

Zasady stosowania prawa konkurencji Unii Europejskiej przez sądy arbitrażowe

I. Wstęp

Sprawy z zakresu prawa konkurencji można rozstrzygać co do zasady w trybie arbitrażu¹. Również prawo konkurencji Unii Europejskiej może być przedmiotem decyzji arbitrażowych. Zasady zastosowania tego prawa budzą jednak ciągle wątpliwości w doktrynie i praktyce.

Niniejszy artykuł analizuje jedynie wybrane aspekty tego skomplikowanego zagadnienia. W części pierwszej omówiono kwestię, czy arbitrzy mają obowiązek czy też jedynie możliwość zastosowania prawa konkurencji UE. W drugiej części analizie poddano zasady współpracy arbitrów z Komisją WE. Niniejszy tekst nie dotyczy aspektów merytorycznych, czyli zagadnienia, jak arbitrzy stosują w rzeczywistości prawo UE, tj. jakie decyzje mogą podjąć i jakie konsekwencje przypisać naruszeniom prawa konkurencji. Tematyka ta wymaga oddzielnej analizy².

II. Obowiązkowe czy fakultatywne zastosowanie prawa konkurencji UE

1. Obowiązek zastosowania prawa konkurencji UE

Zastosowanie prawa konkurencji UE w arbitrażu zależy od tego, czy prawo to jest elementem prawa właściwego co do *meritum* sporu oraz czy miejsce arbitrażu znajduje się w Unii Europejskiej czy poza nią. Czynniki te określają sytuacje, w których arbitrzy mają obowiązek zastosować prawo konkurencji UE lub mają jedynie taką możliwość.

Wydaje się, że obowiązek zastosowania prawa konkurencji UE powstaje w dwóch sytuacjach. Pierwsza ma miejsce, kiedy prawo konkurencji UE jest częścią prawa właściwego co

¹ Zob. wyr. Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 2.7.1985 r. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 473 U.S. 614 (1985); por. w polskiej doktrynie M. Szpunar, Stosowanie prawa konkurencji Unii Europejskiej przez sądy arbitrażowe, [w:] Księga Pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie, Warszawa 2011, s. 617–618.

² Por. jednak na ten temat np. H. van Houtte, The Application by Arbitrators of Articles 81 & 82 and Their Relationship with the European Commission, [w:] G. Blanke (ed.), European Business Law Review Special Edition – Arbitrating Competition Law Issues, Haga 2008, t. 19, Nr 1, s. 63–75; V.V. Veeder, P. Stanley, Arbitrating Competition Law Issues: The Arbitrator's Perspective, [w:] G. Blanke, Ph. Landolt (ed.), EU and US Antitrust Arbitration. A Handbook for Practitioners, Haga 2011, s. 91–117; Ph. Landolt, Remedies in Arbitration for EU Competition Law Violations, [w:] G. Blanke, Ph. Landolt (ed.), *op. cit.*, s. 627–648.

do *meritum* sporu, i to bez względu na siedzibę arbitrażu. W tej sytuacji prawo konkurencji UE jest po prostu jednym z elementów prawa właściwego, a dodatkowo ma charakter przepisów wymuszających swoje zastosowanie. Druga sytuacja powstaje wtedy, kiedy miejsce arbitrażu jest w państwie członkowskim UE, nawet jeśli prawo konkurencji UE nie jest częścią prawa właściwego. W tym przypadku zatem to charakter prawa konkurencji jako elementu klauzuli porządku publicznego wymusza jego użycie. Wyraźny obowiązek zastosowania prawa konkurencji UE powstaje jednak jedynie wtedy, gdy choć jedna ze stron podnosi zarzut niezgodności umowy z prawem konkurencji UE. Kwestia stosowania przez arbitrów prawa konkurencji UE *ex officio* zostanie omówiona osobno w dalszej części niniejszego artykułu.

1.1. Prawo konkurencji UE jako element prawa właściwego co do *meritum* sporu

W pierwszym wariantcie prawo właściwe co do *meritum* sporu jest prawem jednego z państw członkowskich UE, np. francuskim³, lub prawem innego państwa lecz obejmuje jednocześnie prawo konkurencji UE. Przykładem tej ostatniej okoliczności jest wyrok arbitrażowy ICC Nr 9240 z 1998 r., w którym strony przewidziały prawo stanu Ohio jako *lex contractus*, lecz były także zgodne co do zastosowania prawa konkurencji UE do części umowy dotyczącej prawa konkurencji⁴. Miejsce arbitrażu nie ma przy tym znaczenia.

Prawo właściwe co do *meritum* sporu może zostać wyznaczone przez umowę stron lub – gdy jej brak – przez arbitrów⁵. W przypadku umowy stron powstaje istotna kwestia ważności wyboru prawa, a raczej ważności ewentualnego ograniczenia przez strony zastosowania prawa konkurencji UE. Podobnie jak w innych sprawach dotyczących wyznaczenia prawa właściwego w arbitrażu, ocena ważności wyboru prawa nie podlega prawu wyznaczonemu przez jakąś konkretną normę kolizyjną, gdyż arbitrzy nie są związani żadnym systemem kolizyjnym⁶. W praktyce unieważnienie umownego wyboru prawa przez arbitrów będzie niezwykle rzadkie. Raczej ograniczą oni skuteczność wyboru prawa lub skuteczność wykluczenia zastosowania jakiegoś prawa w świetle klauzuli porządku publicznego.

W przypadku występowania klauzuli wyboru prawa należy wyróżnić dwie sytuacje typowo występujące w praktyce. Klauzula ta może przewidywać np., że „niniejsza umowa podlega prawu państwa członkowskiego UE” lub „w kwestiach nieuregulowanych niniejszą umową zastosowanie ma prawo państwa członkowskiego UE”. Pierwsze sformułowanie

³ Por. np. wyr. ICC Nr 7357 z 1995 r., gdzie zastosowano prawo konkurencji UE jako część prawa niemieckiego wyznaczonego jako prawo właściwe umową stron; Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to European Community Competition Law, ICC International Court of Arbitration Bulletin 2003, t. 14, Nr 2, s. 53–54; por. też wyr. ICC Nr 10704 z 2001 r., Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to European..., s. 66.

⁴ Zgoda ta została wyrażona w trakcie postępowania; wyr. ICC Nr 9240 z 1998 r., Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to European..., s. 60.

⁵ Kwestie sposobów wyznaczenia prawa właściwego w arbitrażu zostaną tutaj poruszone jedynie ogólnie, na ile konieczne jest to w świetle omawianej tematyki. Por. kompleksowe opracowanie tej tematyki np. w: N. Blackaby, C. Partasides i in., Redfern and Hunter on International Arbitration, Oksford 2009; E. Gaillard, J. Savage (ed.), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Haga 1999; G.B. Born, International Commercial Arbitration, Haga 2009; J.M. Lew, L.A. Mistelis i in., Comparative International Commercial Arbitration, Haga 2003.

⁶ Por. niżej zwłaszcza w pkt II.2.

nie nasuwa wątpliwości co do skuteczności takiego wyboru. Nie ulega bowiem wątpliwości, że przepisy wymuszające swoje zastosowanie będące częścią prawa tego państwa przeważają nad postanowieniami umownymi⁷, oraz że postanowienia umowne podlegają unieważnieniu w przypadku ich sprzeczności z porządkiem publicznym. W drugim sformułowaniu natomiast przepisy ustawy jedynie uzupełniają postanowienia umowne, czyli mają zastosowanie tylko do kwestii nieuregulowanych w umowie. Pojawia się zatem pytanie, czy przez takie sformułowanie klauzuli wyboru prawa strony miały na celu wykluczenie prawa konkurencji UE. W przypadku gdy okoliczności przemawiają za takim wnioskiem, ograniczenie zastosowania prawa konkurencji UE będzie nieskuteczne jako sprzeczne z porządkiem publicznym. W takim wypadku arbitrzy wezmą pod uwagę prawo konkurencji, a ograniczenie skutków wyboru prawa nie będzie miało wpływu na istnienie postępowania arbitrażowego.

Sytuacja może wyglądać natomiast inaczej, jeśli strony dokonały wyboru prawa w samej klauzuli arbitrażowej. Nie chodzi tu przy tym *sensu stricto* o ważność wyboru prawa, lecz o intencję stron poddania lub wykluczenia ich roszczeń opartych na prawie konkurencji UE właściwości sądu arbitrażowego. Ważność wyboru prawa jest tutaj raczej jedną z przesłanek oceny ważności klauzuli arbitrażowej. Decydujące są zawsze konkretne okoliczności sprawy, należy jednak zwrócić uwagę na następujące możliwości. W przypadku gdy strony oznaczyły w umowie o arbitraż prawo innego państwa niż państwa członkowskiego UE jako prawo właściwe co do *meritum* sporu, a z okoliczności sprawy wynika, że cały zapis na sąd polubowny miał na celu ominięcie prawa konkurencji, to cała klauzula arbitrażowa dotknięta będzie nieważnością jako niezgodna z prawem⁸. *A minori ad maius* należy przyjąć taki sam wniosek, jeśli strony wyraźnie ograniczyły kompetencję sądu arbitrażowego w klauzuli arbitrażowej przez postanowienie, które zakazywałoby sądowi orzekania na podstawie prawa konkurencji, gdyby prawo to miało być zastosowanie⁹, chyba że można wykluczyć skuteczność jedynie takiego ograniczenia, ocaliwszy sam zapis na sąd polubowny, lub że okoliczności sprawy nie wskazują, by celem samej umowy o arbitraż było ominięcie prawa konkurencji UE. Mogłoby to mieć miejsce szczególnie wtedy, gdy strony poddałyby wyraźnie kwestie prawa konkurencji rozstrzygnięciu w innym postępowaniu¹⁰.

⁷ Por. na ten temat Y. Derains, *The Basis for Applying EU Competition Law from a Continental Perspective*, [w:] G. Blanke, Ph. Landolt (ed.), *op. cit.*, s. 504.

⁸ Por. np. B. Hanotiau, *L'arbitrage et le droit européen de la concurrence*, [w:] *L'arbitrage et le droit européen*, Actes du Colloque International du CEPANI du 25 avril 1997, Bruksela 1997, s. 50; Ph. Landolt, *Arbitration Clauses and Competition Law*, [w:] G. Blanke, Ph. Landolt (ed.), *op. cit.*, s. 70, 78. Jak podaje Ph. Landolt, wskazywać mogą na to np. szczególnie krótki termin do wydania wyroku lub zakaz wykorzystania zewnętrznej ekspertyzy, określone w klauzuli arbitrażowej (por. s. 75); V.V. Veeder, P. Stanley, *op. cit.*, s. 97.

⁹ Por. też przykład podany przez M. Szpunar, *Stosowanie prawa konkurencji...*, s. 618–619.

¹⁰ Taka sytuacja zdawała się mieć miejsce w sporze *Resprol v. Arco* opisanym przez: M. Dolmans, J. Grierson, *Arbitration and the Modernization of ET Antitrust Law: New Opportunities and New Responsibilities*, ICC International Court of Arbitration Bulletin 2003, t. 14, Nr 2, s. 44. Ponadto sformułowanie klauzuli arbitrażowej przewidujące kompetencję arbitrów do oceny jedynie niektórych aspektów umownych z reguły nie będzie potraktowane jako ograniczające zakres rozpoznania sprawy. Przykładem takiego sformułowania może być np. następujące sformułowanie klauzuli arbitrażowej: „The Parties hereby agree to submit to arbitration any potential disputes regarding the performance or the interpretation of this Contract”. Por. również orz. *Re Hops Antitrust Litigation*, 655 F. Supp. 169, E.D.M.o. 1987 (powołany za B. Hanotiau, *op. cit.*, s. 50); wyr. ICC Nr 7097 z 1993 r., gdzie arbitrzy nie dopatrzili się intencji stron ominięcia prawa konkurencji UE przy niniejszym sformułowaniu klauzuli arbitrażowej: „The arbitrators shall not decide in accordance with a specific national law but pursuant to the principles of equity and justice”.

Należy jednak podkreślić, że w praktyce wybór arbitrażu jako metody rozstrzygnięcia sporu w celu uniknięcia skutków prawa konkurencji UE jest niezmiernie rzadki¹¹.

Sytuacja wyznaczenia prawa właściwego co do istoty sprawy przez arbitrów może zaistnieć z kolei, kiedy strony pominęły milczeniem kwestię prawa właściwego¹². Na podjęcie decyzji mogą mieć wpływ przepisy państwa miejsca arbitrażu, a także regulamin instytucji, przed którą odbywa się postępowanie. W mniejszym stopniu będą to przepisy prawa prywatnego międzynarodowego¹³.

Większość ustaw arbitrażowych przewiduje szeroką dowolność decyzji arbitrów w wyborze prawa właściwego. Polski Kodeks postępowania cywilnego stanowi jedynie ogólnie, że „sąd polubowny rozstrzyga spór według prawa właściwego dla danego stosunku”¹⁴. Kodeks nie nakłada zatem na sąd arbitrażowy żadnych obowiązków w zakresie wyboru prawa właściwego. Należy wobec tego przyjąć, że arbitrzy mogą zrobić to według dowolnej metody. Polski Kodeks postępowania cywilnego, wzorowany oczywiście na ustawie modelowej UNCITRAL, stanowi typowe rozwiązanie problematyki wyznaczenia prawa właściwego co do *meritum* sporu. Wyjątkiem jest np. ustawa arbitrażowa Szwajcarii, gdzie wprost wymagane jest zastosowanie konkretnej normy kolizyjnej¹⁵, tj. wyznaczenie prawa najbliższego związanego ze sporem¹⁶. Powyższy wymóg jest jednak zakrojony wystarczająco szeroko, aby w praktyce pozwolić na wyznaczenie prawa, które arbitrzy uważają za najbardziej stosowne. Jest to możliwe tym bardziej, że ustawa ta nie przewiduje sankcji za wybór prawa właściwego zgodnie z innymi kryteriami niż przewidziane w art. 187¹ szwajcarskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 1987 r.

Również postanowienia regulaminów instytucji arbitrażowych przewidują szerokie uznanie arbitrów. Przykładowo art. 17¹ Regulaminu ICC zezwala arbitrom wybrać prawo, które jest najbardziej właściwe¹⁷. W porównaniu do rozwiązania np. szwajcarskiej ustawy, Regulamin ICC wydaje się zezwalać arbitrom na większą swobodę. Zagadnienie to ma jednak znaczenie czysto teoretyczne, gdyż w praktyce wybór prawa właściwego jest jedynie kwestią odpowiedniej argumentacji arbitrów, zwłaszcza że ostateczne wyznaczenie prawa w żadnym wypadku nie podlega kontroli sądu powszechnego¹⁸.

Szerokie uznanie w zakresie wyboru prawa przez arbitrów przewiduje oczywiście możliwość odwołania się do konkretnego systemu kolizyjnego, mimo że formalnie nie znajduje on zastosowania w sporze. Praktyka pokazuje, że arbitrzy odwołują się np. do Konwencji

¹¹ V.V. Veeder, P. Stanley, *op. cit.*, s. 97.

¹² Sytuacja taka może też zaistnieć, jak wspomniano wyżej, jeśli klauzula wyboru prawa zostanie uznana za nieważną.

¹³ Por. niżej pkt II.2.

¹⁴ Art. 1194 § 1 KPC; por. też art. 1511 KC franc. („Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées”), art. 46 ust. 3 angielskiej ustawy arbitrażowej z 1996 r. („If or to the extent that there is no such choice or agreement, the tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable”).

¹⁵ Y. Derains, *The Basis...*, s. 498.

¹⁶ Art. 187¹ szwajcarskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 1987 r.

¹⁷ Art. 17¹ Regulaminu ICC w wersji angielskiej używa słowa „appropriate”. Por. też art. 6 ust. 1 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej, który w tym zakresie odwzorowuje art. 1194 § 1 KPC.

¹⁸ Por. art. V(2)(b) Konwencji nowojorskiej oraz art. 1206 § 2 pkt 2 KPC; jedyną merytoryczną przesłanką kontroli jest zgodność wyroku arbitrażowego (sprzeczność) z porządkiem publicznym.

rzymskiej z 1980 r., jako że odzwierciedla ona ogólnie przyjęte reguły kolizyjne¹⁹. W praktyce arbitrzy często stosują także reguły kolizyjne miejsca arbitrażu²⁰.

W kontekście tak szeroko zakrojonych kompetencji arbitrów w zakresie wyznaczenia prawa właściwego szczególnie interesujące są rzeczywiste mechanizmy wyboru w sprawach, które mogą dotyczyć prawa konkurencji UE. Arbitrzy mają zasadniczo trzy możliwości działania. Mogą oni zastosować prawo państwa członkowskiego UE jako prawo właściwe, mogą zastosować prawo innego państwa, ale jednocześnie zastosować prawo konkurencji UE lub wybrać prawo innego państwa i wykluczyć prawo konkurencji.

Praktyka pokazuje, że istnienie w sprawie aspektów, które mogą dotyczyć przepisów wymuszających swoje zastosowanie lub klauzuli porządku publicznego może zdecydowanie przekonać arbitrów do wyznaczenia prawa państwa, które wydało te przepisy. Taka sytuacja miała miejsce np. w sprawie ICC Nr 2930 z 1982 r., która co prawda nie dotyczy prawa UE, lecz dobrze ilustruje podejmowanie decyzji w sprawach dotyczących przepisów bezwzględnie obowiązujących. W powyższym wyroku arbitrzy zdecydowali się zastosować prawo jugosłowiańskie, gdyż jego przepisy imperatywne, tak czy inaczej, miały znaleźć zastosowanie w tym sporze. Arbitrzy najwyraźniej uznali, że lepiej, aby jeden system prawny regulował jeden stosunek prawny w całości²¹. Nie można wykluczyć, że arbitrzy podejmą podobną decyzję, jeśli spór dotyczyć będzie prawa konkurencji UE. Arbitrzy mogą jednak wyznaczyć prawo innego państwa, zwłaszcza jeśli miejsce arbitrażu znajduje się poza UE. Mogą oni być skłonni podjąć taką decyzję, jeśli np. ze wstępnej analizy wynika, że zastosowanie prawa konkurencji byłoby niestosowne lub prowadziło do ekonomicznie nieprawidłowej decyzji.

1.2. Miejsce arbitrażu w państwie członkowskim UE

Druga sytuacja, w której powstaje obowiązek zastosowania prawa konkurencji UE, występuje, kiedy miejsce arbitrażu znajduje się w państwie członkowskim UE. Nie jest przy tym konieczne, aby prawo konkurencji UE stanowiło część prawa właściwego co do istoty sporu.

Strony mogą wybrać miejsce postępowania arbitrażowego. Zasadę tę uznają bodaj wszystkie akty prawne dotyczące arbitrażu, w tym także polski Kodeks postępowania cywilnego²². To właśnie przez wybór miejsca arbitrażu strony poddają swoje postępowanie konkretnej ustawie arbitrażowej, a także kontroli sądów w tym państwie. Przez wybór

¹⁹ Por. np. wyr. ICC Nr 7319 z 1992 r.; *A.J. van den Berg* (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration* 1999, t. XXIVa, s. 164, § 18; wyr. ICC Nr 6527 z 1991 r.; *A.J. van den Berg* (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration* 1993, t. XVIII, s. 46, § 5; wyr. ICC Nr 9636 z 1998 r., *Extracts from ICC Arbitral Awards Referring to the 1980 Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome Convention)*, ICC International Court of Arbitration Bulletin 2008, t. 19, Nr 1, s. 110, § 15; wyr. ICC Nr 10988 z 2001 r., *Extracts from ICC Arbitral Awards Referring to the 1980...*, s. 117, § 18; wyr. ICC Nr 12494 z 2004 r., *Extracts from ICC Arbitral Awards Referring to the 1980...*, s. 127, § 98; s. 129, § 111.

²⁰ Por. np. wyr. ICC Nr 10303 z 2003 r., *Extracts from ICC Arbitral Awards Referring to the 1980...*, s. 114.

²¹ Wyr. ICC Nr 2930 z 1982 r., *P. Sanders* (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration* 1984, t. IX, s. 105.

²² Art. 1155 § 1 KPC.

miejsca arbitrażu w państwie członkowskim UE strony zgadzają się na konsekwencje związane z charakterem prawa konkurencji UE w tych państwach.

Prawo konkurencji UE stanowi element międzynarodowego porządku publicznego w państwach członkowskich UE. Nie wynika to wyraźnie z TWE ani z innych przepisów prawa UE²³. Charakter prawa konkurencji UE wyjaśniło natomiast ostatecznie słynne orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie *Eco Swiss*²⁴. Trybunał stwierdził jednoznacznie, że art. 81 (wtedy 85) TWE należy rozumieć jako element porządku publicznego w rozumieniu Konwencji nowojorskiej²⁵. Można rozważać powody decyzji Trybunału²⁶, jest to jednak bez znaczenia dla praktyki arbitrażu. Stan prawny jest bowiem jasny: sprzeczność wyroku arbitrażowego z prawem konkurencji UE oznacza jego sprzeczność z podstawowymi zasadami porządku publicznego i stanowi przesłankę uchylenia takiego wyroku²⁷.

Co istotne, prawo konkurencji UE nie jest częścią przepisów wymuszających swoje zastosowanie w ustawach arbitrażowych w państwach członkowskich UE²⁸. Przepisy imperatywne *legis arbitri* dotyczą jedynie sposobu prowadzenia postępowania arbitrażowego²⁹. Prawo konkurencji UE nie ma zatem bezpośrednio zastosowania jako przepis imperatywny, tylko dlatego że arbitraż mieści się w państwie członkowskim. Obowiązek zastosowania prawa konkurencji UE wchodzi w grę z uwagi na możliwość uchylenia wyroku z powodu jego sprzeczności z klauzulą porządku publicznego. Powodem zastosowania prawa konkurencji UE przez arbitrów mających siedzibę w państwie członkowskim jest więc raczej ich obowiązek wydania wyroku arbitrażowego z poszanowaniem prawa miejsca arbitrażu.

Jeśli prawem właściwym jest zatem jakiegokolwiek prawo, lecz nie prawo jednego z państw UE, źródło obowiązku zastosowania prawa konkurencji UE leży w klauzuli porządku publicznego. W przeciwnym razie strony zbyt łatwo mogłyby uchylić się od sankcji za naruszenie reguł konkurencji. Wystarczyłby wybór prawa jakiegokolwiek państwa leżącego poza granicami UE oraz wybór miejsca arbitrażu poza UE.

Niektórzy autorzy podnoszą, że obowiązek zastosowania państwa UE powstaje również, jeśli wyrok arbitrażowy może być poddany wykonaniu w państwie członkowskim UE³⁰. W takim wypadku źródło obowiązku zastosowania prawa UE leżałoby w obowiązku arbitra wydania wykonalnego wyroku arbitrażowego. Istnienie takiego obowiązku

²³ Mimo że art. 3³ TWE uznaje art. 81 (wtedy 85) za fundamentalny przepis, który jest konieczny do wykonania zadań nałożonych na Wspólnotę, a w szczególności dla dobrego funkcjonowania rynku wewnętrznego. Por. również § 37 wyr. *Eco Swiss*, s. I-3093.

²⁴ Wyr. z 1.6.1999 r. w sprawie C-126/97, Zb. Orz. 1999, s. I-3055.

²⁵ Wyr. *Eco Swiss*, s. I-3093, § 39.

²⁶ Por. np. *G.I. Zekos, Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV – Courts' Involvement in Arbitration*, *Journal of International Arbitration* 2000, t. 17, Nr 2, s. 91–94; *L. Idot, Cour de justice des communautés européennes 1er juin 1999 Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International*, *Revue de l'Arbitrage* 1999, Nr 3, s. 639–654; *R.B. von Mehren, The Eco-Swiss Case and International Arbitration*, *Arbitration International* 2003, t. 19, Nr 4, s. 465–469.

²⁷ Por. art. 1206 § 2 pkt 2 KPC, art. 34(2)(b)(ii) ustawy modelowej UNCITRAL. Podobne postanowienie znaleźć można w ustawach arbitrażowych w wielu innych krajach.

²⁸ Por. *Y. Derains, The Basis...*, s. 493.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Por. np. *P.J. Slot, The enforcement of EC competition law in arbitral proceedings*, *Legal Issues of European Integration* 1996, Nr 1, s. 104.

jest jednak dalece wątpliwe³¹. Miejsce wykonania wyroku arbitrażowego nie ma żadnego związku prawnego ze sporem. Co więcej, miejsce to niekoniecznie jest znane arbitrom. Wykonanie wyroku pozostaje w gestii stron, a jeśli będzie ono dobrowolne, nie dojdzie nawet do żadnej styczności wyroku arbitrażowego z systemem prawnym państwa wykonania wyroku. Ponadto obowiązek zastosowania prawa konkurencji powinien wynikać z konkretnych przepisów prawa. W przypadku zatem, gdy prawo porządków prawnych oddziałujących w danym sporze, tj. prawo właściwe co do *meritum* sporu lub prawo miejsca arbitrażu, nie przewiduje takiego obowiązku, trudno przyjąć jego istnienie w obliczu niezidentyfikowanej podstawy prawnej. Brak obowiązku wydania wykonalnego wyroku nie oznacza jednak, że arbitrzy nie powinni dołożyć wszelkich starań, aby ich wyrok był wykonalny³². W praktyce arbitrzy rzeczywiście wezmą pod uwagę prawo miejsca wykonania wyroku na tyle, na ile to możliwe³³.

1.3. *Ex officio* zastosowanie prawa konkurencji UE

Osobną kwestią jest, czy arbitrzy zobowiązani są zastosować prawo konkurencji UE, nawet jeśli żadna ze stron jej nie podnosi, bez względu na to, czy znajdują się w sytuacji, kiedy zastosowanie ma prawo konkurencji UE jako część prawa właściwego co do *meritum* sporu, czy też kiedy miejsce arbitrażu znajduje się w państwie członkowskim UE. Klasycznym przykładem takiej sytuacji był spór arbitrażowy leżący u podstaw wyroku *Eco Swiss* Trybunału Sprawiedliwości UE, w którym żadna ze stron nie podniosła zarzutu opartego na prawie konkurencji w trakcie całego postępowania³⁴. Wydaje się, że arbitrzy nie tylko nie są zobowiązani stosować prawa konkurencji UE *ex officio* bez zaangażowania stron, lecz także rzadko mają ku temu realną możliwość³⁵.

Brak takiego obowiązku wynika przede wszystkim z zakazu stawiania stron w sytuacji, w której pozbawione są możliwości obrony swoich praw³⁶ oraz zakazu wykraczania

³¹ Por. B. Hanotiau, L'arbitrage et le droit européen de la concurrence, [w:] L'arbitrage et le droit européen, Actes du Colloque International du CEPANI du 25 avril 1997, Bruksela 1997, s. 37.

³² Por. art. 35 Regulaminu ICC.

³³ Por. też V.V. Veeder, P. Stanley, *op. cit.*, s. 101; por. też wyr. ICC Nr 8626 z 1996 r., Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to European..., s. 56, § 18, który wyraża opinię, że arbitrzy zawsze powinni rozważyć efektywność, tj. wykonalność, swojego wyroku. Był to jednak jeden z kilku powodów zastosowania prawa konkurencji UE.

³⁴ Zob. § 26 wyr. *Eco Swiss*, s. 3088. Podobna sytuacja miała również miejsce w słynnej sprawie *Thalès*, por. wyr. Sądu Apelacyjnego w Paryżu z 18.11.2004 r., *Thalès Air Defense v. GIE Euromissile*, *Revue de l'Arbitrage* 2005, s. 751–760.

³⁵ Por. jednak na temat kontrowersji związanych z występowaniem obowiązku stosowania prawa konkurencji *ex officio* w doktrynie i praktyce: B. Hanotiau, *op. cit.*, s. 49; D. De Groot, The Ex Officio Application of European Competition Law by Arbitrators, [w:] G. Blanke, Ph. Landolt (ed.), *op. cit.*, s. 622; M. Dolmans, J. Grierson, *op. cit.*, s. 44. Stanowiska są podzielone również w praktyce. Arbitrzy w wyr. ICC przychylają się do stosowania prawa konkurencji UE *ex officio*, zob. wyr. ICC Nr 8423 z 1994 r.; A.J. van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration* 2001 – Volume XXVI, § 3, s. 155: „As community law pertains to international public policy, the Arbitral Tribunal must examine this issue *ex officio*, even if the parties do not raise an objection”. Odmienne stanowisko praktyki ilustruje najwyraźniej np. wyrok arbitrażowy leżący u podstaw wyr. TS *Eco Swiss*, gdzie arbitrzy nie podnieśli kwestii prawa konkurencji *ex officio*, a także wyrok arbitrażowy w słynnej powoływanej wcześniej sprawie *Thalès*.

³⁶ Por. art. 1206 § 1 pkt 2; art. V (1)(b) Konwencji nowojorskiej.

poza zakres rozpoznania sprawy³⁷. Zastosowanie prawa konkurencji UE bez wniosku stron i np. unieważnienie jakiegoś postanowienia umowy, pomimo braku stosownego roszczenia, zdecydowanie wypełniłoby powyższe przesłanki. W istocie podobne fakty przyczyniły się do powstania sporu *Eco Swiss*, w którym strony spierały się o sposób wykonania umowy, ale w żadnym wypadku o jej moc prawną³⁸. Co więcej, adwokat generalny A. Saggio w sprawie *Eco Swiss* sugerował, że arbitrzy nie są zobowiązani zastosować prawo konkurencji UE *ex officio*, jeśli sądy powszechnie państw członkowskich nie są do tego zobowiązane zgodnie z regułami pasywności oraz wolności rozporządzania w postępowaniu cywilnym³⁹, co zresztą zostało potwierdzone wcześniej także przez sam Trybunał Sprawiedliwości w innym kontekście⁴⁰. Rzeczywiście trudno spodziewać się, aby Trybunał Sprawiedliwości nakładał więcej obowiązków w zakresie stosowania prawa konkurencji na arbitrow niż na sądy powszechnie. Niestety w orzeczeniu *Eco Swiss* Trybunał Sprawiedliwości uchylił się od odpowiedzi na pytanie, czy arbitrzy zobowiązani są stosować prawo konkurencji z własnej inicjatywy.

W praktyce arbitrzy pozbawieni są realnej możliwości rozstrzygnięcia kwestii prawa konkurencji UE *ex officio* bez żadnego zaangażowania stron. Zastosowanie tego prawa wymaga m.in. dostępu do danych ekonomicznych dotyczących analizy konkretnego rynku oraz udziałów w tym rynku. W przypadku braku współpracy stron w tym zakresie arbitrzy nie mają efektywnej możliwości zdobycia takich danych. Jest tak po pierwsze dlatego, że to jedynie strony dysponują danymi rynkowymi dotyczącymi wykonania umowy. Po drugie, trudno wyobrazić sobie, aby arbitrzy sami angażowali się w zdobycie potrzebnych informacji bądź zlecieli to osobie trzeciej bez wiedzy stron, kiedy to strony opłacają koszty postępowania, czyli koszty pracy arbitrow oraz wszelkie inne koszty związane z postępowaniem. Warto przy tym zwrócić uwagę, że nawet Zasady Etyki IBA sugerują, by arbitrzy powstrzymali się od wszelkich jednostronnych ustaleń w zakresie wydatków⁴¹.

Brak obowiązku czy nawet możliwości zastosowania prawa konkurencji UE z własnej inicjatywy nie oznacza, że arbitrzy powinni pełnić funkcję jedynie pasywnego narzędzia w rękach stron i tym samym przyczynić się do omijania prawa konkurencji. Mogą oni w takiej sytuacji zaprosić strony do rozwinięcia argumentacji na podstawie prawa konkurencji. Jest to miękki instrument, który skutecznie pozwala zapobiec zaskoczeniu stron, a jednocześnie osiągnąć zamierzony efekt, czyli włączenie prawa konkurencji w zakres sporu. Jeśli jednak strony nie zareagują na takie zaproszenie, arbitrom może nie pozostać nic innego, jak zrzec się swojej misji rozstrzygnięcia sporu⁴².

³⁷ Por. art. 1206 § 1 pkt 3; art. V (1)(c) Konwencji nowojorskiej.

³⁸ Zob. § 11 wyr. *Eco Swiss*, s. 2085.

³⁹ Opinia Adwokata Generalnego A. Saggio z 25.2.1999 r., [1999] ECR-I-3065-8, § 21–26.

⁴⁰ Orz. *Van Schijndel* z 14.12.1995 r. w sprawie C-430/93 i C-431/93, Zb. Orz. 1995, s. I-4738, § 22: „Community law does not require national courts to raise of their own motion an issue concerning the breach of provisions of Community law where examination of that issue would oblige them to abandon the passive role assigned to them by going beyond the ambit of the dispute defined by the parties themselves and relying on facts and circumstances other than those on which the party [...] bases its claims”.

⁴¹ Art. 6 IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, dostępne na stronie http://www.int-bar.org/images/downloads/pubs/Ethics_arbitrators.pdf.

⁴² Powinni jednak wcześniej uprzedzić o swoim zamiarze strony. Por. B. Hanotiau, *op. cit.*, s. 50; V.V. Veeder, P. Stanley, *op. cit.*, s. 103–104.

Dotychczasowa praktyka arbitrażowa pokazuje, że arbitrzy stosowali prawo konkurencji UE z własnej inicjatywy. Co prawda, w żadnej z publicznie dostępnych spraw arbitrzy nie stwierdzili naruszenia tego prawa, a zatem zastosowanie go *ex officio* w tych przypadkach budzi mniejsze kontrowersje⁴³. Pozostaje poczekać na wyrok arbitrażowy, w którym arbitrzy, stosując prawo konkurencji z własnej inicjatywy, stwierdzą jego naruszenie i unieważnią postanowienia umowne.

2. Możliwość zastosowania prawa konkurencji UE

Obowiązek zastosowania prawa konkurencji UE nie powstaje jednak w żadnym razie w sytuacji, kiedy miejsce arbitrażu znajduje się poza granicami Unii, a prawo właściwe co do *meritum* sporu jest prawem innego państwa niż państwo członkowskie UE. W takiej sytuacji zastosowanie przepisów prawa konkurencji UE miałyby uzasadnienie jedynie w ich charakterze jako obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie.

Obce przepisy bezwzględnie wiążące mogą być jednak pominięte w arbitrażu przede wszystkim dlatego, że arbitrzy nie są związani żadnym systemem kolizyjnym⁴⁴. W rzeczy samej, arbitrzy nie mają żadnego forum. Nie reprezentują zatem interesów żadnego państwa i w związku z tym nie obowiązują ich żadne konkretne reguły kolizyjne w wyborze prawa właściwego. Arbitrzy mogą więc w celu wyznaczenia prawa właściwego zastosować dowolne reguły kolizyjne, bądź w ogóle ominąć jakikolwiek system i wyznaczyć prawo właściwe bezpośrednio, a także rozważyć, czy zastosować przepisy obce. Ponadto współczesne systemy kolizyjne przewidują jedynie możliwość, a nie obowiązek zastosowania zagranicznych przepisów⁴⁵. Nawet jeśli więc arbitrzy podlegaliby konkretnej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym, nie mieliby oni obowiązku zastosowania przepisów innego państwa niż państwa prawa właściwego⁴⁶.

Jak wspomniano wyżej, polski Kodeks postępowania cywilnego nie wymaga zastosowania żadnej szczególnej reguły kolizyjnej w wyznaczeniu prawa właściwego. Tym bardziej zatem nie ma podstaw do zastosowania normy wyznaczającej obcy przepis wymuszający swoje zastosowanie. Podobnie jest w wielu innych *leges arbitri*. Inaczej natomiast wygląda sytuacja w Szwajcarii, gdzie – jak wspomniano wyżej – przewidziana jest konkretna norma kolizyjna w celu wyznaczenia prawa właściwego⁴⁷. Również tam jednak kwestia podstawy zastosowania obcych przepisów bezwzględnie wiążących jest sporna. Z uwagi na umiejscowienie przepisów dotyczących arbitrażu w szwajcarskiej ustawie o prawie prywatnym

⁴³ Wyr. ICC Nr 7539 z 1996 r., Journal du Droit International 1996, s. 1030; wyr. ICC Nr 7181 z 1992 r., A.J. van den Berg (ed.), Yearbook Commercial Arbitration 1996, t. XXI, s. 99–112.

⁴⁴ Por. podobnie V.V. Veeder, P. Stanley, *op. cit.*, s. 100.

⁴⁵ Por. np. art. 8 ust. 2 ustawy z 4.2.2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. Nr 80, poz. 432).

⁴⁶ Por. np. art. 7 ust. 1 Konwencji o prawie właściwym dla zobowiązań umownych (Dz.Urz. UE C Nr 169 z 8.7.2005 r., s. 10): „Przy stosowaniu prawa określonego państwa na mocy niniejszej Konwencji można przyznać skuteczność przepisom prawa innego państwa [...]”.

⁴⁷ Por. art. 187¹ szwajcarskiej ustawy prawo prywatne międzynarodowe: „Le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits”.

międzynarodowym powstała wątpliwość, czy arbitrowi również obowiązują inne normy kolizyjne tej ustawy, a w szczególności jej art. 19, który pozwala na zastosowanie obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie⁴⁸. Orzecznictwo Trybunału Federalnego Szwajcarii precyzuje możliwość – lecz nie obowiązek – odwołania się do art. 19 ww. ustawy⁴⁹.

Swoboda decyzji arbitrowi w zastosowaniu prawa konkurencji UE potwierdzona jest przez sądy sprawujące kontrolę nad arbitrażem w państwach spoza UE. Na uwagę zasługuje np. orzeczenie Trybunału Federalnego z 8.3.2006 r., w którym potwierdził on, że sprzeczność wyroku arbitrażowego z prawem konkurencji UE nie stanowi przesłanki uchylenia wyroku na podstawie sprzeczności ze szwajcarską klauzulą porządku publicznego. Trybunał stwierdził, że przepisy prawa konkurencji UE reprezentują jedynie wartości bliskie UE oraz że byłoby wyrazem arogancji narzucenie jakiegokolwiek koncepcji prawa konkurencji wszystkim krajom planety⁵⁰.

Również regulaminy instytucji arbitrażowych przewidują dowolność arbitrowi w ocenie, czy zastosować obcy przepis wymuszający swoje zastosowanie. Skoro, jak wspomniano wyżej, regulaminy te zezwalają, by arbitrzy zastosowali prawo, które wydaje im się odpowiednie⁵¹, to tym bardziej zezwalają one na uznanie w przedmiocie zastosowania przepisów obcych w stosunku do prawa właściwego.

Arbitrzy mogą zatem co do zasady zastosować prawo konkurencji UE, jeśli uznają to za stosowne w danych okolicznościach sprawy. Będą to w szczególności sytuacje, w których umowa stron będzie wywoływać znaczną lub nawet jedynie część skutków na rynku UE⁵². Również przypuszczalny kraj wykonania wyroku, czyli w praktyce często siedziba stron, może przekonać arbitrowi do zastosowania prawa konkurencji UE, mimo że nie jest ono prawem właściwym co do *meritum* sporu⁵³. Względem na międzynarodowy wymiar sprawiedliwości⁵⁴ czy narodowa koncepcja prawa⁵⁵ lub też rzeczywiste normy kolizyjne⁵⁶ uzasadniły zastosowanie tego prawa w kilku sporach.

⁴⁸ Por. zwłaszcza ust. 1: „Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit”.

⁴⁹ Por. np. orz. Trybunału Federalnego z 8.12.1999 r., ASA Bulletin 2000, Nr 3, t. 18, s. 546 i n., które wyraźnie stwierdza, że reguły kolizyjne ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym nie obowiązują międzynarodowych arbitrowi orzekających w Szwajcarii.

⁵⁰ Orz. Trybunału Federalnego z 8.3.2006 r., 4P.278/2005, ASA Bulletin 2006, Nr 3, t. 24, s. 521, § 3.1.

⁵¹ Por. wyżej art. 17 Regulaminu ICC.

⁵² Por. np. wyr. ICC Nr 10246 z 2000 r.; E. Jolivet, Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale, Gazette du Palais 2003, Nr 151, s. 3 i n.

⁵³ Por. wyżej pkt II.1.b.

⁵⁴ Por. wyr. ICC Nr 8626 z 1996 r., wyżej § 16, w którym arbitrzy, orzekający w Szwajcarii na podstawie prawa stanu Nowy Jork wybranego przez strony, zastosowali prawo konkurencji UE, uznając za Sądem Najwyższym Stanów Zjednoczonych, że przemawiają za tym względy wzajemnego poszanowania prawa, szacunku dla funkcji sądów na międzynarodowej arenie oraz potrzeby przewidywalności międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości.

⁵⁵ Wyr. ICC Nr 10246 z 2000 r., wyżej: „[L']intérêt légitime, au regard de la conception suisse du droit, impose de prendre en compte le droit communautaire dès lors que le contrat litigieux déploie une grande partie de ses effets dans le marché réglementé par le droit communautaire”.

⁵⁶ Wyr. ICC Nr 10246 z 2000 r., w którym odwołano się do art. 19 PILA.

Z drugiej strony, np. wyrok ICC Nr 6503 z 1990 r. ilustruje sytuację, w której arbitrzy orzekający w Szwajcarii zgodnie z prawem szwajcarskim nie zastosowali prawa konkurencji UE i to mimo tego, że przedmiotowa umowa najwyraźniej wywierała skutki na rynku wewnętrznym UE⁵⁷.

3. Brak możliwości zastosowania prawa konkurencji

Jest oczywiste, że we wszelkich innych sytuacjach brakuje prawnej możliwości zastosowania prawa konkurencji UE. Należy podkreślić, że w żadnym wypadku nie jest dopuszczalne zastosowanie prawa konkurencji, jeśli stosunek prawny będący przedmiotem sporu nie wywiera żadnego wpływu na rynek wewnętrzny UE⁵⁸. Wynika to wprost z samego prawa konkurencji, które określa terytorialny zakres swojego stosowania⁵⁹.

III. Współpraca arbitrów z Komisją Europejską w zastosowaniu unijnego prawa konkurencji

1. Podstawa prawna współpracy

W obecnym stanie prawnym brak jest podstawy prawnej do współdziałania między Komisją WE a arbitrami. W szczególności, Traktat WE⁶⁰ oraz rozporządzenie Rady 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji⁶¹ pomijają milczeniem sądownictwo arbitrażowe. Rozporządzenie 1/2003 wiąże jedynie sądy państw członkowskich⁶², a w świetle orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Nordsee* organy sądowe państwa członkowskiego z całą pewnością nie obejmują sądów polubownych⁶³.

Brak podstawy prawnej współpracy arbitrów z komisją ma zasadniczo dwojaki skutek. Z jednej strony nie ma formalnych podstaw dla arbitrów do zgłaszania się z wszelkimi wnioskami do Komisji UE i ich egzekwowania⁶⁴. Z drugiej strony, również Komisja nie ma formalnej możliwości interwencji w postępowaniach arbitrażowych. Tego rodzaju instrumenty są natomiast dostępne sądom powszechnym, a także Komisji w odniesieniu do sądów państw członkowskich. Interwencja Komisji, na jaką może ona sobie pozwolić w stosunku do sądów powszechnych⁶⁵, wydaje się szczególnie nieadekwatna

⁵⁷ Wyr. ICC Nr 6503 z 1990 r., *Journal du Droit International* 1995, s. 1022; por. też *Y. Derains, L'Application du Droit Européen par les Arbitres – Analyse de la Jurisprudence*, [w:] *L'arbitrage et le droit européen, Actes du Colloque International du CEPANI du 25 avril 1997, Bruksela 1997*, s. 74–75.

⁵⁸ *M. Szpunar, Stosowanie prawa konkurencji...*, s. 620.

⁵⁹ *M. Szpunar, Sądownictwo polubowne wobec prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej*, [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana, Kraków 2005*, s. 500.

⁶⁰ Art. 10 TWE lub art. 4(3) TUE.

⁶¹ Rozp. Rady 1/2003/WE w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu z 16.12.2002 r. (Dz.Urz. WE L Nr 1 z 4.1.2003 r., s. 1).

⁶² Por. art. 6 rozp. 1/2003.

⁶³ Wyr. z 23.3.1982 r. w sprawie 102/81, *Zb. Orz.* 1982, s. I-1095.

⁶⁴ Por. art. 15 rozp. 1/2003.

⁶⁵ Art. 15 ust. 2 i 3 rozp. 1/2003.

w arbitrażu⁶⁶. Spontaniczna ingerencja publicznego organu przeczy samej istocie arbitrażu, który oferuje prywatne forum rozstrzygnięcia sporów i który uruchamiany jest jedynie wola stron. Co więcej, trudno wyobrazić sobie, że Komisja dowiedziałyby się o istnieniu konkretnego postępowania arbitrażowego z uwagi na fundamentalną zasadę poufności w arbitrażu. W praktyce obawy ingerencji Komisji wydają się w każdym razie bezpodstawne. Komisja interweniowała w taki sposób w postępowaniach przed sądami powszechnymi jedynie dwa razy⁶⁷. Tym bardziej nie należy się spodziewać inicjatywy angażowania się w arbitrażu.

Strony w arbitrażu mogą oczywiście umownie dopuścić możliwość takiej interwencji Komisji, np. jako *amicus curiae*. Wymaga to jednak wyraźnego postanowienia stron⁶⁸. W takim przypadku nie ma przeszkód, aby w konkretnym sporze Komisja wystąpiła w takiej właśnie funkcji. Bez zgody stron natomiast mało prawdopodobne jest, aby arbitrzy z własnej inicjatywy zaprosili Komisję w takiej roli⁶⁹.

Wzajemne stosunki arbitrów i Komisji charakteryzują się wskutek powyżej opisanych okoliczności znaczną dowolnością, z zastrzeżeniem sytuacji, kiedy strony określą umownie konkretne ramy dla tych stosunków. Wzajemne relacje arbitrów z Komisją mogą zatem służyć najlepszemu interesowi arbitrażu, a także prawidłowemu stosowaniu prawa konkurencji UE.

2. Charakter współpracy

Jeśli strony współpracują z arbitrami w rozwiązaniu kwestii prawa konkurencji UE w ich sporze, prawdopodobne jest również, że zaakceptują one ewentualne współdziałanie arbitrów z Komisją. Pozycja arbitrów jest w takich sytuacjach mniej skomplikowana. Inaczej będzie jednakże jeśli strony przemilczą kwestię prawa konkurencji. Arbitrzy dążą do wydania wyroku zgodnego z prawem, także więc z prawem konkurencji UE, jeśli jego zastosowanie w sporze jest prawnie uzasadnione. Jeśli natomiast strony nie dostarczają arbitrom potrzebnych informacji, udział Komisji może wydać im się niezbędny. Z drugiej strony arbitrzy obawiać się będą przekroczenia granic swojego mandatu w sporze.

Inne możliwości działania w takiej sytuacji mogą być mało satysfakcjonujące, mimo że czasem stanowią jedyny sposób rozwiązania powyższego dylematu. Wydanie wyroku jedynie na podstawie informacji dostarczonych przez strony może skutkować jego

⁶⁶ Por. np. *A.P. Komninos*, Assistance by the European Commission and Member States Authorities in Arbitrations, [w:] *G. Blanke, Ph. Landolt* (ed.), *op. cit.*, s. 739.

⁶⁷ Por. Commission Staff Working Paper Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council on the Report on the Functioning of Regulation 1/2003, SEC (2009) 574 final, § 283–290.

⁶⁸ Por. np. *F. De Ly*, De verhouding tussen de arbiter, de mededingingsautoriteiten en het Hof van Justitie van de Europese Unie, [w:] Arbitrage en Mededingingsrecht, Bijdragen aan het Colloquium van CEPINA van 9 december 2010, Bruksela 2010, s. 58.

⁶⁹ Zob. jednak, co ciekawe, odmienne sugestie specjalnej grupy zadaniowej ICC ds. orzekania o kwestiach konkurencji w arbitrażu (ICC Task Force for Arbitrating Competition Law Issues): ICC Draft Best Practice Note on the European Commission Acting as Amicus Curiae in International Arbitration Proceedings, [w:] *G. Blanke* (ed.), *European Business Law Review*..., s. 214–215.

unieważnieniem, tj. jeśli narusza on reguły konkurencji. Zrzeczenie się przez arbitrów rozstrzygnięcia sprawy nie rozwiązuje problemu stron, a ponadto jest niezadowalające z punktu widzenia całkowitej ekonomii procesowej.

Arbitrzy muszą zatem ostrożnie rozważyć, jak ewentualnie zaangażować Komisję WE w spór. W żadnym wypadku nie jest dopuszczalne, aby arbitrzy zgłosili Komisji możliwe naruszenia prawa konkurencji⁷⁰. Komisja jest jedynie osobą trzecią w stosunku do postępowań arbitrażowych. Nawet w przypadku braku zgody stron arbitrzy mogą teoretycznie powziąć inicjatywę zaangażowania zewnętrznego eksperta w zakresie interpretacji prawa⁷¹. Wynika to generalnie z ich swobody prowadzenia sporu. Mianowanie takiego eksperta wzbudza jednak wątpliwości co do autonomiczności procesu decyzyjnego arbitra⁷². Można sobie zwłaszcza wyobrazić sytuację, w której Komisja uzna działania stron za nielegalne w świetle prawa konkurencji. To z kolei powodowałoby możliwość uchylecia wyroku arbitrażowego, w przypadku gdyby arbitrzy chcieli podjąć decyzję sprzeczną z opinią Komisji. Opinia taka więc *de facto* uniemożliwiłaby arbitrom podjęcie w pełni swobodnej decyzji. Niewielu arbitrów jest więc w praktyce skłonnych do zaangażowania Komisji jako eksperta prawnego⁷³. W konsekwencji również wnioszek do Komisji o interpretację prawa konkurencji UE wydaje się mało prawdopodobnym scenariuszem.

Mniej kontrowersyjna wydaje się natomiast możliwość zwrócenia się do Komisji o udostępnienie danych ekonomicznych, analiz rynku czy też innych informacji, które mogą być przydatne do rozwiązania konkretnego sporu. Należy podkreślić jednakże, że wątpliwości co do autonomii decyzji arbitrów mogą wystąpić także w tym przypadku. Przykładowo strona może skutecznie przedstawić się przedstawieniu ekspertyzy Komisji, na którą początkowo wyraziła zgodę⁷⁴. W pewnej sprawie ekspertyza ta miała dotyczyć szczegółowych informacji o rynkach warzyw, owoców i kwiatów. Krótco przed planowaną datą przedstawienia ekspertyzy, pełnomocnicy jednej ze stron uczulili Komisję, że arbitrzy z największą pewnością zastosują jej stwierdzenia. Jeśli jednakowoż te stwierdzenia miałyby okazać się niekorzystne dla tej strony, Komisja mogła spodziewać się postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości w sprawie odszkodowania za poniesioną szkodę. Komisja ostatecznie zrezygnowała z przedstawienia ekspertyzy.

⁷⁰ Wynika to *a fortiori* z rekomendacji raportu ICC Working Group on Criminal Law and Arbitration (Doc 420/492), wspomnianego przez N. Blackaby, C. Partasides i in., *op. cit.*, s. 340, który sugeruje, że arbitrzy nie powinni zgłaszać nawet czynów karalnych na mocy ustaw karnych.

⁷¹ Por. C. Nisser, G. Blanke, Reflections on the role of the European Commission as amicus curiae in international arbitration proceedings, *European Competition Law Review* 2006, t. 27, Nr 4, s. 179.

⁷² Zob. generalnie ICC Draft Best Practice Note on the European Commission Acting as Amicus Curiae in International Arbitration Proceedings, [w:] G. Blanke (ed.), *European Business Law Review*..., s. 204. Jednak, co ciekawe, jedną z zalecanych dobrych praktyk jest złożenie wniosku do Komisji o interpretację prawa, nawet bez wcześniejszej zgody stron – zob. s. 212.

⁷³ Por. na temat mianowania zewnętrznych ekspertów prawa np. postanowienie arbitrów w sprawie ICC Nr 6465, *Journal du Droit International* 1994, Vol. 121, s. 1088. W sprawie dotyczącej prawa konkurencji *Tribunal Arbitral de Barcelona* zdawał się zwrócić do Komisji z pytaniem prawnym. Sprawę powołuje A.P. Komninos, *op. cit.*, s. 745.

⁷⁴ Por. H. van Houtte, De Bevoegdheden van de Arbitrer, [w:] *Arbitrage en Mededingingsrecht*..., s. 96.

Przykładem przeciwnej sytuacji, w której udostępnienie informacji przez Komisję WE nie stanowiło żadnego problemu było postępowanie w sprawie ICC Nr 12502 z 2009 r.⁷⁵. Komisja w tej sprawie udzieliła wsparcia arbitrom, dostosowując informacje dotyczące stanu prowadzonego przez nią dochodzenia odnośnie do stron postępowania arbitrażowego⁷⁶.

W praktyce zharmonizowanie decyzji arbitrów i Komisji może służyć najlepszemu interesowi stron. Zaoszczędzi to ich ogólny wysiłek procesowy, czas oraz koszty. W szczególności, jeśli Komisja poprze decyzje arbitrów, nie rozpocznie ona swojego własnego dochodzenia i tym samym wszystkie aspekty stosunku umownego stron zostaną rozstrzygnięte w jednym postępowaniu. Przykładem takiego harmonijnego współdziałania Komisji z sądem arbitrażowym jest sprawa ICC Nr 7181 z 1992 r.⁷⁷. Powód w tej sprawie złożył wniosek do Komisji o wszczęcie postępowania o naruszenie prawa konkurencji w części umowy dotyczącej dostępu do pewnych kodów źródłowych oprogramowania komputerowego. Komisja jednak wstrzymała się z podjęciem jakichkolwiek czynności do czasu rozstrzygnięcia sporu przez arbitrów. Ostatecznie arbitrzy nie dopatrzili się naruszenia prawa konkurencji UE i wszystko wskazuje na to, że wyrok ten zadowolili Komisję.

3. Kilka uwag praktycznych w przypadku zgłoszenia wniosku do Komisji o interwencję

Jeśli arbitrzy zdecydują się wykorzystać ekspertyzę Komisji w postępowaniu arbitrażowym, muszą oni wykazać się wyjątkową rozważą. Powinni rozważyć ogólną efektywność takiego postępowania. Nie mogą też w żadnym wypadku dać stronom podstaw do zwątpienia w autonomię ich ostatecznej decyzji. W świetle prawa stron do unikania samooskarżenia w postępowaniach przed Komisją, arbitrzy nie mogą w żadnym wypadku komunikować się z Komisją *ex parte* ani też wyjawiać żadnych informacji, których ta jeszcze mogłaby nie mieć, a przede wszystkim oczywiście informacji poufnych⁷⁸. Mogłoby narazić to strony na wszczęcie odrębnego postępowania przez Komisję lub na pogorszenie ich stanowiska w toczącym się już postępowaniu.

4. Skutek decyzji Komisji Europejskiej w arbitrażu i skutek wyroków arbitrażowych w pracach Komisji

Nie ulega wątpliwości, że Komisja Europejska może wszcząć postępowanie w sprawach naruszenia prawa konkurencji UE w każdej sytuacji, w której uzna to za stosowne.

⁷⁵ Wyr. ICC Nr 12502 z 2009 r., *A.J. van den Berg* (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration* 2009, t. XXXIV, s. 143, § 12.

⁷⁶ Por. także wyr. ICC Nr 7146 z 1992 r., *A.J. van den Berg* (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration* 2001, t. XXVI, s. 121–123, § 1–12, gdzie arbitrzy rozważali wykorzystanie ekspertyzy Komisji, lecz ostatecznie z tego zrezygnowali.

⁷⁷ Wyr. ICC Nr 7181 z 1992 r., s. 99–112. Por. też list Komisji do pełnomocników stron w sprawie Nr IV/34.085 z 3.3.1992 r., odnoszący się do wyr. ICC Nr 7181, opisany w: *M. Dolmans, J. Grierson, op. cit.*, s. 38.

⁷⁸ Por. też ICC Draft Best Practice Note on the European Commission Acting as *Amicus Curiae* in International Arbitration Proceedings, [w:] *G. Blanke* (ed.), *European Business Law Review*..., s. 209.

Nie jest przy tym w żadnym wypadku związana decyzjami arbitrów⁷⁹. Teoretycznie również arbitrzy nie są związani decyzjami Komisji w sprawie stron postępowania arbitrażowego⁸⁰. Mogą oni dokonać własnej oceny faktów i prawa w przedstawionym im sporze⁸¹. Jednak w praktyce decyzje Komisji mają wyjątkowo przekonującą moc⁸². W przypadku gdyby arbitrzy wydali wyrok stwierdzający brak naruszeń prawa konkurencji UE, a Komisja uznała wręcz przeciwnie, wyrok arbitrażowy mógłby zostać unieważniony jako sprzeczny z klauzulą porządku publicznego⁸³. Stałoby się tak dlatego, że sądy powszechne, które dokonują kontroli wyroków arbitrażowych, są – w przeciwieństwie do arbitrów – związane decyzją Komisji⁸⁴. Ponadto, zanim Komisja wyda swoją decyzję, jej postępowanie toczy się równoległe do postępowania arbitrażowego. Jeśli w takim wypadku okoliczności sprawy arbitrażowej wskazują niebezpieczeństwo wydania wyroku sprzecznego z decyzją Komisji, arbitrzy mogą rozważyć zawieszenie postępowania arbitrażowego⁸⁵.

IV. Podsumowanie

Wobec specyfiki arbitrażu zawsze naczelne znaczenie mają konkretne okoliczności sprawy. Spory dotyczące prawa konkurencji UE są być może szczególnie delikatne. Ważne jest niemniej jednak, by arbitrzy z odwagą i decyzyjnością podchodzili do tych skomplikowanych zagadnień i mieli na uwadze, na ile to możliwe, dobro arbitrażu w ogóle i w konkretnym sporze, uzasadniony interes stron, ale też wydanie wyroku zgodnego z prawem, także prawem konkurencji UE. Arbitrzy powinni zapobiec, by arbitraż stał się forum uchylania się od skutków prawa konkurencji UE. Jednocześnie jednak powinni oni stosować to prawo, jeśli wynika to z wyraźnej podstawy prawnej, a nie jedynie z subiektywnie postrzeganych względów słuszności.

Ponadto specyfika arbitrażu wraz ze specyfiką obecnego systemu wykonania prawa konkurencji UE, wprowadzonego przez omawiane rozporządzenie 1/2003, pozwala na ukształtowanie pozytywnych i owocnych relacji arbitrów z Komisją Europejską. Arbitraż cieszy się obecnie wyraźnym zaufaniem w kwestiach rozstrzygania zagadnień prawa konkurencji UE. Udana współpraca arbitrów z Komisją przynosi zatem obopólne korzyści obu stronom: służy najlepszemu rozwojowi arbitrażu przez szukanie najbardziej odpowiednich rozwiązań w konkretnym sporze, a także służy prawidłowemu stosowaniu prawa konkurencji.

⁷⁹ Por. np. *L. Hirsch*, Les effets des sentences arbitrales faisant application du droit européen de la concurrence, [w:] *L'Arbitrage et le droit de la concurrence*, Actes du colloque du CEPANI du 9 décembre 2010, Bruksela 2010, s. 131.

⁸⁰ Jak wspomniano, art. 16 ust. 1 i inne postanowienia rozporządzenia 1/2003 wiążą jedynie sądy powszechne, a nie arbitrażowe.

⁸¹ Por. nr. *M. Dolmans, J. Grierson*, *op. cit.*, s. 51.

⁸² *H. van Houtte*, The Application by Arbitrators..., s. 73; *R. Nazzini*, Authority and Influence in Arbitrations of Previous Decisions on EU Competition Law, [w:] *G. Blanke, Ph. Landolt* (ed.), *op. cit.*, s. 700.

⁸³ Z zastrzeżeniem, że mowa o arbitrach z miejscem arbitrażu w państwie UE, por. wyżej pkt II.1.b.

⁸⁴ Por. art. 16 ust. 1 rozporządzenia 1/2003.

⁸⁵ Niekoniecznie są jednak zobowiązani to zrobić. Por. *B. Hanotiau*, *op. cit.*, s. 55.

ABSTRACT

The role of an arbitrator is central for international arbitration proceedings. Recent developments in international case-law have proved that the precise definition of this role encounters difficulties. This article discusses the cases of Jivraj v. Hashwani decided by British courts between 2009 and 2011, which incited new debates of the arbitrator's status in arbitration. The article analyses the sources of the arbitrator's status and its nature. Finally, the article evaluates the consequences the aspects of the arbitrator's status have on arbitral practice.