

Проф. др Љубица Николић, редовни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу
Др Александар Мојашевић, доцент
Правни факултет Универзитета у Нишу

АГЕНЦИЈСКИ ПРОБЛЕМ У УГОВОРНОМ ОДНОСУ АДВОКАТА И КЛИЈЕНТА¹

Апстракт: У овом раду, аутори анализирају различите методе плаћања адвоката у праву САД и Србије, из угла економске анализе права (ЕАП). Циљ је утврдити економске импликације различитих метода плаћања адвоката у погледу учесталости суђења и поравнања, подстицаја за заступање клијената и количине уложеног напора у том заступању. Анализа се своди на принципал–агент проблем у уговорном односу адвоката и клијента, те се намеће питање извора тог проблема. Ослањајући се на релевантну литературу и емпиријска истраживања у тој области, аутори долазе до питања економских импликација различитих метода плаћања адвоката према нашем Закону о адвокатури и Кодексу професионалне етике адвоката. Да ли су решења која постоје у нашем правном систему, у погледу ублажавања споменутог агенцијског проблема, заснована на економској логици представља централно питање у овом раду.

Кључне речи: адвокат, клијент, метод плаћања, ефикасност.

¹ Овај рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије, бр. пројекта 179046.

Основне претпоставке анализе

У стандардним економским моделима парничног поступка (парнице)² испитује се понашање парничних странака (тужиоца и туженог), без ангажованих *правних заступника (адвоката)*. Будући да присуство адвоката може утицати на алокацију парничних трошкова, самим тим и на исход парнице, неопходно је у економски модел парничног поступка укључити варијаблу која се тиче односа *принципала и агента*. При том, полази се од једне разумне претпоставке да адвокати имају више стручног (правничког) образовања у односу на своје клијенте, као и од тога да су обе стране у том уговорном односу неутралне на ризик. Чињеница да адвокати поседују неопходна стручна знања и вештине, подразумева да имају поузданије информације о различитим законским нормама, као и да могу вршити тачније процене исхода парнице. Даље, анализа која следи фокусира се на *два метода исплате адвоката за пружене услуге: фиксно или по сату радног времена*, независно од исхода парнице, и *процентуално од исхода парнице*, тј. од новчаног износа пресуде или новчаног износа поравнања. Овај други метод исплате адвоката означава се као *накнада за успешност* или *контингенцијска накнада* (енг. *contingent fee*)³ и подразумева да исплата адвоката зависи од исхода парнице.⁴ У америчкој судској пракси, ова контингенцијска накнада обично износи *1/3* од добијене своте новца,⁵ и најчешће се уговара када је реч о парници за накнаду вануговорне штете.⁶ С друге стране, овакав вид уговарања накнаде за услуге адвоката забрањен је у Енглеској и другим земљама.

2 Пионирски радови у оквиру економске анализе парничног поступка везују се за следећа имена: Алан Фридман, видети: Alan E. Friedman, *An Analysis of Settlement*, Stanford Law Review, Vol. 22, 1969, стр. 67–100; затим, Вилијам Ландес, видети: William M. Landes, *An Economic Analysis of the Courts*, Journal of Law and Economics, Vol. 14, 1971, стр. 61–107; даље, Џон Гулд, видети: John P. Gould, *The Economics of Legal Conflicts*, Journal of Legal Studies, Vol. 2, 1973, стр. 279–300; и бројни други аутори.

3 Видети о контингенцијској накнади: Steven Shavell, *Temelji ekonomske analize prava*, Mate, Zagreb, 2009, стр. 432.

4 У случају накнаде за успешност, адвокат не наплаћује *време* које је радио.

5 Тачније, контингенцијска накнада *најчешће* износи *1/3* од износа поравнања, или *40%* од новчаног износа на име пресуде у првостепеном поступку, или *50%* од новчаног износа на име пресуде која је потврђена у другом степену. Видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *Law & Economics*, Fourth Edition, Pearson Addison Wesley, Boston, San Francisco, New York, London, Toronto, Sydney, Tokyo, Singapore, Madrid, Mexico City, Munich, Paris, Cape Town, Hong Kong, Montreal, 2004, стр. 400, фуснота бр. 6.

6 Видети: Thomas J. Miceli, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford California, 2004, стр. 259.

Уважавајући ове почетне премисе, у овом раду полазимо од тога да се економске импликације различитих метода плаћања адвоката, у погледу подстицаја у заступању клијената (и посебно напора у том заступању), учесталости суђења и поравнања, разликују. Желимо да утврдимо узрок постојања тих различитих економских импликација, и да установимо да ли их наш законодавац узима у обзир приликом нормирања различитих метода плаћања адвоката.

Подстицаји за заступање, одлазак на поравнање или суђење у зависности од метода плаћања адвоката

Оно што нас прво интересује јесу *подстицаји адвоката за закључење уговора о заступању клијента* на основу контингенцијске накнаде, односно фиксне накнаде (или накнаде по сату). Критеријум процене ефикасности тих подстицаја јесте максимизација очекиваног добитка минус очекивани трошкови. Пођимо прво од *фиксне накнаде (или накнаде по сату)*, у ком случају је адвокат плаћен независно од исхода парнице. С обзиром на то да је плаћен независно од успеха на суђењу, или у преговорима око поравнања, адвокат ће бити подстакнут да прихвати и случајеве код којих је очекивани добитак на основу пресуде или поравнања *нижи* од очекиваних трошкова. Другим речима, адвокат ће прихватити и случајеве који немају великог изгледа на успех у парници. С друге стране, када је реч о *накнади за успешност*, адвокат неће имати подстицаје да прихвати случајеве код којих је очекивани добитак на основу пресуде или поравнања *нижи* од очекиваних трошкова. Другим речима, у случају накнаде за успешност, адвокат може максимизирати очекивани добитак само у случају *успеха* на суђењу или у преговорима око поравнања, услед чега неће трошити своје време и друге ресурсе на ангажовање у парницама са негативном очекиваном вредношћу. Но, ваљало би узети у обзир и то да адвокату припада само *један део* новчаног добитка од пресуде или поравнања, што значи да критеријум максимизације очекиваног добитка минус очекивани трошкови важи само делимично за њега. Према томе, *у односу на критеријум максимизације очекиваног добитка минус очекивани трошкови, адвокат ће имати јаке (претеране) приватне подстицаје за ангажовање у случајевима код којих се плаћа по сату или фиксно, и недовољне приватне подстицаје у случајевима код којих се плаћа зависно од успеха у парници.*⁷

7 Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 433.

Следеће питање које нас интересује јесте какве подстицаје на понашање адвоката стварају два метода њиховог плаћања, у контексту одласка на суђење или поравнање. Пођимо прво од фиксне накнаде (или накнаде по сату), код које се уочава тенденција *чешићег одласка на суђење*, јер адвокат тиме себи обезбеђује више рада, а више рада, *који не подразумева и већи напор*, значи више новца. Следи да адвокат нема подстицај да утиче да се спор заврши мирним путем, већ напротив, има подстицај да форсира суђење и завршетак спора редовним путем.⁸ С друге стране, када је реч о контингенцијској накнади, постоји (супротна) тенденција *чешићег склапања поравнања*. Наиме, будући да сноси укупне парничне трошкове у случају суђења, а добија само *део* новчаног износа пресуде, адвокат има јак подстицај да се ангажује на мирном решењу спора и закључењу поравнања. Према томе, *адвокат има јаке приватне подстицаје за одлазак на суђење у случају фиксне накнаде (или накнаде по сату), и слабе приватне подстицаје за одлазак на суђење у случају уговорене накнаде за успешност*.⁹ Следи да ће у случају фиксне накнаде (или накнаде по сату) бити већа *учесталост суђења*,¹⁰ док ће у случају контингенцијске накнаде бити већа *учесталост поравнања*. Но, *да ли је овај став валидан?* У наставку текста изнећемо аргументе у прилог тези да уговарање контингенцијске накнаде не повећава нужно вероватноћу склапања поравнања.

Контингенцијска накнада и учесталост поравнања

Логично објашњење постојања јаких приватних подстицаја за склапање поравнања од стране адвоката, у случају уговарања контингенцијске накнаде, огледа се у томе да они добијају део износа склопљеног поравнања, *без додатног временског ангажовања*, а које би било потребно да је, којим случајем, спор изнет на суђење. С тим у вези, економски модел¹¹ доказује да је адвокат, за разлику од свог клијента

8 Овај проблем ублажава се чињеницом да овакво понашање адвоката шкоди његовом *угледу*. Такође, ако клијент сазна да адвокат одуговлачи поступак због новца, предузима непотребне парничне радње и сл., може подићи тужбу за *несавесно заступање*. Сама могућност подизања те тужбе *делимично* ублажава проблем неефикасних подстицаја адвоката.

9 Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 433.

10 Но, ако је адвокату доступан други, *атрактивнији случај*, питање је да ли ће отићи на суђење или ће покушати да брзо склопи поравнање. Атрактивност случаја се може мерити, рецимо, по томе што захтева *мање напора*. Овим се доводи у питање горенаведена теза о учесталости суђења у случају фиксне накнаде.

11 Видети економски модел који потврђује тврдње које ће бити изнете: Hugh

(тужиоца), спремнији да прихвати понуду за склапање поравнања од стране туженог (или његовог адвоката). Такав конфликт интереса адвоката и клијента (тужиоца) доводи до смањења вероватноће прихватања понуде туженог у случају уговорене контингенцијске накнаде, осим ако адвокат не ставља сопствени интерес изнад интереса клијента. Ако би ставио свој интерес у први план, већа је вероватноћа прихватања понуде туженог и, самим тим, већа је вероватноћа склапања поравнања. У супротном, када би интерес клијента био у првом плану, тужени би био подстакнут да *повиси* износ понуде како би подстакао тужиоца да прихвати понуду. Но, спремност тужиоца да не прихвати понуду може довести до скупог суђења, нарочито узимајући у обзир чињеницу да је оно вероватније након наступања штете. Све у свему, тужилац ће бити у лошијем положају у случају уговарања контингенцијске накнаде у односу на ситуацију када није уговорена таква накнада, или је уговорен неки други вид плаћања. Но, да ли ће заиста доћи до реалног повећања броја суђења зависи и од *понашања туженог* које детерминише вероватноћу наступања саме штете. Зато се не може *ex ante* изнети тврдња да ли ће доћи до повећања или смањења броја суђења.

Под претпоставком да адвокат има овлашћење да одлучује о склапању поравнања у име клијента, у теорији се истиче¹² да је износ поравнања који би одговарао адвокату често *нижи* од износа који би преферирао његов клијент, што додатно охрабрује другу страну (туженог или његовог адвоката) да *сними* понуду за склапање поравнања. Друга страна ће се тако понашати, јер је у њеном интересу да закључи поравнање за нижи износ. Услед тога долази до бржег склапања поравнања, чији коначни износ свакако неће бити у интересу клијента (тужиоца). Од тога корист имају адвокати, у виду веће зараде, будући да се могу посветити већем броју случајева.¹³

Конвенционални став да уговарање контингенцијске накнаде чешће доводи до склапања поравнања, због јаким подстицаја адвоката усмерених у том правцу, доводе у питање *Полински (A. M. Polinsky)* и Gravelle, Michael Waterson, *No Win, No Fee: Some Economics of Contingent Legal Fees*, *Economic Journal*, Vol. 103, No. 420, September 1993, стр. 1205–1220.

12 Код уговарања контингенцијске накнаде веома је битно да контрола над склапањем поравнања буде *подједнако подељена* између адвоката и клијента, јер у противном долази до оштре колизије интереса. Видети о томе: Geoffrey P. Miller, *Some Agency Problems in Settlement*, *Journal of Legal Studies*, Vol. 16, 1987, стр. 198–202.

13 О подстицајима адвоката да не раде у интересу клијента, већ у интересу веће зараде, у случају уговарања контингенцијске накнаде, видети: Murray L. Schwartz, Daniel J. B. Mitchell, *An Economic Analysis of the Contingent Fee in Personal-Injury Litigation*, *Stanford Law Review*, Vol. 22, 1970, стр. 1136–1139.

Рубинфелд (*D. L. Rubinfeld*).¹⁴ Они истичу да то објашњење занемарује једну важну варијаблу – *могућност да адвокат, ако оде на суђење, утроши неадекватну количину времена на решавање спора у односу на ону количину која би била оптимална са становишта интереса клијента*. Разлог томе лежи у чињеници да адвокат интернализује пуне трошкове додатног (временског) ангажовања, али не и пуну корист од тог ангажовања, услед чега *смањује напор* у свом ангажовању на суђењу у односу на онај напор који би био оптималан са становишта интереса клијента.¹⁵ Ако би се ова варијабла узела у обзир, адвокат *не би имао јак подстицај да склапа поравнање*, као и да захтева износ поравнања који је нижи од оптималног износа са становишта интереса клијента.¹⁶ Према томе, суштина је да, у случају уговарања контингенцијске накнаде, *вероватноћа склапања поравнања може бити и нижа него што конвенционални економски модел претпоставља*.

Постоје аутори који, такође, оспоравају ово конвенционално становиште, али са другачијим полазним претпоставкама, рецимо, да клијент, *а не адвокат*, контролише парницу,¹⁷ или да се преговори око поравнања

14 Видети: A. Mitchell Polinsky, Daniel L. Rubinfeld, *A Note on Settlements under the Contingent Fee Method of Compensating Lawyers*, Berkeley Program in Law and Economics, Working Paper Series, UC Berkeley, 2001, стр. 1–12.

15 Наравно, под претпоставком да је уговорена *контингенцијска накнада*, у ком случају адвокату припада само *део* очекиване новчане накнаде. Такође, овај модел полази од тога да *адвокат* доноси одлуку по питању одласка на суђење или поравнање у име и за рачун клијента, који је, иначе, неинформисан по питању трошкова и користи од суђења. Видети: *ibid.*, стр. 6–10.

16 Напротив, адвокат би могао да захтева виши износ поравнања који не би био прихваћен од стране оних тужених који би имали *ниже* парничне трошкове на суђењу и, супротно, био би прихваћен од стране оних тужених који би имали *више* парничне трошкове на суђењу. Видети нумерички пример који поткрепљује претходно изнете тврдње: *ibid.*, стр. 10–11.

17 Основна идеја у овом раду јесте да уговарање контингенцијске накнаде странци пружа *стратегијску предност* у преговорима око поравнања, будући да није суочена са плаћањем додатних трошкова на суђењу у односу на ситуацију када је уговорена фиксна накнада (у ком случају више сати адвокатовог рада значи мањи нето износ од добијене пресуде за клијента). Видети: Lucian Arye Bebchuk, Andrew T. Guzman, *How Would You Like to Pay for That? The Strategic Effects of Fee Arrangements on Settlement Terms*, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 1, Spring 1996, стр. 53–63.

одвијају у различитим временским секвенцама (етапама),¹⁸ или да се подижу само тужбе негативне вредности.¹⁹

Шавел (*Shavell*) заступа став²⁰ да је, у случају фиксне накнаде (или накнаде по сату), адвокат на суђењу подстакнут да ради више у односу на вредност очекиване пресуде и, супротно, у случају накнаде за успешност. Више или мање рада процењује се на основу тога колико је уложени рад вредан у односу на очекивану пресуду. У случају контингенцијске накнаде, адвокат ће желети да ради мање него што би било вредно труда у смислу очекиване накнаде, будући да не максимизира цео новчани износ очекиване пресуде, али сноси све парничне трошкове. Видимо да се овај закључак изводи на основу критеријума максимизације очекиваног добитка минус парнични трошкови. Но, ако упоредимо ова два метода плаћања адвоката према критеријуму улагања већег додатног напора, адвокат ће, у сваком случају, уложити већи додатни напор у случају контингенцијске накнаде него накнаде по сату или фиксне накнаде. Објашњење овог става је да адвокат, у случају накнаде за успешност, максимизира један део новчаног износа очекиване пресуде, док код фиксне накнаде (или накнаде по сату), адвокат не присваја ниједан део новчаног износа очекиване пресуде. Ово питање додатног улагања напора, у случају различитих метода плаћања адвоката, биће предмет разматрања у наставку текста.

18 У овом раду основна теза јесте да трошкови преговарања, у динамичном окружењу, пружају адвокату могућност стратегијског понашања, у смислу примене оштре стратегије преговарања и захтевања вишег износа поравнања. Да ли ће до тога доћи зависи од мноштва фактора: висине адвокатових трошкова, висине причињене штете, висине туженикових трошкова, итд. Ова теза је у супротности са класичном тезом по којој адвокат тежи да оконча случај што је могуће пре, јер тиме избегава акумулацију трошкова који ће смањити његов део од очекиваног добитка на основу поравнања или пресуде, услед чега пристаје и на нижи износ поравнања у односу на жељени износ његовог клијента. Ова класична теза, према мишљењу Рикмена, занемарује стратегијски аспект преговарања, генерисан трошковима преговарања, који доводи до супротних тенденција (захтевања вишег износа поравнања од стране адвоката). Видети: Neil Rickman, *Contingent Fees and Litigation Settlement*, International Review of Law and Economics, Vol. 19, Issue 3, 1999, стр. 295–317.

19 Мичели (*Miceli*) оповргава класично становиште да уговарање контингенцијске накнаде подстиче подизање тужби негативне вредности јер тужиоци сnose мали финансијски ризик. Према његовом мишљењу, не постоји разлика између контингенцијске и фиксне накнаде у погледу стопе парничења. Видети: Thomas J. Miceli, *Do Contingent Fees Promote Excessive Litigation?*, Journal of Legal Studies, Vol. 23, No. 1, 1994, стр. 211–224.

20 Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 433.

Предности контингенцијске накнаде у односу на друге методе плаћања адвоката

Питање напора који би адвокат уложио у случају одласка на суђење, зависно од метода плаћања његових услуга, захтева посебну елаборацију.²¹ Прво, у случају фиксне накнаде (или накнаде по сату), адвокат има *слаб* подстицај да уложи додатни напор у односу на вредност пресуде, и *јак* подстицај, када је уговорена накнада за успешност.²² У првом случају, адвокат ће интернализovati трошкове уложеног напора, али неће уживати користи од тог уложеног напора, те неће имати подстицај за додатни напор. У другом случају, адвокат добија део новчаног износа пресуде, те има јачи подстицај за улагање додатног напора. Даље, предност контингенцијске накнаде у односу на фиксну накнаду (или накнаду по сату), огледа се и у могућности *поделе ризика успеха или неуспеха на суђењу*.²³ За разлику од фиксне накнаде или накнаде по сату, чијим уговарањем се клијент обавезује да *самостално* сноси ризик (не) успеха на суђењу, код накнаде за успешност, адвокат и његов клијент *деле* ризик (не)успеха на суђењу. Ако се пође од разумне претпоставке да адвокат, због правничког знања, може боље да процени исход суђења у односу на клијента, значи да је ефикасније да адвокат сноси ризик (не)успеха на суђењу *заједно* са клијентом. То даље значи да, у случају уговарања контингенцијске накнаде, адвокат не би прихватио случајеве који су унапред осуђени на неуспех. Такав став не би се могао извести у случају накнаде по сату радног времена. Такође, требало би узети у обзир и то да би адвокат могао да *диверзификује ризик* неуспеха у *једној ризичној парници*, прихватањем и *других случајева који су мање ризични*. Према томе, из чињенице да адвокат може боље да процени исход суђења у односу на клијента, као и из чињенице да адвокат може да диверзификује ризик, извлачимо закључак да је ефикасније да терет ризика клијент подели са својим правним заступником. Као што је истакнуто, поделу тог ризика омогућава једино уговарање накнаде за успешност. Но, став о ефикасности контингенцијске накнаде остаје валидан само ако је адвокат *више склон ризику* од клијента. Супротно, ако адвокат има

21 Видети: Thomas J. Miceli, *op. cit.*, 2004, стр. 259–261.

22 Претпоставка је да вероватноћа тужиоцевог успеха на суђењу зависи од напора који би адвокат уложио у решавање спора редовним путем и да постоји опадајућа гранична корисност од напора, као и растући гранични трошак од уложеног напора. Следи да што је већи напор адвоката већа је и вероватноћа успеха на суђењу, али већи су и парнични трошкови. При том, адвокат свакако настоји да максимизира сопствени очекивани добитак.

23 Видети: Thomas J. Miceli, *op. cit.*, 1994, стр. 211–224.

већу аверзију према ризику од свог клијента, онда се доводи у питање пожељност уговарања контингенцијске накнаде, те се накнада по сату радног времена (или фиксна накнада) показује као разумна алтернатива за уговорне стране.²⁴ Затим, питање материјалних могућности клијента такође утиче на избор између споменутих метода плаћања адвоката. Ако је сиромашан, клијент може искористити очекивану новчану накнаду као залог за плаћање адвоката. Зато Познер (*Posner*) прави паралелу²⁵ између уговора о заступању са контингенцијском накнадом и уговора о кредиту (зајму). Ова специфична врста уговора разликује се од типичног уговора о кредиту, по томе што је имплицитна каматна стопа много виша и, следствено томе, укупан износ камате много већи. Разлог већег износа камате лежи и у чињеници да кредит можда неће бити враћен у дужем временском периоду, будући да парница може да потраје.²⁶ Коначно, у теорији ЕАП²⁷ истиче се да се реалокација ризика исхода парнице са клијента на адвоката, као и пуна интернализација користи и трошкова од додатног напора адвоката, може остварити једном врстом уговорног односа, у којем би адвокат извршио „куповину“ тужбеног захтева од свог клијента. Наиме, ради се о уговору, који би омогућио адвокату да плати свом клијенту фиксну суму новца унапред, а с друге стране, адвокат би присвојио за себе сав принос од суђења или поравнања. Тиме се постижу две ствари. Прво, очекивани добитак адвоката био би једнак очекиваном новчаном износу од судске пресуде. То значи да би адвокат интернализовао све користи и трошкове додатног напора у ангажовању. Друго, била би извршена пуна реалокација ризика са клијента на адвоката, јер био он (адвокат) једини био одговоран за успех или неуспех у парници. Међутим, овде се отварају неколико питања. Прво, да ли би се омогућавањем „куповине“ тужбених захтева избегао проблем подизања тужби негативне вредности?²⁸ С обзиром на то да тужиоци подижу тужбе негативне вредности јер занемарују парничне трошкове, проблем би, свакако, био ублажен у присуству адвоката који купују тужбене захтеве. Рационални адвокат не би игнорисао парничне трошкове и упустио се у парницу која нема великих изгледа на успех. Но, на овом месту постављамо питање: да ли је процена исхода парнице од стране

24 Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 434.

25 Видети: Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Aspen Law & Business, New York, 1998, 1998, стр. 624.

26 У овом случају, не постоји ни могућност периодичне делимичне отплате кредита, која је уобичајена код конвенционалног кредита.

27 Видети: Thomas J. Miceli, *op. cit.*, 2004, стр. 260.

28 Ово питање се може поставити и када је реч о контингенцијским накнадама.

адвоката нужно перфектна? Ако пођемо од тога да та процена може, али не мора нужно, бити перфектна, због недостатка свих информација конкретног случаја, очито је да проблем тужби негативне вредности може постојати и у присуству адвоката.²⁹ Друго, тржиште правних услуга не функционише увек перфектно, јер клијент често нема довољно информација на основу којих би проценио вредност тужбеног захтева, те се доводи у питање закључење уговора којим би адвокат „откупио“ тужбени захтев од клијента.³⁰ Управо ова ограничења доводе у питање ефикасност иновативног метода плаћања адвоката.

Узимајући у обзир претходно речено, као и наведене недостатке фиксне накнаде (или накнаде по сату), следи да контингенцијска накнада има компаративну предност над другим методима плаћања. Упркос томе, она је забрањена у многим земљама, претежно због постојања конфликтних интереса адвоката и клијента.³¹ Но, Познер истиче³² да то

29 Ове тужбе се подижу како би се претњом вођењем парнице и одласком на суђење издејствовало поравнање или виши износ поравнања. То значи да проблем тужби негативне вредности, у сваком случају, постоји и не може бити у потпуности елиминисан, независно од присуства адвоката.

30 Теоретски гледано, држава би могла да омогући развој таквог тржишта. Но, будући да у пракси она то не чини, поставља се питање начина развоја конкурентског тржишта. *Кутер (Cooter)* заступа идеју да би то питање требало препустити тржишним актерима. Детаљније о томе: Robert Cooter, „Liability Right as Contingent Claims“, у: *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, (eds. Peter Newman), Stockton Press, New York, 1998.

31 Размотримо следећи нумерички пример: тужени (или његов адвокат) упутио је понуду за склапање поравнања адвокату тужиоца у износу од 1.000.000 динара; ако би адвокат тужиоца отишао на суђење могао би добити 1.500.000 динара на основу судске пресуде, и то са вероватноћом од 90%, али уз очекивани трошак од 200.000 динара; уговорена је контингенцијска накнада од 30%; претпоставка је да странке имају аверзију према ризику. Сада израчунајмо колико износи тужиочев очекивани добитак од поравнања и суђења. Прво, ако би адвокат тужиоца склопио поравнање, тужилац би добио износ од 700.000 динара, а адвокат на име накнаде за успешност износ од 300.000 динара. Уколико би адвокат тужиоца отишао на суђење, нето очекивани добитак тужиоца износио би: $90\% \times (1.500.000 \text{ дин.} - 450.000 \text{ дин.}) = 1.050.000 \text{ дин.}$ Видимо да очекивани добитак тужиоца расте са 700.000 динара, у случају поравнања, на 1.050.000 динара, у случају одласка на суђење. С друге стране, адвокатов очекивани добитак од суђења износио би: $90\% \times 450.000 \text{ дин.} - 200.000 \text{ дин.} = 205.000 \text{ динара.}$ У овом случају, очекивани добитак адвоката пада са 300.000 динара, у случају поравнања, на 205.000 динара, у случају одласка на суђење. Дакле, очито је да постоје конфликтни интереси адвоката и његовог клијента – први би желео да закључи поравнање, а други да иде на суђење. Разлог постојања конфликтних интереса адвоката и клијента лежи у чињеници да адвокат не присваја сав очекивани добитак од суђења ($90\% \times 1.500.000 \text{ дин.} - 200.000 \text{ дин.} = 1.150.000 \text{ динара}$), већ може очекивати само 205.000 динара.

32 Видети: Richard A. Posner, *op. cit.*, 1998, стр. 625.

свакако не може бити довољан разлог за њену забрану³³ и, при том, износи одређену аргументацију у односу на проблем прекомерног парничења који генерише контингенцијска накнада. Наиме, контингенцијска накнада засигурно омогућава појединцима нижег материјалног статуса, као и појединцима који имају аверзију према ризику, да затраже судску заштиту, али није сигурно да би довела до подстицања парничења. Томе додаје и чињеницу³⁴ да што је парница вероватнија, а она то јесте ако је доступна ширем кругу људи,³⁵ то је и превенција будућих непожељних понашања боља. Поновимо и то да контингенцијска накнада ублажава проблем подизања тужби негативне вредности у односу на плаћање по сату радног времена, због деобе ризика (не)успеха у парници. Према томе, забрана контингенцијске накнаде нема чврсто економско оправдање, а појава прекомерног парничења може бити ублажена другачијим законским решењима. Једно од таквих законских решења јесте и оно које предлаже Шавел,³⁶ а које се огледа у увођењу *таксе за подизање одређених врста тужби*, што би довело до свођења броја тужби на друштвено прихватљив ниво. Оваквим решењем, а које и ми прихватамо, не би се задирало у приватне односе адвоката и клијента и било би омогућено да слободно уговарају накнаду за успешност, чиме би биле сачуване све истакнуте предности контингенцијске накнаде.

Извор агенцијског проблема и критеријум одабира адвоката

У суштини, различити методи плаћања адвокатских услуга у различитим земљама одражавају један дубљи проблем који постоји у уговорном односу адвоката и клијента. Ради се о тзв. *агенцијском проблему*, када клијент (принципал) поверава решење одређеног правног проблема своме адвокату (агенту). Извор тог агенцијског проблема чине неколико фактора.³⁷ Прво, принцип је да *агент ради у интересу принципала*, тј. да максимизира његово богатство. Као што је објашњено, често постоје конфликтни интереси између адвоката и клијента, услед чега се овај принцип нарушава. У ствари, адвокат жели да максимизира сопствено благостање, а не благостање свог клијента, тако да понашање адвоката треба процењивати према том критеријуму. Друго, у односу адвоката и

33 Штавише, и Познер се залаже да се адвокатима дозволи откуп тужбених захтева од клијената, видети: *ibid.*, стр. 625–626.

34 *Ibid.*, стр. 626.

35 Што контингенцијска накнада управо и омогућава.

36 Видети: Steven Shavell, *op. cit.*, 2009, стр. 435.

37 Видети о узроцима агенцијског проблема, а који су наведени у овом раду: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, стр. 405.

клијента постоји *асиметрија информација*, коју адвокат може да искористи на уштрб интереса клијента. Рецимо, клијент може захтевати од свог адвоката да му предочи очекивану вредност од тужбеног захтева. Уколико је адвокат плаћен по сату радног времена, питање је да ли ће адвокат прецизно исказати ту очекивану вредност. Он може бити подстакнут да неистинито искаже очекивану вредност од тужбеног захтева, тј. да прикаже неуком клијенту да очекивана вредност од тужбеног захтева прелази трошкове подизања тужбе, иако то није случај, у циљу навођења клијента да плати трошкове израде и писања тужбе. Исти закључак може се извести ако би адвокат био плаћен на основу извршених услуга, спецификованих у уговору о заступању.³⁸ Овај пример показује да асиметрија информација између адвоката и клијента, која настаје зато што адвокат боље познаје право,³⁹ такође може довести до нарушавања принципа да адвокат максимизира благостање свог клијента. Штавише, и уговарање накнаде за успешност не обезбеђује увек ефикасне подстицаје да адвокат ради у име и за рачун клијента. Као што смо истакли, у случају уговарања контингенцијске накнаде, адвокат сноси трошкове подизања тужбе, али присваја само један део очекиване вредности од тужбеног захтева. Практично гледано, последица може бити да адвокат не прихвати случај, чак и уколико је реч о тужби позитивне вредности. Такође, често се дешава да исход суђења зависи од процене судије, те и одређени *екстерни фактори*, а не само напор и знање адвоката, могу утицати на карактер судске пресуде. Додајмо тим факторима и способност и умеће вештачења, као и способност сведочења.

Узимајући у обзир постојање агенцијског проблема у уговорном односу адвоката и клијента, поставља се питање на основу ког поузданог критеријума клијент може изабрати адвоката? Један од одговора био би да клијент може проценити адвоката и његове способности, на основу *репутације* коју је до тада изградио. Репутација се гради временом, тако што адвокати прихватају случајеве по цени која је нижа од опортунитетних трошкова употребљених ресурса. Тек када упорним радом на тешким случајевима изграде позитивну слику о себи или својој канцеларији, адвокати могу да подигну цене својих услуга. Тај

38 Ради се о услузи писања тужбе, заступања пред судом, евентуалног писања жалбе, итд. У случају таквог начина плаћања, адвокат би сносио трошкове додатног напора и времена у извршењу тих услуга, али не би присвојио користи од тога. Зато адвокат добија (очито неефикасне) подстицаје да посвети мање времена у раду на случају, за који је уговорено плаћање на основу извршених услуга.

39 Као што и клијент боље познаје чињеничну основу случаја.

процес означава се као процес инвестирања у репутацију.⁴⁰ Иначе, у Америци постоје велике адвокатске фирме, специјализоване за различите врсте спорова, које послују по принципу великих предузећа. Ове адвокатске фирме послују и ван граница матичне државе, тако да се данас све више говори о тзв. процесу интернационализације адвокатских услуга.⁴¹ Овај процес интернационализације адвокатских послова, у којем доминирају америчке и енглеске адвокатске фирме, карактерише неколико фактора, почев од огромног искуства америчких адвоката у софистицираним међународним финансијским трансакцијама, преко дугогодишњег заступања америчких инвестиционих банака у међународним релацијама, до самог прагматизма америчких адвоката. Америчке адвокатске фирме поставиле су стандарде у погледу величине фирме, специјализације услуга, вођења административних послова, као и маркетинга.⁴² Таква репутација, која је изграђена, као што је истакнуто, и ван националних граница, може помоћи при избору адвоката и адвокатске фирме. Према томе, закључак је да репутација ублажава проблем асиметрије информација између клијената и адвоката.

У вези са репутацијом јесте и питање *рекламирања* адвокатских фирми. Познато је да реклама одређеног производа или услуге представља *иреверзибилан трошак*, као што и инвестирање у репутацију представља *иреверзибилан трошак*.⁴³ Сама инвестиција у рекламу представља веродостојан сигнал да је квалитет одређеног производа или услуге на задовољавајућем или високом нивоу. Аналогно томе, овакав став може се извести и за адвокатске услуге. Но, и поред тога, у многим земљама забрањено је рекламирање адвокатских фирми. У такве земље спада и наша, јер је *Законом о адвокатури* изричито забрањено рекламирање адвоката, заједничке адвокатске канцеларије и адвокатског ортачког

40 О процесу инвестирања у репутацију видети: Борис Беговић, Мирољуб Лабус, Александра Јовановић, *Економија за правнике*, Правни факултет Универзитета у Београду, Издавачки центар, 2008, стр. 390–397.

41 Детаљније о томе: Carole Silver, *Globalization and the U.S. Market in Legal Services—Shifting Identities*, Law and Policy in International Business, Vol. 31, No. 4, 2000, стр. 1093–1150.

42 Видети: David M. Trubek et al., *Global Restructuring and the Law: Studies of the Internationalization of Legal Fields and the Creation of the Transnational Arenas*, Case Western Reserve Law Review, Vol. 44, 1994, стр. 423–425.

43 *Иреверзибилни или неповратни трошкови* представљају трошкове који се не могу повратити у случају да предузеће, у овом случају адвокатска фирма, престане са послом или напусти грану. Видети: Борис Беговић, Мирољуб Лабус, Александра Јовановић, *op. cit.*, 2008, стр. 393.

друштва.⁴⁴ Забрана рекламирања ближе је уређена *Кодексом професионалне етике адвоката* (у даљем тексту *Кодекс*), којим је предвиђено да се рекламирање адвоката третира као нечасна и недопуштена радња.⁴⁵ У случају да адвокат прекрши забрану рекламирања и тиме повреди *Кодекс*, може подлећи дисциплинској одговорности пред *Адвокатском комором*, која надзире поштовање *Кодекса* и изриче санкције за утврђену дисциплинску одговорност. Према томе, наш *Закон о адвокатури* забраном рекламирања отежава слање веродостојних сигнала о квалитету адвокатских услуга, чиме оставља агенцијски проблем између адвоката и клијента отвореним. *Које су последице таквог законског решења, из угла ЕАП?* Пре свега, познато је да теоретичари *ЕАП*⁴⁶ наглашавају превенцију будућих непожељних понашања. Таква превенција, између осталог, постиже се и подстицањем покретања парничних поступака, јер већа вероватноћа покретања поступака, сама по себи, обесхрабрује потенцијалне починиоце штете да начине штету. С друге стране, законске норме требало би да обесхрабре и оне спорове који имају само дистрибутивне ефекте.⁴⁷ Ако законска норма, у овом случају норма из нашег *Закона о адвокатури*, изричито забрањује рекламирање адвоката, и на тај начин онемогућава изграђивање репутације, тиме се погоршава постојећа асиметрија информација између адвоката и клијента. Када је асиметрија информација погоршана, следи да се повећавају *административни трошкови парнице (АТ)*, као једна од компоненти укупних друштвених трошкова парничног поступка (*ДТП*). Последица повећања *АТ*, тј. чињенице да парница постаје скупља, јесте смањење броја парница. Међутим, питање је да ли је то најефикаснији начин за смањење броја парница. Из угла *ЕАП*,⁴⁸ постоје и ефикаснији механизми превенције од механизма који погоршавају агенцијски проблем. Будући да погоршање агенцијског проблема ствара неефикасне подстицаје у заступању клијената од стране адвоката,⁴⁹ намеће се питање избора тих алтернативних механизма превенције. Један од таквих јесте *такса*

44 Видети: чл. 24. *Закона о адвокатури*, „Службени лист РС“, бр. 31/2011.

45 Видети: одсек VII *Кодекса професионалне етике адвоката*, Адвокатска комора Југославије, Београд, бр. 1/1-99.

46 Видети, на пример, о *превенцији штета услед ауто-незгода*: А. М. Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, Aspen Publishers, New York, 2003, стр. 43–56, 71–78.

47 Ради се о споровима који генеришу *перераспделу* одређене вредности између починиоца штете и оштећеног.

48 Овакав став износи *Кутер* и *Јулин*, видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, стр. 390.

49 Погоршањем агенцијског проблема нарушавају се напори адвоката у заступању клијената.

за подизање одређених врста тужби, чијим увођењем би се повећали трошкови подизања тужби, а што консеквентно доводи до смањења подстицаја за парничење. Ако, пак, већ постоје прописане таксе за одређене врсте тужби, довољно их је *повисити*, како би се подстицаји за покретање поступака свели на друштвено прихватљив ниво. Према томе, забрана рекламирања јесте само један од начина којим се задире у однос адвоката и клијента и који доводи до погоршања асиметрије информација. Погоршање асиметрије информација између адвоката и клијента повећава *АТ*, што доводи до одређеног степена превенције, али који, као што је истакнуто, није довољно ефикасан.

Метод плаћања адвоката у нашој земљи и агенцијски проблем

У нашој земљи, агенцијски проблем у уговорном односу адвоката и клијента ублажава се тако што законодавац прописује *Тарифу* за извршене услуге адвоката. Другим речима, награду и накнаду трошкова за свој рад, адвокат обрачунава и наплаћује у новцу, према прописаној *Тарифи*. То је основно правило које предвиђа и *Кодекс*.⁵⁰ Такође, у *Кодексу* је предвиђено да ће се сматрати *недопуштеним споразумом*, ако адвокат уместо награде уговара потпуно или делимично преузимање спорног права чије му је заступање поверено, односно уговара или прима као своју награду део новчаног износа или друге вредности, који би по одлуци суда требало да припадну његовом клијенту.⁵¹ Ова забрана⁵² ублажена је правилом по коме адвокат, ипак, може да уговорену награду веже за *успешан исход заступања*, уколико то одговара природи случаја, не угрожава његову независност и није супротно претходно наведеној забрани.⁵³ Осим тога, у *Тарифи* предвиђено је да адвокат може, поред награде чија је висина одређена *Тарифом*, писмено да уговори и *паушалну награду* или *награду у процентуалном износу*.⁵⁴ Ова додатна награда у процентуалном износу може да износи највише 30% од вредности предмета спора у грађанским, управним и вансудским поступцима, док у кривичним и прекршајним поступцима, највише до *петоструког износа* награде предвиђене *Тарифом*.⁵⁵ Из овога следи да је у нашем правном

50 Видети: правило 108. *Кодекса*.

51 Видети: правило 109.1. *Кодекса*.

52 Ова забрана није у складу са наведеним Познеровим ставом о позитивним ефектима откупа тужбених захтева. Видети горе.

53 Видети: правило 110.3. *Кодекса*.

54 Видети: чл. 1, чл. 3. *Тарифе*.

55 Видети: чл. 3. *Тарифе*.

систему изричито забрањен *откуп тужбених захтева адвоката од својих клијента*,⁵⁶ и да је забрањено уговарање контингенцијске накнаде, као *основног* метода плаћања адвоката. Адвокат, *евентуално*, може да уговори са својим клијентом *додатну награду* у процентуалном износу, чија је висина изричито прописана *Тарифом*. Такође, адвокат може да прими *неуговорену награду* од свог клијента или другог лица, а које (друго лице) није супротна странка или неко ко је подржавао супротну странку,⁵⁷ ако их сам адвокат на то није навео и ако је награда у сразмери са обимом, врстом и резултатом рада, као и са имовинским приликама лица које је даје и уколико са другим лицем без знања клијента није уговорена суброгација.⁵⁸

Ове забране, и одступања од њих, које прописује наш законодавац и адвокатска комора представљају само један од начина којим се покушава решити агенцијски проблем у уговорном односу адвоката и клијента. Истакнуто је да контингенцијска накнада пружа низ предности: омогућавање сиромашнијем слоју становништва да покрене поступке и заштити своја права; пружање шансе појединцима који имају аверзију према ризику да затраже судску заштиту; ублажавање проблема подизања тужби негативне вредности.⁵⁹ Када је реч о сиромашнијем слоју становништва, *Кодекс* предвиђа могућност да адвокат прихвати исплату у *делимичном износу*,⁶⁰ или *по окончању поступка*, из обзира према имовинским приликама клијента.⁶¹ Ако адвокат може да прихвати (*целокупну*) наплату по окончању поступка од сиромашног клијента, то значи да су њему „отворена врата“ да се наплати из новчаног износа пресуде, која је донета у корист његовог клијента. Тиме се стварају подстицаји да адвокати процењују које су то парнице са позитивним исходом, како би наплатили своје услуге из новчаног износа који је

56 Адвокати подлежу дисциплинској одговорности за овакву повреду *Кодекса*.

57 У овом случају, мора да постоји знање и одобрење клијента, ако се награда даје *док је поступак у току*. Ако награду даје друго лице *по окончању поступка*, знање клијента није неопходно.

58 Видети: правило 110.5. *Кодекса*.

59 Поновимо да не постоје емпиријска истраживања која би јасно доказала тезу да омогућавање уговарања контингенцијске накнаде доводи до повећаног парничења. Као што смо истакли, проблем повећаног парничења може се ефикасније решити повишењем износа такси за подизање тужби.

60 Чл. 4. *Тарифе* предвиђа да нижи износ накнаде од оне која је прописана *Тарифом* не може бити нижи од 50%. Такође, истим чланом предвиђено је да виши износ уговорене награде у односу на износ предвиђен *Тарифом* не може бити виши од *троструког износа*.

61 Видети: правило 110.1. *Кодекса*. Исто правило предвиђа могућност и да се адвокат *одрекне награде*, ако се клијент налази у *изразито тешком сиромаштву*.

утврђен пресудом у корист сиромашног клијента. То практично значи да, иако *начелно* није дозвољено унапред уговорити процентуалну наплату од новчаног износа на име пресуде, постоји могућност да адвокат наплати своје услуге по окончању поступка и то из новчаног износа који би сиромашни клијент добио од супротне странке.⁶²

На овом месту ваљало би нагласити да правила плаћања адвоката, која постоје у свакој земљи, одражавају и *политичку моћ, као и моћ лобирања адвоката и адвокатске коморе*, приликом усвајања одређених прописа коју регулишу материју која се односи на адвокатску делатност. Све у свему, објашњена различита правила плаћања адвоката у Америци и нашој земљи, као и у другим земљама,⁶³ представљају различите начине решавања, иначе веома сложеног, агенцијског проблема између адвоката и клијента.

Закључна разматрања

Анализа је показала да се економске импликације различитих метода плаћања адвоката разликују у погледу учесталости суђења, учесталости поравнања, подстицаја за заступање и напора у заступању клијената. Следи да, економски гледано, питање начина нормирања плаћања адвоката у једном правном систему није ирелевантно, те је важно изабрати оно правило о плаћању адвоката које генерише најниже укупне друштвене трошкове парнице. Но, потребно је нагласити да не постоји правило које би у *потпуности* решило, иначе, веома сложен агенцијски проблем у уговорном односу адвоката и клијента. Затим, економска анализа је указала на одређене предности контингенцијске накнаде у односу на фиксну накнаду, или накнаду по сату радног времена, али упркос томе, она није експлицитно предвиђена у нашем правном систему. Правни основ за забрану контингенцијске накнаде – конфликтни интереси адвоката и клијента, економски гледано, није довољно оправдан. С тим у вези, нормативна анализа домаћих прописа, пре свега *Закона о адвокатури* и *Кодекса*, показала је да наш законодавац, на одређени начин, покушава да реши агенцијски проблем у уговорном односу адвоката и клијента, али да та решења нису увек и нужно заснована на економској логици. Пре свега, рекламирање адвоката

⁶² То потврђује и наведено правило 110.3. *Кодекса*, које предвиђа да адвокат може везати наплату за *успешан исход заступања*, тј. за победу у парници.

⁶³ На пример, у Енглеској, клијент закључује уговор са једним адвокатом (енг. „*solicitor*“), а затим тај адвокат бира другог адвоката (енг. „*barrister*“) који ће клијента заступати пред судом.

изричито је забрањено у нашој земљи, независно од тога што та законска забрана има за последицу погоршање принципал–агент проблема у уговорном односу адвоката и клијента, јер се постојећа асиметрија информација још више погоршава. С једне стране, овим законским решењем не угрожава се непосредно превенција будућих непожељних понашања, али с друге стране, има за последицу погоршање агенцијског проблема и, последично, стварање неефикасних подстицаја у заступању клијената од стране адвоката. Управо ова негативна импликација наметнула је потребу за другачијим решењем у погледу превенције. У теорији ЕАП издваја се *такса за подизање одређених врста тужби*, као инструмент у рукама државе, који може послужити свођењу броја парница на друштвено прихватљив ниво.

У раду је акцензован и утицај адвокатских лобија и адвокатских комора у погледу доношења законских прописа из области које се њих тичу. Такав утицај, свакако, може имати за последицу и усвајање закона који нису засновани на економској логици, која је, према нашем мишљењу, једини поуздан и објективан критеријум избора. Зар доношење последњег Закона о адвокатури у нашој земљи не потврђује тезу о утицају различитих адвокатских лоби-група? Све у свему, остаје на теоретичарима да указују на погрешна законска решења и, посебно, на негативне економске импликације тих решења, бар када је реч о теоретичарима ЕАП.

Проф. др Љубица Николић, доц. др Александар Мојашевић, Агенцијски проблем..., Зборник радова Правног факултета у Нишу, LXIV, стр. 79-98

Prof. Ljubica Nikolić, LL.D.
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Doc. Aleksandar Mojašević, LL.D.
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

The Agency Problem in Lawyer-Client Contractual Relation

Summary

In this article, the authors analyze different methods of paying lawyer fees for legal services in the US law and Serbian law by observing the issue from the aspect of the Economic Analysis of Law (EAL) theory. The primary objective is to determine the economic implications underlying different methods of payment for lawyer services in terms of frequency of legal representation in court proceedings and settlement proceedings, economic incentives for client representation and lawyers' performance in client representation. The focal point of this analysis is the principal-agent problem in the lawyer-client contractual relationship, which eventually raises the question concerning the roots of this problem. Drawing upon the relevant literature and empirical research on this matter, the authors discuss the economic implications of different methods of payment for lawyers' professional services which are envisaged in the Serbian Advocacy Act (2011) and the Code of Lawyer' Professional Ethics. The authors explore whether the current legal solutions aimed at minimizing the agency problem are based on the underlying logic of the economic analysis of law.

Key words: lawyer-client relation, method of payment, efficiency

