

Wojciech Sadowski

Polska Akademia Nauk w Warszawie – Instytut Nauk Prawnych

Ogłoszenie upadłości a zapis na sąd polubowny – uwagi krytyczne na tle ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze

I. Aktualny stan prawny i poglądy doktryny

Przedmiotem niniejszego artykułu jest ocena obowiązujących przepisów polskiego Prawa upadłościowego i naprawczego, dotyczących skutków, jakie ogłoszenie upadłości wywołuje w odniesieniu do zapisu na sąd polubowny i toczących się postępowań arbitrażowych. Podstawę prawną dalszych rozważań stanowi zatem art. 142 ustawy z 28.2.2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze¹, który w odniesieniu do upadłości z możliwością zawarcia układu stanowi, że **zapis na sąd polubowny dokonany przez upadłego traci moc z dniem ogłoszenia upadłości, a toczące się już postępowania przed sądem polubownym ulegają umorzeniu**. Identyczne brzmienie ma przepis art. 147 PrUpadNap, odnoszący się do upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego. Zarówno w przypadku upadłości układowej, jak i likwidacyjnej przewidziana zatem została automatyczna, następująca z mocy prawa utrata mocy przez zapis na sąd polubowny dokonany przez upadłego oraz konieczność umorzenia toczących się postępowań bez względu na to, czy upadłość dotyczy powoda, czy pozwanego². Jest to rozwiązanie specyficzne, niewystępujące w porządkach prawnych innych państw³.

1 Dz.U. Nr 50, poz. 535 ze zm.; dalej jako: PrUpadNap.

2 Zgodnie z dominującym poglądem umorzenie postępowania przed sądem polubownym nie następuje z mocy prawa w dniu ogłoszenia upadłości, lecz wymaga dodatkowego rozstrzygnięcia ze strony sądu polubownego: A. Jakubecki [w:] A. Jakubecki, F. Zedler, Prawo upadłościowe i naprawcze, Kraków 2003, s. 390; A. Hrycaj, Wpływ postępowania upadłościowego na wszczynanie i dalsze prowadzenie postępowań cywilnych, HUK 2008, Nr 2, s. 211; S. Gurgul, Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz, wyd. 5, Warszawa 2004, s. 473.

3 T. Ereciński, K. Weitz, Sąd arbitrażowy, Warszawa 2008, s. 162 z powołaniem się na prawo niemieckie i austriackie. Przedstawienie rozwiązań w innych systemach prawnych, zob. część III poniżej.

Rządowe uzasadnienie projektu ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze w zakresie omawianych rozwiązań prawnych jest lakoniczne. Wskazuje się w nim, że: „z uwagi na charakter sądownictwa polubownego i możliwość orzekania przez sąd polubowny według zasad słuszności projekt przyjmuje, że w razie ogłoszenia upadłości z możliwością zawarcia układu, zapis na sąd polubowny dokonany przez upadłego traci moc z chwilą ogłoszenia upadłości. Dla zapewnienia ochrony praw wierzycieli celowym jest były rozpoznawane przez sądy państwowe, które przy orzekaniu zobowiązane są stosować prawo. Możliwość przekazywania sprawy do rozstrzygnięcia sądom polubownym winna być poddana ścisłej kontroli wierzycieli. W żadnym wypadku nie może się to opierać na decyzji upadłego”⁴. W odniesieniu do upadłości likwidacyjnej projekt rządowy w odnośnym fragmencie wskazuje: „Aby wyeliminować możliwości orzekania o majątku upadłego przez sąd polubowny, który nie jest obowiązany orzekać według przepisów prawa, ustanowiono zasadę, że zapis na sąd polubowny zawarty przez upadłego traci moc z dniem ogłoszenia upadłości (art. 146). Możliwość poddania sporu pod rozstrzygnięcie sądowi polubownemu uzależniona została od ścisłej kontroli rady wierzycieli (art. 206 ust. 1 pkt 7). Rozwiązanie to wprowadzono w celu ochrony praw wierzycieli”⁵.

Obowiązujące przepisy spotkały się ze zróżnicowaną oceną w piśmiennictwie. Do przedstawionych powyżej motywów rządowego uzasadnienia ustawy nawiązuje A. Jakubecki, pozytywnie oceniając obowiązującą regulację. Podnosi on, że: „złożoność problemów materialnoprawnych i procesowych, które niesie ze sobą ogłoszenie upadłości dłużnika, sprawia, iż rozstrzyganie sporów po tej dacie nie powinno być pozostawione sądowi polubownemu. Realizacja celów postępowania upadłościowego wymaga, aby spór, którego stroną jest upadły, został rozstrzygnięty ściśle z literą prawa materialnego przy uwzględnieniu wszelkich uwarunkowań prawa procesowego cywilnego. (...) Postępowanie polubowne cechuje natomiast znaczna elastyczność, która w razie upadłości jednej ze stron nie jest pożądana. Niewykluczone jest też orzekanie na zasadach słuszności. Z powyższych względów (...) przewiduje się utratę mocy obowiązującej zapisu na sąd polubowny”⁶. Zwolenniczką aktualnie obowiązujących rozwiązań prawnych jest również A. Hrycaj, która wskazuje na konieczność ochrony wierzycieli i postuluje całkowite wykluczenie możliwości poddania sporu rozstrzygnięciu sądu polubownego w toku postępowania upadłościowego⁷. Krytycznie do obowiązującego rozwiązania odnoszą się nato-

4 Nowy tekst uzasadnienia do rządowego projektu ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, załącznik do druku Nr 809 z 29.8.2002 r., s. 21. Interpunkcja i odmiany fleksyjne zgodne z oryginałem.

5 *Ibidem*, s. 22.

6 A. Jakubecki [w:] A. Jakubecki, F. Zedler, *op. cit.*, s. 389–390. Do stanowiska tego odwołują się Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, s. 127.

7 A. Hrycaj, *op. cit.*, s. 210 i n. Podobnie S. Gurgul, *op. cit.*, s. 473.

miast *T. Ereciński* i *K. Weitz*⁸, jak również *S. Gurgul*⁹ oraz *R. Morek*, który ocenia omawiane przepisy jako nadmiernie rygorystyczne¹⁰.

Warto nadmienić, że w trakcie prac nad nowelizacją Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie dotyczącym postępowania przed sądem polubownym autorzy nowelizacji proponowali zmianę obowiązujących rozwiązań w ten sposób, by ogłoszenie upadłości nie pociągało za sobą utraty mocy przez zapis na sąd polubowny, lecz jedynie jego bezskuteczność względem masy upadłości, i to jedynie wtedy, gdy postępowanie dotyczy masy upadłości. Proponowano również umożliwienie prowadzenia postępowania przed sądem polubownym na podstawie zapisu dotyczącego masy upadłości, jeżeli zgodę na to wyraziłaby rada wierzycieli lub nadzorca sądowy. Ostatecznie jednak z planów tych zrezygnowano w toku prac parlamentarnych¹¹.

W niniejszym artykule podjęto próbę szerszego spojrzenia na skutki obowiązujących *de lege lata* rozwiązań w zakresie wpływu upadłości na istnienie zapisu na sąd polubowny i toczące się postępowania arbitrażowe. Mając na względzie charakter arbitrażu jako pragmatycznej instytucji nadającej się w szczególności do rozwiązywania sporów między przedsiębiorcami, zwłaszcza w obrocie międzynarodowym, oprócz analizy czysto dogmatycznej oraz prawnoporównawczej dalsze rozważania odwołują się również do względów o charakterze pozaprawnym (ekonomicznym lub faktycznym), których istnienie i doniosłość można stwierdzić na podstawie analizy praktyki oraz doświadczenia zawodowego.

II. Ocena stanu prawnego *de lege lata*

Obowiązujące przepisy art. 142 i 147 PrUpadNaprz należy jednoznacznie ocenić w sposób negatywny. Tę kategoryczną ocenę uzasadniają istotne względy, do których należy zaliczyć: niezgodność rozwiązań prawa upadłościowego z treścią zobowiązań międzynarodowych Polski, ich wewnątrzsystemową niezgodność z obecną regulacją ustawową dotyczącą sądu polubownego, nieuzasadnioną ingerencję w pewność obrotu i zasadę *pacta sunt servanda*, niekorzystny wpływ skutków obowiązującej regulacji na realizację dobrze pojętych interesów upadłego i jego wierzycieli, nieproporcjonalność w stosunku do zamierzonych przez Ustawodawcę celów, a także niezgodność z interesami gospodarczymi Polski.

8 *T. Ereciński, K. Weitz, op. cit.*, s. 162.

9 *S. Gurgul, op. cit.*, s. 439 i 472.

10 *R. Morek, Mediacja i arbitraż (art. 183¹–183¹⁵, 1154–1217 KPC). Komentarz, Warszawa 2006, s. 166; krytyczna ocena regulacji również w: A. Witosz (red.), Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz, Warszawa 2007, s. 220.*

11 Zob. rządowy projekt ustawy – Kodeks postępowania cywilnego i ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, druk Nr 3434 z 8.11.2004 r., por. *R. Morek, op. cit.*, s. 166–167.

1. Reżim prawa upadłościowego a zobowiązania międzynarodowe Polski

Przepisy art. 142 i art. 147 PrUpadNaprz należy w pierwszej kolejności ocenić w aspekcie ich zgodności z postanowieniami wiążących Rzeczpospolitą Polską umów międzynarodowych, które nakładają na sygnatariuszy obowiązek uznania i zapewnienia skuteczności zapisu na sąd polubowny. Pierwszą ze wspomnianych umów międzynarodowych jest Protokół o klauzulach arbitrażowych, podpisany w Genewie 24.9.1923 r.¹² Artykuł 1 Protokołu genewskiego stanowi, że: „każde z Państw umawiających się uznaje pomiędzy stronami podlegającymi prawodawstwu oddzielnych Państw umawiających się prawomocność kompromisu, a także klauzuli kompromisowej, przez którą kontrahenci zobowiązują się, w kwestjach handlowych, a także we wszelkich innych kwestjach mogących podlegać uregulowaniu drogą arbitrażu na mocy kompromisu, poddawać w całości lub w części spory, które mogłyby wynikać z tegoż kontraktu, arbitrażowi, nawet wtedy, gdy taki arbitraż ma mieć miejsce w innym kraju niż ten, którego prawodawstwu podlega każda ze Stron umawiających się. Każde Państwo umawiające się zachowuje sobie swobodę ograniczenia powyższego zobowiązania do kontraktów, które są uznane jako handlowe przez jego własne prawodawstwo”¹³.

Podobne zobowiązanie wynika z art. II ust. 1 Konwencji nowojorskiej z 10.6.1958 r. o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych¹⁴. Zgodnie z powołanym postanowieniem: „każde z Umawiających się Państw uzna umowę pisemną, którą strony zobowiązują się poddać arbitrażowi wszystkie lub pewne spory, powstałe lub mogące powstać między nimi z określonego stosunku prawnego, zarówno umownego, jak i pozaumownego, w sprawie, która może być rozstrzygana w drodze arbitrażu”. Przytoczyć w tym względzie należy również treść art. V ust. 1 lit. a) Konwencji nowojorskiej, zgodnie z którym „na wniosek strony, przeciwko której orzeczenie jest skierowane, nastąpi odmowa uznania i wykonania orzeczenia tylko wówczas, jeżeli (...) strona ta dostarczy właściwej władzy, do której skierowano żądanie uznania i wykonania, dowodów: że stronom wspomnianej w art. II umowy – według prawa odnoszącego się do nich – brak było zdolności albo że wspomniana umowa jest nieważna według prawa, którego strony umowę tę poddały, a – w razie braku wzmianki w tym względzie – według prawa kraju, w którym orzeczenie zostało wydane (...)”.

Wskazać należy także na postanowienie Konwencji europejskiej z 21.4.1961 r. o międzynarodowym arbitrażu handlowym¹⁵, która w art. VI ust. 2 ustanawia zasadę, że

12 Dz.U. z 1931 r. Nr 84, poz. 648; dalej jako: Protokół genewski.

13 Pisownia zgodna z tekstem opubl. w Dzienniku Ustaw.

14 Dz.U. z 1962 r. Nr 9, poz. 4; dalej jako: Konwencja nowojorska.

15 Dz.U. z 1964 r. Nr 40, poz. 270.

„przy orzekaniu w kwestiach istnienia lub ważności umowy o arbitraż sądy państwowe umawiających się państw, jeśli idzie o zdolność stron do działań prawnych, powinny kierować się prawem mającym zastosowanie do stron, a co do innych kwestii: a) prawem, któremu strony poddały umowę o arbitraż; b) w braku wskazań w tym względzie – prawem kraju, w którym powinno być wydane orzeczenie; c) w braku wskazania co do prawa, któremu strony poddały umowę o arbitraż, oraz jeśli w chwili, gdy ta kwestia została przedłożona do rozstrzygnięcia przez sąd państwowy, nie można ustalić, w którym kraju orzeczenie arbitrażowe powinno być wydane – prawem, mającym zastosowanie na mocy normy kolizyjnej sądu państwowego, w którym wszczęto sprawę. Sąd, w którym wszczęto sprawę, może nie uznać umowy o arbitraż, jeżeli według prawa jego kraju dany spór nie może być przedmiotem rozpoznania arbitrażowego”.

Przytoczone wyżej postanowienia wiążących Polskę umów międzynarodowych nie regulują *expressis verbis* skutków, jakie upadłość jednej ze stron zapisu na sąd polubowny wywiera w zakresie mocy wiążącej zapisu. Według najlepszej wiedzy autora nie istnieją również opracowania doktrynalne, w literaturze polskiej ani zagranicznej, dotyczące analizy zgodności przepisów prawa wewnętrznego, takich jak art. 142 i art. 147 PrUpadNap, z postanowieniami wyżej wymienionych umów międzynarodowych. Może to wynikać ze specyfiki rozwiązań obowiązujących w prawie polskim.

Protokół genewski nie dopuszcza innych wyjątków od zasady uznania skuteczności zapisu na sąd polubowny niż ograniczenie zastosowania art. 1 wyłącznie do umów o charakterze handlowym poprzez złożenia stosownego zastrzeżenia przez sygnatariusza¹⁶. Nie odnosi się natomiast zupełnie do kwestii zdatowności arbitrażowej sporów. Jednakże, zgodnie z art. 4 *in fine* Protokołu genewskiego, istnienie zapisu na sąd polubowny nie wpływa na właściwość sądów państwowych w wypadku, „gdy dla jakiegokolwiek powodu, kompromis, klauzula kompromisowa lub arbitraż upadają lub stają się nieobowiązujące”. *Prima facie* wydaje się zatem, że strony Protokołu genewskiego korzystają z nieograniczonej swobody w zakresie określenia w prawie wewnętrznym przyczyn, dla których zapis na sąd polubowny może utracić moc. Teza taka budzi wątpliwości z punktu widzenia zasady efektywności prawa międzynarodowego i zasady dobrej wiary w prawie traktatów. Przyznanie sygnatariuszom Protokołu genewskiego nieograniczonej swobody określenia zakresu *rationae materiae* własnych zobowiązań międzynarodowych podważałoby bowiem praktyczną skuteczność postanowień protokołu.

Współcześnie problem wykładni postanowień Protokołu genewskiego jest kwestią o niewielkim znaczeniu praktycznym ze względu na uniwersalny zasięg obowiązywania Konwencji nowojorskiej. Stronami tej umowy międzynarodowej są obecnie 143 państwa¹⁷, przy czym zgodnie z art. VII ust. 2 Konwencji nowojorskiej w stosunkach pomiędzy państwami będącymi stronami Protokołu genewskiego Konwencja nowojorska zastępuje postanowienia Protokołu genewskiego. Zatem to postanowienia Konwencji

16 Rzeczpospolita Polska złożyła stosowne zastrzeżenie.

17 Źródło: www.unictral.org, stan na: 4.11.2008 r.

nowojorskiej w przedmiocie obowiązku uznania i zapewnienia skuteczności zapisom na sąd polubowny przez państwa strony tej umowy mają obecnie największe znaczenie.

Przedmiotowy zakres zastosowania Konwencji nowojorskiej określa jej art. I ust. 1, zgodnie z którym odnosi się ona do uznawania i wykonywania orzeczeń arbitrażowych, które wskutek sporów między osobami fizycznymi lub prawnymi zostały wydane na obszarze państwa innego niż to, w którym żąda się uznania i wykonania tych orzeczeń. Konwencja odnosi się również do takich orzeczeń arbitrażowych, które w państwie, w którym żąda się ich uznania i wykonania, nie są uważane za orzeczenia krajowe. Wskazać także należy, że w myśl art. I ust. 3 Konwencji nowojorskiej Rzeczpospolita Polska złożyła zastrzeżenie, zgodnie z którym ograniczyła zastosowanie Konwencji nowojorskiej do sporów zgodnie z prawem polskim uważanych za handlowe¹⁸.

Przytoczony powyżej przepis art. II ust. 1 Konwencji nowojorskiej, przewidujący **konieczność uznania zapisu na sąd polubowny przez państwa strony konwencji, wyraża fundamentalne zobowiązanie międzynarodowe, na którym oparty został współczesny system międzynarodowego arbitrażu handlowego**. W taki też sposób treść art. II Konwencji nowojorskiej jest postrzegana przez sądy państw obcych. Konieczność realizacji zobowiązania wynikającego z art. II ust. 1 Konwencji nowojorskiej leżała u podstaw precedensowych rozstrzygnięć Sądu Najwyższego USA w sprawach *Scherk* przeciwko *Alberto-Culver Co.*¹⁹ oraz *Mitsubishi* przeciwko *Soler Chrysler-Plymouth*²⁰. Mając na względzie zakres przedmiotowy Konwencji nowojorskiej, stwierdzić należy, że art. II ust. 1 tej umowy międzynarodowej przewiduje **wyłączenie od obowiązku uznania skuteczności zapisu na sąd polubowny z uwagi na przedmiot sporu** (*concerning a subject matter capable of being settled by arbitration*). Jest to kryterium tzw. przedmiotowej zdatności arbitrażowej lub zdadności arbitrażowej *rationae materiae*²¹. Konwencja nowojorska nie przewiduje natomiast innych wyłączeń od zasady uznania zapisu na sąd polubowny, wynikającej z art. II ust. 1.

Na gruncie Konwencji nowojorskiej określenie spraw posiadających zdadność arbitrażową pozostawiono prawu wewnętrznemu poszczególnych państw²². Poszczególne

18 Szerzej: *B. Wysocka*, Uznawanie i wykonywanie zagranicznych orzeczeń arbitrażowych w Polsce, Warszawa 1988, s. 48–50; *B. Kordasiewicz, W. Sadowski*, Postępowanie w sprawach o uznanie i stwierdzenie wykonalności orzeczeń sądów polubownych w Polsce. Uwagi na tle nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego, KPP 2007, z. 2, s. 534; *T. Ereciński, K. Weitz, op. cit.*, s. 30.

19 Wyr. SN USA w sprawie *Scherk* przeciwko *Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974).

20 Wyr. SN USA w sprawie *Mitsubishi* przeciwko *Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985); zob. także *W. Park*, Private Adjudicators and the Public Interest: The Exploding Scope of International Arbitration, Brooklyn Journal of International Law 1986, Nr 3, s. 629 i n.

21 *L.Y. Fortier*, Arbitrability of Disputes [w:] Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, ICC Publishing 2005, s. 270; *K.-H. Böckstiegel*, Public Policy and Arbitrability [w:] Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series Nr 3, Kluwer 1987, s. 178.

22 Zamiast wielu: *S. Kröll*, Arbitration and Insolvency Proceedings: Selected Problems [w:] *J.D.M. Lew*,

systemy prawne różnią się znacznie pomiędzy sobą w odniesieniu do uregulowania kwestii zdatności arbitrażowej spraw z zakresu prawa upadłościowego²³. Nie spotyka się jednak co do zasady równie daleko idących rozwiązań jak przewidziana w prawie polskim automatyczna utrata mocy przez wszystkie zapisy na sąd polubowny, których stroną był upadły. Należy przy tym podkreślić, że przepisy art. 142 i 147 PrUpadNapr nie mogą być rozpatrywane w kontekście zdatności arbitrażowej. W tym zakresie należy się odwołać do art. 1157 KPC, który wiąże zdatność arbitrażową sporu z jego zdatnością ugodową²⁴. Na podstawie tego przepisu stwierdzić można, że nie mają zdatności arbitrażowej sprawy, których przedmiotem byłoby np. wszczęcie lub zakończenie postępowania upadłościowego, wyznaczenie syndyka, zatwierdzenie listy wierzytelności czy planu podziału funduszy masy itp. Kwestia zdatności arbitrażowej dotyczy bowiem każdorazowo przedmiotu konkretnego sporu. Tymczasem **automatyczna utrata mocy przez wszystkie dokonane przez upadłego zapisy na sąd polubowny**, przewidziana w art. 142 i 147 PrUpadNapr, dotyczy wszystkich istniejących i potencjalnych sporów, bez względu na ich przedmiot²⁵. Stwierdzić nawet należy, że przepisy te będą miały zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do sporów, które normalnie cechuje zdatność arbitrażowa. Skutek przewidziany w art. 142 i art. 147 PrUpadNapr, polegający na utracie mocy przez zapis na sąd polubowny, może bowiem nastąpić jedynie względem ważnego zapisu na sąd polubowny, a zatem dotyczącego sporu mającego zdatność arbitrażową.

Konwencja nowojorska w art. V ust. 1 lit. a) wymienia brak zdolności strony umowy o arbitraż jako możliwą podstawę odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku arbitrażowego. Utrata mocy przez wszystkie zapisy na sąd polubowny dokonane przez upadłego nie może być jednak rozpatrywana w kontekście następczego ograniczenia zdolności do czynności prawnej strony zapisu na sąd polubowny. Przepisy art. 142 i 147 PrUpadNapr mają bowiem zastosowanie do zapisów na sąd polubowny dokonanych przez osoby zdolne do dokonania tego rodzaju czynności. Wskazać także należy, że zgodnie z zasadą przyjętą w polskim prawie upadłościowym ogłoszenie upadłości nie powoduje utraty zdolności prawnej dłużnika, a jedynie utratę prawa dysponowania aktywami masy²⁶. Upadłość nie pozbawia również dłużnika zdolności sądowej, lecz jedynie legitymacji procesowej²⁷.

L. Mistelis (red.), *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer 2006, s. 363 i n.

²³ *Ibidem*; V. Lazic, *Arbitration and Insolvency Proceedings: Claims of Ordinary Bankruptcy Creditors*, EJCL 1999, Vol. 3, *passim*; tekst opubl. na: www.ejcl.org i cyt. tam źródła.

²⁴ Zob. szerzej: R. Morek, *op. cit.*; Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *op. cit.*, s. 96 i n.; T. Ereciński, K. Weitz, *op. cit.*, s. 116 i n.

²⁵ Z zastrzeżeniem, że postępowanie dotyczy mienia wchodzącego w skład masy upadłości. Problemy wynikające z zastosowania art. 142 i art. 147 PrUpadNapr mogą w praktyce skłaniać syndyków i nadzorców sądowych do wyłączenia zastosowania tych przepisów poprzez zastosowanie *per analogiam* art. 65 PrUpadNapr. Nie wydaje się jednak, aby takie działanie znajdowało podstawę w obowiązujących przepisach.

²⁶ W. Siedlecki, *Głosa do orzeczenia Sądu Wojewódzkiego w Gdańsku z 29.7.1959 r.*, OSPiKA 1960,

Podobnie nie można uznać, że utrata mocy przez ważny zapis na sąd polubowny w wyniku upadłości strony powinna być traktowana jako nieważność zgodnie z prawem wewnętrznym, o której stanowi art. V ust. 1 lit. a) Konwencji nowojorskiej. Z jednej strony można twierdzić, że postanowienia Konwencji nowojorskiej jako umowy międzynarodowej powinny być interpretowane w oderwaniu od ścisłej siatki pojęciowej prawa polskiego. Z drugiej jednak strony Konwencja nowojorska w analizowanym zakresie odsyła jednoznacznie do prawa wewnętrznego, wskazując na „nieważność według prawa”. W takim wypadku nie powinny zaś zachodzić wątpliwości, że według prawa polskiego utrata mocy przez zapis na sąd polubowny nie jest równoznaczna z jego nieważnością.

Podobne wątpliwości, które powstają na gruncie Konwencji nowojorskiej, dotyczą postanowień Konwencji europejskiej o międzynarodowym arbitrażu handlowym. Dodać należy, że problem zgodności prawa wewnętrznego z Konwencją nowojorską został zasygnalizowany również w kontekście systemów prawnych, które nie przewidują automatycznej utraty mocy przez zapis na sąd polubowny w przypadku upadłości którejkolwiek ze stron, lecz jedynie uprawnienie sądu upadłościowego do pominięcia skutków zapisu na sąd polubowny względem pozwanego, jeżeli wszczęcie lub kontynuowanie postępowania arbitrażowego zagrażałoby realizacji istotnych celów postępowania upadłościowego²⁸.

Rozstrzygając wątpliwości dotyczące zgodności prawa upadłościowego z postanowieniami umów międzynarodowych, warto mieć również na względzie, że wykładni umów międzynarodowych należy dokonywać w taki sposób, aby zapewnić ich efektywność i realizację celu umowy międzynarodowej. Umowy te, tzn. Protokół genewski i Konwencja nowojorska, wyrażają ogólne (w ramach zakresu ich obowiązywania) zobowiązanie państw do uznania skutków zapisu na sąd polubowny. Cel obu umów międzynarodowych jest tożsamy i jasny – jest nim wspieranie międzynarodowego arbitrażu handlowego jako potrzebnej i przydatnej metody rozstrzygania sporów w handlu międzynarodowym. Zobowiązanie państw do uznania skuteczności zapisu na sąd polubowny, wyrażone w obu umowach międzynarodowych, stanowi przy tym zasadę, zaś wszelkie wyłączenia należy rozpatrywać w kontekście wyjątków od tej zasady podlegających wykładni restryktywnej.

Ze względu na powyższe uwarunkowania, jak też na dalsze uwagi dotyczące m.in. nieproporcjonalności istniejących rozwiązań prawnych uznać należy, że przepisy prawa upadłościowego i naprawczego budzą istotne zastrzeżenia co do ich zgodności z wymienionymi wyżej postanowieniami umów międzynarodowych – w zakresie w tych umo-

poz. 78; *M. Tomaszewski*, Glosa do orzeczenia SN z 3.6.1987 r., PiP 1989, z. 7, s. 151; *J. Broł*, Klauzula arbitrażowa w świetle prawa upadłościowego, PUG 1993, Nr 3, s. 20.

27 *A. Hrycaj*, *op. cit.*, s. 188–189.

28 *R.M. Schwartz*, The US Bankruptcy Courts' Failure to Interpret the New York Convention as a Treaty Obligation, *Arb. Int's* 1998, Nr 2, s. 232 i n.

wach uregulowanym. Wskazać przy tym trzeba, że w przypadku takiej niezgodności zarówno Konwencja nowojorska, jak i Protokół genewski, z mocy art. 91 ust. 2 Konstytucji RP, korzystałyby z pierwszeństwa przed ustawą²⁹. Na koniec tych rozważań należy krytycznie odnieść się do faktu, że w rządowym projekcie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, w zakresie odnoszącym się do skutków upadłości w odniesieniu do zapisu na sąd polubowny w ogóle nie odniesiono się do przytoczonych wyżej zobowiązań międzynarodowych Polski i nie dokonano pobieżnej choćby analizy przyjętych rozwiązań prawnych z normami, które zgodnie z polskim porządkiem konstytucyjnym mają pierwszeństwo przed przepisami ustawy.

2. Sprzeczność z rozwiązaniami wewnątrzsystemowymi

W ostatnich latach polski porządek prawny w istotny sposób otworzył się na sądownictwo polubowne jako alternatywną dla sądownictwa państwowego drogę rozstrzygnięcia sporów cywilnych. Uchwalona 28.7.2005 r. nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego³⁰ wprowadziła do polskiego systemu prawnego nowe, szczegółowe rozwiązania dotyczące sądu polubownego, wzorowane w znacznej mierze na ustawie modelowej UNCITRAL o międzynarodowym arbitrażu handlowym z 1985 r.³¹ Dzięki temu Polska dołączyła do państw posiadających nowoczesne ramy legislacyjne postępowania przed sądem polubownym, oparte na wzorcach znanych i aprobowanych przez społeczność międzynarodową³². Zgodnie z rządowym uzasadnieniem do projektu ustawy o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego założeniem nowej regulacji postępowania arbitrażowego było, by „projektowane przepisy umożliwiły podmiotom zainteresowanym korzystanie z sądownictwa polubownego w jak najszerszym stopniu”³³. Jednak przepisy prawa upadłościowego i naprawczego oparte są na całkowicie odmiennych założeniach. U ich podstawy leży głęboka nieufność do sądownictwa polubownego, czego dowodzi cytowane powyżej uzasadnienie rządowego projektu obowiązującej

29 Zob. B. Kordasiewicz, W. Sadowski, *op. cit.*, s. 531 i n.

30 Dz.U. Nr 178, poz. 1478.

31 Tekst dostępny na: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985_Model_arbitration.html. Na temat ustawy modelowej zob. w szczególności P. Sanders, UNCITRAL's Model Law on International and Commercial Arbitration: Present Situation and Future, *Arbitration International* 2005, z. 4, s. 443–482; T. Szurski, Introducing the UNCITRAL Model Law to Poland — Some Remarks on the Polish Law on International Commercial Arbitration, *Journal of International Arbitration* 2001, z. 2, s. 227–238; G. Herrmann, The UNCITRAL Model Law — its background, salient features and purposes, *Arbitration International* 1985, z. 1, s. 6–29; H. Holtzmann, J. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (Legislative History and Commentary)*, London 1989.

32 T. Ereciński, K. Weitz, *op. cit.*, s. 16; zob. B. Kordasiewicz, W. Sadowski, *op. cit.*, s. 525.

33 Tekst uzasadnienia do rządowego projektu ustawy – Kodeks postępowania cywilnego i ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, załącznik do druku Nr 3434 z 8.11.2004 r., s. 1.

aktualnie ustawy³⁴. Ta wewnątrzsystemowa sprzeczność założeń nie jest zrozumiała, tym bardziej że obie ustawy stanowiły projekty rządowe i były w tym samym czasie przedmiotem prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego³⁵.

3. Niezgodność z zasadami *pacta sunt servanda* i pewności prawnej

Obowiązujące rozwiązanie legislacyjne należy oceniać również w świetle istotnych zasad prawnych mających oparcie w ustawie zasadniczej: *pacta sunt servanda* oraz zasady pewności prawnej i bezpieczeństwa obrotu. Umowa o arbitraż, zwłaszcza w kontekście handlu międzynarodowego, spełnia istotne funkcje. Pozwala bowiem partnerom gospodarczym na takie ukształtowanie łączącego ich stosunku, aby w przypadku powstania sporu został on rozstrzygnięty według określonych z góry zasad, które w ocenie stron (będących często profesjonalistami) byłyby w danych okolicznościach optymalne. Zapis na sąd polubowny jako umowa procesowa jest zatem także zobowiązaniem o charakterze kontraktowym, przez które każda ze stron nie tylko nabywa uprawnienia, ale także zaciąga zobowiązanie do poddania określonego sporu pod rozstrzygnięcie określonego sądu polubownego³⁶. Porządku prawne wielu państw, w tym również Polski, sankcjonują owo zobowiązanie, zgodnie z zasadą *pacta sunt servanda*, nakazując odrzucenie pozwu przez sąd powszechny w razie podniesienia przez pozwanego zarzutu zapisu na sąd polubowny³⁷.

Obowiązująca regulacja art. 142 i art. 147 PrUpadNaprz przełamuje zasadę *pacta sunt servanda*, przy czym ingerencja ta nie wydaje się uzasadniona, a działanie Ustawodawcy nie jest konsekwentne (zob. art. 206 ust. 1 pkt 7 i ust. 2 PrUpadNaprz). Należy wręcz stwierdzić, że obowiązujące rozwiązanie zachęca strony obawiające się wyniku toczącego się postępowania arbitrażowego do występowania z wnioskami o ogłoszenie upadłości, własnej lub przeciwnika procesowego, w celu zapobieżenia wydaniu niekorzystnego wyroku przez sąd polubowny, a tym samym w celu uchylenia się od skutków dokonanego zapisu.

Niezależnie od powyższych uwag podnieść także należy wątpliwości natury konstytucyjnej, dotyczące obowiązujących rozwiązań. Zasada *pacta sunt servanda*, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, jest jednym z elementów konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego. Jej doniosłość potwierdzają liczne rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego³⁸, a w szczególności wyrok z 5.10.2005 r., w

34 Por. A. Witosz (red.), *op. cit.*, s. 220.

35 Zob. sprawozdanie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego z lat 2002–2006, tekst dostępny na http://www.ms.gov.pl/kkpc/kkpc_spraw2006.rf.

36 Zob. np. R. Kulski, *Umowy procesowe w postępowaniu cywilnym*, Kraków 2006, s. 233 i cyt. tam źródła.

37 Zob. w szczególności art. II ust. 3 Konwencji nowojorskiej oraz art. 1165 KPC.

38 Zob. np. wyr. TK z 13.3.2008 r., K 32/05, OTK-A 2008, Nr 2, poz. 27; wyr. TK z 15.9.1998 r., K

którego uzasadnieniu Trybunał wyjątkowo mocno zaakcentował znaczenie umów w obrocie cywilnoprawnym: „można sobie wyobrazić, że przed zawarciem umowy strony negocjują jego wysokość, termin i sposób zapłaty. Jednak raz ustalone podlega generalnej zasadzie prawa cywilnego: *pacta sunt servanda*. Strony muszą dotrzymać umowy, gdyż to ona tworzy prawo między nimi. Prawo kreowane przez strony mocą ich woli, a więc w umowie, nie może być kwestionowane na drodze sądowej. Sąd może interweniować tylko w razie wystąpienia nieprawidłowości w toku podejmowania i wyrażania woli (tzw. wady oświadczenia woli), w przypadku naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy (np. co do formy oświadczenia woli), w szczególnych sytuacjach tzw. nadzwyczajnej zmiany stosunków (art. 357¹ KC) albo (...) w sytuacji, gdy umowa nie jest wykonywana zgodnie z jej treścią”³⁹.

W kontekście dopuszczalności interwencji Ustawodawcy w zasadę *pacta sunt servanda* na szczególną uwagę zasługuje natomiast wyrok z 17.12.1997 r., w którym Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że: „prawodawca może tylko w wyjątkowych, uzasadnionych nadzwyczajnymi okolicznościami sytuacjach wkraczać w sferę stosunków regulowanych umowami prawa cywilnego. Trybunał Konstytucyjny podtrzymuje stanowisko wcześniej wyrażone w sprawie K 6/92 i uważa, że arbitralna, bezpośrednia ingerencja Ustawodawcy w regulację zawartych umów jest dopuszczalna w wyjątkowych sytuacjach państwa lub gdy świadczenie jednej ze stron umowy jest w rażący sposób nieekwiwalentne i narusza konstytucyjne prawa innych podmiotów”⁴⁰. Nie wydaje się, aby podobnie wyjątkowe względy uzasadniały ingerencję Ustawodawcy dokonaną w art. 142 i art. 147 PrUpadNapr w odniesieniu do zapisu na sąd polubowny.

Omawiana regulacja godzi także w zasadę pewności prawnej i bezpieczeństwa obrotu⁴¹. Wypada zauważyć, że zapis na sąd polubowny nie tylko tworzy prawa i obowiązki pomiędzy stronami, lecz również prowadzi do wyłączenia właściwości sądów powszechnych, które wobec braku zapisu na sąd polubowny byłyby właściwe do rozpoznania sprawy. Skutek derogacyjny zapisu na sąd polubowny w połączeniu z jego skutkiem prorogacyjnym polegającym na stworzeniu podstaw właściwości sądu polubownego gwarantuje stronom wysoki stopień pewności, jaki organ będzie właściwy do rozpoznania powstałego pomiędzy nimi sporu⁴². Utrata mocy przez zapis na sąd polubowny stwarza natomiast konieczność poszukiwania właściwego sądu państwowego.

10/98, OTK 1998, Nr 5, poz. 64; orz. z 4.12.1990 r., K 12/90, OTK 1990, Nr 1, poz. 7; orz. z 11.2.1992 r., K 14/91, OTK 1992, Nr 1, poz. 7; orz. z 1.7.1996 r., U 3/95, OTK 1996, Nr 4, poz. 29.

39 SK 39/05, OTK-A 2005, Nr 9, poz. 99.

40 K 22/96, OTK 1997, Nr 5–6, poz. 71.

41 Są to również zasady konstytucyjne, zob. np. orz. TK z 15.12.1992 r., K 6/92, OTK 1992, Nr 2, poz. 27: „jest rzeczą oczywistą, że w państwie prawnym umowy winny być dotrzymane, a system prawny tak kształtowany, aby zagwarantować pewność obrotu”.

42 Jest to typowy skutek wszystkich umów prorogacyjnych: zob. m.in. *H. Gaudemet-Tallon*, *Las clausulas atributivas de competencia en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968* [w:]

Można przypuszczać, choćby na podstawie rządowego uzasadnienia projektu ustawy, że zgodnie z intencją Ustawodawcy od chwili ogłoszenia upadłości dochodzenie w postępowaniu upadłościowym powinno następować przede wszystkim poprzez zgłoszenie wierzytelności w postępowaniu upadłościowym lub – w szczególności, gdy upadły jest powodem – przed (polskimi) sądami powszechnymi. Jednakże zamiar ten będzie w zasadzie zrealizowany jedynie wówczas, jeżeli upadłym jest pozwany nieposiadający żadnego majątku poza terytorium Polski. W innym przypadku utrata mocy przez zapis na sąd polubowny prowadzi do konieczności ustalenia właściwego sądu państwowego, którym może być również sąd obcy. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy upadły był powodem, a spór ma charakter międzynarodowy. Zachodzi wtedy konieczność poszukiwania sądu posiadającego jurysdykcję krajową, którą należy określić zgodnie z przepisami państwa *fori*. Sytuacja ta skłania do stosowania praktyk określanych jako *forum shopping*.⁴³ Co do zasady, można założyć istnienie jurysdykcji krajowej sądu państwa, w którym pozwany ma miejsce zamieszkania lub siedzibę. Założenie takie uwzględni bowiem powszechne obowiązywanie zasady *actor sequitur forum rei*. Łącznik miejsca zamieszkania lub siedziby pozwanego jest podstawowym łącznikiem jurysdykcyjnym m.in. w europejskim cywilnym prawie procesowym⁴⁴. W wielu wypadkach może się zatem okazać, że konieczność prowadzenia przez syndyka⁴⁵ postępowania przed zagranicznym sądem państwowym (np. amerykańskim lub angielskim) wiązać się będzie ze znacznymi kosztami, liczonymi często w milionach złotych, bez możliwości uzyskania zwrotu kosztów procesu nawet w przypadku pomyślnego zakończenia sporu. Co więcej, należy się spodziewać, że strona przeciwna, świadoma trudności wynikających z postępowania upadłościowego, będzie celowo zmierzać do przewlekania postępowania, aby poprzez zwiększenie kosztów postępowania skłonić syndyka do rezygnacji z dochodzenia roszczenia lub zawarcia ugody na niekorzystnych warunkach. Okoliczność ta może z kolei skłonić syndyka do zawierania z pełnomocnikami procesowymi uprawnionymi do występowania przed sądem właściwym umów przewidujących warunkową wypłatę wynagrodzenia w przypadku pomyślnego zakoń-

Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa – Ponencias del coloquio relativo a la interpretación del Convenio de Bruselas por el Tribunal Europeo de Justicia en la perspectiva del Espacio Judicial Europeo, Luksemburg 1991, s. 140; wyr. ETS z 9.12.2003 r. w sprawie C-116/02 *Erich Gasser GmbH* przeciwko *Mistat srl.*, Zb. Orz. 2003, s. I-14693.

43 *B. Fuchs*, Ujednoczenie prawa na płaszczyźnie międzynarodowej a zagadnienie *forum shopping* [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 407; por. także *K. Weitz*, *Jurysdykcja krajowa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2005, s. 291 i n.; w literaturze obecnej por. przede wszystkim *A. Bell*, *Forum shopping and venue in transnational litigation*, Oxford 2003.

44 Zamiast wielu: *K. Weitz* [w:] *A. Wróbel* (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Kraków 2005, s. 498 i n.

45 Uwagi odnoszące się do syndyka w upadłości likwidacyjnej będą się, *mutatis mutandis*, odnosić do nadzorca powołanego w upadłości układowej.

czenia sporu. Zgodnie ze standardami przy zawieraniu tego rodzaju umów wynagrodzenie należne pełnomocnikowi ustalone jest zwykle jako znaczny procent zasądzonej lub wyegzekwowanej kwoty (30–50%), co stawia pod znakiem zapytania, czy w takim przypadku obowiązujące rozwiązania legislacyjne rzeczywiście poprawiają sytuację wierzycieli upadłego w stosunku do sytuacji, gdyby istniała możliwość kontynuowania postępowania przed sądem polubownym.

4. Nieproporcjonalność obowiązującej regulacji w stosunku do zamierzonych celów

Na podstawie analizy rządowego uzasadnienia do projektu ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze można dojść do przekonania, że u podłoża obowiązującej regulacji leży nieufność Ustawodawcy do postępowania arbitrażowego jako metody rozstrzygania sporów, w której postępowanie toczy się według nieprzejrzystych zasad, zaś wyroki zapadają na innej podstawie niż przepisy obowiązującego prawa, w szczególności wydawane są w oparciu o zasady słuszności. Można również zakładać, choć rządowe uzasadnienie projektu ustawy nie odnosi się do tej kwestii wprost, że u podstaw wskazanego założenia legło sformułowanie art. 705 KPC w brzmieniu obowiązującym w dacie wejścia w życie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze. Zgodnie z tym przepisem aż do chwili rozpoczęcia postępowania strony same mogły określić tryb postępowania, który powinien być stosowany w toku rozpoznawania sprawy. Jeżeli strony tego nie uczyniły, sąd polubowny był uprawniony do stosowania takiego trybu postępowania, jaki uznał za właściwy. Przepisy Kodeksu postępowania cywilnego nie wyrażały natomiast *expressis verbis* zasady, że arbitrzy powinni wyrokować na podstawie norm prawa materialnego. Zgodnie z przeważającym poglądem orzecznictwa sądy polubowne orzekające na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów Kodeksu postępowania cywilnego nie były związane prawem materialnym⁴⁶.

Argumenty leżące u podstaw wskazanych wyżej obaw Ustawodawcy zdezaktualizowały się jednak w znacznej mierze wraz z wejściem w życie nowych przepisów Kodeksu postępowania cywilnego o sędzię polubownym. Obowiązujący obecnie art. 1194 KPC rozstrzyga w sposób wyraźny kwestię podstaw wyrokowania przez sąd polubowny, stanowiąc, że sąd polubowny rozstrzyga spór według prawa właściwego dla danego stosunku, a gdy strony go do tego wyraźnie upoważniły – według ogólnych zasad prawa lub zasad słuszności. W każdym jednak przypadku sąd polubowny bierze pod uwagę postanowienia umowy oraz ustalone zwyczaje mające zastosowanie do danego stosunku prawnego⁴⁷. Zasadą jest zatem obecnie orzekanie na podstawie prawa i zasadzie tej

46 Zob. wyr. SN z 28.4.2000 r., II CKN 267/00, OSNC 2000, Nr 11, poz. 203; wyr. SA w Gdańsku z 14.7.1995 r., I ACr 424/95, OSA 1995, Nr 9, s. 21; por. T. Szurski, Podstawowe aspekty arbitrażowego rozstrzygania sporów, PUG 1999, Nr 3, s. 11 i n.

47 Zob. art. 1194 § 1 KPC. Por. Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *op. cit.*, s. 184 i n.; T. Ereciński, K. Weitz, *op. cit.*, s. 323 i n.

odpowiada również większość wydawanych aktualnie wyroków. W każdym przypadku granice swobody arbitrów co do wyrokowania z pominięciem norm prawa materialnego określa klauzula porządku publicznego, stanowiąca podstawę uchylenia wyroku sądu polubownego lub odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności takiego wyroku⁴⁸.

Podnoszony w doktrynie argument o konieczności zapewnienia ścisłej zgodności postępowań z literą prawa materialnego przy uwzględnieniu wszystkich uwarunkowań prawa procesowego cywilnego⁴⁹ nie jest przekonujący⁵⁰. Autorzy podnoszący ten argument w żaden sposób go nie uzasadniają. Tymczasem nie istnieją ważne powody, dla których autonomia woli stron co do możliwości zawarcia zapisu na sąd polubowny, znajdująca wyraźną podstawę w postanowieniach wiążących Polskę umów międzynarodowych, miałaby zostać wyłączona na rzecz rygorystyki postępowania cywilnego. Przeciwnie, należy wyrazić poważne wątpliwości, czy ramy postępowania upadłościowego lub nawet sądownictwa powszechnego są lepszym forum dla dochodzenia roszczeń wynikających ze złożonych stosunków prawnych (np. umów konsorcjum, umów o budowę skomplikowanych obiektów technologicznych, umów o usługi dotyczące sieci teleinformatycznych, umów dotyczących rynków kapitałowych lub międzynarodowego obrotu towarowego) niż postępowanie przed sądem polubownym złożonym z osób posiadających niekwestionowaną wiedzę i doświadczenie w rozwiązywaniu sporów z przedmiotowej dziedziny. Ponadto argument o potrzebie bezwzględnej „konieczności zapewnienia ścisłej zgodności postępowań z literą prawa materialnego przy uwzględnieniu wszystkich uwarunkowań prawa procesowego cywilnego” wydaje się nie do obrony również na gruncie obowiązujących przepisów ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze. Wskazać bowiem należy, że ustawa ta dopuszcza zawarcie zapisu na sąd polubowny po ogłoszeniu upadłości przez syndyka lub nadzorcę sądowego. Zgodnie z art. 206 ust. 1 pkt 7 PrUpadNapr poddanie sporu rozstrzygnięciu sądu polubownego zostało zaliczone do czynności dotyczących masy, które wymagają zgody rady wierzycieli. Jeżeli jednak czynności tej należy dokonać niezwłocznie i dotyczy ona wartości nieprzewyższającej dziesięciu tysięcy złotych, syndyk, nadzorca sądowy albo zarządca może ją wykonać bez zezwolenia rady wierzycieli (art. 206 ust. 2 PrUpadNapr). Ustawodawca dopuszcza więc wyraźnie możliwość prowadzenia postępowań arbitrażowych z udziałem upadłego. Co ciekawe, przepisy art. 206 ust. 1 pkt 7 i ust. 2 PrUpadNapr nie wyłączają również możliwości zawarcia zapisu uprawniającego sąd polubowny do orzekania na zasadach słuszności. Jest to oczywista niekonsekwencja Ustawodawcy⁵¹.

48 Zob. art. 1212 § 2 pkt 2 KPC i art. 1214 § 3 pkt 2 KPC; por. *L. Błaszczak*, Kontrola orzeczenia arbitrażowego ze szczególnym uwzględnieniem klauzuli porządku publicznego, ADR, Arbitraż i Mediacja 2008, Nr 3, s. 5; *M. Pilich*, Klauzula porządku publicznego w postępowaniu o uznanie i wykonywanie zagranicznego orzeczenia arbitrażowego, KPP 2003, z. 1, s. 155.

49 *A. Jakubecki* [w:] *A. Jakubecki, F. Zedler, op. cit.*, s. 389; *L. Błaszczak, M. Ludwik, op. cit.*, s. 127.

50 Podobnie *T. Ereciński, K. Weitz, op. cit.*, s. 162.

51 *S. Gurgul, op. cit.*, s. 472–473.

Nietrafne są również obawy dotyczące wydania przez sąd polubowny wyroku w oparciu o zasady słuszności (*ex aequo et bono*). Możliwość orzekania w oparciu o zasady słuszności jest wprawdzie cechą postępowania arbitrażowego odróżniającą je od postępowania przed sądami powszechnymi, jednakże wymaga ona wyraźnej zgody obydwu stron i w praktyce występuje niezmiernie rzadko⁵². Upoważnienie sądu polubownego do orzekania *ex aequo et bono* wiąże się bowiem z utratą przez strony jakiegokolwiek możliwości przewidzenia rezultatu postępowania. Jeżeli bowiem sąd polubowny ma orzekać według określonego prawa materialnego, strony w taki sposób kształtują swoje stanowiska procesowe, aby poprzez odwołanie się do konkretnych instytucji prawa materialnego zapewnić jak najlepszy dla siebie wynik postępowania. Upoważnienie arbitrów do orzekania *ex aequo et bono* oznacza dla stron i ich pełnomocników utratę obiektywnego punktu odniesienia w postaci określonego systemu norm prawnych na rzecz trudnych do zidentyfikowania zasad słuszności, których katalog i treść w znacznej mierze zależy może od subiektywnego przekonania i światopoglądu arbitrów. W konsekwencji obie strony tracą na rzecz sądu polubownego jakąkolwiek kontrolę nad rozstrzygnięciem. Można racjonalnie oczekiwać, że strony świadomie wyrażą zgodę na takie rozwiązanie jedynie wówczas, jeżeli spodziewane korzyści z wyrokowania na zasadach słuszności będą dla każdej ze stron wyższe niż potencjalne ryzyko związane z utratą argumentów jurydycznych zgłaszanych w toku postępowania. Takie sytuacje będą mieć miejsce jedynie wyjątkowo, np. gdy strony wzajemnie zgłaszają roszczenia o niewielkiej wartości, zaś wykazanie tych roszczeń wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego, którego koszty zbliżają się do wartości odnośnych roszczeń lub przekraczają ich wartość. W takiej sytuacji trudno uznać, aby wyrokowanie *ex aequo et bono* przez sąd polubowny godziło w interesy wierzycieli upadłego lub zagrażało realizacji podstawowych celów postępowania upadłościowego. Natomiast jeżeli zamiarem Ustawodawcy było wyeliminowanie ryzyka korzystania przez strony z postępowania przed sądem polubownym w celu obejścia prawa, np. poprzez uzyskanie wyroku na zgodnie określonych warunkach, mającego na celu pokrzywdzenie wierzycieli, wówczas wystarczającą sankcją wydaje się możliwość wszczęcia postępowania karnego przeciwko stronom oraz ewentualnie arbitrom oraz uchylenie wyroku sądu polubownego z uwagi na to, że został uzyskany za pomocą przestępstwa (art. 1206 § 1 pkt 5 KPC). W doktrynie szwajcarskiej trafnie wskazuje się, że nawet orzekając *ex aequo et bono*, arbitrzy zobowiązani są do wzięcia pod uwagę zasad porządku publicznego wynikających z toczącego się postępowania upadłościowego, w szczególności zasadę równego uprawnienia wierzycieli. W przeciwnym wypadku wydany przez nich wyrok mógłby zostać uchylony⁵³. Tak sam skutek można osiągnąć również na gruncie obowiązującego prawa polskiego (art. 1206 § 2 pkt 2

52 Zob. szerzej: *L. Błaszczak, M. Ludwik, op. cit.*, s. 184 i n.; *T. Ereciński, K. Weitz, op. cit.*, s. 323 i n.

53 *L. Lévy, Insolvency in Arbitration (Swiss Law), International Arbitration Law Review 2005, Nr 1, s. 33.*

KPC). Ustawodawca nie powinien natomiast ograniczać dopuszczalności postępowania arbitrażowego, przyjmując założenie o nieuczciwości lub nieracjonalności działania stron decydujących się na zapis na sąd polubowny – tym bardziej że historycznie i funkcjonalnie arbitraż wykształcił się jako kupiecka metoda rozstrzygania sporów, znajdująca podstawowe zastosowanie w praktyce profesjonalnego obrotu gospodarczego opartego na ekonomicznym aksjomacie racjonalności zachowań.

Jak wspomniano wyżej, aktualnie obowiązujące rozwiązanie legislacyjne powoduje utratę mocy przez zapis na sąd polubowny w przypadku upadłości którejkolwiek ze stron. Mimo że rządowe uzasadnienie tego rozwiązania legislacyjnego ograniczało się do przedstawienia zasadności takiej regulacji wyłącznie w odniesieniu do przypadków upadłości pozwanego, zarówno art. 142, jak i art. 147 PrUpadNaprz znajdują zastosowanie również w przypadku, gdy upadłość dotyczy powoda. Rozwiązanie to nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia, nie tylko w projekcie rządowym. Trudno wskazać jakiegokolwiek racjonalne przyczyny uzasadniające takie rozwiązanie, łatwo natomiast można wskazać przypadki, w których zagrażać będzie ono podstawowym celom postępowania upadłościowego. Będzie się tak działo np. w przypadku upadłości polskiego przedsiębiorcy, który zawarł z zagranicznym kontrahentem wieloletnią umowę wyłącznej dystrybucji określonych towarów na terytorium Polski. Zaprzestanie realizacji zobowiązań wynikających z tej umowy przez zagranicznego kontrahenta według wszelkiego prawdopodobieństwa wyrządzi polskiemu przedsiębiorcy niepowetowaną stratę, a w konsekwencji spowoduje niewypłacalność względem lokalnych odbiorców, kontrahentów i klientów. Uzyskanie odszkodowania za niewykonywanie umowy pozwoliłoby polskiemu przedsiębiorcy na odzyskanie płynności i reorganizację przedsiębiorstwa, w szczególności poprzez zmianę przedmiotu działalności. Dzięki zapisowi na sąd polubowny polski przedsiębiorca może liczyć na stosunkowo szybkie zakończenie sprawy z powództwa o odszkodowanie przed sądem arbitrażowym, zaś dzięki Konwencji nowojorskiej korzysta on z realnej możliwości wykonania uzyskanego wyroku przeciwko swojemu kontrahentowi w większości państw na świecie. Są to okoliczności istotne również z punktu widzenia pozycji negocjacyjnej polskiego przedsiębiorcy w ewentualnych rozmowach ugodowych z zagranicznym kontrahentem. Ogłoszenie upadłości polskiego przedsiębiorcy, powodujące utratę mocy przez zapis na sąd polubowny, może z praktycznego punktu widzenia oznaczać utratę jedynej szansy na zachowanie przedsiębiorstwa upadłego i zaspokojenie jego wierzycieli. Prowadzić będzie zatem do zniweczenia podstawowych celów PrUpadNaprz, wyrażonych w art. 2 tej ustawy. Skutek w postaci utraty mocy przez zapis na sąd polubowny będzie dodatkowo skłaniać przeciwne strony sporu do podejmowania działań zmierzających do spowodowania upadłości powoda (np. poprzez przewlekanie postępowania arbitrażowego lub składanie wniosków o upadłość powoda). Co więcej, utrata mocy przez zapis na sąd polubowny powodować może również obciążenie masy upadłości kosztami postępowania arbitrażowego, które zostały umorzone wskutek ogłoszenia upadłości powoda, mimo że jego roszczenie mogłoby być w pełni uzasadnione.

Sytuacja dodatkowo komplikuje się, jeżeli postępowanie przed sądem polubowym toczy się za granicą. Systemy prawne innych państw nie przewidują rozwiązań analogicznych do tych, które zostały wprowadzone w prawie upadłościowym i naprawczym. Praktyka trybunałów arbitrażowych orzekających w międzynarodowym arbitrażu handlowym wskazuje, że sądy polubowne z zasady nie umarzają ani nawet nie zawieszają toczących się postępowań w przypadku ogłoszenia upadłości jednej ze stron, nawet jeżeli zgodnie z prawem właściwym dla postępowania insolwencyjnego taki skutek powinien nastąpić⁵⁴. Z jednej strony należy bowiem pamiętać, że postępowania insolwencyjne podlegają zasadzie terytorialności. Również orzeczenia sądów upadłościowych, np. w przedmiocie ogłoszenia upadłości, wywołują skutki prawne ograniczone terytorialnie do granic państwa, w którym zostały wydane. W innych państwach orzeczenia te mogą wywierać skutki prawne jedynie wówczas, jeżeli zostaną w nich uznane. Poza tym trybunały arbitrażowe orzekają w granicach mandatu określonego umową o arbitraż i stosują prawo materialne wskazane przez strony. Są także zobowiązane do uwzględnienia zasad porządku publicznego obowiązujących w miejscu postępowania arbitrażowego, bacząc, by wyrok wydany w postępowaniu arbitrażowym był wykonalny w miejscu jego wydania⁵⁵. Co do zasady, **trybunały arbitrażowe nie są zatem związane skutkami upadłości jednej ze stron w innym państwie**⁵⁶. **Można zatem założyć, że postępowanie arbitrażowe z udziałem upadłego będzie toczyć się dalej i zakończy się wydaniem wyroku.** Należy podkreślić, że taka sytuacja stawia w szczególności trudnej sytuacji nadzorcę sądowego lub syndyka, którzy pod nadzorem sędziego komisarza zobowiązani są do zarządzania majątkiem upadłego i wstępują w postępowania toczące się z udziałem upadłego. Działając na podstawie polskiego prawa insolwencyjnego, nadzorca sądowy lub syndyk nie może zignorować dyspozycji art. 142 i art. 147 PrUpadNap, będących przepisami o charakterze imperatywnym. Nie ma zatem podstawy prawnej do podejmowania jakichkolwiek działań zmierzających do obrony

54 Zob. np. *F. Mantilla Serrano*, International Arbitration and Insolvency Proceedings, *Arb. Int'l* 1995, Nr 1, s. 54 i n.; *J. Rosell, H. Prager*, International Arbitration and Bankruptcy, United States, France and the ICC, *Journal of International Arbitration* 2001, Nr 4, s. 424–425. Zob. wyr. sądu polubownego przy Niemieckim Stowarzyszeniu Kawy z 28.9.1992 r., *Yearbook Commercial Arbitration* 1994, s. 48; sąd polubowny zastosował prawo niemieckie jako prawo właściwe dla postępowania arbitrażowego do oceny skutków upadłości prowadzonej w Papui-Nowej Gwinei; podobnie wyr. sądu polubownego Sądu Arbitrażowego przy Bułgarskiej Izbie Gospodarczej z 3.11.1976 r., stwierdzający, że postępowanie upadłościowe przeciwko upadłemu we Francji, jak też zgłoszenie przez powoda wierzytelności w postępowaniu upadłościowym, nie stoją na przeszkodzie kontynuowaniu postępowania arbitrażowego w Bułgarii, m.in. ze względu na zasadę terytorialności postępowań upadłościowych (*Yearbook Commercial Arbitration* 1979, s. 191); por. wyr. arbitra *Marcusa Wirtha* z 20.11.2001 r. w sprawie Nr 415, arbitraż według reguł Izby Handlowej w Zurychu, *ASA Bulletin* 2002, Nr 3, s. 467–472.

55 *L. Lévy*, *op. cit.*, s. 28; *P. Karrer*, Must an Arbitral Tribunal Really Ensure that its Award is Enforceable? [w:] *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Publishing 2005, s. 429.

56 *F. Mantilla Serrano*, *op. cit.*, s. 58; *L. Lévy*, *op. cit.*, s. 26.

pozycji upadłego w toczącym się za granicą postępowaniu arbitrażowym, a w szczególności do ponoszenia wydatków, np. na koszty postępowania arbitrażowego czy zatrudnienie pełnomocnika procesowego zastępującego syndyka przed trybunałem arbitrażowym. Należy również dodać w tym miejscu, że zgodnie z art. 102 PrUpadNaprz pełnomocnictwo procesowe pełnomocnika wygasa z chwilą ogłoszenia upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego⁵⁷. W konsekwencji omawianych przepisów art. 142 i art. 147 PrUpadNaprz syndyk może zatem zostać postawiony przed dylematem: zignorowania toczącego się za granicą postępowania arbitrażowego, co w bardzo istotny sposób zwiększa ryzyko wydania przez trybunał arbitrażowy wyroku niekorzystnego dla upadłego (poprzez oddalenie roszczeń dochodzonych przez upadłego lub uwzględnienie roszczeń przeciwko upadłemu), albo zignorowania imperatywnych norm polskiego prawa upadłościowego i podejmowania działań w interesie masy upadłości i jej wierzycieli, przyjmując jednocześnie ryzyko, że wydatki związane z toczącym się postępowaniem arbitrażowym nie zostaną zatwierdzone przez sędziego komisarza lub radę wierzycieli. Konsekwencją może być odpowiedzialność odszkodowawcza syndyka względem masy – za działania wprawdzie zgodne z interesem wierzycieli, lecz obiektywnie bezprawne, gdyż podjęte z naruszeniem art. 142 lub art. 147 PrUpadNaprz. Rozwiązania przedstawionego problemu nie stanowi argument, że wyrok sądu polubownego wydany za granicą może nie zostać w Polsce uznany przez sąd powszechny, w szczególności na podstawie art. V Konwencji nowojorskiej, a w przypadku braku podstaw do zastosowania Konwencji nowojorskiej, na podstawie art. 1214 lub art. 1215 KPC. **Po pierwsze**, argument ten odnosi się przede wszystkim do sytuacji, gdy upadłość dotyczy pozwanego, a nie powoda mającego siedzibę w Polsce. **Po drugie**, nie można wykluczyć sytuacji, w której pozwany mający siedzibę w Polsce posiada pewne aktywa w państwie trzecim, np. zabezpieczone w toku postępowania przed sądem polubownym. Ze względu na terytorialny skutek orzeczenia polskiego sądu o ogłoszeniu upadłości nie można wykluczyć przymusowego wykonania przez powoda wyroku sądu polubownego przeciwko upadłemu pozwanemu w państwie trzecim, po wcześniejszym zapewnieniu wykonalności takiego wyroku stosownie do postanowień Konwencji nowojorskiej.

5. Niezgodność przyjętych rozwiązań z interesem gospodarczym Polski

Jako uzupełnienie katalogu krytycznych argumentów względem aktualnych rozwiązań prawnych wskazać należy również ich negatywny wpływ na możliwość umacniania pozycji Polski jako ośrodka arbitrażu międzynarodowego. U podstaw tej argumentacji leży założenie, że zwiększenie liczby postępowań arbitrażowych prowadzonych w Polsce jest zgodne z polskim interesem gospodarczym⁵⁸. Wydatki na prowadzone w Polsce

⁵⁷ Post. SN z 7.11.2003 r., I CZ 127/03, OSP 2004, Nr 10, poz. 123; zob. także A. Jakubecki [w:] A. Jakubecki, F. Zedler, *op. cit.*, s. 272.

⁵⁸ Tekst uzasadnienia do rządowego projektu ustawy – Kodeks postępowania cywilnego i ustawy –

postępowania arbitrażowe, zarówno w formie kosztów postępowania arbitrażowego, jak i kosztów zastępstwa procesowego, zwiększają polski produkt krajowy brutto i wpływy do budżetu państwa z tytułu podatku od towarów i usług i podatku dochodowego. W szczególności **zgodne z polskim interesem ekonomicznym byłoby promowanie takich rozwiązań legislacyjnych i standardów orzeczniczych, które uczyniłyby z Polski preferowane forum do rozstrzygania sporów z zakresu międzynarodowego arbitrażu handlowego**. Pierwszym znaczącym krokiem w celu realizacji tego postulatu było uchwalenie w 2005 r. nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego opartej na ustawie modelowej UNCITRAL⁵⁹. Należy także podkreślić znaczący rozwój sądownictwa polubownego, który nastąpił w ostatnich latach w Polsce. Dotyczy to również sporów o charakterze międzynarodowym. Podejście ekonomiczne, dostrzegające w sporach międzynarodowych (sądowych i arbitrażowych) istotny potencjał rozwoju gospodarczego, w szczególności na rynku usług prawnych, jest stosowane przez państwa znacznie bardziej rozwinięte gospodarczo od Polski, m.in. Francję, Szwajcarię czy Wielką Brytanię. Dał temu wyraz już w 1974 r. angielski sędzia *lord Denning* w wyroku w sprawie *Atlantic Star*, stwierdzając: „Możecie określać to zachowanie jako *forum shopping* (dosłownie: zakupy jurysdykcyjne), ale jeżeli chodzi o jurysdykcję angielskich sądów, jest to dobre miejsce na zakupy, zarówno ze względu na jakość produktów, jak i szybkość obsługi”⁶⁰. Według badań prowadzonych na początku obecnej dekady w ok. 80% spraw rozpoznawanych przez angielskie sądy handlowe co najmniej jedna ze stron nie miała miejsca zamieszkania ani siedziby na obszarze Wielkiej Brytanii, a w ok. 50% spraw żadna ze stron nie pochodziła z tego państwa⁶¹. Wielka Brytania wybierana jest również często jako miejsce postępowania w międzynarodowym arbitrażu handlowym. Należy więc promować takie rozwiązania prawne w ramach polskiego porządku prawnego, aby również terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stawało się coraz chętniej wybieranym miejscem postępowania arbitrażowego w międzynarodowych stosunkach handlowych.

6. Kwestie kolizyjneprawne

Analizowane przepisy polskiego prawa insolwencyjnego są niewątpliwie niekorzystne z punktu widzenia atrakcyjności Polski jako forum rozstrzygania międzynarodowych sporów arbitrażowych. Dodatkowo niejasny pozostaje problem zastosowania art. 142 i art. 147 PrUpadNapw w przypadku, gdy miejscem postępowania arbitrażowego jest Polska, a postępowanie upadłościowe względem jednej ze stron zostaje wszczęte

Prawo upadłościowe i naprawcze, załącznik do druku Nr 3434 z 8.11.2004 r., s. 15.

59 Por. *T. Ereciński, K. Weitz, op. cit.*, s. 16.

60 *The Atlantic Star* [1973] QB 364, s. 381–382.

61 *A. Bell, op. cit.*, s. 13–14.

za granicą. Kwestii tej nie reguluje w szczególności art. 382 PrUpadNap, ponieważ odnosi się on wyłącznie do kwestii jurysdykcji krajowej polskich sądów, a zatem znajduje zastosowanie dopiero w przypadku wszczęcia postępowania upadłościowego przed polskim sądem. Tymczasem zastosowanie norm art. 142 oraz art. 147 PrUpadNap nie wydaje się *prima facie* uzależnione od wszczęcia postępowania upadłościowego przed polskim sądem. Adresatami tych norm są bowiem także sądy polubowne prowadzące postępowanie na terytorium Polski.

Z jednej strony uznać można, że normy te wyrażają podstawowe zasady polskiego porządku publicznego i są normami wymuszającymi swoją właściwość. W konsekwencji sąd polubowny prowadzący postępowanie na terytorium Polski zobowiązany byłby je zastosować bez względu na pochodzenie stron lub prawo właściwe dla łączącego strony stosunku prawnego. Założenie o takim charakterze norm art. 142 i art. 147 PrUpadNap wydaje się wynikać z aktualnie prezentowanych w doktrynie poglądów akcentujących ich znaczenie jako elementów porządku publicznego⁶². Ze stanowiskiem tym wypada się nie zgodzić. Uznanie normy prawnej za podstawową zasadę porządku publicznego będzie decydować o uchyleniu wyroku sądu polubownego wydanego z naruszeniem tej normy. Tymczasem, przynajmniej w odniesieniu do postępowań arbitrażowych o charakterze międzynarodowym, uchylenie wyroku sądu polubownego ze względu na naruszenie klauzuli porządku publicznego powinno być zastrzeżone do przypadków naruszenia najbardziej fundamentalnych zasad praworządności i sprawiedliwości, powszechnie akceptowanych przez społeczność międzynarodową. Nie powinno natomiast obejmować przypadków naruszenia przez sąd polubowny norm imperatywnych, charakterystycznych wyłącznie dla prawa miejsca postępowania arbitrażowego, w szczególności jeżeli wyrok sądu polubownego będzie wykonywany w państwie trzecim.

Ponadto niezależnie od kontrowersji dotyczącej możliwości uznania art. 142 i art. 147 PrUpadNap za podstawowe zasady polskiego porządku publicznego ich zastosowanie powinno mieć na względzie terytorialny charakter postępowania upadłościowego. Zgodnie z zasadą terytorialności przyjętą w PrUpadNap zagraniczne postępowania upadłościowe nie wywierają w Polsce mocy prawnej, chyba że nastąpi ich uznanie w trybie art. 385 i n. PrUpadNap⁶³ lub znajduje do nich zastosowanie akt prawa międzynarodowego lub prawa organizacji międzynarodowej, której Polska jest członkiem,

62 Zob. np. A. Hrycaj, *op. cit.*, s. 211, której zdaniem wyrok sądu polubownego wydany z naruszeniem art. 142 lub art. 147 PrUpadNap powinien zostać uchylony na podstawie art. 1206 § 1 pkt 1 lub art. 1206 ust. 2 pkt 2, jak też powinna nastąpić odmowa uznania lub stwierdzenia wykonalności takiego wyroku na podstawie art. 1214 § 3 pkt 2 KPC, gdyż tryb wydania tego wyroku uchybia podstawowym zasadom porządku publicznego. Podobnie A. Jakubecki [w:] A. Jakubecki, F. Zedler, *op. cit.*, s. 389.

63 W poprzednio obowiązującym stanie prawnym SN w wyr. z 3.6.1967 r., I CR 120/87, OSNC 1988, Nr 12, poz. 174 orzekł, że orzeczenie zagranicznego sądu w przedmiocie upadłości wywołało skutki prawne na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bez konieczności jego uznania. Zob. krytycznie na temat tego wyr.: M. Tomaszewski, *op. cit.*, s. 151; J. Broł, *op. cit.*, s. 20.

wyłączający konieczność takiego uznania⁶⁴. Jednak nawet uznanie zagranicznego postępowania upadłościowego w Rzeczypospolitej Polskiej wywołuje niejasne skutki prawne w zakresie postępowań arbitrażowych prowadzonych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z art. 397 ust. 1 PrUpadNaprz z dniem uznania zagranicznego postępowania upadłościowego z mocy prawa ulegają zawieszeniu postępowania sądowe dotyczące majątku upadłego oraz postępowania egzekucyjne prowadzone do jego majątku (art. 144–146 PrUpadNaprz stosuje się odpowiednio); upadły traci prawo do zarządzania i rozporządzania swoim majątkiem, chyba że wszczęto postępowanie przewidujące możliwość zawarcia układu i pozostawiono jemu zarząd. Przepis ten nie ma zatem zastosowania do postępowań przed sądami polubownymi, co wynika chociażby z faktu odesłania w treści art. 397 ust. 1 do art. 144–146 PrUpadNaprz, lecz nie do art. 147⁶⁵. Niejasny wydaje się również, w kontekście zapisu na sąd polubowny, zakres zastosowania art. 403 ust. 1 PrUpadNaprz. Przepis ten stanowi, że w razie uznania zagranicznego postępowania upadłościowego skutki ogłoszenia upadłości co do majątku upadłego położonego w Rzeczypospolitej Polskiej oraz zobowiązań, które powstały lub mają być wykonywane w Rzeczypospolitej Polskiej, ocenia się według prawa polskiego. Gdyby zatem zapis na sąd polubowny prowadzący postępowanie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej uznać za zobowiązanie, które ma zostać wykonane w Rzeczypospolitej Polskiej, art. 403 ust. 1 mógłby stanowić podstawę prawną zastosowania art. 142 lub art. 147 PrUpadNaprz do postępowań arbitrażowych prowadzonych w Polsce z udziałem strony zagranicznej, w stosunku do której wszczęte zostało postępowanie upadłościowe w innym państwie⁶⁶. Komentatorzy tego przepisu nie rozszerzają jednak zakresu jego zastosowania na zapis na sąd polubowny⁶⁷. W takim wypadku należałoby uznać, że w świetle Prawa upadłościowego i naprawczego skutki wszczęcia postępowania upadłościowego za granicą względem zapisu na sąd polubowny oraz toczących się postępowań arbitrażowych należy oceniać zgodnie z zasadą *lex concursus* – a zatem zgodnie z prawem, według którego prowadzone jest postępowanie upadłościowe⁶⁸. Przepisy art. 142 ani 147 PrUpadNaprz nie znalazłyby zatem zastosowania do

64 Rozporządzenie Rady (WE) Nr 1346/2000 z 29.5.2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego, Dz.Urz. L Nr 160 z 30.6.2000 r., s. 01. Rozporządzenie weszło w życie 31.5.2001 r. Tekst w języku polskim: Dz.Urz. UE Wydanie Specjalne, Rozdział 19, t. 01, s. 191.

65 Por. także F. Zedler [w:] A. Jakubecki, F. Zedler, *op. cit.*, s. 1007 i n.

66 Odrębnym problemem jest kwestia, czy konkretne postępowanie prowadzone w państwie pochodzenia strony może być uznane za postępowanie upadłościowe w rozumieniu art. 385 PrUpadNaprz.

67 Por. także F. Zedler [w:] A. Jakubecki, F. Zedler, *op. cit.*, s. 1018; S. Gurgul, *op. cit.*, s. 972.

68 Należy dodać, że w niektórych systemach prawnych skutki, które polski Ustawodawca łączy z wydaniem postanowienia o ogłoszeniu upadłości, powstają z chwilą złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego (tak zasadniczo w krajach *common law*). Zob. szerzej W.W. McBryde, A. Flessner, S.C.I.J. Kortmann, *Principles of European Insolvency Law*, Kluwer 2003, *passim*.

toczącego się postępowania arbitrażowego. Podobna sytuacja będzie miała miejsce, jeżeli zagraniczne postępowanie upadłościowe w ogóle nie zostanie w Polsce uznane ani z mocy aktu o charakterze międzynarodowym lub ponadnarodowym nie będzie wynikać, że uznanie takiego postępowania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej następuje z mocy prawa. Należy przy tym zaznaczyć, że zgodnie z art. 386 ust. 1 PrU-padNapr postępowanie o uznanie w Rzeczypospolitej Polskiej zagranicznego postępowania upadłościowego może być wszczęte wyłącznie na wniosek zagranicznego zarządcy – a więc tylko tej strony postępowania przed sądem polubownym, która znalazła się w upadłości. Może to rodzić zastrzeżenia z punktu widzenia zasady równości stron toczącego się w Polsce postępowania przed sądem polubownym.

III. Analiza prawnoporównawcza

1. Uwagi ogólne

Przeprowadzona w poprzedniej części artykułu analiza dowodzi, że obowiązujące rozwiązania prawa polskiego są wysoce niesatysfakcjonujące. Krytyczna analiza obowiązujących rozwiązań prawnych nie wystarcza jednak do przedstawienia konstruktywnych wniosków *de lege ferenda*, tym bardziej że upadłość jednej ze stron nie może pozostawać bez wpływu na kształt i przebieg postępowania arbitrażowego. Dlatego też należy odnieść się do rozwiązań przyjętych w innych porządkach prawnych. Sprawy z zakresu postępowania upadłościowego były tradycyjnie zaliczane do kategorii spraw, którym w zagranicznym piśmiennictwie odmawiano zdatności arbitrażowej⁶⁹. Bliższa analiza tego zagadnienia dowodzi jednak, że obecnie poszczególne obce systemy prawne dopuszczają, aczkolwiek w różnym stopniu, możliwość prowadzenia postępowań arbitrażowych w odniesieniu do spraw związanych z toczącymi się postępowaniami upadłościowymi. Problem tzw. zdatności arbitrażowej jest niczym innym jak kwestią ochrony porządku publicznego⁷⁰. Wyłączenie poszczególnych kategorii spraw z możliwości rozpoznania ich przez sąd polubowny wynika bowiem stąd, że w odniesieniu do tych spraw występują istotne aspekty interesu publicznego. Określenie granic zdatności arbitrażowej jest problemem określenia granic pomiędzy dwoma sprzecznymi dążeniami – z jednej strony zapewnienia, że istotne sprawy leżące w interesie publicznym będą rozstrzygane przez sądy państwowe, z drugiej zaś strony promowaniem arbitrażu jako sprawdzonej i skutecznej metody rozstrzygania sporów⁷¹. Rozwiązanie tego problemu

69 A. Redfern, M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London 1986, s. 138; T. Várady, J.J. Barceló, A.T. von Mehren, *International Commercial Arbitration*, St. Paul, Minn. 1999, s. 221.

70 A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer 1981, s. 360; D. Donovan, *The Public Policy Defense to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in US Courts* [w:] *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, ICC Publishing 2005, s. 242.

71 L.Y. Fortier, *op. cit.*, s. 276.

może nastąpić w różny sposób. Pierwszą metodą jest całkowite wyłączenie spod sądownictwa polubownego spraw, które w ocenie Ustawodawcy zawierają element publicznoprawny. Takie rozwiązanie przyjęte zostało, jak wiadomo, w przepisach polskiego prawa insolwencyjnego.

W państwach o rozwiniętej kulturze prawnej dominuje jednak inne rozwiązanie, które ewoluowało z przedstawionego powyżej modelu w miarę, jak uświadomiono sobie, że w każdym przypadku sądy powszechne zachowują możliwość kontroli orzeczeń sądów polubownych, wydawanych w sprawach zawierających element interesu publicznego, na etapie skargi o uchylenie takiego wyroku lub wniosku o jego uznanie (stwierdzenie wykonalności). Zgodnie z tą doktryną (tzw. drugiego spojrzenia) występowanie elementu interesu publicznego w danym sporze nie wyłącza możliwości jego rozpoznania przez sąd polubowny, który przy wyrokowaniu powinien mieć na względzie konieczność realizacji tego interesu publicznego. Jeżeli tego nie uczyni, możliwe i wskazane będzie uchylenie wyroku lub odmowa stwierdzenia jego wykonalności przez sąd powszechny⁷². Rozwiązanie takie jest nie tylko bardziej przychylnie rozwojowi międzynarodowego arbitrażu handlowego, ale też pozwala znacznie lepiej rozwiązać wskazany na wstępie konflikt wartości. Jest również bardziej logiczne i zgodne z treścią zobowiązań wynikających z Konwencji nowojorskiej.

Najbardziej znanym przykładem wyrażenia i zastosowania tej zasady jest wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Mitsubishi* przeciwko *Soler Chrysler-Plymouth*, w którym istnienie mechanizmów kontroli wyroków sądów polubownych przez sądy państwowe było argumentem decydującym o rozszerzeniu zdatności arbitrażowej w prawie amerykańskim na sprawy antymonopolowe⁷³. W tym samym kontekście można m.in. interpretować rozstrzygnięcia dotyczące sporów arbitrażowych powstałych w wyniku niewykonania międzynarodowych kontraktów handlowych z uwagi na krajowe lub międzynarodowe sankcje w obrocie z niektórymi państwami⁷⁴. Zastosowanie przedstawionej wyżej doktryny odnaleźć można również w ustawodawstwie i praktyce orzeczniczej sądów wielu państw w odniesieniu do dopuszczalności arbitrażu w przypadku

⁷² *Ibidem*, s. 277; *W. Park, Private Adjudicators...*, s. 630; *E. Gaillard, J. Savage* (red.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer 1999, s. 342 i n.; *A. Redfern, M. Hunter, op. cit.*, s. 141; zob. także wyr. Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z 1.6.1999 r. w sprawie C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd. przeciwko Benetton International B.V.*, Zb. Orz. 1999, s. I-3055, dopuszczający *implicite* rozstrzyganie w drodze arbitrażu kwestii prawa konkurencji z zastrzeżeniem konieczności zastosowania przez sąd polubowny reguł prawa konkurencji wynikających z art. 81 TWE pod rygorem uchylenia wyroku przez sąd powszechny.

⁷³ Wyr. SN USA w sprawie *Mitsubishi* przeciwko *Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985), s. 637 i n.; *M. Szpunar*, Sądownictwo polubowne wobec prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 501.

⁷⁴ Zob. np. *National Oil Corp przeciwko Libyan Sun Oil Company*, 733 F. Supp. 800 (D. Del. 1990); *Compagnie nationale Air France przeciwko Mbaye* [2003] R.J.Q 1040 (CA); *L.Y. Fortier, op. cit.*, s. 282.

upadłości jednej ze stron. Poniżej w zwięzły sposób omówione zostały rozwiązania przyjęte w porządkach prawnych reprezentatywnych dla podstawowych kręgów kultury prawnej (romańskiej, germańskiej, *common law*), jak również dla wybranych państw rozwijających się. Obiektywnie stwierdzić należy, że istnieją porządki prawne, które przewidują bardzo restryktywne podejście do kwestii zdatności arbitrażowej spraw w toku postępowań upadłościowych. Nie mają one jednak istotnego wpływu na rozwój międzynarodowego arbitrażu handlowego ani na kształtowanie się międzynarodowych standardów w tym zakresie.

2. Francja

W prawie francuskim ogłoszenie upadłości dłużnika nie powoduje utraty mocy przez zapis na sąd polubowny⁷⁵. Dokonany przez upadłego przed ogłoszeniem upadłości zapis na sąd polubowny wiąże zarówno syndyka (*liquidateur*), jak i dłużnika i nadzorcę sądowego w postępowaniu *redressement judiciaire*⁷⁶. Skutki ogłoszenia upadłości odnośnie do obowiązywania i skuteczności zapisu na sąd polubowny określają art. 47 i 48 Prawa upadłościowego z 1985 r. Zgodnie z art. 47 francuskiego Prawa upadłościowego postanowienie o ogłoszeniu upadłości (*jugement d'ouverture*) zawiesza wszczęte postępowanie i zakazuje wszczynania nowych postępowań przeciwko upadłemu przez wierzycieli, których roszczenia są wcześniejsze niż data ogłoszenia upadłości i które dotyczą zasądzenia od dłużnika określonej sumy pieniędzy lub odstąpienia od umowy ze względu na brak zapłaty⁷⁷. Postępowania te mogą jednak być wszczęte, a postępowania zawieszone mogą być podjęte z chwilą zgłoszenia przez wierzyciela przysługującej mu wierzytelności (art. 48 Prawa upadłościowego). Przekształceniu ulega jednak przedmiot postępowania. Zgodnie z odpowiednim fragmentem art. 48 Prawa upadłościowego postępowania te mogą dotyczyć wyłącznie ustalenia istnienia i wysokości zobowiązania upadłego, natomiast nie mogą prowadzić do wydania wyroku zasądającego. Zapłata określonej kwoty przez upadłego dłużnika może bowiem zostać nakazana wyłącznie w ramach postępowania upadłościowego⁷⁸. Przepisy art. 47 i 48 są we Francji uważane za element porządku publicznego. W orzecznictwie francuskich sądów następujące zasady postępowania upadłościowego uważane są za element krajowego i międzynarodowego porządku publicznego, którego naruszenie może skutkować

75 Zob. np. *P. Ancel*, Note – Cour de cassation (Ch. com.), 14 janvier 2004; Cour de cassation (Ch. com.), 2 juin 2004; Cour de cassation (Ch. com.), 2 juin 2004, *Revue de l'Arbitrage* 2004, Nr 3, s. 596 i n.; *P. Fouchard*, Arbitrage et faillite, *Revue de l'Arbitrage* 1998, Nr 3, s. 471 i n.; *P. Ancel*, Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985, *Revue de l'Arbitrage* 1987, Nr 2, s. 127 i n.

76 *V. Lazic*, *op. cit.*

77 *J. Rosell*, *H. Prager*, *op. cit.*, s. 423.

78 *Ibidem*; *V. Lazic*, *op. cit.*; *F. Mantilla Serrano*, *op. cit.*, s. 70 i n.

uchyleniem wyroku sądu polubownego: pozbawienie upadłego zarządu majątkiem, zakaz indywidualnego dochodzenia roszczeń przez wierzycieli, zasada równego traktowania wierzycieli⁷⁹. Wyrok sądu arbitrażowego zasądający od upadłego zapłatę określonej kwoty może zostać uchylony przez sąd powszechny z uwagi na naruszenie zakazu indywidualnych powództw ze strony wierzycieli⁸⁰. Dotyczy to również międzynarodowego arbitrażu handlowego⁸¹. Nowe postępowania mogą być wszczęte przed sądem polubownym, jeżeli roszczenie wierzyciela zostało zakwestionowane w postępowaniu upadłościowym i jeżeli sędzia komisarz uznał, że nie jest właściwy do rozstrzygnięcia sporu. Zgodnie z art. 102 Prawa upadłościowego, wierzyciel zobowiązany jest do wytoczenia powództwa w terminie dwóch miesięcy⁸². Po wszczęciu postępowania upadłościowego zawarcie nowego zapisu na sąd polubowny wymaga zgody sędziego--komisarza, i to zarówno w przypadku postępowania upadłościowego zmierzającego do likwidacji majątku dłużnika (art. 33 ust. 1), jak i upadłości mającej na celu reorganizację tego majątku (art. 158 Prawa upadłościowego).

3. Holandia

W prawie holenderskim zawarcie zapisu na sąd polubowny przez syndyka wymaga zgody sądu⁸³. Postępowania arbitrażowe toczące się w chwili ogłoszenia upadłości mogą być kontynuowane⁸⁴. Zgodnie z dominującym poglądem syndyk jest związany zapisem na sąd polubowny zawarty przez upadłego przed ogłoszeniem upadłości⁸⁵. Zgodnie z art. 26 holenderskiej *Faillissementswet* z chwilą wszczęcia postępowania upadłościowego wszystkie roszczenia względem masy upadłości mogą być dochodzone wyłącznie w ramach postępowania upadłościowego. Z tą samą chwilą wszystkie toczące się postępowania zostają zawieszane i mogą zostać podjęte dopiero w przypadku zakwestionowania roszczenia w postępowaniu upadłościowym. Jeżeli roszczenie wierzyciela zostanie za-

79 Wyr. Cour de cassation z 5.2.1991 r. w sprawie *Almira Films*, *Revue de l'Arbitrage* 1991, Nr 4, s. 625, glosa *L. Idor*; *P. Fouchard, op. cit.*, Nr 3, s. 481.

80 Zob. wyr. Cour de cassation z 8.3.1988 r. w sprawie *Société Thinet c/ Labrely ès-qualites*, *Revue de l'Arbitrage* 1989, Nr 3, s. 473–474, glosa *P. Ancel*; wyr. Cour d'Appel de Paris z 27.2.1992 r. w sprawie *Sohm, ès-qual. c/ Société Simex*, *Revue de l'Arbitrage* 1992, s. 590, glosa *P. Ancel*; *P. Fouchard, op. cit.*, Nr 3, s. 480.

81 *W. Park*, *Judicial Controls in the Arbitral Process*, *Arbitration International* 1989, Nr 3, s. 253.

82 *V. Lazic, op. cit.*

83 *A.J. van den Berg* [w:] *J. Paulsson* (red.), *International Handbook on Commercial Arbitration*, Suppl. 7 (April/1987), s. 7.

84 *Ibidem*, s. 6.

85 *V. Lazic, op. cit.* i znajdujące się tam odwołania do literatury holenderskiej.

kwestionowane w ramach postępowania upadłościowego, a nie było ono przedmiotem wszczętego uprzednio postępowania sądowego, sędzia-komisarz może nakazać stronom (wierzycielowi i syndykowi) rozstrzygnięcie sporu przed sądem w ramach tzw. *renvooprocedure*, do której co do zasady zastosowanie mają przepisy postępowania cywilnego. Wydaje się przeważać pogląd, że właściwy do rozpoznania tego rodzaju sporów jest wyłącznie sąd upadłościowy, nawet jeżeli strony zawarły uprzednio umowę prorogacyjną lub zapis na sąd polubowny⁸⁶. Wskazuje się również, że w świetle art. 122 *Faillissementswet* po wszczęciu postępowania upadłościowego zawarty uprzednio zapis na sąd polubowny staje się bezskuteczny względem syndyka. Dotyczy to przypadków, gdy w chwili wszczęcia postępowania upadłościowego postępowanie arbitrażowe się nie toczy. Dla nowych postępowań wyłącznie właściwy staje się sąd upadłościowy. Kwestia ta jest jednak przedmiotem kontrowersji w doktrynie⁸⁷. Zapis na sąd polubowny nie traci natomiast skuteczności w odniesieniu do innych rodzajów ewentualnych sporów, m.in. w zakresie roszczeń niepieniężnych⁸⁸.

4. Szwajcaria

W prawie szwajcarskim ogłoszenie upadłości nie powoduje unieważnienia zapisu na sąd polubowny, zaś masa upadłości jest związana zapisem na sąd polubowny zawartym przez upadłego przed ogłoszeniem upadłości⁸⁹. Strony mogą się jednak umówić w zapisie na sąd polubowny, że utraci on moc w przypadku ogłoszenia upadłości którejkolwiek z nich⁹⁰. Z mocy art. 207 szwajcarskiej ustawy federalnej z 11.4.1989 r. o windykacji należności i upadłości ogłoszenie upadłości przez pozwanego powoduje zawieszenie wszystkich toczących się postępowań sądowych i arbitrażowych do upływu 10 dni od daty drugiego zwołania wierzycieli w terminie określonym przez ustawę. W przypadku zakwestionowania roszczenia w toku postępowania upadłościowego postępowanie arbitrażowe może się toczyć w celu ustalenia istnienia lub wysokości wierzytelności⁹¹. Postępowanie arbitrażowe może również dotyczyć włączenia określonych

86 *Ibidem* i cyt. tam źródła.

87 *Ibidem*.

88 *Ibidem*.

89 L. Lévy, *op. cit.*, s. 27 i cyt. tam orzecznictwo i literatura. Wyr. arbitra *Marcusa Wirtha* z 20.11.2001 r. w sprawie Nr 415, arbitraż według reguł Zuryjskiej Izby Handlowej, *publ. ASA Bulletin* 2002, Nr 3, s. 467–472.

90 L. Lévy, *op. cit.*, s. 27 i cyt. tam orzecznictwo i literatura; por. wyr. szwajcarskiego Związkowego Sądu Najwyższego z 9.4.1991 r. w sprawie *Clear Star Ltd.* (tekst dostępny dla abonentów: www.kluwerarbitration.com).

91 L. Lévy, *op. cit.*, s. 29; M. Blessing, *The New International Arbitration Law in Switzerland: A Significant Step Towards Liberalism*, *Journal of International Arbitration* 1988, Nr 2, s. 25 i n.

przedmiotów do masy upadłości lub wyłączenia ich z niej⁹². Dopuszczalny jest również zarzut potrącenia w postępowaniu arbitrażowym. Zdatowność arbitrażową mają również sprawy o ustalenie, że zaspokojenie roszczenia może nastąpić z funduszy masy lub ustalenie zaszeregowania roszczenia w konkretnej kategorii wierzytelności⁹³. Zgodnie ze szwajcarskim prawem syndyk może zawrzeć zapis na sąd polubowny pod warunkiem uzyskania zgody rady wierzycieli lub drugiego zgromadzenia wierzycieli (art. 237 ust. 3 pkt 3 w zw. z art. 253 ustawy federalnej z 11.4.1889 r.)⁹⁴.

5. Republika Federalna Niemiec

W prawie niemieckim ogłoszenie upadłości dłużnika nie wpływa na toczące się postępowania arbitrażowe, ani na krajowe, ani na zagraniczne⁹⁵. Nie podlegają one zawieszeniu z powodu ogłoszenia upadłości pozwanego ani na terytorium Niemiec, ani za granicą⁹⁶. Wydanie wyroku zasądającego przez sąd polubowny za granicą po wszczęciu postępowania upadłościowego w Niemczech nie stanowi podstawy odmowy stwierdzenia wykonalności takiego wyroku. Stwierdzenie wykonalności zagranicznego wyroku sądu polubownego nie jest traktowane jako element postępowania egzekucyjnego, lecz jedynie jako czynność przygotowawcza⁹⁷. Dlatego też złożenie wniosku o stwierdzenie wykonalności zagranicznego wyroku sądu polubownego nie jest traktowane jako naruszenie wyłącznej właściwości sądu państwowego w zakresie podziału funduszy masy. Zaspokojenie wierzyciela może bowiem nastąpić wyłącznie w ramach postępowania upadłościowego. Niemieckie sądy państwowe odmawiały również zastosowania klauzuli porządku publicznego przewidzianej w art. V ust. 2 lit. b) Konwencji nowojorskiej przy ocenie wniosków o stwierdzenie wykonalności zagranicznych wyroków sądów polubownych w Niemczech z uwagi na upadłość pozwanego. Aktywny udział zarządcy lub syndyka w postępowaniu arbitrażowym jest również brany pod uwagę w kontekście oceny, czy w postępowaniu przed sądem polubownym doszło do

92 *L. Lévy, op. cit.*, s. 29.

93 *Ibidem*.

94 *Ibidem*, s. 26.

95 Zob. wyr. sądu polubownego przy Niemieckim Stowarzyszeniu Kawy z 28.9.1992 r., *Yearbook Commercial Arbitration* 1994, s. 48.

96 Wyr. Oberlandesgericht Hamm z 2.12.1983 r., *Yearbook Commercial Arbitration* 1989, s. 626; zob. wyr. Oberlandesgericht Düsseldorf z 18.7.1997 r., *Yearbook Commercial Arbitration* 1999, s. 303 i cyt. tam literatura i orzecznictwo.

97 Wyr. Oberlandesgericht Brandenburg z 2.9.1999 r.; 8 Sch 01/99, *Yearbook Commercial Arbitration* 2004, s. 697 i n.

naruszenia prawa do sądu⁹⁸. Pozbawienie syndyka możliwości obrony w postępowaniu arbitrażowym może jednak uzasadniać odmowę uznania wyroku sądu polubownego⁹⁹.

6. Stany Zjednoczone Ameryki

Zgodnie z Sekcją 362 Rozdziału 11 U.S. *Bankruptcy Code* złożenie wniosku o upadłość lub reorganizację powoduje z mocy prawa zawieszenie m.in. możliwości wszczęcia lub kontynuowania (*commencement or continuation*) jakiegokolwiek postępowania, które mogło być wszczęte przed momentem złożenia wniosku o upadłość¹⁰⁰. Doktryna i orzecznictwo sądów amerykańskich zgodne są co do tego, że przepis ten obejmuje również postępowania przed sądami polubownymi¹⁰¹. Umyślne naruszenie zasady zawieszenia postępowań zagrożone jest w prawie amerykańskim grzywną oraz może rodzić odpowiedzialność odszkodowawczą¹⁰².

Zgodnie z ogólną zasadą wierzyciel upadłego dłużnika powinien przedstawić dowód istnienia swojej wierzytelności sądowi upadłościowemu (*Bankruptcy Court*), który następnie wierzytelność tę może uwzględnić lub nie. Wierzyciel może jednak wnosić do sądu upadłościowego o zgodę na podjęcie postępowania. Zgodnie z Sekcją 362(d)(1) U.S. *Bankruptcy Code* sąd upadłościowy może „z ważnej przyczyny” zakończyć, anulować, zmienić zasady lub nałożyć warunki na obowiązywanie zasady zawieszenia postępowania¹⁰³. W takim wypadku postępowanie arbitrażowe może się toczyć w celu ustalenia istnienia i wysokości roszczenia wierzyciela. Po zakończeniu postępowania arbitrażowego wierzyciel powinien jednak przedstawić wierzytelność sądowi upadłościowemu. Zaspokojenie jego roszczenia nastąpić może bowiem jedynie w ramach postępowania upadłościowego¹⁰⁴. Kontynuowanie postępowania arbitrażowego ma dla wierzyciela tę wartość, że wyrok sądu polubownego, potwierdzony przez sąd państwowy, stanowi dowód istnienia wierzytelności.

98 Wyr. Oberlandesgericht Hamm z 2.12.1983 r., *op. cit.*; por. C.B. Kuner, The Public Policy Exception to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the United States and West Germany Under the New York Convention, *Journal of International Arbitration* 1990, Nr 4, s. 85 i przyp. 88.

99 Wyr. Landesgericht Bremen z 20.1.1983 r., *Yearbook Commercial Arbitration* 1987, s. 486.; H.-J. Lüer, German Court Decisions Interpreting and Implementing the New York Convention, *Journal of International Arbitration* 1990, Nr 1, s. 130.

100 11 U.S.C. § 362.

101 J. Rosell, H. Prager, *op. cit.*, s. 418 i n.; V. Lazic, *op. cit.*, i cyt. tam źródła.

102 V. Lazic, *op. cit.*

103 Na temat pojęcia „ważnej przyczyny” zob. szerzej J. Rosell, H. Prager, *op. cit.*, s. 418 i n.

104 J. Rosell, H. Prager, *op. cit.*, s. 421.

Sądy upadłościowe korzystają z szerokich granic swobody przy ocenie, czy postępowanie arbitrażowe może się toczyć równoległe z postępowaniem upadłościowym. W orzecznictwie podkreśla się niezgodność właściwej dla arbitrażu decentralizacji rozstrzygania sporów pomiędzy dłużnikiem a wierzycielem, z cechującą postępowanie upadłościowe centralizacją właściwości sądu upadłościowego¹⁰⁵. Wprawdzie wszczęcie postępowania upadłościowego nie wyklucza możliwości równoległego prowadzenia postępowania arbitrażowego, jednak w przypadku, gdy kontynuowanie arbitrażu zagrażałoby istotnie celom postępowania upadłościowego (reorganizacja masy upadłości, równe traktowanie wierzycieli), amerykańskie orzecznictwo opowiada się za pozbawieniem skuteczności zapisu na sąd polubowny. Istotne znaczenie odgrywa w tym zakresie doktryna uznająca, że w odniesieniu do niektórych kategorii spraw (tzw. *core matters*), które z punktu widzenia celów konkretnego postępowania upadłościowego mają istotne znaczenie, właściwość sądów upadłościowych jest wyłączna¹⁰⁶.

7. Anglia

W prawie angielskim skutki upadłości w odniesieniu do zapisu na sąd polubowny dokonanego przez upadłego przed ogłoszeniem upadłości reguluje art. 349A ustawy *Insolvency Act* z 1986 r. Zakłada on, że upadłość nie wywołuje automatycznej utraty mocy przez zapis na sąd polubowny. Zapis na sąd polubowny dzieli natomiast los kontraktu głównego, do którego został włączony. Jeżeli syndyk, w wykonaniu przysługujących mu uprawnień, zaakceptuje umowę główną, staje się *eo ipso* związany zapisem na sąd polubowny dokonanym wcześniej przez upadłego. Jeżeli natomiast syndyk wypowie umowę główną, a w związku z tą umową powstaje spór wymagający rozstrzygnięcia przez sąd polubowny wskazany w zapisie, zarówno syndyk (za zgodą rady wierzycieli), jak też druga strona umowy mogą wnieść do sądu upadłościowego o wyrażenie zgody na wszczęcie postępowania arbitrażowego¹⁰⁷. Skuteczność umowy o arbitraż po ogłoszeniu upadłości zależy zatem w znacznej mierze od stanowiska syndyka¹⁰⁸.

105 Zob. wyr. United States Court of Appeals, Fourth Circuit, z 1.4.2005 r., sprawa *Joseph C. Phillips* przeciwko *Mowbray, L.L.C.* i in., *Yearbook Commercial Arbitration* 2005, s. 1144. W poprzednio obowiązującym stanie prawnym: *Zimmermann* przeciwko *Continental Airlines Inc.*, 712 F.2d 55 (3rd Cir. 1983), cert. denied, 464 US 1038, 104 S.Ct. 699, 79 L.E.2d 165 (1984).

106 Zob. *V. Lazić, op. cit.*; zob. szerzej *A.N. Resnick*, *The Enforceability of Arbitration Clauses in Bankruptcy*, 15 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 2007, s. 183 i n.

107 *G. Burn, E. Grubb*, *Insolvency and Arbitration in English Law*, *International Arbitration Law Review* 2005, Nr 4, s. 126; *A. Tweedale, K. Tweedale*, *Arbitration of Commercial Disputes*. *International and English Law Practice*, Oxford 2005, s. 554–555.

108 *G. Burn, E. Grubb, op. cit.*, s. 127.

Postępowania przed sądem polubownym, toczące się w chwili wszczęcia postępowania upadłościowego, zostają zawieszane¹⁰⁹.

8. Inne porządki prawne

Wśród innych porządków prawnych poddanych analizie dla potrzeb niniejszego artykułu wymienić można prawo argentyńskie. Artykuł 134 Prawa upadłościowego¹¹⁰ pozwala na kontynuowanie postępowań arbitrażowych po ogłoszeniu upadłości pozwanego, jeżeli trybunał arbitrażowy został utworzony przed ogłoszeniem upadłości strony. W takich sytuacjach trybunał arbitrażowy zachowuje właściwość do dalszego prowadzenia sporu¹¹¹. W przeciwnych wypadkach ogłoszenie upadłości powoduje utratę mocy przez zapis na sąd polubowny. Sąd upadłościowy może jednak w szczególnych wypadkach upoważnić syndyka do zawarcia zapisu na sąd polubowny lub podjęcia działań umożliwiających ukonstytuowanie się trybunału arbitrażowego. W odniesieniu natomiast do postępowań, w których upadły jest powodem, wszczęcie postępowania upadłościowego nie wpływa na skuteczność zapisu na sąd polubowny¹¹².

W prawie chorwackim, zgodnie z art. 301 ust. 1 Prawa upadłościowego z 1996 r.¹¹³, w postępowaniach przeciwko upadłemu, którego siedziba przedsiębiorstwa leży w Chorwacji, chorwacki sąd upadłościowy ma właściwość wyłączną. Syndyk może jednak zawrzeć zapis na sąd polubowny za zgodą zgromadzenia wierzycieli lub rady wierzycieli. Postępowania przed sądem polubownym, toczące się w chwili ogłoszenia upadłości, dotyczące przedmiotu sporu wchodzącego do masy upadłości, nie wygasają, lecz syndyk wstępuje w prawa upadłego¹¹⁴.

109 Art. 285 ust. 3 Insolvency Act; por. W.W. McBryde, A. Flessner, S.C.I.J. Kortmann, *op. cit.*, s. 214; G. Burn, E. Grubb, *op. cit.*, s. 125.

110 Ley 24.522 z 20.7.1995 r. de concursos y quiebras, Boletín Oficial 1995, Nr 8, s. 9; tekst dostępny na: <http://www.portaldeabogados.com.ar>.

111 Zob. wyr. SN Argentyny z 1.11.1988 r. w sprawie *Re La Nación S.A.* i in. przeciwko *La Razón S.A.*; zob. także E.J. Cárdenas, Arbitration and Bankruptcy Procedures – The Argentine Reply ‘La Nación v La Razón’, *International Business Lawyer* 1991, s. 527.

112 Wyr. SN Argentyny z 5.4.2005 r., *Bear Service S.A.* przeciwko *Cervecería Modelo S.A. de C.V.*, ITA (Kluwer), La Ley z 1.7.2005 r.

113 Narodne novine 44/96

114 K. Sajko, *Das neue kroatische Recht der Schiedsgerichtsbarkeit* [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 485.

IV. Wnioski

Przedstawione powyżej zastrzeżenia pod adresem aktualnych rozwiązań polskiego Prawa upadłościowego i naprawczego uzasadniają pogląd, że **rozwiązania te w zakresie wpływu postępowania upadłościowego na zapis na sąd polubowny oraz toczące się postępowania arbitrażowe są wewnętrznie niespójne, a także niezgodne z wiążącymi Polskę zobowiązaniami międzynarodowymi, nieuzasadnione i *per saldo* niekorzystne dla uczestników postępowania upadłościowego**. Są one nie tylko niezgodne z rozwiązaniami przyjętymi w innych nowoczesnych systemach, lecz z punktu widzenia tych systemów prawnych polskie rozwiązania prawne wydają się anachroniczne i świadczące o nieufności polskiego Ustawodawcy do sądownictwa polubownego. Postulować zatem należy jak najszybszą zmianę ustawodawczą. W tym zakresie sformułować można kilka postulatów uzasadnionych nie tylko wnioskami wynikającymi z analizy krytycznej przeprowadzonej w Części II artykułu, lecz także z analizy prawnoporównawczej przeprowadzonej w Części III. **Po pierwsze**, ogłoszenie upadłości nie powinno pozbawiać mocy prawnej zapisu na sąd polubowny dokonanego przez upadłego. **Po drugie**, ogłoszenie upadłości nie powinno wpływać na możliwość wszczęcia lub kontynuowania postępowania przed sądem polubownym w przypadku, gdy upadły występuje po stronie powodowej. W takim przypadku, o ile przedmiot sporu wchodzi w skład masy upadłości, po stronie upadłego w postępowaniu uczestniczyłby syndyk lub nadzorca sądowy. **Po trzecie**, postulować należy zawieszenie z mocy prawa postępowań przed sądami polubownymi toczącymi się w chwili ogłoszenia upadłości¹¹⁵. Okres zawieszenia postępowania powinien służyć z jednej strony zgłoszeniu przez powoda wierzytelności w postępowaniu upadłościowym, a z drugiej strony umożliwić syndykowi lub nadzorcy sądowemu należyte przygotowanie się do wzięcia udziału w toczącym się postępowaniu i zapobiec wydaniu wyroku w sytuacji pozbawienia jednej ze stron możliwości obrony. Zawieszone postępowanie mogłoby zostać podjęte dopiero po zgłoszeniu wierzytelności do masy upadłości przez powoda oraz zgłoszeniu przez syndyka udziału w postępowaniu. W takim przypadku powinna nastąpić również odpowiednia zmiana w zakresie oznaczenia stron postępowania.

ABSTRACT

The existing provisions of the Polish insolvency law provide for automatic invalidation of arbitration clauses upon the declaration of bankruptcy, and call for immediate termination of all pending arbitral proceedings. The article reviews the current opinions expressed in the current Polish legal writing with respect to the legislation at issue. The article offers a discussion of the adverse effects that the existing regulation has on

115 W.W. McBryde, A. Flessner, S.C.I.J. Kortmann, *op. cit.*, s. 38. Byłoby to również rozwiązanie zgodne z art. 20 ust. 1 lit. a) ustawy modelowej UNCITRAL o transgranicznej upadłości (tekst dostępny na: www.uncitral.org); por. W. Klyta, *Uznanie zagranicznych postępowań upadłościowych*, Warszawa 2008, s. 201.

international commercial arbitration, the bankruptcy estate and the interests of the estate's creditors. The critical analysis is backed with arguments drawing from international and constitutional law, as well as from practitioner's perspective. Nextly, the Polish legislation is assessed against a comparative review of influential contemporary legal systems. The analysis is completed with a call for amendment of the existing regulations.