

Arbitraż a prawo konkurencji – wybrane zagadnienia teoretyczne i praktyczne

Spis treści

- I. Wprowadzenie
 1. Uwagi ogólne
 2. Stan faktyczny – potencjalny kazus
- II. Czy arbiter może stosować prawo konkurencji w kontekście dopuszczalności poddania sporu pod międzynarodowy arbitraż handlowy?
- III. Które prawo konkurencji powinien stosować arbiter?
- IV. Podsumowanie

Streszczenie

Przedmiotowy artykuł¹ stanowi ujęcie wybranych zagadnień prawnych dotyczących wzajemnych relacji pomiędzy międzynarodowym arbitrażem handlowym a prawem konkurencji. Dominująca perspektywa ujęcia tematyki zastosowana w artykule została określona jako perspektywa arbitra (rzecz jasna jako jedna z kilku możliwych). Autorzy wskazują na dwie kwestie węzłowe o znaczeniu uniwersalnym (międzynarodowym) będące odpowiedzią na pytania: 1) czy arbiter może (a może musi) stosować prawo konkurencji? (w kontekście dopuszczalności poddania sporu pod arbitraż); 2) które prawo konkurencji powinien stosować arbiter? Wywody w toku artykułu będą odnosiły się do abstrakcyjnego stanu faktycznego potencjalnego sporu, który zmuszony byłby rozstrzygnąć sąd arbitrażowy, a który zostanie rozstrzygnięty przez Autorów artykułu. Takie określenie tematyki pozwala następnie na wyciągnięcie wniosków *de lege lata* oraz *de lege ferenda* w zakresie relacji pomiędzy prawem konkurencji a międzynarodowym arbitrażem handlowym dla rozstrzygającego spory arbitra.

Słowa kluczowe: prawo konkurencji; arbitraż; międzynarodowy arbitraż handlowy; rozstrzygnięcie sporów,; prawo konkurencji UE.

* *Chartered Arbitrator*, Partner Dentons, adwokat w Warszawie i w Paryżu, członek Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego ICC, Prezes Sądu Arbitrażowego przy KIG (2006–2009), członek zarządu Polskiego Stowarzyszenie Sądownictwa Polubownego.

** Doktorant stacjonarny w Zakładzie Prawa Międzynarodowego Prywatnego oraz Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Szkoła Główna Handlowa, członek Polskiego Stowarzyszenie Sądownictwa Polubownego.

¹ Niniejszy artykuł stanowi **rozszerzenie i pogłębienie rozważań**, które wstępnie zostały zaprezentowane przez Autorów w ramach dwóch artykułów opublikowanych w tygodniku „Gazeta Finansowa”. Por. P. Nowaczyk, Sz. Syp, *Arbitraż a prawo konkurencji*, „Gazeta Finansowa”, 27 kwietnia 2012 r. (artykuł również dostępny na stronie internetowej: <http://www.antitrust.pl/2012/04/arbitraz-a-prawo-konkurencji-piotr-nowaczyk-szymon-syp>); P. Nowaczyk, Sz. Syp, *Które prawo konkurencji ma stosować arbiter?*, „Gazeta Finansowa”, 29 czerwca 2012 r. (artykuł dostępny na stronie internetowej: <http://korporacyjnie.pl/kto-prawo-konkurencji-ma-stosowac-arbiter>).

I. Wprowadzenie

1. Uwagi ogólne

Rola alternatywnych metod rozstrzygania (rozwiązywania) sporów w międzynarodowym obrocie handlowym (gospodarczym) wzrasta². Dominującą metodą rozwiązywania sporów z komponentem międzynarodowym, a więc pomiędzy podmiotami uczestniczącymi w międzynarodowym obrocie handlowym, stał się międzynarodowy arbitraż handlowy³ (ang. *international commercial arbitration*)⁴. Jak słusznie wskazuje J. Kociubiński „[...] warunkiem *sine qua non* rozwoju arbitrażu jest konkurencyjna gospodarka wolnorynkowa. Innymi słowy – **im większe znaczenie mechanizmów rynkowych, tym ważniejszą rolę odgrywa arbitraż**”⁵.

Międzynarodowy arbitraż handlowy jest sytuacją, w której arbiter (innymi słowy – sędzia prywatny) ma za zadanie rozstrzygnąć spór handlowy pomiędzy stronami – podmiotami biorącymi udział w międzynarodowym obrocie gospodarczym, poprzez wydanie wyroku (orzeczenia) arbitrażowego. Co istotne, **uprawnienie arbitra (bądź arbitrów) wynika z woli stron**, które poddały (uprzednio bądź następczo) rozstrzygnięcie określonego sporu wynikającego z umowy handlowej (kontraktu handlowego) pod sąd arbitrażowy. Strony (zasadniczo spółki handlowe o zasięgu międzynarodowym) decydują się na zawarcie klauzuli arbitrażowej⁶ w umowie handlowej ze względu na to, iż **ma ona dla nich znaczącą wartość ekonomiczną**⁷. Znaczenie arbitrażu (ergo jego korzyści ekonomiczne dla stron umowy handlowej zawierającej klauzulę arbitrażową) potęguje swoboda stron dotycząca wyboru wielu elementów postępowania arbitrażowego. Strony mogą wybrać konkretny sąd polubowny, skład arbitrów, sposób ich powołania, miejsce i czas postępowania, czy też zasady rozstrzygania sporu. Nie ulega wątpliwości, że zaletami arbitrażu są zasadniczo: prostsza niż sądownictwa powszechnego procedura postępowania, przewidywalne z góry koszty, jednoinstancyjność i szybkość postępowania. Ponadto, sąd polubowny jest dyskretny, postępowanie poufne, gwarantuje więc poszanowanie interesów stron i ich tajemnic handlowych (przedsiębiorstw)⁸. Powszechnie uważa się, że arbitrzy – jako wybitni specjaliści – lepiej rozumieją biznes niż sędziowie sądów powszechnych (ang. *more business-oriented*), co ma niebagatelne znaczenie dla stron sporu. *Last but not least*, wyroki arbitrażowe są powszechnie uznawane i wykonywane na całym świecie ze względu na międzynarodowe konwencje w szczególności – Konwencję o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych z dnia 10 czerwca 1958 r. sporządzoną w Nowym Jorku⁹.

² Zob. szerzej, kilka z wielu: A. Tynel, J. Funk, W. Chwalej, B. Fuchs, M. Pazdan (red.), *Międzynarodowe prawo handlowe*, wyd. II, brakujące wydawnictwa, Warszawa 2006, s. 331 i n.; A. Szumański (red.), *Arbitraż handlowy*. T. 8, *System Prawa Handlowego*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010. Por. również w zakresie międzynarodowego arbitrażu handlowego w krajach Europy Środkowej – A. Tynel, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w krajach Europy Środkowej*, Difin, Warszawa 1999.

³ Inaczej: sądownictwo polubowne. Oba zwroty będą używane zamiennie w niniejszym artykule.

⁴ O zaletach arbitrażu zob. A. Tynel, J. Funk, W. Chwalej, B. Fuchs, M. Pazdan (red.), *Międzynarodowe prawo handlowe*..., s. 336 i n.

⁵ J. Kociubiński, *Arbitraż w europejskim prawie konkurencji – zarys problemu*, „Kwartalnik ADR” 2012, nr 2(18), s. 160.

⁶ Por. modelowa klauzula arbitrażowa, dostępna na stronie internetowej Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej: „Wszelkie spory wynikające z niniejszej umowy lub powstające w związku z nią będą rozstrzygane przez Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie stosownie do Regulaminu tego Sądu obowiązującego w dacie wniesienia pozwu”. Pobrano z: <http://www.sakig.pl/pl/arbitraz/modelowe-klauzule-arbitra%C5%BCowe>.

⁷ Tak: M.R. Lee, *Antitrust and Commercial Arbitration: An Economic Analysis*, „St. John's. Law Review” 1987, Vol. 62, No. 1, s. 1–2, który wskazuje, że dzięki klauzuli arbitrażowej w umowach handlowych strony uzyskują oszczędność kosztów transakcyjnych.

⁸ Zob. szerzej: *Arbitration and Competition* (2010), Organisation for Economic Co-operation and Development, DAF/COMP, 2010, No. 40, s. 7–8 (dalej: *Arbitration and Competition*); pobrano z: www.oecd.org (10 lipca 2013).

⁹ Tekst konwencji internetowej pobrano z: www.newyorkconvention.org. (10 lipca 2013).

Międzynarodowy arbitraż handlowy i jego powiązanie z prawem konkurencji¹⁰ (lub prawem antytrustowym, ang. *antitrust law*, jak jest ono nazywane w Stanach Zjednoczonych Ameryki) są **przedmiotem żywej dyskusji** zarówno na gruncie reprezentowanym przez teoretyków prawa i ekonomii, jak i praktyków (w szczególności arbitrów¹¹)¹². Wzajemne relacje (zależności) arbitrażu i prawa konkurencji pojawiają się wówczas, gdy spór handlowy pomiędzy podmiotami dotyka delikatnych kwestii sprowadzających się do następujących pytań: czy dopuszczalne jest poddanie sporu pod międzynarodowy arbitraż handlowy; czy arbiter może (a może musi) stosować prawo konkurencji; które prawo konkurencji powinien stosować arbiter? Stąd też celem niniejszego artykułu jest przybliżenie wzajemnych relacji międzynarodowego arbitrażu handlowego oraz prawa konkurencji i odpowiedź na wskazane pytania. Wspomnieć należy, że przedstawione wywoły stanowiąc będą przemyślenia z perspektywy arbitra (jako perspektywy dominującej¹³) – jako arbitralnie wybranej przez Autorów.

2. Stan faktyczny – kasus

Zanim zostaną zaprezentowane kwestie węzłowe, pozwolimy sobie przedstawić pewien abstrakcyjny stan faktyczny, aby nadać artykułowi wymiar praktyczny.

Rozważmy przykład **umowy franchisingowej**¹⁴ jako rodzaju dystrybucji, zawieranej przez trzy strony. Organizatorem sieci restauracji jest spółka działająca pod firmą **Dobrze Zjeść** z siedzibą w Londynie, Wielka Brytania (dalej: Franchisingodawca Nr 1), która dysponuje tzw. pakietem franchisingowym wraz z i przy udziale spółki pod firmą **Dobrze Wypić** z siedzibą w Kijowie, Ukraina (dalej: Franchisingodawca Nr 2). Kompletność pakietu franchisingowego zależy od współdziałania w przedsięwzięciu dwóch odrębnych podmiotów organizacyjnych, tj. Dobrze Zjeść oraz Dobrze Wypić, przy czym ta druga spółka dostarcza jedynie określonych napojów w ramach pakietu. Wspomniane spółki zawierają umowę franchisingu ze spółką działającą pod firmą **Dobrze Zjeść i Wypić** z siedzibą w Warszawie, Polska (dalej: Franchisingobiorca). Spółka Dobrze Zjeść udziela Franchisingobiorcy prawa posługiwania się pakietem franchisingowym przy świadczeniu

¹⁰ Prawo konkurencji będzie rozumiane w niniejszym artykule jako gałąź prawa publicznego, której fundamentem jest regulacja zachowań rynkowych przedsiębiorców. W zakresie prawa konkurencji można wyróżnić dwie grupy przepisów. Pierwsze dotyczą: zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję (a więc porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji oraz nadużywania pozycji dominującej). Druga grupa przepisów dotyczy prewencyjnej kontroli koncentracji (obowiązkowa notyfikacja zamiarów określonych koncentracji w celu ograniczenia ryzyka dojścia do skutku transakcji, które mogą doprowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji na danym rynku właściwym). Trzecim zagadnieniem prawa konkurencji jest nadzór nad pomocą publiczną udzielaną przez państwo bądź też ze środków publicznych (pomoc publiczna może bowiem prowadzić do zakłócenia konkurencji przez faworyzowanie niektórych przedsiębiorców). Artykuł dotyczy zasadniczo praktyk ograniczających konkurencję. Co do związków pomiędzy arbitrażem a prawem kontroli koncentracji zob. A. Jurkiewicz, *Rola arbitrażu w kontroli połączeń przedsiębiorstw w prawie Wspólnoty Europejskiej*, [w:] E. Piontek (red.), *Reforma wspólnotowego prawa konkurencji*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Warszawa 2005.

¹¹ Zob. przykładowo jako jeden z wielu: G. Blanke, P. Landolt (red.), *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*, Wolters Kluwer, 2011.

¹² Również w polskim piśmiennictwie temat powiązań arbitrażu oraz prawa konkurencji jest coraz częściej przedmiotem rozważań, przy czym dominuje ujęcie uwzględniające prawo konkurencji Unii Europejskiej. Zob. publikacje o charakterze ogólnym: J. Kociubiński, *Arbitraż w europejskim prawie konkurencji – zarys problemu*, „Kwartalnik ADR” 2012, nr 2(18); M. Szpunar, *Sądowictwo polubowne wobec prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej*, [w:] L. Ogiełło, W. Popiołek, M. Szpunar (red.), *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2005; T. Zinkiewicz, *Rola arbitrażu międzynarodowego w rozstrzygnięciu sporów z zakresu europejskiego prawa konkurencji*, [w:] M. Sendrowicz (red.), *Wybrane zagadnienia prawa ochrony konkurencji oraz regulacji w sprawie ochrony praw konsumentów. Publikacja jubileuszowa Kola Naukowego Ochrony Konkurencji i Konsumenta*, Warszawa 2013, pobrano z: <http://www.antitrust.pl/2013/05/publikacja-jubileuszowa-kola-naukowego-ochrony-konkurencji-i-konsumenta/>; A. Żabówka, *Stosowanie wspólnotowego prawa konkurencji w międzynarodowym arbitrażu handlowym*, [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje w prawie konkurencji UE*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008. W sprawie relacji arbitrażu oraz prawa kontroli koncentracji w UE, L. Radicati di Brozolo, *Arbitration in EC Merger Control: Old Wine in a New Bottle*, „European Journal of Business Law”, 2007, p. 7 i n.; A. Jurkiewicz, *Rola arbitrażu w kontroli połączeń przedsiębiorstw w prawie Wspólnoty Europejskiej*, [w:] E. Piontek (red.), *Reforma wspólnotowego prawa konkurencji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2005.

¹³ Oczywiście, przedstawione kwestie mają również znaczenie dla stron sporu handlowego, organów antymonopolowych czy też sądów kontrolujących wyroki sądów arbitrażowych. Konsekwentnie więc, na inne aspekty przedstawionej w artykule problematyki zwrócić mogą wspomniane podmioty. Perspektywę zarówno sądów, jak i arbitrów opisuje m.in.: L. Radicati di Brozolo, *Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators* [w:] *Arbitration and Competition...*, s. 31 i n.

¹⁴ Szerzej o umowie franchisingu zob. S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*. T. 5, *System Prawa Handlowego* wyd. 3, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2011, s. 639 i n.; A. Koch, *Umowa franchisingowa*, RPEIS 1980, z. 3, s. 3 i n.; L. Stecki, *Franchising*, TNOiK, Toruń 1993.

usług gastronomicznych i do stałego udzielania jej pomocy. Spółka Dobrze Wypić zobowiązuje się dostarczać spółce polskiej w ramach zawartej umowy określonych napojów, będących znakiem firmowym sieci franchisingowej (dystrybucji) rozwiniętej na całym świecie. Franchisingobiorca zobowiązuje się do prowadzenia we własnym imieniu i na własny rachunek działalności gospodarczej objętej umową w sposób wynikający z pakietu franchisingowego, do poddania się w tym zakresie kontroli obu franchisingodawców oraz do zapłaty umówionego wynagrodzenia. Dodatkowo, spółka Dobrze Wypić nalegała (dodajmy z sukcesem), aby w umowie franchisingu strony wpisały postanowienie umowne o następującej treści: Spółka Dobrze Zjeść i Wypić ma obowiązek realizowania sprzedaży oferowanych przez siebie napojów po cenie ustalonej przez Dobrze Wypić oraz do stosowania wszelkich zmian oraz obniżek promocyjnych, o których zostanie powiadomiony przez Dobrze Wypić¹⁵. Strony ponadto zawarły w umowie klauzulę arbitrażową o następującej treści: **Wszelkie spory wynikające z niniejszej umowy lub powstające w związku z nią będą rozstrzygane przez Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie stosownie do Regulaminu tego Sądu obowiązującego w dacie wniesienia pozwu.** Prawo właściwe dla umowy franchisingowej zostało określone jako prawo polskie. Po czterech latach wzajemnie korzystnej współpracy, Franchisingobiorca zaczyna sprzedawać napoje po cenie odmiennej od tej ustalonej przez Franchisingodawcę Nr 2. Franchisingodawca pozywa o odszkodowanie Franchisingobiorcę przed Sądem Arbitrażowym przy Krajowej Izbie Gospodarczej z uwagi na naruszenie postanowienia umowy franchisingowej dotyczącej sprzedaży po cenie sztywnej napojów Franchisingodawcy Nr 2. Na arbitrów zostają wyznaczeni przez strony Piotr Nowaczyk oraz Szymon Symp. Arbitrzy zastanawiają się nad wyborem przewodniczącego zespołu orzekającego.

II. Czy arbiter może stosować prawo konkurencji w kontekście dopuszczalności poddania sporu pod międzynarodowy arbitraż handlowy?

W literaturze podkreśla się, że zakres uprawnień bądź zobowiązań arbitra do stosowania prawa konkurencji w toku postępowania arbitrażowego jest różny i zależy w dużej mierze od określonej jurysdykcji¹⁶. Chociaż coraz częściej kwestie dotyczące prawa konkurencji pojawiają się w sądach arbitrażowych, to jednak **brak jest ujednoczonego stanowiska**, które by formułowało wskazówki mówiące o tym, jak radzić sobie z takimi kwestiami. Istota pytania: czy arbiter może stosować prawo konkurencji, jest kwestią pierwotną dotyczącą zdatności poddania arbitrażowi sporów handlowych dotyczących prawa konkurencji. Odpowiedzi na wspomniane pytanie udzieliło jednoznacznie orzecznictwo amerykańskie i to ono wywarło wpływ na postrzeganie tegoż problemu przez społeczność arbitrażową.

Początkowo, na kanwie wyroku w sprawie *American Safety*¹⁷, uznano, że **prawo konkurencji oraz wynikające z niego spory handlowe nie mogą być rozpatrywane w drodze arbitrażu**. Innymi słowy, sąd amerykański (Drugiego Okręgu) uznał, że prawo konkurencji nie nadaje się do

¹⁵ O relacjach pomiędzy umową franchisingu a prawem konkurencji zob. M. Skrzek, E. Wojtaszek, *Reguły konkurencji a franchising*, Warszawa 1992. Zobacz w szczególności decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DOK - 1/2013 z dnia 25 czerwca 2013 r. Zgodnie ze wspomnianą decyzją zawarcie przez franchisingodawcę z przedsiębiorcami prowadzącymi na zasadzie franczyzy restauracje objęte pakietem franchisingowym udzielonym przez franchisingodawcę porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na ustalaniu sztywnych cen sprzedaży produktów oferowanych w restauracjach jest zakazane, zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) (dalej: ustawa o ochronie konkurencji).

¹⁶ *Arbitration and Competition...*, s. 11.

¹⁷ *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co.* 391 F. 2d 821 (2d Cir. 1968) (dalej: wyrok w sprawie *American Safety*).

arbitrażu (ang. *not suitable for arbitration*). Argumenty wysunięte przez wspomniany sąd i będąca ich konsekwencją doktryna orzecznicza zostały potwierdzone *par excellence* przez sądy sześciu innych okręgów¹⁸. W istocie tzw. doktryna American Safety opierała się na czterech twierdzeniach wskazujących, że sądy nie powinny uwzględniać poddania sporów z zakresu prawa konkurencji pod arbitraż, gdyż: 1) postępowanie sądowe jest lepiej niż postępowanie arbitrażowe przystosowane do rozwiązywania skomplikowanych kwestii prawnych związanych z prawem konkurencji¹⁹; 2) arbitrzy są zasadniczo negatywnie nastawieni do prawa konkurencji²⁰; 3) umowy handlowe zawierające klauzule arbitrażowe są zasadniczo umowami o charakterze adhezyjnym²¹; 4) spowoduje to zmniejszenie (redukcję) odstraszaających (ang. *deterrence*) skutków (efektów) prawa konkurencji²². Ten ostatni argument jest najczęściej przywoływany przez proponentów doktryny American Safety²³.

Dopiero po kilkunastu latach od wydania wyroku w sprawie *American Safety*, w sprawie *Mitsubishi*²⁴ Sąd Najwyższy USA uznał, że **roszczenia wynikające z prawa konkurencji były w zamierzeniu stron sporu o charakterze międzynarodowym poddane arbitrażowi**²⁵. Konsekwentnie, Sąd Najwyższy USA odszedł od wcześniejszego stanowiska dotyczącego nie stosowania arbitrażu w rozwiązywaniu sporów dotyczących prawa konkurencji i potwierdził iż, pod pewnymi warunkami, kwestie związane z prawem konkurencji mogą być rozstrzygane na drodze arbitrażu. Wyrok w sprawie *Mitsubishi* odrzucił wspomniane wyżej trzy twierdzenia doktryny oraz znacząco obniżył wartość czwartego twierdzenia²⁶. Wreszcie sędziowie stwierdzili, że w pewnych sytuacjach **arbitrzy mogą być zobowiązani do stosowania prawa konkurencji**²⁷.

Nieprzypadkowo rozpoczęliśmy rozważania od przywołania kwestii poddania pod arbitraż sporów wynikających z prawa konkurencji w USA, gdyż oddziałuje ona bezpośrednio na **stosowanie przez arbitrów prawa konkurencji**. Ponadto, wpływ orzecznictwa amerykańskiego na resztę porządków prawnych jest nieoceniony²⁸.

¹⁸ Zob. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 723 F.2d 155 (1st Cir. 1983); *Cobb v. Lewis*, 488 F.2d 41 (5th Cir. 1974); *Buffler v. Electronic Computer Programming Inst., Inc.*, 466 F.2d 694 (6th Cir., 1972); *Applied Digital Technology, Inc. v. Continental Casualty Co.*, 576 F.2d 116 (7th Cir. 1978); *Helfenbein v. International Indus*, 438 F.2d 1068 (8th Cir., 1971); *A. & E. Plastik Pak Co. v. Monsanto Co.*, 396 F.2d 710 (9th Cir. 1968).

¹⁹ Ang. *the judicial process is better suited than the arbitral process to resolving the complex issues sometimes raised by these claims*, zob. M.R. Lee, *Antitrust and Commercial Arbitration...*, s. 3. Zob. wyr. w sprawie *American Safety*, s. 827.

²⁰ Ang. *commercial arbitrators are likely to harbor hostility toward antitrust law*, zob. ibidem, s. 3. Zob. wyr. w sprawie *American Safety*, s. 827.

²¹ Ang. *the contracts containing the applicable arbitration clause are likely to be „contracts of adhesion”*, zob. ibidem, s. 3. Zob. wyr. w sprawie *American Safety*, s. 827 i n.

²² Por. ibidem, s. 4.

²³ Por. R. Pitofsky, *Arbitration and Antitrust Enforcement*, „New York University Law Review” 1969, Vol. 44, No. 1072. Zob. również: J.R. Allison, *Arbitration Agreements and Antitrust Claims: The Need for Enhanced Accommodation of Conflicting Public Policies*, „North Carolina Law Review” 1986, Vol. 64, No. 219. Warto podkreślić, że konkluzja wyrażająca doktrynę American Safety znajdowała odzwierciedlenie w prawie belgijskim oraz francuskim. Por. *Arbitration and Competition...*, s. 11.

²⁴ Wyr. SN Stanów Zjednoczonych – *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S. 614 (1985) (dalej: wyr. w sprawie *Mitsubishi*).

²⁵ Zob. również wyr. w sprawie *Shearson/American Express. Shearson/American Express, Inc. V. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987). Dotyczył on rozwiązania sporów wynikających z amerykańskiego prawa papierów wartościowych drogą arbitrażu.

²⁶ M.R. Lee, *Antitrust and Commercial Arbitration...*, s. 7. Ponadto, przywoływany autor twierdzi, że poddanie sporów z zakresu prawa konkurencji pod arbitraż nie doprowadzi do redukcji odstraszaającej funkcji prawa konkurencji, a nawet jeśli, to byłoby to efektywne w sensie ekonomicznym. Por. ibidem, s. 41.

²⁷ W sprawie *Gemco Latinoamerica, Inc. v. Seiko Time Corp.*, 671 F. Supp. 972 9S.D.N.Y (1987) powołano się bezpośrednio na sprawę *Mitsubishi* i odrzuconą doktrynę American Safety a limine. Dodatkowo, sprawa dotyczyła roszczeń z prawa konkurencji i sporu krajowego (federalnego) a nie międzynarodowego, co sugeruje na uniwersalną wartość orzeczenia w sprawie *Mitsubishi*.

²⁸ Por. *Arbitration and Competition...*, s. 11. W związku ze specyfiką wysokości odszkodowań, jakie mogą zostać zasądzone zgodnie z prawem amerykańskim (tzw. *treble damages* – możliwość zasądzenia przez sąd trzykrotnej wysokości rzeczywiście poniesionej szkody), czy też rozpowszechnieniem pozwów zbiorowych (tzw. *class actions*), w orzecznictwie amerykańskim pojawiła się kwestia możliwości wyłączenia wspomnianych instytucji z zakresu arbitrażu. Sprawa została ostatecznie rozstrzygnięta przez Sąd Najwyższy w 2010 r. w sprawie *Stolt-Nielson SA (Stolt-Nielsen S.A., et al. v. Animal Feeds International Corp.* (08-1198), 2010). Mianowicie Sąd Najwyższy USA uznał, iż nie można dochodzić powództwa zbiorowego na drodze arbitrażu, jeśli klauzula arbitrażowa nie przewidywała tej kwestii. Innymi słowy, klauzula arbitrażowa musi jasno stwierdzać możliwość *class action*.

Analizując zdatność arbitrażową roszczeń z prawa konkurencji w Unii Europejskiej (czy szerzej w Europie), trzeba zauważyć, że większość przedstawicieli europejskiej doktryny prawniczej wskazuje, że w sposób pośredni przyzwolenie na poddanie sporów obejmujących kwestie związane z prawem konkurencji i stosowanie prawa konkurencji przez arbitrów zostało przedstawione w wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International N.V.*^{29, 30}. Na gruncie europejskim, w szczególności doktryna oraz sądy włoskie³¹, szwajcarskie³² i francuskie³³ uznają, że zdolność arbitrażowa sporów dotyczących prawa konkurencji znajduje zastosowanie również w ich porządkach prawnych. Konsekwentnie – Autorzy niniejszego artykułu zajmują stanowisko, że spory handlowe w Polsce, a dotyczące roszczeń z zakresu prawa konkurencji, mogą być poddane arbitrażowi na gruncie prawa polskiego oraz arbitrzy mogą stosować również polskie prawo konkurencji. Nie ma bowiem żadnych racjonalnych powodów, dla których arbitraż miałby zostać wyłączony, a arbitrzy nie mieli takich samych kompetencji w zakresie rozstrzygania sporów z zakresu prawa konkurencji, jakie mają sędziowie sądów powszechnych.

Tytułem podsumowania wątku dotyczącego zdatności arbitrażowej roszczeń wynikających z amerykańskiego oraz europejskiego prawa konkurencji, stwierdzić trzeba, że obecnie w przeważającej mierze doktryna oraz orzecznictwo w USA oraz w Europie stoją na stanowisku, że roszczenia wynikające z prawa konkurencji podlegają arbitrażowi, **ergo arbiter może stosować amerykańskie lub europejskie prawo konkurencji w celu rozstrzygnięcia danego sporu.**

Konsekwentnie, aktualnie na świecie szeroko rozpowszechniony jest konsensus, co do możliwości poddania sporów z zakresu prawa konkurencji pod arbitraż. Po pierwsze, wynika to z faktu, że arbitrzy to profesjonaliści, którzy nie mniej kompetentnie (a może i znacząco bardziej kompetentnie) od sędziów stosują właściwe przepisy prawa konkurencji. Po drugie, ostateczne orzeczenie (wyroki) arbitrażowe podlegają kontroli przez sądy krajowe.

Koronny argument za przymusem stosowania³⁴ przez arbitrów prawa konkurencji zawiera się w twierdzeniu, które podzielamy *in toto*, iż **arbitrzy winni stosować przepisy wymuszające swoją właściwość³⁵ do rozwiązania sporu wynikającego z danej umowy handlowej³⁶.** Konsekwentnie, uważamy, że arbitrzy rozpoznający daną sprawę **są zobowiązani do stosowania prawa konkurencji, mającego zastosowanie do danego sporu³⁷.** Zgodnie z zasadą swobody kontraktowania – strony umowy same mogą ustalić, który reżim prawny należy stosować do określonej umowy. Jednak zarówno europejskie, jak i amerykańskie prawo konkurencji jest uznawane za prawo obejmujące przepisy wymuszające swoją właściwość. Są to więc takie

²⁹ Wyr. Trybunału Sprawiedliwości z 1.06.1999 r., *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International N.V.*, sprawa C-126/97, ECR 1999, I-3055. Więcej o wspomnianym wyroku, zob. A. Żabówka, *Stosowanie wspólnotowego prawa konkurencji...*, s. 482 i n. Autorka twierdzi, że „Jest to przełomowe orzeczenie, wskazujące na gotowość wspólnotowego porządku prawnego do zaakceptowania arbitrażu jako metody rozstrzygnięcia zagadnień z zakresu prawa konkurencji oraz dające bardziej szczegółowe wytyczne co do sposobu gwarantowania jego wykonania. Ibidem, s. 476. I dalej: „[...] z rozważań ETS można wysnuć jasny wniosek, że dopuścić w świetle prawa UE sądy polubowne do rozstrzygnięcia zarzutów wynikających z naruszenia prawa konkurencji.” Ibidem, s. 496.

³⁰ Jednocześnie w orzeczeniu w sprawie 102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei BmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*, ECR 1982, 1095 – Trybunał Sprawiedliwości nie zaaprobował możliwości zwracania się przez arbitrów (sąd arbitrażowy) do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prejudycjalnym (*ergo* sąd arbitrażowy nie został uznany za sąd państwa członkowskiego).

³¹ F. Caporale, *L'arbitrato e il diritto antitrust: verso un'estensione della competenza arbitrale*, (1993) Riv. comm. Int.

³² Tribunal Federal, 28.04.1992 r. [1992] A.S.A. Bull.

³³ *Societe Aplex v. Societe Belcro*, Appel Paris, 14.10.1993 r. [1994] Re. Arb. 165).

³⁴ Jakkolwiek teza ta jest kontrowersyjna. Wydaje się, że większość doktryny uważa, że arbitrzy mogą, ale nie muszą stosować prawa konkurencji.

³⁵ Takimi bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa są przepisy traktujące o prawie konkurencji.

³⁶ Por. L. Radicati di Brozolo, *Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators* [w:] *Arbitration and Competition...*, s. 31.

³⁷ Trafnie wyraża to L. Radicati dr Brozolo: *Yet, there is an expectation, perhaps even a requirement, that arbitrators apply competition law.* Ibidem, s. 45.

przepisy prawne, z których wynikają normy bezwzględnie obowiązujące, a których zastosowania nie można wyłączyć umową o wybór prawa i które są stosowane bez względu na to, jakiemu prawu podlega dana umowa. W przeciwnym bowiem wypadku, poważne naruszenie prawa konkurencji czy też nieuzasadniony niczym fakt braku jego zastosowania przez arbitra w danej sprawie może być przyczyną uchylecia wyroku sądu arbitrażowego³⁸. Zwraca uwagę Artykuł 41 Regulaminu Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej (ICC), obowiązujący od dnia 1 stycznia 2012 r., zgodnie z którym Sąd i trybunał arbitrażowy działają w duchu regulaminu oraz podejmują wszelkie starania, aby **zapewnić wykonalność wyroku**³⁹.

Odwołując się do przedstawionego stanu faktycznego⁴⁰, niezbędna jest ocena przez arbitrów przejawiająca się w konkluzji, że zastosowanie musi mieć europejskie prawo konkurencji lub polskie prawo konkurencji. Wniosek ten wynika z tego, że w pierwszej kolejności arbitrzy powinni rozważyć czy i ewentualnie które prawo konkurencji może mieć zastosowanie w określonym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę skutki danej umowy na określony rynek. *Prima facie*, w przedmiotowym stanie faktycznym skutek umowy franchisingowej nastąpi na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, intuicyjnie więc to na tym rynku nastąpi ograniczenie konkurencji i to polskie prawo konkurencji należałoby stosować. Nie stoi to jednak na przeszkodzie, aby arbitrzy wzięli pod uwagę również potencjalne konsekwencje prawne wynikające z europejskiego prawa konkurencji. W omawianym przykładzie – arbitrzy powinni oddalić roszczenie Franchisingodawcy Nr 2 z uwagi na fakt, że powołuje się on na postanowienie umowne z mocy prawa nieważne⁴¹. Arbitrzy powinni więc podnieść tę kwestię, nawet jeśli Franchisingobiorca nie powoła się na nią. Podsumowując, to na arbitrach ciąży obowiązek (powinność) stosowania przepisów wynikających z prawa konkurencji⁴².

Warto bowiem dodać, że wspomniany obowiązek stosowania prawa konkurencji przez arbitrów nie wynika z woli stron (podmiotów), które poddają daną sprawę pod rozstrzygnięcie sądu polubownego. Co więcej, podmioty te mogą nawet przypuszczać, że prawo konkurencji w ogóle nie znajdzie zastosowania w przedmiotowym sporze. Jednakże możliwa jest inna sytuacja – strony same zwrócą uwagę arbitrom na konieczność zastosowania właściwego prawa konkurencji. W praktyce ta druga sytuacja może być dosyć częsta, gdy jedna ze stron twierdzi, że umowa zawarta przez strony sporu jest dotknięta sankcją nieważności⁴³.

III. Które prawo konkurencji powinien stosować arbitrer?

Nim przejdziemy do rozstrzygnięcia kwestii tytułowej, warto wskazać na ograniczenia stosowania prawa konkurencji przez arbitra. Wiąże się to z dystynkcją pomiędzy publicznoprawnym a prywatnoprawnym dochodzeniem roszczeń z prawa konkurencji⁴⁴. Arbitraż jest możliwy w sto-

³⁸ Szerzej: A. Żabówka, *Stosowanie wspólnotowego prawa konkurencji...*, s. 531 i n.

³⁹ Regulamin Arbitrażowy ICC dostępny jest w wersji polskiej na stronie internetowej ICC: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>

⁴⁰ Por. Część I, pkt 2 artykułu.

⁴¹ Por. art. 6 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji. Zob. również art. 101 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864, zał. 2 z późn. zm.; Dz. Urz. UE C 115 z 9 maja 2008 r., s. 47).

⁴² W naszej ocenie, stosowanie prawa konkurencji nie zależy od następujących czynników: 1) woli stron stosowania określonego prawa konkurencji (arbitrer może zastosować również inne prawa konkurencji); 2) faktu, że jedna ze stron podniesie kwestię stosowania prawa konkurencji – co wiąże się z sentencją *ne eat arbiter ultra petita partium*; 3) woli stron, aby nie stosować prawa konkurencji (wówczas arbitrzy powinni zignorować wolę stron, jeśli uznają, że prawo konkurencji danego porządku prawnego powinno znaleźć zastosowanie). Zob. szerzej: H. Holtzmann, *Powers and duties of arbitrators*, Competition and Arbitration Law, ICC 1993.

⁴³ Np. umowa zawiera porozumienie ograniczające konkurencję – ustalające ceny (ang. *price-fixing*).

⁴⁴ Zob. szerzej: A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2013.

sunku do roszczeń prywatnoprawnych. Arbitr nie może powstrzymać ani uprzedzić właściwych organów antymonopolowych w zakresie ich kompetencji oraz stosowania przez nie prawa konkurencji⁴⁵. W rezultacie arbitr **może jedynie decydować o cywilnoprawnych konsekwencjach wynikających z naruszenia prawa konkurencji**. Co to oznacza w praktyce? W praktyce oznacza to możliwość uwzględnienia przez arbitra roszczenia strony o odszkodowanie, w rezultacie naruszenia prawa konkurencji przez drugą stronę (prywatnoprawne dochodzenie roszczeń – ang. *private enforcement*) czy też uznania, że dane postanowienie umowne jest nieważne. Ograniczenia umocowania arbitra są widoczne, jeśli zestawimy je z uprawnieniem organu antymonopolowego w zakresie kontroli koncentracji czy też nadzoru nad pomocą publiczną.

Odpowiedź na pytanie: które prawo konkurencji powinien stosować arbitr, nie podlega generalizacji. Wszystko zależy od określonego stanu faktycznego oraz arbitralnej decyzji arbitra (arbitralnej, lecz uzasadnionej, mając na uwadze rozważania powyżej). Dlatego też w omawianym stanie faktycznym to arbitrzy zdecydują, które prawo konkurencji (europejskie lub polskie) znajdzie zastosowanie w ramach sporu. Przechodząc do rozwiązania przypadku, w naszej ocenie właściwe do zastosowania byłoby prawo polskie⁴⁶.

IV. Podsumowanie

Międzynarodowy arbitraż handlowy jest normalną, częstą metodą rozwiązywania sporów handlowych. W rezultacie jego znaczenie będzie rosła również w zakresie rozwiązywania sporów wynikających z prawa konkurencji. Arbitraż powinien być widziany jako narzędzie służące właściwemu stosowaniu prawa konkurencji na drodze prywatnoprawnej. Zagadnienie jest nowe. Na gruncie prawa polskiego nie było dotychczas szczegółowo badane. Nie doczekało się jeszcze także orzecznictwa. Stąd autorzy pozwalają sobie zwrócić na nie uwagę społeczności arbitrażowej. W przedmiotowym artykule staraliśmy się odpowiedzieć twierdząco na zasadnicze i kategoryczne pytanie: czy arbitr może stosować prawo konkurencji? Uwzględniliśmy również dominującą tezę, że spory z zakresu prawa konkurencji mogą być poddawane arbitrażowi (ang. *arbitrability*).

Wydaje się więc, że odpowiedź na pytanie, które prawo konkurencji powinien stosować arbitr **nie jest łatwa**. Mając na uwadze specyfikę porządku prawnego w USA, Unii Europejskiej czy nawet w Polsce (ich eksterytorialność) arbitr stanie przed koniecznością wyboru jednego lub też drugiego porządku prawnego. Arbitr będzie więc zmuszony, mając na uwadze różnice w poszczególnych systemach prawnych dotyczące prawa konkurencji, wybrać właściwy jego zdaniem porządek prawny. Jak ważny jest to wybór dla rozstrzygnięcia danego sporu, okazuje się najczęściej w przypadku różnego podejścia do tego samego zagadnienia organów ochrony konkurencji (*vide*: porozumienia wertykalne).

Przedstawiony przez nas stan faktyczny i jego rozwiązanie wydają się być proste. Zależy to jednak od konwergencji poszczególnych systemów prawnych (np. polskiego i europejskiego prawa konkurencji). W sytuacji, gdy arbitrzy są postawieni przed wyborem porządków prawnych charakteryzujących się rozbieżnością w wybranych kwestiach (np. prawo amerykańskie i prawo europejskie), wybór prosty już nie będzie.

⁴⁵ Wzajemne relacje postępowania arbitrażowego do postępowań toczących się przez organami ochrony konkurencji są poza obszarem niniejszego artykułu. Zob. więcej: M. Szpunar, *Sądownictwo polubowne wobec prawa...*, s. 503 i n. A. Żabówka, *Stosowanie wspólnotowego prawa konkurencji...*, s. 520 i n.

⁴⁶ Uwzględniające orzecznictwo antymonopolowe. Zob. zwłaszcza decyzja przywołana w przypisie 17 powyżej.

W przedmiotowym artykule Autorzy starali się przedstawić perspektywę arbitra i określić wzajemne relacje pomiędzy prawem konkurencji a międzynarodowym arbitrażem handlowym, arbitralnie odpowiadając na kilka węzłowych pytań. Reasumując, podkreślić należy, że wzajemne relacje pomiędzy tymi specyficznymi dziedzinami prawa winny charakteryzować się równowagą z korzyścią dla obu. Z jednej strony, właściwe rozumienie międzynarodowego arbitrażu może sprzyjać szerszemu egzekwowaniu prawa konkurencji na drodze prywatnoprawnej. Z drugiej zaś – zrozumienie specyfiki prawa konkurencji (amerykańskiego, europejskiego czy też polskiego) może pozwolić na sprawniejsze prowadzenie postępowania arbitrażowego i uniknięcie ryzyka negatywnej weryfikacji (tj. uchylecia) wyroku sądu arbitrażowego przez sąd państwowy.

Wreszcie, arbitrzy powinni rozumieć, jak wielką rolę odgrywają we wzajemnych relacjach pomiędzy międzynarodowym arbitrażem handlowym a prawem konkurencji.