

Investiții internaționale în litigii: modele de finanțare alternative

International Investments in Litigation: Alternative Funding Models

Marius BRĂNICI¹

Rezumat: Prezenta lucrare își propune să abordeze finanțarea litigiilor de către terți (third party funding) prin prisma dezvoltării sale în domeniul investițiilor internaționale, prezentând cu acuratețe mecanismul și modul său de aplicare. De asemenea, lucrarea va cuprinde o prezentare a tipurilor de litigii în care se utilizează TPF, precum și particularitățile aplicabilității TPF în arbitrajul comercial și investițional internațional. Pe lângă modalitățile convenționale de finanțare a litigiilor, vor fi conturate mai multe metode prin care se poate acorda finanțare, care să corespundă nevoilor diverse ale finanțatorilor și clienților. În acest sens, vor fi prezentate particularitățile modelelor de finanțare alternative finanțării tradiționale a litigiului, precum și structuri de finanțare a litigiului de către un terț (Portofoliu funding, Basket of cases, Hybrid Damage Based Agreements funding, Alternative business structures, Professional funders, One-off or one-time funders, Case by case funders etc.) și eventualele avantaje pe care le prezintă comparativ cu modalitatea standard de finanțare.

Cuvinte-cheie: finanțare, litigii, investiții, alternative, internațional.

Abstract: This paper aims to address third-party litigation funding (TPF) from the perspective of its development in the field of international investments, accurately presenting its mechanism and mode of application. Additionally, the paper will include an overview of the types of disputes in which TPF is used, as well as the specific aspects of its applicability in international commercial and investment arbitration. Beyond conventional litigation financing methods, various approaches to funding will be outlined to meet the diverse needs of funders and clients. In this regard, the paper will present the characteristics of alternative financing models compared to traditional litigation funding, as well as different structures of third-party litigation funding (such as Portfolio Funding, Basket of Cases, Hybrid Damage-Based Agreements Funding, Alternative Business Structures, Professional Funders, One-off or One-time Funders, Case-by-Case Funders, etc.) and the potential advantages they offer compared to standard financing methods.

Keywords: funding, litigation, investments, alternative, international.

¹ Avocat în Baroul Iași, doctorand în cadrul Facultății de Drept a Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: office@mariusbranici.ro.

1. Introducere

În ultimele decenii, peisajul juridic internațional a cunoscut o transformare semnificativă, alimentată de globalizare și de complexitatea litigiilor transfrontaliere. Pe măsură ce companiile și investitorii au devenit din ce în ce mai implicați în piețe și tranzacții globale, necesitatea de a avea acces la sisteme juridice capabile să gestioneze conflictele transnaționale a crescut exponențial.

Mecanismul third party litigation funding (TPF sau TPLF) este în plină evoluție în diverse state ale lumii, în unele dintre acestea fiind mai des utilizat, iar în altele punându-se încă problema posibilității de integrare în cadrul legislativ actual. Pe scurt, TPF² este un mecanism prin care o societate comercială specializată în operațiuni de finanțare de litigii, dar terță față de acestea, plătește cheltuielile pe care clientul său ar trebui să le avanseze pentru desfășurarea unui anumit litigiu, supus soluționării instanțelor de judecată ori instanțelor arbitrale, în schimbul perceperii unei remunerații, respectiv a unui procent din câștigul obținut de către client prin soluționarea litigiului. În cazul în care clientul pierde procesul, finanțatorul nu are dreptul la o remunerație³.

2. TPF (third party funding) ca modalitate de investiție în litigii internaționale: avantaje și perspective

Finanțarea litigiilor de către terți (TPF) poate fi considerată un factor favorizant al accesului neîngrădit la justiție, întrucât permite potențialelor persoane îndreptățite să recurgă la concursul instanțelor pentru recunoașterea unui drept și admiterea unei pretenții, în condițiile în care, poate, acestea nu ar fi avut posibilitatea să inițieze acest demers în lipsa sprijinului financiar. Rațiunea adoptării reglementărilor privind finanțarea litigiilor de către o altă persoană decât cei direct implicați (de către un terț) ține, așadar, de caracterul fundamental al ocrotirii dreptului la apărare, nu doar prin afirmarea acestuia prin norme de drept cu forță juridică superioară (constituții, convenții încheiate între state etc.), ci și prin oferirea unor mijloace propriu-zise pentru asigurarea accesului la mijloacele de apărare consfințite cu ajutorul instanțelor de judecată.

Se impune să reținem că lipsa resurselor a fost și unul dintre principalele motive ale apariției instituției în discuție. Astăzi, sunt beneficiari ai finanțării litigiilor, în special societăți care desfășoară o activitate în domeniul economic (societăți comerciale), care nu ar duce neapărat lipsă de resurse financiare pentru promovarea unui demers judiciar, dar pentru care această metodă de atragere a resurselor financiare este preferabilă. Acești subiecți de drept preferă să împartă riscul unui rezultat nefavorabil ca urmare a derulării până la final a demersului judiciar cu un finanțator, acceptând în egală măsură și partajarea unor eventuale beneficii rezultate la finalul procesului, de cele mai multe ori fiind vorba despre

² N. Rowles-Davies, „*Third party litigation funding*”, Oxford University Press, 2014, p. 295.

³ *Ibidem*.

sume de bani obținute⁴. Această alegere se datorează, de principiu, faptului că un litigiu este destul de costisitor, iar avansarea tuturor cheltuielilor ar putea să provoace un dezechilibru în ceea ce privește lichiditățile disponibile pentru respectiva companie implicată, astfel încât, pentru a se asigura „supraviețuirea” acesteia, se optează pentru contractarea cu un finanțator, chiar dacă, în final, profitul (beneficiile) va fi împărțit cu acesta⁵.

Datorită avantajelor pe care le prezintă sistemul TPF, ideea finanțării litigiilor de către un terț s-a răspândit la scară tot mai largă, transformându-se într-o adevărată industrie. De principiu, Australia, SUA, Anglia, Tara Galilor au reprezentat principalele piețe pentru aceste activități, mai ales odată cu abrogarea normelor ce reglementau delictele *maintenance* și *champerty*. *Maintenance* a fost considerat delict sau chiar faptă penală/infracțiune în anumite sisteme de drept⁶, cu mențiunea că la momentul actual nu își mai regăsesc aplicabilitatea normele ce îl interziceau, acestea fiind abrogate/dezincriminate. În sinteză, „*maintenance*” reprezintă intervenția unei persoane străine de proces, care încurajează o acțiune în justiție⁷. *Champerty* este, de asemenea, un concept specific sistemului *common law*, reprezintă un acord de împărțire a veniturilor din litigiu între partea implicată în proces și un terț care nu are legătură cu procesul dar care îi acordă ajutor financiar părții, pentru soluționarea litigiului, în schimbul unui procent din câștig⁸.

Însă, este de așteptat ca dezvoltarea acestui procedeu în Asia să ia un avânt considerabil, ca urmare a modificărilor legislative însemnate adoptate în sistemele juridice din Hong Kong și Singapore, prin care este permisă finanțarea litigiilor de către terți în situațiile în care părțile implicate se decid să apeleze la arbitraj.

Astfel, crearea cadrului legislativ pentru utilizarea TPF este și o modalitate de a răspunde la necesitățile mediului de afaceri, în care, astfel cum am menționat mai sus, contractarea cu un finanțator este o operațiune la care se apelează frecvent, nu doar de către persoanele lipsite de resurse financiare, ci și de către profesioniști.

3. Tipuri de litigii considerate atractive pentru finanțatori în practica TPF și disponibilitatea finanțării în arbitrajul comercial și investițional internațional

Înainte de acordarea finanțării, finanțatorul analizează pretenția clientului, șansele de câștig ale acestuia, durata estimată a procesului, cuantumul pretenției

⁴ N. Rowles-Davies, „*Third party litigation funding*”, Oxford University Press, 2014, p. 24.

⁵ C. T. Ungureanu, „*Dreptul comerțului internațional*”, Editura Hamangiu, 2018, p. 294-295.

⁶ <https://law.nus.edu.sg/sjls/wp-content/uploads/sites/14/2024/07/2171-2014-sjls-dec-377.pdf>

⁷ *Ibidem*. A se vedea, de asemenea, [On-line]: <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/maintenance>.

⁸ S. Abrams, D. L. Chen, „*A market for justice: a first empirical look at third party litigation funding*”, University of Pennsylvania Journal of Business Law., p. 1083; M. Steinitz, „*Whose Claim Is This Anyway?*” Minnesota Law Review, p. 1286. [On-line]: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1451&context=mlr>.

supuse judecății și a cheltuielilor pe care le-ar presupune litigiul, în funcție de natura cauzei, urmând ca în funcție de un ansamblu de elemente, să fie luată o decizie cu privire la cererea de finanțare⁹. TPF poate fi utilizat într-o paletă largă de litigii, însă pentru finanțatori cele mai atractive litigii sunt cele între profesioniști (spre exemplu, litigii de proprietate industrială, insolvență, litigii cu asigurători, răspundere contractuală), ca urmare a sumelor mari de bani care se dispută¹⁰. De obicei, partea finanțată este reclamantul, chiar dacă și pârâtul poate primi finanțare, prin restituirea către finanțator a costurilor avansate și prin plata către acesta a unei remunerații suplimentare¹¹.

Arbitrajul poate fi, de asemenea, atractiv pentru finanțatori, întrucât, pe lângă valoarea pretenției supuse soluționării, părțile nu au la dispoziție calea de atac a apelului, prin urmare astfel finanțatorii evită parcurgerea unei alte etape care ar putea fi destul de îndelungată¹².

Fiind o operațiune de natură economică, pentru care finanțatorul va încasa un procent din sumele eventual obținute la finalul procesului, litigiul ideal pentru finanțatori ar fi, desigur, unul în care pretenția supusă judecății să aibă un quantum considerabil, iar resursele depuse de către finanțator să fie minime (spre exemplu, temeinicia pretenției să rezulte cu certitudine din înscrisuri, fără a fi necesară administrarea unui probatoriu complex, care să presupună și avansarea de cheltuieli suplimentare). Ca situație particulară, în cazul finanțării litigiilor desfășurate între profesioniști, se remarcă o complexitate mare a cauzelor, precum și o implicație financiară deosebită, determinată de calitatea părților implicate, a raporturilor juridice ce se stabilesc între acestea și a obiectului cauzelor.

Deși instituția TPF este deschisă și pârâților, aceste situații sunt rare, reclamații fiind cei care caută să obțină de cele mai multe ori finanțare¹³.

Nu în ultimul rând, menționăm faptul că sunt preferate de către finanțatori litigiile supuse arbitrajului internațional, caz în care sumele care se dispută sunt considerabile, astfel încât motivația sau imboldul implicării într-un contract de finanțare este mai mare, din perspectiva ambelor părți.

În ce privește arbitrajul comercial internațional, în ciuda deficitului de date concrete disponibile, din cauza naturii private și confidențiale a procedurilor, au fost observate mai multe indicii care reflectă o creștere exponențială a cererii de servicii de finanțare din partea terților, în acest sector¹⁴.

⁹ J. A. Trusz, „Full disclosure? Conflicts of Interest Arising from third-party funding in International Commercial Arbitration”, în *Georgetown Law Journal*, vol. 101, 2013, p. 1654.

¹⁰ J. Pierce, D. Burnett, *op. cit.*, [On-line]: <https://thehedgefundjournal.com/the-emerging-market-for-litigation-funding/>

¹¹ *Ibidem*.

¹² M. Steinitz, „Third Party Funding of Investment Arbitration”, în *Iowa Legal Studies*, nr. 42, 2021, p. 3.

¹³ N. Rowles-Davies, *op. cit.*, p. 62.

¹⁴ C. Flake, „Third party funding in domestic arbitration: champerty or social utility?”, [On-line]: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2634193, p. 21.

În prezent, arbitrajul investițional este considerat mai atractiv pentru TPF decât arbitrajul comercial din următoarele motive. În primul rând, investițiile în cauzele internaționale de acest tip tind să fie mai profitabile, deoarece pretențiile depășesc de obicei valoarea daunelor solicitate în arbitrajul comercial internațional¹⁵. În al doilea rând, Convenția ICSID¹⁶ este preferată de către finanțatori în comparație cu Convenția de la New York¹⁷, deoarece hotărârile pot fi recunoscute și aplicate mai ușor în baza celei dintâi.

Deși facilitează executarea hotărârilor, Convenția de la New York conține totuși posibilități de control a hotărârii arbitrale de către instanțele naționale¹⁸.

4. Modele de finanțare alternative finanțării tradiționale a litigiului și structurile de finanțare – abordări flexibile pentru nevoile finanțatorilor și clienților

Pe lângă modalitățile convenționale de finanțare a litigiilor, practica TPF a conturat mai multe metode prin care se poate acorda finanțare, care să răspundă la nevoile diverse ale finanțatorilor și clienților. Vom observa, în continuare, particularitățile acestora și eventualele avantaje pe care le prezintă comparativ cu modalitatea standard de finanțare.

4.1. Finanțarea unui portofoliu de litigii (*Portfolio funding*)

Finanțatorii pot să trateze un caz finanțat în mod individual ori, având în vedere costurile și eforturile pe care le presupun analiza cazului și negocierea propriu zisă, unii finanțatori aleg să investească într-un portofoliu de cauze al aceluiași client ori a unei firme de avocatură¹⁹.

Portfolio funding reprezintă operațiunea juridică prin care un finanțator acordă finanțarea unor pretenții multiple, fiind vorba, de principiu, fie despre pretenții de natură distinctă care provin de la același client, fie pretenții care nu au legătură între ele, însă sunt gestionate de aceeași societate de avocați, în baza unor

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Finanțarea de către terți este, de asemenea, predominantă în arbitrajul investitor-stat, care este de obicei autorizat printr-un tratat și are loc cel mai adesea în conformitate cu Convenția privind soluționarea litigiilor privind investițiile între state și resortisanți ai celorlalte state, cunoscută și sub denumirea de „Convenția ICSID” sau „Convenția de la Washington”, care are în prezent 162 de semnatori. Pentru o listă actuală a semnatarilor Convenției ICSID, a se vedea Statele membre, ICSID, <https://www.international-arbitration-attorney.com/ro/the-international-centre-for-settlement-of-investment-disputes-icsid/>.

¹⁷ https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/3/4/34_moldovan-translation-of-the-new-york-convention.pdf

¹⁸ T. de Boule, „*Third-party funding in international commercial arbitration*”, 2014, p. 35.

¹⁹ J. Pierce, D. Burnett, „*The Emerging Market for Litigation Funding*”, 2013, [On-line]: <https://thehedgefundjournal.com/the-emerging-market-for-litigation-funding/>.

acorduri *contingency fee*²⁰. În cazul portofoliilor închise, există un cumul de pretenții predefinite pentru care se solicită finanțare, în timp ce portofoliile deschise presupun adăugarea cauzelor care se încadrează în diverse categorii într-un portofoliu preexistent, suplimentat de cauze în mod continuu, până la un anumit prag stabilit în prealabil.

Finanțatorul poate prelua un portofoliu închis, spre exemplu, atunci când o societate are un grup de litigii pentru care dorește să obțină finanțare sau o entitate profesională de avocați prestează servicii juridice în mai multe cauze în baza unor acorduri *contingency fee* ori are clienți care doresc să obțină finanțare pentru un număr superior de cauze. În acest caz, este mai profitabilă oferirea unui portofoliu de cauze spre finanțare, întrucât procentul perceput de către finanțator este mai mic, având în vedere faptul că, în cadrul unui portofoliu, soluțiile favorabile le compensează pe cele nefavorabile. Astfel, în cazul în care valoarea cauzelor câștigate este superioară celor în care clientul nu a avut câștig de cauză, atunci finanțatorul înregistrează un profit²¹.

Opțiunea unui portofoliu de cauze înseamnă, pe de-o parte, o investiție mai mare din partea finanțatorului, dar în același timp implică o posibilitate mai mare de profit, întrucât investiția este direcționată către mai multe litigii de sine-stătătoare (chiar dacă privite ca un tot-unitar) care implică șanse distincte, astfel încât investiția privită unitar nu este de tipul „lose or win”, ci există multiple rezultate posibile, cu impact asupra profitului investitorului, rezultate care, cel mai probabil, contribuie la atingerea unui echilibru favorabil pentru acesta, reducând astfel riscul investiției²².

4.2. Finanțarea unui pachet de litigii (*Basket of cases*)

Finanțarea unui pachet de litigii reprezintă o varietate a *portfolio funding*, întrucât și în acest caz finanțatorul acordă finanțare unui grup de litigii, cu o anume legătură între ele, astfel încât categoria acestora este avută în vedere la comun, în stabilirea condițiilor contractuale. Diferența constă în aceea că, dacă în cazul unui portofoliu grupul de litigii derivă, de obicei, din colaborarea cu o anumită societate de avocatură, în cazul unui „pachet de litigii”, liantul este partea finanțată, care dorește finanțare pentru un număr mai mare de pretenții²³.

Acest mecanism este utilizat, în cele mai multe cazuri, de către societăți și presupune două beneficii principale. Pentru client, această modalitate de finanțare este una avantajoasă, deoarece contribuie la reducerea cheltuielilor afectate demersurilor judiciare și permite promovarea acestora, chiar dacă, de principiu, nu ar fi existat resurse pentru toate acestea. Pe de altă parte, prezentarea unei oferte către

²⁰ <https://harbourlitigationfunding.com/wp-content/uploads/2020/11/Harbour-Portfolio-Funding.pdf/>.

²¹ N. Rowles-Davies, *op. cit.*, p. 78.

²² <https://omnibridgeway.com/insights/blog/blog-posts/blog-details/global/2021/12/08/litigation-finance-drives-profits-for-private-equity-and-venture-capital-firms-and-their-lawyers>.

²³ N. Rowles-Davies, *op. cit.*, p. 79.

finanțator cuprinsă într-un pachet de litigii cel mai probabil îl va determina pe acesta să accepte pachetul, chiar dacă unele dintre cauze nu prezintă o temeinicie suficientă pentru standardele sale și prive individual nu ar fi atras finanțarea²⁴.

4.3. Finanțarea de tip hibrid în acordurile de finanțare bazate pe obținerea de daune (*Hybrid Damage Based Agreements funding*)

Damages-based agreement (DBA), denumit și *contingency fee agreement*, este utilizat frecvent în Statele Unite ale Americii și, presupune angajamentul unui avocat de a percepe un onorariu prin raportare la câștigul primit de client în urma soluționării litigiului, cu riscul de a nu primi nimic în cazul în care partea pe care o reprezintă nu are câștig de cauză²⁵.

Un *Hybrid DBA* reprezintă o operațiune juridică care implică atât un avocat care prestează activitate în baza unui DBA, cât și existența unui contract de finanțare, în condiții ce vor fi explicate în continuare, și presupune o atenuare a mecanismului „no win, no fee” ce stă la baza unui *damages based agreement*. Acest mecanism reprezintă o modalitate prin care avocații renunță la o parte din procentul ce i s-ar cuveni de la client în cazul câștigării litigiului, angajându-se într-un contract de finanțare cu un terț care să îi garanteze un onorariu lunar ca urmare a serviciilor prestate în cauza respectivă. În cazul în care soluția primită la finalul litigiului este una nefavorabilă, finanțatorul nu primește nicio sumă de la avocat, nici avocatul de la client, însă acesta rămâne cu onorariile percepute de la finanțator în baza contractului de finanțare. În cazul în care litigiul primește o soluție favorabilă, clientul va datora un procent din despăgubirile acordate prin soluție către avocat, în baza condițiilor DBA-ului, iar avocatul, din procentul său, va ceda o parte către finanțator²⁶.

4.4. Structuri alternative de business (*Alternative business structures*)

Structuri alternative de business (*Alternative business structures – ABS*) sunt societăți de avocatură deținute ori administrate de către persoane care nu au calitatea de avocați²⁷. De asemenea, ABS presupune o abordare interdisciplinară, în beneficiul clientului, prin conlucrarea dintre avocați și alți profesioniști²⁸.

În Marea Britanie, „*The Legal Services Act*” din 2007 permite și persoanelor care nu au calitatea de avocați de a deține și de a administra o societate de

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ H. Kritzer, „Risks, reputation and rewards: contingency fee legal practice in the United States”, în Stanford University Press, 2004, p. 258-259.

²⁶ N. Rowles-Davies, *op. cit.*, p. 80; Ministerul Justiției al Regatului Unit „*Post-Implementation Review of Part 2 of the Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 (LASPO) Civil litigation funding and costs*”, 2019, [On-line]: <https://www.gov.uk/government/publications/post-implementation-review-of-part-2-of-laspo>

²⁷ <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fa337150-9cdc-41ff-b475-343bf2365c5e>

²⁸ <https://www.icaew.com/-/media/corporate/files/technical/legal-and-regulatory/legal-services/alternative-business-structures.ashx>

avocatură²⁹. Datorită legislației favorabile, până în anul 2019 cca. 1300 de firme de avocatură au trecut la acest model de organizare³⁰.

În Statele Unite ale Americii, însă, majoritatea statelor interzic deținerea firmelor de avocatură de către persoane care nu au calitatea de avocați, cu anumite excepții. Prima poziție contrară a fost adoptată în Arizona, în 2020, când instanța supremă a înlăturat de la aplicare norma etică care stipula că un terț nu poate deține un interes economic într-o astfel de societate fără să aibă calitatea de avocat. Ulterior aceluși moment, cca. 20 de firme de avocatură au devenit ABS-uri³¹. De asemenea, în Utah societățile de avocatură pot fi deținute de alți profesioniști, însă cu respectarea unui program de autorizare și monitorizare. Aproximativ 40 de societăți au recurs la această modalitate³².

În Australia, de asemenea, este permis ca firmele de avocatură să fie deținute de persoane care nu au calitatea de avocat, acest model fiind adoptat de unele dintre cele mai de succes firme, precum *Slater & Gordon Limited*, *Shine Justice Limited*³³. Se consideră că reglementarea ABS ar deschide o posibilitate pentru finanțatorii de litigii de a investi în societăți de avocatură, mai precis în departamentele care se ocupă de gestionarea litigiilor, acordând astfel finanțare întregului portofoliu de cauze aflat în gestiunea societății respective³⁴.

În cazul unui finanțator care investește într-o societate de avocatură, este evidentă legătura de interese care există între acesta și avocați. În aceste condiții, putem presupune, în mod rezonabil, că avocatul nu ar fi în măsură să ofere sfaturi juridice clientului cu privire la conținutul contractului de finanțare, cu privire la persoana finanțatorului ori derularea relației dintre acesta și client. Mai mult decât atât, se poate pune problema influențării deciziilor avocatului într-un mod mai facil, având în vedere colaborarea profesională dintre aceștia în cadrul unui ABS.

Avantajul unei astfel de structuri ar putea fi, însă, acela că persoana care apelează la o societate de avocatură ar putea avea siguranța faptului că va primi, de asemenea, finanțare de la un anumit finanțator, chiar dacă pretenția acestuia nu ar prezenta suficiente garanții că ar fi eligibilă în mod individual, fiind însă inclusă, în acest caz, în portofoliul de cauze al societății de avocatură.

4.5. Finanțatorii profesioniști (*Professional funders*)

Finanțatorii profesioniști sunt cei care desfășoară această activitate în mod regulat și în mod principal, prin urmare se poate considera că dispun de o

²⁹ <https://www.lawsociety.org.uk/topics/business-management/alternative-business-structures#legal-status>.

³⁰ Research and Markets, „*UK Legal Services Market Trends Report*”, 2019, apud A. Cohen, „*An update on commercial legal finance case law*”, *The Burford Quarterly*, nr. 3, 2022, p. 5.

³¹ A. Cohen, „*An update on commercial legal finance case law*”, *The Burford Quarterly*, nr. 3, 2022, p. 6.

³² *Ibidem*.

³³ W. Attrill, „*Ethical Issues in Litigation Funding*”, 2009., [On-line]: <https://docplayer.net/17133321-Ethical-issues-in-litigation-funding.html> vizualizat la 20.04.2023).

³⁴ N. Rowles-Davies, *op. cit.*, p. 81.

modalitate de organizare bine dezvoltată, de experiență, de reputație profesională. Unii dintre aceștia aleg să acorde finanțare unor categorii variate de litigii, alții se specializează și aleg să acorde finanțare doar pentru litigii cu anumite obiecte predefinite³⁵. Comparând societățile de finanțare tradiționale cu alte modalități alternative de finanțare, un studiu efectuat de *Westfleet Advisor*³⁶ delimitează principalele avantaje și dezavantaje ale finanțării prin intermediul unui finanțator profesionist.

Un prim avantaj demn de menționat ar fi acela că, de vreme ce această activitate este desfășurată în mod obișnuit, finanțatorii au dezvoltat o procedură pentru alegerea cauzelor cărora li se va acorda finanțare bine-definită, îmbunătățită în funcție de experiențele avute, care reprezintă cu siguranță un beneficiu comparativ cu finanțatorii neprofesioniști. Spre exemplu, un finanțator profesionist va avea grijă să protejeze informațiile confidențiale, prin încheierea unui NDA (*non-disclosure agreement*), anterior prezentării documentelor și purtării discuțiilor.

Pe de altă parte, finanțatorul profesionist poate fi considerat un partener al părții finanțate, întrucât îi poate oferi acesteia consiliere cu privire la problemele care pot interveni pe parcursul litigiului.

De cealaltă parte, s-a remarcat faptul că finanțarea acordată de către un finanțator profesionist este mai costisitoare, în comparație, spre exemplu, cu un *hedge fund* ori un birou familial, care se pot dovedi mai flexibile din acest punct de vedere. Fondurile de tip *hedging* reprezintă un instrument de investiție comună, deschis unui număr restrâns de finanțatori, care presupune un risc ridicat, însă de la care se așteaptă un randament absolut³⁷. În altă ordine de idei, Birourile de familie (*Family offices*) reprezintă o entitate prin intermediul căreia sunt gestionate activele unui grup familial, în scopul dezvoltării averii acestora și a promovării viziunii și valorilor membrilor săi³⁸.

4.6. Finanțatorii ocazionali (*One-off or one-time funders*)

Un astfel de exemplu se poate întâlni în cazul creditorilor unei entități aflate în insolvență, care se angajează să finanțeze pretențiile debitorului, astfel contribuind la creșterea posibilității de achitare a datoriilor de către acesta, prin câștiguri obținute din litigii ori prin evitarea pierderilor ca urmare a acestora³⁹. Prin recurgerea la acest mecanism, finanțatorii contribuie la sporirea patrimoniului debitorului, crescând astfel șansele de recuperare a datoriei și obținând, în mod

³⁵ *Ibidem*, p. 92.

³⁶ M. Perich, „*Profile of Litigation Funders*”, 2020, Westfleet Advisors, p. 2.

³⁷ G. Connor, M. Woo, „*An Introduction to Hedge Funds. Introductory Guide*”, studiul London School of Economics, Financial Markets Group, p. 5, [On-line]: <https://eprints.lse.ac.uk/24675/1/dp477.pdf> (vizualizat la 27.05.2023).

³⁸ Deloitte Private, „*The Family Office Handbook Achieving ambition. Managing risk. Leaving a rich legacy*”, p. 2, [On-line]: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/uk/Documents/private-markets/deloitte-uk-the-family-office-handbook.pdf> (vizualizat la 04.06.2023).

³⁹ N. Rowles-Davies, *op. cit.*, p. 92.

suplimentar, un procent din eventualul câștig obținut de debitor ca urmare a soluționării litigiului ce face obiectul finanțării.

Finanțarea ocazională a litigiilor în legătură cu deschiderea procedurii de insolvență este destul de răspândită, în special în SUA. Un avantaj al acestui tip de finanțare ar putea fi faptul că finanțatorul (creditorul) este deja familiarizat cu situația părții finanțate, ceea ce ar putea contribui la o mai bună înțelegere a situației litigioase.

În plus, acesta are un interes personal în soluționarea favorabilă a litigiului, care derivă din calitatea de creditor al părții finanțate, prin urmare implicarea sa este posibil să fie mai mare. Acest aspect poate deveni și un dezavantaj, deoarece ar putea surveni un conflict între interesele creditorului și ale debitorului. Spre exemplu, creditorul s-ar putea opune încheierii unei tranzacții între debitor, cel ca urmărește valorificarea unei pretenții, și partea adversă, deoarece acest lucru ar echivala, cel mai probabil, cu obținerea unei sume mai mici în patrimoniul debitorului, ceea ce ar echivala cu șanse mai reduse pentru creditor de a recupera creanța în integralitatea sa.

Unul dintre dezavantajele sesizate ar fi acela că finanțatorul ocazional ar percepe un procent mai mare din câștigul litigiului, întrucât nu se poate prevala de avantajele unui portofoliu de litigii, care i-ar permite să ajusteze plata ce i se cuvine, prin luarea în considerare a celorlalte litigii din portofoliu⁴⁰.

4.7. Fondurile de hedging (*Hedge funds*)

Fondurile de tip *hedging* reprezintă un instrument de investiție comună, deschis unui număr restrâns de finanțatori, care presupune un risc ridicat, însă de la care se așteaptă un randament absolut⁴¹. Activitatea acestuia este confidențială, pentru a nu oferi indicii altor finanțatori cu privire la intențiile acestora⁴². Administrarea unui *hedge fund* este asigurată de manager, care se ocupă de deciziile și investițiile fondului, de principiu, fără restricții. Prudența și aptitudinea acestuia de a lua decizii importante pentru fond este garantată de faptul că, de cele mai multe ori, administratorul este unul dintre marii investitori ai fondului⁴³.

Investitorii trebuie să dispună de capital suficient pentru a putea să își asume riscul pe care un astfel de fond îl presupune; în SUA, spre exemplu, persoanele fizice pot avea calitatea de investitori dacă au venituri mai mari de 200.000 de dolari anual ori o avere mai mare de 1 milion de dolari⁴⁴. Potrivit unui studiu efectuat de Westfleet Advisor⁴⁵, finanțarea litigiilor în această modalitate presu-

⁴⁰ M. Perich, „*Profile of Litigation Funders*”, 2020, Westfleet Advisors, p. 2.

⁴¹ G. Connor, M. Woo, „*An Introduction to Hedge Funds. Introductory Guide*”, studiul London School of Economics, Financial Markets Group, p. 5, [On-line]: <https://eprints.lse.ac.uk/24675/1/dp477.pdf>.

⁴² *Ibidem*, p. 10.

⁴³ <https://ro.mcfairbanks.com/1812-how-does-a-hedge-fund-work>.

⁴⁴ <https://www.investor.gov/introduction-investing/general-resources/news-alerts/alerts-bulletins/investor-bulletins/updated-3> (vizualizat la 29.05.2023).

⁴⁵ M. Perich, „*Profile of Litigation Funders*”, Westfleet Advisors, 2020, p. 3.

pune atât avantaje, cât și dezavantaje, comparativ cu societățile tradiționale care se ocupă preponderent ori exclusiv cu această activitate.

În altă ordine de idei, în mod dezavantajos sau nu, un *hedge fund* nu va fi atât de implicat în desfășurarea litigiului finanțat, nu va oferi sprijin strategic ori legal, prin urmare nu va avea calitatea suplimentară de „partener” în procedura de recunoaștere a temeiniciei pretenției supuse judecății.

Un caz celebru de finanțare în această modalitate este cea oferită de fondul de tip *hedging* Elliott Management către societatea Eko, care pretindea că o altă societate, Quibi, o platformă de *streaming*, utilizează în mod nelegal o tehnică de afișare a conținutului video brevetată de către Eko. Litigiul viza, mai exact, o modalitate de vizionare numită „turnstyle”, care presupunea prezentarea videoclipurilor în funcție de modalitatea de poziționare a telefonului, vertical ori orizontal, în timp real. Reclamantul pretindea ca părătul să nu mai folosească respectiva tehnologie ori să obțină o licență, precum și plata unor despăgubiri⁴⁶. Elliott Management a mai fost implicat în finanțarea de litigii în trecut. Acest fond avea în gestiune peste 40 miliarde de dolari și este cunoscut ca unul dintre cei mai mari investitori⁴⁷.

Litigiul s-a finalizat printr-o tranzacție (*settlement*)⁴⁸, însă informațiile sunt confidențiale, la fel și termenii contractului de finanțare⁴⁹. Totuși, având în vedere faptul că despăgubirile estimate de Eko pentru acoperirea prejudiciului au fost de 96,5 milioane de dolari⁵⁰, profitul finanțatorului a fost, cel mai probabil, considerabil.

4.8. Fondurile de capital privat (*Private equity*)

Fondul de capital privat este o modalitate de investiție comună, în care, la fel ca în cazul unui *hedge fund*, sumele respective sunt investite de către administratorul („consilierul”) fondului, astfel încât să fie profitabile pentru investitori⁵¹. Diferența față de un *hedge fund* este aceea că fondurile de capital privat, de principiu, realizează investiții pe termen lung, de cca. 10 ani. De asemenea, fondul se implică în strategia de afaceri a societății în care se investește, astfel încât valoarea acesteia să crească⁵².

Finanțatorii de litigii, pentru a-și asigura dezvoltarea, pot apela la un fond de capital privat care să le asigure resurse necesare pentru finanțarea unui număr

⁴⁶ <https://www.foxbusiness.com/financials/hedge-fund-elliott-management-to-finance-lawsuit-against-streamer-quibi>.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ <https://deadline.com/2021/09/jeffrey-katzenberg-quibi-eko-lawsuit-ends-turnstyle-tech-1234834035/>.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ <https://variety.com/2020/digital/news/eko-quibi-96-5-million-damages-lawsuit-1234818775/>.

⁵¹ Comisia pentru Bursă și Valori Mobiliare din SUA, [On-line]: <https://www.investor.gov/introduction-investing/investing-basics/investment-products/private-investment-funds/private-equity>.

⁵² *Ibidem*.

mai mare de cauze, cu perspective mai mari de profit. De asemenea, fondul va căuta să se implice în procesul decizional, în alegerea cauzelor finanțabile, astfel încât să se asigure că sunt respectate condițiile agreeate ale investiției, vor ocupa poziții însemnate în organele de conducere ale societății⁵³.

Un potențial dezavantaj, prin urmare, ar fi tendința investitorului de a se implica în procesul decizional al finanțatorului. Pe de altă parte, este normal ca aceștia să se pună de acord cu privire la o strategie de dezvoltare a investiției, determinând tipurile de litigii ce pot fi finanțate, valoarea litigiului, jurisdicțiile agreeate, astfel încât, în cazul în care aceste criterii vor fi respectate, nu ar trebui să existe tensiuni între investitor și finanțator⁵⁴.

4.9. Fonduri de investiții (*Investment funds*)

O parte dintre actorii importanți pe piața de finanțare a litigiilor sunt organizații sub forma unor fonduri de investiții, fiind o modalitate optimă de a obține investiții, distribuite apoi în scopul obținerii de profit pentru investitori⁵⁵. Investitorii pot fi entități variate (spre exemplu, instituții, fonduri de pensii, *family offices*, persoane cu resurse financiare considerabile), care transmit investiția, de obicei, într-un *offshore*, cu reglementări fiscale favorabile⁵⁶. Pentru a atrage investiții, potențialii investitori sunt informați cu privire la modalitatea de utilizare a sumelor de bani care alcătuiesc fondul, profitul care este anticipat în urma investiției, justificarea acestuia, gradul de certitudine al profitului⁵⁷.

Investitorii nu au garanția că investiția făcută va conduce la profitul scontat. Însă, în luarea deciziei de a investi, se va ține cont de date obiective ce țin de evoluția acelui fond de investiții, precum rezultatele anterioare, credibilitatea consilierului de investiții al fondului⁵⁸. Finanțatorul de litigii în cazul unui fond poate fi considerat consilierul care ghidează fondul către o anumită investiție, în mod asemănător cu finanțatorii tipici, care au, de asemenea, departamente specializate, compuse, în principal, din specialiști în domeniul juridic, care evaluează cazurile cărora le este necesară finanțare, pentru a stabili dacă, raportat la diverse criterii de referință, investiția ar putea fi una favorabilă⁵⁹. Un avantaj al acestui tip de finanțare constă în detașarea finanțatorului de investiția propriu-zisă, ca urmare a faptului că acesta nu are calitatea de investitor, ci doar se asigură, din punct de vedere obiectiv, că există șanse ridicate pentru profitabilitatea investiției respective⁶⁰.

⁵³ N. Rowles-Davies, *op. cit.*, p. 98.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ J. Khen, „*What Is an Investment Fund? Types of Funds and History*”, 2023, [On-line]: <https://www.investopedia.com/terms/i/investment-fund.asp>).

⁵⁶ N. Rowles-Davies, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ J. Khen, *op. cit.*

⁵⁹ N. Rowles-Davies, *op. cit.*, p. 99.

⁶⁰ *Ibidem*.

4.10. Societăți listate la bursă (*Publicly traded*)

Unele dintre cele mai de succes societăți de finanțare a litigiilor din lume sunt listate la bursă (*Omni Bridgeway*⁶¹, *Burford Capital*⁶²). Unul dintre principalele avantaje care caracterizează o astfel de societate este transparența situației financiare a acesteia⁶³, astfel încât entitățile care doresc finanțare, persoane fizice sau juridice care doresc să inițieze un litigiu ori societăți de avocați pot avea cunoștință despre posibilitățile finanțatorului de a susține în mod efectiv derularea litigiului.

Un dezavantaj ar putea fi acela că, având în vedere faptul că societățile listate la bursă sunt de cele mai multe ori de anvergură, procesul decizional declanșat în urma unei oferte de finanțare poate fi anevoios, ca urmare a numărului mare de cereri înregistrate și de persoane implicate. Însă acest aspect nu poate reprezenta o regulă, întrucât dimensiunea societății poate reprezenta și un avantaj, în comparație cu finanțatori mai mici, având în vedere resursele considerabile de care beneficiază și dimensiunea echipei care se ocupă de evaluarea solicitărilor și de strategia de business⁶⁴.

4.11. Birouri familiale (*Family offices*)

Birourile de familie *Family offices* reprezintă o entitate prin intermediul căreia sunt gestionate activele unui grup familial, în scopul dezvoltării averii acestuia și al promovării viziunii și valorilor membrilor săi⁶⁵. Acestea investesc în industrii diverse, manifestând interes și în domeniul finanțării litigiilor⁶⁶. Birourile familiale prezintă anumite elemente de diferențiere comparativ cu alte tipuri de finanțatori, dar și anumite avantaje prin raportare la aceștia⁶⁷.

Acestea își desfășoară activitatea în mod metodic și eficient în relația cu clientul, dezvoltă proceduri pentru derularea relației acestora, privind etapa de *due diligence*, încheierea contractului. Din perspectiva finanțatorului, cea mai importantă parte a procesului de acordare a finanțării este verificarea detaliată (*due diligence*), cea în care finanțatorul va aprofunda atent detaliile cazului și în care toate informațiile prezentate finanțatorului în cererea de finanțare vor fi testate și verificate⁶⁸.

⁶¹ <https://omnibridgeway.com/about/overview>.

⁶² <https://investors.burfordcapital.com/resources/investor-faqs/default.aspx>.

⁶³ https://finance.ec.europa.eu/capital-markets-union-and-financial-markets/company-reporting-and-auditing/company-reporting/transparency-requirements-listed-companies_en (vizualizat la 01.06.2023).

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Deloitte Private, „*The Family Office Handbook. Achieving ambition. Managing risk. Leaving a rich legacy*”, p. 2, [On-line]: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/uk/Documents/private-markets/deloitte-uk-the-family-office-handbook.pdf>.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ N. Rowles-Davies, *op. cit.*, p. 96-97.

⁶⁸ J. Xiao, *op. cit.*, „*Heuristics, Biases, and Consumer Litigation Funding at the Bargaining Table*”, în *Vanderbilt Law Review*, vol. 68, nr. 1, 2015, p. 281.

Un avantaj al finanțării prin intermediul birourilor familiale este reprezentat de resursele financiare însemnate de care dispun acestea, astfel încât clienții pot fi încrezători că finanțatorul dispune de capitalul necesar pentru avansarea cheltuielilor necesare pentru desfășurarea litigiului.

Menționăm, de asemenea, faptul că, în Marea Britanie, cel puțin doi dintre membrii ALF au legături cu birouri familiale, ceea ce, pe de-o parte, garantează respectarea condițiilor privind deținerea unui capital suficient, iar pe de altă parte, oferă avantajul asumării respectării dispozițiilor Codului de Conduită⁶⁹, implicit a desfășurării activității de finanțare într-o modalitate profesionistă, transparentă, cu respectarea intereselor clientului⁷⁰. ALF (Association of Litigation Funders) a fost înființată în 2011, fiind compusă din membri activi pe piața finanțării litigiilor. Membrii acesteia respectă „Codul de Conduită”, care oferă reguli în baza cărora aceștia își desfășoară activitatea, ceea ce conduce la o mai mare transparență și la o protecție mai mare pentru clienți⁷¹. Astăzi, ALF are drept rol principal supravegherea evoluției reglementărilor și aplicabilitatea acestui mecanism în Anglia și Țara Galilor. Adoptarea unui Cod de Conduită, a unei modalități de înregistrare a plângerilor și a unor criterii pe care finanțatorii trebuie să le probeze în vederea primirii în rândul membrilor a contribuit la o mai mare credibilitate a Asociației și a membrilor acesteia⁷².

5. Concluzii

Finanțarea litigiilor de către terți („TPF”) este o instituție juridică relativ nouă aflată la diverse stadii de perfecționare a reglementării și, implicit, la diferite intensități de utilizare în activitatea propriu-zisă. Această tehnică de finanțare provoacă, totuși, multiple controverse, deși este, în general, admisă ca fiind utilă și necesară.

Datorită avantajelor pe care le presupune, TPF, alături de alte instrumente, a devenit una dintre principalele modalități pentru asigurarea accesului la justiție, motiv pentru care a început să fie frecvent utilizat în unele state ale lumii. Utilitatea acestui mecanism de finanțare este sugerată și de faptul că, deși în unele state, acesta nu era permis în mod expres, totuși recent s-a procedat la reglementarea principalelor aspecte ce țin de utilizarea TPF, în vederea adaptării la numeroasele oferte, în special în litigiile supuse soluționării prin arbitraj.

La nivel național, reglementările din alte state ar putea servi ca un model pentru elaborarea unei legislații specifice. Adoptarea unei directive la nivelul Uniunii Europene cu privire la finanțarea litigiilor de către un terț ar reprezenta, de asemenea, un fundament important pentru reguli naționale, care să ofere claritate utilizării viitoare a TPF.

⁶⁹ <https://associationoflitigationfunders.com/code-of-conduct/documents/>

⁷⁰ *Ibidem*, p. 97.

⁷¹ <https://associationoflitigationfunders.com/>

⁷² N. Rowles-Davies, *op. cit.*, p. 199.

Practica finanțării litigiilor a evoluat substanțial în ultimii ani, oferind mai multe modalități prin care părțile pot obține resurse pentru a-și susține procesele juridice, adaptate la nevoile financiare specifice ale acestora.

Referințe

- Abrams, S., Chen, D. L., *A market for justice: a first empirical look at third party litigation funding*, University of Pennsylvania Journal of Business Law.
- Attrill, W., *Ethical Issues in Litigation Funding*, 2009.
- Catalano, C., How to bring certainty to litigation budgets (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=50656b4e-4992-4c64-a82c-e9d39b8dea4f>).
- Cohen, A., „*An update on commercial legal finance case law*”, The Burford Quarterly, nr. 3, 2022.
- Connor, G., Woo, M., *An Introduction to Hedge Funds. Introductory Guide*, London School of Economics, Financial Markets Group.
- Deloitte Private, *The Family Office Handbook. Achieving ambition. Managing risk. Leaving a rich legacy* (<https://www.deloitte.com/content/dam/Deloitte/sg/Documents/deloitte-private/sea-dp-family-enterprise-office-handbook.pdf>).
- Flake, C., *Third party funding in domestic arbitration: champerty or social utility?*, Insurance Information Institute, „*What is third-party litigation funding and how does it affect insurance pricing and affordability?*”.
- Khen, J., *What Is an Investment Fund? Types of Funds and History*, 2023.
- Perich, M., *Profile of Litigation Funders*, 2020, Westfleet Advisors.
- Pierce, J., Burnett, D., *The Emerging Market for Litigation Funding*, 2013.
- Research and Markets, *UK Legal Services Market Trends Report*, 2019, apud A. Cohen, *An update on commercial legal finance case law*, The Burford Quarterly, nr. 3, 2022.
- Rowles-Davies, N., *Third party litigation funding*, Oxford University Press, 2014.
- Steinitz, M., *Third Party Funding of Investment Arbitration*, în Iowa Legal Studies, nr. 42, 2021.
- Trusz, J. A., *Full disclosure? Conflicts of Interest Arising from third-party funding in International Commercial Arbitration*, în Georgetown Law Journal.
- Ungureanu, C.T., *Dreptul comerțului internațional*, Editura Hamangiu, 2018.
- Xiao, J., *op. cit., Heuristics, Biases, and Consumer Litigation Funding at the Bargaining Table*, în Vanderbilt Law Review, vol. 68, nr. 1, 2015.