

Stanisław Sołtysiński*

Związanie zapisem na sąd polubowny i orzeczeniem arbitrażowym członków zgrupowania spółek, ich wspólników i interesariuszy

Abstract: The paper discusses case law and opinions of legal commentators on the growing phenomenon of extension of rights and obligations arising under agreements to arbitrate and arbitral awards to members of group of companies, their shareholders and stakeholders who are not signatories of the agreement to arbitrate.

At the outset of the paper, the author argues that the group of company's doctrine constitutes just one example of a liberal trend of widening the realm of arbitrability and jurisdiction of arbitration tribunals. The author points out that this trend cannot be explained only in terms of requirements of modern business but — at least to certain extent — by the inability of the court system to cope with the growing number of litigations and the economic interests of the arbitration community (i.e. arbitrators, legal counsels and other providers of services in the field of the private system of dispute resolution).

The paper analyses legal theories aimed at justifying extension of arbitration agreements and arbitral awards to the non-signatories (i.e. implied contract, piercing corporate veil, ostensible authority, alter ego doctrine, *etc.*). The author opines that none of these theories justify a departure from the basic principle that the touchstone of arbitration is a freely negotiated agreement of the parties to arbitrate. This principle also applies to a situation when a third party intends to join an existing agreement to arbitrate. Binding non-signatories by an arbitration agreement is conceivable in the event the law makers so decide in justified circumstances (e.g. Art. 1163 of the Code of Civil Procedure).

The author also advocates that the concept of collateral estoppel should be implemented in the Polish Code of Civil Procedure in order to extend the principle of *res indicata* to persons having sufficient commonality of interests with the parties to a final court or arbitral judgement.

Keywords: agreement to arbitrate, ostensible authority, non-signatories, group of companies doctrine, *alter ego* and piercing of corporate veil, collateral estoppel, *pactum in favorem tertii*

* Prof. dr hab., Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

1. Przyczyny poszerzania kompetencji sądów polubownych

Na przestrzeni ostatniego półwiecza doszło do istotnego zwiększenia kompetencji sądów polubownych. Rozszerzenie kognicji tego prywatnego wymiaru sprawiedliwości nastąpiło zarówno w sensie przedmiotowym, jak i podmiotowym. Jeszcze w latach siedemdziesiątych ubiegłego stulecia poza zakresem tzw. zdatności arbitrażowej znajdowały się w większości ustawodawstw np. spory dotyczące ważności patentów i wielu innych praw własności intelektualnej, spory antytrustowe lub między inwestorami zagranicznymi a państwem. Stopniowo wyeliminowane zostały powyższe ograniczenia przedmiotowe i znosi się restrykcje podmiotowe. Arbitraż stanowi forum, na którym występują dziś np. pracownicy i konsumenci.

Rozszerzenie kompetencji sądów polubownych stanowi także następstwo łagodzenia wymogów zawarcia zapisu na sąd polubowny (np. rezygnacja z wymogu złożenia podpisu przez stronę, dopuszczalność zawarcia umowy o arbitraż w formie elektronicznej), a w niektórych państwach akceptuje się dokonanie zapisu w sposób dorozumiany.

Wzrost roli sądownictwa polubownego jest spowodowany wieloma czynnikami. Nie ulega wątpliwości, że strony niektórych skomplikowanych umów gospodarczych są zazwyczaj przekonane, że arbitraż zapewni bardziej kompetentny skład orzekający oraz szybsze rozstrzygnięcie sporów wynikających z takich kontraktów niż tryb sądowy. Dla wielu przedsiębiorców istotna jest poufność postępowania przed sądem polubownym, chociaż wiele ustawodawstw nie zapewnia ustawowych gwarancji w tym przedmiocie. Istotne znaczenie w tym procesie przypisać należy jednak symbiozie interesów sądowego wymiaru sprawiedliwości i społeczności arbitrażowej. Z roku na rok wzrasta liczba sporów sądowych, z którymi nie daje sobie rady wymiar sprawiedliwości w większości państw. Chociaż nadal niewielki procent spraw trafia do arbitrażu, są to często spory trudne, wymagające od osób, które je rozstrzygają, szczególnych kwalifikacji zawodowych, których nie mają sędziowie, zwłaszcza w sądach pierwszej instancji.

W miarę wzrostu liczby procesów sądowych judykatura wielu państw łagodzi nie tylko wymogi zdatności arbitrażowej i ograniczenia podmiotów zapisu na sąd polubowny, ale jednocześnie zaostrza przesłanki uchylenia wyroków arbitrażowych, łagodząc przesłanki uznania i stwierdzenia wykonalności takich orzeczeń. Rażąco naruszenie prawa materialnego nie jest w większości jurysdykcji przeszkodą dla uzyskania sądowego *exequatur*.

„Społeczność arbitrażowa” obejmuje nie tylko arbitrów, lecz wszystkich prawników uczestniczących w procesach, które toczą się przed sądami polubownymi. Ta wpływowa społeczność opowiada się z reguły za rozszerzeniem zakresu zdadności arbitrażowej i ograniczeniem nadzoru sądowego nad sądownictwem polubownym. Rzadko proponuje rozwiązania służące ochronie strony słabszej. Społeczność arbitrażowa odegrała istotną rolę w procesie ustanawiania i popularyzacji arbitrażu inwestycyjnego, który stał się obecnie przedmiotem ostrej krytyki nie tylko wielu organizacji pozarządowych, lecz również niezależnych ośrodków badawczych. Ogłoszony niedawno raport Transnational Institute of Policy Studies¹, który powstał przy współpracy grupy antylobbingowej Corporate Europe Observatory, opisuje, jak klub piętnastu arbitrów rekrutujących się z Europy Zachodniej, Stanów Zjednoczonych i Kanady obsadził trybunały arbitrażowe, które orzekały w ponad połowie wszystkich sporów inwestycyjnych między inwestorami zagranicznymi a państwami goszczącymi (*host countries*)². Raport zwraca uwagę na sieć powiązań między czołowymi arbitrami, którzy zasiadają wielokrotnie w nieznacznie zmienionych składach, a także w wielu innych rolach (np. jako pełnomocnicy stron, niezależni eksperci i doradcy rządowi w sprawach arbitrażu). Należy również wspomnieć, że owi czołowi arbitrzy wydają precedensowe orzeczenia, oddalające z reguły zarzuty konfliktu interesów i braku niezależności arbitra, który reprezentował lub był wyznaczony przez tego samego inwestora w skład sądu polubownego. Raport przytacza także przykłady powództw inwestorów, którzy dochodzą ogromnych odszkodowań wobec państw, które dokonały reform mających na celu ochronę środowiska lub zdrowia i naraziły w ten sposób na straty inwestorów zagranicznych. Podstawą tych roszczeń są nader pojemne i szeroko interpretowane przez arbitrów klauzule równego i „uczciwego traktowania” oraz „rozsądnych oczekiwań inwestora”. Raport przytacza przykłady powództw wniesionych przez Philip Morris przeciwko Australii i Urugwajowi, które naraziły na szkodę tego inwestora, wprowadzając ustawowe wymogi ostrzeżeń o skutkach palenia na opakowaniach papierosów. Raport Transnational Institute of Policy Studies zwraca także uwagę, że trzy czwarte uniwersyteckich komitetów redakcyjnych i innych wydawnictw poświęconych arbitrażowi jest obsadzonych przez arbitrów oraz

¹ C. Olivet, P. Eberhardt: *Profiting from Unjustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*. Brussels—Amsterdam 2012, s. 7 i nast.

² Jedynym reprezentantem państw spoza Europy i Ameryki Północnej w elitarniej grupie jest F. Orriego Vicunia, obywatel Chile, prowadzący działalność prawniczą w Europie, głównie w Londynie. W przeszłości był wiceprzewodniczącym London Court of International Arbitration.

porównuje to z sytuacją, w przypadku której akademickie publikatory poświęcone ochronie środowiska zostałyby zdominowane przez przedstawicieli spółek naftowych.

Autorzy raportu podnoszą również, że spory w arbitrażu inwestycyjnym stały się przedmiotem hazardu i spekulacji. Raport przytacza finansowe sukcesy firm, które specjalizują się w udzielaniu wsparcia finansowego w wysokości kilku milionów dolarów na koszty procesu, w zamian za dochodzący do 50% udział instytucji finansowej w sukcesie powództwa arbitrażowego wytoczonego przeciwko państwu. Publikacja przytacza wiele danych, które mają na celu wsparcie tezy, że społeczność międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego odnosi ogromne korzyści z promowanego przez siebie modelu rozstrzygania sporów. Wspomniany raport i wiele innych empirycznych studiów ogłoszonych w ostatnich latach zawierają oskarżenia, że wąska elita arbitrów i firm dominujących na rynku usług prawniczych z państw eksportujących kapitał wsparła środowiska inwestorów zagranicznych i przyczyniła się do stworzenia niesprawiedliwego systemu rozstrzygania sporów³. Aczkolwiek niektóre z zarzutów można uznać za wyolbrzymione (np. podważanie niezależności arbitrów lub pominięcie znacznej liczby oddalonych powództw), nie ulega wątpliwości, że analizowana gałąź arbitrażu stwarza istotne uprzywilejowanie podmiotów zagranicznych wobec podmiotów krajowych oraz inwestorów z państw, które nie są stronami bilateralnych lub multilateralnych umów o ochronie inwestycji (tzw. BIT-ów)⁴. obrońcy tego systemu rekrutują się w znacznym stopniu spośród głównych aktorów występujących na forum arbitrażu inwestycyjnego⁵. Nie udzielają oni także przekonującej odpowiedzi na krytyczne opinie tych autorów, którzy przytaczają dane empiryczne, podważające tezę o znacznym wpływie arbitrażu inwestycyjnego na napływ kapitału do państw-sygnatariuszy BIT-ów, krytykują proinwestorską wykładnię przepisów traktatowych oraz dopuszczalność paralelnych (wielokrotnych) powództw

³ Por. np. S.D. Frank: *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*. „Fordham Law Review” 2004, vol. 73, s. 1521 i nast.; W. Mattli: *Private Justice in a Global Economy: From Litigation to Arbitration*. „International Organization” 2001, vol. 55, s. 919 i nast.

⁴ Por. S. Sołtysiński: *Arbitraż inwestycyjny. Kohabitacja z wymiarem sprawiedliwości, rosnące koszty i inne problemy sądownictwa polubownego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora T. Erecińskiego*. T. 2. Red. J. Gudowski, K. Weitz. Warszawa 2011, s. 1839 i nast.

⁵ Por. np. J. Paulsson: *Denial of Justice in International Law*. Cambridge 2005, s. 265 i nast.; C. Brower, S. Shill: *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law*. „Chicago Journal of International Law” 2009, vol. 9, s. 47 i nast.

na podstawie tych samych zarzutów przez udziałowców inwestora zagranicznego⁶.

Rozciągnięcie kompetencji sądu polubownego na członków grupy spółek i ich interesariuszy budzi nieco mniej emocji niż arbitraż inwestycyjny. Społeczność arbitrażowa powinna zachować jednak pewną powściągliwość i unikać zbyt ekspansywnej interpretacji granic swej kompetencji, korzystając z zasady *Kompetenz/Kompetenz*.

Dobrowolne zawarcie umowy o arbitraż stanowi aksjologiczny fundament sądownictwa polubownego i zasadniczy argument legitymizujący tę instytucję. Rozciągnięcie kompetencji sądu polubownego wobec innych osób niż strona zapisu wymaga przekonujących argumentów jurydycznych i aksjologicznych. Na przestrzeni ostatnich dziesięcioleci doszło do rozciągnięcia zwierzchnictwa sądów polubownych na następców prawnych strony umowy lub innego stosunku prawnego, który został poddany skutkom klauzuli arbitrażowej. Interpretacja ta nie budzi dziś większych wątpliwości. Warto jednak zwrócić uwagę na niezwykłą elastyczność, a nawet niespójność wykładni „w razie wątpliwości na korzyść arbitrażu”. W razie nieważności głównej umowy, w której zamieszczono także zapis na sąd polubowny, przyjmuje się niemal powszechnie, że zapis jest skuteczny, gdyż jest to czynność autonomiczna i całkowicie niezależna od stosunku podstawowego⁷. Tymczasem uzasadnienie kompetencji sądu polubownego na podstawie zapisu umieszczonego w umowie, z której wierzytelność uległa cesji, lub w umowie *in favorem tertii*, a także w wielu innych sytuacjach, gdy chodzi o uzasadnienie kompetencji sądu polubownego, tłumaczy się ścisłym związkiem między zapisem a wierzytelnością⁸. W podobny sposób uzasadnia się związanie dłużnika umową o arbitraż, w razie gdy przystąpił on do długu, który wynika z umowy zawierającej zapis na sąd polubowny.

W doniosłej uchwale z dnia 13 lipca 2011 r. Sąd Najwyższy wyjaśnił, że dłużnik solidarny nie jest związany zapisem na sąd polubowny zawartym przez innego dłużnika solidarnego. Dotyczy to także współnika spółki jawnej w razie, gdy zapis na sąd polubowny został zawarty przez spółkę. W tej samej uchwale SN orzekł, że zapis na sąd polubowny wiąże natomiast nabywcę przedsiębiorstwa, jeżeli umowa o arbitraż obejmująca spory dotyczące zobowiązań związany z prowadzeniem przedsiębiorstwa

⁶ Por. np. M. Hallward-Driemeier: *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a Bit and they Could Bite*. „Policy Research Paper Series, The World Bank” 2003, s. 3121; G. van Harten: *Pro-Investor or Pro-State Bias in Investment Treaty Arbitration?* „Investment Treaty News”, April 13, 2012, s. 1 i nast.

⁷ Por. T. Ereciński, K. Weitz: *Sąd arbitrażowy*. Warszawa 2008, s. 87—88. Autorzy przytaczają również stanowisko doktryny zagranicznej.

⁸ *Ibidem*, s. 147. Por. także przykłady powołane w pkt. 4 niniejszego artykułu.

została zawarta przez zbywcę przed przeniesieniem przedsiębiorstwa na nabywcę. Sąd Najwyższy uzasadnił swe stanowisko tym, że nabywca przedsiębiorstwa nie tylko odpowiada solidarnie ze zbywcą za zobowiązania przedsiębiorstwa, lecz przystępuje **kumulatywnie** do długu (art. 55⁴ k.c.)⁹.

Ułatwienia uzyskania jurysdykcji sądu polubownego i egzekucji orzeczeń arbitrażowych na forum konkretnego państwa, stanu lub okręgu sądowego stanowią argumenty, które przesadzają o atrakcyjności danego forum w opinii podmiotów gospodarczych korzystających z wolności umów i zawierających zapisy na sąd polubowny. Popularność danego forum sądowego bądź arbitrażowego, zwłaszcza wśród podmiotów gospodarczych, przynosi wymierne korzyści miejscowym przedsiębiorstwom zajmującym się obsługą finansową, usługami hotelarskimi oraz lokalnym restauratorom, przewoźnikom i innym przedsiębiorcom. Dlatego w promowaniu lokalnych „scen” sądowych i arbitrażowych uczestniczą także ustawodawcy poddawani lobbingsowi zainteresowanych grup zawodowych¹⁰. Popularność danego forum wśród przedsiębiorców zależy w istotnym stopniu również od reputacji sędziów i arbitrów. Nie oznacza to jednak, że propagowane przez fora przyjazne arbitrażowi rozwiązania prawa materialnego i procesowego są neutralne, a w szczególności że chronią takie wartości, jak równość stron wobec prawa, prawo do sądu lub ochrona strony słabszej.

Promowanie arbitrażu znajduje swój wyraz w przyjaznej dla sądownictwa polubownego linii orzeczniczej sądów niektórych państw. Przedmiotem analizy w niniejszym artykule jest orzecznictwo sądowe, które dopuszcza związanie zapisem na sąd polubowny i orzeczeniem arbitrażowym osób, które nie są sygnatariuszami umowy o arbitraż, a w szczególności członków grupy spółek, ich udziałowców, piastunów, a nawet interesariuszy. W kolejnych ustępach artykułu dokonuję zwięzłego przeglądu przykładów „rozciągania” kompetencji sądu polubownego na członków zgrupowania spółek i osób z nimi powiązanych (np. udziałowców i piastunów korporacji). Dokonuję w szczególności analizy dopuszczalności przeniesienia na grunt prawa polskiego konstrukcji, które uzasadniają rozszerzenie kompetencji sądów polubownych na uczestników zgrupowania spółek.

⁹ III CZP 36/11. „Biuletyn SN” 2011/7/10, Lex 852347, www.sn.pl.

¹⁰ Ilustracją tego zjawiska był ostatnio ostry spór między czołowymi państwami UE o siedzibę Jednolitego Sądu Patentowego, zakończony kompromisem między wielką trójką i lokalizacją trzech oddziałów tego sądu w Londynie, Paryżu i Monachium.

2. Doktryna grupy spółek w sądownictwie polubownym

Przez zgrupowanie (grupę) spółek rozumie się najczęściej dwie lub większą liczbę spółek, które podlegają w większym lub mniejszym stopniu scentralizowanemu kierownictwu. Chociaż takie polikorporacyjne struktury nie posiadają osobowości (podmiotowości) prawnej, stosunki między członkami grupy, będącymi odrębnymi osobami (podmiotami) prawnymi, przypominają relacje wewnątrz spółki osobowej. Hierarchiczna struktura zgrupowań spółek odróżnia je od karteli i konsorcjów, które stanowią przykład porozumień wyłącznie horyzontalnych¹¹. Relacje pionowe między spółką dominującą a spółkami zależnymi umożliwiają z jednej strony realizację jednolitej polityki gospodarczej, a z drugiej strony, przynajmniej co do zasady, spółka dominująca nie odpowiada za zobowiązania członków zgrupowania¹². Spór dotyczył umowy zawartej między dwoma spółkami należącymi do dwóch odrębnych zgrupowań i przewidywał, że umowa będzie wykonywana także przez spółki siostry jednej ze stron umowy o arbitraż. Powódka wytoczyła powództwo także wobec spółki, która nie była stroną zapisu. Sąd francuski uznał, że trybunał arbitrażowy posiadał jurysdykcję wobec spółki, która nie była stroną zapisu na sąd polubowny, mimo że każdy członek grupy stanowił odrębną osobę prawną. Zdaniem sądu, „trybunał arbitrażowy powinien uwzględnić, że grupa spółek stanowi jedną i tę samą ekonomiczną rzeczywistość”¹³.

W kolejnych francuskich orzeczeniach sądowych aprobujących jurysdykcję sądów polubownych ICC wobec członków grupy znaleźć można zastrzeżenia, w myśl których nie obowiązuje generalna zasada związania członków grupy spółek zapisem zawartym nawet przez podmiot dominujący. Decydujące znaczenie ma „obiektywna” wola stron umowy o arbitraż oraz podmiotów powiązanych, które nie zawarły umowy o arbitraż, weryfikowana przez sąd polubowny, a w razie sporu — przez sąd powszechny. Niekiedy wystarczy jednak, że *non-signatories* postępowały

¹¹ Por. szerzej S. Sołtysiński, w: *Prawo spółek handlowych*. Red. A. Koch, J. Napierała. Warszawa 2011, s. 84 i nast.

¹² Wyjątki od tej zasady przewiduje ustawodawstwo koncernowe niektórych państw (np. Niemiec i Portugalii) oraz prawo precedensowe, które dopuszcza sankcje w razie nadużycia formy prawnej spółki. Początki zastosowania doktryny zgrupowania spółek jako podstawy rozciągnięcia klauzuli arbitrażowej na członków grupy, którzy nie zawarli umowy o arbitraż (*non-signatory parties*) sięgają lat osiemdziesiątych ubiegłego stulecia. W sprawie *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*. ICC Case No. 4131, 1982. „Yearbook of Commercial Arbitration” 1984, vol. 9, s. 136 i nast.

¹³ *Ibidem*.

w taki sposób, że strony zapisu na sąd polubowny mogły rozsądnie zakładać, że podmiot, który nie podpisał umowy o arbitraż, wyraził zgodę na związanie zapisem w sposób dorozumiany¹⁴. Francuskie orzecznictwo uznaje chyba najszerzej rozciągnięcie skutków zapisu na członków grupy, podkreślając, że ich odrębna osobowość prawna nie pozwala sądom pomijać faktu, że członkowie grupy stanowią jednolity byt (rzeczywistość ekonomiczny (*une réalité économique unique*)¹⁵. Wniosek ten uzasadniają bliżej niesprecyzowane międzynarodowe zwyczaje handlowe (*les usages du commerce international*)¹⁶. Tak dalekie konsekwencje zawarcia umowy o arbitraż przez członka grupy spółek przewidują także niektóre sądy amerykańskie¹⁷.

Nawet jednak przedstawiciele doktryny tych państw, w których sądy traktują życzliwie doktrynę grupy spółek, podkreślają, że członkostwo strony zapisu uczestniczącej w grupie spółek nie stanowi wystarczającej podstawy do rozciągnięcia skutków umowy o arbitraż na członków korporacyjnej rodziny. B. Hanotiau podkreśla, że członkostwo strony zapisu w grupie spółek stanowi jedynie punkt wyjścia badania polikorporacyjnego skutku umowy o arbitraż¹⁸. Autorzy i judykatura niektórych tych państw, którzy kwestionują znaczenie członkostwa w grupie spółek jako podstawy rozszerzenia skutków zapisu na *non-signatories*, podkreślają odrębną osobowość prawną członków zgrupowania, wymogi zawarcia umowy wyłączającej kompetencje sądów i akcentują obowiązek respektowania gwarancji procesowych podmiotów, które mają być poddane prywatnemu wymiarowi sprawiedliwości. Tytułem przykładu judykatura angielska konsekwentnie odmawia doniosłości doktryny grupy spółek dla oceny skutków zapisu na sąd polubowny. Jedynie w razie gdy strony

¹⁴ Termin *non-signatory* oznacza czasem również po prostu stronę związaną zapisem, mimo że nie zawarła umowy o arbitraż. Złożenie podpisu nie jest dziś bezwzględnym wymogiem zawarcia tej umowy. Niektóre ustawodawstwa dopuszczają dokonanie zapisu w formie elektronicznej. Pojęcie „sygnatariusz”, używane w niniejszym artykule, oznacza podmiot, który zawarł umowę arbitrażową w sposób wymagany przez właściwe prawo dla tej czynności prawnej.

¹⁵ Kazus Sponsor AB. „Revue Arbitrage” 1988, s. 53. Wyrok sądu arbitrażowego ICC nr 2375 z 1976 r. Przytaczam za: G. Born: *International Commercial Arbitration*. „Kluwer Law International” 2009, s. 1171.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Thixomat, Inc. v. Takata Physics International Co. Ltd., 2001 WL 863566, SDNY, 30, 2001. Sąd orzekł, że rozciągnięcie klauzuli arbitrażowej na spółkę matkę (*non-signatory*) przez stronę, która zawarła umowę arbitrażową ze spółką córką, jest dopuszczalne, jeżeli powództwo jest oparte na tej samej podstawie faktycznej.

¹⁸ B. Hanotiau: *Complex Arbitrations: Multiparty Contract, Multi-Issue and Class Actions*. Kluwer 2006, s. 49—100; P. Ferrario: *The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: Is Here any Reason for this Doctrine to Exist?* „Journal of International Arbitration” 2009, vol. 26, No. 6, s. 47—673.

przewidziały dostatecznie jasno rozszerzenie skutków zapisu na członków grupy lub gdy przewiduje to prawo wybrane przez strony, sądy angielskie zdają się dopuszczać rozszerzenie skutków zapisu na strony, które nie zawarły umowy arbitrażowej. Również w tym ostatnim przypadku konieczne wydaje się jednak wykazanie wyraźnej zgody *non-signatories*¹⁹. Podobne stanowisko reprezentuje judykatura większości państw naszego kontynentu. Do niedawna pogląd ten dominował także w prawie szwajcarskim²⁰.

W kolejnych rozważaniach zajmę się analizą argumentacji powoływanej przez zwolenników doktryny grupy spółek²¹. Najmniej przekonująca jest wersja koncepcji grupy spółek promowana przez judykaturę francuską, w myśl której klauzula arbitrażowa zawarta z członkiem grupy powinna obejmować strony uczestniczące bezpośrednio w wykonywaniu umowy podstawowej, jeżeli miały one świadomość istnienia i zakresu klauzuli arbitrażowej, niezależnie od tego, czy podmioty takie były sygnatariuszami umowy arbitrażowej²². Stanowisko to nie tylko pomija odrębną osobowość prawną członków grupy, lecz podważa sens tworzenia struktur polikorporacyjnych, które służą ograniczeniu odpowiedzialności członków grupy. Sądy francuskie nie wymagają przy tym, aby rozszerzenie skutków zapisu dotyczyło przypadków nadużycia odrębnej podmiotowości przez grupę (*piercing corporate veil*). Przedstawiony kierunek wykładni podważa również fundamentalne założenia umowy arbitrażowej, traktowanej jako autonomiczna decyzja stron rezygnujących z drogi sądowej i uzgadniających podstawowe reguły prywatnego rozstrzygania sporów. Sądy francuskie wyrażają zgodę nie tylko na ograniczenie własnej kompetencji, co można rozumieć w kategoriach stanowego konformizmu, lecz aprobują poddanie sądowi polubownemu rozstrzyganie sporów z udziałem strony, która mogła nie mieć zupełnie wpływu na ukształtowanie treści zapisu. Istotne wątpliwości budzi wreszcie jurydyczna

¹⁹ W precedensowej sprawie Peterson Inc. v. C&M Farming Ltd. 2004, EWCC 121 (Comm) sąd orzekł, że ani prawo angielskie, ani prawo Arkansas, które rządziło umową, w której znalazł się zapis na sąd polubowny, nie uznają doktryny grupy spółek.

²⁰ W wyroku z dnia 29.01.1996 r. Trybunał Federalny uchylił orzeczenie arbitrażowe zapadłe przeciwko spółce matce (*non-signatory*). „ASA Bulletin”, vol. 14, s. 496. W wyroku z dnia 16.10.2003 r. Trybunał Federalny odmówił uchylenia orzeczenia arbitrażowego, które zapadło wobec udziałowca spółki, który nie zawarł umowy o arbitraż. Sąd polubowny zastosował prawo libańskie. „ASA Bulletin” 2003, vol. 22, s. 364 i 382. Negatywne stanowisko wobec doktryny grupy spółek zajął także Sąd Najwyższy Holandii w uzasadnieniu wyroku z dnia 20.01.2006 r., C-04/174 HR.

²¹ Oczywiście, chodzi tu wyłącznie o doktrynę uzasadniającą rozciągnięcie skutków zapisu na innych członków zgrupowania, ich udziałowców lub interesariuszy.

²² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Paryżu z dnia 30.11.1988 r. „Revue Arbitrage” 1983, s. 691.

podstawa takich orzeczeń. Argument, że klauzula arbitrażowa „stanowi międzynarodowy kontrakt, który ma własną ważność i skuteczność”, brzmi jak prawnicze zakłęcie²³. Przeniesienie francuskiej koncepcji arbitrażowych do prawa polskiego nie byłoby uzasadnione, choćby z tego względu, że w świetle przepisów Konstytucji RP, k.c. i k.p.c., międzynarodowe zwyczaje handlowe nie stanowią samoistnych źródeł prawa, zwłaszcza ograniczających prawo do sądu²⁴. Trudno byłoby także traktować zasadniczo odmiennie arbitraż międzynarodowy i krajowy, mimo że niektóre ustawodawstwa przewidują takie rozwiązania (np. prawo francuskie i szwajcarskie)²⁵.

Istotnym argumentem na rzecz konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny jest zmniejszenie ryzyka wydania sprzecznych z sobą rozstrzygnięć merytorycznych²⁶. Okoliczność, że doktryna grupy spółek prowadzi w niektórych sytuacjach do zadowalających gospodarczo rezultatów nie stanowi wystarczającego argumentu za rozciągnięciem skutków zapisu wobec osób trzecich (*non-signatories*), bez stosownej interwencji ustawodawcy. Ponadto szansa uniknięcia sprzecznych rozstrzygnięć merytorycznych wzrasta z reguły tylko w razie objęcia zapisem spółki matki sygnatariusza umowy o arbitraż, podczas gdy koncepcja grupy spółek służy także rozciągnięciu zapisu na spółki zależne. Ponadto brak związania zawisłością sporu przed arbitrażem sądów powszechnych osłabia argument, że objęcie członków grupy umową o arbitraż eliminuje ryzyko wydania sprzecznych orzeczeń przez sąd powszechny i polubowny²⁷. Należy także wspomnieć, że związaniu członków grupy zapadłym wobec korporacyjnego familianta orzeczeniem merytorycznym służą także inne instytucje (np. *collateral estoppel*)²⁸.

Mniej radykalne wersje doktryny grupy spółek uzasadniają najczęściej związanie członków zgrupowania zgodnie z konstrukcjami (i) kon-

²³ Ibidem.

²⁴ Zob. także A. Szumański: *Wpływ uczestnictwa spółki kapitałowej w grupie spółek na związanie zapisem na sąd polubowny dokonany przez inną spółkę z grupy*. „Przeгляд Prawa Handlowego” 2008, nr 5, s. 48 i nast.

²⁵ Por. szerzej A.W. Wiśniewski: *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce. Status prawny arbitrażu i arbitrów*. Warszawa 2011, s. 577 i nast.

²⁶ Tak m.in. A. Szumański: *Konkludentne przystąpienie do zapisu na sąd polubowny*. W: „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”. T. 11. Red. M. Pazdan. Katowice 2012, s. 29—51; G. Born: *International Commercial...*, notka 15, s. 1206 i nast.

²⁷ Por. S. Sołtysiński: *Transgraniczne konflikty jurysdykcyjne ze szczególnym uwzględnieniem arbitrażu*. W: *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurkiewiczowi*. Red. A. Tynel, A. Szumański, S. Pieckowski, P. Nowaczyk, J. Poczobut. Warszawa 2008, s. 195 i nast.

²⁸ Ibidem, s. 208—209; por. także uwagi w pkt. 3, *infra*.

kludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny, (ii) domniemanego lub dorozumianego mandatu (*ostensible authority*) po stronie spółki, która zawarła umowę o arbitraż, (iii) instytucji *alter ego* i rozdarcia korporacyjnej zasłony oraz (iv) umowy o świadczenie przez osobę trzecią i na rzecz osoby trzeciej²⁹. W prawie polskim koncepcje te nie stanowią wystarczających podstaw do związania członków grupy spółek, którzy nie zawarli umowy o arbitraż³⁰.

Mimo liberalizacji przesłanek zawarcia zapisu na sąd polubowny „na piśmie” (art. 1162 § 1 k.p.c.), również strona przystępująca do zawartej już przez strony umowy arbitrażowej powinna spełnić określone wymogi formalne (np. wymóg formy elektronicznej lub wymiany dokumentów). W świetle prawa polskiego, wymogów tych nie można spełnić w sposób dorozumiany. Dyskusyjna jest również propozycja *de lege ferenda*, aby ustawodawca zrezygnował z wymogu „na piśmie” i przyjął inne rozwiązanie, dopuszczające dorozumiane zawarcie zapisu w drodze inkorporacji art. 16 ust. 2 zd. 1 Ustawy Modelowej UNCITRAL³¹. Strona, na którą ma nastąpić rozciągnięcie skutków zapisu, zasługuje na taką samą ochronę konstytucyjnych gwarancji procesowych, jak sygnatariusze umowy o arbitraż zawartej na piśmie. Formalne wymogi ważności i skuteczności zapisu służą ochronie interesów wszystkich stron umowy o arbitraż, a także osób trzecich (np. kontrahentów stron zapisu). Ani z konwencji nowojorskiej, ani przepisów k.p.c. nie wynika, aby osoby przystępujące do zawartej już umowy o arbitraż nie stawały się stronami tej umowy lub mogły być związane zapisem na podstawie łagodniejszych przesłanek formalnych niż „pierwotni” sygnatariusze zapisu na sąd polubowny.

2.1. Domniemane lub dorozumiane pełnomocnictwo

Zarówno w prawie obcym, jak i polskim pełnomocnictwo udzielone przez przedsiębiorcę do dokonania czynności prawnej obejmuje również umocowanie do sporządzenia zapisu na sąd polubowny w zakresie sporów wynikających z oznaczonej czynności prawnej, chyba że z jego treści wynika odmienna wola mocodawcy (art. 1168 k.p.c.). Należy podkreślić, że dla skuteczności umocowania do sporządzenia zapisu jest wymagane, co do zasady, pełnomocnictwo szczególne. Pełnomocnictwo ogólne z art. 98 k.c.

²⁹ Przykłady zastosowania tych konstrukcji prawnych w orzecznictwie amerykańskim i zachodnioeuropejskim omawia G. Born: *International Commercial...*, notka 15, s. 1142 i nast.

³⁰ Tak trafnie A. Szumański: *Wpływ uczestnictwa...*, notka 24, s. 48 i nast.

³¹ Por. A. Szumański: *Konkludentne przystąpienie...*, notka 26, s. 3 i nast.

nie upoważnia do dokonania czynności przekraczających zwykły zarząd, a zatem nie stanowi ono wystarczającego umocowania do dokonania zapisu na sąd polubowny, która to czynność uważana jest z reguły za przekraczającą granice zwykłego zarządu. Pogląd ten wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 grudnia 2007 r., w którym stwierdził, że w szczególnym przypadku modyfikacji treści pełnomocnictwa ogólnego przez statut Agencji Nieruchomości Rolnych Skarbu Państwa może ono obejmować umocowanie do poddawania sporów pod rozstrzygnięcie sądu polubownego³². W zagranicznej judykaturze i literaturze przedmiotu podkreśla się, że domniemane i dorozumiane pełnomocnictwo służy głównie uzasadnieniu związania zapisem spółki dominującej w grupie. Równoczesne uznanie pełnomocnika za stronę zapisu należy do rzadkości i powinno wynikać z treści umowy arbitrażowej³³. Także w tych państwach, które uchodzą za wiodące sceny arbitrażu, wielu komentatorów zajmuje sceptyczne stanowisko wobec analizowanych rozwiązań prawnych. Po pierwsze, umocowanie powinno wynikać z treści zapisu. Po drugie, osoba, której przypisuje się udzielenie dorozumianego pełnomocnictwa, może powołać się na brak dochowania przesłanek formalnych związania zapisem lub po prostu zaprzeczyć, że udzieliła umocowania do zawarcia umowy arbitrażowej. Stanowisko, w myśl którego udział w negocjowaniu, wykonywaniu i rozwiązaniu umowy materialnoprawnej, której towarzyszy zapis na sąd polubowny, należy uznać za dostateczne potwierdzenie umocowania do zawarcia umowy o arbitraż, nie jest przekonujące³⁴. Większość systemów prawa kontynentalnego zajmuje sceptyczne stanowisko wobec analizowanych koncepcji, gdyż podważają one konsensualny fundament umowy, która przewiduje rezygnację z konstytucyjnego prawa do sądu.

Należy zgodzić się z opinią, że zgoda na związanie kontraktem podstawowym przez członka grupy spółek wcale nie musi oznaczać woli związania umową o arbitraż³⁵. Szwajcarski Trybunał Federalny uchylił wyrok arbitrażowy, wyjaśniając, że klauzula arbitrażowa nie wiąże strony, która nie złożyła pod nim podpisu, chyba że umocowanie domniemanego pełnomocnika wynika z czynności prawnej albo ustawy³⁶.

³² Wyrok Sądu Najwyższego Izby Cywilnej z dnia 6.12.2007 r., sygn. IV CSK 317/07. LEX nr 465610.

³³ G. Born: *International Commercial...*, notka 15, s. 1150—1151.

³⁴ Wyrok arbitrażowy w sprawie ICC Nr 6519, ICC (1999 r.), przytaczam za G. Born: *International Commercial...*, notka 15, s. 1150.

³⁵ Tak trafnie J. Poudret, S. Besson: *Comparative Law of International Arbitration* (2007), s. 396—402, 642—643, 1147.

³⁶ Wyrok z dnia 19.07.1988 r. „Yearbook of Commercial Arbitration” 1991, vol. 16, s. 181.

Koncepcja domniemanego pełnomocnictwa spotyka się z krytyką w doktrynie polskiej. Podnosi się, że nie chroni ona należycie ani interesu domniemanego mocodawcy, ani jego kontrahentów³⁷. *A fortiori* należy ją odrzucić jako koncepcję uzasadniającą związanie zapisem osoby, która nie zawarła umowy o poddanie sporu sądowi polubownemu.

2.2. Rozdarcie korporacyjnej zasłony (*veil-piercing, Durchgriff*)

Nie ulega wątpliwości, że nadużycie formy prawnej spółki kapitałowej w celu uniknięcia odpowiedzialności uzasadnia sięganie do instrumentów prawnych, które zapewniają przyznanie skargi stronie poszkodowanej³⁸. We Francji i Stanach Zjednoczonych koncepcja rozdarcia korporacyjnej zasłony jest wykorzystywana coraz częściej w celu uzasadnienia zastosowania klauzuli arbitrażowej do członka grupy — zwykle spółki dominującej — który jest uznawany za *alter ego* sygnatariusza zapisu. Takie rozwiązanie uzasadnia się względami słuszności i potrzebą zapewnienia skuteczności umowy o arbitraż (np. w razie gdy spółka dominująca decydowała o zerwaniu umowy, a sygnatariusz stanowił jedynie wykonawcę woli spółki matki). Orzecznictwo i doktryna innych państw, w szczególności Niemiec, Austrii i Holandii, zajmuje z reguły sceptyczne bądź zdecydowanie negatywne stanowisko wobec powyższej wykładni³⁹.

Podobne poglądy wyrażono w doktrynie polskiej⁴⁰. Odmowa respektowania odrębnej osobowości prawnej spółek w grupie w razie nadużycia formy prawnej spółki nie oznacza, że korporacyjna osoba prawna traci prawo do sądu⁴¹. Do związania naruszyciela kontraktu zapisem konieczne jest jego przystąpienie do tej umowy. Również osoba, której postawiono zarzut nadużycia prawa, korzysta z prawa do sądu.

³⁷ M. Pazdan, w: „System Prawa Prywatnego”. *Prawo cywilne. Część ogólna*. Red. Z. Radwański. Wyd. 2. Warszawa 2008, s. 493—494.

³⁸ Por. S. Sołtysiński, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja: *Kodeks handlowy. Komentarz*. Wyd. 2. Warszawa 2013, s. 156—164; A.W. Wiśniewski: *Prawo o spółkach. Podręcznik praktyczny*. T. 1. Warszawa 1990, s. 53 i nast.

³⁹ Por. np. P. Schlosser: *Das Recht der Internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*. 2. Aufl. Tübingen 1989, s. 426; P. Sandrock: *Groups of Companies and Arbitration*. In: *Tijdschrift voor Arbitrage*. Ed. H.J. Snijders. Kluwer 2005, s. 3 i nast.; Müller&Keilmann: *Beteiligung am Schiedsverfahren wider Willen?* SchiedsVZ 2007, s. 113—117.

⁴⁰ Por. A. Szumański: *Wpływ uczestnictwa...*, notka 24, s. 48 i nast. Mniej krytyczne stanowisko zdaje się zajmować A.W. Wiśniewski: *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce. Status prawny arbitrażu i arbitrów*. Wolters Kluwer Polska — LEX, notka 25, s. 487—488.

⁴¹ Tak trafnie A. Szumański: *Wpływ uczestnictwa...*, s. 2.

2.3. Umowa na rzecz osoby trzeciej i umowa o świadczenie przez osobę trzecią

W ostatnim ćwierćwieczu sądy niektórych państw, zwłaszcza judykatura amerykańska, rozciągają kompetencję sądu polubownego na podmioty, które umowa podstawowa traktuje jako beneficjenta w ramach umowy na rzecz osoby trzeciej lub dłużnika w świetle umowy o świadczenie przez osobę trzecią⁴². Rozwiązania te nie dotyczą wyłącznie podmiotów, które są członkami grup spółek, lecz stanowią kolejne instrumenty związania zapisem na sąd polubowny osób, które nie są jego sygnatariuszami.

Wątpliwości związane z powyższymi konstrukcjami w świetle prawa polskiego są istotne. Prawa i obowiązki płynące z zapisu na sąd polubowny oraz wymogi dotyczące treści tej umowy wiążą wyłącznie strony, chyba że ustawa stanowi inaczej (por. art. 1161—1162, 1180 § 2, 1181 § 1—3, 1182, 1183 i nast. k.p.c.). Przepisy art. 1163 § 1 i § 2 k.p.c. dowodzą, że związanie zapisem innych osób niż sygnatariusze umowy arbitrażowej wymaga decyzji ustawodawcy. Tymczasem wykorzystywanie *pactum in favorem tertii* lub umowy o świadczenie przez osobę trzecią dla rozszerzenia skutków zapisu na te osoby (*non-signatories*) powoduje przyznanie im uprawnień lub nałożenie obowiązków strony umowy o arbitraż. Sięganie do instytucji prawa materialnego w celu wyłączenia drogi sądowej pomija okoliczność, że zapis na sąd polubowny wywołuje istotne skutki procesowe i jest uważany za czynność procesową lub o charakterze mieszanym. Ponadto osoba trzecia mająca spełnić świadczenie w myśl art. 391 k.c. nie jest nawet stroną umowy prawa materialnego.

Warto również zwrócić uwagę, że związanie zapisem osób trzecich na podstawie *pactum in favorem tertii* jest uzasadniane ścisłym związkiem klauzuli arbitrażowej i podstawowej umowy prawa materialnego, która zawiera zapis na sąd polubowny⁴³. Założenie to podważa tezę o autonomii i niezależności zapisu wobec nieważnej umowy podstawowej. Charakterystyczne, że przytoczona niespójność argumentacji nie przeszkadza jednak zwolennikom poszerzania jurysdykcji sądów arbitrażowych wykorzystywać niespójnych argumentów dla uzasadniania kompetencji sądu polubownego.

⁴² *Nauru Phosphate v. Drago*, 138 F. 3d 160, 166 Corp., 391 F. Supp. (5th Cir. 1998) 2d 541 (S.D. Tex. 2005).

⁴³ *Fink v. Carlson*, 856 F 2d 44, 46 8th Cir. 1988; Wyrok ICC nr 9762. „Yearbook of Commercial Arbitration” 2004, vol. 39, s. 26.

2.4. Związanie zapisem udziałowców i interesariuszy spółki dominującej

W ostatnich latach wzrasta liczba orzeczeń, które aprobuje związaną zapisem nie tylko spółek „familiarów” sygnatariusza umowy arbitrażowej, lecz także jego dominujących udziałowców, dyrektorów wykonawczych, a nawet pracowników i państw (skarbu państwa) kontrolujących stronę, która dokonała zapisu na sąd polubowny.

W doktrynie powołuje się między innymi przykład wyroku arbitrażowego w sporze między inwestorem zagranicznym (MDCL) a Ghana International Centre⁴⁴. Trybunał arbitrażowy uznał czynną legitymację procesową prezesa zarządu i większościowego udziałowca powoda (MDCL), mimo że stroną umowy inwestycyjnej i zapisu na sąd polubowny była wyłącznie kontrolowana przez niego spółka. W sprawie Pritzker v. Merrill Lynch⁴⁵ Sąd Apelacyjny dla Trzeciego Okręgu Stanów Zjednoczonych orzekł, że zapis na sąd polubowny rozciąga się na kluczowych pracowników sygnatariusza umowy arbitrażowej. Nadal jednak zdaje się przeważać trafny pogląd, że argumenty natury aksjologicznej nie mogą decydować o przyznaniu korzyści lub nałożeniu obowiązków procesowych płynących z zapisu na strony, które nie są sygnatariuszami takiej umowy. Przekonująca jest natomiast opinia jednego z sądów amerykańskich: „Sądy nie powinny przyznawać uprawnień z umów o arbitraż stronom, które zaniedbały zawarcia takich umów przed powstaniem trudności. Odmienne podejście utrudnia stronom rozstrzyganie konfliktów w świetle przewidywalnych reguł prawnych, co stanowi podstawową zasadę rozwiązywania sporu”⁴⁶.

Ten sam Sąd Apelacyjny odmówił przyznania Nokii statusu strony uprawnionej z zapisu na sąd polubowny, zawartego między AT&T oraz Ervin. Nokia usiłowała w ten sposób uniknąć procesu wszczętego w drodze pozwu zbiorowego przed sądem powszechnym. Sąd podkreślił, że zapis na sąd polubowny wiąże sygnatariuszy, a koncepcje *equitable estoppel* i dorozumianego pełnomocnictwa nie mogą ograniczać prawa do sądu⁴⁷.

Sądy polubowne wykazują znaczną skłonność do uznawania biernej legitymacji państw w sytuacjach, gdy sygnatariuszami zapisu na sąd polubowny są spółki lub inne państwowe osoby prawne. W sprawie *Bridas v. Turkmenistan* zapadły trzy wstępne wyroki arbitrażowe, w których sądy polubowne uznały się za właściwe, mimo że pozwane państwo nie było

⁴⁴ B. Hanotiau: *Complex Arbitrations...*, notka 18, s. 249.

⁴⁵ 7F 3d 1110 (3rd Cir. 1993).

⁴⁶ *Westmorland v. Sadoux*, 299 F. 3d (5th Cir. 2002), s. 467.

⁴⁷ *Ervin v. Nokia*, 349 III App. 3d 508, III App. Ct. 2004.

sygnatariuszem zapisu. Sądy polubowne przy ICC podniosły argument, że tylko państwo, które udzieliło gościny zagranicznemu inwestorowi, mogło wykonać zawarte umowy, a inwestor miał słuszne oczekiwania, że turkmeński suweren był stroną tych kontraktów i gwarantował ich wykonanie⁴⁸. Sąd teksański pierwszej instancji podzielił ten pogląd, lecz Sąd Apelacyjny dla Piątego Okręgu uchylił wyroki w części dotyczącej Republiki Turkmenistanu (orzeczenia arbitrażowe zapadły także wobec państwowej osoby prawnej, która była stroną zapisu na sąd polubowny). Sąd Apelacyjny uznał za nieprzekonujące wszystkie argumenty prawne przyjęte za podstawę rozciągnięcia zapisu na suwerena (domniemane pełnomocnictwo, koncepcja *alter ego* i *estoppel* oraz *pactum in favorem tertii*).

Charakterystyczną skłonność sądów polubownych do liberalnej (tzn. życzliwej dla arbitrażu i arbitrów) interpretacji własnych kompetencji ilustruje także kasus Dallah zakończony wyrokiem brytyjskiego Sądu Najwyższego⁴⁹. Trybunał arbitrażowy ICC, w którym zasiadał między innymi lord Mustill, emerytowany sędzia Izby Lordów powołany przez powoda (Dallah), wydał orzeczenie wstępne, uznając swą jurysdykcję. Rząd Pakistanu zarzucał, iż stroną zapisu na sąd polubowny była państwowa osoba prawna (*trust* utworzony przez organ rządowy, który nie był umocowany do związania suwerena zapisem). Po wydaniu wyroku końcowego powód usiłował egzekwować zapadłe we Francji orzeczenie arbitrażowe w Wielkiej Brytanii. Pakistan nie skorzystał z drogi sądowej we Francji, gdzie mógł wnieść skargę o uchylenie wyroku arbitrażowego, lecz przeprowadził skuteczną obronę przed sądami brytyjskimi. Spór został ostatecznie rozstrzygnięty przez brytyjski Sąd Najwyższy, który stanowczo podważył ekstensywną wykładnię kompetencji sądu polubownego.

Brytyjski Sąd Najwyższy stwierdził, że „fakt, iż umowę o arbitraż zawarła państwowa osoba prawna nie oznaczał, że wiąże ona Państwo [...], oraz że nie ulega wątpliwości, że jest różnica między umową zawartą z państwem a umową z państwową osobą prawną⁵⁰. Lordowie odrzucili również argument, że prawo miejsca arbitrażu (*lex loci arbitrii*) jest wiążące dla sądu angielskiego, oraz że sąd w państwie trzecim powinien respektować (choćby co do zasady) ustalenia sądu polubownego w kwestii intencji stron zapisu na sąd polubowny. Wyjaśnili, że zasada, iż trybunał sam rozstrzyga o swej jurysdykcji nie oznacza, że arbitrzy decydują ostatecznie w sprawie własnej kompetencji⁵¹.

⁴⁸ Por. szerzej B. Hanotiau: *Complex Arbitrations...*, notka 18, s. 61 i nast.

⁴⁹ Dallah v. Pakistan (2010), UKSC 46.

⁵⁰ Ibidem, s. 29 i nast.

⁵¹ Ibidem, s. 35.

3. Implikacje zasad słuszności (*equitable estoppel* i *collateral estoppel*)

Instytucja *equitable estoppel* odgrywa w prawie *common law* podobną rolę, jak zarzut nadużycia prawa podmiotowego w naszym ustawodawstwie. Zakres zastosowania tej doktryny jest jednak w prawie angielskim i amerykańskim szerszy niż zarzutów opartych na art. 5 k.c. Po pierwsze, zakazy i nakazy uzasadniane względami słuszności służą nie tylko jako instrument obrony pozwanego dłużnika (*shield*), lecz czasem także jako broń ofensywna (*sword*). Po drugie, inaczej niż w prawie polskim — *equitable estoppel* pełni także istotną funkcję w procesie cywilnym. *Collateral estoppel* uzupełnia instytucję powagi rzeczy osądzonej. To trudne do przetłumaczenia na język polski określenie („uzupełniający zakaz”) oznacza związanie prawomocnym wyrokiem zarówno stron i organów wymienionych w art. 365 k.p.c., jak i podmiotów, które łączy ze stronami prawomocnie zakończonego postępowania wspólnota interesów. Przepis (*rule*) 41(a)(2) federalnych przepisów postępowania cywilnego (*Federal Rules of Civil Procedure*) wprowadza zakaz relitygacji prawomocnych wyroków sądowych nie tylko między stronami sporu, lecz także rozciąga go na podmioty, które łączy z powodem lub pozwanym wystarczająco doniosła wspólnota interesów (*sufficient commonality of interest*). Prawomocny wyrok zapadły wobec spółki dominującej wiąże więc np. jej podmioty zależne, które nie mogą wytoczyć powództwa wobec drugiej strony na podstawie tego samego stanu faktycznego, mimo braku identyczności stron postępowania⁵².

Instytucja *collateral estoppel* odgrywa istotną rolę także w praktyce arbitrażowej. Skutki braku zakazów relitygacji uzupełniających *res iudicata* w kontynentalnym prawie procesowym ilustruje kazus sporu inwestycyjnego w sprawie czeskiej TV Nova. Inwestor amerykański wytoczył powództwo przeciwko Republice Czech w Londynie, a kontrolowana przez niego spółka holenderska wniosła powództwo przeciwko Czechom w Sztokholmie. Obie skargi były oparte w zasadzie na identycznym stanie faktycznym i zostały wszczęte na podstawie dwóch bilateralnych umów o ochronie inwestycji, zawartych przez Czechy ze Stanami Zjednoczonymi i Holandią. Zważywszy, że obie bilateralne umowy przyznają czynną legitymację procesową także inwestorom pośrednim, inwestor amerykański korzystał z podwójnej szansy dochodzenia roszczeń wobec państwa goszczącego jego spółkę zależną (CME), która wybrała forum

⁵² Lennon v. Dacomed Corp., 901 A 2d 582 (2006), s. 1 i nast.

szwedzkie. Trybunał londyński oddalił powództwo. Wkrótce potem sąd polubowny w Sztokholmie zasądził na rzecz CME (spółki zależnej londyńskiego powoda) 300 mln dolarów⁵³. Sąd Apelacyjny w Sztokholmie, cieszący się zasłużoną opinią forum przyjaznego arbitrażowi, oddalił skargę o uchylenie wyroku sądu polubownego. W uzasadnieniu podkreślił między innymi, że prawo szwedzkie nie zawiera zakazu prowadzenia paralelnych procesów arbitrażowych opartych na tej samej podstawie faktycznej i prawnej, oraz że brak identyczności strony powodowej w obu postępowaniach wykluczał skuteczność zarzutu *res iudicata*⁵⁴. Najbardziej dyskusyjny jest fragment uzasadnienia, w którym Sąd Apelacyjny wyjaśnił, że całkowite pominięcie prawa czeskiego, wbrew wymogom czesko-holenderskiej umowy o ochronie inwestycji, nie narusza szwedzkiej klauzuli porządku publicznego. Nie doszło bowiem do umyślnego przekroczenia mandatu przez sąd polubowny.

„Przeszczepienie” na grunt prawa kontynentalnego *collateral estoppel* jako uzupełnienia *res iudicata* jest z wielu względów uzasadnione. Ograniczałoby to np. możliwość wielokrotnego wytaczania powództw przez kolejnych współników tego samego inwestora na podstawie identycznego stanu faktycznego przeciwko państwu goszczącemu zagranicznych inwestorów. Związanie prawomocnym wyrokiem sądowym lub arbitrażowym osób powiązanych np. kapitałowo ze stronami zakończonego już prawomocnie sporu jest potrzebne nie tylko w sporach inwestycyjnych.

Wątpliwości budzi natomiast w wielu sytuacjach sięganie do korygującej funkcji zasad słuszności w celach ofensywnych dla uzasadnienia legitymacji arbitrażowej osób, które nie są sygnatariuszami zapisu. Sądy amerykańskie są czasem skłonne wiązać zapisem na sąd polubowny stronę, która dochodzi roszczeń z umowy podstawowej (*underlying contract*), w którym występuje umowa arbitrażowa⁵⁵. W tych sytuacjach podnoszony jest argument, że strona odnosząca korzyść z danej umowy powinna respektować obowiązki płynące z zapisu, który stanowi integralną część kontraktu. Jest to argument nieprzekonujący. Pomijając niejasność pojęcia „korzyści” uzasadniających związanie zapisem osób trzecich, podwa-

⁵³ CME v. Czech Republic, Stockholm Arbitration Report (2003), Nr 2, s. 167 i nast.

⁵⁴ Sąd uznał również, że brak udziału w głosowaniu nad wyrokiem arbitra powołanego przez stronę pozwaną nie stanowił naruszenia klauzuli porządku publicznego, gdyż powołany przez Czechy arbiter „no longer played any necessary role with respect to those reasons for the majority award”. Por. szerzej observations by S. Sołtysiński, M. Olechowski, Stockholm Arbitration Report (2003), Nr 2, s. 237 oraz Observations by T. Wiwen-Nilsson, ibidem, s. 254.

⁵⁵ Astra Oil Co. Rover Nav. Ltd, 344 F. 3d 276 (2d. Cir. 2003); International Paper Co., 206 F 3d, s. 418.

za on autonomiczny charakter zapisu jako czynności wywołującej przede wszystkim istotne skutki procesowe⁵⁶.

Zastosowanie doktryny *estoppel* jest natomiast uzasadnione w sytuacjach, gdy strona, która polegała na umowie o arbitraż, usiłuje później podważyć jej ważność, gdyż jest niezadowolona z rezultatów obranej strategii procesowej⁵⁷. Ten sam rezultat możemy uzyskać w świetle prawa polskiego, sięgając do dyrektywy *venire contra factum proprium*. Również jednak w prawie amerykańskim spotkać można opinię, że doktryna *estoppel* powinna być stosowana w zasadzie jako tarcza, a nie jako miecz, a więc głównie w celach obronnych⁵⁸.

4. Wnioski końcowe

Skłonność arbitrów do rozszerzania granic własnej kompetencji na podmioty niebędące sygnatariuszami zapisu na sąd polubowny i coraz częstsze przypadki aprobowania takiego podejścia przez judykaturę niektórych państw naraża uczestników międzynarodowego obrotu gospodarczego na ryzyko procesu na forum, które nie było zaaprobowane, a nawet przewidywane przez pozwanego. Orzecznictwo sądów polskich charakteryzuje konserwatywne i ostrożne podejście w tej dziedzinie, wynikające z trafnego założenia, że decyzja o rezygnacji z konstytucyjnego prawa do sądu może być dokonana tylko przez stronę ważnego i skutecznego zapisu na sąd polubowny.

Jednakże podmioty wchodzące w skład grup spółek, które zawierają kontrakty transnacionalne, powinny wyraźnie zastrzegać w zapisie na sąd polubowny, czy wiąże on „filiantów” korporacyjnych stron, a przynajmniej określać prawo rządzące umową arbitrażową. To ostatnie rozwiązanie nie jest jednak w pełni bezpiecznym zabezpieczeniem przed ryzykiem niechcianego uwikłania w spór arbitrażowy, gdyż nawet na wiodących forach arbitrażowych zakres zastosowania *lex arbitrii* i wzajemne oddziaływanie prawa miejsca arbitrażu oraz prawa rządzącego podstawową umową prawnomaterialną (*underlying agreement*) stanowi przedmiot sporów⁵⁹.

⁵⁶ T. Ereciński, K. Weitz: *Sąd arbitrażowy...*, notka 7, s. 85—86.

⁵⁷ *Dunlop v. Hamed*, 813 PZd 171 (Wash. App. 1991).

⁵⁸ G. Born: *International Commercial...*, notka 15, s. 1195.

⁵⁹ Tytułem przykładu, nawet w prawie angielskim jest sporne, czy o zastosowaniu doktryny grupy spółek decyduje *lex arbitrii*, czy prawo rządzące podstawową umo-

Rozszerzenie skutków zapisu i wyroków sądu polubownego na osoby, które nie są sygnatariuszami umowy o arbitraż, jest w niektórych sytuacjach uzasadnione. Przykładem takiego rozwiązania są postanowienia art. 1163 § 1 i § 2 k.p.c. Wymaga to jednak interwencji ustawodawcy, gdyż dotyczy konstytucyjnego prawa do sądu, które nie powinno być ograniczane w drodze wykładni sądowej, a tym bardziej przez sądy polubowne.

wą. Dlatego zaleca się, aby strony wskazywały wyraźnie, czy zapis wiąże także członków grupy. S. Woolhouse: *Group of Companies Doctrine and English Arbitration Law* (2004). „Kluwer Law International” 2004, vol. 20, No. 4, s. 435, 442.