

Sprawozdanie z konferencji „Rozwiązywanie sporów w transakcjach M&A. Taktyki, wyzwania, metody obrony”

W dniach 13–14.5.2010 r. w Warszawie odbyła się międzynarodowa konferencja „Rozwiązywanie sporów w transakcjach M&A. Taktyki, wyzwania, metody obrony”. Jej organizatorem był Sąd Arbitrażowy przy Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan. Dla tego przedsięwzięcia promującego arbitraż jako metodę rozstrzygania sporów wynikających z transakcji obrotu udziałami i akcjami organizator pozyskał patronat, wsparcie finansowe i pomoc organizacyjną ze strony wielu instytucji. Były wśród nich m.in. Ministerstwo Spraw Zagranicznych, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Unia Europejska – Program Operacyjny Kapitał Ludzki, Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy przy Międzynarodowej Izbie Handlowej w Paryżu, Polski Komitet Narodowy Międzynarodowej Izby Handlowej (ICC Polska), Sekcja Prawa Międzynarodowego *American Bar Association*, organizacja *Arbitral Women*. Liczny udział adwokatów, arbitrów i pracowników naukowych z kilkunastu krajów¹ w gronie prelegentów konferencji i jej uczestników dowodzi, że arbitraż stanowi istotną dziedzinę praktyki zawodowej prawników. Konferencja rzeczywiście stała się miejscem wymiany ich poglądów i doświadczeń oraz pokazała, że – tak, jak transakcje łączenia i nabywania spółek często mają charakter międzynarodowy – tak i międzynarodowy arbitraż jest ważną i często stosowaną metodą rozstrzygania wynikających z nich sporów. Cenny był też udział w konferencji ludzi biznesu – ich wątpliwości i oczekiwania wobec arbitrażu powinny prawników szczególnie zainteresować. Konferencja była też okazją do zaprezentowania działalności instytucji, które nie tylko oferują organizacyjne zaplecze dla arbitrów i pełnomocników stron, lecz także podejmują prace studyjne nad procedurą arbitrażową i harmonizacją prawa, zwłaszcza w dziedzinie powszechnie zawieranych umów handlowych.

Konferencję otworzyły i przewodniczyły jej mec. *Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz*, Wiceprezes Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan, partner w kancelarii Gessel, i *Yulia Andreeva* z kancelarii Debevoise & Plimpton LLP w USA, autorki koncepcji i programu konferencji. Następnie głos zabrał Podsekretarz Stanu w MSZ dr hab. *Maciej Szpunar*, który przypomniał znaczenie arbitrażu w klasycznym prawie międzynarodowym

¹ M.in. z Austrii, Bułgarii, Francji, Hiszpanii, Litwy, Niemiec, Pakistanu, Rosji, Rumunii, Stanów Zjednoczonych, Szwajcarii, Szwecji, Turcji, Ukrainy, Wielkiej Brytanii, Włoch.

i współcześnie, podkreślił wkład UNCITRAL w opracowanie reguł arbitrażowych oraz wskazał na miejsce alternatywnych metod rozstrzygnięcia sporów w prawie europejskim. Mówił on także o udziale państwa polskiego w postępowaniach arbitrażowych prowadzonych na podstawie prawa międzynarodowego publicznego i prawa europejskiego oraz o stałych sądach arbitrażowych działających w Polsce. Organizację, cele i główne kierunki działalności Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan przybliżył słuchaczom *Henryk Orfinger* z Rady Głównej Konfederacji. Uczestników konferencji powitał Profesor *Andrzej Szumański*, Prezes Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan; swoje wystąpienie poświęcił przedstawieniu struktury i dotychczasowego dorobku utworzonego w 2005 r. Sądu oraz prowadzonych przez jego ekspertów prac nad projektami regulaminu, mających na celu usprawnienie postępowania i zasad etycznych obowiązujących arbitrow.

W programie konferencji znalazło się sześć tematów, a każdy z nich omawiany był przez kilkusobową grupę dyskutantów. Niektórzy z nich wygłosili krótkie wystąpienia wprowadzające do ogólnej dyskusji, inne tematy przedstawione zostały na przykładzie praktycznych kasusów, co upodobiło te punkty konferencji do rozprawy arbitrażowej.

W pierwszej kolejności zastanawiano się, czy arbitraż ma konkurencję, tj. czy spory z transakcji łączenia i nabywania spółek mogą być efektywnie rozstrzygane w innym trybie. Profesor *Gerhard Wegen* z Uniwersytetu w Tybindze oraz z kancelarii *Gleiss Lutz* zauważył, że w tej dziedzinie mamy do czynienia ze sporami na gruncie jednego systemu prawnego (arbitraż krajowy) albo różnych systemów prawnych (arbitraż międzynarodowy), w tym należących do tradycji prawa kontynentalnego i angloamerykańskiego. *Frederick Fucci* z kancelarii *Arnold & Porter LLP* dowodził, że w Stanach Zjednoczonych taka „konkurencja” jest dosyć silna: spory wynikające z umów zbycia akcji i udziałów rozstrzygane są głównie w sądach stanu Delaware (gdzie zarejestrowanych jest 60% spółek publicznych), w Nowym Jorku oraz w stanie Kalifornia. Za wyborem jurysdykcji *Delaware Court of Chancery*, który wskazywany jest jako właściwy w ok. 30% transakcji tego typu, przemawiają wysokie kompetencje sędziów oraz fakt, że w stanie tym istnieje tylko jedna instancja odwoławcza. Dobrą renomą w rozstrzygnięciu sporów gospodarczych cieszą się również sędziowie nowojorscy i kalifornijscy. Mimo to, zagraniczny inwestor nie powinien poddawać takiego sporu sądowi państwowemu ze względu na długość postępowania (zanim odbędzie się rozprawa, mija dziesięć miesięcy do dwóch lat, co spowodowane jest dużą liczbą spraw na wokandzie każdego sędziego), szeroki zakres postępowania dowodowego i wysokie koszty. Przynajmniej niektórych z tych problemów można uniknąć w arbitrażu – możliwe jest przecież znalezienie kompetentnego arbitra, postępowanie jest poufne, mimo wszczęcia arbitrażu strona może uzyskać zabezpieczenie roszczenia przed sądem

Statystyki i główne tendencje w rozstrzygnięciu sporów w arbitrażu prowadzonym według reguł Sądu Arbitrażowego przy Międzynarodowej Izbie Handlowej w Paryżu przedstawił *Simon Greenberg*, zastępca sekretarza tego Sądu. Od początku swego istnienia, tj. od 1923 r., przed Sądem Arbitrażowym przy ICC rozstrzygniętych zostało 17 300 spraw. Statystyki nie potwierdzają obiegowej opinii, że większość sporów przedkładanych przed arbitraż administrowany przez tę instytucję dotyczy spraw budowlanych (obecnie tylko

około 15% spraw); spory z transakcji łączenia i nabywania spółek stanowiły prawie 10% spraw rozstrzyganych w 2009 r., ich strony pochodzą ze wszystkich rejonów świata, głównie jednak z Europy Środkowej i Ameryki Łacińskiej, i najczęściej dotyczą treści kontraktowych zapewnień i gwarancji co do zbywanych udziałów (akcji) i stanu przedsiębiorstwa spółki, wyceny i ostatecznej kalkulacji ceny. S. Greenberg zwrócił uwagę na kulturowe uwarunkowania arbitrażu, jak np. większe zaufanie do tej metody rozstrzygania sporów w Brazylii, gdzie prawie 80% transakcji łączenia i nabywania spółek kończy się sporem, a udziałowcom – w większości rodzinnych spółek – zależy na poufnym ich rozstrzygnięciu. Po tym wystąpieniu wywiązała się krótka dyskusja na temat udziału osób trzecich w postępowaniu (np. spółki-matki, która oświadczyła nabywcy w tzw. *comfort letter*, że zobowiązania wynikające z umowy będą honorowane) – jest to problem rozstrzygany na podstawie prawa miejsca arbitrażu, który nie posiada jeszcze jednolitej linii orzecznictwa trybunałów orzekających na podstawie regulaminu arbitrażowego ICC. Simon Greenberg postulował, by strony umów sprzedaży akcji (udziałów) zawczasu uregulowały go w umowie, wyraźnie wskazując, które podmioty mogą stać się stroną postępowania.

Konieczność dobrej współpracy sądu państwowego i trybunału arbitrażowego jako warunku sprawności postępowania arbitrażowego podkreślił i pokazał na przykładzie systemu prawa angielskiego Murray Rosen QC, adwokat, który – jak sam powiedział – połowę swojej praktyki poświęca występowaniu przed sądem, połowę – arbitrażowi. W Anglii zaufanie do sądu państwowego jako forum rozstrzygania sporów z zakresu prawa własności, prawa trustów i prawa gospodarczego opiera się i na kilkusetletniej tradycji, i na znakomitym przygotowaniu sędziów, powoływanych spośród doświadczonych adwokatów. Docenia się to również za granicą, o czym świadczy wybór prawa angielskiego i sądów angielskich przez strony umów z obcym elementem. Uczestnicy postępowania arbitrażowego zwracają się do sądu państwowego w razie, gdy podnoszą zastrzeżenia do jego prawidłowego przebiegu, i na etapie wykonania wyroku, zaś zaskarżanie wyroków arbitrażowych nie jest częste. Sędziowie angielscy mogą orzekać również jako arbitrzy i w tym należy upatrywać gwarancji sprawnego przebiegu postępowania przed trybunałem arbitrażowym i wysokiej jakości jego rozstrzygnięć. Spory wynikające z transakcji łączenia i nabywania spółek, jego zdaniem, nadają się do rozstrzygania przez trybunały arbitrażowe i w ostatnich latach daje się zaobserwować wzrost liczby takich sporów i udziału w nich podmiotów pochodzących z Europy Środkowo-Wschodniej i Azji Środkowej, jednak również sądy gospodarcze w Anglii są dobrze przygotowane do orzekania w takich sprawach. Krótka dyskusja po wystąpieniu M. Rosena dotyczyła m.in. poufności arbitrażu i wynikało z niej, że strony już na etapie negocjowania transakcji i redagowania umowy powinny uregulować wiele kwestii dotyczących poufności dokumentów, zakresu swobody stron w informowaniu o powstałym sporze, poufności samego postępowania arbitrażowego; istotne jest, że również procedura postępowania przed sądem gospodarczym w Anglii umożliwia ograniczenie jawności postępowania dla ochrony tajemnicy handlowej.

Pytanie o sens poddawania przez strony sporu do rozstrzygnięcia osobom trzecim (sądowi, trybunałowi arbitrażowemu), zamiast doprowadzenia przez same strony do jego rozstrzygnięcia na drodze negocjacji, postawił dr Rafał Morek, adiunkt UW, adwokat z kancelarii K&L Gates Jamka Spółka Komandytowa. Strony negocjują z reguły

skomplikowane transakcje łączenia i nabywania spółek, dlatego więc zamiast same dążyć do polubownego rozstrzygnięcia wynikających z nich sporów, mają pozbawić się „właściwości sporu”, odchodząc od charakterystycznego dla etapu zawierania umowy modelu negocjacji. Jego zdaniem spór przed sądem państwowym i przed arbitrażem może trwać zbyt długo z punktu widzenia interesu stron w znalezieniu szybkiego rozstrzygnięcia, zwłaszcza gdy wynika on na etapie po zawarciu umowy, ale przed jej wykonaniem. Dlatego lepszym posunięciem może być przeprowadzenie przez strony kolejnych negocjacji, a w razie ich niepowodzenia – oddanie sporu mediatorowi, który pomoże stronom znaleźć satysfakcjonujące rozwiązanie. W wystąpieniu odnotowane zostało, że mediacja w sporach z łączenia i nabywania spółek jest jednak niezwykle rzadka, a z ogólnej liczby około 7 milionów spraw cywilnych w sądach polskich w 2009 r. do mediacji przekazanych zostało zaledwie około 3 tysięcy spraw. Za mediacją przemawiają statystyki – 8 z 10 sporów gospodarczych przekazanych do mediacji zakończyło się porozumieniem stron. Powodzenie mediacji zależy od umiejętności mediatora, pożądanym modelem mediacji jest postępowanie prowadzone w sposób elastyczny, poufny, w nieformalnej atmosferze, nakierowane na znalezienie rozwiązania, które ma dobre uzasadnienie gospodarcze. Mediator podsuwa jedynie ramy rozstrzygnięcia, a treścią wypełniają je same strony, znajdując rozwiązanie satysfakcjonujące dla obojgu. Zdaniem R. Morka, strony sporu powinny skorzystać z mediacji w razie niepowodzenia bezpośrednich negocjacji, zanim poddadzą spór pod arbitraż lub rozstrzygnięcie sądowe. Stanowisko to w pełni poparł M. Rosen, wskazując, że w Anglii z mediacji korzysta się często, sąd zawieszają postępowanie dla umożliwienia samym stronom znalezienia rozwiązania sporu, połowa sporów gospodarczych przekazanych do mediacji zakończyła się w ten sposób, a powodów powodzenia mediacji należy upatrywać w tym, że strony mogą swobodnie przekazać mediatorowi swoje stanowisko i że czynią to osoby kompetentne do podejmowania decyzji. W innych warunkach, gdy brakuje woli znalezienia rozwiązania, a spór postrzegany jest jako rozgrywka, mediacja przyjmowana jest sceptycznie.

Dyskusję o miejscu arbitrażu w rozstrzyganiu sporów gospodarczych zakończyło wystąpienie przedstawiciela kręgów gospodarczych, mocodawcy prawników. Przemysław Schmidt z Trigon Dom Maklerski S.A. przedstawił punkt widzenia menadżera stojącego wobec typowych problemów wynikających w praktyce z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy sprzedaży akcji/udziałów. Menadżer chce, by spór między stronami został szybko i tanio rozstrzygnięty na jego korzyść. Doświadczenie podpowie mu, że przed sądem państwowym szybkiego rozstrzygnięcia raczej nie może się spodziewać, a sędziowie nie mają specjalistycznej wiedzy z zakresu finansów. Na tym tle największą zaletą arbitrażu jest możliwość wybrania arbitra przez stronę.

W ogólnej dyskusji na zakończenie tej części konferencji poruszone zostały następujące tematy: kryteria wyboru pełnomocnika strony w postępowaniu arbitrażowym, zalety szczegółowego uregulowania w umowie przebiegu negocjacji w razie wystąpienia sporu i zagwarantowania udziału w negocjacjach członków organów odpowiedniego szczebla władnych podejmować decyzje, w zależności od wagi sporu – jako warunek sprawnego przebiegu negocjacji i mediacji; wskazano, że ważną zaletą arbitrażu jest jednolity system uznawalności i wykonalności wyroków arbitrażowych wprowadzony przez konwencję

nowojorską (a takiego systemu – poza krajami Unii Europejskiej – brak w odniesieniu do orzeczeń sądowych). Zwrócono też uwagę na konieczność dokładnego ustalenia zakresu zdadności arbitrażowej sporów w poszczególnych systemach prawnych.

Do uczestników konferencji przemówił następnie *Piotr Nowaczyk* z kancelarii Salans, arbiter i członek Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego przy Międzynarodowej Izbie Handlowej w Paryżu. Przywołując historyczne początki i współczesne realia, wyjaśniał, dlaczego Polska jest dobrym miejscem arbitrażu, a do młodych prawników skierował uwagi o zawodowej drodze arbitra.

W dalszej kolejności uczestnicy konferencji zajęli się zagadnieniem rozstrzygnięcia sporów wynikłych na etapie po zawarciu umowy sprzedaży akcji/udziałów o charakterze zobowiązującym, lecz przed dokonaniem rozporządzenia, z reguły przesuniętego w czasie, często uzależnionego od ziszczenia się warunku. Dyskusję prowadzili prawnicy – praktycy z kancelarii prawnych w Wielkiej Brytanii, Szwecji, Polsce i Szwajcarii. Profesor *Henry Peter* z Peterlegal S.A. w Szwajcarii przedstawił typowe okoliczności, w jakich spory te mogą powstać: różnica zdań w sprawie ustaleń z procesu badania stanu prawnego spółki prowadzonego przez nabywcę udziałów, niewykonanie przez strony umowy dotyczącej poufności dokumentów i informacji przekazywanych sobie przez strony na etapie negocjacji oraz umowy o wyłączność negocjacji, spory co do charakteru prawnego listu intencyjnego, przebiegu procesu negocjacji, związania stron umową, ziszczenia się warunku zawarcia umowy rozporządzającej udziałami/akcjami, wysokości odszkodowania, skutków orzeczenia stwierdzającego obowiązek zawarcia umowy. Dalszą dyskusję ukierunkowała *Wendy Miles* z kancelarii WilmerHale w Wielkiej Brytanii, stawiając pytanie o długość postępowania sądowego w poszczególnych krajach przy rozstrzygnięciu sporów tego rodzaju, wskazała przy tym, że w Wielkiej Brytanii trzeba mierzyć je w latach, a nie w miesiącach. Z wypowiedzi *Hansa Bagnera* z kancelarii Frank Advokatbyrå w Szwecji wynikało, że postępowanie przed sądami trzech instancji w Szwecji trwa około 5 lat, lecz w praktyce, ze względu na małe doświadczenie sędziów w tych sprawach, strony na ogół nie decydują się poddać sporów z transakcji łączenia i nabywania spółek pod rozstrzygnięcie sądu państwowego. Postępowanie przed trybunałem arbitrażowym Instytutu Arbitrażowego Sztokholmskiej Izby Handlowej trwa, według reguł arbitrażowych, 6 miesięcy, w praktyce termin ten jest przedłużany do 8 miesięcy w sporach krajowych i do 14 miesięcy w sporach międzynarodowych, a postępowanie przyspieszone zajmuje 3 miesiące od przekazania sprawy arbitrowi. Przyspieszenie postępowania zapewnia obowiązująca od 1.1.2010 r. szczególna procedura, w której arbiter ustanawiany jest w terminie 24 godzin, a wyrok zapada w terminie 5 dni. Należy przypuszczać, że procedura ta może być szczególnie przydatna do rozstrzygnięcia takich sporów, gdzie od wyniku rozstrzygnięcia zależy, czy strony podejmą dalsze kroki do dokonania transakcji.

Wypowiedzi innych uczestników dyskusji świadczyły o tym, że długotrwałość, a wręcz przewlekłość postępowania sądowego jest problemem w wielu krajach. Wszędzie też podejmowane są prace nad nowymi rozwiązaniami w procedurze postępowania przed arbitrażem, by jego tempo i długość odpowiadały interesowi stron w uzyskaniu szybkiego rozstrzygnięcia.

Uwagi na temat długości procesów sądowych w Polsce przedstawił adw. *Bartosz Krużewski* z kancelarii Clifford Chance. W jego ocenie, przed sądami warszawskimi postępowanie w sprawach o zapłatę trwa od 2 do 3 lat, a w bardziej złożonych sprawach gospodarczych do 5 lat; podsumowaniem sytuacji w tej dziedzinie jest przedstawiona przez niego informacja, że znaczna liczba spraw przegranych przez Polskę przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka dotyczyła nierozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie. Sytuację w Niemczech przedstawiła dr *Alice Broichmann* z kancelarii Pöllath & Partners: postępowanie przed sądem pierwszej instancji trwa przeciętnie około 8 miesięcy, drugiej – dwa i pół roku, a postępowanie kasacyjne około 2 lat. Na tym tle trwające około 2 lat jednoinstancyjne postępowanie przed arbitrażem stanowi o przewadze arbitrażu nad postępowaniem przed sądem państwowym, nawet jeżeli w złożonych sporach wynikających z transakcji łączenia i nabycia trwa ono nieco dłużej. Zwróciła ona uwagę, że w tej dziedzinie czas jest przesądzającym czynnikiem w sporach wynikłych w okresie między zawarciem umowy zobowiązującej a umowy rozporządzającej; dla takich sporów postępowanie „przyspieszone”, w praktyce trwające około 2 miesięcy, z ograniczonym zakresem czynności dowodowych (zwłaszcza w ramach procedury uzyskiwania potencjalnych dowodów u drugiej strony sporu) jest istotne, gdyż niepewność do praw i obowiązków stron rodzi ryzyko dla spółki, której akcje są przedmiotem umowy. Natomiast spory dotyczące listów intencyjnych, wstępnych porozumień, naruszenia ustaleń stron dotyczących wyłączności lub poufności negocjacji, jeżeli strony nie zawarły jeszcze umowy zbycia akcji, mogą być rozpatrywane w „zwykłym” postępowaniu arbitrażowym. Profesor *Peter* przypomniał okoliczności, jakie towarzyszą transakcjom, jak to, że spółki publiczne mają obowiązki informacyjne, strony ustalają zmianę kadry zarządzającej, finansują transakcje z kredytów bankowych, krąg osób zainteresowanych uzyskaniem szybkiego rozstrzygnięcia sporów wynikających na etapie przed rozporządzeniem akcjami jest więc szeroki i nawet dwu- lub trzymiesięczny arbitraż może być zbyt długi. Jako praktyk w dziedzinie arbitrażu sportowego porównał te spory do sporów w sporcie, gdzie rozstrzygnięcie arbitra przesądza, w czyich barwach wystartuje następnego dnia dany zawodnik.

Logiczne było więc przedstawienie w dalszej dyskusji nowych rozwiązań proceduralnych opracowywanych przez sądy arbitrażowe, których celem jest przyspieszenie postępowania. Prace takie podjął Sąd Arbitrażowy przy PKPP Lewiatan. W postępowaniu „przyspieszonym” zakłada się szerokie wykorzystanie środków komunikacji elektronicznej, przewidziane jest ograniczenie liczby pism stron i krótkie (do 14 dni) terminy na ich składanie, prowadzenie postępowania przed jednym arbitrem i zastosowanie tych reguł tylko do spraw, w których wartość przedmiotu sporu nie przekracza 50 000 zł. Przedstawiając te rozwiązania, mec. *B. Krużewski* zwrócił uwagę na konieczność zapewnienia stronom odpowiednich gwarancji rzetelnego postępowania. Jego zdaniem, szybkość postępowania zależy od postawy stron i arbitrów – jeżeli towarzyszy im przekonanie, że spór powinien być rozpoznany pilnie, to możliwa jest koncentracja postępowania, przestrzeganie przez strony terminów wnoszenia pism, sprawne przeprowadzenie rozprawy. Z informacji przedstawionych przez *A. Broichmann* wynika, że według reguł postępowania „przyspieszonego” *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit* od 2008 r. rozpoznane były dotychczas trzy sprawy. Przewidują one szybszą procedurę powoływania arbitrów,

ustalenie ścisłego harmonogramu postępowania, tylko dwukrotną wymianę pism oraz rozprawę, na której mają być przedstawione wszystkie dowody i końcowe wystąpienia stron. Jej zdaniem te reguły, przyjęte dla wszystkich rodzajów spraw, powinny zyskać uznanie stron w sporach z transakcji nabycia akcji. Strony mogą przyspieszyć rozstrzygnięcie dzięki wcześniejszemu wyznaczeniu arbitrów do rozstrzygnięcia potencjalnych sporów, przez uregulowanie trybu uzyskiwania przez nich dostępu do dokumentów dotyczących transakcji, wykorzystywanie łączności wideo. Przy ustalaniu zasad postępowania przyspieszonego między stronami trzeba też wziąć pod uwagę takie praktyczne względy, jak tryb zatwierdzania decyzji wewnątrz organizacji gospodarczych stron sporu, dostępność świadków w konkretnych terminach, wymogi wizowe, gdy postępowanie ma się toczyć za granicą. Od samych stron powinno zależeć, jaki termin rozstrzygnięcia uznają za „szybki”. Szwecja zrealizowała postulat przyspieszenia postępowania przez przyjęcie reguł postępowania, w którym, w braku odmiennych ustaleń stron, spór rozstrzyga jeden arbiter mianowany przez sąd arbitrażowy, strony składają po dwa pisma procesowe, rozprawa się nie odbywa, o ile strony jej nie zażądatają, a wyrok zapada w terminie 3 miesięcy od przedłożenia sprawy arbitrowi; jak wyjaśnił *H. Bagner*, w braku odmiennej umowy stron, stosowanie tej procedury nie zależy od wartości przedmiotu sporu. Od 1.1.2010 r. obowiązuje także procedura w sprawach „pilnych”, według której arbiter mianowany jest w terminie 24 godzin, jego wyłączenia można żądać tylko w ciągu kolejnych 24 godzin, arbiter ma szerokie uprawnienia do kierowania postępowaniem. Nie można jeszcze ocenić zalet i wad tej procedury, gdyż po raz pierwszy znalazła ona zastosowanie na zaledwie tydzień przed warszawską konferencją. Profesor *Peter* mówił o przyspieszonej procedurze obowiązującej w Szwajcarii od 2006 r., według której spór rozstrzyga jeden arbiter w ciągu 3 do 6 miesięcy, strony przedstawiają po jednym piśmie procesowym, a wyrok uzasadniany jest tylko na żądanie stron. Przypomniał o genezie uproszczonego i przyspieszonego postępowania, której upatruje w rozstrzygnięciu sporów sportowych i w procedurze stosowanej przed WIPO. Pani *Mirèze Philippe* z Sekretariatu Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego przy ICC uzupełniła tę „panoramę” postępowania przyspieszonych uwagami na temat technicznych ułatwień w komunikacji między arbitrami i stronami stosowanymi w tym sądzie – mają oni do dyspozycji elektroniczną platformę wymiany pism. Jej zdaniem, najważniejsza jest dobra współpraca arbitrów i stron oraz prawidłowe wcześniejsze rozstrzygnięcie kwestii jurysdykcyjnych, co pozwala uczestnikom postępowania skupić się na meritum sporu.

Następne dwa tematy konferencji: rozstrzygnięcie sporów potransakcyjnych wynikających ze zdarzeń dotyczących spółki, której udziały są przedmiotem transakcji, oraz spory dotyczące kontraktowych zapewnień zbywcy udziałów – przedstawione zostały w formie dyskusji nad kazusami. Nad pierwszym zagadnieniem dyskutował zespół w składzie: dr *Karl Wach* z kancelarii Wach & Meckes LLP w Niemczech, *Jesús Almuoguer* z kancelarii Ashurst w Hiszpanii, *Justin Michaelson* z kancelarii SJ Berwin LLP w Wielkiej Brytanii, mec. *Tomasz Wardyński* z kancelarii Wardyński & Partnerzy, prof. *Irene Welser* z kancelarii CHSH w Austrii. Zespół ten rozważał skutki, jakie dla istnienia i zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej zbywcy udziałów wobec nabywcy, regulowanej w umowie przeniesienia udziałów, mogą wynikać z faktu, że osoba trzecia występuje z roszczeniem

wobec spółki, której udziałów transakcja dotyczy, z tytułu wad wyrobów tej spółki objętych rękojmią producenta. W takim przypadku nakładają się na siebie dwa spory: spór dotyczący odpowiedzialności spółki wobec nabywcy jej wyrobów, który może wpłynąć na wartość i pozycję rynkową tej spółki, oraz spór między nabywcą udziałów w spółce a ich zbywcą, który złożył w umowie odpowiednie oświadczenia co do stanu przedsiębiorstwa spółki i zobowiązał się do zapłaty odszkodowania w razie, gdyby przeciwko spółce podniesione zostały jakieś roszczenia związane z jej działalnością dotyczące okresu przed zawarciem umowy. Jeżeli dodać, że spory te toczą się przed trybunałami arbitrażowymi w postępowaniu według różnych reguł, w różnych miejscach i na podstawie różnego prawa właściwego, to nietrudno dostrzec, jak wiele w takiej sytuacji powstaje zagadnień prawnych do rozstrzygnięcia.

W tym miejscu można zarysować tylko kilka z nich: czy trybunał orzekający w sporze między nabywcą a zbywcą udziałów jest związany rozstrzygnięciem trybunału orzekającego w sporze z tytułu roszczeń z rękojmi między spółką a jej kontrahentem? Czy zbywca udziałów może przeszkodzić zawarciu przez spółkę ugody z jej kontrahentem? Czy zbywca może wpływać na sposób prowadzenia przez spółkę jej obrony w procesie z kontrahentem? Czy w sporze między nabywcą a zbywcą udziałów zbywca może podnosić nowe zarzuty, jakich spółka nie podniosła w sporze ze swoim kontrahentem? W jakich okolicznościach można mówić o przyczynieniu się zbywcy do niekorzystnego dla spółki rozstrzygnięcia sporu? Między członkami zespołu wywiązała się żywa dyskusja, w której przedstawiano argumenty doktrynalne czerpane z różnych systemów prawa materialnego i regulaminów postępowania przed różnymi sądami arbitrażowymi i wskazywano potrzeby praktyki, takie jak unikanie sprzecznych wyroków. Ważnym wątkiem w dyskusji były postulaty co do treści wzorcowej klauzuli arbitrażowej, która rozstrzygałaby dyskutowane kwestie, jednak próba jej sformułowania przez uczestników dyskusji podjęta przed konferencją – jak przyznali – nie powiodła się.

Podobne, praktyczne podejście do problemów prawnych w sporach wynikających z faktu, że po przejściu na nabywcę udziałów w spółce, nieprawdziwe okazują się kontraktowe zapewnienia zbywcy co do stanu przedsiębiorstwa spółki, zastosował zespół dyskutantów w składzie *mec. Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz* z kancelarii Gessel, *Charles Adams* z kancelarii Akin Gump Strauss Hauer & Feld LLP w Szwajcarii, *prof. Siegfried Elsing* z kancelarii Orrick w Niemczech, *Marina Matousekova* z kancelarii Castaldi Mourre & Partners we Francji, *Vilija Vaitkute Pavan* z kancelarii Lawin na Litwie i *dr Rudolf Tschäni* z kancelarii Lenz & Staehelin w Szwajcarii. Dyskusja nad pierwszym omawianym zagadnieniem, mianowicie charakterem prawnym oświadczeń dotyczących zbywanych udziałów, stosunków kontraktowych spółki, składników jej przedsiębiorstwa, jakie w umowie zbycia udziałów składa zbywca, powszechnie występujących w obrocie, pokazała różnice w podejściu do tego zagadnienia w poszczególnych europejskich systemach prawnych i stopniowe kształtowanie się zasad odpowiedzialności zbywcy z tytułu nieprawdziwości takich oświadczeń w orzecznictwie sądowym.

Mniejsze wątpliwości budzi odpowiedzialność zbywcy za złożenie nieprawdziwych oświadczeń dotyczących samych udziałów, np. gdy udziały są obciążone prawami osób trzecich, a zbywca ukrywa ten fakt przed nabywcą. Większe problemy przedstawia

ustalenie podstaw i zakresu odpowiedzialności zbywcy za złożenie nieprawdziwych oświadczeń dotyczących stanu przedsiębiorstwa spółki (np. gdy nie ujawnił nabywcy pełnej wartości jej zobowiązań, a nabywca udziałów spodziewał się uzyskania dywidendy z nabytych udziałów); ocena ta sprawia dodatkowe trudności, jeżeli przedmiotem zbycia jest tylko część udziałów w spółce.

Dyskutanci zastanawiali się też nad konsekwencjami, również powszechnego w praktyce, prowadzenia przez nabywcę badania sytuacji prawnej spółki, której udziały są przedmiotem transakcji, czyli problemem wiedzy nabywcy o zobowiązaniach i innych okolicznościach dotyczących przedsiębiorstwa spółki i należytej staranności nabywcy w ich ustaleniu. Zagadnienia te są dobrze znane praktykom. Nowoczesna technologia pozwala na przedstawienie nabywcy w formie elektronicznej tysięcy dokumentów dotyczących spółki, czy więc zaniechanie przez nabywcę zapoznania się z każdym z nich, w sytuacji gdy umowa zbycia udziałów zawiera stosowne oświadczenia zbywcy, a jednocześnie w określonym zakresie odsyła do wcześniej udostępnionych nabywcy dokumentów i informacji, które istotnie modyfikują treść składanych oświadczeń, ma wpływ na zakres odpowiedzialności zbywcy? Takie problemy muszą rozstrzygać międzynarodowi arbitrzy rozpoznający spory „potransakcyjne” i dyskusja na konferencji pokazała, jak wiele argumentów, czerpanych z poszczególnych systemów prawnych, popartych wiedzą z zakresu rachunkowości, mają do dyspozycji pełnomocnicy stron.

Drugi dzień konferencji otworzyła dr *Cristina Martinetti* z kancelarii Buffa, Bortolotti & Mathis we Włoszech, przedstawiając prace studyjne prowadzone przez zespół roboczy działający przy Międzynarodowej Izbie Handlowej w Paryżu. Jego zadaniem jest opracowanie modelowych postanowień do wykorzystania w umowach zbycia udziałów/akcji i zbycia przedsiębiorstwa. Prace te, prowadzone przez prawników-praktyków z różnych krajów, są kontynuacją wcześniejszych inicjatyw MIH w dziedzinie harmonizacji prawa i mogą korzystnie wpłynąć na spójność orzecznictwa arbitrażowego i większą pewność obrotu. W MIH opracowano już modelowe umowy dystrybucji, transferu technologii, agencji i inne, a ICC Model M&A Contract I, wzorcowa umowa zbycia udziałów, została opublikowana jako ICC publication Nr 656; prace nad wzorcową umową zbycia przedsiębiorstwa trwają. Wzorcowa umowa zawiera komentarze i aneksy z objaśnieniami i wskazówkami pomagającymi dostosować ją do potrzeb stron w konkretnej transakcji. Są w niej zawarte również postanowienia dotyczące rozstrzygania sporów.

Praktyków arbitrażu mogła szczególnie zainteresować dyskusja z udziałem „wewnętrznych” prawników korporacji na temat postrzegania arbitrażu przez strony sporów, ich obaw i oczekiwań wobec arbitrów, pełnomocników stron, instytucji administrujących postępowaniem. Wzięli w niej udział dr *Philip Habegger* z kancelarii Walder Wyss & Partners w Szwajcarii, *Patricia Nacimiento* z kancelarii White & Case w Niemczech, *Melanie Poeping* z Deutsche Bank w Niemczech, *Pedro Serret Salvat* z Adecco Group w Szwajcarii oraz *David Syed* z Orrick Rambaud Martel we Francji. Zdaniem prawników korporacyjnych, już na etapie planowania większych przedsięwzięć gospodarczych, z porad prawników specjalizujących się w rozstrzyganiu sporów powinno się korzystać równie często jak z porad doradców podatkowych, tak jednak się nie dzieje, choćby z tego powodu, że mogłoby to wzbudzić niepokój przyszłego kontrahenta. Zwracano też uwagę

na ryzyko, jakie wynika z nieobecności przy negocjacjach prawników zajmujących się obsługą sporów – jeżeli zostają oni poproszeni jedynie o zredagowanie klauzuli arbitrażowej, mogą nie orientować się należycie w specyfice transakcji i zaproponować klauzulę typową, niedostosowaną do potrzeb stron. Są to jednak postulaty pod adresem samych zainteresowanych, podobnie jak postulat, by w umowach regulować postępowanie na wypadek pojawienia się konfliktu, gwarantujące udział w jego rozwiązywaniu członków organów osób prawnych, którzy władni są samodzielnie podejmować decyzje, albo zadbać o to, by wszelkie wymagane wewnętrzne zgody wydawane były na czas.

Prawnicy korporacyjni dzielili się także swoimi doświadczeniami z postępowań sądowych i arbitrażowych, w jakich brali udział. Można na ich podstawie sformułować kilka wniosków dla własnej praktyki, są to rady sensowne i, co ważne, sprawdzone. Każde postępowanie przed sądem albo przed trybunałem arbitrażowym będzie przebiegać sprawniej, jeżeli prawnik korporacji posiada pełną dokumentację transakcji, w tym korespondencję wymianianą między stronami w czasie negocjacji, projekty umów, elektroniczne znaczniki zmian wprowadzanych w projektach z oznaczeniem, kto i kiedy ich dokonał, protokoły z posiedzeń zarządu, na których przyszła transakcja była omawiana, wykaz dokumentów dotyczących przedsiębiorstwa nabywanej spółki ujawnionych nabywcy na etapie przedkontraktowym itp. Podkreślano znaczenie współpracy między prawnikiem kierującym negocjacjami a prawnikiem, który później występuje w roli pełnomocnika strony w sporze.

Omawiane były też inne praktyczne problemy, jakie musi rozstrzygnąć strona i jej prawnik w związku z rozpoczęciem postępowania arbitrażowego: kryteria wyboru arbitra, dopuszczalny i pożądany zakres wymiany informacji między stroną a powołanym przez nią arbitrem na etapie przed ukonstytuowaniem się trybunału, zalety i wady powierzenia prowadzenia sporu prawnikom z zewnętrznej wyspecjalizowanej kancelarii, znaczenie utrzymywania kontaktu z pracownikami, którzy kończą pracę w firmie, a w razie sporu byłiby cennymi świadkami. Z wymienianych uwag wynika, że na ogół arbitrzy wybierani są na podstawie rekomendacji środowiska. Stronom zależy na tym, by arbiter nie był zbyt przeciążony pracą i miał czas zająć się ich sprawą, dlatego chcą wprost pytać o to osoby, których kandydatury rozważają. Wybór arbitra uważają za jedną z najważniejszych decyzji, dostrzegając w tym zasadniczą różnicę między arbitrażem a postępowaniem sądowym. Szukają takich, którzy wiedzę z zakresu postępowania arbitrażowego łączą ze znajomością transakcji obrotu udziałami i akcjami spółek oraz rachunkowości. Mówiono też o poufności arbitrażu i o postępowaniu dowodowym: okazało się, że krytyka rozbudowanego, kosztownego i uciążliwego postępowania dowodowego obejmującego wzajemne żądania stron przedstawienia dokumentów związanych ze sprawą, spośród których strona wybierze dowody na poparcie swojego stanowiska, jest powszechna. Poruszono też sprawę kosztów i długości postępowania: strony chciałyby, aby arbitraż był szybszy i tańszy.

Ostatnim tematem poruszonym na konferencji była ochrona interesu publicznego w sporach z udziałem państwa lub państwowych osób prawnych. Podjęto więc temat arbitrażu w sporach inwestycyjnych, prowadzonego na podstawie umów o popieraniu i ochronie inwestycji, w których inwestor zagraniczny zarzuca państwu naruszenie zasad traktowania „uczciwego i słusznego”, traktowania narodowego, wyłączenie inwestycji tego inwestora

lub jego dyskryminację. Spory z udziałem państwowych osób prawnych mogą też wynikać z kontraktu, np. umowy zbycia przez Skarb Państwa udziałów w prywatyzowanych spółkach, i nie dotyczyć naruszenia przez państwo traktatu o ochronie i popieraniu inwestycji. W dyskusji wzięli udział: *Yulia Andreeva* z kancelarii Debevoise & Plimpton LLP w USA, *Barton Legum* z kancelarii Salans LLP we Francji, *Penny Madden* z kancelarii Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP w Wielkiej Brytanii, *Maciej Martyński* z Departamentu Studiów i Analiz Prokuratorii Generalnej, *Sophie Nappert* – arbiter z Wielkiej Brytanii oraz prof. dr hab. *Jerzy Rajski* z Uniwersytetu Warszawskiego.

Treść pojęcia „interes publiczny” w poszczególnych państwach może być różna, ale jak stwierdził *B. Legum*, wszędzie w jego zakres wchodzi przestrzeganie praw człowieka, a w transakcjach obrotu udziałami i akcjami w spółkach – względy bezpieczeństwa narodowego i wartości chronione przez prawo konkurencji. Jego zdaniem, rządy krajów o gospodarce zarządzanej centralnie powołują się na interes publiczny częściej niż rządy krajów o gospodarce rynkowej, jednak w realiach współczesnego świata w niektórych krajach gospodarka rynkowa istnieje tylko w założeniu, tymczasem w rzeczywistości w podejściu do gospodarki widoczne są tendencje charakterystyczne dla dawnego ustroju. Interes publiczny odgrywa większą rolę w umowach prywatyzacyjnych niż w innego rodzaju umowach, których stroną jest państwo. Sposoby ochrony interesu publicznego przedstawiła w swoim wystąpieniu *P. Madden*; wskazała na gwarancje ochrony inwestycji inwestorów zagranicznych zawarte w dwustronnych (międzynarodowych) umowach o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji oraz Traktacie Karty Energetycznej. Mówiła też o typowych oczekiwaniach państw przyjmujących inwestycje zagraniczne, takich jak przyspieszenie rozwoju gospodarczego i napływ nowych technologii, oraz warunkach inwestowania, na jakich zależy inwestorom: korzystnym systemie podatkowym, stabilnej sytuacji gospodarczej. W razie gwałtownej zmiany rządu, niespokojnej sytuacji politycznej, załamania gospodarczego i reakcji państwa na te zjawiska, np. podniesienia podatków, zaostrenia wymogów prowadzenia działalności gospodarczej, regulacji cen usług świadczonych przez inwestora, może dojść do sporów między inwestorem a państwem. Zdaniem *P. Madden*, często okazuje się wtedy, że inwestor postrzega swoją inwestycję jako przedsięwzięcie czysto komercyjne, a państwo na uzasadnienie podjętych kroków powołuje interes publiczny, np. konieczność ochrony interesów swoich obywateli przed skutkami niepowodzenia programu prywatyzacji, gdy nie przynosi on spodziewanych korzyści.

O najnowszym orzecznictwie trybunałów arbitrażowych orzekających w sporach inwestycyjnych, w którym krytycznej ocenie podlegały działania inwestora w państwie przyjmującym inwestycje, takie jak naruszanie przez inwestora praw człowieka i korupcja, mówiła w swoim wystąpieniu *S. Nappert*. Wskazała przy tym, że dotychczas inwestor zagraniczny postrzegany był tylko jako beneficjent gwarancji zawartych w międzynarodowych traktatach inwestycyjnych. Na trudności w prowadzeniu sporów arbitrażowych z powództwa państwa przeciwko inwestorowi zagranicznemu zwrócił uwagę *M. Martyński*, gdyż umowy te zawierają jedynie „blankietową” zgodę państwa na arbitraż, a zgody inwestora – nie.

W ogólnej dyskusji, jaka się następnie wywiązała, szukano odpowiedzi na pytanie o najlepszy sposób zagwarantowania przestrzegania interesu publicznego przez inwestorów zagranicznych – interes publiczny może być należycie chroniony przez przepisy regulujące działalność gospodarczą, np. wymuszające przestrzeganie określonych norm ochrony środowiska naturalnego. Rozważano też zalety i wady arbitrażu z punktu widzenia inwestora i państwa – czy należy do nich poufność i prywatny charakter postępowania, oraz to, kto ma być wyrazicielem interesu publicznego w arbitrażu – czy mogą to być organizacje pozarządowe. Przedmiotem zainteresowania dyskutantów były też pożądane modyfikacje reguł tego postępowania wymagane specyfiką sporu z państwem, a zwłaszcza ograniczenie zakresu postępowania dowodowego obejmującego przedkładanie dokumentacji, np. z całego procesu opracowania projektów ustaw przez rząd, tj. w fazie, zanim projekt trafia do parlamentu, gdy takie żądanie sformułowane przez drugą stronę dotyczy okresu sprzed kilku lat. Warto zauważyć, że uczestnicy konferencji zgodnie skrytykowali ten aspekt postępowania dowodowego w arbitrażu, zarówno gdy chodzi o spory między podmiotami prywatnymi, jak i spory z udziałem państwa i państwowych osób prawnych.

Wiele wątków tej dyskusji podsumował w swoim wystąpieniu prof. *Jerzy Rajski*. Postępowanie arbitrażowe jest z natury elastyczne, może być dostosowane do indywidualnych potrzeb stron i okoliczności, a to w pewnym stopniu pozostaje w sprzeczności z naturą państwa i jego organizacji, której nie cechuje taka elastyczność. Zdaniem prof. *Rajskiego*, w przyszłości może dojść do większej jurydyzacji postępowania arbitrażowego, przez co państwa mogą uważać je za bardziej atrakcyjną metodę rozstrzygania sporów niż obecnie.

Konferencja okazała się wielkim sukcesem. Przyciągnęła bardzo liczną grupę uczestników z wielu krajów, prawników z międzynarodowych firm prawniczych i małych kancelarii, przedstawicieli sądów arbitrażowych i instytucji państwowych, arbitrów, pełnomocników stron występujących przed trybunałami arbitrażowymi.

Bardzo dobrą decyzją było zawężenie tematu do arbitrażu w sporach wynikających z obrotu udziałami i akcjami. Praktykom dało to możliwość wymiany poglądów na szereg szczegółowych problemów prawnych w tej istotnej dla obrotu prawnego dziedzinie. Można było odnieść wrażenie, że do Warszawy na koleżeńską dyskusję przyjechali ci, którzy na co dzień w różnych rolach pracują nad sprawami w arbitrażu, a w tym miejscu gotowi są dzielić się z kolegami własnym doświadczeniem i nawzajem się od siebie uczyć. Należy podkreślić bardzo dobre przygotowanie wszystkich uczestników zespołów prezentujących poszczególne tematy konferencji – rzeczywiście, były to znakomicie skoordynowane „drużyny”. Jednocześnie obecność na konferencji ludzi biznesu nie pozwalała prawnikom zamknąć się w swej wąskiej specjalizacji, ale zmusiła do refleksji nad sensem arbitrażu i sposobami usprawnienia procesu w reakcji na krytykę i potrzeby tych, którym ma on służyć. Konferencja dowiodła, że przed prawnikami we wszystkich krajach stoją takie same zadania: propagowanie arbitrażu jako metody rozstrzygania sporów, projektowanie i wdrażanie skutecznych rozwiązań proceduralnych, stosowanie nowoczesnej technologii dla usprawnienia komunikacji między uczestnikami postępowania.

W sali obrad obecnych było ponad 200 osób, wszyscy otrzymali materiały pomocnicze w formie zapisu cyfrowego. Transmisja z konferencji przekazywana była na żywo w internecie i śledziło ją kolejnych 300 osób. Warto wspomnieć o tych rozwiązaniach

technicznych, gdyż są one powszechnie stosowane na międzynarodowych konferencjach. Materiały i nagranie konferencji można pobrać ze strony internetowej organizatora: www.sadarbitrazowy.org.pl.

Z pełnym przekonaniem należy przyłączyć się do wyrazów uznania i podziękowań prof. *Andrzeja Szumańskiego*, Prezesa Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan, które w imieniu wszystkich osób zaangażowanych w przygotowanie konferencji odebrały mec. *Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz* i *Yulia Andreeva*. Planowana na październik 2010 r. i ogłoszona już na stronie internetowej Sądu konferencja na temat międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego będzie z pewnością równie interesująca.

ABSTRACT

“Dispute Resolution in M&A Transactions”, the international conference held in Warsaw on 13 and 14 May 2010, attracted a large Polish and international community of arbitrators, attorneys, businessmen, and students of arbitration. The conference was organized by the Court of Arbitration of the Polish Confederation of Private Employers Lewiatan with the support of several sponsors. The panelists and audience discussed alternatives to settlement of M&A disputes by means other than arbitration, resolution of pre-closing disputes in fast-track arbitration, and arbitration with State and State parties. Case studies were used to illustrate problems that arise in post-closing disputes and those concerning warranties and representations. In-house counsel and industry representatives offered the perspective of arbitration users. The conference was informative, insightful and interesting. All conference materials and recordings are available in English at: <http://www.sadarbitrazowy.org.pl/en/conference13-14may2010>.