati u obvezu – i interes – La Françaisea. Nadalje, u slučaju da se dr. Herzig suoči s nepremostivim preprekama u dobivanju naložene bankarske garancije, on se može slobodno obratiti tribunalu. Tribunal će uzeti u obzir takve nove činjenice i, prema potrebi, preispitati svoj nalog za polaganje sredstva osiguranja troškova s obzirom na različita gore navedena razmatranja, uključujući potrebu da se stranci osigura odgovarajući pristup međunarodnom tribunalu [a time i pravdi, op. aut.].

66. Uzevši u obzir sve tvrdnje stranaka, tribunal mora zanemariti tvrdnju dr. Herziga da je nerazumno da Turkmenistan traži osiguranje troškova postupka kada je upravo Turkmenistan navodno uzrokovao insolventnost Unionmatexa. Ovo je pitanje merituma, podložno kasnijoj procjeni, i pitanje o kojem tribunal u ovoj fazi ne

56. (...) čine li činjenica nelikvidnosti stranke i činjenica da ta stranka koristi financiranje troškova postupka sredstvima treće strane zajedno iznimne okolnosti koje opravdavaju zahtjev za osiguranje troškova.

57. **Pitanje koje tribunal mora odlučiti u ovom predmetu je učinak trećega faktora izvan nelikvidnosti i financiranja sredstvima treće strane – a to je izričita neodgovornost treće strane koja financira postupak za naknadu troškova u slučaju da stranci koju financira to bude naloženo** [istaknula autorica].

59. Tribunal priznaje da se svaka stranka u arbitraži suočava s određenim rizikom da neće moći naplatiti troškove postupka, bilo zbog odbijanja plaćanja ili insolventnosti suprotne strane. Ovdje se međutim, zbog uvjeta ugovora o financiranju sredstvima treće strane, Turkmenistan ne suočava s rizikom, već iz činjeničnog stanja koje je prezentirano sa sigurnošću proizlazi da neće moći naplatiti troškove postupka [istaknula autorica].<sup>312</sup>

U praksi se posebno postavilo pitanje je li tribunal ovlašten naložiti osiguranje troškova kao privremenu mjeru prema UNCITRAL Arbitražnim pravilima iz 1976. To je pitanje konačno razriješeno revizijom UNCITRAL Arbitražnih pravila iz 2010. godine, ali tribunali su i ranije, prema pravilima iz 1976., donosili odluke da su ovlašteni odrediti osiguranje troškova. Prije analize dostupne prakse arbitražnih tribunala navodi se članak 26. obiju verzija arbitražnih pravila radi lakšega razumijevanja.

*UNCITRAL Arbitražna pravila iz 1976.*

*Privremene mjere radi zaštite*

*Članak 26.*

1. Po zahtjevu jedne od stranaka arbitražni tribunal može odrediti privremene mjere koje smatra nužnima u odnosu na predmet spora, uključujući mjere očuvanja stvari koje su predmet spora kao što je nalaganje da one budu deponirane kod treće osobe ili prodane ako je riječ o kvarljivoj robi.

2. Te privremene mjere mogu se donijeti u obliku međupravorijeka. Tribunal je ovlašten tražiti osiguranje troškova tih privremenih mjera.

3. Zahtjev za privremenu mjeru koju stranka uputi sudu neće se smatrati nekompatibilnim s arbitražnim sporazumom ili odricanjem prava na arbitražu.<sup>313</sup>

---

izražava stav. Tribunal je većinom nastojao održati integritet prava stranaka prema BIT-u usvajanjem uravnoteženog pristupa, onog koji poštuje pravo tužitelja da ne podliježe neopravdanim teretima u procesuiranju svoje tužbe, kao i pravo tuženika da povrati svoje razumne troškove u slučaju da tužitelj bude uspješan.

67. Što se tiče elementa hitnosti, Tribunal nije uvjeren da Turkmenistan mora dokazati hitnu potrebu za privremenom mjerom osiguranja troškova postupka. U svakom slučaju, s obzirom na to da je arbitraža u ranoj fazi, a posljednje dokazno ročište je zakazano za rujun 2021. godine, tribunal mjeru ne smatra hitnom.

VIII. ODLUKA

Iz gore navedenih razloga, Međunarodni tribunal odlučuje na sljedeći način:

(1) Zahtjev tuženika za osiguranje troškova je odobren;

(2) Tužitelj će položiti osiguranje u iznosu 3 milijuna USD, bilo polaganjem na escrow račun ili u vidu bezuvjetne i neopozive bankarske garancije u roku od 14 dana od dana ove odluke tribunala, pri čemu će knjiženje i održavanje takve garancije biti uvjet za nastavak arbitraže. Odluka je dostupna na:

<https://www.italaw.com/cases/4858>.

<sup>312</sup> Ibid.

<sup>313</sup> UNCITRAL Arbitražna pravila iz 1976. godine dostupna su na:

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-rules.pdf>.

*UNCITRAL Arbitražna pravila iz 2010.*

*Privremene mjere*

*Članak 26.*

*1. Arbitražni tribunal može na zahtjev stranke odrediti privremene mjere.*

*2. Privremena je mjera svaka mjera kojom se u bilo kojem trenutku prije donošenja pravorijeka kojim je spor konačno odlučen nalaže stranci da primjerice, ali bez postavljanja ograničenja:*

*(a) Zadrži ili povrati status quo do konačne odluke u sporu;*

*(b) Poduzme radnju kako bi spriječila ili da se suzdrži od radnje koja bi mogla*

*(i) dovesti do trenutne ili moguće štete ili (ii) utjecati na sam arbitražni postupak;*

*(c) Osigura sredstva za očuvanje imovine iz koje će se moći namiriti budući pravorijek; ili*

*(d) Sačuva dokaze koji su relevantni ili bitni za rješenje spora.*

*3. Stranka koja traži privremenu mjeru sukladno st. 2. (a) do (c) pokazati će tribunalu da*

*(a) Je izvjesno da će doći do štete koja neće biti nadoknađena dosuđenom naknadom štete ako privremene mjera ne bude određena i da je prijeteca šteta značajnija od štete koja bi mogla nastati stranci protiv koje je određena privremena mjera; i*

*(b) Postoji razumna mogućnost da će stranka koja traži privremenu mjeru uspjeti u meritumu spora. Utvrđenje te mogućnosti ne utječe na diskrecijsku ovlast tribunala u svim daljnjim utvrđenjima.*

*4. U odnosu na privremenu mjeru prema st. 2. (d) primjenjuju se pretpostavke iz st. 3. (a) i (b) u mjeri u kojoj to arbitražni tribunal smatra prikladnim.*

*5. Arbitražni tribunal može promijeniti, suspendirati ili okončati privremenu mjeru koju je odredio ili po zahtjevu bilo koje stranke ili po vlastitom nahođenju u iznimnim okolnostima i nakon što je o tomu obavijestio stranke.*

*6. Arbitražni tribunal može tražiti stranku koja je podnijela zahtjev za privremenu mjeru da položi odgovarajuće osiguranje u vezi s traženom mjerom.*

*7. Arbitražni tribunal može zahtijevati od bilo koje stranke da bez odgađanja otkrije bilo koju promjenu u okolnostima na temelju kojih je određena ili tražena privremena mjera.*

*8. Stranka koja traži privremenu mjeru može biti odgovorna za bilo koje troškove ili štetu koju je ta mjera izazvala bilo kojoj stranci ako arbitražni tribunal naknadno utvrdi da je po prevladavajućim okolnostima u tom trenutku trebalo odbiti zahtjev za privremenu mjeru. Arbitražni tribunal te troškove ili naknadu štete može dosuditi u bilo kojem trenutku tijekom postupka.*

*9. Zahtjev za privremenu mjeru koju stranka uputi sudu neće se smatrati nekompatibilnim s arbitražnim sporazumom ili odricanjem prava na arbitražu.<sup>314</sup>*

Činjenica da tribunali rijetko određuju osiguranja troškova postupka potaknula je države da u reformi UNCITRAL Arbitražnih pravila kao i ICSID-ovih Arbitražnih pravila inzistiraju da činjenica da su troškovi arbitraže financirani sredstvima treće osobe bude mogući razlog za određivanje osiguranja troškova. Države su taj stav zauzele jer tribunali nisu ovlašteni u

<sup>314</sup> UNCITRAL Arbitražna pravila iz 2010. godine dostupna su na: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-rules-revised-2010-e.pdf>.

arbitražnom postupku trećoj strani koja nije stranka u postupku, a koja financira troškove postupka, naložiti plaćanje troška ako stranka koju financiraju ne uspije u sporu i bude joj naloženo plaćanje troškova. Treba napomenuti da, kada je riječ o arbitraži prema UNCITRAL Arbitražnim pravilima, osiguranje troškova moguće je tražiti od suda mjesta (sjedišta) arbitraže ako to predviđa nacionalno pravo mjesta arbitraže (*lex arbitri*). Ta mogućnost ne postoji kada je riječ o arbitraži prema ICSID Konvenciji i Arbitražnim pravilima jer je riječ o transnacionalnoj i delokaliziranoj arbitraži koja nije vezana uz određeno mjesto, to jest određenu državu (pa tako i nacionalni sud) u smislu mjesta arbitraže te ne predviđa asistenciju nacionalnog suda ni u jednoj fazi samoga arbitražnog postupka.

Kirtley i Wietrzykowski vezano uz osiguranje troškova zauzimaju balansirani stav u odnosu na tužitelja koji postupak financira sredstvima treće strane relativno, a tuženikom i njegovom pozicijom u situaciji kada koristi financiranje troškova u odnosu na osiguranje troškova se uopće ne bave. Njihov je stav da, s obzirom na osjetljivost pitanja određivanja osiguranja troškova i posebno prava na pristup pravdi kao i važnost održavanja cjelovitosti sustava arbitražnog postupka, broj okolnosti koje bi mogle opravdati zahtjev za osiguranje troškova mora biti strogo ograničen. Oni ističu kako bi prihvaćanje paušalnog pristupa kojim bi se sustavno nalagalo osiguranje troškova samo zbog prisutnosti financiranja troškova postupka sredstvima treće strane nepravedno kaznilo tužitelje čiji je zahtjev osnovan i koji se oslanjaju na financiranje troškova postupka sredstvima treće strane, a ne na alternativne oblike financiranja. U toj bi se situaciji, prema njihovu stavu, također nepravedno nagradilo tuženike koji nisu imali realne šanse da im se na kraju arbitraže dosude troškovi, ali su zatražili osiguranje troškova zbog čisto taktičkih razloga (npr. odugovlačenja postupka i iscrpljivanje protivnika). Zaključno ističu da financiranje troškova postupka sredstvima treće strane ne bi trebalo utjecati na odluku arbitražnog tribunala o zahtjevu za osiguranje troškova, osim u slučajevima kada tuženik može dokazati da se financiranje sredstvima treće strane zloupotrebljava.<sup>315</sup>

Pitanje osiguranja troškova u odnosu na investicijsku arbitražu u sebi sadržava puno otvorenih pitanja. Tijekom javne rasprave u svrhu pripreme Izvješće Radne skupine ICCA – Queen Mary o financiranju sredstvima treće strane u međunarodnoj arbitraži pitanje osiguranja troškova otvorilo je živu raspravu. Samo Izvješće ne daje odgovore na pitanja, već definira

---

<sup>315</sup> William Kirtley and Koralie Wietrzykowski, Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding (2013) 30 J Int'l Arb 17; str. 30.

najvažnije točke razilaženja i prijedloge sudionika javne rasprave glede pitanja osiguranja troškova kada je arbitražni postupak financiran sredstvima treće strane.

Pitanja i prijedlozi koja su se u odnosu na osiguranje troškova u investicijskim arbitražama iskristalizirala tijekom pripreme Izvješće Radne skupine ICCA – Queen Mary su sljedeća:

- pobornici zabrane osiguranja troškova posebno su istaknuli da, kada se otkrije prisutnost i identitet treće strane, tuženici tu činjenicu često koriste kao osnovu za isticanje sukoba interesa arbitara, zahtjeva za daljnjim otkrivanjem činjenica o samom načinu financiranja kao i osnovu za podnošenje zahtjeva za osiguranje troškova, što može usporiti arbitražni postupak te posljedično znatno povećati troškove arbitraže iako su mnogi od tih zahtjeva neutemeljeni i predstavljaju taktiku odugovlačenja postupka i povećanja troškova postupka kako bi model financiranja postao neodrživ;
- pobornici zabrane osiguranja troškova također su tvrdili da osiguranju troškova općenito nije mjesto u arbitraži. Prema tom stajalištu, rizik od nemogućnosti ovrhe arbitražnog pravorijeka (uključujući i troškova) sličan je bilo kojem riziku u parnici pa ga stoga ne bi trebalo tretirati drukčije. Prema njihovom stavu sustavno nalaganje polaganja sredstava osiguranja troškova postupka samo će povećati troškove financiranja sredstvima treće strane za tužitelje, a što će u konačnici umanjiti dostupni povrat investicije za treću stranu koja snosi troškove postupka te posljedično i dostupnosti financiranja i pristup pravdi;
- jedan broj sudionika u raspravi koji se bave financiranjem troškova postupka je u odnosu na osiguranje troškova postupka bio ambivalentan jer je i taj trošak obuhvaćen ugovorom o financiranju. Ti su sudionici također istaknuli da postupci po zahtjevu za polaganje osiguranja troškova dovode do odugovlačenja postupka pa bi moguće rješenje bilo da se u svakoj investicijskoj arbitraži u kojoj se javlja financiranje sredstvima treće strane traži polaganje sredstva osiguranja troškova, ali da se trošak samoga sredstva osiguranja prebaci na završetak postupka (dakle, da taj trošak bude određen u pravorijeku i da ga plaća stranka koja je izgubila spor). Na taj bi se način osiguralo da država može naplatiti trošak ako tužitelj bude neuspješan, a u slučaju da tužitelj uspije sa svojim zahtjevom, imao bi pravo ne samo na trošak postupka nego i trošak sredstva osiguranja. Taj je prijedlog bio prihvatljiv većini sudionika, dakle i državama i investitorima kao potencijalnim tužiteljima i trećim stranama koje financiraju troškove postupka, ali sama realizacija toga prijedloga pokazala se problematična. Naime, postavilo se pitanje troška sredstva osiguranja koji je značajan

pa bi to bio dodatan i značajan trošak iz perspektive država u slučajevima kada izgube spor. Konačno, jedan je prijedlog načina realizacije bio zanimljiv svim sudionicima – a to je da se preuzme model sličan onome u Australiji prema kojem bi treća strana koja financira troškove postupka dala izjavu kojom ovlašćuje tribunal da pravorijekom i njoj naloži plaćanje troškova postupka arbitraže što inače, kao što je već spomenuto, tribunal nije ovlašten učiniti.<sup>316</sup>

Koliko je pitanje osiguranja troškova složeno i koliko se različito može tumačiti posebno kada postoji financiranje troškova postupka sredstvima treće strane pokazuje i odluka u predmetu *Abaclat i dr. vs. Argentina*<sup>317</sup>, odluka tribunala u predmetu *Burimi S.R.L. and Eagle Games S.H.A. vs. Republic of Albania*<sup>318</sup> i zahtjev za osiguranje troškova u predmetu *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. vs. El Salvador*<sup>319</sup> podnesen od strane El Salvadora tijekom postupka poništaja pravorijeka po zahtjevu tužitelja. U svim je tim predmetima bila riječ o investicijskoj arbitraži pri ICSID-u. Ti predmeti također dijelom reflektiraju prethodno opisane točke prijepora i prijedloge koji su se javili tijekom javne rasprave u pripremi Izvješća Radne skupine ICCA – Queen Mary.

U predmetu *Burimi S.R.L. and Eagle Games S.H.A. vs. Republic of Albania* zahtjev za osiguranje troškova podnijela je Albanija navodeći da su tužitelji insolventni te da troškove postupka najvjerojatnije financira treća strana – gospodin Burimi i/ili gospođa Leka koji nisu stranke u postupku. Tužitelji su u odgovoru na zahtjev Albanije za osiguranje troškova postupka također postavili i protuzahjev za osiguranje troškova navodeći kako Albanija nije platila predujam troškova arbitraže. Albanija se usprotivila protuzahjevu tužitelja navodeći da tužiteljima ne može prijetiti nenadoknativa šteta, što je jedan od preduvjeta za odobravanje osiguranja troškova, jer je tuženik u ovom predmetu država, a država će uvijek imati puno više imovine od iznosa na koji bi mogla biti obvezana u arbitražnom postupku. Albanija je također istaknula da ni u trgovačkoj, ni u investicijskoj arbitraži ne postoji presedan u odnosu na takvu mjeru protiv suverene države prije nego što je donesen arbitražni pravorijek, dok tužitelj u odgovoru na argumente Albanije nije pružio dokaz da bi takav presedan postojao.

---

<sup>316</sup> *Op. cit.* u bilj. 54, str. 221–226.

<sup>317</sup> *Abaclat and Others vs. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly *Giovanna a Beccara and Others vs. The Argentine Republic*); Procesni nalog br. 10 dostupan je na: [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1301\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1301_0.pdf).

<sup>318</sup> *Burimi SRL and Eagle Games S.H.A vs. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/11/18; Procesni nalog br. 2 dostupan je na: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1534.pdf>.

<sup>319</sup> *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. vs. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17; zahtjev El Salvadora za osiguranje troškova dostupan je na: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7920.pdf>.



Tribunal je odbio i zahtjev Albanije i protuzahtjev tužitelja navodeći da ni jedna stranka nije dokazala ni nužnost ni hitnost tražene privremene mjere. Tribunal je također naveo:

*49. Tribunal je svjestan da neplaćanje odštete ili troškova postupka određenih arbitražnim pravorijekom predstavlja sistemski rizik u investicijskim arbitražama. Prečesto nakon donošenja pravorijeka ne slijedi plaćanje već tek početak pregovora ili u nekim predmetima namjerno odbijanje postupanja prema pravorijeku i Konvenciji. Pa ipak, tribunal u konkretnom predmetu ne nalazi razloga da u ovoj fazi postupka intervenira kako bi smanjio sistemski rizik u korist bilo koje od stranaka u postupku.<sup>320</sup>*

U predmetu *Abaclat i dr. vs. Argentina* Argentina je tražila da treća osoba – TFA (*Task Force Argentina member banks*) položi sredstvo osiguranja troškova postupka u vidu mjenice.

Tribunal je zahtjev Argentine odbio navodeći kako:

*Pitanje ima li ili nema tribunal nadležnost da naloži TFA-u i/ili njegovim bankama članicama polaganje sredstva osiguranja može u ovom trenutku ostati otvoreno jer tuženik nije zadovoljio inače tražene standarde za određivanje ove privremene mjere [nužnost, mogućnost nastanka nepopravljive štete i hitnost u postupanju kako bi se zaštitilo pravo podnositelja zahtjeva, op. aut.].<sup>321</sup>*

Kao što je vidljivo iz citiranoga kratkog obrazloženja tribunala pitanje može li se obvezati i treća strana koja nije stranka u postupku ostalo je otvoreno, tribunal je odbio raspravljati o tom pitanju jer nisu bile ispunjene standardne pretpostavke za prihvaćanje zahtjeva za osiguranje troškova. Predmet *Abaclat* je posebno interesantan iz aspekta nadležnosti tribunala, posebno definicije investicije i činjenice da je u vrijeme podnošenja zahtjeva za arbitražu broj tužitelja u tom predmetu, čije je interese u Argentini štutio TFA, premašivao 180.000 tužitelja u početku (da bi ih na kraju bilo oko 60.000). Argentina je, među ostalim, tvrdila tijekom postupka osporavanja nadležnosti da smisao investicijske arbitraže nisu kolektivne tužbe kao i da se kupovina državnih obveznica na tržištu vrijednosnih papira ne može smatrati investicijom. Kako je tribunal odbio sve prigovore Argentine u odnosu na nadležnost i dopustivost tužbe i oglasio se nadležnim u tom sporu, Argentina se nagodila jer je bila svjesna da će u odnosu na meritum spora najvjerojatnije izgubiti spor.

U predmetu *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. vs. El Salvador* država je tražila osiguranje troškova tijekom postupka poništenja arbitražnog pravorijeka. Zahtjev za poništenje pravorijeka podnijeli su tužitelji. El Salvador je u zahtjevu za osiguranje troškova u odnosu na ulogu treće osobe koja bi financirala troškove postupka naglasio:

*2. (...) Čak i kada bi tužitelji uspjeli pronaći treću stranu koja bi financirala troškove postupka, tužitelji bi mogli napustiti postupak ako bi se tijekom postupka ta treća osoba povukla ...*

---

<sup>320</sup> *Op. cit.* u bilj. 318, str. 8.

<sup>321</sup> *Op. cit.* u bilj. 317, str. 2.

14. (...) Možda i ne iznenađuje da treće strane oklijevaju financirati troškove postupka poništaja jer su manje šanse za uspjeh nego li u arbitražnom postupku pa stoga, uzimajući u obzir mogućnost ostvarivanja financijske dobiti, treće osobe rijetko financiraju troškove postupka poništaja...

23. (...) rizik koji su tužitelji nametnuli El Salvadoru tim je veći ako uspiju osigurati financiranje troškova postupka poništaja sredstvima treće strane jer će im financiranje omogućiti da El Salvadoru stvore značajne troškove bez mogućnosti El Salvadora da odluku o troškovima naplati od tužitelja ili treće strane. Špekulativno financiranje sredstvima treće strane bez mogućnosti naplate troškova postupka od te treće strane opisano je kao tzv. arbitražni bijeg s mjesta nesreće – “arbitration hit and run” što je i od strane arbitara i teoretičara prepoznato kao posebno osnovan razlog za naganje polaganja sredstva osiguranja troškova.

24. Bez osiguranja troškova ti su insolventni tužitelji u poziciji da imaju korist od financiranja troškova postupka sredstvima treće strane pri čemu nepošteno opterećuju El Salvador i ujedno potkopavaju sistem međunarodne arbitraže jer ne plaćaju trošak postupka po pravorijeku.<sup>322</sup>

Tribunal je odbio zahtjev El Salvadora navodeći kako bi prihvaćanje zahtjeva El Salvadora bilo miješanje u pravo tužitelja da traže poništaj pravorijeka (s obzirom na to da je polaganje sredstva osiguranja dodatni, značajan trošak) te je ujedno dao osvrt na kome je teret dokaza da postoje okolnosti koje bi nalagale prihvaćanje zahtjeva za osiguranje troškova (zlouporaba prava, postupanje u lošoj vjeri) – teret dokaza je na podnositelju toga zahtjeva. U tom je dijelu tribunal obrazložio:

45. Kao čuvar integriteta postupka Odbor može u odgovarajućim situacijama naložiti polaganje sredstva za osiguranje troškova, ali ta se ovlast mora koristiti samo u izuzetnim situacijama kao npr. kada je dokazana zlouporaba prava ili ozbiljno nepostupanje. (...)

52. Ako bi Odbor odobrio tuženikov zahtjev, to bi moglo imati značajan učinak na pravo tužitelja da traže poništaj arbitražnoga pravorijeka. Odbor ne nalazi u tuženikovim argumentima – koji počivaju na nekoliko pretpostavki – uvjerljiv razlog da se miješa u pravo tužitelja da traže poništaj pravorijeka.

53. Odboru nije pružen dokaz da postupanje tužitelja ugrožava integritet postupka, da njihovo postupanje predstavlja zlouporabu prava ili da vode postupak u lošoj vjeri [istaknula autorica].<sup>323</sup>

Konačno, koliko je pitanje naplate troškova, a time i potrebe za osiguranjem troškova, podijelilo sudionike arbitražnog postupka i izazvalo nezadovoljstvo država pokazuje i pismo od 12. lipnja 2016. koje je Panama uputila Meg Kinnear, glavnoj tajnici ICSID-a. U tom je pismu, osvrćući se na činjenicu da u značajnom broju slučajeva u kojima je država uspjela i dosuđeni su joj troškovi, ali nije uspjela naplatiti troškove postupka od suprotne strane, Panama istaknula da:

<sup>322</sup> *Op. cit.* u bilj. 319, str. 3, 8, 12–13.

<sup>323</sup> *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. vs. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17; Odluka tribunala o zahtjevu El Salvadora za osiguranje troškova od 20. rujna 2012., dostupna je na: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1087.pdf>.

*...sve veći broj država ugovornica iz prve ruke shvaća da poreznim obveznicima države ugovornice ne bi trebalo biti ostavljeno da snose značajna financijska opterećenja koja su proizašla iz oportunističkog i, povremeno, zlonamjernog pokretanja arbitražnih postupaka pri ICSID-u od strane insolventnih tužitelja.*<sup>324</sup>

Panama je opisala vlastita iskustva u investicijskim arbitražama. Osvrnula se i na predmet *Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Panama, S.A. vs. Republic of Panama*<sup>325</sup> u kojem je Panamin zahtjev za osiguranje troškova odbijen uz obrazloženje da tribunal ne nalazi iznimnih okolnosti o kojima je bilo riječi u opisanom predmetu *RSM Production Corporation vs. Saint Lucia*<sup>326</sup> i da Panama traži osiguranje troškova cijeloga postupka, a da je postupak razdvojen u dva zasebna postupka, raspravljanje o nadležnosti tribunala koji bi, ako bi bio uspješan, rezultirao krajem postupka te ne bi došlo do rasprave o meritumu i visini štete. Panama je uspjela s prigovorima u odnosu na nadležnost – tribunal je utvrdio da su tužitelji zloupotrebljavali postupak i dosudila trošak postupka Panami u iznosu 2,2 milijuna američkih dolara koje tužitelji nisu dobrovoljno platiti prisilivši tako Panamu na daljnje postupke radi priznanja i ovrhe pravorijeka. Budući da to nije jedini slučaj u kojem se Panama, nakon što je bila tužena u investicijskoj arbitraži pri ICSID-u i uspješno se obranila, morala baviti prisilnom naplatom dosuđenih troškova, ona je inicirala sastanak pri ICSID-u te iznijela konkretne prijedloge.<sup>327</sup>

Panama je predložila da se razmotri mogućnost izrade smjernica za tribunale kao i izmjene i dopune ICSID-ovih Arbitražnih pravila s ciljem poboljšanja zaštite tuženih država od tužitelja koji ne postupaju po pravorijeku kao npr. razvijanje smjernica i izmjena ICSID-ovih Arbitražnih pravila, što bi moglo olakšati primjenu postojećih izvora općih ovlasti u kontekstu zahtjeva za osiguranje troškova koji se odnose na buduće troškove. Panama je kao argument svojega prijedloga istaknula da, iako su ICSID-ovi tribunali već odlučivali o zahtjevu za osiguranje troškova, samo je tribunal u prikazanom RSM predmetu prihvatio zahtjev i naložio polaganje sredstva osiguranja troškova, a svi su ostali odbili zahtjev za osiguranje troškova.<sup>328</sup>

Revizija ICSID-ovih Arbitražnih pravila koja je nedavno završila i o kojoj će biti govora u VIII. poglavlju, u dijelu koji se bavi analizom izmjena ICSID-ovih Arbitražnih pravila u odnosu na financiranje trebala je otkloniti neke od opisanih dvojbi i pomiriti interese

---

<sup>324</sup> Memorandum Paname ICSID-u od 12. lipnja 2016. dostupan na: <https://www.acerislaw.com/judgment-proof-claimants-icsid-arbitration/>.

<sup>325</sup> *Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Panama, S.A. vs. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/13/28, Odluka o zahtjevu tuženika – Paname za određivanje privremene mjere osiguranja troškova od 21. lipnja 2016.; dostupna na: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7333.pdf>

<sup>326</sup> *Op. cit.* u bilj. 301.

<sup>327</sup> *Op. cit.* u bilj. 324.

<sup>328</sup> *Ibid.*

potencijalnih tužitelja, tuženika i trećih strana koje financiraju troškove postupka. Je li se u tomu uspjelo, razmatra se u navedenome poglavlju.

Konačno, treba istaknuti da Sporazum o zaštiti ulaganja između Europske unije i njezinih država članica, s jedne strane, i Socijalističke Republike Vijetnama, s druge strane<sup>329</sup> u članku 3.37. st. 3. propisuje da kada primjenjuje članak 3.48. (Jamstvo za troškove), tribunal uzima u obzir osigurava li treća strana financijska sredstva dok u čl. 3.48. st. 1. definira i dodatne uvjete na način da propisuje da tribunal može tužitelju naložiti da dostavi jamstvo za sve troškove ili dio troškova ako se na temelju opravdanih razloga može vjerovati da tužitelj neće biti u mogućnosti poštovati eventualnu odluku o troškovima donesenu na štetu tužitelja. Zanimljivo je da taj sporazum u odnosu na financiranje sredstvima treće strane koristi izričaj iz kojega je evidentno da financiranje može koristiti i tužitelj i tuženik (pa obveza dostave podataka o financiranju postoji i za tužitelja i tuženika<sup>330</sup>), dok u odnosu na osiguranje troškova propisuje da tribunal može naložiti pružanje sredstva osiguranja samo tužitelju.

#### **iv. Zaključak**

U odnosu na arbitražu, bilo investicijsku bilo trgovačku, Izvješće Radne skupine ICCA – Queen Mary o financiranju sredstvima treće strane u međunarodnoj arbitraži navodi da se osnovanost zahtjeva za osiguranje troškova u međunarodnoj arbitraži treba utvrđivati bez obzira na aranžman financiranja, i na temelju, među ostalim razlozima, solventnosti tužitelja. Teret dokaza o insolventnosti trebao bi biti na stranci koja je podnijela zahtjev za osiguranje troškova, a ako ta stranka *prima facie* ne dokaže insolventnost stranke koja je financirana sredstvima treće strane, njezin bi zahtjev valjalo odbiti. Ako se pak utvrdi da je stranka insolventna, toj bi stranci trebalo pružiti mogućnost da predoči dodatne dokaze o financiranju ili bi joj trebalo naložiti polaganje sredstva osiguranja za plaćanje troškova, međutim, ako stranka koja je financirana sredstvima treće strane ima ugovor s trećom stranom koja financira troškove postupka da će ta treća strana platiti i eventualno dosuđene troškove postupka, taj bi ugovor mogao biti dokaz tribunalu da nije potrebno odrediti osiguranje troškova. Ugovor o financiranju trebao bi također jasno odrediti hoće li treća strana platiti točno definirani iznos u slučaju nepovoljne odluke i obveze plaćanja troškova postupka suprotnoj strani te hoće li ta obveza egzistirati i u situaciji kada je ugovor o financiranju prekršen ili je na neki drugi način raskinut. Ako se treća strana složila platiti eventualno dosuđene troškove postupka suprotnoj

---

<sup>329</sup> *Op. cit.* u bilj. 58.

<sup>330</sup> Čl. 3.37. st. 1. glasi: “U slučaju financiranja sredstvima treće strane stranka u sporu koja se koristi takvim financiranjem mora drugoj stranci u sporu i sudskom vijeću, ili ako nije osnovano takvo sudsko vijeće, predsjedniku suda dostaviti podatke o postojanju i naravi mehanizma financiranja te ime i adresu treće strane koja osigurava financijska sredstva.”

strani, može li i pod kojim uvjetima treća strana prekinuti financiranje, u kojem trenutku, pod kojim uvjetima i kako će to utjecati na preuzetu obvezu plaćanja troškova suprotnoj strani. Sve su to također relevantne činjenice koje bi tribunal trebali uzeti u obzir prilikom odlučivanja o zahtjevu za osiguranje troškova. Većina trećih strana koje se bave financiranjem troškova profesionalno (kao oblikom investiranja) imaju u svojim ugovorima o financiranju jasne odredbe o otkazu i raskidu ugovora o financiranju koje utvrđuju u kojim okolnostima su odgovorni za troškove suprotne strane (ako uopće jesu), a što je obično za vrijeme trajanja financiranja. Konačno, sudionici javne rasprave su istaknuli da kada se podnese zahtjev za osiguranje troškova, arbitražni bi tribunal trebao razmotriti nalaganje tuženiku (stranci koja podnosi zahtjev) da će, ako tužitelj prevlada u meritumu, biti odgovoran za troškove koje je imala druga – financirana strana u davanju sredstva osiguranja troškova te da za taj dio i sam tuženik položi sredstvo osiguranja. Takav pristup je, prema stavu sudionika rasprave, poželjan jer pruža pravno, pošteno i financijski neutralno rješenje za odobravanje zahtjeva za polaganje sredstva osiguranja troškova postupka. Tim se pristupom izbjegava prejudicirati slučaj u korist bilo koje strane te se osigurava balans u pravima i obvezama stranaka u postupku.<sup>331</sup>

U situacijama u kojima je više stranaka na jednoj strani (najčešće tužitelja) financirano sredstvima treće strane postavlja se i pitanje treba li tribunal obvezati sve stranke na polaganje sredstva osiguranja troškova ili samo stranku koja je insolventna.

U tzv. *multy-party* arbitražama, tj. arbitražnim postupcima u kojima na jednoj ili obje strane sudjeluje više osoba kao što to i Karrer i Desax ističu, odluka tribunala ovisi o više čimbenika. Prvi je hoće li stranke solidarno odgovarati za troškove postupka, ako da (jer su u biti u poziciji svojevrsnog jedinstvenog suparničara) nema razloga odrediti osiguranje troškova postupka samo protiv jedne stranke. Ako već u glavnoj stvari oni nastupaju svi za jednog, jedan za sve, tako bi trebalo biti i u odnosu na osiguranje troškova – tribunal bi trebao naložiti polaganje sredstva osiguranja troškova svim tim strankama bez obzira na to što je možda samo jedna insolventna. S druge pak strane, ako su stranke svojevrsni obični suparničari pa u jednom postupku potražuju svaki za sebe naknadu štete i svaki će za sebe odgovarati za dio troškova po određenju tribunala (npr. stranke su činile međunarodni konzorcij koji je razvijao investiciju), nema razloga da tribunal naloži polaganje osiguranja troškova svima, već samo onim strankama za koje su ispunjene pretpostavke.<sup>332</sup>

---

<sup>331</sup> *Op. cit.* u bilj. 54, str. 226–227.

<sup>332</sup> Pierre A. Karrer, Marcus Desax: Security for costs in International Arbitration Why, when and what if... u *Law of International Business and Dispute Settlement in 21st Century*, str. 349–350.

U odnosu na modalitet osiguranja troškova Karrer i Desax razmatraju dva modaliteta. To su i najčešće predlagani načini osiguranja troškova i na tragu su prijedloga sudionika u javnoj raspravi za potrebe Izvješće radne skupine ICCA – Queen Mary o financiranju sredstvima treće strane u međunarodnoj arbitraži. Prema njihovu stavu tribunal može naložiti da sredstva koja predstavljaju osiguranje troškova ili budu položena na zasebni račun kojim upravlja tribunal ili mogu dati bankarsku garanciju. Oba modaliteta imaju nedostatke. Nedostatak polaganja sredstava na račun kojim upravlja tribunal može biti nezgodan jer je tribunal zadužen u tom slučaju za upravljanje računom i sredstvima na računu pa ako dođe do stečaja može se naći u poziciji tuženika napadnu li stečajni vjerovnici taj račun. Bankarska garancija ima nedostatak jer se izdaje na određeno vrijeme, a pitanje je kada će arbitražni postupak biti dovršen. Upitno je bi li banka bila voljna izdati bankarsku garanciju neograničenog trajanja. Pa ipak, bankarska je garancija preferirani modalitet osiguranja troškova jer usprkos ograničenom vremenskom važenju može biti ugovorena kao bankarska garancija produlji ili plati što je kompromisno rješenje zadovoljavajuće za takvu situaciju (tzv. *extend or pay bank guarantee*).<sup>333</sup>

Pitanje parničnog postupka i osiguranja troškova postupka u slučaju financiranja troškova postupka stranke u postupku je pitanje nacionalnoga prava te će se razrješavati primjenom nacionalnog prava. Situacija je puno složenija u pogledu arbitražnoga postupka pa se dalje navode zaključci vezano uz arbitražu.

Iz pregleda prakse tribunala i gornje analize nameće se zaključak da bi tribunali prilikom odlučivanja po zahtjevu za osiguranjem troškova trebali, uz utvrđivanje financijskog stanja financirane strane, imati uvid u ugovor o financiranju. To je potrebno kako bi utvrdili hoće li treća strana platiti troškove postupka suprotne strane u slučaju gubitka spora te ako je tako ugovoreno, do kojega iznosa ako je taj iznos limitiran. Uvid u ugovor o financiranju je potreban i kako bi tribunal ustanovio pod kojim uvjetima treća strana može otkazati ili raskinuti ugovor o financiranju i ima li ta činjenica utjecaja na preuzete obveze (ako one postoje) vezano uz plaćanje troškova suprotne strane.

U pogledu prethodnog zaključka u Izvješću Radne skupine ICCA – Queen Mary da bi tribunal trebao naložiti i stranci koja je podnijela zahtjev za osiguranje troškova postupka u situaciji kada se to nalaže i financiranoj stranci, načelno je taj stav prihvatljiv, ali odluka o tomu treba ovisiti o činjenicama u konkretnom predmetu. Naime, ako bi se time stavio

---

<sup>333</sup> *Op. cit.* u bilj. 332, str. 349–350.

preveliki financijski teret na nefinanciranu stranku, takvo bi rješenje bilo nepravedno i dodatno bi dovelo do procesne neravnoteže.

Stav Karrer i Desax glede arbitražnih postupaka u kojima na jednoj ili obje strane sudjeluje više osoba prihvatljiv je jer uzima u obzir sve moguće situacije, dakle i kada financirane stranke nastupaju jedinstveno, pa je stoga njihova odgovornost za troškove postupka solidarna, kao i kada financirane stranke nastupaju zasebno u jednom postupku, pa onda i odgovaraju svaka zasebno za dio troškova po određenju tribunala.

Stav Kirtley i Wietrzykowski u pogledu činjenice da bi podnositelj zahtjeva za osiguranje troškova postupka trebao dokazati da se financiranje sredstvima treće strane zloupotrebljava ako je to osnova za određivanje osiguranja troškova. Taj stav nije prihvatljiv jer uvodi novi, do sada u dostupnoj praksi neviđeni, standard koji bi praktički bilo nemoguće dokazati ili bi dodatno poskupio i produžio postupak o odlučivanju po zahtjevu za osiguranje dokaza. Kada bi se prihvatio stav da je potrebno dokazati da se financiranje zloupotrebljava, to bi značilo da će podnositelj zahtjeva morati:

- ili sam pribaviti dokaze da se financiranje zloupotrebljava, pri čemu se postavlja pitanje tko zloupotrebljava – financirana stranka ili treći koji financira postupak – i što se podrazumijeva pod zloupotrebom;
- ili tražiti da tribunal naloži financiranoj stranci da dostavi dokaze iz kojih proizlazi da se financiranje zloupotrebljava. To bi dodatno produžilo i poskupilo postupak odlučivanja po zahtjevu za osiguranje troškova postupka s vrlo upitnim učinkom i na svrhu postupka i uspješnost zahtjeva.

Pitanje financiranja u investicijskoj arbitraži i praksa tribunala već je detaljno elaborirana u ovom poglavlju. Činjenica je da tribunali u odlučivanju o zahtjevu države traže kumulativno ispunjavanje tri uvjeta – da je ugovoreno financiranje troškova postupka, da je financirana stranka insolventna kao i postojanje iznimnih okolnosti. Takva praksa postavlja vrlo visoki standard pred države, što je i razlog da se ti zahtjevi prihvaćaju samo iznimno. Ne iznenađuje stoga da su države, potpuno opravdano, u reformi UNCITRAL-ovih Arbitražnih pravila kao i ICSID-ovih Arbitražnih pravila da činjenica da su troškovi arbitraže financirani sredstvima treće osobe bude mogući razlog za određivanje osiguranja troškova. Reforma UNCITRAL-ovih Arbitražnih pravila je još u tijeku pa ostaje vidjeti hoće li države uspjeti sa svojim zahtjevom. Najnovija ICSID-ova Arbitražna pravila uređuju u čl. 53. osiguranje troškova postupka. Njime je propisano, među ostalim, da postojanje financiranja sredstvima treće

strane može biti dio dokaza u odnosu na okolnosti pod kojima tribunal može prihvatiti zahtjev za osiguranje troškova postupka, ali financiranje samo po sebi nije dovoljno da bi se opravdalo nalaganje polaganja sredstva osiguranja troškova. Iz navedene je odredbe vidljivo da je navedeni prijedlog pojedinih država ublažen pa sada, sukladno citiranoj praksi ICSID tribunala, činjenica da postoji financiranje tek je jedan od dokaza koji se razmatraju prilikom odluke o osiguranju troškova postupka. Takav razvoj događaja ne iznenađuje jer su razvijene države prilikom reforme ICSID-ovih Arbitražnih pravila imale u vidu i interese vlastitih ulagatelja koji se mogu javiti kao potencijalni tužitelji.

Konačno, prijedlog načina realizacije osiguranja troškova postupka iznesen u Izvješću Radne skupine ICCA – Queen Mary da se preuzme model sličan onome u Australiji prema kojem bi treća strana koja financira troškove postupka dala izjavu kojom ovlašćuje tribunal da pravorijekom i njoj naloži plaćanje troškova postupka arbitraže je zanimljiv, ali pitanje je bi li takva izjava bila dovoljna da se otkloni prigovor da je tribunal prekoračio svoje ovlasti kada je obvezao na plaćanje troškova trećega koji nije stranka u postupku.

Kao što je vidljivo iz analize u ovom dijelu rada i iznesenih zaključaka, osiguranje troškova postupka ostaje otvoreno pitanje o kojem će se još dugo raspravljati.

## **8) Nadležnost/dopustivost tužbe i prijenos tražbine**

Nadležnost/dopustivost tužbe i pitanje prijenosa tražbine u kontekstu financiranja troškova postupka različito se tretira u parničnom postupku i arbitraži, a investicijska arbitraža ima svoje dodatne posebnosti. Kako je pitanje nadležnosti/dopustivosti tužbe u kontekstu financiranja troškova postupka sredstvima treće strane usko povezano s prijenosom tražbine na treću stranu, ta se dva pitanja analiziraju zajedno.

Prijenos tražbine je situacija u kojoj vjerovnik prodaje svoje potraživanje ili ga ustupa trećoj osobi. U kontekstu instituta financiranja troškova postupka riječ je o prijenosu sporne tražbine, tj. tužbenoga zahtjeva. Taj prijenos može biti učinjen na opisani način ili može faktički proizlaziti iz ugovora o financiranju. O faktičkom je prijenosu sporne tražbine riječ kada treća strana ima kontrolu nad postupkom stranke koju financira. U tim situacijama pravi je vlasnik tužbenoga zahtjeva ta treća strana iako se ona ne javlja kao stranka u postupku. Iz navedenoga se u postupku može otvoriti i pitanje nadležnosti/dopustivosti tužbe.

Slijedom navedenoga, prvo će se kratko analizirati parnični postupak jer odgovori na ta pitanja u kontekstu parnice proizlaze iz nacionalnoga prava, a nakon toga će se analizirati arbitraža s naglaskom na investicijsku arbitražu koja je specifična.



## i. Parnični postupak

Kako nacionalni pravni poreci variraju po pitanju procesnoga prava kao i pitanju pretpostavki za prijenos tražbine, u ovom će poglavlju biti obrađeno englesko pravo iz perspektive teorijske rasprave koju otvara Ramesh i irsko pravo kroz prikaz sudske odluke.

Prema Ramesh<sup>334</sup> pitanje nadležnosti *ratione personae* ovisi o vlasništvu nad tužbenim zahtjevom koje je također razrađeno u sudsko praksi engleskih sudova glede prava da obvežu treću stranu koja financira trošak postupka na plaćanje troškova postupka suprotne strane. Ona analizira situaciju kada treća strana snosi troškove postupka radi ostvarivanja dobiti i zaključuje da će prilikom odlučivanja je li treća strana ujedno i pravi vlasnik tužbenog zahtjeva biti ključan stupanj kontrole koju ta treća strana ima nad postupkom koji financira, uključujući i njezino pravo odlučivanja te prednosti koje nastoji ostvariti ugovorom o financiranju.<sup>335</sup>

Kao potvrdu toj tezi Ramesh citira engleski Zakon o visokim sudovima iz 1981.<sup>336</sup> prema kojemu sudovi imaju ovlast odrediti tko će snositi troškove. U odnosu na postojeću sudsku praksu<sup>337</sup> ističe da, iako se na prvi pogled može činiti da u primjeni ovlasti sudova iz Zakona o visokim sudovima da obvežu bilo koga na plaćanje troškova postupka ujedno ne postoji i obveza sudova da utvrde tko je stvarni vlasnik tužbenoga zahtjeva, to u stvarnosti nije tako. Situacija je ista i u odnosu na financiranje troškova parnice sredstvima treće strane. Prema praksi engleskih sudova ne samo da mora postojati uzročno-posljedična veza između tužbenog zahtjeva i treće strane koja snosi troškove parničnog postupka, nego ta povezanost mora nadilaziti puku činjenicu da financiranje osigurava treća strana. Upravo stoga će i odluka suda ovisiti o činjenicama konkretnoga spora.<sup>338</sup>

Vežano uz parnične postupke i prijenos tražbine na trećega, zanimljiva je i praksa irskoga suda.

Naime, kao što je financiranje parničnog postupka zabranjeno u Irskoj, tako je zabranjen i prijenos tužbenog zahtjeva (dakle tražbine), osim u slučajevima kada je riječ o tužbenom

---

<sup>334</sup> Sahana Ramesh je asistent profesor pri National Academy of Legal Studies and Research (NALSAR) u Indiji.

<sup>335</sup> Sahana Ramesh: Third-Party Funding in International Arbitration: Ownership of the Claim, Consequences for Costs Orders, and Regulation, str. 286.

<sup>336</sup> Senior Courts Act 1981, Section 51(3) propisuje da će sud imati punu ovlast odlučiti tko će i u kojoj mjeri snositi troškove postupka. Dostupno na: <https://www.legislation.govs.uk/ukpga/1981/54/contents>.

<sup>337</sup> Sudska praksa citira se u VII. dijelu pod 1). Vidjeti presudu u predmetu *Dymocks Franchise Systems (NSW) Pty Ltd v Todd (Associated Industrial Finance Pty Ltd, Third Party)*, koja se obrađuje u tom poglavlju.

<sup>338</sup> *Op. cit.* u bilj. 335, str. 284–285.

zahtjevu pravne osobe čiji se udjeli prodaju drugoj pravnoj osobi kada dolazi do ustupa potencijalne tražbine, pa tako i tužbenog zahtjeva.

U nastavku je izvod iz presude Vrhovnog suda Irske u predmetu *SPV Osus Ltd v HSBC Institutional Trust Services (Ireland) Ltd.*<sup>339</sup>

U tom je predmetu sud upozorio na činjenicu da je pitanje ustupa, tj. prijenosa tužbenog zahtjeva (dakle potencijalne tražbine) potrebno normirati jer se to pitanje, kao i pitanje financiranja troškova postupka, odnosi i na pitanje pristupa pravdi u slučajevima kada je potencijalni tužitelj insolventan:

*2.2 Želio bih naglasiti da ostajem pri čvrstom stavu da je potrebno poduzeti neke mjere kako bi se pokušalo riješiti ovaj problem. Doista, zapažanja koja sam iznio u svojoj podupirućoj presudi u Personi [predmet Persona Digital Telephony Ltd & Sigma Wireless Networks Ltd and The Minister for Public Enterprise, Ireland and the Attorney General, and, by order, Denis O'Brien and Michael Lowry o kojem je riječ u dijelu rada koji analizira irsko pravo, op. aut.] bila su osmišljena upravo kako bi upozorila na to da postoji problem koji se mora riješiti, no daleko je najbolji način rješavanja toga problema zakonom. To nije samo slučaj u kojem se zakonodavstvo može smatrati odgovarajućim ustavnim putem zbog podjele vlasti između sudova i zakonodavnog tijela. U najmanju je ruku sporno dopuštanje stanja potpune nereguliranosti instituta financiranja troškova postupka sredstvima treće strane, o čemu je bila riječ u Personi, ili nereguliranost prava na ustup tužbenog zahtjeva [istaknula autorica], o čemu je riječ u ovom slučaju, sve kao sredstvo za rješavanje problema pristupa pravosuđu jer dovodi do stvarnog rizika da stvori više problema nego što ih rješava.*

*2.3 To ne znači da su pitanja koja se javljaju u vezi s financiranjem sredstvima trećih strana ista kao i pitanja koja se pojavljuju u kontekstu potencijalnog ustupanja, o čemu se ovdje radi. U slučaju financiranja sredstvima treće strane, stranka (bila ona pravna ili fizička osoba) koja je pretrpjela povredu i dalje zadržava tužbeni zahtjev, bez obzira na činjenicu da bi dio dosuđenog iznosa u slučaju uspjeha u sporu mogao pripasti trećoj strani koja financira postupak. U slučaju ustupanja, cjelokupni tužbeni zahtjev i eventualno dosuđeni iznos prelazi s ustupitelja na stjecatelja, pa **postupak nakon ustupa u cijelosti vodi stranka koja nije pretrpjela izvornu povredu** [istaknula autorica]. Slijedom navedenoga mogli bi postojati potpuno legitimni razlozi javne politike koji bi mogli dovesti zakonodavca do drukčijega stava prilikom normiranja financiranja sredstvima treće strane s jedne strane i normiranja ustupa tužbenog zahtjeva s druge strane.*

*2.5 Međutim, i dalje sam zabrinut zbog toga što postoje slučajevi u kojima su osobe ili entiteti pretrpjeli povredu svojih prava, ali nisu u mogućnosti učinkovito zaštititi svoja prava zbog troškova odlaska na sud. To je problem za koji je potrebno pronaći rješenja. Čini mi se da je to pitanje koje zakonodavac treba hitno razmotriti. No, nije na sudovima da oblikuju pažljivo reguliranu shemu koja uravnotežuje prednosti i rizike. (...)*

*2.6 To ne znači da financiranje sredstvima treće strane ili dopuštanje ustupa tužbenog zahtjeva ne mogu biti dio rješenja. Međutim, ono što bi moglo biti najbolje rješenje i koja pravila treba primijeniti na odabrano rješenje u prvom je redu stvar zakonodavca.*

*2.7 Dolazeći do gornjeg stajališta nisam zanemario činjenicu da ponekad može postojati nešto umjetno u pogledu razlika koje se mogu povući između jedne vrste transakcije i*

---

<sup>339</sup> SPV Osus Ltd v HSBC Institutional Trust Services (Ireland) Ltd, [2018] IESC 44, presuda je dostupna na: <https://www.bailii.org/ie/cases/IESC/2018/S44.html>.

*gdje se razlika temelji na formi, a ne na suštini. Ako je izvorno oštećena stranaka pravni subjekt, nikada se i nije tvrdilo da nije dopušteno da se udjeli u tom subjektu prenesu na treću stranu čime se prenosi i tužbeni zahtjev, iako je to u biti ustup. Čak i tamo gdje postoje komplikacije koje proizlaze iz činjenice da navodno povrijeđeni pravni subjekt ima drugu imovinu ili obveze, malo je vjerojatno da će korporativni pravnici i savjetnici osmisliti restrukturiranje dotičnog pravnog subjekta na način da tužbeni zahtjev ostane u rukama istoga subjekta kojem je učinjena povreda u situaciji gdje se sva druga imovina i obveze prenose na druge pravne osobe u istom vlasništvu. Tako bi se barem u mnogim slučajevima moglo pokazati praktičnim osmišljavanje sustava prema kojemu se tužbeni zahtjev u vlasništvu korporativnog subjekta može prenijeti na kupca prodajom udjela u subjektu koji ima tužbeni zahtjev.<sup>340</sup>*

Iz citirane je odluke vidljivo da u slučajevima prijenosa tražbine, po stavu Vrhovnog suda Irske, postoji tenzija između prava na pristup pravdi i javne politike odnosno pitanja kome, kojoj osobi bi trebalo reparirati štetu, to jest otkloniti nepravdu koja je nastala povredom, samo osobi koja je pretrpjela povredu ili i stjecatelju tužbenog zahtjeva kojem je tražbina ustupljena. Sud pravilno upire na činjenicu da u pojedinim slučajevima, kao npr. insolventnosti potencijalnog tužitelja, pristup zakonodavca uvjetuje i pristup pravdi jer ako je dopušten prijenos tužbenog zahtjeva, posljedično je i ostvaren pristup pravdi koji će u tom slučaju ostvarivati stjecatelj koji je tražbinu iz tužbenog zahtjeva već namirio osobi koja je povredu pretrpjela.

Zakon o parničnom postupku ne sadržava odredbe koje bi hrvatskim sudovima omogućavale da obvežu na plaćanje troškova postupka osobe koje nisu sudjelovale u postupku, osim u situaciji kada državni odvjetnik ili koje drugo državno tijelo nastupa kao stranka jer se u tim slučajevima odluka o troškovima postupka donosi u korist ili protiv Republike Hrvatske, ali ta iznimka nije relevantna za institut financiranja.<sup>341</sup>

Međutim, situacija je različita u jurisdikcijama kao što je Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i Sjeverne Irske. To ne iznenađuje jer je to prirodni nastavak *maintenance* i *champerty* doktrine u parničnom postupku koje su se i pojavile kao odgovor na praksu financiranja troškova postupka sredstvima treće strane u srednjem vijeku.

Konačno, važno je uzeti u obzir smjernice koje su sudovi razvili tijekom godina jer smjernice i parametri koje su postavili sudovi u kontekstu financiranja parnica korisni su i u kontekstu financiranja troškova postupka sredstvima trećih strana u arbitraži te mogu služiti kao pomoć tribunalima u rješavanju složenih pitanja nadležnosti/dopustivosti tužbe i prijenosa tražbine.

---

<sup>340</sup> *Ibid.*

<sup>341</sup> Članak 154.a Zakona o parničnom postupku (Službeni list SFRJ, br. 4/77., 36/77., 36/80., 6/80., 69/82., 43/82., 58/84., 74/87., 57/89., 20/90., 27/90., 35/91., Narodne novine, br. 53/91., 91/92., 112/99., 129/00., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 96/08., 84/08., 123/08., 57/11., 148/11. – službeni pročišćeni tekst, 25/13., 89/14., 70/19.).

## ii. Arbitraža

Jedno od najvažnijih otvorenih pitanja u vezi s institutom financiranja je proteže li se ugovor o arbitraži, koji je temelj arbitraže, i na treću stranu koja snosi troškove postupka, tj. može li treća osoba postati i stranka u arbitražnom postupku u slučajevima sklapanja ugovora o financiranju troškova.

Iako je arbitražni ugovor u slučaju trgovačke arbitraže najčešće sastavni dio glavnoga ugovora, on je prema doktrini separabilnosti ili severabilnosti (*doctrine of separability and severability*) zaseban ugovor čak i kada je sadržan samo u vidu klauzule o rješavanju sporova u drugom, glavnom ugovoru. Iz toga je razloga, čak i u slučaju nevaljanosti glavnoga ugovora, tribunal nadležan utvrđivati nevaljanost glavnoga ugovora.

Za razliku od prijenosa tražbine na treću stranu koja snosi troškove arbitražnog postupka, u slučaju kada treća strana samo snosi troškove teško bi se moglo tvrditi da arbitražni ugovor uključuje i tu treću stranu te da je ona i stranka u postupku. Treća strana koja financira troškove postupka ulazi u odnos nakon što je nastao spor te je njezin glavni interes da se obveza izvrši, i to kroz arbitražni postupak, dobrovoljnom isplatom po pravorijeku ili ovrhom arbitražnog pravorijeka.<sup>342</sup>

Kao što će biti vidljivo iz daljnje analize, to nije uvijek tako i pitanje tko je pravi tužitelj ne ovisi samo o ugovoru kojim je prenesena tražbina nego i kontroli postupka. Kada je kontrola nad postupkom treće strane tolika da se može reći da treća strana kontrolira arbitražni postupak, tada se može reći da je tražbina *de facto* prenesena s tužitelja na treću stranu. Odgovore na to pitanja trebat će potražiti u ugovoru o financiranju.

Slijedom navedenoga, tužitelj ugovorom o financiranju može prenijeti svoje potraživanje iz spora koji se financira na treću stranu koja financira postupak na sljedeće načine:

1. *de facto* – kada je ugovoreno da je kontrola arbitražnog postupka u rukama treće strane i
2. *de iure* – sklapanjem ugovora o prijenosu tražbine.<sup>343</sup>

Kada je tužitelj *de facto* ili *de iure* prenio tražbinu na trećega koja snosi troškove postupka, treća bi strana mogla postati stranka u arbitražnom postupku, dakle na nju bi se mogao primjenjivati arbitražni ugovor kao temelj arbitražnog postupka. U slučaju prijenosa tražbine *de facto* ugovor o financiranju trebao bi sadržavati takve odredbe da iz njih proizlazi da

---

<sup>342</sup> *Op. cit.* u bilj. 276, str. 228.

<sup>343</sup> *Ibid.*

stvarnu kontrolu nad postupkom ima upravo ta treća strana, a ne stranka s kojom je sklopljen ugovor o financiranju. To otvara pitanje nadležnosti koje će ovisiti o konkretnim činjenicama. Prijenos tražbine može dovesti i do nedopustivosti tužbe. Hoće li tužba biti dopuštena, odgovorit će mjerodavno pravo za sam glavni ugovor iz kojega proizlazi tražbina (je li za ustup tražbine potrebna suglasnost suprotne strane ili je to zabranjeno).<sup>344</sup>

Prethodno se izlaganje glede mjerodavnoga prava i valjanosti ustupa ne odnosi na investicijsku arbitražu, ali u ostalim je dijelovima primjenjivo i na tu vrstu arbitraže. Pa ipak, investicijska je arbitraža u pogledu materijalnopravne zaštite (koja proizlazi iz međunarodnoga prava) i u pogledu načina sklapanja arbitražnoga ugovora nešto drukčija od trgovačke arbitraže.

I u toj je arbitraži osnova za odlučivanje u konkretnom sporu arbitražni ugovor, ali ponuda za sklapanje toga ugovora sadržana je u bilateralnim i multilateralnim međunarodnim ugovorima u kojima države stranim ulagateljima daju ponudu za sklapanje arbitražnoga ugovora u vidu odredbe tih ugovora o načinu rješavanja sporova između stranoga ulagatelja i države primateljice ulaganja. Dakle, riječ je o međudržavnim ugovorima kojima države članice tih ugovora daju ponudu za način rješavanja spora u vidu arbitraže. Podrazumijeva se da i država primateljica ulaganja i država pripadnosti ulagatelja moraju biti članice međunarodnog ugovora u kojem je sadržana ponuda za sklapanje ugovora o arbitraži. Arbitražni je ugovor perfekcioniran kada ulagatelj tu ponudu prihvati. Kod prijenosa tražbine i pitanja nadležnosti zbog opisane se specifičnosti investicijske arbitraže otvaraju dva pitanja:

1. Ako je sporna tražbina prenesena i treća strana nije ujedno i investitor čija bi investicija bila zaštićena spomenutim bilateralnim ili multilateralnim ugovorom jer država njegova sjedišta nije članica ni jednog takvog ugovora o zaštiti ulaganja s tuženom državom, može li se na treću stranu prenijeti pravo na rješavanje spora u arbitražom i
2. Ako je situacija ista kao u prvom pitanju, uživa li treća strana materijalnopravnu zaštitu koju uživa ulagatelj koji je prenio tražbinu?

Kao što će biti vidljivo iz daljnje analize i prikaza prakse tribunala, odgovor na prethodna dva pitanja je ključan. Slijedom navedenoga u nastavku se analiziraju iznesene dvojbe u kontekstu investicijske arbitraže i posebno ICSID arbitraže u kojoj je pitanje nadležnosti nešto drukčije uređeno nego u *ad hoc* investicijskim arbitražama. Prije upuštanja u analizu potrebno je ponoviti da su strani ulagatelji primarno tužitelji pa je i donja analiza, kao i sve do sada u

---

<sup>344</sup> *Op. cit.* u bilj. 276, str. 228–229.

ovom dijelu rada, napisana iz perspektive tužitelja te ćemo se kratko osvrnuti na prijenos tražbine u kontekstu investicijske arbitraže.

Bilateralni i multilateralni međunarodni ugovori koji služe promociji i zaštiti ulaganja u pravilu ne sadržavaju odredbu kojom bi se izričito dopuštalo ili zabranjivalo ulagatelju da prenese svoju tražbinu prema državi koja je povrijedila pravo ulagatelja iz takvog ugovora. Iz navedenoga bi se moglo zaključiti da nema zapreke da ulagatelj prenese svoju tražbinu i na treću stranu koja se obvezala, tj. koja financira troškove postupka.

Štoviše, Goldsmith i Melchionda pravilno upozoravaju na činjenicu da, kada ugovor o financiranju trećoj strani koja financira troškove arbitraže daje značajnu kontrolu nad postupkom i strateškim odlukama u postupku ili kada predviđa značajnu kompenzaciju za plaćanje troškova postupka, moglo bi se govoriti o *de iure* ili *de facto* prijenosu prava s ulagatelja na treću stranu koja financira troškove postupka. U tom se dijelu mogu pojaviti prepreke glede nadležnosti i dopustivosti i/ili ekonomskoga prava da se potražuje naknada štete.<sup>345</sup>

Glede nadležnosti, prvo pitanje koje se nameće je tko je kvalificiran podnijeti tužbu u investicijskoj arbitraži. Ključna za to je nacionalnost odnosno nacionalna pripadnost ulagatelja kao jedna od osnovnih pretpostavki za ustanovljenje nadležnosti prema multilateralnom ili bilateralnom ugovoru koji služe promociji i zaštiti ulaganja jer ona definira primjenu tih ugovora *ratione personae*.<sup>346</sup>

Ta je pretpostavka od iznimnog značenja i za arbitraže koje se pokreću pri Međunarodnom centru za rješavanje sporova o ulaganju (ICSID) kao instituciji ustanovljenoj Konvencijom o rješavanju sporova o ulaganju između država i državljana ostalih država iz 1965. godine<sup>347</sup>, koja u članku 25. uređuje nadležnost.

Čl. 25 propisuje da nadležnost Centra obuhvaća svaki pravni spor nastao izravno iz ulaganja između države ugovornice (ili sastavne oblasti ili agencije države ugovornice koju je ta država ugovornica imenovala Centru) i državljana druge države ugovornice, a kojega stranke u sporu pisanim putem pristanu predati Centru [npr. ponude države primateljice ulaganja putem međunarodnog ugovora za zaštitu i promociju ulaganja i prihvata ponude za sklapanje arbitražnog ugovora od strane investitora, op. aut.].

Konvencija također u čl. 25. definira pojam državljana i pravne osobe propisujući:

---

<sup>345</sup> *Op. cit.* u bilj. 276, str. 230.

<sup>346</sup> *Op. cit.* u bilj. 276, str. 230.

<sup>347</sup> *Op. cit.* u bilj. 23.

*Državljanin druge države ugovornice znači:*

*svaku fizičku osobu koja je bila državljanin države ugovornice, osim države stranke u sporu, na dan kad su se stranke suglasile da spor iznesu na mirenje ili arbitražu,*

***kao i** na dan kad je zahtjev registriran, ali ne uključuje osobu koja je ili jednog ili drugog od ova dva dana bila državljanin države ugovornice koja je stranka u sporu; i*

*pravna osoba znači:*

*svaku pravnu osobu koja je imala državljanstvo neke države ugovornice, osim države stranke u sporu, na dan kad su se stranke suglasile da spor iznesu na mirenje ili arbitražu*  
**i**

*svaku pravnu osobu koja je tog dana imala državljanstvo države ugovornice stranke u sporu, a koje su se stranke suglasile da, zbog strane kontrole, tretiraju kao državljanina druge države ugovornice u svrhu ove Konvencije.*

Iz navedene odredbe proizlazi da su, kada je riječ o državljanstvu fizičkih osoba, bitna dva momenta – moment kada su se stranke suglasile da spor iznesu na arbitražu (datum prihvata ponude za sklapanje ugovora o arbitraži) i datum registracije zahtjeva za arbitražu, što radi glavni tajnik ICSID-a. Zato se u izričaju toga dijela čl. 25. koristi izričaj **kao i**.

Ta dva momenta mogu i ne moraju se dogoditi u isti trenutak. Ako međunarodni ugovor iz kojega proizlazi ponuda za sklapanje ugovora o arbitraži propisuje da je obvezno mirenje prije podnošenje zahtjeva za arbitražu, tada će se ta dva momenta dogoditi u različito vrijeme i pretpostavka iz čl. 25. u pogledu državljanstva ulagatelja mora biti ispunjena u oba trenutka. U ostalim situacijama moguće je da se ti momenti podudaraju jer podnošenje zahtjeva za arbitražu predstavlja također prihvatanje ponude za sklapanje ugovora o arbitraži pa taj moment ujedno predstavlja i trenutak kada su se stranke suglasile da spor iznesu na arbitražu.

Budući da Konvencija definira ulagatelja, a to čine i međunarodni ugovori za zaštitu i promociju ulaganja (a ponekad i nacionalna zakonodavstva kojima se uređuju pitanja stranih ulaganja) na pitanje je li riječ o ulagatelju koji ima pravo pokrenuti arbitražu primjenjuje se tzv. *double keyhole test* jer ulagatelj mora zadovoljiti i pretpostavke iz članka 25. Konvencije i iz međunarodnog ugovora ili propisa iz kojeg proizlaze njegova materijalna i procesna prava.

Upravo iz tih razloga, u slučaju kada postupak financira treća strana koja ima ključnu ulogu u samom postupku, valja postaviti pitanje je li tražbina ulagatelja prenesena na osobu koja snosi troškove postupka i u kojem trenutku, da li prije pokretanja arbitražnog postupka ili tijekom arbitražnog postupka.

Iz citiranoga čl. 25. Washingtonske konvencije evidentno je da bi postojala dobra osnova za osporavanje nadležnosti ako bi tražbina bila prenesena prije prihvaćanja ponude, tj.

usuglašavanje da se spor riješi arbitražom (a u slučaju fizičke osobe i u trenutku registracije zahtjeva za arbitražu).

Goldsmith i Melchionda, vezano uz primjenu čl. 25. Washingtonske konvencije i prijenos tražbine na treću stranu, definiraju dvije situacije – kada je tražbina prenesena prije početka arbitražnog postupka ili kada je prenesena poslije pokretanja arbitražnog postupka. Prema njihovu stavu prijenos tražbine na treću osobu (pa tako i treću stranu koja financira troškove arbitraže) nakon početka arbitraže ne utječe na nadležnost arbitražnog tribunala, dok prijenos tražbine na treću osobu prije početka arbitraže može biti od utjecaja ako je tražbina prenesena prije datuma povrede jer je u tim slučajevima moguća situacija da potencijalni tužitelj na kojeg je tražbina prenesena nema pravo na zaštitu iz međunarodnoga ugovora koji se primjenjuje na ulagatelja koji je tražbinu prenio (dakle nije obuhvaćen međunarodnim ugovorom u odnosu na materijalnopravnu zaštitu).<sup>348</sup>

Oni također točno upućuju i na situaciju kada je tražbina prenesena prije početka arbitraže na treću osobu u svrhu ustanovljavanja međunarodnopravne zaštite (nadležnosti) na temelju međunarodnog ugovora za promociju i zaštitu stranog ulaganja (tzv. *forum shopping*) te u tom dijelu pravilno zaključuju da treća osoba ne bi imala pravo na zaštitu bez obzira na to što je zahtjev nacionalnosti, tj. nacionalne pripadnosti zadovoljen zbog načela *nemo potiore potest transfere quam ipse habet* (nitko ne može prenijeti više prava nego što ima).<sup>349</sup>

Pa ipak, i u takvim slučajevima, kako Goldsmith i Melchionda pravilno primjećuju, moguće je da se tribunal oglasi nadležnim, što se i dogodilo u predmetu *CME Czech Republic B.VS. vs. The Czech Republic*<sup>350</sup>, u kojem je tribunal zaključio da, bez obzira na to što su dionice tužitelja prije početka arbitraže prenesene s njemačke na nizozemsku kompaniju, budući da postoji kontinuitet zaštite koji pružaju i njemačko-češki i češko-nizozemski bilateralni ugovor o poticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja, tužitelj ima *ius standi*.<sup>351</sup> U tom dijelu djelomični pravorijek glasi kako slijedi:

*396. Tuženik je, u ovom kontekstu, iznio obranu da je tužitelj vršio nekakav (neprihvatljivi) forum shopping. Tuženi je okarakterizirao pokretanje paralelnog međunarodnog postupka od strane g. Laudera i tužitelja kao zlouporabu. Što se tiče pitanja nadležnosti, ta obrana nije uvjerljiva. Kad je ulagao u ČNTS 1993./1994., CEDC je bio pod zaštitom njemačko-češkog ugovora koji u osnovi pruža sličnu zaštitu kao i Ugovor [nizozemsko-češkog BIT-a, istaknula autorica, op. aut.]. Prijenos ulaganja u*

<sup>348</sup> *Op. cit.* u bilj. 276, str. 233–234.

<sup>349</sup> *Ibid.*

<sup>350</sup> *CME Czech Republic B.VS. vs. The Czech Republic*, UNCITRAL, podaci o predmetu dostupni su na: <https://www.italaw.com/cases/281>.

<sup>351</sup> *Op. cit.* u bilj. 276, str. 233–234.



ČNTS s njemačke korporacije na korporaciju koja ima sjedište u Nizozemskoj na prvi pogled nema stigmatu zlorabe. Tuženi je okarakterizirao pokretanje paralelnog međunarodnog postupka od strane g. Laudera i tužitelja kao zlorabu.

397. Stajalište Arbitražnog tribunala je da se doprinos CEDC-a i njegov prijenos u skladu s investicijskom strukturom, a koju je Vijeće za medije odobrilo, CME Media Enterprises B.V.S. kvalificira kao ulaganje prema članku 8. Ugovora. Argument tuženika u vezi s navodnim forum shopping (ili treaty shopping) nije održiv.

398. U tom se kontekstu Tribunal poziva na FEDAX-ovu odluku o nadležnosti od 11. srpnja 1997., ICSID arbitraža (37 I.L.M. 1378/1998). U tom je slučaju tribunal prihvatio nadležnost za potraživanje po mjenicama koje su indosirane imateljima i tužitelju izvan zemlje domaćina izvorne investicije. FEDAX tribunal odbacio je argument da se strani vlasnik mjenica nije kvalificirao kao investitor jer nije izvršio ulaganje na teritoriju zemlje domaćina i zaključio da, iako se identitet investitora mijenja svakim indosamentom, samo ulaganje ostaje konstantno, te izdavatelj mjenica uživa kontinuiranu kreditnu pogodnost do trenutka dospijeca mjenica.

399. U slučaju tužitelja, situacija je još jasnija. CEDC je investirao davanjem doprinosa svojeg dioničara pri osnivanju ČNTS-a 1993. godine. ČNTS je uživao korist od ulaganja tijekom svoga korporativnoga života. TV NOVA započela je s emitiranjem u veljači 1994. godine korištenjem uloženi sredstava CEDC-a (zajedno sa sredstvima uloženi od strane Češke štedionice). Sredinom 1994. godine, kada je prethodnik tužitelja stekao ulaganje, ulaganje je bilo u punom riziku i tek godinu dana kasnije pokazalo se da je ulaganje uspješno za ulagače.

400. Nadalje, ulaganje CEDC-a u ČNTS mora se u pravnom smislu sagledati u cijelosti i to kako ga je odobrilo Vijeće za medije. Tvrtka povezana s investitorom, koja je priznati (dopušteni) sljednik prema strukturi ulaganja, koju je odobrilo Vijeće za medije, zaštićena je zakonima o zaštiti ulaganja zemlje domaćina. Članak 8. Ugovora ne postavlja posebne zahtjeve u vezi s okolnostima pod kojima se može smatrati da ulaganje pripada investitoru zaštićenom Ugovorom. To je u skladu s velikom većinom suvremenih bilateralnih ugovora o ulaganju (vidi Antonio R. Parra u "Gospodarski razvoj, strana ulaganja i pravo", objavio Kluwer 1996, stranica 35). U pogledu nadležnosti, dakle, tužitelj uživa punu zaštitu Ugovora, stekavši putem ulaganja svog prethodnika CEDC 66 % udjela u ČNTS-u 1994. godine. Isto vrijedi i za daljnji udio u ČNTS-u koji su nakon toga stekli tužitelj i prethodnik tužitelja.<sup>352</sup>

Goldsmith i Melchionda smatraju da prijenos tražbine na treću osobu (pa tako i treću stranu koja financira troškove arbitraže) nakon početka arbitraže ne utječe na nadležnost arbitražnog tribunala. Taj je stav potvrdio i tribunal u predmetu *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. vs. Argentine Republic*<sup>353</sup> u kojem je u odluci o nadležnosti od 21. prosinca 2012. obrazložio:

256. Drugo, u mjeri u kojoj se argument tuženika temelji na tvrdnji da su tužitelji prenijeli svoja prava ili interese u ovom slučaju na Burford nakon pokretanja ove arbitraže, taj argument je neupotrebljiv. Kako Schreuer napominje, "ICSID tribunali su dosljedno primjenjivali načelo da se nadležnost utvrđuje na dan podnošenja zahtjeva. U nekim slučajevima tužitelji su odustali od zahtjeva ili su prenijeli prava koja su dovela do spora nakon pokretanja postupka. Tribunali su odbacili argument da, kao posljedicu

<sup>352</sup> CME Czech Republic B.V. vs. The Czech Republic, UNCITRAL; <https://www.italaw.com/cases/281>.

<sup>353</sup> *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. vs. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/09/1), podaci o postupku i pojedine odluke dostupni su na: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/09/1>.

toga, tužitelji u postupku više nisu bili stvarne zainteresirane strane.” U predmetu CSOB protiv Slovačke tužitelj je, nakon pokretanja arbitraže i zahtjeva za arbitražu protiv tuženika ustupio potraživanje trećoj strani. Tribunal u CSOB-u smatrao je da je općeprihvaćeno da se **utvrđivanje ima li stranka pravo u svrhu utvrđivanja nadležnosti pokrenuti postupak pred međunarodnim tribunalom kao mjerodavnim uzima datum na koji se smatra da je takav postupak pokrenut. Budući da je tužitelj pokrenuo postupak prije vremena kada su dva ugovora o ustupu tražbina koje su predmet spora, proizlazi da je međunarodni tribunal nadležan odlučivati u ovom predmetu bez obzira na pravni učinak, ako ga ima, koji bi prijenosi mogli imati na status tužitelja da su prethodili podnošenju predmeta** [istaknula autorica].

257. Treće, u onoj mjeri u kojoj je tuženik okarakterizirao Ugovor o ustupanju kao “prijevarni” implicira da su tužitelji počinili nezakonitosti prema španjolskom pravu u odnosu na izvršenje svog ulaganja, taj argument je isto tako beskoristan. U predmetu Hamester protiv Gane tuženik je tvrdio da je tužitelj počinio nezakonitosti u provedbi ulaganja. Prema BIT-u koji se primjenjivao u Hamesteru, baš kao i prema BIT-u koji se primjenjuje u ovom predmetu, **ulaganje mora biti zakonito stečeno dok naknadna nezakonitost ne utječe na nadležnost tribunala u sporu** [istaknula autorica].

258. Tuženik nije dostavio suprotnu praksu u odnosu na citirane odluke, niti je ozbiljno nastojao argumentirati po čemu se činjenice u trenutnom sporu razlikuju. Što se tiče činjeničnog stanja, tuženik ne osporava tvrdnju tužitelja da je pristanak na ovu arbitražu perfekcioniran 20. studenog 2008. godine, da je Zahtjev za arbitražu podnesen 11. prosinca 2008., a da je registracija obavljena 30. siječnja 2009. godine.

259. Na temelju činjenice da se svaki od navoda koje je iznio tuženik tiče događaja – reorganizacije tužitelja, Ugovora o ustupu i Ugovora o financiranju – koji se dogodio nakon pokretanja arbitraže, Tribunal smatra da je to dovoljno osnova da odbije tuženikov prigovor nenadležnosti tribunala.<sup>354</sup>

Goldsmith i Melchionda također dobro primjećuju da se u slučaju prijenosa tražbine s ulagatelja na treću stranu koja financira troškove postupka može postaviti i pitanje je li riječ o ulaganju u smislu međunarodnog ugovora za zaštitu i promociju ulaganja. Naime, neki od tih ugovora definiraju ulaganje kao bilo koju imovinu koju je ulagatelj investirao na teritoriju države ugovornice pa bi se moglo tvrditi da treća strana koja snosi troškove postupka i koja je tražbinu stekla od ulagatelja nije izvršila ulaganje na teritoriju države ugovornice i stoga ne uživa zaštitu iz međunarodnog ugovora. U slučajevima kada međunarodni ugovor pak samo definira investiciju kao imovinu koju posjeduje ili kontrolira ulagatelj, međunarodni ugovor je *ratione materiae* širi u odnosu na definiciju ulaganja pa bi i prijenos tražbine bio moguć i ne bi mogao služiti kao osnova za pobijanje nadležnosti.<sup>355</sup>

Predmet *CME Czech Republic B.V.S. vs. The Czech Republic*<sup>356</sup>, koji spominju Goldsmith i Melchionda u kontekstu promjene osobe ulagatelja, zanimljiv je i iz aspekta definicije ulaganja. U Djelomičnom pravorijeku od 13. rujna 2001. navodi se:

---

<sup>354</sup> Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. vs. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/09/1), odluka o nadležnosti od 21. prosinca 2012. dostupna je na: [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C520/DC2792\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C520/DC2792_En.pdf).

<sup>355</sup> *Op. cit.* u bilj. 276, str. 231.

<sup>356</sup> *Op. cit.* u bilj. 352.

385. *Stečene dionice, uključujući sva prava i zakonska prava, zaštićene su Ugovorom. Nakon stjecanja, prethodnik tužitelja postao je vlasnik ulaganja u Češkoj. Ugovor ne razlikuje je li ulagatelj izvršio ulaganje sam ili je li ulagatelj stekao ulaganje prethodnika* [istaknula autorica]. *S tim u vezi, članak 8. Ugovora definira investicijski spor kao postojeći ako se spor odnosi na ulaganje ulagatelja. Članak 1. Ugovora jasno navodi da ulaganje obuhvaća svaku vrstu imovine uložene izravno ili preko ulagača treće države, što jasno govori da ulagač ne mora sam izvršiti ulaganje kako bi bio zaštićen Ugovorom* [istaknula autorica].<sup>357</sup>

Iz citirane je prakse vidljivo da države kada sklapaju bilateralne ugovore za promociju i zaštitu stranih ulaganja trebaju biti svjesne navedenih problema i definirati investiciju na odgovarajući način. To je i intencija novih bilateralnih ugovora, a u pogledu Republike Hrvatske čiji su bilateralni ugovori o poticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja starije generacije dobro je da su ti ugovori za područje Europske unije većinom otkazani, a u pogledu trećih zemalja Europska je unije preuzela nadležnost za pregovore i sklapanje tih ugovora.

### iii. Zaključak

Iako je unutar svakoga dijela ovoga potpoglavlja već obrazložen stav, predmet koji je u tijeku potaknuo je potrebu da se prethodno analizirano primijeni i na taj predmet. Riječ je o predmetu investicijske arbitraže *Adria Group B.VS. and Adria Group Holding B.VS. vs. Republic of Croatia* (ICSID Case No. ARB/20/6, dalje u tekstu: predmet Adria)<sup>358</sup>, koji se vodi pri ICSID-u. Zahtjev za arbitražu pokrenut je radi povrede hrvatsko-nizozemskoga bilateralnoga ugovora o poticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja iz 1998. godine (hrvatsko-nizozemski BIT iz 1998.). Podnositelji zahtjeva za arbitražu su nizozemska trgovačka društva Adria Group B.V. and Adria Group Holding B.V.

Iz samog imena stranaka u postupku nije vidljivo da je moguće da je riječ o tužbi Ivica Todorića protiv Republike Hrvatske, ali to proizlazi iz mnogobrojnih novinskih zapisa i intervjua gospodina Todorića.<sup>359</sup>

Dva se pitanja nameću u odnosu na navedeni postupak. Prvo je tko snosi troškove postupka i drugo – tko je vlasnik tužbenog zahtjeva. Naime, iz medijskih je natpisa vidljivo da Ivica Todorić smatra da je vlasnik tužbenih zahtjeva i da je u pozadini tih tužbenih zahtjeva.

<sup>357</sup> Isto i Aren Goldsmith i Lorenzo Melchionda: *Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (but Were Afraid to Ask) – Part Two*, 2012 Int'l Bus. L.J. 53 (2012.), str. 234.

<sup>358</sup> Podaci o predmetu dostupni su na: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/20/6>.

<sup>359</sup> Vidjeti npr. Poslovni dnevnik, Todorićeva nizozemska tvrtka ide u skupu arbitražu u SAD-u, traže se odvjetnici (dostupno na: <https://www.poslovni.hr/hrvatska/todoriceva-nizozemska-tvrtka-ide-u-skupu-arbitrazu-u-sad-u-4216104>), Ivica Todorić: Pokrenuta međunarodna arbitražu u Washingtonu (dostupno na: <https://www.linkedin.com/pulse/pokrenuta-me%C4%91unardna-arbitra%C5%BEa-u-washingtonu-ivica-todori%C4%87?articleId=6648964461799448576>), Jutarnji list: Todorić protiv Hrvatske ide na arbitražu u Washington, već traži odvjetnike? (dostupno na: <https://www.jutarnji.hr/vijesti/hrvatska/todoric-protiv-hrvatske-ide-na-arbitrazu-u-washington-vec-trazi-odvjetnike-6673986>) itd.

Ivica Todorić može se braniti da nema utjecaje na medije i da prenose njegove riječi neprecizno, ali pokažu li dokazi u postupku da su tužitelji samo ljuške iza kojih stoji Todorić, prigovor nenadležnosti utemeljen na činjenici da je pravi vlasnik tužbenoga zahtjeva hrvatski državljanin koji zloupotrebljava postupak i međunarodno pravo kako bi ostvario zaštitu koja mu ne pripada mogao bi dovesti do odbacivanja tužbe. U tom je slučaju riječ o eklatantnom primjeru *forum shoppinga* i zlouporabi prava što je razlog, bude li tako utvrđeno, za odbacivanje tužbe kao nedopuštene.

Isto tako, ako se utvrdi da arbitražni postupak financira Ivica Todorić, to može biti temelj za tvrdnju da on kontrolira arbitražni postupak, što je također razlog za odbacivanje tužbe.

Konačno, u predmetu *Adria* riječ je o situaciji u kojoj je novac “izvučen” iz Republike Hrvatske na način da je novac hrvatskoga trgovačkog društva uložen u nizozemska društva pa ako se utvrdi da je to učinjeno, među ostalim, kako bi se osigurala pravna zaštita kroz mehanizam međunarodne investicijske arbitraže, onda u konkretnom predmetu dolazi u obzir prigovor nenadležnosti *ratione personae* (pravi tužitelj i tzv. ulagatelj ima državljanstvo tužene države), ali i prigovor zlouporabe prava, to jest sustava zaštite kroz investicijsku arbitražu.

Zaključno, vezano uz spomenuti predmet, ali i analizu nadležnosti/dopustivosti i prijenosa tražbine u arbitražnom postupku, potrebno je ponoviti da je sustav međunarodne investicijske arbitraže osmišljen u svrhu pružanja zaštite stranim ulagateljima zbog potrebe privlačenja stranoga kapitala u zemlju primateljicu investicije. Riječ je o tipičnoj situaciji *quid pro quo*, država se odriče suvereniteta u dijelu da rješavanje pojedine vrste sporova (konkretno sporova između te države i stranih ulagatelja) prepušta drugom tijelu, a ne vlastitim sudovima, u zamjenu za priljev svježeg novca iz inozemstva i jačanje vlastitog gospodarstva. Slijedom navedenoga, financiranje troškova iz kojega mogu proizaći pitanja nadležnosti/dopustivosti tužbe prijenosa tražbine na trećega koji postupak financira trebala bi biti uvijek pažljivo analizirana jer mogu biti ključna za utvrđivanje je li tribunal nadležan odlučivati u sporu ili je li tužba uopće dopuštena.

## VII. FINANCIRANJE TROŠKOVA POSTUPKA SREDSTVIMA TREĆE STRANE U PARNIČNIM POSTUPCIMA

Prije upuštanja u raspravu o institutu financiranja sredstvima treće strane u parničnom postupku ističe se da je financiranje u kaznenom postupku sredstvima treće strane u mnogim zemljama zabranjeno.<sup>360</sup> Financiranje sredstvima treće strane nije normirano u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu, što ne znači da nije prisutno, no analiza te pojave prelazi granice ovoga rada.

Duffy analizira argumente za i protiv instituta financiranja postupka sredstvima treće strane te navodi da su argumenti za financiranje postupka općenito usredotočeni na pravo na pristup pravdi koje je temeljno ljudsko pravo koje bi trebalo biti dostupno svima.<sup>361</sup>

Drugi argument koji Duffy detektira kao argument u prilog instituta financiranja (koji je u biti također varijacija prava na pristup pravdi) jest da financiranje postupka sredstvima treće strane pomaže malim tužiteljima koji financijski ne bi mogli pokrenuti sudski postupak, a koji vrlo često uključuje veći broj osoba pripadnika iste skupine tužitelja koji koriste institut tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava (tzv. *class action*).<sup>362</sup>

Duffy također u prilog financiranja postupka sredstvima treće strane ističe i činjenicu da ugovor o financiranju često predviđa da će tužitelji biti oštećeni u odnosu na troškove suprotne strane ako izgube spor (treba imati u vidu da su tužitelji najčešća kategorija financiranih stranaka kako u arbitražnom tako i parničnom postupku), što je korisno i za financiranu stranku i za suprotnu stranku u sporu.<sup>363</sup>

Naposljetku, prema njegovu stavu financiranje postupka sredstvima treće strane može pomoći i u postizanju javnih regulatornih ciljeva i odvraćanju od nezakonitog ponašanja. Naime, izraz “privatni državni odvjetnik” primjenjuje se na privatne osobe koje podnose tužbe radi zaštite

---

<sup>360</sup> Victoria S. Sahani, Rethinking the Impact Of Third-Party Funding On Access To Civil Justice, 69 DePaul L. Revs. (2020), dostupno na: <https://via.library.depaul.edu/law-review/vol69/iss2/13>, u fusnoti 26 navodi kako se rad ne bavi financiranjem sredstvima treće strane kao pravom na pristup pravdi okrivljenika u kaznenom postupku jer je financiranje sredstvima treće strane zabranjeno u više od 60 država diljem svijeta u kojima je autorica provela istraživanje prezentirano u knjizi Lisa Bench Nieuwveld & Victoria Shannon Sahani: *Third-Party Funding In International Arbitration* (2d ed. 2017), ali nesporno je da također postoje ozbiljni problem u odnosu na pristup pravdi okrivljenika.

<sup>361</sup> Michael Duffy: *Two’s Company, Three’s a Crowd? Regulating Third-Party Litigation Funding, Claimant Protection in the Tripartite Contract, and the Lens of Theory*; UNSW Law Journal, Volume 39(1), 2016., str. 171–173, dostupno na: <https://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wp-content/uploads/2017/09/39-1-12.pdf>.

<sup>362</sup> *Ibid.*

<sup>363</sup> *Ibid.*

javnoga interesa [tzv. *Qui tam* tužbe, op. aut.] pa u tom slučaju financiranje postupka sredstvima treće strane može neizravno pomoći i u postizanju nekih javnopravnih ciljeva.<sup>364</sup>

Što se tiče argumenata protiv financiranja postupka sredstvima treće strane Duffy navodi kako su ti argumenti općenito fokusirani na nepoželjnost poticanja sudskih postupaka (obijesno parničenje), pri čemu se uloga treće strane veže uz poticanje na parničenje. Uz taj argument i pitanja sukoba interesa i kontrole parnica od strane osobe koja nije stranka u postupku, to jest treće strane koja financira postupak.<sup>365</sup>

Kao što je spomenuto, da bi se sagledalo sve pozitivne i negativne aspekte toga instituta te shvatilo njegovu primjenu u arbitraži, potrebno je taj institut sagledati u parničnom postupku<sup>366</sup> iz kojega je i nastao i gdje u pojedinim jurisdikcijama postoji bogata sudska praksa koje su taj institut prepoznale i regulirale. Najčešće je riječ o zemljama anglosaksonskog pravnog kruga u kojima je taj institut bio kazneno djelo da bi razvojem tržišta financiranja postao dopušten (osim u Irskoj).

Na razini Europske unije napravljena je studija<sup>367</sup> vezano uz tu pojavu koja ju je detaljno opisala te ujedno dala preporuke u odnosu na moguća normativna rješenja na razini Europske unije. Naime, dok se pojedini pravni poreci bave ovom pojavom i normiraju je od srednjega vijeka, u pojedinim pravnim porecima zemalja članica EU-a, pa tako i Hrvatskoj, ta pojava niti je prepoznata, a nije niti normirana. To dakako dovodi do fragmentacije prava na razini Europske unije.<sup>368</sup>

Stav da pitanje financiranja troškova sredstvima treće strane treba urediti u domaćim procesnim pravima vidljiv je i u Model pravilima europskog građanskog postupka koja su pripremili Europski pravni institut (ELI) i Međunarodni institut za unifikaciju privatnoga prava (UNIDROIT).

Isti pristup glede potrebe da se taj institut normira proizlazi i iz opisane studije na razini Europske unije u kojoj se, u odnosu na vrstu sporova i uređenje toga instituta u pravnim porecima zemalja članica EU-a među ostalim navodi da “su najčešće financirani arbitražni zahtjevi, zahtjevi stečajnih upravitelja, zahtjevi koji se odnose na zaštitu intelektualnog vlasništva, povrat investicija, zahtjevi vezani uz povredu tržišnog natjecanja i kolektivni

---

<sup>364</sup> *Ibid.*

<sup>365</sup> *Ibid.*

<sup>366</sup> Lisa Bench Nieuwveld & Victoria Shannon Sahani u *Third-Party Funding In International Arbitration* (2d ed. 2017), str. 1, navode: “financiranje sredstvima treće strane u kontekstu međunarodne arbitraže se često klasificira kao podgrupa ili bliski rođak financiranja parničnog postupka.”

<sup>367</sup> *Op. cit.* u bilj. 52.

<sup>368</sup> *Ibid.*

zahtjevi potrošača. Financiranje se također često koristi za ovrhu presuda, posebno u kontekstu prekograničnih parnica. Na razini država članica Europske unije, Grčka i Irska općenito zabranjuju financiranje troškova sredstvima treće strane. U Njemačkoj je njemački Savezni sud zabranio uporabu financiranja troškova sredstvima treće strane u postupcima za oduzimanje dobiti prema članku 10. njemačkog Zakona protiv nelojalne konkurencije, čime se pokušalo spriječiti potraživanja utemeljena na nepovezanom motivu u svrhu ostvarivanja dobiti. Međutim, malo je vjerojatno da će odluka utjecati na opće načelo koje je također utvrdio njemački Savezni sud, prema kojem je financiranje parničnih troškova sredstvima treće strane prihvatljivo u građanskom postupku. Zapravo, obrazloženje je specifično za oduzimanje dobiti od neprofitnih udruga potrošača i ne može se prenijeti na odštetne zahtjeve. U Sloveniji je, sukladno novom zakonodavstvu o kolektivnoj pravnoj zaštiti, financiranje troškova sredstvima treće strane dopušteno u skladu s načelima utvrđenim u Preporuci Komisije iz 2013. U preostalim državama članicama ne postoji poseban regulatorni okvir u odnosu na financiranje troškova sredstvima treće strane.<sup>369</sup> Iz navedenoga je vidljivo da je pitanje uređenja instituta financiranja troškova postupka sredstvima treće strane na razini nacionalnih procesnih prava građanskog postupka u zemljama članicama EU-a različito uređeno ili nije uopće uređeno.

Treba imati u vidu da je riječ o industriji koja se brzo razvija pa se tako i u studiji na razini Europske unije navodi da: "Iako bi projekcije trebalo razmotriti, razina povrata od ulaganja u financiranje troškova sredstvima treće strane u parničnim postupcima također je privukla veliku pozornost. Konkretno, nedavna procjena pokazala je da financiranje parnica pruža investitorima vrlo velik povrat ulaganja. Rezultati su također pokazali da financiranje troškova sredstvima treće strane nadmašuje ostale investicije na financijskom tržištu, s prinosima većim od onih koji se promatraju u privatnom kapitalu, nekretninama, tradicionalnim kreditnim i *hedge* fondovima. Tako visoki povrati ulaganja u parnice u doba recesije i povijesno niske kamatne stope vjerojatno će i dalje privlačiti ulagače na to tržište. To je tim više točno jer će se promidžbom financiranja troškova sredstvima treće strane vjerojatno povećati dobit za tvrtke koje financiraju parnice. Međutim, dok neki visoke prihode, brzi razvoj i evoluciju u tom području pozdravljaju, drugi ukazuju na potencijalno veći trošak parnice za tvrtke. Štoviše, kako se financiranje troškova sredstvima treće strane širi u EU-u, smanjit će se dostupnost pravnih slučajeva koji se smatraju visokokvalitetnima, tj. s malim rizikom, očekivanim brzim rješavanjem i nagodbama dovoljno visokim da mogu

---

<sup>369</sup> *Op. cit.* u bilj. 52, str. 4–5.

namiriti i investitore koji financiraju troškove i tužitelje. Kako se konkurencija pojačava, to bi moglo značajno utjecati na trenutnu razinu povrata ulaganja. Stoga bi se u ovom sektoru mogle pojaviti važne strukturne promjene, s daljnjom koncentracijom aktivnih investitora i usredotočenjem na najunosnije slučajeve.”<sup>370</sup> Upravo je sve navedeno razlog da je EU krenuo normirati financiranje troškova sredstvima treće strane, o čemu će biti riječi u dijelu rada koji se bavi trendovima i normiranjem u Europskoj uniji.

Tvrđnju o visokom povratu investicije za treće strane koje se profesionalno bave financiranjem parničnih i arbitražnih postupaka potvrđuje i količina novca koja je dostupna mogućim korisnicima vidljiva iz donje tablice.

Pregled glavnih investitora u financiranje troškova postupka<sup>371</sup>

	Burford	Omni Bridgeway	Harbour	Therium	Longford	Parabellum	Augusta	Woodsford
veličina portfelja ulaganja (u milijunima eura)	€2.589	€1.339	€982	€800	€497	€402	€266	€89-€268
broj ureda	6	18	1	6	2	1	4	4
zaposlenici	125+	160+	30+	35+	12	18	85	20+
godina osnivanja	2009.	1986.	2007.	2009.	2011.	2012.	2013.	2010.

Slijedom svega navedenoga u nastavku se daje prikaz pojedinih nacionalnih procesnih prava, njihova razvoja i trendova razvoja koji su zasigurno pod utjecajem činjenice da je financiranje troškova postupka sredstvima treće strane ne samo institut koji jednim dijelom pomaže i pristupu pravdi, već je i područje investiranja i tržišta koje se brzo razvija. Odabir procesnih prava koja će se analizirati napravljen je prema dva kriterija. Analiziraju se procesna prava država u kojima je uočen razvoj financiranja troškova postupka kao investicije kao i procesna prava najpoznatijih sjedišta arbitražnih postupaka jer se, kao što je već spomenuto, razvoj instituta financiranja sredstvima treće strane (njegova dopuštenost ili zabrana) itekako reflektira i na arbitražne postupke.

<sup>370</sup> *Ibid.*, str. 6–7.

<sup>371</sup> *Ibid.*, str. 8.



Pregled komparativnog prava također uključuje prikaz razvoja instituta financiranja troškova postupka sredstvima treće strane unutar *common law* pravnog sustava u kojem je taj institut prošao razvoj od kaznenog djela i građanskopravnog delikta do ukidanja takvog postupanja kao kaznenog djela i restriktivnog tumačenja situacija kada se može podvesti pod građanskopravni delikt u većini zemalja *common law* sustava (iznimka je Irska pa je stoga i toj zemlji posvećeno jedno poglavlje).

Zemlje kontinentalnog pravnog kruga najčešće niti reguliraju financiranja troškova postupka sredstvima treće strane niti se time bavi sudska praksa. Pa ipak, imajući u vidu da je riječ o tržištu koje se razvija velikom brzinom<sup>372</sup>, pojedine su zemlje kao npr. Njemačka koja s Francuskom ima najveće tržište financiranja troškova postupka sredstvima treće strane u EU-u i sama Europska unija počele uvoditi partikularno uređenje toga instituta (npr. u području zaštite potrošača – tužbi za zaštitu kolektivnih interesa i prava).

Najnovija inicijativa Europskog parlamenta u vidu prijedloga o normiranju financiranja parničnog postupka sredstvima treće strane pokazuje koliko je ta pojava rasprostranjena, a o samoj inicijativi bit će riječi u poglavlju koji se bavi Europskom unijom. Konačno, prije zaključnih razmatranja instituta financiranja troškova parničnog postupka sredstvima treće strane daje se kratak prikaz uređenja toga instituta i u Model pravilima europskog građanskog postupka.

### 1) Velika Britanija

Kako su pojedine *maintenance*, *champerty* i *barretry* doktrine bile prepreka razvoju instituta financiranja troškova postupka sredstvima treće strane, u ovom će se dijelu razvijati povijesni razvoj i napuštanje tih doktrina. Stav u odnosu na te doktrine bit će prikazan i kroz sudske prakse. Analizirat će se i pitanje normiranja instituta financiranja koje je trenutačno još uvijek u domeni samoregulacije i to kroz djelovanje udruge koja okuplja treće strane koje se financiranjem troškova bave kao profesionalnom djelatnošću. Također će analizirati sudska praksa vezano uz odgovornost treće strane za troškove postupka – do koje visine treća strana odgovara za troškove postupka suprotne strane.

---

<sup>372</sup> Saulnier, Müller i Koronthalyova u studiji navode: “S obzirom na globalnu važnost sektora sudskih sporova u EU-u regija s najvećim tržištem pravnih usluga su Sjedinjene Američke Države (SAD) jer čine gotovo 50 % globalnog tržišta. EU i Ujedinjeno Kraljevstvo imaju manje razvijen sektor s 15 % odnosno 6 % globalnog tržišta. Unutar EU-a, Njemačka i Francuska dva su najveća tržišta s vrijednošću od oko 9 milijardi eura u 2019., od kojih svako predstavlja oko 3 % ukupnog globalnog tržišta. Sektor financiranja troškova postupka sredstvima treće strane u Europi mogao bi predstavljati oko 0,8 % ukupnog prihoda tržišta pravnih usluga, čime bi njegoa veličina iznosila oko 1 milijardu eura u 2019. za EU.”, *Op. cit.* u bilj. 52, str. 10–13.

### *i. Maintenance, champerty i barretry*

Kao što je već spomenuto, Velika Britanija je kolijevka razvoja *maintenance*, *champerty* te također *barretry* doktrina koje svoje podrijetlo imaju u antičkom Rimu i Grčkoj.

Lord Neuberger<sup>373</sup> vezano uz definiranje navedenih doktrina u engleskom pravu navodi kako *maintenance* doktrina (dalje u tekstu: *maintenance / maintenance* doktrina) predstavlja pružanje direktne ili indirektno financijske pomoći bez zakonitog opravdanja drugoj osobi kako bi ta osoba pokrenula, vodila ili se branila u građanskom postupku, dok su *champerty* i *barretry* kvalificirani oblici *maintenance* doktrine. *Champerty* doktrina (dalje u tekstu: *champerty / champerty* doktrina) uključuje, uz opisanu definiciju *maintenance*, i dobivanje udjela u ostvarenoj dobiti (financijskoj ili nefinancijskoj kao npr. udio u zemlji koja je bila predmet tužbenoga zahtjeva) za treću osobu koja financira postupak, dok *barretry* doktrina (dalje u tekstu: *barretry / barretry* doktrina) uključuje, uz opisanu definiciju *maintenance*, i poticanje na parničenje. *Barretry* nije toliko poznat ni korišten u pravnom sustavu Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Sjeverne Irske, ali je prisutan u američkom pravnom sustavu gdje je kao takva okarakterizirana praksa odvjetnika koji su nezakonito pomagali sudionicima različitih prometnih nesreća na način da su im pristupali u bolnici ili u njihovim domovima ili putem interneta, telefona ili telefaksa nudili svoje usluge te ih poticali da preuveličaju ozljede kako bi ostvarili visoke iznose naknade štete u postupcima radi naknade štete protiv osiguravajućih društava. Povijesno su postupanja opisana navedenim doktrinama bile kazneno djelo u Velikoj Britaniji, s time da su prvi put proglašene nezakonitima 1275. Westminsterskim zakonom, a kao kazneno djelo i delikti prestale su biti tek 1967. godine, tj. donošenjem novoga Kaznenoga zakona.<sup>374</sup>

Iz Velike su se Britanije te doktrine proširile u ostale zemlje koje primjenjuju anglosaksonsko pravo.

Te su doktrine u prošlosti imale svoj *ratio* u zaštiti javnoga poretka. Naime, u mnogim su zemljama te doktrine služile sprječavanju obijesnog parničenja, korupciji odnosno podmićivanju sudaca te zloupotrebi sudskog postupka protiv siromašnih na način da bi bogati vlastelin financirao postupak u kojem bi tužitelj tek bio figura koja u sporu potražuje utvrđenje prava vlasništva nad zemljom koju bi nakon uspješnog završetka parnice, uz

---

<sup>373</sup> David Edmond Neuberger engleski je sudac koji je bio predsjednik Vrhovnog suda Ujedinjenog Kraljevstva od 2012. do 2017. godine.

<sup>374</sup> Lord David Edmond Neuberger, President of The Supreme Court: From Barratry, Maintenance and Champerty to Litigation Funding, Harbour Litigation Funding First Annual Lecture, Gray's Inn, 8 May 2013, str. 5–7; dostupno na: <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-130508.pdf>.

neznatnu naknadu, predao u vlasništvo onome koji je postupak financirao. Iz tih su razloga navedene doktrine, radi zaštite javnoga poretka, bile pretočene i u kaznene zakone, da bi u drugoj polovici 20. stoljeća u većini zemalja *common law* pravne tradicije bile izbačene iz kaznenih zakona kao kazneno djelo. Te su doktrine od kraja dvadesetog stoljeća predmetom preispitivanja i u građanskom pravu pa su u pojedinim zemljama potpuno napuštene i kao građanskopravni delikt (Singapur), u pojedinim se zemljama primjenjuju samo u iznimnim slučajevima, a u nekima su i dalje primjenjive.<sup>375</sup>

U dijelu rasprave jesu li navedene doktrine potrebne zanimljivo je i promišljanje engleskog znanstvenika Jeremyja Benthama<sup>376</sup> koji je 1843. godine u odnosu na nastanak *maintenance* i *champerty* doktrina ustvrdio: “Nepodopština je u to vrijeme čini se bila, i to previše uobičajeno, iako se ne mora ispravljati tim doktrinama, u tome što je čovjek mogao kupiti slab tužbeni zahtjev u nadi da će njegova moć taj tužbeni zahtjev pretvoriti u jaki tužbeni zahtjev pa će barunov mač koji bi ušao u sud s hrpom plaćenika unijeti užas u srce suca koji sudi. Ali što danas briga engleskoga suca za mačeve stotinu baruna? Niti strahujući niti se nadajući, ni mrzeći niti ljubeći, sudac današnjice spreman je jednakom mirnoćom upravljati postupkom u svim prilikama, kakav god on bio, pravedan ili nepravedan, jer mu je zakon to omogućio.”<sup>377</sup>

Glede iznesenoga stava Jeremyja Benthama te povijesnog razvoja navedenih doktrina lord Neuberg ističe kako su te doktrine i kriminalizacija postupanja opisanog u tim doktrinama bile opravdane u srednjem vijeku jer su služile zaštititi integriteta sudskog postupka od mačeva baruna, no kako se vladavina prava razvijala, te su doktrine prestale biti značajne, posebno imajući u vidu da je njihova svrha bila zaštita javnog poretka.<sup>378</sup>

---

<sup>375</sup> Vidi u npr. Lisa Bench Nieuwveld, Victoria Shannon Sahani: *Third-Party Funding in International Arbitration*, 2. izdanje, Wolters Kluwer, 2017.; Warda Yasin: *Abolition of the doctrines of champerty and maintenance in Pakistan*, *Islamabad Law Review* Vol. 1 No. 2 (2017.), dostupan na: <http://irigs.iiu.edu.pk:64447/ojs/index.php/ilr/issue/view/88>; Jern-Fei Ng: *The Role of the Doctrines of Champerty and Maintenance in Arbitration*, *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Volume 76, Issue 2, (2010.).

<sup>376</sup> Jeremy Bentham (15. veljače 1748. – 6. lipnja 1832.) bio je engleski filozof, pravnik i ekonomist, koji se danas smatra začetnikom modernog utilitarizma. U središtu Benthamove filozofske misli stoji tzv. načelo najveće sreće, prema kojemu je “najveća sreća najvećeg broja ljudi mjera ispravnog i pogrešnog”. Tijekom plodne karijere etablirao se kao jedan od glavnih predstavnika anglosaksonske filozofije prava (...) Zagovarao je individualne i ekonomske slobode, sekularizam, slobodu izražavanja, jednaka prava za žene i dekriminalizaciju homoseksualnog ponašanja. Pozivao je i na ukidanje ropstva, smrtno kazne i fizičkog kažnjavanja, uključujući i onog prema djeci. (Izvor: [https://hr.wikipedia.org/wiki/Jeremy\\_Bentham](https://hr.wikipedia.org/wiki/Jeremy_Bentham)).

<sup>377</sup> Lisa Bench Nieuwveld: *Third Party Funding – Maintenance and Champerty – Where is it Thriving?*; November 7, 2011; Kluwer Arbitration Blog; dostupno na:

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/11/07/third-party-funding-maintenance-and-champerty-where-is-it-thriving/>.

<sup>378</sup> *Op. cit.* u bilj. 374, str. 13–15.

Naime, Bentham je dao primjer izmišljenog slučaja u kojem je maloljetnik naslijedio značajnu imovinu od svojih roditelja, no kako je bio maloljetan, imenovan mu je skrbnik koji je imao pravo raspolagati i upravljati naslijeđenom imovinom pa ju je prenio na sebe. Nakon što je maloljetnik postao punoljetan nije imao sredstava pokrenuti sudski postupak u kojem bi mu naslijeđena imovina bila vraćena, no pronašao je dva gospodina koji su ponudili financirati troškove toga postupka u zamjenu za pola imovine koja bi mu bila dosuđena u sudskom postupku. Ta su gospoda ipak odustala od financiranja jer su shvatili da bi time počinili kazneno djelo *champerty*. Bentham je, promišljajući o tom hipotetskom slučaju, postavio pitanja nije li u takvom slučaju riječ o osnovanom zahtjevu koji nije moguće ostvariti zbog nedostatka novčanih sredstava potrebnih za financiranje parnice te zašto bi bilo zabranjeno spomenutoj gospodi financirati troškove postupka kada je evidentno da je došlo do povrede prava.<sup>379</sup>

U tom dijelu i lord Neuberger, promišljajući o Benthamovim riječima, ističe da se *ratio* tih doktrina, koliko je god bio potreban u srednjem vijeku radi jačanja vladavine prava i zaštite integriteta sudskog postupka, okrenuo protiv njih.<sup>380</sup>

Stav sličan stavu Jeremyja Benthama ponovljen i 1908. godine u odluci engleskoga suda u predmetu *British Cash and Parcel Conveyors v Lamson Store Service Co Ltd.* (1908.) u kojoj je sud naveo:

*Istina je da je maintenance doktrina nastala prije nekoliko stoljeća i bila je formulirana u tekstovima autora i u odlukama na takav način da jasno pokazuje stajališta koja su o toj temi zastupali sudovi tih dana. No, te su se odluke temeljile na tadašnjim pojmovima o javnoj politici i pravilnom načinu vođenja postupka. Ti su pojmovi već odavno nestali i neosporno je da je stara maintenance doktrina u velikoj mjeri zastarjela.*<sup>381</sup>

Jedan od ključnih zakona za skoro potpuno napuštanje *maintenance* i *champerty* doktrina, prema stavu lorda Neubergera, jest Zakon o pravnom savjetovanju i pomoći iz 1949. godine jer je njegova svrha bila omogućiti pravo pristupa sudu i tzv. običnim građanima (2008. godine pravo na besplatnu pravnu pomoć ostvarivalo je 30 % populacije). U tomu je pomogla i Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda koja je postala dijelom pravnoga sustava Ujedinjenog Kraljevstva 2000. godine kroz Zakon o ljudskim pravima iz 1998. Taj Zakon promovira pravo na pošteno suđenje, pravičan postupak i jednakost svih pred zakonom (dakle, prava iz čl. 6. Konvencije), a o pitanju prava na pristup pravdi i Europski je sud za

---

<sup>379</sup> *Ibid.*

<sup>380</sup> *Ibid.*

<sup>381</sup> *Op. cit.* u bilj. 377.

ljudska prava zaključio da je obveza svake države članice Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda osigurati pravnu pomoć u građanskopravnim stvarima<sup>382 383</sup>.

Upravo zbog svega navedenoga zaključak je lorda Neuberga da je razvoj tih doktrina, posebno *maintenance* doktrine, pomalo ironičan. Naime, kao što je već spomenuto, *ratio* tih doktrina i kriminalizacija takvog postupanja u srednjem vijeku bilo je zaštititi javni poredak, konkretno vladavinu prava i integritet sudskog postupka od postupanja moćnih baruna (bilo prijateljima sucima, bilo davanjem mita), no taj se *ratio*, razvojem vladavine prava i jačanjem integriteta sudskog postupka i neovisnosti sudaca, okrenuo sam protiv sebe jer pristup sudu, a time i pravdi, imaju samo oni koji mogu sami financirati troškove postupka pa je pristup pravdi posljedično onemogućen većini ljudi, tj. dan je monopol pravde bogatima protiv siromašnih. Konačno, on upozorava da je potrebno i dalje razvijati besplatnu pravnu pomoć jer neće sve moguće parnice biti podobne za financiranje (npr. u slučajevima u kojima je tužbeni zahtjev nizak, gdje nije riječ o novčanoj tražbini ili gdje financiranje treba tuženik) pa bi tim strankama pristupa pravdi mogao biti uskraćen. Ta činjenica dijelom i pobija pristup pravdi kao glavni argument zagovornika instituta financiranja troškova parnice sredstvima treće strane.<sup>384</sup>

Stavovi lorda Neuberga jednim su dijelom prihvatljivi, no njegova analiza ne uzima u obzir posljedice koje je razvoj instituta financiranja izazvalo, prvenstveno komercijalizacije pravde, ali i postavljanja pitanja komu se omogućuje pristup pravdi. To je posebno situacija kada treća strana ostvaruje veliku dobit od financiranja, tj. velik dio dosuđene odštete pripada trećoj strani kao naknada za financiranje. U tim se slučajevima postavlja i pitanje koga se

---

<sup>382</sup> Npr. odluka Europskog suda za ljudska prava u predmetu *Airey vs. Ireland* (Application no. 6289/73), koja je potaknula i donošenje Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći u Velikoj Britaniji, navodi: “Osim toga, čl. 6. st. 1. (čl. 6-1) jamči sudionicima u postupku djelotvorno pravo pristupa sudovima radi utvrđivanja njihovih “građanskih prava i obveza”, a državi ostavlja slobodan izbor sredstava koja će se koristiti u tu svrhu. Uvođenje programa besplatne pravne pomoći – koju Irska sada predviđa u pitanjima obiteljskog prava – predstavlja jedno od tih sredstava, ali postoje i druga, poput, na primjer, pojednostavljenje postupka. U svakom slučaju, funkcija Suda nije naznačiti, a kamoli odrediti koje mjere treba poduzeti; sve što Konvencija zahtijeva je da pojedinac dobije učinkovito pravo na pristup sudovima u uvjetima koji nisu u suprotnosti s člankom 6. stavkom 1. (...) Zaključak koji se pojavljuje na kraju gore navedenog paragrafa 24. ne znači stoga da država mora pružiti besplatnu pravnu pomoć za svaki spor koji se odnosi na “građansko pravo”. Sud se slaže da se ne može smatrati da postoji tako dalekosežna obveza, jer niti Konvencija ne sadržava odredbu o pravnoj pomoći za te sporove, za razliku od čl. 6. st. 3. (c) (čl. 6-3-c) koji se bavi samo kaznenim postupkom. No, unatoč nepostojanju slične odredbe za građanske parnice, čl. 6. st. 1 (čl. 6-1) u nekim situacijama država mora pružiti pomoć odvjetnika kad je takva pomoć nužna za učinkovit pristup sudu, bilo zato što je zastupanje obvezno, kao što je to slučaj u pojedinim domaćim pravima država članica Konvencije, bilo zbog vrste parnice ili zbog složenosti postupka ili slučaja. (...) Uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja, Sud zaključuje da gospođi Airey nije dano djelotvorno pravo pristupa Visokom sudu (...) Sukladno tome došlo je do povrede članka 6. stavka 1. (čl. 6-1) Konvencije.”, str. 12–13, Odluka je dostupna na: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/03/ECHR-Airey-vs.-Ireland-jurisprudence-1979-eng.pdf>.

<sup>383</sup> *Op. cit.* u bilj. 374, str. 18.

<sup>384</sup> *Ibid.*, str. 14–15.

obeštećuje, stranku u postupku koja je pretrpjela povredu ili treću stranu koja nije pretrpjela povredu i koja financira postupak iz komercijalnih razloga. Budući da je izlaganje lorda Neuberga bilo 2013. godine, od kada je financiranje postupka doživjelo ekspanziju, ne iznenađuje njegov stav, ali pitanje je je li taj stav jednak i danas, devet godina poslije.

## **ii. Normiranje financiranja – rad Udruge pružatelja usluge financiranja sudskih sporova**

Opisani razvoj *maintenance* i *champerty* doktrina te relaksiranje prava u odnosu na financiranje sredstvima treće strane dovelo je do razvoja tržišta financiranja troškova postupka.

Shoult i Latham navode kako je industrija financiranja sredstvima trećih strana nastavila cvjetati u Velikoj Britaniji te uključuje više sudionika nego ikad, a kao rezultat samoregulacije povećala se i podrška klijentima te skinula stigma iz prošlosti. Vrijednost sudskih predmeta i gotovine koja izravno proizlazi parnica u Velikoj Britaniji povećali su se za 400 posto u posljednjih pet godina, i to sa 378 milijuna funti krajem 2015. na 1,9 milijardi funti prošle (2020.) godine.<sup>385</sup>

U odnosu na samoregulaciju pružatelja usluge financiranja arbitražnih i parničnih postupaka najznačajnija je Udruga pružatelja usluge financiranja sudskih sporova (*The Association of Litigation Funders* ili skraćeno ALF), koja je neovisno je tijelo koje je Ministarstvo pravosuđa zadužilo za samoregulaciju financiranja parnica i arbitraža u Engleskoj i Walesu. Ta je Udruga donijela Kodeks postupanja kojeg se moraju pridržavati svi članovi. Kodeks postavlja standarde u odnosu na adekvatnost kapitala pružatelja usluge financiranja, propisuje posebne, ograničene okolnosti u kojima se može dopustiti da se pružatelj usluge financiranja povuče iz slučaja te uređuje način na koji bi se uloge pružatelja usluge financiranja, stranaka u postupku i njihovih odvjetnika trebale razlučiti.<sup>386</sup>

Shoult i Latham vezano uz Udrugu pružatelja usluge financiranja sudskih sporova navode kako tržištem u Engleskoj i Walesu uvelike dominira deset članova te udruge. To su Augusta, Balance Legal Capital, Burford Capital, Harbour, Innsworth, Omni Bridgeway, Redress Solutions, Therium, Vannin Capital i Woodsford Litigation Funding. Izvan te Udruge druga

---

<sup>385</sup> Natasha Shoult and Simon Latham: The Third Party Litigation Funding Law Review: United Kingdom – England & Wales, 10 January 2021, dostupno na: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-third-party-litigation-funding-law-review/united-kingdom-england--wales>.

<sup>386</sup> Informacije o ALF-u i Kodeksu postupanja dostupne su na mrežnim stranicama ALF-a: <http://associationoflitigationfunders.com/about-us/>.

poznata imena na tržištu uključuju Bench Walk Advisors, Litigation Capital Management, Manolete i Orchard te neki drugi globalni *hedge* fondovi i obiteljski uredi. Napominju da se većina presuda, ako ne i sve, koje su donesene glede nezakonitoga postupanja pružatelja usluge financiranja ili ugovora o financiranju sudskih sporova nisu ticale članova Udruge pružatelja usluge financiranja sudskih sporova. Sudovi su općenito podržali način uređivanja odnosa između članova Udruge pružatelja usluge financiranja sudskih sporova i stranke u postupku koja koristi njihove usluge.<sup>387</sup>

### iii. Sudska praksa

U razvoju instituta financiranja sredstvima treće strane i slabljenja utjecaja *maintenance* i *champerty* doktrina na taj institut ključnu su ulogu odigrali i sudovi.

Od posebne je važnosti odluka Žalbenog suda u predmetu *Regina (Factortame Ltd and Others) vs. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*.<sup>388</sup> U tom je predmetu firma koja se bavi pružanjem knjigovodstvenih usluga pristala biti vještak u predmetu na temelju ugovora s tužiteljem prema kojem se naknada za njihovo vještačenje imala platiti iz ostvarene naknade štete u sporu. Sud je u tom predmetu zaključio da je delikt koji se može podvesti pod postupanje koje je opisano *champerty* doktrinom kao takav ukinut, ali on egzistira kao dio povrede javnog poretka. Sud je zaključio da i dalje postoji dobar razlog da se *maintenance* i *champerty* doktrine i dalje posebno strogo primjenjuju na one koji vode parnice. Pa ipak, Žalbeni je sud u konkretnom predmetu odlučio da su tužitelji već uspješni s tužbenim zahtjevom u vrijeme kad su eksperti angažirani pa stoga nije došlo do povrede javnog poretka. Sud je u odnosu na primjenu *maintenance* i *champerty* doktrine obrazložio:

*36. Tamo gdje zakon izričito ograničava okolnosti u kojima su ugovori koji služe pomaganju u parnici zakoniti, to je ujedno i snažan pokazatelj granica povrede javnog poretka u analognim situacijama. Tamo gdje to nije slučaj, sud vjeruje da se moraju sagledati činjenice konkretnog slučaja i razmotriti da li te činjenice sugeriraju da bi sporni ugovor mogao podvesti pod champerty jer je sklopljen radi osobne koristi treće strane koja financira postupak, kako bi preveličao štetu, sakrio dokaze, podrivao svjedoke ili na drugi način narušio ciljeve pravde.*<sup>389</sup>

---

<sup>387</sup> *Op. cit.* u bilj. 385.

<sup>388</sup> *Regina (Factortame Ltd and Others) v Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions* (No 8): [2003] QB 381; odluka je dostupna na:

<https://www.casemine.com/judgement/uk/5b46f1f32c94e0775e7eeb73>.

<sup>389</sup> *Ibid.*

Predmet *Dymocks Franchise Systems (NSW) Pty Ltd vs. Todd (Associated Industrial Finance Pty Ltd, Third Party)*<sup>390</sup> posebno je značajan u odnosu na pitanje može li sud obvezati treće (dakle one koji nisu stranka u postupku) na plaćanje troškova postupka, tj. koje su granice diskrecijske ovlasti sudova. Ta ovlast proizlazi iz Zakona o visokim sudovima iz 1981., Odjeljak 51 (3) koji propisuje da sud imati punu ovlast odlučiti tko će i u kojoj mjeri snositi troškove postupka. Dakle, u predmetu *Dymocks Privy Council* u presudi je iznio sažetak glavnih načela koja uređuju pravilno korištenje diskrecijske ovlasti iz Odjeljka 51 (3) Zakona o visokim sudovima i to kako slijedi:

*25. Brojni su odlučeni slučajevi nastojali katalogizirati glavna načela koja reguliraju pravilno izvršavanje diskrecije pa će njihova gospodstva, umjesto da se podvrgnu iscrpnom pregledu mnogih relevantnih slučajeva, nastojati sažeti glavna načela kako slijedi:*

*(1) Iako se nalaganje plaćanja troškova trećima, koji nisu stranka u postupku, ima smatrati "iznimkom", iznimka u tom kontekstu ne znači ništa osim izvan uobičajene prakse u kojima stranke snose troškove postupka. Krajnje pitanje u svakom takvom 'iznimnom' slučaju jest je li u svim okolnostima to potrebno. Mora se priznati da će to neizbježno u određenoj mjeri ovisiti o činjenicama konkretnog predmeta [istaknula autorica] kao i da će često postojati niz različitih razloga, neki će naginjati prema nalaganju, neki protiv.*

*(2) Općenito govoreći, diskrecijska ovlast neće se primjenjivati protiv 'čistih financiratelja', opisanih u točki 40. odluke u predmetu *Hamilton vs. Al Fayed* (br.2) [2003] QB 1175, 1194, a to su 'oni koji nemaju osobni interes u parnici, koji nemaju koristi od parnice, ne financiraju parnicu radi ostvarivanja dobiti i ni na koji način ne nastoje kontrolirati njezin tijek' [istaknula autorica]. U tom bi slučaju uobičajen pristup suda trebao biti da daje prednost javnom interesu, a to je da financirana strana ostvari pristup pravdi u odnosu na suprotnu stranku u postupku.*

*(3) Međutim, ako treća strana ne samo da financira postupak, već ga u biti kontrolira ili u ima koristi od postupka, pravda će obično zahtijevati da, ako stranka koja je koristila financiranje postupka sredstvima treće strane ne uspije, troškove suprotne strane plati neuspješna stranka ili treća strana koja je financirala postupak. Treća strana u tim slučajevima ne olakšava toliko pristup pravdi stranci koju financira koliko i sama ostvaruje pristup pravdi u vlastite svrhe [istaknula autorica]. Treća je strana u tim slučajevima 'stvarna stranka' u postupku, pojam koji se više puta navodio u sudskoj praksi ... Niti je doista nužno da treća strana bude 'jedina stvarna stranka' u parnici ... pod uvjetom da je 'stvarna stranka' stranka u ... vrlo važnim i kritičkim aspektima ...*

*(4) Možda su najteži slučajevi u kojima osobe koje nisu stranke financiraju stečajne upravitelje ili likvidatore (ili, uistinu, financijski insolventne tvrtke općenito) u parnicama osmišljenim radi unaprjeđenja vlastitih financijskih interesa.<sup>391</sup>*

Predmet *Arkin vs. Borchard Lines Ltd*<sup>392</sup>, u kojem je engleski sud odredio do kojega iznosa treća strana snosi troškove postupka dosuđene suprotnoj strani, također je značajna jer je

<sup>390</sup> *Dymocks Franchise Systems (NSW) Pty Ltd v Todd (Associated Industrial Finance Pty Ltd, Third Party)* 21 Jul 2004 [2004] 1 WLR 2807, PC, odluka je dostupna na: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/2004/39.html>.

<sup>391</sup> *Ibid.*

<sup>392</sup> *Arkin v Borchard Lines Ltd* [2005] 1 WLR 3055; odluka je dostupna na: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/655.html>.



donedavno bio ne samo prihvaćen u praksi, nego se taj limit (tzv. Arkin Cap) koristio i prihvaćao kako u sudskoj praksi tako i u samoj djelatnosti financiranja troškova postupka. U tom je predmetu sud obrazložio:

38. *Iako ne osporavamo važnost pomaganja u osiguranju pristupa pravdi, smatramo da je sudac pogriješio što nije dao odgovarajuću težinu pravilu da troškovi obično slijede događaj... Prema našoj prosudbi postojanje toga pravila i razlozi koji se navode zašto to pravilo postoji, čine nepravednim da treću stranu koja financira troškove postupka, pa koja na taj način kupuje iz komercijalnih razloga udio u tužbi, treba zaštititi od svake odgovornosti za troškove suprotne strane ako stranka koju financira ne uspije u postupku. Na neki način mora se osmisliti pravedno rješenje prema kojem se s jedne strane uspješnom protivniku ne uskraćuju svi njegovi troškovi, dok se s druge strane trećim stranama koje financiraju postupke i koje na taj način pružaju pomoć onima koji traže pristup pravdi ne bi smio stvoriti strah od nerazmjernih posljedica u vidu obveze plaćanja troškova ako parnica koju financiraju ne uspije.*

39. *Ako bi treća strana koja financira troškove postupaka kao profesionalnu djelatnost, i koja razmišlja o financiranju zasebnog dijela troškova insolventnog tužitelja kao što su troškovi vještačenja, mogla biti potencijalno odgovorna za cjelokupne troškove tuženika u slučaju da tužba ne uspije, vjerojatno je da neće biti spremna upustiti se u taj poslovni poduhvat. Izloženost bi u tom slučaju bila prevelika da bi financiranje na temelju udjela u dosuđenom iznosu bila ujedno i održiva komercijalna transakcija. Pristup pravdi bi bio uskraćen. Smatramo, međutim, da postoji rješenje koje je izvedivo, pravedno i koje zadovoljava neka od razmatranja javnog interesa koje smo gore razmotrili.*

40. *Pristup koji ćemo predložiti nije primjeren u slučaju ugovora o financiranju koji je u suprotnosti s javnim interesom te koji potpada pod champerty. Treća strana koja sklopi takav ugovor vjerojatno će snositi troškove suprotne strane bez ograničenja ako tužitelj ne uspije. No ovaj slučaj ne spada u tu kategoriju. Naš pristup osmišljen je tako da udovolji komercijalnom financiratelju koji financira dio troškova sudskog spora na način koji olakšava pristup pravdi i koji inače nije sporan. Takvo financiranje omogućit će tužitelju kao stranci koja je najviše zainteresirana za ishod parnice da kontrolira vođenje parnice.*

41. ***Smatramo da bi treća strana koja snosi dio troškova parnice tužitelja, trebala biti potencijalno odgovorna za troškove suprotnoj strani u onoj mjeri u kojoj je osigurala financiranje*** [istaknula autorica]. *Učinak toga će, naravno, biti da će, ako se sredstva osiguraju na temelju uspjeha u sporu, treća strana zahtijevati, kao cijenu financiranja, veći udio povrata u slučaju da tužba uspije. U pojedinačnom slučaju, neto povrat uspješnog tužitelja bit će umanjen. Iako je to žalosno, čini nam se da je to trošak koji se s razlogom može očekivati da će snositi tužitelj nesposoban za plaćanje. Općenito gledano, pravda će ipak biti bolje zadovoljena nego da je tuženik u poziciji u kojoj nema pravo na naknadu ikakvih troškova od treće strane čija je intervencija dopustila nastavak tužbe koja se na kraju pokazala kao neosnovana.*

42. *Ako smjer koji smo predložili postane općeprihvaćen, to će vjerojatno imati sljedeće posljedice. Profesionalni financiratelji (treća strana, op. aut.) vjerojatno će **ograničiti sredstva koja daju kako bi svoju izloženost ograničili na razumni iznos*** [istaknula autorica]. *To bi trebalo imati koristan učinak u održavanju proporcionalnosti troškova. U ovom slučaju nije postojala takva granica, a moguće je da su troškovi koje je MPC pristao financirati porasli do te mjere da su prestali biti razmjerni. Profesionalni financiratelji (treća strana, op. aut.) također će morati **s još većom pažnjom razmotriti jesu li izgledi za parnicu dovoljno dobri da opravdaju financiranje*** [istaknula autorica] *koje se od njih traži. To će također biti u javnom interesu.*<sup>393</sup>

<sup>393</sup> Ibid.

Tzv. Arkin Cap ili visina troškova do koje treća strana koja je financirala troškove postupka odgovara suprotnoj strani u odnosu na troškove koje je imala (*treća strana koja snosi dio troškova parnice tužitelja, trebala biti potencijalno odgovorna za troškove suprotnoj strani u onoj mjeri u kojoj je osigurala financiranje*) preispitan je u prvostupanjskoj odluci u predmetu *Davey v Money & Anor*<sup>394</sup>, koja je potvrđena u dijelu da se na konkretan predmet ne može primijeniti Arkin Cap nedavnom odlukom Žalbenog suda u predmetu *Chapelgate Credit Opportunity Master Fund Ltd v Money*.<sup>395</sup> Prvostupanjski je sud zaključio da je sud u Arkinu “samo dao pristup za koji je ustvrdio da bi se mogao preporučiti i drugim sucima kada odlučuju primjenom diskrecijske ovlasti”, pa stoga pravilo iz Arkina nije pravilo koje se mora primijeniti u svakom slučaju koji uključuje treću stranu koja financira postupak iz komercijalnih razloga (u svrhu ostvarivanja dobiti). Ključno je hoće li primjena limita odgovornosti treće strane za troškove postupka suprotnoj strani iz predmeta Arkin dovesti do “pravednog rezultata u svim okolnostima kao i u okolnostima konkretnoga slučaja”. Sudac Snowden je u tom slučaju odbio primijeniti limit odgovornosti iz predmeta Arkin te je kao relevantne čimbenike za tu odluku naveo sljedeće:

- Chapelgate (treća strana koja je financirala postupak) je financiranje troškova postupka pristupio komercijalno, kao ulaganju (dakle, sklopio je ugovor o financiranju s gospođom Davey isključivo radi ostvarivanja profita);
- ponašanje tužiteljice – gospođe Davey (uključujući i sklapanju nagodbe kao načinu rješavanja spora) bilo je “značajno izvan okvira normalnoga”. To je dovelo do toga da su troškovi koje su tuženi morali snositi bili znatno viši, a ti su troškovi bili potrebni kako bi obranili svoj profesionalni ugled;
- Chapelgate je imao svaku priliku istražiti i formirati mišljenje o prirodi i snazi argumenata tužiteljice (i osnovanosti samoga tužbenog zahtjeva) prije sklapanja ugovora o financiranju. U danim okolnostima ne postoji osnova na kojoj bi se ponašanje treće strane moglo razdvojiti od ponašanja tužiteljice;
- kada bi sud primijenio limit za odgovornost za troškove postupka u odnosu na treću stranu koja financira postupak iz predmeta Arkin, to bi u ovom slučaju značilo da je treća strana – Chapelgate “odvojena” od troškova postupka;

---

<sup>394</sup> *Davey v Money & Anor* [2019] EWHC 997 (Ch); odluka je dostupna na: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2019/997.html>.

<sup>395</sup> *Chapelgate Credit Opportunity Master Fund Ltd v Money* [2020] EWCA Civ 246; odluka je dostupna na: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/246.html>.

- Chapelgate je znao ili morao znati da tužiteljica najvjerojatnije neće moći platiti troškove suprotne strane u slučaju gubitka spora kao i da će tuženikovi troškovi u ovom predmetu biti značajni (znatno viši od iznosa koji je Chapelgate planirao uložiti u financiranje parnice);
- Chapelgate je prepolovio iznos svoje obveze financiranja s 2,5 milijuna funti na 1,25 milijuna funti, pri čemu nije umanjio potencijalni udio povrata ulaganja, tj. dobiti (ugovoreno je da će njegova naknada za financiranje iznositi ili uloženi iznos uvećan pet puta ili 25 % dosuđene odštete, ovisno o tome što je za Chapelgate povoljnije). Jasno je da je Chapelgate bio usredotočen isključivo na vlastiti interes u financiranju sudskoga spora kao komercijalnog pothvata;
- ne postoji korelacija između iznosa koji je Chapelgate odlučio uložiti u parnicu i troškova kojima su tuženi bili izloženi; i
- Chapelgate je pregovarao o ostvarivanju značajne komercijalne dobiti koja bi imala prioritet u odnosu na bilo koju naknadu štete koja bi se po presudi imala isplatiti tužiteljici.<sup>396</sup>

Zbog svih navedenih razloga prvostupanjski sud nije primijenio limit iz predmeta Arkin, već je odlučio da će treća strana koja je snosila troškove tužiteljice u postupku – Chapelgate platiti troškove postupka tuženima, i to troškove koje su nastali nakon 23. prosinca 2015., sve sukladno Odjeljku 51 Zakona o visokim sudovima.

Chapelgate je protiv prvostupanjske presude uložio žalbu te je Žalbeni sud u predmetu *Chapelgate Credit Opportunity Master Fund Ltd vs. Money*<sup>397</sup> povodom žalbe Chapelgatea potvrdio gore citiranu prvostupanjsku presudu navodeći:

*89. Ukratko, ono što je postalo poznato kao Arkinov cap, po mojoj procjeni, trebalo bi tumačiti kao pristup koji je Žalbeni sud u predmetu Arkin predložio uzeti u obzir u predmetima koji uključuju treću stranu koja financira postupak iz komercijalnih razloga samo kao sredstvo za postizanje pravednog rezultata, a s obzirom na okolnosti konkretnoga slučaja. Smatram da se to pravilo ne primjenjuje automatski, u svim slučajevima koji uključuju financiranje postupka sredstvima treće strane, ne uzimajući u obzir činjenice i koliko bi rezultat takvoga pristupa bio nepravedan [istaknula autorica].<sup>398</sup>*

Konačno, sudska je praksa bitna i za primjenu *maintenance* i *champerty* doktrina u odnosu na arbitražu. Naime, ako je nešto protivno javnom poretku, onda postoji velika mogućnost da će to utjecati i na arbitražne postupke koji imaju sjedište (mjesto arbitraže) u Engleskoj jer arbitražni pravorijeci mogu biti predmetom sudskog preispitivanja engleskih sudova kako u

<sup>396</sup> *Op. cit.* u bilj. 394.

<sup>397</sup> *Op. cit.* u bilj. 395.

<sup>398</sup> *Ibid.*

trgovačkoj arbitraži tako i u investicijskoj arbitraži (ali ne i u slučaju kada je riječ o arbitraži pri ICSID-u koja je delokalizirana). Arbitražni pravorijeci mogu biti i predmet preispitivanja u odnosu na navedene doktrine i u ovršnom postupku, što je npr. bio slučaj u vrlo poznatom predmetu *Dallah*<sup>399</sup> u kojem je sjedište arbitraže bilo Pariz, a ovrha, koja je pokrenuta tijekom pobijanja arbitražnog pravorijeka, pokrenuta je u Engleskoj. U tom je predmetu arbitražni tribunal sa sjedištem u Parizu primijenio načela francuskoga arbitražnog prava kako bi zaključio da je pakistanska vlada obvezana arbitražnim ugovorom, dok je Vrhovni sud Velike Britanije došao do suprotnog zaključka primjenjujući ista načela francuskog prava te je odbio ovrhu arbitražnog pravorijeka. Samo nekoliko mjeseci poslije, u postupku pobijanja arbitražnog pravorijeka, Žalbeni je sud u Parizu došao do suprotnog zaključka – odbio je tužbu i potvrdio odluku tribunala. Kao što je vidljivo iz navedenoga primjera, moguća je situacija da ovrha u Velikoj Britaniji bude odbijena i zbog instituta financiranja sredstvima treće strane (zbog povrede javnog poretka), bez obzira na mjerodavno pravo sjedišta arbitraže i odluku u postupku pobijanja arbitražnog pravorijeka.

U slučaju *Bevan Ashford vs. Geoff Yeandle Ltd.* (u likvidaciji) [1998] 3 W.L.R. 172, vicekancelar Sir Richard Scott obrazložio je da se zabrana naplate odvjetničke naknade koja se plaća samo u slučaju uspjehu u sporu (*success fee*) primjenjuje i na arbitražu:

*Arbitražni postupak je oblik parnice* [istaknula autorica]. *Spor razriješen u arbitraži bit će spor koji bi mogao, da su stranke to željele, biti procesuiran na sudu. Champerty doktrina ima svoje podrijetlo u i mora se temeljiti na shvaćanju postulata javnog poretka. Smatram da je nemoguće uočiti bilo kakvu razliku između sudskih postupaka s jedne strane i arbitražnih postupaka s druge strane koji bi uzrokovali da se ugovori o plaćanju odvjetničke naknade samo u slučaju uspjehu u sporu smatraju protivni javnom poretku u prvom slučaju, ali ne i u drugom. U načelu i na temelju ovlasti, champerty doktrina bi se trebala primijeniti, po mojoj procjeni, na arbitražne postupke kao što se primjenjuje na sudske postupke. Ako je nešto suprotno javnom poretku, kakve veze ima hoće li se uzrok tražiti na sudu ili u arbitraži?* [istaknula autorica] *Ako je u suprotnosti s javnim poretkom da odvjetnik koji je angažiran za zastupanje naplaćuje naknadu ovisno hoće li uspjeti sa tužbom to jest da nema pravo na naknadu ako ne uspije sa tužbom, te da će, ako uspije u sporu, primiti veću naknadu od uobičajene, kakva je razlika da li se tužbeni zahtjev ostvaruje u sudskom ili u arbitražnom postupku?*<sup>400</sup>

Slijedom navedenoga, nema razloga ne zaključiti da je navedeno primjenjivo i na financiranje (arbitražnog postupka) sredstvima treće strane putem odvjetničkog ureda kada se naknada plaća u obliku *success fee*.<sup>401</sup>

<sup>399</sup> *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, arbitražni postupak pri Međunarodnoj trgovačkoj komori u Parizu (ICC).

<sup>400</sup> *Op. cit.* u bilj. 377.

<sup>401</sup> Isto tako i NieuWeld i Sahani, *op. cit.* u bilj. 375, str. 45.

#### **iv. Zaključak**

Iz pregleda financiranja sredstvima treće strane u Velikoj Britaniji vidljivo je da je riječ o institutu koji je prošao intenzivan povijesni razvoj i koji je bio reguliran od najranije pojave toga instituta, najprije kao kazneno djelo, dakle nešto što je bilo zabranjeno, da bi u moderno vrijeme taj institut postao široko prihvaćen što zbog razvoja vladavine prava, jačanja neovisnosti sudova i prava na pristup pravdi, što i zbog činjenice da je riječ o vrlo lukrativnoj grani industrije koja se nakon sloma tržišta nekretnina razvija velikom brzinom.

Pozitivno je da institut bio i jest kako predmet normiranja, ali pitanje je je li samoregulacija toga instituta dovoljna. Nevoljkost države da normativno uredi ovu granu industrije ne iznenađuje kada se ima u vidu koje prihode ostvaruje, ali pitanje je do kada će taj pristup biti dovoljan.

Konačno, svakako je pozitivno da se institut financiranja razvija i kroz sudsku praksu koja je dala odgovor na pitanja kao što su može li se trećoj strani naložiti da snosi troškove postupka suprotne strane, do kojega iznosa je treća strana odgovorna za troškove postupka dosuđene suprotnoj strani te da neovisno o tome je li riječ o sudskom ili arbitražnom sporu zaključi da je financiranje protivno javnom poretku (što će biti rijetkost, ali je moguće) jer je riječ o doktrini *champerty*.

#### **2) SAD**

Kao što je već spomenuto, *maintenance*, *champerty* i *barretry* doktrine proširile su se u engleske kolonije pa tako i u Sjedinjene Američke Države, ali tu su doktrine malo drukčije zaživjele. Prije prikaza najvažnije sudske prakse u odnosu na institut financiranja postupka sredstvima treće strane potrebno je naglasiti nekoliko činjenica koje su značajne za razvoj toga instituta u SAD-u.

##### **i. Pitanje normiranja**

SAD je federacija 50 saveznih država od kojih svaka ima svoj ustav i zakone, pri čemu zakoni tih država moraju biti u skladu sa saveznim zakonom. Takvo uređenje nameće logično pitanje – je li financiranje sredstvima treće strane uređeno federalnim zakonom – dakle, jedinstveno za cijeli teritorij SAD-a ili je uređenje ostavljeno svakoj saveznoj državi, što onda dovodi do različitih uređenja i pristupa od jedne do druge savezne države, odnosno do fragmentacije prava.

Kako američko tržište financiranja parničnog postupka sredstvima treće strane sazrijeva, tako i sudionici toga tržišta, sudskih postupaka te znanstvenici pozivaju na pojačanu regulaciju i normiranje industrije.<sup>402</sup> To se normiranje odnosi na nekoliko kategorija. Prvo, državni zakoni koji reguliraju zaštitu potrošača vezano uz transakcije “pozajmice za sporove” (tj. osobni zajmovi osigurani potencijalnim udjelom u naknadi ostvarenoj u sudskim sporovima, općenito s ugovorenim visokim kamatama) su transakcije koje su predmet državne regulacije i uz obvezu otkrivanja financiranja sudu i suprotnoj strani te licenciranja pružatelja usluga financiranja, propisani su dodatni zahtjevi za treće strane koje financiraju postupke i odvjetnike. Zakoni, uz navedeno otkrivanje i licenciranje, propisuju obvezne odredbe u ugovoru o financiranju, ograničenje visine kamatne stope koje se mogu naplatiti, obvezu izvješćivanja i kazne za prekršaje. Takvi ili slični zakoni doneseni su u nekim američkim državama kao npr. Tennesseeju, Vermontu, New Jerseyju, Ohiju, Indiani, New Yorku itd. Uz zakone na državnoj (saveznoj) razini sudovi su neka otvorena pitanja riješili svojim odlukama, a i treće strane koje pružaju uslugu financiranja među sobom razvijaju uobičajeni način postupanja, odnosno formiraju udruženja koja onda donose kodekse postupanja koji su obvezni za članove udruženja (po uzoru na ALF u Engleskoj). I na federalnoj se razini razmatra uređenje pojedinih pitanja Federalnim pravilima parničnog procesnog prava, posebno obveza otkrivanja financiranja u postupku makar samo sudu, ako već ne i suprotnoj strani u postupku. Na federalnom nivou također postoji inicijativa za donošenje Zakona o transparentnosti financiranja parničnog postupka, no toj se inicijativi žestoko protive oni koji tu uslugu pružaju.<sup>403</sup>

Shannon (Sahani)<sup>404</sup> u dijelu normiranja instituta financiranja troškova kako arbitražnih, tako i parničnih postupaka sredstvima treće strane ističe kako svaka savezna država ima pravo regulirati to pitanje vlastitim zakonom, ali to bi se moglo pokazati zahtjevno. Posebno naglašava da su neka pitanja glede financiranja već su riješena drugim propisima (posebno

---

<sup>402</sup> Vidjeti npr. pismo Američkog instituta za pravnu reformu i dr. od 1. lipnja 2017. u odnosu na izmjenu Federalnih pravila građanskog parničnog postupka koje je dostupno na:

[http://content.sfbarr.org/source/BASF\\_Pages/PDF/071217%20Materials%20Night.pdf](http://content.sfbarr.org/source/BASF_Pages/PDF/071217%20Materials%20Night.pdf), pismo Američkog instituta za pravnu reformu od 21. svibnja 2021. koje se odnosi na financiranje postupka sredstvima treće strane i u kojem se daje sedam obrazloženih izmjena zakona o parničnom postupku za New Jersey. Pismo je dostupno na: <https://instituteforlegalreform.com/wp-content/uploads/2021/05/US-Chamber-NJCJI-Comments.pdf> ili npr. zaključak u Jason Lyon: Revolution in Progress: Third-Party Funding of American Litigation, 58 UCLA LAW REVIEW 571 (2010), dostupno na: <http://www.uclalawreview.org/pdf/58-2-5.pdf>.

<sup>403</sup> Marko Djinovic and Ana Vlahek: Uncharted Waters, An Analysis of Third Party Litigation Funding in European Collective Redress; U.S. Chamber Institute for Legal Reform, October 2019., dostupno na: [https://www.pf.uni-lj.si/media/analysis\\_of\\_tplf\\_funding\\_in\\_the\\_european\\_collective\\_redress.pdf](https://www.pf.uni-lj.si/media/analysis_of_tplf_funding_in_the_european_collective_redress.pdf).

<sup>404</sup> Victoria A. Shannon i Victoria Shannon Sahani iste su osobe (vidjeti njezin životopis i bibliografiju dostupnu na: <https://law2.wlu.edu/faculty/links/sahanivcvs.pdf?v=637676197528492911>).

pravila ponašanja odvjetnika). Spomenute *maintenance*, *champerty* i *barretry* doktrine koriste se puno rjeđe pa njihov utjecaj na institut financiranja više nije toliko izražen. Njezin je stav da institut financiranja sredstvima treće strane treba biti reguliran na federalnoj razini i to u tri aspekta – transakcijskom, procesnom i etičkom – kako bi se izbjegla fragmentacija prava i nejednak pristup u savezima država.

Sahani glede transakcijskoga aspekta financiranja upire na problem neharmoniziranoga prava na federalnoj razini, što će dodatno biti potkrijepljeno sudskom praksom. Riječ je o pravnom kvalificiranju ugovora o financiranju. Ugovor o financiranju ponekad je kvalificiran kao zajam pa je posljedično i dobit treće strane koju ostvaruje od financiranja pravno kvalificirana kao kamata na zajam. Takvo kvalificiranje ugovora o financiranju dovodi do njegove pobojnosti jer dobit koja se ima ostvariti od financiranja, kada je kvalificirana kao kamata, vrlo lako potpada pod *usury* doktrinu ili ono što bi u hrvatskom pravu nazvali naplata zelenaških kamata i predatorske pozajmice.<sup>405</sup>

Sahani pravno kvalificira ugovor o financiranju kao ulagački ugovor jer je i samo financiranje ulaganje (transakcijski aspekt financiranja). To je po njezinu stavu logično i proizlazi iz karakteristika pravnoga odnosa i samoga ugovora. Navodi sljedeće razloge zašto ugovor o financiranju i institut financiranja teško mogu biti podvedeni pod davanje zajma:

- treća strana pristaje na rizik da ne ostvari nikakvu dobit ako stranka koju financira ne uspije u sporu;
- treća strana može u slučaju da financirana stranka odbije platiti ugovorenu naknadu tražiti naplatu onoga što mu iz ugovora o financiranju pripada isključivo iz onoga što je stranka dobila u sporu (ne i iz ostale imovine financirane stranke);
- treća strana preuzima znatno veći rizik od klasičnog zajmodavca;
- ugovor o financiranju između treće strane i stranke koja dobiva financiranje ovisi o trećoj osobi – sucu ili arbitru, a ponekad i suprotnoj strani kada je riječ o nagodbi, što taj pravni posao čini puno rizičnijim od pozajmice te
- u trenutku sklapanja ugovora o financiranju nisu još poznate sve informacije jer je dio informacija poznat samo suprotnoj strani u sporu.<sup>406</sup>

Sve to po pravilnom stavu Shannon financiranje kategorizira kao investiciju, a ne pozajmicu.<sup>407</sup>

---

<sup>405</sup> Victoria A. Shannon, Harmonizing Third-Party Litigation Funding Regulation, *Cardozo Law Review* 36, no. 3 (February 2015), str. 883–907.

<sup>406</sup> *Ibid.*

<sup>407</sup> *Ibid.*

Shannon (Sahani) također upozorava na potrebu harmonizacije američkoga prava u odnosu na pojedine procesne kategorije (procesni aspekt financiranja), i to:

- pravila postupka (uređivanje položaja treće strane u postupku),
- pravila o izvođenju dokaza (u kojoj mjeri stranka koja koristi financiranje i njezin klijent mogu otkriti trećoj strani koja daje financiranje dokaze i kako činjenica da je treća strana dobila na uvid dokaze utječe na pitanje odricanja od povlastice (*privilege*) iz odnosa klijent – odvjetnik, tj. znači li ta činjenica da stranka koja koristi financiranje sredstvima treće strane više u postupku ne može tvrditi da su pojedini dokazi obuhvaćeni povlasticom i kao takvi ne moraju biti dostavljeni sudu) i
- ovrhu arbitražnih pravorijeka (problem ne nastaje kod sudskih odluka) primjenom NK-a jer financiranje postupka sredstvima treće strane predstavlja povredu javnoga poretka u pojedinim saveznm državama pa takav pravorijek neće biti ovršiv jer je protivan javnom poretku – jedinstveno uređivanje procesne pozicije treće strane kao i situacija kada to čini povredu javnoga poretka uklonilo bi taj prigovor na koji sud pazi po službenoj dužnosti.<sup>408</sup>

U pogledu etičkog aspekta financiranja koji bi također bilo poželjno jedinstveno urediti Shannon (Sahani) razlikuje tri vrste etičkih pitanja:

- prvo je obveza otkrivanja da postoji financiranje postupka sredstvima treće strane i sukob interesa – smatra da načelno nije potrebno otkriti cijeli ugovor o financiranju sudu i protivnoj strani, već da je dovoljno i nužno, bilo u sudskom ili arbitražnom postupku, otkriti samo identitet treće strane kako bi se sačuvao integritet i nepristranost donositelja odluke (dakle, da bi se izbjegao eventualni sukob interesa),
- drugo je pregovaranje o odredbama ugovora o financiranju – to je potrebno jedinstveno urediti jer sadržava i neka etička pitanja koja su povezana i s poljem zaštite potrošača. Budući da je prema stavu samih pružatelja usluge financiranja postupka riječ o ulaganju, ta bi pitanja trebalo urediti etičkim kodeksom koji bi uzeo u obzir interese svih uključenih u pregovore (dakle, čak i odvjetnike koji zastupaju stranku u sporu koja želi ugovoriti financiranje postupka),

---

<sup>408</sup> *Ibid.*, str. 897–902.



- treće je utjecaj koji treća strana koja daje sredstva za financiranje postupka ima na odvjetnika financirane stranke u postupku, tj. pitanje kontrole postupka.<sup>409</sup>

Sva su navedena pitanja iznimno važna i već su detaljno analizirana u VI. poglavlju koje se bavi otvorenim pitanjima. Činjenica je da kada nisu uređena nacionalnim pravom određene zemlje u kojoj postoji prisutnost financiranja troškova postupka sredstvima trećih stvari se pravna nesigurnost i mogućnost zlouporabe prava.

Zanimljivo je da ponekad stranke koje su bile financirane, u svrhu izbjegavanja ispunjenja obveze iz ugovora o financiranju (plaćanja naknade za financiranje) te ugovore osporavaju pozivanjem na *champerty* doktrinu ili tvrdeći da je riječ o zelenaškom ugovoru (tzv. *usury* doktrina). Slijedom navedenoga u nastavku je pregled sudske prakse tumačenja navedenih doktrina kao i troškova postupka.

## **ii. *Maintenance, champerty* i *usury* doktrine i odgovornost za troškove u sudskoj praksi**

U predmetima čiji se pregled daje u nastavku stranke koje su koristile financiranje sredstvima treće strane osporavale su ugovor o financiranju tvrdeći da je riječ o *maintenance* i *champerty* ili zelenaškom ugovoru (*usury* doktrina), s time da je ishod spora ovisio o pravu savezne države u kojoj se ugovor osporavao. Činjenica da je u pojedinim saveznm državama (npr. Ohio) relativno jednostavno osporiti valjanost ugovora o financiranju pozivom na *champerty* doktrinu dovela je do toga da se tržište financiranja sporova različito razvija u pojedinim saveznm državama.

U predmetu *Rancman vs. Interim Settlement Corp.* (dalje u tekstu: predmet Rancman)<sup>410</sup> Vrhovni je sud Ohija 2003. godine rješavao situaciju proizašlu iz predmeta u kojem je tužiteljica tužila osiguravajuće društvo zbog zadobivene ozljede s time da je pribavila predujam od treće strane. Treća je strana dogovorila s tužiteljicom da će joj dati 7.000 dolara, a ona će zauzvrat, nakon sklapanja nagodbe s osiguravajućom kućom u iznosu 100.000 dolara platiti trećoj strani 19.600 dolara, tj. iznos uvećan za 180 % kamate. Tužiteljica je pokrenula postupak protiv treće strane osporavajući valjanost ugovora o financiranju pozivajući se da je riječ o zabranjenom postupanju obuhvaćenog *champerty* doktrinom, odnosno tvrdeći da zajmodavac – treća strana obračunava zelenaške kamate (tzv. *usury*) na zajam. Tuženik je tijekom postupka tvrdio da je predujam ulaganje u tužbu, a ne zajam. Vrhovni sud u Ohiju nije razmatrao je li ugovor o financiranju zajam ili ulaganje, već je poništio ugovor o

---

<sup>409</sup> *Ibid.*, str. 902–907.

<sup>410</sup> *Rancman vs. Interim Settlement Funding Corp.*, 789 N.E.2d 217, 218-19 (Ohio 2003).

financiranju nazvavši tuženika “nametljivim petljačem (*officious intermeddler*)”. U predmetu Rancman Vrhovni je sud zaključio da ugovor o financiranju potpada pod zabrane iz *maintenance* doktrine jer treća strana nije imala interes u tužbi kao i da pozajmica potpada pod zabrane iz *champerty* doktrine jer je tuženik želio profitirati od parnice. Slijedom navedenoga ugovor o financiranju je prema stavu suda pobojan te ga je poništio.<sup>411</sup>

U predmetu *Johnson vs. Wright*<sup>412</sup> Žalbeni je sud u Minnesoti poništio ugovor o financiranju sklopljen između tužitelja i treće strane iako treća strana koja je financirala izvorni spor radi diskriminacije: (1) nije poticala podnošenje tužbe (novac za financiranje dostavljen je stranci nakon pokretanja tužbe), (2) nije izabrala odvjetnika i (3) nije kontrolirala procesne ili sudske odluke. Te činjenice, po mišljenju suda, nisu dokazale da treća osoba koja je financirala spor u zamjenu za udio u dosuđenoj odšteti nije zabranjen jer je ugovor sam po sebi predstavljao *champerty* prema zakonu Minnesote.<sup>413</sup>

Koliko su različiti pristupi sudova saveznih država, što podupire gore iznesenu tvrdnju Shannon (Sahani) da je potrebna harmonizacija prava na federalnoj razini, pokazuju i primjeri iz prakse u nastavku.

U predmetu *Anglo-Dutch Petroleum Int'l, Inc. vs. Haskell*<sup>414</sup> Žalbeni je sud u Teksasu odbio poništiti ugovor o financiranju na temelju doktrine *champerty* jer nije bilo dokaza da su treće strane koje su financirale postupak taj postupak i kontrolirale, da su svojim postupanjem produljile trajanje parnice ili da su iskoristile stranku koju su financirale.<sup>415</sup>

U predmetu *Kraft vs. Mason*<sup>416</sup> Žalbeni je sud u Floridi zaključio da se treća strana koja je financirala postupak nije “nametljivo petljala (*officiously intermeddle*)” jer nije inicirala podnošenje tužbe, nije pokušala kontrolirati strategiju u parnici i nije odabrala odvjetnika. Pružanje sredstava u zamjenu za dio povrata, bez dodatnog “nametljivog” ponašanja, ne predstavlja *champerty*.<sup>417</sup>

---

<sup>411</sup> Opis predmeta u: Jennifer Gregory: Payday Loans for Lawsuits? *Champerty in Illinois*; *Ethics Extra*, October 2008, dostupno na:

[https://www.jenner.com/system/assets/publications/612/original/ethics\\_extra\\_oct\\_08.pdf?1313699957](https://www.jenner.com/system/assets/publications/612/original/ethics_extra_oct_08.pdf?1313699957).

<sup>412</sup> *Johnson vs. Wright*, 682 N.W2d 671, 681 (Minn. Ct. App. 2004).

<sup>413</sup> William J. Harrington: *Champerty, Usury, and Third-Party Litigation Funding*, *The Brief*, vol. 49, no. 2, 2020., str. 54–64; dostupno na: ProQuest, <https://www.proquest.com/scholarly-journals/champerty-usury-third-party-litigation-funding/docview/2369345595/se-2?accountid=202242>.

<sup>414</sup> *Anglo-Dutch Petroleum Int'l, Inc. vs. Haskell*, 193 S.W3d 87, 104 (Tex. Ct. App. 2006).

<sup>415</sup> *Op. cit.* u bilj. 413, str. 56.

<sup>416</sup> *Kraft vs. Mason*, 668 So. 2d 679, 683 (Fla. Dist. Ct. App. 1996).

<sup>417</sup> *Op. cit.* u bilj. 413, str. 56.

Kao što je već spomenuto, financirane stranke pokušavaju ugovor o financiranju pobiti i po osnovi da je riječ o zelenaškom ugovoru kojim se naplaćuju lihvarske kamate (*usury* doktrina). Hoće li stranka biti uspješna u tome, ovisit će primarno o tome kako će sud pravno kvalificirati financiranje. Ako sud kvalificira financiranje sredstvima treće strane kao pozajmicu (a za što je, kao što je vidljivo iz gornje rasprave, Shannon dala više nego dovoljno argumenata zašto bi to bilo pogrešno) ugovor će zasigurno biti poništen jer je riječ o lihvarskim kamatama. S druge pak strane, ako sud kvalificira financiranje sredstvima treće strane kao ulaganje, ugovor o financiranju bit će valjan.

Da je ugovor o financiranju valjan jer nije riječ o pozajmici zaključio je sud u predmetu čiji se prikaz daje u nastavku. Odluka u tom predmetu je zanimljiva jer je sud naveo kriterije kada se ugovor neće smatrati suprotnim tzv. *usury laws* (pravilima o zabrani zelenaških ugovora i naplati lihvarskih kamata).

Američki okružni sud za okrug New Jersey, tumačeći zakon New Jerseyja, došao je do toga rezultata u predmetu *Dopp vs. Yari*<sup>418</sup>. Paul Dopp bio je u dugotrajnom sporu s hotelskim biznismenom po imenu Jay Pritzker u vezi s Doppovim vlasničkim pravima u tvrtki koja je bila vlasnik niza hotela i golf-terena uz sjevernu obalu Portorika. Bob Yari, treća strana koja nije bila uključena u spor Doppa i Pritzkera, dao je Doppu više od 700.000 dolara za financiranje spora protiv Pritzkera. U zamjenu za to, Dopp je pristao Yariju platiti 1,5 milijuna dolara za financiranje spora ili 16 % odštete koju će dobiti. Dopp je u sporu protiv Pritzkera nakon iznimno dugotrajne pravne bitke uspio te mu je dosuđeno 5,3 milijuna dolara. Nakon što se Dopp naplatio od Pritzkera, Dopp je odbio platiti Yariju pa je Yari tužio Doppa tražeći na ime obveze iz ugovora o financiranju da ga sud obveže da mu plati 1,5 milijuna dolara. Dopp je u postupku tvrdio da ugovor o financiranju nije ništa drugo nego lihvarski zajam te da njegova obveza treba biti ograničena na ono što je prema zakonu New Jerseyja dopušteno, a to je plaćanje glavnice i zakonom dopuštene kamate. Yari je tijekom postupka tvrdio da ugovor o financiranju nije zajam jer je njegova naplata ovisila o ishodu spora između Doppa i Pritzkera, već da je riječ o “zajedničkom poduhvatu” koji ne podliježe zabranama u odnosu na zelenaške ugovore, tj. lihvarske kamate. Sud se složio s Yarijem i donio sumarnu presudu u njegovu korist navodeći: *Naplata kamata viša od zakonske stope nije lihvarska ako je naplata cjelokupne kamate upitna i ovisi o događaju koji se u vrijeme sklapanja ugovora ne može predvidjeti i ako je ugovor sklopljen u dobroj vjeri i bez namjere*

---

<sup>418</sup> Dopp vs. Yari, US District Court for the District of New Jersey. 814 (D.N.J. 1996).

da se izbjegnu zabrane u odnosu na lihvarske kamate i zelenaške ugovore (tzv.. *usury laws*).<sup>419</sup>

Pitanje je li riječ o zelenaškom ugovoru kada je riječ o ugovoru o financiranju bilo je raspravljeno i u prethodno navedenom predmetu *Anglo-Dutch Petroleum International, Inc. vs. Haskell*.<sup>420</sup> U tom je predmetu Žalbeni sud u Teksasu utvrdio da je treća strana dala oko 560.000 USD za financiranje tužbe Anglo-nizozemske naftne kompanije. Ugovorom o financiranju dogovoreni povrati kretali su se od 62 % do 186 % početnih predujmova, a “glavni faktor” u određivanju ukupnog povrata investitora treće strane [bilo] je vrijeme koje će proteći od datuma ulaganja. Anglo-nizozemska kompanija osigurala je presudu kojom joj je dosuđena odšteta u iznosu 81 milijun dolara, ali je pokušala izbjeći plaćanje trećoj strani koja je financirala sudski spor tvrdeći da je ugovor o financiranju zelenaški ugovor. Anglo-nizozemska kompanija je tijekom spora u kojem je osporavala valjanost ugovora o financiranju tvrdila da su njezina potraživanja, argumenti i dokazi iz osnovnog spora bili toliko jaki da financiranje “nije u sebi sadržavalo rizik” pa je stoga riječ o zajmu koji potpada pod teksaške zakone o zelenaškim ugovorima i zabranu ugovaranja lihvarskih kamata. Sud je odbacio tu tvrdnju i ovršio ugovor o financiranju navodeći kako ne može okarakterizirati ishod [temeljne] tužbe u vrijeme kada je ugovor o ulaganju (financiranju) sklopljen kao “sigurnu stvar”. Slijedom navedenoga sud je zaključio da ugovor o financiranju ne potpada pod teksaške zakone o zelenaškim ugovorima i zabranu ugovaranja lihvarskih kamata.<sup>421</sup>

U nastavku je pregled triju predmeta u kojima su američki sudovi došli do oprečnog zaključka, dakle presudili su da je ugovor o financiranju suprotan javnom poretku, tj. zabranama iz *usury* doktrine, odnosno da je riječ o zelenaškim ugovorima kojima su ugovorene lihvarske kamate.

U predmetu *Financial, LLC vs. Curry*<sup>422</sup> treća je strana (Financial LLC) financirala tužbu na način da je osigurala 177.500 USD u zamjenu za iznos 887.500 USD ili 10 % odštete u tužbi za naknadu štete radi teške tjelesne ozljede. No, slučaj Curry imao je jedan zanimljiv aspekt. Treća strana uplatila je novac za financiranje spora nakon što je tuženik priznao odgovornost i nakon što je tužitelj ishodio presudu u iznosu 27 milijuna USD za naknadu štete. Tuženik u sporu za naknadu štete podnio je zahtjev za preispitivanje presude kojom je dosuđena naknada štete i dok je odlučivanje o zahtjevu toga tuženika bilo u tijeku, treća je strana na

---

<sup>419</sup> *Op. cit.* u bilj. 413, str. 56–57.

<sup>420</sup> *Op. cit.* u bilj. 414.

<sup>421</sup> *Op. cit.* u bilj. 413, str. 57.

<sup>422</sup> *Financial, LLC vs. Curry*, 683 N.W.2d 233, 236 (Mich. Ct. App. 2004).

temelju ugovora o financiranju sklopljenog s tužiteljem platila financiranje postupka u iznosu 177.500,46 USD. Prijedlog tuženika prihvaćen je te je iznos naknade štete smanjen s 27 milijuna dolara na 4,8 milijuna USD. Treća je strana nakon te odluke zatražila plaćanje 887.500 USD, što bi očito bio lihvarski povrat uplaćenih sredstava ako bi se predujam u iznosu 177.500 USD kvalificirao kao zajam. Financirana stranka – tužitelj (Curry) odbila je platiti naknadu za financiranje. Treća strana je zbog toga pokrenula postupak radi povrede ugovora o financiranju tvrdeći da je pravo na plaćanje naknade bilo uvjetovano uspjehom u sporu te da ona nije imala apsolutno pravo na plaćanje – plaćanje je ovisilo o ishodu u sporu). Slijedom navedenoga, prema pravu Michigana ugovor o financiranju nije zajam podložan zabranama iz *usury* doktrine, tj. nije riječ o zelenaškom ugovoru kojim su ugovorene lihvarske kamate. Sud nije prihvatio argumente tužitelja iz sljedećih razloga:

- odgovornost je već bila priznata kada je tužitelj uplatio sredstva za financiranje postupka,
- već je bila poznata činjenica da će Curry ostvariti određenu naknadu štetu zbog tjelesnih ozljeda koje je pretrpio.

Sud je stoga zaključio da je ugovor o financiranju zajam s ugovorenim lihvarskim kamatama. Prema pravu Michigana, zajmodavac koji daje lihvarski zajam ima pravo na povrat samo glavnice, pa je stoga trećoj strani dosuđeno plaćanje 177.500 USD koliko je iznosio sam zajam.<sup>423</sup>

Žalbeni je sud Sjeverne Karoline došao do sličnoga zaključka u predmetu *Odell vs. Legal Bucks*<sup>424</sup> u kojem je osporavana valjanost ugovora o financiranju troškova postupka. Financirani su životni troškovi tužitelja za vrijeme trajanja spora u zamjenu za udio u ostvarenom iznos u sporu. Nakon što je tužitelj uspio u sporu odbio je isplatiti trećoj strani ugovoreni udio u dosuđenom iznosu. U tom je postupku financirana stranka podnijela tužbu protiv treće strane koja je financirala troškove života za vrijeme prvotnoga spora, tvrdeći da je ugovor o financiranju zelenaški ugovor (dakle, pozivom na *usury* doktrinu). Tuženik – treća strana tvrdio je da u konkretnom slučaju ugovor o financiranju ne predstavlja zelenaški ugovor i da nije riječ o zajmu jer zajam uključuje apsolutno pravo na otplatu, a naknada je prema ugovoru o financiranju u konkretnom slučaju ovisila o ishodu samoga spora za koje je ugovoreno financiranje. Nažalost za treću stranu, prema normativnom uređenju zelenaških ugovora u pravu Sjeverne Karoline zabrana se proteže kako na zajam tako i na predujam.

---

<sup>423</sup> *Op. cit.* u bilj. 413, str. 58.

<sup>424</sup> *Odell vs. Legal Bucks* 665 S.E.2d 767, 770 (N.C. Ct. App. 2008).

Slijedom navedenoga, iako je sud zaključio da financiranje nije zajam jer je pravo davatelja na naknadu bilo uvjetovano tužiteljevim uspjehom u sporu, zaključio je i da je riječ o predujmu koji također potpada pod zabrane u odnosu na zelenaške ugovore. Sud je, budući da je ugovor o financiranju u biti zelenaški ugovor kojim je dan predujam, zaključio da je ugovor o financiranju nevaljan, tj. da se ne može provesti.<sup>425</sup>

Do sličnog je zaključka došao i Vrhovni sud u Coloradu u predmetu *Oasis Legal Finance Group, LLC vs. Coffman*<sup>426</sup> kada je zaključio da ugovori o financiranju sporova male vrijednosti potpadaju pod Zakon o potrošačkom kreditiranju u Coloradu. Regulator u Coloradu dao je “mišljenje” tvrdeći da mali predujmovi dani za životne troškove tužitelja nisu “zajmovi pod nadzorom” prema Zakonu o potrošačkom kreditiranju u Coloradu jer kada bi bili “zajmovi pod nadzorom”, to bi značilo da zajmodavac mora imati licencu. Sukladno mišljenju regulatora, dva su profesionalna financiratelja podnijela tužbu kojom su tražili da sud donese presudu kojom će utvrditi da ugovori o financiranju ne potpadaju pod Zakon o potrošačkom kreditiranju. I u tim je ugovorima, kao i u gornjem predmetu Odell, predmet ugovora bilo financiranje životnih troškova tužitelja za vrijeme trajanja spora u zamjenu za udio u ostvarenom iznosu naknade štete. I ti treći su tvrdili da ugovori nisu zajmovi jer ne postoji apsolutna obveza vraćanja. Sud je odbacio tu tvrdnju, zaključivši da je zajam općenito definiran kao “stvaranje duga” te da je pojam duga širok i uključuje u nekim okolnostima bilo kakvu “odgovornost za tražbinu”. Obje definicije zajma, po mišljenju suda, ne stvaraju bezuvjetnu obvezu otplate pa je Sud stoga zaključio da su ugovori o financiranju sporova male vrijednosti predmet uređenja Zakona o potrošačkom kreditiranju. Slijedom navedenoga, treće su strane koje daju financiranje obvezane na dobivanje određenih licenci ili prestanak financiranja.<sup>427</sup>

U SAD-u se primjenjuje tzv. američko pravilo prilikom odlučivanja o troškovima parničnog postupka. To znači da svaka stranka sama snosi troškove postupka, što uključuje naknadu odvjetnika za zastupanje i troškove odvjetnika. Od toga pravila postoji iznimka koja je bila predmet odlučivanja u predmetu *Abu-Ghazaleh vs. Chaul*.<sup>428</sup>

---

<sup>425</sup> *Op. cit.* u bilj. 413, str. 58.

<sup>426</sup> *Oasis Legal Finance Group, LLC vs. Coffman*, 361 P.3d 400 (Colo. 2015).

<sup>427</sup> *Op. cit.* u bilj. 413, str. 58.

<sup>428</sup> *Abu-Ghazaleh vs. Chaul* 36 So. 3d 691, 692-93 (Fla. Dist. Ct. App. 2009), dostupno na:

[https://casetext.com/case/abu-ghazaleh-v-chaul?\\_cf\\_chl\\_jschl\\_tk\\_=pmd\\_1ORBqA9iqjmtVE\\_SRo61zDzWXL782OpNq.ddtIZsL8g-1632460251-0-gqNtZGzNAiWjcnBszQiR](https://casetext.com/case/abu-ghazaleh-v-chaul?_cf_chl_jschl_tk_=pmd_1ORBqA9iqjmtVE_SRo61zDzWXL782OpNq.ddtIZsL8g-1632460251-0-gqNtZGzNAiWjcnBszQiR).

Iz općeg pravila da svaka stranka snosi svoje troškove parničnoga postupka proizlazilo bi da treća strana koja financira troškove postupka ne može biti obvezana na plaćanje troškova. To bi proizlazilo i iz činjenice da treća strana nije stranka u sporu. Ni jedna tvrdnja nije apsolutna istina i moguće je da treća strana bude utvrđena kao stranka u postupku i obvezana na plaćanje troškova suprotne strane. Upravo su se obje navedene situacije dogodile u spomenutom predmetu *Abu-Ghazaleh vs. Chaul*.<sup>429</sup> U nastavku je najvažniji dio presude Žalbenoga suda Floride, dok se dio presude radi razumijevanja konteksta navodi u fusnoti:

---

<sup>429</sup> *Ibid.*

Izvod iz odluke:

“Mohammed Abu-Ghazaleh, IAT Group, Inc., Fresh Del Monte Produce, Inc., Eduardo R. Bours i Grupo Empresarial Agrícola Mexicano S.A. de C.V. (zajednički “Abu-Ghazaleh”) žale se na odbijanje prvostupanjskog suda njihova zahtjeva za naknadu troškova koji se odnosi na odvjetničke naknade i troškove protiv tuženika Williama A. Van Diepena i CSI Financial Investments Company, Inc. Poništavamo odbijanje prvostupanjskog suda jer zaključujemo da su Van Diepen i CSI odgovorni za odvjetničke honorare i troškove te predmet vraćamo prvostupanjskom sudu da utvrdi iznos.

Osnovni slučaj nastao je transakcijom u kojoj je meksička korporacija, Grupo Empresarial Agrícola Mexicano, prodala svoje dionice dviju podružnica, Fresh Del Monte Produce N.V.S. i Global Reefer Carriers Ltd., Abu-Ghazalehu. Dioničari meksičke korporacije, u tom predmetu tužitelji, potraživali su *de facto* vlasništvo nad dionicama matične tvrtke. Tvrdili su da je Abu-Gazaleh počinio građansku krađu i zavjeru za počinjenje građanske krađe. Oko rujna 2002., prije početka parnice, tužitelji su sklopili ugovor o financiranju s Van Diepenom i CSI-jem. Ni Van Diepen ni CSI nisu imenovani strankama u parnici. Van Diepen je, međutim, financirao i kontrolirao parnicu. On je trebao primiti 18,33 % od bilo koje naknade koju bi tužitelji primili uvećanu za naknadu troškova postupka. Osim toga, Van Diepen je morao odobriti podnošenje tužbe; kontrolirao izbor odvjetnika tužitelja; utvrđivanje činjenica i odabir vještaka; primao, pregledavao i odobravao račune odvjetnika; i imao je mogućnost veta na sve sporazume o nagodbi. Van Diepen je čak platio 13.000 dolara medicinskih troškova glavnog svjedoka tužitelja.

Nakon što je porota donijela presudu u korist Abu-Ghazaleha, tuženi su tražili odvjetničke naknade i troškove prema odjeljcima 57.041, 768.79 i 772.11, Zakona Floride (2007.). Abu-Ghazaleh je tvrdio da oni imaju pravo na trošak odvjetničke naknade i troškova jer je tužbeni zahtjev za građansku krađu bio očito neosnovan. Abu-Ghazaleh je također podnio sličan zahtjev protiv Van Diepena i CSI-ja.

Ne slažemo se da sudjelovanje Van Diepena i CSI-ja u parnicama ne dolazi do razine “stranačkog” statusa. Ovaj je sud ranije izjavio da je “stranka” definirana prema zakonu Floride kao svaka osoba koja sudjeluje u parnici bez obzira na to je li [stranka] stvarno navedena u podnescima.” *Visoly vs. Security Pac. Credit Corp.*, 768 So.2d 482, 489 (Fla. 3d DCA 2000).

“Riječ stranka uključuje osobu koja se bavi, vodi ili sudjeluje u bilo kojoj stvari ili postupku, bez obzira na to je li imenovana ili nije.” *Fong Sik Leung vs. Dulles*, 226 F.2d 74, 81 (9th Cir. 1955). “Stranke uključuju ne samo one osobe čija se imena pojavljuju u zapisniku, već i sve ostale koji sudjeluju u parnici zapošljavajući odvjetnike, ili plaćajući njihove troškove, ili koji na bilo koji način imaju takvu kontrolu nad njima da imaju pravo usmjeriti tijek postupka...” *Theller vs. Hershey*, 89 F. 575 (C.C.N.D.Cal. 1898). *Loge vs. Blanco*, 521 So.2d 299, 300 (Fla. 3d DCA 1988) (također citirano u *Visoly*, 768 So.2d at 489).

Van Diepen i CSI očito su došli na razinu stranke. U sporazumu je navedeno da Van Diepen i CSI moraju odobriti odvjetnike tužitelja. Sudski troškovi plaćeni su sukladno ugovoru. Imali su pravo veta na to hoće li se tužba podnijeti, tko će je podnijeti i kako će se postupak voditi. Van Diepen je čak platio troškove u iznosu od 13.000 dolara za jednog od glavnih svjedoka tužitelja. Nadalje, ugovor o financiranju je omogućio Van Diepenu i CSI-ju da imaju posljednju riječ nad svim sporazumima u vezi nagodbe koji su predloženi tužiteljima. U zamjenu za financiranje tužbe Van Diepen je trebao primiti 18,33 % od bilo kojeg iznosa dosuđenog tužiteljima. Sve ove činjenice upućuju na to da je Van Diepen doista imao “takvu kontrolu nad postupkom da ga je imao pravo usmjeravati” i da je bio stranka u sporu.

Unatoč suprotnim tvrdnjama Van Diepena, predmeti *Visoly* i *Loge* ne razlikuju se od činjenica u ovom predmetu. U oba slučaja ovaj je sud na početku morao utvrditi jesu li tužitelji koji nisu označeni kao takvi stvarno stranke u postupku, a sve u svrhu dosuđivanja i plaćanja odvjetničkih naknada prema odjeljku 57.105, zakona Floride. *Loge*, 521 So.2d na 300; *Visoly*, 768 So.2d na 489. Van Diepen tvrdi da se slučajevi razlikuju od prijedloga koji se podnose na temelju odjeljka 57.105. Međutim, ovaj je sud prvo odlučio da su tužitelji koji nisu

*Mohammed Abu-Ghazaleh, IAT Group, Inc., Fresh Del Monte Produce, Inc., Eduardo R. Bours i Grupo Empresarial Agricola Mexicano S.A. de C.V.S. (zajednički "Abu-Ghazaleh") žale se na odbijanje prvostupanjskog suda njihova zahtjeva za naknadu troškova koji se odnosi na odvjetničke naknade i troškove protiv tuženika Williama A. Van Diepena i CSI Financial Investments Company, Inc. Ukidamo odbijanje prvostupanjskog suda jer zaključujemo da su Van Diepen i CSI odgovorni za odvjetničke honorare i troškove te predmet vraćamo prvostupanjskom sudu da utvrdi iznos [istaknula autorica].*

*Osnovni slučaj nastao je transakcijom u kojoj je meksička korporacija, Grupo Empresarial Agricola Mexicano, prodala svoje dionice dviju podružnica, Fresh Del Monte Produce N.V.S. i Global Reefer Carriers Ltd., Abu-Ghazalehu. Dioničari meksičke korporacije, u tom predmetu tužitelji, potraživali su de facto vlasništvo nad dionicama matične tvrtke. Tvrdili su da je Abu-Gazaleh počinio građansku krađu i zavjeru za počinjenje građanske krađe. Oko rujna 2002., prije početka parnice, tužitelji su sklopili ugovor o financiranju s Van Diepenom i CSI -em. Ni Van Diepen ni CSI nisu imenovani strankama u parnici. Van Diepen je, međutim, financirao i kontrolirao parnicu [istaknula autorica]. On je trebao primiti 18,33 % od bilo koje naknade koju bi tužitelji primili uvećanu za naknadu troškova postupka. Osim toga, Van Diepen je morao odobriti podnošenje tužbe; kontrolirao je izbor odvjetnika tužitelja; utvrđivanje činjenica i odabir vještaka; primao, pregledavao i odobravao račune odvjetnika; i imao je mogućnost veta na sve sporazume o nagodbi [istaknula autorica]. (...)*

*Van Diepen i CSI također su odgovorni za naknadu odvjetničkih troškova jer su, kao što smo već utvrdili, također bili stranke u osnovnoj parnici [istaknula autorica].<sup>430</sup>*

### iii. Zaključak

Prije kratkog zaključka potrebno je naglasiti da tržište financiranja postupaka sredstvima treće strane u SAD-u iznosi otprilike 6,6 milijardi eura, s time da bi se američko tržište moglo udvostručiti do 2028. godine, s prosječnom godišnjom stopom rasta većom 9,2 % tijekom predviđenoga razdoblja (što je ujedno i najviša stopa rasta).<sup>431</sup>

---

imenovani kao takvi doista stranke. Tek tada smo se pozabavili pitanjem odvjetničke naknade. Ne nalazimo nikakvu razliku između odvjetničkih naknadi iz odjeljka 57.105 i onih koje je Abu-Gazaleh tražio u ovom slučaju. Stoga zaključujemo da su Van Diepen i CSI doista bili "stranke" u osnovnoj parnici.

#### 2. Pitanje građanske krađe

Nadalje zaključujemo da je Abu-Gazaleh pokazao da ima pravo na naknadu troškova postupka koji čini odvjetnička naknada prema Zakonu o građanskoj krađi. Zakon o građanskoj krađi navodi da tuženik "ima pravo na naplatu razumnih odvjetničkih i sudskih troškova na glavnim i žalbenim sudovima nakon što se utvrdi da je tužitelj podnio zahtjev koji je očito neosnovan." § 772.11, Fla. Stat. (2007.). Da bi ostvarili pravo prema ovom odjeljku, tuženici moraju pokazati da su tužitelji, a preko njih Van Diepen i CSI, podnijeli tužbu za građansku krađu koja je bila "očito neosnovana". § 772.11, Fla. Stat. (2007.).

Kad su se meksički tužitelji žalili ovom sudu, preinačili smo odbijanje prvostupanjskog suda prijedloga za skraćenu presudu jer tužitelji nisu imali pravo pokrenuti slučaj. Vidi Chaul, 994 So.2d na 466. Tuženici tvrde, a mi taj stav prihvaćamo, da zato što tužitelji nikada nisu imali pravo pokrenuti slučaj građanske krađe, "oni su podnijeli tužbu koja je očito neosnovana". Kao takvi, meksički tužitelji odgovaraju prema Zakonu o građanskoj krađi za odvjetničke naknade i troškove.

Van Diepen i CSI također su odgovorni za naknadu odvjetničkih troškova jer su, kao što smo već utvrdili, također bili stranke u osnovnoj parnici."

<sup>430</sup> *Ibid.*

<sup>431</sup> *Op. cit.* u bilj. 52, str. 5.



SAD je najveće tržište financiranja postupaka sredstvima treće strane s najvišom stopom rasta. To je jedna od najvažnijih činjenica koju treba imati u vidu prilikom promišljanja o *maintenance, champerty i usury* doktrinama. To je činjenica koju treba imati u vidu i kada se promišlja o normiranju toga instituta na federalnoj razini.

Iz gornje je analize vidljivo je da je riječ o institutu koji nije jedinstveno uređen, ali savezne države koje imaju razvijeno tržište financiranja postupka i burzu (sekundarno tržište financiranja postupka) imaju i imat će relaksiraniji pristup tome institutu u primjeni *maintenance, champerty i usury* doktrine. To je i očekivano jer riječ o najvećem svjetskom tržištu koje iznimno brzo raste i razvija se. Teško je povjerovati da će zakonodavne inicijative, kao gore spomenuta za donošenje Zakona o transparentnosti financiranja parničnog postupka biti i realizirane budući da se tomu protive jedni od najvažnijih sudionika toga tržišta – sami oni koji pružaju financiranje. Konačno, teško je povjerovati da će doći do uređenja toga instituta na federalnoj razini jer bi to značilo pomiriti opisane razlike koje su značajne. Čak i da dođe do uređenja na federalnoj razini, objektivno je očekivati da će u tom slučaju prevladati stavovi i pristupi država koje financiranje prihvaćaju i trećih koji se bave financiranjem troškova postupka kao profesionalnom djelatnošću jer je i tu riječ o borbi Davida i Golijata, ali Golijat je ovaj put kapital.

### 3) Australija

Financiranje sporova najprije je počelo u Australiji, a zatim je početkom dvadeset i prvog stoljeća migriralo u Ujedinjeno Kraljevstvo. Dok su Australija, Ujedinjeno Kraljevstvo i Sjedinjene Države sada poznate po razvijenim i uspješnim tržištima financiranja pravnih sporova, ta se praksa pojavljuje i raste i u novim jurisdikcijama diljem svijeta (npr. Singapur, Hong Kong, Kina, Južna Amerika i Europa).<sup>432</sup>

U nastavku će se razmotriti normiranje instituta financiranja u Australiji iz aspekta definiranja financiranja kao “upravljanoga plana ulaganja”. To je pitanje zanimljivo jer je došlo do tenzije između sudbene i izvršne vlasti s time da je na kraju izvršna vlast pokleknula i prihvatila stav sudbene vlasti, što je dovelo i do normativnih izmjena u tom pogledu. Nakon toga slijedi pregled sudske prakse u pogledu *maintenance* i *champerty* doktrina kao i troškova postupka.

---

<sup>432</sup> *Op. cit.* u bilj. 54, str. 30.

## **i. Normiranje – tenzija između sudbene i izvršne vlasti**

Australija ima također relaksirani pristup u pogledu normiranja instituta financiranja. Pa ipak, dva su predmeta također privukla pažnju sudionika na tržištu financiranja postupaka sredstvima treće strane kao i znanstvenika jer su odluke sudova u tim predmetima kvalificirale ugovore o financiranju na način da bi treća strana koja pruža uslugu financiranja bila dužna pribaviti posebnu dozvolu (licencu) i zadovoljiti stroge zakonske uvjete prije nego se počne baviti tom djelatnošću. Oba su predmeta izazvala reakciju Vlade na način da su primjenjivi zakoni izmijenjeni tako da su ti ugovori zakonom izuzeti iz primjene tih uvjeta odnosno australski regulator je pojedinačnim odlukama za tvrtke koje se bave financiranjem postupka utvrdio da se na njih ne primjenjuje utvrđenje sudova da je riječ o “financijskom proizvodu”. Očito je da je australska vlada prepoznala značaj i veličinu tržišta financiranja postupaka pa je zakonodavnim inicijativama omogućila da se to tržište razvija bez prevelikih utjecaja ili zahtjeva koje bi se postavljalo pred treće osobe koje financiraju postupke. U nastavku se daje kratki prikaz tih predmeta kao i reakcije Vlade na novostvorenu sudsku praksu koja je u konačnici pokleknula pred stavom sudova.

U prvom je slučaju riječ o predmetu *Brookfield Multiplex Funds Ltd vs. International Litigation Funding Partners Pte Ltd* (tzv. ‘Multiplex’ predmet)<sup>433</sup>. U tom je predmetu bila riječ o financiranju dviju tužbi za zaštitu kolektivnih interesa i prava (*class action*).

Prije prikaza predmeta, a radi boljšega razumijevanja reakcije Vlade Australije, daje se definicija tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava (*class action*) u australskom pravu.

Thai [definira class action na sljedeći način: “Zakon o Federalnom sudu Australije iz 1976. \(Federal Court of Australia Act 1976, dalje u tekstu: FCAA \) u Odjeljku 33C definira pojam tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava \(\*class action\*\): Gdje: \(a\) 7 ili više osoba ima tužbene zahtjeve protiv iste osobe; i \(b\) potraživanja svih tih osoba odnose se na iste, ili proizlaze iz istih, sličnih ili povezanih okolnosti; i \(c\) potraživanja svih tih osoba temelje se na sličnoj činjeničnoj ili pravnoj osnovi; postupak može pokrenuti jedna ili više osoba kao zastupnik nekih ili svih njih. Jednostavno rečeno, tužba za zaštitu kolektivnih interesa i prava moguća je u Australiji samo ako postoji najmanje sedam osoba koje imaju iste, slične ili povezane zahtjeve protiv tuženika, a jedna od tih osoba pristane pokrenuti parnicu i zastupati sve ostale članove u istoj klasi \(tzv. članovi grupe\). Australska tužba za zaštitu kolektivnih interesa i prava razlikuje se od američke tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava. U](#)

---

<sup>433</sup> *Brookfield Multiplex Funds Ltd vs. International Litigation Funding Partners Pte Ltd* (‘Multiplex’) (2009.) 180 FCR 11.

Americi, da bi osoba postala član tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava, ona mora izričito pristati da se pridruži tužbi i da njezino ime bude uključeno u sudske dokumente. To je općenito poznato kao “uključivanje”. Australija je, međutim, odlučila ne prihvatiti američku proceduru; umjesto toga, Australija ima mehanizam za “isključivanje”. Odjeljak 33J [Zakona o Federalnom sudu Australije](#) osobito je problematičan kada tužbu za zaštitu kolektivnih interesa i prava financira treća strana. Treća strana koja financira parnicu obično zahtijeva od financirane strane da potpiše ugovor o financiranju. U tom slučaju mehanizam “isključivanja” iz odjeljka 33J postaje neučinkovit i suvišan. Odjeljak 33J propisuje: (1) Sud mora odrediti datum prije kojega član grupe može odustati od zajedničkog postupka. (2) Član grupe može odustati od zajedničkog postupka putem pisane obavijesti dane prema Poslovniku Suda prije tako određenog datuma. U biti, članak 33J predviđa da, ako članovi grupe ne žele odluku koja ih obvezuje po tužbi za zaštitu kolektivnih interesa i prava, oni mogu obavijestiti sud da odustaju od tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava. Navedena odredba zvuči jednostavno, ali je teško primjenjiva u praksi. Odjeljak 33J ne pojašnjava koje su posljedice ako član grupe koji se želi isključiti iz tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava ne podnese sudu obavijest do određenoga datuma. Ozbiljniji problem odnosi se na postupno osipanje mehanizma za isključivanje navedenoga u odjeljku 33J. Sada kada odluka Višeg suda dopušta tužiteljima da angažiraju treću stranu koja će financirati postupak, odjeljak 33J postaje problematičan jer kad tužitelji potpišu ugovor o financiranju, oni u taj ugovor uključuju sve tužitelje. S obzirom na prirodu ugovora o financiranju, koji obično sadržavaju odredbe o naknadi za prijevremeni raskid, one mogu obuhvatiti i tužitelje koji su koristili sustav isključivanja, ali su već vezani ugovorom o financiranju.”<sup>434</sup>

*Brookfield Multiplex Ltd vs. International Litigation Funding Partners Pte Ltd* (dalje u tekstu: Brookfield Multiplex) prvi je slučaj koji, sukladno poglavlju 7 Zakona o korporacijama (Corporations Act, dalje u tekstu: CA) iz 2001., kvalificira ugovore o financiranju sudskih sporova kao “upravljanim planom ulaganja”. Savezni je sud u tom predmetu 20. listopada 2009. utvrdio je da je treća strana koja je financirala troškove postupka tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava (*class action*) prekršila Poglavlje 7 CA jer nije imala australijsku licencu za financijske usluge. Činjenice predmeta su kako slijedi. Dioničari su podnijeli različite tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava protiv Brookfield Multiplexa radi naknade štete zbog gubitaka u ulaganja povezanih s navodnim propustima tvrtke u

---

<sup>434</sup> Lang Thai u Commercial Litigation Funding: The Need To Impose Regulations To Improve The Outcome Of The Shareholder Class Actions, dostupno na: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/JIALawTA/2011/2.pdf>, str. 10–11.

objavljivanju informacija u vezi s projektom Wembley Stadium. Tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava (*class actions*) financirao je International Litigation Funding Partners Pte Ltd (ILF) i to za one dioničare koji su s njim potpisali ugovore o financiranju kao i ugovore o angažiranju s Mauriceom Blackburnom i Cashmanom (odvjetničko društvo MBC). Prema tim ugovorima, ILF je bio dužan platiti sve troškove i 75 % naknade odvjetničkom društvu MBC (dok se preostalih 25 % plaćalo samo u slučaju uspjeha u sporu). Zauzvrat, ILF bi dobio “proviziju” od 25 do 40 % od dosuđene naknade štete ili iznosa iz nagodbe. Brookfield Multiplex Ltd tužio je ILF tvrdeći da su ugovori o financiranju u biti po pravnoj prirodi “upravljani plan ulaganja”, kako je opisano u poglavlju 7 CA te da je ILF prekršio CA jer nije imao licencu kada je sklopio ugovor o financiranju s dioničarima – tužiteljima. Pod pojmom “upravljani plan ulaganja” definira se investicija ako kumulativno ispunjava sljedeće pretpostavke: (1) uključuje ljude koji doprinose novcem ili drugom vrijednošću koja ima novčanu vrijednost u svrhu stjecanja udjela u zajedničkom poduzeću; (2) uložena sredstva koriste se za stvaranje financijskih koristi za ulagatelje; i (3) članovi nemaju svakodnevnu kontrolu nad ulaganjem. Upravljani plan ulaganja koja ima više od 20 članova ili koju promovira profesionalni promotor prema poglavlju 7 CA mora biti registriran pri ASIC-u (Australian Securities & Investment Commission – regulator financijskog i korporativnog tržišta kao i tržišta obveznica i potrošačkog kreditiranja, dalje u tekstu: ASIC). Da bi se kvalificirali za registraciju, planom ulaganja mora upravljati javno poduzeće koje ima licencu, a tvrtka mora imati plan usklađenosti kako to proizlazi iz 5C CA. Prvostupanjski je sud odbio tužbu držeći da ugovori o financiranju nisu tzv. upravljani plan ulaganja, ali žalbeni se sud nije složio s odlukom prvostupanjskoga suda te je većinom dva glasa protiv jednoga ukinuo odluku prvostupanjskog suda i utvrdio da su ugovor o financiranju troškova parnice, a ugovor o angažiranju odvjetnika “upravljani plan ulaganja” koji zahtijeva registraciju prema CA. Sud je objasnio da ugovori o financiranju sudskih sporova imaju sve karakteristike “upravljana plana ulaganja” s obzirom da su treće osobe uložile novac u financiranje postupaka kako bi ostvarili pravo na stjecanje udjela u naknadi štete ako ona bude dosuđena kao i da te treće osobe koje su financirale postupke nisu imale svakodnevnu kontrolu nad ulaganjem. Slijedom navedenoga žalbeni je sud zaključio da je tuženik trebao biti registrirana u ASIC-u po čl. 601ED CA te da je morao imati licencu.<sup>435</sup>

Australska je vlada reagirala na opisani presedan na način da je izmijenila Zakon o korporacijama (CA), ali je uzela u obzir i činjenicu da je sud poslao jasnu poruku da je riječ o

---

<sup>435</sup> *Ibid.*, str. 7–8.

tržištu i ugovorima koji moraju na neki način biti regulirani posebno imajući u vidu položaj sudionika tužbi za zaštitu kolektivnih interesa i prava (što je dovelo do izmjena normativnog okvira u 2020. godini o čemu će biti još riječi).

Naime, Savezna je vlada nakon odluke u Brookfield Multiplex predmetu obznanila da je zabrinuta jer nametanje obveza kao što su dobivanje licence i upis u javni registar koji vodi ASIC može dovesti do situacija da potrošači izgube pristup sudovima te je istaknula da podržava financiranje tužbi za zaštitu kolektivnih interesa i prava (*class action*) i sudskih sporova sredstvima trećih strana jer pružaju pristup pravdi onima koji inače ne bi imali pristup sudu, pa stoga niti pravdi. Vlada je također izjavila da je odlučila da neće nametati “veliko opterećenje usklađenosti” financiranim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava pa je Uredbom o izmjenama i dopunama Zakona o korporacijama izričito isključila financiranje postupka sredstvima treće strane u odnosu na tužbu za zaštitu kolektivnih interesa i prava (*class action*) i tužbe u stečajnom postupku iz primjene odredbi o “upravljanom planu ulaganja”, ali je istim izmjenama i dopunama nametnula nova pravila pružateljima usluge financiranja postupka u odnosu na sukob interesa. U međuvremenu, ASIC je 2009. odobrio olakšice odvjetnicima i trećim stranama koje financiraju parnice, a koji su bili uključeni u tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava započete prije 4. studenog 2009. ASIC je kasnije u više navrata produžio te olakšice.<sup>436</sup>

*International Litigation Partners Pte Ltd vs. Chameleon Mining NL*<sup>437</sup> (dalje u tekstu: Chameleon Mining) drugi je i najnoviji slučaj koji se bavi ugovorima o financiranju sudskih sporova kao “financijskim proizvodom” prema poglavlju 7 CA. To je drugi predmet koji je također izazvao reakciju australske vlade. U tom je predmetu Žalbeni sud u Novom Južnom Walesu 15. ožujka 2011. utvrdio da je ugovor o financiranju postupka sredstvima treće strane “financijski proizvod” pa stoga treća strana koja financira troškove sudskoga postupka mora biti licencirana, tj. imati tzv. AFS licencu [Australian financial services license – Australaska dozvola za obavljanje financijskih usluga koju izdaje ASIC, op. aut.]. U tom je predmetu Chameleon Mining NL (Chameleon) sklopio ugovor o financiranju sudskih sporova s International Litigation Partners Pte Ltd (ILP), singapurskom tvrtkom za financiranje sudskih sporova. Ugovor je predviđao da će ILP financirati Chameleonov tužbeni zahtjev protiv Murchison Metals Ltd (Murchison). U kolovozu 2010. godine Chameleon je dogovorio s Cape Lambert Resources Ltd da preuzme sudski postupak, što je ILP tumačio kao raskid

---

<sup>436</sup> *Op. cit.* u bilj. 365, str. 178–179.

<sup>437</sup> *International Litigation Partners Pte Ltd vs. Chameleon Mining NL* [2011] NSWCA 50 (15 March 2011), dostupno na: <http://www7.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/nsw/NSWCA/2011/50.html>.

ugovora o financiranju te je poduzeo potrebne korake kako bi zatražio povrat “naknade za financiranje”, to jest već plaćenih pravnih troškova i dodatnih naknada za prijevremeno raskidanje ugovora o financiranju. Chameleon je tvrdio da je ugovor o financiranju sporova oblik “financijskog proizvoda” prema pododjeljku 925A i 925E CA pa da je stoga ILP morao imati AFS licencu prilikom sklapanja ugovora o financiranju, no kako nije imao licencu ugovor o financiranju je neprovediv i Chameleon je imao pravo otkazati ugovor o financiranju. U prvom je stupnju sud odlučio da ugovor o financiranju nije financijski proizvod u smislu poglavlja 7 CA i da Chameleon ne može raskinuti taj ugovor o financiranju. Žalbeni je sudom u Novom Južnom Walesu, nakon opsežne analize što znači “financijski proizvod”, većinom glasova 2 : 1 ukinuo odluku nižega suda i presudio da je ugovor o financiranju “financijski proizvod” pa je stoga ILP bio dužan imati AFS licencu. Prema stavu Žalbenog suda ugovor o financiranju je sporazum prema kojemu je Chameleon “upravljao financijskim rizikom” kako je opisano u odjeljku 763A, a što proizlazi iz činjenice da je Chameleon preuzeo rizik plaćanja troškova suprotne strane u slučaju neuspjeha u sporu. Žalbeni je sud zaključio da propust ILP-a da ili pribavi AFS licencu ili da ishodi od ASIC-a odluku kojom ga se izuzima iz te obveze znači da je ugovor o financiranju neprovediv i ništav *ab initio* pa je financirana stranka Chameleon stoga imala pravo otkazati i valjano je otkazala ugovor.<sup>438</sup>

Kao što je spomenuto, australska je vlada reagirala na obje gore navedene presude izuzimajući financiranje sporova i pružatelje te usluge iz nadležnosti ASIC-a. Naime, 2013. godine tadašnja je australska vlada isključila financiranje sudskih sporova iz definicije “upravljanoga plana ulaganja” u Zakonu o korporacijama (na temelju izuzetaka u tada važećim Uredbama o korporacijama). Osobe koje pružaju financijske usluge u vezi s financiranjem sudskih sporova također su bile izuzete od zahtjeva za dobivanje AFS licence kao i obveze registriranja financiranja sudskih sporova kao upravljanoga plana ulaganja. Pa ipak, u svibnju 2020. australska je vlada objavila odluku da regulira financiranje sudskih sporova te je u srpnju 2020. Uredbama o izmjenama i dopunama Uredbi o korporacijama (financiranje sudskih sporova) izmijenila Uredbe o korporacijama. Izmjenama koje su stupile na snagu 22. kolovoza 2020.: (a) financiranje parnica financijski je proizvod, (b) programi financiranja sudskih sporova općenito podliježu režimu upravljanoga plana ulaganja, (c)

---

<sup>438</sup> *Op. cit.* u bilj. 434, str. 7–8.

davatelji financijskih usluga za financiranje sudskih sporova u načelu su dužni imati AFS licencu i (d) moraju biti registrirani za financiranje sudskih sporova.<sup>439</sup>

Nesporno je da je najnovijim izmjenama australska vlada odlučila regulirati tržište financiranja sudskih sporova sredstvima treće strane.

## **ii. *Maintenance, champerty* i odgovornost za troškove u sudskoj praksi**

Kako je riječ o državi koja primjenjuje anglosaksonsko pravo, to je i jedno od područja na kojem se prvi put raspravljalo o primjeni gore opisanih *maintenance* i *champerty* doktrina na institut financiranja sporova sredstvima treće strane.

Đinović i Vlahek u studiji komparativnih prava razvoja instituta financiranja sredstvima treće strane zaključuju da se Australija smatra jednim od najnaprednijih svjetskih tržišta financiranja postupaka sredstvima treće strane. Tijekom posljednja dva desetljeća australski su sudovi razvili sudsku praksu koja se bavi nekim od najsloženijih pitanja koja se odnose na taj institut, kao što su: (i) legitimnost i dopuštenost financiranja (primjena *maintenance* i *champerty* doktrina); (ii) pravna priroda instituta financiranja sredstvima treće strane; (iii) mogući sukob interesa svojstven tom institutu; (iv) ovlast australskih viših sudova da nalože nestranci da plati troškove postupka suprotnoj strani; (v) osiguranje troškova i primjerenost polica osiguranja kao oblika osiguranja; te (vi) ograničenja prava intervencije Saveznog suda pri procjeni razumnosti povrata investicije treće strane u predmetima zahtjeva za odobrenje ugovora o financiranju u slučajevima tužbi za zaštitu kolektivnih interesa i prava. Australska industrija financiranja sporova djeluje na nacionalnom tržištu, financirajući pretežno tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava (*class actions*) i pojedine parnične postupke, ali ne postoji sveobuhvatna regulativa toga instituta za cijelu državu. Umjesto toga, postojeći regulatorni okvir slijedi relaksirani pristup u normiranju koji se fokusira samo na ograničena važna područja (otkrivanje strankama i sudu da se koristi financiranje sredstvima treće strane, sukob interesa, naknade odvjetniku samo u slučaju uspjeha u sporu ili tzv. *success fee*).<sup>440</sup>

Za primjenu *maintenance* i *champerty* doktrina na institut financiranja postupka sredstvima treće strane posebno je značajna odluka u predmetu *Campbells Cash and Carry Pty Ltd vs.*

---

<sup>439</sup> Consultation Paper 345: Litigation funding schemes: Guidance and relief, Australian Securities and Investments Commission (ASIC), srpanj 2021., str. 6–8, dostupan na: <https://asic.govs.au/media/lrcpy4ql/cp345-published-9-july-2021.pdf>.

<sup>440</sup> *Op. cit.* u bilj. 403, str. 22–23.

*Fostif Pty Limited*<sup>441</sup> (dalje u tekstu: predmet *Fostif*) za koju Duffy navodi kako je dovela do toga da se, barem u jurisdikcijama u kojima su *maintenance* i *champerty* ukinuti kao kazneno djelo i građanskopravni delikt, *maintenance* i *champerty* više ne mogu koristiti za osporavanje valjanosti ugovora o financiranju postupka.<sup>442</sup> Odluka Visokoga suda Australije, najvišega australskoga suda, u predmetu *Fostif* kojom je utvrđeno da se na ugovore o financiranju ne primjenjuje *maintenance* i *champerty* doktrina te posljedično legalizaciju toga instituta u australskom poretku navodi:

66. *Ispitivanje pitanja zaštite javnoga poretka mora započeti razmatranjem Zakona o ukidanju maintenance, champerty i barratry iz 1993. (NSW) (dalje u tekstu: Zakon o ukidanju). Zakonom o ukidanju ukinuta su kao kažnjiva djela maintenance, champerty i barratry koja su bila kažnjiva prema common law. (...) Pa ipak, odjeljak 6 Zakona o ukidanju propisuje da u australskom common law može postojati šire pravilo. Odjeljak 6 propisuje:*

**“Ovaj Zakon ne utječe na vladavinu prava u slučajevima u kojima se ugovor treba tretirati kao suprotan javnom poretku ili na drugi način nezakonit** [istaknula autorica], bez obzira je li ugovor sklopljen prije početka stupanja na snagu ovog zakona ili je sklopljen nakon početka.”

67. *Iz odjeljka 6. Zakona o ukidanju vidljivo je da se maintenance i champerty ne smiju smatrati uvijek pravno nebitnim. Odjeljak 6. pretpostavlja da se prigovori o zaštiti javnoga poretka i nezaklonosti još uvijek mogu pojaviti u vezi s ugovorima koji potpadaju pod zabranu maintenance i champerty. Zakon o ukidanju, međutim, ne navodi izričito jesu li pitanja maintenance ili champerty relevantna za pitanja zlouporabe procesnih prava kao što se izravno ne bavi pitanjem koje bi područje javnog poretka ili nezaklonosti obuhvaćale sada kada više nisu okarakterizirane kao kazneno djelo ili delikt. Da bi se razmotrilo koje bi se područje u tom kontekstu moglo odnositi na zaštitu javnoga poretka i nezaklonost, potrebno je поближе razmotriti neke aspekte razvoja maintenance i champerty doktrina.*

84. *Žalitelji opisuju ponašanje Firmstonsa kao “dilanje” (trafficking) u parnici. Izraženo na taj način, podnesci žalitelja mogu se shvatiti kao spoj dva odvojena argumenta: prvo, da ugovori o financiranju predstavljaju maintenance ili champerty, i drugo, da predstavljaju i zlouporabu postupka koja se može izbjeći samo nalaganjem zastoja postupka. Drugi od tih navoda, o zlupotrebi postupka, predstavlja tumačenje maintenance i champerty izvan pitanja zaštite javnoga poretka relevantnih u provedbi ugovora o financiranju sklopljenog između stranaka.*

85. *U jurisdikcijama u kojima su doneseni propisi koji imaju isti učinak kao i Zakon o ukidanju, premisa za drugu tvrdnju nije valjana te postoji nekoliko razloga da se taj argument odbije. Nije potrebno niti je prikladno odlučiti kakav bi bio položaj u onim jurisdikcijama u kojima su maintenance i champerty i dalje delikt ili pak možda čak i kazneno djelo.*

89. *Kao što je Mason P. u odluci žalbenog suda s pravom istaknuo, mnogi ljudi žele ostvariti dobit asistiranjem u sudskim postupcima. Nije iznenađujuće da treća osoba koja ulaže sredstva u parnicu želi i kontrolirati parnicu. Da bi netko mogao tvrditi da je činjenica da treća osoba potiče sudske sporove i traži one koji bi mogli imati tužbeni*

---

<sup>441</sup> *Campbells Cash and Carry Pty Ltd vs. Fostif Pty Limited* [2006] HCA 41; (2006) 229 ALR 58; (2006) 80 ALJR 1441 (30 August 2006) 229 CLR 386, odluka je dostupna na: <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/2006/41.html>.

<sup>442</sup> *Op. cit.* u bilj. 365, str. 174.



zahtjev protivna javnom poretku mora postojati opće pravilo da kada je riječ o takvim radnjama riječ je o maintenance. No, taj je pristup odavno napušten i kvalifikacija toga pravila (pozivajući se na kriterij zajedničkog javnog interesa) pokazala se neuspješnom. Ali kada ponašanje koje potpada pod maintenance više nije niti kazneno djelo niti predstavlja delikt, što bi jedino moglo biti temelj za zaključak da je riječ o povredi javnoga poretka, tada o toj tužbi ne bi trebao odlučivati sud na čiju se nadležnost poziva upravo tužitelj.

90. Dvije su ideje predložene kao temelj zaštite javnoga poretka u ovom predmetu – **strah od negativnih učinaka na sudske postupke i strah od “pravičnosti” dogovora postignutog između treće strane koja financira postupak i tužitelja koji koristi financiranje** [istaknula autorica]. U predmetu *Giles vs. Thompson*, lord Mustill je obrazložio da se maintenance i champerty najbolje mogu shvatiti promatrajući njihovo podrijetlo; a koje podrijetlo je on tumačio kao **“načela zaštite javnoga poretka osmišljena za zaštitu čistoće pravde i interesa ugroženih stranaka u postupku”** [istaknula autorica].

91. **Nijedno od navedenoga, bez obzira na njihovu specifičnu primjenu u konkretnom slučaju, ne zahtijeva formuliranje općeg pravila zaštite javnoga poretka koje bi, u biti, omogućilo kazneni progon u slučajevima u kojima je postignut bilo kakav sporazum kojim se osigurava financiranje stranke koja namjerava pokrenuti ili voditi sudski postupak u zamjenu za dio prihoda ostvaren u parnici** [istaknula autorica], ili bi omogućio gonjenje jer je ugovor o financiranju zadovoljio neke standarde koji određuju prirodu ili stupanj kontrole ili naknadu koju treća strana koja financira postupak ima prema tom ugovoru. **Adresiranje tih strahova usvajanjem pravila u bilo kojem obliku bilo bi preširoko usmjereno na probleme koji proizlaze iz tih strahova** [istaknula autorica].

92. **Potrebno je stalno imati na umu da se pitanja nezakonitosti i zaštite javnoga poretka mogu pojaviti prilikom razmatranja je li ugovor o financiranju provediv** [istaknula autorica]. To proizlazi iz odjeljka 6 Zakona o ukidanju. Nadalje, **pitanje je li ugovor između treće strane koja financira postupak i potencijalnog tužitelja “pravičan” u sebi uključuje postojanje nekog objektivnoga standarda koji se može utvrditi** [istaknula autorica], a prema kojem se treba mjeriti pravednost, kao i da bi sudovi trebali primijeniti određenu (neidentificiranu) moć da oduzmu poslovnu sposobnost punoljetnim osobama da sklapaju te ugovore [i preuzmu odgovornost za ono što su ugovorile, op. aut.]. **Niti jedna navedena pretpostavka nije utemeljena** [istaknula autorica].<sup>443</sup>

Prema Izvješću ICCA – Queen Mary od odluke Visokog suda u gore citiranom predmetu *Fostif* iskustvo pokazuje da se početna zabrinutost da bi financiranje parničnog postupka sredstvima trećih strana moglo narušiti australski pravosudni sustav ako se trećoj strani dopusti “kontrola” nad postupkom, pokazala neutemeljena. Australski ugovori o financiranju uobičajeno imaju odredbe koje omogućuju financiranim stranama da ponište upute koje bi treća strana koja pruža financiranje dala odvjetnicima, potiču na što brži postupak rješavanja sporova, pa se ti ugovori mogu opisati kao sustav učinkovite provjere i ravnoteže, a ne sustav potpune kontrole.<sup>444</sup>

<sup>443</sup> *Op. cit.* u bilj. 441.

<sup>444</sup> *Op. cit.* u bilj. 54, fusnota 459, str. 195.

Plaćanje troškova postupka suprotnoj strani i mogućnost da se na to obveže treća strana koja financira troškove postupka bilo je sporno u predmetu *Jeffery & Katauskas Pty Ltd vs. SST Consulting Pty Ltd*<sup>445</sup> pa je u nastavku najvažniji dio presude Visokog suda Australije:

*1. O troškovima parničnog postupka pred Vrhovnim sudom Novog Južnog Walesa "odlučuje sud". Članak 98 (1) (a) Zakona o parničnom postupku iz 2005. ("ZPP") tako propisuje. Ovlaštenje izraženo tim izrazima proteže se na dosuđivanje troškova protiv osoba koje nisu stranka u postupku, ali ovlaštenje iz čl. 98 (1) (a) Zakona o parničnom postupku ograničeno je primjenjivim "sudskim pravilima". Jedno od tih pravila, pravilo 42.3 (1) Jedinstvenih pravila o parničnom postupku iz 2005. (Novi Južni Wales) (dalje u tekstu: UCPR), propisuje da "sud ne smije, u vršenju svojih ovlasti i diskrecijskih ovlasti iz članka 98. [ZPP], naložiti plaćanje troškova osobi koja nije stranka". Iznimka od te zabrane slijedi već u pravilu 42.3 (2), koji propisuje:*

*"Ovo pravilo ne ograničava pravo suda:*

*(...)*

*(c) naložiti osobi koja je počinila djelo nepoštivanja suda ili koja je zloupotrijebila postupak plaćanje cijeloga ili dijela troška stranci u postupku, a koji su nastali zbog nepoštivanja suda ili zbog zloupotrebe postupka..."*

*Žalbe u ovom postupku otvaraju pitanje **ima li Vrhovni sud Novog Južnog Walesa ovlast naloži plaćanje troškova suprotne strane u postupku trećoj strani koja nije stranka u postupku** [istaknula autorica], ali koja je financirala insolventnog tužitelja – pravnu osobu bez da je tužitelju dala naknadu za plaćanje troškova suprotne strane. **Ima li Sud ovlast to učiniti ovisi o tome je li treća osoba koja financira parnicu "zlouporabila postupak"** [istaknula autorica], čime je dovela do primjene pravila 42.3 (2) (c).*

*Zloupotrebavanje postupka*

*(...)*

*26. U Ujedinjenom Kraljevstvu 1967. godine i u Novom Južnom Walesu 1995. godine ukinuti su kao kaznena djela maintenance i champerty. Zakonodavstvo Novog Južnog Walesa izričito propisuje da Zakon "ne utječe na vladavinu prava u slučajevima u kojima je ugovor protivan javnom poretku ili na drugi način nezakonit, bez obzira na to je li ugovor sklopljen prije ili je sklopljen nakon početka primjene toga zakona". Ukidanje kaznenih djela i građanskopravnoga delikta nije isključilo mogućnost da financiranje postupka sredstvima treće strane za naknadu bude proglašeno zloupotrebom postupka, ali priznati tu mogućnost ne znači da je financiranje stranaka sredstvima treće strane u parničnom postupku za naknadu samo po sebi zloupotrebavanje sudskoga procesa. To nakon odluke ovoga suda u predmetu *Campbells Cash and Carry Pty Ltd protiv Fostif Pty Ltd* nije moguće.*

*(...)*

*28. Izraz "zloupotrebavanje postupaka", kako se danas koristi u Australiji, nije ograničena na gore navedene kategorije koje predstavljaju građanskopravni delikt. U presudama ovoga Suda više je puta obrazloženo da lista zloupotrebavanje postupka nije zatvorena lista. U predmetu *Walton vs. Gardiner* većina je sudaca prihvatila stav iz predmeta *Hunter vs. Načelnik policije West Midlands* da **sudovi imaju inherentno pravo spriječiti zloupotrebavanje postupaka na način koji bi, čak i ako nije u skladu s doslovnom primjenom procesnih pravila suda, ipak bio "očito nepošten prema stranci u postupku ... ili bi na drugi način doveo pravosuđe na loš glas među ljudima koji misle ispravno"** [istaknula autorica]. To*

<sup>445</sup> *Jeffery & Katauskas Pty Ltd vs. SST Consulting Pty Ltd* [2009] HCA 43; 239 CLR 75; 83 ALJR 1180; 260 ALR 34, dostupna na: <https://jade.io/article/118456>.

ne znači da je zlorporaba postupka općeniti pojam ili pojam bez značenja. To također ne znači da je svako ponašanje stranke ili treće strane koja nije stranka u postupku ujedno zlorporaba procesa ako se može okarakterizirati kao nešto što je nepravedno prema drugoj stranki. **Zlorporaba se postupka odnosi na postupanja koja su “ozbiljno i nepošteno opterećujuća, pristrana ili štetna” ili “predstavljaju ozbiljan i neopravdan problem i uznemiravanje”** [istaknula autorica].

(...)

30. **Iz toga proizlazi da ugovor o financiranju koji treća strana, radi ostvarivanja naknade, sklopi sa strankom u odnosu na pokretanje i vođenje postupka, sam po sebi nije zlorporaba sudskog postupka** [istaknula autorica].

(...)

39. **Budući da osiguranje troškova neće uvijek biti naloženo protiv insolventnoga tužitelja, ne može se tvrditi da će tuženiku, suočenom s tužbom insolventnoga tužitelja, uvijek biti odobren zahtjev protiv tužitelja za polaganjem osiguranja troškova. Postoje slučajevi u kojima uspješna obrana dolazi po znatnoj cijeni, a u kojoj mjeri ta mogućnost postoji i u kojoj mjeri je to “nepošteno” potpada pod norme i načela koja uređuju osiguranje troškova. Niti postojanje takve mogućnosti, niti njezin razmjer ne navode na zaključak da postoji općenito pravilo prema kojemu bi predstavljalo zlorporabu postupka podnošenje tužbe i vođenje postupka usprkos insolventnosti** [istaknula autorica]. Pitanje hoće li ili u kojoj mjeri tuženik uspjeti u sporu po cijenu da neće uspjeti naplatiti troškove od tužitelja ukazuje na potrebu ponovnog razmatranja odredaba ili načela koja normiraju institute osiguranja troškova postupka. To nije bio predmet rasprave i pitanje je o kojem se ne izražava naše stajalište.

(...)

41. **Prilikom odlučivanja o tome je li došlo do zlorpotrebe postupka, valja uzeti u obzir činjenicu da je prema procesnom pravu opće pravilo da se ne nalaže plaćanje troškova postupka trećoj osobi koja nije stranka u postupku. Prilikom odlučivanja je li ustrajanje u postupku u ovom slučaju predstavljalo zlorporabu postupka, nije dovoljno ukazati da bez primjene članka 42.3 (2) (c) UCPR-a, troškovi ne mogu biti naplaćen od treće osobe koja nije stranka u postupku. Niti je dovoljno ukazati na činjenicu da je tužitelj insolventan. Ta posljednja činjenica je relevantna za osiguranje troškova.**

42. **Sada kada je utvrđeno da kao prvo procesno pravo ne dopušta nalaganje plaćanja troškova postupka trećoj strani, osim u iznimnim slučajevima** [istaknula autorica], te da tužiteljeva insolventnost ima značaj samo u pogledu osiguranja troškova, žaliteljeva tvrdnja da je vođenje postupka predstavljalo zlorporabu postupka ovisi o jednoj od dva zaključka:

- općeg zaključka da sama činjenica da treća strana financira troškove postupka predstavlja zlorporabu postupka;
- zaključka da, usprkos činjenici da se načela procesnoga prava o osiguranju troškova i usprkos činjenici da je opće pravilo procesnoga prava da sud u pravilu nema pravo naložiti plaćanje troškova trećoj strani koja nije stranka u postupku, treća strana koja financira troškove stranke u postupku mora također osigurati sredstva kako bi stranka koju financira mogla snositi i troškove stranke suprotne strane.

Kao što je već ranije spomenuto, **opći zaključak da financiranje troškova sredstvima treće strane predstavlja zlorporabu postupka nije u skladu s onim što je odlučeno u predmetu *Campbells Cash and Carry Pty Ltd v Fostif Pty Ltd***. [istaknula autorica]. Drugi, precizniji zaključak ne može se prihvatiti.

43. **Prijedlog da treća strana koja financira troškove stranke u postupku mora također osigurati sredstva kako bi stranka koju financira mogla snositi i troškove stranke suprotne strane je preširoki prijedlog** [istaknula autorica] da bi ga se moglo prihvatiti.

*Kako je navedeno, prijedlog takvoga zaključka bi se odnosio i na dioničare koji financiraju postupak u kojem tvrtka čiji su dioničari potražuje od suprotne strane, rodbinu koja financira pojedinačni zahtjev tužitelja kao i na banke koje daju prekoračenje po računu korporativnom tužitelju. No ne samo da je zaključak preširok, već ima i ozbiljnije, temeljne poteškoće. Nije utemeljen u doktrini. Zaključak pokušava primijeniti opća načela o zlouporabi procesa (a posebno pojam "nepravdnosti") te ga vezati uz određenu karakteristiku sadašnjega ugovora o financiranju i opisati posljedice toga ugovora kao "nepravdne" prema tuženiku jer su odredbe i načela o osiguranju troškova uključeni u predmet, a pravila ne dopuštaju nalaganje trećoj strani da plati troškove, osim ako se ne primijeni odredba o zloupotrebi postupka. Iz prethodno navedenih razloga, taj je zaključak neodrživ.<sup>446</sup>*

### **iii. Zaključak**

I u Australiji, kao i u većini zemalja anglosaksonskoga prava, *maintenance* i *champerty* doktrine su većinom napuštene, što ne iznenađuje jer je i tu tržište financiranja razvijeno s time da je to tržište usmjereno znatno više na financiranje sudskih sporova.

Naime, prema komparativno-pravnoj studiji investicijske arbitraže, koja se jednim dijelom odnosila i na usporedbu instituta financiranja sredstvima treće strane u parnici i u arbitraži, 15 % australskoga parničnog tržišta koji iznosi 21 milijardu dolara otpada na financiranje sredstvima treće strane, dakle profesionalne pružatelje usluge financiranja, s time da se značajan dio financiranja sudskih sporova odnosi na insolventne sporove, tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava (*class action*), tužbe za naknadu štete te tužbe za zaštitu okoliša. Nasuprot tome, u Australiji je mali broj financiranih arbitražnih postupaka.<sup>447</sup>

Analiza učinka korištenja instituta financiranja postupka sredstvima treće strane u australskom domaćem kontekstu pokazala je da financiranje postupka sredstvima treće strane dovelo do podnošenja više tužbi općenito, a posebno tužbenih zahtjeva koji u sebi uključuju element nečega novoga, a time i nesigurnoga u odnosu na ishod spora. Novi i riskantni tužbeni zahtjevi mogu, ako završe uspješno po tužitelja, potaknuti razvoj prava. Analiza je pokazala da su predmeti financirani sredstvima trećih strana imali poseban utjecaj na razvoj prava jer su odluke u tim predmetima rjeđe bile ukidane i češće citirane nego u predmetima u kojima jedna od stranaka nije bila financirana.<sup>448</sup>

Činjenica da je financiranje troškova postupka u Australiji usredotočeno na sudske postupke kao i činjenica da se često koristi u stečajnim postupcima i u *class action* najvjerojatnije su

---

<sup>446</sup> *Ibid.*

<sup>447</sup> Dominic Roughton, Kenneth Beale i Boies Schiller Flexner (ur.): The International Comparative Legal Guide to: Investor-State Arbitration 2019, Global Legal Group Ltd., November 2018, str. 47, dostupno na: [https://sccinstitute.com/media/293707/isa19\\_chapter-7\\_investor-state-arbitration-before-the-scc-institute.pdf](https://sccinstitute.com/media/293707/isa19_chapter-7_investor-state-arbitration-before-the-scc-institute.pdf).

<sup>448</sup> *Op. cit.* u bilj. 102, str. 49.

bili jedan od glavnih razloga zašto je financiranje ipak donekle normirano i za obavljanje te djelatnosti je od 2020. godine potrebna licenca. Taj se pristup čini razumnim jer država već prilikom osnivanja društva koje se planira baviti financiranje troškova postupka postavlja određene uvjete kao primjerice u pogledu visine temeljnoga kapitala, a državna agencija ima pravo kontinuiranoga nadzora nad trećima koji profesionalno financiraju postupke.

Kao što je vidljivo iz obrazloženja presude u predmetu *Jeffery* moguće je naložiti trećoj strani koja financira postupak plaćanje troškova postupka suprotne strane, ali to je moguće samo u iznimnim okolnostima, kada je riječ o zlouporabi postupka koju je počinila ta treća strana i kada to postupanje predstavlja postupanje koje je ozbiljno i nepošteno opterećujuće, pristrano ili štetno ili koje predstavlja stvaranje ozbiljnoga i neopravdanog problema i uznemiravanje.

#### **4) Kanada**

Kanada je također jedno od tržišta na kojem se razvija financiranje troškova postupka sredstvima treće strane pa je u nastavku kratak prikaz uređenja toga instituta nakon čega slijedi prikaz sudske prakse.

##### **i. Kratki prikaz financiranja troškova sredstvima treće strane**

*Maintenance* i *champerty* doktrine i danas postoje kao građanskopravni delikt u kanadskom pravu, dok su kao kazneno djelo izbačene iz kaznenoga prava 1953. godine kada je napravljena revizija Kaznenog zakona.<sup>449</sup>

Financiranje troškova sredstvima treće strane je specifično za tužbu za zaštitu kolektivnih interesa i prava (tzv. *class action*) i stečajne postupke, ali u obje je vrste predmeta potrebna verifikacija ugovora o financiranju od strane suda. Potreba potvrđivanja ugovora o financiranju kod tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava taj zahtjev postoji jer ti ugovori obvezuju cijelu grupu potencijalnih tužitelja, a ne samo predstavnika tih tužitelja. U predmetu *Schneider vs. Royal Crown GoldReserve Inc*<sup>450</sup> Kraljevski sud u kanadskom okrugu Saskatchewan ponovio je argumente iz predmeta *Hayes*<sup>451</sup> u kojem je sud u pogledu valjanosti ugovora o financiranju naveo da, da bi ugovor bio valjan, mora biti nužan za pristup pravdi za sve potencijalne tužitelje, podjela ostvarene naknade štete između tužitelja i treće strane koja pruža financiranje mora biti prikladna, odvjetnik tužitelja mora odgovarati i primati upute samo od tužitelja (ne i treće strane koja financira postupak), tužitelji u postupku moraju postupati tako da ne izazivaju nepotrebne troškove i odugovlačenje postupka,

---

<sup>449</sup> *Op. cit.* u bilj. 111, str. 485.

<sup>450</sup> *Schneider vs. Royal Crown Gold Reserve Inc*, 2016 SKQB 278 (CanLII);

<https://www.canlii.org/en/sk/skqb/doc/2016/2016skqb278/2016skqb278.html?resultIndex=1>.

<sup>451</sup> *Hayes vs. The City of Saint John et al.*, 2016 NBQB 125 (CanLII), par. 4, <https://canlii.ca/t/gsb3g#par4>.

predstavnik tužitelja mora i u slučaju nepovoljne odluke o troškovima davati upute odvjetniku potencijalnih tužitelja koje su u njihovom najboljem interesu, ugovor mora sadržavati potrebna ograničenja u pogledu dijeljenja informacija s trećom stranom koja financira troškove postupka te je ta osoba dužna čuvati kao tajnu informacije koje su tako označene, primjenjivo pravo na ugovor je kanadsko pravo, a sud provincije u Kanadi na čijem području je ugovor zaključen ima isključivu nadležnost nad spornim pitanjima koja mogu proizaći iz interpretacije ili primjene ugovora o financiranju.<sup>452</sup>

## **ii. *Maintenance i champerty* doktrine, financiranje drugih postupaka i sudsko potvrđivanje ugovora o financiranju u sudskoj praksi**

U nastavku se daje prikaz sudske prakse tumačenja *maintenance* i *champerty* doktrine zbog financiranja, pitanje obveze potvrđivanja ugovora o financiranju u “običnim” predmetima, tj. predmetima koji se ne podvode pod pojam tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava ili stečajnog postupka te u odnosu na pravo suda da naloži plaćanje troškova postupka trećima, dakle onima koji nisu bili stranka u postupku.

Predmet *McIntyre Estate vs. Ontario (Attorney General)*<sup>453</sup>, u kojem je tužiteljica imala namjeru pokrenuti postupak protiv duhanske industrije zbog smrti njezina muža bavio se pitanjem *maintenance* i *champerty* doktrine u kontekstu financiranja troškova postupka i obveze sudskog potvrđivanja ugovora o financiranju. Prije pokretanja postupka radi naknade štete tužiteljica je inicirala postupak u kojem je tražila da sud potvrdi valjanost ugovora o financiranju. Sud je utvrdio da je zahtjev tužiteljice preuranjen. U nastavku je izvod iz odluke Žalbenog suda u Ontariju u pogledu primjene navedenih doktrina u kanadskom pravu, ali i u pogledu obveze potvrđivanja ugovora o financiranju od strane suda u predmetima koji ne spadaju u tužbu za zaštitu kolektivnih interesa i prava (*class action*) i stečaj:

*[47] ... Najvažnija je svrha common law u odnosu na champerty uvijek bila zaštita prava na pristup pravdi od zlouporabe od strane onih koji zloupotrebljavaju parnični postupak. Podrijetlo champerty ukorijenjeno je u politici usmjerenoj na osiguravanje pravednog rješavanja sporova i zaštiti slabijih stranaka u postupku od zlouporabe [istaknula autorica]. Zaštita koju pruža common law unapređivana je sagledavanjem prikladnosti motiva onih koji započinju parnice. Ispitivanjem motiva lakše se mogu odvojiti zlouporabe postupka od onih koji to nisu ili koji su čak korisni za pravilan pristup pravdi. Kao i common law, cilj Zakona o champertyju bez sumnje je bio zaštita prava na pristup pravdi od zlouporabe.*

(...)

(d) Ugovori o naknadama odvjetnika samo u slučaju uspjeha u sporu

<sup>452</sup> *Op. cit.* u bilj. 111, str. 488.

<sup>453</sup> *McIntyre Estate vs. Ontario (Attorney General)*, 2002 CanLII 45046 (ON CA), dostupno na: <https://canlii.ca/t/1fz12>.

[51] Pregled sudske prakse koja se odnosi na champerty otkriva dvije dvojbe koje su potaknule netrpeljivost sudova prema takvim vrstama ugovora. Prvi je bio strah da će odvjetnici, shvativši da će biti plaćeni samo ako uspiju s tužbom, doći u iskušenje da pribjegnu mnoštvu neetičkih postupaka kako bi osigurali uspjeh, a time i osigurali plaćanje njihove naknade. U rudnicima Trepca, gore, na str. 219-20 Ch., Lord Denning izrazio je tu zabrinutost na sljedeći način:

Razlog zašto common law osuđuje champerty je zbog zloupotreba do kojih može doći. Common law strahuje da bi nesavjesna osoba mogla doći u iskušenje da zbog osobne koristi preuveliča visinu štete, sakrije dokaze ili čak utječe na svjedoke.

[52] Druga dvojba koja je natjerala sudove da dvoje oko korištenja ugovora o naknadi samo u slučaju uspjeha u sporu bila je uočena potreba zaštite odnosa povjerenja između odvjetnika i klijenta. Postojala je bojazan [stranica 274] da bi, ako je odvjetnička naknada vezana za uspjeh u parnici, odvjetnik mogao doći u iskušenje da poduzme radnju u cilju poboljšanja svojih vlastitih interesa, a ne interesa klijenta. Podredno, klijenti bi mogli dovoditi u pitanje predanost odvjetnika interesima klijenata. U svakom slučaju, dvojba je bila da će odnos povjerenja između odvjetnika i klijenta biti narušen.

(...)

[55] Nema sumnje da je sa stajališta javnoga poretka stav prema dopuštanju korištenja ugovora o naknadi samo u slučaju uspjeha u sporu pretrpio ogromne promjene u prošlom stoljeću. Razlog promjene stava izravno je vezan uz zabrinutost oko pristupa pravdi. S vremenom su troškovi parnica značajno porasli, a žalostan rezultat je da mnogi pojedinci s osnovanim zahtjevima jednostavno nisu u mogućnosti platiti pravnoga zastupnika, osim ako ne uspiju u parnici.

(...)

[72] **Također smatram da u svrhu prava na pristup pravdi ugovori o naknadi samo u slučaju uspjeha u sporu trebaju biti dopušteni i pravilno normirani** [istaknula autorica]. Doista, postoji snažan argument da je nastavak zabrane ugovora o naknadi samo u slučaju uspjeha u sporu per se protivno temeljnoj svrsi champerty doktrine – a to je zaštita pravde i, posebno, zaštita slabijih stranaka. Po mom mišljenju, više nije potrebno ili poželjno smatrati da su ugovori o naknadi samo u slučaju uspjeha u sporu sami po sebi champerty. Niti uvjetna priroda ugovora o naknadi, niti činjenica da se odvjetničke naknade mogu platiti od naknade ostvarene tužbom, bez više elemenata, ne bi trebale predstavljati neprimjeren motiv ili objesno miješanje u svrhu champerty doktrine.

(...)

[80] U pododjeljku (d) gore zaključio sam da ugovori o naknadi samo u slučaju uspjeha u sporu sami po sebi nisu u suprotnosti sa Zakonom o champertyju. Međutim, po mom mišljenju, **ugovori o naknadi samo u slučaju uspjeha u sporu koji predviđaju plaćanje naknade koja je nerazumna ili nepoštena sadrže neprimjeren motiv i potpadaju pod zabranu iz Zakona** [istaknula autorica]. Budući da je preuranjeno rješavati pitanje razumnosti i pravičnosti predloženog ugovora, smatram da sudac nije mogao utvrditi to što je tuženik tražio. (...)

[85] Bez obzira na moj zaključak da ugovori o naknadi samo u slučaju uspjeha u sporu više ne bi trebali prema common law biti apsolutno zabranjeni, **apeliram na vladu Ontarija da prihvati savjet koji joj se daje mnogo godina i da donese propis koji dopušta i regulira ugovore o naknadi samo u slučaju uspjeha u sporu na sveobuhvatniji i koordiniran način** [istaknula autorica]. Očigledne su prednosti postojanja regulatorne sheme koja jasno i konkretno obrađuje navedeno u jednom zakonodavnom aktu. Nema razloga zašto Ontario, kao i sve ostale jurisdikcije u Kanadi, ne bi donio takav propis.<sup>454</sup>

---

<sup>454</sup> Ibid.

Meighen tvrdi kako je odluka u predmetu McIntyre znatno utjecala na povoljniju klimu prema financiranju troškova postupka sredstvima treće strane i da je Žalbeni sud pravilno odlučio da je pitanje valjanosti ugovora o financiranju preuranjeno jer ovisi o ishodu glavnoga spora (tužbe za naknadu štete koju je tužiteljica namjeravala podnijeti protiv Imperial Tobaccoa i Venturi Inc zbog smrti njezina muža). Meighen također navodi da je predmet McIntyre potaknuo Ontario na normativno popunjavanje pravne praznine jer je 2004. godine donio Pravilnik 195/04 kojim uređuje ugovore o naknadi samo u slučaju uspjeha u sporu.<sup>455</sup>

U predmetu *Schenk vs. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*<sup>456</sup> glavno je pitanje bilo može li se financiranje postupka sredstvima treće strane koristiti i u ostalim, npr. trgovačkim sporovima. Vrhovni je sud Ontarija zaključio da nema zapreke da se financiranje koristi i u ostalim vrstama sporova (osim obiteljskih sporova). Sud je također utvrđivao je li konkretan ugovor protivan zabrani *maintenance* i *champerty* i u konkretnom je predmetu odbio potvrditi ugovor o financiranju navodeći kako taj ugovor predstavlja *maintenance* i *champerty*:

*[8] Financiranje sudskih sporova sredstvima trećih strana relativno je novo u Ontariju. Tipično, takvi se ugovori koriste u postupcima po tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava. Odvjetnik nije mogao pronaći slučajeve u kojima je financiranje postupka sredstvima treće strane prošireno na kontekst trgovačkih sporova. S obzirom na to, ne vidim razlog zašto bi takvo financiranje bilo neprikladno u području trgovačkih sporova. Međutim, uzimajući to u obzir, prilikom ispitivanja bilo kojeg predloženog financiranja sudskih sporova sredstvima treće strane, mora se uzeti u obzir zakonska zabrana i zabrana iz common law u odnosu na champerty i maintenance u pokrajini Ontario.*

*[10] Taj prijedlog stoga izaziva suprotstavljene dvojbe u pogledu prava na pristup pravdi s jedne strane i zaštite od zlouporabe s druge strane.*

*[17] Po mom mišljenju, bilo bi razumno dopustiti trećoj strani naknadu u iznosu približno 50 % u određenim okolnostima. Po mom mišljenju, taj bi se slučaj uklopio u tu kategoriju, budući da uključuje tužitelja skromnih sredstava koji nastoji pokrenuti značajnu parnicu protiv korporativnih tuženika koja uključuje komplicirani predmet spora i zahtijeva se značajna odšteta. Ne mogu, međutim, prihvatiti uvjete ugovora o financiranju koji omogućuju značajnu naknadu za Redress, s otvorenom izloženošću Schenka koja bi mogla rezultirati da Redress zadrži lavovski dio naknade štete. Po mom mišljenju, takav ugovor ne pruža Schenku pristup pravdi u pravom smislu, već pruža atraktivnu poslovnu priliku Redressu koji nije pretrpio nikakvu štetu [istaknula autorica].*

*[19] Slijedom navedenoga ne odobravam ugovor o financiranju na temelju toga što predstavlja champerty i maintenance. Moje utvrđenje, međutim, ne dovodi u pitanje Schenkovu sposobnost da pregovara o zadovoljavajućem ugovoru s Redressom ili drugim financirateljem.<sup>457</sup>*

---

<sup>455</sup> Hugh Meighen: The Third Party Litigation Funding Law Review: Canada, The Law Reviews, 10 January 2021, str. 2–4, dostupno na: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-third-party-litigation-funding-law-review/canada>.

<sup>456</sup> *Schenk vs. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, odluka je dostupna na: <https://www.canlii.org/en/on/onpsc/doc/2015/2015onsc3215/2015onsc3215.html>.

<sup>457</sup> *Ibid.*



Meighen sumira odluku Schenk i pravilno zaključuje da se u tom predmetu sud oslanjao na sudsku praksu u kontekstu postupaka po tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava te proširio slična načela i na trgovačke parnice. Sud je, primjenjujući zakon na činjenice iz konkretnog ugovora o financiranju i činjenici da je postupak financiran sredstvima treće strane o kojem je riječ u Schenku, odbio odobriti ugovor u tadašnjem obliku jer predstavlja *maintenance* i *champerty*. Taj je zaključak sud utemeljio na činjenici da bi, u nedostatku gornje granice naknade za financiranje, ugovor mogao dovesti do toga da treća strana koja financira postupak ostvari više od 50 % prihoda iz dosuđene naknade štete u sporu, što znači da bi treća osoba (Redress) zadržala lavovski dio bilo kakve naknade štete koja bi bila dosuđena u postupku. Slijedom navedenoga sud je također zaključio da takav ugovor ne pruža Schenku pristup pravdi u pravom smislu riječi, već pruža atraktivnu poslovnu priliku Redressu, trećoj strani koja nije pretrpjela nikakvu povredu prava.<sup>458</sup>

U predmetu *Seedling Life Science Ventures LLC vs. Pfizer Canada Inc.*<sup>459</sup> sud se bavio pitanjem je li potrebno da sud potvrdi ugovor o financiranju u trgovačkim sporovima. Zaključak je Saveznog suda da to nije potrebno. U nastavku je najvažniji dio odluke Saveznog suda iz toga predmeta:

*[16] Temeljni postupak, međutim, nije postupak po tužbi za zaštitu kolektivnih interesa i prava. U Pravilima saveznih sudova ne postoji zahtjev za otkrivanjem ili odobrenjem strukture naknade odvjetniku ili financiranja u bilo kojim sudskim sporovima osim u postupcima po tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava. Ne postoji skupina tužitelja na čije bi interese uvjeti ugovora o financiranju mogli utjecati. Također ne postoje ni pravni, procesni i zahtjevi zaštite javnog poretka na kojima bi se temeljila praksa ili zahtjev razvijen u Ontariju i drugim pokrajinama da se ugovor o financiranju podnosi na prethodno odobrenje sudu u kontekstu privatnih parnica. Taj zahtjev postoji samo u postupcima po tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava. Nema pravne ili logičke osnove za proširenje nadležnosti suda u tom pogledu izvan postupaka po tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava.*

*[18] U onoj mjeri u kojoj su **champerty** i **maintenance** doktrine relevantne u kanadskom common law [istaknula autorica], čak i kao sredstvo zaštite sudova i ugroženih stranaka od zlouporaba, njihova svrha nije, a nikada niti nije bila, da se sudovima povjeri odobravanje ili neodobravanje ugovora o financiranju tužitelja kao uvjet koji prethodi pokretanju ili vođenju sudskoga spora [istaknula autorica]. Te doktrine djeluju i postižu svoju svrhu tako što su ugovore pobojne zbog maintenance i champerty te stoga neprovedivim.*

*[25] Na raspravi su odvjetnici Seedlingsa i Benthama naglasili da, tražeći "odobrenje" ugovora o financiranju, nisu tražili utvrđivanje valjanosti i provedivosti toga ugovora već su u biti tražili od suda izjavu i priznanje u prisutnosti tuženika da osnovna parnica ne predstavlja zlouporabu postupka, da ugovori o financiranju između njih ne umanjuju*

---

<sup>458</sup> *Op. cit.* u bilj. 455, str. 7.

<sup>459</sup> *Seedling Life Science Ventures LLC vs. Pfizer Canada Inc.*, 2017 FC 826 (2002.), 61 O.R. (3d) 257. 2009 CanLII 41540 (ONSC), odluka je dostupna na: <https://decisions.fct-cf.gc.ca/fc-cf/decisions/en/item/235839/index.do>.

provođenje pravde i da tuženik nema pravo osporavati tužiteljevo pravo na vođenje parnice zbog uvjeta iz ugovora o financiranju. **Moj je zaključak da doktrine maintenance i champerty ne daju ovome Sudu ovlaštenje da ispita zakonitost ugovora o financiranju ili da diraju u tuženikovo pravo da u parnici ističe da je riječ o zlouporabi postupka** [istaknula autorica]. Dakle, ono što Sud nastoji istaknuti je da u okolnostima ovoga slučaja, kada tužitelj ostvaruje svoja prava protiv tuženika, ovaj sud nema nadležnost donositi bilo kakve odluke u vezi s bilo kojim ugovorom o financiranju kojemu je tužitelj ugovorna strana, bilo po službenoj dužnosti, po zahtjevu tužitelja ili na prijedlog tuženika. To nema veze s uvjetima samog ugovora o financiranju, već s prirodom prava koja se traže u ovoj parnici.

[28] Kao što je spomenuto, ne postoje procesni zahtjevi za odobravanje ugovora o financiranju stranke izvan postupaka po tužbi za zaštitu kolektivnih interesa i prava i nema pravnih razloga na temelju kojih bi ovaj sud mogao preuzeti nadležnost za ispitivanje ili utvrđivanje valjanosti ugovora o financiranje u kontekstu tužbe i tužbenog zahtjeva kako je on postavljen.<sup>460</sup>

Gay i Shannon u pogledu odgovornosti treće strane za troškove postupka suprotne strane navode kako to pitanje sudovi u Kanadi tek trebaju razmotriti. Iako sudovi imaju i zakonsku i inherentnu nadležnost za dosuđivanje troškova protiv trećih osoba koje nisu stranke u postupku, dakle i onih koji financiraju postupak, test razvijen u sudskoj praksi i predmetu *Ontario Limited vs. Laval Tool & Mould Ltd.*<sup>461</sup>, čiji se kratki prikaz daje u nastavku, previše je uzak da bi pod njega potpali svi oni koji financiraju postupak.<sup>462</sup>

Zanimljivo je da je norma koje dopušta sudovima u Velikoj Britaniji da dosuđuju troškove protiv trećih strana koje nisu stranka u postupku gotovo identična normama kanadskoga prava. To ne čudi jer je i naslijeđena od Velike Britanije. Primjera radi, odjeljak 133 Zakona o sudovima u Ontariju daje i zakonsku i inherentnu nadležnost višem sudu za dosuđivanje troškova protiv trećih koji nisu stranka u postupku. Međutim, za razliku od Velike Britanije u kojoj se troškovi dosuđuju protiv trećih, Žalbeni sud u Ontariju je artikulirao test koji ograničava situacije kada sud može dosuditi troškove protiv trećih (predmet 1318847 *Ontario Ltd. vs. Laval Tool & Mold Ltd.*).<sup>463</sup>

U predmetu *Ontario Ltd. vs. Laval Tool & Mold Ltd.* sud je naveo da može obvezati treće na plaćanje troškova postupka suprotne strane samo u dvije situacije, i to:

1. Treći mogu biti obvezani na plaćanje troškova kada im je namjera, svrha ili motiv bila ostvarivati tužbeni zahtjev putem stranke u postupku i pri tomu izbjeci odgovornost za plaćanje troškova postupka suprotnoj strani u slučaju neuspjeha u sporu. Taj se test

---

<sup>460</sup> *Ibid.*

<sup>461</sup> 1318847 *Ontario Limited vs. Laval Tool & Mould Ltd.*, 2017 ONCA 184 (CanLII), odluka je dostupna na: <https://canlii.ca/t/h0682>.

<sup>462</sup> Alexander Gay and Kirk Shannon: Costs orders against third-party funders: Promoting accountability, February 28, 2020, dostupno na: <https://www.thelawyersdaily.ca/articles/17957>.

<sup>463</sup> *Ibid.*

često naziva test “osoba od slame”. U kontekstu financiranja sredstvima trećih strana, međutim, problem je u tome što iz ugovora o financiranju na kojima se temelji odnos ne proizlazi da treće strane namjeravaju izbjeći tu odgovornost pa je stoga malo vjerojatno da će se ova zakonska nadležnost suda materijalizirati i protiv trećih strana koje financiraju postupak.

2. Sudovi također imaju inherentnu ovlast naložiti trećima plaćanje troškova, ali to je moguće samo u slučajevima teških povreda, nedozvoljenog ponašanja ili ponašanja trećih koje podriva pravično suđenje. I ta će se ovlast samo iznimno moći primijeniti na treće strane koji financiraju postupak jer je svrha ugovora o financiranju isključivo omogućiti zaradu trećim stranama te olakšati sudske sporove, a ne ih ometati.<sup>464</sup>

Slijedom navedenoga ne može se materijalizirati ni zakonska ni inherentna nadležnost suda u pogledu ovlasti suda da obveže na plaćanje troškova postupka suprotne strane treću stranu koja financira postupak.<sup>465</sup>

U nastavku je najvažniji dio odluke u predmetu *Ontario Limited vs. Laval Tool & Mould Ltd.* u pogledu prethodne rasprave:

*[22] Odjeljak 131 (1) Zakona o sudovima (CJA) propisuje:*

*Sukladno odredbama zakona ili sudskih pravila o troškovima i sporednim postupcima ili koracima u postupku odlučuje sud, a sud može odrediti tko će i u kojoj mjeri platiti troškove.*

*[59] Svaka procjena je li prikladno naložiti plaćanje troškova trećoj strani koja nije stranka u postupku mora započeti razmatranjem zakonske nadležnosti suda prema čl. 131 (1) CJA. Ta odredba ograničava diskrecijsko pravo suda da naloži plaćanje troškova navedenim trećima osim u slučajevima kada je zadovoljan test “osoba od slame”.*

*[60] Test “osoba od slame” zadovoljen je ako:*

- 1. Treći ima pravo podnošenja tužbe;*
- 2. Imenovana stranka nije prava stranka; i*
- 3. Imenovana stranka je osoba od slame koja je predložena kako bi zaštitila istinsku stranku od odgovornosti za plaćanje troškova.*

*[61] Ispravno pitanje na koje je potrebno odgovoriti jest je li namjera, svrha ili motiv trećega za uvođenje navedene stranke u postupak izbjeći odgovornost za troškove.*

*[64] Provjera prema testu “osoba od slame” nije evaluativna – pitanje nije je li nedopušteno ponašanje trećeg dovoljno ozbiljno da predstavlja zlouporabu sudskog postupka. Umjesto toga radi se o činjeničnom ispitivanju koje postavlja pitanje je li stranka u spisu samo “formalna” ili “prividna” i je li treći “stvarna” ili “bitna” stranka koja kontrolira postupak i koristi imenovanu stranku u svrhu otklanjanja odgovornosti za troškove. Cilj je utvrditi ponaša li se treći kao “stranka” koja je stavila nekoga drugoga kao stranku u postupku kako bi izbjegla plaćanje troškova suprotnoj strani, a sve kako*

---

<sup>464</sup> *Ibid.*

<sup>465</sup> *Ibid.*

*sud u odnosu na trećeg ne bi bio nadležan naložiti plaćanje troškova sukladno čl. 131 (1) CJA.*

*[66] Nadalje, osim zakonske nadležnosti, viši sudovi imaju inherentnu nadležnost da na temelju diskrecijske ovlasti nalože trećima plaćanje troškova u situacijama u kojima je treći pokrenuo ili vodio parnicu na način da to predstavlja zloupotrebu postupka [istaknula autorica].*

*[75] Neki su sudovi smatrali da je primjereno trećima naložiti da snose troškove ako je treći sudjelovao u ponašanju koja je jednako deliktu maintenance: (...) **Slažem se da, u mjeri u kojoj treći nalikuje na onoga koji počini maintenance, pa tako počini zloupotrebu postupka, može mu se naložiti snošenje troškova postupka suprotne strane** [istaknula autorica].<sup>466</sup>*

### **iii. Zaključak**

Iz prethodnog je prikaza vidljivo da je financiranje troškova postupka sredstvima treće strane u pogledu pojedine vrste sporova dobro regulirano. Sama činjenica da je za te sporove (*class action* i stečaj) potrebna sudska potvrda ugovora o financiranju otklanja potrebu propisivanja otkrivanja o kojem je bila riječ. Nadalje, na taj se način također radi sudska kontrola pretpostavki valjanosti toga ugovora, a to su:

- ugovor o financiranju mora biti nužan za pristup pravdi za sve potencijalne tužitelje,
- podjela ostvarene naknade štete između tužitelja i treće strane koja pruža financiranje mora biti prikladna,
- odvjetnik tužitelja mora odgovarati i primati upute samo od tužitelja (ne i treće strane koja financira postupak),
- tužitelji u postupku moraju postupati tako da ne izazivaju nepotrebne troškove i odugovlačenje postupka,
- predstavnik tužitelja mora i u slučaju nepovoljne odluke o troškovima davati upute odvjetniku potencijalnih tužitelja koje su u njihovu najboljem interesu,
- ugovor mora sadržavati potrebna ograničenja u pogledu dijeljenja informacija s trećom stranom koja financira troškove postupka,
- treća je strana dužna čuvati kao tajnu informacije koje je dobila od stranaka koje financira i odvjetnika kada su tako označene,
- primjenjivo pravo na ugovor je kanadsko pravo, a
- sud provincije u Kanadi na čijem području je ugovor zaključen ima isključivu nadležnost nad spornim pitanjima.

---

<sup>466</sup> *Op. cit.* u bilj. 461.

Bilo bi dobro prethodno opisano rješenje proširiti na sve vrste sporova. To za sada, kao što je bilo vidljivo iz prikaza sudske prakse, nije situacija.

## 5) Irska

Irska ne dopušta financiranje troškova postupka sredstvima treće strane jer u irskom pravnom sustavu i dalje postoje *maintenance* i *champerty* doktrine. Zbog činjenice da je financiranje zabranjeno u Irskoj, u nastavku se daje prikaz sudske prakse tumačenja navedenih doktrina. U zaključku će biti citirana podupiruća presuda u predmetu koji se obrađuje u nastavku. Ta je podupiruća presuda posebno važna za prvu tezu ovoga rada – financiranje omogućuje pristup pravdi jer u korelaciju pristupa pravdi stavlja komercijalizaciju pravde koja je posljedica financiranja troškova postupka. Ta je podupiruća presuda važna jer upućuje na činjenicu da su doktrine *maintenance* i *champerty* napravile puni krug u smislu da iako ne postoje povijesni razlozi koji su doveli do njihova nastanka, postavili su se novi, moderni razlozi zbog kojih te doktrine i dalje imaju smisla.

### i. *Maintenance* i *champerty* u praksi irskih sudova

Financiranje troškova postupka sredstvima treće strane i dalje je zabranjeno u Irskoj te potpada pod *maintenance* i *champerty* doktrine. Predmet koji se bavio zakonitošću financiranja parničnog postupka sredstvima treće strane je *Persona Digital Telephony Ltd & Sigma Wireless Networks Ltd and The Minister for Public Enterprise, Ireland and the Attorney General, and, by order, Denis O'Brien and Michael Lowry*<sup>467</sup>. Tri su suca koja su činila vijeće Vrhovnog suda Irske u tom predmetu dala podupiruću presudu. U nastavku će se citirati najvažniji dio same presude, a u zaključnim razmatranjima ovoga poglavlja i dijelovi jedne od podupirućih presuda jer je ta presuda otvorila zanimljivu raspravu o pitanjima važnim za sveobuhvatno sagledavanje instituta financiranja postupka sredstvima treće strane u odnosu na pristup pravdi i posebno u odnosu na razlike između kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sustava. U odnosu na meritum spora u navedenome je predmetu sud utvrdio da su ugovori o financiranju sredstvima treće osobe koji ta treća osoba sklapa u svojstvu investitora, dakle kao profesionalnu djelatnost, u Irskoj i dalje zabranjeni i predstavljaju *champerty* te je u tom dijelu obrazložio:

*1. Ova žalba otvara pitanja u vezi s deliktima i kaznenim djelima maintenance i champerty te profesionalnim financiranjem sudskih sporova sredstvima treće strane.*

---

<sup>467</sup> *Persona Digital Telephony Ltd & Sigma Wireless Networks Ltd and The Minister for Public Enterprise, Ireland and the Attorney General, and, by order, Denis O'Brien and Michael Lowry* [2017] IESC 27 (23 May 2017) <http://www.bailii.org/ie/cases/IESC/2017/S27.html>.

2. *Persona Digital Telephony Ltd i Sigma Wireless Networks Ltd.*, tužitelji i žalitelji u ovom postupku, u nastavku “tužitelji”.

3. *Ministar za javno poduzeće, Irska, državni odvjetnik i Denis O’Brien* tuženici u ovom postupku i tuženici u osnovnom i ovom postupku, u nastavku “tuženici”. Prva tri tuženika nazivaju se “država”. Četvrti imenovani tuženik naziva se “četvrti imenovani tuženik”.

4. *Michael Lowry*, treća strana, naziva se “treća strana”.

5. Tužitelji su podnijeli zahtjev Visokom sudu od 25. ožujka 2015. godine tražeći:

“Deklaracijom ili na drugi način, sukladno inherentnoj nadležnosti časnog suda, i/ili nalogom prema čl. 34. Pravila viših sudova, kojom se utvrđuje da sklapanjem ugovora o financiranju parnica s *Harbour Fund III, LP*, tužitelji ne sudjeluju u zloupotrebi postupka i/ili ne krše pravila o zabrani *maintenance* i *champerty*”.

7. Ovo je prvi slučaj pred Sudom koji otvara pitanje moguće upotrebe ugovora o financiranju sredstvima treće strane koja to obavlja kao profesionalnu djelatnost u svrhu davanja financijske podrške stranci u pravnom postupku.

9. Država tvrdi da su *maintenance* i *champerty* kaznena djela kao i građanskopravni delikti te da su to djela iz *common law* koja su uređena zakonom stotinama godina. Država se pozvala na Zakon o *maintenance*u iz 1634., “Zakon iz 1634.”, koji je zadržan Zakonom o reviziji prava iz 2007. Država tvrdi da građanskopravni delikti *maintenance* i *champerty* još uvijek egzistiraju te da su sudovi definirali *maintenance* i *champerty* na način da oni obuhvaćaju ugovor o financiranju o kojem je riječ i u ovom slučaju. Država tvrdi da je ugovor o financiranju pobojan zbog nezakonitosti te da tužitelji traže od Suda da promijeni opis građanskopravnih delikata *maintenance* i *champerty*, što nije u nadležnosti Suda.

20. Nije potrebno detaljno razmatrati ugovor o ulaganju jer je njegov temeljni cilj upravo predmet spora pred Sudom. Temeljni je cilj ugovora između stranaka da HF3 financira parnice tužitelja. Osim što financira sudski spor, HF3 nema nikakve veze s tužiteljima.

21. Pitanje je je li ugovor o financiranju nezakonit u slučajevima kada ne postoji veza između tužitelja i treće strane koja financira postupak osim same odluke treće osobe da financira postupak.

26. *Maintenance* i *champerty* su delikti, što dokazuje javni interes.

27. Iako Sudu u posljednje vrijeme nisu pruženi nikakvi dokazi o kaznenom progonu zbog *champerty*ja, djelo je i dalje prisutno.

39. Komisija za reformu prava objavila je Dokument o pitanjima “Nepoštivanje suda i druga kaznena djela i građanskopravni delikti koji uključuju pravosuđe” (LRC IP 10 – 2016). U dokumentu se navodi:

“Kazneno djelo i delikt *maintenance* nastaje tamo gdje treća strana podržava parnicu bez opravdanog razloga. *Champerty* je “kvalificirani oblik” *maintenance*a u kojem treća strana podržava parnicu bez opravdanog razloga u zamjenu za dio iznosa dosuđenog u tom sporu”. (*Greenclean Waste Management Ltd. vs. Leahy p/a Maurice Leahy & Co. Solicitors* (br. 2) [2014] IEHC 314).

40. Dakle, iako su i delikt i kazneno djelo *champerty* još uvijek propisani u Irskoj, granice delikta i kaznenog djela relevantne su za ovu žalbu.

42. U suštini, pitanja pred Sudom su: postoji li delikt i zločin *champerty* u irskom pravu? Koji su parametri delikta i kaznenog djela *champerty*? Potpada li ugovor o financiranju tužitelja pod *champerty*?

46. Sudu je također skrenuta pozornost na predmet *Unruh vs. Seeberger* [2007] HKCFA 9. Taj slučaj koji se vodio pred sudom u Hong Kongu [istaknula autorica] sadržava vrlo

zanimljivu raspravu o champertyju u presudi *Ribeira P.J. On raspravlja o tome što uključuje javni interes u odnosu na champerty. U paragrafu 119 izjavio je:*

*“Hong Kong nastavlja zadržavati kaznenu i deliktnu odgovornost za maintenance i champerty, no to možda nije opravdano i to pitanje zaslužuje ozbiljnu pažnju zakonodavca.”*

*Međutim, ovaj Sud ne pokušava nametnuti javni interes Hong Konga zrelim poslovnim strankama (koje vjerojatno uključuju strane subjekte) koje su se odlučile na arbitražu u jurisdikciji koja ne poznaje te koncepte i koje su se možda dogovorile u Hong Kongu da će financirati arbitražni postupak bez da su bile svjesne bilo kojega ograničenja.*

**47. Dobro je poznato da ugovori koji predstavljaju champerty, a koji proizlaze iz druge jurisdikcije mogu biti zakoniti** [istaknula autorica]. *Kao što je Denning M.R. rekao u In Re Trepca Mines Ltd (br. 2) [1963] par. 199 do 218:*

*“Da su se ticali francuskih sporova, mogli bi biti zakoniti [istaknula autorica] jer, koliko shvaćam, champerty je zakonit u Francuskoj”.*

*Slično je u predmetu Giles vs. Thompson [1993] 3 ALL ER par. 321 do 332 izjavio i Lord Steyn L.J.:*

*“Ugovor koji predstavlja champerty sklopljen u Engleskoj vrijedi ako se odnosi na parnice u zemlji u kojoj je champerty zakonit. To pokazuje da se ne radi o sveopćem javnom interesu koji se primjenjuje svugdje gdje se ugovor sklapa ili gdje će se izvršavati, poput sporazuma o plaćanju mita u inozemstvu. Champerty je osmišljen kako bi zaštitio integritet engleskog pravosudnog sustava [istaknula autorica].”*

*48. Slijedom navedenoga, u predmetu Unruh argument podnositelja žalbe da je riječ o champerty nije uspio ni po gornjoj osnovi. Presuđeno je:*

**“122. Sud u Hong Kongu ne može poništiti ugovor na temelju činjenice da je riječ o maintenance ili champerty ako se ugovor odnosi na sudske ili arbitražne postupke vezano za jurisdikciju u kojoj ne postoji takav javni interes** [istaknula autorica].

**123. Ostavljam otvorenim pitanje primjenjuju li se maintenance i champerty na ugovore u vezi s arbitražama koje imaju sjedište u Hong Kongu** [istaknula autorica] *jer to pitanje ne proizlazi iz ovoga predmeta.”*

*51. (i) U predmetu Thema International Fund vs. HSBC Institutional Trust Services (Irska) [2011] 3 IR 654 tijekom vođenja postupka tuženik je tražio da sud da naloge koji bi naložili otkrivanje financiranja tužitelja. Sud je prihvatio tvrdnju da tužitelj prima neki oblik financiranja sredstvima treće strane. Međutim, sud je zaključio da su treće strane imale legitiman interes u postupku pa je ovo iznimka od općeg pravila o elementima champertyja.*

**54. (i) Ovaj ugovor o ulaganju, ugovor je HF3 za financiranje predmeta tužitelja. HF3 nema nikakve veze s tužiteljima, osim ugovora o financiranju njihovih postupaka. Riječ je, dakle, o ugovoru koji predstavlja champerty** [istaknula autorica] *kako su ga u posljednja četiri desetljeća opisali Viši sud i ovaj Sud u sudskoj praksi. Ne postoji iznimka dopuštena zakonom za takav ugovor.*

**54. (iii) Champerty je i dalje zabranjen zakonom u ovoj državi** [istaknula autorica]. *To je jasno opisano i u nedavnim slučajevima. Osoba koja pomaže tuđe postupke bez interesa i nije u dobroj vjeri djeluje protuzakonito.*

**54. (iv) Sudska praksa drugih common law jurisdikcija nije od velike pomoći** [istaknula autorica] *s obzirom na jasne izjave o pravu. U ovoj državi predloženi Ugovor o ulaganju je ugovor o financiranju koji predstavlja champerty, pa je stoga nezakonit. To je ugovor sklopljen unutar države Irske i stoga se primjenjuje irski zakon* [istaknula autorica].<sup>468</sup>

---

<sup>468</sup> Ibid.

Kao što je vidljivo iz obrazloženja presude sud se nije previše osvrtao na praksu drugih sudova u anglosaksonskom pravnom krugu, već je u odnosu na institut financiranja postupka sredstvima treće strane kada je to ujedno i profesionalna djelatnost treće strane zaključio da je to i dalje zabranjeno u Irskoj. Sud se također osvrnuo i na situaciju kada je riječ o situaciji da je ugovor o financiranju sklopljen između stranaka koje imaju državljanstvo ili pripadnost države u kojoj financiranje postupka sredstvima treće strane nije zabranjeno. U tom je dijelu sud citirao predmete u kojima su sudovi zaključili da će ugovor o financiranju sklopljen u Engleskoj vrijediti ako se odnosi na parnice u zemlji u kojoj je to dopušteno, pri čemu ta činjenica također pokazuje da se u slučajevima zabrane financiranja postupka sredstvima treće strane ne radi o sveopćem javnom interesu koji se primjenjuje svuda gdje se ugovor sklapa ili gdje će se izvršavati. Primjenjujući istu pravnu logiku u citiranom je predmetu *Unruh* sud u Hong Kongu utvrdio da ne može poništiti ugovor o financiranju sredstvima treće strane na temelju činjenice da je to zabranjeno u toj zemlji ako se ugovor odnosi na sudske ili arbitražne postupke vezano uz jurisdikciju u kojoj ne postoji takav javni interes. Pa ipak, kao otvoreno je pitanje ostala situacija kada bi bila riječ o arbitražnom postupku koji ima sjedište u jurisdikciji u kojoj je financiranje postupka sredstvima treće strane zabranjeno. Imajući u vidu NK koja u članku V. st. 2. predviđa da nadležna vlast može odbiti priznanje ili ovrhu pravorijeka ako bi priznanje ili izvršenje odluke bilo protivno javnom poretku te zemlje, postavlja se pitanje ne bi li činjenica da je postupak financirala treća strana utjecala na priznanje ili ovrhu.<sup>469</sup> Taj prigovor bit će teže istaknuti ako je riječ o ovrsi arbitražnog pravorijeka donesenog po ICSID Konvenciji, ali i u tim slučajevima članak 54. st. 3. ICSID Konvencije otvara dvojbu jer propisuje da je mjerodavno pravo za izvršenje pravorijeka pravo države na čijem se teritoriju traži izvršenje.

Irski se sud također osvrnuo i na pitanje može li se treću stranu obvezati da snosi troškove postupka suprotne strane ako stranka koju financira ne uspije u sporu. Ovdje je dakako riječ o financiranju sredstvima treće strane postupaka u kojima treća strana ima neki pravni interes i postupa u dobroj vjeri jer drugi oblici financiranja postupka (samo u svrhu ostvarivanja dobiti, dakle kao investicija) ionako nisu dopušteni. U predmetu *Moorview Developments Ltd & Ors*

---

<sup>469</sup> Pa ipak to ne znači da bi navedeno moglo imati odvratajući efekt u odnosu na arbitražu (posebno trgovačku), osobito ako se uzmu u obzir rezultati istraživanja Akire Saitoa objavljeni u radu pod nazivom *International Commercial Arbitration and International Commercial Courts: Towards a Competitive and Cooperative Relationship*, dostupan na: [https://www.wgtn.ac.nz/\\_data/assets/pdf\\_file/0004/1186978/Saito.pdf](https://www.wgtn.ac.nz/_data/assets/pdf_file/0004/1186978/Saito.pdf). U tom se radu navodi da je 65 % ispitanika izjavilo da kao prednost međunarodne trgovačke arbitraže vidi stabilnost sustava priznanja i ovrhe prema NK, pri čemu je to i najviši rezultat u odnosu na pozitivne strane međunarodne trgovačke arbitraže.



vs. *First Active PLC & Ors*<sup>470</sup> Visoki je sud Irske u presudi raspravio nekoliko pravnih pitanja, konkretno pitanje bi li tuženik trebao podnijeti protutužbu protiv treće strane u odnosu na troškove postupka ako bi želio naplatiti troškove postupka od te treće strane, kao i treba li sud prilikom donošenja odluke o troškovima kojom obvezuje treću stranu na plaćanje utvrditi da je došlo do proboja pravne osobnosti (situacija kada dioničar ili imatelj poslovnog udjela financira postupak, a za što ima pravni interes). Na oba je pitanja sud odgovorio negativno. Sud se također bavio pitanjem prava na pošteno suđenje u kontekstu zahtjeva tuženika da tužitelj predoči prokazni popis imovine. Sud je to naložio navodeći kako će se balans između prava treće strane (na strani tužitelja) i tuženika održati ako protivna strana u postupku nema pravo osporavati troškove pozivanjem na razumnost tih troškova. Razlog zašto se to pitanje propitivalo u postupku jest to što je treća strana – gospodin Cunningham izgubio nekoliko postupaka, i to neke pravomoćno, pa je postojala bojazan na njegovoj strani da ako mu se naloži da preda prokazni popis imovine, da će ta imovina postati predmet ovrhe što će ga onemogućiti u izjavljivanju žalbi. Sud je nakon opsežne analize odlučio da je i treća strana odgovorna za troškove postupka te je također naložio trećoj strani da pristupi unakrsnom ispitivanju u kojem će dati i prokazni popis imovine. U nastavku je izvod iz te presude:

*1.1 U vezi s Cunningham grupom odlučuju se još dva pitanja. Prvo pitanje proizlazi iz prijedloga podnesenog u ime First Active plc ("First Active") kojim se traži da g. Brian Cunningham bude osobno odgovoran za plaćanje troškova dosuđenih u korist First Active u nekim od ovih povezanih postupaka. Relevantni troškovi dosuđeni su protiv različitih društava čiji su stvarni vlasnici g. Cunningham i njegova supruga, a u odnosu na koje je g. Cunningham direktor i, čini se, glavni pokretač. Drugi se zahtjev odnosi na unakrsno ispitivanje g. Cunninghama radi izvršenja (zajedno s raznim povezanim dosuđenim iznosima) u kontekstu naloga koji su već doneseni, u jednom od povezanih postupaka, protiv g. Cunninghama osobno. (...)*

*2.2 Ovdje se javljaju dva stvarna pitanja. Prvo se odnosi na to postoji li nadležnost za izdavanje naloga koje traži First Active. Drugo, u slučaju da postoji takva nadležnost, pojavljuju se pitanja u pogledu kriterija koje sud treba primijeniti pri odlučivanju hoće li donijeti takav nalog i jesu li ti kriteriji ispunjeni u pogledu činjenica ovog predmeta.*

*3. Postoji li nadležnost da se utvrdi da je gospodin Cunningham osobno odgovoran?*

*3.9 (...) Zahtjev da treća strana koja financira postupak snosi troškove suprotne strane dolazi u obzir kad je postupak okončan i ako društvo nije uspjelo u parnici [istaknula autorica]. Sama činjenica da bi bilo nepravedno nametnuti obvezu osiguranja troškova prije ročišta (što bi, naravno, moglo usporiti sam postupak) ne znači da nužno slijedi da bi bilo neprikladno naloži trećoj strani plaćanje troškova kada je postupak završen i ako stranka koju financira nije uspjela u postupku.*

*3.10 Isto tako, ne čini mi se da je argument iznesen u ime gospodina Cunninghama da sud treba odbiti zahtjev jer je u tom slučaju riječ o proboju pravne osobnosti. Sud naima takvom odlukom ne nalaže ujedno i trećoj strani da preuzme odgovornost u*

---

<sup>470</sup> Moorview Developments Ltd & Ors vs. First Active PLC & Ors, High Court of Ireland [2011] IEHC 117, odluka je dostupna na: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5da055d34653d07dedfd5bb5>.

*odnosu na glavnu stvar* [istaknula autorica]. (...) *Treća strana stoga, strogo govoreći, ne odgovara za dugove tvrtke. Umjesto toga, treća je strana neovisno odgovorna jer je osobno poduzela radnje koje su uspješnoj strani u sporu prouzročile troškove* [istaknula autorica].

3.11 (...) *Analiza Tomkins J. u predmetu Carborundum Abrasives Ltd vs. Bank of New Zealand (br. 2) [1992.] 3 NZLR 757, na što ću se referirati na početku, također jasno pokazuje da bi se moglo raditi i o trećoj strani koja je financijska institucija. Takve stranke uopće nisu dioničari. Njihova odgovornost ne proizlazi iz pokušaja prenošenja odgovornosti društva na dioničare ili direktore. Umjesto toga, odgovornost proizlazi iz toga što je treća strana u stvari preuzela parnice poduzeća za svoju vlastitu korist* [istaknula autorica].

3.16 *Što se tiče pojma "tužitelja", slažem se sa zastupnikom da se g. Cunninghamu sada ne može pridružiti kao tužitelj protiv njegove volje. Pravo je pitanje stoga može li se g. Cunningham pridružiti kao tuženik* [istaknula autorica].

3.17 *U vezi s tim važno je reći nešto u vezi s odlukom o troškovima. Troškovi se ne tretiraju na isti način, što se tiče stranaka i podnesaka, kao glavni zahtjev. U slučaju da tuženik želi ostvariti glavni zahtjev protiv tužitelja, potrebno je da tuženik uz svoju obranu podnese i protutužbu. Međutim, tuženik ne mora podnositi protutužbu samo radi omogućavanja da sud tom tuženiku, u slučaju da uspije, naloži plaćanje troškova protiv tužitelja koji nije uspio u sporu* [istaknula autorica]. *Iz toga razloga uspješni tuženik može jednostavno zatražiti troškove, a da nije podnio poseban tužbeni zahtjev u tom pogledu. Što se tiče glavnog zahtjeva, postoji, naravno, postupak u kojem se tuženiku može pridružiti treća strana kao tuženik po protutužbi* [istaknula autorica]. *Ako tuženik protiv tužitelja i treće strane podnosi isti i povezani tužbeni zahtjev, tuženik to može tražiti protutužbom protiv tužitelja na uobičajen način, ali i protiv treće strane kao tuženika u toj protutužbi. Što se tiče glavnoga zahtjeva, čini se stoga jasnim da se treća strana može pridružiti tuženiku kao tuženik protutužbe. Međutim, ne bi bilo primjereno pridružiti se takvoj stranci kao tuženik u protutužbi samo u svrhu traženja troškova jer nije potrebno podnijeti protutužbu protiv tužitelja kako bi se mogli tražiti troškovi postupka u slučaju uspješne obrane* [istaknula autorica].

3.18 *S obzirom na tu pozadinu, ne vidim načelni razlog zašto se treća strana ne bi mogla pridružiti kao tuženik samo u svrhu traženja da se ta strana obveže na plaćanje troškova koji bi se obično mogli dosuditi protiv tužitelja* [istaknula autorica]. *Čini se da je činjenica da bi prvo mjesto za traženje troškova tuženika mogao biti tužitelj i upravo činjenica da postoji povezanost između relevantne treće strane i tužitelja ne mijenja na stvari. Da se radi o traženju glavne stvari protiv treće strane, tek onda bi se treća strana mogla kao tuženik pridružiti po protutužbi. Nema potrebe za protutužbom kada se traže samo troškovi. Bilo bi doista čudno da se treća strana ne može pridružiti kao tuženik protutužbi u pogledu tužbenog zahtjeva te protutužbe, ali da se ona ne može pridružiti kao tuženik samo radi traženja da ju se obveže na plaćanje troškova. (...)*

4.8 *Ocjenjujući čimbenike na temelju kojih bi se trebala utvrditi nadležnost suda na Novom Zelandu, Tomkins J. je u predmetu Carborundum iznio ono što je, po mom mišljenju, analiza od najveće pomoći, a koja kao polazište uzima činjenicu da je sudac suradnik u konkretnom predmetu obrazložio da treba utvrditi da je treća strana postupala neprimjereno, prijeverno ili u lošoj vjeri prije nego što ju se obveže na plaćanje troškova postupka* [istaknula autorica]. *S tim u vezi Tomkins J. je rekao sljedeće:*

*"U svojoj je presudi sudac suradnik naveo da smatra kako, da bi podnositelj zahtjeva uspio u zahtjevu za troškovima postupka protiv treće strane, mora se utvrditi neki oblik neprimjerenosti, prijevare ili loša vjera treće strane. Stav suca suradnika u odnosu na ograničenja odgovornosti ne prihvaćam. Svakako, ako je treća strana koja je povezana s tužiteljem ili tuženikom kroz insolventno društvo postupila nepropisno ili u lošoj vjeri to*

*bi mogao biti uvjerljiv razlog da sud iskoristi svoju diskrecijsku ovlast da naloži plaćanje troškova toj trećoj strani. No treća strana može biti odgovorna za plaćanje troškova ako i nije postupila neprikladno ili u lošoj vjeri* [istaknula autorica]. Na primjer, u *Forestu* je postupak pokrenula tvrtka koja je istog dana platila hipoteku zasnovanu u korist određenih banaka koje su tog dana imenovale i stečajnog upravitelja. U konačnici, postupak je obustavljen. Sud je većinom glasova zaključio da primatelji trebaju snositi troškove. Nije sugerirano da su primatelji postupili nepropisno ili u lošoj vjeri. (...)

4.9 (...) Čini se da su ključni čimbenici za odluku da se treća strana obveže na plaćanje troškova postupka suprotnoj strani **u kojoj je mjeri razumno očekivati da će društvo moći podmiriti sve troškove ako ne uspije u sporu, stupanj moguće koristi za treću stranu i faktori koji utječu na to je li postupak vođen razumno i na razuman način** [istaknula autorica].

4.10 (...) **Krajnje opravdanje za ostvarivanje nadležnosti mora biti ispravljanje potencijalne nepravde koja bi se mogla pojaviti kada je osoba u mogućnosti voditi parnicu uglavnom u svoju korist, ali bez rizika da će morati suprotnoj strani platiti troškove** [istaknula autorica] jer parnicu vodi društvo pa i ako izgubi troškovi će ionako biti dosuđeni protiv insolventne tvrtke. Ako pak parnica uspije, korist će u konačnici steći dioničar koji financira postupak. Međutim, ako je riječ o razumnoj radnji ili podnošenja tužbe ili osporavanja tužbenog zahtjeva (čak i po cijenu da je na kraju neuspješna), to je također faktor koji treba uzeti u obzir.

4.12 Jedan od strateških razloga zašto se kaže da je važno postojanje nadležnosti tipa koju sam upravo opisao je spriječiti da se stranke “besplatno provozaju” kroz parnicu osmišljenu u njihovu korist, bez da stvarno snose rizik od plaćanja značajnih troškova određenih protiv njih. Sudovi su dosljedno izražavali mišljenje da se procesni propusti (čak i relativno ozbiljni) ne bi trebali rješavati naložima koji bi sami po sebi utjecali na vjerojatni ishod postupka, već bi ih, ako je to uopće moguće, trebalo rješavati putem naloga za plaćanje troškova. To je važno jer djeluje odvraćajuće na stranku koja u tom slučaju mora platiti sve troškove nastale zbog vlastitih procesnih propusta. Isto tako, važno je da procesni propusti ne smiju ometati postizanje pravednog rezultata u predmetu kao cjelini, osim ako su ti procesni propusti otežali ostvarivanje poštenog suđenja. Međutim, ako su stranke oslobođene praktičnih posljedica, teško bi se mogla opravdati praksa koja bi ograničavala pravo suda na rješavanje procesnih grešaka donošenjem naloga za plaćanje troškova. (...)

5.12 Konačno, potrebno je vratiti se na točku o kojoj sam već govorio, da je u ime gospodina *Cunninghama* izražena zabrinutost da bi dopuštanje *First Active* da dobije podatke o njegovoj imovini moglo omogućiti *First Active* ovrhu nad tom imovinom (u tom kontekstu koristim imovinu u vrlo širokom smislu kako bih uključio prihod itd.), što bi mu oduzelo mogućnost podnošenja žalbi pred Vrhovnim sudom. Iz obveze na koju sam ukazao jasno je da bi gospodin *Cunningham* imao pravo uložiti žalbu koja je u postupku odlučivanja te da mu je dopušteno trošiti novac na podnošenje odgovarajuće žalbe, ali pod uvjetom da obavijesti *First Active* i pod uvjetom da *First Active* nema pravo osporavati iznos bilo kojega troška žalbe pozivanjem na razumnost toga izdatka.<sup>471</sup>

## ii. Zaključak

Jednu od najsadržajnijih rasprava na temu prava na pristup pravdi i prava na pošteno suđenje u kontekstu *maintenance* i *champerty* doktrina, ali i šire (kontekstu modernoga parničnog

---

<sup>471</sup> *Ibid.*

postupka u zemljama anglosaksonskoga prava) dao je sudac Clarke u podupirućoj presudi u predmetu *Persona*<sup>472</sup> u kojoj je briljantno i fokusirano ukazao na složenost problema:

1.2 (...) *Gospodin Buckley* [glavni državni odvjetnik, op. aut.] tvrdio je da postoje jaki, a što je važno, i moderni argumenti koji se protive tomu da se dozvoli financiranje sredstvima trećih strana i to zbog toga što postoji **potencijalni rizik svojstvene komodifikacije sudskih sporova** [pretvaranja sporova u robu široke potrošnje, op. aut.]. Dok su se oni koji su pokušali osporiti Zakon o *champertyju* često pozivali na njegovo srednjovjekovno podrijetlo, argumenti gospodina Buckleyja pokazuju da postoje trenutno važni i moderni razlozi koje bi trebalo vrlo pažljivo uravnotežiti u svakoj analizi koja bi mogla dovesti do promjene prava u tom području.

2.8 (...) postoji niz čimbenika koje je potrebno uzeti u obzir pri svakoj općoj procjeni do koje mjere bi se moglo reći da danas postoji učinkovit pristup pravosuđu. Popis u nastavku nije nužno i iscrpan popis, ali čini mi se da predstavlja neke od najznačajnijih točaka.

(a) Jasno je vidljivo čak i iz kratkog pregleda podataka različitih međunarodnih tijela o broju sudaca u različitim jurisdikcijama i troškovima poreznih obveznika za financiranje pravosudnog sustava u tim jurisdikcijama da su **opći troškovi značajno niži u zemljama common law u usporedbi sa brojkama iz svijeta kontinentalnoga prava** [istaknula autorica]. (...)

(b) Razlog tomu je, naravno, prilično očit. **Mnogo veći dio tereta utvrđivanja činjenica i istraživanja prava je na strankama u common law sustavu.** (...)

(c) ... postoje, nesumnjivo, i drugi čimbenici koji utječu na cijenu sudskih sporova općenito u zemljama common law, posebno u Irskoj, pa postoji barem vrlo snažni argumenti da je dio razloga, a najvjerojatnije i značajan dio, činjenica da **postoji teret prenošenja parnice sa Suda na stranke, tako da porezni obveznik štedi mnogo novca nauštrb stranaka u postupku.** Kad bi se takve činjenice utvrdile, po mom mišljenju, to bi bio barem argument da bi ih trebalo uzeti u obzir pri procjeni postoji li učinkovit pristup pravdi.

(e) Prvo je da je sve veća složenost parnica dovela do povećanja poteškoća za stranke bez zastupnika koje se teško mogu zastupati na smislen način u određenim vrstama predmeta. (...) Međutim, **postoji i vrlo stvarna vjerojatnost da je sve veća složenost parnica mnoge slučajeve stavila izvan okvira učinkovitog samozastupanja.** (...) Iz toga proizlazi da je sasvim moguće da je došlo do **vrlo značajnog povećanja broja i vrste predmeta u kojima bi se moglo tvrditi da nesumnjivo pravo da se predmet vodi na način da se stranka sama zastupa u sporu ne predstavlja učinkovit pristup pravdi.**

(f) Ali **postoji još jedna posljedica sve veće složenosti parnica.** (...) Prvo, što više odvjetničkog vremena i truda mora ući u slučaj u kojem nema jamstva za plaćanje, to je veći rizik. **U kojoj mjeri ima ekonomskog smisla preuzeti rizik, barem u nekim vrstama slučajeva, upitno je.**

(g) Nadalje, **postoje mnoge vrste predmeta u kojima pokretanje parnice pred sudom zahtijeva ne samo napor odvjetnika, već i značajne izdatke.** Jedna je stvar preuzeti rizik da neko neće biti plaćen u određenom vremenskom razdoblju. Puno je veći rizik ako su posljedice gubitka, pa stoga i nedobivanja naknade troškova, što je dotični odvjetnik (u takvim okolnostima obično pravnik) imao **vrlo značajne osobne troškove** koji će biti izgubljeni. (...)

(h) Sve gore navedene analize osmišljene su tako da pokažu da u praksi postoji **vrlo stvaran problem u vezi s pristupom pravdi.** (...)

---

<sup>472</sup> Op. cit. u bilj. 467.

(...)

*3.1 Za potrebe rasprave, i samo toga, u ovom ću dijelu presude pretpostavit da se može utvrditi da postoji povreda ustavnog prava na pristup sudu koja proizlazi iz činjenice da postoje barem neki slučajevi u kojima se to pravo nedopustivo ometa iz razloga što postoje financijski razlozi zbog kojih nije u praksi moguće ostvariti pravo na pristup pravdi u razumnoj mjeri. Koje onda posljedice ima Zakon o champertyju?*

*3.4 Omogućavanje različitih vrsta financijskih aranžmana između odvjetnika i njihovih klijenata riskira nastanak potpuno istih problema na koje se država oslonila u tvrdnjama protiv financiranja sredstvima trećih strana u ovoj žalbi. Nadalje, takve bi mjere mogle dovesti, ovisno o načinu na koji je model proveden, do nejednakosti pri čemu bi insolventan tužitelj mogao dati svojim odvjetnicima dio dosuđenog iznosa za koji je sud utvrdio da ima pravo po zakonu, dok tužitelj koji ima financijska sredstva to neće biti dužan učiniti. Bez sumnje bi se mogli identificirati i drugi problemi, sve ovisno o usvojenom modelu.*

*3.7 Stoga ne postoji bezbolno rješenje problema. No iz toga proizlazi da je izbor rješenja u velikoj mjeri stvar politike i, barem za početak, ne onih u kojima sudovi mogu na odgovarajući način sudjelovati s obzirom na diobu vlasti. Slijedi pak da, čak i ako bi se sud uvjerio da je u praksi smanjeno pravo na pristup sudu kako bi se opravdalo utvrđivanje povrede ustavnih prava, ne bi nužno slijedilo da je rješenje problema izmjena Zakona o champerty. Kao što je ranije napomenuto, bilo koje od mnogih mogućih rješenja ili čak njihova kombinacija može biti prihvaćeno. Iz toga se razloga u potpunosti slažem sa zaključkom glavnoga suca da je odabir rješenja u velikoj mjeri stvar zakonodavca ili izvršne vlasti, a ne suda. (...)*

#### *4. Završno zapažanje*

*4.1 Međutim, dodao bih jedno upozorenje. Odavno je rečeno da sudovi moraju djelovati kako bi pronašli pravni lijek u svakom slučaju kada je riječ o slučaju kršenja ustavnih prava. Dok je izbor, kao pitanje politike, između niza mogućih načina kojima bi se moglo ukloniti potencijalno kršenje ustavnih prava u osnovi stvar Parlamenta ili izvršne vlasti, moglo bi se dogoditi da se pojave okolnosti da, nakon što konačno bude utvrđeno da je došlo do povrede ustavnih prava, a zakonodavac ili vlada nisu poduzeli ništa da riješe situaciju, sudovi kao čuvari Ustava nemaju izbora nego poduzeti mjere koje inače ne bi bile opravdane.<sup>473</sup>*

Analiza suca Clarkea sumira glavne probleme instituta financiranja, ali ne nudi rješenje jer rješenje problema nije jednostavno. Ukazujući na komodifikaciju sporova, problema složenosti predmeta, troškova postupka, ali i činjenicu da nisu svi predmeti zanimljivi za financiranje i da treća strana koja financira troškove postupka dobiva značajan dio dosuđenoga iznosa koji predstavlja reparaciju povrede prava, sudac Clarke otvorio je ne samo pitanje prava na pristup sudu i prava na pošteno suđenje za obje stranke u postupku i sve potencijalne stranke koje zbog vrste spora neće biti financirane (iako je povreda koja im je učinjena jednako značajna samo manje lukrativna) nego i pitanje je li financiranje troškova postupka stvarno najbolje rješenje.

Izlaganje suca Clarkea objašnjava i oprez Irske da dopusti ulazak financiranja troškova postupka u njezin sustav parničnog postupka na velika vrata. To je razumljivo, ali zahtjevi

---

<sup>473</sup> Ibid.

modernog parničenja zahtijevaju alternativna rješenja koja će morati biti ponuđena jer će u protivnom, kao i u gore opisanom slučaju Australije, sudbena vlast izvršavajući svoje ustavne funkcije izvršiti pritisak na izvršnu i zakonodavnu vlast koje će onda morati pronaći neko rješenje u pogledu izazova modernoga parničnog postupka i pristupa pravdi.

## 6) Francuska

Francusko pravo ne uređuje institut financiranja troškova postupka sredstvima treće strane.

Žalbeni je sud u Versaillesu u predmetu *Société Foris AG vs. SA Veolia Properte*<sup>474</sup> obrazložio da nije nadležan za utvrđivanje valjanosti ugovora o financiranju navodeći kako je riječ o vrsti ugovora *sui generis* koji je nepoznat državama članicama Europske unije uz iznimku Njemačke. Kako je riječ o institutu koji nije normiran nacionalnim pravom, ne postoji regulatorni nadzor trećih strana koje pružaju uslugu financiranja postupka u svrhu ostvarivanja dobiti, nema posebnih propisa koji nalažu otkrivanje podataka ili rješavaju sukob interesa te sud nije ovlašten naložiti trećoj strani (jer nije stranka u postupku) plaćanje troškova postupka suprotnoj strani u slučaju neuspjeha u sporu stranke koju financira niti ta činjenica utječe na osiguranje troškova postupka.<sup>475</sup>

## 7) Njemačka

Njemačko pravo također ne uređuje institut financiranja troškova postupka sredstvima treće strane, pa kako je riječ o institutu koji nije normiran nacionalnim pravom, ne postoji javno tijelo ili regulatorni nadzor trećih strana koje pružaju uslugu financiranja postupka u svrhu ostvarivanja dobiti. Nema posebnih propisa koji nalažu otkrivanje podataka ili sukob interesa i sud nije ovlašten naložiti trećoj strani (jer nije stranka u postupku) plaćanje troškova postupka suprotnoj strani u slučaju neuspjeha u sporu stranke koju financira niti ta činjenica utječe na osiguranje troškova postupka.<sup>476</sup>

Što se tiče sudske prakse, ni nje nema mnogo. Njemački je Savezni sud pravde (*Bundesgerichtshof – BGH, Urteil des I. Zivilsenats vom 13.9.2018 - I ZR 26/17*) zauzeo stav da je financiranje troškova postupka sredstvima treće strane u slučaju tužbi za oduzimanje dobiti u skladu s odjeljkom 10. njemačkoga Zakona protiv nelojalnog tržišnog natjecanja (UWG) nedopušteno. Viši je područni sud u Münchenu (OLG München, 31. 3. 2015. – 15 U 2227/14) zauzeo pravni stav da treća strana koja financira žalbeni postupak ima pravo na 50 % dosuđenog iznosa glavnog zahtjeva za uspjeh u posebnim okolnostima kao što je situacija

---

<sup>474</sup> *Société Foris AG vs. SA Veolia Properte*, CA Versailles, No 05/01038, 1 June 2006.

<sup>475</sup> *Op. cit.* u bilj. 403, str. 41–42.

<sup>476</sup> *Op. cit.* u bilj. 52, str. 4.

kada je treća strana financirala samo žalbeni postupak, a slučaj je već izgubljen u prvom stupnju. U pogledu visine naknade za financiranje Viši je regionalni sud u Münchenu (OLG München, 13. 10. 2004. – 7 U 3722/04) zauzeo pak stav da bi davanje udjela u dosuđenom iznosu višem od 66 % moglo predstavljati kršenje javnoga morala.<sup>477</sup>

## 8) Hrvatska

Institut financiranja troškova postupka sredstvima treće strane nije normiran u hrvatskom procesnom pravu, no to ne znači da se on u praksi ne javlja. Zakon o parničnom postupku nikada nije regulirao to pitanje, kako je pravilno primijećeno u studiji na razini Europske unije.<sup>478</sup>

Hrvatski sudovi zbog nedostatka normiranja i spoznaje o institutu financiranja nemaju mogućnost tražiti da se ta činjenica u postupku otkrije, provjeriti postoji li sukob interesa i razlozi za izuzeće suca, obvezati treću stranu na plaćanje troškova postupka kao ni odrediti osiguranje troškova postupka.

Troškove postupka snose u pravilu stranke, što proizlazi iz članka 154. Zakona o parničnom postupku koji je trenutačno na snazi (dalje u tekstu: ZPP)<sup>479</sup>, a koji propisuje:

*Stranka koja u cijelosti izgubi parnicu dužna je protivnoj stranci i njezinu umješraču naknaditi troškove izazvane vođenjem postupka. Umješrač na strani stranke koja je izgubila parnicu dužan je naknaditi troškove koje je uzrokovao svojim radnjama.*

*Ako su stranke djelomično uspjele u parnici, sud će najprije utvrditi postotak u kojemu je svaka od njih uspjela, zatim će od postotka one stranke koja je u većoj mjeri uspjela oduzeti postotak one stranke koja je u manjoj mjeri uspjela, nakon toga će utvrditi iznos pojedinih i iznos ukupnih troškova stranke koja je u većoj mjeri uspjela u parnici koji su bili potrebni za svrhovito vođenje postupka te će toj stranci odmjeriti naknadu dijela takvih ukupnih troškova koji odgovara postotku koji je preostao nakon navedenog obračuna postotaka u kojima su stranke uspjele u parnici. Omjer uspjeha u parnici ocjenjuje se prema konačno postavljenom tužbenom zahtjevu, vodeći računa i o uspjehu dokazivanja u pogledu osnove zahtjeva.*

*Neovisno o pravilima iz stavaka 1. i 2. ovoga članka, sud može odrediti da jedna stranka naknadi drugoj stranci pojedine troškove primjenom članka 156. stavka 1. ovoga Zakona.*

*Ako su stranke djelomično uspjele u parnici u približno jednakim dijelovima, sud može odrediti da svaka stranka snosi svoje troškove ili da jedna stranka naknadi drugoj stranci samo pojedine troškove primjenom članka 156. stavka 1. ovoga Zakona.*

*Sud može odlučiti da jedna stranka nadoknadi sve troškove koje su protivna stranka i njezin umješrač imali ako protivna stranka nije uspjela samo u razmjerno neznatnom dijelu svog zahtjeva, a zbog tog dijela nisu nastali posebni troškovi.*

---

<sup>477</sup> Ibid.

<sup>478</sup> Op. cit. u bilj. 52, str. 5.

<sup>479</sup> Zakon o parničnom postupku (Službeni list SFRJ, br. 4/77., 36/77., 36/80., 6/80., 69/82., 43/82., 58/84., 74/87., 57/89., 20/90., 27/90., 35/91., Narodne novine, br. 53/91., 91/92., 112/99., 129/00., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 96/08., 84/08., 123/08., 57/11., 148/11. – službeni pročišćeni tekst, 25/13., 89/14., 70/19.).

*Prema rezultatu dokazivanja sud će odlučiti hoće li troškove iz članka 153. stavka 5. ovoga Zakona podmirivati jedna ili obje stranke ili će ti troškovi pasti na teret sredstava suda.*

ZPP u čl. 156. st. 2. propisuje iznimku od općeg pravila da troškove postupka snose stranke u postupku. U toj se odredbi propisuje da sud može odlučiti da zakonski zastupnik ili punomoćnik stranke nadoknadi protivnoj stranci troškove koje je uzrokovao svojom krivnjom. Iz dostupne sudske prakse pronađen je samo jedan takav primjer u kojem je Županijski sud u Bjelovaru obvezao odvjetnika na plaćanje troškova tuženika iz razloga što nije imao punomoć za zastupanje tužitelja u tom predmetu.

Županijski sud u Bjelovaru je u odluci naveo:

*Kada odvjetnik podnese tužbu na koju ga stranka nije ovlastila, a niti je odobrila njegovu radnju podnošenja tužbe u njezino ime, očito je da su troškovi nastali tuženiku pokretanjem postupka i podnošenjem tužbe uzrokovani skrivljenim ponašanjem u tužbi deklariranog punomoćnika tužiteljice koji je protivno odredbi čl. 98. st. 1. ZPP-a neovlašteno i bez priložene tužiteljice punomoći inicirao postupak podnošenjem tužbe, pa je on tuženiku dužan naknaditi parnične troškove u smislu odredbe čl. 156. st. 2. ZPP-a. (ŽS BJ, Gž-3403/09 od 17. listopada 2014.)<sup>480</sup>*

Kao što je vidljivo iz citirane sudske prakse, čl. 156. st. 2. koristi se samo iznimno pa je teško povjerovati da bi sud, čak i da zna za postojanje financiranja sredstvima treće strane, obvezao treću stranu na plaćanje troškova, to više što bi morala biti riječ o situacijama *portfolio* financiranja kada je odvjetnik sredstva dobio od treće strane uz ovlaštenje da sam odabere postupke koje će zastupati i, prema citiranoj sudskoj praksi, zastupao stranke bez valjane punomoći.

U pogledu normativnog uređenja osiguranja troškova postupka treba istaknuti da takva mogućnost više ne postoji u ZPP-u. Izvorni Zakon o parničnom postupku iz 1977. godine<sup>481</sup> propisivao je situacije kada se može tražiti osiguranje troškova u članku 169. – 171.<sup>482</sup>, no te

---

<sup>480</sup> Tomislav Šimić i Vladimir Rončević: Zakon o parničnom postupku u sudskoj praksi – članak 156., Zagreb: Lexpera, svibanj 2021.

<sup>481</sup> Zakon o parničnom postupku (Službeni list SFRJ, br. 4/77.)

<sup>482</sup> Članci 169. – 171. Zakona o parničnom postupku glasili su:

Osiguranje parničnih troškova

Član 169.

Kad strani državljanin ili osoba bez državljanstva tuži u SFRJ, dužan je tuženiku na njegov zahtjev osigurati parnične troškove.

Tuženik je dužan taj zahtjev staviti najkasnije na pripremnom ročištu; a ako ono nije održano — onda na prvom ročištu za glavnu raspravu prije nego što se upusti u raspravljanje o glavnoj stvari odnosno čim je saznao da postoje pretpostavke za traženje osiguranja.

Osiguranje se daje u gotovom novcu, ali sud može odobriti davanje osiguranja i u drugom obliku.

Član 170.

Tuženik nema pravo na osiguranje parničnih troškova:

- 1) ako u državi kojoj pripada tužitelj državljanin SFRJ nisu obavezni da daju osiguranje;
- 2) ako tužitelj uživa u SFRJ pravo azila;
- 3) ako se tužbeni zahtjev odnosi na potraživanje tužitelja iz njegova radnog odnosa u SFRJ;



su odredbe brisane. Naime, prijelaznim i završnim odredbama Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima<sup>483</sup> stavljene su izvan snage odredbe Zakona o parničnom postupku koje su se odnosile na osiguranje troškova te taj institut od 1. siječnja 1983. više ne egzistira u građanskom procesnom pravu bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, a ne postoji ni u hrvatskom građanskom procesnom pravu koje je preuzelo Zakon o parničnom postupku bivše SFRJ.

Bez obzira na nedostatak normiranja, kao što je već spomenuto, financiranje troškova postupka sredstvima treće strane široko je rasprostranjena pojava u praksi, a posebno dolazi do izražaja u radnim sporovima.

Prije rasprave o financiranju troškova postupka u radnim sporovima, u fusnoti se u cijelosti citira e-poruka i obrazac uputnice Nezavisnog sindikata znanosti i visokog obrazovanja o kojima će u nastavku biti riječi, a koje su (uz ostale dokumente) 20. lipnja 2020. godine dobili članovi toga Sindikata.<sup>484</sup>

---

4) ako se vodi spor o postojanju ili nepostojanju braka, o poništaju braka ili o rastavi braka ili spor o utvrđivanju ili osporavanju očinstva odnosno materinstva;

5) ako je riječ o mjeničnoj ili čekovnoj tužbi, o protutužbi ili o izdavanju platnog naloga.

U slučaju sumnje o tome jesu li državljani SFRJ obavezni dati osiguranje u državi kojoj pripada tužitelj objašnjenje daje savezni organ uprave nadležan za poslove pravosuđa.

#### Član 171.

Sud će u rješenju kojim se prihvaća zahtjev za osiguranje parničnih troškova odrediti iznos osiguranja i rok u kojem se osiguranje mora dati, a upozorit će tužitelja na posljedice koje zakon predviđa ako ne bude dokazano da je osiguranje dano u određenom roku.

Ako tužitelj u određenom roku ne dokaže da je dao osiguranje za parnične troškove, smatrat će se da je tužba povučena odnosno da je tužitelj odustao od pravnog lijeka ako je zahtjev za osiguranje stavljen tek u postupku u povodu pravnog lijeka.

Tuženik koji je pravovremeno stavio zahtjev da mu tužitelj osigura troškove nije dužan nastaviti postupak u glavnoj stvari sve dok se pravomoćno ne odluči o njegovu zahtjevu; a ako zahtjev bude prihvaćen — dok tužitelj ne položi osiguranje. Ali ako sud odbije zahtjev za osiguranje, može odlučiti da se postupak nastavi i prije nego što rješenje o odbijanju postane pravomoćno.

<sup>483</sup> Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima propisao je:

#### PRELAZNE I ZAVRŠNE ODREDBE

##### Član 107.

Odredbe ovog zakona neće se primjenjivati na odnose koji su nastali prije njegova stupanja na snagu.

##### Član 108.

Na dan stupanja na snagu ovog zakona prestaju važiti:

1) odredbe čl. od 28. do 32, člana 70. stava 5, člana 88. stava 1, čl. od 169. do 171, člana 178. i člana 222.

Zakona o parničnom postupku (»Službeni list SFRJ«, br. 4/77, 36/77 i 36/80);

2) odredbe čl. od 16. do 22. Uvodnog zakona za Zakon o parničnom postupku (»Službeni list SFRJ«, br. 4/57);

3) odredba člana 26. Osnovnog zakona o braku (»Službeni list SFRJ«, br. 28/65);

4) odredba člana 29. Osnovnog zakona o starateljstvu (»Službeni list SFRJ«, br. 16/65);

5) odredbe čl. 187. i 188. Zakona o nasljeđivanju (»Službeni list SFRJ«, br. 42/65).

##### Član 109.

Ovaj zakon stupa na snagu 1. siječnja 1983.

<sup>484</sup> «Cijenjene kolegice i kolege,

*Nezavisni sindikat znanosti i visokog obrazovanja kreće u daljnje (masovno) utuživanje razlike plaća po Sporazumu o izmjenama i dopunama Dodatka Sporazuma o osnovici za plaće u javnim službama (Sporazumu o osnovici). Radi se o iznosu od prosječno 70% jedne plaće zaposlenika uvećano za pripadajuću zakonsku zateznu*

---

kamatu kroz razdoblje od približno 5 godina. Napominjemo da je određeni broj članova putem Sindikata znanosti 2017. godine protiv ustanova iz sustava znanosti i visokog obrazovanja podnio 50-ak pilot tužbi u sporovima za osnovicu s ciljem ispitivanja sudske prakse. Većina vođenih postupaka je do sada pravomoćno završena na način da su prvostupanjski i drugostupanjski sudovi usvojili tužbene zahtjeve naših članova u cijelosti te za sada nemamo niti jednu pravomoćnu presudu koja ne bi bila u korist naših članova.

Obzirom na dosadašnje pozitivne ishode sudskih postupaka, te obzirom na približavanje roka zastare za podnošenje tužbi (zastara za razliku plaće za prosinac 2015. godine nastupa u siječnju 2021. godine), idući krug podnošenja tužbi obuhvatit će sve članove Sindikata znanosti koji su od prosinca 2015. do siječnja 2017. radili u javnom sustavu znanosti i visokog obrazovanja i u tom razdoblju bili članovi Sindikata, a žele sudskim putem ostvariti pravo na isplatu razlike plaće u navedenom periodu. Uz navedenu kategoriju članova, pravo na podnošenje tužbi i vođenje postupka u organizaciji i na inicijalni trošak Sindikata znanosti ostvaruju i bivši članovi kojima je članstvo u međuvremenu prestalo radi umirovljenja, a u navedenom periodu od prosinca 2015. do siječnja 2017. su bili redoviti članovi Sindikata znanosti.

Napominjemo, tužbe se podnose protiv ustanove, a ne protiv Republike Hrvatske, iako krajnji trošak vođenja postupaka pada na teret državnog proračuna, a ne na teret ustanova. Naime, sve troškove koje će imati povodom vođenja sporova temeljem Sporazuma o osnovici ustanova ima pravo regresno naplatiti od Republike Hrvatske.

Nadalje, važno je da članovi budu svjesni da kada jednom podnesu tužbu, istu ne mogu povući bez odobrenja Sindikata znanosti. U suprotnom, uslijed neopravdanog povlačenja tužbe, parnični trošak nastao do trenutka povlačenja tužbe pada na teret samog člana i Sindikat ga, sukladno važećem Pravilniku o pružanju pravne pomoći Sindikata, u tom slučaju neće snositi.

Slijedom navedenog, pozivamo sve sindikalne povjerenike da bez odgode razgovaraju sa svim članovima Sindikata znanosti koji su u sustavu znanosti i visokog obrazovanja radili u razdoblju od prosinca 2015. do siječnja 2017. godine te da sve članove obavijeste o mogućnosti podnošenja tužbe. Također, molimo sindikalne povjerenike da o mogućnostima podizanja tužbi obavijeste i bivše članove kojima je članstvo u Sindikatu znanosti prestalo radi umirovljenja, ukoliko raspolažu sa kontaktima bivših članova. Članovi i bivši članovi koji se odluče na podizanje tužbi protiv ustanova u kojima su zaposleni/bili zaposleni, trebaju pribaviti sljedeću dokumentaciju potrebnu za podnošenje tužbi:

1. presliku/e ugovora o radu kojim je bio reguliran radni odnos u razdoblju od prosinca 2015. do siječnja 2017. godine (uključujući eventualne anekse ugovora o radu) - napominjemo: važno je dostaviti upravo ugovor o radu koji je u predmetnom razdoblju bio važeći, primjerice ako je netko poslije siječnja 2017. napredovao, dostaviti će raniji ugovor o radu za radno mjesto na kojem je bio zaposlen u razdoblju prosinac 2015.-siječanj 2017., a ne trenutno važeći ugovor,
2. isplatne liste za plaće isplaćene za period od prosinca 2015. godine do siječnja 2017. godine (sveukupno 14 isplatnih lista),
3. izjava člana (Privitak 1 - Izjava) da je u predmetnom razdoblju bio na bolovanju duljem od 42 dana, roditeljskom dopustu, neplaćenom dopustu i sl., te ako jest, u kojem razdoblju,
4. jedan izvornik potpisane punomoći (Privitak 2 – Punomoć Sindikatu) pravnica zaposlenima u Sindikatu znanosti (u privitku) – molimo da plavom kemijskom olovkom ispunite sljedeće rubrike:  
u gornjem dijelu punomoći: ime i prezime, mjesto i adresa, OIB,  
u donjem dijelu punomoći: mjesto i vrijeme potpisivanja punomoći, potpis, IBAN, banka, tel/mob, email,
5. dva izvornika potpisane opće punomoći (Privitak 3 – Opća punomoć) – punomoć je potrebno potpisati plavom kemijskom olovkom u donjem desnom kutu (velikim tiskanim slovima + potpis), ostatak punomoći član ne ispunjava
6. tri primjerka potpisnice uputnice (Privitak 4 – Uputnica - sporovi o osnovici) – za slučaj da predmet člana preuzme odvjetnik, kada je član na kraju postupka dužan Sindikatu uplatiti iznos koji mu je u parnici dosuđen povrh glavnice i kamata, na ime parničnog troška. To je trošak koji ne pripada članu, nego Sindikatu jer on nastaje radi angažiranja odvjetnika u parnicama i dosuđuje se samo u tim slučajevima u svrhu plaćanja odvjetničkog angažmana. Član iznos uplaćuje Sindikatu na temelju potpisane uputnice, a Sindikat taj iznos potom prosljeđuje odvjetniku, sukladno Ugovorima o poslovnoj suradnji s odvjetnikom. U slučaju neuspjeha u sporu, članu se iznos naknade parničnog troška ne dosuđuje i on ga nije dužan proslijediti Sindikatu, nego cjelokupan trošak vođenja parnice pada na teret Sindikata.

Nakon što članovi pribave potrebnu dokumentaciju potrebno je da istu predaju sindikalnim povjerenicima na podružnici. U slučaju da članovi koji žele podnijeti tužbu ne raspolažu s potrebnom dokumentacijom (preslike ugovora o radu i platne liste) savjetujemo da o tome obavijeste sindikalnog povjerenika na svojoj ustanovi te od njege zatraže da od poslodavca za njih pribavi potrebnu dokumentaciju. Za to sindikalnom povjereniku moraju

Da je riječ o financiranju sredstvima treće strane, proizlazi iz dijela e-poruke u kojem se navodi da *trošak postupka ne pripada članu, nego Sindikatu jer on nastaje radi angažiranja*

---

*dati svoju posebnu suglasnost čiji obrazac također dostavljamo u privitku (Privitak 5 - Obrazac suglasnosti povjereniku). Zahtjev za izdavanje dokumentacije (Privitak 6 - Obrazac Zahtjeva za izdavanje dokumentacije) glavni sindikalni povjerenik treba podnijeti poslodavcu temeljem članka 76. st. 5. Temelnog kolektivnog ugovora za službenike i namještenike u javnim službama za sve članove koji za to imaju potrebu, pri čemu savjetujemo da se to radi skupno, dakle za što više članova odjednom, kako se stručne službe ustanova ne bi nepotrebno višekratno angažirale po istom pitanju. Poslodavac može dostaviti traženu dokumentaciju sindikalnom povjereniku i u elektroničkom obliku, kako bi se troškovi poslodavaca minimizirali.*

*Povjerenici su obvezni popuniti obrazac priložene tablice (Privitak 7 – Popis članova) na kojoj će se navesti članovi i bivši članovi koji su se odlučili za podnošenje tužbi i koji su predali dokumentaciju te navedeni popis, zajedno sa prikupljenom dokumentacijom, dostaviti u Tajništvo Sindikata znanosti najkasnije do utorka, 30. lipnja 2020. godine.*

*Također, ljubazno molimo sindikalne povjerenike da u (Privitku 7 – Popis članova) posebno naznače umirovljene/bivše članove kako bi se istima moglo osigurati zastupanje putem odvjetnika te da posebno naznače (rubrika Napomena u Privitku 7 - Popis članova) članove Sindikata koji su prijašnjih godina Sindikatu predali dokumentaciju za podnošenje tužbi u sporovima za osnovicu (ako takvih kod njih ima). Članovi koji su prijašnjih godina predali dokumentaciju dužni su napomenuti da se dokumentacija već nalazi kod Sindikata (isplatne liste, ugovor o radu), ali svakako moraju dostaviti nove potpisane punomoći.*

*Unaprijed Vam zahvaljujemo te Vam za sva dodatna pitanja stojimo na raspolaganju.*

*S poštovanjem,*

*Pravna služba NSZVO-a*

*Johan Hima, mag. iur."*

#### **Uputnica:**

**"NEZAVISNI SINDIKAT ZNANOSTI I VISOKOG OBRAZOVANJA, Zagreb, Ulica Florijana Andrašeca 18 A, OIB: 44542870641 (u daljnjem tekstu: Sindikat), radi ostvarenja prava člana Sindikata na pravnu pomoć**

**u p u ć u j e**

**ČLANA/ICU SINDIKATA**

**ime i prezime**

**adresa**

**broj članske iskaznice**

**oib**

**telefon i e -mail adresa**

**U ODVJETNIČKI URED:**

**radi zastupanja u sporu radi isplate razlike plaće za razdoblje prosinac 2015. - siječanj 2017. temeljem Sporazuma o izmjenama i dopunama Dodatka Sporazuma o osnovici za plaće u javnim službama.**

**Sindikat dostavlja ovu uputnicu odvjetniku, koji će sukladno sklopljenom Ugovoru o zastupanju sa Sindikatom preuzeti zastupanje člana u naznačenoj pravnoj stvari, a troškove zastupanja naplatiti od Sindikata.**

**Zastupani član/ica Sindikata se obvezuje, sukladno Pravilniku o pružanju pravne pomoći članovima Sindikata, sve parnične troškove s pripadajućim zateznim kamatama koji mu/joj u tijeku postupka u naznačenoj pravnoj stvari u kojoj se, temeljem ove Uputnice odobrava zastupanje od strane gore navedenog odvjetnika/ce, budu dosuđeni i isplaćeni (izravno zastupanom članu/ici ili prema njegovim uputama u korist treće osobe), odmah po primitku, a najkasnije u roku od 8 dana uplatiti u korist:**

**Sindikata: IBAN: HR1523600001101370304, OIB: 44542870641**

**Odvjetnik može započeti sa zastupanjem člana tek kad zaprimi uputnicu potpisanu i od strane člana/ice Sindikata kojem se odobrava zastupanje i od strane Sindikata.**

**Ova uputnica sastavljena je u tri primjerka, od kojih jedan primjerak zadržava Sindikat, drugi zaposlenik, a treći se predaje gore navedenom odvjetniku.**

**Svi (osobni) podaci iz ovog dokumenta mogu se koristiti isključivo za potrebe vođenja sindikalne evidencije o zastupanjima, te samog zastupanja i predstavljaju odvjetničku tajnu, a njegovim potpisom član daje svoju privolu za njihovo korištenje u navedenu svrhu.**

**U Zagrebu, 15.06.2020.**

**ČLAN/ICA**

**ZA SINDIKAT"**

*odvjetnika u parnicama (...) član je na kraju postupka dužan Sindikatu uplatiti iznos koji mu je u parnici dosuđen na ime parničnog troška. (...) U slučaju neuspjeha u sporu, članu se iznos naknade parničnog troška ne dosuđuje i on ga nije dužan proslijediti Sindikatu, nego cjelokupan trošak vođenja parnice pada na teret Sindikata.*

Iz svega navedenoga vidljivo je da navedeni Sindikat financira troškove postupka. Budući da su u opisanim slučajevima Sindikat, tj. članovi Sindikata zastupani od strane odvjetnika s kojim Sindikat ima sklopljen ugovor o poslovnoj suradnji, ne može se sa sigurnošću tvrditi da Sindikat ostvaruje neposrednu financijsku dobit od samog financiranja (ugovor o poslovnoj suradnji između Sindikata i odabranog odvjetnika nije javno dostupan), ali Sindikat zasigurno ostvaruje posrednu financijsku korist jer na taj način privlači zaposlenike u znanosti i visokom obrazovanju da se učlane u Sindikat (kroz članarine budućih članova).

Zanimljivo je da Sindikat ima potpunu kontrolu nad postupkom u dijelu koji se odnosi na povlačenje tužbe, što nije moguće bez suglasnosti Sindikata (*važno je da članovi budu svjesni da kada jednom podnesu tužbu, istu ne mogu povući bez odobrenja Sindikata znanosti. U suprotnom, uslijed neopravdanog povlačenja tužbe, parnični trošak nastao do trenutka povlačenja tužbe pada na teret samog člana i Sindikat ga, sukladno važećem Pravilniku o pružanju pravne pomoći Sindikata, u tom slučaju neće snositi*).

Nezavisni sindikat znanosti i visokog obrazovanja donio je i Pravilnik o pružanju pravne pomoći Sindikata.<sup>485</sup> U pogledu instituta financiranja troškova postupka sredstvima treće strane posebno su značajni čl. 6. kao i čl. 7. – 12. Pravilnika iz kojih također nedvojbeno proizlazi da je riječ o institutu financiranja sredstvima treće strane.

Članak 6. Pravilnika uređuje situacije kada član Sindikata ima pravo na pravnu pomoć. Tim je člankom propisano da pravo na pravno zastupanje ima svaki punopravni član Sindikata kojemu je povrijeđeno neko pravo iz radnog odnosa ili u vezi s radnim odnosom ili je izvjesno da će takva povreda nastupiti. Pravno zastupanje člana podrazumijeva zastupanje člana pred poslodavcem, zastupanje člana u izvansudskim postupcima i postupcima mirnog rješavanja sporova te zastupanje člana u sudskim, stegovnim, upravnim i drugim postupcima i tijelima, sve radi zaštite prava iz radnog odnosa ili u vezi s radnim odnosom kao i da člana Sindikata kao punomoćnik može zastupati osoba koja je u radnom odnosu u Sindikatu ili od Sindikata određen odvjetnik.

---

<sup>485</sup> Pravilnik je dostupan na: [http://www.nsz.hr/wp-content/uploads/2018/12/Pravilnik\\_o\\_pravnoj\\_pomoci.pdf](http://www.nsz.hr/wp-content/uploads/2018/12/Pravilnik_o_pravnoj_pomoci.pdf).

Ostvarivanje pravne pomoći na inicijativu člana Sindikata uređeno je u III. glavi Pravilnika, člancima 7. – 11., dok je ostvarivanje pravne pomoći na inicijativu Sindikata uređeno IV. glavom Pravilnika, konkretno čl. 12. U nastavku je izvod iz navedenih odredaba.

Članak 7. u st. 2. i 3. propisuje da sve oblike pravne pomoći članu u pravilu pružaju pravnici zaposleni u Sindikatu, ali i da pravnu pomoć članu može pružiti i odvjetnik kojega odredi Sindikat. Zastupanje od strane odvjetnika detaljno je uređeno čl. 8. koji propisuje da članu Sindikata može biti odobreno zastupanje od strane odvjetnika kojega odredi Sindikat, i to za poduzimanje pojedinačnih radnji u zastupanju člana ili za zastupanje člana u cjelokupnom sudskom ili drugom postupku s time da je jedino Pravna služba Sindikata ovlaštena na temelju podataka dobivenih od strane člana i drugih prikupljenih informacija procijeniti potrebu angažiranja odvjetnika u svrhu djelotvorne pravne zaštite i ostvarenja prava člana. Već su i članci 7. i 8. dostatni za tvrdnju da član Sindikata koji odluči tražiti pravnu pomoć od Sindikata nema čak ni kontrolu nad odabirom osobe koja će ga zastupati, a do koje je mjere ta kontrola oduzeta članu, vidjet će se iz daljnjih odredaba Pravilnika.

Kontrola postupka proizlazi i iz članka 9. za koji bi se na prvi pogled moglo reći da samo uređuje način ostvarivanja pravne pomoći putem odvjetnika, no pažljivijom analizom nedvojbeno se dolazi do zaključka da Sindikat ne samo što u cijelosti kontrolira postupanje člana Sindikata u odnosu na postupak i opseg punomoći koju će član Sindikata dati odvjetniku, već Sindikat kontrolira i samoga odvjetnika.

Naime, čl. 9. uređuje odobravanje zastupanja od strane odvjetnika, tj. izdavanje uputnice. Tim je člankom propisano da ako pravna služba Sindikata smatra zastupanje člana od strane odvjetnika potrebnim, izdat će članu uputnicu kojom ga upućuje poimence određenom odvjetniku, a u kojoj među ostalim naznačuje vrstu i opseg pravne pomoći odobrene članu. Izdanu uputnicu član Sindikata predočava odvjetniku kojem je upućen, a on sukladno sklopljenom ugovoru o poslovnoj suradnji sa Sindikatom preuzima zastupanje člana (dakle, odvjetnik ne može odbiti zastupanje) te troškove zastupanja naplaćuje od Sindikata. Odvjetnik ne može započeti sa zastupanjem člana prije nego zaprimi uputnicu potpisanu i od Sindikata i od strane člana Sindikata kojem se odobrava zastupanje.

Članak 10. Pravilnika, među ostalim, uređuje učinak potpisane uputnice na prava i obveze člana Sindikata te dodatno pokazuje da kontrolu nad postupkom člana Sindikata ima isključivo Sindikat. Prema toj odredbi potpisom uputnice koju je izdao Sindikat, član Sindikata je suglasan da odvjetnik Sindikatu (ne članu!), odnosno osobi koju Sindikat za to

ovlasti, podnosi pravovremene pisane izvještaje o pravnim radnjama koje je poduzeo temeljem uputnice na način da svakom izvještaju priloži dokaz o poduzetoj radnji (presliku podneska, zapisnik s ročišta, presliku zaprimljenih odluka i sl.), a na zahtjev Sindikata (a ne člana kojega zastupa!) dostavi presliku bilo kojega drugoga dokumenta koji prileži spisu predmeta te da navedeno postupanje odvjetnika neće predstavljati povredu obveze čuvanja odvjetničke tajne.

Kontrola nad samim postupkom konačno, upravo u zabrinjavajućoj mjeri, proizlazi i iz čl. 11. st. 2. Pravilnika o pružanju pravne pomoći članovima Sindikata prema kojemu član ne smije bez opravdanog razloga i bez prethodnog odobrenja pravne službe svojim dispozicijama dovesti do okončanja postupka u kojem ga zastupa zaposlenik Sindikata ili mu je Sindikat odobrio zastupanje od strane odvjetnika na način da se nagodi, povuče tužbu ili se odrekne tužbenog zahtjeva, odrekne se prava na pravni lijek ili odustane od već izjavljenog pravnog lijeka.

U tim slučajevima Sindikat nema obvezu podmirenja troškova nastalih vođenjem tako okončanog postupka, osoba koja koristi financiranje je na zahtjev Sindikata dužna Sindikatu vratiti sva sredstva koje je Sindikat predujmio u svrhu vođenja postupka, uključujući sredstva plaćena odvjetniku ako ju je u postupku zastupao odvjetnik, a ako tako ne postupi, Sindikat će protiv te osobe pokrenuti parnični postupak.

Članak 12. Pravilnika, koji uređuje ostvarivanje pravne pomoći na inicijativu Sindikata, predstavljalo bi opisani *barretry* u anglosaksonskom pravu. Tim je člankom propisano da ako se pravo na besplatnu pravnu pomoć ostvaruje na inicijativu Sindikata (masovne tužbe), Sindikat je o tome dužan obavijestiti sindikalnu podružnicu pisanim putem s napatkom o postupanju odnosno informaciju o inicijativi s napatkom o postupanju objaviti na mrežnoj stranici Sindikata. Smatra se da član želi ostvariti pravnu pomoć na inicijativu Sindikata ako je postupio po napatku Sindikata te traženu dokumentaciju s potpisanom punomoći dostavio pravnoj službi putem sindikalnog povjerenika ili putem pošte, preporučenom pošiljkom s povratnicom.

Ako o tome ne postoji drukčiji pisani dogovor Sindikata i člana, Sindikat je na temelju dokumentacije članova prikupljene na inicijativu Sindikata ovlašten samostalno odrediti dinamiku postupanja u vezi zaprimljene dokumentacije vodeći pri tomu računa da maksimalno štiti interese članova te svojim postupanjem ne smije dovesti u pitanje mogućnost ostvarenja prava člana sudskim putem uslijed nastupa zastare. Citirana je norma

zabrinjavajuća i iz aspekta uvođenja presumpcija u odnosu na volju člana Sindikata da bude zastupan.

Konačno, u pogledu citirane odredbe Pravilnika o pružanju pravne pomoći Sindikata nedvojbeno je da postupanje Sindikata u odnosu na pružanje pravne pomoći zasigurno potpada pod *maintenace* doktrinu, a bi li postupanje Sindikata bilo okarakterizirano kao *champerty* ili *barretry*, manje je važno. Da je riječ o Sindikatu koji djeluje npr. u Velikoj Britaniji, Irskoj, SAD-u ili nekoj drugoj zemlji koja normira na neki način financiranje sredstvima treće strane, vrlo je vjerojatno da bi opisano postupanje Sindikata predstavljalo povredu javnoga poretka.

Prije prelaska na zaključna razmatranja bitno je naglasiti da Nezavisni sindikat znanosti i visokog obrazovanja nije jedini koji postupna na opisani način, to je praksa većine, ako ne i svih sindikata. Razlika između Nezavisnog sindikata znanosti i visokog obrazovanja i ostalih sindikata je samo u činjenici da je Nezavisni sindikat donio i Pravilnik kojim uređuje pružanje pravne pomoći, a iz kojeg nedvojbeno proizlazi da je riječ upravo o financiranju sredstvima treće strane, dok to ostali sindikati nisu učinili. U tom dijelu inicijativa toga Sindikata i donošenje Pravilnika pokazuje da je institut financiranja postupka sredstvima treće strane potrebno urediti. Nadalje, činjenica da nema javno dostupnih podataka da se financiranje troškova postupka sredstvima treće strane javlja i u drugim vrstama parnice (npr. parnicama radi naknade štete) ne znači da to nije tako, upravo suprotno, činjenica da je riječ o potpuno nereguliranom području upućuje na zaključak da ta pojava samo nije prepoznata u praksi i nije normirana.

Takav pristup omogućuje kršenje temeljnih ljudskih prava kao prava na pošteno suđenje iz čl. 6. ESLJP-a, što je na djelu u postupanju Sindikata. Citirani Pravilnik Nezavisnog sindikata znanosti i visokog obrazovanja je neustavan i upravo zastrašujuć jer u nekim svojim odredbama podsjeća na situacije iz srednjega vijeka koje su dovele do razvoja *maintenance* i *champerty* doktrina. Iznenaduje da do sada nitko taj Pravilnik nije problematizirao.

Zaključno, posebno je zabrinjavajuće da hrvatsko procesno pravo, osim što ne regulira institut financiranja, posljedično ne daje ovlast sudovima da u slučaju gubitka spora obvežu treću stranu koja je financirala tužitelja (jer je u pravilu, posebno u slučaju pojave financiranja radnih sporova, riječ je o financiranju tužitelja) da snosi troškove postupka. To u praksi znači, posebno u slučajevima masovnih tužbi koje iniciraju sindikati, da je u tom slučaju moguće i često se događalo da tuženik neće uspjeti naplatiti troškove postupka. Pri tomu je posebno

zabrinjavajuća situacija kada je riječ o masovnim tužbama državnih službenika i namještenika koji ostvaruju isti vid financiranja troškova postupka putem njihovih sindikata, jer neuspješna naplata troškova postupka od tužitelja predstavlja direktno oštećivanje državnoga proračuna budući da je trošak postupka u sporovima protiv Republike Hrvatske, koju zastupa nadležno državno odvjetništvo, prihod državnoga proračuna (čl. 154.a i 163. ZPP-a<sup>486</sup>).

Iz svega navedenoga, a radi zaštite interesa svih sudionika postupka i sprječavanja raznih vrsta zloupotreba, narušavanja procesne ravnoteže, sprječavanja sukoba interesa itd. nedvojbeno proizlazi da će u budućnosti biti potrebno razmotriti normiranje financiranja sredstvima treće strane u hrvatskom pravu, pri čemu bi bilo dobro imati u vidu i gore citiranu praksu američkih sudova u odnosu na valjanost ugovora o financiranju kao i pristup kanadskog prava u pogledu *class actions* i ugovora o financiranju. Ta praksa daje uvid u aspekt financiranja sredstvima treće strane koji je vrlo važan – nužna je ravnoteža prava i obveza između financirane stranke i trećega koji tu stranku financira. Ugovor o financiranju mora voditi računa o pravima svake stranke u postupku kao i o balansiranju između prava i obveza ugovornih strana. Ne bi smjelo biti dopušteno da treće strane koje financiraju postupak mogu iskorištavati činjenicu da financirana stranka nema novčanih sredstava za plaćanje usluga punomoćnika i ostalih troškova postupka (npr. vještačenje) na način da ugovore veliki udio povrata danih sredstava koji će biti plaćen iz ostvarene odštete ili da imaju pravo kontrolirati postupak.

Da bi se stvarno ostvarila i ravnoteža i toliko promoviran pristup pravdi kroz financiranje postupka sredstvima treće strane, i postupanje treće strane mora biti u dobroj vjeri i na neki način regulirano inače argument da financiranje sredstvima treće strane promovira pristup pravdi postaje bezvrijedan. Najnoviji prijedlog unutar Europske unije zasigurno će pomoći u rješavanju nekih od uočenih problema, no o tome više u sljedećem dijelu rada.

## **9) EU – uređenje instituta financiranja troškova postupka**

### **i. Direktiva 2020/1828 o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošača**

Europska je unija započela normiranje instituta financiranja troškova postupka sredstvima treće strane donošenjem Direktive (EU) 2020/1828 Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2020. o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošača i

---

<sup>486</sup> Članak 154.a: U postupcima u kojima državni odvjetnik ili koje drugo državno tijelo nastupa kao stranka, odluka o troškovima postupka donosi se u korist, odnosno protiv Republike Hrvatske. Članak 163.: Odredbe o troškovima primjenjuju se i na stranke što ih zastupa državno odvjetništvo. U tom slučaju troškovi postupka obuhvaćaju i iznos koji bi se stranci priznao na ime nagrade odvjetniku.



stavljanju izvan snage Direktive 2009/22/EZ.<sup>487</sup> Ta Direktiva u pogledu financiranja postupka sredstvima treće strane u čl. 10. propisuje da države članice osiguravaju da se, ako predstavnička tužba za mjere popravljanja štete financira treća strana, u mjeri u kojoj je to dopušteno u skladu s nacionalnim pravom, spriječe sukobi interesa te da se financiranjem koje pruža treća strana koja ima ekonomski interes za podnošenje ili ishod predstavničke tužbe za mjere popravljanja štete ne odvrati predstavničku tužbu od zaštite kolektivnih interesa potrošača. Države članice osobito su dužne osigurati da treća strana ne utječe neopravdano na odluke kvalificiranih subjekata u kontekstu predstavničke tužbe, uključujući odluke o nagodbi, na način koji bi štetio kolektivnim interesima potrošača na koje se predstavnička tužba odnosi kao i da predstavnička tužba nije podnesena protiv tuženika koji je konkurent osobe koja je pružatelj financiranja ili protiv tuženika o kojem pružatelj financiranja ovisi.

Države članice su također dužne osigurati da su sudovi ili upravna tijela u okviru predstavničkih tužbi za mjere popravljanja štete ovlašteni procijeniti usklađenost s navedenim obvezama u slučaju pojave opravdanih sumnji u odnosu na takvu usklađenost. U tu svrhu kvalificirani subjekti sudu ili upravnom tijelu otkrivaju financijski pregled s popisom izvora sredstava korištenih za potporu predstavničkih tužbi kao i da su sudovi ili upravna tijela ovlašteni poduzeti odgovarajuće mjere, kao što je zahtijevanje od kvalificiranog subjekta da odbije ili promijeni relevantno financiranje i, ako je nužno, odbijanje aktivne postupovne legitimacije kvalificiranom subjektu u određenoj predstavničkoj tužbi. Prema članku 24. Direktive države članice će najkasnije do 25. prosinca 2022. transponirati Direktivu u nacionalno zakonodavstvo.

Navedenu Direktivu tek treba transponirati u hrvatski pravni sustav, što će zahtijevati izmjenu Zakona o zaštiti potrošača koji uređuje tužbu za kolektivnu zaštitu potrošača. Iako Direktiva uređuje vrlo usko područje – kolektivnu zaštitu potrošača, u dijelu koji se odnosi na financiranje postupka sredstvima treće strane detaljno normira pitanja kao što su kontrola postupka, sukob interesa, transparentnost kao i ovlasti sudova ili upravnih tijela koja odlučuju u postupku u odnosu na podnositelja tužbe i korištenje financijskih sredstava treće strane za potrebe financiranja postupka.

## **ii. Prijedlog Direktive o normiranju financiranja parničnog postupka sredstvima treće strane**

Zakonodavna aktivnost na području Europske unije se glede financiranja postupka sredstvima treće strane nastavila i ona je sada daleko sveobuhvatnija. Naime, Europski je parlament 17.

---

<sup>487</sup> Tekst Direktiva dostupan je na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:32020L1828>.

lipnja 2021. uputio Europskoj komisiji te ujedno stavio i na vlastiti dnevni red Nacrt izvješća s preporukama Komisiji o odgovornom privatnom financiranju sudskih sporova u koji je uključen i prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o normiranju financiranja parničnog postupka sredstvima treće strane.<sup>488</sup> Koliko je pitanje financiranja (sudskih) postupaka sredstvima treće strane kontroverzno, pokazuje i činjenica da je do 19. srpnja 2021. zaprimljeno 327 amandmana.<sup>489</sup> Prijedlog Direktive odnosi se isključivo na financiranje tužitelja i na pružanje usluge financiranja kao profesionalne djelatnosti s time da su iz obuhvata prijedloga Direktive isključeni odvjetnici i osiguravajuća društva.

Prijedlog Direktive definira pružatelja financiranja u sudskim sporovima kao svako poduzeće koje sklapa ugovor o financiranju koje osigurava treća strana u vezi s postupkom. Podnositelj zahtjeva je bilo koja fizička ili pravna osoba koja pokreće ili namjerava pokrenuti postupak protiv druge stranke pred sudom ili upravnim tijelom, sud ili upravno tijelo je nadležni sud, upravno tijelo, arbitražno tijelo ili drugo tijelo zaduženo za donošenje presuda u postupcima, a ciljni korisnik je osoba koja ima pravo izravno sudjelovati u raspodjeli nagrade u postupku i čije interese u postupku zastupa financirani podnositelj zahtjeva ili kvalificirani subjekt koji pokreće postupak. Prijedlog Direktive navodi da postupak znači svaki domaći ili prekogranični građanski ili trgovački sudski spor ili svaki dobrovoljni arbitražni postupak ili mehanizam alternativnog rješavanja sporova putem kojeg se u vezi sa sporom traži pravna zaštita pred sudom ili upravnim tijelom u Uniji.<sup>490</sup>

U pogledu dopuštenosti financiranja prijedlog Direktive predviđa dvije situacije. Države članice mogu ili odobriti financiranje postupaka sredstvima treće strane u skladu s nacionalnim pravom ili zabraniti financiranje. Ako odluče odobriti financiranje, države članice dužne su izraditi sustav za odobrenje aktivnosti pružatelja financiranja u sudskim sporovima, a taj sustav uključuje i imenovanje neovisnog nadzornog tijela zaduženog za izdavanje ili povlačenje odobrenja za pružatelje financiranja u sudskim sporovima i nadzor nad njihovim aktivnostima. Od onih koji pružaju uslugu financiranja očekuje se da ishode odobrenje za rad od nadzornog tijela s time da nadzorna tijela imaju ovlast provjeravati adekvatnost kapitala pružatelja usluge financiranja, što uključuje i ovlaštenje provjeravati hoće li pružatelji financiranja u sudskim sporovima moći u svakom trenutku održati pristup

---

<sup>488</sup> Tekst Prijedloga Direktive na hrvatskom jeziku dostupan je na:

[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934\\_HR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934_HR.pdf).

<sup>489</sup> Amandmani su dostupni na: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-AM-695342\\_HR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-AM-695342_HR.pdf).

<sup>490</sup> *Op. cit.* u bilj. 488, str. 15–26.

minimalnoj likvidnosti koja je potrebna da u cijelosti plate sve predvidljive sudske troškove u svim postupcima koje financiraju.<sup>491</sup>

Prijedlog Direktive također predviđa obvezu država članica EU-a da osiguraju da njihovi sudovi ili upravna tijela mogu od pružatelja financiranja u sudskim sporovima zatražiti da pruže jamstva za troškove u oblicima dopuštenim nacionalnim pravom, ako to tuženik zatraži (osiguranje troškova, op. aut.).<sup>492</sup>

Prijedlogom Direktive uvodi se i institut pritužbe protiv pružatelja financiranja o kojoj odlučuje nadzorno tijelo, s time da su nadzorna tijela u okviru pritužbenog sustava ovlaštena istražiti i procijeniti usklađenost pružatelja financiranja sa svim obvezama ili uvjetima u pogledu odobrenja za rad, odredbama Direktive i svim drugim zahtjevima primjenjivim u skladu s nacionalnim pravom.<sup>493</sup>

Prijedlog Direktive također predviđa da nadzorna tijela primjenjuju Direktivu u bliskoj suradnji s nadzornim tijelima drugih država članica kao i ovlast Europske Komisije da nadgleda i koordinira aktivnosti nadzornih tijela u obavljanju funkcija utvrđenih Direktivom te saziva i predsjedava mrežom nadzornih tijela.<sup>494</sup>

U prijedlogu se navodi da ugovori o financiranju koje osigurava treća strana moraju biti sastavljeni na jednom ili više službenih jezika države članice u kojoj imaju prebivalište podnositelji zahtjeva i ciljni korisnici te da moraju biti napisani jasnim i lako razumljivim jezikom. To posebno u pogledu udjela svake dodjele ili naknade koja će se platiti pružatelju financiranja u sudskim sporovima, ili bilo kojoj drugoj trećoj strani, ili bilo kojih drugih financijskih troškova koje izravno ili neizravno snose podnositelji zahtjeva i/ili ciljni korisnici i u apsolutnom iznosu i s obzirom na niz realnih ishoda koji proizlaze iz tada poznatih činjenica o zahtjevu kao i rizika koje preuzimaju podnositelji zahtjeva i/ili ciljni korisnici.<sup>495</sup>

Ako je ugovor o financiranju sklopljen bez odobrenja nadležnog tijela, takav je ugovor prema prijedlogu Direktive ništetan. Prijedlog Direktive normira i visinu naknade za financiranje kao i ovlasti sudova i upravnih tijela koji odlučuju u postupku u kojem je tužitelj financiran sredstvima treće strane. Prijedlog Direktive također normira sukob interesa i transparentnost. Zanimljivo je da prijedlog predviđa obvezu ne samo obavještanja suda ili upravnog tijela koje vodi postupak da treća strana financira postupak, nego i dostavu ugovora o financiranju

---

<sup>491</sup> *Ibid.*

<sup>492</sup> *Ibid.*

<sup>493</sup> *Ibid.*

<sup>494</sup> *Ibid.*

<sup>495</sup> *Ibid.*

sudu ili upravnom tijelu, s time da iznimno taj ugovor može biti dostavljen i tuženiku u postupku koji je financiran.<sup>496</sup>

Prijedlog Direktive uređuje i pitanje odgovornosti treće strane za troškove postupka. Sudovi ili upravna tijela ovlašteni su, ako stranka koja podnosi zahtjev nema dovoljno sredstava za podmirivanje sudskih troškova, naložiti plaćanje troškova pružatelju financiranja u sudskim sporovima, bilo zajedno s podnositeljima zahtjeva ili pojedinačno, nakon neuspješnog ishoda u postupku. U tom slučaju sudovi ili upravna tijela mogu zahtijevati od pružatelja financiranja u sudskim sporovima da plate sve odgovarajuće sudske troškove, uzimajući u obzir vrijednost i udio bilo koje naknade koju bi primio pružatelj financiranja u sudskim sporovima da je zahtjev bio uspješan, u kojoj bi mjeri bilo koji trošak koji ne plati pružatelj financiranja u sudskim sporovima umjesto toga pao na tuženika, podnositelja zahtjeva ili bilo koje druge ciljne korisnike, ponašanje pružatelja financiranja u sudskim sporovima tijekom postupka, a posebno njegovu usklađenost s Direktivom i je li njegovo ponašanje pridonijelo ukupnim troškovima postupka te vrijednost početnog ulaganja pružatelja financiranja.<sup>497</sup>

### **iii. Zaključak**

Direktiva (EU) 2020/1828 Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2020. o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošača podsjeća na prethodno opisano normiranje financiranja troškova postupka sredstvima trećih u području *class action*. Zakonodavna inicijativa ne iznenađuje jer je EU iznimno aktivan u harmonizaciji područja zaštite prava potrošača.

Inicijativa EU-a više je nego dobrodošla i u pogledu prijedloga Europskog parlamenta i Vijeća o normiranju financiranja parničnog postupka sredstvima treće strane.

Prijedlog Direktive normira samo financiranje tužitelja i pružanje usluge financiranja kao profesionalne djelatnosti, s time da su iz obuhvata prijedloga Direktive isključeni odvjetnici i osiguravajuća društva. Takvo je definiranje preusko, a može se reći da je i diskriminatorno jer ne obuhvaća financiranje tuženika. To je znatno rjeđa pojava, ali i taj se vid financiranja razvija i nema razloga da ne bude obuhvaćen normiranjem. Na taj se način postiže i harmonizacija unutar samoga europskoga prava, a ne samo na razini EU-a.

Prijedlog Direktive predviđa da se države članice mogu odlučiti hoće li dopustiti financiranje ili neće. Razvijene države članice koje već imaju tržište financiranja vjerojatno neće zabraniti

---

<sup>496</sup> *Ibid.*

<sup>497</sup> *Ibid.*

financiranje, dok je za ostale države teško reći. I Republika Hrvatska će u pogledu dopuštanja ili nedopuštanja financiranja morati napraviti izbor ako Direktiva u tom dijelu ostane ista. To će značiti i razvoj nadzornih mehanizama i edukaciju onih koji će tumačiti institut financiranja i koji će ga nadzirati. Uпитno je koliko je osposobljenih stručnjaka u Republici Hrvatskoj koji mogu pružiti adekvatnu edukaciju iz toga područja, a još je upitnije hoće li takvi stručnjaci sudjelovati u edukaciji. U svakom slučaju, odluči li Republika Hrvatska dopustiti financiranje, ta će odluka zahtijevati stvaranje novoga sustava.

Kako je zaprimljen velik broj amandmana na prijedlog Direktive, teško je predvidjeti kakav će biti konačni tekst pa prethodna rasprava predstavlja tek nagađanje i treba pričekati konačni prijedlog Direktive.

### **10) Model pravila europskog građanskog postupka**

Model pravila europskog građanskog postupka iz siječnja 2021. godine iznimno su korisna jer sadržavaju i opsežan komentar. Ta bi pravila trebala pomoći u harmonizaciji građanskog procesnoga prava na razini EU-a. Model pravila sadržavaju opću normu koja se odnosi na financiranje i odredbe koje se odnose na kolektivnu zaštitu i financiranje postupka sredstvima trećih. U nastavku se stoga daje pregled Model pravila i komentara tih pravila u pogledu financiranja sredstvima trećih.

Model pravila u odnosu na institut financiranja sredstvima treće strane, uz odredbe koje se odnose na kolektivnu zaštitu, imaju i opću normu koja propisuje:

*Članak 245. Financiranje sredstvima treće strane i naknada za uspjeh u sporu (tzv. success fee)*

*(1) Stranka koja koristi financiranje sredstvima treće strane ili masovno financiranje (crowdfunding), dužna je tu činjenicu i identitet treće strane otkriti sudu i drugoj stranci na početku postupka. Pojediniosti iz ugovora o financiranju ne podliježu ovom zahtjevu.*

*(2) Financiranje sredstvima treće strane mora biti u skladu s mjerodavnim pravom i ne smije osigurati neprimjerenu naknadu ili omogućiti trećoj strani neopravdan utjecaj na vođenje postupka.*

*(3) Stranke mogu sklopiti ugovore o naknadi za uspjeh u sporu s odvjetnikom ili trećom stranom. Takvi ugovori ipak moraju biti u skladu s mjerodavnim pravom, pravom stranaka na pristup pravnom zastupniku i ne smiju dirati u integritet postupka.*

*(4) Kršenje zahtjeva pravila 245 (1), (2) i (3) ne predstavlja obranu od zahtjeva stranke koja se poslužila financiranjem treće strane ili aranžmanom za uspjeh. No, nakon što je donio odluku o tužbi, sud može zatražiti pojediniosti o plaćanju naknade trećoj strani ili odvjetniku relevantnim za predmet o kojem je riječ, a nakon konzultacija sa strankama može uzeti u obzir svako zanemarivanje mjerodavnog prava ili nepravilnost ugovora kada donosi konačnu odluku o troškovima koji se odnosi na troškove tužitelja koji se imaju naknaditi.*

(5) *Koliko je to predviđeno pravilima 237, 238 (3), pravilo 245 primjenjuje se na kolektivne tužbe.*<sup>498</sup>

U obrazloženju članka 245. Model pravila navodi se kako je svrha toga članka urediti dva važna pitanja koja su predmet intenzivnih međunarodnih rasprava posljednjih desetljeća. Ta su pitanja raspoloživost financiranja troškova postupka za građanske postupke ili putem financiranja sredstvima treće strana ili putem ugovaranja naknade za uspjeh u sporu. Ni u jednom slučaju ne postoji konsenzus na razini Europe u odnosu na odgovarajući pristupu reguliranja najvažnijih aspekata tih instituta. S obzirom na tu pozadinu, članak 245. može se smatrati ili kao pravilo koje preuzima previše oprezan pristup u reguliranju tih pitanja ili kao previše dalekosežno reguliranje.<sup>499</sup>

Intencija je toga članka da postavi takva načela koja bi bila opće prihvatljiva te istovremeno pružiti osnovu za budući pozitivan i optimalan razvoj. U komentaru se navodi kako čl. 245. (1) i (2) rješavaju pitanje financiranja sredstvima treće strane. Moglo bi se tvrditi da izvor financiranja sudskih sporova nije stvar suda ili drugih stranaka u parnici. Pa ipak, iako je postojanje profesionalnog financiranja relativno nova pojava, oduvijek su postojale situacije u kojima su treće strane financirale postupak. Takve treće strane, tj. nazovimo ih profesionalni financijeri bili su, i dalje jesu, osiguravajuća društva, sindikati, banke, matične tvrtke. Zakonodavci nikada nisu smatrali da je potrebno takve situacije podvrgnuti pravilima koja uređuju ili ograničavaju financiranje sredstvima treće strana.<sup>500</sup>

Kao takvo, moglo bi se tvrditi da se ovaj relaksirani pristup treba primijeniti i na druge, novije oblike profesionalnog financiranja troškova postupka, u kojima treća strana u biti samo pruža financijsku uslugu stranci u sporu. To bi također moglo upućivati na to da bi normiranje toga novog oblika trebala biti stvar regulacije financijskih tržišta, pa bi stoga bila u okviru ovlasti tijela za financijsko tržište, a ne stvar građanskog procesnog zakonodavstva. Može se, međutim, podjednako tvrditi da bi aktivnosti profesionalnog financiranja troškova postupka sredstvima treće strane također mogle biti štetne za pravičnost postupka jer bi treća strana mogla potaknuti agresivnu procesnu strategiju i na samom početku postupka, kada se donosi odluka o pokretanju postupka, u situacijama u kojima se mora donijeti odluka želi li stranka uopće pokrenuti postupak. Nadalje, može se tvrditi da je financiranje sredstvima treće strane nepravedno jer je obično dostupno samo tužiteljima, a ne i tuženicima, budući da potonji neće

---

<sup>498</sup> Model European Rules of Civil Procedure, From Transnational principles to European rules of civil procedure, ELI – UNIDROIT, siječanj 2021., str. 427–428, dostupno na:

[https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules.](https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules)

<sup>499</sup> *Ibid.*, str. 428–430.

<sup>500</sup> *Ibid.*

u postupku ostvarivati financijski zahtjev prema tužitelju pa stoga u tom smislu nemaju što za ponuditi trećoj strani čiji je primarni cilj ostvariti dobit.<sup>501</sup>

Bez obzira na navedeno, prema obrazloženju čl. 245., taj institut treba pozdraviti kao učinkovito sredstvo za povećanje mogućnosti stranaka da osiguraju pošten i učinkovit pristup pravosuđu. Iako bi dostupnost takvih sredstava mogla potaknuti stranke da pokrenu postupak koji inače ne bi bio pokrenut, ili bi treća strana mogla imati određeni utjecaj na vođenje postupka na način da, na primjer, spriječi financiranu stranku da se nagodi, te su primjedbe jednako primjenjive i u drugim oblicima financiranja troškova postupka. Na primjer, postoje mnogi drugi razlozi zašto stranke imaju manje ili više agresivnu strategiju u sporu ili zašto mogu odbiti nagodbu. Stranke koje imaju sredstva za financiranje vlastitog sudskog spora imaju izbor hoće li postupiti agresivnije i bez korištenja financiranja sredstvima treće strane.<sup>502</sup>

Jednako tako, financiranje sredstvima treće strane olakšava podnošenje osnovanih tužbenih zahtjeva koji se inače ne bi mogli podnijeti te tako promiče učinkovit pristup pravdi, a ujedno smanjuje mogućnost da stranka bude prisiljena na neki drugi način namiriti svoj zahtjev samo zbog financijske neravnoteže između stranaka. Financiranje sredstvima treće strane promiče i jednakost stranaka. Nadalje, činjenica da obično samo podnositelj tužitelj može koristiti financiranje sredstvima treće strane nije sam po sebi razlog da se taj institut zabrani. Ta je činjenica jednostavno posljedica toga da samo tužitelji imaju tražbinu, neku vrijednost potraživanja, koju mogu ponuditi u zamjenu za financiranje. To je jednostavno tržišna činjenica, a ne nepravedna i specifična značajka instituta financiranja postupaka sredstvima treće strane.<sup>503</sup>

Ugovor o financiranju sredstvima treće strane mogao bi potencijalno sadržavati nepoštene odredbe na štetu stranke koja koristi ta sredstva, npr. ako je naknada za financiranje previsoka (povrat investicije je stoga neadekvatan), ili ako treća strana ugovorom stekne neprikladan utjecaj na vođenje postupka (i na taj način spriječi stranku da sklopi nagodbu koja je u njezinu najboljem interesu). Kako bi se zaštitili interesi stranke u postupku koja koristi financiranje troškova postupka sredstvima treće strane, čl. 245. (2) navodi da ugovori o financiranju ne smiju sadržavati takve nepoštene odredbe. Treba ipak napomenuti da prema čl. 245. (4) postojanje takvih nepoštenih odredaba ne daje osnovu drugoj stranci u postupku da ih koristi

---

<sup>501</sup> *Ibid.*

<sup>502</sup> *Ibid.*

<sup>503</sup> *Ibid.*

kao obranu od tužbenog zahtjeva financirane stranke. Dopustiti da uvjeti ugovora o financiranju s trećom stranom budu temelj obrane od tužbenog zahtjeva bilo bi uvredljivo; zabrana nepoštenih uvjeta nije ništa drugo nego sredstvo za zaštitu strane koja se financira.<sup>504</sup>

Iz citirane odredbe i obrazloženja te odredbe vidljivo je da su autori pokušali normiranjem instituta financiranja sredstvima treće strane pristupiti balansirano, uzimajući u obzir argumente protivnika toga instituta i argumente zagovornika. Pa ipak, činjenica da se norma i obrazloženje norme ne osvrće na osiguranje troškova<sup>505</sup> stranke koja nije financirana (najčešće tuženika jer vrlo rijetko imaju priliku koristiti financiranje sredstvima treće strane) kao i da izričito propisuje da ugovor o financiranju nije predmet otkrivanja niti sudu niti suprotnoj stranci (što može onemogućiti i sud i suprotnu stranku da steknu saznanja koliki je utjecaj treće strane na sam postupak i je li možda došlo do prijenosa tražbine koja je predmet tužbenog zahtjeva na treću osobu) upućuje na zaključak da su se autori priklonili argumentima zagovornika toga instituta. Na taj zaključak upućuje i činjenica da ni norma, ni obrazloženje norme ni na koji način čak ni ne implicira da bi treća strana mogla biti obvezana snositi troškove postupka utvrdi li se da je npr. financirala očito neosnovani zahtjev ili da je utjecajem na postupak dovela do nepotrebnih troškova ili narušavanja procesne ravnoteže.

## 11) Zaključna razmatranja

U opisanom predmetu *Persona*<sup>506</sup> sudac Clarke donio je podupiruću presudu koja institut financiranja troškova postupka sredstvima treće strane sagledava u širem kontekstu i otvara pitanja i raspravu ne samo u odnosu na parnični postupak nego i na arbitražu jer je riječ o načelnim pitanjima.

---

<sup>504</sup> *Ibid.*

<sup>505</sup> Osiguranje troškova uređeno je člankom 243. Model pravila koji propisuje:

- (1) Stranka može zatražiti od druge strane da položi razumno osiguranje troškova.
- (2) Prilikom odlučivanja o zahtjevu za osiguranje troškova sud će uzeti u obzir
  - (a) vjerojatnost da će podnositelj zahtjeva moći naplatiti troškove postupka,
  - (b) financijska sredstva stranaka i izgledi za ovrhu odluke o troškovima protiv druge strane,
  - (c) je li takvo osiguranje troškova u skladu s pravom stranaka na pristup pravdi i pravično suđenje.

U obrazloženju čl. 243. navodi se da je pitanje trebaju li Model pravila sadržavati odredbe o osiguranju troškova teško razriješiti. Moglo bi se tvrditi da stranka ima pravičan interes za dobivanje jamstva za troškove gdje bi odluka o naplati troškova mogla biti neprovediva jer je mogućnost naplate tih troškova u ovršnom postupku upitna. Jednako bi se tako moglo tvrditi da zahtijevanje od stranke da pruži osiguranje troškove kao preduvjet za daljnje vođenje postupka može izravno utjecati na njezino pravo na pristup pravdi. To je osobito slučaj u predmetima kada tuženi tvrdi da tužitelj nema čak niti potrebna sredstva za plaćanje vlastitih troškova nakon postupka. Usklađivanje ova dva sukobljena interesa nije lako, pa stoga neka nacionalna prava, poput francuskog Zakona o parničnom postupku, ne propisuju nikakva posebna jamstva za plaćanje troškova nastalih u parnicama. Članak 243. ima za cilj uzeti u obzir oba suprotstavljena interesa, pružajući sudu diskrecijsku ovlast da dosudi polaganje jamstva za plaćanje troškove. Nadalje, norma nastoji uravnotežiti suprotstavljene argumente artikulirajući brojne faktore koje sud mora ispitati pri donošenju odluke hoće li donijeti takvu odluku.

<sup>506</sup> *Op. cit.* u bilj. 467.



Iz te je presude vidljivo da pitanje financiranja postupka sredstvima treće strane treba sagledati i u kontekstu pravnoga kruga u kojemu se javlja. Ne iznenađuje da se ovaj institut toliko razvio u državama anglosaksonske pravne tradicije kada se uzme u obzir činjenica da su troškovi postupka u tim zemljama većim dijelom na samim strankama koje ne samo što moraju utvrđivati činjenice, pripremiti izjave svjedoka, priložiti nalaze vještaka, nego moraju i istražiti pravo i prezentirati ga sudu.

Ista je situacija i u arbitražnim postupcima koji također dosljedno primjenjuju akuzatorno načelo kako je ono razvijeno u zemljama anglosaksonskoga prava. Te činjenice utječu i na cijenu samoga postupka za stranke koje već u pripremnoj fazi postupka moraju uložiti značajna financijska sredstva.

Slijedom navedenoga ne iznenađuje da se sudac Clarke pita nije li upravo činjenica da su troškovi postupka visoki i stranke ih često nisu u stanju namiriti utjecala na ustavno pravo na pristup pravdi, a može se zaključiti da utječe i na pravo na pošteno suđenje u smislu čl. 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Naime, ako stranka nema dovoljno financijskih sredstava da detaljno i pravilno utvrdi činjenice u postupku, primjenjivo pravo, relevantne presedane i osigura potrebne vještačke nalaze, kako možemo očekivati da će ostvariti pravo na pošteno suđenje kada će se sud (a i arbitražni tribunal) kretati unutar onoga što su mu stranke predočile.

Reakcija na činjenicu da je sudski postupak u zemljama anglosaksonskoga prava (a i arbitražni postupci) skup je upravo pojava i razvoj instituta financiranja postupka sredstvima treće strane. Koliko god taj institut ima svoje prednosti i u konačnici može pomoći u ostvarivanju prava na pristup pravdi i prava na pošteno suđenje, kada je taj institut nereguliran, može dovesti i do ozbiljnih povreda postupka i otvoriti pitanje diskriminacije jer je stranka koja ima financijska sredstva za financiranje postupka u povoljnijem položaju od stranke koja ta sredstva nema pa je prisiljena ulaziti u ugovorne odnose koji mogu biti štetni za nju.

Ne iznenađuje stoga da zemlje anglosaksonskoga prava taj institut barem djelomično reguliraju (ako nikako drukčije, onda kroz *soft law* kao primjerice u Velikoj Britaniji kroz djelovanje udruge ALF).

Zemlje kontinentalnog pravnog kruga u najvećoj mjeri nisu ni svjesne toga instituta jer čak i kada se primjenjuje akuzatorno načelo u postupku, ono se primjenjuje na potpuno drukčiji način. Pravni stručnjaci iz tih zemalja često će reći *iura novit curia*, dakle čak i kada će se

upustiti u istraživanje prava, očekivat će se da to učini i sud. Nadalje, i u samom će postupku dokaze izvoditi sud, stranke će predlagati svjedoke, ali koje će svjedoke sud ispitati, bit će na samom sudu. Pitanje vještačenja je također potpuno drukčije uređeno pa će najčešće u postupku sud imenovati vještake s liste sudskih vještaka, a kolika će biti naknada, odlučit će sud. Sve to dakako utječe i na cijenu postupka koja je stoga u zemljama kontinentalnog pravnog kruga znatno niža. Pa ipak, usprkos svemu navedenom, institut financiranja postupka sredstvima treće strane razvija se i u tim zemljama, ali najčešće nije uopće reguliran.

Stoga ne iznenađuje posljednja inicijativa unutar Europske unije da se taj institut uredi. To je inicijativa koju treba podržati jer će ne samo dovesti do harmonizacije prava unutar EU-a, nego će i dodatno pomoći u ostvarenju prava na pristup pravdi i pošteno suđenje u smislu čl. 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

## **VIII. FINANCIRANJE TROŠKOVA POSTUPKA SREDSTVIMA TREĆE STRANE U ARBITRAŽNIM POSTUPCIMA**

U ovom će se poglavlju razmotriti revizija arbitražnih pravila u svjetlu analiziranih prijevora i učinaka instituta financiranja na arbitražni postupak (poglavlje V. i VI. rada). Prvo će se uvodno dati kratka teorijska definicija trgovačke i investicijske arbitraže s posebnim osvrtom na mjerodavno pravo za arbitražni sporazum (ugovor) i samu arbitražni postupak, zatim će se analizirati reforma arbitražnih pravila najpoznatijih arbitražnih institucija u pogledu trgovačke arbitraže i financiranja troškova postupka. Poglavlje završava analizom reforme arbitražnih pravila koja se primjenjuju u investicijskoj arbitraži, pri čemu je poseban naglasak na reviziji UNCITRAL-ovih i ICSID-ovih Arbitražnih pravila.

### **1) Arbitraža kao način rješavanja spora i mjerodavno pravo**

Arbitraža je alternativni način rješavanja sporova u kojem arbitar ili više arbitara donose odluku (pravorijek) koja je za stranke obvezujuća. To je privatni, nenacionalni sustav rješavanja sporova kojemu je cilj pravično rješavanje sporova od strane nepristranog i neovisnog tribunala i to bez nepotrebnog odgađanja ili troškova, a u kojem su stranke relativno slobodne dogovoriti se o načinu i proceduri rješavanja njihovih sporova, u kojem bi trebala postojati minimalna sudska intervencija te koji treba rezultirati donošenjem obvezujućeg i ovršnog pravorijeka.

David navodi da je arbitraža “sredstvo kojim se rješavanje [spornoga, op. aut.] pitanja koje je od interesa za dvije ili više osoba povjerava jednoj ili više drugih osoba – arbitru ili arbitrima

– koji svoje ovlasti izvode iz privatnoga sporazuma [arbitražnog sporazuma, op. aut.], a ne iz ovlasti države, koji će provesti postupak i odlučiti o slučaju na temelju takvog sporazuma.”<sup>507</sup>

Alternativni način rješavanja sporova u biti znači alternativa sudskom načinu rješavanja sporova. Arbitraža je također privatni način rješavanja sporova jer se rješavanje sporova povjerava arbitrima, dakle fizičkim osobama koje ponajprije odgovaraju strankama i čiji mandat proizlazi iz arbitražnog sporazuma kojim je arbitraža predviđena kao način rješavanja sporova. Za razliku od arbitraže ovlast suca da rješava spor proizlazi iz činjenice da je imenovan na tu funkciju. Lew, Mistelis i Kroll glede karakteristika arbitraže navode: “Kao izabrana alternativa nacionalnom sudu, odluka stranaka je da arbitri konačno riješe spor. Stranke su prihvatile da će arbitraža biti ne samo oblik rješavanja sporova, već i da će prihvatiti i izvršiti arbitražnu odluku. Pod sporazumom o arbitraži podrazumijeva se prihvaćanje da su stroga pravila postupka i prava na žalbu nacionalnog suda izuzeta, podložna vrlo ograničenim, ali bitnim zaštitama. Odluka arbitra je konačna i obvezujuća za stranke. To je ugovorna obveza stranaka koja proizlazi i iz mjerodavnog prava.”<sup>508</sup>

Hrvatski Zakon o arbitraži definira arbitražu na sljedeći način: ‘*arbitraža*’ (izabrano suđenje) je suđenje pred arbitražnim sudom bez obzira organizira li ga ili njegovo djelovanje osigurava arbitražna ustanova ili ne.<sup>509</sup>

Kao što je vidljivo iz navedene zakonske definicije arbitraža može biti *ad hoc* arbitraža i institucionalna arbitraža. Glavna je razlika da je u institucionalnoj arbitraži administriranje arbitražnog postupka kao što je npr. registracija zahtjeva za arbitražu, naplata taksi, imenovanje arbitara itd. povjereno instituciji koja se time bavi profesionalno, kao registriranom djelatnošću, dok tako nečega u *ad hoc* arbitraži nema. I u *ad hoc* arbitraži stranke mogu dogovoriti da koriste usluge institucije za pojedine aspekte arbitražnog postupka (primjerice, imenovanje nedostajućih arbitara).

Druga glavna podjela arbitraže odnosi se na trgovačku (tzv. tradicionalnu) i investicijsku arbitražu (tu ne treba zaboraviti da postoji i sportska arbitraža, potrošačka arbitraža, obvezna arbitraža u radnim sporovima, no te vrste arbitraže, iako iznimno značajne, nisu predmet ovoga rada u smislu financiranja troškova postupka sredstvima treće strane).

---

<sup>507</sup> René David: *Arbitration in International Trade*, Springer Netherlands, 1985., str. 11.

<sup>508</sup> Julian David Mathew Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll: *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003., str. 8.

<sup>509</sup> Zakon o arbitraži (Narodne novine, br. 88/2001.), čl. 2.

Ako arbitraža ima međunarodni element, što je bitno upravo u trgovačkoj arbitraži jer se u investicijskoj arbitraži taj element podrazumijeva, govorimo o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, a ako je taj element izostao, govorimo o domaćoj trgovačkoj arbitraži. U razlikovanju domaće od međunarodne trgovačke arbitraže može poslužiti i definicija iz hrvatskoga Zakona o arbitraži koji u čl. 2. propisuje da je “spor bez međunarodnog obilježja” spor u kojem su stranke fizičke osobe s prebivalištem ili uobičajenim boravištem u tuzemstvu, odnosno pravne osobe koje su osnovane po pravu Republike Hrvatske, dok je “spor s međunarodnim obilježjem” spor u kojem je barem jedna od stranaka fizička osoba s prebivalištem ili uobičajenim boravištem u inozemstvu, odnosno pravna osoba koja je osnovana po stranom pravu.

U pogledu mjerodavnoga prava potrebno je napomenuti da je pitanje mjerodavnog prava posebno značajno u trgovačkoj arbitraži. Naime, više je mjerodavnih prava uključeno kada govorimo o arbitražnom postupku koji je proizašao ili je u vezi s ugovornim odnosom strana koje su ugovorile arbitražu. Prvo je to mjerodavno pravo koje su stranke ugovora ugovorile da se primjenjuje na sam ugovor, slijedi mjerodavno pravo koje je ugovoreno za arbitražni sporazum<sup>510</sup> (najčešće je arbitražni sporazum sadržan u glavnom ugovoru, no on je prema doktrini separabilnosti ili severabilnosti (*doctrine of separability and severability*) zaseban ugovor bez obzira na to što je sadržan u drugom ugovoru) i konačno *lex arbitri*, tj. mjerodavno pravo mjesta arbitraže. Mjesto (sjedište) arbitraže iznimno je bitno pa bi se o njemu trebalo posebno voditi računa prilikom sklapanja arbitražnoga sporazuma jer se u odnosu na procesna pitanja kao npr. izvođenje dokaza, pobijanje arbitražnog pravorijeka, ali i

---

<sup>510</sup> U predmetu *Sulamerica CIA Nacional De Seguros SA & Ors v Enesa Engenharia SA & Ors* [2012] EWCA Civ 638 engleski je sud u odnosu na mjerodavno pravo na arbitražni postupak zaključio da budući da stranke nisu ugovorile mjerodavno pravo za arbitražni postupak, iako je kao mjerodavno pravo bilo ugovoreno brazilsko pravo, na arbitražni ugovor primjenjuje se englesko pravo kao mjesto, tj. sjedište arbitraže. U tom je predmetu sud u odnosu na određivanje mjerodavnoga prava za arbitražni sporazum naveo: “25. (...) odgovarajuće se pravo utvrđuje provođenjem ispitivanja u tri faze (i) izričitog izbora, (ii) implicitnog izbora i (iii) najbliže i najrealnije veze. U principu bi se te tri faze trebalo provoditi odvojeno i tim redoslijedom jer svaki odabir stranaka treba poštovati, ali često se u praksi faza (ii) stapa s (iii) fazom jer će identifikacija pravnog sustava s kojim je sporazum najbliži i najrealniji povezan vjerojatno biti važan čimbenik u odluci jesu li stranke na taj način implicitno odabrale primjenjivo pravo. (...)” 31. U svjetlu ovih oprečnih zaključaka potrebno je vratiti se na dva ranije spomenuta ključna pitanja: jesu li stranke implicitno odabrale brazilski zakon kao primjenjiv i na arbitražni sporazum; i ako ne, s kojim pravnim sustavom taj sporazum ima najbližu i najrealniju vezu? Uzimajući u obzir sve čimbenike, mislim da u ovom slučaju izričit izbor stranaka brazilskoga prava kao mjerodavnog za glavni ugovor nije dovoljan dokaz implicitnog izbora brazilskoga prava kao mjerodavnog za arbitražni sporazum jer postoji barem ozbiljan rizik da bi izbor brazilskoga prava značajno potkopao taj sporazum. Uzimajući u obzir uvjete iz 11 i 12, smatram da stranke nisu namjeravale odabrati pravni sustav koji bi ili imao, ili bi mogao imati takav učinak. Iako se može početi od pretpostavke da su stranke namjeravale ugovoriti kao mjerodavno isto pravo za cijeli ugovor, uključujući i arbitražni sporazum, specifični čimbenici mogu dovesti do zaključka da im to nije bila namjera. Slijedom navedenoga ne mogu prihvatiti da su stranke donijele implicitni izbor brazilskog prava kao mjerodavnog za arbitražni sporazum.”; odluka je dostupna na: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html>.

odnosa i ovlasti suda u odnosu na arbitražni tribunal primjenjuje upravo nacionalno pravo mjesta arbitraže koje regulira arbitražu. *Lex arbitri* bit će važno i za pitanje arbitrabilnosti određenoga spora u fazi pobijanja arbitražnog postupka jer je pitanje arbitrabilnosti vezano uz javni poredak države čije se nacionalno pravo primjenjuje (i koja je sjedište arbitraže). Činjenica je da stranke ponekad ugovaraju arbitražu za pitanja koja ne mogu biti riješena u arbitraži, već moraju biti riješena u sudskom ili drugom odgovarajućem postupku u kojem sudjeluju javnopravna tijela i u se tom slučaju, u fazi pobijanja arbitražnog pravorijeka pred nacionalnim sudom, na sjedište arbitraže primjenjuje *lex fori*, tj. *lex arbitri*, pa ako je riječ o sporu koji ne može biti riješen u arbitraži (nije arbitrabilan), već mora biti riješen u sudskom ili drugom odgovarajućem postupku u kojem sudjeluju javnopravna tijela, pravorijek će biti poništen. Pitanje arbitrabilnosti spora od posebne je važnosti za trgovačku arbitražu.

Iznimka u pogledu važnosti prava mjesta arbitraže je investicijska arbitraža koja se vodi pri ICSID-u jer je ovdje riječ o transnacionalnoj arbitraži koja je delokalizirana – dakle, nije vezana ni uz jedno mjesto u smislu da bi se primjenjivalo nacionalno pravo mjesta arbitraže ili da bi lokalni sud imao ovlasti u odnosu na arbitražni tribunal koji rješava spor, ali o tome će biti više riječi u poglavlju koje se bavi investicijskom arbitražom.

No da se vratimo na mjesto arbitraže i *lex arbitri* – upravo je izlaganje o pristupu raznih nacionalnih procesnih prava u kontekstu instituta financiranja troškova sredstvima treće strane od posebne važnosti u pravnim porecima u kojima je financiranje zabranjeno jer u tim porecima to može biti razlog za pobijanje arbitražnog pravorijeka na temelju *maintenance* i *champerty* doktrina koje financiranje smatra povredom javnoga poretka.

Isto tako, kao što nearbitrabilnost spora igra ulogu u fazi ovrhe stranoga arbitražnog pravorijeka prema NK-u jer predstavlja povredu javnog poretka, tako i činjenica da je arbitražni postupak financiran sredstvima treće strane također može biti razlog za odbijanje provođenja ovrhe arbitražnog pravorijeka po istoj osnovi (kada je financiranje zabranjeno u državi u kojoj se provodi ovrha).<sup>511</sup>

Slijedom navedenoga, poznavanje nacionalnoga prava koje je mjerodavno za arbitražni postupak u kontekstu financiranja troškova postupka važno je iz prethodno elaboriranih razloga. Uz mjerodavna prava iznimno su važna arbitražna pravila koja se u konkretnoj

---

<sup>511</sup> Članak V. propisuje u st. 2.:

2. Priznanje i izvršenje arbitražne odluke mogu također biti odbijeni ako nadležna vlast u zemlji u kojoj je traženo priznanje ili izvršenje odluke utvrdi:

(a) da, prema pravu te zemlje, predmet spora nije prikladan za reguliranje arbitražom; ili  
(b) da bi priznanje ili izvršenje odluke bilo protivno javnom poretku te zemlje.

arbitraži primjenjuju pa slijedi analiza arbitražnih pravila najbitnijih institucija kao i UNCITRAL-ovih Arbitražnih pravila i njihove reforme u pogledu instituta financiranja troškova postupka sredstvima treće strane.

## 2) Trgovačka arbitraža

U radu se neće obrađivati domaća arbitraža jer hrvatski pravni sustav i Zakon o arbitraži, kao i mnoge zemlje kontinentalnog pravnog sustava, ne regulira financiranje troškova sredstvima treće strane.

Međunarodna trgovačka arbitraža posebno je uspostavljen mehanizam za konačno i obvezujuće rješavanje sporova, koji se odnose na ugovorni ili drugi odnos s međunarodnim elementom, od strane neovisnih arbitara, u skladu s postupkom i materijalnim pravnim ili nepravničkim standardima koje su izravno ili neizravno odabrale stranke.<sup>512</sup>

### i) Reforma financiranja sredstvima treće strane u arbitražnim pravilima

Pitanja vezana uz financiranje sredstvima treće strane, posebno otkrivanje identiteta treće strane, osiguranje troškova, ali i *maintenance i champerty* doktrina dovelo je do revizije ne samo arbitražnih pravila nego i pojedinih nacionalnih zakona. Naime, svoja su pravila revidirale institucije kao što su Međunarodna trgovačka komora (*International Chamber of Commerce – ICC*) u Parizu, Londonski sud međunarodne arbitraže (*London Court of International Arbitration – LCIA*), Međunarodni arbitražni centar u Hong Kongu (*Hong Kong International Arbitration Centre – HKCIA*), Međunarodni arbitražni centar u Singapuru (*Singapore International Arbitration Centre – SIAC*), Američko udruženje za arbitražu (*American Arbitration Association – AAA*)<sup>513</sup>, Arbitražni institut Štokholmske trgovačke komore (*Stockholm Chamber of Commerce – SCC*), Australijski centar za međunarodnu trgovačku arbitražu (*Australian Centre for International Commercial Arbitration – ACICA*) itd. U nastavku se najprije daje kratki pregled najvažnijih arbitražnih institucija, a nakon toga slijedi analiza izmjene arbitražnih pravila tih institucija vezano uz financiranje troškova arbitražnog postupka.

Kineski međunarodni i trgovački arbitražni centar (*Chinese International Economic and Trade Arbitration Centre* ili CIETAC) ima sjedište u Pekingu u Kini. CIETAC je osnovan 1956. godine i na međunarodne arbitraže primjenjuje pravila koja su donesena 2014. godine i

---

<sup>512</sup> *Op. cit.* u bilj. 508, str. 2.

<sup>513</sup> Međunarodni centar za rješavanje sporova (*International Centre for Dispute Resolution – ICDR*) je međunarodni odjel AAA-a koji se bavi administriranjem međunarodnih trgovačkih arbitraža.

revidirana 2015. Navedena pravila ne sadržavaju odredbe o financiranju troškova postupka sredstvima treće strane.<sup>514</sup>

Londonski sud međunarodne arbitraže (LCIA) ima sjedište u Londonu u Velikoj Britaniji. LCIA je osnovan 1892. godine. LCIA je nedavno revidirao arbitražna pravila<sup>515</sup>, ali revidirana pravila ne unose ništa novo u odnosu na financiranje troškova postupka sredstvima treće strane, odnosno tim se pitanjem ne bave.

### A. ICC

Međunarodna trgovačka komora (ICC) ima sjedište u Parizu u Francuskoj. ICC je osnovan 1923. godine. Arbitražna pravila ICC-a u čl. 11. st. 7. propisuju da će stranke, kako bi pomogle mogućim arbitrima i imenovanim arbitrima, bez odgode izvijestiti Tajništvo, tribunal i ostale stranke o postojanju i identitetu bilo koje treće osobe koja nije stranka u postupku, a s kojom su sklopile ugovor o financiranju tužbe ili obrane i prema kojemu treća strana ima ekonomski interes u odnosu na ishod arbitraže.<sup>516</sup>

Najnovija Arbitražna pravila, osim odredbe koja se odnosi na sukob interesa i obveze arbitara da sukob interesa prijave, ne sadržavaju posebne odredbe o financiranju postupka sredstvima treće strane. Nadalje, kao što je vidljivo iz same odredbe, preuzeta je uska definicija financiranja sredstvima treće strane koja ne uključuje strateško financiranje pa u slučajevima kada financiranje nije vezano uz ekonomski interes treće strane, odnosno interes da ostvari dobit od investicije, obveza otkrivanja neće postojati. Konačno, činjenica da jedna od stranaka u postupku koristi financiranje troškova sredstvima treće strane ne utječe na obvezu davanja osiguranja troškova postupka niti tribunal treću stranu može obvezati na plaćanje troškova postupka ili davanje sredstva osiguranja.

### B. AAA

Američko udruženje za arbitražu (AAA) ima sjedište u New Yorku u SAD-u. AAA je osnovan 1926. godine i pri njemu djeluje i Međunarodni centar za rješavanje sporova (ICDR). Arbitražna pravila ICDR-a u čl. 14/7 propisuju:

---

<sup>514</sup> Pravila su dostupna na: <https://www.cietac-eu.org/rules/>.

<sup>515</sup> Najnovija arbitražna pravila (*LCIA Arbitration Rules*) stupila su na snagu 1. listopada 2020. Zanimljivo je da u odnosu na osiguranje troškova postupka pravila u čl. 25.4 propisuju da se smatra da su se stranke pristajanjem na arbitražu odrekle prava tražiti osiguranje troškova od državnog suda ili nekog drugoga javnopravnog tijela. Pravila su dostupna na: [https://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx](https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx).

<sup>516</sup> ICC Rules of Arbitration stupila su na snagu 1. siječnja 2021. i zamijenila pravila od 1. ožujka 2017.; dostupna na: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>.

*Na zahtjev stranke ili na vlastitu inicijativu nakon savjetovanja sa strankama, tribunal može zahtijevati od stranaka da objelodane:*

*a. Je li se strana koja nije stranka u postupku (poput treće strane koja financira arbitražu ili osiguravatelja) obvezala platiti ili doprinijeti u arbitražnim troškovima stranke i, ako jest, identificirati dotičnu osobu ili subjekt i opisati prirodu odnosa.*

*b. Ima li bilo koja strana koja nije stranka u postupku (poput zakladnika, osiguravatelja, matičnog poduzeća ili krajnjega stvarnog vlasnika) ekonomski interes za ishod arbitraže, i, ako ima, identificirati dotičnu osobu ili subjekt i opisati prirodu toga interesa.<sup>517</sup>*

I u ovom slučaju, kao i u slučaju ICC-ovih arbitražnih pravila, najnovija arbitražna pravila, osim odredbe koja se odnosi obvezu arbitara da budu neovisni i nepristrani, pa u tom dijelu mogu po najnovijim pravilima tražiti dodatne informacije od stranaka kako bi osigurali svoju neovisnost i nepristranost (dakle, otklonili potencijalni sukob interesa), ne sadržavaju posebne odredbe o financiranju postupka sredstvima treće strane. Nadalje, kao što je vidljivo iz same odredbe, u ovom slučaju arbitražna pravila ne daju nikakvu smjernicu u pogledu definicije financiranja troškova sredstvima treće strane pa nema razloga da se obveza obavještanja tribunala po pozivu ne odnosi i na strateško financiranje. Iz citirane odredbe nije jasno bi li tribunal bio ovlašten naložiti privremenu mjeru – polaganje sredstava osiguranja plaćanja troškova ili plaćanje troškova trećoj osobi koja financira troškove postupka, no iz članka 24.<sup>518</sup>, kojim su regulirane privremene mjere i članka 34.<sup>519</sup>, kojim su regulirani troškovi postupka proizlazi da tribunal i dalje nema te ovlasti, no konačni će zaključak ovisiti, kao što je prikazano u analizi financiranja u kontekstu engleskoga prava (v. VII. poglavlje pod 1), o *lex arbitri*.

---

<sup>517</sup> ICDR od 1. ožujka 2021. primjenjuje nova arbitražna pravila – *International Arbitration Rules*, dostupna na: [https://www.adr.org/sites/default/files/ICDR\\_Rules.pdf](https://www.adr.org/sites/default/files/ICDR_Rules.pdf).

<sup>518</sup> Članak 24.: Privremene mjere

1. Na zahtjev bilo koje stranke arbitražni tribunal može odrediti ili donijeti bilo koje privremene ili konzervatorske mjere koje smatra potrebnima, uključujući odrediti pravnu zaštitu i mjere za zaštitu ili očuvanje imovine.

2. Takve privremene mjere mogu imati oblik privremenog naloga ili odluke i tribunal može zahtijevati osiguranje za troškove takvih mjera.

3. Zahtjev stranke za određivanje privremene mjere koji je upućen pravosudnom tijelu ne smatra se nespojivim sa ugovorom o arbitraži ili odricanjem prava na arbitražu.

4. Arbitražni tribunal može po vlastitom nahođenju rasporediti troškove zahtjeva za privremenu mjeru bilo privremenim nalogom ili pravorijekom ili konačnim pravorijekom.

5. Zahtjev za privremenu mjeru prije konstituiranja arbitražnog tribunala vodi se prema čl. 6.

<sup>519</sup> Članak 34.: Troškovi arbitraže

Arbitražni tribunal utvrdit će troškove arbitraže u svojoj odluci. Tribunal može troškove raspodijeliti između stranaka ako utvrdi da je raspodjela razumna, uzimajući u obzir okolnosti slučaja.

Takvi troškovi mogu uključivati:

a. naknade i troškove arbitara;

b. troškove pomoći koju traži tribunal, uključujući njegove eksperte;

c. naknade i troškovi administratora;

d. razumne pravne i druge troškove koje su imale stranke;

e. sve troškove nastale u vezi zahtjeva za privremenu ili hitnu privremenu mjeru sukladno člancima 6. ili 24.;

f. bilo koje troškove koji su nastali u vezi sa zahtjevom za konsolidaciju u skladu s čl. 8; i

g. bilo koje troškove povezane s razmjenom informacija u skladu s člankom 21.



## C. SCC

Arbitražni institut Štokholmske trgovačke komore (SCC) ima sjedište u Stockholmu u Švedskoj. SCC je osnovan 1917. godine. SCC u najnovijoj verziji arbitražnih pravila (Arbitražna pravila iz 2017. godine revidirana su 2020. godine) nije uključio odredbe o financiranju troškova postupka i obvezi otkrivanja čak ni u odnosu na sukob interesa arbitara, ali pravila uključuju osiguranje troškova koja su normirana u čl. 38. koji glasi:

*(1) Arbitražni tribunal može, u iznimnim okolnostima i na zahtjev stranke, naložiti bilo kojem tužitelju ili protutužitelju da položi osiguranje troškova u vidu koji arbitražni tribunal smatra prikladnim.*

*(2) Pri određivanju hoće li odrediti osiguranje troškova arbitražni tribunal će uzeti u obzir: (i) izgleda za uspjeh u tužbi, protutužbi i obrani; (ii) sposobnost tužitelja ili protutužitelja da postupi po pravorijeku u slučaju nepovoljne odluke o troškovima i dostupnost imovine za ovrhu u slučaju nepovoljne odluke o troškovima; (iii) je li prikladno u svim okolnostima slučaja narediti jednoj stranci da položi osiguranje troškova; i (iv) bilo koje druge relevantne okolnosti.*

*(3) Ako stranka ne postupi po nalogu za davanje osiguranja troškova, arbitražni tribunal može u cijelosti ili djelomično zastati s postupkom ili u cijelosti ili djelomično odbiti tužbeni zahtjev stranke.*

*(4) Svaka odluka o zastoju postupka ili odbijanju tužbenog zahtjeva stranke biti će u oblik naloga ili pravorijeka.<sup>520</sup>*

Kao što je vidljivo iz citirane odredbe, financiranje sredstvima treće strane se ne spominje posebno kao razlog za određivanje osiguranja troškova postupka, no ta bi se situacija mogla podvesti pod čl. 38. st. 2. (iv). Nadalje, ni citirani članak, a ni odredbe o troškovima<sup>521</sup>

---

<sup>520</sup> Najnovija arbitražna pravila Štokholmske trgovačke komore (*Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*) na snazi su od 1. siječnja 2020. i dostupna su na: [https://sccinstitute.com/media/293614/arbitration\\_rules\\_eng\\_17\\_web.pdf](https://sccinstitute.com/media/293614/arbitration_rules_eng_17_web.pdf).

<sup>521</sup> Članak 49. Troškovi arbitraže

(1) Troškovi arbitraže sastoje se od:

(i) naknade arbitražnog tribunala;

(ii) administrativne naknade; i

(iii) troškova arbitražnog tribunala i SCC-a.

(2) Prije donošenja konačnog pravorijeka arbitražni će tribunal zatražiti da Odbor konačno utvrdi troškove arbitraže. Odbor će konačno odrediti troškove arbitraže u skladu s Rasporedom troškova (Dodatak IV) koji je na snazi na dan početka arbitraže, prema članku 8.

(3) Pri konačnom utvrđivanju troškova arbitraže Odbor će uzeti u obzir opseg u kojem je arbitražni tribunal djelovao učinkovito i ekspeditivno, složenost spora i bilo koje druge relevantne okolnosti.

(4) Ako je arbitraža okončana prije donošenja konačnog pravorijeka u skladu s člankom 45., Odbor će utvrditi troškove arbitraže s obzirom na fazu arbitraže, rad koji je izvršio arbitražni tribunal i bilo koje druge relevantne okolnosti.

(5) Arbitražni tribunal uključit će u konačnu odluku troškove arbitraže koje je konačno utvrdio Odbor i odrediti pojedinačne naknade i troškove svakog člana arbitražnog tribunala i SCC-a.

(6) Ako se stranke ne dogovore drukčije, arbitražni tribunal će na zahtjev stranke raspodijeliti troškove arbitraže između stranaka, uzimajući u obzir ishod predmeta, doprinos svake stranke učinkovitosti i ekspeditivnosti arbitraže i sve druge relevantne okolnosti.

(7) Stranke solidarno odgovaraju arbitru (arbitrima) i SCC-u za troškove arbitraže.

Članak 50. Troškovi stranke

arbitražnog postupka ne predviđaju da bi sredstvo osiguranja troškova dala ili troškove snosila treća osoba koja financira troškove postupka.

#### D. HKIAC

Međunarodni arbitražni centar u Hong Kongu (HKIAC) ima sjedište u Hong Kongu, Kina. HKIAC je osnovan 1985. godine. U najnovijoj verziji arbitražnih pravila koja su stupila na snagu 1. studenog 2018.<sup>522</sup> pitanje financiranja postupka sredstvima treće strane obuhvaćeno je u nekoliko odredaba. Obveza obavještanja tribunala i suprotne strane o postojanju financiranja pravila normirana je u čl. 44. "Otkrivanje financiranja troškova arbitraže sredstvima treće strane" koji propisuje:

*44.1 Ako se sklopi ugovor o financiranju, financirana stranka će dostaviti pisanu obavijest svim ostalim strankama, arbitražnom tribunalu, bilo kojem izvanrednom arbitru i HKIAC-u o:*

*(a) činjenica da je sklopljen ugovor o financiranju; i*

*(b) navest identitet te treće strane.*

*44.2 Obavijest iz članka 44.1 mora se dostaviti:*

*(a) u pogledu ugovora o financiranju sklopljenog prije početka arbitraže, u zahtjevu za imenovanje hitnog arbitra, obavijesti o arbitraži, odgovoru na obavijest o arbitraži, zahtjeva za spajanje ili odgovoru na zahtjev za spajanje postupaka (prema potrebi); ili*

*(b) u pogledu ugovora o financiranju sklopljenog nakon početka arbitraže, čim to bude moguće nakon sklapanja ugovora o financiranju.*

*44.3 Svaka financirana stranka dužna je otkriti sve promjene u odnosu na informacije iz članka 44.1.*

Iz citirane je odredbe vidljivo da za stranke u arbitražnom postupku postoji kontinuirana obveza obavještanja tribunala i protivne strane o činjenici da postupak financira treća strana. Troškovi financiranja mogu pasti na teret nefinancirane stranke, tj. mogu biti određeni kao dio troškova postupka financirane stranke. To je izričito propisano čl. 34.4 koji određuje da arbitražni tribunal prilikom određivanja troškova arbitraže može uzeti u obzir i troškove koji su nastali financiranjem postupka sredstvima treće strane. U pogledu osiguranja troškova postupka zbog financiranja troškova postupka nema izričite odredbe, već Arbitražna pravila u čl. 24. propisuju samo da tribunal može naložiti strankama u postupku davanja sredstava osiguranja troškova. Pravila ne definiraju financiranje sredstvima treće strane niti predviđaju

---

Ako se stranke ne dogovore drukčije, arbitražni tribunal može u konačnom pravorijeku, na zahtjev stranke, naložiti jednoj stranci da plati sve razumne troškove koje je imala druga stranka, uključujući troškove pravnog zastupanja, uzimajući u obzir ishod predmeta, doprinos svake stranke učinkovitosti i ekspeditivnosti arbitraže i bilo kojih drugih relevantnih okolnosti.

<sup>522</sup> Najnovija arbitražna pravila HKIAC-a (2018 HKIAC Administered Arbitration Rules) dostupna su na: [https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck\\_filebrowser/PDF/arbitration/2018%20Rules%20book/2018%20AA%20Rules\\_English.pdf](https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2018%20Rules%20book/2018%20AA%20Rules_English.pdf).

moгуćnost da ta treća strana bude obvezana na plaćanje troškova postupka ili davanje sredstva osiguranja plaćanja troškova postupka.

## E. SIAC

Međunarodni arbitražni centar u Singapuru (SIAC) ima sjedište u Singapuru, Singapur. SIAC je osnovan 1991. godine. U Arbitražnim pravilima<sup>523</sup> kojima je regulirana trgovačka arbitraža nema odredaba o financiranju postupka sredstvima treće strane, dok Arbitražna pravila koja se primjenjuju na investicijsku arbitražu<sup>524</sup>, koja su stupila na snagu 1. siječnja 2017. i o kojima će biti riječi u sljedećem odjeljku, sadržavaju odredbu u odnosu na obvezu otkrivanja postojanja financiranja i drugih okolnosti vezanih uz to.

## F. ACICA

Australski centar za međunarodnu trgovačku arbitražu – ACICA u najnovijoj verziji arbitražnih pravila<sup>525</sup> u pogledu financiranja troškova sredstvima treće strane predviđa da su to troškovi koji se mogu priznati kao troškovi arbitraže (čl. 48.). Najnovija pravila u čl. 54. ne samo da definiraju pojam financiranja troškova postupka sredstvima treće strane, nego i obvezu da se ta činjenica otkrije. Pravila u odnosu na osiguranje troškova postupka ne spominju financiranje sredstvima treće strane.<sup>526</sup>

---

<sup>523</sup> Najnovija arbitražna pravila za trgovačku arbitražu (šesto izdanje) na snazi su od 1. kolovoza 2016. (*Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre*) i dostupna su na: <https://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016>.

<sup>524</sup> Arbitražna pravila za investicijsku arbitražu, prvo izdanje (*Investment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre*) na snazi su od 1. siječnja 2017. i dostupna su na: <https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA/SIAC%20Investment%20Rules%202017.pdf>.

<sup>525</sup> Najnovija arbitražna pravila Australskog centra za međunarodnu trgovačku arbitražu (*Arbitration Rules of the Australian Centre for International Commercial Arbitration*) na snazi su od 1. travnja 2021. i dostupna su na: [https://acica.org.au/wp-content/uploads/2021/04/ACICA\\_Rules\\_2021-WFF3.pdf](https://acica.org.au/wp-content/uploads/2021/04/ACICA_Rules_2021-WFF3.pdf).

<sup>526</sup> 37 Privremene mjere

37.1 Ako se stranke pismeno drukčije ne dogovore:

- (a) stranka može zatražiti privremene mjere koje će odrediti arbitar (izvanredni arbitar) imenovan prije ustanovljenja arbitražnog tribunala, u skladu s odredbama iz Priloga 1; i
- (b) Arbitražni tribunal može, na zahtjev bilo koje stranke, odrediti privremene mjere. Arbitražni tribunal može naložiti takve mjere u obliku pravorijeka ili u bilo kojem drugom obliku (poput naloga) pod uvjetom da ih obrazloži i pod uvjetima koje smatra odgovarajućim. Arbitražni tribunal nastojat će osigurati izvršnost mjera.

37.2 Privremena mjera zaštite je svaka privremena mjera kojom arbitražni tribunal stranci nalaže da:

- (a) zadrži ili obnovi *status quo* do rješenja spora;
- (b) poduzme radnje koje će spriječiti, ili da se suzdrži od poduzimanja radnji koje bi mogle prouzročiti, trenutačnu ili neposrednu štetu;
- (c) osigura sredstvo za očuvanje imovine iz koje se može nakon donošenja naplatiti pravorijek;
- (d) čuva dokaze koji bi mogli biti relevantni i bitni za rješenje spora; ili
- (e) pruži sredstvo osiguranja pravnih ili drugih troškova bilo koje stranke.

37.3 Prije nego što Arbitražni tribunal odredi bilo koju privremenu mjeru, stranka koja to zahtijeva će dokazati da:

- (a) ako se mjera ne odredi, vjerojatno će nastati nepopravljiva šteta;

U nastavku navode se čl. 48. i 54. arbitražnih pravila.

#### *48 Troškovi arbitraže*

*Pojam "troškovi arbitraže" uključuje:*

*(a) naknade i troškove arbitražnog tribunala;*

*(b) administrativnu naknadu ACICA-e;*

*(c) naknade i troškovi bilo kojih eksperata i/ili asistenata koje je imenovao arbitražni tribunal;*

*(d) pravni i drugi troškovi stranaka, uključujući, ali ne ograničavajući se na interne troškove, kao što su interni pravnici i drugi eksperti koji nisu neovisni, kao i troškove financiranja treće strane, koje izravno ima bilo koja strana u arbitraži, ako su ti troškovi traženi tijekom arbitražnog postupka i samo u mjeri u kojoj je arbitražni tribunal utvrdio da su ti troškovi razumni;*

*(e) naknade za usluge i pomoć koje pruža ACICA u skladu s člancima 10. i 49.7; i*

*(f) troškove povezane sa bilo kojim zahtjevom za određivanje privremene mjere podnesenim sukladno članku 37.1 (a).*

#### *54 Financiranje sredstvima treće strane*

*54.1. U ovim pravilima "financiranje sredstvima treće strane" znači bilo koji dogovor kojim fizička ili pravna osoba koja nije stranka u arbitražnom postupku pruža stranci u postupku ili suradniku te stranke ili odyjetničkom društvu koje tu stranku zastupa:*

*(a) sredstva ili drugu materijalnu potporu za financiranje dijela ili svih troškova arbitraže; i*

*(b) takva podrška ili financiranje pruža se ili u zamjenu za naknadu za rad ili naknadu izdataka koja u cijelosti ili djelomično ovisi o ishodu spora ili se pruža putem dotacije ili u zamjenu za plaćanje premije.*

*54.2 Stranka i/ili njezin zastupnik na vlastitu će inicijativu arbitražnom tribunalu i ACICA-i i ostalim strankama otkriti postojanje financiranja sredstvima treće strane i identitet treće strane nakon što ta stranka podnese obavijest o arbitraži ili odgovor na obavijest o arbitraži ili odgovor na zahtjev za spajanje, ili čim je to moguće, nakon što osigura financiranje sredstvima treće strane ili nakon sklapanja ugovora o financiranje sredstvima treće strane, ovisno o tome što je ranije. Svaka će stranka imati trajnu obvezu*

---

*(b) takva šteta znatno premašuje štetu koja bi vjerojatno mogla nastati stranci protiv koje se određuje privremena mjera; i*

*(c) postoji opravdana mogućnost da stranka koja podnosi zahtjev uspije u meritumu, pod uvjetom da svako odlučivanje o toj mogućnosti neće utjecati na slobodnu odluku arbitražnog tribunala u donošenju bilo kakvih naknadnih odluka.*

*37.4 Arbitražni tribunal može zahtijevati od stranke da osigura odgovarajuće jamstvo kao uvjet za odobravanje privremene mjere.*

*37.5 Stranka koja podnosi zahtjev bez odgađanja će otkriti u pisanom obliku arbitražnom tribunalu svaku bitnu promjenu okolnosti na osnovi koje je ta stranka podnijela zahtjev za privremenu mjeru ili na temelju koje je arbitražni tribunal tu mjeru odobrio.*

*37.6 Arbitražni tribunal može izmijeniti, obustaviti ili ukinuti bilo koju od svojih privremenih mjera u bilo koje vrijeme na zahtjev bilo koje stranke. U iznimnim okolnostima arbitražni tribunal može, na vlastitu inicijativu, izmijeniti, obustaviti ili ukinuti bilo koju od svojih privremenih mjera, uz prethodnu obavijest strankama.*

*37.7 Ako Arbitražni tribunal kasnije utvrdi da mjera nije trebala biti odobrena, može odlučiti da stranka koja je podnijela zahtjev odgovara za troškove ili štetu nastalu mjerom stranci protiv koje je mjera bila određena.*

*37.8 Ovlašt arbitražnog tribunala prema ovom članku 37. ne dovodi u pitanje pravo stranke da se za određivanje privremene mjere obrati bilo kojem nadležnom sudu ili drugom pravosudnom tijelu. Podnositelj zahtjeva o svim takvim zahtjevima i svim odlukama odmah će, u pisanom obliku obavijestiti arbitražni tribunal, ostale stranke i ACICA.*

*otkrivanja bilo kakve promjene podataka navedenih u ovom članku do kojih je došlo nakon početnog otkrivanja, uključujući i prestanak financiranja sredstvima treće strane. Nadalje, arbitražnim pravilima nije predviđena mogućnost da tribunal naloži plaćanje troškova postupka ili polaganja sredstva osiguranja plaćanja troškova trećoj strani koja snosi troškove postupka i koja nije stranka postupka.*

*54.3 Arbitražni tribunal može, u bilo kojem trenutku tijekom arbitražnog postupka, naložiti stranci arbitražnog postupka da otkrije:*

*(a) postojanje financiranja sredstvima treće strane; i/ili*

*(b) identitet treće strane koja financira postupak.<sup>527</sup>*

Kao što je vidljivo iz prethodnog pregleda arbitražnih pravila financiranje sredstvima treće strane u mnogim pravilima još nije ni djelomično regulirano, a također je vidljiva konzistentnost svih pravila u odnosu na ovlasti tribunala prema trećoj strani koja financira troškove – tribunal nema prema toj trećoj strani nikakve ovlasti, ne može joj naložiti davanje sredstava osiguranja plaćanja troškova, plaćanje troškova ili nešto treće jer ona niti je stranka u postupku niti je ugovorna strana arbitražnog ugovara iz kojega proizlazi nadležnost tribunala. Drugo je pitanje prijenos tražbine na treću osobu koja financira troškove postupka, a koja tražbina se ostvaruje u samom postupku, ali to je pitanje obrađeno u poglavlju koje se bavi otvorenim pitanjima – pod Prijenos tražbine (vidjeti Poglavlje VI., pod 8).

### **3) Investicijska arbitraža**

Investicijska arbitraža je mješavina obilježja kako trgovačke arbitraže, tako i međunarodnoga prava i procesnog prava. Temelji se na bilateralnim i multilateralim međunarodnim ugovorima koji sadržavaju odredbe o zaštiti stranih ulaganja (materijalnopravna zaštita) i načinu rješavanja eventualnih sporova (procesnopravna zaštita) koji proizlaze iz povrede odredaba o zaštiti stranih ulaganja. Slijedom navedenoga, u tim su predmetima tužene države (države mogu podnijeti protutužbu osim ako je to isključeno međunarodnim ugovorom ili konvencijom koji se primjenjuju u konkretnom sporu).

#### **i. Reforma financiranja sredstvima treće strane u arbitražnim pravilima**

SIAC-ova Arbitražna pravila za investicijsku arbitražu<sup>528</sup>, koja su na snazi od 1. siječnja 2017., reguliraju jednim dijelom financiranje sredstvima treće strane, ali ne definiraju pojam. U čl. 24. koji se odnosi na dodatna ovlaštenja tribunala propisuju:

---

<sup>527</sup> Najnovija arbitražna pravila Australskog centra za međunarodnu trgovačku arbitražu (ACICA *Arbitration Rules incorporating Emergency Arbitrator Provisions*) na snazi su od 1. travnja 2021. i dostupna su na: [https://acica.org.au/wp-content/uploads/2021/04/ACICA\\_Rules\\_2021-WFF3.pdf](https://acica.org.au/wp-content/uploads/2021/04/ACICA_Rules_2021-WFF3.pdf).

<sup>528</sup> *Op. cit.* u bilj. 524.

*Ako se stranke ne dogovore drukčije, osim ostalih ovlasti navedenih u ovim pravilima, i osim ako to nije zabranjeno pravnim propisima koji se primjenjuju na arbitražu, Tribunal će biti ovlašten:*

(...)

*l. narediti otkrivanje postojanja ugovora o financiranju i/ili identiteta treće koja snosi troškove postupka i, prema potrebi, pojedinosti o interesu treće strane za ishod postupka i/ili je li se ili nije treća strana obvezala preuzeti odgovornost za plaćanje troškova suprotnoj strani u slučaju nepovoljne odluke tribunala.*

Članak 33. uređuje troškove:

*33.1. Ako se stranke ne dogovore drukčije, tribunal će u pravorijeku navesti ukupan iznos troškova arbitraže. Ako se stranke ne dogovore drukčije, tribunal će u pravorijeku odrediti raspodjelu troškova arbitraže među strankama. Tribunal može uzeti u obzir bilo koji ugovor o financiranju troškova sredstvima treće strane pri raspodjeli troškova arbitraže.*

Uz činjenicu da pravila ne definiraju financiranje sredstvima treće strane, ona ne daju ni ovlasti tribunalu prema trećoj strani pa tako tribunal nije ovlašten naložiti davanje sredstava osiguranja ili plaćanje troškova postupka trećoj strani. S druge pak strane tribunal je ovlašten trošak financiranja priznati kao trošak arbitražnoga postupka pa je moguća situacija iz predmeta Essar i Katanga u kojima je tribunal priznao troškove financiranja pod troškove postupka (vidjeti u VI. poglavlju pod 0. Troškovi postupka, ii).

## **ii. Reforma financiranja sredstvima treće strane pri UNCITRAL-u**

U ovom će se dijelu analizirati reforma UNCITRAL-ovih Arbitražnih pravila koja je još u tijeku. Riječ je o pravilima koja se primjenjuju na trgovačku i investicijsku arbitražu. Njihova primjena u investicijskoj arbitraži proizlazi iz bilateralnih i multilateralnih međunarodnih ugovora u kojima su države ugovorile da će se sporovi između stranoga ulagatelja i države primateljice ulaganja rješavati primjenom UNCITRAL-ovih Arbitražnih pravila. Odredbe o rješavanju ulagačkih sporova sadržane u bilateralnim i multilateralnim međunarodnim ugovorima najčešće propisuju više načina rješavanja sporova. Prije analize prijedloga UNCITRAL-ovih Arbitražnih pravila daje se kratak prikaz Komisije Ujedinjenih naroda za međunarodno trgovačko pravo, tj. UNCITRAL-a.

Komisija Ujedinjenih naroda za međunarodno trgovačko pravo (UNCITRAL) osnovana je rezolucijom Opće skupštine Ujedinjenih naroda broj 2205<sup>529</sup> 1966. godine. UNCITRAL je specijalizirana organizacija Ujedinjenih naroda u čijoj je nadležnosti, među ostalim, i harmonizacija i unifikacija međunarodnoga trgovačkog prava pa u tom dijelu priprema model zakone i uniformne zakone te promovira kodifikaciju i šire prihvaćanje međunarodnih trgovačkih

---

<sup>529</sup> Rezolucija br. 2205 dostupna je na: [https://undocs.org/en/A/RES/2205\(XXI\)](https://undocs.org/en/A/RES/2205(XXI)).

uvjeta, običaja, odredaba i praksi o suradnji, kada je to potrebno, s organizacijama koje djeluju u pojedinom području.

Komisija je prva Arbitražna pravila donijela 1976. godine te su ona prihvaćena Rezolucijom Opće skupštine broj 31/98.<sup>530</sup> od 15. prosinca 1976.

Pravila iz 1976. revidirana su Arbitražnim pravilima iz 2010., koja su prihvaćena Rezolucijom Opće skupštine broj 65/22.<sup>531</sup> od 6. prosinca 2010.

Revidirana Arbitražna pravila iz 2010. izmijenjena su 2013. godine Rezolucijom Opće skupštine broj 68/109.<sup>532</sup> od 16. prosinca 2013. na način da je u čl. 1. dodan stavak 4. koji se odnosi na UNCITRAL-ova Pravila o transparentnosti koja se primjenjuju u investicijskoj arbitraži.

UNCITRAL-ova Arbitražna pravila koriste se u širokom spektru sporova kao npr. *ad hoc* i institucionalnoj trgovačkoj arbitraži, arbitraži između dviju država i u investicijskoj arbitraži kada je njihova primjena ugovorena međunarodnim ugovorom.

S obzirom na prirodu tih pravila kao i uočene probleme u investicijskoj arbitraži Komisija radi na reformi investicijske arbitraže kroz radnu skupinu. Naime, Komisija ima šest radnih skupina od kojih je za potrebe ovoga rada posebno bitna III. Radna skupina koja se bavi reformom sporova između stranih ulagatelja i država.

Komisija je III. Radnoj skupini dala širok mandat u radu na reformi rješavanja sporova između stranih ulagatelja i država uz navođenje da je potrebno da ta radna skupina: (i) prvo, utvrdi i razmotri sporna pitanja vezano uz sporove između investitora i država; (ii) drugo, razmotri je li reforma poželjna u svjetlu utvrđenih spornih pitanja; i (iii) treće, ako Radna skupina zaključi da je reforma poželjna, da razvije sva relevantna rješenja koja će se preporučiti Komisiji. U sklopu te reforme prva i druga točka su provedene, utvrđene su točke prijepora i zaključeno je da je reforma potrebna, a trenutačno je u tijeku rasprava kojim instrumentom provesti reformu (kroz posebnu međunarodnu konvenciju, arbitražnim pravilima ili izmjenama domaćega prava) i kako bi trebale glasiti odredbe kojima bi se sporna pitanja uredila.<sup>533</sup>

III. Radna skupina identificirala je šest područja kojima će se proces reforme investicijske arbitraže baviti: (1) prekomjerni troškovi postupka; (2) trajanje postupka; (3) pravna dosljednost; (4) ispravnost odluka; (5) nekonzistentnost arbitražnih odluka; te (6) neovisnost i nepristranost

---

<sup>530</sup> Rezolucija br. 31/98. dostupna je na: <https://undocs.org/en/A/RES/31/98>.

<sup>531</sup> Rezolucija br. 65/22. dostupna je na: <https://undocs.org/en/A/RES/65/22>.

<sup>532</sup> Rezolucija br. 68/109. dostupna je na: <https://undocs.org/en/A/RES/68/109>.

<sup>533</sup> Agenda UNCITRAL-a od 15. rujna 2017., dostupna na: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.141>.

arbitara. Uz to se tijekom procesa reforme pojavilo nekoliko novih pitanja, a to su financiranje sredstvima treće strane, prevencija investicijskih sporova kao i način izračuna štete.<sup>534</sup>

Kao jedno od bitnih pitanja koje bi se trebalo urediti je, kao što je spomenuto, i pitanje financiranja postupka sredstvima treće strane pa se u nastavku daje pregled rasprave u pogledu financiranja sredstvima treće strane i najnoviji prijedlozi III. Radne skupine. U radu III. Radne skupine sudjeluju države članice radne skupine (uključujući i Republiku Hrvatsku), promatrači pojedinih država, promatrači iz Europske unije i Vatikana kao i promatrači iz raznih međunarodnih organizacija. Dodatno, putem foruma u raspravi, sudjeluju i predstavnici akademske zajednice, arbitri i odvjetnici. Dakle, riječ je o raspravi koja uključuje vrlo širok raspon stručnjaka koji svojim znanjem i iskustvom mogu pomoći u pronalaženju optimalnih rješenja. To će biti moguće ako razvijene države neće, u želji da zaštite krupni kapital (treće strane) i vlastite ulagatelje, opstruirati pronalaženje balansiranih normativnih rješenja koja će uzeti u obzir sva prethodno opisana otvorena pitanja kao i učinke koje financiranje ima na postupak i suprotnu stranu.

Već je u izvješću III. Radne skupine od 19. prosinca 2017. utvrđeno da financiranje sredstvima treće strane izaziva zabrinutost jer dovodi do sistemske neravnoteže kao i do spornih situacija u pogledu troškova postupka, sukoba interesa [arbitara i vještaka, op. aut.] te naplatu i ovrhu arbitražnih pravorijeka.<sup>535</sup>

Na 35. sastanku III. Radne skupine koji se održao od 23. do 27. travnja 2018. u New Yorku sudionici rasprave istaknuli su da je pojava financiranja troškova postupka sredstvima treće strane izazvala u praksi etička pitanja kao i da može imati negativni učinak na sam postupak. Naglašeno je da bi treće strane koje financiraju postupak mogle ostvariti pretjeranu kontrolu nad arbitražnim postupkom, da bi mogle utjecati na uspješnost u rješavanju sporova nagodbom te da bi to moglo dovesti do podnošenja očito neosnovanih tužbi. Nadalje, kao negativna posljedica financiranja sredstvima treće strane istaknut je moguć sukob interesa jer trenutačno ne postoji obveza obavještanja tribunala i suprotne strane da treća strana financira postupak pa nije moguće provjeriti je li neki od arbitara ili vještaka u sukobu interesa, što je povezano i s netransparentnošću u investicijskoj arbitraži kao posebnim problemom. Također je u tom kontekstu istaknuto da u slučajevima kada postoji financiranje sredstvima treće strane treba razmotriti polaganje sredstava

---

<sup>534</sup> Više o reformi vidjeti u npr. Malcolm Langford, Michele Potestà, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Daniel Behn: Special Issue: UNCITRAL and Investment Arbitration Reform: Matching Concerns and Solutions, *Journal of World Investment & Trade* 21 (2020.), str. 171., dostupno na: [https://brill.com/view/journals/jwit/21/2-3/article-p167\\_1.xml?language=en&ebody=pdf-46507](https://brill.com/view/journals/jwit/21/2-3/article-p167_1.xml?language=en&ebody=pdf-46507) ili na mrežnim stranicama III. Radne skupine UNCITRAL-a: [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state).

<sup>535</sup> Izvješće III. Radne skupine o radu 34. sjednice (Beč, 27. studenoga – 1. prosinca 2017.) od 19. prosinca 2017., str. 11; dostupno na: <https://undocs.org/en/A/CN.9/930/Revs.1>.



za osiguranje troškova kako bi druga strana mogla naplatiti troškove postupka ako financirana stranka izgubi spor i bude joj naloženo plaćanje troškova postupka suprotne strane. Kao pozitivan učinak naglašeno je omogućavanje pristupu pravdi za tužitelje koji nemaju sredstava financirati arbitražni postupak, no neki od sudionika su istaknuli da ima i drugih načina da se osigura pristup pravdi. Kao moguće rješenje problema zauzet je stav da bi financiranje troškova postupka sredstvima treće strane ili trebalo zabraniti ili regulirati.<sup>536</sup> U pogledu tvrdnje da financiranje troškova sredstvima treće strane omogućava podnošenje očito neosnovanih zahtjeva treba istaknuti da fondovi koji se bave tim oblikom investiranja navode, a neki autori se tom stavu priklanjaju, kako upravo financiranje troškova postupka sredstvima treće strane dovodi do smanjenja broja takvih tužbi jer se prije odluke o financiranju provodi *due dilligence* koji uključuje ekstenzivnu analizu mogućeg slučaja i osnovanosti zahtjeva te se financiranje ne pruža u slučajevima kada ne postoje realne šanse za uspjeh u sporu<sup>537</sup>, ali po tom pitanju akademska zajednica nije jedinstvena.<sup>538</sup>

Rasprava o financiranju troškova postupka sredstvima treće strane nastavila se i na 36., 37. i 38. sjednici III. Radne skupine. Komisija je u Bilješci od 24. siječnja 2019. o radu i zaključcima III. Radne skupine na 37. sjednici identificirala sva sporna pitanja i sumirala moguće pristupe rješavanju tih pitanja te je na 38. sjednici III. Radne skupine odlučeno da će Komisija surađivati sa svim sudionicima u postupku i akademskom zajednicom kako bi pripremila konkretne prijedloge za reformu financiranja sredstvima treće strane.<sup>539</sup> U nastavku se daje pregled bilješke Komisije

---

<sup>536</sup> Izvješće III. Radne skupine o radu 35. sjednice (New York, 23. travnja do 27. travnja 2018.) od 14. svibnja 2018., str. 13–14; dostupno na: <https://undocs.org/en/A/CN.9/935>.

<sup>537</sup> U Izvješću ICCA – Queen Mary Task Force (*op. cit.* u bilj. 54, str. 216) navodi se da nema empirijskih dokaza da financiranje sredstvima treće strane dovodi do povećanja broja spekulativnih, marginalnih ili očito neosnovanih zahtjeva.

Scherer, Goldsmith i Fléchet navode: “Iako svi financijeri sustavno i pažljivo provjeravaju potraživanje o kojem je riječ i vjerojatnost uspjeha u sporu, njihovi se pristupi razlikuju. Za dvoje od njih poželjna je vjerojatnost uspjeha od 70 posto ili više. Drugi je naveo da ne zahtijeva tako visoki postotak, ali unatoč tome izbjegava slučajeve kada je vjerojatnost uspjeha oko 50 posto, osim ako postoje olakotne okolnosti. Olakotna okolnost postoji kada je slučaj nešto slabiji po pitanju nadležnosti tribunala, što smanjuje šanse za uspjeh u sporu, ali vrlo jak slučaj u odnosu na meritum spora.”; u Maxi Scherer, Aren Goldsmith and Camille Fléchet: *Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funders’ Perspectives*, str. 9.

<sup>538</sup> Denae Thrasher navodi da je “bilo i slučajeva da je financiranje pošlo po zlu jer treća strana koja financira postupak nije provela dubinsku analizu i poduprla je očito neosnovanu tužbu. Iako o tome nema puno dokaza, mogućnost da financiranje sredstvima treće strane doprinese podnošenju očito neosnovanih zahtjeva i da je iskušenje financijera (treće strane koja snosi troškove) da preuzmu velike rizike zbog moguće velike zarade, sugerira da bi financiranje sredstvima treće strane trebao, u najmanju ruku, trebalo biti podložno pažljivom nadzoru.” U Rachel Denae Thrasher, *Expansive Disclosure: Regulating Third-Party Funding for Future Analysis and Reform*, 59 B.C. L. Rev. 2935 (2018.), str. 9.

<sup>539</sup> Vidjeti Izvješće III. Radne skupine o radu 36. sjednice (Beč, 29. listopada do 2. studenog 2018.) od 6. studenog 2018., str. 13, dostupno na: <https://undocs.org/en/A/CN.9/964>; [Bilješku Komisije o mogućoj reformi financiranja sredstvima treće strane u sklopu reforme investicijskih sporova od 24. siječnja 2019., str. 2–9, dostupno na: https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.157](#), Izvješće III. Radne skupine o radu 37. sjednice (New York, 1. do 5. travnja 2019.) od 9. travnja 2019., str. 5–6, dostupno na: <https://undocs.org/en/A/CN.9/970> i

koja je proizašla iz rasprave na 36. sjednici III. Radne skupine i rasprave na 37. i 38. sjednici III. Radne skupine kao uvod u najnovije prijedloge Komisije odredaba kojima bi se reguliralo sporna pitanja vezano uz financiranje sredstvima treće strane.<sup>540</sup>

Bilješka Komisije skrenula je pažnju na različito definiranje financiranja sredstvima treće strane, na usku definiciju kao i na širu definiciju koja uključuje tzv. strateško, ili kako to Komisija kaže, filantropsko financiranje. Također je upozorila i na činjenicu da je u pojedinim slučajevima riječ o financiranju jednoga predmeta, ali moguće je i *portfolio* financiranje, tj. financiranje više predmeta. *Portfolio* financiranje javlja se u dva oblika, kao financiranje više slučajeva jednoga odvjetničkog društva ili financiranje više predmeta iste kompanije. Također se osvrnula i na definiciju iz dobrovoljnoga Kodeksa postupanja trećih strana koje financiraju troškove parničnog postupka Engleske i Walesa (*Code of Conduct for Litigation Funders*<sup>541</sup>), koji uređuje financiranje parničnih i arbitražnih postupaka. Komisija je u pogledu definiranja pojma financiranje sredstvima treće strane zaključila da je definicija i dalje predmet rasprave jer se financiranje može osigurati na razne načine i kroz različite strukture koje su predmet brzoga razvoja. Bitno je naglasiti da su u slučajevima investicijske arbitraže države uvijek te koje su tužene, dok su tužitelji ulagači pa stoga, zbog činjenice da se financiranje primarno dogovara za tužitelje, dolazi do disbalansa.<sup>542</sup>

Vezano uz reguliranje financiranja sredstvima treće strane u nacionalnim pravima Komisija je posebno naglasila da u mnogim jurisdikcijama pitanje financiranja nije regulirano pa stoga traje i rasprava treba li taj oblik financiranja regulirati, do koje mjere ili ga treba u potpunosti zabraniti. U odnosu na međunarodne ugovore Komisija je istaknula da pojedini noviji ugovori kao npr. Sporazum o zaštiti ulaganja između Europske unije i njezinih država članica, s jedne strane, i Socijalističke Republike Vijetnama, s druge strane<sup>543</sup> i CETA<sup>544</sup> sadržavaju definiciju financiranja sredstvima treće strane s time da u definiranju te pojave najčešće preuzimaju širi pristup [kako je i navedeno u I. poglavlju].<sup>545</sup>

---

Izvješće III. Radne skupine o radu 38. sjednice (Beč, 14. do 18. listopada 2019.) od 23. listopada 2019., str. 15–18, dostupno na: <https://undocs.org/en/A/CN.9/1004>.

<sup>540</sup> Nacrt prijedloga Komisije dostupan je na: <https://uncitral.un.org/en/thirdpartyfundig> i bio je dostupan za komentiranje do 30. srpnja 2021.

<sup>541</sup> Kodeks je donio Association of Litigation Funders (ALF), tj. Udruženje trećih osoba koje financiraju parnice pred sudovima u Engleskoj i Walesu. ALF je neovisno je tijelo koje je Ministarstvo pravosuđa zadužilo za samoregulaciju financiranja parnica u Engleskoj i Walesu. Kodeks je dostupan na: <https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>.

<sup>542</sup> Bilješka Komisije o mogućoj reformi financiranja sredstvima treće strane u sklopu reforme investicijskih sporova od 24. siječnja 2019., str. 2–9., dostupno na: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.157>.

<sup>543</sup> *Op. cit.* u bilj. 58.

<sup>544</sup> *Op. cit.* u bilj. 57.

<sup>545</sup> *Op. cit.* u bilj. 542, str. 2–9.

Komisija je sumirala glavne probleme vezane uz financiranje troškova postupka sredstvima treće strane. Jedno od prvih pitanja koje su istaknuli predstavnici država tijekom debate je sukob interesa i otkrivanje kao etičkih pitanja. Nadalje, primijećeno je da treće osobe koje financiraju postupak mogu steći preveliku kontrolu nad postupkom, što može dovesti do pokretanja postupka u slučajevima kada je zahtjev stranoga ulagatelja očito neosnovan ili do onemogućavanja mirnoga rješenja spora nagodbom. Također je istaknuto da financiranje utječe na troškove postupka, otvara pitanje osiguranja troškova te pitanje povjerljivosti informacija.<sup>546</sup>

U pogledu sukoba interesa Komisija je istaknula da taj problem može utjecati na integritet postupka i legitimitet same međunarodne arbitraže, posebno u situacijama kada je neki od arbitara bio u nekom odnosu s trećom stranom koja financira postupak. U tom je dijelu posebno bitno i pitanje otkrivanja činjenice da stranka koristi financiranje postupka jer se time može učiniti provjera postoji li sukob interesa na strani arbitara s time da takvo otkrivanje otvara i dva dodatna pitanja. Prvo je može li arbitar koji je bio ili jest u nekom poslovnom odnosu s trećom stranom nastaviti biti arbitar u konkretnom postupku jer se otvara i pitanje nepristranosti toga arbitra. Drugo je pitanje u kojoj je mjeri potrebno razotkriti činjenice vezane uz financiranje sredstvima treće strane, je li dovoljno da se tribunal i suprotnu stranu obavijesti o identitetu treće strane ili bi trebalo dati na uvid cjelokupni ugovor o financiranju. Trenutačni je trend da je dovoljno otkriti identitet treće strane, ali to je pitanje za sada u velikoj mjeri u nacionalnim arbitražnim zakonima i arbitražnim pravilima ostavljeno na diskrecijsku ocjenu samom tribunalu.<sup>547</sup>

U pogledu povjerljivosti informacija koje su dane trećoj osobi i troškova postupka Komisija je istaknula da ta pitanja najčešće nisu uređena nacionalnim arbitražnim zakonima i arbitražnim pravilima, već su ostavljena tribunalu na diskrecijsku ocjenu. Pitanje vezano uz troškove postupka je također može li tribunal obvezati i treću stranu na plaćanje troškova ako stranka koju financira bude neuspješna u postupku [to, osim što trenutačno nije moguće, bilo bi posebno teško izvedivo u slučajevima strateškoga financiranja kada su sredstva prikupljena masovnim financiranjem, tj. *crowdfunding* platformom, u kojem sudjeluje veći broj osoba, ali ne i kada se *crowdfunding* koristi kao oblik profesionalnog financiranja, dakle financiranja troškova postupka u svrhu ostvarivanja dobiti, op. aut.].<sup>548</sup>

Pitanje osiguranja troškova, odnosno pitanje je li sama činjenica da je postupak financiran sredstvima treće strane dovoljna da tribunal financiranoj strani naloži polaganje sredstva osiguranja

---

<sup>546</sup> *Ibid.*

<sup>547</sup> *Ibid.*

<sup>548</sup> *Ibid.*

troškova raspravljan je u svjetlu reforme ICSID-ovih Arbitražnih pravila prema kojoj sama činjenica da postupak financira treća strana neće biti dovoljna da se odredi osiguranje troškova, ali ta činjenica uz neke druge činjenice može biti dovoljna da se osiguranje odredi.<sup>549</sup>

Komisija je slijedom svega navedenoga predložila da se rasprave dva moguća rješenja navedenim problemima, a to su da se financiranje sredstvima treće strane ili u potpunosti zabrani u investicijskim arbitražama ili da se to pitanje regulira.<sup>550</sup>

Najnoviji nacrt Prijedloga Komisije<sup>551</sup> (dalje u tekstu: Prijedlog Komisije) o kojem će biti riječi u nastavku rada reflektira upravo ta dva pristupa (zabraniti ili regulirati financiranje troškova postupka sredstvima treće strane).

Tijekom 37. sastanka III. Radne skupine raspravljano je treba li reformirati sustav rješavanja sporova između stranih investitora i država i u odnosu na financiranje sredstvima treće strane u odnosu na probleme koji su identificirani u bilješci Komisije kao i u donosu na probleme o kojima je raspravljano na prethodnim sastancima III. Radne skupine te je predloženo da se ono ili u potpunosti zabrani ili da se regulira.<sup>552</sup>

Rasprava se nastavila i tijekom 38. sastanka III. Radne skupine te, iako su neki sudionici bili za zabranjivanje financiranja sredstvima treće strane, većina je ipak zaključila da je to pitanje potrebno normativno urediti uz napomenu da bi moglo biti zabranjeno za neke vrste tužbi kao što su očito neosnovane tužbe, tužbe podnesene u lošoj vjeri ili bez legitimnoga interesa te tužbe koje su podnesene iz političkih razloga. Nakon rasprave zaključeno je da je potrebno pripremiti nacrt odredaba koje će reflektirati raspravu. Te odredbe, jednom kada budu dovršene, mogu koristiti države bilo u međunarodnim ugovorima, arbitražnim pravilima ili ta pravila mogu biti inkorporirana u multilateralnu međunarodnu konvenciju koja bi se primjenjivala na sve međunarodne ugovore, što bi dovelo do harmonizacije prava na međunarodnom planu. Također je predloženo da se surađuje s ICSID-om i drugim institucijama kako bi se izbjegla fragmentacija prava u tom području kao i s akademskom zajednicom, ulagateljima, praktičarima te trećim osobama koje financiraju sporove kako bi se prikupili relevantni podaci.<sup>553</sup>

Prijedlog Komisije uključuje nacrt odredaba kojima bi se reguliralo pitanje financiranja postupka sredstvima treće strane i obrazloženje prijedloga odredaba.

---

<sup>549</sup> *Ibid.*

<sup>550</sup> *Ibid.*

<sup>551</sup> Nacrt Prijedloga Komisije dostupan je na: <https://uncitral.un.org/en/thirdpartyfundig> i bio je dostupan za komentiranje do 30. srpnja 2021.

<sup>552</sup> *Op. cit.* u bilj. 539, str. 5–6.

<sup>553</sup> *Op. cit.* u bilj. 539, str. 15–18.

Prijedlog Komisije u pogledu definicija pojmova glasi:

*“NACRT ODREDBE 1 (definicije)*

1. *“Postupak” znači bilo koji postupak radi rješavanja spora između ulagača jedne stranke i druge stranke.*
2. *“Treća strana koja daje financiranje” je svaka fizička ili pravna osoba koja nije stranka u postupku, ali sklapa ugovor kako bi pružila financiranje ili na drugi način osigurava financiranje postupka.*
3. *“Financirana stranka” je stranka u sporu koja ima koristi od financiranja sredstvima treće strane sklapanjem ugovora o financiranju, bilo samostalno ili putem svoga povezanog društva ili svog predstavnika.*
4. *“Financiranje sredstvima treće strane” je svako pružanje izravnog ili neizravnog financiranja ili ekvivalentne potpore stranci u sporu od strane fizičke ili pravne osobe koja nije stranka u sporu bilo donacijom, bespovratnim sredstvima ili u zamjenu za naknadu ovisnu o ishodu postupka.”<sup>554</sup>*

Komisija je u komentaru navela da će III. Radna skupina možda htjeti razmotriti bi li bilo potrebno navesti metodu rješavanja sporova i pravnu osnovu postupka. U vezi sa stavkom 2., Komisija je dodatno pojasnila da izraz “sklapa ugovor o osiguravanju financijskih sredstava” ima za cilj obuhvatiti slučajeve u kojima davatelj sredstava još nije sklopio ugovor sa strankom u sporu.<sup>555</sup>

Stavkom 3. nacrtu odredbe pokušalo se obuhvatiti i “neizravno financiranje”, dakle situacije u kojima je ugovor o financiranju sklopilo povezano društvo sa strankom u postupku ili njezin punomoćnik, a za korist te stranke.<sup>556</sup>

Nadalje, Komisija je upozorila da će III. Radna skupina možda htjeti razmotriti bi li pojam “financirana stranka” trebao biti ograničen na ulagače (dakle tužitelje) ili također obuhvaća i države, a to će uvelike ovisiti o prihvaćenom modelu regulacije. Stavak 4. je izrazom “izravno ili neizravno” uključio okolnosti u kojima stranka u sporu možda nije stranka ugovora o financiranju, ali je korisnik ugovora o financiranju. Izraz “ili ekvivalentna potpora” namijenjen je reguliranju nefinancijske potpore. Izraz “u zamjenu za naknadu ovisnu o ishodu postupka” odnosi se na komercijalno financiranje, dok se izraz “donacija ili potpora” odnosi na oblike neprofitnog financiranja [dakle strateškog, tj. filantropskog financiranja, op. aut.].<sup>557</sup>

Konačno, u pogledu nacrtu članka 1. Komisija je dala i generalnu primjedbu da će III. Radna skupina možda htjeti razmotriti bi li određene aranžmane financiranja trebalo izuzeti iz definicije, poput financiranja od strane punomoćnika ili predstavnika stranke. U vezi s tim, istaknula je da će se možda htjeti razmotriti bi li definicija trebala obuhvaćati (i) financiranje vlasničkim udjelom (na

---

<sup>554</sup> *Op. cit.* u bilj. 551, str. 2–4.

<sup>555</sup> *Ibid.*

<sup>556</sup> *Ibid.*

<sup>557</sup> *Ibid.*

primjer, ako donator kupuje dionice stranke u sporu ili stvara društvo posebne namjene zajedno s tom strankom) i (ii) slučajeve kada je treća strana koja pruža financiranje vlasnik ili ulaže u odvjetničko društvo koje zastupa stranku u sporu.<sup>558</sup>

Iz prijedloga definicije Komisije vidljivo je da se pokušava obuhvatiti sve modalitete financiranja sredstvima treće strane kao i da pitanje kao što je npr. vrsta postupka na koju se odredba odnosi nisu do kraja raspravljena. Bilo bi zanimljivo vidjeti što bi se dogodilo ako bi nacrt st. 1. ostao isti, a reforma bi se provela kroz multilateralnu konvenciju u odnosu na parnični postupak. Naime, u tom bi slučaju u zemljama u kojima je financiranje troškova sredstvima treće strane zabranjeno u slučaju pristupanja te zemlje međunarodnoj konvenciji imali situaciju da je financiranje pojedinih parničnih postupaka, kada se oni odnose na spor između investitora i zemlje primateljice investicije, dopušteno, dok bi u zemljama poput Hrvatske takva odredba u biti dopunila pravnu prazninu. Na taj bi način u biti reforma čiji je primarni cilj investicijska arbitraža utjecala i na nacionalne parnične postupke.

U odnosu na pitanje treba li u potpunosti zabraniti financiranje ili ga treba regulirati Komisija je pripremila prijedlog odredbe koja uključuje oba pristupa i koja glasi:

*“NACRT ODREDBE 2 (model zabrane)*

*Opcija A – Opća odredba koja zabranjuje financiranje sredstvima treće strane*

*Podnositelju zahtjeva [za arbitražu, op. aut.] zabranjeno je sklopiti ugovor o financiranju sredstvima treće strane kao i primati takvo financiranje.*

*Opcija B – Uvjet za podnošenje zahtjeva*

*Zahtjev [za arbitražu, op. aut.] se može podnijeti samo ako podnositelj zahtjeva nije sklopio sporazum o financiranju sredstvima treće strane ili nije primio takvo financiranje ili se od toga suzdrži.*

*Opcija C – Zahtjev za pristanak*

*Suglasnost tuženika podrazumijeva da podnositelj zahtjeva [za arbitražu, op. aut.] nije sklopio sporazum o financiranju sredstvima treće strane ili nije primio takvo financiranje te se od toga suzdržava.*

*Opcija D – Uskraćivanje pogodnosti [eng. Denial of Benefits, op. aut.<sup>559</sup>]*

---

<sup>558</sup> *Ibid.*

<sup>559</sup> Uskraćivanje pogodnosti ili *Denial of Benefits* je odredba u međunarodnom ugovoru kojom države ugovaraju uskraćivanje zaštite koja iz toga ugovora proizlazi ili za ulagatelje koji nisu investitori prema definiciji ulagatelja iz samoga ugovora koji i sadržava tu klauzulu ili u situacijama kada je investitor državljanin države s kojom država primateljica ulaganja nema diplomatske odnose ili protiv koje je jedna od ugovornih strana proglasila ekonomski embargo. Glavna je svrha ove odredbe u međunarodnim ugovorima da spriječi pojavu tzv. *treaty shopping*, tj. situaciju kada investitor tako strukturira investiciju da osigura zaštitu iz međunarodnog ugovora iako je investitor državljanin ili subjekt treće strane koja nije ugovorna strana tog ugovora i nema značajnih poslovnih aktivnosti na teritoriju države ugovornice – u tim je slučajevima riječ je o tzv. *shell/mailbox company* (tvrtkama koje imaju samo poštanski sandučić u zemlji ugovornici) koje su u stvarnosti pod kontrolom državljana zemlje koja nije država ugovornica međunarodnog ugovora. Ova odredba je stoga usko vezana uz definiciju investitora u međunarodnom ugovoru i o samoj će definiciji ovisiti hoće li biti moguće pozvati se na klauzulu o uskraćivanju pogodnosti. Više o uskrati pogodnosti, tj. *Denial of Benefits* vidjeti u Loukas Mistelis i

*Stranka može uskratiti blagodati ovog ugovora o ulaganju investitoru druge stranke koji podnosi zahtjev [za arbitražu, op. aut.] ako je investitor sklopio sporazum o financiranju treće strane ili ako je financiranje primio.*<sup>560</sup>

Komisija je u komentaru prijedloga navedene odredbe koja predviđa različite modalitete zabrane financiranja troškova postupka sredstvima treće strane istaknula da opcija A predviđa generalnu zabranu, opcija B uvjetuje pokretanje i vođenje investicijske arbitraže nepostojanjem financiranja sredstvima treće strane, dok opcija C načelno ne zabranjuje financiranje troškova postupka sredstvima treće strane ako je na to pristala tužena država. Opcija D nacрта specifična je jer se za normiranje koristi klauzula o uskrati pogodnosti, tj. *denial of benefits clause*. To nije uobičajeno korištenje te klauzule jer, kao što i sama Komisija navodi u prijedlogu, tom su klauzulom države uskraćivale beneficije iz bilateralnih i multilateralnih međunarodnih ugovora koji sadržavaju odredbe o zaštiti stranih ulaganja određenim kategorijama ulagatelja i to onim koji ionako nisu trebali biti obuhvaćeni tim ugovorima kao npr. ulagateljima koji su “pod nadzorom državljana treće države” i/ili “nemaju stvarnu ekonomsku povezanost s matičnom državom”. Države koriste klauzulu o uskraćivanju pogodnosti kako bi se “suprotstavile strategijama kojima se traži zaštita iz određenih ugovora stjecanjem povoljnog državljanstva”, drugim riječima, kako bi se spriječilo ustanovljenje nadležnosti (*forum shopping*) i koristi od ugovora o promociji i zaštiti ulaganja (*treaty shopping*). Komisija je posebno istaknula da bi se slično tomu uskraćivanje koristi od arbitraže podnositelju zahtjeva za arbitražu koji postupak financira sredstvima treće strane moglo spriječiti zlouporabu prava i zaštititi ciljeve gospodarskog razvoja koje države promoviraju i ostvaruju kroz ugovore o promociji i zaštiti ulaganja. Komisija je također u prijedlogu napomenula da se može razmotriti i mogućnost isključivanja strateškog financiranja kao i financiranja država te da se eventualni negativni učinak zabrane u smislu ograničavanja pristupa pravdi za investitore koji nemaju sredstava platiti troškove arbitraže može riješiti putem mehanizama pravne pomoći.<sup>561</sup>

Može se pretpostaviti da su svi sudionici rasprave o reformi rješavanja sporova između stranih investitora i država svjesni da opisani radikalni pristup isključivanja strateškog financiranja kao i financiranja država iz zabrane financiranja nije najbolje rješenje jer i samo stvara disbalans u pravima sudionika, ovaj put u korist država (s obzirom na to da su situacije u kojima investitor nema sredstava za financiranje arbitražnog postupka itekako izgledne i moguće) usprkos činjenici da je upravo cilj reforme izbalansirati sustav. Nadalje, jasno je da zabrana financiranja troškova

---

Crina Baltag: ‘Denial of Benefits’ Clause in Investment Treaty Arbitration, (December 13, 2018). Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 293/2018, <https://ssrn.com/abstract=3300618> ili Rachel Thorn i Jennifer Doucleff: Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of “Investor” u Michael Waibel, Asha Kaushal, et al. (eds), *The Backlash against Investment Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2010), str. 3–28.

<sup>560</sup> *Op. cit.* u bilj. 551, str. 4.

<sup>561</sup> *Ibid.*, str. 4–5.

postupka sredstvima treće strane ne bi polučila željeni rezultat jer bi oni koji tu uslugu pružaju i od nje ostvaruju značajan profit našli novi modalitet pružanja te usluge (većini je sudionika na tržištu financiranje troškova postupka ne samo lukrativan posao nego i oblik investiranja). Upravo se stoga sam prijedlog Komisije sastoji od dviju alternativa, zabrane financiranja sredstvima treće strane kao radikalni pristup i normiranje financiranja kao kompromisno rješenje.

Komisija je pripremila tri odredbe, ovisno o cilju zbog kojeg se financiranje dopušta (pristup pravdi, održivi razvoj ili popis zabranjenih slučajeva financiranja), koje glase:

*“NACRT ODREDBE 3 (Model pristupa pravdi)*

*1. Financiranje sredstvima treće strane dopušteno je ako podnositelj zahtjeva može dokazati da tužbu podnosi u dobroj vjeri i nije u mogućnosti ostvariti svoj zahtjev bez financiranja sredstvima treće strane.*

*2. Tribunal će dati dopuštenje iz stavka 1. po primitku zahtjeva od podnositelja zahtjeva, koji se podnosi uz obavijest o arbitraži i prije sklapanja ugovora o financiranju sredstvima treće strane ili dobivanja tih sredstava.”<sup>562</sup>*

Komisija u prijedlogu navodi da, budući da prema nacrtu odredbe 3 tužitelj mora dokazati da tužbu podnosi u dobroj vjeri i da bez financiranja sredstvima treće strane financijski ne bi mogao podnijeti zahtjev, financiranje treće strane samo u poslovne svrhe (na primjer u svrhu upravljanja rizicima ili radi izbjegavanja prikazivanja troškova postupka u bilanci) ne bi moglo biti odobreno. Komisija je također upozorila na to da će možda biti teško dokazati nedostatak sredstava podnositelja zahtjeva i da je financiranje treće strane “neophodno” te je ujedno, u odnosu na st. 1., Komisija napomenula da se ta odredba može i dopuniti na način da se navede: “St. 2. ne primjenjuje se ako podnositelj zahtjeva...” u kojem slučaju bi se otvorila i mogućnost navođenja slučajeva kada odobrenje tribunal nije potrebno te dopuniti i dodatnim uvjetom u pogledu “izglednost uspjeha u sporu”.<sup>563</sup>

Zanimljivo je da se prijedlog Komisije odnosi isključivo na tužitelje, a ne i tužene države. To ima smisla u dijelu da države ne bi bile u mogućnosti zadovoljiti kriterij “neophodnosti”, ali kriterij dobre vjere u odnosu na protutužbu je itekako primjenjiv na tužene države pa bude li ta odredba prihvaćena i u konačnom prijedlogu treba je dopuniti u pogledu država i postupanja u dobroj vjeri prilikom podnošenja protutužbe.

*“NACRT ODREDBE 4 (Model održivog razvoja)*

*Financiranje sredstvima treće strane dopušteno je ako podnositelj zahtjeva može dokazati da je njegovo ulaganje u skladu s [primjenjivim odredbama održivog razvoja].”<sup>564</sup>*

---

<sup>562</sup> *Ibid.*, str. 6.

<sup>563</sup> *Ibid.*, str. 6.

<sup>564</sup> *Ibid.*, str. 7.



Prema modelu održivoga razvoja podnositelju zahtjeva bilo bi dopušteno tražiti financiranje ako njegovo ulaganje udovoljava unaprijed definiranim zahtjevima održivoga razvoja tužene države. To odražava trend da države, posebno zemlje u razvoju, nastoje uravnotežiti u svojim ugovorima o zaštiti i promociji stranih ulaganja zaštitu investitora s jedne strane i održivi razvoj s druge strane. Omogućujući samo investitorima koji doprinose održivom razvoju da koriste financiranje sredstvima trećih strana, taj bi model omogućio državama da daju prednost i promiču upravo takva ulaganja, dakle ulaganja koja npr. imaju za cilj zaštitu okoliša ili ublažavanja klimatskih promjena. Komisija je posebno naglasila da se odredba 4 može kombinirati s modelom popisa zabranjenih slučajeva financiranja o kojem će biti riječi u nastavku.<sup>565</sup>

*“NACRT ODREDBE 5 (Model popisa zabranjenih slučajeva financiranja)*

*1. Financiranje sredstvima treće strane dopušteno je osim ako:*

*(a) se financiranje osigurava u zamjenu za naknadu za uspjeh i druge oblike novčane nadoknade ili naknade koji u potpunosti ili djelomično ovise o ishodu postupka ili portfelju financiranih postupka;*

*(b) očekivani povrat koji će se platiti trećoj strani premašuje razumni iznos;*

*(c) broj slučajeva da treća strana financira predmete protiv tužene države u pogledu iste mjere premašuje razumni broj;*

*(d)...*

*2. Nakon otkrivanja podataka sukladno nacrtu čl. 7., tribunal će na zahtjev stranke ili na vlastitu inicijativu utvrditi je li financiranje zabranjeno sukladno st. 1.”<sup>566</sup>*

Prema modelu popisa zabranjenih slučajeva financiranja, financiranje sredstvima treće strane u pravilu bi bilo dopušteno, dok bi samo određene vrste financiranja bile zabranjene. U usporedbi s modelom pristupa pravdi i modelom održivog razvoja, taj bi pristup mogao pružiti veću fleksibilnost strankama u ostvarivanju financiranja za mnoge različite svrhe. Odredba u st. 1. određuje financiranje koje ne bi bilo dopušteno. Stavak 1.(a) odnosi se na špekulativno financiranje, no ta bi odredba, ovako kako je predložena, mogla ograničiti većinu komercijalnih financiranja te u tom slučaju podstavci koji slijede možda neće ni biti potrebni. Stavkom 1.(b) zabranjuje se financiranje sredstvima treće strane kada je iznos očekivanog povrata te investicije prekomjeran ili veći od određenoga praga. Alternativni pristup bio bi ograničavanje iznosa ili postotka povrata, umjesto da se financiranje u cijelosti zabrani. Stavak 1.(c) ima za cilj pokrivanje situacija financiranja kada treća strana već financira brojne postupke protiv iste tužene države, koji su pokrenuti zbog iste mjere. To bi ograničilo broj postupaka koje financira treća strana protiv točno određene države, što se kao takvo smatra zabrinjavajućim jer bi moglo dodatno povećati postojeću neravnotežu na štetu tih država jer treća strana može utjecati na ishod tih slučajeva.

---

<sup>565</sup> *Ibid.*, str. 6–7.

<sup>566</sup> *Ibid.*, str. 7.

Komisija je posebno naglasila da st. 1. prijedloga daje samo neke primjere pa će stoga Radna skupina možda htjeti razmotriti koje bi druge vrste financiranja trebale biti uključene na popis, kao na primjer lakomisleni zahtjevi ili zahtjevi bez pravne osnove, zahtjevi koji su podneseni u lošoj vjeri ili u političke svrhe itd. U pogledu prijedloga st. 2. Komisija je navela da je tu odredbu potrebno nadopuniti procesnim odredbama kako bi se regulirao i sam postupak.<sup>567</sup>

Prijedlog sadržava i sankcije protiv stranke koja koristi nedopušteno financiranje sredstvima treće strane:

*“NACRT ODREDBE 6 (Sankcije)*

*Ako podnositelj zahtjeva zaključi ugovor o financiranju sredstvima treće strane ili primi financiranje, kada to prema ovim odredbama nije dopušteno, tribunal može:*

- (a) naložiti podnositelju zahtjeva da raskine ugovor o financiranju treće strane i/ili vrati primljena sredstva;*
- (b) obustaviti ili prekinuti postupak;*
- (c) razmotriti tu činjenicu prilikom odlučivanja o troškovima postupka;*
- (d) ...”<sup>568</sup>*

Pravne posljedice nedopuštenog financiranja razlikovale bi se ovisno o modelu regulacije (nacrt odredbe 5 – tri modela, tj. pristupa). Na primjer, kao posljedica nedopuštenog financiranja tužbeni zahtjev može biti odbačen kao nedopušten ili se tribunal može oglasiti nenadležnim za odlučivanje u predmetu. Komisija je također navela da je u nacrtu odredbe 6 riječ o primjerima mogućih mjera koje bi tribunal (ili bilo koje drugo tijelo) mogao odrediti, ako utvrdi da financiranje nije dopušteno, no Radna bi skupina trebala razmotriti jesu li mjere navedene u nacrtu te odredbe prikladne i trebaju li se dodati neke druge mjere. U obrazloženju prijedloga se također navodi da bi tribunal mogao odrediti jednu ili više mjera s popisa, a Radna će skupina možda odlučiti i propisati da se sankcije izriču isključivo na zahtjev protivne strane ili i na inicijativu samoga tribunala.<sup>569</sup>

Prijedlog Komisije također sadržava i odredbu koja regulira otkrivanje postojanja financiranja troškova postupka sredstvima treće strane:

*“NACRT ODREDBE 7 (Otkrivanje)*

*1. Financirana stranka obavijestit će tribunal i ostale stranke u sporu o sljedećim podacima:*

- (a) imenu i adresi treće strane koja financira troškove postupka;*
- (b) imenu i adresi stvarnoga vlasnika treće strane koja financira troškove postupka i bilo koje fizičke ili pravne osobe koja ima ovlasti za donošenje odluka u ime ili za račun te treće strane; i*

---

<sup>567</sup> *Ibid.*, str. 7–8.

<sup>568</sup> *Ibid.*, str. 8.

<sup>569</sup> *Ibid.*, str. 8–9.

*(c) o ugovoru o financiranju ili njegovim uvjetima.*

*2. Uz podatke navedene u stavku 1., tribunal može zahtijevati od financirane stranke da otkrije i sljedeće podatke:*

*(a) je li treća strana prihvatila snositi troškove suprotne strane u slučaju neuspjeha u sporu;*

*(b) očekivani iznos povrata financiranja treće strane;*

*(c) bilo koja prava treće strane kojima ta strana kontrolira ili utječe na upravljanje tužbom, postupkom i pravom da raskine ugovor o financiranju;*

*(d) broj slučajeva u kojima je treća strana osiguralo financiranje postupka protiv tužene države;*

*(e) bilo koji ugovor između treće strane i pravnog savjetnika ili tvrtke koja zastupa stranku koja financira; i*

*(f) bilo koje druge informacije koje tribunal smatra potrebnima.*

*3. Financirana stranka otkrit će informacije navedene u stavku 1. prilikom podnošenja tužbe ili, ako je ugovor o financiranju sklopljen nakon podnošenja tužbe, što je prije moguće nakon sklapanja ugovora. Financirana stranka otkrit će informacije što ih je zatražio tribunal u skladu sa stavkom 2. što je prije moguće nakon takvog zahtjeva.*

*4. Ako dođe do bilo kakve promjene u podacima otkrivenim u skladu s ovom odredbom, financirana stranka odmah će obavijestiti tribunal i ostale stranke u postupku.*

*5. Ako financirana stranka ne ispuni obveze iz ove odredbe, sud može:*

*(a) obustaviti ili prekinuti postupak;*

*(b) uzeti u obzir tu činjenicu prilikom donošenja odluke o troškovima postupka; ili*

*(c) poduzeti bilo koju drugu odgovarajuću mjeru.<sup>570</sup>*

Razlog i svrha gore navedene odredbe o obvezi otkrivanja je rješavanja rizika sukoba interesa i transparentnost, a usto i značajan broj postojećih ugovora o zaštiti i promociji stranih ulaganja i arbitražnih pravila sadržava pravila o otkrivanju financiranja sredstvima treće strane. Stavak 1. propisuje da financirana stranka mora otkriti određene informacije, a Radna će skupina možda htjeti razmotriti odnosi li se ta obveza na obje stranke, to jest je li potrebno tu obvezu nametati i tuženim državama imajući u vidu da je to pitanje već možda regulirano domaćim pravom te države. U pogledu trenutka nastanka obveze otkrivanja Komisija je napomenula da će se možda htjeti razmotriti trebaju li se pripremiti pravila za otkrivanje informacija prije konstituiranja tribunal i komu bi se ta informacija davala (npr. instituciji koja administrira postupak, tijelu koje imenuje arbitre ili nekom drugom tijelu) jer bi u tom slučaju subjekt koji je dobio informacije od financirane stranke trebao proslijediti te informacije potencijalnim kandidatima i samom tribunalu nakon što je konstituiran. U odnosu na opseg otkrivanja, već je u ranijim raspravama Radne skupine zauzet stav da bi svakako trebalo otkriti činjenicu postojanja financiranja treće strane i identitet treće strane pa stoga st. 1.(a) reflektira taj stav. U odnosu na st. 1.(b) Komisija je istaknula

---

<sup>570</sup> *Ibid.*, str. 9–10.

da je njegova primarna zadaća identificiranje potencijalnih sukoba interesa, posebno u slučajevima kada je treća strana u biti društvo posebne namjene osnovano upravo za potrebe financiranja konkretnog postupka. Stavak 1.(c) predviđa otkrivanje ugovora o financiranju ili njegovih uvjeta, no Komisija u obrazloženju prijedloga ujedno ukazuje na činjenicu da će možda biti potrebno razmotriti trebaju li postojati neke iznimke od zahtjeva za otkrivanjem podataka, posebno u slučajevima kada ugovor o financiranju podliježe nekim drugim propisima koji to pitanje drukčije uređuju (primjerice *pro bono* aranžmani, ugovori o nepredviđenim situacijama ili ugovori o financiranju između poduzeća). U pogledu izričaja stavka 2 Komisija u obrazloženju prijedloga navodi da on odražava stajalište da bi tribunal trebao imati diskrecijsku ovlast odrediti opseg otkrivanja izvan podataka iz stavka 1 i to na temelju okolnosti slučaja s time da je moguće da će se neke od tih podataka ipak podvesti pod st. 1. Stavak 3 odražava stajalište da bi se otkrivanje trebalo izvršiti u ranoj fazi postupka ili čim se zaključi ugovor o financiranju, a stavak 4 da bi obveza otkrivanja trebala biti kontinuirana, dakle trebala bi postojati tijekom cijeloga postupka.<sup>571</sup>

Prijedlog Komisije također sadržava sljedeće odredbe:

*“NACRT ODREDBE 8 (Ulaganje i ulagatelj stranke)*

*Kako bi se izbjegle sumnje, financiranje treće strane neće se smatrati pokrivenim ulaganjem prema ovom [Sporazumu], a treća se strana neće smatrati ulagateljem stranke.”<sup>572</sup>*

Nacrt odredbe 8 pojašnjava da se financiranje treće strane neće tumačiti kao ulaganje zaštićeno ugovorima o ulaganju, a treća se osoba koja snosi troškove postupka neće smatrati ulagateljem. Tom se odredbom želi spriječiti da treća strana pokreće postupak protiv države na temelju bilo kojeg gubitka ili štete pretrpljene financiranjem stranke u postupku.<sup>573</sup>

Osiguranje troškova normirano je u nacrtu odredbe 9, s time da je Komisija pripremila dvije alternative koje glase:

*“NACRT ODREDBE 9 (Osiguranje troškova)*

*Opcija A*

*Kada je stranka sklopila ugovor o financiranju troškova postupka sredstvima treće strane ili joj je osigurano financiranje, tribunal će naložiti toj stranci da položi sredstvo osiguranja troškova, osim ako pokaže da:*

- a) tužena je država odgovorna za njezinu nesposobnost za plaćanje; ili*
- b) nije u mogućnosti ostvariti svoj zahtjev bez financiranja sredstvima treće strane; i/ili*
- c) treća strana će snositi troškove suprotne strane u slučaju neuspjeha u sporu.*

*Opcija B*

---

<sup>571</sup> *Ibid.*, str. 10–11.

<sup>572</sup> *Ibid.*, str. 12.

<sup>573</sup> *Ibid.*

*Kada stranka koristi financiranje troškova postupka sredstvima treće strane, tribunal može naložiti toj stranki da položi sredstvo osiguranja troškova.*<sup>574</sup>

Kao što je vidljivo iz navedene odredbe, opcija B daje diskrecijsku ovlast tribunalu da naloži polaganje sredstva osiguranja (dakle, tribunal može i ne mora naložiti polaganja sredstva osiguranja za plaćanje troškova), dok je opcija A kongentne naravi i nameće opću obvezu tribunalu da naloži polaganje sredstva osiguranja troškova kada stranka financira postupak sredstvima treće strane, osim u propisanim slučajevima, pri čemu je teret dokaza da postoje okolnosti koje isključuju tu obvezu na tužitelju.

Komisija je na temelju rasprava Radne skupine pripremila dvije varijante odredbe o troškovima postupka:

*“NACRT ODREDBE 10 (Raspodjela troškova)*

*Opcija A*

*Troškovi povezani s ili koji proizlaze iz financiranja sredstvima treće strane (uključujući iznos koji se ima platiti trećoj strani) neće se uključiti u troškove postupka, osim ako tribunal ne odredi drukčije.*

*Opcija B*

*Troškovi povezani s ili koji proizlaze iz financiranja sredstvima treće strane (uključujući iznos koji se ima platiti trećoj strani) snosi financirana stranka i ne može ga snositi protivna strana, osim ako tribunal ne odredi drukčije.*<sup>575</sup>

Komisija u obrazloženju navedene odredbe navodi da opcija A isključuje troškove financiranja iz definicije troškova postupka, dok opcija B uvodi kao pravilo da te troškove snosi financirana stranka pa se stoga ne mogu nadoknaditi, no obje opcije daju diskrecijsku ovlast tribunalu da odluči drukčije. Posebno je zanimljivo obrazloženje Komisije u dijelu u kojem ona predlaže Radnoj skupini razmotriti treba li pripremiti zasebnu odredbu kojom bi se tribunalu dala ovlast da naloži trećoj strani plaćanje troškova postupka u slučaju neuspjeha u sporu obzirom da bez takve odredbe tribunal nema ovlasti naložiti trećoj strani, koja nije stranka u sporu, da snosi troškove postupka.<sup>576</sup> To bi na neki način predstavljalo revoluciju jer, kao što je više puta spomenuto, to trenutačno u arbitražnim postupcima nije moguće.

Konačno, Komisija u prijedlogu nacrtu odredbi kojima bi se reguliralo financiranje postupka sredstvima treće strane daje i jedan opći prijedlog. Komisija u prijedlogu navodi da će Radna skupina možda htjeti razmotriti treba li pripremiti kodeks ponašanja treće strane koja financira troškove postupka, koji bi se mogao temeljiti na postojećim inicijativama. Neka pitanja koja bi se mogla riješiti u tom kodeksu su:

---

<sup>574</sup> *Ibid.*

<sup>575</sup> *Ibid.*, str. 13.

<sup>576</sup> *Ibid.*, str. 13–14.

- otkrivanje podataka, posebno sukoba interesa;
- zahtjevi za transparentnošću u pogledu vođenja poslovanja;
- ograničenje povrata koji treba platiti trećoj osobi (na primjer, maksimalni postotak dodijeljenog ili potraživanog iznosa);
- ograničavanje kontrole koju treća strana može imati nad postupkom;
- ograničavanje broja tužbi koje treća strana financira protiv jedne države; i
- dužna pažnja prema zahtjevima kako bi se spriječilo financiranje očito neosnovanih zahtjeva.<sup>577</sup>

Kako pravilno navode Langford i dr., reforma se može podijeliti u četiri opće kategorije i to (i) poboljšanje postojećeg arbitražnog sustava za sporove između stranoga ulagatelja i države primateljice ulaganja, (ii) uvođenje žalbenog mehanizma u postojeći režim investicijske arbitraže, (iii) uvođenje multilateralnog suda za zaštitu ulaganja (s ugrađenom mogućnosti ili bez ugrađene mogućnosti žalbe) i (iv) ukidanje sustava investicijskih sporova po dva scenarija, i to (i) pribjegavanje samo domaćim sudovima i (ii) pribjegavanje arbitražama između država, s prethodnim obveznim obraćanjem ili bez prethodnog obveznog obraćanja domaćim sudovima, s time da su države i ostali sudionici tek počeli raspravljati koji bi pravni instrument mogao obuhvatiti sve predložene reforme. Jedan je od prijedloga Multilateralna konvencija o procesnoj reformi koja bi omogućila državama da se odluče za preferiranu opciju načina rješavanja sporova.<sup>578</sup>

Treba istaknuti da je interesantan i prijedlog koji su UNCITRAL-u uputili Schill i Vidigal, koji uključuje osnivanje Multilateralne institucije za rješavanje sporova o ulaganjima (*Multilateral Institution for Dispute Settlement on Investment – MIDS*). Takva bi institucija državama omogućila zadržavanje preferencija u pogledu načina rješavanja sporova (bilo kroz reformiranu arbitraža između države i ulagatelja, međudržavnu arbitražu, uspostavom stalnoga suda za rješavanje ulagačkih sporova ili jačanjem domaćih pravnih lijekova) uz integriranje tih preferencija u jedan multilateralni institucionalni okvir – osnovan međunarodnom konvencijom.<sup>579</sup>

Naime, pravilno Schill i Vidigal upozoravaju da je teško zamisliti da će EU model za rješavanje ulagačkih sporova, a to je Multilateralni investicijski sud (*Multilateral Investment*

<sup>577</sup> *Ibid.*, str. 14–15.

<sup>578</sup> *Op. cit.* u bilj. 292, str. 175–177.

<sup>579</sup> Stephan W. Schill, Geraldo Vidigal: Designing Investment Dispute Settlement à la Carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis; *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Online Publication Date: 07 Feb 2020, str. 3–4, dostupno na: [https://brill.com/view/journals/lape/18/3/article-p314\\_5.xml?language=en](https://brill.com/view/journals/lape/18/3/article-p314_5.xml?language=en).

*Court* – MIC) biti općeprihvaćen, posebno imajući u vidu da se neke države (uključujući Sjedinjene Američke Države i Japan) zalažu za postupnu reformu investicijske arbitraže, neke države poput Indije izražavaju snažnu sklonost davanju veće uloge domaćim sudovima, dok druge, osobito Brazil, predlažu uspostavljanje međudržavne arbitraže (umjesto arbitraže između države i ulagatelja) kao poželjnog sredstva za rješavanje investicijskih sporova. Slijedom navedenoga, nerazumno bi bilo očekivati multilateralni konsenzus oko jednoga modela rješavanja investicijskih sporova, pa stoga Schill i Vidigal smatraju da bi multilateralna institucija za rješavanje sporova o ulaganjima koja bi u sebi inkorporirala sva navedena rješenja koja bi potpisnici mogli birati *à la carte* bila prihvatljivo rješenje. Oni predlažu da se MIDSII sastoji od tri stupa koja u biti uključuju sve opcije koje države ističu kao moguće načine rješavanja sporova – prvi stup je MIC koji bi omogućio EU-u i njegovim državama članicama da u praksi provedu svoj projekt uspostave stalnog suda za rješavanje ulagačkih sporova, drugi stup su međudržavne arbitraže, što omogućava Brazilu i njegovim sljedbenicima sudjelovanje u stvaranju i djelovanju u MIDSII-ju, a treći su stup (reformirane) arbitraže za rješavanje sporova između država i ulagatelja, s korištenjem ili bez korištenja MIC-a kao žalbenog tijela ili tijela za poništavanje.<sup>580</sup>

Koliko god je prijedlog Schilla i Vidigala zanimljiv, on ne daje odgovor na pitanja koja se javljaju u pogledu financiranja troškova postupka sredstvima treće strane. Uz to, ako se taj prijedlog dodatno ne razradi, njegova bi primjena mogla dovesti do daljnje fragmentacije u pristupu rješavanja otvorenih pitanja proizašlih iz razvoja i bujanja financiranja troškova postupka sredstvima treće strane. Naime, postavlja se pitanje koje bi ovlasti u pogledu financiranja imao MIC, a koje arbitražni tribunali, bi li MIC možda trebao ne samo naložiti otkrivanje dijela ili cijeloga ugovora o financiranju nego i ovjeriti ugovor o financiranju (kao što je praksa, primjerice, u Kanadi, vidjeti u 185 VII. poglavlju pod 4), bi li mogao naložiti plaćanje troškova trećoj strani u slučaju gubitka spora, kakav bi bio odnos MIC-a u odnosu na zahtjev za polaganje sredstva osiguranja plaćanja troškova postupka itd. te bi li i arbitražni tribunali imali iste ovlasti. Ta i sva ostala pitanja vezana uz financiranje sredstvima treće strane mogla bi biti riješena i općim odredbama multilateralne konvencije kojom se osniva MIDSII, a koje bi bile primjenjive na sve modalitete rješavanja sporova između države primateljice ulaganja i ulagatelja, ali za sada taj prijedlog ne ulazi u ta pitanja, već generalno predlaže kako pomiriti razlike u pristupu rješavanja spornih pitanja između država.

---

<sup>580</sup> *Ibid.*, str. 5–7.

Ako države reformu odluče provesti multilateralnom konvencijom, bilo osnivanjem MIDSII ili ne, to bi moglo imati dalekosežne posljedice za cjelokupnu investicijsku arbitražu, dakle i onu pod okriljem ICSID-a jer bi se tom konvencijom mogla isključiti primjena načina rješavanja sporova iz BIT-ova kao i multilateralnih ugovora koji sadržavaju odredbe o zaštiti stranih investitora i načinu rješavanja sporova. Ne iznenađuje stoga i zainteresiranost ICSID-a za reforme u tijeku jer bi time uloga te institucije bila ozbiljno poljuljana, ali jedinstveni način rješavanja otvorenih pitanja u pogledu financiranja troškova sredstvima treće strane bi zasigurno barem djelomično otklonio prisutnu fragmentaciju prava u normiranju toga instituta te bi u konačnici mogao dovesti i do prenošenja nekih rješenja i ujednačavanja nacionalnih procesnih prava.

### **iii. Reforma financiranja sredstvima treće strane unutar reforme ICSID-ovih Arbitražnih pravila**

ICSID-ova Arbitražna pravila, kao i ostala pravila ICSID-a, također su reformirana te su nakon duge rasprave objavljena nova Arbitražna pravila iz 2022., koja su stupila na snagu 1. srpnja 2022. godine. Na ICSID-ovim se stranicama navodi kako je jedna od novina uvedena posljednjim izmjenama Arbitražnih pravila, Pravila o mirenju kao i Dodatnih arbitražnih pravila uvođenje obveze otkrivanja financiranja troškova postupka sredstvima trećih strana. Naime, prvi put ICSID-ova Arbitražna pravila uređuju i pitanje kada troškove postupka financira treća strana koja nije stranka u postupku. Stranke u sporu imaju stalnu obvezu otkrivanja financiranja troškova postupka sredstvima trećih strana – uključujući naziv i adresu treće strane – sve kako bi izbjegli sukobe interesa arbitara koji mogu proizaći iz takvih ugovora o financiranju.<sup>581</sup>

Treba uvodno istaknuti da je iz završne verzije Arbitražnih pravila vidljivo da se ICSID zadržao na pitanju mogućega sukoba interesa arbitara. U nastavku su odredbe koje se odnose na financiranje troškova postupka sredstvima treće strane i rasprava koja se vodila prilikom pripreme Pravila 14 ICSID-ovih Arbitražnih pravila.

#### *Pravilo 14.*

##### *Obavijest o financiranju troškova postupka sredstvima treće strane*

*(1) Stranka će podnijeti pisanu obavijest u kojoj će navesti ime i adresu svake treće strane od koje je stranka, izravno ili neizravno, primila sredstva za vođenje ili obranu postupka putem donacija ili bespovratnih sredstava, ili u zamjenu za naknadu koja ovisi o*

---

<sup>581</sup> Priopćenje je dostupno na: <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/communiqués/icsid-administrative-council-approves-amendment-icsid-rules#:~:text=March%202022-.ICSID%20Administrative%20Council%20Approves%20Amendment%20of%20ICSID%20Rules,investors%20and%20their%20host%20States.>



ishodu postupka (“financiranje treće strane”). Ako je treća strana pravna osoba, obavijest će sadržavati imena osoba i subjekata koji posjeduju i kontroliraju tu pravnu osobu.

(2) Obavijest iz stavka (1) stranke podnose glavnom tajniku nakon registracije zahtjeva za arbitražu, odnosno odmah nakon sklapanja ugovora o financiranju sredstvima treće strane koji je sklopljen nakon registracije zahtjeva za arbitražu. Financirana stranka će odmah obavijestiti glavnog tajnika o svim daljnjim promjenama podataka iz obavijesti o financiranju.

(3) Glavni tajnik prosljeđuje obavijest o financiranju sredstvima treće strane i svaku obavijest o promjenama podataka iz obavijesti strankama i svakom arbitru predloženom za imenovanje ili imenovanom u postupku u svrhu ispunjavanja potrebne izjave arbitra prema pravilu 19(3)(b).

(4) Tribunal može naložiti objavu daljnjih informacija u vezi s ugovorom o financiranju i financiranju treće strane u skladu s pravilom 36(3).<sup>582</sup>

Na posljednjim konzultacijama s državama članicama ICSID je podijelio odredbe koje se odnose na financiranje troškova postupka sredstvima trećih strana u arbitražnim pravilima i ugovorima koji uređuju sustav međunarodnoga rješavanja sporova (ISDS). Države su dale brojne komentare na nacrt pravila 14, koji je u radnoj verziji glasilo:

#### Pravilo 14

*Obavijest o financiranju troškova postupka sredstvima treće strane*

(1) Stranka će podnijeti pisanu obavijest u kojoj će navesti ime i adresu svake treće strane od koje je stranka, izravno ili neizravno, primila sredstva za vođenje ili obranu postupka putem donacija ili bespovratna sredstva, ili u zamjenu za naknadu koja ovisi o ishodu postupka (“financiranje treće strane”).

(2) Obavijest iz stavka (1) stranke podnose glavnom tajniku nakon registracije zahtjeva za arbitražu, odnosno odmah nakon sklapanja ugovora o financiranju sredstvima treće strane koji je sklopljen nakon registracije zahtjeva za arbitražu. Financirana stranka će odmah obavijestiti glavnog tajnika o svim daljnjim promjenama podataka iz obavijesti o financiranju.

(3) Glavni tajnik prosljeđuje obavijest o financiranju sredstvima treće strane i svaku obavijest o promjenama podataka iz obavijesti strankama i svakom arbitru predloženom za imenovanje ili imenovanom u postupku u svrhu ispunjavanja potrebne izjave arbitra prema pravilu 19(3)(b).

(4) Tribunal može naložiti objavu daljnjih informacija u vezi s ugovorom o financiranju i financiranju treće strane u skladu s pravilom 36(3).<sup>583</sup>

Prvo, neke su države predložile da bi stavak 1. također trebao propisivati i otkrivanje korporativne strukture treće strane i konačnog stvarnog vlasnika treće strane kako bi se omogućilo lakše prepoznavanje potencijalnog ili postojećeg sukoba interesa kada treća strana nije fizička osoba. Taj prijedlog nije prihvaćen iz sjedećih razloga: (i) potencijalni rizik koji

<sup>582</sup> Arbitražna pravila iz 2022. dostupna su na:

[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/rule\\_amendment\\_proposals\\_convention.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/rule_amendment_proposals_convention.pdf).

<sup>583</sup> Proposals for Amendment of the ICSID Rules, Working Paper # 5 – Volume 1 – English iz lipnja 2021., str. 278–279; dostupno na: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP%205-Volume1-ENG-FINAL.pdf>.

su identificirale države nije velik, a treće strane pružaju dovoljno informacija arbitrima da procijene jesu li u sukobu interesa; (ii) dodavanje tih uvjeta moglo bi stvoriti značajnu zbrku u primjeni pravila čineći odredbu nejasnom i teškom za provedbu; (iii) ni druga institucionalna arbitražna pravila ili nedavni ugovori koji uređuju to pitanje nemaju taj uvjet; i (iv) ako su potrebne dodatne informacije za procjenu mogućega sukoba interesa, mogu se zatražiti u skladu sa stavkom 4.<sup>584</sup>

Drugo, jedna je država predložila otkrivanje državljanstva treće strane koja financira troškove postupka. Taj prijedlog nije prihvaćen jer nacionalnost treće osobe nije relevantna za procjenu postoji li sukob interesa.<sup>585</sup>

Treće, mnoge su države predložile brisanje st. 2. jer se njime odvjetnici koji financiraju troškove postupka stranke koju zastupaju u konkretnom predmetu stavljaju u drukčiji položaj od treće strane koje nisu odvjetnici i koji financiraju trošak postupka. Taj je prijedlog prihvaćen te je taj stavak brisan (glasio je da se obveza iz st. 1. ne odnosi na odvjetnike koji financiraju stranku koju zastupaju).<sup>586</sup>

Četvrto, nekoliko je država komentiralo st. 4. na način da su predložile da: (i) otkrivanje daljnjih informacija na zahtjev suprotne strane prema st. 4. bude obvezno; (ii) da st. 4. ne bi trebao upućivati na Pravilo 36(3); (iii) da st. 4. ne bi trebao navoditi da se otkrivanje nalaže “ako je ... potrebno” jer je relevantni test već sadržan u Pravilu 36(3); i (iv) da bi st. 4. trebao definirati “dalje informacije” koje se mogu tražiti. U samom radnom materijalu br. 5 predloženo je pojednostavljenje st. 4. brisanjem posljednjeg dijela rečenice koji je glasio “ako tribunal smatra da je to potrebno u bilo kojoj fazi postupka”. Taj je prijedlog i prihvaćen te je taj dio st. 4. brisan.<sup>587</sup>

Peto, jedna je država predložila da se stranka nema pravo pozivati na uskratu davanja podataka jer je riječ o povjerljivim poslovnim informacijama kao razlog za nepružanje podataka prema Pravilu 14. Međutim, prema stavu radne skupine povjerljivost poslovnih informacija je bitan čimbenik prilikom odlučivanja o opsegu otkrivanja pa stoga taj zahtjev nije utemeljen. Vjerojatno bi, u slučajevima kada se nalaže daljnje otkrivanje podataka o financiranju sukladno st. 4., moglo doći u pitanje otkrivanje povlaštenih informacija koje proizlaze iz odnosa odvjetnik – klijent ili koje su na neki drugi način povjerljive i zaštićene. Zauzet je stav da bi bilo neprikladno zabraniti strankama da se pozivaju na relevantne i

---

<sup>584</sup> *Ibid.*

<sup>585</sup> *Ibid.*

<sup>586</sup> *Ibid.*

<sup>587</sup> *Ibid.*

primjenjive povlastice pa je to pitanje koje će tribunal rješavati sukladno st. 4. po kojemu tribunal može naložiti otkrivanje potrebnih informacija bez da pri tomu dođe do kršenja dokaznih povlastica koje uživa bilo koja stranka u postupku.<sup>588</sup>

Šesto, neke su države ponovile prijedlog da bi Pravilo 14 trebalo uključivati posebne kazne za uskratu davanja podataka te predložile kazne kao što su odgovornost za nastale troškove, prekid postupka ili obustava postupka. Taj prijedlog nije prihvaćen. Umjesto toga, sadašnja pravila omogućuju da se takvo ponašanje uzme u obzir pri odlučivanju o raspodjeli troškova.<sup>589</sup>

Dodge i dr. smatraju kako je tajništvo ICSID-a pravilno prepoznalo u svojem Radnom dokumentu br. 5 vezano uz reviziju ICSID-ovih Arbitražnih pravila, str. 279, paragrafi 42 – 43, (583) da informacije u vezi s ugovorom o financiranju mogu biti povjerljive poslovne informacije, informacije koje proizlaze iz odnosa odvjetnik – klijent ili na drugi način povjerljive pa stoga te informacije imaju pravo biti zaštićene od otkrivanja. Oni ističu kako su ugovori o financiranju prilagođeni specifičnim financijskim potrebama financirane stranke, a sadržavaju i komercijalno osjetljive informacije o financiranoj strani i trećoj strani koja financira postupak koje nisu relevantne za spor. Ti ugovori, prema njihovu stavu, odražavaju opću politiku treće strane, prakse i modele određivanja cijene financiranja kao i procjenu konkretnoga spora koji se financira, uključujući strateške procjene kao što su predviđeni troškovi, procesni prigovori i trajanje postupka pa bi pristup takvim informacijama dao protivnoj stranci uvid u proizvod rada odvjetnika financirane strane (tzv. *work-product privilege* / povlastica o kojoj je bilo riječi u VI. odjeljku rada u dijelu u kojem se govori o povlasticama i povlaštenim informacijama) i nepravednu prednost u postupku. S druge pak strane, prema njihovu stavu, budući da su ugovori o financiranju rezultat mješavine čimbenika kao i pregovora između treće strane koja financira postupak i financirane strane, suprotna strana ili arbitri mogu izvući neopravdane zaključke iz ugovora o financiranju o stajalištu tužitelja u pogledu merituma spora, postupku ili trajanju postupka. U tom slučaju postoji opasnost da bi otkrivanje sadržaja ugovora o financiranju moglo neprikladno utjecati na arbitre prilikom njihovoga odlučivanja, što konkretno znači da čak i kada se ugovor o financiranju ne bi trebao dostaviti čak ni samo tribunalu (a ne i suprotnoj strani u sporu) bez da za to postoje uvjerljivi razlozi.<sup>590</sup>

---

<sup>588</sup> *Ibid.*

<sup>589</sup> *Ibid.*

<sup>590</sup> Kirstin Dodge, Jonathan Barnett, Lucas Macedo, Patryk Kulig, Maria Victoria Gomez (Nivalion AG): Can Third-Party Funding Find the Right Place in Investment Arbitration Rules? Monday, January 31st, 2022, Kluwer

Iako se s jednim dijelom izloženog stava moguće složiti, stav da bi tribunal mogao izvući negativne zaključke u pogledu spora ako će imati uvid u ugovor o financiranju nije stavljen u korelaciju široko prihvaćenoga stava da sama činjenica da stranku financira treća osoba ima utjecaj na arbitre u smislu da takve predmete smatraju osnovanim već zbog činjenice da je netko odlučio investirati vlastiti kapital u financiranje određenoga spora i tako ostvariti dobit. Konačno, ako bi arbitri i uvidom u ugovor o financiranju utvrdili da treća strana financira neosnovani zahtjev, to bi otvorilo pitanje cilja i svrhe financiranja koji, ako je protivan pravu, i treba biti otkriven.

Nadalje, Pravilo 36 ICSID-ovih Arbitražnih pravila uređuje opća načela dokazivanja. Pravilo 36 propisuje da tribunal utvrđuje dopuštenost i dokaznu vrijednost izvedenih dokaza, da svaka stranka snosi teret dokazivanja činjenica na koje se poziva u prilog svojoj tvrdnji ili obrani kao i da tribunal može u bilo kojoj fazi postupka pozvati stranku da predoči dokumente ili druge dokaze ako to smatra potrebnim. U tom dijelu postavlja se pitanje, imajući u vidu sadržaj ove odredbe, hoće li stvarno nastati situacija u kojoj bi tribunal, kada npr. sumnja na zlouporabu prava ili kada suprotna strana ističe da je prava stranka u postupku, to jest vlasnik tužbenoga zahtjeva treća strana koja financira postupak, što može otvoriti i mogućnost osporavanja nadležnosti tribunala, naložiti otkrivanje ugovora o financiranju.

Potpuno isto normativno uređenje preuzeto je i u Pravilu 23. Dodatnih pravila<sup>591,592</sup>, koja se primjenjuju u arbitraži, mirenju i utvrđivanju činjenica za određene sporove koji su izvan dosega ICSID-ove Konvencije, i to u slučajevima arbitraže ili mirenja u investicijskim sporovima između države i stranog državljanina, od kojih je barem jedan država članica ICSID-a ili državljanin / pravna osoba države članice ICSID-a, u arbitraži ili mirenju u

---

Arbitration Blog, str. 2–3; <https://nivalion.com/uploads/pdf/2022-01-31%20Can%20TPF%20Find%20Right%20Place%20in%20IT%20Rules.pdf>.

<sup>591</sup> Pravilo 23. glasi:

Obavijest o financiranju troškova postupka sredstvima treće strane

(1) Stranka će podnijeti pisanu obavijest u kojoj će navesti ime i adresu svake treće strane od koje je stranka, izravno ili neizravno, primila sredstva za vođenje ili obranu postupka putem donacija ili bespovratnih sredstava ili u zamjenu za naknadu koja ovisi o ishodu postupka (“financiranje treće strane”). Ako je treća strana pravna osoba, obavijest će sadržavati imena osoba i subjekata koji posjeduju i kontroliraju tu pravnu osobu.

(2) Obavijest iz stavka (1) stranke podnose glavnom tajniku nakon registracije zahtjeva za arbitražu, odnosno odmah nakon sklapanja ugovora o financiranju sredstvima treće strane koji je sklopljen nakon registracije zahtjeva za arbitražu. Financirana stranka će odmah obavijestiti glavnog tajnika o svim daljnjim promjenama podataka iz obavijesti o financiranju.

(3) Glavni tajnik prosljeđuje obavijest o financiranju sredstvima treće strane i svaku obavijest o promjenama podataka iz obavijesti strankama i svakom arbitru predloženom za imenovanje ili imenovanom u postupku u svrhu ispunjavanja potrebne izjave arbitra prema pravilu 27(3)(b).

(4) Tribunal može naložiti objavu daljnjih informacija u vezi ugovora o financiranju i financiranju treće strane u skladu s pravilom 46(3).

<sup>592</sup> Dodatna pravila su dostupna na: [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/rule-amendment\\_proposals\\_additional-facility.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/rule-amendment_proposals_additional-facility.pdf).

sporovima koji ne proizlaze izravno iz ulaganja između države i stranog državljanina od kojih je barem jedan država članica ICSID-a ili državljanin / pravna osoba države članice ICSID-a i u postupku utvrđivanja činjenica pokrenutom od strane bilo koje države ili državljanina bilo koje države (dakle ne traži se članstvo u ICSID-ovoj Konvenciji za ni jednu stranku u postupku).

Novim ICSID-ovim Arbitražnim pravilima uređeno je i polaganje sredstava za osiguranje troškova. U nastavku je pravilo 53 koje uređuje to pitanje, a koje do posljednjih izmjena nije bilo normirano, već se primjenjivala opća odredba o određivanju privremenih mjera.

Naime, do posljednjih izmjena, kao što je već spomenuto u VI. dijelu koji se bavi otvorenim pitanjima i osiguranjem troškova pod naslovom Investicijska arbitraža, tribunalni su primjenjivali članak 47. ICSID-ove Konvencije koji propisuje da ako se stranke ne dogovore drukčije tribunal može, ako smatra da to zahtijevaju okolnosti, preporučiti bilo koju privremenu mjeru koja je potrebna kako bi se sačuvala prava bilo koje stranke.

Novo pravilo o osiguranju troškova koje je u primjeni od 1. srpnja 2022. glasi:

*Pravilo 53.*

*Osiguranje troškova*

*(1) Na zahtjev jedne stranke međunarodni tribunal može naložiti bilo kojoj stranci koja podnosi tužbu ili protutužbu da položi sredstvo osiguranja troškova.*

*(2) Primjenjuje se sljedeći postupak:*

*(a) zahtjev uključuje izjavu o relevantnim okolnostima i popratne dokumente;*

*(b) tribunal će odrediti rokove za podnošenje zahtjeva;*

*(c) ako stranka zatraži polaganje sredstava za osiguranje troškova prije konstituiranja tribunala, glavni će tajnik odrediti rokove za podneske kako bi tribunal mogao razmotriti zahtjev odmah nakon konstituiranja; i*

*(d) tribunal će donijeti odluku o zahtjevu u roku 30 dana nakon konstituiranja tribunala ili nakon podnošenja zahtjeva.*

*(3) Prilikom odlučivanja hoće li stranci naložiti polaganje sredstva za osiguranje troškova, tribunal će uzeti u obzir sve relevantne okolnosti, uključujući:*

*(a) sposobnost te stranke da se povinuje negativnoj odluci o troškovima;*

*(b) spremnost te strane da se povinuje nepovoljnoj odluci o troškovima;*

*(c) učinak koji polaganje sredstva za osiguranje troškova može imati na sposobnost te stranke da podnese tužbu ili protutužbu; i*

*(d) ponašanje stranaka.*

*(4) Tribunal će razmotriti sve dokaze izvedene u vezi s okolnostima iz stavka (3), uključujući postojanje financiranja sredstvima treće strane.*

*(5) Tribunal će odrediti sve relevantne uvjete osiguranja troškova te će odrediti rok za polaganje sredstva osiguranja troškova.*

(6) *Ako stranka ne postupi po nalogu za polaganje sredstva za osiguranje troškova, tribunal može obustaviti postupak. Ako je postupak obustavljen dulje od 90 dana, tribunal može, nakon savjetovanja sa strankama, naložiti prekid postupka.*

(7) *Stranka je dužna odmah obavijestiti tribunal o svakoj bitnoj promjeni okolnosti zbog kojih je tribunal odredio polaganje sredstva za osiguranje troškova.*

(8) *Tribunal može u bilo koje vrijeme izmijeniti ili opozvati svoj nalog o polaganju sredstava za osiguranje troškova, na vlastitu inicijativu ili na zahtjev stranke.*<sup>593</sup>

Na posljednjim konzultacijama s državama članicama ICSID je također podijelio novu odredbu o osiguranju troškova postupka koja uključuju i aspekt financiranja troškova postupka sredstvima trećih strana. Države su dale brojne komentare na nacrt pravila 53 koji je u radnoj verziji glasio:

### *Pravilo 53.*

#### *Osiguranje troškova*

(1) *Na zahtjev jedne stranke međunarodni tribunal može naložiti bilo kojoj stranci koja podnosi tužbu ili protutužbu da položi sredstvo osiguranja troškova.*

(2) *Primjenjuje se sljedeći postupak:*

(a) *u zahtjevu će se navesti sve relevantne okolnosti;*

(b) *tribunal će odrediti rokove za podnošenje pismenih i usmenih podnesaka po zahtjevu, kako će to biti potrebno;*

(c) *ako stranka zatraži polaganje sredstava za osiguranje troškova prije konstituiranja tribunala, glavni će tajnik odrediti rokove za podneske kako bi tribunal mogao razmotriti zahtjev odmah nakon konstituiranja; i*

(d) *tribunal će donijeti odluku o zahtjevu u roku 30 dana nakon posljednjeg od konstituiranja tribunala:*

(i) *konstituiranja tribunala;*

(ii) *posljednjeg pisanog podneska u vezi sa zahtjevom; ili*

(iii) *posljednjeg usmenog podneska u vezi sa zahtjevom.*

(3) *Prilikom odlučivanja hoće li stranci naložiti polaganje sredstava za osiguranje troškova, tribunal će uzeti u obzir sve relevantne okolnosti, uključujući:*

(a) *sposobnost te stranke da se povinuje negativnoj odluci o troškovima;*

(b) *spremnost te strane da se povinuje nepovoljnoj odluci o troškovima;*

(c) *učinak koji polaganje sredstva za osiguranje troškova može imati na sposobnost te stranke da podnese tužbu ili protutužbu; i*

(d) *ponašanje stranaka.*

(4) *Tribunal će razmotriti sve dokaze izvedene u vezi s okolnostima iz stavka (3). Postojanje financiranja sredstvima treće strane može biti dio tih dokaza, ali samo po sebi nije dovoljno da bi se opravdalo nalaganje polaganja sredstva osiguranja troškova.*

(5) *Tribunal će odrediti sve relevantne uvjete kako bi osigurao troškove i odredit će rok za poštivanje naloga.*

---

<sup>593</sup> *Op. cit. u bilj. 582.*

(6) Ako stranka ne postupi po nalogu za polaganje sredstva za osiguranje troškova, tribunal može obustaviti postupak. Ako je postupak obustavljen dulje od 90 dana, tribunal može, nakon savjetovanja sa strankama, naložiti prekid postupka.

(7) Stranka je dužna odmah obavijestiti tribunal o svakoj bitnoj promjeni okolnosti zbog kojih je tribunal odredio polaganje sredstva za osiguranje troškova.

(8) Tribunal može u bilo koje vrijeme izmijeniti ili opozvati svoj nalog o polaganju sredstava za osiguranje troškova, na vlastitu inicijativu ili na zahtjev stranke.<sup>594</sup>

Većina komentara o osiguranju troškova odnosila se na stavak 4. prethodno citiranog prijedloga Pravila 53. Države su komentirale da je važno da tribunali uzmu u obzir financiranje trećih strana kada razmatraju osiguranje troškova, ali i da se ne smije prejudicirati odluka o osiguranju troškova zbog postojanja financiranja troškova postupka sredstvima treće strane. Predložili su različite izmjene teksta, a države su se konačno složile da tribunal ima diskrecijsku ovlast prilikom određivanja koju će težinu pridati činjenici da je stranka financirana u odnosu na osnovanost zahtjeva suprotne strane da se financiranoj strani naloži polaganje sredstva osiguranja troškova. Prema stavu većine sama činjenica da stranka financira troškove postupka sredstvima treće strane nije dovoljna da bi se opravdalo nalaganje polaganja sredstva osiguranja troškova, već moraju postojati i okolnosti koje idu u prilog takvoj odluci kao što su primjerice nemogućnost ili nespремnost da se plate troškovi suprotne strane. Stavak 4. Pravila 53. upravo reflektira zaključak većine.<sup>595</sup>

Pravilom 53 pokušalo se uzeti u obzir dostupnu praksu tribunala u pogledu zahtjeva za osiguranje troškova. Naime, stavak 3. Pravila 53 taksativno navodi neke od razloga koje će tribunal uzeti u obzir prilikom odlučivanja o zahtjevu za osiguranje troškova. U tom se stavku propisuje da će tribunal uzeti u obzir sve relevantne okolnosti, uključujući sposobnost te stranke da se povinuje negativnoj odluci o troškovima, spremnost te strane da se povinuje nepovoljnoj odluci o troškovima, učinak koji polaganje sredstva za osiguranje troškova može imati na sposobnost te stranke da podnese tužbu ili protutužbu i ponašanje stranaka. Ta norma je proizašla iz prakse tribunala u raznim predmetima. Kao što je već spomenuto, u predmetu *RSM Production Corporation vs. Saint Lucia*<sup>596</sup> tribunal je odredio osiguranje troškova zbog iznimnih okolnosti – činjenice da RSM nije postupio po odlukama u kojima mu je naloženo plaćanje troškova postupka ili premije (ponašanje stranke). Nadalje, u predmetu *Manuel García Armas et al. vs. Bolivarian Republic of Venezuela*<sup>597</sup> tribunal je prihvatio zahtjev Venezuele za osiguranje troškova uz obrazloženje da je posebno cijenio činjenice da postoji

---

<sup>594</sup> *Op. cit.* u bilj. 584, str. 306–307.

<sup>595</sup> *Ibid.*

<sup>596</sup> *Op. cit.* u bilj. 301.

<sup>597</sup> *Op. cit.* u bilj. 308.

financiranje troškova postupka sredstvima treće strane i da ugovor o financiranju izričito propisuje da treća strana neće platiti troškove postupka ako tužitelji izgube spor i bude im naloženo plaćanje troškova (druge relevantne okolnosti). Isto je tako u predmetu *Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH vs. Turkmenistan*<sup>598</sup> Turkmenistan podnio zahtjev za osiguranje troškova koji je tribunal prihvatio uz obrazloženje da se učinak trećega faktora izvan nelikvidnosti i koji sami po sebi nisu dovoljni, a to je izričita neodgovornost treće strane za troškove suprotne strane dovoljna da se može zaključiti da Turkmenistan sa sigurnošću neće moći naplatiti troškove postupka zbog čega je zahtjev Turkmenistana osnovan.

Stavak 4. Pravila 53 također je proizašao iz prakse tribunala. Kao što je već navedeno, u predmetu *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. vs. Slovak Republic*<sup>599</sup> Slovačka je podnijela zahtjev za osiguranje troškova, ali tribunal je odbio zahtjev navodeći da sama činjenica da su troškovi postupka financirani sredstvima treće strane kao i moguća insolventnost tužitelja nisu dovoljne da bi se odredilo osiguranje troškova postupka.

Isto je normativno uređenje osiguranja troškova postupka preuzeto u Pravilu 63 Dodatnih pravila<sup>600,601</sup> pa se ta odredba neće dodatno komentirati.

---

<sup>598</sup> *Op. cit.* u bilj. 310.

<sup>599</sup> *Op. cit.* u bilj. 304.

<sup>600</sup> Pravilo 63. glasi:

Osiguranje troškova

(1) Na zahtjev jedne stranke međunarodni tribunal može naložiti bilo kojoj stranci koja podnosi tužbu ili protutužbu da položi sredstvo osiguranja troškova.

(2) Primjenjuje se sljedeći postupak:

(a) zahtjev uključuje izjavu o relevantnim okolnostima i popratne dokumente;

(b) tribunal će odrediti rokove za podnošenje zahtjeva;

(c) ako stranka zatraži polaganje sredstva za osiguranje troškova prije konstituiranja tribunala, glavni će tajnik odrediti rokove za podneske kako bi tribunal mogao razmotriti zahtjev odmah nakon konstituiranja; i

(d) tribunal će donijeti odluku o zahtjevu u roku 30 dana nakon konstituiranja tribunala ili nakon podnošenja zahtjeva.

(3) Prilikom odlučivanja hoće li stranci naložiti polaganje sredstva za osiguranje troškova, tribunal će uzeti u obzir sve relevantne okolnosti, uključujući:

(a) sposobnost te stranke da se povinuje negativnoj odluci o troškovima;

(b) spremnost te strane da se povinuje nepovoljnoj odluci o troškovima;

(c) učinak koji polaganje sredstva za osiguranje troškova može imati na sposobnost te stranke da podnese tužbu ili protutužbu; i

(d) ponašanje stranaka.

(4) Tribunal će razmotriti sve dokaze izvedene u vezi s okolnostima iz stavka (3), uključujući postojanje financiranja sredstvima treće strane.

(5) Tribunal će odrediti sve relevantne uvjete osiguranja troškova te će odrediti rok za polaganje sredstva osiguranja troškova.

(6) Ako stranka ne postupi po nalogu za polaganje sredstva za osiguranje troškova, tribunal može obustaviti postupak. Ako je postupak obustavljen dulje od 90 dana, tribunal može, nakon savjetovanja sa strankama, naložiti prekid postupka.

(7) Stranka je dužna odmah obavijestiti tribunal o svakoj bitnoj promjeni okolnosti zbog kojih je tribunal odredio polaganje sredstva za osiguranje troškova.



U pogledu reformi ICSID-ovih Arbitražnih pravila Moseley ističe kako se predloženim izmjenama dopušta strankama da otkriju činjenicu da troškove financiranja snosi treća strana ili odmah po registraciji zahtjeva ili tijekom postupka, odmah nakon sklapanja ugovora o financiranju ako je ono ugovoreno tijekom postupka, što je problematično jer ne otklanja glavni problem koji se može javiti u slučaju financiranja troškova postupka sredstvima treće strane, a to je da, zbog sukoba interesa arbitara – jer postoji odnos između arbitra koji je u sukobu interesa zbog čega mora odstupiti i treće strane koja financira troškove postupka, postupak traje znatno duže i troškovi postupka su znatno veći. Čini se da Moseley smatra da ugovor o financiranju sredstvima treće strane ne bi trebalo dopustiti jednom kada je postupak započeo i odmaknuo u određenu fazu.<sup>602</sup>

Takav pristup teško da će prihvatiti šira stručna javnost, a i dosadašnje izmjene arbitražnih pravila ne potvrđuju takav stav, posebno imajući u vidu da će zagovornici financiranja troškova postupka na taj argument odgovoriti da je potpuno realno da stranka u jednom trenutku nema financijskih sredstava za pokriće troškova postupka pa bi zabrana da u tom trenutku sklopi ugovor o financiranju značila uskratu pravde. Nadalje, imajući u vidu da je financiranje troškova postupka u prvom redu vid ulaganja, pitanje je može li se na taj način ograničiti tržišna sloboda. Naime, ako je nešto dopušteno na početku postupka, zašto bi bilo zabranjeno tijekom postupka. S druge pak strane financiranje se može ugovoriti iz strateških razloga, upravo zato da bi se isprovocirao sukob interesa kod arbitra. Naime, nije uopće nezamislivo da stranka koja nije zadovoljna nekim od arbitara sklopi ciljano ugovor o financiranju kako bi isprovocirala sukob interesa i tako otklonila arbitra kojim nije zadovoljna. To je samo po sebi tzv. *win-win* situacija jer se stranka rješava arbitra koji bi joj mogao umanjiti mogućnost uspjeha u sporu i uz to, budući da je dobila financiranje, šalje poruku tribunalu da je tužbeni zahtjev osnovan jer se treća strana ne bi upustila u financiranje da ne smatra da je tužbeni zahtjev osnovan. Kakva bi reakcija tribunala u tim situacijama trebala biti i kakva bi bila da se, kojim slučajem, razotkrije strategija – teško je predvidjeti. Takvo bi postupanje svakako potpadalo pod zlouporabu postupka koju bi na neki način trebalo sankcionirati.

Iz prethodne je rasprave vidljivo da je revizija ICSID-ovih Arbitražnih pravila kao i pravila o mirenju i Dodatnih pravila napravila manje prilagodbe u odnosu na široko rasprostranjenu

---

(8) Tribunal može u bilo koje vrijeme izmijeniti ili opozvati svoj nalog o polaganju sredstava za osiguranje troškova, na vlastitu inicijativu ili na zahtjev stranke.

<sup>601</sup> *Op. cit.* u bilj. 592.

<sup>602</sup> Sarah E. Moseley: *Disclosing Third-Party Funding in International Investment Arbitration*; *Texas Law Review* 97, no. 6 (May 2019), str. 1199–1200.

pojavu financiranja troškova sredstvima treće strane, pri čemu su posebno uzete u obzir odluke tribunala koji su se bavili tim pitanjem prije izmjena pravila. Jasno je da ICSID kao institucija koja nudi transnacionalnu investicijsku arbitražu želi zadržati primat u tom području pa izmjene reflektiraju interese stranih investitora i država članica ICSID-ove Konvencije. Pitanje je hoće li predložene izmjene biti dovoljne za suočavanje s rastućim tržištem financiranja arbitražnih postupaka koji zasigurno dovodi do komercijalizacije prava na pristup pravdi i pitanjima koja će se u budućnosti otvoriti, ali to tek treba vidjeti jer se pravila primjenjuju tek od 1. srpnja 2022., dakle na postupke započete nakon toga datuma.

## **IX. ZAKLJUČAK**

### **i. Uvodna razmatranja**

Arbitraža je privatnopravni i alternativni način rješavanja sporova između stranaka. Privatnopravni način jer o sporu odlučuju arbitri, tj. osobe koje stranke odaberu (ne suci koji izvršavaju javnopravnu funkciju), a alternativni jer je alternativa sudskom rješavanju sporova. Njezina je glavna karakteristika da je dobrovoljna. Stranke je dobrovoljno ugovaraju sklapanjem arbitražnoga sporazuma. Taj način rješavanja sporova uređen je i priznat kao način rješavanja sporova nacionalnim propisima, međunarodnim konvencijama i arbitražnim pravilima s time da su daleko najznačajnije zbog broja zemalja koji ih je ratificirao NK, koja se primjenjuje i na trgovačke i na investicijske arbitraže, i ICSID-ova Konvencija kojom je osnovan Međunarodni centar za rješavanja ulagačkih sporova (ICSID). ICSID-ovom konvencijom je prvi put ustanovljena transnacionalna arbitraža, tj. arbitraža koja nema sjedišta u strogom smislu riječi pa o poništaju pravorijeka ne odlučuje nacionalni sud već odbor pri ICSID-u.

Prednosti rješavanja sporova arbitražom su da stranke odabiru arbitre, fleksibilnost postupka jer stranke mogu sporazumno urediti mnoga procesna pitanja, tajnost postupka (što je posebno bitno u međunarodnim trgovačkim arbitražama), trajanje postupka koje bi trebalo (što nije uvijek slučaj) biti kraće nego pred nacionalnim sudovima, ali koje, zbog manjeg broja pravnih lijekova, u pravilu brže dovodi do ovršnosti pravorijeka, a u slučaju investicijskih arbitraža i zbog izbjegavanja nacionalnih sudova države primateljice ulaganja. Nedostaci rješavanja sporova arbitražom su da nema presedana, to jest tribunali nisu vezani odlukama ranijih tribunala u predmetima sa sličnom činjeničnom i pravnom osnovom. To dovodi do pravne nesigurnosti.

Nedostatak arbitraže kao načina rješavanja sporova su i troškovi postupka. Naime, kao što je već spomenuto u I. dijelu rada (i) u trgovačkoj arbitraži troškovi postupka prema zastarjelim podacima iznose za tužitelja cca 2,6 milijuna USD, a za tuženika cca 2,3 milijuna USD, s time da su ti troškovi sada zasigurno i viši, dok u investicijskoj arbitraži iznose za tužitelja cca 6 milijuna USD, a za države cca 3,4 milijuna USD.

Tako visoki troškovi proizlaze iz činjenice da je riječ o privatnopravnom načinu rješavanja sporova u kojem su svi troškovi postupka prevaljeni na stranke i država ne participira u organizacijskom smislu u troškovima postupka (što u parničnom postupku čini kroz plaće sudaca, osiguravanje mjesta za provođenje rasprave, tehnička pomagala za provođenje rasprave, a u zemljama kontinentalnoga pravnoga kruga i kroz plaćanje baza podataka u kojima su sadržani propisi, komentari i sudska praksa kao i izvođenje dokaza po službenoj dužnosti).

Spomenuti su nedostaci arbitraže (ali i skupoća postupka u zemljama anglosaksonskoga pravoga kruga) doveli do razvoja financiranja kroz koje treće strane – ulagatelji financiranoj stranci omogućuju pristup pravdi, omogućuju korporacijama da troškove postupka ne evidentiraju u knjigovodstvenim knjigama, čime te korporacije imaju bolju likvidnost, investiraju na tržištu koje je nezavisno od procjenjivanja vrijednosti korporacija, financijskog tržišta i burze te ovisi samo o vrijednosti tužiteljeva tužbenog zahtjeva ili odgovornosti tuženika i ujedno ostvaruju visok povrat ulaganja koji iznosi prosječno 300 % i više. Konačno, budući da treća strana koja financira troškove postupka nema status stranke u postupku već je indirektni sudionik parničnog postupka ili arbitraže, bez obzira na to zna li za nju sud, tribunal i suprotna strana, u slučaju arbitraže, ali i prema mnogim nacionalnim procesnim pravima, ne može biti obvezana na plaćanje troškova postupka suprotne strane u slučaju gubitka spora.

Na početku istraživanja pojave financiranja troškova postupka sredstvima treće strane postavljene su tri hipoteze.

Prva je da financiranje troškova postupka sredstvima treće strane ojačava pristup pravdi i pravo na pošteno suđenje u smislu čl. 29. Ustava Republike Hrvatske i u smislu članka 6.1 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Druga je da financiranje troškova postupka može dovesti do sukoba interesa i ugrožavanja integriteta postupka, to jest prava na pošteno suđenje. Zbog toga je potrebno propisati obvezu otkrivanja sudu/tribunalu i suprotnoj strani da se koristi financiranje troškova postupka

sredstvima treće strane kada ta obveza nije propisana jer se u protivnom dovodi u pitanje pravo na pošteno suđenje.

Treća je hipoteza da činjenica da je postupak financiran sredstvima treće strane utječe na kvalitetu tužbenog zahtjeva, visinu tužbenog zahtjeva, visinu troškova postupka, kontrolu postupka i mogućnost mirnoga rješenja spora sklapanjem nagodbe.

Kao što će biti vidljivo iz rasprave koja slijedi i sumira sve do sada rečeno, financiranje troškova postupka ne utječe značajno na pristup pravdi jer je limitirano na predmete u kojima se može ostvariti visoki povrat ulaganja, tj. značajan iznos naknade štete.

Što se tiče prava na pošteno suđenje, financirana stranka, zahvaljujući dodatnim resursima, ima na raspolaganju stručnu pomoć i sredstva za izvođenje dokaza pa može doći i do suprotnoga efekta – da financirana stranka toliko financijski iscrpi suprotnu stranu da ta strana završi u stečaju jer nije u mogućnosti plaćati troškove postupka, kao što je to bio slučaj u predmetu Hogan, ili da se zbog nedostatnih sredstava mora zadovoljiti slabijom kvalitetom zastupanja i izvođenjem manjega broja dokaza. U takvim se situacijama postavlja pitanje nije li upravo financirana stranka ugrozila pravo na pošteno suđenje suprotne strane. To posebno dolazi do izražaja u zemljama anglosaksonskog pravnog kruga, gdje su troškovi parnice gotovo u cijelosti prevaljeni na stranke u postupku kako bi se što manje opterećivao državni proračun, te u arbitražnim postupcima koji su privatnopravni način rješavanja sporova pa u tim sporovima ionako ne participira država, tj. sudovi (osim u odnosu na početak postupka, privremene mjere i ovrhu i priznanje pravorijeka), što znači da će troškovi cjelokupnoga postupka, od naknade arbitara do troškova izvođenja dokaza i provođenja rasprave, u cijelosti pasti na leđa stranaka u postupku.

Postojanje financiranja troškova postupka sredstvima treće strane koja gotovo uvijek ima neki (najčešće direktni ekonomski) interes u postupku zasigurno može dovesti do sukoba interesa bilo sudaca koji odlučuju u predmetu, bilo arbitara, ali i vještaka koje imenuje tribunal odnosno sud, pa je stoga minimum na kojem treba inzistirati, ako već ne postoji konsenzus za više, da se propiše obveza otkrivanja identiteta treće strane koja financira troškove postupka kako bi se moglo utvrditi postoji li sukob interesa kod osoba koje odlučuju u predmetu, to jest jesu li te osobe, zbog postojanja određene veze s trećom osobom, pristrane ili mogu biti percipirane kao pristrane, što je onda razlog za njihovo izuzeće. Iznimka od navedenoga, kada neće biti moguće provjeriti postoji li sukob interesa, jest sakupljanje sredstava za pokrivanje troškova postupka putem npr. *crowdfunding* internetske platforme jer u tom slučaju postoji

značajan broj osoba koje financiraju troškove postupka i to čine iz uvjerenja da konkretan spor treba biti razriješen na određeni način, pa bi provjera sukoba interesa u odnosu na svaku od tih osoba bila nemoguća.

Što se tiče utjecaja financiranja troškova postupka na kvalitetu tužbenoga zahtjeva, visinu tužbenoga zahtjeva, visinu troškova postupka, kontrolu postupka te mogućnost mirnoga rješenja spora sklapanjem nagodbe, odgovor na to pitanje ovisit će od slučaja do slučaja i trebat će ga potražiti u samom ugovoru o financiranju koji uređuje odnos treće strane koja financira troškove postupka i financirane stranke ili odvjetnika koji zastupa financiranu stranku.

Iako trenutačno ne postoje empirijski dokazi da financiranje utječe na bilo koji od navedenih aspekata, to ne znači da je odgovor na tu dvojbu negativan. Trenutačna je situacija takva jer financiranje troškova postupka često nije ni otkriveno, a osim toga, međunarodne trgovačke arbitraže su najčešće tajne pa odluke iz tih predmeta nisu dostupne javnosti, dok odluke u investicijskim arbitražama također često, zbog dogovora stranaka, nisu dostupne za analizu. Transparentnost, kao načelo postupka u investicijskoj arbitraži, ima značajan broj pobornika jer je riječ o postupku koji se tiče svih državljana države koja je tužena kao i o trošenju javnoga novca. Može se stoga očekivati da će to načelo sve više i više uzimati zamaha u investicijskim arbitražama i omogućiti stručnoj i znanstvenoj javnosti pristup odlukama u tim predmetima, što će omogućiti provođenje studija i davanje odgovora na navedena pitanja. Slijedom svega navedenoga, iako se čini da je financiranje u korelaciji i s visinom i kvalitetom tužbenih zahtjeva, da potiče podnošenje očito neosnovanih zahtjeva, da utječe na visinu troškova postupka i kontrolu nad postupkom te time i mogućnost sklapanja nagodbe, to empirijski nije dokazano.

## **ii. Prva hipoteza (pristup pravdi i pravo na pošteno suđenje)**

Pobornici financiranja troškova postupka kao glavni argument za financiranje navode pravo na pristup pravdi. O tome je već bilo mnogo riječi pa se u nastavku to pravo stavlja u korelaciju s temeljnim pravima suprotne strane, ali prije upuštanja u raspravu o pitanju dovodi li financiranje troškova postupka sredstvima treće strane do ostvarivanja temeljnih prava – prava na pristup pravdi i prava na pošteno suđenje – kratko će se dati osvrt na dva otvorena pitanja u pogledu financiranja koja mogu dovesti do povrede prava na pošteno suđenje.

Prvo otvoreno pitanje je opseg otkrivanja činjenica vezanih uz financiranje kako bi se izbjegao sukob interesa. Trenutačno rješenje u arbitražnim pravilima raznih institucija, ako

uopće i propisuje obvezu otkrivanja činjenice da je ugovoreno financiranje, preferira otkrivanje identiteta treće strane, što neće u svakome slučaju biti i dovoljno. Otkrivanje kao takvo je potrebno kako bi se izbjegao sukob interesa suca ili arbitra koji odlučuje u konkretnom predmetu, što predstavlja povredu prava na pošteno suđenje. Da je riječ o jednoj od najozbiljnijih povreda EKLJP-a (iako je svaka povreda ozbiljna), dokazuje i nedavna presuda ESLJP-a o kojoj je bilo riječi u predmetu *Beg S.P.A. protiv Italije*<sup>603</sup>, a prema kojoj postoji obveza države, ako u nacionalnom pravu postoji pravni lijek protiv arbitražnoga pravorijeka, da tu povredu otkloni bez obzira na to što je riječ o dobrovoljnoj arbitraži jer se stranke ne mogu odreći prava iz čl. 6.1 EKLJP-a ugovaranjem arbitraže kao načina rješenja spora.

Drugo otvoreno pitanje koje može dovesti do povrede prava na pošteno suđenje je pitanje otkrivanja dokumenata koji su predani trećoj strani radi procjene slučaja i odlučivanja hoće li financirati troškove postupka. Naime, dokumenti koje stranka u postupku razmjenjuje sa svojim odvjetnikom prije i tijekom spora zaštićeni su povlasticom, što znači da u fazi produkcije dokumenata neće morati biti dostavljeni suprotnoj strani. Povlastica da dokument ne bude otkriven suprotnoj strani pripada stranci, ali stranka se te povlastice može i odreći tako što će te dokumente podijeliti s trećim osobama. Ono što se otvara kao pitanje u praksi jest je li se stranka odrekla prava na povlasticu kada je dokumente dostavila trećoj osobi koja financira troškove postupka i jesu li dokumenti koje je stvorila treća strana za potrebe procjene slučaja zaštićeni povlasticom. Odgovori na ta pitanja ovise o nacionalnom pravu koje se primjenjuje na status tih dokumenata i odvjetnika koji zastupa stranku ili pak treću stranu u slučaju kada je ona stvorila dokumente. Treba imati u vidu da bi, prema nekim nacionalnim pravima koja pripadaju u anglosaksonski pravni krug, dokumenti koje je stranka dostavila trećoj strani, a koje je dobila od odvjetnika u pripremi parnice ili arbitraže, bili zaštićeni parničnom povlasticom kojom se osiguravaju temeljna prava kao što je, među ostalim, i pravo na pristup pravdi i pravo na pošteno suđenje. Imajući u vidu odluku ESLJP-a u predmetu *Beg S.P.A. protiv Italije*<sup>604</sup> i stav suda da je pravo na pošteno suđenje pravo kojega se stranke ne mogu odreći, nalaganje dostave tih dokumenata moglo bi potpasti pod povredu prava na pošteno suđenje.

Nakon razmatranja otvorenih pitanja u vezi s financiranjem troškova postupka u kontekstu prava na pošteno suđenje, a kako bi se dobio bolji uvid u dvojbe koje su povezane uz

---

<sup>603</sup> *Op. cit.* u bilj. 195.

<sup>604</sup> *Ibid.*

financiranje iz aspekta prava na pošteno suđenje, razmotrit će se i teza da financiranje kao takvo omogućuje pristup pravdi i pravo na pošteno suđenje.

Kao što je već objašnjeno, u predmetu *Hogan vs. Gawker Media* bila je riječ o strateškom financiranju troškova postupka za koje se nije znalo do kraja postupka (vidi pod iii u VI. dijelu rada). Taj premet ozbiljno dovodi u pitanje tezu pobornika financiranja jer se postavlja pitanje nije li u tom predmetu došlo do ozbiljnog ugrožavanja temeljnih sloboda, ali i prava na pristup pravdi i prava na pošteno suđenje tuženika koji nije bio financiran jer je u tom predmetu visina sudskih troškova natjerala tuženika u stečaj. Usprkos činjenici što je tuženik (medijska kuća) tijekom postupka u više navrata nudio nagodbu, tužitelj je nagodbu odbijao tijekom cijeloga postupka da bi nakon donošenja presude pristao na nagodbu u iznosu koji je više od četiri puta bio niži od dosuđenoga iznosa. Prema navodima vlasnika Gawker Media troškovi postupka su u jednom trenutku iznosili oko milijun dolara mjesečno.

Takva cijena pravde zasigurno otvara pitanje tko je može platiti i nije li financiranje troškova postupka nužno kako bi se ostvario pristup pravdi i pravu na pošteno suđenje u kojem će obje strane moći jednako kvalitetno iznijeti svoje argumente i dokaze, ali otvara i pitanje neće li upravo financiranje dovesti do još veće cijene pravde, financijskoga iscrpljivanja protivnika koji je u najvećem broju slučajeva tuženik i kao takav manje zanimljiv za financiranje te u konačnici uskrate prava na pošteno suđenje nefinanciranoj stranci.

Analiza suca Clarkea u predmetu *Persona*<sup>605</sup> sumira sve probleme teze da financiranje omogućuje pristup pravdi a da ne nudi rješenje jer rješenje problema nije jednostavno. Ukazujući na komodifikaciju sporova, problema složenosti predmeta, troškova postupka, ali i činjenicu da nisu svi predmeti zanimljivi za financiranje i da treća strana koja financira troškove postupka dobiva značajan dio dosuđenoga iznosa koji predstavlja reparaciju povrede prava, sudac Clarke otvorio je ne samo pitanje prava na pristup sudu i prava na pošteno suđenje za obje stranke u postupku i sve potencijalne stranke koje zbog vrste spora neće biti financirane (iako je povreda koja im je učinjena jednako značajna, samo manje lukrativna) nego i pitanje je li financiranje troškova postupka stvarno najbolje rješenje. To je zasigurno rješenje s kojim ćemo morati živjeti još niz godina jer je riječ o iznimno razvijenoj industriji, ali teško se može prihvatiti jednostran pogled pobornika financiranja da ono omogućuje pravo na pristup pravdi i pravo na pošteno suđenje jer sagledava problem samo iz aspekta potencijalno financirane stranke (najčešće tužitelja) i trećih koji na postupcima ostvaruju svoj interes, najčešće ekonomski.

---

<sup>605</sup> *Op. cit.* u bilj. 467.

Do istog zaključka kao sudac Clark došlo je i Savjetodavno vijeće Velike Britanije u predmetu *Dymocks*<sup>606</sup>. To je Vijeće u pogledu tvrdnje da financiranje sredstvima treće strane promiče pristup pravdi i motivirano je promicanjem pristupa pravdi pragmatično konstatiralo kako ne smatra da su treće osobe u velikoj mjeri motivirane potrebom za promicanje pristupa pravdi, već su motivirane uglavnom komercijalnim razlozima.

Iz svega navedenoga proizlazi da bi se pravo na pristup pravdi i pošteno suđenje u arbitraži ili sudskom postupku ipak moglo bolje ostvariti kroz niz mjera koje bi uključivale besplatnu pravnu pomoć, savjetodavne centre kao onaj o kojemu se raspravlja unutar reforme UNCITRAL-ovih Arbitražnih pravila, smanjenja troškova postupka itd. I dok se neke od navedenih mjera mogu ostvariti na nacionalnoj razini, većinu njih će biti nemoguće ostvariti u međunarodnim arbitražama.

Zaključno, može se reći kako je hipoteza da financiranje troškova postupka ojačava pristup pravdi i pravo na pošteno suđenje u smislu čl. 29. Ustava Republike Hrvatske i u smislu članka 6.1 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda tek djelomično točna jer kao što financiranje troškova omogućuje financiranoj stranci njezin dan na sudu, isto tako financiranje troškova postupka može ugroziti ta ista prava stranke koja nije financirana. Ono što se nedvojbeno može zaključiti jest da financiranje troškova postupka u sadašnjem obliku i kako se razvija svakako nije najbolje i sveobuhvatno rješenje problema pristupa pravdi i prava na pošteno suđenje jer je pristup pravdi i pravo na pošteno suđenje postalo roba kojom se trguje na tržištu.

Slijedom svega navedenoga, a imajući u vidu negativne učinke financiranja, u budućnosti će tu pojavu trebati dodatno normirati i to, kako predlaže i Steinitz<sup>607</sup>, putem standarda jer se taj sektor i njegova najbolja praksa još razvijaju i, što je važnije, ni jedno pravilo ne bi moglo obuhvatiti velik broj scenarija koji potpadaju pod sve opširniju definiciju financiranja troškova postupka.

### **iii. Druga hipoteza (sukob interesa)**

Opće je prihvaćeno stajalište da postojanje treće strane koja financira troškove postupka može dovesti do sukoba interesa kod arbitra, ali nema puno rasprave može li utjecati na vjerodostojnost vještačkoga nalaza (kada stranka sama angažira vještaka) ili sukoba interesa vještaka u slučajevima kada je vještaka imenovao tribunal.

---

<sup>606</sup> *Op. cit.* u bilj. 259.

<sup>607</sup> *Op. cit.* u bilj. 40; vidi V. dio pod 1) iii. 115.



Sukob interesa koji se odnosi na financiranje sredstvima treće strane može u početku biti nepoznat te biti otkriven kasnije, tijekom postupka, jer nije ni poznato da troškove postupka financira treća strana, odnosno da postoji i tajni “sudionik” postupka (indirektna stranka u postupku) u pogledu kojega je potrebno provjeriti postoji li sukob interesa. Takva situacija može dovesti do ili odstupanja arbitra zbog sukoba interesa ili učinkovitog osporavanja odluke zbog čega će i stranke i treća strana koja financira postupak izgubiti vrijeme i novac. Upravo je to i glavni motiv pobornika financiranja da se identitet treće strane otkrije, ali na tome pobornici financiranja i zastaju te ističu da opsežnije otkrivanje (npr. povezanih društava s trećom stranom) ili odredaba ugovora o financiranju nije potrebno za potrebe otklanjanja eventualnoga sukoba interesa kod arbitara. Njihov je glavni argument da bi otkrivanje odredaba ugovora o financiranju suprotnoj strani moglo dati toj stranci prednost u postupku jer bi iz ugovora mogla otkriti planiranu strategiju u postupku te čak i slabosti predmeta i to iskoristiti protiv financirane stranke.

Presuda ESLJP-a u predmetu Beg S.P.A. protiv Italije od 20. svibnja 2021., o kojoj je bilo riječi u V. dijelu rada, u dijelu u kojem se govori o sukobu interesa (vidi pod iii) prvi put u slučaju ugovorene, tj. dobrovoljne arbitraže stavlja u korelaciju nepristranost arbitra s pravom na pošteno suđenje. ESLJP je obrazložio da ostaje da se utvrdi je li se podnositelj zahtjeva na nedvosmislen način odrekao prava iz čl. 6. kada se dobrovoljno opredijelio za nadležnost arbitražnog vijeća ACR-a umjesto za sud klasične vrste. Sud je zaključio da se ne može smatrati da se podnositelj zahtjeva nedvojbeno odrekao i jamstva nepristranosti arbitara (...) i očekivanja da će domaći sudovi osigurati da je arbitražna odluka u skladu s relevantnim pravilima talijanskoga ZPP-a, uključujući i onoga koji se odnosi na nepristranost arbitara (...).

Stručna se javnost također slaže da situacija da postoji sukob interesa koji proizlazi iz odnosa treće strane koja financira postupak i arbitra u postupku može i toga arbitra dovesti u neugodnu situaciju zbog javnoga preispitivanja njegova integriteta, a i integritet i legitimnost međunarodne arbitraže mogu također biti dovedeni u pitanje. Upravo iz svih tih razloga pravni okviri i praksa u vezi s potencijalnim sukobom interesa arbitara nisu utemeljeni na modelu da je taj sukob očit, već na dužnosti arbitara da istraže potencijalne sukobe. To je nemoguće učiniti ako činjenica da troškove postupka financira treća strana nije obznanjena suprotnoj strani i tribunalu pa je stoga u međunarodnoj arbitražnoj zajednici došlo do konsenzusa da postojanje financiranja sredstvima trećih strana može izazvati potencijalne sukobe interesa za arbitre te stoga identitet financiratelja treba biti otkriven čim je ugovor o financiranju sklopljen. Revizije arbitražnih pravila o kojima je bilo riječi u VIII. dijelu rada

slijede upravo taj stav. U ostalom dijelu, o pitanju hoće li stranka morati otkriti i nešto više kao npr. odredbe ugovora o financiranju, pravila šute te to ostavljaju kao diskrecijsku ovlast tribunala u svakom pojedinom predmetu. Tako je i kroz revizije arbitražnih pravila u pogledu mogućega sukoba interesa arbitara i opseg otkrivanja postignut "konsenzus" u korist promoviranja financiranja troškova sredstvima treće strane, baš kao što je konsenzus postignut u većini nacionalnih prava (irsko pravo ostaje iznimka). Takav razvoj događaja ne iznenađuje kada se uzme u obzir veličina industrije i dobit koju financiranje generira.

**iv. Treća hipoteza (kvaliteta i visina tužbenog zahtjeva, visina troškova postupka, kontrola postupka kao i mogućnost sklapanja nagodbe)**

Treća hipoteza rada glasi: činjenica da je postupak financiran sredstvima treće strane utječe na kvalitetu tužbenog zahtjeva, visinu tužbenog zahtjeva, visinu troškova postupka, kontrolu postupka i mogućnost mirnoga rješenja spora sklapanjem nagodbe.

Pobornici financiranja sredstvima treće strane u pogledu prigovora da ta industrija dovodi do komercijalizacije pravde pa time potiče i obijesno parničenje (dakle, da utječe na kvalitetu tužbenoga zahtjeva) navode kako svaki predmet koji je financiran, posebno kada je riječ o ulaganju, što je slučaj u najvećem broju slučajeva, prolazi dubinsku analizu u kojoj treća strana koja razmatra mogućnost investiranja u spor kroz plaćanje troškova postupka, razmatra kvalitetu tužbenoga zahtjeva, to jest osnovanost tužbenoga zahtjeva, moguće procesne prigovore i visinu štete koja se u sporu može ostvariti. Glavni argument zašto to rade i zašto tvrde da financiraju samo zahtjeve za koje smatraju da su osnovani jest to što treća strana u cijelosti preuzima rizik spora. Ona financira troškove i ostvarit će dobit pod uvjetom da tužbeni zahtjev bude barem djelomično osnovan. U protivnom ostaje praznih ruku. Takva je argumentacija s obzirom na razvoj industrije podosta površna. Naime, tvrtke koje financiraju troškove postupka ublažavaju opisani rizik na dva načina: disperziraju rizik konkretnog slučaja na cijeli portfelj slučajeva ili raspodjeljuju rizik među svojim ulagateljima. To je i razlog zašto su tvrtke koje se bave financiranjem sporova spremne financirati i špekulativne slučajeve u kojima je, u slučaju uspjeha, povrat ulaganja visok.

Kontrola postupka i posljedično mirno rješavanje sporova nagodbom u kontekstu financiranja troškova i uloge treće strane je nešto što je, prema stavu stručne javnosti, predmet uređenja ugovora o financiranju pa stoga i odgovor na pitanje kontrolira li treća strana postupak treba tražiti u svakom ugovoru o financiranju. Može se očekivati da će kontrola treće strane nad postupkom ipak biti znatno manja kod strateškoga financiranja pri čemu treća strana financira troškove postupka iz filantropskih razloga i nema koristi od ishoda spora.

Iako je dakako moguće i da treća strana nema kontrolu nad postupkom vlastitim odabirom, taj zaključak će biti točan tek u manjem broju slučajeva. Naime, zdrav razum nalaže zaključak da efektivna kontrola postupka, a time i sklapanja nagodbe, od strane treće osobe postoji i u strateškom financiranju (kada ne postoji izravni ekonomski interes treće strane koji se ostvaruje kroz financirani spor) i u klasičnom financiranju. Ta kontrola postoji bez obzira na odredbe ugovora o financiranju jer je treća osoba ta koja plaća troškove postupka i u svakom trenutku, uz doduše neke posljedice koje će se rješavati u nekom drugom postupku ili sporu, može prekinuti financiranje troškova postupka. Takav scenarij financirana stranka ne želi jer on može dovesti čak i do obustave postupka koji je bio financiran (zbog, primjerice, neplaćanja administrativnih pristojbi u institucijskoj arbitraži) i odgovornosti financirane stranke za troškove postupka suprotne strane. Kako na žalost ugovori o financiranju ostaju obavijeni velom tajne, a slična je situacija i s objavom odluka u arbitraži, taj se zaključak za sada ne može i empirijski potvrditi.

Treba ipak pohvaliti normativnu aktivnost Europske unije unutar koje je u pripremi direktiva Europskog parlamenta i Vijeća o regulaciji financiranja sudskih sporova koje osiguravaju treće strane, kojom bi se i pitanje kontrole postupka od strane treće strane kao i rješavanje sporova nagodbom trebalo dodatno urediti u korist financiranih stranaka.

Taj bi primjer trebalo slijediti i u području arbitraže što će, za područje Europske unije, i biti učinjeno jer bi se spomenuta direktiva trebala odnositi i na arbitražne postupke. Naime, najgori je scenarij da stanje ostane kakvo je trenutačno, a to je da je to područje u najvećem broju slučajeva neregulirano ili regulirano neobvezujućim pravilima postupanja jer se dovodi u pitanje temeljno pravo financirane stranke da slobodno odlučuje tko će je i kako zastupati te kako će razriješiti spor. To više kada se uzme u obzir odluka u predmetu *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. vs. Argentine Republic*<sup>608</sup> u kojoj je Odbor za poništaj pravorijeka utvrdio da “sama činjenica da je Ugovor o financiranju nezakonit ili protivan javnom poretku ne znači nužno ozbiljno odstupanje od temeljnog pravila postupka”.

Što se tiče korelacije između visine tužbenoga zahtjeva i činjenice da troškove postupka financira treća strana koja u najvećem broju slučajeva od financiranja želi ostvariti dobit, trenutačno nema empirijskih dokaza da su te dvije stvari povezane. Pa ipak, ako se uzme u obzir statistički podatak u investicijskim arbitražama da tribunali dosuđuju u prosjeku 37 % utuženoga iznosa (više o tome vidjeti VI. poglavlje rada pod 5) Visina štete), dakle tužitelji

---

<sup>608</sup> *Op. cit.* u bilj. 253.

redovito postavljaju previsoko tužbeni zahtjev, može se zaključiti da je to dijelom i zbog financiranja troškova postupka sredstvima treće strane, i to kako bi se iz dosuđene štete namirila naknada treće strane za financiranje postupka. Usprkos navedenom, taj zaključak nije potkrijepljen znanstvenim studijama pa bi u budućnosti trebalo provesti sveobuhvatnu studiju parničnih postupaka, trgovačkih arbitraža i investicijskih arbitraža kako bi se utvrdilo utječe li činjenica da postoji financiranje troškova postupka sredstvima treće strane na utuženi iznos.

U pogledu utjecaja financiranja troškova postupka sredstvima treće strane na visinu troškova treba u prvom redu istaknuti da u pravilu ne postoje dokazi da financiranje troškova postupka utječe na visinu troškova postupka. Pa ipak, poznato je da je u dva predmeta ta činjenica utjecala na visinu troškova, no ti su predmeti i dalje na razini iznimke, a ne pravila. Prvi je *Norscot Rig Management PVT Limited vs. Essar Oilfields Services Limited*<sup>609</sup>, a drugi *Katanga Contracting Services SAS vs. Tenke Fungurume Mining SA*.<sup>610</sup> U oba je slučaja riječ o međunarodnim trgovačkim arbitražama. U prvom je predmetu tuženik (Essar) agresivnom poslovnom praksom praktički uništio tužitelja (Norscot), koji je morao pribjeći financiranju troškova postupka jer je bio pred bankrotom. To je oslabilo njegovu poziciju kada je pregovarao s trećom stranom koja je pristala financirati arbitražni postupak pa je uz naknadu troškova morao pristati i na davanje značajnoga postotka dosuđene naknade štete koji je po ugovoru imao pripasti trećoj strani u slučaju uspjeha u sporu. S obzirom na očito nepošteno postupanje tuženika koje je dovelo tužitelja do bankrota, tribunal je taj postotak dosudio kao ostale troškove postupka kako bi tužitelj u cijelosti bio oštećen. U drugom je predmetu tribunal prihvatio argumentaciju iz predmeta Essar. U ta dva predmeta činjenica da je ugovoreno financiranje troškova postupka izravno je utjecala i na visinu troškova postupka jer je naknada trećoj strani dosuđena u vidu ostalih troškova postupka, čime je teret naknade treće strane u ta dva predmeta u cijelosti preavljen na nefinanciranu stranku.

Predmeti Essar i Katanga zasigurno su zanimljivi trećima koji se profesionalno bave financiranjem troškova postupka i iz aspekta da je u oba slučaja kao mjesto arbitraže bio ugovoren London u Engleskoj.

Konačno, bez obzira na opisane predmete u kojima je financiranje definitivno utjecalo na visinu troškova postupka, to se ne može tvrditi kao znanstveno dokazana činjenica.

---

<sup>609</sup> *Op. cit. u bilj. 269.*

<sup>610</sup> *Op. cit. u bilj. 274.*

## **v. Zaključno**

Putovanje institutom financiranja troškova postupka pokazalo je da je riječ o pojavi koja je iznimno složena i višeslojna i koja će još dugo egzistirati na tržištu.

Usprkos činjenici da financiranje troškova postupka sredstvima treće strane može imati plemenit cilj, ono je ipak najčešće motivirano ili željom za zaradom koja premašuje sve ostale vidove legalnoga ulaganja i zarade ili nekim neekonomskim odnosno neizravnim ekonomskim strateškim ciljem.

Zbog svega navedenoga, tu je pojavu nužno regulirati jer se u protivnom otvara velika mogućnost zloupotrebe položaja i prava.

Sretna je okolnost da je Republika Hrvatska članica Europske unije jer je normativna aktivnost na razini Europske unije u posljednje vrijeme intenzivna i financiranje sredstvima treće strane trebalo bi biti regulirano i kao industrija i kao pojava u postupcima pred sudovima, upravnim tijelima i u arbitražnim postupcima. Nema sumnje da će Hrvatska tu regulativu transponirati u vlastiti pravni sustav, a koliko će oni koji će tu regulativu trebati primjenjivati i tumačiti biti dorasli tom zadatku, pitanje je na koje se trenutačno ne može dati odgovor i koje prelazi okvire ovoga rada.

## POPIS LITERATURE:

### A) KNJIGE I ČLANCI

1. Dalia Adel: Third-Party Funding in International Arbitration: A Comparative Legal and Economic Analysis in Europe and Middle East, Master's thesis in the Master Program Droit International, Course Type Juriste International, 2016-2017, str. 72.; [https://www.academia.edu/44423931/THIRD\\_PARTY\\_FUNDING\\_IN\\_INTERNATIONAL\\_ARBITRATION\\_A\\_COMPARATIVE\\_LEGAL\\_AND\\_ECONOMIC\\_ANALYSIS\\_IN\\_EUROPE\\_AND\\_MIDDLE\\_EAST](https://www.academia.edu/44423931/THIRD_PARTY_FUNDING_IN_INTERNATIONAL_ARBITRATION_A_COMPARATIVE_LEGAL_AND_ECONOMIC_ANALYSIS_IN_EUROPE_AND_MIDDLE_EAST) (zadnji put pristupljeno 2. veljače 2022.)
2. Gabriela del Carmen Alcántara Torres: Disqualification of Expert Witness, Jus Mundi <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-disqualification-of-expert-witness> (zadnji put pristupljeno 18. siječnja 2022.)
3. Meriam N Alrashid, Jane Wessel i John Laird, "Impact of Third Party Funding on Privilege in Litigation and International Arbitration", (2012) 6 Disp Resol Int'l 101
4. David M. Beatty The Ultimate Rule of Law, Oxford University Press 2004.
5. Lucas VS. M. Bento, 'Chapter 13: Mapping the Genetic Code of Provisional Measures: Characteristics and Recent Developments', in Crina Baltag, ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2016).
6. Eric E. Bergsten: Dispute Settlement, International Commercial Arbitration, UNCTAD 2005.; [https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add38\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add38_en.pdf) (zadnji put pristupljeno 8. lipnja 2021.)
7. Edouard Bertrand: Brave New World of Arbitration: Third-Party Funding, The, 29 ASA Bull. 607 (2011) str. 613.; <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.kluwer/asab0029&div=40&id=&page=> (zadnji put pristupljeno 2. veljače 2022.)
8. Eva Boolieris: Third-Party Funding: The Effect of the Growing Third-Party Funding Industry in International Arbitration on New Zealand; Thesis, 1 January 2015, <https://core.ac.uk/download/pdf/41339881.pdf> (zadnji put pristupljeno 18. listopada 2021.)
9. Stavros Brekoulakis and Catherine Rogers, 'Third-Party Financing in ISDS: A Framework for Understanding Practice and Policy', Academic Forum on ISDS Concept Paper 2019/11, 31 July 2019.
10. Daniel L. Chen, "Can Markets Stimulate Rights? On the Alienability of Legal Claims", The RAND Journal of Economics, vol. 46, n. 1, 2015, [http://users.nber.org/~dlchen/papers/Can\\_Markets\\_Stimulate\\_Rights\\_RAND.pdf](http://users.nber.org/~dlchen/papers/Can_Markets_Stimulate_Rights_RAND.pdf) (zadnji put pristupljeno 21. rujna 2021.)
11. René David: Arbitration in International Trade, Springer Netherlands, 1985.
12. Nadia Darwazeh & Adrien Leleu: Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding; Journal of International Arbitration 33, no. 2 (April 2016)
13. Rachel Denae Thrasher: Expansive Disclosure: Regulating Third-Party Funding for Future Analysis and Reform, 59 B.C. L. Revs. 2935 (2018)

14. Kirstin Dodge, Jonathan Barnett, Lucas Macedo, Patryk Kulig, Maria Victoria Gomez (Nivalion AG): Can Third-Party Funding Find the Right Place in Investment Arbitration Rules? Monday, January 31st, 2022, Kluwer Arbitration Blog, <https://nivalion.com/uploads/pdf/2022-01-31%20Can%20TPF%20Find%20Right%20Place%20in%20IT%20Rules.pdf> (zadnji put pristupljeno 23. svibnja 2022.)
15. Caroline Dos Santos, Third-Party Funding in International Commercial Arbitration: A Wolf in Sheep's Clothing, 35 ASA Bull. 918 (2017)
16. Michael Duffy: Two's Company, Three's a Crowd? Regulating Third-Party Litigation Funding, Claimant Protection in the Tripartite Contract, and the Lens of Theory; UNSW Law Journal, Volume 39(1), 2016, <https://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wp-content/uploads/2017/09/39-1-12.pdf> (zadnji put pristupljeno 21. rujna 2021.)
17. Frank D. Emerson, History of Arbitration Practice and Law, 19 Clevs. St. L. Revs. 155 (1970); <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol19/iss1/19> (zadnji put pristupljeno 7. lipnja 2021.)
18. Dimitrij Euler i Giuseppe Bianco: Breaking the Bond: Vulture Funds and Investment Arbitration; ASA Bulletin 31, no. 3 (2013)
19. Jared Firestone: Best Practices for Avoiding Expert Witness Disqualification; Updated on August 26, 2021; <https://www.expertinstitute.com/resources/insights/best-practices-for-avoiding-expert-witness-disqualification/> (zadnji put pristupljeno 20. siječnja 2022.)
20. Frank J. Garcia and Kirrin Hough: The case against third-party funding in investment arbitration, Perspectives on topical foreign direct investment issues No. 253 June 3, 2019.
21. Frank J. Garcia: Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System, 59 B.C. L. Revs. 2911 (2018)
22. Alexander Gay and Kirk Shannon: Costs orders against third-party funders: Promoting accountability, February 28, 2020, <https://www.thelawyersdaily.ca/articles/17957> (zadnji put pristupljeno 27. rujna 2021.)
23. Jennifer Gregory: Payday Loans for Lawsuits? Champerty in Illinois; Ethics Extra, [https://www.jenner.com/system/assets/publications/612/original/ethics\\_extra\\_oct\\_08.pdf?1313699957](https://www.jenner.com/system/assets/publications/612/original/ethics_extra_oct_08.pdf?1313699957), (zadnji put pristupljeno 19. rujna 2021.)
24. Aren Goldsmith i Lorenzo Melchionda: "Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (but Were Afraid to Ask) – Part Two", 2012 Int'l Bus. L.J. 53 (2012)
25. Brooke Guven i Lise Johnson: The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement, May 2019, CCSI Working Paper 2019; <https://ssrn.com/abstract=3661129> (zadnji put pristupljeno 12. travnja 2022.)
26. William J. Harrington: "Champerty, Usury, and Third-Party Litigation Funding", The Brief, vol. 49, no. 2, 2020, <https://www.proquest.com/scholarly-journals/champerty-usury-third-party-litigation-funding/docview/2369345595/se-2?accountid=202242>, (zadnji put pristupljeno 19. rujna 2021.)

27. Moshe Hirsch: Sources of international investment law u International Investment Law and Soft Law, ur. Andrea K. Bjorklund i August Reinisch, Edward Elgar Publishing Limited 2012.
28. Rachel Howie i Geoff Moysa, 'Financing Disputes: Third-Party Funding in Litigation and Arbitration' (2019) 57 Alta L Rev 465.
29. Josep Maria Julià: Strasbourg as the guarantor of last resort of due process in voluntary arbitration, 4 March 2022, <https://www.ibanet.org/strasbourg-guarantor-last-resort-due-process> (zadnji put pristupljeno 30. svibnja 2022.)
30. Pierre A. Karrer, Marcus Desax: „Security for costs in International Arbitration Why, when and what if..“ u Law of International Business and Dispute Settlement in 21st Century
31. William Kirtley i Koralie Wietrzykowski, "Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding"; (2013) 30 J Int'l Arb 17
32. Malcolm Langford, Michele Potestà, Gabrielle Kaufmann-Kohler i Daniel Behn: Special Issue: UNCITRAL and Investment Arbitration Reform: Matching Concerns and Solutions, Journal of World Investment & Trade 21 (2020), [https://brill.com/view/journals/jwit/21/2-3/article-p167\\_1.xml?language=en&ebody=pdf-46507](https://brill.com/view/journals/jwit/21/2-3/article-p167_1.xml?language=en&ebody=pdf-46507) (zadnji put pristupljeno 20. srpnja 2021.)
33. Julian David Mathew Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll: "Comparative International Commercial Arbitration", Kluwer Law International (2003).
34. Jason Lyon: Revolution in Progress: Third-Party Funding of American Litigation, 58 UCLA LAW REVIEW 571 (2010), <http://www.uclalawreview.org/pdf/58-2-5.pdf> (zadnji put pristupljeno 26. rujna 2021.)
35. Jeremy Mash: Recoverability of third party funding costs in arbitration: Essar v Norscot revisited, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c13fe087-4134-4a5a-86f7-e1db9f68b157> (zadnji put pristupljeno 4. veljače 2022.)
36. Berislav Matijević: Pravo subrogacije osiguratelja, Hrvatski časopis za osiguranje, Vol. No. 1, 2019., <https://hrcak.srce.hr/file/325920> (zadnji put pristupljeno 26. travnja 2022.)
37. Hugh Meighen: The Third Party Litigation Funding Law Review: Canada, The Law Reviews, 10 January 2021, dostupno na: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-third-party-litigation-funding-law-review/canada> (zadnji put pristupljeno 27. rujna 2021.)
38. Loukas Mistelis i Crina Baltag: 'Denial of Benefits' Clause in Investment Treaty Arbitration, (December 13, 2018). Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 293/2018, <https://ssrn.com/abstract=3300618> (zadnji put pristupljeno 14. lipnja 2021.)
39. Sarah E. Moseley, "Disclosing Third-Party Funding in International Investment Arbitration," Texas Law Review 97, no. 6 (May 2019)
40. Jern-Fei Ng: The Role of the Doctrines of Champerty and Maintenance in Arbitration, The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, Volume 76, Issue 2, (2010)



41. Sebastiano Nesi: Expert Witness: Role and Independence u New Developments u Christoph Müller, Sébastien Besson i Antonio Rigozzi, ur.: International Commercial Arbitration 2016, Geneva, Schulthess, 2016.
42. Lisa Bench Nieuwveld, Victoria Shannon Sahani: Third-Party Funding in International Arbitration, Second Edition, Wolters Kluwer, 2017.
43. Lisa Bench Nieuwveld: Third Party Funding – Maintenance and Champerty – Where is it Thriving?; November 7, 2011; Kluwer Arbitration Blog; <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/11/07/third-party-funding-maintenance-and-champerty-where-is-it-thriving/> (zadnji put pristupljeno 14. rujna 2021.)
44. Jadranka Osrečak: Određivanje visine naknade štete u međunarodnoj investicijskoj arbitraži s obzirom na utvrđenu povredu i metodu izračuna, Pravni vjesnik god. 37 br. 2, 2021., <https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/pravni-vjesnik/article/view/10178/10057> (zadnji put pristupljeno 2. kolovoza 2021.)
45. Max Radin: Maintenance by Champerty, California Law Review, vol. 24, no. 1 (Nov., 1935), str. 48–78, <https://lawcat.berkeley.edu/record/1108995/files/fulltext.pdf> (zadnji put pristupljeno 2. listopada 2021.)
46. Sahana Ramesh: Third-Party Funding in International Arbitration: Ownership of the Claim, Consequences for Costs Orders, and Regulation; u Arbitration International, 2020, 36, Oxford University Press
47. Mariel Rodak: It's About Time: A Systems Thinking Analysis of the Litigation Finance Industry and Its Effect on Settlement; University of Pennsylvania Law Review [Vol. 155: 503] (2006)
48. Catherine A. Rogers: Gamblers, Loan Sharks & Third-Party Funders u Ethics in International Arbitration, Oxford University Press, 2014.
49. Borzu Sabahi: Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration Principles and Practice, Oxford University Press, 2011.
50. Akira Saito: International Commercial Arbitration and International Commercial Courts: Towards a Competitive and Cooperative Relationship, Hors Serie Volume XX, 2016., [https://www.wgtn.ac.nz/\\_data/assets/pdf\\_file/0004/1186978/Saito.pdf](https://www.wgtn.ac.nz/_data/assets/pdf_file/0004/1186978/Saito.pdf) (zadnji put pristupljeno 8. listopada 2021.)
51. Tim R. Samples, "Rogue Trends in Sovereign Debt: Argentina, Vulture Funds, and Pari Passu under New York Law," Northwestern Journal of International Law & Business 35, no. 1 (Fall 2014)
52. Tara Santosuosso, Randall Scarlett: Third-Party Funding in Investment Arbitration: Misappropriation of Access to Justice Rhetoric by Global Speculative Finance, Boston College Law School, Digital Commons @ Boston College Law School, Law and Justice in the Americas Working Paper Series, 19 April 2018.
53. Maxi Scherer, Aren Goldsmith and Camille Fléchet: Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funders' Perspectives, [https://www.academia.edu/36235593/Third\\_Party\\_Funding\\_in\\_International\\_Arbitration?auto=download](https://www.academia.edu/36235593/Third_Party_Funding_in_International_Arbitration?auto=download) (zadnji put pristupljeno 31. svibnja 2021.)
54. Stephan W. Schill, Geraldo Vidigal: Designing Investment Dispute Settlement à la Carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis; The Law & Practice

- of International Courts and Tribunals, Online Publication Date: 07 Feb 2020, dostupno na: [https://brill.com/view/journals/lape/18/3/article-p314\\_5.xml?language=en](https://brill.com/view/journals/lape/18/3/article-p314_5.xml?language=en) (zadnji put pristupljeno 29. srpnja 2021.)
55. Christoph H. Schreuer, with Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair: *The ICSID Convention, A Commentary*; Cambridge University Press, 2009.
  56. Victoria A. Shannon, "Harmonizing Third-Party Litigation Funding Regulation," *Cardozo Law Review* 36, no. 3 (February 2015)
  57. Victoria Shannon Sahani, *Judging Third-Party Funding*, 63 *UCLA L. Revs.* 388 (2016)
  58. Victoria Shannon Sahani: *Rethinking the Impact of Third-Party Funding on Access to Civil Justice*, u *DePaul Law Review* 69, no. 2 (Winter 2020)
  59. Victoria Shannon Sahani: *Reshaping Third-Party Funding*, 91 *TUL. L. REVS.* 405 (2017)
  60. Natasha Shoult and Simon Latham: *The Third Party Litigation Funding Law Review: United Kingdom - England & Wales*, 10 January 2021, <https://thelawreviews.co.uk/title/the-third-party-litigation-funding-law-review/united-kingdom-england--wales> (zadnji put pristupljeno 17. rujna 2021.)
  61. B.Sinh: *Compensation under international investment law arbitration in investor-state infrastructure contracts*; University of Oslo, Faculty of Law <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/60562/1/716.pdf> (zadnji put pristupljeno 8. lipnja 2021.)
  62. Elena Sitkareva, Yulia Artemyeva & Svetlana Mendosa-Molina: *Third-Party Funding: Practical, Ethical And Procedural Issues*; 6th International Conference on Education and Social Sciences: Proceedings of INTCESS 2019, 4-6 February 2019, Dubai, U.A.E. [https://www.researchgate.net/publication/336103881\\_THIRD-PARTY\\_FUNDING\\_PRACTICAL\\_ETHICAL\\_AND\\_PROCEDURAL\\_ISSUES](https://www.researchgate.net/publication/336103881_THIRD-PARTY_FUNDING_PRACTICAL_ETHICAL_AND_PROCEDURAL_ISSUES) (zadnji put pristupljeno 2. lipnja 2022.)
  63. Maya Steinitz: *Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding*; 95 *Minn. L. Revs.* 1269 2010-2011, [https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2012/03/Steinitz\\_PDF.pdf](https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2012/03/Steinitz_PDF.pdf) (zadnji put pristupljeno 26. travnja 2022.)
  64. Maya Steinitz: *Follow the Money? A Proposed Approach for Disclosure of Litigation Finance Agreements* (March 26, 2019). *UC Davis Law Review*, 2019, Forthcoming, U Iowa Legal Studies Research Paper No. 2019-08, <https://ssrn.com/abstract=3360672> (zadnji put pristupljeno 3. svibnja 2022.)
  65. Lang Thai: *Commercial Litigation Funding: The Need To Impose Regulations to Improve the Outcome of the Shareholder Class Actions*, <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/JIALawTA/2011/2.pdf> (zadnji put pristupljeno 22. rujna 2021.)
  66. Rachel Thorn i Jennifer Doucleff: *Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of "Investor"* u Michael Waibel , Asha Kaushal , et al. (eds), *The Backlash against Investment Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2010)
  67. Rachel Denae Thrasher, *Expansive Disclosure: Regulating Third-Party Funding for Future Analysis and Reform*, 59 *B.C. L. Revs.* 2935 (2018)

68. Jennifer A. Trusz, Full Disclosure: Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration, 101 GEO. L.J. 1649 (2013)
69. Earl S. Wolaver: The Historical Background of Commercial Arbitration, 83 U. PA. L. REVS. 132 (1934); [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol83/iss2/2](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol83/iss2/2) (zadnji put pristupljeno 7. lipnja 2021.)
70. Warda Yasin: Abolition of the doctrines of champerty and maintenance in Pakistan, Islamabad Law Review, Volume 1 No. 2 (2017), <http://irigs.iiu.edu.pk:64447/ojs/index.php/ilr/issue/view/88> (zadnji put pristupljeno 14. rujna 2021.)
71. Kaja Zaleska-Korziuk, When the Good Samaritan Pays: the Phenomenon of Strategic Third-Party Funding, 18 Asper REVS. INT'L Bus. & TRADE L. 160 (2018)

## **B) PREDAVANJA**

1. Lord Justice Gross: Courts And Arbitration; The Jonathan Hirst QC Commercial Law Lecture; London, 1 May 2018., govor je dostupan na: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/05/speech-by-lj-gross-hirst-lecture-distribution-may-2018.pdf> (zadnji put pristupljeno 24. svibnja 2022.)
2. Lord David Edmond Neuberger, President of The Supreme Court: From Barretery, Maintenance and Champerty to Litigation Funding, Harbour Litigation Funding First Annual Lecture, Gray's Inn, 8 May 2013, <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-130508.pdf> (zadnji put pristupljeno 16. rujna 2021.)

## **A) STUDIJE**

1. John Beisner, Jessica Miller & Gary Rubin: Selling Lawsuits, Buying Trouble: Third Party Litigation Funding in the United States; U.S. Chamber Institute for Legal Reform, 2009., <https://legaltimes.typepad.com/files/thirdparty litigation financing.pdf> (zadnji put pristupljeno 30. listopada 2021.)
2. John H. Beisner, Jessica D. Miller, and Jordan M. Schwartz: Selling More Lawsuits, Buying More Trouble Third Party Litigation Funding A Decade Later, U.S. Chamber Institute for Legal Reform, January 2020; [https://institute for legal reform.com/wp-content/uploads/2020/10/Still\\_Selling\\_Lawsuits\\_-\\_Third\\_Party\\_Litigation\\_Funding\\_A\\_Decade\\_Later.pdf](https://institute for legal reform.com/wp-content/uploads/2020/10/Still_Selling_Lawsuits_-_Third_Party_Litigation_Funding_A_Decade_Later.pdf) (zadnji put pristupljeno 27. listopada 2021.)
3. CI Arb Costs of International Arbitration Survey 2011, <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2017/01/CI Arb-Cost-of-International-Arbitration-Survey.pdf> (zadnji put pristupljeno 5. lipnja 2022.)
4. Litigation Cost Survey of Major Companies, 2010 Conference on Civil Litigation; Duke Law School May 10-11, 2010, [https://www.uscourts.gov/sites/default/files/litigation\\_cost\\_survey\\_of\\_major\\_companies\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/litigation_cost_survey_of_major_companies_0.pdf) (zadnji put pristupljeno 5. lipnja 2022.)

5. Marko Djinovic i Ana Vlahek: Uncharted Waters, An Analysis of Third Party Litigation Funding in European Collective Redress; U.S. Chamber Institute for Legal Reform, October 2019., [https://www.pf.uni-lj.si/media/analysis\\_of\\_tplf\\_funding\\_in\\_the\\_european\\_collective\\_redress.pdf](https://www.pf.uni-lj.si/media/analysis_of_tplf_funding_in_the_european_collective_redress.pdf) (zadnji put pristupljeno 20. rujna 2021.)
6. Brittany Kauffman: Study on Estimating the Cost of Civil Litigation Provides Insight into Court Access, February 26, 2013; <https://iaals.du.edu/blog/study-estimating-cost-civil-litigation-provides-insight-court-access> (zadnji put pristupljeno 5. lipnja 2022.)
7. Dominic Roughton, Kenneth Beale i Boies Schiller Flexner (ur.): The International Comparative Legal Guide to: Investor-State Arbitration 2019, Global Legal Group Ltd., November 2018, [https://sccinstitute.com/media/293707/isa19\\_chapter-7\\_investor-state-arbitration-before-the-scc-institute.pdf](https://sccinstitute.com/media/293707/isa19_chapter-7_investor-state-arbitration-before-the-scc-institute.pdf) (zadnji put pristupljeno 20. rujna 2021.)
8. Jérôme Saulnier, Klaus Müller with Ivona Koronthalyova: Responsible private funding of litigation European added value assessment – studija; ožujak 2021 EN; [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS\\_STU\(2021\)662612\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS_STU(2021)662612_EN.pdf) (zadnji put pristupljeno 18. rujna 2021.)
9. Jean Ziegler, Rapporteur of the drafting group: Draft final report of the Human Rights Council Advisory Committee on the activities of vulture funds and the impact on human rights  
[https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/AdvisoryCom/Session22/A\\_HRC\\_AC\\_22\\_CRP.1.docx](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/AdvisoryCom/Session22/A_HRC_AC_22_CRP.1.docx) (zadnji put pristupljeno 18. listopada 2021.)
10. ICCA-QMUL Task Force on TPF in International Arbitration Subcommittee on Security for Costs and Costs, Draft Report, 1 November 2015., dostupno na: [https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/tpf\\_taskforce\\_security\\_for\\_costs\\_and\\_costs\\_draft\\_report\\_november\\_2015.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/tpf_taskforce_security_for_costs_and_costs_draft_report_november_2015.pdf) (zadnji put pristupljeno 24. svibnja 2022.)
11. International Council for Commercial Arbitration, Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International, Arbitration, The ICCA Reports No. 4, April 2018, [https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/Third-Party-Funding-Report%20.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Third-Party-Funding-Report%20.pdf) (zadnji put pristupljeno 18. ožujka 2021.)
12. Queen Mary, University of London, School of International Arbitration: 2010 *International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, [http://www.arbitrationonline.org/docs/2010\\_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf](http://www.arbitrationonline.org/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf) (zadnji put pristupljeno 24. svibnja 2022.)

## **B) MEĐUNARODNI UGOVORI I KONVENCIJE**

1. Konvencija o rješavanju ulagačkih sporova između država i državljana drugih država iz 1965. (ICSID konvencija ili Washingtonska konvencija) – Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>

2. Konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. (NK) – United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 10 June 1958) <https://www.newyorkconvention.org/english>
3. Sveobuhvatni gospodarski i trgovinski sporazum (CETA) između Kanade i Europske unije i njezinih država članica ("Narodne novine", Međunarodni ugovori, broj 9/2017)
4. Sporazum o zaštiti ulaganja između Europske unije i njezinih država članica, s jedne strane, i Socijalističke Republike Vijetnama, s druge strane

### **C) ZAKONI, OSTALI PROPISI, SMJERNICE I PRIJEDLOZI PROPISA ODNOSNO PRAVILA**

1. Direktiva Vijeća od 22. lipnja 1987. o usklađivanju zakona i drugih propisa o osiguranju troškova pravne zaštite (87/344/EEZ), dostupna na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/ALL/?uri=CELEX:31987L0344> (zadnji put pristupljeno 19. travnja 2022.)
2. Engleski arbitražni zakon iz 1996. godine (*English Arbitration Act 1996*), dostupan na: <https://www.legislation.govs.uk/ukpga/1996/23/contents> (zadnji put pristupljeno 18. svibnja 2021.)
3. IBA Smjernice o sukobu interesa u međunarodnoj arbitraži od 23. listopada 2014.; dostupne na: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918> (zadnji put pristupljeno 25. svibnja 2022.)
4. ICC Commission Report: *Decisions on Costs in International Arbitration*, ICC Dispute Resolution Bulletin 2015, Issue 2, <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/12/Decisions-on-Costs-in-International-Arbitration.pdf> (zadnji put pristupljeno 3. veljače 2022.)
5. Model European Rules of Civil Procedure, From Transnational principles to European rules of civil procedure, ELI – UNIDROIT, siječanj 2021., <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules> (zadnji put pristupljeno 20. siječnja 2022.)
6. Nacrt izvješća s preporukama Komisiji o odgovornom privatnom financiranju sudskih sporova od 17.6.2021., (2020/2130(INL)), Odbor za pravna pitanja, Izvjestitelj: Axel Voss, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934\\_HR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934_HR.pdf) (zadnji put pristupljeno 27. travnja 2022.)
7. Pravilnik o pružanju pravne pomoći Sindikata, dostupan na: Pravilnik je dostupan na: [http://www.nsz.hr/wp-content/uploads/2018/12/Pravilnik\\_o\\_pravnoj\\_pomoci.pdf](http://www.nsz.hr/wp-content/uploads/2018/12/Pravilnik_o_pravnoj_pomoci.pdf) (zadnji put pristupljeno 1. listopada 2021.)
8. Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o normiranju financiranja parničnog postupka sredstvima treće strane (*Directive of the European Parliament and of the Council on the regulation of third-party litigation funding*) dostupna na: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934_EN.pdf) (zadnji put pristupljeno 8. listopada 2021.)
9. Tarifa o nagradama i naknadi troškova za rad odvjetnika ("Narodne novine" br. 142/12., 103/14., 118/14., 107/15., 37/22.)

10. Zakon o obveznim odnosima ("Narodne novine" br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15., 29/18., 126/21.)
11. Zakon o odvjjetništvu ("Narodne novine" br. 9/94., 117/08., 50/09., 75/09., 18/11., 126/21.)
12. Zakon o parničnom postupku ("Službeni list SFRJ" br. 4/77., 36/77., 36/80., 6/80., 69/82., 43/82., 58/84., 74/87., 57/89., 20/90., 27/90., 35/91., "Narodne novine" br. 53/91., 91/92., 112/99., 129/00., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 96/08., 84/08., 123/08., 57/11., 148/11. - službeni pročišćeni tekst, 25/13., 89/14., 70/19.)

#### D) ARBITRAŽNA PRAVILA

1. Arbitražna pravila Londonskog suda međunarodne arbitraže (*LCIA Arbitration Rules*) dostupna na: [https://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx](https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx) (zadnji put pristupljeno 14. srpnja 2021.)
2. Arbitražna pravila Međunarodne trgovačke komore - ICC (*Rules of Arbitration*) dostupna na: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/> (zadnji put pristupljeno 13. srpnja 2021.)
3. Arbitražna pravila Međunarodnog centra za rješavanje sporova (*International Centre for Dispute Resolution – ICDR*) pri AAA (*International Arbitration Rules*) dostupna na: [https://www.adr.org/sites/default/files/ICDR\\_Rules.pdf](https://www.adr.org/sites/default/files/ICDR_Rules.pdf) (zadnji put pristupljeno 13. srpnja 2021.)
4. Arbitražna pravila Štokholmske trgovačke komore (*Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*) dostupna na: [https://sccinstitute.com/media/293614/arbitration\\_rules\\_eng\\_17\\_web.pdf](https://sccinstitute.com/media/293614/arbitration_rules_eng_17_web.pdf) (zadnji put pristupljeno 14. srpnja 2021.)
5. Arbitražna pravila HKIAC-a (*2018 HKIAC Administered Arbitration Rules*) dostupna na: [https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck\\_filebrowser/PDF/arbitration/2018%20Rules%20book/2018%20AA%20Rules\\_English.pdf](https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2018%20Rules%20book/2018%20AA%20Rules_English.pdf) (zadnji put pristupljeno 14. srpnja 2021.)
6. Arbitražna pravila za trgovačku arbitražu SIAC-a (*Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre*) dostupna na: <https://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016> (zadnji put pristupljeno 14. srpnja 2021.)
7. Arbitražna pravila Australskog centra za međunarodnu trgovačku arbitražu (*Arbitration Rules of the Australian Centre for International Commercial Arbitration*) dostupna na: [https://acica.org.au/wp-content/uploads/2021/04/ACICA\\_Rules\\_2021-WFF3.pdf](https://acica.org.au/wp-content/uploads/2021/04/ACICA_Rules_2021-WFF3.pdf) (zadnji put pristupljeno 14. srpnja 2021.)
8. Arbitražna pravila za investicijsku arbitražu, prvo izdanje (*Investment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre*) dostupna na: <https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA/SIAC%20Investment%20Rules%202017.pdf> (zadnji put pristupljeno 14. srpnja 2021.)
9. Izvješće III. Radne skupine UNCITRAL-a o radu 34. sjednice (Beč, 27. studeni – 1. prosinac 2017.) od 19. prosinca 2017., dostupno na: <https://undocs.org/en/A/CN.9/930/Revs.1> (zadnji put pristupljeno 5. lipnja 2022.)

10. Izvješće III. Radne skupine UNCITRAL-a o radu 35. sjednice (New York, 23. travnja do 27. travnja 2018.) od 14. svibnja 2018., dostupno na: <https://undocs.org/en/A/CN.9/935> (zadnji put pristupljeno 5. lipnja 2022.)
11. Izvješće III. Radne skupine UNCITRAL-a o radu 36. sjednice (Beč, 29. listopada do 2. studenog 2018.) od 6. studenog 2018., dostupno na: <https://undocs.org/en/A/CN.9/964>; (zadnji put pristupljeno 5. lipnja 2022.)
12. Izvješće III. Radne skupine UNCITRAL-a o radu 37. sjednice (New York, 1. do 5. travnja 2019.) od 9. travnja 2019., dostupno na: <https://undocs.org/en/A/CN.9/970> (zadnji put pristupljeno 5. lipnja 2022.)
13. Izvješće III. Radne skupine UNCITRAL-a o radu 38. sjednice (Beč, 14. do 18. listopada 2019.) od 23. listopada 2019., dostupno na: <https://undocs.org/en/A/CN.9/1004> (zadnji put pristupljeno 5. lipnja 2022.)
14. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) — cost and duration, United Nations Commission on International Trade Law Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Thirty-sixth session Vienna, 29 October–2 November 2018.,; dostupno na: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V18/057/51/PDF/V1805751.pdf?OpenElement> (zadnji put pristupljeno 5. lipnja 2022.)
15. Proposals for Amendment of the ICSID Rules, Working Paper # 5 – Volume 1; dostupno na: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP%205-Volume1-ENG-FINAL.pdf> (zadnji put pristupljeno 23. svibnja 2022.)

## E) PREDMETI:

### 1. SUDSKI POSTUPCI

1. *Anglo-Dutch Petroleum Int'l, Inc. vs. Haskell*, 193 S.W3d 87, 104 (Tex. Ct. App. 2006)
2. *Arkin v Borchard Lines Ltd* [2005] 1 WLR 3055; <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/655.html> (zadnji put pristupljeno 14. listopada 2021.)
3. *Bevan Ashford vs. Geoff Yeandle Ltd.* (u likvidaciji) [1998] 3 W.L.R. 172
4. *BEG S.p.a. vs. Italy* (Application no. 5312/11), presuda ESLJP od 20. svibnja 2021. dostupna na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-210014%22%5D%7D> (zadnji put pristupljeno 30. svibnja 2022.)
5. *British Cash and Parcel Conveyors v Lamson Store Service Co Ltd.* (1908) 1 KB 1006
6. *Brookfield Multiplex Funds Ltd v International Litigation Funding Partners Pte Ltd* ('Multiplex') (2009) 180 FCR 11
7. *Campbells Cash and Carry Pty Ltd v Fostif Pty Limited* [2006] HCA 41; (2006) 229 ALR 58; (2006) 80 ALJR 1441 (30 August 2006)229 CLR 386, <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/2006/41.html> (zadnji put pristupljeno 21. rujna 2021.)
8. *Chapelgate Credit Opportunity Master Fund Ltd v Money* [2020] EWCA Civ 246 <https://www.bailii.org/cgi->

- [bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2019/997.html&query=\(.2019.\)+AND+\(EWHC\)+AND+\(997\)+AND+\(\(Ch\)\)](http://www.casemine.com/judgement/uk/5cbea1972c94e06006b09dbb) (zadnji put pristupljeno 26. rujna 2021.)
9. *Davey v Money & Anor* [2019] EWHC 997 (Ch)  
<https://www.casemine.com/judgement/uk/5cbea1972c94e06006b09dbb> (zadnji put pristupljeno 26. rujna 2021.)
  10. *Dopp vs. Yari*, US District Court for the District of New Jersey. 814 (D.N.J. 1996)
  11. *Dymocks Franchise Systems (NSW) Pty Ltd v Todd* (Associated Industrial Finance Pty Ltd, Third Party) 21 Jul 2004 [2004] 1 WLR 2807 , PC,  
<https://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/2004/39.html> (zadnji put pristupljeno 26. rujna 2021.)
  12. *Essar Oilfields Services Ltd v Norscot Rig Management Pvt Ltd* [2016] WLR(D) 576, [2016] EWHC 2361 (Comm), [2017] Bus LR 227  
<https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2016/2361.html>
  13. *Financial, LLC vs. Curry*, 683 N.W.2d 233, 236 (Mich. Ct. App. 2004)
  14. *Hayes vs. The City of Saint John et al.*, 2016 NBQB 125 (CanLII),  
<https://www.canlii.org/en/nb/nbqb/doc/2016/2016nbqb125/2016nbqb125.html> (zadnji put pristupljeno 8. ožujka 2021.)
  15. *International Litigation Partners Pte Ltd v Chameleon Mining NL* [2011] NSWCA 50 (15 March 2011), <http://www7.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/nsw/NSWCA/2011/50.html> (zadnji put pristupljeno 23. rujna 2021.)
  16. *Johnson vs. Wright*, 682 N.W.2d 671, 681 (Minn. Ct. App. 2004)
  17. *Kraft vs. Mason*, 668 So. 2d 679, 683 (Fla. Dist. Ct. App. 1996)
  18. *McIntyre Estate vs. Ontario (Attorney General)*, 2002 CanLII 45046 (ON CA),  
<https://canlii.ca/t/1fz12> (zadnji put pristupljeno 27. rujna 2021.)
  19. *Moorview Developments Ltd & Ors v First Active PLC & Ors*, [2011] IEHC 117,  
<https://www.casemine.com/judgement/uk/5da055d34653d07dedfd5bb5> (zadnji put pristupljeno 7. listopada 2021.)
  20. *NML Capital, Ltd. vs. Republic of Argentina*, 727 F.3d 230, at 247 (2d Cir. 2013)
  21. *Oasis Legal Finance Group, LLC vs. Coffman*, 361 P.3d 400 (Colo. 2015)
  22. *Odell vs. Legal Bucks*, 665 S.E.2d 767, 770 (N.C. Ct. App. 2008)
  23. *1318847 Ontario Limited vs. Laval Tool & Mould Ltd.*, 2017 ONCA 184 (CanLII),  
<https://canlii.ca/t/h0682> (zadnji put pristupljeno 27. rujna 2021.)
  24. *Oracle Corp. vs. Druglogic, Inc.*, Case No. C-11-00910 JCS (N.D. Cal. Jun. 15, 2012), odluka je dostupna na: <https://casetext.com/case/oracle-corp-v-druglogic-1> (zadnji put pristupljeno 20. siječnja 2022.)
  25. *Persona Digital Telephony Ltd & Sigma Wireless Networks Ltd and The Minister for Public Enterprise, Ireland and the Attorney General, and, by order, Denis O'Brien and Michael Lowry* [2017] IESC 27 (23 May 2017)  
<http://www.bailii.org/ie/cases/IESC/2017/S27.html> (zadnji put pristupljeno 2. listopada 2021.)
  26. *Rancman vs. Interim Settlement Funding Corp.*, 789 N.E.2d 217, 218-19 (Ohio 2003)
  27. *Regina (Factortame Ltd and Others) v Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions* (No 8): [2003] QB 381;



- <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b46f1f32c94e0775e7eeb73> (zadnji put pristupljeno 14. listopada 2021.)
28. *Schenk vs. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, <https://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2015/2015onsc3215/2015onsc3215.html> (zadnji put pristupljeno 27. rujna 2021.)
29. *Schneider v Royal Crown Gold Reserve Inc*, 2016 SKQB 278 (CanLII), Queen's Bench for Saskatchewan; odluka je dostupna na: <https://www.canlii.org/en/sk/skqb/doc/2016/2016skqb278/2016skqb278.html?resultIndex=1> (zadnji put pristupljeno 8. ožujka 2021.)
30. *Seedling Life Science Ventures LLC vs. Pfizer Canada Inc.*, 2017 FC 826 (2002), 61 O.R. (3d) 257. 2009 CanLII 41540 (ONSC), <https://decisions.fct-cf.gc.ca/fc-cf/decisions/en/item/235839/index.do> (zadnji put pristupljeno 28. rujna 2021.)
31. *SPV Osus Limited v HSBC International Trust Services (Ireland) Limited & ors.*, [2015] IEHC 602, : <https://www.bailii.org/ie/cases/IEHC/2015/H602.html> (zadnji put pristupljeno 27. travnja 2022.)
32. *SPV Osus Ltd v HSBC Institutional Trust Services (Ireland) Ltd*, [2018] IESC 44, <https://www.bailii.org/ie/cases/IESC/2018/S44.html> (zadnji put pristupljeno 1. listopada 2021.)
33. *State ex rel. Billups vs. Clawges*, 620 SE 2d 162 - W Va: Supreme Court of Appeals 2005, [https://scholar.google.hr/scholar\\_case?case=3493832683017723356&q=STATE+EX+REL.+BILLUPS+vs.+CLAWGES&hl=en&as\\_sdt=2006&as\\_vis=1](https://scholar.google.hr/scholar_case?case=3493832683017723356&q=STATE+EX+REL.+BILLUPS+vs.+CLAWGES&hl=en&as_sdt=2006&as_vis=1) (zadnji put pristupljeno 17. siječnja 2022.)
34. *Tenke Fungurume Mining SA v Katanga Contracting Services SAS* [2021] EWHC 3301 (Comm) <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2021/3301.html> (zadnji put pristupljeno 6. veljače 2022.)
35. *The Russian Federation vs. GBI 9000 SICAV S.A, Orgor de Valores SICAV S.A, Quasar de Valores SICAV S.A, ALOS 34 SL*, Stockholm District Court, presuda od 11. rujna 2014., broj: T 15045-09, (zadnji put pristupljeno 22. ožujka 2021.) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4239.pdf>
36. *Thema International Fund Plc v HSBC Institutional Trust Services (Irl) Ltd and Others*, [2011] IEHC 357, <https://ie.vlex.com/vid/thema-international-fund-plc-793266797> (zadnji put pristupljeno 1. listopada 2021.)
37. *The Russian Federation vs. GBI 9000 SICAV S.A, Orgor de Valores SICAV S.A, Quasar de Valores SICAV S.A, ALOS 34 SL*, Svea Court of Appeal, presuda od 18. siječnja 2016., broj: T 9128-14, (zadnji put pristupljeno 22. ožujka 2021.) [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7714\\_8.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7714_8.pdf)

## 2. ARBITRAŽNI POSTUPCI

1. *Abaclat and Others vs. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly *Giovanna a Beccara and Others vs. The Argentine Republic*); Procesni nalog br. 10

- (zadnji put pristupljeno 16. svibnja 2021.)  
[https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1301\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1301_0.pdf)
2. *Bernhard von Pezold and others vs. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/15, Award, 28 July 2015, (zadnji put pristupljeno 19. siječnja 2022.)  
[https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7095\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7095_0.pdf)
  3. *Bridgestone Americas, Inc. and Bridgestone Licensing Services, Inc. vs. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/16/34, Tribunal's Ruling on Claimants' Application to Remove the Respondent's Expert as to Panamanian Law, 13 December 2018, (zadnji put pristupljeno 19. siječnja 2022.) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10241.pdf>
  4. *Burimi SRL and Eagle Games S.H.A vs. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/11/18; Procesni nalog br. 2 (zadnji put pristupljeno 16. svibnja 2021.)  
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1534.pdf>
  5. *CME Czech Republic B.V.S. vs. The Czech Republic*, (zadnji put pristupljeno 17. ožujka 2021.) <https://www.italaw.com/cases/281>
  6. *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. vs. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17; zahtjev El Salvadora za osiguranje troškova (zadnji put pristupljeno 16. svibnja 2021.)  
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7920.pdf>
  7. *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, arbitražni postupak pri Međunarodnoj trgovačkoj komori u Parizu (ICC)
  8. *Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH vs. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/18/35 (zadnji put pristupljeno 3. kolovoza 2021.)
  9. *Eskosol S.p.A. in liquidazione vs. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50; Procesni nalog br. 3 (zadnji put pristupljeno 2. svibnja 2021.)  
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8996.pdf>
  10. *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. vs. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/14/14; Procesni nalog br. 3 (zadnji put pristupljeno 2. svibnja 2021.)  
[https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6272\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6272_0.pdf)
  11. *Emilio Agustín Maffezini vs. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Procesni nalog br. 2; (zadnji put pristupljeno 29. travnja 2021.)  
<https://www.italaw.com/cases/641>
  12. *Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. vs. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/19, Decision on Proposal for Disqualification of Expert Witness and Exclusion of Evidence, 29 August 2012; (zadnji put pristupljeno 19. siječnja 2022.) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1085.pdf>
  13. *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v The Republic of Georgia*, ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15, Final Award 12 November 2010, (zadnji put pristupljeno 4. veljače 2022.) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0347.pdf>

14. *Millicom International Operations B.V.S. and Sentel GSM SA vs. The Republic of Senegal*, ICSID Case No. ARB/08/20, Odluka po zahtjevu tužitelja za određivanje privremene mjere, (zadnji put pristupljeno 2. svibnja 2021.) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1244.pdf>
15. *Muhammet Çap & Sehil In\_aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. vs. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/12/6, Pravorijek od 4. svibnja 2021. (zadnji put pristupljeno 12. svibnja 2022.) <https://jsumundi.com/en/document/pdf/decision/en-muhammet-cap-sehil-insaat-endustri-ve-ticaret-ltd-sti-v-turkmenistan-award-tuesday-4th-may-2021>
16. *Norscot Rig Management PVT Limited vs. Essar Oilfields Services Limited*, ICC predmet br. 15790/VRO, peti djelomični pravorijek arbitra pojedinca, Sir Philip Otton, od 17. prosinca 2015. pojašnjen 3. ožujka 2016.
17. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company vs. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11; odluka o zahtjevu tužitelja za određivanje privremene mjere, (zadnji put pristupljeno 1. svibnja 2021.) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0576.pdf>
18. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. vs. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7 (zadnji put pristupljeno 10. svibnja 2021.) <https://www.italaw.com/cases/460>
19. *Raiffeisen Zentralbank Osterreich AG vs. Crossseas Shipping Ltd et al* [2003] EWHC 1381
20. *Renta 4 S.V.S.A, Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A.,* (zadnji put pristupljeno 10. svibnja 2021.) <https://www.italaw.com/cases/915>
21. *Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. vs. The Russian Federation*, SCC No. 24/2007; (zadnji put pristupljeno 22. ožujka 2021.) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1075.pdf>
22. *RSM Production Corporation vs. Grenada*, ICSID Case No. ARB/05/14 (zadnji put pristupljeno 10. svibnja 2021.) <https://www.italaw.com/cases/940>
23. *RSM Production Corporation vs. Saint Lucia*, ICSID Case No. ARB/12/10; odluka je dostupna na: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3318.pdf> (zadnji put pristupljeno 1. svibnja 2021.)
24. *Tennant Energy, LLC vs. Government of Canada*, PCA Case No. 2018-54, Procedural Order No. 4 od 27. veljače 2020., (zadnji put pristupljeno 11. svibnja 2022.) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11392.pdf>
25. *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. vs. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, (zadnji put pristupljeno 4. lipnja 2022.) <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/09/1>
26. *Tokios Tokelés vs. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Procesni nalog br. 1, odluka o zahtjevu tužitelja za određivanje privremene mjere, (zadnji put pristupljeno 1. svibnja 2021.) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0862.pdf>
27. *Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Panama, S.A. vs. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/13/28, Odluka o zahtjevu tuženika – Paname za određivanje privremene mjere osiguranja troškova od 21. lipnja 2016. (zadnji put

pristupljeno 16. svibnja 2021.) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7333.pdf>

28. *Yukos Universal Limited (Isle of Man) vs. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227 (zadnji put pristupljeno 10. svibnja 2021.) <https://www.italaw.com/cases/1175>

## ŽIVOTOPIS

Jadranka Osrečak rođena je 1973. godine u Zagrebu, gdje je završila osnovnu i srednju školu te u dobi 26 godina, uz rad, upisala Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu na kojem je diplomirala 2008. godine. Deset je godina radila kao laboratorijski tehničar, a od 2008. godine radi kao diplomirani pravnik, prvo u Institutu za hrvatski jezik i jezikoslovlje, a od 2011. godine, nakon polaganja pravosudnoga ispita, u državnomu odvjetništvu.

Završila je prvu generaciju Državne škole za pravosudne dužnosnike kao treća u generaciji te je 2015. godine imenovana za zamjenicu općinskoga državnog odvjetnika u Zagrebu.

2016. godine završila je poslijediplomski studij (Master of Laws) te diplomirala s *distinction* na Queen Mary University of London i to iz područja međunarodne komparativne trgovačke arbitraže, međunarodne investicijske arbitraže i međunarodne arbitraže u području energetike.

Od 2016. godine kao zamjenica je općinskoga državnog odvjetnika u Zagrebu upućena na rad u Državno odvjetništvo Republike Hrvatske, gdje je članica timova koji zastupaju Republiku Hrvatsku u međunarodnim trgovačkim i investicijskim arbitražama te u sporovima pred sudovima drugih država.

Upisana je na listu arbitara Stalnoga arbitražnog sudišta Hrvatske gospodarske komore te je izabrana u nastavno zvanje predavača i predaje na engleskome jeziku kolegij *Legal Environment of Business* na Zagrebačkoj školi ekonomije i menadžmenta.

Autorica/suautorica je sljedećih znanstvenih i stručnih radova:

1. J. Osrečak: *Posebnosti u postupku javne nabave pri osnivanju javno-privatnoga partnerstva*, Pravo u gospodarstvu, vol. 6, 2009.
2. J. Osrečak: *Slobodna (diskrecijska) ocjena u hrvatskom i europskom pravu: kontrola i naknada štete*, Hrvatska javna uprava, vol. 1, 2010.
3. J. Osrečak: *Poredbenopravni prikaz načela savjesnosti i poštenja*, Zagrebačka pravna revija, Svezak 3, Br. 1, 2014.
4. J. Osrečak: *Načelo savjesnosti i poštenja povijesno-poredbeni prikaz*, Pravo u gospodarstvu, vol. 6, 2014.
5. J. Osrečak: *Analyses of the Request to Settle the Dispute Amicably in the Civil Procedure Act*, Zagrebačka pravna revija, br. 5/2, 2016.
6. J. Osrečak: *The Role of Tribunals and Courts in Preserving the Rule of Law in International Commercial Arbitration: A Croatian Perspective*, American Review of International Arbitration – ARIA (University of Columbia, New York), Vol. 28, No. 1, 2017.
7. J. Jurčević i J. Osrečak: *Neka otvorena pitanja u financijskim i rudarskim vještačenjima (u odnosu na metode i pristupe izračunu visine štete)*, Zbornik sa VI. kongresa sudskih vještaka i procjenitelja s međunarodnim učešćem, 2019.
8. J. Osrečak: *Određivanje visine naknade štete u međunarodnoj investicijskoj arbitraži s obzirom na utvrđenu povredu i metodu izračuna*, Pravni vjesnik Vol. 37 No. 2 (2021), Pravni fakultet, Sveučilište u Osijeku
9. J. Osrečak: *Moguće alternative rješavanju sporova između država članica i investitora iz EU u svjetlu Deklaracije od 19. siječnja 2019. i Sporazuma o raskidu intra-EU BIT-ova*, knjiga 57 (HAZU), 2022.
10. J. Jurčević i J. Osrečak: *Zaštita imovinskih interesa Republike Hrvatske i uloga državnog odvjetništva*, knjiga 57 (HAZU), 2022.
11. J. Jurčević i J. Osrečak: *Postupanje po članku 78. Zakona o upravnim sporovima u praksi Državnog odvjetništva Republike Hrvatske*, knjiga 68 (HAZU), 2022. (u postupku objave).