

Univerzita Palackého v Olomouci

Právnická fakulta

Mgr. Ondřej Sasín

**Financování mezinárodní obchodní arbitráže třetí stranou.
Nežádoucí jev, nebo běžná praxe?**

Rigorózní práce

Olomouc 2020

Prohlašuji, že jsem rigorózní práci na téma „*Financování mezinárodní obchodní arbitráže třetí stranou. Nežádoucí jev, nebo běžná praxe?*“ vypracoval samostatně a citoval jsem všechny použité zdroje.

V Olomouci dne

Mgr. Ondřej Sasín

Poděkování

Kdo chce stavět vysoké věže, musí se dlouho věnovat základům – motto, které jsem uvedl ve své promoční řeči a kterým jsem se řídil i při psaní této práce. A protože základy tohoto díla trvaly opravdu dlouho, chtěl bych na tomto místě poděkovat všem, kteří mě po celou dobu podporovali a věřili, že ho zvládnou dokončit. Jde zejména o přítelkyni Kristýnu, moje rodiče a prarodiče, přátele Michala a Marka a v neposlední řadě mého kamaráda, konzultanta a mentora Slavomíra.

Seznam zkratek

AAA Rules – Rules of American Arbitration Association (Arbitrážní pravidla Americké arbitrážní asociace)

HKIAC – Hong Kong International Arbitration Center (Mezinárodní arbitrážní centrum v Hongkongu)

IBA Guidelines – International Bar Association Guidelines on Conflict of Interests in International Arbitration (Návod Mezinárodní advokátní komory pro střety zájmů v mezinárodní arbitráži)

ICC – International Chamber of Commerce (Mezinárodní obchodní komora)

ICC Rules – Arbitrážní pravidla Mezinárodní obchodní komory

ICSID – International Center for Settlement of Investment Disputes (Mezinárodní centrum pro urovnávání investičních sporů)

NYC – New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Newyorská úmluva o uznávání a výkonu zahraničních rozhodčích titulů)

o. s. ř. – zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů

UAR – UNCITRAL Arbitration Rules (Arbitrážní pravidla UNCITRAL)

UML – UNCITRAL Model Law (Modelový zákon UNCITRAL)

UNICTRAL – United Nations International Commission on International Trade Law (Komise Organizace spojených národů pro právo mezinárodního obchodu)

USA – Spojené státy americké

z. r. ř. – zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení, ve znění pozdějších předpisů

Obsah

| | |
|-----------------------------------------------------------------|-----------|
| Úvod | 6 |
| 1 Obecně o financování..... | 9 |
| 1.1 Dohoda o financování..... | 17 |
| 1.1.1 Due diligence proces | 18 |
| 1.1.2 Samotná dohoda | 20 |
| 1.2 Povinnost strany přiznat financování | 25 |
| 1.3 Problematika nákladů řízení | 30 |
| 1.3.1 Záloha na náklady řízení..... | 31 |
| 1.3.2 Možnost uložení náhrady nákladů financující straně | 34 |
| 1.3.3 Náhrada výdajů a odměny podporovatele | 40 |
| 2 Role arbitra | 44 |
| 2.1 Vztah financující strany a arbitra..... | 46 |
| 3 Etický rozměr | 52 |
| 3.1 Nárůst spekulativních sporů | 53 |
| 3.2 Etické problémy ve vztahu advokát-klient-podporovatel | 54 |
| 3.3 Kdo reálně ovládá spor? | 55 |
| 4 Možná aplikace v českém právním prostředí..... | 57 |
| 4.1 Financování sporu optikou českých zákonů | 57 |
| 4.2 Financování hromadných žalob..... | 61 |
| 5 Závěr | 67 |
| Seznam použité literatury..... | 69 |

Úvod

„*Nejlepší kvalitou peněz je jejich kvantita*“ – Baruch Spinoza

Peníze. V poslední době hlavní překážka přístupu ke spravedlnosti, a to nejenom v domácích soudních sporech. Vše se zdražuje, životní náklady rostou, provozní náklady soudů a arbitráží nevyjímaje. Kvantita peněz je však, bohužel, ve sporu mnohdy tím rozhodujícím prvkem. Je tím pomyslným jazýčkem na miskách vah, který rozhoduje o slavném vítězství nebo zatracující porážce. Dobře fungující a prosperující společnosti obchodující se zahraničními partnery se mohou v mžiku stát nesolventními z důvodu včasného nezaplacení jedné větší faktury. Mohou přijít zvýšené náklady při dodání nekvalitního zboží a nutnosti jeho opravy. Domáhání se spravedlnosti ve světě může být o dost strastiplnější než před domácími soudy, s možnými likvidačními následky. Nejedna společnost si pak návrh na zahájení arbitráže raději rozmyslí, než aby dále riskovala, že utopí svoje podnikání v drahém řízení s nejistým výsledkem.

Nikdy v historii však nebylo jednodušší si potřebné prostředky obstarat. Bankovní i nebankovní půjčky hýbou světem financí. Většina z nich je však jednorázová, neúčelová a ve svém důsledku velmi nákladná. A ve světě mezinárodních obchodních arbitráží, jejichž předmětem jsou obchodní spory mnohdy v řádech desítek milionů amerických dolarů, se mohou takové půjčky jevit jako neefektivní a riskantní. V poslední 15–20 letech se proto začíná rozvíjet trh se subjekty, které se specializují na financování takovýchto nákladných sporů – s tzv. fundery.¹ *Third-party funding*, jak zní anglický originál tohoto nového fenoménu. Financování třetí stranou začíná brát arbitráže útokem a prosazuje se v nich jako jejich běžná součást. Odvětví se rozvíjí velmi dynamicky a arbitrážní předpisy na něj nedokážou promptně reagovat. Ačkoliv nejsem příznivcem horečné kontroly a nesmyslné regulace, jsem přesvědčen, že vše by mělo mít svůj řád a pravidla. A na těch, s ohledem na financování třetí stranou, se teprve pracuje. Bohužel pomaleji, než by bylo záhodno.

K sepsání této práce mě přivedla soutěž Willem C. Vis Moot – mezinárodní soutěž v simulovaném jednání před tribunálem v mezinárodní obchodní arbitráži. V rámci ročníku 2017/2018, kterého jsem se ještě jako student magisterského studia na Právnické fakultě v Olomouci zúčastnil, byla předmětem soutěže mj. taktéž problematika financování třetí stranou. V tuzemské literatuře mnoho informací o mezinárodní obchodní arbitráži nenajdeme, natožpak o této velmi specifické problematice. Rozsáhlejší analýzu daného tématu najdeme v diplomové práci

¹ V rámci práce budu dále používat termín podporovatel nebo financující strana.

Mgr. Kateřiny Zabloudilové, shodou okolností taktéž účastnice stejného ročníku Vis Mootu.² Částečně se této otázce věnuje ve své diplomové práci také Mgr. Lukáš Jakoubek.³

V zahraničí již několik zdrojů existuje. Najdeme nejrůznější články, monografie, pracovní skupiny, etické kodexy. Vzhledem k tomu, že valná většina obchodních arbitráží je před světem skryta, je obtížné dohledat větší počet použitelných rozhodnutí. Praxi lze však vyzorovat zejména u amerických či britských soudů, kde financování třetí stranou již delší dobu funguje. Na poli arbitráží je pak možné se opřít o rozhodnutí ICSID a ICC. Vnímám tuto práci proto také jako závazek vůči české odborné veřejnosti pojednat o institutu v českém prostředí doposud nepřliš známém a jako snahu o rozvíření odborné debaty na toto téma.

Financování třetí stranou není již dnes nic neobvyklého v litigacích, zejména pak ve státech s angloamerickým právním systémem. Mezinárodní obchodní arbitráže jsou přeci jenom pro podporovatele stále novým teritoriem. Na první pohled by se mohlo zdát, že podporovatel, jakožto třetí nezávislá a nezapojená strana, která stojí mimo arbitráž, nemůže představovat žádný problém. Financující strana pouze poskytuje finanční prostředky straně arbitráže na pokrytí jejích nutných výdajů na právní zastoupení či nákladů arbitráže. Avšak na rozdíl od bankovních či jiných půjček má podporovatel na výsledku sporu imanentní zájem; od výsledku sporu se totiž odvíjí jeho případná odměna. Vzhledem k již zmíněnému obrovskému objemu peněz, které se v arbitrážích točí, je pochopitelné, že podporovatel, který (pouze) poskytne velkou finanční sumu, nebude poté mlčky přihlížet. Financování třetí stranou je proto komplexní problematikou, která může mít velký vliv na synergii celého průběhu arbitráže. Nutno předestřít, že nikoliv pouze negativní.

Cílem této práce tak je popsat a zhodnotit fungování profesionálních podporovatelů jakožto průkopníků nového odvětví financování sporů. Mým cílem je zjistit, jaké nástroje financující subjekty používají, jak funguje jejich byznys. S tím souvisí imanentní výzkumná otázka této práce: jsou podporovatelé vítaným oživením či podporou, nebo je to naopak „mor“, jak se jej někteří neostýchali nazvat,⁴ a je proto nezbytné tyto subjekty eliminovat? V případě nalezení více kladných odpovědí na přítomnost podporovatelů v arbitrážích je potřeba prozkoumat, zdali je toto odvětví dostatečně regulováno, a pokud ano, pak jakými prostředky a zda jsou tyto instrumenty vhodně zvolené.

Práci jsem se rozhodl koncipovat do pěti kapitol včetně závěru. První kapitola má deskriptivní charakter, ale je taktéž o hledání některých vhodných definic, které doposud

² ZABLOUDILOVÁ, Kateřina. *Third-Party Funding in International Commercial Arbitration*. Brno: Masarykova Univerzita, Právnická fakulta, 2018. 82 s.

³ JAKOUBEK, Lukáš. *Nové trendy v mezinárodní obchodní arbitráži*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2015, s. 66-103.

⁴ KHOURI, Susanna, HURFORD, Kate. Third Party Funding in International Commercial and Treaty Arbitration – A Panacea Or a Plague? A Discussion of the Risks and Benefits. *Transnational Dispute Management*, 2011, roč. 8, č. 4, s. 2.

v arbitrážních předpisech scházejí. Zejména hledání definice financující strany, která je pro regulaci financování třetí stranou zcela klíčová. Kromě obecného popisu celého fungování financování se také zaměřuje na základní dokument, tedy dohodu o financování a jejích běžných podmínkách. Co všechno podporovatel prověřuje předtím, než dohodu podepíše, a jak je to s hrazením nákladů řízení v případě neúspěchu. Kapitola rozebírá taktéž mnohdy diskutovanou povinnost stran řízení přiznat financování, rozsah této povinnosti a otázky týkající se nákladů řízení v případě, že je strana financována.

V druhé kapitole rozebírám postavení arbitra a jeho funkci. Předmětem zkoumání je především možný střet zájmů, který se může objevit v případě, že do hry zasáhne podporovatel, a jaké to může mít procesní důsledky pro stranu a pro celou arbitráž.

V kapitole třetí se poté krátce zaměřuji na etický rozměr celého financování. Odpověď na výzkumnou otázku se totiž nemusí skrývat pouze v čistě právních, ryze technických pravidlech. To, že je něco legální, ještě neznamená, že je to správné či morální. Financování třetí stranou mimo mnoho právních problémů otvírá taktéž Pandořinu skříňku etických úskalí, na které se pokusím najít odpověď.

Svět je čím dál více globalizovaný a financování třetí stranou pomalu přichází i na český trh. Nehledě na to, český právní řád si mohou subjekty zvolit jako rozhodné právo, popř. jeho příslušné procesní předpisy pro vedení řízení. Vzhledem k dlouhodobě připravovanému zákonu o hromadném řízení se pokusím jednak dříve uplatněné závěry využít ve vztahu k tomuto fenoménu a také o analýzu toho, zda některé aspekty financování třetí stranou zákonodárce již do návrhu zákona promítl a do jaké míry se mu to podařilo. Tomuto všemu je věnována poslední kapitola před závěrem.

1 Obecně o financování

Množství peněz je alfou a omegou celého financování sporu. Zcela zásadní důvod, proč se strany řízení vůbec uchylují k uzavření dohody o financování, je ten, že jim samotným se tohoto množství nedostává. Jeden ze základních atributů mezinárodní obchodní arbitráže je totiž ten, že je finančně velmi nákladná a bez řádného finančního zázemí by se mnohé arbitráže nemohly vůbec iniciovat. Náklady na právní zastoupení, zálohy na výdaje arbitráže, jako je např. obstarávání a provádění důkazů, zálohy na odměny arbitráž apod., to vše jsou nemalé položky, které musejí být zaplacený zpravidla ještě před tím, než tribunál vůbec zasedne.⁵ A bez adekvátního finančního zabezpečení se v mezinárodní obchodní arbitráže spravedlnosti málokdo domůže. Proto do hry v posledních letech čím dál více vstupují – kromě klasických poskytovatelů financování, jako jsou banky či pojišťovny – i subjekty, které se specializují na financování sporu.

Důvodů, proč se zvyšuje zájem o financování sporů arbitráží, nalezneme hned několik. Tím prvním je již zmiňovaný přístup ke spravedlnosti. Arbitráže se stávají stále více nákladnými. Rostou náklady na právní služby, odměny arbitráž, provádění důkazů apod. Problematika sporů je čím dál komplexnější a délka řízení se protahuje. Díky externím zdrojům je však schopno arbitráž zahájit více subjektů. Druhým důvodem je samotný účel. Subjekty získají zdroje na financování sporu, aniž by tím ohrozily vlastní tok peněz a mohly se tak bez problému věnovat i nadále předmětu svého podnikání. Jde v podstatě i o jistý druh investice financovaného subjektu, jenž investuje cizí prostředky do sporu, který mu může přinést zisk. Třetím důvodem je obecná nejistota a nestabilita na finančních trzích. Po ekonomické krizi v roce 2008 hledaly hedgeové fondy, banky a různé finanční instituce jiné vhodné prostředí pro své investice, které nejsou natolik závislé na dění na světovém trhu.⁶ Z pohledu podporovatelů je motivace poměrně jednoduchá; jedná se o investici, která může být v případě úspěchu mnohonásobně zhodnocena. Jejich prostředky jsou již dnes mnohdy málo omezené a jejich služby se každým rokem více profesionalizují. Financování sporu v mezinárodní arbitráži třetí stranou je velmi lukrativní byznys. Financující strany jsou silně specializované subjekty, které se věnují výhradně financování. Např. v Anglii a Walesu mají již vlastní komoru, vlastní etický kodex a především neprůstřelný *due diligence* proces, kterým projdou jen ty nejperspektivnější případy.

⁵ BLACKABY, Nigel, PARTASIDES, Constantine, a kol. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. vydání. Kluwer Law International: Oxford University Press, 2015, s. 36-37.

⁶ NIEUWVELD, B. Lisa, SAHANI, Shannon. *Third-Party Funding in International Arbitration*. 2. vydání. Kluwer Law International, 2017, s. 11.

Obecně lze říci, že financování třetí stranou je situace, kdy jedné ze stran řízení (ať už soudního, či arbitrážního) je nabídnuto financování takového sporu.⁷ Financování soudních sporů (tzv. *litigation funding*) je v zemích, jakými jsou např. Německo, Velká Británie, USA nebo Austrálie, již poměrně standardní záležitostí.⁸ V České republice se o něm podobným hovoří v souvislosti s přijetím úpravy hromadných žalob, čemuž se bude věnovat 4. kapitola. V 80. letech minulého století se v USA rozmohly tzv. *lawsuit loans* neboli půjčky na žaloby. Jde však o jednorázové účelové půjčky ke krytí nákladů na soudní řízení, popř. ke krytí životních nákladů strany řízení po dobu trvání řízení.⁹ Na rozdíl od podporovatele v arbitráži se role poskytovatele půjčky omezuje pouze na poskytnutí finanční částky. Největším rozdílem mezi tímto poskytovatelem a specializovaným podporovatelem, který je předmětem této práce, je, že podporovatel bude financovat velké obchodní spory mezi korporacemi. Profesionální podporovatel téměř nikdy nebude financovat spor dvou fyzických osob.¹⁰

Je těžké odhadovat, kolik sporů v mezinárodní obchodní arbitráže je financováno třetím subjektem. Neexistuje ucelená statistika, což je způsobeno nízkou mírou publicity těchto arbitráží, nejrůznějšími doložkami o mlčenlivosti apod. Nicméně lze vyzorovat tři zásadní indikace, proč dochází k celkovému nárůstu financovaných sporů. Zaprvé, tohoto fenoménu si začala všimnout akademická sféra. Zadruhé, vzrostl počet financování vnitrostátních litigací (zejména v Austrálii a Anglii), a za třetí, na tento fenomén začaly upozorňovat nálezy v investičních arbitrážích, které jsou na rozdíl od těch obchodních poměrně veřejně přístupné.¹¹

Předmětem této práce však je pouze zkoumání financování mezinárodní obchodní arbitráže specializovanými soukromými společnostmi. Přelom pro toto odvětví se odehrál až po roce 2005, po vydání rozsudku odvolacího soudu ve věci *Arkin v. Borchard Lines, Ltd.*, který financování třetí stranou povolil za podmínky, že žalobce zůstane pánem sporu a jeho zájem na výsledku sporu bude převažovat.¹² Největší rozmach přitom nastal po roce 2008.¹³ Důvod, proč je financování třetí stranou poměrně mladé odvětví, je ten, že financování sporu bylo donedávna v mnoha zemích

⁷ např. SHERER, Maxi, GOLDSMITH, Aren, FLECHET, Camille. Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funder's perspectives. *International Business Law Journal*, 2012, roč. 28, č. 2, s. 209.

⁸ GOELER, van Jonas. *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*. Kluwer Law International, 2016, s. 75.

⁹ V USA dokonce tato praxe došla tak daleko, že sami advokáti si půjčují peníze, aby byli mohli spory iniciovat. Jde zejména o spory o náhradu škody či újmy na zdraví s velkým počtem potenciálních poškozených. Tento fenomén je však podněcován také možností žádat v USA tzv. *punitive damages*, tedy sankční náhradu škody. Viz APPELBAUM, Binyamin. *Investors Put Money on Lawsuits to Get Payouts* [online]. nytimes.com, 14. listopadu 2010 [cit. 5. září 2019]. Dostupné na <<https://www.nytimes.com/2010/11/15/business/15lawsuit.html>>.

¹⁰ TRUSZ, A. Jennifer. Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration. *Georgetown Law Journal*, 2013, roč. 101, č. 6. s. 1656.

¹¹ Tamtéž

¹² Rozhodnutí Odvolacího soudu pro Anglii a Wales ze dne 26. května 2005, sp. zn. *Arkin v. Borchard Lines, Ltd. & ORS* [2005] EWCA CIV 655.

¹³ GOELER: *Third-Party...* s. 75..

ještě zakázáno; např. v Británii bylo považováno dokonce až do roku 1967 v krajních případech za trestný čin.¹⁴

Zásadním rozdílem mezi financováním třetí stranou specializovaným podporovatelem a ostatními druhy financování, jako jsou půjčky, financování advokátem či pojištění,¹⁵ je míra ovlivnění průběhu arbitráže (zvoleného zástupce, strategie apod.) samotnou financující stranou. Zatímco v případě jiných zdrojů financování financovaná strana i nadále plně kontroluje průběh arbitráže bez cizího ovlivnění, podporovatel, který bude alfou a omegou této práce, přináší kromě zdrojů své *know-how*, kontakty a zkušenosti s průběhem samotné arbitráže.¹⁶ Rozhodujícím prvkem tedy je, že si financující strana ponechává jistou míru kontroly nad průběhem celé arbitráže a financovaná strana je povinna zpravidla ctít procesní strategii nastavenou podporovatelem.¹⁷

Před podrobnějším popisem procesu a vztahu financování je potřeba rozvést některé pojmy, se kterými budu v této práci operovat. Arbitráž se vždy iniciuje návrhem jedné ze stran, které si sjednaly rozhodčí doložku nebo smlouvu. Abych byl terminologicky přesný, arbitráž pochopitelně může zahájit návrhem taktéž subjekt, který má za to, že doložka (smlouva) byla sjednána. V takovém případě bude přezkum platnosti doložky první věcí, která se bude v řízení řešit. Zatímco nebude zřejmě sporu o tom, kdo je stranou rozhodčí doložky nebo smlouvy, definici strany (účastníka) mezinárodní obchodní arbitráže v rozhodčích řádech (ICC Rules, AAA Rules, UML nebo UAR) nenajdeme. Všechna tato pravidla mluví pouze o stranách (*parties*) – bez konkrétní definice. Z podstaty věci však půjde o dvě či více smluvních (skutečných či domnělých) stran, které si sjednaly rozhodčí doložku nebo smlouvu.¹⁸ Touto dvou-či vícestrannou dohodou se rozhodly řešit své spory vyplývající z hlavní smlouvy u jimi vybraného delegovaného subjektu. Bude tak panovat konsensus stran na delegaci pravomocí z jinak příslušných a pravomocných národních soudů na arbitrážní centrum, popř. *ad hoc* tribunál. Základním prvkem je tedy všeobecný souhlas obou stran na takové rozhodčí doložce.¹⁹ Mezinárodní obchodní dohody jsou však mnohdy velmi komplikované smlouvy, které zahrnují spoustu subjektů. Je proto možné, že se jako stranou

¹⁴ k zásadám *maintenance and champerty* viz NIEUWVELD, SAHANI: *Third-Party Funding* ... s. 14, 39). Obecně by se dalo říci, že *maintenance* je „poskytnutí finanční asistence straně sporu, bez zájmu na jeho výsledku a bez očekávání obdržení podílu na odškodnění získaném vítěznou stranou“ a *champerty* je „totožným poskytnutím asistence s očekáváním obdržení podílu na získaném vítězství získaném vítěznou stranou sporu“.

¹⁵ Elementární rozdíl je v tom, že podporovatel se zaměřuje na financování nároku a tím ve svém důsledku na zajištění přístupu ke spravedlnosti, tedy financuje navrhovatele; pojištění uzavírají spíše žalované strany. Pojištění je také, na rozdíl od financování třetí stranou, silně regulované prostředí, viz STEINITZ, Maya, FIELD, Abigail. A Litigation Finance Model Contract. *University of Iowa: Iowa Law Review*, 2014, roč. 99, č. 2, s. 722.

¹⁶ NIEUWVELD, SAHANI: *Third-Party Funding*... s. 10.

¹⁷ WAYE, Vicki. Conflicts of Interests Between Claimholders, Lawyers and Litigation Entrepreneurs. *University of South Australia: Bond Law Review*, 2007, roč. 27, č. 19, s. 249–250, nebo STEINITZ, Maya. Whose Claim is This Anyway? Third Party Litigation Funding. *Minnesota Law Review*, 2011, roč. 95, č. 4, s. 1275–1276.

¹⁸ BORN, B. Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. 2nd edition. Kluwer Law International, 2015, s. 99.

¹⁹ V případě, že strana arbitráže rozporuje takovou doložku, a tedy nesouhlasí s derogací rozhodovacích pravomocí na vybraný tribunál, bude vždy první otázkou daného řízení, zdali konkrétní tribunál má jurisdikci (pravomoc) daný spor rozhodnout. Tak či tak se strany reálné či domnělé doložky stanou stranami arbitráže.

arbitráže stane i subjekt, který rozhodčí doložku nepodepsal. Jako příklad lze uvést dceřiné či mateřské společnosti (viz *group of companies doctrine*),²⁰ subjekty, které implicitně souhlasily s arbitrážní doložkou nebo vykonávaly práva povinnosti z hlavní smlouvy, postupníci ze smlouvy či dokonce vedoucí orgány společností (např. statutáři).²¹ Pokud je však vztah k předmětu řízení a ke stranám dostatečně silný, tribunály zvažují přibrání daného subjektu do řízení.²² Blíže pak kapitola 1.3.

Těžko soudit, zdali absenci konkrétní definice strany arbitrážního řízení lze považovat za zásadní nedostatek. Pokud by se taková závazná definice objevila, dokážu si představit, že prvním sporem v řízení bude vždy to, zdali je druhá strana účastníkem řízení, resp. zdali naplňuje danou definici. Z důvodu plurality mezinárodních prvků v mezinárodní obchodní arbitráži a střetu nejrozumnějších právních systémů²³ se autoři výše uvedených předpisů zřejmě rozhodli definici vynechat úmyslně. Dle mého názoru tato absence není ničemu zásadnímu na újmu. Už z výše uvedeného, kdy tribunály přibírají jako účastníky řízení i osoby, které primárně nejsou signatáři rozhodčí doložky, bych definici strany řízení předpisy nikterak nezatěžoval. Jakákoliv případná definice by pouze tribunálům zbytečně svazovala ruce a omezovala manipulační prostor pro přibrání i třetích stran rozhodčí doložky. V rámci zvyšování právní jistoty a třeba i sjednocení pravidel různých rozhodčích řádů bych však tuto definici v jisté podobě zavedl. Spolu s tím by však měla být nastavena transparentní pravidla pro přijímání i třetích stran do arbitráže. Pro tyto třetí strany bych zvolil spíše materiální přístup, tedy reálné prolnutí s hlavní smlouvou či rozhodčích smlouvou. K tomu však blíže kapitola 1.3.

Ačkoliv je dnes financování poměrně standardním jevem a financující strany často v arbitrážích figurují, v žádných rozhodčích pravidlech nenalezneme závaznou definici toho, kdo by podporovatelem vlastně měl být. Jak přiznává i odborná literatura, navzdory tomu, že financování jako takové již je do jisté míry zmapované, přesná představa toho, kdo nebo co vlastně podporovatel je, zůstává i nadále neprobádaná a prchavá.²⁴

Na první pohled se zdá, že absence takové definice ničemu nevádí. Financující strana není obligatorní součástí řízení, a pokud v řízení na jedné či druhé straně figuruje, půjde pouze o subjekt, který stranu dotuje, finančně či jinak, a jeho přítomnost nemá na průběh řízení vliv. Tak tomu však

²⁰ viz BORN, B. Gary. *International Commercial Arbitration*. 2nd edition. Kluwer Law International, 2014, s. 1444–1455 nebo také FERRARIO, Pietro. The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: Is There Any Reason for this Doctrine to Exist? *Journal of International Arbitration*, 2009, roč. 26, č. 5, s. 647–673.

²¹ BORN: *International Arbitration*... s. 100–105.

²² LAMM, B. Carolyn, AQUA, A. Jocelyn. Defining the party – Who Is a Proper Party In an International Arbitration Before the American Arbitration Association and Other International Institutions. *George Washington International Law Review*, 2003, roč. 70, č. 4, s. 714.

²³ Myšleno tak, že každý arbitr může být z jiné země, strany jsou každá z jiné země, nehledě na sudiště či aplikovatelný právní řád.

²⁴ SHERER, Maxi, *Third-party funding in international arbitration: Towards mandatory disclosures of funding agreements?* in CREMADES, B. Bernardo, DIMOLITAS, Antonias. *Third-Party Funding in International Arbitration*. International Chamber of Commerce, 2013, s. 95, nebo STEINITZ, FIELD: *A litigation*... s. 718.

v žádném případě není. Přítomnost podporovatele do velké míry ovlivňuje synergii celého řízení, může vyvolat nejen procesní problém, ale především podporovatel sám může průběh běžného řízení zásadně ovlivnit.

Jednu z mála definicí v právních dokumentech překvapivě najdeme v obchodní dohodě mezi Kanadou a EU (CETA): „Financování třetí stranou znamená financování poskytnuté fyzickou nebo právnickou osobou, která není stranou sporu, která ale uzavře dohodu se stranou sporu za účelem financování části nebo veškerých nákladů řízení prostřednictvím podpory či grantu výměnou za odměnu odvislou na výsledku řízení.“²⁵ Další definici najdeme v IBA Guidelines. Jde v podstatě o právně nezávazný a nevymahatelný dokument (*soft law*), vytvořený mezinárodní právní asociací. Je pouze na stranách, které si sjednaly arbitrážní doložku, zdali se tímto dokumentem budou řídit, popř. zdali na něj existuje odkaz v rozhodčích pravidlech, a tedy že se jeho zněním bude tribunál řídit. V každém případě slouží jako směrodatná podpora pro strany a tribunály, pokud jde o otázky střetu zájmu arbitru.

Definice obsažená v těchto pravidlech zní v překladu takto: „Pro tyto účely pojem „*third-party funder*“ a „*insurer*“ (pojistitel, ručitel – pozn. aut.) označuje jakoukoliv osobu nebo subjekt, který svými prostředky, finančními nebo materiálními, podporuje žalobu nebo žalovaného a má přímý ekonomický zájem na jeho výsledku, anebo má povinnost odškodnit stranu za rozhodčí nález, který bude v řízení vydán.“²⁶

Tato definice však není úplně dokonalá. A vzhledem k tomu, že představuje v současné době pouze jedno z mála vodítek k určení toho, kdo vlastně podporovatelem je, je na místě rozebrat aplikační dopad této definice. Její použitelnost se zadržává zejména na požadavku „příмого ekonomického zájmu“. Na jednu stranu je to zcela logický předpoklad, neboť ve standardní smlouvě o financování se odměna (provize) pro podporovatele odvíjí od výše částky přiznané financované straně v rozhodčím nálezu. Nicméně existují případy, kdy podporovatel poskytuje finanční podporu a nemusí tím sledovat žádný svůj vlastní ekonomický zájem. Příkladem, kdy podporovatel nesleduje primárně svůj vlastní ekonomický zájem, je spor v investiční arbitráži *Phillip Morris v. Uruguay*.²⁷ Případ se týkal žaloby tabákové společnosti Phillip Morris na jihoamerický stát Uruguay ohledně přijetí protitabákových zákonů v této jihoamerické zemi. V rámci vedení sporu se uruguayské vládě dostalo finanční podpory od společnosti Bloomberg Foundations v rámci její kampaně *Campaign for Tobacco-free Kids* (Kampaň za děti bez tabáku). V rámci této formy financování, které se také říká filantropická, Bloomberg Foundation bezpochyby naplňuje výše uvedené znaky

²⁵ Sekce A, kapitola 8, čl. 8.1 Dohody mezi Kanadou a Evropskou Unií o volném obchodu.

²⁶ „For these purposes, the terms ‘third-party funder’ and ‘insurer’ refer to any person or entity that is contributing funds, or other material support, to the prosecution or defence of the case and that has a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration.“ in IBA Guidelines, Explanation to General Standard 6, letter (b).

²⁷ ICSID case no. ARB/10/7 Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay.

podporovatele, až na jeden; Bloomberg Foundation nesledoval žádný svůj soukromý finanční zájem, ale šlo mu především o výhru státu Uruguay nad tabákovou společností. Důvodem podpory byl morální či etický zájem daného podporovatele. O finanční ziskosti se však bavit nelze.

Další možnou situací, kdy poskytovatel finanční podpory nebude sledovat svůj finanční zájem, bude finanční podpora mateřské společnosti svojí vlastní filiálkou. Dceřiná společnost dostane v podstatě nařizeno poskytnout své mateřské společnosti určitý obnos. Otázkou pak zůstává, co v případě, že dceřiné společnosti jsou zakládány jako *special purpose vehicle* (zkráceně SPV), tedy za jediným účelem – financování matky a snížení jejích vlastních finančních rizik. Podobná situace pak nastává v případech jednorázové, bezúčelové půjčky např. od bank či nebankovních institucí. Ve všech těchto případech je pak evidentní, že definice obsažená v IBA Guidelines není dostatečně široká a nedokáže tak pokrýt veškeré možné případy financování. Je to však špatně?

S jinou definicí přišla ICC Komise pro arbitráž ve své zprávě s názvem *Decisions on Costs in International Arbitration* (Rozhodnutí o nákladech v mezinárodní arbitráži). Tato definice zní v překladu takto: „Nezávislá strana, která poskytuje část nebo veškeré prostředky pro náklady řízení jedné ze stran (zpravidla navrhovatel) běžně za to, že jí bude v případě úspěchu poskytnuto plnění.“²⁸ Obě definice jsou hodně podobné, ačkoliv je zjevné, že tato druhá definice nepředpokládá podporovatelův přímý ekonomický zájem. Při extenzivním výkladu však docházím ke stejnému závěru, neboť se domnívám, že v obou případech je odměna (plnění) odvislá od úspěchu ve sporu.

Tyto definice jsou však právně nezávazné a zakotvení jakékoliv bližší definice v arbitrážních předpisech stále chybí. Absence této definice nabourává jednotný přístup a ztěžuje možnosti tribunálu (a druhé strany řízení), jak s tímto jevem naložit. Nalézt vhodnou definici toho, kdo nebo co vlastně financující strana vlastně je, je a bude těžký úkol. Odborníci se shodují, že závazná definice podporovatele v právních rádech a pravidlech zkrátka chybí. Zejména ve vztahu k tomu, co jsou a nejsou důvodné pochybnosti o arbitrově neutralitě, by taková definice značně pomohla.²⁹ Henriques zároveň přichází s vlastním návrhem definice: „Financování třetí stranou je dohoda, kterou se fyzická nebo právnická osoba zavazuje poskytnout finanční prostředky straně způsobem, který umožní podřadit či spojit podporovatele pod arbitrážní doložku, za účelem odškodnění (finančního či jiným způsobem) vyplývajícího z nebo v souvislosti s vydaným arbitrážním

²⁸ ICC Commission on Arbitration, *Decision on Costs in International Arbitration*, 2015, s. 17. „[A]n independent party that provides some or all of the funding for the costs of a party to the proceedings (usually the claimant), most commonly in return for an uplift or success fee if successful.”

²⁹ HENRIQUES, G. Duarte. Third-Party Funding – In Search of Definition. *The American Review of International Arbitration*, 2018, roč. 28, č. 4. s. 409.

nálezem.³⁰ Jedním dechem však dodává, že tato definice je naopak příliš úzká (restriktivní) a např. ve vztahu k nastíněné problematice neustrannosti a nezávislosti arbitra by příliš nepomohla.

Z mého pohledu je definice obsažená v IBA Guidelines dostačující a jednotlivá arbitrážní centra a národní úpravy by ji měly převzít. Na rozdíl od výše uvedené kritiky této definice ohledně přímého finančního zájmu zastávám názor, že důraz na vlastní zájem podporovatele je zcela klíčovým atributem celé definice. Hlavním důvodem, proč by mělo dojít k zakotvení závazné definice, je možnost tyto podporovatele v řízeních snáze odhalit a lépe s jejich přítomností v průběhu řízení operovat. Filantropické podporovatele nepovažují za natolik „nebezpečné“ jako ty, kteří spatřují v řízení čistě byznys. Ostatně, podporovatelů s čistým finančním zájmem bude zřejmě většina. Na druhou stranu musím zdůraznit, že pod pojem „dobročinný“ či „filantropický“ by se v případě úzké definice, resp. v případě velmi úzké exempce, dalo zahrnout ledasco. Dodatek „finanční“ tak definici možná zbytečně zpřísňuje a kvůli ní by se pod uvedený pojem nedali zařadit taktéž podporovatelé, kteří svůj filantropický úmysl pouze předstírají. Na slovu „finanční“ proto v návrhu definice netrvám; termín zájem – *interest* však bude nutné v každém jednotlivém případě individuálně posoudit.

To, proč je vlastně definice podporovatele, jenž bude obdobou „třetí strany“, popř. vedlejšího účastníka arbitráže tak důležitá, má hned několik důvodů. Zaprvé, jak bude rozebráno níže, podporovatel může pomocí smlouvy o financování zásadním způsobem ovlivnit průběh celého řízení, přes zvolení právních zástupců po nutnost konzultování dalšího postupu nebo výběr samotného arbitra. Nezávislost a neustrannost arbitru je jedním ze základních elementů každého spravedlivého procesu, mezinárodní arbitráže nevyjímaje. Přítomnost podporovatele (ať už odhalená, nebo skrytá) a jeho byť sebemenší propojení na arbitra může vnést otázky o jeho neustrannosti.

Druhým důvodem je možnost tribunálu tyto financující strany zavázat k náhradě nákladů řízení. Někdy je přítomnost financující strany spojována automaticky s nesolventností strany, kterou financuje. Jejich odhalení tedy může přispět k zajištění náhrady nákladů řízení, aniž by tím byla poškozena druhá, eventuálně úspěšná, strana.³¹ Řešení výše uvedených situací je ale doposud nekoherentní. A uspokojivé řešení přinese až zakotvení závazných definic.

Definice samotného financování třetí stranou je samozřejmě pevně spjata s definicí financující strany. Nabízí se nám jak široká, tak úzká definice. Restriktivním výkladem lze dojít k definování financování jako metody, která v sobě zahrnuje bezregresní financování arbitráže

³⁰ „*Third-party funding is an agreement whereby a natural or legal entity provides financing resources to a party, in such terms that will allow or entail the extension to the funder of the arbitration clause, and having a retribution such as the payment or a benefit (financial or otherwise) from or linked to an award rendered in the arbitration*“ in HENRIQUES: *Third-Party*... s. 413.

³¹ Tamtéž, s. 411.

nebo soudního sporu, jejíž protihodnotou bude zisk z vyhraného sporu, a to vše specializovaným subjektem, který není stranou řízení ani nemá vztah k předmětu řízení a záleží mu pouze na peněžitém plnění.³² Setkáme se však i s širokým výkladem, který vcelku stručně hovoří o financování jakožto o jakékoliv formě finančního řešení nabídnuté straně za účelem financování jejího sporu.³³ Velmi sympatickou definici lze poté nalézt v článku od Goldsmithe a Melchiondy.³⁴ Dle mého obsahuje demonstrativní výčet základních atributů financování, čímž dává možnost jejího flexibilního použití. Zároveň je definice úzká na to, aby nemohlo docházet k jejímu záměrnému obcházení. Mně osobně – s přihlédnutím k tomu, že není stále přesně vymezeno, kdo podporovatelem je – se líbí následující definice financování: „Jedná se o případy, kdy subjekt, který není stranou konkrétního řízení, hradí straně arbitráže její soudní výlohy nebo platí za rozkaz, nález či rozsudek vydaný v neprospěch této strany, nebo obojí.“³⁵ Přesto bych ji drobně upravil, resp. doplnil.

Již výše byla rozebrána úskalí definice obsahující pojem „přímý ekonomický zájem“. Ačkoliv tato definice tento termín neobsahuje, myslím si, že slovo „zájem“ by obsahovat měla. Nutnost přímého ekonomického zájmu je podle mě velmi přísným požadavkem a výše zmínění filantropičtí podporovatelé mohou mít na průběh řízení stejný vliv, ačkoliv sledují primárně jiný zájem, než je čistý zisk. Financující strany sledují různé zájmy a nemusí jít čistě o ty finanční. Absence slova „zájem“ je schopna zapříčinit to, že se pod obsah této definice dostanou taktéž již zmíněné *law suits loans*, tedy neúčelové úvěry, kdy poskytovatel takového zajištění nemá žádný zájem na výsledku sporu. Jeho investice se vrátí v termínu splatnosti jako u kterékoliv jiné půjčky. Příliš široká definice by problémy s financováním třetí stranou v mezinárodní obchodní arbitráži nevyřešila a nastaly by pouze spory o to, zdali strana, která použila cizí prostředky, je opravdu financovaná třetí stranou.

Nalézt vhodnou definici tak není zdaleka jednoduché. Myslím si však, že by se měla na úrovni přinejmenším UML, tedy modelového zákona UNICTRAL, definice v určité podobě přijmout. První definici, ať už bude jakákoliv, bych tak zvolil – i přes můj osobní názor na ideální definici –

³² KALICKI, Jean a kol. *Third-Party Funding in Arbitration: Innovation and Limits in Self-Regulation (Part 1 of 2)* [online]. kluwerarbitration.com, 13. března 2012 [cit. 31. července 2019]. Dostupné na <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/03/13/third-party-funding-in-arbitration-innovation-and-limits-in-self-regulation-part-1-of-2/>>.

³³ SHERER, Maxi. *Out in the open? Third-party funding in arbitration* [online]. cdr-news.com, 26. července 2012 [cit. 31. července 2019]. Dostupné na <<https://www.cdr-news.com/categories/arbitration-and-adr/out-in-the-open-third-party-funding-in-arbitration>>.

³⁴ „provision of non-recourse financing to cover all or part of the costs and disbursements necessary for pursuing a claim (such as legal fees, expert fees, arbitrator and administrative costs and, in some cases, even operating costs to support the existence of the claimant entity so that the claim may be pursued), in exchange for a financial interest in any favourable award that issues from the claim in GOLDSMITH, Aren, MELCHIONDA, Lorenzo. *Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted To Know (But Were Afraid To Ask)*. *International Business Law Journal*, 2012, roč. 28, č. 2, s. 56.

³⁵ „*Third-party funding is a financing method in which an entity that is not a party to a particular dispute funds another party's legal fees or pays an order, award, or judgment rendered against that party, or both.*“ in NIEUWVELD, SAHANI: *Introduction to...* s. 1.

spíše užší než širší. Až praxe by poté ukázala, do jaké míry je taková definice přínosem a zdali by nepotřebovala rozšířit.

1.1 Dohoda o financování

„*The use of third-party funding in major arbitration case is development that is here to stay*“³⁶

Definice dohody o financování je, na rozdíl od definice podporovatele, zakotvena alespoň v jednom ze závazných právních předpisů. Definici nalezneme v Singapurském občanském zákoníku, resp. v jeho dodatku z r. 2017: „Dohoda o financování třetí stranou značí smlouvu nebo dohodu mezi stranou nebo potenciální stranou arbitráže a podporovatelem, jejímž předmětem je financování části nebo všech nákladů arbitráže výměnou za podíl nebo jinou účast na výnosu z řízení, na kterou straně nebo potenciální straně vznikne nárok.“³⁷ Ačkoliv se definice nalézá v národním předpise, je v Singapuru zjevně financování třetí stranou běžné i pro tuzemské soudní spory. Tato definice by mohla být převzata i do arbitrážních předpisů.

Co je přesně předmětem financování? Z negativního vymezení se zpravidla nebude jednat o spory týkající se náhrady nemajetkové újmy, rozvody nebo i vykonávací řízení podle NYC.³⁸ Předmětem financování nebudou běžně ani spotřebitelské spory; nicméně zejména s přihlédnutím k plánovanému přijetí zákona o hromadném řízení v ČR to může pro podporovatele znamenat velmi zajímavé pole působnosti. Financovanými subjekty budou zpravidla velké, mnohdy nadnárodní korporace (popř. suverénní stát v případě investiční arbitráže), přičemž meritum sporu budou tvořit obchodní smlouvy za miliony dolarů. Zároveň doposud převažuje financování žalobců (navrhovatelů) oproti financování žalovaných (odpůrců).³⁹

Avšak před tím, než strany spolu uzavřou smlouvu o financování, musí si podporovatel případ, resp. nárok potenciálního klienta a veškeré jeho právní i ekonomické pozadí, dostatečně prověřit.

³⁶ KALICKI, Jean a kol. *Third-Party Funding in Arbitration: Innovation and Limits in Self-Regulation (Part 2 of 2)* [online]. kluwerarbitration.com, 14. března 2012 [cit. 31. července 2019]. Dostupné na <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/03/14/third-party-funding-in-arbitration-innovations-and-limits-in-self-regulation-part-2-of-2/?doing_wp_cron=1594639666.5574738979339599609375>.

³⁷ dodatek k Singaporskému občanskému zákoníku čl. 5B odst. 10 “*third-party funding contract*” means a contract or agreement by a party or potential party to dispute resolution proceedings with a Third-Party Funder for the funding of all or part of the costs of the proceedings in return for a share or other interest in the proceeds or potential proceeds of the proceedings to which the party or potential party may become entitled.”. Citováno taktéž v ZABLOUDILOVÁ: *Third party*... s. 23.

³⁸ GOELER: *Third-Party*... s. 12.

³⁹ KALICKI, Jean a kol. *Third-Party Funding in Arbitration: Innovation and Limits in Self-Regulation (Part 1 of 2)* [online]. kluwerarbitration.com, 13. března 2012 [cit. 31. července 2019]. Dostupné na <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/03/13/third-party-funding-in-arbitration-innovation-and-limits-in-self-regulation-part-1-of-2/>>.

1.1.1 Due diligence proces

„*A litigation funder's case assessment is ultimately more art than science*“.⁴⁰

Samotnému podpisu smlouvy a poskytnutí finančních prostředků předchází série setkání mezi představiteli financující a financované strany. Jak již bylo vícekrát zmíněno, výše financování bude zpravidla dosahovat několika milionů amerických dolarů a potenciální úspěch ve sporu může znamenat několikanásobné zhodnocení. Podporovatel se proto nemůže liknavě pouštět do financování každého sporu, bez toho, aniž by měl detailní přehled o jeho základech. Každý spor, který se chystá potenciální klient iniciovat, popř. spor, který již běží, bude předmětem poměrně důkladného a rigidního testování z mnoha ohledů.

Předtím než dojde k podpisu samotné dohody, musí si podporovatel udělat detailní představu o sporu, který bude financovat (*case assessment*). To, že se podporovatel ve výsledku rozhodne spor financovat, svědčí taktéž o silném hmotněprávním základu nároku. Čím více se bude zdát případ od začátku jasnější skutkově, tzn. bez nutnosti zajišťování více důkazů, tím se pravděpodobnost financování pochopitelně zvyšuje.

Celý proces due diligence by se dal rozdělit na dvě fáze. První, obecnější předběžná fáze zahrnuje analýzu veškerých dostupných dokumentů a informací, které klient podporovateli předá. Půjde o prvotní seznámení se s případem a o projití celého faktického pozadí.⁴¹ Půjde také o to, zjistit, zdali je případ bonitní, i když klient solventní není. To samozřejmě platí i o druhé straně sporu. Žalovaná strana se musí jevit jako dostatečně finančně silná, aby byla schopná svoji prohru také finančně unést.⁴² Podporovatelé se v první fázi zaměřují také na rozhodné právo, dle kterého bude spor posouzen, a také na sudiště. Některé právní řády jsou vůči financujícím stranám méně shovívavé, jelikož mají již rozvinutější instituty na jejich odhalení (např. USA nebo Austrálie), což samozřejmě je pro podporovatele méně akceptovatelné.⁴³ Stejně tak důležitý je pro podporovatele právní řád, skrze který se bude nález případně vykonávat. Pokud již při prvotním posouzení bude případná vykonatelnost nálezu vyvolávat otázky, představuje to pro podporovatele jeden z důvodů, proč smlouvu o financování neuzavřít. A to i pokud bude jinak spor splňovat ostatní kritéria podpory.⁴⁴

Pro podporovatele bude pochopitelně velmi důležitá exkluzivita. Pokud se bude předběžná analýza jevit pro financující stranu pozitivně, bude si chtít potenciálního klienta udržet a nebude

⁴⁰ GOELER: *Third-Party*... s. 24.

⁴¹ NIEUWVELD, SAHANI: *Third-Party Funding*... s. 29–34.

⁴² SAMUELS, David. *Third-Party Funding: Avoiding the Pitfalls*. [online] fullbrookmanagement.com, 24. června 2011 [cit. 28. ledna 2020]. Dostupné zde <<http://fullbrookmanagement.com/third-party-funding-avoiding-the-pitfalls/>>.

⁴³ COSTÁBILE, Nicolás, LYNCH, Anthony. Applicable Law in Arbitration Involving Third-Party Funding Agreements. *Spain Arbitration Review*, 2017, roč. 33, č. 30, s. 169–170.

⁴⁴ SHERER, GOLDSMITH, FLECHET: *Third Party*... s. 212.

chtít, aby se potenciální klient poohlížel po dalším možném podporovateli. Uzavřou spolu proto tzv. *exclusivity agreement*, kterou bychom mohli optikou českého právního názvosloví nazvat konkurenční doložkou. V rámci této dohody se financovaná strana zaváže, že po určitou dobu, během které bude probíhat detailní *due diligence*, se neobráť s návrhem na financování na jiný subjekt. Přístup jednotlivých podporovatelů se může v tomto ohledu zřetelně lišit; někteří mohou požadovat „věrnost“ po dobu až 6–8 týdnů. Zároveň někteří podporovatelé žádají, aby jim i proces *due diligence* byl proplacen. Někdy se také v těchto dohodách objevují podmínky případného budoucího financování, čili obdoba smlouvy o smlouvě budoucí.⁴⁵ Na konci této první fáze si tak financující strana udělá ucelenější představu o solventnosti druhé strany, o tom, jak silný je financovaný nárok, jak může spor dlouho trvat, zda bude možnost se proti rozhodnutí nějakým způsobem bránit (odvolání, zrušení rozhodnutí soudem), a učiní první odhad nutných finančních investic.⁴⁶

Druhá fáze *due diligence* je o poznání preciznější a jde více do hloubky daného sporu. Ve zkratce by se dalo říct, že druhá fáze slouží k hlubší právní a ekonomické analýze případu a v souhrnu o ujištění podporovatele, že spor je pro něho rentabilní. Tedy že risk financování je vyvážen adekvátní pravděpodobností výhry. Tato fáze může zabrat od několika týdnů po několik měsíců, v závislosti na složitosti případu. Podporovatel bude vyžadovat od právního týmu financované strany všechny dokumenty související s případem, tj. expertní analýzy ohledně možných škod, bankovní výpisy a jejich vlastní právní hodnocení. Podporovatel se také více zaměří na solventnost druhé strany, tentokrát však z pohledu, zdali bude případně schopná pokrýt, mimo samotné částky přisouzené tribunálem, také náhradu nákladů řízení.⁴⁷ Financující strana také může nařídít interní slyšení svědků, kteří budou velmi pravděpodobně vyslechnuti také případně tribunálem.

Jakmile tento rigidní proces skončí, je nutné jeho výsledky určit finanční přínos. Je potřeba s minimální odchylkou určit délku sporu, objem nutných investic do sporu a výši potenciální výhry. Experti se shodují, že jen spory s vysokou pravděpodobností úspěchu jsou ve výsledku financovány třetí stranou.⁴⁸ Hranice pravděpodobnosti úspěchu pro vstup podporovatele do sporu se u každého jednotlivého subjektu může pochopitelně lišit.

Subjekt, který čeká na financování, je v této fázi poměrně v nevýhodě. Je v silné nejistotě, zdali se tolik kýžených financí dočká. Zároveň je vázán dohodou, která mu zakazuje se obrátit na

⁴⁵ Tamtéž, s. 215.

⁴⁶ NIEUWVELD, SAHANI: *Third-Party Funding*... s. 29.

⁴⁷ Tamtéž, s. 34.

⁴⁸ RODAK, Mariel. It's about time: A systems thinking analysis of the litigation finance industry and its effect on settlement. *University of Pennsylvania Law Review*, 2006, roč. 155, č. 2, s. 518–519.

jiného podporovatele, a ve výsledku může ještě zaplatit náklady na *due diligence*.⁴⁹ Výsledek celého procesu dost často záleží na kvalitě a množství předložených dokumentů, které zkoumá tým interních právníků podporovatele. Pokud však celý tento proces skončí pro daný subjekt pozitivně a spor se bude jevit, že má silný hmotněprávní základ a je pro podporovatele zajímavý i finančně, strany přistoupí k podpisu dohody o financování.

1.1.2 Samotná dohoda

Podpis dohody značí pro klienta jednu zásadní věc: dostalo se mu posouzení jeho sporu od třetí, doposud nezaujaté strany, která spor vnímá bez emocí. Podpis dohody znamená, že podporovatel má ve spor důvěru a vidí reálnou šanci na úspěch. Znění tzv. *funding agreement* – dohody o financování – není důležitý pro podporovatele jenom z pohledu nastavení finančního vyrovnání v případě výhry. Podporovatel si dohodou zejména vytyčuje manipulační prostor v průběhu celé arbitráže a mantinely svého vlivu určovat procesní strategii. Každá dohoda je samozřejmě „šitá na míru“ každému subjektu individuálně. Mezinárodní obchodní arbitráže se také vyznačují velkou důvěrností a velice málo detailů pronikne na veřejnost. Podporovatelé se pochopitelně také snaží ochránit své *know-how*. Ze všech těchto důvodů je poměrně obtížné popsat „standardní“ dohodu. Je možné však vyznačit základní podmínky, které budou obsahem většiny dohod. Lze proto konstatovat, že typická dohoda o financování se skládá z podmínek a) finančního vypořádání, b) podmínek nefinančního charakteru a c) vedlejších dokumentů.⁵⁰

a) Finanční podmínky

Finanční podmínky tvoří páteř celé dohody. Aby vztah fungoval bezproblémově pro obě smluvní strany, musí se vybalancovat (i) náklady financování; a (ii) vypořádání odměny pro podporovatele.

i. Náklady financování

Na počátku celé arbitráže je mnohdy obtížné odhadovat celkovou sumu, která bude nezbytná k pokrytí všech nákladů. Financovaná strana by se proto měla při vyjednávání o dohodě ujistit, že podporovatel poskytne dostatečný finanční obnos, který bude postačovat ke krytí všech nákladů. Mezi standardní položky se řadí soudní poplatky, zálohy na odměny arbitřům, výlohy na právní zastoupení, zálohy na obstarávání a provádění důkazů apod.

Ačkoliv podporovatel vstupuje do vztahu s financovanou stranou s tím, že spor vyhraje, finální rozhodnutí tribunálu lze těžko s jistotou předvídat. Je proto také pravděpodobné, že

⁴⁹ NIEUWVELD, SAHANI: *Third-Party Funding*... s. 22.

⁵⁰ Tamtéž, s. 21-23, GOELER: *Third-Party*...s. 12-13, nebo STEINITZ, FIELD: *A litigation*... s. 749-771.

financovaná strana v případě prohry bude nucena zaplatit náklady druhé strany. Dohoda o financování by tak měla obsahovat odpovědnost financující strany uhradit i náklady řízení. Toto je však rozsáhlejší problematika, o které bude více pojednávat kapitola 1.3. Ať už bude přítomnost podporovatele odhalena, či nikoliv, může tribunál straně také nařídít složení jistoty na úhradu nákladů řízení (*security for costs*). Složení jistoty může formou předběžného opatření nařídít tribunál na žádost žalované strany. Tribunál této žádosti zpravidla vyhoví, pokud vyjde najevo, že žalobce nemá dostatek financí, kterými by případně mohl sanovat žalované straně náklady. Nedostatek financí také implikuje přítomnost financujícího subjektu. Jistota totiž slouží jako sanace pro žalovanou stranu v případě výhry a zaručuje, že nemalé náklady, které musela vynaložit na svoji obranu, získá zpátky.⁵¹ Obdobné úpravy jistoty najdeme např. v čl. 17E UML, čl. 43 UAR nebo čl. 37 ICC Rules.

Na tom, že by ustanovení o povinnosti podporovatele hradit jistotu a náklady řízení mělo být součástí dohody o financování, se např. shodla Asociace podporovatelů v Anglii a Walesu ve svém Etickém kodexu (*Code of Conduct*).⁵² Od počátku vyjednávání dohody o financování by si proto měla financovaná strana dát pozor, aby dohoda obsahovala ujednání o povinnostech podporovatele hradit náklady a případně jistotu. Podporovatel na oplátku může požadovat sjednání pojištění, které bude takové náklady v případě prohry krýt. Pojistnou smlouvu pak bude muset financovaná strana přiložit k dohodě o financování.⁵³

Lze tedy konstatovat, že financovaná strana by měla navrhnout rozpočet, který bude co nejvíce realistický co do skutečných vynaložených nákladů, neboť jakákoliv pozdější žádost o zvýšení prostředků nebude u podporovatele vyvolávat příliš velkou důvěru.⁵⁴ Financující strany proto budou proto spíše tihnout ke sjednání konečného rozpočtu (*hard-cap*), který bude možno navýšit pouze tehdy, pokud se zásadním způsobem změní podmínky, za kterých strany vycházely při sjednávání dohody.⁵⁵

ii. Odměna pro podporovatele

Běžný podporovatel nemá zpravidla jinou motivaci než zhodnotit svou vloženou investici. Pro podporovatele je spor projektem, který doufá, že se zhodnotí až trojnásobně, čili že získá až

⁵¹ BLACKABY, PARTASIDES: *Redfern and Hunter*... s. 316–317, nebo GU, Weixia. Security for Costs in International Commercial Arbitration. *Journal of International Arbitration*, 2005, roč. 22, č. 3, s. 167–169.

⁵² Čl. 10 Code of Conduct for Litigation Funders, leden 2018, vydaná The Association of Litigation Funders in England and Wales.

⁵³ KHOURI, HURFORD: *Third-Party Funding*... s. 13 nebo GOELER: *Third-Party*... s. 385.

⁵⁴ NIEUWVELD, SAHANI: *Third-Party Funding*... s. 27.

⁵⁵ SHERER, GOLDSMITH, FLECHET: *Third-Party*... s. 216.

tříkrát víc peněz, než do něho vložil.⁵⁶ Obecně lze říci, že podporovatel se bude snažit získat podílovou odměnu z arbitrážního rozhodnutí ve výši 20–50 %. Tato výše se bude odvíjet od nejrůznějších proměnných – množství investovaných prostředků, složitosti případu, potenciálního risku ztráty celé investice apod. Z přisouzené částky se postupně vyplatí odměna pro podporovatele, pro právního zástupce strany a v poslední řadě, pokud ještě něco zbude, pro samotnou financovanou stranu.⁵⁷ O tom, zdali můžou být náklady hrazené podporovatelem a jeho sjednaná odměna předmětem rozhodnutí o nákladech, se bude detailněji věnovat kapitola 1.3.

b) Nefinanční podmínky

Ačkoliv finanční podmínky jsou bezpochyby důležité pro obě smluvní strany, na podmínky nefinančního charakteru se nesmí zapomínat. Jsou stejně důležité a mohou být také stejně kontroverzní. Určují totiž, jak bude celý smluvní vztah probíhat, a také podmínky řešení případných sporů mezi podporovatelem a financovanou stranou.

Smluvní vztah bude zpravidla trvat po dobu celého řízení, a jak už bylo vícekrát zmíněno, podporovatel si bude chtít ponechat kontrolu nad vedením řízení. To však může přinést velké množství etických problémů (viz kapitola 3). Při vyjednávání by si měla financovaná strana dobře rozmyslet, jak velký manipulační prostor financující straně poskytne, a v návaznosti na to adekvátně upravit svůj vztah se svým právním zástupcem ohledně toho, které dokumenty bude podporovateli poskytovat apod. Financující subjekt je samozřejmě díky svým prostředkům v daleko silnější vyjednávací pozici, čehož může snadno zneužít.⁵⁸ Je zcela logické, že si podporovatel ponechá určitou míru diskrece při určování procesní strategie a kontroly nad sporem. Může se tak díť buď přímým příkazem vůči financované straně, popř. vůči právnímu zástupci. Mezi tyto pravomoci se bude řadit např. schválení smíru, zpětvzetí návrhu, vzdání se nároku, změna právního týmu financované strany dle jeho pokynů.⁵⁹ Do jisté míry samozřejmě může podporovatel kontrolovat spor pomocí rozpočtu, který si se stranou ujednal. Při sjednání limitu prostředků, které podporovatel do sporu vloží, může podporovatel později odmítnout financovat náklady, které nebyly stranám při vyjednávání známé.⁶⁰ Dle etického kodexu anglické asociace podporovatelů by ustanovení o tom, do jaké míry může podporovatel vstupovat do řízení a schvalovat případně

⁵⁶ NIEUWVELD, SAHANI: *Third-Party Funding...* s. 33.

⁵⁷ Tamtéž, s. 24–25.

⁵⁸ SANTOS, Dos Caroline. Third party funding in international arbitration: a wolf in sheep's clothing? *Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin*, 2017, roč. 35, č. 4, s. 924.

⁵⁹ BERTRAND, Edouard. The Brave New World of Arbitration: Third-Party Funding. *Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin*, 2011, roč. 29, č. 3, s. 608.

⁶⁰ Tamtéž.

dohody o narovnání a smíru (*settlement agreements*), měla být povinnou náležitostí dohody o financování.⁶¹

Dohoda bude také zpravidla obsahovat doložku mlčenlivosti (*confidentiality provisions*), a to zejména z důvodu obav odhalení přítomnosti podporovatele v arbitráži. V krajním případě může dojít i k odhalení znění dohody, čemuž se ne vždy povede zabránit (o tomto více v následující kapitole).⁶²

Neméně důležitými jsou ustanovení o možnosti vypovědět smlouvu a ukončit tak financování. Tato ustanovení budou zvláště důležitá pro financovanou stranu, neboť podporovatel je pro ni esenciálním důvodem, proč se do arbitráže vůbec pouštěla. Standardní dohoda o financování obsahuje ujednání, že financovaná strana by se měla chovat *in reasonable manner*.⁶³ Pro účely arbitráže a této práce se nebojím tento termín přirovnat k povinnosti předvídatelnosti a jednání řádného hospodáře. Jednání řádného hospodáře je poněkud rigidnější a přísnější pojem; nicméně v kontextu výše uvedených podmínek o financování si dovoluji tvrdit, že podporovatel neusiluje o nikterak méně zodpovědný přístup. Typicky se bude jednat o případy, kdy financovaná strana zatají důkaz, o kterém v době uzavírání smlouvy věděla a který ve výsledku může vést k vznesení protinároku.⁶⁴ Financovaná strana na druhé straně pochopitelně může typicky odstoupit v případě, že podporovatel přestane bezdůvodně hradit náklady a potřebné výdaje. Z právní opatrnosti si myslím, že pro financované strany bude vždy nejvýhodnější možností odstoupení od smlouvy limitovat taxativním výčtem situací, za kterých bude možné smlouvu termínovat. V případě používání vágních pojmů, jako je např. *reasonable manner*, se strana vystavuje riziku náhlého ukončení financování. Při smluvním vztahu s mezinárodním prvkem, což lze ve vztahu v mezinárodní arbitráži předpokládat, pak bude spor o neplatnost odstoupení od takové smlouvy poměrně zdlouhavý a náročný proces. Z druhé strany je pochopitelné, že financující strana se bude taxativnímu výčtu bránit, neboť obsáhnout všechny možné situace, pro které může podporovatel odstoupit, je takřka nemožné.

Což vede k předposlednímu bodu nefinančních podmínek – rozhodnému právu a rozhodčí doložce. Podporovatel bude pochopitelně spíše vyhledávat při volbě rozhodného práva právní řády, které jsou k financování třetími stranami shovívavější a s tímto institutem umí pracovat. Často zvoleným bude německý právní řád, a to i přesto, že se jedná o kontinentální právní řád.⁶⁵ Jde zejména o to, aby právní řád, který bude aplikovatelný na spor ohledně dohody o financování,

⁶¹ Čl. 11 Code of Conduct for Litigation Funders, leden 2018, vydaná The Association of Litigation Funders in England and Wales.

⁶² SHERER, GOLDSMITH, FLECHET: *Third-Party...* s. 217, GOELER: *Third-Party...* s. 12.

⁶³ NIEUWVELD, SAHANI: *Third-Party Funding...* s. 22.

⁶⁴ GOELER: *Third-Party...* s. 20.

⁶⁵ SHERER, GOLDSMITH, FLECHET: *Third Party...* s. 218. Obecně kontinentální právní systémy budou financujícími stranami upřednostňovány viz COSTABILE: *Applicable Law...* s. 169–170.

nepovažoval dohodu o financování za zcela neplatnou (což některé anglo-americké systémy donedávna měly).⁶⁶ Volba sudiště se pak velmi často odvíjí od aplikovatelného právního řádu.

Posledním, avšak neméně důležitým bodem zůstává volba právního zástupce financované strany. Podporovatel se samozřejmě může spokojit s dosavadním výběrem financované strany, může si však vymínit vypovězení dosavadní spolupráce a instalování vlastního týmu. To se však bude dít zpravidla před zahájením arbitráže. Na druhé straně se tím odbourává etický problém pro advokáta ohledně toho, pokyny kterého subjektu ho vlastně zavazují. Nicméně pokud má podporovatel pochybnosti o právním týmu financované strany a nepodaří se mu dohodnout se s financovanou stranou na výměně, zpravidla se nebude na takovém projektu podílet.⁶⁷

Stejně významnou je pro financující stranu poté volba arbitra. Pokud arbitrážní doložka nestanovuje přímou volbu arbitra v případě sporu nebo spor již neběží, bude chtít do tohoto výběru pochopitelně promluvit. Každá strana si zvolí jednoho arbitra a ti se pak mezi sebou dohodnou na předsedovi. Vzhledem k tomu, že se zpravidla hlasuje prostou většinou, je osoba arbitra pro osud úspěchu strany zcela klíčová.⁶⁸ Podporovatel zde využije své konexe a zkušenosti a na jeho návrh financovaná strana jmenuje arbitra, který se financující straně nejlépe hodí k rozhodování sporu. Tato zásadní pravomoc však může přinést úskalí v podobě ohrožení arbitrovny nestrannosti a k ohrožení vykonatelnosti vydaného rozhodnutí.

c) Vedlejší dokumenty

Jedná se o sérii souvisejících dokumentů, které mají mj. zajistit, že se podporovatel investice vrátí, resp., že nebude více ohrožena.⁶⁹ Jednak se jedná tzv. *priority agreements*, které zajišťují návratnost investice v případě výhry nejenom financující straně, ale také právnímu zástupci financované strany, popř. pojišťovně. Dalšími propojenými dohodami jsou dohody s věřiteli financované strany (tzv. *standstill agreements*), ve kterých se věřitelé financované strany zavazují, že po dobu sporu nebudou své nároky dále vymáhat. V neposlední řadě se jedná o úschovní smlouvy (*escrow agreements*), které slouží jako jistota pro obě zúčastnění strany, že budou finanční částky použity na sjednané účely.

⁶⁶ Viz poznámka pod čarou č. 9 a zásada *maintenance and champerty*.

⁶⁷ SAMUELS, David. *Third-Party Funding: Avoiding the Pitfalls*. [online] fullbrookmanagement.com, 24. června 2011 [cit. 28. ledna 2020]. Dostupné zde <<http://fullbrookmanagement.com/third-party-funding-avoiding-the-pitfalls/>>.

⁶⁸ SHERER, GOLDSMITH, FLECHET: *Third Party...* s. 216.

⁶⁹ NIEUWVELD, SAHANI: *Third-Party Funding...* s. 24.

1.2 Povinnost strany přiznat financování

„My determinative proposition is that once it appears that there is third party funding of an investor's claims, the onus is cast on the claimant to disclose all relevant factors and to make a case why security for costs orders should not be made.“⁷⁰

Přítomnost podporovatele vnáší do celé arbitráže cizí a mnohdy především skrytý element. Má však přítomnost podporovatele tak zásadní vliv na rovnováhu sil v arbitráži? Dle mého názoru nepochybně ano. Přestože procesní postavení stran by tento jev nemělo absolutně ovlivnit, nepochybně to nabourává klasické postavení účastníků. Vzhledem k tomu, že celá arbitráž je, kromě síly hmotněprávního postavení účastníků zejména o finanční síle zúčastněných subjektů, je přítomnost podporovatele nepochybně velmi značnou výhodou ve prospěch jednoho z nich.

Výhod, které může podporovatel (nejenom) díky své finanční stabilitě poskytnout, je celá řada. Strana krytá podporovatelem může např. zvolit taktiku „vyhladovění“, tzn. pomocí nekonečných důkazů, přípisů či předvolání druhou stranu finančně oslabit a tím ji donutit např. ke smírnému řešení sporu.⁷¹ Jak již bylo popsáno, podporovatel bude zpravidla mít také velký vliv na výběr arbitra. Kvalitnější arbitr či expert na specifickou oblast pochopitelně bude o to dražší. Především si však může strana opírající se o peníze podporovatele dovolit nejružnější znalecké posudky, expertizy apod., které budou vždy velmi nákladné.

Je proto na místě si položit otázku, zdali by takto zásadní prvek, který bude zpravidla přítomen po celou dobu arbitráže, neměl být transparentní. Tedy zda by strana, které uzavřela dohodu o financování, neměla toto financování přiznat. Tato základní otázka pak s sebou přináší dvě dílčí podotázky: Mají v současné době tribunály nástroje k tomu, aby přinutily stranu financování odkrýt? A má druhá strana (popř. tribunál) právo znát znění smlouvy o financování?

Na úvod je potřeba zmínit, že straně řízení v zásadě nic nebrání v tom, aby dobrovolně tuto informaci zveřejnila. Subjekty k tomu v ideálním případě mohou samy přistoupit. Strany tak budou činit zpravidla proto, aby se vyhnuly v budoucnu možným konfliktům ohledně podjatosti arbitra, aby demonstrovaly svoji finanční sílu, resp. sílu svého nároku, získaly převahu při případném vyjednávání, nebo tak učiní na popud samotného podporovatele, který by tak mohl nalákat nové potenciální klienty.⁷² Jak jsem však uváděl v předcházející kapitole, financovaná strana je vázána mlčenlivostí v dohodě o financování. Proto nebude oprávněna ze své vlastní vůle zveřejnit jak

⁷⁰ ICSID case no. ARB/12/10, RSM Production Corporation v Saint Lucia, disentující názor Gavana Griffitha ze dne 12. srpna 2014.

⁷¹ Podobné, i drsnější taktiky by se daly dokonce nazvat „guerillovou taktikou“ viz HORVATH, J. Günther, NEIL, Amanda. Guerilla Tactics in International Arbitration. *Asian Dispute Review*, 2017, roč. 19, č. 3, s. 132–133.

⁷² SHERER, GOLDSMITH, FLECHET.: *Third party...* s. 217. Citováno také v ZABLOUDILOVÁ, K. *Third Party...* s. 43.

informaci o tom, že je financována třetí stranou, natožpak znění samotné dohody bez předchozího souhlasu podporovatele.

Co se týče účinných nástrojů tribunálu, je potřeba začít analýzou arbitrážních předpisů. Většina z nich (UAR, UML, AAA Rules, ICC Rules) neobsahuje žádné pravidlo, které by tribunálům umožňovalo podporovatele v řízení spolehlivě odhalit. Vedou se tak odborné diskuze, zdali by neměla být přijata nová ustanovení (napříč těmito předpisy), která byla dokázala s financováním třetí stranou v řízení efektivně zacházet. K přijetí odpovídajících nástrojů, které by dokázaly podporovatele odhalit, svědčí hned několik důvodů. Zřejmě tím nejzásadnějším důvodem je předejití potenciálních střetu zájmů u arbitra.⁷³ Notifikační povinnosti arbitru a jejich povinnostem zveřejnit veškeré informace, které by mohly vést ke střetu zájmů, se bude věnovat kapitola 2. Bez vědomí přítomnosti podporovatele však arbitr těžko může poskytnout veškeré podstatné informace týkající se např. svého opakovaného jmenování na návrh právě podporovatele. Jako druhý nosný důvod spatřuji v zajištění dostatečných prostředků za účelem krytí nákladů řízení, ať už formou finální náhrady, nebo složení zálohy.⁷⁴ Přijetí adekvátní regulace je také známka toho, že praxe tento fenomén akceptovala a počítá s ním jako s běžnou součástí svého „arbitrážního vesmíru“. Což ve svém důsledku povede ke zvýšení transparentnosti a férovosti celého řízení, což by ostatně měl být jeden ze základních pilířů každého procesu.⁷⁵

Na druhé straně samozřejmě stojí financující strany, které proti obligatornímu zveřejnění brojí. Odporují odhalení minimálně v raných fázích řízení. Argumentují tím, že financování, a tím spíše její podrobnosti jsou soukromoprávní záležitostí podporovatele a financované strany a podléhají utajení. Zadruhé, oponují tím, že zveřejnění informace o financování automaticky presumuje, že strana nemá dostatek financí, což může mít důsledky pro náklady řízení (viz další podkapitola). Financující strany se obávají, že to povede k automatickému zvýšení žádosti o složení zálohy na náklady řízení, a tedy ke zbrzdění průběhu celé arbitráže, ačkoliv by takové návrhy nemusely mít reálný hmotněprávní základ. Zatřetí, podporovatelé argumentují tím, že když už by mělo dojít ke zveřejnění financování, resp. identity podporovatele, mělo by to dle nich vést ke zveřejnění identity jakéhokoliv subjektu, který poskytuje straně finanční podporu, bez ohledu na

⁷³ SHERER in CREMADES: *Third Party...* s. 96, nebo také PASCUCII, T. Daniel. *Discoverability of Third Party Funding Agreements in Arbitration – Part I* [online]. natlawreview.com, 30. ledna 2019 [cit. 18. října 2019]. Dostupné na <<https://www.natlawreview.com/article/discoverability-third-party-funding-agreements-arbitration-part-i>>.

⁷⁴ BORN: *International Commercial Arbitration...* s. 2 495–2 497, SHERER in CREMADES: *Third Party...* s. 97, nebo GAILLARD, Emmanuel, SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, s. 686–687.

⁷⁵ ILIESCU, N. Marius. *A Trend Towards Mandatory Disclosure of Third Party Funding? Recent Developments and Positive Impact* [online] kluwerarbitration.com, 2. května 2016 [cit. 18. října 2019]. Dostupné zde <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/05/02/a-trend-towards-mandatory-disclosure-of-third-party-funding-recent-developments-and-positive-impact/>>.

to, zda subjekt sám má v řízení nějaký ekonomický zájem. Opačný přístup by prý vedl k nepřiměřené diskriminaci určitého typu subjektů.⁷⁶

Aby diskuze o obligatorním zveřejnění financování třetí stranou, identity podporovatele a dalších podrobností mohla vycházet z podrobných představ samotných účastníků mezinárodní obchodní arbitráže, vznikl v roce 2015 průzkum ve spolupráci mezinárodní advokátní kanceláře White & Case s Queen's Mary University of London.⁷⁷ Tento průzkum, kterého se zúčastnilo 763 respondentů z řad advokátů, akademiků, arbitrů a firemních právníků,⁷⁸ se mj. dotazoval na financování třetí stranou. Z celkového počtu respondentů se 71 % vyslovilo pro určitou formu regulace financování. Paradoxní pak je, že většina respondentů odpověděla, že regulace skrze IBA Guidelines, čili nezávazné *softlaw*, jim přijde dostatečná. Nicméně 76 % respondentů se vyslovilo pro zavedení obligatorního zveřejnění samotného financování a 67 % dotázaných bylo pro povinnost odkrýt i identitu samotného podporovatele. Zajímavý je však diametrálně odlišný pohled respondentů na zveřejnění detailů financování. Z celkového počtu dotázaných jich 71 % odpovědělo, že zveřejnění detailů financování považují za nežádoucí.⁷⁹

Rozhodovací praxe tribunálu se také v průběhu času mění. Dříve tribunály žádosti o zveřejnění financování, popř. sdělení detailů samotného financování odmítaly s tím, že k vydání takového rozhodnutí nemají potřebné pravomoci. Tak např. učinil tribunál v investičním sporu *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. Bolivia*. Jihoamerický stát Bolívie se domáhal uložení povinnosti tribunálem k poskytnutí dokumentů týkající se financování, z důvodů obavy možného střetu zájmů arbitra. Návrh byl však zamítnut s tím, že Bolívie dostatečně nespécifikovala, v čem by mělo ohrožení nepodjatosti arbitrů spočívat. Tribunál také uvedl, že tato povinnost nemá být společnosti jak uložena, neboť dokumenty týkající se střetu zájmu řeší spíše notifikační povinnost rozhodců. Arbitráž se řídila v režimu UAR z roku 1976.⁸⁰ Obdobně pak tribunál postupoval v investičním sporu *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. Argentina*.⁸¹

⁷⁶ GOLDSTEIN, J. Marc. *Third-Party Funding Disclosure Issues – An Arbitrator Perspective*. [online] arbblog.lexmarc.us, 1. března 2018 [cit. 25. října 2019]. Dostupné zde <<http://arbblog.lexmarc.us/2018/03/third-party-funding-disclosures-issues-an-arbitrator-perspective/>>.

⁷⁷ Výsledky tohoto průzkumu jsou dostupné zde: https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2015_0.pdf

⁷⁸ Tamtéž, s. 51.

⁷⁹ Tamtéž, s. 48.

⁸⁰ Procedural Order no. 13 ze dne 21. února 2013, PCA Case no. 2011-17 Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v Plurinational State of Bolivia.

⁸¹ ICSID case no. ARB/09/1 Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. Argentine Republic.

První „vlaštovka“ na poli změny pravidel byla přijata v roce 2018 v pravidlech HKIAC.⁸² Tuto instituci považují vzhledem k propracovanosti pravidel za nejdynamičtější arbitrážní centrum, což se projevilo právě v rámci přijetí pravidel úpravy financování třetí stranou. HKIAC jako první arbitrážní centrum na světě přijalo doslovnou úpravu financování třetí stranou, byť pouze v jednom ustanovení. Dle čl. 44 odst. 1 pravidel HKIAC je strana, která uzavřela dohodu o financování, povinna o existenci takové dohody vyrozumět (*written notice*) další účastníky řízení, tribunál, popř. *emergency arbitrator* a samotnou HKIAC. Mimoto je financovaná strana povinna odhalit také identitu samotného podporovatele. Tyto informace je strana povinna zveřejnit již se samotným návrhem na zahájení arbitráže (*notice of arbitration*), je-li návrhovatelem žádostí o přistoupení do arbitráže (*request for joinder*), anebo v podstatě neprodleně poté, co k uzavření dohody o financování dojde.

S výjimkou pravidel HKIAC tak v současné době nenajdeme jiná pravidla, která by dokázala podporovatele odhalit. Jejich stručnost však přináší mnoho úskalí a další aplikační problémy. Jedno z nich spatřuji v širce oprávnění tribunálu za účelem odhalení podporovatele. Dokážu si představit situaci, kdy podporovatel založí dceřinou společnost, prázdnou schránku (SPV), skrze kterou bude některé financování provádět. Může nastat i situace, že podporovatel bude pro každé nové financování zakládat novou společnost. Pokud bychom to poměřili optikou českých zákonů, založení společnosti s ručením omezeným není proces nikterak zdoluhavý ani příliš nákladný. Podporovatel – mateřská společnost – by se pak vyhnul svému odkrytí. V České republice bychom samozřejmě skrze transparentní obchodní rejstřík dohledali takovou s. r. o. mateřské společnosti poměrně snadno (s akciovou společností by problém pochopitelně přetrvával). Ne všude to však funguje stejně jednoduše. Otázkou tedy zůstává, zdali odhalení identity podporovatele míří na subjekt, který poskytl straně finance, nebo na odkrytí samotné korporátní struktury a odhalení všech subjektů v pozadí dané korporace. Podle mého názoru jde o jednu z klíčových otázek při formulování pravidel na odhalení podporovatele v dalších předpisech.

SPV nebo také *alter ego*, jak bývají tyto společnosti někdy nazývány, slouží k zamaskování skutečného původce jednání. Dceřiné společnosti jsou zcela ovládnuty mateřskou společností, a je proto vhodnější na ně pohlížet jako na jednu entitu.⁸³ Byl proto vyvinut koncept tzv. zvednutí nebo proniknutí korporátního závoje (*lifting or piercing the corporate veil*) za účelem zajištění skutečného

⁸² Tato úprava má svůj původ v hongkongském rozhodčím a mediačním zákoně z roku 2016. Obdobné úpravy poté nalezneme v singapurském a australském *právním řádu*. Viz ZABLOUDILOVÁ, K: *Third-Party...* s. 46, a KRESTLIN, Marc, MULDER, Rebecca. *Third-Party Funding In International Arbitration: To Regulate Or Not To Regulate?* [online] kluwerarbitration.com, 12. prosince 2017 [cit. 25. října 2019]. Dostupné zde: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/12/12/third-party-funding-international-arbitration-regulate-not-regulate/>.

⁸³ BORN: *International Commercial Arbitration...* s. 1432.

stavu věcí, případných náhrad a spravedlnosti.⁸⁴ Ve vztahu k financování třetí stranou je tedy otázkou, zdali by ten koncept nenašel uplatnění i zde. Dle mého názoru, pokud už budou přijímána nová pravidla, která zaručí odhalení přítomnosti podporovatele v arbitráži, měla by tato pravidla cílit na samotnou podstatu problému. V úvodu této kapitoly jsem předestřel důvody, které svědčí pro přijetí takové úpravy. Tím klíčovým důvodem je předejití střetu zájmů u arbitrážů. Pokud by došlo pouze k odhalení podporovatele coby *alter ega*, tento problém by to nikterak nevyřešilo, neboť vztah mezi podporovatelem a tím, kdo podporovatele reálně ovládá, by i nadále zůstal skryt.

A pro inspiraci není potřeba chodit daleko. Na území EU již dnes platí směrnice č. 2018/843, jejíž implementací byla zavedena i v českém právním řádu evidence skutečných majitelů. Pokud se skutečně má v budoucnu zamezit problémům s přítomností financující strany v arbitráži pomocí jeho odhalení, musí toto odhalení být efektivní a musí dosáhnout skutečně sledovaného cíle. Jsem proto toho názoru, že podporovatel by měl odhalit nejenom svoji identitu, ale taktéž svoji korporátní strukturu. Vzhledem k mnohým mezinárodním prvkům v arbitráži, rozličným obchodním rejstříkům a různorodosti zápisů je však tato otázka ve vztahu k arbitrážním předpisům podstatně složitější.⁸⁵

S druhým problémem, který spadá do ukotvení financování v pravidlech HKIAC, se dostávám na začátek této práce a k jedné z námitek podporovatelů, proč financování nezveřejňovat. Pokud chceme něco regulovat, musíme mít jasno v tom, co přesně regulovat chceme. HKIAC pravidla však určují povinnost zveřejnit identitu *third party funder*, aniž by byla v těchto pravidlech jakkoliv ukotvena definice tohoto termínu. Lze nepochybně argumentovat, že např. při úpravě kupní smlouvy taktéž nemám definici kupujícího, a přesto je obsah tohoto pojmu bezproblémový. Absence této definice však může přinést již nastíněné výkladové problémy. V praxi tak může být podporovatelem myšlen velký počet subjektů – banky, pojišťovny, advokáti –, což je podle mě nežádoucí. Jednorázové půjčky ovšem jsou pro arbitráž zcela nepodstatné. Poskytovatel takového plnění do řízení nikterak nezasahuje. Dá se však považovat za podporovatele? Je to subjekt, který poskytl straně finance, aby byla schopna arbitráž iniciovat a pokrýt veškeré náklady s tím související? Zcela nepochybně. Je zveřejnění takové informace nezbytné? Zcela nepochybně není. Nesdílím proto výše uvedenou obavu podporovatelů, že by šlo o nepřiměřenou diskriminaci některých subjektů oproti jiným. Podporovatelé, kteří jsou předmětem této práce a kteří mají skrze poskytnutí financování primárně (přímý) ekonomický

⁸⁴ Tamtéž, s. 1433. Tento princip je užíván zejména ve vztahu k problematice extenze rozhodčí doložky na nesmluvní strany. Tomuto tématu se bude částečně věnovat další kapitola

⁸⁵ Nutno poznamenat, že v § 118g odst. 3 zákona č. 304/2013 Sb., o veřejných rejstřících, který obsahuje taxativní výčet osob, které mají zřízen dálkový přístup do evidence skutečných majitelů, rozhodci, a to ani při Hospodářské a Agrární komoře, nefigurují.

zájem na výsledku daného řízení, jsou pouze speciálním typem podporovatelů. A právě vůči nim měla regulace směřovat.

Lze tedy vyzorovat měnící se tendenci ve vztahu k povinnosti zveřejnit financování a identitu podporovatele. První změny na poli arbitrážních pravidel to jen dokládají. Osobně považuji úpravu v HKIAC za poměrně elegantní, nenásilnou a šetrnou. Nicméně má své nedostatky, zejména v tom ohledu, že není zřejmé, na koho je úprava mířena a kdo přesně jí má být odhalen. K odstranění těchto nedostatků může vést buď zpřesnění stávající úpravy, neboť úprava o jednom článku není dostačující, nebo se tyto nedostatky budou odstraňovat postupně aplikační praxí v rámci HKIAC. Obecně pak vnímám zařazení povinnosti zveřejnit financování a identitu financující strany do katalogů povinností strany jako krok správným směrem. Tuto povinnost bych již dále nerozšiřoval, např. o zvažovanou povinnost zveřejnit i podmínky dohody o financování. Detaily financování již nejsou pro řízení podstatné a měly by zůstat utajeny. Neshledávám žádné důvody, které by bránily zveřejnění těchto informací, a to ani s poukazem na důvěrnost některých informací mezi podporovatelem a financovanou stranou. Naopak považuji zveřejnění za naplnění výše uvedených důvodů pro zavedení této povinnosti – předejití možných střetů zájmů. V takovém případě se předejde problémům případného uznání a výkonu rozhodnutí, přispěje to k vyšší transparentnosti řízení a zajištění dostatečných prostředků pro krytí nákladů řízení. Přijetí odpovídajících pravidel u jednotlivých předpisů však bude nelehkým úkolem.

1.3 Problematika nákladů řízení

Pokud arbitráž dospěje do meritorního rozhodnutí tribunálu, bude mít takový výsledek zpravidla vítěze a poraženého. S výsledkem řízení jde ruku v ruce problematika náhrady nákladů řízení. Pro účastníky řízení jde o zcela klíčovou oblast, neboť náklady se mohou v arbitrážích vyšplhat až do astronomických částek. A je to jeden z dalších důvodů, proč se strany obracejí na podporovatele. Náklady řízení jsou samozřejmě důležitou otázkou také pro podporovatele. Problematika nákladů řízení a jejich náhrady s přítomností financující strany přináší tři poměrně zajímavé otázky. Nutno předestřít, že ani tyto pochopitelně dnes nemají jednoznačné závěry či jednotnou aplikační praxi.

Zaprvé, měla by být financovaná, resp. financující strana při svém odhalení automaticky povinna ke složení zálohy (*security for costs*) na náklady řízení? Zadruhé, má tribunál pravomoc nařídít podporovateli povinnost nahradit náklady řízení straně, která vyhrála a kterou nesponzoroval? A za třetí, může si financovaná strana v případě výhry nárokovat i náhradu na odměnu podporovatele? Při hledání odpovědí na tyto otázky operuji s předpokladem, že identita podporovatele je v řízení známa.

V první řadě je důležité definovat, co lze za náklady řízení vůbec považovat. V tom, co považují různá arbitrážní centra za náklady, se jejich pravidla různí. V čl. 40 UAR a čl. 34.1 pravidel HKIAC najdeme ustanovení o nákladech, za které se považují prostředky, které strana vynaložila na právní zastoupení, arbitrážní poplatky, cestovní náklady, náklady spojené s prováděním důkazů a odměn pro arbitry. Výčet je zřejmě taxativní, neboť se v prvním ustanovení nákladů u obou pravidel objevuje slovíčko „pouze“ (*only*). Pravidla HKIAC navíc v každém z bodů také zdůrazňují jeho účelnost. Nutno podotknout, že UAR také obsahuje vágní ustanovení o „dalších nákladech“. Musí však jít o účelně vynaložené náklady. AAA Rules náhradu nákladů řízení v podstatě neřeší, stejně tak UML. ICC Rules naopak volí cestu demonstrativního výčtu. Čl. 38 odst. 5 ICC Rules dokonce stanovuje tuto pravomoc: „*Při rozhodování o nákladech může rozhodčí senát přiblížit k takovým skutečnostem, které považuje za rozhodné, včetně skutečnosti, v jakém rozsahu každá ze stran vedla rozhodčí řízení efektivním způsobem ve vztahu k času a nákladům.*“ Extenzivním výkladem by se dalo dojít k závěru, že do nákladů řízení může tribunál zahrnout v podstatě veškeré náklady, které strana účelně vynaložila, aby hájila svá práva. Které všechny náklady jsou však účelně vynaložené?

Pokud dojde k odhalení podporovatele, značí to zpravidla jednu zásadní věc: strana (většinou navrhovatel) sama nedisponuje dostatečnými finančními prostředky, aby mohla arbitráž iniciovat. Toto zjištění by mělo být automatickým varováním pro druhou stranu – v případě její výhry je velmi pravděpodobné, že jí nebude mít kdo nahradit náklady řízení. A přestože většina pravidel explicitně neupravuje náhradu nákladů řízení, a tedy tím dává tribunálu prostor pro uvážení, většina tribunálů napříč světem mezinárodní obchodní arbitráže se řídí pravidlem, že je hradí neúspěšná strana (*costs follow the event* nebo také *losers pay*).⁸⁶ Pokud je podporovatel odhalen, nefinancovaná strana se obrací na tribunál s žádostí, aby financované straně uložil povinnost složit zálohu (jistotu) na náklady řízení.

1.3.1 Záloha na náklady řízení

Zálohy na náklady řízení nejsou obecně příliš často využívaným instrumentem. Z důvodu konsenzuálnosti celého řízení a skutečnosti, že již před začátkem řízení obě strany složily poměrně velké částky rovným dílem, způsobuje, že tribunály se zdráhají zatěžovat strany dalšími výdaji.⁸⁷ Nicméně jde o elegantní nástroj mezinárodní arbitráže. Tento institut se objevuje ve většině angloamerických právních systémů a v některých kontinentálních (Německo nebo Švýcarsko).⁸⁸ Jak už název sám napovídá, jde o (předběžné) zajištění dostatečného množství peněz, ze kterého by

⁸⁶ ROMERO, Mercedes, SIERRA, Nicolás. Costs in International Arbitration: The continual search for cost-efficient arbitrations. *Spain Arbitration Review*, 2016, roč. 32, č. 26, s. 34.

⁸⁷ LEW, D.M. Julian, KRÖLL, Stefan, MISTELIS, A. Loukas. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003, s. 601–602.

⁸⁸ V kontinentálních systémech práva je pro zálohu používán latinský výraz *cautum judicatum solvi*.

strana mohla, v případě svého úspěchu, uspokojit své náhrady na náklady řízení, které musela vynaložit. Cílem zálohy je zabránění šikanózních návrhů a varování pro navrhovatele před finančními důsledky v případě prohry. Zároveň se jedná o předběžnou satisfakci druhé strany, že v případě její výhry, budou její vynaložené náklady na obranu vynahrazeny.⁸⁹ Ačkoliv arbitrážní předpisy nestanovují podmínky, za jakých by měly tribunály složení zálohy nařídít, praxe se ustálila v zásadě na následujících kumulativních podmínkách:

i) nesolventnost druhé strany, ii) možný risk z nevykonatelnosti nálezu, resp. rozhodnutí o nákladech řízení, iii) samotné jednání žádající strany (např. posouzení, zdali se tím nesnaží pouze pozdržet celé řízení, zablokovat nárok apod.), a iv) jednání druhé strany a předběžné posouzení relevantnosti nároku.⁹⁰

Při zvažování, zda uložit, nebo neuložit zálohu na náklady řízení, se střetávají dvě fundamentální práva obou stran řízení. Právo odpůrce (tedy strany, která bude zpravidla o uložení zálohy žádat) na nahrazení výdajů, které musela vynaložit na nezbytné výdaje při své obraně a které bude v případě výhry právoplatně žádat. A právo navrhovatele, tedy financované strany, která opravdu bude velmi často zcela nesolventní a uložením povinnosti složení zálohy jí bude odpíráno právo přístupu ke spravedlnosti.⁹¹

S rozvojem financování nároku třetí stranou se střetávají dva názorové tábory ohledně povinnosti složení zálohy. Názorový střet tvoří otázka, zdali má pouhé zjištění přítomnosti podporovatele v arbitráži být automatickým předpokladem pro složení zálohy. Odpůrci automatického zohlednění této skutečnosti uvádějí tři zásadní důvody, které jsou víceméně totožné, jako výše zmíněné důvody, pro které odpůrci odmítají zveřejnění financování. Namítají, že ve finálním rozhodnutí o nákladech financování třetí stranou nehraje roli. Irelevantním by tak mělo být i v počátečních fázích řízení pro složení jakékoliv zálohy. Zadruhé se obávají zahlcení tribunálu neopodstatněnými návrhy na složení zálohy, což může vést k záměrnému zahlcení tribunálu, zpoždění celého řízení a ohrožení nároků, jež by měly reálnou šanci na úspěch. A za třetí, stejně jako u problematiky se zveřejněním identity podporovatele, se domnívají, že by se povinnost složení zálohy při financování dotýkala jen určitého okruhu subjektů, což by vedlo k nerovnému zacházení.⁹²

⁸⁹ GU: *Security*... s. 169.

⁹⁰ Tamtéž, s. 190–196.

⁹¹ ŽIVKOVIĆ, Patricia. *Security for Costs in International Arbitration: What's Missing from the Discussion?* [online] kluwerlawarbitration.com, 9. listopadu 2016 [cit. 28. ledna 2020]. Dostupné na <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/11/09/security-for-costs-in-international-arbitration-whats-missing-from-the-discussion/?doing_wp_cron=1591020967.0503079891204833984375>.

⁹² KIRTLEY, William, WIETRZYKOWSKI, Koralie. Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impenious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding? *Journal of International Arbitration*, 2013, roč. 30, č. 1, s. 21–22.

Zastánci automatického zohlednění naopak argumentují již několikrát zmiňovaným *gros*, proč financovaná strana podporovatele vůbec má – vlastní nesolventností. Zároveň argumentují možným zneužitím postavení financující strany. Jelikož podporovatel není stranou arbitráže, těžko ho lze napřímo zavázat jakoukoliv povinností. Ačkoliv povinnosti hradit náhradu nákladů řízení, a případně tedy i zálohu, by měla primárně řešit smlouva o financování, nemusí to být pravidlem. Podporovatel už do doby rozhodování o záloze vynaložil z vlastních zdrojů nemalé prostředky a je možné, že další už prostě bude odmítat zaplatit. Zastánci automatického zohlednění financování tak argumentují tzv. *hit and run* vedením arbitráže, kdy podporovatel pouze zkoušel svoje štěstí a nárok, který se pro něj nevyvíjí dobře, jednoduše zanechá.⁹³ Já se však domnívám, že o zálohách se rozhoduje v raných fázích řízení, kdy má i tribunál velmi daleko k jakémukoliv předběžnému meritornímu posouzení. A pokud podporovatel sleduje svým financováním nárok, do kterého už investoval nemalé prostředky a o kterém je přesvědčen, že má šanci na úspěch, nakonec mu nezbude nic jiného, než zálohu (za financovanou stranu) složit. Záloha tak může sloužit i jako ochrana proti iniciování spekulativních sporů (*frivolous claim*). Pokud podporovatel financováním předmětného sporu sleduje nepoctivý záměr, finance na zálohu neposkytne, strana zálohu nesloží a řízení bude ukončeno mnohem dříve.

Odborná veřejnost se pak shoduje, že ačkoliv pro ostatní fáze řízení není přítomnost podporovatele pro tribunál nějak zvlášť zásadní, pro rozhodování o zálohách, resp. o náhradě nákladů to je podstatná okolnost, ke které musejí přihlídnout.⁹⁴ Argumenty, které uvádějí odpůrci automatického ukládání zálohy při zjištění financování třetí stranou, jsou nepochybně relevantními body do diskuze. Nejsilnější z nich spatřuji v ohrožení přístupu financované strany ke spravedlnosti. Nejsem proto zastáncem toho, aby zjištění přítomnosti podporovatele v arbitráži mělo být jediným důvodem pro uložení povinnosti složit zálohu. Výše uvedené podmínky a okolnosti, které tribunály musí zkoumat před uložením takové povinnosti, by měly zůstat zachovány a přítomnost podporovatele by měla být pouze další zkoumanou okolností. Na druhou stranu se domnívám, že přítomnost podporovatele radikálně zvyšuje šanci na uložení zálohy, a tato skutečnost by rozhodně měla hrát při úvahách větší roli oproti ostatním zkoumaným skutečnostem. Nicméně i vzhledem k vzrůstajícímu potenciálu tohoto odvětví by se měla podrobně upravit pravidla. Např. v investiční arbitráži musí navrhovatel zálohy prokázat nepoctivý záměr (*bad faith*) druhé strany.⁹⁵ Ostatně, složení zálohy, zejména pak ve stadiu řízení, kdy šance na úspěch jsou ještě vyrovnané (což zvyšuje šanci, že podporovatel zálohu skutečně složí), může být mnohem

⁹³ Tamtéž, s. 26.

⁹⁴ Tamtéž... s. 26–27, nebo BORN: *International Commercial Arbitration*... s. 2496.

⁹⁵ GOELER: *Third-Party*... s. 365–366.

flexibilnějším prostředkem než procesní boj s uložením povinnosti k náhradě všech nákladů řízení podporovateli.

1.3.2 Možnost uložení náhrady nákladů financující straně

Stejně jako povinnost hradit zálohu, i náhradu nákladů řízení v případě prohry by měla primárně řešit smlouva o financování. To je však pouze dvoustranný vztah mezi podporovatelem a financovanou stranou. Když však nesolventní financovaná strana prohraje a záloha složena nebude, druhá strana bude čelit nevyhnutelnému problému, že se jí náklady nevrátí. Může v takovém případě tribunál k povinnosti zavázat přímo podporovatele?

Zde je potřeba zásadně odlišit soudní řízení a arbitráž. Soudy, zejména pak v angloamerických jurisdikcích, mají kompetenci zavázat k náhradě nákladů i subjekty, které nebyly přímými účastníky daného řízení. Činí tak s odůvodněním, že financující strana má v řízení velký vliv na procesní postup strany, má imanentní zájem na výsledku daného řízení, a také vzhledem k tomu, že daný spor byl iniciován zejména díky jejímu finančnímu přispění.⁹⁶ Nicméně arbitráž je v zásadě konsenzuální řízení mezi subjekty, které se na takovém postupu dříve dohodly formou písemné arbitrážní doložky či smlouvy. Tedy se dobrovolně rozhodly přesunout kompetenci rozhodování jejich sporu z národního soudu na arbitrážní centrum, *ad hoc* tribunál nebo arbitra. Tribunál má v takovém případě pravomoc rozhodovat pouze o právech a povinnostech účastníků daného řízení, kterými v zásadě a zpravidla budou strany arbitrážní doložky.⁹⁷ Zavázat tak k povinnosti k náhradě nákladů subjekt, který není stranou arbitráže, je v zásadě nemožné. I arbitrážní předpisy ve svých ustanoveních o náhradě nákladů mluví o pravomoci tribunálu tyto náhrady uložit straně (*party*). Konkrétně pak např. čl. 42 odst. 2 UAR nebo čl. 37 odst. 4 ICC Rules. Zdá se tedy, že v případě, kdy podporovatel není zavázán smlouvou o financování nahradit náklady řízení v případě prohry strany, kterou finančně podporuje, strana, která vyhrála, se své satisfakce dočkat nemusí. Výkon rozhodnutí proti nemajetné financované straně vítězovi nepomůže a výkon rozhodnutí proti podporovateli směřovat nelze. Nicméně existují instrumenty, pomocí kterých lze uvažovat nad vtáhnutím podporovatele do řízení i bez jeho svolení a zabránit tak nežádoucímu neuspokojení vítězné strany.

Podporovatel, alespoň formálně, není stranou arbitrážní smlouvy, a tedy ani arbitrážního řízení.⁹⁸ Materiálně však lze nad jeho účastenstvím minimálně uvažovat, a to díky jeho vlivu

⁹⁶ Obdoba našeho vedlejšího účastníka řízení (viz kapitola 4). Soudy tak udělaly přinejmenším v těchto rozhodnutích: rozhodnutí Oblastního odvolacího soudu na Floridě, 3. okruh, ze dne 2. prosince 2009, sp. zn. Abu-Ghazaleh vs Chaul 36 So. 3d 691 (Fla. Dist. Ct. App. 2009) a rozhodnutí Odvolacího soudu pro Anglii a Wales ze dne 18. listopadu 2016, sp. zn. Excalibur Ventures LLC vs Texas Keystone Inc., [2016] EWCA Civ 1144.

⁹⁷ BORN: *International Commercial Arbitration*... s. 1407, 1410, nebo ROSS, Allison. *The Dynamics of Third-Party Funding*. *Global Arbitration Review*, 2012, roč. 7, č. 1. s. 19.

⁹⁸ BERTRAND: *The Brave New*... s. 610.

a přímému ekonomickému zájmu. Jak jsem uvedl výše, arbitráž je – na rozdíl od soudního řízení, lhostejno v jaké jurisdikci – v zásadě konsenzuálního charakteru. Tento předpoklad však neplatí bezvýhradně. Pomocí tzv. extenze arbitrážní doložky na nesmluvní strany (*non-signatories*) lze vztáhnout pravomoci tribunálu na strany (subjekty), které se rozhodčí smlouvy či doložky jakožto smluvní strany (formálně) neúčastnily.⁹⁹ Podporovatelům se pochopitelně taková praxe nelíbí. Argumentují nejenom tím, že nejsou stranou arbitráže, tudíž ani nemohou být adresáty jakýchkoliv povinností, ale také tím, že prohrou již tak přišli o velkou investici.¹⁰⁰

Tato problematika je nesmírně obsáhlá a byla již podrobně rozebrána v jiných odborných publikacích.¹⁰¹ Nebudu se proto ani snažit ji nějak více analyzovat. Pouze ji ve stručnosti popíši a pokusím se její aplikovatelnost vztáhnout také na financující subjekty.

Komplexnost a pluralita obchodních vztahů, zejména pak v mezinárodní obchodní arbitráži, je dnes velmi rozsáhlá. Z tohoto důvodu jsou tribunály mnohdy postaveny před nelehký úkol: subjekty, které jsou formálně stranami arbitrážní doložky, nejsou vždy identické s těmi, které reálně obchodní vztah realizovaly.¹⁰² Arbitráž, v níž by figurovaly pouze subjekty, které formálně podepsaly arbitrážní smlouvu, by nebyla zdaleka tak efektivní a spravedlivá. Poskytovala by velký únikový prostor subjektům, které z hlavní smlouvy profitovaly, podílely se na její exekuci a nesly také svůj podíl viny na řešeném sporu. Byly proto vyvinuty mechanismy, pomocí kterých lze vtáhnout i tyto nesmluvní strany do arbitráže, ačkoliv se jí od počátku neúčastnily. Teorií, jak dostat nesmluvní stranu do arbitráže, je více. Představím však pouze některé z nich – ty, o kterých se domnívám, že by mohly podporovatele do řízení vtáhnout.

1) *Estoppel*

„*In short, [plaintiff] cannot have it both ways. It cannot rely on the contract when it works to its advantage and ignore it when it works to its disadvantage.*“¹⁰³

⁹⁹ BORN: *International Commercial Arbitration*... s. 1410–1411.

¹⁰⁰ SHERER, GOLDSMITH, FLECHET: *Third Party Funding*... s. 215–216.

¹⁰¹ HALLA, Slavomír. *Extenzja aplikácie rozhodcovskej doložky na nezmluvné strany*. Brno: Masarykova Univerzita, Právnická fakulta, 2014, 337 s.

¹⁰² HANOTIAU, Bernard. Non-signatories in International Arbitration: Lessons from Thirty Years of Case Law. In BERG, van der JAN (ed). *International Arbitration 2006: Back to Basics?* Kluwer Law International: ICCA Congress Series, roč. 13, 2007, s. 341.

¹⁰³ Rozhodnutí Oblastního soudu pro Jižní distrikt New Yorku, ze dne 20. září 1966, sp. zn. *Tepper Realty Company v. Mosaic Tile Company*, 259 F. Supp. 688 (S.D.N.Y. 1966).

Teorie estoppelu – v českém překladu právní překážky¹⁰⁴ – zabraňuje, jak již citace napovídá, zneužití hlavní smlouvy a arbitrážní doložky. Jde o principiální zamezení subjektu v námitce, že není stranou smlouvy či doložky. Institut estoppelu tak brání výkonu zlé víry a nespravedlnosti, slouží k ochraně strany před nekonzistentním jednáním protistrany, avšak pouze před takovým, které vede ke zneužití práva.¹⁰⁵ Lze uvést na příkladu, kdy subjekt nějakým způsobem benefituje ze smlouvy, tzn. dokud z ní čerpá výhody, jedná jako strana smlouvy. Při vzniku sporu však namítá, že stranou smlouvy není, neboť ji nepodepsal a nemá k ní žádný vztah. Tato teorie mu v této námitce brání, je zastaven (*estopped*).¹⁰⁶

Osobně se domnívám, že institut estoppelu není možné aplikovat na případy financování třetí stranou. Podporovatel se nepodílí na exekuci smlouvy, nečerpá z ní pro sebe žádné výhody. Navíc, podporovatel se objevuje na scéně až ve chvíli, kdy je smlouva již skončena, nebo strany nejednají v souladu se smlouvou. Dokážu si však představit názor, na který jsem doposud nenarazil, a který bude prosazovat opak. Podporovatel, coby vedlejší účastník na straně financované strany (navrhovatele), pro sebe dovozuje stejné závěry jak strana smlouvy, kterou podporuje. Podporovatel chce ze smlouvy benefitovat stejně jako subjekt, který smlouvu podepsal. S přičtením dalších podstatných okolností, které vypovídají o zapojení podporovatele do arbitráže, by se měl institut estoppelu na podporovatele aplikovat.

Argumentace tribunálu by mohla být v tomto případě velmi zajímavá, kazuistické řešení však doposud není k dispozici. Já se však spíše kloním k závěru, že by se posouzení zneužití práva, tzn. okamžiku, ke kterému se subjekt snaží domáhat výhod ze smlouvy, měl vztahovat k době před vznikem sporu, resp. zahájením řízení.

2) Koncernová teorie (*Group of companies doctrine*)

Další z teorií je tzv. koncernová teorie, tedy teorie provázanosti koncernových společností, tj. mateřských a dceřiných společností. Jde o reálnou propojenost signatářské a nesignatářské společnosti. „*Stručně lze vymezit podstatu koncernové teorie tak, že v principu umožňuje aplikovatelnost rozhodčí smlouvy na nesignatářskou společnost působící v rámci téhož koncernu jako signatářská společnost dané smlouvy – tj. koncernová společnost, která s druhou smluvní stranou formálně uzavřela dotčenou (rozhodčí) smlouvu. Prakticky se koncernová teorie projevuje tak, že rozhodci uznávají svou pravomoc rozhodovat příslušný spor v rámci arbitráže*

¹⁰⁴ Dal by se však vhodněji nazvat “zákazem zneužití protichůdného jednání“, viz HALLA, Slavomír. *Extenzja aplikácie rozhodcovskej doložky na nezmluvné strany*. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2014, s. 145.

¹⁰⁵ Tamtéž.

¹⁰⁶ „[W]here a non-signatory claims or exercises rights as a party under a contract, which contains an arbitration clause, the non-signatory will typically be estopped from denying that it is a party to the arbitration clause.“ in BORN: *International Commercial Arbitration*... s. 1472–1473.

*jak ve vztahu k signatářské koncernové společnosti, tak ve vztahu k nesignatářské koncernové společnosti.*¹⁰⁷ Na základě této teorie tak dochází k extenzi rozhodčí smlouvy na společnost v rámci skupiny společností (koncernu), a to i přes dvě základní premisy, že se jedná o dvě zcela oddělitelné entity práva a jedna z nich rozhodčí smlouvu nepodepsala. Základem pro tuto teorii se stal případ *Dow Chemicals* rozhodovaný před tribunálem ICC.¹⁰⁸ Tribunál v tomto případě a navazující teorie později vyvinuly tři základní předpoklady pro aplikovatelnost této teorie: i) silná koncernová propojenost signatářské a nesignatářské společnosti, ii) aktivní účast nesignatářské společnosti na procesu kontraktace, realizaci a případném ukončení smlouvy obsahující rozhodčí doložku, iii) společná vůle (úmysl) stran rozhodovat spory v arbitráži.¹⁰⁹

Z uvedených podmínek je zjevné, že na podporovatele, kteří jsou předmětem této práce, tj. samostatný a specializovaný subjekt, jehož hlavním předmětem činnosti je poskytování služeb za účelem financování sporu, se tato teorie aplikovat nemůže. Podporovatel tohoto typu nesplňuje již první z uvedených podmínek, tj. reálnou koncernovou provázanost. Podporovatel se také zpravidla nebude podílet na uzavírání hlavní smlouvy, neboť do celého procesu bude vstupovat většinou, až když vznikne spor z takové smlouvy. Přílehlavější aplikace se nabízí u teorie *alter ega*.

3) Nazdvižení korporátního závoje, teorie *alter ega*

Nazdvižením nebo protrhnutím korporátního závoje dochází ve výjimečných případech k prolomení právní a majetkové struktury a autonomie obchodních společností.¹¹⁰ Jde o zcela zásadní a výjimečné prolomení principu samostatnosti a odlišitelnosti subjektů práva. K tomuto prolomení však dochází z důvodu, že jedna společnost zcela zásadně dominuje a rozhoduje o dění ve druhé společnosti, o jejím jednání a směřování. Do jisté míry tak zneužívá svého dominantního postavení, že je v rámci vyšší spravedlnosti žádoucí, aby tyto dvě společnosti nebyly nadále považovány za dva rozdílné subjekty práva.¹¹¹

Tento institut nemůže být aplikován mechanicky a automaticky v případě, že dochází k silné propojenosti dvou korporací, resp. k přenosu odpovědnosti a podnikatelského riziku z jedné na druhou. Tento přenos totiž představuje samotnou podstatu korporátního práva. Aby mohl být tento institut adekvátně aplikován, musí propojenost, míra kontroly nad subjektem a snaha vyhnout se svým závazkům směřovat k potenciálnímu zneužití práva. Aplikace by proto měla chránit dosažení spravedlnosti.

¹⁰⁷ CIENCIALA, René. *Aplikovatelnost rozhodčí smlouvy na třetí osoby v (mezinárodní) obchodní arbitráži – vybrané otázky ve srovnání mezinárodní obchodní praxe a české právní úpravy*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2016, s. 62.

¹⁰⁸ ICC Award No. 4131, ze dne 23. září 1982, Dow Chemical Company v Isover Saint Gobain.

¹⁰⁹ CIENCIALA: *Aplikovatelnost...* s. 68, nebo HALLA: *Extenzja aplikácie...* s. 225.

¹¹⁰ CIENCIALA: *Aplikovatelnost...* s. 82.

¹¹¹ BORN: *International Commercial Arbitration...* s. 1432–1433.

Mohou nastat dvě hypotetické situace. Jedna z nich byla předestřena již výše. Mateřská společnost, podporovatel, bude zakládat účelové společnosti (SPV) pro účely financování jednotlivých sporů. Může tak činit jednak s ohledem na výše zmíněné odhalení identity a jednak právě s ohledem na možnost dovození své vlastní odpovědnosti při náhradě nákladů. Pokud by byla odhalena identita podporovatele coby účelové společnosti a tato entita byla později přibrána do řízení a zavázána k úhradě nákladů řízení, může být výsledek stejně beznadějný, jako kdyby měla náhrady nákladů hradit sama financovaná strana. Účelová společnost může být bez jakýchkoliv dalších finančních aktiv, neboť veškeré prostředky získala od matky. V takovém případě jsem jednoznačně pro přibrání i matky. Nicméně proniknutí korporátního závoje opět řeší problematiku vztahu entit k hlavní smlouvě, kde mají původ práva a povinnosti stran řízení. V tomto bodě teorie *alter ega*, ve vztahu k podporovateli opět neuspěje.

Druhý hypotetický případ je situace, kdy matka, jež využívá SPV, za účelem financování vlastního sporu, založila vlastního podporovatele. Jeho jediným účelem bude dodávat pouze prostředky pro financování sporu. V takovém případě je aplikace nazdvihnutí korporátního závoje zcela na místě, a přestože může být podporovatel opět prázdnou schránkou, dle mého názoru lze extenzi rozhodčí doložky rozšířit i o něj.

Závěrem lze však konstatovat, že podporovatele v pojetí, v jakém jsou zkoumání optikou této práce, nebude možné rozšířit pod arbitrážní doložku pomocí teorie *alter ega*. Tato práce vychází z premisy, že financující a financovaná strana jsou dva zcela odlišné subjekty, a to jak materiálně, tak právně. Podporovatel sice vykonává vliv nad financovanou stranou, nicméně ten je omezen pouze na procesní práva týkající se arbitráže. V ostatním zůstává rozlišitelnost obou subjektů tak markantní, že tato teorie není aplikovatelná.

4) Teorie implikovaného souhlasu

Jak již bylo uvedeno výše, struktura mezinárodních obchodních vztahů je velmi složitá. Pokud by se právní řády a mezinárodní praxe omezily pouze na formální účastenství smlouvy – a potažmo tedy i arbitráže –, neodpovídal by tento formalistický přístup materiální realitě. Teorie implikovaného souhlasu, kterou lze aplikovat obecně na kontraktační proces, uvádí, že subjekt se může stát stranou smlouvy svými prohlášeními, explicitním či skrytým jednáním.¹¹² Tato teorie má svým obsahem blízko ke koncernové teorii, resp. k její třetí podmínce. Teorie implikovaného souhlasu tak míří na vůli subjektu, ať už skutečnou, deklarovanou či zamlčenou, přenést pravomoc rozhodovat spor tribunály (*consent to arbitrate*). Nevyžaduje se zde jakékoliv zapojení či aktivita při

¹¹² BORN: *International Commercial Arbitration*...s. 1427.

vyjednávání či exekuci hlavní smlouvy, která rozhodčí smlouvu či doložku obsahuje.¹¹³ Tento požadavek se zakládá na předpokladu oddělitelnosti rozhodčí doložky od zbytku smlouvy. Doložka představuje svébytné ujednání stran, které se zásadně posuzuje a vykládá nezávisle na platnosti zbytku hlavní smlouvy. Základním předpokladem úspěšné aplikace implikovaného souhlasu však je vůle smluvních stran arbitrážní doložky, aby se dotčený subjekt stal také stranou této doložky. Tzn. chování dotčeného subjektu, které by se dalo vykládat, že se cítí být smlouvou vázán.¹¹⁴ Toto chování si lze před vznikem sporu u podporovatele stěžít představit. Nicméně někteří autoři uvádějí, že teorie implikovaného souhlasu je právě tím nástrojem, jak zahrnout podporovatele do arbitráže.¹¹⁵ A to zejména kvůli tomu, že se nevyžaduje vztah podporovatele k hlavní smlouvě.

Sim uvádí, že pokud se podporovatel rozhodl financovat spor, který má svůj původ ve smlouvě, jež obsahuje rozhodčí doložku, dal tak souhlas s řešením sporu v arbitráži, a to explicitně. Implikovaný souhlas se pak dle autora dá dovodit přímo ze smlouvy o financování. Když se k tomu připočítají pravomoci podporovatele ovládat spor, lze dle autora použít analogii s postoupením pohledávky. V takovém případě by tribunál měl rozšířit doložku i na financující stranu.

Osobně bych byl v unáhlených závěrech extenze rozhodčí doložky na podporovatele pomocí implikovaného souhlasu zdrženlivější. Zaprvé, implikovaný souhlas lze jednoduše zvrátit explicitním nesouhlasem podporovatele přímo v textu dohody o financování. Zadruhé, teorie obecně neřeší, zda souhlas s řešením sporu v arbitráži musí být dán již při uzavírání smlouvy, resp. rozhodčí doložky, nebo zda postačí souhlas *ex post*. Okamžik vzniku souhlasu (*consent to arbitrate*) však bude zcela zásadní podmínkou pro posouzení aplikovatelnosti teorie implikovaného souhlasu. Osobně bych se z důvodu větší právní jistoty a pro zesílení vztahu mezi podporovatelem a rozhodčí smlouvou klaněl spíše pro okamžik sjednávání doložky. Takových podporovatelů by však v takovém případě bylo minimum.

Toto jsou v krátkosti představené některé možnosti extenze rozhodčí doložky na nesmluvní strany a jejich vtažení do arbitrážního řízení. Pokud lze nad některou z výše uvedených variant extenze uvažovat, je to dle mého názoru pouze teorie implikovaného souhlasu pod bodem 4). Pod ostatními teoriemi si extenze ve vztahu k podporovateli nedokážu představit, a to zejména s ohledem na konsenzuální charakter arbitráže a na speciální postavení podporovatele. Nicméně i implikovaný souhlas má zjevné trhliny. Pokud bychom však udělali mix všech výše zmíněných atributů podporovatele, tj. implikovaný souhlas s arbitráží (byť *ex post*), jeho vlastní imanentní zájem na výsledku řízení a obrovský vliv na průběh celé arbitráže, resp. chování financované strany, klonil bych se k přibrání podporovatele do arbitráže. V takovém případě bude garantována větší

¹¹³ Tamtéž, s. 1430.

¹¹⁴ BORN: *International Arbitration...* s. 103.

¹¹⁵ SIM, Christine. Use Costs Orders to Regulate Third Party Funding. *Asian Dispute Review*, 2018, roč. 20, č. 1, s. 14.

transparentnost celé arbitráže a bude zajištěn případný výkon náhrady nákladů pro druhou stranu. V současné chvíli však neexistují přesvědčivé nástroje, které by k takovému výsledku vedly.

1.3.3 Náhrada výdajů a odměny podporovatele

Třetí shora položenou otázkou je problematika vymožení nákladů podporovatele v rámci rozhodnutí o nákladech. Tedy otázka, zdali by nefinancovaná neúspěšná strana měla v rámci náhrady nákladů řízení hradit také prostředky, které do sporu investoval podporovatel, tedy náklady arbitráže. Případně zdali by měla vítězná straně nahradit také odměnu (*success fee*), kterou musí financovaná strana uhradit podporovateli dle smlouvy o financování. Mezi těmito dvěma položkami je významné zásadně rozlišovat.

U arbitrážního rozhodování panuje dodnes poměrně velká nejistota, co lze všechno považovat za náklady, které by se měly vítězná straně hradit. S přítomností podporovatele se tato nejistota dále zvyšuje. Podle některých odborných názorů, pokud je jedna ze stran financována třetí stranou, měla by od počátku panovat jasná a striktní pravidla o tom, co všechno lze případně odškodnit v rámci náhrady nákladů. Žádný konsenzus však doposud na takových pravidlech není.¹¹⁶ Vše samozřejmě lze také řešit již v arbitrážní doložce stran, a tak předejít budoucím konfliktům i na tomto poli. Někteří komentátoři pak navrhují úpravu arbitrážních pravidel tak, aby explicitně zakázala přiznání nákladů na financování v rámci náhrady nákladů řízení.¹¹⁷

Vzhledem k nulové úpravě financování třetí stranou obecně je nereálné nyní uvažovat nad úpravou pouze dílčího problému. Výjimku opět tvoří pravidla HKIAC, a to v čl. 34.4.¹¹⁸ Ty umožňují tribunálům vzít v potaz veškerá smluvní ujednání ve vztahu k financování třetí stranou při určování výše náhrady nákladů dle 34.1. Pokud je strana financována, veškeré náklady od počátku až do konce řízení zpravidla hradí podporovatel. V průběhu řízení se to týká zejména veškerých průběžných nákladů, ať už samotné arbitráže (poplatky, náklady na dokazování, odměny arbitrům), nebo výdaje samotné straně (právní zastoupení). Zcela souhlasím s názorem, že tyto poplatky by měly být nahrazeny vítězná straně bez ohledu na to, zdali byla financována třetí stranou. Tyto položky by musely být v arbitráži zaplacený nehledě na subjekt, který je ve výsledku uhradil.¹¹⁹ Nepochybně se pak jedná o účelně vynaložené náklady, které – pokud nemají vlastní

¹¹⁶ BERTRAND: *The Brave New...* s. 614.

¹¹⁷ KÜHN, Wolfgang, OEVAREN, van Hanneke. The Full Recovery of Third-Party Funding Costs in Arbitration: To Be or Not To Be? *Journal of International Arbitration*, 2018, roč. 35, č. 3, s. 327–328.

¹¹⁸ „The arbitral tribunal may take into account any third party funding arrangement in determining all or part of the costs of the arbitration referred to in Article 34.1.“

¹¹⁹ MEJIA, Sebastian. Recovering the Costs of Third-Party Funding: From Impossible to Plausible. In GONZÁLOS-BUENO, Carlos. *40 under 40 International Arbitration*. Dykinson: 2018, s. 480 nebo SIM: *Use Costs...* s. 15–16. V rozhodnutí tribunálu ze dne 3. března 2010 v investičním sporu *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia*, ICSID case no. ARB/05/18 and ARB/07/15, tribunál uvedl, že si není vědom žádných principů, proč by

kategorii – lze podle mého subsumovat do zbytkové kategorie „dalších nákladů“. Účelnost, efektivnost a hospodárnost takových nákladů je pak zcela zřejmá. Na tento problém pak zřejmě míří ustanovení čl. 34.4 pravidel HKIAC. Domnívám se proto, že přítomnost podporovatele by v otázce náhrady vynaložených nákladů arbitráže neměla hrát žádnou roli. Ostatně jak podotýká Goeler, fakt, že je strana financována, by její postavení nemělo v ideálním případě ani zvýhodnit, ani znevýhodnit.¹²⁰

Podstatně složitější je otázka, zdali by se měla nahrazovat také sjednaná odměna (*contingency fee* nebo *success fee*) podporovateli. Na první pohled se může jevit povinnost hradit i odměnu podporovatele jako spravedlivá. Subjekt, který byl v právu, se obrátil na tribunál, např. z důvodu nezaplacené faktury, aby získal své peníze zpět, aby nakonec z vyhraných peněz, z důvodu nutnosti financování svého nároku, vytěžil naprosté minimum. Vzhledem k absenci konkrétní úpravy je proto nutné hledat odpověď v kazuistice.

Velké emoce tak vyvolalo poměrně nedávné rozhodnutí Vrchního soudu pro Anglii a Wales ve věci *Essar vs Norscot*.¹²¹ Anglický soud odmítl zrušit rozhodnutí ICC, ve kterém tribunál rozhodl o povinnosti jedné ze stran nahradit nejenom veškeré náklady řízení vítězné straně, ale také náklady podporovatele, včetně bonusové odměny, která byla mezi stranami sjednána. Podporovatel navrhovatele společnosti Norscot investoval do celého řízení 647 000 britských liber a dohoda o financování mu zaručovala celkově 300 % návratnost z poskytnuté částky, nebo 35 % z celkově přisouzené částky, podle toho, která částka bude vyšší. Jediný rozhodce takto rozhodl s odkazem na čl. 37 odst. 1 ICC Rules z roku 2012 a s odkazem na § 59 anglického arbitrážního zákona. Oba předpisy obsahují demonstrativní výčet toho, co vše lze považovat za náklady, ale také vágní ustanovení obsahující sousloví „právní či jiné náklady stran“ (*the legal or other costs of the parties*). Odpůrce Essar se pak dožadoval u anglického Vrchního soudu zrušení tohoto arbitrážního rozhodnutí z důvodu překročení pravomocí tribunálu, resp. pro zjevnou právní nesrovnalost (*serious irregularity*). Vrchní soud však nic takového neshledal a návrh zamítl. Ztotožnil se s tím, že za jiné náklady mohou být považovány také náklady, které vznikly z důvodu vztahu s financující stranou.

Toto rozhodnutí pochopitelně vyvolalo velkou diskuzi napříč právními odvětvími. Na jednu stranu je nutno podotknout, že rozhodnutí ICC nemají precedenční povahu a nejsou závazná pro tribunály a rozhodce v jiných sporech, natožpak dle jiných pravidel. Stejně tak rozhodnutí Vrchního soudu, ve kterém bylo pouze shledáno, že rozhodnutí ICC nebylo v nesouladu s pravidly

měly být dohody se třetími stranami brány v potaz při přiznávání nákladů straně, které tyto náklady prokazatelně vznikly.

¹²⁰ GOELER: *Third-Party...* s. 410.

¹²¹ Rozhodnutí Vrchního soudu pro Anglii a Wales ze dne 15. srpna 2016, sp. zn. *Essar Oilfields Services Ltd. v. Norscot Management PVT Ltd.* [2016] EWHC 2361.

ICC nebo že by rozhodce překročil své pravomoci.¹²² Nicméně toto rozhodnutí pootevřelo dveře možnosti se těchto dalších nákladů domáhat. Ačkoliv nelze soudit, že navazující žadatelé budou úspěšní, minimálně se o přisouzení těchto nákladů budou snažit. Trnem v oku je pak mnohým skutečnost, že arbitr, a potažmo i soud, nerozlišoval v nákladech, které podporovatel vynaložil, a mezi bonusem, který byl podporovateli v případě výhry přislíben.¹²³ Tyto kategorie tedy bez dalšího smíchal. Podstatné ovšem je, že arbitr došel k závěru, že odpůrce, společnost Essar, navrhovatele, společnost Norscot, natolik finančně poškodil, že Norscotu nezbyvalo nic jiného, než se při vymáhání svého nároku obrátit na podporovatele, který kýžené finance mohl poskytnout.¹²⁴

Náhrada odměny podporovateli nemá úplně jednoznačné řešení. Pokud vezmeme v potaz úpravu v čl. 34.4 pravidel HKIAC, není řešení o moc jednodušší, neboť ustanovení je velmi obecně napsáno a bude muset být nejdřív buď změnou pravidel, nebo rozhodovací praxí v rámci instituce deklarováno, zda lze vnímat odměnu pro podporovatele jako náklad.

Jak již bylo předestřeno, většina arbitrážních pravidel obsahuje termín „další náklady“, pod který lze subsumovat téměř cokoliv. Podstatné je, aby tyto náklady byly účelně vynaloženy v souvislosti s řízením. Pokud budeme uvažovat o účelnosti využití služeb podporovatele, musíme dojít k závěru, že využití financování třetí stranou bude účelné pouze za předpokladu, že se prokáže, že by subjekt nemohl řízení zvládnout bez cizí pomoci. Což se bude prokazovat velmi těžko. Druhou možností je prokázání úmyslu poškodit druhou stranu oslabením její finanční síly, tak, jak tomu bylo v případě Essar v. Norscot. To však s sebou zákonitě nese úskalí nutnosti dalšího dokazování a prodloužení celého řízení, byť pouze ve vztahu k nákladům. Dalším problematickým aspektem se jeví výše odměny, resp. nahrazované odměny a její prokazatelnost. K tomu, aby mohl tribunál rozhodnout o nahrazení také odměny pro podporovatele, musí tribunál její výši, resp. způsob jejího výpočtu znát. K tomu je zapotřebí znát identitu podporovatele a znění celé smlouvy o financování. Dle mého názoru by taktéž měla mít nahrazována odměna určitý strop. Obávám se totiž, že pokud by se z nahrazování odměn pro podporovatele stal precedens, sjednané odměny by byly mnohem vyšší než doposud, resp. by strany sjednávaly nejrůznější dodatky týkající se výše odměny v případě, že by tribunál rozhodl o povinnosti neúspěšné strany takovou odměnu nahradit.

Závěrem lze tedy uvést, že náklady vynaložené podporovatelem na arbitrážní výdaje a výdaje strany v průběhu arbitráže by měly být bez dalšího nahrazovány neúspěšnou stranou v rámci rozhodnutí o náhradě nákladů řízení. Odměna podporovatele je poté speciálním druhem nákladu, který se, za určitých podmínek, dá za nahraditelný výdaj považovat. Doporučuji však při sestavování podrobnějších pravidel týkajících se náhrady nákladů tuto odměnu limitovat, např.

¹²² KÜHN, OEVARÉN: *The Full Recovery*... s. 310–312.

¹²³ Tamtéž, s. 313–314.

¹²⁴ MEJIA: *Recovering*... s. 484.

procentuálním vyjádřením součtu všech prokazatelných nákladů strany, nebo procentuálním vyjádřením nebo násobkem částky, která byla vítězné straně přisouzena.

2 Role arbitra

*Impartiality and independence of arbitrators are considerable safeguards for the parties of a dispute and all those directly connected to it.*¹²⁵

V této kapitole se pokusím demonstrovat jednu z nejpodstatnějších vad, které může netransparentnost financování třetí stranou přinést.

Jak již bylo popsáno výše, dohoda o financování sporu může mimo jiné obsahovat taktéž klauzuli o prerogativě podporovatele vybrat arbitra. Tato klauzule tedy umožňuje přímý vliv financující strany na výběr konkrétní osoby, která bude dle arbitrážní doložky spor rozhodovat. Tuto klauzuli považuji, hned po *due diligence*, za druhý nejpodstatnější krok a za jedno z nejdůležitějších oprávnění podporovatele. Vzhledem k tomu, že tribunál se musí dle většiny arbitrážních pravidel skládat z lichého počtu arbitrů a tento počet bude zpravidla tři,¹²⁶ je postava arbitra velmi důležitá pro případný úspěch ve sporu.

Arbitr bude zpravidla, ne však bezvýhradně, praktikující právník, který bude zapsán v seznamu arbitrů u příslušné arbitrážní instituce, popř. to bude v podstatě jakákoliv osoba, na kterou se subjekty mohou obrátit v rámci *ad hoc* arbitráží. Mnoho takových právníků bude taktéž působit v akademické sféře a nezdá se, že by tak budou přispívat i do odborné literatury. Jak již bylo v úvodu této kapitoly nastíněno, subjektivní vnímání určité problematiky bude u arbitra velmi významným faktorem.

Arbitr, stejně jako soudce v národních jurisdikcích, musí být nestranný a nezávislý. Tedy nesmí mít žádný vztah ke konkrétním účastníkům řízení nebo ke konkrétní projednávané věci. Ačkoliv definici těchto pojmů nikde nenalezneme, odborná literatura uvádí, že nestrannost je vnímána spíše jako subjektivní pojem, tedy se vztahuje k osobnímu vnímání arbitra (*state of mind*). Nezávislost je naopak objektivní termín vztahující se k předmětu řízení či stranám, popř. třetím osobám.¹²⁷ Proto, bavíme-li se o vztahu arbitra k podporovateli, narážíme na potenciální ohrožení arbitrové nezávislosti, a to i přesto, že se podporovatel formálně řízení neúčastní (viz níže).

Přestože je role jmenovaného či voleného arbitra v mnohém totožná jako funkce soudce, jeho životní role je značně odlišná. Zatímco soudce je soudcem na plný úvazek, bez ohledu na to, zda právě sedí v soudní síni, většina arbitrů jsou advokáti, akademici, firemní právníci apod. Pro *ad hoc* arbitráže to pochopitelně mohou být i osoby bez jakéhokoliv právního vzdělání, na které se

¹²⁵ KOCH, Christopher. Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators. *Journal of International Arbitration*, 2003, roč. 20, č. 4, s. 325.

¹²⁶ Většina arbitrážních pravidel uvádí, že pokud arbitrážní doložka neurčí jinak, bude počet arbitrů tři. Viz např. čl. 7 odst. 1 UAR, čl. 10 odst. 2 UML, čl. 12. odst. 1 ICC Rules, čl. 16 AAA Rules pak uvádí jednoho arbitra, pokud samotná pravidla neurčí, že počet arbitrů musí být 3.

¹²⁷ GOELER: *Third-Party...* s. 254, nebo BORN: *International Commercial Arbitration...* s. 1775–1776.

strany obrátily pro jejich odbornost či životní zkušenosti. Ačkoliv je postavení ve společnosti soudce a arbitra odlišné, hranice pro posuzování jejich nezávislosti, resp. nepodjatosti, by měla být u obou postavení stejná.

Arbitr, který je osloven s nabídkou jmenování v tribunálu, by měl sám (a ve svém vlastním zájmu) zveřejnit tzv. *disclosure* o všech skutečnostech, které by potenciálně ohrozily jeho nezávislé a nestranné rozhodování. Jde o notifikační povinnost rozhodců napříč *ad hoc* arbitrážními pravidly, institucionálními pravidly, tak i národními rozhodčími předpisy.¹²⁸ Zpravidla půjde o formu čestného prohlášení, ve kterém arbitr uvede svůj vztah ke stranám a k předmětu řízení. Jak uvádí Bělohávek: „*Notifikační povinnost má seznámit strany se skutečnostmi, které dle vlastního hodnocení rozhodcem nepředstavují důvod pro jeho vyloučení, a rovněž rozhodce je vnitřně přesvědčen, že nemají a nemohou mít vliv na jeho nestranný přístup k věci. Přestože rozhodce vyhodnotí tyto skutečnosti ze svého pohledu jako nezávadné.*“¹²⁹ Toto zhodnocení je zcela univerzální napříč arbitrážním světem. Mám však za to, že pokud se arbitr bude cítit zcela nezávisle, toto prohlášení činit nemusí, resp. takové prohlášení bude poté velmi strohé. Tato povinnost se však prolíná celým průběhem arbitráže a nevztahuje se pouze na začátek celého procesu. Dozví-li se proto arbitr v průběhu řízení o skutečnostech, které by mohly zavdat pochybnosti o jeho nestrannosti či nezávislosti, je pak jeho povinností o těchto skutečnostech strany neprodleně informovat.

Vybraná arbitrážní pravidla (UAR, UML, ICC Rules) a další, podobně jako tuzemské procesní předpisy, blíže nespécifikují, co vše by mohlo spadat pod ohrožení arbitrovy nezávislosti či nestrannosti. Za účelem sjednocení mezinárodní praxe byly vydány již uváděné IBA Guidelines, jejichž cílem je interpretačně sjednotit některé problémové aspekty nestrannosti a nezávislosti a minimalizovat počet návrhů na odvolání arbitru.¹³⁰ Tato pravidla – byť sama o sobě právně nezávazná – obsahují demonstrativní výčet situací, ve kterých se může arbitr ocitnout, a to z důvodu svého chování, kontaktů či svého dřívějšího rozhodování. IBA Guidelines obsahují 3 stupně (seznamy) okolností, které mohou, anebo naopak nemusí ohrozit arbitrovo rozhodování a které by měly, nebo nemusí být předmětem notifikační povinnosti. Jedná se o červený, oranžový a zelený seznam, dle stupně závažnosti obdobně jako na semaforu.

Pokud je však jedna ze stran podporována financující stranou, se všemi aspekty již výše popsanými, může se arbitr, byť i nevědomky, dostat do střetu zájmů. Jak se tedy vyrovnat s přítomností podporovatele ve vztahu k potenciálnímu ohrožení nezávislosti arbitru?

¹²⁸ BĚLOHLÁVEK, Alexandr. Notifikační povinnost rozhodců o svých vazbách na strany řízení ve světle mezinárodních standardů. *Bulletin advokacie*, 2018, roč. 25, č. 9, s. 37. Tato prohlášení konkrétně pak upravují čl. 11. odst. 2 ICC Rules, čl. 11 UAR, čl. 17 písm. a) AAA Rules, čl. 12 odst. 1 UML.

¹²⁹ Tamtéž.

¹³⁰ TRUSZ: *Full Disclosure*... s. 1670.

2.1 Vztah financující strany a arbitra

„Arbitrators are not disembodied spirits dwelling on Mars, who descends to Earth to arbitrate a case and then immediately return to their Martian retreat to await inertly the call to arbitrate another.“⁴³¹

I takto by se dala vystihnout role arbitra v arbitráži. Citace má svůj původ v odkazovaném investičním sporu, kdy se jedna ze stran snažila odvolat stranou jmenovaného arbitra pro jeho údajné konexe k téže straně. Jak již bylo popsáno výše, vzhledem ke svému profesnímu působení arbitra i mimo jednací síně navazuje arbitr při výkonu svého povolání profesní kontakty. Mezi tyto kontakty může pochopitelně patřit také podporovatel, resp. jeho zástupci.

Ačkoliv arbitrážní předpisy dokážou reagovat na konflikt zájmů mezi stranami arbitráže a arbitry, nedokážou doposud citlivě reagovat na vztahy arbitra a podporovatele. Ne každý kontakt arbitra s podporovatelem musí nuceně znamenat konflikt zájmů, a tedy jeho nucené odvolání. Jak již však bylo popsáno v kapitole 1, v arbitrážních předpisech chybí všeobjímající pravidlo (*catch-all provision*), definice, která by byla schopna na tyto situace promptně reagovat a lépe je uchopit.¹³²

Někteří komentátoři uvádějí, že pokud nedojde k odhalení podporovatele v průběhu arbitráže, nemusí si arbitr být jeho přítomnosti vůbec vědom, a tím tedy nebude ohrožena ani nezávislost jeho rozhodování.¹³³ Problém však spočívá v tom, že nedokážeme s určitostí odhalit, zdali arbitr o přítomnosti podporovatele ví, či ne. A proto se někteří oprávněně ptají: Stojí za to ten risk?¹³⁴

Ponechání podjatého arbitra však může vést k několika procesním důsledkům. Od napadení platnosti konstituce tribunálu, přes odvolání arbitra, až po zrušení arbitrážního nálezu a jeho nevykonatelnost.¹³⁵ Nutno také podotknout, že fakt, že si arbitr není vědom přítomnosti podporovatele v řízení, nemusí automaticky znamenat liberaci. Zejména v případech, kdy jsou arbitr a podporovatel finančně provázáni.¹³⁶

Bez definice podporovatele, a tím pádem bez toho, že by byl podporovatel formálně stranou řízení, se většina problémů, které přináší jeho přítomnost, těžko koriguje. Vyloučení arbitra pro jeho podjatost však bude vždy něčím abstraktnějším; něčím, co není tak pevně svázáno s předpisy. A protože arbitrážní předpisy *de facto* narušení nepodjatosti a nestrannosti podrobněji nerozvádějí, je nutné se obrátit na jiné inspirační zdroje. Jedním z nich je již dříve zmiňovaný IBA Guidelines.

¹³¹ Citace z rozhodnutí ICSID case no. ARB/03/17&19 Suez vs Argentina,.

¹³² HENRIQUES: *Third party*... s. 409.

¹³³ ROGERS, A. Catherine. *Ethics in International Arbitration*, Oxford University Press, 2014, s. 201.

¹³⁴ OSMANOGLU, Burcu. Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest. *Journal of International Arbitration*, 2015, roč. 32, č. 3, s. 327.

¹³⁵ LEW, KRÖLL, MISTELIS: *Comparative*... s. 675.

¹³⁶ OSMANOGLU: *Third-Party*... s. 332, nebo ROGERS: *Ethics*... s. 210.

Přestože se jedná o nezávazný dokument, jedná se o velmi vlivný dokument, který se od svého zveřejnění stal základem pro posuzování nestrannosti a nepodjatosti ze strany soudů a arbitrážních institucí.¹³⁷

Důvod, proč můžeme čerpat inspiraci z tohoto dokumentu, je ten, že oproti závazným arbitrážním předpisům obsahují jedno zásadní ustanovení. Dle IBA Guidelines lze totiž, za splnění několika podmínek, považovat podporovatele za stranu řízení. Klíč se nalézá v Standardu 6b IBA Guidelines, resp. v jeho vysvětlivce. Standard 6b říká následující: „*If one of the parties is a legal entity, any legal or physical person having a controlling influence on the legal entity, or a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration, may be considered to bear the identity of such party.*“ Vysvětlivka pod tímto Standardem poté myšlenku více rozvádí a mj. říká, že: „*Third-party funders and insurers in relation to the dispute may have a direct economic interest in the award, and as such may be considered to be the equivalent of the party.*“.

Tato malá přesmyčka otevírá bránu možnosti, jak se s tímto jevem, alespoň pro účely posouzení nestrannosti a nezaujatosti arbitru, vypořádat. Jak již bylo vícekrát zmíněno – a osobně se k tomu názoru též kloním –, podporovatel podpisem smlouvy o financování získává rozhodující vliv na osud nároku a je se stranou natolik provázán, spřízněn (*affiliate*), že je nutné jej pro účely posouzení arbitrovny nezávislosti považovat za ekvivalent strany řízení.¹³⁸

Ohrožení arbitrovny nestrannosti či nepodjatosti ve vztahu k účastníkům daného řízení nebo předmětu sporu není nikterak ojedinělým a těžko odhalitelným jevem. Může však z přítomnosti byť i neodhaleného podporovatele pramenit ohrožení nezávislého rozhodování konkrétního arbitra? Nepochybně ano. Proto níže uvádím demonstrativní případy, kdy k tomu může dojít. Pro níže uvedené závěry je však opět nezbytný jeden předpoklad: podporovatel musí být v daném řízení odhalen.

První z možných situací je přímá dohoda mezi arbitrem a podporovatelem. Může jít o případy, kdy arbitr, coby advokát, financující straně poskytuje právní rady (nemusí jít nutně přímo o zaměstnance) a tento advokát je poté jako arbitr podporovatelem jmenován do určitého řízení. Mezi arbitrem a podporovatelem dojde k uzavření dohody, ze které budou profitovat obě smluvní strany v případě výhry financovaného subjektu.¹³⁹ Takováto přímá dohoda je flagrantním narušením arbitrova nestranného rozhodování a spadá pod ustanovení 2.3.1 tzv. červeného listu

¹³⁷ MOSES, Margaret. *The Role of the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in Arbitrator Challenges* [online]. kluwerarbitration.com, 23. listopadu 2017 [cit. 20. listopadu 2018]. Dostupné zde:

<<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/23/role-iba-guidelines-conflicts-interest-arbitrator-challenges/>>.

¹³⁸ TRUSZ: *Full Disclosure*:... s. 1670.

¹³⁹ LINKE, Torres Sebastian. *Third-Party Litigation Funding in International Arbitration: Conflict of Interest with Arbitrators*. Münster: Westfälische Wilhelms-Universität Münster, 2019, s. 14.

IBA Guidelines.¹⁴⁰ Takovýto důvod zavdává silné pochybnosti o narušení arbitrovny integrity a bude se jednat o silný důvod pro odvolání arbitra z tribunálu.

Druhou potenciálně nebezpečnou situací je opakované jmenování stejného arbitra stejným podporovatelem. Opakované jmenování má dvě roviny a musí být vždy individuálně zkoumáno. První rovinou je opakované jmenování arbitra z důvodu jeho profesního zaměření a odbornosti. Vzhledem k rozličnosti možných sporů v mezinárodním obchodu je arbitrovo „předporozumění“ či vztah k řešení určité problematiky důležitým bodem, který je potřeba brát v úvahu již na samém počátku arbitráže. Arbitra, který sice nebude zaujatý v tom smyslu, v jakém ho chápou procesní předpisy, tedy že nebude mít vztah ke konkrétnímu předmětu řízení či ke konkrétním stranám, ale bude znám např. pro svůj neoblomný postoj např. k ekologicky šetrné výrobě potravin, bude ve sporu horko těžko přesvědčovat o tom, že např. kácení pralesa za účelem vysazení kakaovníků pro výrobu skvělých čokoládových dortíčků je nezbytným nástrojem pro byznys. Proto se má v zásadě za to, že vyjádření vlastního názoru, přístupu či filozofie je vítaným aspektem, kterému se v právním světě lze jen těžko vyhnout. Samotné publikování odborného článku – který by měl být publikován před zahájením řízení, v němž arbitr vyjádří svůj názor – nebude představovat důvod pro odvolání (*grounds for removal*). Tuto situaci ostatně IBA Guidelines řeší v zeleném seznamu v čl. 4.1.1. čili v seznamu situací, které by samy o sobě neměly zavdávat důvodné pochybnosti.¹⁴¹ Ve spojení s dalšími okolnostmi však může vždy představovat narušení arbitrovny integrity.¹⁴²

Druhou rovinou je opakované jmenování, které může vytvořit finanční závislost arbitra na podporovateli. Jak jsem uváděl při demonstraci standardní smlouvy o financování, jednou ze stěžejních prerogativ, které si podporovatel ve smlouvě vyměňuje, je právo vybrat arbitra. Podporovatel si bude arbitra vybírat buď z důvodu výše uvedeného odborného zaměření, anebo z důvodu, že s tímto arbitrem má dobré zkušenosti z předchozích sporů, které financoval. A přestože arbitrovny příjmy pochází i z jiné aktivity než z rozhodování sporů, odměna arbitra ve složitých sporech o miliony dolarů není malá. Může se tak lehce stát, že funkce arbitra začne tvořit vyšší část ročního příjmu dané osoby. Budou-li proto odměny arbitra, které získal v rámci rozhodování v tribunálu, do nichž jej nominoval tentýž podporovatel, tvořit vyšší desítky procent jeho ročního příjmu, lze se důvodně domnívat o jeho finanční závislosti na takovém podporovateli.¹⁴³ Ačkoliv IBA Guidelines v čl. 3.1.3 hovoří pouze o dvou a více jmenováních

¹⁴⁰ „The arbitrator currently represents or advises one of the parties, or an affiliate of one of the parties.“

¹⁴¹ „The arbitrator has previously expressed a legal opinion (such as in a law review article or public lecture) concerning an issue that also arises in the arbitration (but this opinion is not focused on the case).“

¹⁴² BORN: *International Commercial Arbitration*.... s. 1888.

¹⁴³ LINKE: *Third-Party*... s. 15.

v posledních třech letech, nikoliv o finanční závislosti, je zjevné, že i na toto uvedený článek směřuje.¹⁴⁴

Opakované jmenování bylo např. předmětem návrhu na odvolání arbitra v investičním sporu ve věci *Tidewater Inc. vs Venezuela*, kde bylo tribunálem řečeno, že: „*Repeat appointments may be as much the result of the arbitrator's independence and impartiality as an indication of justifiable doubts about it [...] In the view of the Two Members (zbývajících členů tribunálu, kteří o odvolání rozhodovali – pozn. aut.), there would be a rationale for the potential conflict of interest which may arise from multiple arbitral appointments by the same party if either (a) the prospect of continued and regular appointment, with the attendant financial benefits, might create a relationship of dependence or otherwise influence the arbitrator's judgment.*“¹⁴⁵

Je nutné zdůraznit, že v tomto případě by bylo nutné prokázat, že výběr arbitra provedla přímo financující strana, která jej jmenovala již dříve. Pokud by se např. prokázalo, že arbitra jmenovala strana, jež až později podepsala smlouvu s podporovatelem, který arbitra již dříve kontaktoval v jiné věci, nepokládám takové jmenování za ohrožující arbitrovu podjatost. A to i kdyby byl naplněn kvantifikační požadavek dle čl. 3.1.3 IBA Guidelines. Rozhodující vždy bude míra zapojení podporovatele ve výběru konkrétního arbitra.¹⁴⁶

Třetí potenciální hrozbou je přímá účast arbitra ve strukturách podporovatele. IBA Guidelines tuto okolnost rozlišuje v seznamech ve všech barvách, dle stupně míry účasti arbitra ve strukturách podporovatele. První z těchto situací je v čl. 4.4.2 zeleného listu: „*The arbitrator holds an insignificant amount of shares in one of the parties, or an affiliate of one of the parties, which is publicly listed.*“. Situace tedy míří na minimální účast arbitra na podporovatel, jehož korporátní struktura bude veřejně přístupná. Lze souhlasit s tím, že arbitrovi nelze podnikatelskou činnost zakázat, a pokud je taková činnost transparentní a veřejně odhalitelná, neměla by taková činnost být předpokladem pro odvolání. Určitě však vyžaduje zvýšenou pozornost, neboť i nepatrná majetková účast může hrát v rozhodování roli.

Druhý scénář upravuje čl. 3.5.1 oranžového listu, který je v podstatě totožný s článkem předchozím, s tím rozdílem však, že arbitr se již významnou měrou podílí na podporovateli.¹⁴⁷ Samotné IBA Guidelines ani žádný komentář blíže nespecifikují, co přesně se považuje za „materiální účast“ (*material holding*). Dokázal bych si však představit účast v rozsahu 20 % a víc.

¹⁴⁴ „*The arbitrator has, within the past three years, been appointed as arbitrator on two or more occasions by one of the parties, or an affiliate of one of the parties.*“ *A propos*, slovíčko „*affiliate*“, v překladu filiálka, dceřiná společnost apod., řeší situace účelových SPV, mateřské společnosti, která je ve výsledku podporovatelem, apod.

¹⁴⁵ Rozhodnutí o návrhu na odvolání člena tribunálu ze dne 12. prosince 2010, ICSID case no. ARB/10/5 *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*.

¹⁴⁶ OSMANOGLU: *Third-Party*... s. 335,

¹⁴⁷ Čl. 3.5.1 IBA Guidelines: „*The arbitrator holds shares, either directly or indirectly, that by reason of number or denomination constitute a material holding in one of the parties, or an affiliate of one of the parties, this party or affiliate being publicly listed.*“.

Třetí, a nejvýznamnější situace je blíže popsána v čl. 2.2.1 červeného listu: „*The arbitrator holds shares, either directly or indirectly, in one of the parties, or an affiliate of one of the parties, this party or an affiliate being privately held.*“. Bude se tak jednat o zcela evidentní narušení arbitrovny nepodjatosti. Ačkoliv zde není kvantifikována míra účasti arbitra ve financující straně, podstatou je, že jeho účast není veřejně zjiřitelná. To pochopitelně zásadně podrývá arbitrovnu nezávislost a transparentnost celého řízení. Pokud se prokáže, že se arbitr takto účastní na podporovateli, který se daného řízení účastní, měl by být arbitr bez dalšího odvolán.

Je pochopitelné, že okolností, které mohou vést k ohrožení arbitrovny nepodjatosti z důvodů přímého či nepřímého vlivu podporovatele, je mnoho. Uvedl jsem proto demonstrativní výčet několika situací, které považuji za nejpravděpodobnější z hlediska jejich četnosti. Jejich prokázání v řízení o odvolání arbitra však bude velmi těžké. Pokud nebude podporovatel odhalen, pak se domnívám, že takřka nemožné. Jako nejvýznamnější ohrožení arbitrovny nestrannosti spatřuji v možnosti vzniku finanční závislosti arbitra na podporovateli. Arbitr, jenž bude opakovaně jmenován podporovatelem, a příjmy, které arbitrovi budou plynout z těchto řízení, mohou dle mého vytvořit dokonce kvazi vztah podřízenosti a nadřízenosti, jak jej známe z pracovního práva. Pokud tyto příjmy budou dosahovat větších desítek procent z arbitrova ročního příjmu, je obava z finanční závislosti zcela na místě.

I přes některé výše uvedené flagrantní narušení arbitrovny nepodjatosti ve vztahu k podporovatelům, které budou hodnoceny optikou IBA Guidelines, je potřeba připomenout, že se jedná o nezávazný dokument. Nehledě na to, že vztah k podporovatelům výslovně neupravuje. Pokud si strany jejich aplikaci vyloučí již v rozhodčí smlouvě, nelze je použít ani jako podpůrný zdroj. A i bez explicitního vyloučení je jejich aplikace otázkou. Celý problém tkví, jak jsem již uvedl opakovaně, v neschopnosti mezinárodních pravidel na fenomén financování třetí stranou adekvátně reagovat, resp. jej jakkoliv uchopit. Narušení nezávislého rozhodování tribunálu je tak pouze jeden z mnoha dalších negativních důsledků této neschopnosti. Základem úspěchu tak zůstává arbitrova vnitřní integrita a jeho povinnost uveřejnit dopředu všechny skutečnosti, které by mohly zavdávat pochybnosti o jeho nestrannosti.

Nicméně, pokud tedy existují důvodné obavy (*justifiable doubts*) z narušení arbitrovny nepodjatosti, je na místě iniciovat proces, na jehož konci může být arbitr z tribunálu odvolán.

Pokud je strana přesvědčena o arbitrově zaujatosti z jednoho či více výše uvedených důvodů, je na její procesní aktivitě, aby podala návrh na odvolání arbitra z tribunálu. Tento proces, obdobně jako např. v úpravě občanského soudního řádu, je časově limitován. Většina arbitrážních pravidel stanovuje jak objektivní, tak subjektivní lhůty. Strana je oprávněna iniciovat odvolání arbitra zasláním návrhu (*notice of challenge*), a to zpravidla do 15 dnů ode dne ustanovení tribunálu (objektivní

lhůta), nebo zpravidla do 15 dnů ode dne, kdy se dozví o skutečnostech, o kterých má taková strana za to, že odůvodňují arbitrovu podjatost (subjektivní lhůta).¹⁴⁸ V zásadě tak lze iniciovat odvolání arbitra kdykoliv v průběhu řízení, vyjdou-li důvodné pochybnosti o jeho neutralitě najevo až v průběhu řízení. Jedná se o velmi zásadní zásah do řízení, dle statistik však nebývá nadužíván.¹⁴⁹

Arbitr pak může ze své vlastní vůle odstoupit z pozice arbitra, pokud uzná, že vznesené námitky zavdávají závažné pochybnosti o jeho nestranném rozhodování. K takovému kroku se může uchýlit např. z důvodu, že o takovýchto skutečnostech si nebyl v době svého jmenování nebo v době činění svého vlastního prohlášení vědom. Vzhledem k autonomii vůle stran arbitráže si, dle již zmíněných procesních pravidel, strany mohou samy zvolit procesní postup, jakým bude rozhodováno o podjatosti arbitra (vytvořením vlastních pravidel, např. již v rozhodčí doložce či smlouvě nebo právě podřízením se institucionálním pravidlům). Neexistuje proto jednotný procesní postup odvolání arbitra. Strany v zásadě mají tři možnosti. Buď využijí institucionální pravidla (ICC Rules, AAA, pravidla HKIAC), národní úpravy v rozhodčích zákonech, nebo, v případě *ad hoc* arbitráží, zvolí vlastní pravidla. V případě autonomie vůle stran se lze dohodnout, že o odvolání arbitra bude rozhodovat pouze předseda tribunálu. V případě, že bude návrh na odvolání směřovat vůči předsedovi, lze ujednat, že o jeho odvolání budou hlasovat zbylí dva arbitři. Musí se však taková pravidla domýšlet do důsledku, např. v případě rovnosti hlasů. V případě aplikace nejasných procedur pro odvolání arbitra mohou takové spory zdržet celé řízení.

Potenciální či reálné ohrožení nezávislého rozhodování tribunálu je flagrantním narušením spravedlivého řízení. K tomuto narušení může podporovatel snadno svojí přítomností přispět, a to jak úmyslně, tak nevědomky. Nalezení spravedlivého řešení předkládaného sporu je cílem nestranného a nezávislého řízení. Dokud však bude financování třetím subjektem stranou zájmu dotčených institucí, bude do budoucna těžké tento cíl se zárukou garantovat. Toto ohrožení by tak mělo být hlavním smyslem pro zavedení povinnosti odhalování podporovatele.

¹⁴⁸ čl. 13 odst. 2 UML, čl. 13 odst. 1 UAR, čl. 14 odst. 1 AAA Rules. ICC Rules v čl. 14 odst. 2 stanovují lhůtu 30 dní.

¹⁴⁹ V roce 2014 byl návrh na odvolání arbitra podán v 3,5 % procentech všech případů, vyhověno ještě v méně případech, in BORN: *International Commercial Arbitration...* s. 1914. V roce 2019 bylo u ICC zahájeno 869 nových sporů, přičemž návrh na odvolání arbitra byl podán v 52 případech, což je necelých 6 %. Vyhověno bylo v 6 případech. Ucelená statistika ICC k dispozici online zde: <<https://globalarbitrationnews.com/wp-content/uploads/2020/07/ICC-DR-2019-statistics.pdf>>.

3 Etický rozměr

*„Funders are neither necessarily evil nor always good. They are simply outsiders to a bilateral relationship. At heart, controversy over third party funder is a result of the system’s failure to recognise and define their role.“*⁴⁵⁰

Jak již bylo rozebráno v první kapitole, závaznou a ideální definici podporovatele v současné době nenajdeme v žádných pravidlech. Bez závazné definice můžeme tento fenomén těžko kontrolovat, když nemáme jasně určeno, koho vlastně chceme kontrolovat. Má to být každý, kdo poskytuje straně finanční prostředky? Nebo jen ten, kdo z výsledku řízení může něco mít a zároveň může významným způsobem řízení ovlivnit?

Na jednu stranu vznik celého odvětví financování specializovaným subjektem narovnává přístup ke spravedlnosti, což je nepochybně jeho největší přínos.¹⁵¹ Financování třetí stranou otvírá taktéž Pandořinu skříňku i mnohých mimoprávních problémů. Osobně vnímám tři (etické) zásadní problémy, které mohou v souvislosti s financováním nastat. Zaprvé, možný nárůst spekulativních a šikanózních sporů. Zadruhé, trojstranný vztah mezi podporovatelem, financovanou stranou a jejím právním zástupcem. A za třetí, určování procesní strategie financující stranou.

Etická rovina financování třetí stranou má kromě níže uvedených úskalí ještě jeden praktický rozměr. V případě výkonu a uznání rozhodčího nálezu může vykonávající stát prostřednictvím svých soudů výkon a uznání odmítnout s odkazem na porušení veřejného pořádku. Tuto možnost zakotvuje NYC v čl. V odst. 2 písm. b).

Pouze pro úplnost dodávám, že veřejný pořádek je pro tyto účely v českém právním řádu představován „*souborem zásad společenského a státního zřízení České republiky, na nichž je zapotřebí nutně bez výhrady trvat při aplikaci norem cizího práva na základě kolizních norem či v oblasti uznávání rozsudků*“.¹⁵² Tuto definici lze však v podstatě vztáhnout obecně na definici veřejného pořádku ve světovém měřítku, tzn. že by výkon rozhodčího titulu ohrožoval „základní principy práva a morálky“.¹⁵³

Můžou proto tyto etické mantinely představovat případnou překážku při výkonu rozhodčího nálezu? Domnívám se, že at’ už jde o níže popsané problémy, či jiné, zde neidentifikované, nebudou v případném výkonu hrát roli. To zejména proto, že stěžejní část exekučního titulu bude představovat vymezení sporu mezi stranami daného řízení. Pokud však tribunál přisoudí financované straně i výše diskutovaný nárok na proplacení odměny podporovatele, může tento nárok představovat ohrožení veřejného pořádku státu, ve kterém se bude titul vykonávat?

¹⁵⁰ SIM: *Use Costs...* s. 12.

¹⁵¹ BRABANDERE, de Eric, LEPELTAK, Julia. *Third Party Funding in International Investment Arbitration. Grotius Centre for International Legal Studies*, 2012, č. 1, s. 7.

¹⁵² BĚLOHLÁVEK, Alexandr. *Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo*. Komentář. 1. vydání, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 348.

¹⁵³ PAULSSON, R.P. Marike. *The 1958 New York Convention in Action*. Kluwer Law International, 2016, s. 223.

V úvodu práce bylo zmíněno, že ještě donedávna bylo financování zejména ve Velké Británii nepřijatelné a považované za trestný čin. Pokud by takový zákaz přetrvával, nebo pokud v některém státě obdobný zákaz platí, nepochybně by tato národní úprava představovala překážku narušení veřejného pořádku při výkonu rozhodnutí.

I tento aspekt proto tvoří součást *due diligence* financující strany před podpisem dohody o financování. Až samotným výkonem daného rozhodnutí se totiž může podporovatel domoci své smlouvené odměny.

3.1 Nárůst spekulativních sporů

„Moreover, because third-party financing vitiates traditional safeguards against frivolous claims, much of this increased litigation volume consists of claims of questionable merit.”¹⁵⁴

Vidina zhodnocení investice, tedy vidina velkých zisků je hlavní motivací podporovatele. Odpůrci financování tvrdí, že rozmach tohoto odvětví povede ke zvýšení počtu řízení, která nemají reálný hmotněprávní základ (*frivolous claims*) a která by se bez peněz podporovatele před tribunálem nikdy neocitla.¹⁵⁵ Zastánci financování třetí stranou oponují. Jsou toho názoru, že vzhledem k tomu, že je to primárně podporovatelova investice, která je zhodnocena zpravidla až při úspěchu ve sporu, je nesmysl, aby podporovatel financoval spor, o kterém ví, že nemá reálnou šanci na úspěch.¹⁵⁶ Obdobnými myšlenkami byl veden Texaský odvolací soud v Houstonu ve věci *Anglo-Dutch Petroleum vs Haskell*. Soud zhodnotil, že pokud je odměna podporovatele odvislá od výsledku sporu (*contingency fee*), je nesmyslné, aby podporovatel financoval spor, který nemá šanci na úspěch.¹⁵⁷

Osobně se přikláním k četnějšímu proudu zastánců financování. Jsem toho názoru, že kvalitní podporovatel se rozhodne financovat pouze nároky se silným hmotněprávním základem. Zejména pak za situace, kdy do řízení investoval již nemalé prostředky a investice se mu zhodnotí až v případě výhry. Nehledě na povinnost hradit náklady řízení v případě prohry, pokud bylo mezi

¹⁵⁴ BEISNER, John, MILLER, Jessica, RUBIN, Gary. *Selling Lawsuits, Buying Trouble. Third-Party Litigation Funding in the United States* [online] legaltimes.com, říjen 2009 [cit. 20. ledna 2020]. Dostupné na <<https://legaltimes.typepad.com/files/thirdpartylitigationfinancing.pdf>>.

¹⁵⁵ Tamtéž, GOELER: *Third-Party...* s. 91–95, nebo YEOH, Derric. *Third-Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?* *Journal of International Arbitration*, 2016, roč. 33, č. 1, s. 116–118. Stejného názoru je i Americká obchodní komora, viz LAT, David. *5 Issues With Litigation Finance* [online] abovethelaw.com, 2. prosince 2015 [cit. 25. ledna 2020]. Dostupné zde: <<https://abovethelaw.com/2015/12/5-ethical-issues-with-litigation-finance/>>.

¹⁵⁶ RODAK: *It's about...* s. 518–519.

¹⁵⁷ Rozhodnutí Texaského odvolací soudu, první obvod v Houstonu ze dne 9. března 2006, sp. zn. *Anglo-Dutch Petroleum International vs Haskell* 193 S.W. 3rd 87.

stranami sjednáno. Velký nárůst arbitrážních spekulativních sporů tak neočekávám a nepovažuji tuto námitku za příliš opodstatněnou.¹⁵⁸

Na druhé straně tyto obavy jsou více oprávněné v investičních arbitrážích, kde spor vedou zpravidla velké nadnárodní korporace se státy. V těchto arbitrážích půjde o mnohem větší částky, než tomu je v obchodních arbitrážích, a navíc si může podporovatel být vždy maximálně jistý solventností druhé strany. Specifičnost investičních arbitráží proto může vést k nárůstu spekulativních sporů v tomto odvětví, což samozřejmě tribunály nelibě nesou. V jednom sporu dokonce arbitr Gavan Griffith při ukládání povinnosti poskytnout zálohu na náklady řízení označil postavení financující strany v investiční arbitráži jako „*Heads I win, Tails I do not lose*“ – „panna vyhrávám, orel neprohrávám“.¹⁵⁹

I tak je však spíše vyzdvihována základní pozitivní hodnota podporovatele, a to zajištění přístupu ke spravedlnosti, což v případě investičních sporů může být mnohem obtížnější než u těch obchodních. Také je potřeba zdůraznit, že doposud (resp. alespoň do r. 2018) nebyl žádný arbitrážní nález v investiční arbitráži zrušen právě kvůli financující straně.¹⁶⁰

3.2 Etické problémy ve vztahu advokát-klient-podporovatel

Při popisu „standardní“ dohody o financování jsem výše uvedl, že její součástí bude ustanovení, které opravňuje podporovatele určovat procesní strategii strany, a to buď pomocí svého zvoleného zástupce, kterému diktuje pokyny, nebo bude dávat pokyny přímo právnímu zástupci strany. Z dvoustranného vztahu advokát–klient se nám stává vztah trojstranný klient–podporovatel–advokát. Což advokátovi, ať už operuje pod jakýmkoliv národním systémem, přináší mnohá eticko-právní dilemata.

Zprvce, narušení tohoto zpravidla velmi důvěrného vztahu může vést ke ztrátě ochrany dokumentů, ať už ústní, nebo písemné povahy, která je výsadou každého takového vztahu (*attorney-client privilege*). V širším kontextu se jedná o tzv. důkazní imunitu vztahující se na všechny dokumenty, které při spolupráci advokát a klient použijí.¹⁶¹ Jde spíše o zásadu *common law* systému, v kontinentálním systému práva bychom mohli spíše mluvit o advokátní mlčenlivosti.¹⁶² Protože

¹⁵⁸ Jiná situace nastává u národních litigací, kde je nárůst spekulativních sporů pravděpodobnější. I proto se např. v USA debatuje nad zavedením rigidnějšího *due diligence* v těchto případech či sankcemi za iniciování takovýchto sporů. Blíže pak ABRAMOWICZ, B. Michael. *Litigation Finance and the Problem of Frivolous Litigation*. Washington: George Washington University Law School, 2014, s. 211–220.

¹⁵⁹ ICSID case no. ARB/12/10, RSM Production Corporation v Saint Lucia, disentující názor Gavana Griffitha ze dne 12. srpna 2014.

¹⁶⁰ HENRIQUES, G. Duarte. *Arbitrating disputes in third-party funding: A parallel with arbitration in financing sector* [online]. ssrn.com, 16. listopadu 2018 [3. března 2020]. Dostupné zde: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3285723>.

¹⁶¹ NIEUWVELD, SAHANI: *Third-Party Funding*... s. 55–57.

¹⁶² Ustanovení § 21 odst. 1 zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů.

advokátovou povinností je hájit nejlepší zájem svého klienta, je otázka, zdali podporovatel, byť materiálně klienta samozřejmě podporuje, hájí stejný zájem jako advokát. Advokát tak může ztratit přehled o tom, co vlastně je v nejlepším zájmu jeho klienta, a ve výsledku, kdo vůbec jeho klientem je.¹⁶³ Lehce tak může porušit své povinnosti vyplývající mu z výše uvedených důkazních imunit.¹⁶⁴

Přítomnost podporovatele také může svádět advokáta k odhlédnutí od nejlepšího zájmu klienta, a naopak se zavděčit podporovateli. Podporovatel totiž pro advokáta znamená jistotu výtěžku, která může být v případě bonusu velmi zajímavá. Tento postoj se může projevit např. již vyjednáváním smlouvy o financování nastavením nevýhodných finančních podmínek.¹⁶⁵ Může to ovlivnit také nastavení procesní strategie, např. pokud by financovaná strana chtěla ukončit spor smírem, ale podporovatel bude trvat na pokračování sporu z důvodu možné vyšší výhry.¹⁶⁶ Dohoda také bude zavazovat právníka financované strany, aby striktně dodržoval příkazy právního oddělení podporovatele. V takovém případě se právní zástupce může dostat do přímých rozporů s etickými pravidly komory.¹⁶⁷ Optikou českého advokátního kodexu¹⁶⁸ je to ve výsledku právní zástupce strany, který zodpovídá za to, že bude činit úkony svědomitě a především pak v nejlepším zájmu klienta. Z mnohých rozhodnutí českých soudů vyplývá, že advokátem zvolená riskantní procesní strategie, byť po předchozím upozornění klienta, nemůže vést k dovození odpovědnosti advokáta za škodu.¹⁶⁹ Dokážu si však představit velké dilema kárné komory a soudů ohledně přímých příkazů, které by advokát obdržel od třetí osoby, s nímž by nebyl v přímém smluvním vztahu.

3.3 Kdo reálně ovládá spor?

Obecně vzato, postoupení pohledávky můžeme podřadit v širším významu jako jednu z forem financování. Vlastník nároku svůj nárok prodá třetí straně a spokojí se s menším finančním plněním, než by se mu možná dostalo, kdyby se odhodlal k vyvolání soudního nebo arbitrážního sporu. Za to se mu však dostane finančního protiplnění hned, bez větší námahy a strachu o to, jak by mohl spor ještě ve výsledku skončit.

¹⁶³ BOHÓRQUEZ, S. Oscar, STOLL, Lena. *Third-party litigation funds and the lawyer's ethics* [online]. leidenblog.nl, 28. září 2018 [cit. 3. března 2020]. Dostupné zde: <<https://leidenlawblog.nl/articles/third-party-litigations-funds-and-the-lawyers-ethics>>.

¹⁶⁴ STEINITZ: *Whose Claim...* s. 1324.

¹⁶⁵ JAKOUBEK: *Nové trendy...* s. 91.

¹⁶⁶ Tlak podporovatele na neuzavření smíru však může působit i *vice versa*. Menší společnosti mnohdy nezhájí spor s velkou korporací, a to i v případě silného hmotněprávního základu nároku. Obrovské výdaje na arbitráž a nejistý výsledek by mohly být likvidační. Při mimosoudním vyjednávání se slabší postavení může projevit i v přijetí nižší nabídky na vyrovnání, než na který má společnost reálně nárok. Podpora financující strany proto s sebou přináší silnější vyjednávací pozici. Viz RODAK: *It's about...* s. 503.

¹⁶⁷ WAYE: *Conflicts...* s. 241–242, nebo TRUSZ: *Full Disclosure...* s. 1657.

¹⁶⁸ Usnesení představenstva České advokátní komory č. 1/1997 Věstníku ze dne 31. října 1996, kterým se stanoví pravidla profesionální etiky a soutěže advokátů České republiky (Etický kodex), ve znění pozdějších předpisů.

¹⁶⁹ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. září 2017, sp. zn. 25 Cdo 1734/2016, nebo ze dne 14. července 2011, sp. zn. 25 Cdo 121/2010.

Ačkoliv je financovaná strana po podpisu smlouvy o financování i nadále formálním i materiálním držitelem svého nároku, zříká se velké části svých procesních práv ve prospěch podporovatele. Jsem si vědom, že postoupení pohledávky znamená převod vlastnictví hmotněprávního nároku, nicméně dá se v případě financování třetí stranou hovořit i nadále o tom, že o osudu nároku rozhoduje financovaná strana?

Připomeňme, že podporovateli je – oproti jeho financím – dána k dispozici celá paleta práv, které může, prostřednictvím financované strany pochopitelně, uplatňovat: smír, zpětvzetí nároku, změna návrhu apod. Toto všechno jsou procesní kroky, které však neodmyslitelně patří do rukou strany řízení, tedy vlastníka nároku. Proto se někteří oprávněně ptají: není to všechno jenom zastřené postoupení pohledávky, když držitel nároku v podstatě předal veškerou kontrolu nad nárokem podporovateli?¹⁷⁰ Souvislost to pochopitelně má i s předchozí podkapitolou, kdy financující strana může zadávat pokyny také advokátovi. I tyto úvahy nahrávají výše uvedeným debatám o obligatorním odkrytí podporovatele a o případné povinnosti podporovatele hradit náklady a zálohy na náklady řízení.

Z celého portfolia problémů, které financování třetí stranou s sebou přináší, mně osobně asi tento aspekt vadí nejvíce. Pokud financovaná strana vystupuje v řízení opravdu čistě formálně, protože je „papírovým“ držitelem nároku, zásadně to ubírá na transparentnosti celého řízení. Pokud zůstane poté podporovatel utajen po celou dobu řízení, druhá strana jedná *de facto* úplně s někým jiným. Každá procesní strategie se, přinejmenším na počátku každého sporu, odvíjí od důkladného *due diligence* druhé strany, přesně tak, jak to dělá podporovatel. Snad nebudu přehánět, když to přirovnám k frázi, která se používá v karetní hře poker: „*don't play the cards, play the man*“.

Síla nároku je pouze část úspěchu a taktizování v průběhu arbitráže je nepochybně další. I proto, jak jsem uvedl v kapitole 1.2, jsem pro obligatorní povinnost zveřejnit informaci o financování a totožnost podporovatele.

¹⁷⁰ STEINITZ: *Whose Claim...* s. 1321.

4 Možná aplikace v českém právním prostředí

Aby tato práce neměla pouze zahraniční přesah a mohla být využita i v tuzemském prostředí, myslím si, že by zde měly zaznít také úvahy nad možnou aplikací závěrů zde uvedených pro český právní řád. Zařazení této kapitoly má dvě roviny, dva důvody.

Prvním z nich je skutečnost, že v České republice není financování sporu doposud nikterak upraveno, a nedělám si iluze o tom, že se i u nás tento fenomén uchytí ve větší míře. Česká republika se pochopitelně může stát sudištěm mezinárodní obchodní arbitráže, jejíž průběh může být na základě volby stran řízen českými procesními předpisy. Těmi budou zpravidla zákon o rozhodčím řízení a/nebo občanský soudní řád. Dlouhodobě se také vedou diskuze nad připravovaným novým civilním soudním řádem, a některé doposud neřešené instituty, které byly popsány v souvislosti s financováním třetí stranou v mezinárodní obchodní arbitráži, by dle mého názoru tak mohly být nově upraveny. Problematiku kolizních norem a souvisejících hmotněprávních otázek nyní nechávám záměrně bokem.

Druhým důvodem této kapitoly je příprava – a v dohledné době snad i přijetí – zákona o hromadném řízení. Při přípravách tohoto ze zahraničí již známého institutu (*class action*) je ožehavým tématem mj. otázka financování sporu, resp. subjektu, který bude za financování kolektivní žaloby zodpovědný. Jsem toho názoru, že mezinárodní praxe může být pro českého zákonodárce dobrým vodítkem při zvolení vhodného řešení.

4.1 Financování sporu optikou českých zákonů

Financování sporu není v České republice zcela neznámým termínem a již dnes nalezneme na českém trhu společnosti, které se na financování specializují.¹⁷¹ Vzhledem k dynamičnosti celého odvětví financování sporů je pak jen otázkou času, kdy se v Česku dočkáme jeho většího rozmachu.¹⁷² V zemích s kontinentálním systémem práva však financování třetí stranou, tak, jak funguje ve velké míře v angloamerických systémech, příliš nenajdeme. Výjimkami jsou Německo a Švýcarsko.¹⁷³

Určitou formou financování sporu pak může být vnímána dohoda s advokátem na odměně podílem z předmětu právní pomoci (tzv. *contingency fee*) nebo podílem na úspěchu ve věci (tzv. *success*

¹⁷¹ Za nejvýznamnějšího hráče na poli tuzemského financování považují společnosti LitFin Capital a. s. (www.litfin.cz), dále pak např. společnosti K&P LEGAL (www.financovanisoudnichsporu.cz) nebo společnost ProcesPartner a. s. (www.procespartner.cz).

¹⁷² KRAVEC, Maroš. *Litigation finance konečně ve střední a východní Evropě* [online]. epravo.cz, 7. září 2018 [cit. 7. října 2019]. Dostupné na <<https://www.epravo.cz/top/aktualne/litigation-finance-konecne-ve-stredni-a-vychodni-evrope-108103.html>>.

¹⁷³ MORPUGO, de Marco. A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2011, roč. 19, č. 2, s. 399–400.

fee); odměna pak bude vyplacena pouze v případě, že ve sporu dojde k úspěchu. Zatímco podílová odměna je přijímána napříč státy, odměna odvislá od úspěchu ve věci má své četné odpůrce. Na rozdíl např. od angloamerických úprav na evropské úrovni je tato „úspěchová odměna“ neboli také „*no win no fee*“ považována za nepřípustnou, nebo alespoň částečně neetickou.¹⁷⁴ V České republice je nepřípustnost částečně prolomena, a to limitací ve výši 25 % úspěchu ve věci zakotveným v čl. 10 odst. 5 Etického kodexu České advokátní komory.¹⁷⁵ Ačkoliv tato odměna není financováním třetí stranou *per se*, ve smyslu, v jakém o ní bylo pojednáváno v této práci, jistým druhem financování nepochybně je. Předmětné financování sice neupravuje např. hrazení soudního poplatku nebo náklady na znalce, pokrývá však veškeré náklady na právní zastoupení. Hlavním důvodem, proč se evropské společenství staví negativně k *success fee*, je obava, že by možnost sjednání takové odměny mohlo vést k iniciování velkého množství spekulativních sporů, a tedy k dalšímu zatížení soudního systému. V mezinárodních litigacích nebo arbitrážích se pak takové financování neděje téměř vůbec. Pro advokáta je to příliš velký risk, náklady příliš vysoké a spor také velmi často končí dohodou.¹⁷⁶ Zde si však dovoluji oponovat s již dříve vysloveným názorem. Pokud by byla odměna advokáta závislá čistě na úspěchu ve sporu bez sjednání úkonové či hodinové odměny, nevidím logický důvod, proč by pak advokát zahajoval spory, o kterých musí vědět, že jsou předem odsouzené k neúspěchu, anebo jsou přinejmenším spekulativní. Já v takovém postupu nespatriji žádné ekonomické *ratio*, ačkoliv nevylučuji, že kanceláře s dostatečným personálním aparátem se těmto postupům vyhýbat nemusí.¹⁷⁷

Vzhledem k tomu, jak málo je doposud upraveno financování sporu v arbitrážních pravidlech, je poměrně logické, že český zákonodárce neměl doposud potřebu na fenomén jakkoliv reagovat. Totožná situace je pak např. v Polsku. Polské zákony ani rozhodčí zákon financování třetí stranou nikterak neupravují. Tím se tak prostředí velmi podobá tomu českému a naznačuje tak, že financování třetí stranou zde není nijak rozvinuté. V Polsku však narůstá počet litigačního pojištění, které se dá za jistou formu pojištění považovat. A podobně jako u nás je i v Polsku zakázána odměna advokáta postavená pouze na výše uvedené *success fee*, tedy odměna z právní pomoci odvislá od úspěchu ve sporu.¹⁷⁸

V Česku financování neřeší ani zákon o rozhodčím řízení, ani občanský soudní řád. Žádnou podobnou úpravu neobsahuje ani Řád Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České

¹⁷⁴ BERTRAND: *The Brave New...* s. 607.

¹⁷⁵ Viz čl. 10 odst. 5 Etického kodexu. Blíže k tomu pak ŘEHULOVÁ, Lenka. Smluvní odměna advokáta z pohledu čl. 10 Etického kodexu. *Právní rozhledy*, 2012, roč. 20, č. 7, s. 247–248.

¹⁷⁶ BERTRAND: *The Brave New...* s. 607–608.

¹⁷⁷ RODAK: *It's about...* s. 518–519.

¹⁷⁸ KRUCZKOWSKI, Zbigniew in PERRIN, Leslie. *The Third-Party Litigation Funding Law Review*. 2. vydání. Londýn: Law Business Research, 2018, s. 129–135.

republiky a Agrární komoře České republiky (dále jen „Rozhodčí řád“).¹⁷⁹ První náznaky řešení financování sporu nabídl návrh zákona o hromadném řízení; o tom však v následující podkapitole.

V kapitole 1.3 byl rozebrán institut záloh na náklady řízení (*security for costs*) a možnost uložení povinnosti jeho úhrady samotným podporovatelem. Proto následující úvahy zaměřím na aplikaci institutu také v České republice a úvahy *de lege ferenda*.

Zákon o rozhodčím řízení nikterak neupravuje náklady řízení, a proto se dle § 30 z. r. ř. použije o. s. ř. Občanský soudní řád zná dvě formy, které jsou obdobou záloh. Formu jistoty dle § 75b o. s. ř. v řízení o předběžném opatření, za účelem náhrady případně způsobené škody či jiné újmy. Druhá forma zálohy je upravena v § 141 o. s. ř.: záloha je skládána za účelem provedení důkazu. Ani jedna z těchto forem však neřeší případnou nesolventnost účastníka řízení v případě jeho soudní prohry.¹⁸⁰ Tento institut se zákonodárce rozhodl zavést do připravovaného zákona o hromadném řízení, konkrétně v navrhovaném znění ustanovení § 89.¹⁸¹ Vzhledem k dlouhodobě připravovanému novému civilnímu soudnímu řádu si myslím, že by nebylo od věci zařadit tento – obecně na poměry kontinentálních jurisdikcí nový – institut¹⁸² i do hlavního českého procesního předpisu.

Zálohu na náklady také upravuje § 54 Rozhodčího řádu. Ten stanovuje, že rozhodčí senát může straně určit složení zálohy, která bude sloužit ke krytí nákladů na překlady, konání ústních jednání mimo sídlo rozhodčího soudu, odměny tlumočníka apod. Rozhodčí řád však (přínejmenším výslovně) nestanovuje, že toto složení záloh lze nařídít za účelem krytí případných náhrad nákladů.

V této práci jsem se dále zabýval problémy, které mohou nastat při propojení arbitra a podporovatele. Jde především o ekonomickou propojenost, a tím pádem o ohrožení arbitrové nezávislosti. Tyto vztahy mohou pochopitelně vznikat bez dalšího i v tuzemském rozhodčím řízení. I v tuzemsku může vzniknout ekonomická propojenost – závislost rozhodce na konkrétním subjektu. Zejména pak z důvodu opakovaného zvolení (jmenování) v *ad hoc* arbitráži. Opakované volení rozhodce zažilo v posledních pár letech poměrně turbulentní změny, když o tom, co už znamená ekonomická závislost rozhodce vedoucí k jeho podjatosti a absenci nestrannosti, svedly

¹⁷⁹ Rozhodčí soud zřízen a rozhodčí řád vydán na základě § 19 zákona č. 301/1992 Sb., České národní rady o Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁸⁰ Jsem si pochopitelně vědom toho, že až pravomocné rozhodnutí konstituuje nárok na zaplacení nákladů řízení. Nicméně nezřídka se stává, že povinný subjekt náklady nikdy neuhradí a oprávněný subjekt je nucen iniciovat exekuční řízení, čímž se jeho čekání na uspokojení i nadále natahuje. Cílem mých úvah je proto eliminovat tento nadbytečný krok a zajistit alespoň částečnou sanaci vítězného účastníka.

¹⁸¹ Práce je psaná v době, kdy vláda dne 24. 2. 2020 schválila návrh zákona a poslala jej do Poslanecké sněmovny. Viz ČTK. *Vláda podpořila zavedení hromadných žalob do českého práva* [online]. ceskenoviny.cz, 24. února 2020 [cit. 24. února 2020]. Dostupné zde: <<https://www.ceskenoviny.cz/zpravy/vlada-podporila-zavedeni-hromadnych-zalob-do-ceskeho-prava/1857914>>.

¹⁸² KIRTLEY, WIETRZYKOWSKI: *Should an Arbitral...* s. 19.

souboj Nejvyšší soud a Ústavní soud. Vždy však šlo o vztah mezi stranou řízení a konkrétním rozhodcem.

Nejvyšší soud v posledních 5 letech dvakrát přehodnotil své závěry ohledně opakované volby, ať už tzv. dohodnutou osobou (tj. arbitrážním centrem), nebo přímo určenou v rozhodčí doložce. V roce 2015 došel Nejvyšší soud k závěru, že: „*Pro posouzení nezávislosti a nestrannosti třetí osoby pověřené určením rozhodce se uplatní stejná pravidla jako pro nezávislost a nestrannost rozhodců. V úvahu přitom připadá jakýkoliv druh závislosti, zejména závislost materiální, stejně jako zájem na výsledku projednávání sporu.*“¹⁸³ Jednalo se však o opakované ustanovení arbitrážním centrem, a nikoli na základě rozhodčí doložky. Tyto závěry pak byly Nejvyšším soudem částečně překonány (právě s ohledem na opakované ustanovení na základě rozhodčí doložky), když Nejvyšší soud došel k závěru, že: „*K vyloučení konkrétní osoby rozhodce z projednávání a rozhodnutí o věci proto nemůže postačovat jen tvrzení, že je jednou ze stran rozhodčí smlouvy opakovaně, event. i dlouhodobě, jako možný rozhodce navrhován.*“¹⁸⁴ Tyto závěry později potvrdil i Ústavní soud ve svém rozhodnutí ze dne 19. února 2019, sp. zn. I. ÚS 2703/18. Avšak nedlouho poté Ústavní soud kritéria poněkud zpřísnil. Ve svém rozhodnutí ze dne 3. září 2019 pod sp. zn. II. ÚS 1851/19 uvedl, že si je sice vědom opakovaného ustanovování rozhodců právě s ohledem na jejich znalosti či odbornost, ale námitku podjatosti z důvodu ekonomické závislosti je nutné v každém případě velmi pečlivě posuzovat individuálně, neboť právě opakované volení dotčeným subjektem může v ekonomickou závislost přerůst.¹⁸⁵

Výše zmíněná rozhodnutí obou soudů se týkala spotřebitelského práva a také v poslední době velmi ožehavého tématu – rozhodčích doložek soukromých rozhodčích soudů. Když odhlédnu od specifčnosti ve vztahu ke spotřebitelům (a k tomu, že dotyčný rozhodce rozhodoval 13 000 případů pro jeden subjekt), hodnotím poslední uvedené rozhodnutí jako adekvátní přístup k opakované volbě rozhodců. Ústavní soud si je jednoznačně vědom specifik rozhodčího řízení a důvodů pro opakovanou volbu rozhodce v rozhodčích doložkách. Bez tohoto atributu by ostatně rozhodčí doložky, zejména ve velkých obchodních sporech, postrádaly význam. Ačkoliv obsah pojmů nezávislost a nestrannost musí být stejný jak pro soudce, tak pro rozhodce, ze samotné podstaty opětovného zvolení bych taktéž nedovozoval automatickou finanční závislost. Jak však v citovaném rozhodnutí apeloval Ústavní soud, pochybnosti o finanční provázanosti bude nutné dostatečně rozptýlit.

Závěrem této kapitoly je tak myšlenka, že český právní prostor – ostatně jako ten mezinárodní arbitrážní – není dostatečně připraven na financující subjekty. I zde absentuje

¹⁸³ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28. dubna 2015, sp. zn. 26 Cdo 3662/2014.

¹⁸⁴ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 23. ledna 2018, sp. zn. 20 Cdo 4022/2017.

¹⁸⁵ Blíže pak LISSE, Luděk. *Ekonomická závislost rozhodce z důvodu opakovaného ustanovování do funkce* [online]. epravo.cz, 21. října 2019 [cit. 25. listopadu 2019]. Dostupné na <<https://www.epravo.cz/top/clanky/ekonomicka-zavislost-rozhodce-z-duvodu-opakovaneho-ustavovani-do-funkce-110076.html>>.

obširnější úprava; složení záloh na krytí nákladů řízení (nesolventní) straně nelze uložit a možnost ekonomického propojení rozhodce a podporovatele může nastat i v České republice. Jak jsem se ostatně snažil předestřít i v předcházejících kapitolách, spatřuji v podporovatelích vítaný nový subjekt. Na druhou stranu to bude vždy pouze byznys, a proto bez jakékoliv bližší úpravy může představovat také potenciální riziko. Mým závěrem tedy je, že by český zákonodárce měl využít čas, dokud není financování třetí stranou v České republice tak rozšířené, přinejmenším k diskuzi nad přijetím adekvátní úpravy

4.2 Financování hromadných žalob

Na úvod je potřeba uvést, že zákon o hromadném řízení se bude výlučně týkat spotřebitelských sporů.¹⁸⁶ Tím je tak v podstatě vyloučena možnost projednávání v rozhodčím řízení.¹⁸⁷ Přestože se tato práce zaměřuje výhradě na arbitráž, považuji za důležité tuto kapitolu zařadit.

Detailní analýzy připravovaného zákona o hromadném řízení již proběhly na více místech. Návrh se setkal jak s negativní kritikou,¹⁸⁸ tak s pozitivními ohlasy.¹⁸⁹ Většina odborných článků se však dotýká spíše problematiky oprávněného subjektu disponovat s žalobou a otázek, zda žalobce, resp. členové skupiny budou zahrnuti do řízení systémem *opt-in* nebo *opt-out*. Velmi podstatným bodem celého institutu však bude, kdo bude nároky velkého počtu žalobců financovat. Hromadné řízení bude, stejně jako mezinárodní obchodní arbitráž, velmi nákladné a na rozdíl od arbitráže se obávám jeho vleklého průběhu. Správně určit, kdo bude spor financovat a zejména pak jakým způsobem bude vyčíslena jeho odměna, bude výrazným způsobem odrážet synergii mezi tímto subjektem a žalobcem, a logicky tak dynamiku celého řízení.

Tématu financování hromadných žalob se poměrně důkladně věnuje ve své diplomové práci Mgr. Marek Němeček.¹⁹⁰ Ve svých úvahách nad možnou podobou financování hromadného řízení shrnuje podobu hromadných žalob a podobu jejich financování dle věcného záměru. Nutno podotknout, že věcný záměr byl vládě předložen v únoru 2018 a vyvolal velkou kritiku z řad odborníků. Proto paragrafové znění předložené Ministerstvem spravedlnosti v červenci 2019 již

¹⁸⁶ § 7 navrhovaného zákona.

¹⁸⁷ § 2 odst. 1 z .r .ř.

¹⁸⁸ ŠVERĚPOVÁ, Kateřina. Fenomén hromadné žaloby jako projev změny role práva v moderní společnosti. *Bulletin advokacie*, 2019, roč. 26, č. 4, s. 18–33, nebo PTÁČNÍK, Jan. *Návrh zákona o hromadných žalobách: přehled a kritická analýza* [online]. *pravni prostor.cz*, 17. dubna 2019 [cit. 25. listopadu 2019]. Dostupné na <<https://www.pravni prostor.cz/clanky/procesni-pravo/navrh-zakona-o-hromadnych-zalobach-prehled-a-kriticka-analyza>>.

¹⁸⁹ BALARIN, Jan, JANOŮŠKOVÁ, Anežka. K fenoménu hromadné žaloby. *Právní rozhledy*, 2019, roč. 27, č. 13/14, s. 489–508.

¹⁹⁰ NĚMEČEK, Marek. *Financování hromadných žalob*. Olomouc: Univerzita Palackého, Právnická fakulta, 2018. 54 s.

dozvalo zásadních změn.¹⁹¹ Šlo zejména o příklon z odhlašovacího systému (*opt-out*) na systém přihlašovací (*opt-in*). Došlo také ke změně v osobě žalobce, tedy osoby, která je oprávněna podat za členy skupiny hromadnou žalobu. Dle věcného záměru to bude zcela zásadní subjekt, který má výsadní právo zahájit řízení s hromadnou žalobou a odpovídá tak ve svém důsledku za její investici. Žalobci, který bude povinně zastoupen advokátem, by tak měla náležet až 30% podílová odměna.¹⁹² Podle paragrafového znění se postavení žalobce zdatelně mění, a to i s ohledem na příklon k přihlašovacímu principu. Nově může řízení zahájit kterýkoliv člen skupiny a odměna žalobce je limitována 25% úspěšovou odměnou (viz § 97 odst. 1 návrhu zákona o hromadném řízení). Je tedy limitovaná stejně jako v Etickém kodexu Advokátní komory.¹⁹³ Žalobce, který bude zřejmě zpravidla sám členem skupiny, tedy poškozeným, bude muset odpovídat za zdroj financování v průběhu řízení, a to buď prostřednictvím advokáta, nebo třetí nezávislé strany. Otázka financování je tak velmi choulostivá a na první pohled připomíná podobu financování, jak o ní bylo pojednáváno v této práci. A na to zjevně zákonodárce myslel.

Návrh zákona předpokládá, že řízení bude zpravidla přihlašovací, neurčí-li žalobce jinak. V případě, že by došlo k odhlašovacímu systému, budou nositelé tvrzených práv a povinností automaticky zahrnuti do skupiny, aniž by se tak vyžadoval jejich aktivní přístup. V takovém případě může mít skupina i stovky členů. Lze tedy předpokládat vysoké celkové náklady. Lze také předpokládat, že se pak žalobce obrátí na třetí strany s žádostí o financování hromadného sporu.

Toto arbitrážní dilema vyřešil český zákonodárce, byť vyvolává spoustu otázek. V navrhovaném znění § 40 s nadpisem „*Podmínka transparentnosti financování*“ ukládá žalobci povinnost doložit soudu původ peněžních prostředků, kterými hodlá řízení financovat. Prokázání původu peněz má sloužit zejména k odhalení totožnosti podporovatele (půjde-li o právnickou osobu, může soud nahlédnout do evidence skutečných majitelů). Dalším důvodem je zjištění, zdali není financující subjekt ve střetu zájmů se zájmy žalovaného nebo se zájmy skupiny (§ 42 odst. 2 navrhovaného zákona).

Takto zvolené řešení se mi nejeví jako vyloženě špatně zvolené, ale zároveň vyvolává spoustu otázek. Zaprvé, není jasné, zdali údaje o původu prostředků a údajích o podporovateli budou přístupné i druhé straně. Z textu sice tento postup nevyplývá, ale domnívám se, že tyto údaje se stanou součástí spisu, do kterého bude mít samozřejmě druhá strana možnost nahlédnout.¹⁹⁴ Za druhé, nevím, proč by měla být předmětem zjišťování soudu skutečnost, zdali jsou zájmy

¹⁹¹ Schválené paragrafové znění dostupné zde: <<https://apps.odok.cz/veklep-detail?pid=KORNBA9EXSST>>.

¹⁹² Tamtéž, s. 40–41.

¹⁹³ MIKLÍKOVÁ, Eliška, VODIČKOVÁ, Martina. *Návrh zákona o hromadných žalobách – druhý (úspěšnější) pokus?* [online]. epravo.cz, 20. srpna 2019 [cit. 25. listopadu 2019]. Dostupné na <<https://www.epravo.cz/top/clanky/navrh-zakona-o-hromadnych-zalobach-druhy-uspesnejsi-pokus-109805.html>>.

¹⁹⁴ Viz § 44 odst. 1 o. s. ř.

podporovatele v rozporu se zájmy žalovaného. Z logiky věci financující subjekt a žalovaný mají naprosto protichůdné zájmy. Je-li podporovatelova odměna vázána na úspěch žalobce ve věci, je logické, že jeho zájmem je prohra žalovaného. Ustanovení zároveň zcela opomíjí ohrožení nezávislosti a nestrannosti soudce ve vztahu k podporovateli. O tomto problému viz níže. Abych však nebyl pouze negativní, jako pozitivní bod vnímám ověření totožnosti podporovatele – právnické osoby v evidenci skutečných majitelů. Tímto způsobem se předejde výše předestřeným problémům s podporovatelem, jakožto účelově vytvořené *SPV*. Skutečného podporovatele tak půjde snadno odhalit. Nechci přeceňovat pojem „racionálního zákonodárce“, ale připadá mi, že v tomto případě k němu není opravdu daleko.

V této souvislosti také na připravovaném návrhu kvituji – a jak již bylo naznačeno v předchozí podkapitole – zavedení institutu záloh na náklady řízení. Ustanovení § 89 předpokládá možnost žalované strany navrhnout soudu, aby žalobci uložil povinnost složit, v případě odůvodněných obav, že nebude schopen zaplatit případné náklady řízení, zálohu na takové náklady. Tento návrh musí být dle odst. 3 daného ustanovení náležitě odůvodněný. Pokud bude žalobce zastoupený advokátem také podporovatelem celé skupiny, tzn. členové skupiny se nebudou podílet na výdajích na soudní řízení (soudní poplatek, náklady na právní zastoupení apod.), lze uvažovat, stejně jako v mezinárodní obchodní arbitráže, o určité míře nesolventnosti celé skupiny.¹⁹⁵ Záloha na náklady řízení je tak myslím nezbytnou součástí hromadného řízení. Stejně jako v mezinárodní obchodní arbitráži i tady budou muset soudci najít ideálně vyvážené řešení mezi hájením přístupu žalobce ke spravedlnosti a oprávněným zájmem žalovaného na uspokojení jeho případných nákladů.¹⁹⁶

Je nutné se také zamyslet nad tím, zdali se subjekt, který bude hromadné žaloby finančně podporovat (garantovat), bude v něčem podobat podporovatelům v mezinárodních arbitrážích, tedy zdali je možné jej svým způsobem podřadit pod definici v kapitole 1.

Co do finanční síly nepochybně existují advokátní kanceláře, které se svým ekonomickým zázemím vyrovnají některým financujícím subjektům. Na rozdíl od tradičních podporovatelů zde odpadá etické dilema, že by se advokát musel řídit pokyny subjektu, se kterým není v přímém právním vztahu, neboť k této povinnosti ho zavazují stavovské předpisy. A stejně tak procesní strategii určuje advokát-podporovatel v jedné osobě. Při hledání ideální definice podporovatele pro účely mezinárodní obchodní arbitráže jsem dospěl k závěru, že zcela esenciálním atributem takové definice je přímý ekonomický zájem podporovatele na výsledku řízení. Při sjednání 25% podílové odměny při úspěchu ve věci pro advokáta žalobce v řízení o hromadné žalobě mám za to, že přímý

¹⁹⁵ SANTOS: *Third party...* s. 920, nebo KIRTLEY, WIETRZYKOWSKI: *Should na Arbitral...* s. 18.

¹⁹⁶ KIRTLEY, WIETRZYKOWSKI: *Should na Arbitral...* s. 21.

ekonomický zájem na výsledku řízení advokát má. Na rozdíl od úpravy podporovatelů v mezinárodních arbitrážních předpisech je působnost advokátů, a to jak v řízení, tak mimo něj, striktně upravena. Navíc zde působí stavovská komora se svými předpisy a sankčními mechanismy. Stejně jako u podporovatelů v mezinárodní obchodní arbitráži i návrh zákona o hromadném řízení provázely obavy, že zákon povede k nárůstu zejména spekulativních sporů, a to s ohledem na výši možného přisouzeného plnění. Ztotožňuji se s názorem, že spor je vždy nutné aktivně vést. A pokud ji členové nemají individuálně, je potřeba si tuto motivaci koupit u specializovaného subjektu (podporovatel nebo advokát).¹⁹⁷ Přestože se dá očekávat, že některé spory nebudou mít silný hmotněprávní základ, nepovažuji obavy z dramatického nárůstu spekulativních sporů za opodstatněné.

Výše jsem analyzoval možnost dopadu financování na přímou povinnost podporovatele hradit taktéž náklady řízení strany v případě prohry. Tato povinnost byla úzce spjata s otázkou, zdali se podporovatel dá považovat za stranu (účastníka) řízení. V českém právním řádu pro tuto konstrukci však oporu nenajdeme. Mgr. Němeček dle platné české právní úpravy správně dovozuje, že správce skupiny (advokát) nebude účastníkem řízení, a to ani vedlejším, ve smyslu § 93 o. s. ř. Cituje také rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 17. února 2015, sp. zn. 30 Cdo 113/2014, ve kterém bylo dovozeno, že pouhý finanční zájem subjektu není dostatečným důvodem pro přibrání takového účastníka jako vedlejšího.¹⁹⁸ Zde se opět dostáváme na začátek celé práce při hledání vhodné definice podporovatele. Je otázkou, zdali ekonomický zájem podporovatele (investora) z pohledu českého práva neznamená taktéž zájem hmotněprávní. Dle navazujícího rozhodnutí Nejvyššího soudu však nikoliv. „*O právní zájem vedlejšího účastníka na výsledku řízení ve smyslu § 93 o. s. ř. se zpravidla jedná tehdy, jestliže rozhodnutím ve věci bude dotčeno jeho právní postavení, tj. jeho práva a povinnosti vyplývající z hmotného práva. Nastalá změna se musí promítat do roviny právní v podobě změny, dotčení reálné existujících nebo v blízké budoucnosti jistě nastalých právních vztahů.*“¹⁹⁹

Nejvyšší soud v odkazovaném rozhodnutí sp. zn. 30 Cdo 113/2014 sám kriticky hodnotí a polemizuje s dřívějším rozhodnutím Ústavního soudu ze dne 8. prosince 2004, sp. zn. I. ÚS 553/03. V tomto nálezu se Ústavní soud zabýval blíže výkladem zákonem nedefinovaného pojmu „právní zájem“, který je předpokladem pro vstup vedlejšího účastníka na jedné či druhé straně sporu. Ústavní soud ve svém nálezu uvedl: „*Ústavní soud neshodil se závěrem, podle kterého „Pokud ustanovení § 93 odst. 1 OSŘ hovoří o právním zájmu na výsledku sporu (na vítězství podporovaného účastníka), nestačí pouze zájem morální, nestačí ani např. pouhý zájem majetkový, ale musí jít o existující právní zájem třetí*

¹⁹⁷ HORVÁT, Martin. *Revoluce v civilním procesu – hromadné žaloby* [online]. iurium.cz, 19. listopadu. 2019 [cit. 24. května 2020]. Dostupné zde: <https://www.iurium.cz/2019/11/19/revoluce-v-civilnim-procesu-hromadne-zaloby/#_ftn29>.

¹⁹⁸ NĚMEČEK: *Financování...* s. 40.

¹⁹⁹ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 16. prosince 2015 sp. zn. 23 Cdo 2396/2013.

*osoby na výsledku sporu s přímým dopadem do hmotného práva. Při posuzování otázky právního zájmu nelze totiž – z hlediska ochrany základních práv a svobod stěžovatelů – akcentovat pouze úzké hledisko hmotněprávní.*²⁰⁰

Nemyslím si, že je nereálné, aby hromadné žaloby nezaprčičinily velký narůst sporů, ve kterých bude žalobce často financován třetí stranou – specializovaným podporovatelem. Pokud se bude vývoj odvíjet tímto směrem, může s sebou přinést i všechny výše popsané problémy, a to včetně problematiky nezávislosti a nestrannosti soudců. Soudcova nezávislost může být přítomností podporovatele ohrožena stejně jako v případě arbitra. Přímý ekonomický zájem na výsledku řízení tak dostává zcela jiný rozměr. Neočekávám, že by se v tomto směru rozhodování českých soudů, natožpak toho Nejvyššího, vůči vedlejšímu účastníku řízení změnily. Ačkoliv závěry citovaného rozhodnutí Ústavního soudu pod sp. zn. I. ÚS 553/03 dle mého názoru nejsou aplikovatelné pro účely financování třetí stranou hromadných žalob, dá se z něj nepochybně částečně vycházet. A to zejména s akcentem na individuální přístup ke každému případu a na potenciální dopad do hmotněprávní sféry. Pokud bude mít podporovatel, který žalobce finančně podporuje, možnost ovlivnit jeho procesní jednání stejně jako na základě dohody o financování popsané v kapitole 1.1, je jasné, že k enormnímu ekonomickému zájmu na výsledku řízení se přidává i dopad do hmotněprávní sféry podporovatele. Přímý ekonomický zájem je dle mého názoru dostatečně silným důvodem pro přibrání subjektu jako vedlejšího účastníka řízení.²⁰¹ V kombinaci s možností manipulovat s žalobcem by nemělo být o přibrání podporovatele pochyb.

Pokud bude podporovatelem advokát, pak zde samozřejmě vývoj judikatury nepředpokládám. Advokát obecně odpovídá klientovi za způsobenou újmu dle zákona o advokacii.²⁰² Hrozba toho, že by advokát spor financoval a poté byl ještě odpovědný za náhradu nákladů v případě prohry, by byla značně demotivační a žádný advokát by do takového rizika pochopitelně nešel.

Je však zjevné, že hromadné žaloby už dnes poutají pozornost podporovatelů, kteří se připravují na přijetí zákona, ať už bude podoba financování jakákoliv.²⁰³ Tím by tak bylo do jisté

²⁰⁰ Nutno podotknout, že Ústavní soud se v předmětném nálezu zabýval řízením na ochranu osobnosti. Dle mého názoru však uvedenou citaci nechal Ústavní soud volný prostor pro individuální zvážení v každém jednotlivém případě.

²⁰¹ Obdobně se tomu tak děje např. u pojišťoven. Důvodem pro jejich přibrání jakožto vedlejšího účastníka je pojišťovací smlouva uzavřená jednou ze stran sporu. Pokud pojištěná strana spor prohraje, pojišťovna bude muset způsobenou škodu uhradit. Má tak zcela nepochybně pouze ekonomický zájem na výsledku řízení. V těchto věcech však soudy nemají problém s tím pojišťovnu přibrat. Viz usnesení Nejvyššího soudu ze dne 2. února 2015, sp. zn. 25 Cdo 4519/2014).

²⁰² Dle § 24 a násl. zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů. V této souvislosti pouze zdůrazňuji, že je velký rozdíl mezi způsobenou škodou ve formálním postupu, tzn. např. promeškáním lhůty, a ve špatně zvolené argumentaci. K tomu blíže rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. ledna. 2019, sp. zn. 25 Cdo 2038/2018.

²⁰³ LitFin. *Litigation Finance jako součást moderní advokacie* [online]. epravo.cz, 20. září 2019 [cit. 24. května 2020]. Dostupné na <<https://www.epravo.cz/top/aktualne/litigation-finance-jako-soucast-moderni-advokacie-110008.html?mail>>.

míry prolomeno zaměření financujících subjektů, které se na financování spotřebitelských sporů v zásadě nepodílí. Vzhledem k předpokládanému objemu takovýchto žalob to však zcela koresponduje se zájmy financujících stran. Třeba tak bude přijetí zákona o hromadných žalobách impulzem k rozvoji financování sporů i u nás.

5 Závěr

„Ale nemohli jste se dožadovat spravedlnosti, protože když nemáte prachy, zákon pro vás neplatí.“ – Charles Bukowski

Financování třetí stranou, které bylo donedávna výsadou zemí s převážně angloamerickým systémem práva, začíná být celosvětovým fenoménem a globálním obchodním odvětvím. Jde o model, který potřebným zajišťuje přístup ke spravedlnosti. Ačkoliv se nepochybně můžeme setkat s altruistickými nebo filantropickými podporovateli, činí tak ve valné většině případů pouze s vidinou zisku a s extenzivními právy na úkor financovaného. Tento způsob vzájemné spolupráce se však ukázal být jako velmi efektivní. Proto pronikl z prostředí národních litigací i do mezinárodních obchodních sporů, jejichž řešení je nalézáno před arbitrážními tribunály. Fungování tohoto stále ještě relativně mladého odvětví je dnes již zevrubně popsáno a odborná veřejnost má poměrně jasnou představu o jeho funkcích, cílech a prostředcích. Přesto na mnohé jeho stinné stránky není arbitrážní svět řádně připraven. Chybí účinné nástroje, které by si dokázaly s profesionálním podporovatelem poradit. Vedle absence adekvátních instrumentů chybí také jednotný přístup k řešení některých nejpalcivějších problémů, a to jak na úrovni legislativy – jak národní, tak na úrovni předpisů jednotlivých arbitrážních center –, tak i v případě arbitrážních rozhodnutí. Tato právní nejistota může být sice spíše ku prospěchu podporovatelů, dle mého je však „dobrým sluhou, ale zlým pánem“.

Největším problémem přetrvává v nevědomosti strany řízení a tribunálu. V nevědomosti o skutečnosti, zdali je druhá strana (zpravidla navrhovatel) podporována třetím subjektem. Tato nevědomost přináší značné nejistoty do řízení. Do jaké míry ovlivňuje podporovatel rozhodování svého financovaného subjektu? Jaké jsou jejich finanční podmínky? Je financovaný subjekt dostatečně solventní, aby uhradil náklady řízení v případě prohry? Nespolupracoval podporovatel již dříve s jedním z arbitrů, a není tak narušena jeho nestrannost a nezávislost? Tuto nejistotu nelze jednoznačně odstranit, neboť neexistuje spolehlivý nástroj, který by dokázal podporovatele v řízení odhalit. Odhalení identity podporovatele by přitom přispělo ke zvýšení transparentnosti arbitráže, pozici podporovatele by to víceméně nezměnilo a předešlo by se tak možným sporům nebo dokonce nevykonatelnosti arbitrážního nálezu. Není přitom nezbytně nutné odhalovat znění samotné smlouvy o financování, které může pochopitelně představovat citlivé obchodní tajemství.

Bohužel na tom, zda a případně v jaké podobě by se měla přijmout adekvátní pravidla, která by tribunálům dala pravomoci, jak financující subjekty odhalit, shoda nepanuje. Neumím kvalitně posoudit, zdali je to zapříčiněno lobby ze strany podporovatelů, složitostí mezinárodní spolupráce v těchto věcech nebo zcela jiným, mně neznámým faktorem.

Velkou překážkou dalšímu postupu je však nepochybně absence jednotné definice podporovatele. Bez ujasnění si stěžejní otázky, kdo nebo co je potřeba přesně regulovat, nelze dále postupovat. Stanovení mantinelů, kdo vlastně je tím záhadným podporovatelem, je přitom extrémně důležité. Při příliš široké definici nám do řízení vstoupí i subjekty, které sice poskytly finanční obnosy, ale synergii arbitráže dále neovlivňují. Půjde především o banky, pojišťovny, popř. advokáty. Bude se jednat zpravidla o jednorázové, bezúčelové půjčky, pojištění v případě prohry, popř. úspěšové odměny advokátů. Tyto subjekty však postrádají klíčové a kumulativní aspekty podporovatele, skrze které se stává pro arbitráž toliko nebezpečným subjektem. Vlastní ekonomický zájem (vyjma advokátů) na výsledku řízení a vliv na rozhodování a jednání financované strany. Naopak při příliš úzké definici nám spousta žádoucích subjektů vypadne, resp. budou hledat nejrůznější právní klíčky, proč pod danou definici nespádají. Hned v úvodu práce byl tento problém rozebrán a byly navrženy různé modifikace při hledání ideální definice.

Roli podporovatelů nevnímám s nutně negativními, či pozitivními konotacemi. Celé odvětví má své klady i zápory. Nicméně je potřeba začít k nim přistupovat jako k integrální součásti řízení, a tedy vést intenzivnější debaty nad adekvátní změnou a doplněním příslušných pravidel. Inspirací budiž singapurský občanský zákoník nebo pravidla HKIAC. Po nalezení vhodné definice bude především nutné vyřešit míru participace podporovatele v řízení, resp. míru jeho odpovědnosti v případě prohry. Financování je totiž nástroj, který umožňuje přístup ke spravedlnosti nesolventním subjektům. Pokud však se svým nárokem subjekt neuspěje a není schopen nést následky svého neúspěchu, tedy náhradu vynaložených nákladů vítězné straně, arbitrážní řízení ve svém úsilí o nalezení a výkonu spravedlnosti ve výsledku selže. Stěžejní otázkou pro příslušné komise a odborné pracovní skupiny tak bude nalezení vyváženého přístupu k zapojení podporovatelů do řízení tak, aby byla zachována jejich částečně oddělená role od strany řízení, s neoddelitelnou otázkou míry jejich vlivu na řízení. To vše by mělo vést v ideálním případě k posílení pravomocí tribunálu a zachování spravedlivého a transparentního řízení. Zároveň by tato změna praxe neměla vést ke zbytečnému odlivu podporovatelů a v krajním případě zániku tohoto odvětví. Financování třetí stranou je pro mezinárodní obchodní arbitráž nepochybně spíše přínosem nežli přítěží. Čeká jej však ještě dlouhá cesta k ideálnímu stavu.

Seznam použité literatury

Monografie

BORN, B. Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. 2. vydání. Kluwer Law International, 2015. 474 s.

BORN, B. Gary. *International Commercial Arbitration*. 2nd edition. Kluwer Law International, 2014. 4260 s.

BLACKABY, Nigel, PARTASIDES, Constantine a kol. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. vydání. Kluwer Law International: Oxford University Press, 2015. 826 s.

GAILLARD, Emmanuel, SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. 1244 s.

GOELER, van Jonas. *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*. Kluwer Law International, 2016. s. 474.

LEW, D.M. Julian, KRÖLL, Stefan, MISTELIS, A. Loukas. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003. s. 904.

NIEUWVELD, B. Lisa, SAHANI, Shannon. *Third-Party Funding in International Arbitration*. 2. vydání. Kluwer Law International, 2017. 296 s.

PAULSSON, R.P. Marike. *The 1958 New York Convention in Action*. Kluwer Law International, 2016. 262 s.

PERRIN, Leslie. *The Third Party Litigation Funding Law Review*. 2. vydání. Londýn: Law Business Research, 2018. 240 s.

ROGERS, A. Catherine. *Ethics in International Arbitration*, Oxford University Press, 2014. 416 s.

Časopisecké články

ABRAMOWICZ, B. Michael. *Litigation Finance and the Problem of Frivolous Litigation*. Washington: George Washington University Law School, 2014, s. 195–232.

BALARIN, Jan, JANOUSKOVÁ, Anežka. K fenoménu hromadné žaloby. *Právní rozhledy*, 2019, roč. 27, č. 13/14. s. 489–508.

BĚLOHLÁVEK, Alexandr. Notifikační povinnost rozhodců o svých vazbách na strany řízení ve světle mezinárodních standardů. *Bulletin advokacie*, 2018, roč. 25, č. 9, s. 36–41.

BERTRAND, Edouard. The Brave New World of Arbitration: Third-Party Funding. *Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin*, 2011, roč. 29, č. 3, s. 607–615.

BRABANDERE, de Eric, LEPELTAK, Julia. Third Party Funding in International Investment Arbitration. *Grotius Centre for International Legal Studies*, 2012, č. 1, s. 3–19.

COSTÁBILE, Nicolás, LYNCH, Anthony. Applicable Law in Arbitration Involving Third-Party Funding Agreements. *Spain Arbitration Review*, 2017, roč. 33, č. 30, s. 166–181.

FERRARIO, Pietro. The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: Is There Any Reason for this Doctrine to Exist? *Journal of International Arbitration*, 2009, roč. 26, č. 5, s. 647–673.

GOLDSMITH, Aren, MELCHIONDA, Lorenzo. Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted To Know (But Were Afraid To Ask). *International Business Law Journal*, 2012, roč. 28, č. 2, s. 53–76.

GU, Weixia. Security for Costs in International Commercial Arbitration. *Journal of International Arbitration*, 2005, roč. 22, č. 3, s. 167–206.

HENRIQUES, G. Duarte. Third-Party Funding – In Search of Definition. *The American Review of International Arbitration*, 2018, roč. 28, č. 4. s. 405–431.

HORVATH, J. Günther, NEIL, Amanda. Guerilla Tactics in International Arbitration. *Asian Dispute Review*, 2017, roč. 19, č. 3, s. 131–137.

KHOURI, Susanna, HURFORD, Kate. Third Party Funding in International Commercial and Treaty Arbitration – A Panacea Or a Plague? A Discussion of the Risks and Benefits. *Transnational Dispute Management*, 2011, roč. 8, č. 4, s. 1–14.

KIRTLEY, William, WIETRZYKOWSKI, Koralie. Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impenious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding? *Journal of Interntional Arbitration*, 2013, roč. 30, č. 1, s. 17–30.

KOCH, Christopher. Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators. *Journal of International Arbitration*, 2003, roč. 20, č. 4, s. 325–353.

KÜHN, Wolfgang, OEVAREN, van Hanneke. The Full Recovery of Third-Party Funding Costs in Arbitration: To Be or Not To Be? *Journal of International Arbitration*, 2018, roč. 35, č. 3, s. 307–328.

LAMM, B. Carolyn, AQUA, A. Jocelyn. Defining the party – Who Is a Proper Party In an International Arbitration Before the American Arbitration Association and Other International Institutions. *George Washington International Law Review*, 2003, roč. 70, č. 4, s. 711–742.

MORPUGO, de Marco. A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2011, roč. 19, č. 2, s. 342–412.

OSMANOGLU, Burcu. Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest. *Journal of International Arbitration*, 2015, roč. 32, č. 3, s. 325–250.

RODAK, Mariel. It's about time: A systems thinking analysis of the litigation finance industry and its effect on settlement. *University of Pennsylvania Law Review*, 2006, roč. 155, č. 2, s. 503–535.

ROMERO, Mercedes, SIERRA, Nicolás. Costs in International Arbitration: The continual search for cost-efficient arbitrations. *Spain Arbitration Review*, 2016, roč. 32, č. 26, s. 31–38.

ROSS, Allison. The Dynamics of Third-Party Funding. *Global Arbitration Review*, 2012, roč. 7, č. 1. s. 15–26.

ŘEHULOVÁ, Lenka. Smluvní odměna advokáta z pohledu čl. 10 Etického kodexu. *Právní rozhledy*, 2012, roč. 20, č. 7, s. 242–253.

SANTOS, Dos Caroline. Third party funding in international arbitration: a wolf in sheep's clothing? *Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin*, 2017, roč. 35, č. 4, s. 918–936.

SHERER, Maxi, GOLDSMITH, Aren, FLECHET, Camille. Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funder's perspectives. *International Business Law Journal*, 2012, roč. 28, č. 2, s. 209–221.

SIM, Christine. Use Costs Orders to Regulate Third Party Funding. *Asian Dispute Review*, 2018, roč. 20, č. 1, s. 12–19.

STEINITZ, Maya, FIELD, Abigail. A Litigation Finance Model Contract. *University of Iowa: Iowa Law Review*, 2014, roč. 99, č. 2, s. 713–772.

STEINITZ, Maya. Whose Claim is This Anyway? Third Party Litigation Funding. *Minnesota Law Review*, 2011, roč. 95, č. 4, s. 1269–1338.

ŠVEŘEPOVÁ, Kateřina. Fenomén hromadné žaloby jako projev změny role práva v moderní společnosti. *Bulletin advokacie*, 2019, roč. 26, č. 4, s. 18–33.

TRUSZ, A. Jennifer. Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration. *Georgetown Law Journal*, 2013, roč. 101, č. 6, s. 1650–1682.

WAYE, Vicki. Conflicts of Interests Between Claimholders, Lawyers and Litigation Entrepreneurs. *University of South Australia: Bond Law Review*, 2007, roč. 27, č. 19, s. 225–302.

YEOH, Derric. Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field? *Journal of International Arbitration*, 2016, roč. 33, č. 1, s. 115–122.

Soudní rozhodnutí

Anglie

rozhodnutí Odvolacího soudu pro Anglii a Wales ze dne 26. května 2005, sp. zn. Arkin v. Borchard Lines, Ltd & ORS [2005] EWCA CIV 655.

rozhodnutí Vrchního soudu pro Anglii a Wales ze dne 15. srpna 2016, sp. zn. Essar Oilfields Services Ltd. v. Norscot Management PVT Ltd. [2016] EWHC 2361.

rozhodnutí Odvolacího soudu pro Anglii a Wales ze dne 18. listopadu 2016, sp. zn. Excalibur Ventures LLC vs Texas Keystone Inc. [2016] EWCA Civ 1144.

Česká republika

rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 14. července 2011, sp. zn. 25 Cdo 121/2010.

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 2. února 2015, sp. zn. 25 Cdo 4519/2014.

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28. dubna 2015, sp. zn. 26 Cdo 3662/2014.

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 16. prosince 2015, sp. zn. 23 Cdo 2396/2013.

rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. září 2017, sp. zn. 25 Cdo 1734/2016.

usnesení Nejvyššího soudu ze dne 23. ledna 2018, sp. zn. 20 Cdo 4022/2017.

rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. ledna 2019, sp. zn. 25 Cdo 2038/2018.

usnesení Ústavního soudu ze dne 19. února 2019, sp. zn. I. ÚS 2703/18.

nález Ústavního soudu ze dne 17. srpna 2019, sp. zn. II. ÚS 1851/19.

ICC

ICC Award No. 4131, ze dne 23. září 1982, Dow Chemical Company v. Isover Saint Gobain.

ICSID

ICSID case no. ARB/10/7 Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v. Oriental Republic of Uruguay.

ICSID case no. ARB/12/10, RSM Production Corporation v. Saint Lucia, disentující názor Gavana Griffitha ze dne 12. srpna 2014.

ICSID case no. ARB/09/1 Teinver S. A., Transportes de Cercanías S. A. and Autobuses Urbanos del Sur S. A. v. Argentine Republic.

ICSID case no. ARB/05/18 and ARB/07/15, Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia.

ICSID case no. ARB/10/5 Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C. A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela

USA

rozhodnutí Oblastního odvolacího soudu na Floridě, 3. okruh, ze dne 2. prosince 2009, sp. zn. Abu-Ghazaleh vs Chaul 36 So. 3d 691 (Fla. Dist. Ct. App. 2009).

rozhodnutí Oblastního soudu pro Jižní distrikt New Yorku, ze dne 20. září 1966, sp. zn. Tepper Realty Company v. Mosaic Tile Company, 259 F. Supp. 688 (S.D.N.Y. 1966).

rozhodnutí Texaského odvolací soudu, první obvod v Houstonu ze dne 9. března 2006, sp. zn. Anglo-Dutch Petroleum International vs Haskell 193 S.W. 3rd 87.

Ostatní

Procedural Order no. 13 ze dne 21. února 2013, PCA Case no. 2011-17 Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v Plurinational State of Bolivia.

Právní předpisy

Dohoda mezi Kanadou a Evropskou unií o volném obchodu (CETA) ze dne 30. října 2016

Newyorská úmluva o uznávání a výkonu zahraničních rozhodčích titulů, ve znění účinném od 7. června 1959

Rozhodčí pravidla Mezinárodního arbitrážního centra v Hong Kongu, ve znění účinném od 1. listopadu 2018

Rozhodčí pravidla Mezinárodní obchodní komory, březen 2017 (ICC Rules)

Rules of American Arbitration Association (Arbitrážní pravidla Americké arbitrážní asociace) ve znění účinném od 1. října 2013

UNICTRAL Arbitration Rules, přijaté usnesením Komise OSN pro právo mezinárodního obchodu dne 15. prosince 1976, ve znění účinném od 16. prosince 2013

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, přijatý usnesením Komise OSN pro právo mezinárodního obchodu dne 11. prosince 1986, ve znění účinném od února 4. prosince 2006

aktuální znění: zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů

aktuální znění: zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení, ve znění pozdějších předpisů

aktuální znění: zákon č. 177/1996 Sb., advokátní tarif, ve znění pozdějších předpisů

aktuální znění: zákon č. 304/2013 Sb., o veřejných rejstřících, ve znění pozdějších předpisů

usnesení představenstva České advokátní komory č. 1/1997 Věstníku ze dne 31. října 1996, kterým se stanoví pravidla profesionální etiky a soutěže advokátů České republiky (Etický kodex)

Internetové zdroje

APPELBAUM, Binyamin. *Investors Put Money on Lawsuits to Get Payouts* [online]. nytimes.com, 14. listopadu 2010 [cit. 5. září 2019]. Dostupné na <<https://www.nytimes.com/2010/11/15/business/15lawsuit.html>>.

BEISNER, John, MILLER, Jessica, RUBIN, Gary. *Selling Lawsuits, Buying Trouble. Third-Party Litigation Funding in the United States* [online] legaltimes.com, říjen 2009 [cit. 20. ledna 2020]. Dostupné na <<https://legaltimes.typepad.com/files/thirdparty litigation financing.pdf>>.

BOHÓRQUEZ, S. Oscar, STOLL, Lena. *Third party litigation funds and the lawyer's ethics* [online]. leidenblog.nl, 28. září 2018 [cit. 3. března 2020]. Dostupné zde <<https://leidenlawblog.nl/articles/third-party-litigations-funds-and-the-lawyers-ethics>>.

ČTK. *Vláda podpořila zavedení hromadných žalob do českého práva* [online]. ceskenoviny.cz, 24. února 2020 [cit. 24. února 2020]. Dostupné zde: <<https://www.ceskenoviny.cz/zpravy/vlada-podporila-zavedeni-hromadnych-zalob-do-ceskeho-prava/1857914>>.

GOLDSTEIN, J. Marc. *Third Party Funding Disclosure Issues – An Arbitrator Perspective*. [online] arblog.lexmarc.us, 1. března 2018 [cit. 25. října 2019]. Dostupné zde: <<http://arblog.lexmarc.us/2018/03/third-party-funding-disclosures-issues-an-arbitrator-perspective/>>.

HENRIQUES, G. Duarte. *Arbitrating disputes in third-party funding: A parallel with arbitration in financing sector* [online]. ssrn.com, 16. listopadu 2018 [3. března 2020]. Dostupné zde: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3285723>.

HORVÁT, Martin. *Revoluce v civilním procesu – hromadné žaloby* [online]. iurium.cz, 19. listopadu. 2019 [cit. 24. května 2020]. Dostupné zde: <https://www.iurium.cz/2019/11/19/revoluce-v-civilnim-procesu-hromadne-zaloby/#_ftn29>.

ILIESCU, N. Marius. *A Trend Towards Mandatory Disclosure of Third Party Funding? Recent Developments and Positive Impact* [online] kluwerarbitration.com, 2. května 2016 [cit. 18. října 2019]. Dostupné zde: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/05/02/a-trend-towards-mandatory-disclosure-of-third-party-funding-recent-developments-and-positive-impact/>>.

KALICKI, Jean a kol. *Third-Party Funding in Arbitration: Innovation and Limits in Self-Regulation (Part 1 of 2)* [online]. kluwerarbitration.com, 13. března 2012 [cit. 31. července 2019]. Dostupné na <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/03/13/third-party-funding-in-arbitration-innovation-and-limits-in-self-regulation-part-1-of-2/>>.

KALICKI, Jean a kol. *Third-Party Funding in Arbitration: Innovation and Limits in Self-Regulation (Part 2 of 2)* [online]. kluwerarbitration.com, 14. března 2012 [cit. 31. července 2019]. Dostupné na <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/03/14/third-party-funding-in-arbitration-innovations-and-limits-in-self-regulation-part-2-of-2/?doing_wp_cron=1594639666.5574738979339599609375>.

KRAVEC, Maroš. *Litigation finance konečně ve střední a východní Evropě* [online]. epravo.cz, 7. září 2018 [cit. 7. října 2019]. Dostupné na <<https://www.epravo.cz/top/aktualne/litigation-finance-konecne-ve-stredni-a-vychodni-evrope-108103.html>>.

KRESTLIN, Marc, MULDER, Rebecca. *Third-Party Funding In International Arbitration: To Regulate Or Not To Regulate?* [online] kluwerarbitration.com, 12. prosince 2017 [cit. 25. října 2019]. Dostupné zde: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/12/12/third-party-funding-international-arbitration-regulate-not-regulate/>>.

LAT, David. *5 Issues With Litigation Finance* [online] abovethelaw.com, 2. prosince 2015 [cit. 25. ledna 2020]. Dostupné zde: <<https://abovethelaw.com/2015/12/5-ethical-issues-with-litigation-finance/>>.

LISSE, Luděk. *Ekonomická závislost rozhodce z důvodu opakovaného ustanovování do funkce* [online]. epravo.cz, 21. října 2019 [cit. 25. listopadu 2019]. Dostupné na <<https://www.epravo.cz/top/clanky/ekonomicka-zavislost-rozhodce-z-duvodu-opakovaneho-ustavovani-do-funkce-110076.html>>.

MIKLÍKOVÁ, Eliška, VODIČKOVÁ, Martina. *Návrh zákona o hromadných žalobách – druhý (úspěšnější) pokus?* [online]. epravo.cz, 20. srpna 2019 [cit. 25. listopadu 2019]. Dostupné na <<https://www.epravo.cz/top/clanky/navrh-zakona-o-hromadnych-zalobach-druhy-uspesnejsi-pokus-109805.html>>.

MOSES, Margaret. *The Role of the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in Arbitrator Challenges* [online]. kluwerarbitration.com, 23. listopadu 2017 [cit. 20. listopadu 2018]. Dostupné zde: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/23/role-iba-guidelines-conflicts-interest-arbitrator-challenges/>>.

PASCUCII, T. Daniel. *Discoverability of Third Party Funding Agreements in Arbitration – Part I* [online]. natlawreview.com, 30. ledna 2019 [cit. 18. října 2019]. Dostupné na <<https://www.natlawreview.com/article/discoverability-third-party-funding-agreements-arbitration-part-i>>.

PTÁČNÍK, Jan. *Návrh zákona o hromadných žalobách: přehled a kritická analýza* [online]. [pravniprostor.cz](http://www.pravniprostor.cz), 17. dubna 2019 [cit. 25. listopadu 2019]. Dostupné na <<https://www.pravniprostor.cz/clanky/procesni-pravo/navrh-zakona-o-hromadnych-zalobach-prehled-a-kriticka-analyza>>.

SAMUELS, David. *Third-Party Funding: Avoiding the Pitfalls*. [online] fullbrookmanagement.com, 24. června 2011 [cit. 28. ledna 2020]. Dostupné zde: <<http://fullbrookmanagement.com/third-party-funding-avoiding-the-pitfalls/>>.

SHERER, Maxi. *Out in the open? Third-party funding in arbitration* [online]. cdr-news.com, 26. července 2012 [cit. 31. července 2019]. Dostupné na <<https://www.cdr-news.com/categories/arbitration-and-adr/out-in-the-open-third-party-funding-in-arbitration>>.

ŽIVKOVIĆ, Patricia. *Security for Costs in International Arbitration: What's Missing from the Discussion?* [online] kluwerlawarbitration.com, 9. listopadu 2016 [cit. 28. ledna 2020]. Dostupné na <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/11/09/security-for-costs-in-international-arbitration-whats-missing-from-the-discussion/?doing_wp_cron=1591020967.0503079891204833984375>.

Sborníky

HANOTIAU, Bernard. Non-signatories in International Arbitration: Lessons from Thirty Years of Case Law. In BERG, van der JAN (ed). *International Arbitration 2006: Back to Basics?* Kluwer Law International: ICCA Congress Series, roč. 13, 2007, s. 341–360.

MEJIA, Sebastian. Recovering the Costs of Third-Party Funding: From Impossible to Plausible. In GONZÁLOS-BUENO, Carlos. *40 under 40 International Arbitration*. Dykinson: 2018, s. 479–488.

SHERER, Maxi, *Third-party funding in international arbitration: Towards mandatory disclosures of funding agreements?* in CREMADES, B. Bernardo, DIMOLITAS, Antonias. *Third-Party Funding in International Arbitration*. International Chamber of Commerce, 2013, s. 95–132.

Jiné zdroje

Akademické práce

CIENCIALA, René. *Aplikovatelnost rozhodčí smlouvy na třetí osoby v (mezinárodní) obchodní arbitráži – vybrané otázky ve srovnání mezinárodní obchodní praxe a české právní úpravy*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2016. 138 s.

HALLA, Slavomír. *Extenzia aplikácie rozhodcovskej doložky na nezmluvné strany*. Brno: Masarykova Univerzita, Právnická fakulta, 2014, 337 s.

JAKOUBEK, Lukáš. *Nové trendy v mezinárodní obchodní arbitráži*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2015. 133 s.

LINKE, Torres Sebastian. *Third-Party Litigation Funding in International Arbitration: Conflict of Interest with Arbitrators*. Münster: Westfälische Wilhelms-Universität Münster, 2019. 25 s.

NĚMEČEK, Marek. *Financování bromadných žalob*. Olomouc: Univerzita Palackého, Právnická fakulta, 2018. 54 s.

ZABLOUDILOVÁ, Kateřina. *Third-Party Funding in International Commercial Arbitration*. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2018. 82 s.

Ostatní

ICC Commision on Arbitration, *Decision on Costs in International Arbitration*, 2015, 59 s.

International Bar Association Guidelines on Conflict of Interests in International Arbitration – Návod Mezinárodní advokátní komory pro střety zájmů v mezinárodní arbitráži přijatý dne 23. října 2014.

The Association of Litigation Funders in England and Wales: Code of Conduct for Litigation Funders, leden 2018.

Abstrakt

Tato práce se zabývá fenoménem financování sporů zejména v mezinárodní obchodní arbitráži. Předmětem zkoumání jsou především specializované subjekty – podporovatelé, kteří financují spory subjektů, jež by si to bez jejich finanční pomoci nemohly dovolit. Cílem práce je představit fungování celého odvětví, poukázat na nedostatečnou právní úpravu napříč arbitrážními předpisy a poukázat na možná úskalí, která tato absence přináší. Cílem je také snaha o rozpoutání diskuze na některá zde řešená témata a zamyšlení nad financováním sporů i v České republice.

Klíčová slova

mezinárodní obchodní arbitráž, rozhodčí řízení, financování třetí stranou, dohoda o financování, podporovatel, peníze, nestranné a nezávislé rozhodování,

Abstract

This thesis deals with the phenomenon of dispute financing, particularly in international commercial arbitration. Specialised entities are the main focus of this work: funders who fund disputes of entities that could not afford to do so without their financial assistance. The aim of the work is to present the background of the whole industry, to highlight the lack of regulation across arbitration rules and to highlight the potential pitfalls of this absence. The aim is also to try to launch a debate on some of the topics addressed herein and to reflect on the possible financing of disputes in the Czech Republic as well.

Key words

international commercial arbitration, arbitration, third-party funding, funding agreement, supporter, money, impartial and independent decision-making,