

Arbitraż w europejskim prawie konkurencji – zarys problemu

Uwagi wstępne – aksjologia arbitrażu i prawa konkurencji

Relacje między arbitrażem a prawem konkurencji są szczególne. Wydawać się bowiem może, że pojęcia te stanowią wyraz przeciwstawnych mechanizmów: rynkowego z jednej strony i nakazowego z drugiej. Równocześnie uzupełniają się wzajemnie w urzeczywistnianiu celów rynku wewnętrznego.

Arbitraż stanowi wyraz swobody, którą przedsiębiorstwa mają podczas podejmowania decyzji dotyczących swojego funkcjonowania na rynku¹. Jego podstawą jest porozumienie, w którym strony zobowiązują się powierzyć rozwiązywanie ewentualnych przyszłych (lub już istniejących) sporów wybranemu wspólnie niezależnemu arbitrowi². Wybór oznacza automatyczną akceptację wszelkich skutków rozstrzygnięcia³. Prawo konkurencji natomiast tworzą ustanowione przez władze mechanizmy, których zadaniem jest modyfikowanie zachowań podmiotów działających na rynku w celu maksymalizacji korzyści płynących z działalności gospodarczej dla realizacji zadań ustanowionych przez te władze⁴. Prawo to ma zatem charakter publiczny i stanowi wyraz realizowanej przez daną władzę polityki społeczno-gospodarczej (*public policy*)⁵.

Należy tu zwrócić uwagę na pewien paradoks. Efektywna, konkurencyjna gospodarka niemożliwa jest do osiągnięcia bez uznania i poszanowania szerokiego zakresu swobody podmiotów prywatnych. Jednocześnie pozostawienie prywatnych uczestników gry rynkowej (przedsiębiorstw)⁶ bez nadzoru państwowego regulatora (lub gdy

¹ Por. Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, s. 1–56.

² A. Jakubiak-Mirończuk, *Alternatywne a sądowe rozstrzygnięcie sporów sądowych*, Warszawa 2008, s. 53 i n.

³ Por. B. Pankowska-Lier, D. Pfaff, *Arbitraż gospodarczy: praktyka i wykonywanie wyroków*, dokumenty, Warszawa 2000, s. 3–4.

⁴ A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law. Text, Cases & Materials*, Oxford 2007, s. 3 i n.

⁵ G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge 2007, s. 21 i n. oraz J.M. Clark, *Competition as a Dynamic Process*, Brookings 1960, s. 41.

⁶ Zgodnie ze sformulowaną w art. 345 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C Nr 83 z 30.3.2010 r., dalej jako TFUE) (dawnym art. 295 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską) zasadą neutralności, struktura własności danego przedsiębiorstwa nie ma znaczenia z punktu widzenia prawa konkurencji, ponieważ zarówno prywatne, jak i publiczne przedsiębiorstwa podlegają tym samym zasadom. Por. M. Mataczyński, Artykuł 295, [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz*, t. III, Warszawa 2008, s. 913–923. W *acquis communautaire* przedsiębiorstwem będzie każdy podmiot (*entity*) – niezależnie od charakteru prawnego i sposobu, w jaki jest finansowany – który prowadzi działalność gospodarczą (*economic activity*). Działalność gospodarcza natomiast definiowana jest jako oferowanie towarów i usług na rynku

nadzór taki jest niewystarczający) może prowadzić do antykonkurencyjnych zachowań przedsiębiorstw operujących na rynku⁷. Wobec tego uprawnione wydaje się twierdzenie, że prawo konkurencji polega na ograniczaniu swobody gospodarczej jednostek w celu ochrony interesu publicznego⁸.

Konkurencja sama w sobie nie jest celem i wartością o charakterze autonomicznym⁹. Funkcją prawa konkurencji na poziomie *acquis communautaire* jest wobec tego służenie rozwojowi rynku wewnętrznego, które stanowi jeden z celów Unii Europejskiej¹⁰. Komisja Europejska (KE) w wytycznych dotyczących stosowania art. 101 ust. 3 TFUE stanęła na stanowisku, że ochrona konkurencji i integracja rynku wewnętrznego służy poprawie dobrobytu konsumentów i efektywności alokacji zasobów¹¹.

Jednocześnie warunkiem *sine qua non* rozwoju arbitrażu jest konkurencyjna gospodarka wolnorynkowa. Innymi słowy – im większe znaczenie mechanizmów rynkowych, tym ważniejszą rolę odgrywa arbitraż. Zatem analiza *raison d'être* arbitrażu na tle celów

(orz. 118/85, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, [1987] ECR 2599, pkt 7; C-35/96, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, pkt 36; C-180/98 do C-184/98, *Pavel Pavlov i in. przeciwko Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, [2000] ECR I-6451, pkt 75; C-475/99, *Firma Ambulanz Glockner przeciwko Landkreis Sudwestpfalz*, [2001] ECR I-8089, pkt 19; C-309/99, *J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh i Price Waterhouse Belastingadviseurs BV przeciwko Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, [2002] ECR I-1577, pkt 47; C-82/01, *Aerports de Paris przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, [2002] ECR I-9297, pkt 79). Nie ma przy tym znaczenia, czy celem tej działalności jest osiągnięcie zysku, czy nie (decyzja IV/31.734 – *Film purchases by German television stations*, Dz.Urz. WE L Nr 284 z 3.10.1989 r., s. 36). Publiczne organy władzy prowadzące działalność komercyjną także zostaną zgodnie z zaprezentowaną wykładnią uznane za przedsiębiorstwa w rozumieniu prawa UE. Przesłanką wyłączającą możliwość uznania danej działalności za gospodarczą i w efekcie – podmiot ją wykonujący za przedsiębiorstwo, jest realizowanie władczych uprawnień wykorzystujących przymus publicznoprawny wobec obywateli. Por. orz. C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH przeciwko Eurocontrol*, (1994) ECR I-43, pkt 27; C-343/95, *Diego Cali & Figli Srl przeciwko Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, (1997) ECR I-1547, pkt 22. Także por. orz. 52/76, *Luigi Benedetti przeciwko Munari F. Ili s.a.s.*, (1977) ECR 163 i opinia Rzecznika Generalnego *Reischla* do tego orz. pkt 191 i 192 oraz opinia Rzecznika Generalnego *Capotorti* w sprawie 82/77 *Openbaar Ministerie van het Koninkrijk der Nederlanden przeciwko Jacobus Philippus van Tieggele*, [1978] ECR 25, pkt 539–542. Również decyzja IV/29.883 – *AROW/BNIC*, Dz.Urz. WE L Nr 379 z 31.12.1982 r., s. 1). Zdaniem Trybunału, to czy dany podmiot zaliczony zostanie do tej kategorii, powinno zostać każdorazowo określone z uwzględnieniem okoliczności specyficznych dla danej sytuacji (*A. Svetlicinii*, *Back to the Basics: Concept of Undertaking and Economic Activity in SELEX Judgment*, [w:] *European Law Reporter*, No. 12, Dezember 2009). Por. także *K. Materna*, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009.

⁷ *F.J. Säcker*, *Legal Foundations of Competition Law*, [w:] *G. Hirsch, F. Montag, F.J. Säcker* (red.), *Competition Law: European Community. Practice and Procedure. Article-by-Article Commentary*, London 2007, s. 9–10.

⁸ *A. Jones, B. Sufrin*, *op. cit.*, s. 51. Por. także orz. C-309/99, *Wouters* i C-519/04, *David Meca-Medina i Igor Majez* przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, (2006) ECR I-6991.

⁹ *K. Arrow*, *Social Choice and Individual Values*, New York 1963, s. 96; *W.J. Baumol*, *Welfare Economics and the Theory of the State*, Harvard University Press 1952, s. 123; *J. Pahlke*, *Welfare Economics. Grundlagen allgemeingültiger wirtschaftspolitischer Entscheidungen?*, Berlin 1960, s. 75.

¹⁰ Warto zauważyć, że art. 106 TFUE systematycznie również należy do przepisów, które adresowane są do przedsiębiorstw, ale *de facto* jego adresatami są władze państw członkowskich, dlatego znajduje się poza zakresem niniejszego artykułu. Szerzej por. *M. Szydło*, *Artykuł 86*, [w:] *A. Wróbel* (red.), *Traktat Ustanawiający Wspólnotę Europejską*. Komentarz, t. II, Warszawa 2008, s. 499 i n.; *J. Kociubiński*, *Pojęcie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w europejskiej polityce konkurencji*, EPS 2011, Nr 8, s. 4–11.

¹¹ *Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, Dz.Urz. UE C Nr 101 z 27.4.2004 r., s. 97.

unijnych reguł konkurencji pozwala zaobserwować zbieżność celów¹². Sprzeczność między nimi jest w znacznym stopniu pozorna, ponieważ ogranicza się przede wszystkim do metod wykorzystywanych do osiągnięcia zamierzonych rezultatów.

Relacje między arbitrażem i prawem konkurencji

Napotkanie przez arbitrów zagadnienia związanego z prawem konkurencji ma z reguły charakter przypadkowy i sprowadza się do wykorzystania przez stronę pozwaną przewidzianych w nim mechanizmów jako „tarczy”¹³. Jest to typowe, kiedy umowa między stronami zawiera klauzulę arbitrażową, a jedna ze stron podnosić będzie zarzut nieważności jej części lub całości¹⁴. Oczywiście możliwa jest także sytuacja, kiedy przepisy dotyczące konkurencji zostaną wykorzystane przez powoda w postępowaniu¹⁵. Chodzi o sytuację, związaną z roszczeniami odszkodowawczymi, które są skutkiem szkody powstałej w wyniku działań kontrahenta stanowiących nadużycie zasad konkurencji (np. uczestnictwo w zmwie cenowej)¹⁶.

W UE to art. 101 TFUE przesądza o tym, że kontrola dopuszczalności porozumień między operującymi na rynku przedsiębiorstwami dokonywana jest ostatecznie przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) niezależnie od woli zainteresowanych stron¹⁷. Postępowanie takie może być wszczęte *ex officio* przez regulatora rynku – Komisję, kiedy tylko uzna ona, że jest to, konieczne¹⁸. A zatem reguły konkurencji mają tu charakter *ius cogens* (*dispositions impératives, zwingende Bestimmungen*) i nie jest dopuszczalna sytuacja, kiedy na mocy porozumienia przedsiębiorstw zostanie wyłączone ich stosowanie¹⁹. Jak bowiem wskazuje Trybunał, publicznoprawny charakter norm prawa konkurencji służy zapobieganiu próbom obejścia zawartych w nim reguł przez porozumienia przedsiębiorstw²⁰.

Zachodzący proces globalizacji wymiany handlowej, prowadzący do sytuacji, w której przedsiębiorstwa działające na terenie UE posiadają coraz więcej partnerów handlowych znajdujących się w różnych częściach świata (funkcjonujących w odmiennych reżimach

¹² Mimo tego nie ulega wątpliwości utrzymująca się przez lata nieufność Komisji Europejskiej wobec instytucji arbitrażu, oparta na obawie, iż zostanie ona wykorzystana do obejścia przepisów prawa konkurencji dotyczących kontroli koncentracji i zabronionych porozumień między przedsiębiorcami. Por. J. Werner, *Application of Competition Laws by Arbitrators: The Step Too Far*, *Journal of International Arbitration* 1995, Vol. 12, No. 1, s. 23; A. Komninos, *Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement*, *World Competition* 2001, Vol. 24, No. 2, s. 211.

¹³ A. Komninos, *Arbitration and EU Competition Law*, UCL Working Paper Series (12.4.2009 r.), s. 6.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*, s. 7.

¹⁶ *Ibidem*. Wyjaśnienie pojęcia „zмова cenowa” por. P.A. Samuelson, W.D. Nordhaus, *Ekonomia*, t. I, Warszawa 2004.

¹⁷ Por. G. Hirsch, F. Montag, F.J. Säcker (red.), *op. cit.*, s. 469–648.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ H. Schröter, T. Jakob, W. Mederer, *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, Nomos 2003, s. 98.

²⁰ Orz. T-128/98, *Aéroports de Paris*, pkt 241; T-34/92, *Fiatagri and New Holland Ford* przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, (1994) ECR II-905, pkt 39; C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd.* przeciwko *Benetton International NV*, (1999) ECR I-3055, pkt 39; orz. w sprawach połączonych C-295/04 do C-298/04 *Vincenzo Manfredi et al.* przeciwko *Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA et al.*, (2006) ECR I-6619, pkt 31.

prawnych), stanowił ważny czynnik rozwoju międzynarodowego arbitrażu (*favor arbitrandi*)²¹. Oznacza to, że kwestie dotyczące unijnego prawa konkurencji także mogły się stawać przedmiotem arbitrażu (*arbitrability*)²². Teza ta, choć tylko *implicite*, znajduje potwierdzenie w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Eco-Swiss*²³.

Stosowanie art. 101 ust. 3 TFUE w postępowaniu arbitrażowym

Spośród przepisów unijnego prawa konkurencji do 2004 r. arbitrzy (podobnie jak sądy krajowe) nie mieli kompetencji do stosowania art. 101 ust. 3 TFUE. Wykorzystywanie tego przepisu pozostawało zastrzeżone dla Komisji Europejskiej²⁴. Należy zauważyć, że obowiązujące od 2004 r. rozp. 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu w ogóle nie zawiera odwołania do instytucji arbitrażu²⁵. Nie wydaje się, żeby można było traktować to jako zakazu stosowania art. 101 ust. 3 TFUE w postępowaniach arbitrażowych²⁶. Zakaz taki wymagałby zawarcia odrębnego przepisu wyrażającego go *expressis verbis*²⁷. Dlatego też uprawniony wydaje się wniosek, że w reżimie prawnym wprowadzonym rozp. 1/2003 art. 101 TFUE możliwy jest do zastosowania w arbitrażu w całości²⁸.

W tej sytuacji może pojawić się argument przeciwny, zgodnie z którym stosowanie art. 101 ust. 3 TFUE ma charakter decyzji strategicznej dotyczącej kształtu realizowanej polityki społeczno-gospodarczej (klauzula porządku publicznego) i uwzględnić powinno kompleksową ekonomiczną analizę rynku, do czego podmioty prowadzące postępowanie

²¹ P. Landolt, *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, Haga 2006, s. 101.

²² Dobrą ilustrację tej tendencji stanowi spór handlowy między dwoma wiodącymi producentami samolotów cywilnych pochodzącymi ze Stanów Zjednoczonych: Boeingiem i „paneuropejskim” Airbusem. Por. J. Kociubiński, B. Olszewski, *Problemy rozstrzygania sporów na globalnym rynku producentów samolotów cywilnych – Boeing versus Airbus. Studium przypadku*, [w:] M. Tabernacka, R. Raszewska-Skałeczka (red.), *Mediacje w społeczeństwie otwartym. Prawne, społeczne i ekonomiczne aspekty prowadzenia mediacji w obszarze działania władz publicznych*, Wrocław 2012.

²³ Orz. C-126/97, *Eco Swiss*. Por. także J.-F. Poudret, S. Besson, S. Berti, A. Ponti, *Comparative Law of International Arbitration*, London 2007, s. 298.

²⁴ Wyłączna kompetencja Komisji została zastrzeżona w rozp. 17/62 (Council Regulation No. 17 (EEC): First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, Dz.Urz. WE L Nr 13 z 21.2.1962 r. zmienionym przez Council Regulation (EEC) No. 59 of 3.7.1962, Dz.Urz. WE L Nr 58; Council Regulation (EEC) No. 118/63 of 5.11.1963, Dz.Urz. WE L Nr 162 z 7.11.1963 r.; Council Regulation (EEC) No. 2822/71 z 20.12.1971, Dz.Urz. WE L Nr 285 z 29.12.1971 r. i Council Regulation (EC) No. 1216/1999 of 10.6.1999, Dz.Urz. UE L Nr 148 z 15.6.1999 r., s. 5. Por. także orz. C-393/92, *Gemeente Almelo et al. przeciwko Energiebedrijf Ijsselmij NV*, (1994) ECR I-1477.

²⁵ Rozp. Rady (WE) Nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz.Urz. UE L Nr 1 z 4.1.2003 r., s. 1. Por. także D. Miąsik, M. Skowrońska, A. Jurkowska, Artykuł 81; A. Jurkowska, Artykuł 82, [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz*, t. I, Warszawa 2008, s. 331–428 i 429–458.

²⁶ J. Burrichter, *The Application of Article 81(3) by National Courts: Some Remarks from the Point of View of a Practitioner*, [w:] C.-D. Ehlermann, I. Atanasiu (red.), *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy*, Oregon 2001, s. 543; L. Idot, *Arbitration and the Reform of Regulation 17/62*, [w:] *ibidem*, s. 317.

²⁷ I. van Bael, J.-F. Bellis, Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community* Den Haag 2004, s. 1197–1198.

²⁸ A. Howard, P. Roth, V. Rose, *The Enforcement of the Competition Rules in the Member States*, [w:] P. Roth, V. Rose (red.), *Bellamy & Child European Community Law of Competition*, Oxford 2008, s. 1478.

arbitrażowe nie są zdolne²⁹. Przeciwno tak postawionej tezie przemawiają dwa główne argumenty. Po pierwsze, nie wydaje się możliwe wydanie przez sąd odrębnej decyzji w sprawie stosowania ust. 3 zamiast zastosowania art. 101 TFUE w całości³⁰. W związku z tym, gdyby arbiter zwrócił się do sądu w sprawie zastosowania art. 101 ust. 3 TFUE, to w ten sposób pozbawiłby się możliwości zastosowania ust. 1 i 2 tego przepisu, normalnie niebędącej przedmiotem kontrowersji³¹. Ponadto, skoro nie ulega kwestii kompetencja sądów do stosowania art. 101 (i 102) TFUE w całości, to dlaczego arbitrzy mieliby być traktowani inaczej. Wybór osób (podmiotów) do rozpatrzenia danego sporu w drodze arbitrażu odbywa się na podstawie ich merytorycznych kwalifikacji, ponieważ tylko takie osoby zyskają akceptację stron w związku z gwarancją, że rozstrzygnięcie będzie sprawiedliwe i uwzględniające wszelkie okoliczności wynikające ze specyfiki badanej sprawy³². Można więc powiedzieć, że to arbiter będzie częściej osobą posiadającą wyższe kwalifikacje do rozstrzygnięcia konkretnej sprawy niż sędzia, z racji posiadania fachowej wiedzy w danej dziedzinie³³.

Współpraca między organami arbitrażowymi i Komisją Europejską

Jak zostało wskazane, rozp. 1/2003, określające zasady wprowadzania w życie unijnych reguł konkurencji, nie zawiera przepisów poświęconych rozstrzyganiu sporów w formie arbitrażu i przewiduje jedynie publicznoprawne formy rozwiązywania sporów przed Komisją i sądami krajowymi (krajowymi organami ochrony konkurencji). Rozwiązania określone w rozporządzeniu decentralizują stosowanie przepisów prawa konkurencji UE przez zwiększenie roli organów krajowych. Jest to rozwiązanie wynikające z naczelnych zasad pomocniczości i lojalnej współpracy³⁴. Oczywiście art. 4 ust. 3 TFUE, stanowiący prawny fundament kooperacji organów krajowych podczas stosowania przepisów prawa UE nie wymienia wprost instytucji arbitrażu³⁵. Nie wydaje się, żeby mieściła się ona

²⁹ A. Komninos, *Arbitration and EU Competition Law...*, s. 12.

³⁰ *Ibidem*. Por. także A.W. Wiśniewski, Klauzula porządku publicznego jako podstawa uchylecia wyroku sądu arbitrażowego (ze szczególnym uwzględnieniem krajowego obrotu gospodarczego), ADR 2009, Nr 2, s. 119–131.

³¹ R. Nazzini, *A Principled Approach to Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as amici curiae and the Status of their Decisions in Arbitral Proceedings*, *European Business Law Review – Special Edition – Arbitrating Competition Law Issues* 2008, s. 93.

³² C. Liebscher, *L'arbitrage est-il une alternative viable?*, [w:] L. Idot, C. Prieto (red.), *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles: Le règlement n° 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses?*, Bruylant 2006, s. 165–167.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Por. orz. C-429/07, *Inspecteur van de Belastingdienst przeciwko X BV*, (2009) ECR I-4833, pkt 21. Przed wejściem w życie Traktatu reformującego treść przepisu znajdowała się w art. 10 TWE (por. W. Czaplinski, *Artykuł 10*, [w:] A. Wróbel, D. Miąsik, N. Półtorak (red.), *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską*. Komentarz, t. I, Warszawa 2008, s. 298 i n.).

³⁵ C. Liebscher, *op. cit.*, s. 92. Por. także M.-C. Boutard Labarde, G. Canivet, V. Michelin (red.), *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ 2008, s. 774.

w zakresie podmiotowym tego przepisu, ponieważ mimo że organy arbitrażowe posiadają *quasi-sądowe* uprawnienia, to pozostają tworam prawa prywatnego³⁶.

A zatem ani art. 4 ust. 3 TFUE, ani rozp. 1/2003 (w art. 15 ust. 1) nie mogą stanowić podstawy prawnej do współpracy podmiotów zajmujących się arbitrażem z Komisją Europejską. Warto dodać, że zgodnie z art. 15 ust. 1 rozp. 1/2003 państwa członkowskie zobowiązane są raportować Komisji „wyroki na piśmie” (*written judgments*) wydane przez „sądy krajowe” (*national courts*), a więc z całą pewnością nie rozstrzygnięcia organów arbitrażowych³⁷. Poza tym, władze publiczne nie posiadają informacji, ile postępowań arbitrażowych w danej chwili toczy się na ich terytorium. Zbieranie takich danych byłoby nie do pogodzenia z zasadami społeczeństwa demokratycznego i pozbawiałoby arbitraż jego najważniejszych cech: niezależności i poufności³⁸. W tym kontekście należy jednak zauważyć, że rozstrzygnięcie sądu krajowego poświęcone ważności, uznaniu czy wykonalności rozwiązania osiągniętego w drodze arbitrażu podlegać będzie notyfikacji KE³⁹.

Wytyczne KE w sprawie współpracy między nią a sądami krajowymi podczas stosowania obecnych art. 101 i 102 TFUE także nie przewidują możliwości współpracy z organami zajmującymi się rozstrzyganiem sporów w formie arbitrażu⁴⁰. Komisja oparła się na definicji „sądu” funkcjonującej w *acquis communautaire* na potrzeby stosowania art. 267 TFUE, która nie obejmuje arbitrów⁴¹. Automatycznie oznacza to też, że są oni pozbawieni prawa do zadawania ETS pytań prejudycjalnych⁴².

Sprzecznaj jurysdykcja organów arbitrażowych i ochrony konkurencji

Pozostawienie podmiotów zajmujących się arbitrażem poza zakresem pojęcia „sąd” sprawia, że nie dotyczy ich obowiązek lojalnej współpracy sformułowany w art. 4 ust. 3 TFUE⁴³. Jest to istotna okoliczność, ponieważ zgodnie z art. 16 rozp. 1/2003, stanowiącym kodyfikację wcześniejszego orzecznictwa Trybunału, jeśli KE już wcześniej wydała

³⁶ H. van Houtte, *Distribution Arbitration and European Competition Law*, [w:] *Arbitration and Commercial Distribution*, Reports of the Colloquium of CEPANI z 17.11.2005 r., Bruksela 2005, s. 98.

³⁷ *Ibidem*, s. 106.

³⁸ A. Komninos, *Arbitration and the Modernisation...*, s. 20.

³⁹ H. van Houtte, *op. cit.*, s. 106 i n.

⁴⁰ Commission Notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC, Dz.Urz. UE C Nr 101 z 27.4.2004 r., s. 54.

⁴¹ Zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej sądem w rozumieniu prawa UE będzie organ stały, działający na podstawie prawa (ustawy), niezawisły (niezależny), rozstrzygający spory między stronami, którego orzeczenia niosą skutki prawne (orz. C-416/96, *Nour Eddine El-Yassini* przeciwko *Secretary of State for Home Department*, (1999) ECR I-1209). Por. także Artykuł 234, [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz*, t. III, Warszawa 2010, s. 400–458.

⁴² Tylko sąd krajowy w rozumieniu prawa UE jest uprawniony do zadawania takich pytań. Por. także orz. 102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH* przeciwko *Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG* and *Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*, (1982) ECR 1095, pkt 13; C-126/97, *Eco Swiss*, pkt 34; C-125/04, *Guy Denuit i Betty Cordenier* przeciwko *Transorient-Mosaïque Voyages i Culture SA*, (2005) ECR I-923, pkt 13.

⁴³ Por. orz. C-234/89, *Stergios Delimitis* przeciwko *Henninger Bräu AG*, (1991) ECR I-935, pkt 53; T-24/90, *Automec Srl* przeciwko *Komisji Wspólnot Europejskich (II)*, (1992) ECR II-2223, pkt 90.

decyzję odnośnie do wykładni art. 101 lub 102 TFUE w danej sprawie, to sąd krajowy, który rozstrzyga materialnie identyczną kwestię, związany jest wcześniejszą interpretacją⁴⁴. Celem takiego rozwiązania, zgodnie z zasadą pierwszeństwa prawa unijnego i wynikającą z orzecznictwa ETS zasadą efektywności, jest uniknięcie sytuacji, gdy istnieją przeciwstawne rozstrzygnięcia konkretnego problemu.

Wobec tego arbitrzy nie są formalnie związani wykładnią art. 101 i 102 TFUE dokonaną przez Komisję Europejską⁴⁵. Podmioty zajmujące się arbitrażem nie mogą jednak całkowicie ignorować rozstrzygnięć KE, ponieważ mając na uwadze publicznoprawny charakter norm prawa konkurencji, Komisja zachowuje prawo interwencji *amicus curiae*, jeśli uzna to za konieczne (np. kiedy podejrzewa zмовę o charakterze kartelowym)⁴⁶. Oczywiście zakres związania podmiotów zajmujących się arbitrażem rozstrzygnięciami Komisji zależeć będzie od okoliczności konkretnej sprawy. Dlatego wydaje się, że im większa możliwość naruszenia prawa konkurencji i im poważniejsze to naruszenie może być, tym w większym stopniu arbitrzy bazować muszą na wykładni dokonanej przez KE⁴⁷.

Otwarte pozostaje jednak pytanie, czy art. 16 rozp. 1/2003 nie staje się narzędziem umożliwiającym kontrolę każdego rozstrzygnięcia arbitrażowego pod kątem jego zgodności z realizowaną polityką społeczno-gospodarczą (*public policy grounds*). Wydaje się, że pogląd taki jest zbyt daleko idący, ponieważ w ten sposób rozstrzygnięcia zapadłe w drodze arbitrażu pozbawione by zostały cech pewności i ostateczności. Pojawia się też wątpliwość, czy taka interpretacja omawianego przepisu nie stoi w sprzeczności z zasadą proporcjonalności.

Bezpośrednia ingerencja KE w postępowanie arbitrażowe, czego dowiodła sprawa *Organic Peroxides* jest możliwa, ale należy ją rozpatrywać raczej w kategorii wyjątku⁴⁸. Nie znaczy to jednak, że KE nie może wpływać na takie postępowanie i w jego trakcie pośrednio przekazywać stronom swoje zastrzeżenia⁴⁹.

Kontrola rozstrzygnięć arbitrażowych

W przywoływanym już orzeczeniu w sprawie *Eco-Swiss* Trybunał Sprawiedliwości wyraźnie zaznaczył, zgodnie z wcześniejszym orzecznictwem, że prawo konkurencji ma fundamentalne znaczenie dla systemu gospodarczego UE i państw członkowskich (*ordre public*)⁵⁰. W związku z tym sądy państw członkowskich powinny badać i ewentualnie

⁴⁴ Por. orz. C-344/98 *Masterfoods Ltd.* przeciwko *HB Ice Cream Ltd.*, (2000) ECR I-11369.

⁴⁵ A. Komninos, *Arbitration and the Modernisation...*, s. 228.

⁴⁶ W. Wils, *Community Report*, [w:] D. Cahill (red.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge 2004, s. 698; M.-C. Boutard Labarde, G. Canivet, V. Michelin, *op. cit.*, s. 770.

⁴⁷ H. van Houtte, *op. cit.*, s. 101–102.

⁴⁸ Decyzja Komisji 2005/349/EC z 10.12.2003 r., COMP/E-2/37.857, *Organic peroxides*, Dz.Urz. UE L Nr 110 z 30.4.2005 r., s. 44, pkt 84, podtrzymana w postępowaniu odwoławczym T-99/04, *AC-Treuhand AG* przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, (2008) ECR II-1501. Por. także orz. C-35/99, *Postępowanie karne* przeciwko *Manuele Arduino*, (2002) ECR I-1529, pkt 37–38 i C-309/99, *Wouters*, pkt 48–49.

⁴⁹ Commission Xth Report on Competition Policy – 1980, Brussels, Luxembourg 1981, s. 86–88.

⁵⁰ L. Idot, *op. cit.*, s. 639. Por. także P. Landolt, *op. cit.*, s. 101 i n.

unieważniać rozstrzygnięcia organów arbitrażowych, jeśli te są sprzeczne z regułami konkurencji⁵¹. Za takim podejściem przemawia nie tylko konieczność jednolitej wykładni art. 101 i 102 TFUE, lecz także zasada lojalnej współpracy sformułowana w art. 4 ust. 3 TFUE⁵².

Warto tu przypomnieć, że podmioty zajmujące się rozstrzyganiem sporów w formie arbitrażu pozbawione są prawa zwrócenia się do ETS z pytaniem prejudycjalnym, dlatego na tym etapie nie ma możliwości autorytarne stwierdzenia, że wystąpić może naruszenie prawa konkurencji. Możliwość taka pojawia się dopiero na etapie sądowej kontroli danego rozstrzygnięcia⁵³.

L.D. Radicati di Borzolo wyodrębnił dwa możliwe podejścia do kwestii kontroli rozstrzygnięć arbitrażowych w kontekście ewentualnego naruszenia zasad konkurencji⁵⁴. Pierwsze z nich, które można określić jako minimalistyczne, zakłada możliwość unieważnienia lub odmówienia wykonalności wyniku arbitrażu tylko wtedy, kiedy arbitrzy w żadnym stopniu nie odwołali się do prawa konkurencji, mimo że zwracały na to uwagę strony postępowania, a kwestionowane rozstrzygnięcie skutkować będzie działaniami w sposób oczywisty antykonkurencyjnymi (*manifestly anti-competitive*)⁵⁵. Rewizja tego werdyktu będzie miała charakter *révision au fond*.

Drugie z możliwych podejść – maksymalistyczne, opiera się w znacznym stopniu na dobrze ugruntowanej w orzecznictwie ETS zasadzie efektywności. U jej podstaw leży założenie, że zasadniczą funkcją prawa konkurencji jest służenie interesowi publicznemu. W związku z tym każde naruszenie (niezależnie od jego stopnia) zawartych w nim przepisów stoi w sprzeczności z interesem publicznym i jako takie jest absolutnie niedopuszczalne. A zatem wszystkie rozstrzygnięcia arbitrażowe podlegać będą wzruszeniu niezależnie od charakteru i skali naruszenia reguł konkurencji⁵⁶.

Analiza praktyki orzeczniczej krajowych sądów ochrony konkurencji pozwala założyć, że preferują one pierwsze z opisanych podejść⁵⁷. Wydaje się, że jest to słuszne, ponieważ przemawiają za nim poważne argumenty. Należy, bowiem mieć na uwadze, że instytucja arbitrażu nie jest jedynie obstrukcją dla prawa konkurencji, lecz także sta-

⁵¹ Orz. C-126/97, *Eco Swiss*, pkt 35–37.

⁵² *Ibidem*, pkt 40.

⁵³ Por. orz. 102/81, *Nordsee*.

⁵⁴ *C. Liebscher, op. cit.*, s. 92; *L.D. Radicati Brozolo, op. cit.*, s. 33–34.

⁵⁵ *A. Komninos, Arbitration and EU Competition...*, s. 38. Por. także orz. francuskiego sądu apelacyjnego (*Cour de cassation*) w sprawie *Thales* przeciwko *Euromissile*, (2005) Rev. Arb. 750 (18.11.2004) oraz *Tamkar* przeciwko *RC Group*, 127 GP n° 194–198 42 (15.3.2007) i *SNF SAS* przeciwko *Cytec Industrie BV*, XXXII YCA 282 (23.3.2006). Por. także orz. federalnego sądu w Turyngii (OLG Thüringer), 4 Sch 3/06 – *Schott*, 58 WuW 353 (08.08.2008), oraz orz. włoskiego Trybunału Apelacyjnego we Florencji w sprawach *Soc. Nuovo Pignone* przeciwko *Schlumberger SA*, 54 Riv. Dir. Civ. 71 (21.3.2008), a także orz. włoskiego trybunału apelacyjnego w Mediolanie *Terra Armata Srl* przeciwko *Tensacciai SpA*, 25 Bull. ASA 618 (5.7.2006). Również orz. szwedzkiego trybunału apelacyjnego *Republic of Latvia* przeciwko *Latvijas Gaze*, T-6730/03 (4.5.2006).

⁵⁶ *A. Komninos, Arbitration and the Modernisation...*, s. 41.

⁵⁷ Jednym z niewielu orzeczeń stanowiących zastosowanie maksymalistycznej koncepcji jest rozstrzygnięcie holenderskiego trybunału odwoławczego w Hadze w sprawie *MDI (Marketing Displays International Inc.)* przeciwko *VR Van Raalte Reclame BV*, 27–5–04, KG/RK 2002-979 i 2002-1617, 8(2) SIAR 201 (2006) oraz belgijskie rozstrzygnięcie *Cour d'appel de Bruxelles* w sprawie *SNF SAS* przeciwko *Cytec Industrie BV*, 127 GP n° 112–114 53 (8.3.2007).

nowi działalność objętą swobodami rynku wewnętrznego⁵⁸. Dodatkowo nie można tracić z oczu roli, jaką arbitraż odgrywa w globalnym obrocie gospodarczym. Jest to szczególnie istotne w przypadku sporów między przedsiębiorstwami, które znajdują się w różnych częściach świata i funkcjonują w odmiennych reżimach prawnych. Pozostaje także kwestia praktyczna – na ile realna, w sensie wykonalności, jest sądowa kontrola każdego rozstrzygnięcia, które spada w wyniku arbitrażu⁵⁹.

Uwagi końcowe

Możliwość unieważnienia wyniku arbitrażu lub odmówienia jego postanowieniom wykonalności w związku z naruszeniem unijnych reguł konkurencji stanowi mechanizm gwarantujący (lub przynajmniej uprawdopodobniający), że jednostki prowadzące postępowania arbitrażowe uwzględniać będą te przepisy. Rozwiązanie takie nie wpływa negatywnie na swobodę arbitrow w organizacji postępowania, pozostawia także nienaruszone zasady elastyczności i nieformalności będące u podstaw arbitrażu. Natomiast w takim przypadku pod znakiem zapytania staje pewność i efektywność rozstrzygnięć wypracowanych w formie arbitrażu.

Problemy relacji między instytucją arbitrażu a europejskim prawem konkurencji prowadzą się do konfliktu między przeciwstawnymi wartościami o charakterze fundamentalnym. Z jednej strony jest konieczność zachowania efektywności i jednolitej wykładni oraz stosowania przepisów prawa konkurencji. Z drugiej natomiast – jest swoboda obrotu gospodarczego, decentralizacja i deformalizacja procesu rozstrzygania sporów. Jednocześnie w kontekście rynku wewnętrznego, który jest jednym z celów Unii Europejskiej, zarówno arbitraż, jak i reguły konkurencji służą jego urzeczywistnianiu. Są zatem niezbędne w konkurencyjnej gospodarce wolnorynkowej.

Pojawia się jednak zasadnicze pytanie, czy możliwe jest ujęcie w prawne ramy relacji między unijnymi przepisami prawa konkurencji i instytucją arbitrażu w taki sposób, żeby zlikwidować tarcia między nimi. Odpowiedź wydaje się negatywna, jeśli chodzi o całkowite zlikwidowanie kontrowersji, ale wzrost roli pozasądowych metod rozwiązywania sporów doprowadzić może do sytuacji, że regulator rynku wewnętrznego – Komisja Europejska – zdecyduje się w sposób formalny ustosunkować do tego zagadnienia⁶⁰.

⁵⁸ Por. w tym kontekście 1968 *Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Consolidated Version*, Dz.Urz. UE C Nr 27 z 26.1.1998 r., s. 1 oraz orz. C-281/02, *Andrew Owusu przeciwko N.B. Jackson, trading as "Villa Holidays Bal-Inn Villas" et al.*, (2005) ECR I-1383, pkt 33 i późniejsze rozp. Rady (WE) Nr 44/2001 z 22.12.2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych, Dz.Urz. UE L Nr 12 z 22.12.2000 r., s. 1.

⁵⁹ Analiza orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości również dostarcza dowodów, że „klauzula porządku publicznego” – wynikająca z zasad konkurencji, podczas kontroli rozstrzygnięć sądów arbitrażowych traktowana powinna być jako wyjątek. Por. orz. 145/86, *Horst Ludwig Martin Hoffmann przeciwko Adelheid Krieg*, (1988) ECR 645, pkt 21; C-78/95, *Bernardus Hendrikman i Maria Feyen przeciwko Magenta Druck & Verlag GmbH*, (1996) ECR I-4943, pkt 23; C-7/98, *Dieter Krombach przeciwko André Bamberski*, (2000) ECR I-1935, pkt 21; C-394/07, *Marco Gambazzi przeciwko DaimlerChrysler Canada Inc. i CIBC Mellon Trust Company*, [2009] ECR I-02563, pkt 27. Por. także orz. C-38/98, *SA Régie Nationale des Usines Renault przeciwko Maxicar SpA i Orazio Formento*, (2000) ECR I-2973.

⁶⁰ Por. także *I. Lianos, I. Kokkoris* (red.), *The Reform of EC Competition Law: New Challenges*, Kluwer Law International 2010.