

Uniwersytet w Białymstoku

Wydział Prawa



**Zdatność arbitrażowa w postępowaniu  
insolwencyjnym. Analiza prawnoporównawcza.**

Maria Cudowska

*Promotor rozprawy doktorskiej:*

Prof. dr hab. Agnieszka Malarewicz –  
Jakubów

Białystok 2019



## SPIS TREŚCI

<b>Wykaz skrótów</b>	<b>5</b>
<b>Wstęp</b>	<b>9</b>
<b>Rozdział I. Aspekty prawne i ekonomiczne postępowania arbitrażowego oraz upadłościowego</b>	<b>17</b>
§1. Istota postępowania arbitrażowego oraz postępowania upadłościowego	17
§2. Aspekty prawne postępowania arbitrażowego	30
§3. Aspekty ekonomiczne postępowania arbitrażowego	59
§4. Aspekty prawne postępowania upadłościowego	62
§5. Aspekty ekonomiczne postępowania upadłościowego	68
§6. Wnioski	72
<b>Rozdział II. Międzynarodowe postępowanie upadłościowe</b>	<b>75</b>
§1. Istota i charakter prawny	75
§2. Teorie – uniwersalizm i terytorializm	86
§3. Akty Prawa Unijnego – COMI i ECOMI	93
§4. UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency	104
§5. American Legal Institute Insolvency Principles	125
§6. Wnioski	127
<b>Rozdział III. Relacja arbitrażu do postępowań upadłościowych w wybranych państwach <i>common law</i></b>	<b>131</b>
§1. Postępowanie arbitrażowe i upadłościowe w krajach <i>common law</i>	131
§2. Arbitraż w U.S.A	134
§3. Postępowanie upadłościowe w U.S.A	143
§4. Arbitraż w Irlandii	153
§5. Postępowanie upadłościowe w Irlandii	158
§6. Arbitraż w Anglii	164
§7. Postępowanie upadłościowe w Anglii	167
§8. Wnioski	171

<b>Rozdział IV. Relacja arbitrażu do postępowań upadłościowych z perspektywy Polski w ujęciu międzynarodowym</b>	<b>175</b>
§1. Postępowanie upadłościowe a arbitraż w Polsce	175
§2. Prawo Upadłościowe	189
§3. Prawo Restrukturyzacyjne	195
§4. Arbitraż	202
§5. Wnioski	202
<b>Rozdział V. Case studies i konkluzje badawcze</b>	<b>205</b>
<b>Zakończenie</b>	<b>253</b>
<b>Wykaz tabel i wykresów</b>	<b>257</b>
<b>Aneks</b>	<b>259</b>
<b>Bibliografia</b>	<b>269</b>
<b>Wykaz źródeł prawa i orzecznictwa</b>	<b>285</b>

## **Wykaz skrótów**

### **Akty Prawne**

ADR Act	Alternative Dispute Resolution Act
CCAA	Companies Creditors Arrangement Act
FAA	Federal Arbitration Act
FRBP	Federal Rules of Bankruptcy Procedure
k.c	Kodeks Cywilny
k.p.c	Kodeks Postępowania Cywilnego
k.s.h	Kodeks Spółek Handlowych
p.m.p	Ustawa Prawo Międzynarodowe Prywatne
PrRest	Ustawa Prawo Restrukturyzacyjne
PrUpad	Prawo Upadłościowe
Telecom Act	Telecommunications Act
USC	United States Code
<b>Instytucje Arbitrażowe</b>	
AAA	American Arbitration Association
CAS	Court of Arbitration for Sport
CIETAC	China International Trade and Arbitration Commission
DIAC	Dubai International Arbitration Centre
GCC	Cooperation Council Commercial Arbitration Centre
ICC	International Chamber of Commerce
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes

JAMS	Judicial Mediation and Arbitration Service
LCIA	London Court of International Arbitration
PCA	Permanent Court of Arbitration
SAKIG	Sąd Arbitrażowy Krajowej Izbie Gospodarczej
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
SIAC	Singapore Arbitration Centre
<b>Organizacje międzynarodowe i inne</b>	
ALI	American Legal Institute
IBA	International Bar Association
III	International Insolvency Institute
ISI	Insolvency Service of Ireland
NAFTA	North American Free Trade Agreement
ONZ	Organizacja Narodów Zjednoczonych
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
UE	Unia Europejska
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade
WIPO	World Intellectual Property Organization
<b>Inne</b>	
ADR	Alternative Dispute Resolution
AI	Artificial Intelligence
Arb-Med	Arbitration – Mediation
CLV	Creditors' Voluntary Agreement
COMI	Centre of Main Interests
DSA	Debt Settlement Agreement

ECOMI	Economic Centre of Main Interest
FTVA	Fast-track Voluntary Agreement
IRS	Internal Revenue Service
IVA	Individual Voluntary Agreement
L&E	Law and Economics
Med.-Arb	Mediation and Arbitration
MIICA	Model International Insolvency Cooperation Act
MLV	Members' Voluntary Liquidation
MMA	Railway Operator Montreal, Maine and Atlantic Railway Ltd
PIA	Personal Insolvency Arrangement
RODO	Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46WE
ZEA	Zjednoczone Emiraty Arabskie





## Wstęp

*Aequitas uxoribus, liberis, creditoribus maxime  
favet*

*Sprawiedliwość najbardziej sprzyja żonom, dzieciom  
i wierzycielom.<sup>1</sup>*

Spory są immanentną cechą obrotu gospodarczego<sup>2</sup>. Rozwiązywanie ich za pomocą dostępnych alternatywnych metod, a w szczególności za pomocą arbitrażu, na stałe wpisało się w międzynarodową praktykę przedsiębiorców, a także innych uczestników obrotu, np. konsumentów. Z jednej strony przedsiębiorcy coraz skuteczniej zabezpieczają swoją płynność finansową, jednak z drugiej, coraz częściej padają ofiarą postępowań upadłościowych, a w najlepszym wypadku postępowań restrukturyzacyjnych. Można zaryzykować stwierdzenie, że dynamika zachodząca pomiędzy tymi dwiema dziedzinami jest niezwykle trudna do pogodzenia w polskiej rzeczywistości prawnogospodarczej. Przekonanie, że nie można pogodzić interesów wierzycieli, z polubowną metodą rozwiązania sporów, w której mamy do czynienia z rozdaniem *win-win*, jest tak samo prawdziwe zarówno dla dłużników, jak i wierzycieli. Można zatem wysnuć wniosek, że *de facto* współczesne mechanizmy gospodarcze niejako wymusiły ekspansję dwóch odrębnych ze swej natury postępowań – postępowania arbitrażowego i postępowania upadłościowego<sup>3</sup>.

Międzynarodowy arbitraż handlowy jest wpisany w międzynarodowe transakcje handlowe. Współcześnie ok. 80% - 90% umów handlowych zawiera klauzule arbitrażowe<sup>4</sup>. Interesujące z punktu widzenia zarówno teorii, jak i praktyki jest znaczenie sądownictwa polubownego i jego rangi we współczesnym systemie sprawiedliwości. Stałe sądy arbitrażowe działające przy izbach gospodarczych, międzynarodowe instytucje oferujące usługi arbitrażowe na całym świecie, międzynarodowe organizacje arbitrażowe działają w zakresie szeroko zakrojonych kompetencji, udrażniając i uzdatniając system sprawiedliwości na całym świecie. Tworzy to kompleksowy system *quasi*-sądowy, który z powodzeniem funkcjonuje

---

<sup>1</sup> Paremia rzymska, *Cz. Michalunio SJ, Dicta. Zbiór łacińskich sentencji, przysłów, zwrotów, powiedzeń*, wyd. 2, Kraków 2007, s. 25.

<sup>2</sup> A. Torbus (red.), *Mediacje w sprawach gospodarczych*, [dostęp: 22.11.2017].  
[https://caim.gov.pl/images/custom\\_user\\_media/637/Publikacje/Mediacja%20w%20sprawach%20gospodarczych.pdf](https://caim.gov.pl/images/custom_user_media/637/Publikacje/Mediacja%20w%20sprawach%20gospodarczych.pdf)

<sup>3</sup> S. Nadeau-Seguin, *When Bankruptcy and Arbitration Meet: A look at Recent ICC Practice*, "Dispute Resolution International" 2011, nr 5, s. 79.

<sup>4</sup> F. Romer, *Arbitration and Insolvency – A Matter of Capacity?*, "Vindobona Journal of International Arbitration" 2011, vol. 15, s. 65.

z poszanowaniem zasad rynkowych, ale także demokratycznego państwa prawa. Tematyka arbitrażowa była wielokrotnie podejmowana w doktrynie. Wydaje się, że jest to obszar prawa, nawet jeżeli nie wyczerpująco, to z pewnością dogłębnie zanalizowany w literaturze przedmiotu. Z drugiej strony spektrum prawa handlowego istnieje obszar, który ze swej natury nie wydaje się być podatny na polubowne rozwiązywanie sporów – jest to postępowanie upadłościowe. Należy wskazać, że oba obszary w pewnym stopniu ocierają się o konflikt na linii prawa prywatnego i prawa publicznego. Z jednej strony trzeba zwrócić uwagę na zasadę swobody kontraktowania w prawie prywatnym. Z drugiej strony, jeżeli jest mowa o rozwiązywaniu sporów, nie ma wątpliwości, że jest to obszar związany z funkcjonowaniem prawa publicznego, gdzie nadrzędną rolę odgrywają sądy. Analogicznie, prawo upadłościowe reguluje stany faktyczne, w których jeśli należyte wykonywanie zobowiązań nie może być zrealizowane, wymaga interwencji ze strony państwa. Uzasadniając interwencjonizm państwa w regulowanie sfery upadłości, wskazuje się na niewystarczające działanie klasycznych form przymusowego uzyskiwania należnych świadczeń<sup>5</sup>.

Prawo o niewypłacalności, czy też prawo insolwencyjne jest dziedziną prawa, która zajmuje się skutkami prawnymi, jakie wywołuje bankructwo oraz etapem poprzedzający bankructwo, gdzie dopiero rodzi się zagrożenie tym stanem<sup>6</sup>. Wraz z dynamicznym rozwojem wymiany handlowej oraz globalizacją zjawiska transnarodowej upadłości wiele państw było zmuszonych dostosować swoje ustawodawstwo na kształt UNCITRAL Model Law on Insolvency<sup>7</sup>. W Polsce zmiana prawa restrukturyzacyjnego również spowodowała daleko idące zmiany w prawie upadłościowym. Daleko idące zmiany legislacyjne otworzyły nowy rozdział w obszarze prawa związanym z niewypłacalnością. Wśród przedstawicieli doktryny podkreśla się doniosłość tej dziedziny prawa w gospodarce, z perspektywy dłużników, wierzycieli, osób prowadzących działalność gospodarczą a także osób nieprowadzących działalności gospodarczej. W obecnym kształcie ustawa Prawo upadłościowe, głównie koncentruje się na funkcji windykacyjnej. W związku z tym, nadrzędną funkcją prawa upadłościowego jest likwidacja majątku dłużnika w celu zaspokojenia zbiorowego interesu wierzycieli. W orzecznictwie sądów amerykańskich wskazuje się na

---

<sup>5</sup> A. J. Witosz, [w:] A. Hrycaj (red.), System Prawa Handlowego, t. VI, Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe, Warszawa 2016, s. 616.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Ustawa modelowa Międzynarodowej Komisji Narodów Zjednoczonych ds. Handlu z 1997 r.

centralizację sporu dotyczącego obowiązków prawnych dłużnika i ochronę wierzycieli i reorganizację dłużników przed fragmentarycznym procesem sądowym<sup>8</sup>. Pomimo nowelizacji Prawa upadłościowego w Polsce nadal nasuwa się zasadnicze pytanie o ochronę interesów wierzycieli<sup>9</sup>.

Aby lepiej zrozumieć istotę konfliktu pomiędzy tymi dwiema instytucjami, których analiza stanowi przedmiot badawczy niniejszej dysertacji, naprzód należy określić obszar, w którym można zaobserwować najwięcej kontrowersji. Z perspektywy prawa polskiego można zaznaczyć, że pomimo uelastycznienia niektórych regulacji prawnych (np. wprowadzenie możliwości układu w upadłości) relacja pomiędzy prawem restrukturyzacyjnym a prawem upadłościowym będzie stanowiła istotny problem praktyczny ze względu na ilość odesłań i skomplikowaną konstrukcję przepisów. Również pomimo dostosowania polskiego prawa upadłościowego do standardów prawa unijnego, i znowelizowania przepisu dotyczącego zapisu na sąd polubowny, nie wydaje się, aby intencją ustawodawcy było faktyczne usprawnienie komunikacji na linii syndyk – dłużnik – wierzyciele, za pomocą alternatywnych metod rozwiązywania sporów. Oczywiście można argumentować, że pomiędzy prawem upadłościowym a postępowaniem arbitrażowym istnieje fundamentalna sprzeczność celu, która nie jest możliwa do pogodzenia. Cel odnalezienia potencjalnego obszaru porozumienia arbitrażu oraz insolvencji, zadecydował o podjęciu rozważań o charakterze prawnoporównawczym.

Należy podkreślić, że arbitraż jako instytucja prawa procesowego został kompleksowo zbadany przez literaturę i doktrynę. Wraz z rozwojem i intensywną promocją alternatywnych metod rozwiązywania sporów istniała również duża potrzeba doprecyzowania i wyjaśnienia działania mechanizmów postępowania arbitrażowego. Spektrum badań nad arbitrażem jest bardzo szerokie, dotyczy sporów nie tylko z zakresu prawa gospodarczego, ale także z zakresu prawa pracy, prawa rodzinnego, prawa handlowego i wielu innych. Wydaje się również, że badanie interakcji dziedzin związanych z metodami alternatywnego rozstrzygania sporów stało się popularne, a co za tym idzie – wzrosło zapotrzebowanie na ekspertów wyspecjalizowanych w konkretnej dziedzinie konfliktowej. Arbitraż handlowy z pewnością jest prestiżowym obrębem funkcjonowania alternatywnych metod rozstrzygania sporów

---

<sup>8</sup> Zob. *In re White Mountain Mining*, 403 F. 3rd 164, 170 (4th Cir. 2005); *Matter of Nat'l Gypsum*, 118 F. 3d 1056, 1069 (5th Cir. 1997).

<sup>9</sup> A. J. Witosz, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 33.

i dziedziną najbardziej popularną, o czym może świadczyć wielość opracowań monograficznych, organizowanych seminariów, *moot courts*, konferencji i warsztatów. Brak jest natomiast monograficznych opracowań które traktowałyby o relacji arbitrażu i postępowania upadłościowego. Można powiedzieć że jest to zasób co najmniej bardzo ograniczony<sup>10</sup>.

Badania nad arbitrażem i postępowaniem upadłościowym, bądź też ich brak, spowodowany jest utrudnionym dostępem do materiału badawczego. Analiza dostępnej literatury wykazała, że zjawisko intersekcji arbitrażu oraz upadłości nie zostało wyczerpująco zanalizowane na gruncie prawa polskiego, a także w ujęciu prawnoporównawczym. Podjęcie tej problematyki stanowi istotny wkład w rozwój dziedziny alternatywnych metod rozstrzygnięcia sporów w ujęciu interdyscyplinarnym. Dlatego też, główną przesłanką do podjęcia badań w przedmiocie relacji postępowania insolwencyjnego oraz arbitrażu, a także inspiracją do podjęcia rozważań, jest dotychczasowy brak opracowań w tym zakresie. Intersekcja pomiędzy postępowaniem upadłościowym a postępowaniem arbitrażowym z perspektywy alternatywnych metod rozwiązywania sporów nie została zbadana przez doktrynę prawa polskiego. Upadłość, niewypłacalność czy też stan insolwencji dotyka w swoich skutkach zarówno dłużników, jak i wierzycieli, co rodzi potrzebę rezolucji dwóch sprzecznych ze swej natury interesów za pomocą jednego, kolektywnego postępowania.

Dlaczego zatem postępowanie arbitrażowe w państwach *common law* może toczyć się symultanicznie wraz z postępowaniem upadłościowym? W polskim prawie handlowym, szczególnie w prawie spółek funkcjonuje wiele mechanizmów, które zostały „przeszczepione” z systemu prawa amerykańskiego<sup>11</sup>, jednak praktyka w Polsce, jest odmienna od tej występującej w Stanach Zjednoczonych. Zdaniem autorki, nie jest to spowodowane odmiennym systemem prawa, lecz odmienną praktyką handlową. Tym samym należy wskazać, że międzynarodowe umowy, nie tylko te dotyczące arbitrażu, ponad wszystko polegają na zasadzie przewidywalności, i umożliwieniu stronom rozwiązania sporu na relatywnie neutralnym forum, chroniąc prawa i interesy obu stron. Analiza na podstawie praktyki w Stanach Zjednoczonych

---

<sup>10</sup> Zgodnie z najlepszą wiedzą autorki, do dnia 01.01.2019 r., ukazały się 3 artykuły w Monitorze Prawniczym, rozdział w publikacji Restrukturyzacja i Upadłość Przedsiębiorstw 2.0, a także rozdział w Systemie Prawa Handlowego pod redakcją A. Szumańskiego.

pozwole sformułować wnioski *de lege ferenda*, co następnie umożliwi dokonanie oceny, dlaczego transpozycja niektórych rozwiązań z obszaru prawa *common law* jest, lub nie jest możliwa w polskim systemie prawnym.

Ocena podjętego problemu badawczego w świetle dotychczasowych badań oraz na podstawie analizy wypowiedzi doktryny, dostępnej literatury, a także funkcjonujących teorii i praw naukowych pozwoli na odpowiedź, czy obecne rozwiązania prawne mogą sprostać oczekiwaniom wierzycieli i dłużników, tak aby ich interesy pogodzić w np. kolektywnym postępowaniu arbitrażowym. W duchu interdyscyplinarności, wypada zwrócić uwagę na funkcjonowanie i upadłość międzynarodowych grup kapitałowych, a także cykliczne kryzysy finansowe i załamania rynków, które są z jednej strony są zjawiskami których nie da się uniknąć w obliczu globalizacji przestrzeni gospodarczej, a z drugiej, stanowią doskonałą podstawę do badań o charakterze prawno-porównawczym.

Do tej pory społeczności międzynarodowej nie udało się wypracować wspólnych przepisów międzynarodowej konwencji dot. upadłości transgranicznej, która regulowałaby postępowania restrukturyzacyjne, reorganizacyjne, a także likwidacyjne. Co prawda Unia Europejska wypracowała względnie satysfakcjonujące rozwiązanie w postaci dyrektywy 848/2015, jednak wydaje się, że wraz z ewolucją rzeczywistości społeczno-gospodarczej rychłe zmiany są nieuniknione. Polski ustawodawca uregulował problematykę związaną z upadłością transgraniczną w ustawie Prawo upadłościowe i Prawo restrukturyzacyjne. Jednakże warto zauważyć, że nadal nie ma kompleksowej umowy pomiędzy Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi w przedmiocie upadłości transgranicznej oraz polubownego rozwiązywania sporów.

Asumptem do podjęcia rozważań, jest zbadanie przyczyny braku jednolitej konwencji upadłościowej oraz polubownego rozwiązywania sporów na poziomie międzynarodowym. Sformułowanie problemu badawczego poprzez precyzyjne ustalenie zależności zachodzących pomiędzy postępowaniem insolwencyjnym a arbitrażem przyczyniło się do postawienia następujących **zagadnień problemowych**:

1. W jaki sposób brak transparentności co do stosowania konkretnych norm prawnych przyczynia się do braku jednolitej linii orzeczniczej w zakresie prawa międzynarodowego upadłościowego procesowego, a także materialnego?

2. W jaki sposób można zniwelować niepewność stron w przedmiocie przystąpienia do procedury w obcych sądach?
3. Mając na uwadze zarówno interesy wierzycieli, jak i dłużników, jak obu stronom postępowania zapewnić gwarancje rzetelnego i sprawiedliwego postępowania upadłościowego oraz arbitrażowego?
4. W jakich warunkach najczęściej dochodzi do złamania zasady równego traktowania wierzycieli na poziomie międzynarodowym? Czy postępowanie arbitrażowe, ewentualnie mediacyjne może przyczynić się do umocnienia tej zasady?
5. Czy alternatywne metody rozwiązywania sporów mogą przyczynić się do usprawnienia postępowania upadłościowego w ujęciu międzynarodowym?

Trzonem niniejszej dysertacji jest następująca teza: **Alternatywne metody rozwiązywania sporów mogą przyczynić się do zwiększenia efektywności postępowania upadłościowego a także usprawnić zawieranie układu w upadłości** oraz szereg hipotez szczegółowych:

H1: Arbitraż oraz mediacja w sporach insolwencyjnych może pełnić rolę pomocniczą.

H2: Upadłość może być mechanizmem wspomagającym dochodzenia roszczeń w sprawach z zakresu deliktów w systemie *common law*.

H3: Orzecznictwo państw *common law* w obliczu nieustannie ewoluującej linii orzeczniczej nie jest gwarantem ukonstytuowania się arbitrażu jako instytucji mającej automatyczne zastosowanie w sporach insolwencyjnych.

Przy opracowywaniu dysertacji zostały wykorzystane następujące metody badawcze: **metoda dogmatyczna, analiza orzecznictwa, metoda analityczna, metoda statystyczna oraz metoda porównawcza**. W pracy posłużono się również metodą **empiryczną**.

**Metoda dogmatyczna** została zrealizowana w taki sposób, że analizie poddano podstawowe akty prawne z zakresu prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego oraz postępowania arbitrażowego. Ze względu na ograniczony dostęp do rozstrzygnięć trybunałów arbitrażowych w sprawach z elementem polskim, wykorzystano literaturę anglojęzyczną.

**Analiza orzecznictwa** wykazała ograniczony wymiar spraw, w których podstawę orzekania stanowiłby art. 147 PrUpad. Jednakże to zagadnienie w praktyce polskiego prawa insolwencyjnego wciąż ma marginalne znaczenie. W relacjach międzynarodowych zagadnienie zapisu na sąd polubowny oraz upadłości

przedsiębiorstwa ma istotne znaczenie przy upadłościach wielkich grup kapitałowych, w których występuje wielu wierzycieli którymi zazwyczaj są osoby fizyczne lub małe przedsiębiorstwa. Zależności występujące w tego typu sytuacjach zostały opisane na podstawie casusu *Nortel* i *Lehman Brothers*.

**Metoda analityczna** wykazała z jednej strony tendencję rosnącą restrukturyzacji przedsiębiorstw w Polsce i na świecie, a także większe zainteresowanie przedsiębiorców arbitrażem. Ponadto, autorka w pracy przeanalizowała ponad 20 godzin nagrań wypowiedzi praktyków z American Bankruptcy Institute.

Przy opracowywaniu dysertacji skorzystano również z metody **prawnoporównawczej**. Zbadano przede wszystkim wpływ zapisu na sąd polubowny w postępowaniu insolwencyjnym w prawie polskim i amerykańskim. Rozważania uzupełniono o orzecznictwo sądów angielskich oraz irlandzkich. Dokonano także analizy konstytucyjności przepisów dotyczących arbitrażu w wybranych obcych systemach prawnych. **Metoda empiryczna** polegała na wykorzystaniu narzędzia badawczego w postaci wywiadów. Wyniki badań zastosowano w formułowaniu pytań badawczych, które zostały przedstawione praktykom prawa upadłościowego, mediatorom oraz sędziom w Polsce. W pracy posłużono się metodą jakościową. W procesie badawczym zwrócono się również do mediatorów w Stanach Zjednoczonych. Autorka w ramach grantu BMN odbyła staż w British Institute of International and Comparative Law, podczas którego została przeprowadzona kwerenda biblioteczna. W ramach procesu badawczego, autorka wzięła również udział w *Vienna Arbitration Days*, które odbyły się w Wiedniu w marcu 2019 r.

**Metodę statystyczną** zastosowano w celu identyfikacji występowania zjawiska niewypłacalności w Polsce, Stanach Zjednoczonych, Irlandii i Anglii, oraz zbadania częstotliwości przeprowadzania postępowań arbitrażowych w Polsce.

Dysertacja została podzielona na pięć rozdziałów. **Rozdział I**, zatytułowany *Aspekty prawne i ekonomiczne postępowania arbitrażowego oraz upadłościowego*, dotyczy problemów kluczowych z perspektywy postępowania arbitrażowego oraz postępowania upadłościowego. Została w nim zasygnalizowana istota pojęcia ekonomicznej analizy prawa oraz jej funkcja w odniesieniu do postępowania upadłościowego oraz arbitrażowego. Celem rozważań w tej części rozprawy jest ukazanie wspólnych mechanizmów funkcjonujących w obrębie postępowania upadłościowego i arbitrażowego. Scharakteryzowano podstawowe pojęcia funkcjonujące w obszarze alternatywnych metod rozstrzygnięcia sporów i zestawiono je

z relewantnymi pojęciami, występującymi w zakresie upadłości. **W rozdziale II**, zatytułowanym *Międzynarodowe postępowanie upadłościowe*, badana jest istota oraz charakter prawny międzynarodowego postępowania upadłościowego. Teorie występujące w międzynarodowym postępowaniu upadłościowym, takie jak uniwersalizm i terytorializm, a także teorie dotyczące COMI i ECOMI, zostały omówione na kanwie anglojęzycznej literatury z zakresu międzynarodowego prawa upadłościowego. Rozważania zostały wzbogacone o orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, a także komplementarne orzecznictwo sądów amerykańskich. Ukazano kształtowanie się systemu międzynarodowego prawa upadłościowego, uwzględniając etap tzw. *preliminary work* UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law). Ze względu na to, że dotychczas polska doktryna nie zmierzyła się w sposób kompleksowy z zaleceniami UNCITRAL, autorka uznała za zasadne przedstawienie głównych założeń, które legły u podstaw utworzenia jednego z najbardziej efektywnych modeli prawa upadłościowego na świecie. **Dodatkowo zalecenia dwóch najbardziej prominentnych organizacji prawniczych takich, jak: American Legal Institute oraz European Legal Institute, zostały zestawione w kontekście porównawczym, czyli w jaki sposób te dwie organizacje uregulowały najbardziej problematyczne kwestie związane z transgraniczną upadłością.** Celem **rozdziału III**, *Relacja arbitrażu do postępowań upadłościowych w wybranych państwach common law*, jest ukazanie upadłości oraz arbitrażu z perspektywy wybranych państw *common law*. W rozdziale przedstawiono działanie arbitrażu oraz postępowania upadłościowego z uwzględnieniem porządku prawnego Stanów Zjednoczonych, Irlandii oraz Anglii.

**Rozdział IV** jest opracowaniem dotyczącym relacji arbitrażu do postępowań upadłościowych z perspektywy Polski w ujęciu międzynarodowym. Przedstawiono sposób, w jaki ustawodawca uregulował i zestawiał arbitraż w odniesieniu do postępowania upadłościowego.

**Rozdział V** jest opracowaniem orzecznictwa sądów upadłościowych, które musiały się zmierzyć z zagadnieniem intersekcji prawa upadłościowego oraz arbitrażu. Dział ten stanowi również podsumowanie rozważań oraz badań empirycznych. Rozprawę zamykają uwagi dotyczące przewidywanych zmian w tej dziedzinie prawa, a także rekomendacje dla ustawodawcy w odniesieniu do przyszłych zmian legislacyjnych.

**Rozprawa uwzględnia regulacje prawne obowiązujące na dzień 31.01.2019.**



## **Rozdział I. Aspekty prawne i ekonomiczne postępowania arbitrażowego oraz upadłościowego**

### **§ 1. Istota postępowania arbitrażowego oraz postępowania upadłościowego**

Ważnym aspektem rozważań w niniejszym rozdziale jest zbadanie relacji zachodzącej w obszarze prawa w związku z ekonomiczną analizą prawa. Rozważania te będą stanowiły punkt wyjścia do analizy zależności zachodzącej na linii arbitraż – upadłość – ekonomia. Opracowanie rozdziału oparte jest na podstawie dorobku jednego z nowszych kierunków myśli prawniczej, jakim jest ekonomiczna analiza prawa (*Law and Economics*)<sup>12</sup>. W ogólności, za pomocą tej metody instytucje prawne są analizowane przy użyciu narzędzi, które są właściwe dla nauki o ekonomii<sup>13</sup>. Dzięki rozwojowi tej względnie nowej dziedziny promującej pogląd o prawie jako dziedzinie interdyscyplinarnej, która korzysta z dorobku innych nauk społecznych, takich jak psychologia i socjologia<sup>14</sup>, istnieje możliwość zbadania praktycznych aspektów arbitrażu i upadłości. Za pomocą narzędzi stosowanych w ekonomii można przeanalizować efektywność przepisów dotyczących zapisu na sąd polubowny i ich wpływu na postępowanie upadłościowe. W większości państw cywilizowanego świata istnieją pewnego rodzaju mechanizmy rozwiązywania sporów. Arbitraż zyskał znaczną popularność nie tylko rozstrzygając spory handlowe, ale również spory z udziałem państw. Jednakże kraje rozwijające się nie uczestniczą w międzynarodowym dialogu dotyczącym rozwoju międzynarodowego arbitrażu handlowego. Główny problem związany jest ze sporami wyrastającymi na tle inwestycji, w które zaangażowane są publiczne pieniądze. Uwzględniając zagraniczne inwestycje, nie ulega wątpliwości, że wymóg zachowania poufności w związku z realizacją zagranicznych inwestycji może przyczynić się do promocji rozwiązań, które oferuje arbitraż w państwach rozwijających się<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> W literaturze polskiej pojęcie *Law and Economics (L&E)* funkcjonuje głównie jako ekonomiczna analiza prawa, jednakże w niektórych publikacjach pojęcie to funkcjonuje również jako ekonomiczna teoria prawa i prawo i ekonomia, zob. np. *J. Boehlke*, Charakterystyka nurtu prawo i ekonomia we współczesnej myśli ekonomicznej, [w:] *B. Polaszkiewicz, J. Boehlke* (red.), Ład instytucjonalny w gospodarce, t. I, Toruń 2005, s. 43-56.

<sup>13</sup> *R. T. Stroiński*, [w:] *M. Bednarski, J. Wilkin* (red.), *Ekonomia dla prawników i nie tylko*, Warszawa 2008, s. 482.

<sup>14</sup> *R. T. Stroiński*, *Ekonomiczna analiza prawa, czyli w poszukiwaniu efektywności*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002, nr 3, s. 551.

<sup>15</sup> *E. A. Schwartz*, *The Role of International Arbitration in Economic Development*, „International Trade and Business Law Review” 2009, vol. 12, s. 127 i nast.

Pośrednio sprzężona z zagadnieniem ekonomicznej analizy prawa oraz relacji zachodzącej na linii sądownictwo powszechne – sądownictwo polubowne jest problematyka efektywności kosztowej procesu cywilnego w Polsce<sup>16</sup>. Jako trafny należy wskazać pogląd występujący w literaturze międzynarodowej dotyczący ekonomicznej analizy procesu cywilnego. Otóż analiza ta skupia się na rozróżnieniu dwóch potencjalnych wydatków: kosztu właściwej procedury sądowej, oraz kosztu popełnienia potencjalnego błędu. W procesie sądowym związanym z rozstrzygnięciem sporu, w obliczu wielości dowodów, prawdopodobieństwo popełnienia błędu co do faktów lub prawa wzrasta. Z drugiej strony, proces który umożliwi dopuszczenie wszystkich dowodów dostępnych w sprawie, jest procesem szkodliwym. Z perspektywy ekonomicznej, efektywny rezultat mógłby zostać osiągnięty przez system który minimalizuje sumę dwóch wydatków – związanych z popełnieniem błędu, oraz kosztem zastosowania odpowiedniej procedury<sup>17</sup>.

Pozwoli to ocenić, czy w Polsce zjawisko upadłości ma charakter wzrostowy, czy też można powiedzieć, że jest to zjawisko występujące o podobnej częstotliwości w skali każdego roku. Nieodzownym elementem tego rozdziału będzie zestawienie danych statystycznych nie tylko sądów powszechnych, ale także innych jednostek monitorujących zjawisko upadłości w Polsce. Kluczowe w kontekście formułowania wniosków jest odniesienie się do danych przedstawionych przez Ministerstwo Sprawiedliwości, Ministerstwo Gospodarki oraz instytucji międzynarodowych takich jak np. Bank Światowy.

Jak wcześniej wspomniano, niewypłacalność rodzi skutki nie tylko dla samego przedsiębiorcy, ale również dla ogółu społeczeństwa. Destrukcyjny wpływ upadłości na światowe gospodarki jest problemem pojawiającym się w historii cyklicznie, co widać na przykładzie przypadku *South Sea Bubble*<sup>18</sup> w XVIII – wiecznej Anglii, wielkiego

---

<sup>16</sup> Zob. np. A. Siemaszko, P. Ostaszewski, Efektywność kosztowa sądownictwa powszechnego, Warszawa 2013, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/Efektywno%C5%9B%C4%87-%C4%85downictwa-powszechnego-oprac-12.pdf>, [dostęp: 23.10.2018].

<sup>17</sup> G. P. Miller, The Legal-Economic Analysis of Comparative Civil Procedure, „American Journal of Comparative Law”, vol. 45, 1997, s. 906.

<sup>18</sup> *South Sea Bubble*, czyli afera Kompanii Mórz Południowych była jedną z pierwszych wielkich, i dobrze opisanych baniek spekulacyjnych w historii. Kompania została założona w 1711 r. w Anglii, aby przywrócić wiarygodność kredytową rządu. Spółka przejęła dług rządowy w wysokości prawie 10 mln funtów w zamian za monopol na handel z Ameryką Południową, Zob. K. Mazur, Mechanizmy baniek spekulacyjnych – spojrzenie psychologiczne i ekonomiczne, „Ogrody Nauki i Sztuki” 2012, nr 2, s. 274 - 282.

kryzysu w Stanach Zjednoczonych w latach 30. XX wieku, a także współczesnego kryzysu rynków finansowych, który wystąpił w 2008 r.

W związku z niebezpiecznymi, i nieprzewidywalnymi wydarzeniami o charakterze ekonomiczno-gospodarczym, rezonującymi dwutorowo na gospodarkę oraz społeczeństwo, uzasadnienie znajduje teza o potrzebie wczesnego interwencjonizmu państwa w obszar prawa gospodarczego prywatnego. Należy podkreślić, że pierwsze nowoczesne systemy prawa handlowego były oparte na średniowiecznym, represywnym schemacie opartym o całkowitą odpowiedzialność dłużnika. Rozpad przedsiębiorstwa traktowany był jako naturalna konsekwencja niepowodzenia, a zarazem środek wychowawczy, który niejako miał dłużnika ukarać<sup>19</sup>. W międzyczasie można zadać sobie pytanie – po co w takim razie wykształciła się idea tzw. *corporate rescue* (idea ratowania przedsiębiorstwa), skoro porażkę gospodarczą traktowano jako naturalną konsekwencję aktywności gospodarczej? W debacie dotyczącej ratowania przedsiębiorstw zasadniczą kwestią jest odpowiedź na pytanie, w czym interesie jest uratowanie takiego przedsiębiorstwa. Naprzód można powiedzieć, że na szali ważą się interesy inwestorów, przedsiębiorców, wierzycieli, pracowników, a także całego społeczeństwa, którego interesy reprezentuje państwo. Ogólny interes społeczny oraz zmieniające się realia społeczno-gospodarcze stanowią wystarczającą przesłankę zmiany prawa przez państwo. W zależności od uczestnika obrotu gospodarczego odpowiedź na pytanie o zasadność utrzymania przy życiu podmiotu gospodarczego, często może być inna.

Bez nieustannej weryfikacji niedziałających przepisów istnieje ryzyko, że państwo nie będzie w sposób prawidłowy realizować swoich podstawowych funkcji. W systematyce działalności państwa niektórzy autorzy wyróżniają obszary, które mają charakter aktywny i pasywny. Elementy aktywne związane są z zobowiązaniami indywidualnymi, jakie posiadają obywatele. Jest to np. płacenie podatków oraz innych wymagalnych zobowiązań pieniężnych, które wypływają bezpośrednio z faktu prowadzenia działalności gospodarczej, lub pośrednio przez uiszczanie wymagalnych zobowiązań pieniężnych wypływających z uzyskanych dochodów i wydatków związanych pośrednio z przedsiębiorstwem. Natomiast elementy pasywne to interes utrzymania ogólnych warunków dostępu do rynku. Z dostępu do rynku przedsiębiorcy

---

<sup>19</sup> P. J. Omar, Thoughts On the Purpose of Corporate Rescue, „Journal of International Banking Law” 1997, vol. 12, n 4, s. 127.

mogą w ogólności skorzystać bądź nie, jednakże suma wszystkich korzyści uczestnictwa w grze rynkowej w ogólności daje przewagę koncepcji *corporate rescue* nad upadłością<sup>20</sup>.

W literaturze podnosi się, że w ujęciu internacjonalistycznym w zasadzie nie istnieje wyraźna różnica pomiędzy pojęciem *law and economics* i *the economic analysis of the law*. Dlatego też w opracowaniach z dziedziny ekonomii traktujących o prawie lub normach prawnych, które zostały opublikowane po 1960 zarówno *law and economics*, jak i *the economic analysis of law* są używane zamiennie. Pojęcia te stanowią zbiór tzw. nowego prawa i ekonomii (*new law and economics*)<sup>21</sup>. Gdy porównamy prawo do systemu zachęt i bodźców zgodnie z założeniami *law and economics*, możliwe będzie zrozumienie prawidłowości funkcjonowania mechanizmów prawnych występujących w postępowaniu upadłościowym oraz postępowaniu arbitrażowym z perspektywy ekonomii. Nie ulega wątpliwości, że regulacja prawa upadłościowego jest cennym mechanizmem, który w całej swej doniosłości przyczynia się również do lepszego funkcjonowania gospodarki państwa. Jest wartością dodaną całego systemu prawnego państwa, gdyż zapewnia stabilność, przewidywalność, a także udostępnia mechanizmy, za pomocą których przedsiębiorstwa mogą lepiej oceniać ryzyko, a także mają zapewnione bezpieczeństwo rezultatów, które chcą osiągnąć<sup>22</sup>. Dlatego też w kontekście prawa upadłościowego *law & economics* stanowi użyteczne narzędzie badawcze umożliwiające badanie wpływu wymierzonych sankcji prawnych na zachowania ludzi. Zgodnie z tym założeniem sankcje są traktowane jak ceny. Sankcje, podobnie jak ceny, posiadają zdolność wywoływania konkretnych reakcji<sup>23</sup>.

W kontekście intersekcji prawa i ekonomii warto jest wymienić parę podstawowych przyczyn, dlaczego międzynarodowe środowisko nauki do pewnego momentu nie partycypowało w sposób aktywny w badaniu przenikania się obszaru prawa i ekonomii. Jednak nawet na wczesnym etapie rozwoju tej dziedziny badawczej, mimo braku dogłębnych opracowań, wskazywano na znaczne korzyści w posługiwaniu się tą metodą. Argumentem przemawiającym za posługiwaniem się ekonomiczną

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, s. 132.

<sup>21</sup> S. Harnay, A. Marciano, Posner, Economics And The Law: From „Law And Economics” To An Economic Analysis of Law, „Journal of the History of Economic Thought” 2009, vol. 31, nr 2, s. 215.

<sup>22</sup> G. F. Redling, Insolvency Institute of Canada (Articles), Insolvency in the Economic Context, 1994, Art. 1994-9, s. 1.

<sup>23</sup> J. Pomaskow, Ekonomiczna analiza prawa – alternatywa dla głównego nurtu ekonomii, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Współczesne Problemy Ekonomiczne” 2015, nr 858, s. 210.

analizą prawa jest analogia pomiędzy transakcjami wynikającymi z międzynarodowych relacji, a także transakcjami odbywającymi się na rynkach prywatnych (wewnętrznych). Z drugiej strony, istnieją również analogie, w których porównuje się traktaty międzynarodowe do umów. A skoro traktaty to umowy, to poprzez narzędzia nauki ekonomii możemy lepiej zrozumieć proces ich zawierania. Zatem z perspektywy analizy samych umów ekonomiczna analiza prawa jest rzeczą wartościową, ponieważ dzięki niej możemy zrozumieć traktaty międzynarodowe. Mimo to praktycy, a także przedstawiciele środowiska akademickiego sugerowali wadliwość posługiwania się pojęciem *international economic law* ze względu na odmienną interpretację tego terminu, i tym samym niejednoznaczność w wydzieleniu kryteriów, które miałyby decydować o wyodrębnieniu kategorii zjawisk podlegających analizie. W szerokim ujęciu *international economic law* obejmuje wszystkie aspekty prawa międzynarodowego, które są związane z ekonomią. Zgodnie z tym poglądem prawo międzynarodowe powinno być równoznaczne z międzynarodowym prawem ekonomicznym, ponieważ w niemalże każdym aspekcie prawo międzynarodowe dotyka w jakimś stopniu kwestii związanych z ekonomią. Bardziej ograniczona definicja tego problemu obejmowałaby handel, inwestycje oraz usługi o charakterze transnarodowym, a także taki rodzaj aktywności, który wiązałby się z usankcjonowaniem działalności ekonomicznej podmiotów obcych<sup>24</sup>.

W literaturze można odnaleźć również sugestywne analogie ukazujące zależności zachodzące pomiędzy organizacjami międzynarodowymi a przedsiębiorcami krajowymi oraz regulacją konkurencji w kontekście międzynarodowym i krajowym. Mimo oczywistych korzyści związanych z wykorzystaniem ekonomicznej analizy prawa, podaje się, że ta metoda posiada poważne ograniczenia. Na przykład, badając różnego rodzaju zjawiska za pomocą ekonomicznej analizy prawa, domniemanie, że jednostki działają w sposób racjonalny, spotyka się z nieustanną krytyką. Co więcej, krytyka związana z racjonalnością działania nie dotyczy tylko jednostek, ale dotyka również obszaru związanego z działalnością państwa. W niektórych opracowaniach podaje się, że ekonomiczna analiza prawa nie jest zorientowana na analizę efektywności norm prawnych i funkcji, jakie te normy mają spełniać. Ekonomiczna analiza bada zjawiska, które występują w następstwie przyjęcia reguł prawnych. Należy jednak

---

<sup>24</sup> J. H. Jackson, W.J. Davey, A. O. Sykes Jr., *Legal Problems of International Economic Relations, Cases, Materials and Texts*, West Publishing Cooperation, 1995, s. 269.

zwrócić uwagę, że byłoby błędem analizowanie prawa, a w szczególności prawa międzynarodowego, wyłącznie poprzez zastosowanie kryterium konsekwencji. Normy prawne są istotne nie tylko ze względu na to, jakie wywołują konsekwencje, ale przede wszystkim ze względu na to, jakie wartości przedstawiają<sup>25</sup>.

W międzynarodowej doktrynie nauki ekonomii i wymienia się trzy podstawowe obszary problemowe L&E:

- 1) niedostępność odpowiedniej metodologii,
- 2) domniemane konserwatywne uprzedzenia polityczne,
- 3) pozytywizm i krytyka prawa międzynarodowego<sup>26</sup>.

Z pewnością należy przychylić się do poglądu autorów, że są to problemy związane z brakiem zrozumienia metodologii, które byłyby właściwe oraz użyteczne prawu i ekonomii. G. Stigler wyjaśnia, że są dwie role, które może odgrywać ekonomia w obszarze prawa<sup>27</sup>. Pierwsza, tradycyjna rola, sprowadza się do odpowiedzi na konkretne pytania. Na przykład, ekonomia może odpowiedzieć na pytania związane z definicją rynkową w prawie antytrustowym bądź antidumpingowym. Rola ekonomii w prawie może również pozwolić na odpowiedź na pytanie, czy dane produkty są do siebie podobne, wykorzystując metodologię związaną z teorią mieszanej elastyczności popytu. Dzięki temu można uzyskać odpowiedź twierdzącą i ustalić, że miało miejsce naruszenie prawa. W pierwszym przypadku ekonomia odgrywa pomocniczą rolę, wspierając zasadę prawną i w ten sposób możemy płynnie odwołać się do pojęcia „analizy ekonomicznej w prawie”. Ta specjalistyczna rola może być odegrana wyłącznie przez ekonomistę, bez pomocy prawnika. Jednakże chcąc odwołać się do pełnego pojęcia ekonomicznej analizy prawa, niezbędne jest współdziałanie zarówno ekonomistów, jak i prawników. W niektórych opracowaniach wskazuje się na kontrowersyjną rolę ekonomii jako nauki, poprzez którą analizuje się prawo<sup>28</sup>. Mimo to, w dzisiejszych czasach można powiedzieć, że nauka o ekonomii jest cennym źródłem wiedzy również w dziedzinie prawa. Dowodem na to jest fakt, że ekonomia jest

---

<sup>25</sup> J. L. Dunoff, Some Costs and Benefits of Economic Analysis of International Law, “American Society of International Law Proceedings” 2000, nr 94, s. 185 i nast.

<sup>26</sup> J. L. Dunoff, J. P. Trachtman, Economic Analysis of International Law, “Yale Journal of International Law” 1999, vol. 24, nr 1, s. 6.

<sup>27</sup> G. Stigler, Law or Economics, “Journal of Law & Economics”, 1992, vol. 35, s. 455-467.

<sup>28</sup> G. Calabresi, The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence, Proc. Brit. Acad. 1982, vol. 68.

przedmiotem obowiązkowym na studiach prawniczych. Należy nadmienić, że ekonomia jest traktowana przez prawników jako narzędzie, którym trudno jest się posłużyć w odniesieniu do analizowania prawa. Jednakże współczesny prawnik nie powinien mieć przeszkód w posługiwaniu się metodą tzw. *institutional economics*<sup>29</sup>. *Institutional economics* integruje neoklasyczne teorie ekonomii, i koncentruje się na działaniu systemu kosztowego wraz z analizą o charakterze instytucjonalnym<sup>30</sup>. W tej części dysertacji, ze względu na szerokie rozumienie pojęcia, ekonomiczna analiza powinna być rozumiana jako ocena obiektywnej skuteczności danego rozwiązania prawnego lub skuteczność działania instytucji arbitrażowych.

Jest kwestią o podstawowym znaczeniu określenie podmiotowego zakresu stosowania prawa upadłościowego, a także wyjaśnienia i przeciwstawienia pojęcia „zdolności” arbitrażowej. Zdolność upadłościowa jest przesłanką merytoryczną prowadzenia postępowania upadłościowego i bez wątplenia można stwierdzić, że brak zdolności upadłościowej jest bezpośrednią przyczyną oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości<sup>31</sup>. Ponadto, zdolność upadłościowa jest przesłanką o charakterze bezwzględny, pozytywnym i materialnoprawnym. Oczywiście zdolności upadłościowej nie musi posiadać np. wierzyciel występujący w postępowaniu, jednak musi on posiadać zdolność sądową. W kwestii rozróżnienia zdolności sądowej i zdolności upadłościowej ta pierwsza ma charakter przesłanki procesowej o charakterze pozytywnym, zaś druga pozytywnej przesłanki materialnoprawnej<sup>32</sup>.

Pojęcie zdolności upadłościowej jest zagadnieniem o szczególnym znaczeniu zarówno praktycznym jak i teoretycznym. W doktrynie prawa upadłościowego wskazywano, że odpowiedź na pytanie, co jest zdolnością upadłościową, nie jest łatwe<sup>33</sup>. Warto zwrócić uwagę, że pojęcie zdolności upadłościowej uznawane jest za termin o charakterze doktrynalnym. Rozróżnia się ujęcie zdolności w znaczeniu wąskim

---

<sup>29</sup> *Institutional Economics* to powstała w USA myśl ekonomiczna, która za punkt odniesienia w wyjaśnianiu procesów gospodarczych przyjmuje instytucję jako wzór wykształcony przez społeczeństwo. Instytucja wg T. Veblena to „utarte zwyczajowo sposoby regulowania procesów życiowych społeczeństwa w odniesieniu do środowiska materialnego, w którym społeczeństwo żyje”, zob. Encyklopedia zarządzania: [https://mfiles.pl/pl/index.php/Ekonomia\\_instytucjonalna](https://mfiles.pl/pl/index.php/Ekonomia_instytucjonalna), [dostęp: 19.10.2018].

<sup>30</sup> R. Coase, *The New Institutional Economics*, „*Institutional & Theoretical Economics*” 1984, vol. 140, s. 229.

<sup>31</sup> F. Zedler, *Zarys prawa upadłościowego*, Warszawa 2016, s. 31.

<sup>32</sup> P. Janda, *Prawo upadłościowe. Komentarz do art. 5 ustawy Prawo upadłościowe*, wyd. II, Lex/el. 2018.

<sup>33</sup> A. Pokora, *Zdolność upadłościowa*, „*Przegląd Prawa Handlowego*” 1998, nr 2, s. 26.

oraz szerokim. W ujęciu wąskim zdolność upadłościową należy utożsamiać z podmiotowym zakresem zastosowania ustawy, natomiast w szerokim jest to zaistnienie podstaw ogłoszenia upadłości konkretnego dłużnika. Mimo wyodrębnienia doktrynalnego zdolność upadłościowa była kształtowana przez ustawodawcę w sposób niejednolity. Niektórzy autorzy są zdania, że do chwili obecnej nie wypracowano w tej materii jakiejś spójnej koncepcji, decydując o kryteriach wyłączenia w sposób dość partykularny<sup>34</sup>. Inni wskazują, że pojęcie niewypłacalności i upadłości, a w konsekwencji zdolności upadłościowej, ukształtowane przez przepisy prawa upadłościowego i naprawczego należy interpretować przy uwzględnieniu znaczenia tych pojęć w prawie upadłościowym i naprawczym z 1934 r. i prawie upadłościowym z 2015 r.<sup>35</sup>.

W literaturze przedmiotu oraz judykaturze pojęcie zdolności upadłościowej było używane w celu określenia kręgu podmiotów, które kwalifikowały się do postępowania upadłościowego, a także skutków procesowych, w przypadku gdy dany podmiot nie mógł być zakwalifikowany do postępowania upadłościowego. Zgodnie z art. 1 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10. 1934 r. – Prawo upadłościowe<sup>36</sup> zdolność upadłościowa miała być oceniana w chwili orzekania o ogłoszeniu upadłości. Twórca rozporządzenia, M. Allerhand był zdania, że kupiec, który był nim w dniu złożenia wniosku, a następnie przestał nim być, nie ma zdolności sądowej. Czyli zaprzestanie bycia kupcem, po złożeniu wniosku upadłościowego równało się z brakiem zdolności sądowej w postępowaniu upadłościowym. Jeżeli więc uczestnik postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości w międzyczasie utracił zdolność upadłościową, następstwem byłoby odrzucenie jego wniosku<sup>37</sup>.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 18 marca 1993 r.<sup>38</sup> odniósł się do przedmiotowo badanego zagadnienia, wskazując, że upadłość ma na celu likwidację majątku upadłego i podział funduszków pomiędzy wszystkich wierzycieli. Stanowi ona egzekucję uniwersalną w odniesieniu do egzekucji singularnej prowadzonej według zasad kodeksu postępowania cywilnego. Tak więc podstawowym warunkiem

---

<sup>34</sup> K. Kruczałak-Jankowska, [w:] A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz (red.), System Prawa Handlowego, t. VI, Prawo upadłościowe i restrukturyzacyjne, Warszawa 2016, s. 644.

<sup>35</sup> R. Adamus, Interpretacja „Starego” art. 11 prawa upadłościowego i naprawczego w świetle art. 299 kodeksu spółek handlowych i 166 ordynacji podatkowej, „Doradca Restrukturyzacyjny” 2018, nr 12, s. 21 i nast.

<sup>36</sup> Dz. U. z 1991 r. poz. 512 ze zm.

<sup>37</sup> M. Allerhand, Prawo upadłościowe. Komentarz, Bielsko-Biała 1991, s. 27.

<sup>38</sup> I CRN 121/92.



ogłoszenia przez sąd upadłości jest posiadanie przez jednostkę, w stosunku do której wystąpiono z wnioskiem ogłoszenia upadłości, tzw. zdolności upadłościowej. Sąd Najwyższy ponadto stwierdził, że zdolność upadłościową można porównać do zdolności sądowej, tj. zdolności osoby fizycznej, prawnej, a także organizacji dopuszczonych do działania na podstawie obowiązujących przepisów do występowania w procesie jako strona. Zatem brak zdolności upadłościowej jest tożsamy w swych skutkach do braku zdolności sądowej, gdyż prowadzi do odrzucenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Zdolność upadłościową posiada tylko jednostka, która w chwili ogłoszenia upadłości jest podmiotem gospodarczym, ale nim już nie jest w chwili ogłoszenia upadłości, choćby chodziło o zobowiązanie powstałe w czasie, gdy dłużnik był jeszcze podmiotem gospodarczym.

Kluczowe dla systematyki zdolności upadłościowej jest rozróżnienie, które istnieje w odniesieniu do sposobu prowadzenia postępowania upadłościowego. W myśl obecnej ustawy w dużym uproszeniu można mówić o rozdzielności na dwa rodzaje podmiotów, wobec których może być prowadzone postępowanie upadłościowe – przedsiębiorców oraz osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej (konsumentów).

Zgodnie z art. 5 ust. 1 Prawa upadłościowego, przepisy mają zastosowanie do przedsiębiorców w rozumieniu kodeksu cywilnego<sup>39</sup>. Zgodnie z art. 43<sup>1</sup>: Przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w 33<sup>1</sup> § 1 (jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną stosuje się odpowiednio przepisy o osobach prawnych), prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Podsumowując podmioty, wobec których może być prowadzone postępowanie upadłościowe według przepisów ogólnych o postępowaniu upadłościowym zawartych w części I PrUpad, oraz części III PrUpad, która reguluje postępowania wszczęte po śmierci niewypłacalnego dłużnika, wobec deweloperów, wobec banków, wobec zakładów ubezpieczeń i zakładów reasekuracji i wobec emitentów obligacji.

Zgodnie z art. 5 ust. 2 zdolność upadłościową posiadają: spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjne nieprowadzące działalności gospodarczej, wspólnicy osobowych spółek handlowych, którzy ponoszą odpowiedzialność za

---

<sup>39</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz. U. z 2017 r. poz. 459, 933 i 1132.

zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem (czyli wspólnicy spółki jawnej, komplementariusze spółki komandytowej i komplementariusze spółki komandytowo akcyjnej) oraz wspólnicy spółki partnerskiej. *Per analogiam* należy przyjąć, że osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą również powinny być zakwalifikowane jako posiadające zdolność upadłościową

Nowelizacją ustawy PrUpad<sup>40</sup>, osoby fizyczne nieprowadzące działalności gospodarczej zaliczane są do grupy podmiotów posiadających zdolność upadłościową. Do osób fizycznych nie mają zastosowania przepisy działu I PrUpad. Do osób fizycznych ubiegających się o ogłoszenie tzw. upadłości konsumenckiej stosuje się art. 491<sup>1</sup> – 491<sup>23</sup>. W doktrynie prawa upadłościowego w odniesieniu do upadłości konsumenckiej można wyodrębnić dwa poglądy dotyczące kwalifikacji konsumenckiej zdolności upadłościowej jako przesłanki procesowej lub przesłanki materialnoprawnej. Według pierwszego poglądu, sąd odrzuci wniosek o ogłoszenie upadłości w przypadku braku konsumenckiej zdolności upadłościowej. Natomiast w drugim ujęciu, ze względu na materialnoprawny charakter upadłości, sąd wniosek oddali<sup>41</sup>. Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, X Wydział Gospodarczy ds. upadłościowych i naprawczych z dnia 22 maja 2015 r.<sup>42</sup>; „Wniosek [...] o ogłoszenie upadłości jako osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej zasługiwał na oddaleniu z uwagi na brak konsumenckiej zdolności upadłościowej dłużnika”.

Odrębną grupę stanowią podmioty nieposiadające zdolności upadłościowej. Zgodnie z art. 6 PrUpad, nie można ogłosić upadłości:

- 1) Skarbu Państwa;
- 2) jednostek samorządu terytorialnego;
- 3) publicznych samodzielnych zakładów opieki zdrowotnej;
- 4) instytucji osób prawnych utworzonych w drodze ustawy, chyba że ustawa stanowi inaczej oraz utworzonych w wykonaniu obowiązku nałożonego ustawą;
- 5) osób fizycznych prowadzących gospodarstwo rolne, które nie prowadzą innej działalności gospodarczej lub zawodowej;
- 6) uczelni;

---

<sup>40</sup> Dz. U. 2008.234.157 art.1.

<sup>41</sup> Tak np. K. Kruczałak-Jankowska, *Zdolność upadłościowa i podstawy ogłoszenia upadłości w projekcie zmian prawa upadłościowego i naprawczego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr. 1, s. 4.

<sup>42</sup> X GU 271/15, niepubl.

7) funduszy inwestycyjnych.

Jednym z ciekawszych zagadnień dotyczącym podmiotów nieposiadających zdolności upadłościowej, jest odpowiedzialność niewypłacalnych jednostek samorządu terytorialnego. Jest to zagadnienie o istotnej wadze merytorycznej, któremu uwagę poświęcił Europejski Trybunał Sprawiedliwości. W wyroku z 24 września 2013 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka<sup>43</sup> w sprawie *De Luca v. Włochy*, wypowiedział się w przedmiocie prawa do poszanowania własności oraz zagadnienia niewypłacalności jednostki samorządu terytorialnego, a odmowy wykonania wyroku nakazującego wykonanie zobowiązania pieniężnego. Sprawa dotyczyła zobowiązania finansowego jednostki samorządu terytorialnego, wynikającego z rozstrzygnięcia sądowego nakazującego zapłatę przedmiotowej kwoty. W niniejszej sprawie skarżący dysponował roszczeniem pewnym, należnym i wykonalnym na podstawie wyroku sądu krajowego

z dnia 18 listopada 2003 r., w którym samorząd terytorialny był zobowiązany wypłacić skarżącemu kwotę 17604 euro tytułem odszkodowania, wraz z odsetkami ustawowymi i rekompensatą mającą na celu zrównoważenie stopy inflacji. Wyrok ten stał się prawomocny z dniem 9 maja 2004 r. Jednostka samorządu terytorialnego ogłosiła upadłość w grudniu 1993 r., co uniemożliwiło skarżącemu rozpoczęcie postępowania egzekucyjnego skierowanego przeciwko organom tejże jednostki. Trybunał dodatkowo zaznaczył, że organy te nie wykonały zobowiązania finansowego względem skarżącego, tym samym naruszając jego prawo do poszanowania własności w rozumieniu zdania pierwszego art. 1 Protokołu nr 1: „Każda osoba fizyczna i prawna ma prawo do poszanowania swego mienia. Nikt nie może być pozbawiony swojej własności, chyba że w interesie publicznym i na warunkach przewidzianych przez ustawę oraz zgodnie z ogólnymi zasadami prawa międzynarodowego. Sąd uznał, że powyższe postanowienia nie będą jednak w żaden sposób naruszać prawa państwa do stosowania takich ustaw, jakie uzna za konieczne do uregulowania sposobu korzystania z własności zgodnie z interesem powszechnym lub w celu zabezpieczenia uiszczania podatków bądź innych należności lub kar pieniężnych”<sup>44</sup>. Ważnym aspektem sprawy jest okoliczność, w której władze krajowe, poprzez niezastosowanie się do wyroku sądu rejonowego, skutecznie

---

<sup>43</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 24 września 2013 r., 43870/04, Lex nr 1427486.

<sup>44</sup> Protokół Nr 1 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzony w Paryżu dnia 20 marca 1952 r. oraz sporządzony w Strasburgu dnia 16 września 1963 r., (Dz. U. z 1995 r. poz. 175, nr 36).

uniemożliwiły skarżącemu odzyskanie pieniędzy których mógł racjonalnie oczekiwać. Istotnym aspektem w sprawie jest fakt, że organ zaproponował skarżącemu ugode, w ramach której mógł uzyskać 80% utraconej kwoty. Trybunał jednak zważył, że nawet jeżeli skarżący przyjąłby tę propozycję, to i tak pozostawałby stratny o 20% swojego roszczenia, a ponadto, nie otrzymałby odsetek ustawowych ani rekompensaty za stopę inflacji, do których uzyskał tytuł w ramach należnej mu wierzytelności od momentu ogłoszenia niewypłacalności przez przedmiotowo analizowaną jednostkę samorządu terytorialnego. Pozwany rząd powołał się na niewypłacalność jednostki samorządu terytorialnego oraz politykę równego traktowania, tym samym uzasadniając przedmiotową ingerencję w prawo skarżącego do poszanowania jego własności. Biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, Trybunał uznał, że miało miejsce naruszenie art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji. Jak wynika ze stanu faktycznego, a także rozstrzygnięcia wydanego przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, można zauważyć istnienie pewnego rodzaju synergii pomiędzy przestrzeganiem podstawowych praw człowieka, takich jak prawo do poszanowania własności, a zasadami prawa upadłościowego. Ponieważ brak środków nie może uzasadniać niehonorowania zobowiązania wynikającego z rozstrzygnięcia sądowego nakazującego zapłatę przedmiotowej kwoty, Trybunał potwierdził, że jednostka samorządu terytorialnego naruszyła prawo do poszanowania własności skarżącego.

Istnieją dwa rodzaje zdolności upadłościowej: postępowanie upadłościowe prowadzone według przepisów ogólnych o postępowaniu upadłościowym, które uregulowane jest w części pierwszej prawa upadłościowego z zachowaniem przepisów o postępowaniach odrębnych (postępowań wszczętych po śmierci niewypłacalnego dłużnika, wobec deweloperów, banków, zakładów ubezpieczeń i zakładów reasekuracji i remitentów obligacji) oraz postępowanie upadłościowe prowadzone wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej. F. Zedler w skrócie podsumowuje zdolność upadłościową podmiotów wymienionych w dziale II tytułu I części pierwszej prawa upadłościowego jako ogólną zdolność upadłościową<sup>45</sup>.

Obok zdolności upadłościowej istnieje pojęcie zdolności czy też „zdatości” arbitrażowej (*arbitrability*). *Arbitrability* to zakres przedmiotowy spraw, które podlegają międzynarodowemu prawu handlowemu, ograniczając normy *iuris cogentis*

---

<sup>45</sup> F. Zedler, *Zarys prawa upadłościowego*, Warszawa 2016, s. 33.

państw<sup>46</sup>. Zdatność arbitrażowa jest koncepcją, która w międzynarodowym prawie handlowym i prawie umów nie posiada jednolitej definicji. Z tego względu również nie istnieje jednolita kategoria spraw (sporów), które uznawane są powszechnie za sprawy posiadające zdatność arbitrażową. Ten stan rzeczy związany jest z odmiennymi regulacjami prawnymi, odmienną polityką państwową, ekonomią i wieloma innymi czynnikami, które rozpatrywane całościowo tworzą kategorie spraw, w których to organy państwowe, takie jak sądy, posiadają wyłączną kompetencję orzeczniczą.

Z kolei pojęcie zdatności arbitrażowej jest centralnym pojęciem występującym w międzynarodowych aktach prawnych regulujących postępowanie arbitrażowe. Po pierwsze, genezy pojęcia zdatności arbitrażowej można szukać w jednym z najstarszych aktów prawnych dotyczących współczesnego arbitrażu handlowego, którym jest Protokół o klauzulach arbitrażowych, podpisany w Genewie 24.09.1923 r.<sup>47</sup> Zdatność zdefiniowana została od strony pozytywnej w art. 1: „[...] w kwestjach [sic!] handlowych, a także we wszelkich innych kwestjach [sic!] **mogących podlegać uregulowaniu drogą arbitrażu** na mocy kompromisu [...]. Następnie Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, sporządzona w Nowym Jorku 10.06.1958 r.<sup>48</sup>, w art. II (1) wyraźnie pozostawia zagadnienie zdatności arbitrażowej ocenie państwa: „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, jaki i pozaumownego **w sprawie, która może być rozstrzyganą w drodze arbitrażu**”. Wzmianki dotyczące zdatności arbitrażowej można odnaleźć również we wstępnym projekcie Międzynarodowej Izby Handlowej (ICC) Konwencji dotyczącej uznawania i wykonywania orzeczeń arbitrażowych z 13 marca 1953 r.<sup>49</sup> Art. IV (b) projektu stanowi, że uznanie i wykonanie orzeczenia nie będzie możliwe, jeżeli (b) przedmiotowa sprawa podlegająca rozstrzygnięciu przed sądem arbitrażowym **nie może być rozstrzygnięta w drodze arbitrażu w państwie wykonania** (*that the subject-matter of the award is not capable of settlement by arbitration under the law of the country in which the award is sought to be relief upon*).

---

<sup>46</sup> R. R. Ludwikowski, Regulacje handlu i biznesu międzynarodowego, t. 2, Międzynarodowe transakcje biznesowe, Warszawa 1998, s. 491.

<sup>47</sup> Dz. U z 1931 r. Nr 84, poz. 648.

<sup>48</sup> Dz. U z 1962 r. Nr 9, poz. 41.

<sup>49</sup> Zob. ICC Digital Library:

[http://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION\\_REPORTS/CR\\_0011.htm?l1=#TOC\\_BKL1\\_3](http://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0011.htm?l1=#TOC_BKL1_3), [dostęp: 08.12.2018].

Istnieją dwa rodzaje zdatności arbitrażowej: obiektywna i subiektywna. Obiektywna zdatność arbitrażowa w kontekście międzynarodowym jest kategoryzacją, które spory mogą być poddane wyłącznej jurysdykcji sądu, a które mogą być poddane pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego<sup>50</sup>. Z tego powodu, zdatność arbitrażowa jest opisywana w literaturze również jako jedno z zagadnień, w którym umowna oraz jurysdykcyjna natura arbitrażu handlowego spotykają się w jednym miejscu<sup>51</sup>. Teoria subiektywna zdatności arbitrażowej lub inaczej, *ratione personae*, związana jest z rodzajem podmiotów, które mają możliwość poddania danego sporu pod sąd arbitrażowy, ze względu na swój status lub pełnioną funkcję. Ten rodzaj zdatności arbitrażowej związany jest ze sporami, w których jako strona występuje państwo (podmiot reprezentujący państwo), lub sporów, w których występują strony, które nie są ujęte w zapisie na sąd polubowny. Dlatego też w przedmiocie sporów insolwencyjnych, w praktyce, wątpliwość może powstać na kanwie teorii subiektywnej zdatności arbitrażowej. Na przykład, osoba działająca jako syndyk lub *trustee* ma kompetencję zadecydowania, czy dany spór należy rozstrzygnąć w formie arbitrażu, czy też należałoby od zapisu na sąd polubowny odstąpić (*zdatność arbitrażowa subiektywna – subjective arbitrability*). Ze względu na brak jednolitej kategoryzacji sporów upadłościowych *sensu largo*, obiektywna zdatność arbitrażowa będzie uzależniona od natury sporu insolwencyjnego.

## § 2. Aspekty prawne postępowania arbitrażowego

Tak jak w każdej dziedzinie prawa, w przedmiocie sądownictwa polubownego istnieje wiele rozbieżności poglądów judykatury i doktryny, zarówno w kwestiach materialnych, jak i proceduralnych. Na przykład, arbitraż międzynarodowych sporów handlowych może znaczyć coś innego dla obserwatorów i uczestników<sup>52</sup>. Z najstarszych opracowań dotyczących międzynarodowego arbitrażu, po pierwsze, możemy się dowiedzieć, że polubowne rozwiązywanie sporów (arbitraż) bez udziału sądów powszechnych jest najstarszą metodą, którą odnalazł człowiek w poszukiwaniu

---

<sup>50</sup> J. D. M Lew, L. A. Miestelis, S. Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2003, s. 187.

<sup>51</sup> L. A. Miestelis, S. Brekoulakis (red.), *International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, 2009, s. 4.

<sup>52</sup> A. F. Lowenfeld, *The Two-Way Mirror: International Arbitration as Comparative Procedure*, Mich. YBI Legal Stud. 1985, vol. 7, s. 163.

sprawiedliwości<sup>53</sup>, a po drugie, że historia ludzkości, niezależnie, czy całych narodów czy jednostek, od zawsze naznaczona jest trudnościami. Od dnia, w którym Kain zabił swojego brata Abla, spory były zażegnywane nie przy pomocy zasad sprawiedliwości, ale za pomocą siły. W konsekwencji społeczeństwa funkcjonowały na zasadach niesprzyjających pokojowemu załatwianiu sporów. W literaturze niektórzy autorzy podają<sup>54</sup>, że arbitraż może być również rozpatrywany w szerszym kontekście kulturowym. Na przykład, w mitologii greckiej, spór wywołany przez boginię niezgody Eris na weselu Tetydy i Peleusa o tytuł najpiękniejszej bogini można przez analogię porównać do pierwszego sądu arbitrażowego<sup>55</sup>.

Historycznie, w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, zamiast arbitrażu handlowego, mówiło się o arbitrażu gospodarczym, którego powstanie było uwarunkowane realiami społeczno-gospodarczymi, a przede wszystkim związane było z powstaniem planowej centralnie zarządzanej gospodarki socjalistycznej<sup>56</sup>. Arbitraż tożsamy był również z pojęciem trybunałów handlowych, rozjemstwa polubownego lub rozjemstwa gospodarczego<sup>57</sup>. Ewolucja i wzrastająca kompleksowość sporów gospodarczych wymusiły na gospodarkach kapitalistycznych rozwój i tworzenie mechanizmów alternatywnego rozwiązywania sporów, a w przypadku sporów gospodarczych – arbitrażu, choć pierwotna forma tej instytucji znana była już w starożytności i średniowieczu<sup>58</sup>. Rozbieżności w socjalistycznej doktrynie prawnej dotyczącej arbitrażu skupiały się głównie na dwóch kwestiach problematycznych. Po pierwsze, kwestią sporną było czy arbitraż gospodarczy jest szczególnym organem pełniącym funkcję wymiaru sprawiedliwości, którego nie można było zaliczyć ani do szeroko rozumianych organów sądowych, ani do organów administracyjnych. Po drugie, stanowisko skrajne przedstawiało arbitraż, który spełniał funkcję

---

<sup>53</sup> F. A. Kellor, *American Arbitration. Its History, Functions and achievements*, Washington 2000, s. 3.

<sup>54</sup> Zob. I. Balos, *Zdatność arbitrażowa sporów dotyczących patentu*, Warszawa 2017, s. 25.

<sup>55</sup> J. Parandowski, *Mitologia*, Kraków 1992, s. 238.

<sup>56</sup> M. Tyczka, *Arbitraż i postępowanie arbitrażowe*, Warszawa 1985, s. 11.

<sup>57</sup> K. Korzan, *Arbitraż i postępowanie arbitrażowe*, Warszawa 1980, s. 44.

<sup>58</sup> Wielu autorów wskazuje jednak na fakt, że pokojowe rozstrzygnięcie sporów ma korzenie w starożytności i średniowieczu zob. C. Mik (red.), [w]: *Arbitraż w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2014, s. 4-34. Autor ten zwraca uwagę, że postępowanie arbitrażowe znane było w starożytnej Grecji, Rzymie, a także w średniowiecznych Włoszech, kantonach szwajcarskich a także w południowej Francji i Niemczech. Należy zwrócić uwagę, że ze względu na odmienną strukturę polityczno-prawną nie można charakteryzować starożytnych sporów arbitrażowych jako klasycznych międzypaństwowych sporów. Autor również zwraca uwagę, że w średniowieczu niezbędnym było odwołanie się do *Res Publica Christiana*, co było przyjęciem koncepcji tzw. dwuwładzy – cesarskiej w sprawach doczesnych, a papieskiej w sferze religijnej. Konsekwencją tej dwuwładzy był proces wyboru arbitrów, a także zakres stosowanego prawa.

administracyjną, i jest organem administracyjnym<sup>59</sup>. Interesujący pogląd na temat funkcjonowania współczesnej administracji publicznej wyraził Z. Kmieciak, który stwierdził, że: „jednym z wielkich wyzwań, które musi podjąć współczesna administracja publiczna, jest efektywne rozwiązywanie ujawniających się w rozmaitych sferach społecznej aktywności i w różnej skali konfliktów”<sup>60</sup>. Zatem historyczny już pogląd o funkcji arbitrażu jako organu administracji publicznej, czy też jego funkcji administracyjno-prawnej jest poglądem trafnym.

W prawodawstwie polskim sądownictwo polubowne zostało uregulowane w części piątej kodeksu postępowania cywilnego w art. 1154-1217 (dalej k.p.c.),<sup>61</sup> pt. Sąd polubowny. Nowe przepisy zostały wprowadzone wraz z ustawą z 28 lipca 2005 o zmianie ustawy – kodeks postępowania cywilnego, która uchylila dotychczasowe przepisy dotyczące sądu polubownego<sup>62</sup>. W myśl przepisów k.p.c. arbitraż to „poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, które wymaga umowy stron, w której należy wskazać przedmiot sporu lub stosunek prawny, z którego spór wyniknął (zapis na sąd polubowny)”<sup>63</sup>. W przedmiocie zapisu na sąd polubowny wielokrotnie wypowiadał się Sąd Najwyższy, i jak stwierdził w postanowieniu z dnia 21 maja 2010 r: „strony mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego spór o ustalenie nieistnienia umowy, ewentualne stwierdzenie jej nieważności”<sup>64</sup>. Ostatnie zmiany w części piątej KPC nastąpiły wraz z ustawą z 10.09.2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów (Dz. U. poz. 1595, a także w związku z ustawą z 23.09.2016 r., o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich (Dz. U. z 2016 r. poz. 1823).

Polska jest związana szeregiem umów międzynarodowych z zakresu sądownictwa polubownego, które zgodnie z art. 87 ust. 1 Konstytucji RP stanowią źródło powszechnie obowiązującego prawa w Polsce. Do źródeł prawa z zakresu arbitrażu można zaliczyć następujące akty prawne:

---

<sup>59</sup> K. Korzan, Arbitraż i postępowanie arbitrażowe, Warszawa 1980, s. 105.

<sup>60</sup> Z. Kmieciak, Rozstrzygnięcie konfliktów w prawie administracyjnym, PiP 1999, z. 12, s. 34-35.

<sup>61</sup> Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. 1964, Nr 43, poz. 296 ze zm.

<sup>62</sup> Jak wskazuje K. Ereciński, i K. Weitz, pojęcia „sądownictwo polubowne”, „sąd arbitrażowy” i „arbitraż” należy uznawać za pojęcia tożsame. Jednakże wskazuje się, że zgodnie z tradycją języka polskiego bardziej adekwatnymi pojęciami są „sąd polubowny” i „sądownictwo polubowne” [w:] T. Ereciński, K. Weitz, Sąd arbitrażowy, Warszawa 2008, s. 15.

<sup>63</sup> Art., kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. 1964, Nr. 43, poz. 296 ze zm.

<sup>64</sup> II CKS 670/09



- 1) Protokół o klauzulach arbitrażowych, podpisany w Genewie 24.09.1923r.<sup>65</sup>
- 2) Konwencja o wykonalności zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, podpisana w Genewie 26.09.1927 r.<sup>66</sup>.
- 3) Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, sporządzona w Nowym Jorku 10.06.1958 r.<sup>67</sup>
- 4) Konwencję europejską o międzynarodowym arbitrażu handlowym, sporządzoną w Genewie 21.04.1961 r.<sup>68</sup>

Ponadto, wyróżnić można szereg umów dwustronnych, w których stroną jest Polska:

- 1) Traktat koncyliacyjno-arbitrażowy pomiędzy Polską a Austrią, podpisany w Wiedniu 16.4.1927 r.<sup>69</sup>,
- 2) Traktat Koncyliacyjny pomiędzy Polską a Brazylią, podpisany w Rio de Janeiro 21.1.1933 r.<sup>70</sup>,
- 3) Traktat o koncyliacji, postępowaniu sądowym i arbitrażu pomiędzy Polską a Bułgarią, podpisany w Warszawie 31.12.1929 r.<sup>71</sup>,
- 4) Traktat koncyliacyjny między Polską a Chile, podpisany w Santiago de Chile 19.10 1927 r.<sup>72</sup>,
- 5) Traktat koncyliacyjno-arbitrażowy między Polską a Danją, podpisany w Kopenhadze 23.4.1926 r.<sup>73</sup>,
- 6) Traktat przyjaźni, koncyliacyjny i arbitrażowy między Rzeczpospolitą Polską a republiką Grecką podpisany w Warszawie 4.1.1932r.<sup>74</sup>,
- 7) Traktat o koncyliacji, postępowaniu sądowym i arbitrażu między Polską a Hiszpanią, podpisany w Madrycie 3.12.1928 r.<sup>75</sup>,
- 8) Traktat o postępowaniu sądowym, arbitrażu i koncyliacji między Polską a Holandią, podpisany w Hadze 12.4.1930 r.<sup>76</sup>,

---

<sup>65</sup> Dz. U z 1931 r. Nr 84, poz. 648.

<sup>66</sup> Konwencja Genewska z 1927 r.

<sup>67</sup> Dz. U z 1962 r. Nr 9, poz. 41.

<sup>68</sup> Dz. U z 1964 r. Nr 40, poz. 270.

<sup>69</sup> Dz. U. z 1927 r. Nr 40, poz. 350.

<sup>70</sup> Dz. U. z 1989 r. Nr 89 poz. 688.

<sup>71</sup> Dz. U. z 1931 r. Nr 20, poz. 118.

<sup>72</sup> Dz. U. z 1931 r. Nr 13, poz. 58.

<sup>73</sup> Dz. U. z 1927 r. Nr 40, poz. 352.

<sup>74</sup> Dz. U. Nr 66, poz. 614.

<sup>75</sup> Dz. U. Nr 20, poz. 162.

<sup>76</sup> Dz. U. z 1931 r. Nr 15, poz. 72.

- 9) Traktat koncyliacyjno-arbitrażowy między Polską a Królestwem Serbów, Chorwatów i Słoweńców, podpisany w Genewie 18.9.1926 r.<sup>77</sup>,
- 10) Traktat o koncyliacji, arbitrażu i postępowaniu sądowym między Polską a Norwegią podpisany w Oslo 9.12.1929 r.<sup>78</sup>,
- 11) Traktat Koncyliacyjno-Arbitrażowy między Polską w Rumunją, podpisany w Bukareszcie 24.10.1929 r.<sup>79</sup>.
- 12) Traktat Koncyliacyjny i Arbitrażowy między Polską a Konfederacją Szwajcarską, sporządzony w Warszawie 20.01.1993 r.<sup>80</sup>,
- 13) Traktat koncyliacyjny między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki, podpisany w Waszyngtonie 16.8.1928 r.<sup>81</sup>,
- 14) Traktat Arbitrażowy między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki, podpisany w Waszyngtonie 16.8.1928 r.<sup>82</sup>,
- 15) Traktat koncyliacyjno-arbitrażowy między Polską a Węgrami, podpisany w Warszawie 30.11.1928 r.<sup>83</sup>.

Z perspektywy dwunastoletniego funkcjonowania nowoczesnych uregulowań dotyczących arbitrażu można zauważyć pewne tendencje, w którą stronę zmierza polski arbitraż. Często odnotowuje się, że pomimo działalności wielu instytucji mających na celu promocję arbitrażu, ilość rozpoznawanych spraw jest wciąż niska, co przesądza o marginalnym znaczeniu arbitrażu handlowego w Polsce jako miejsca arbitrażu na forum światowym. Jako przykłady instytucji o charakterze koncyliacyjnym działających w Polsce można wymienić między innymi: centra alternatywnych metod rozwiązywania sporów przy ośrodkach akademickich (Uniwersytecie Jagiellońskim czy Uniwersytecie Warszawskim), stowarzyszenia (Europejskie Centrum Arbitrażu) oraz sekcje arbitrażowe i mediacyjne działające przy adwokaturach.

Ze względu na wielość sądów polubownych w Polsce, a także ilość instytucji arbitrażowych, niezmiernie trudno jest określić, ile faktycznie postępowań arbitrażowych odbywa się w Polsce. Ponadto, nie istnieją oficjalne statystyki

---

<sup>77</sup> Dz. U. z 1928 r. Nr 61, poz. 561.

<sup>78</sup> Dz. U. z 1930 r. Nr 39, poz. 346.

<sup>79</sup> Dz. U. z 1930 r. Nr 20, poz. 160.

<sup>80</sup> Dz. U. z 1994 r. Nr 67, poz. 289.

<sup>81</sup> Dz. U. z 1930 r. Nr 4, poz. 27.

<sup>82</sup> Dz. U. z 1930 r. Nr 4, poz. 29.

<sup>83</sup> Dz. U. z 1930 r. Nr 13, poz. 93.

Ministerstwa Sprawiedliwości<sup>84</sup> dotyczące arbitrażu. Główne działania Ministerstwa Sprawiedliwości skupiają się wokół promocji mediacji. W listopadzie 2009 r. został powołany do życia w Ministerstwie Sprawiedliwości Departament Praw Człowieka, którego kompetencje skupiają się również wokół szeroko pojętych zagadnień związanych z promocją rozwiązywania sporów za pomocą metod ADR. Z tego względu, Ministerstwo uznało za zasadne podniesienie wiedzy społeczeństwa o alternatywnych metodach rozwiązywania sporów, musiały zostać podjęte działania o charakterze informacyjno-edukacyjnym. Przeprowadzono kampanie społeczne o ogólnopolskim zasięgu dla trzech grup społecznych: społeczeństwa jako ogółu, stron zaistniałego spor lub konfliktu (stron postępowania przygotowawczego lub sądowego), oraz grup zawodowych (sędziów, referendarzy, prokuratorów, mediatorów, funkcjonariuszy policji, kuratorów sądowych i korporacji prawniczych). Ponadto, Ministerstwo Sprawiedliwości prowadziło kampanię społeczną w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Priorytetu V „Dobre rządzenie” Programu Operacyjnego „Kapitał Ludzki” 2007–2013. – „Ułatwianie dostępu do wymiaru sprawiedliwości”. Ministerstwo rozpoczęło pracę nad działaniami informacyjno-edukacyjnymi w październiku 2010 r., które są prowadzone do tej pory pod ogólnym hasłem: „Masz prawo do mediacji”. W ramach działań informacyjnych zostały również wydane i rozdystrybuowane informatory „Czy tylko sąd rozstrzygnie w sporze? Mediacja i sądownictwo polubowne. Zostałem pokrzywdzony przestępstwem i co dalej?”, a także ulotki informujące o mediacji i plakaty. Zostały również wyemitowane spoty telewizyjne i radiowe<sup>85</sup>. Z pewnością można stwierdzić, że Ministerstwo podjęło odpowiednie kroki w kierunku promocji mediacji, jednakże arbitraż znalazł się poza spektrum działalności promocyjnej. Wydaje się, że ze względu na interesy państwa i interesy polskich przedsiębiorców organy odpowiedzialne za działania informacyjno-promocyjne powinny zintensyfikować kampanię na rzecz promocji arbitrażu wśród polskiego społeczeństwa. Na problem zwraca uwagę między innymi M. Furtek, obecny prezes Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej. Pomimo faktu, że w Polsce do SAKIG, średnio trafia ok. 200 sporów

---

<sup>84</sup> Ministerstwo Sprawiedliwości publikuje statystyki dotyczące mediacji. Najnowsze raporty pochodzą z 2016 r. i są dostępne na stronie: <http://mediacja.gov.pl/Statystyki.html>, [dostęp: 10.02.2017].

<sup>85</sup> Więcej informacji dotyczących projektu Ministerstwa Sprawiedliwości: Działania Ministerstwa Sprawiedliwości w przedmiocie mediacji: <https://www.mediacja.gov.pl/DZIA-ANIA-MINISTERSTWA-SPRAWIEDLIWO-CI-W-PRZEDMIOC.html>, [dostęp: 05.10.2018].

rocznie, to wciąż większość spraw gospodarczych rozpatrują sądy powszechne<sup>86</sup>. W nawiązaniu do bardziej aktualnych inicjatyw podjętych przez Ministerstwo Sprawiedliwości i interesujących z perspektywy niniejszej dysertacji należy wspomnieć o poradniku dotyczącym upadłości konsumenckiej, który powstał dzięki zaangażowaniu i działalności członków Zespołu Ministra Sprawiedliwości ds. nowelizacji Prawa upadłościowego i naprawczego w przygotowanie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych<sup>87</sup> – tzw. nowej upadłości konsumenckiej<sup>88</sup>. Istotne jest, że większość zmian legislacyjnych nie tylko w obszarze polubownego rozwiązywania sporów, ale także upadłości idzie w kierunku korzystnym dla konsumentów.

Zasadniczą trudność z perspektywy badawczej sprawia zasada tajemnicy przedsiębiorstwa, która skutecznie uniemożliwia dokładne zbadanie kwestii arbitrażu i jego praktycznego zastosowania w odniesieniu do prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce<sup>89</sup>. Nie należy pominąć faktu, że poufność występująca w klauzulach stanowi podstawową trudność o odniesieniu do analizy klauzul arbitrażowych występujących w umowach handlowych pomiędzy prywatnymi podmiotami gospodarczymi. Co jest również znamienne, problem braku wiarygodnych danych występuje również w arbitrażu inwestycyjnym.

Arbitraż handlowy, podobnie jak arbitraż klasyczny, jest w swej istocie poddaniem pod kognicję sądu prywatnego (arbitrażowego) i wyłączeniem kognicji sądu państwowego, istniejącego bądź przyszłego sporu prawnego i wydanie wiążącego rozstrzygnięcia. Spór oczywiście ma charakter handlowy (gospodarczy), zaś umocowanie stron ma swoje źródło w woli stron<sup>90</sup>. Według Z. Rajskiego międzynarodowy arbitraż handlowy wypełnił „wielką lukę w porządku prawnym międzynarodowego obrotu gospodarczego”, w którym brakuje właściwego forum do

---

<sup>86</sup> Zob. „Potrzebna jest promocja arbitrażu w Polsce. Ten polubowny sposób rozwiązywania sporów pozwala firmom na oszczędność czasu i pieniędzy”, [https://biznes.newseria.pl/news/potrzebna\\_jest\\_promocja,p2066253572](https://biznes.newseria.pl/news/potrzebna_jest_promocja,p2066253572), z dnia 02.11.2016, [dostęp: 05.10.2018].

<sup>87</sup> Ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych z dnia 28 lipca 2005 r., Dz. U. 2005 nr 167 poz. 1398

<sup>88</sup> P. Filipiak, M. Geromin, B. Groele, A. Hrycaj, Z. Miczek, J. Płoch, M. Porzycki, C. Zalewski, Upadłość konsumencka – poradnik, Wydawca: Ministerstwo Sprawiedliwości, stan prawny na 1 stycznia 2015 r.

<sup>89</sup> Zob. A. Zarówna, Ile sekretów w arbitrażu?, „Rzeczpospolita” z dn. 19.03.2014, <https://www.rp.pl/artukul/1094923-Tajemnica-przedsiębiorstwa--Poufnosc-w-arbitrazu-handlowym.html>, [dostęp: 05.10.2018].

<sup>90</sup> A. Szumański (red.), System Prawa Handlowego, t. 8, Arbitraż handlowy, Warszawa 2010, s. 6.

rozstrzygnięcia sporów wynikłych z międzynarodowych stosunków kontraktowych, czyli międzynarodowego sądownictwa prywatnego<sup>91</sup>. Definicja arbitrażu handlowego *sensu stricto* nie została wyrażona bezpośrednio w aktach prawa międzynarodowego, gdyż co do zasady operują one pojęciami, takimi jak umowa o arbitraż lub charakteryzują sąd polubowny.<sup>92</sup> Oczywiście istnieją definicje tak zwane „modelowe”, które na celu mają scharakteryzowanie i nakreślenie istoty umowy arbitrażowej. Istnieje wiele konwencji międzynarodowych, które dotyczą arbitrażu, jednak na wyróżnienie zasługuje Ustawa Modelowa UNCITRAL z 1985 r. o międzynarodowym arbitrażu handlowym<sup>93</sup>, na kanwie której oparto wiele międzynarodowych regulacji dotyczących arbitrażu.

Aby zachować porządek rozważań, należy wyjaśnić, czym jest arbitraż, i w jakim celu się go stosuje. Arbitraż jest zagadnieniem obszernie opisanym przez literaturę i doktrynę. Prawdopodobnie najkrótsza i najbardziej kompleksowa definicja arbitrażu została podana przez A. Wiśniewskiego, w następujący sposób: „Arbitraż polega na tym, że zwaśnione strony zgodnie wskazują osobę trzecią, która ma wydać wyrok rozstrzygający ich spór”<sup>94</sup>. Natomiast przez sądownictwo polubowne rozumie się taki tryb rozstrzygnięcia sporów, w którym organ rozstrzygający nie jest organem państwowym i swą kompetencję, wyłączając orzecznictwo sądów państwowych, opiera na umowie stron<sup>95</sup>. A. Szumański również jako element konstytutywny arbitrażu podaje wolę stron, które chcą rozstrzygać potencjalne spory poprzez sąd arbitrażowy, zamiast sądu powszechnego, zaś wola ta jest wyrażona bezpośrednio w umowie o arbitraż<sup>96</sup>. Zatem jako konstytutywne elementy arbitrażu należy wskazać akt stron, wzajemne zobowiązanie stron do współdziałania z arbitrem, a także dobrowolne wykonanie wyroku przez strony. W wielu opracowaniach systemowych, podkreśla się zalety arbitrażu, którymi są szybkość, a także względne odformalizowanie.

---

<sup>91</sup> J. Rajski, Nowe wyzwania wobec sądów arbitrażowych, PPH 2001, nr 2, s. 2; cyt. [za:] E. Gmurzyńska, R. Morek (red.), Mediacje: teoria i praktyka, Warszawa 2009, s. 25.

<sup>92</sup> Por. KC z UNCITRAL

<sup>93</sup> Ustawa Modelowa UNCITRAL o międzynarodowym arbitrażu handlowym. Komisja ONZ ds. międzynarodowego prawa handlowego.

<sup>94</sup> A. W. Wiśniewski, Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce, status prawny arbitrażu i arbitrów, Warszawa 2011, s. 29.

<sup>95</sup> T. Ereciński, [w:] T. Ereciński (red.), Kodeks postępowania cywilnego, Komentarz, t. IV, Międzynarodowe postępowanie cywilne, Sąd polubowny (arbitrażowy), Warszawa 2017, s. 816.

<sup>96</sup> A. Szumański, [w:] A. Szumański (red.), System Prawa Handlowego, t. 8, Arbitraż handlowy, Warszawa 2010, s. 7.

Tak więc sąd polubowny (arbitrażowy), jest sądem prywatnym, który jest powoływany za sprawą woli stron, które powierzają wskazanym przez siebie arbitrom rozstrzygnięcie ich sporu prawnego<sup>97</sup>.

Kwestią sporną natomiast jest, czy rzeczywiście arbitraż można zaliczyć do tzw. alternatywnych metod rozwiązywania sporów (*alternative dispute resolutions*), czy należy przyjąć wąski katalog metod ADR, w których na czele znajduje się przede wszystkim mediacja i koncyliacja<sup>98</sup>. Wydaje się jednak, że pogląd o odrębności arbitrażu jako instytucji funkcjonującej poza obrębem ADR należy odrzucić ze względu na fakt, że zajmuje on stałe miejsce nie tylko w sferze rozwiązywania spraw cywilnych, ale także w szerokim spektrum spraw handlowych, sporów konsumenckich<sup>99</sup>, sporów o nazwy domen internetowych<sup>100</sup>, a nawet coraz częściej sporów inwestycyjnych związanych z ochroną środowiska<sup>101</sup>. W literaturze podaje się argumenty mające udowodnić prawdziwość tezy, że arbitraż handlowy nie mieści się w ramach tradycyjnego ADR, gdyż kończy się wiążącym postanowieniem sądu<sup>102</sup>.

Interesującą koncepcję podaje się w literaturze zachodniej, gdzie funkcjonuje również odrębna forma *Med-Arb*, która stanowi połączenie mediacji i arbitrażu. Jest to mechanizm hybrydowy, w którym strony za pomocą neutralnej osoby trzeciej dążą do osiągnięcia porozumienia, najpierw przez proces mediacji, a w razie niepowodzenia przez proces arbitrażu. Badania procesu *Med-Arb* dowiodły, że strony uczestniczące

<sup>97</sup> T. Ereciński, K. Weitz, Sąd arbitrażowy, Warszawa 2008, s. 13.

<sup>98</sup> A. Wiśniewski wskazuje, że w doktrynie europejskiej arbitraż występuje jako oddzielna instytucja, podczas gdy np. w Stanach Zjednoczonych arbitraż jest zaliczany do tej grupy postępowań w ramach ADR. Na gruncie doktryny prawa polskiego wykształcił się również pogląd o rozróżnieniu pojęcia mediacji od koncyliacji, i traktowania ich jako dwóch oddzielnych instytucji zob. A. Wach, Delimitacja mediacji i koncyliacji jako dwóch samodzielnych form ADR, R. Pr. 2005, nr. 2, s. 95-105. Należy jednak przychylić się do poglądu, że zarówno mediacja, jak i koncyliacja powinny być traktowane łącznie, gdyż w kodeksie postępowania cywilnego mediacja obejmuje swym zakresem obie procedury mające na celu doprowadzenie do ugody, A. W. Wiśniewski, Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce, status prawny arbitrażu i arbitrów, Warszawa 2011, s. 33.

<sup>99</sup> Zob. np. A. Budniak-Rogala, Zapis na sąd polubowny z udziałem konsumenta – uwagi na tle regulacji z art. 1116<sup>1</sup> KPC – część I, „ADR Arbitraż i Mediacja” 2017, nr 1, s. 5; M. Rudzki, Uwagi na tle regulacji postępowań ADR w sporach konsumenckich w świetle ustawy o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich, „ADR Arbitraż i Mediacja” 2017, nr 3, s. 63.

<sup>100</sup> Zob. np., P. A. Olechowski, Uwagi na temat arbitrażu w przedmiocie rozstrzygnięcia sporów o nazwy domen internetowych, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2017, nr 3, s. 55.

<sup>101</sup> L. B. Bingham, Arbitration of Environmental Disputes that Cross National Boundaries, Conflict Resolution vol. II, dostępne na: [https://www.researchgate.net/publication/265564001\\_ARBITRATION\\_OF\\_ENVIRONMENTAL\\_DISPUTES\\_THAT\\_CROSS\\_NATIONAL\\_BOUNDARIES](https://www.researchgate.net/publication/265564001_ARBITRATION_OF_ENVIRONMENTAL_DISPUTES_THAT_CROSS_NATIONAL_BOUNDARIES), [dostęp: 06.11.2017]; C. L. Beharry, Going Green: Managing the Environment Through International Investment Arbitration, „American University International Law Review” 2015, vol. 30, issue 3, dostępna na: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/auiilr/vol30/iss3/>, [dostęp 06.11.2017].

<sup>102</sup> A. Szumański (red.), System Prawa Handlowego, t. 8, Arbitraż handlowy, Warszawa 2010, s. 9.

w procesie były bardziej zdeterminowane, aby zakończyć proces w fazie mediacji, nad którą miały więcej kontroli, aby nie dopuścić do przejścia do następnego etapu – arbitrażu, gdzie tą kontrolę traciły<sup>103</sup>. W dyskusji nad skutecznością i użytecznością mechanizmów, które proponuje *Med-Arb*, podnosi się, że pomimo faktu, że strony faktycznie mogą dojść do ugody, to łączenie dwóch innych ze swej natury postępowań, skutkuje tym, że zarówno mediacja, jak i arbitraż występują w formie, w której niejako są pozbawione swych najlepszych cech. Istotą argumentów przeciwko *Med-Arb* jest między innymi to, że cały proces jest pozbawiony bezstronności i poufności, czyli wszystkich cech inherentnych dla procesu mediacji i arbitrażu, ponieważ ten sam neutralny pośrednik występuje zarówno jako mediator i jako arbiter<sup>104</sup>. Wydaje się zatem, że uzasadnione są obawy praktyków i organizacji zajmujących się ADR w przedmiocie implementacji opisanej metody *Med-Arb* do rozwiązywania konfliktów. Konkurencyjną procedurą dla *Med-Arb* jest procedura *Arb-Med*, która zakłada, że neutralny pośrednik najpierw występuje w roli jedyne go arbitra, unikając kontaktu *ex parte* ze stronami w taki sposób, aby być możliwie jak najbardziej obiektywnym przy wydawaniu wyroku. W momencie, kiedy wyrok jest podpisywany przez arbitra bądź arbitrów, decyzja jest „zapięczętowana” i jej treść może być dopiero odkryta w momencie niepowodzenia procesu mediacji. Zatem arbiter może swobodnie komunikować się ze stronami, ale nie może ujawnić treści wyroku arbitrażowego. Biorąc pod uwagę potencjalne problemy, które mogą się pojawić w związku z nieprecyzyjnym formułowaniem umów/kontraktów arbitrażowych, zasadnym jest postulat, aby w sposób precyzyjny określać, czy dana osoba ma występować w charakterze arbitra, czy w charakterze mediatora. Zagadnienie to może zostać zilustrowane na przykładzie sprawy *Ex Parte Industrial Technologies, 707 so. 2d 234 (Ala. 1997)*, dotyczącej kwestii spornej w której bank złożył pozew na podstawie weksla, zaś strony pozwane odpowiedziały pozwem w przedmiocie zamiany sprzętu (*equipment*) zabranego przez bank podczas próby zaspokojenia wierzytelności na inne

---

<sup>103</sup> M. C. Weisman, *Med.-Arb: The Best of Both Worlds*, “Dispute Resolution Magazine” Spring 2013, s. 40.

<sup>104</sup> Polemikę z argumentami *Weismana* podejmuje B. A. Pappas w opracowaniu, *Med-Arb: The Best of Both Worlds May Be Too Good to Be True: A Response to Weisman*, “Dispute Resolution Magazine” Spring 2013, s. 42. Autor podaje, że The American Arbitration Association (AAA) rekomenduje prowadzenie postępowania *Arb-Med* przez tego samego pośrednika jedynie w sytuacjach nadzwyczajnych. JAMS nie zaleca wybierania tego samego pośrednika, zaś Międzynarodowy Instytut ds. Prewencji Konfliktów i Rezolucji zwraca uwagę, aby w celu zapewnienia integralności postępowania, umowy zawierały postanowienia, że osoba mediatora nie może być w późniejszym stadium arbitrem. Autor konkluduje, że zachowując te zasady, procedura *Med-Arb* ma szansę powodzenia.

składniki majątkowe. Strony przed procesem wskazały, że chcą rozstrzygnąć swój spór w sposób pozasądowy, gdzie w roli neutralnego pośrednika miał wystąpić emerytowany sędzia. Strony w swej umowie określiły, że sędzia ma działać jako mediator/arbitr, zaś sam proces miał być albo mediacją, albo arbitrażem, co zaskutkowało tym, że ostatecznie Sąd Najwyższy Alabamy orzekł, że jest niemożliwym, aby zdeterminować precyzyjną wolę stron dotyczącą wyboru metody rozwiązania sporu<sup>105</sup>.

Słusznie wskazuje A. Wiśniewski, że arbitraż jest jedną z najskuteczniejszych metod rozwiązywania sporów, gdyż paradoksalnie, ze względu na swoje podobieństwo do procesu sądowego i porównywalnej mocy prawnej z wyrokiem sądu państwowego<sup>106</sup>, strony coraz częściej i coraz chętniej sięgają po tę metodę rozstrzygnięcia sporów. W tym miejscu należy wskazać na interesującą dynamikę zachodzącą pomiędzy dziedzinami ADR, jakimi są mediacja i arbitraż. Z pewnością jest to doniosłe zagadnienie, które może być podstawą oddzielnego opracowania, jednak na uwagę zasługuje wzajemne przenikanie się mediacji i arbitrażu (tak jak w procesie *Med-Arb* i *Arb-Med*), szczególnie w sposób, w którym mediacja działa jako swego rodzaju substytut dla arbitrażu. W literaturze opisuje się następującą zależność: ze względu na coraz większe zaangażowanie prawników w proces mediacji, mediacja zaczyna ona przypominać arbitraż, zaś arbitraż zaczyna przypominać proces sądowy<sup>107</sup>. Wskazuje się, że prawnicy bardzo często kontrolują i wykorzystują proces mediacji, częściej korzystając z mediacji ewaluatywnej (*evaluative mediation*) niż facylitatywnej (*facilitative mediation*),<sup>108</sup> i postrzegają go raczej jako postępowanie które przypomina prywatny *quasi* sąd<sup>109</sup>.

---

<sup>105</sup> J. Folberg, D. Golan, T. J. Stipanowich, L. A. Kloppenberg, *Resolving Disputes Theory, Practice and Law*, Aspen Publishers 2010, s. 608.

<sup>106</sup> A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce, status prawny arbitrażu i arbitrów*, Warszawa 2011, s. 33.

<sup>107</sup> J. Nolan-Haley, *Mediation: The „New Arbitration”*, „Harvard Negotiation Law Review” Spring 2012, s. 63.

<sup>108</sup> Pojęcie mediacji facylitatywnej i ewaluatywnej wyodrębili L. Riskin w artykule „Understanding Mediators Orientations, Strategies and Techniques: A Grid For The Perplexed”, „Harvard Negotiation Law Review” 1996, vol.1, s. 32. Mediacja facylitatywna zmierza do pomocy stronom w rozwiązaniu ich sporu i dojściu do ugody przy użyciu kreatywnych rozwiązań zaproponowanych przez strony. Natomiast założeniem mediacji ewaluatywnej jest to, że mediator kontroluje przebieg mediacji, a także pomaga stronom w ocenie słabych i mocnych aspektów sprawy, ich sytuacji prawnej, proponuje sposoby rozwiązania sporu, przewiduje ewentualne rozstrzygnięcie sądu. Więcej na temat rodzajów mediacji zob. E. Gmurzyńska, R. Morek (red.), *Mediacje: teoria i praktyka*, Warszawa 2009 s. 111.

<sup>109</sup> J. Nolan-Haley, *Mediation: The „New Arbitration”*, „Harvard Negotiation Law Review” Spring 2012, s. 64.



Kontynuując rozważania dotyczące wzajemnego współczesnego przenikania się mediacji i arbitrażu, oczywiście należałoby zważyć na fakt, że niezależnie od natury sporu, i wybranej metody każdej ze stron sporu poniekąd zależy, aby przejąć kontrolę nad procesem, w ten sposób aby osiągnąć dla siebie najlepsze rozwiązanie. Należy również zanalizować, jaka jest rola pełnomocników w postępowaniu pozasądowym, i w jaki sposób kształtują się relacje między klientami a prawnikami. Złożoność stosunków pomiędzy klientem a prawnikiem można podsumować w następujący sposób: należą one do szczególnie skomplikowanych<sup>110</sup>. Pełnomocnicy zobowiązani są do najlepszej reprezentacji klientów, co może objawiać się w bardzo protekcyjnym podejściu do klienta, i sprawia, że nie zawsze traktują osoby, które reprezentują, jako równych sobie partnerów, zazwyczaj przyjmując pozycję dominującą<sup>111</sup>. Dlatego wydaje się, że jest to chybiony argument, że prawnicy w sposób intencjonalny wykorzystują swoją władczą pozycję. Raczej wykorzystują narzędzia, które znają i z powodzeniem stosują w procesie sądowym. Dodatkowo można wspomnieć o tzw. zasadzie paternalizmu, która opiera się na założeniu, że co do zasady prawnik wie lepiej od klienta, a więc wie lepiej, co jest dla niego dobre, dysponuje zdecydowanie szerszą wiedzą z dziedziny prawa oraz jest w stanie zdystansować się emocjonalnie i psychicznie od konfliktu, ponieważ nie jest zaangażowany w niego tak jak klient<sup>112</sup>.

Jak wskazują liczne opracowania w przedmiocie relacji klient – prawnik, meritum problemu stanowi kwestia, która ma pośrednio związek również z edukacją prawniczą. Współcześnie istnieje tendencja do nauczania studentów o problemach prawnych i sprawach, co w pewien sposób „odczłowiecza” cały proces reprezentacji i oddala prawnika od pierwotnej misji, jaką jest rozwiązanie problemu<sup>113</sup>. Poza tym warto zaznaczyć, że arbitraż ze swej natury jest postępowaniem o charakterze adjudykacyjnym, w którym występują elementy wspólne dla wszystkich ugodowych trybów pozasądowego rozwiązywania sporów, w tym mediacji. Wymienić należy

---

<sup>110</sup> R. Wasserstrom, *Lawyers as Professionals Some Moral Issues*, “Human Rights Law Review” 1975, nr 5, s. 3, cyt. [za:] E. Gmurzyńska, *Rola prawników w alternatywnych metodach rozwiązywania sporów*, Warszawa 2014, s. 127.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

<sup>112</sup> D. E. Rosenthal, *Lawyer and Client: Who’s in Charge?*, New York 1974 s. 11, cyt. [za:] E. Gmurzyńska, *Rola prawników w alternatywnych metodach rozwiązywania sporów*, Warszawa 2014, s. 135.

<sup>113</sup> C. Batt, *Learning to Lawyer: Context, Clients and Clinics*, “Temple Political & Civil Rights Law Review” Spring 2003, s. 261.

przede wszystkim uprawnienie stron do wyboru arbitra, samodzielnego określenia zasad postępowania, a także zasad, według których spór zostanie rozstrzygnięty<sup>114</sup>.

Prawnik w procesie reprezentacji pośrednio występuje w roli „racjonalnego człowieka”, którego koncept wywodzi się z obszaru *common law*<sup>115</sup>, i co do zasady nie występuje w polskiej literaturze prawnej. Jednakże postulat racjonalnego tworzenia prawa jest znany i powszechnie uznawany w polskim kręgu kulturowym. W polskiej myśli prawnej występuje koncepcja racjonalnego prawodawstwa, która odwołuje się do tworzenia prawa, które jest zgodne z przyjętą koncepcją racjonalności. Racjonalny prawodawca jest to osoba/byt, która dobiera właściwe środki do założonego celu, mając wzgląd na wiedzę, którą dysponuje, a także preferencje, jakie przyjmuje. Racjonalny prawodawca opiera swoje działania na wiedzy, a w szczególności na tzw. wiedzy instrumentalnej, która polega na analizie związków zachodzących pomiędzy istnieniem przepisów prawa a skutkami ich funkcjonowania. Racjonalny prawodawca to ktoś, to przejawia postawę o charakterze ocennym w doborze celów działania oraz środków ich osiągnięcia z punktu widzenia ocen nieinstrumentalnych, np. moralnych<sup>116</sup>. „Racjonalny prawodawca” w niektórych opracowaniach to również pojęcie, które nie posiada odniesienia empirycznego, ale opiera się na założeniu, że prawodawca zgodnie z dostępną mu wiedzą i uznanymi wartościami wydaje akty normatywne<sup>117</sup>. Z kolei Słownik języka polskiego PWN definiuje pojęcie racjonalizmu jako: „przekonanie o sile i możliwościach poznawczych rozumu ludzkiego oraz o konieczności kierowania się nim we wszelkim działaniu”, oraz „kierunek filozoficzny przyznający rozumowi główną rolę w procesie poznania, negujący rolę doświadczenia”<sup>118</sup>. W doktrynie *common law* racjonalna osoba to hipotetyczna osoba, która jest używana jako pewnego rodzaju standard prawny, w szczególności aby móc dokonać oceny, czy dana osoba działała z zaniedbaniem, a konkretniej – jest to osoba, która postępuje z należyłą uwagą, zgodnie z nabytą wiedzą, inteligencją i oceną która jest wymagana przez społeczeństwo w stosunku do wszystkich jego członków, stosowana w celu ochrony ich interesów,

---

<sup>114</sup> E. Gmurzyńska, R. Morek (red.), *Mediacje: teoria i praktyka*, Warszawa 2009, s. 25.

<sup>115</sup> W doktrynie *common law* standard „racjonalnego człowieka” funkcjonuje szczególnie w prawie deliktów, jako obiektywny test. Zob. np. J. Gardner, *The Many Faces of the Reasonable Person*, dostępne na:

[http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload\\_documents/The%20Many%20Faces%20of%20the%20Reasonable%20Person.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/The%20Many%20Faces%20of%20the%20Reasonable%20Person.pdf).

<sup>116</sup> B. Hołyst (red.), *Wielka Encyklopedia Prawa*, t. VII, *Teoria i filozofia prawa*, Warszawa 2005, s. 365.

<sup>117</sup> U. Kalina-Prasznik (red.), *Encyklopedia prawa*, wyd. IV, Warszawa 2007, s. 678.

<sup>118</sup> M. Szymczak (red), *Słownik języka polskiego*, t. III, wyd. VIII, Warszawa 1993, s. 7.

a także interesów innych osób. Nadmienić należy, że pojęcie *reasonable person* w doktrynie prawa *common law*, może być stosowane zamiennie z pojęciem *reasonably prudent person*, *reasonable man*, *prudent person*, *ordinarily prudent person*, *highly prudent person*<sup>119</sup>.

W toku rozważań nad racjonalną osobą i tożsamością pojęciową zachodzą pomiędzy racjonalnym prawodawstwem i racjonalnym prawodawcą, można stwierdzić, że w zasadzie są to koncepcje, które wzajemnie się dopełniają, tworząc w systemie prawnym kompleksową definicję racjonalności, tak prawodawców, jak i osób.

Ze względu na kompleksowy charakter instytucji arbitrażu w literaturze wskazuje się na istnienie wielu, niekiedy sprzecznych ze sobą teorii odnoszących się do natury arbitrażu, a także kompetencji sądów arbitrażowych do rozstrzygania sporów<sup>120</sup>. Arbitraż jako prywatna procedura rozstrzygania sporów ma swoje główne źródło w umowie stron. Jednakże w literaturze można znaleźć pogląd, że wola stron nie konstytuuje „samoistnego systemu prawnego”, a sama procedura arbitrażowa nie jest samokontrolującym się mechanizmem, który jest niezależny od jakiegokolwiek ingerencji bądź wsparcia prawnego. Prawo stron do zawarcia umowy o arbitraż jest pochodną systemu prawnego, który uznaje ważność tejże umowy<sup>121</sup>. Pogląd o oderwaniu arbitrażu od systemów prawa narodowego ma przyczynę w ograniczeniach występujących w narodowych systemach prawnych. Niektórzy autorzy argumentują, że arbitraż międzynarodowy powinien podlegać systemowi prawa, który jest ponadnarodowy i autonomiczny, tak jak prawo międzynarodowe. Te autonomiczne tendencje wystąpiły jako reakcja na wzrastające znaczenie miejsca arbitrażu, w szczególności w odniesieniu do odpowiednich zasad proceduralnych, a także interwencji sądów narodowych w proces arbitrażowy. Dlatego też, jeżeli w istocie arbitraż miałby stracić swój transnarodowy charakter, wybór miejsca arbitrażu miałby szczególne znaczenie. Skuteczność wyroku sądu arbitrażowego byłaby wtedy zależna od sądu narodowego, w którym miałby być wykonany wyrok<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> B. A. Garner (red.), Black's Law Dictionary, Eight Edition, Thomson West 2007, s. 1294.

<sup>120</sup> J. Zralek, *Znaczenie miejsca arbitrażu w erze globalizacji postępowania arbitrażowego*, Warszawa 2017, s. 1.

<sup>121</sup> M. Sornarajah, *International Commercial Arbitration: The problem of State Contracts*, Longman, 1990, s. 163.

<sup>122</sup> J. Paulsson, *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country*, "International & Comparative Law Quarterly" 1981, vol. 30, issue 2, s. 358 i nast.

Niektórzy autorzy wskazują jednak, że debata pomiędzy zwolennikami teorii terytorializmu a zwolennikami teorii autonomicznej teorii arbitrażu straciła swoją istotność z praktycznego punktu widzenia. Większość nowoczesnego ustawodawstwa arbitrażowego zezwala na interwencję sądu w ograniczonych przypadkach, takich jak wsparcie bądź asysta dla trybunału arbitrażowego. W sprawowaniu funkcji pomocniczej kontrola sądów narodowych ograniczona jest do zapewnienia, że stosowane są zasady dotyczące między innymi współżycia społecznego oraz prawidłowo są stosowane zasady mające odniesienie do procedury arbitrażowej. Nie ulega wątpliwości, że wsparcie konkretnego systemu prawnego, choćby w minimalnym zakresie, jest niezbędne, aby zapewnić prawidłowe funkcjonowanie arbitrażu. Tak więc arbitraż funkcjonuje w obrębie systemów narodowych i międzynarodowych, co przekłada się na stosowanie niekiedy odmiennych norm prawnych<sup>123</sup>.

Teorie dotyczące arbitrażu mają długoletnią historię, gdyż ich geneza ma swoje początki w XX w. Mimo to żadna z teorii nie znalazła powszechnej akceptacji ani w literaturze, ani w doktrynie, a nawet wskazuje się współcześnie, że żadna nie ma zastosowania praktycznego we współczesnej praktyce arbitrażowej<sup>124</sup>. Sądy krajowe wielokrotnie dokonywały odmiennej interpretacji przepisów np. dotyczących arbitrażu handlowego, czego konsekwencją jest właśnie wyodrębnienie się w doktrynie wielu teorii dotyczących natury arbitrażu. Obok istnienia teorii *stricte* prawnych dotyczących arbitrażu, w piśmiennictwie wyodrębniono również teorie filozoficzne i socjologiczne arbitrażu<sup>125</sup>. Jednakże zarówno w doktrynie arbitrażu, jak i arbitrażu handlowego wyróżnia się cztery podstawowe teorie, które w znaczącej mierze odwołują się do wpływu i oddziaływania państwa na arbitraż. Wymienia się następujące teorie:

- a) teoria kontraktowa (materialnoprawna),
- b) teoria jurysdykcyjna,
- c) teoria mieszana (hybrydowa),
- d) teoria autonomiczna (*sui generis*).

W literaturze wskazuje się jeszcze na teorię koncesyjną, która polega na założeniu, że państwo posiada wyłączny monopol na sprawowanie wymiaru sprawiedliwości, i to jemu jest przyznana wyłączna kompetencja, które spory mają być

---

<sup>123</sup> V. Lazić, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, s. 5.

<sup>124</sup> A. Szumański (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 8, Arbitraż handlowy Warszawa 2010, s. 39.

<sup>125</sup> Por. E. Gaillard, *The Representations of International Arbitration*, E. Gaillard, "Sociology of International Arbitration, *Arbitration International*" 2015, vol. 31, s. 1-17.

rozstrzygnięte w formie arbitrażu<sup>126</sup>. Ze względu na brak jednolitego stanowiska doktryny oraz brak jednoznacznych wskazówek co do implementacji tych teorii do sporów, nie wspominając o różnorodności i złożoności wielu sporów, nie istnieje jedyna słuszna teoria, którą powinny kierować się sądy arbitrażowe w orzekaniu. Biorąc pod uwagę jednak wieloletnie funkcjonowanie teorii dotyczących natury arbitrażu, wydaje się być zasadnym przedstawienie ich podstawowych założeń.

Istotą teorii kontraktowej jest wola stron, która jest wyrażona w umowie o arbitraż. Korzenie tej teorii sięgają XVIII i XIX w. i wywodzą się z tradycji prawnej *common law*. Arbitraż był traktowany jako rozszerzenie umowy, w związku z tym musiał istnieć przedmiot sporu, który poprzez umowę, odwołuje się do co najmniej jednej osoby na potrzeby ostatecznej decyzji. Ponieważ arbitraż wywodzi swą prawną egzystencję i słuszność z woli i zgody stron, jego fundamentalnym założeniem jest to, że jest również dozwoloną formą rozszerzenia sfery umowy<sup>127</sup>. Przedstawiciele tej teorii argumentują, że ze względu na zgodną wolę stron na rozstrzygnięcie ich sporu przez sąd prywatny kontrola państwowa w tym przedmiocie w ogóle nie istnieje. Nawet w przypadku, gdyby strony nie wykonały dobrowolnie wyroku sądu, to można wywodzić, że jego treść może zostać wykonana jak każda umowa (kontrakt). Umowa o arbitraż jest w związku z tym aktem realizacji zasady swobody umów, która przysługuje stronom w obszarze prawa materialnego. W dalszej kolejności należy zauważyć, że zakres kontroli państwowej, tak samo jak przepisy prawa krajowego, odgrywają dopiero znaczenie w momencie, kiedy strony nie uregulują pewnych kwestii w umowie<sup>128</sup>. Dlatego też wydaje się, iż teoria kontraktowa zawiera w sobie istotne sprzeczności związane z rozgraniczeniem interwencji i regulacji arbitrażu przez państwo. Z jednej strony można mówić o dominującej zasadzie *pacta sunt servanda* a także swobodzie kontraktowania która wyznacza stronom ramy porozumienia. Z drugiej jednak strony, można dostrzec szczególną rolę interwencjonizmu państwa (i konkretnego porządku prawnego), w przypadku gdy strony nie zawarły pewnych kwestii w umowie.

---

<sup>126</sup> H.-L. Yu, A theoretical overview, "Contemporary Asia Arbitration Journal" 2008, nr 1(2), s. 255 i nast.

<sup>127</sup> K. S. Carlston, Theory of The Arbitration Process, "Law and Contemporary Problems" 1952, vol. 17, nr 4, s. 631 i nast.

<sup>128</sup> J. Zralek, Znaczenie miejsca arbitrażu w erze globalizacji postępowania arbitrażowego, Warszawa 2017, s. 1

Teoria jurysdykcyjna jest odzwierciedleniem kompetencji władczych państwa. Jest to uprawnienie państwa do regulowania postępowań arbitrażowych, które mają miejsce na jego terytorium. Jej głównym założeniem jest teza, że umowa pomiędzy stronami dochodzi do skutku, ponieważ system krajowy stronom to umożliwia (zezwała)<sup>129</sup>. Zatem sąd państwowy w pewnym zakresie rezygnuje ze swojego monopolu na rzecz trybunału arbitrażowego i deleguje część swojej jurysdykcji na sądownictwo prywatne. Co za tym idzie, arbitrzy i sądy arbitrażowe stosują przepisy prawa tak jak sędziowie sądów powszechnych, a wyrok sądu arbitrażowego ma taką samą moc co wyrok sądu państwowego. W konsekwencji, w myśl teorii jurysdykcyjnej, arbitraż może działać tylko w ramach konkretnego porządku prawnego, a strony będą miały tyle swobody, na ile pozwoli im dany porządek prawny. W literaturze zwraca się na uwagę na kwestię, że o ile sędzia czerpie swoje kompetencje ze sfery państwowego imperium, o tyle arbiter potrzebuje do tego nominacji stron<sup>130</sup>. Podaje się również, że oddziaływanie teorii jurysdykcyjnej jest zauważalne w szczególności w krajach postsocjalistycznych, w tym w Polsce, gdzie stałe sądy arbitrażowe są afiliowane przy narodowych izbach gospodarczych<sup>131</sup>. W Polsce Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie został powołany 1 stycznia 1950 roku i funkcjonował pod nazwą Kolegium Arbitrów przy Polskiej Izbie Handlu Zagranicznego jako niezależna jednostka powołana do rozstrzygania sporów wynikających z międzynarodowych stosunków handlowych<sup>132</sup>.

Następna teoria – mieszana stanowi połączenie teorii jurysdykcyjnej i kontraktowej. Istotą tej teorii jest uznanie umowy jako elementu konstytuującego stosunek prawny między stronami (element kontraktowy), jednak dalsze działania stron pozostają znacznie ograniczone po wszczęciu postępowania. Elementem jurysdykcyjnym jest to, że arbitraż nie może działać niezależnie od prawa krajowego, które konstytuuje główne elementy postępowania i zapewnia wykonalność wyroku sądu arbitrażowego. Dlatego też należy zauważyć, że kompetencje arbitrów nie wynikają

---

<sup>129</sup> T. Ereciński, K. Weitz, Sąd arbitrażowy, Warszawa 2008, s. 46.

<sup>130</sup> H. L – Yu, A Theoretical Overview of The Foundations of International Commercial Arbitration, “Contemporary Asia Arbitration” 2008, nr 1(2), s. 262. Autor odwołuje się do poglądów zaprezentowanych w opracowaniach innych autorów: J. P Niboyet Traite de Droit International Prive Francais 137 (1950), a także J. D.M. Lew, Applicable Law In International Commercial Arbitration: A Study In Commercial Arbitration Awards 53 (1978).

<sup>131</sup> A. Szumański (red.), System Prawa Handlowego, t. 8, Arbitraż handlowy, Warszawa 2010, s. 40.

<sup>132</sup> Oficjalna strona internetowa: <https://www.sakig.pl/>, [dostęp: 20.08.2018].

bezpośrednio z delegacji państwa, które przekazywałyoby część swych kompetencji jurysdykcyjnych, ale są związane z upoważnieniem, jakie strony dały w umowie.

Teoria autonomiczna ma swe źródło w praktyce. Otóż wraz z rozwojem praktyki zauważono potrzebę oderwania arbitrażu handlowego od prawa krajowego państwa-siedziby tego arbitrażu, co jest odzwierciedleniem teorii delokalizacji międzynarodowego arbitrażu handlowego. Teoria delokalizacyjna zakłada brak związania arbitrów prawem krajowym o arbitrażu, a przede wszystkim brak związania prawem miejsca arbitrażu. Międzynarodowy arbitraż handlowy często spełnia inne cele i funkcje, niż mogłyby to przewidzieć przepisy krajowe. Dlatego nieadekwatność przepisów krajowych jest immanentną cechą teorii autonomicznej – strony mają swobodę kształtowania swojego stosunku prawnego tak, aby był w jak najlepszy sposób dostosowany do potrzeb stron i specyfiki sporu. W literaturze podnosi się argument, że wykorzystywanie wzorców z prawa krajowego zaburza funkcjonowanie arbitrażu międzynarodowego. Funkcjonowanie tej teorii uwarunkowane jest respektowaniem wyroków sądów arbitrażowych przez strony, a jak wynika z praktyki – bez zatwierdzenia wyroku sądu arbitrażowego przez sąd państwowy, niejednokrotnie trudno jest wyegzekwować warunki porozumienia bez ingerencji właśnie sądów państwowych. Dlatego wymiar tej teorii jest postulatywny, gdyż całkowite oderwanie arbitrażu handlowego od prawa krajowego jest w zasadzie niemożliwe<sup>133</sup>. A. W. Wiśniewski teorię autonomiczną proponuje nazywać teorią integralną, wysuwając naprzód argumenty, że arbitraż handlowy nie należy ani do prawa materialnego, ani do prawa procesowego cywilnego – ale przynależy do prywatnej odmiany sądownictwa prywatnego, co czyni go wyodrębnioną instytucją o procesowym charakterze.<sup>134</sup>

Podstawowe teorie dotyczące natury arbitrażu są doskonale znane, i obszernie opisane przez doktrynę. Niemniej jednak warto jest przeanalizować, w jaki sposób w dyscyplinie socjologicznej opisywany jest arbitraż. E. Gaillard wskazuje na trudność, z jaką zmagają się prawnicy, aby zdystansować się od litery prawa i procedur, tak aby analizować arbitraż jako zjawisko społeczne, w którym występują aktorzy, gdzie możemy zaobserwować odmienne zachowania i wzajemne oddziaływania.<sup>135</sup> Klasyczna

---

<sup>133</sup> A. Szumański (red.), System Prawa Handlowego, t. 8, Arbitraż handlowy, Warszawa 2010, s. 41.

<sup>134</sup> *Ibidem*, s. 48.

<sup>135</sup> E. Gaillard, *Sociology of International Arbitration*, "Arbitration International" 2015, s. 3, dostępne na stronie: <http://www.arbitration-icca.org/media/7/70785051257890/emmanuel-gaillard--sociology-of-international-arbitration-042715-ia.pdf>, [dostęp 30.10.2017].

teoria socjologiczna odwołuje się do koncepcji organizacji społecznej, która jest zintegrowanym zbiorem pozycji społecznych i stosunków społecznych, realizującym wspólnie jakieś istotnie społeczne funkcje, tworząc swoistą całość odróżnialną od innych podobnych całości, co poniekąd może też być definicją zjawiska społecznego. Dlatego też, wraz z wielością odmiennych kontekstów społecznych, można wskazać na charakterystyczne dla nich organizacje<sup>136</sup>.

Socjologiczna teoria arbitrażu związana jest z zidentyfikowaniem obszaru zinstytucjonalizowanej działalności człowieka i ze zrozumieniem, w jaki sposób te obszary lub dziedziny wzajemnie oddziałują na siebie, jak się tworzą, jaką posiadają strukturę, a co najważniejsze - w jaki sposób się ewoluują. Zatem aby uporządkować dziedziny, w jakich możemy zauważyć funkcjonowanie arbitrażu, należy przedstawić następującą analogię: dziedzina jest większa niż przemysł, zaś przemysł składa się z dostawców, konsumentów, agencji regulacyjnych, a także innych organizacji, które dostarczają podobnych produktów lub usług<sup>137</sup>. W ten sposób docieramy do konkluzji, że międzynarodowy arbitraż zawiera wszystkie elementy zinstytucjonalizowanego życia, ze wszystkimi aktorami – dostawcami, konsumentami, ciałami regulacyjnymi i organizacjami, które współpracują ze sobą i oddziałują na siebie wzajemnie.

Z socjologicznego punktu widzenia, w arbitrażu występują aktorzy – strony i arbitrzy. W kontekście funkcjonowania wielu zróżnicowanych instytucji arbitrażowych i toku rozwoju społecznego można odwołać się do filozofii przedstawionej przez M. Webera, który twierdzi, że organizacje stają się coraz bardziej racjonalne, a co za tym idzie, swoje funkcjonowanie podporządkowują przede wszystkim instrumentalnej efektywności, a więc do uzyskania jak największych rezultatów, w możliwie jak najmniejszy sposób.<sup>138</sup> Nie sposób nie zauważyć, że teoria ta w swoich założeniach odwołuje się do podstawowych pryncypiów przyświecających arbitrażowi, jakimi są szybkość i efektywność postępowania. Oczywiście mowa jest tutaj o założeniach i sytuacji idealnej, jednak wiadomo, że postępowanie arbitrażowe w realiach współczesnej gospodarki może niekiedy być postępowaniem o wiele dłuższym niż proces sądowy. W odniesieniu do filozofii przedstawionej przez

---

<sup>136</sup> P. Sztompka, *Socjologia*, Kraków 2003, s. 125.

<sup>137</sup> P. J. Di Maggio, W. W. Powell, *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*, "American Sociological Review" 1983, s. 148 cyt. [za:] E. Gaillard, *Sociology of International Arbitration*, Arbitration International, 2015, s. 3.

<sup>138</sup> P. Sztompka, *Socjologia*, Kraków 2003, s. 126.



M. Webera, odwołując się do oczekiwań stron i biorąc pod uwagę ekonomiczny aspekt postępowania, można stwierdzić, że uczestnicy arbitrażu chcą przede wszystkim osiągnąć korzystny dla siebie wynik w jak najszybszym tempie, za jak najmniejszą kwotę. Na potwierdzenie tej tezy należy wskazać na raporty publikowane przez największe organizacje arbitrażowe, jakimi są np. ICC (International Chamber of Commerce)<sup>139</sup> lub LCIA (London Court of International Arbitration)<sup>140</sup>, które w sposób kompleksowy przedstawiają zależności zachodzące np. pomiędzy pochodzeniem stron, a także sposoby rozwiązywania sporu i oczekiwania z tym związane.

Wracając do aktorów występujących w arbitrażu, należy zwrócić szczególną uwagę na strony, które jak wskazuje E. Gaillard, wraz z rozwojem i zinstytucjonalizowaniem się arbitrażu, są postawione w najmniej korzystnej pozycji, gdyż w trakcie procesu ich potrzeby i obawy nie są brane pod uwagę. Z drugiej strony mamy arbitrów, którzy jako grupa społeczna, z naukowego punktu widzenia skupiają wokół siebie najwięcej uwagi. Z perspektywy ewolucji tej grupy społecznej najbardziej ciekawym zjawiskiem było wyodrębnienie się grupy profesjonalnych arbitrów, którzy tworzą odrębną społeczną kategorię profesjonalistów. Ponieważ arbitraż jest pewną formą prywatnego wymiaru sprawiedliwości, arbitrzy pobierają za nie wynagrodzenie, a więc świadczą usługi. Idąc dalej, w dziedzinie arbitrażu, a w szczególności międzynarodowego arbitrażu wyodrębniła się znacząca grupa tzw. „usługodawców”, którymi są międzynarodowe organizacje arbitrażowe. Ponieważ zarówno ilość, jak i zasięg geograficzny tychże usługodawców (organizacji arbitrażowych) nieustannie się powiększa, niektóre z nich operują w skali globalnej (tak jak ICC – International Chamber of Commerce, LCIA – London Court of International Arbitration, SCC – Stockholm Chamber of Commerce etc.), zaś inne koncentrują się na operacjach w skali regionalnej (CIETAC – China International Economic and Trade Arbitration Commission, SIAC – The Singapore International Arbitration Centre, DIAC – The Dubai International Centre etc.). Wraz z upływem czasu zauważono potrzebę utworzenia wyspecjalizowanych agend które zajmowałyby się sporami z wąskiej dziedziny. Archetypem tego rodzaju wyspecjalizowanej jednostki jest arbitraż inwestycyjny, który regulowany jest przez agendę ICSID – International Centre for Settlement of Investment Disputes, który obecnie konkuruje jedynie z PCA – The Permanent Court of

---

<sup>139</sup> International Chamber of Commerce, zwana dalej ICC.

<sup>140</sup> London Court of International Arbitration, zwany dalej LCIA.

Arbitration. Obie te organizacje stanowią przykład, że w zakresie świadczenia niektórych usług organizacje międzynarodowe funkcjonują jako usługodawcy w procesie międzynarodowego arbitrażu. Należy również wskazać na dwie inne organizacje – CAS – The Court of Arbitration for Sport, i WIPO – World Intellectual Property Organization, które z powodzeniem zajmują się rozwiązywaniem sporów z szerokiej dziedziny sportu i własności intelektualnej.<sup>141</sup>

Omawiając kwestie związane z organizacjami międzynarodowymi, podjąć należy rozważania także w przedmiocie państw, a mianowicie, w jakim zakresie państwa mogą pełnić funkcję usługodawców. Można przyjąć tezę, że państwa, tak samo jak przedsiębiorstwa, działając w zakresie swoich kompetencji, konkurują między sobą, tak aby to właśnie na ich terytorium swoją siedzibę miał określony stały sąd arbitrażowy. Kierując procesem legislacyjnym w taki sposób, aby ułatwić procedurę ukonstytuowania się stałego sądu arbitrażowego, przyznając stronom maksymalną swobodę. Dlatego też arbitraż stał się mechanizmem, który w bezpośredni sposób promuje poszczególne państwa oraz ich gospodarki. W literaturze podaje się przykład państw takich jak Zjednoczonych Emiratów Arabskich, które w 2008 r. utworzyły Dubai International Financial Centre (DIFC), które stanowi wyodrębnioną jednostkę jurysdykcyjną w ramach państwa, gdzie pod kątem arbitrażu obowiązuje zupełnie inny system prawny niż na pozostałym terytorium Zjednoczonych Emiratów Arabskich. DIFC jest federalnym, samodzielnym dystryktem finansowym, który ma wolność legislacyjną w sprawach cywilnych i handlowych. Rząd Dubaju stworzył ramy prawne dla funkcjonowania DIFC, za wzór biorąc sobie „wiodące” jurysdykcje państw europejskich, Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej i dalekiego wschodu, nie tylko w kwestiach arbitrażowych, ale także w sporach wynikających z upadłości<sup>142</sup>.

Konstytuowanie się trybunałów i instytucji arbitrażowych, szczególnie na Bliskim Wschodzie i w Zatoce Perskiej, nie jest zjawiskiem nowym, gdyż wiązało się ze wzrostem transgranicznej wymiany handlowej w latach 90. Przykładowo, w Bahrajnie od 1 stycznia 1995 r., zaczęła działać Rada Współpracy Zatoki Perskiej ds. Arbitrażu Handlowego (Co-operation Council Commercial Arbitration Centre -

---

<sup>141</sup> E. Gaillard, *Sociology of International Arbitration*, “Arbitration International” 2015, vol. 31, s. 5.

<sup>142</sup> Zob. np.: B. B. Edwards, T. N. Ross, C. Adams, *Restructuring and Insolvency in the Dubai International Financial Centre*, “Pratt’s Journal of Bankruptcy Law” 2010, s. 195.

„GCC Centre”)<sup>143</sup>. Jednakże należy wspomnieć, że wprowadzanie mechanizmów związanych z międzynarodowym arbitrażem handlowym początkowo spotkało się z negatywnym odbiorem wielu państw islamskich, które wskazywały głównie na uprzedzenia w stosunku do dawnych potęg kolonialnych i firm z nimi związanych. Znaczna część postępowań arbitrażowych dotyczyła sporów związanych z umowami koncesyjnymi, w których zagraniczni przedsiębiorcy uzyskiwali praktycznie niczym nieograniczony dostęp i kontrolę nad surowcami przez okres nawet do 50 lat, co skutkowało niechęcią ze strony państw islamskich<sup>144</sup>.

W związku z tym, być może, ukonstytuowanie się DIFC było odpowiedzią nie tylko na rosnącą popularność arbitrażu jako głównej metody rozwiązywania sporów, szczególnie w sporach budowlanych<sup>145</sup>, ale również z negatywną percepcją międzynarodowego arbitrażu jako systemu „zachodniego”, który jest nieuczciwy, a także z częstą „suplementacją” prawa np. Arabii Saudyjskiej normami prawa międzynarodowego w wyrokach arbitrażowych. Pomimo że funkcjonowanie państwa w Zjednoczonych Emiratach Arabskich oparte jest na systemie prawnym *civil law*, to w DIFC obowiązuje system *common law*. Językiem oficjalnym w DIFC jest również język angielski, a nie arabski, co tworzy swojego rodzaju dualizm i rozdzielność prawa. W DIFC istnieją ramy prawne gwarantujące stronom o wiele większą swobodę prawną niż w ZEA, sąd posiada autonomiczną pozycję względem innych podmiotów sądowiczych, i w końcu – jego orzeczenia nie podlegają sądom państwowym<sup>146</sup>. Generalnie jednak, istnieje wzajemna uznawalność wyroków, wyroków sądów polubownych, a także postanowień pomiędzy DIFC i sądami w Dubaju, dzięki *Memorandum of Understanding*, które obowiązuje od 16 czerwca 2009 roku<sup>147</sup>. Jak wskazują materiały źródłowe, ZEA musiały zmienić przepisy swojej konstytucji, tak aby umożliwić ukonstytuowanie DIFC, jednak w niektórych dokumentach można

---

<sup>143</sup> Strona GCC: <http://www.gccac.org/en>, [dostęp 14.11.2017]. Zob. R. H. Kreindler, An Overview Of The Arbitration Rules of The Recently Established GCC Commercial Arbitration Centre, Bahrain, “Arab Law Quarterly”, vol. 12, 1997, s. 3-25.

<sup>144</sup> J. Ribeiro, J. Lee, Overview of UNCITRAL Texts On International Commercial Arbitration In Islamic Law Influenced Jurisdictions. VUWLR 2015, nr 46, s. 139-140.

<sup>145</sup> A. Dimitrakopulos, Arbitration Practice in the UAE, Arab L.Q, vol. 16, 2001, s. 398.

<sup>146</sup> R. Mohtashami, M. Lawry – White, A Jurisdiction Within A Jurisdiction, s. 129 i n., cyt. [za:] J. Zralek, Znaczenie miejsca arbitrażu w erze globalizacji postępowania arbitrażowego, Warszawa 2017, s. 1.

<sup>147</sup> J. Ribeiro, J. Lee, Overview of UNCITRAL Texts On International Commercial Arbitration In Islamic Law Influenced Jurisdictions. VUWLR 2015, nr 46, s. 156.

znaleźć informację, że strony mogą zgłosić jakąkolwiek sprawę do sądu DIFC<sup>148</sup>, co w kontekście zmiany ustawy zasadniczej pokazuje bardzo liberalne i proekonomiczne podejście do potencjalnych sporów rozwiązywanych przez arbitraż.

Istotną problematyką z perspektywy niniejszej dysertacji jest opisanie miejsca postępowania arbitrażowego w polskim porządku prawnym z perspektywy Konstytucji i odwołaniu się do zasady sądowego wymiaru sprawiedliwości. Jest to problematyka o podstawowym znaczeniu prawnym, która doczekała się wielu opracowań naukowych w tym zakresie<sup>149</sup>. Zasada sądowego wymiaru sprawiedliwości została przedstawiona w art. 175 ust. 1 Konstytucji: „Wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe”<sup>150</sup>. W literaturze mówi się również o zasadzie wyłączności, czyli wyłącznego sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez sądy, które są powoływane przez państwo, działają w jego imieniu i są wyodrębnione organizacyjnie<sup>151</sup>. Ustawa zasadnicza wprowadza do systemu zasadę sądowego wymiaru sprawiedliwości, a także dokonuje wyczerpującej kategoryzacji sądów uprawnionych do sprawowania wymiaru sprawiedliwości<sup>152</sup>, *ergo* sprawowanie wymiaru sprawiedliwości jest zastrzeżone wyłącznie dla sądów. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swym orzecznictwie dokonywał analizy pojęcia wymiaru sprawiedliwości, w szczególności od strony przedmiotowej. Jedno z orzeczeń traktuje o wymiarze sprawiedliwości w następujący sposób: „W Rzeczypospolitej Polskiej są niezawisłe sądy, zaś wymiar sprawiedliwości sprawują sądy powszechne i sądy szczególne, [...] pojęcie <<wymiar sprawiedliwości>> należy raczej rozumieć przedmiotowo, jako czynność polegającą na rozstrzygnięciu konfliktów prawnych, a nie podmiotowo, jako wyłączną właściwość organów sądowych. Faktem jest natomiast, że konstytucja i ustawodawstwo zwykłe, przyznając sądom i sędziom szczególne uprawnienia i gwarancje, czynią sądy organami najbardziej wiarygodnymi dla sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Z tych też względów przyjmuje się, że jeżeli sądy same nie rozstrzygają konfliktów prawnych, to

---

<sup>148</sup> Dubai International Financial Centre, Federal Laws, Constitutional Amendment No (1) of 2003, Y.B. Islamic & Middle E. L, 2006-2007, vol. 13, s. 404.

<sup>149</sup> Zob. np. P. Rutledge, „Arbitration and the Constitution”, Cambridge University Press 2013.

<sup>150</sup> Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483.

<sup>151</sup> S. Bożyk (red.), Prawo konstytucyjne, Białystok 2014, s. 337.

<sup>152</sup> P. Karlik, P. Wiliński, [w:] M Saffjan (red.), L. Bosek (red.), Konstytucja RP, t. II, Komentarz Art. 87-243, Warszawa 2016, s. 975.

przynajmniej powinny w sferze wymiaru sprawiedliwości sprawować kontrolę nad orzecznictwem organów *quasi* sądowych”<sup>153</sup>.

Zasadę sądowego wymiaru sprawiedliwości należy rozumieć jako dyrektywę kompetencyjną, która uprawnia sądy jako jedyne podmioty powołane do sprawowania wymiaru sprawiedliwości. W tym kontekście należy wytłumaczyć zależność zachodzącą pomiędzy wymiarem sprawiedliwości a władzą sądowniczą. Dostrzec należy, że sprawowanie wymiaru sprawiedliwości jest kluczowym zadaniem władzy sądowniczej, która stanowi obok władzy wykonawczej i ustawodawczej filar ustroju Rzeczypospolitej Polskiej. Należy podkreślić jednak, że zgodnie z art. 10 ust. 2 Konstytucji RP władza sądownicza jest sprawowana przez sądy i trybunały, jednak wymiar sprawiedliwości należy wyłącznie do tych sądów, które są wymienione enumeratywnie w art. 175 ust.1. Zatem ustawodawca rezerwuje pojęcie sprawowania wymiaru sprawiedliwości dla wyłącznej kompetencji sądów, zaś pojęcie władzy sądowniczej obejmuje również Trybunały. L. Garlicki wskazuje na potrzebę wyjaśnienia relacji pomiędzy pojęciem „władza sądownicza” a pojęciem „wymiar sprawiedliwości”, gdyż są to pojęcia, które nigdy nie zostały zdefiniowane wprost. Utrwały się w polskiej kulturze prawnej, mają charakter zastały, a także związane są z określonymi intuicjami języka prawniczego<sup>154</sup>.

Zgodnie z pojęciami wypracowanymi przez doktrynę prawa konstytucyjnego wyróżnia się ujęcie podmiotowe i przedmiotowe wymiaru sprawiedliwości. Definicja podmiotowa określa, że wymiar sprawiedliwości jest szczególnym fragmentem obszaru o charakterze władcym działania państwa, natomiast zgodnie z definicją podmiotową kluczową rolę pełni podmiot, który posiada kompetencję do rozstrzygania sporów i sprawowania wymiaru sprawiedliwości. *Per analogiam*, zgodnie z definicją podmiotową na gruncie art. 175 ust. 1 Konstytucji RP, podmiotem sprawującym władzę sądowniczą w Polsce są sądy. Dodatkowo warto wspomnieć o definicji mieszanej, która łączy w sobie elementy jednego, jak i drugiego podejścia. W myśl definicji mieszanej wymiarem sprawiedliwości jest wiążące rozstrzygnięcie sporów o prawo dokonywane przez sądy. Jest to również działalność sądów obejmująca rozstrzygnięcie spraw cywilnych lub karnych<sup>155</sup>. Trafnej analizy pojęcia wymiaru sprawiedliwości

---

<sup>153</sup> TK 13.03.1996 r., K. 11/95.

<sup>154</sup> P. Karlik, P. Wiliński, [w:] M Saffjan (red.), L. Bosek (red.), Konstytucja RP, t. II, Komentarz Art. 87-243, Warszawa 2016, s. 976.

<sup>155</sup> *Ibidem*, s. 977.

w kontekście definicji mieszanej dokonuje P. Winczorek, który podaje, że: „wymiar sprawiedliwości polega na wyrokowaniu w sprawach cywilnych (i pokrewnych), karnych i administracyjnych poprzez podejmowanie konkretnych decyzji władczych o prawach i obowiązkach podmiotów indywidualnych, na podstawie norm generalnych i abstrakcyjnych, zgodnie z odpowiednimi przepisami proceduralnymi i normami kompetencji (właściwości) decyzyjnej”<sup>156</sup>. Jeżeli zatem założymy, że w myśl Konstytucji wymiar sprawiedliwości należy rozumieć w ujęciu wyłącznie podmiotowym lub mieszanym, to należy przyjąć, że pojęcie to nie obejmuje swoim zakresem sądownictwa polubownego, które polega na rozstrzyganiu sporów cywilnych<sup>157</sup>. Jeżeli zatem sądy są wyłącznymi podmiotami sprawującymi wymiar sprawiedliwości w Polsce, to sądy polubowne nie posiadają kompetencji sprawowania wymiaru sprawiedliwości w myśl Konstytucji. Ujęcie przedmiotowo-podmiotowe również wyklucza włączenie w krąg podmiotów sprawujących wymiar sprawiedliwości sądów polubownych, ponieważ niezależnie od faktu, że rozstrzygają sprawy cywilne (element przedmiotowy), to nie są sądami państwowymi (element podmiotowy). W doktrynie jednakże wykształcił się pogląd, że nawet pomimo istnienia enumeratywnego katalogu sądów sprawujących wymiar sprawiedliwości w Polsce, sądownictwo polubowne nie przełamuje monopolu sądów powszechnych w przedmiocie sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Sądy polubowne mogą więc rozstrzygać spory cywilnoprawne z woli stron, gdyż działalność sprawowana przez sądy powszechne nie jest wymiarem sprawiedliwości. Takie upoważnienie może być poczynione w drodze ustawy, co jak twierdzi T. Ereciński, powinno być pozostawione tzw. ustawodawstwu zwykłemu<sup>158</sup>.

Istnieje również kwestia związana z przedmiotem rozstrzygania sporów i zasadniczym pytaniem, czy zawężona definicja przedmiotowa wymiaru sprawiedliwości nie prowadzi do zbyt wąskiego zakresu pojęciowego wymiaru sprawiedliwości. Istnieje pogląd, że ograniczenie sprawowania wymiaru sprawiedliwości do wiążącego rozstrzygania sporów o prawo czyni polskie sądownictwo „sądami prawa”, czego konsekwencją jest wyłączenie istotnej sfery

---

<sup>156</sup> P. Winczorek, Komentarz, 2000, s. 228, [w:] M Saffjan (red.), L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. II, Komentarz Art. 87 – 243, Warszawa 2016, s. 977.

<sup>157</sup> T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 20.

<sup>158</sup> *Ibidem*, s. 21.

działalności sądów, jaką jest rozstrzyganie i sądenie o faktach<sup>159</sup>. W związku z tym nasuwa się istotne pytanie, czy jest to założenie, które przyświecało ustawodawcy, czy jednak może być konsekwencją pewnego rodzaju skrótu myślowego. Zasadniczo odpowiedź na to pytanie nie znajduje się bezpośrednio w przepisie art. 175 ust. 1, lecz w art. 45 ust.1 Konstytucji, który traktuje o prawie do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny i bezstronny sąd. Należy w tym miejscu podkreślić kardynalne znaczenie konstytucjonalnego prawa do ochrony sądowej, która w swej genezie odwołuje się do konstrukcji XIX-wiecznego prawa publicznego podmiotowego, które w swej istocie stanowiło, i nadal stanowi, zasadniczy składnik koncepcji państwa prawnego, które nie tylko udziela ochrony prawnej, ale także zapewnia bezpieczeństwo prawne<sup>160</sup>. Przepis art. 45 ust. 1 jest przepisem kompleksowym, gdyż dodatkowo precyzuje, np. jakimi cechami musi charakteryzować się orzekający sędzia, sąd, i jednocześnie przyznaje „każdemu prawo do sądowego rozstrzygnięcia sprawy”. W doktrynie wskazuje się, że pojęcie sprawy jest bardzo szerokie, jednak kwestią sporną pozostaje fakt, czy w istocie pojęcie sprawy jest tożsame z pojęciem sporu o prawo, które pojawia się w kontekście art. 175 ust.1, i próby zdefiniowania pojęcia „wymiar sprawiedliwości”. Rozważania w tym przedmiocie można podsumować stwierdzeniem, że zarówno w przypadku prawa cywilnego, jak i karnego spór o prawo nie zawsze stanowi tzw. „oś sporu”<sup>161</sup>.

Ciekawy pogląd jest prezentowany w literaturze obcej, w której podaje się, że poddanie się pod jurysdykcję sądu polubownego jest równoznaczne z rezygnacją z prawa, które przysługuje stronom, do rozpoznania sprawy przez sąd państwowy, a tym samym rezygnacji z ochrony prawnej udzielonej przez państwo. Jest to oczywiście sytuacja, która jest dopuszczalna z konstytucyjnego punktu widzenia. W myśl tej zasady jest to bezpośrednie odwołanie do zasady autonomii woli stron, istniejącej zarówno w płaszczyźnie materialnoprawnej, jak i procesowej. Jednak, jak argumentuje T. Ereciński, strony nigdy w pełni nie będą jednak mogły zrezygnować

---

<sup>159</sup> P. Karlik, P. Wiliński, [w:] M Saffjan (red.), L. Bosek (red.), Konstytucja RP, t. II, Komentarz Art. 87-243, Warszawa 2016, s. 979.

<sup>160</sup> M. Wiącek, [w:] M Saffjan (red.), L. Bosek (red.), Konstytucja RP, t. I, Komentarz Art. 1-86, Warszawa 2016, s. 1087.

<sup>161</sup> W sprawach karnych sąd bada, czy dany podmiot występujący w akcie oskarżenia będzie ponosił odpowiedzialność karną, zob. S. Waltoś, P. Hofmański, Proces karny, Warszawa 2016, s. 25 i n.; również w sprawach cywilnych spór nie zawsze dotyczy tylko kwestii prawnych, zob. I. Adrych-Brzezińska, Ciężar dowodu, Wolters Kluwer, 2015, s. 74; P. Karlik, P. Wiliński, [w:] M Saffjan (red.), L. Bosek (red.), Konstytucja RP, t. II, Komentarz Art. 87-243, Warszawa 2016, s. 979.

z prawa do sądu ze względu na fakt, że sądownictwo polubowne zawsze będzie uzależnione od sądów powszechnych w tym sensie, że orzeczenia sądów polubownych podlegają kontroli sądów państwowych<sup>162</sup>. Na gruncie prawa polskiego, w przedmiocie rezygnacji z prawa do sądu jako podstawy kompetencji sądu polubownego, takie samo stanowisko prezentuje między innymi M. Aślanowicz. Twierdzi on po pierwsze, że poddanie pod kognicję sądu polubownego nie stanowi rezygnacji z możliwości poddania sporu pod kognicję sądu państwowego, i po drugie, że nie narusza to konstytucyjnych zasad Rzeczypospolitej Polskiej. Nawet jeżeli strony wyrażą wolę, aby ich sprawa została rozstrzygnięta przez sąd polubowny, to kontrola sądu państwowego wiąże na mocy bezwzględnie obowiązujących przepisów k.p.c. Dlatego należy przyjąć, że sądy polubowne działają zamiast sądów powszechnych, a strony w sposób pośredni rezygnują ze swojego prawa do rozpoznania *meritum* sporu przez sąd państwowy, który i tak w każdym wypadku uprawniony jest do weryfikacji wydanego w ten sposób rozstrzygnięcia<sup>163</sup>.

Dalsze rozważania w przedmiocie potrzeby poszukiwania podstawy konstytucyjnej dla arbitrażu podejmuje A. Wiśniewski, który przedstawia inne stanowisko w przedmiocie rezygnacji z prawa do sądu. W swoim opracowaniu dowodzi, że teza o wyborze arbitrażu jako formy rozstrzygnięcia sporu między podmiotami prawa oznacza rezygnację – w zakresie umowy o arbitraż – z przysługującego każdemu z nich prawa zwrócenia się do państwowego wymiaru sprawiedliwości (prawa do sądu). Procedura związana z rezygnacją może wystąpić w trzech wariantach<sup>164</sup>. Mimo to, autor w istotny sposób rozszerza swoją argumentację, odwołując się do wszystkich teorii materialnoprawnych dotyczących arbitrażu. Wartością tego opracowania jest również to, że autor polemizuje ze wszystkimi stanowiskami dotychczas wyróżnionymi w polskiej doktrynie, dlatego też warto jest przytoczyć najistotniejsze punkty. Należy jednak podkreślić, że co do zasady polska doktryna jest zgodna, że pomiędzy nowoczesną, liberalną regulacją arbitrażu a prawem konstytucyjnym nie ma kolizji<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup> T. Ereciński, K. Weitz, Sąd arbitrażowy, Warszawa 2008, s. 21.

<sup>163</sup> M. Aślanowicz, Pozycja prawna arbitra w arbitrażu handlowym, Warszawa 2015, s. 5.

<sup>164</sup> A. W. Wiśniewski, [w:] Ł. Błaszczak (red.), Konstytucjonalizacja postępowania cywilnego, Wrocław 2015, s. 358.

<sup>165</sup> Zob. R. Morek, ADR w sprawach gospodarczych, Warszawa 2004, s. 40-52; K. Weitz, Sądownictwo polubowne a sądy państwowe, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 3; Ł. Błaszczak, M. Ludwik, Sądownictwo polubowne (arbitraż), Warszawa 2007.



Po pierwsze, na gruncie polskiej doktryny procesowej należy postawić tezę, że sąd arbitrażowy *de facto* działa zamiast sądów państwowych. Natomiast w momencie kiedy mamy do czynienia z elementem obcym w postępowaniu, nie można zadowolić się twierdzeniem, że arbitraż zastępuje każdy sąd, który mógłby przyjąć swoją jurysdykcję. Autor ponadto argumentuje, że niesłuszna jest teoria występująca na gruncie prawa międzynarodowego, że arbitraż krajowy i międzynarodowy to dwie oddzielne instytucje<sup>166</sup>.

Ciekawy punkt w rozważaniach stanowi również pogląd dotyczący właściwości sądu. Otóż autor słusznie wywodzi, że nie jest możliwe wskazanie konkretnego sądu, który miałby wyłączną właściwość w przypadku braku umowy o arbitraż. Nie istnieje bowiem przepis ani na gruncie prawa polskiego, ani na gruncie prawa międzynarodowego, który by jasno wskazywał, który sąd jest właściwy dla określonego stosunku.<sup>167</sup>

W myśl drugiej tezy arbitraż ma charakter uniwersalny, a zatem jest niezależny od określonego porządku prawnego. Teza ta jest powiązana z autonomiczną teorią arbitrażu, która swoje korzenie ma w doktrynie międzynarodowego prawa handlowego i arbitrażu w latach międzywojennych. Podstawą tej teorii jest koncepcja poddania arbitrażu międzynarodowego, zamiast regulacji kolizyjnej, merytorycznemu standardowi tworzonemu przez sam arbitraż, a także przez *soft law* i prawo transnarodowe. Potwierdzenia tej teorii próżno jednak szukać w międzynarodowych konwencjach arbitrażowych, a także w prawie polskim. Jednak koncepcja odwołująca się do autonomicznej teorii arbitrażu i poddaniu arbitrażu wyłącznie merytorycznym standardom tworzonym przez sam arbitraż widoczna jest przede wszystkim w orzecznictwie sądów francuskich<sup>168</sup>.

Po trzecie, skuteczność umowy arbitrażowej jest uwarunkowana podstawową zasadą prawa międzynarodowego publicznego, jaką jest zasada *pacta sunt servanda*. Umowa arbitrażowa jest odzwierciedleniem relatywnej autonomicznej teorii arbitrażu, a zatem może wywierać skutki wraz z wyrokiem, bez potrzeby umocowania w przepisach krajowych. Wskazuje się, że ponieważ relatywna teoria autonomiczna

---

<sup>166</sup> A. W. Wiśniewski, [w:] Ł. Błaszczak (red.), *Konstytucjonalizacja postępowania cywilnego*, Wrocław 2015, s. 359.

<sup>167</sup> *Ibidem*.

<sup>168</sup> *Ibidem*, s. 360.

kształtowała się równolegle z rozwojem arbitrażu międzynarodowego, dlatego argument o niskiej przydatności tej teorii dla arbitrażu krajowego wydaje się być w pełni uzasadniony. Ponadto autor wskazuje, że trudności przysparza fakt, w jaki sposób odnieść zasadę *pacta sunt servanda*, która funkcjonuje głównie pomiędzy państwami, na grunt stosunków występujących w prawie prywatnym. Reasumując – strony w umowie arbitrażowej nie muszą odnosić się do przepisów konkretnego państwa, w kwestii materialnoprawnej ani procesowej, aby umowa była skuteczna, jednak mogą oczekiwać pewnego rodzaju interwencji państwowej, która polegałaby na wsparciu odpowiednią regulacją prawną.

Teoria integralna arbitrażu ma w swym założeniu ukazywać arbitraż jako dziedzinę, która dotyczy podstawowych praw człowieka – jednostki i podmiotu prawa. Dlatego też to strony samodzielnie decydują się rozwiązywać swe spory i zasadniczo nie korzystają z pomocy sądów. Mogą natomiast oczekiwać pewnego rodzaju pomocy ze strony państwa w przedmiocie ułatwienia prowadzenia postępowania arbitrażowego, oraz wykonania orzeczenia. Mimo to arbitraż nigdy nie będzie w pełni samodzielnym mechanizmem prawnym, ponieważ prawo państwa wykonania musi wziąć pod uwagę wiążące je konwencje międzynarodowe, i zadecydować, czy nie istnieją istotne przeszkody wynikające z praw innych zaangażowanych państw, które by uniemożliwiały wykonanie wyroku.<sup>169</sup>

Powracając do zagadnienia zasady ochrony sądowej, na uwagę zasługuje jej bezpośrednia korelacja z zasadami demokratycznego państwa prawa, która stanowi podstawę współczesnego rozumienia państwa prawnego zarówno w sensie materialnym jak i formalnym. Aspektem formalnym jest funkcjonowanie państwa na podstawie prawa. Aspektem materialnym zaś jest zasada konstytucjonalizmu, gdzie w państwie prawnym prawem jest przede wszystkim konstytucja<sup>170</sup>. Wymiar sprawiedliwości został również ujęty w znaczeniu materialnym i formalnym<sup>171</sup>. Jednakże problemem dużej wagi jest faktyczne rozróżnienie, czy znaczenie materialne to pojęcie wymiaru sprawiedliwości w ujęciu przedmiotowym, i czy pojęcie formalne znajduje się w ujęciu podmiotowym. Po pierwsze, w ujęciu materialnym trzeba wskazać, że istnieje

---

<sup>169</sup> *Ibidem*, s. 361.

<sup>170</sup> *M. Saffjan* (red.), *L. Bosek* (red.), *Konstytucja RP*, t. II, Komentarz Art. 87-243, Warszawa 2016, s. 219.

<sup>171</sup> Takiego rozróżnienia dokonuje *K. Kaczmarczyk*, [w:] *H. Zięba-Zalucka* (red.), *System organów państwowych*, Lexis Nexis 2007, s. 156; *P. Karlik*, *P. Wiliński*, [w:] *M Saffjan* (red.), *L. Bosek* (red.), *Konstytucja RP*, t. I, Komentarz Art. 1-86, Warszawa 2016, s. 978.

konieczność zapewnienia każdemu człowiekowi prawa do rozstrzygnięcia sprawy przez sąd. Po drugie, w ujęciu formalnym należy wskazać nie tylko rolę organu sprawującego wymiar sprawiedliwości, ale także ogólną funkcję którą ma do spełnienia. Tak więc sądy powszechne będą rozstrzygały konkretne spory, które nie zostały poddane kompetencji sądów szczególnych, o prawo i co do faktów, co składa się na definicję sprawowania wymiaru sprawiedliwości.

Reasumując, rozważania dotyczące definicji i zakresu pojęciowego władzy sądowniczej i sprawowania wymiaru sprawiedliwości stanowią klucz do zrozumienia, na czym polega zależność pomiędzy sądami powszechnymi, które sprawują wymiar sprawiedliwości, a sądami arbitrażowymi. Spór w doktrynie wywołują zagadnienia związane głównie z potrzebą regulacji arbitrażu na poziomie ustawy zasadniczej. Ponieważ zgodnie z ustawą zasadniczą nie ma możliwości skutecznej rezygnacji z prawa do sądu, trudności następuje określenie, czy w przypadku wystąpienia umowy arbitrażowej między stronami to prawo zostaje zachowane. W dynamicznie rozwijającej się wymianie handlowej i coraz większej liberalizacji przepisów należy jednak przychylić się do poglądu, że konstytucyjne ograniczenie arbitrażu nie jest powiązane z potrzebą ograniczenia wolności jednostki w sferze swobody zawierania umów. Ograniczenie to jest związane ze sprawowaniem państwowej kontroli, i związanej z nią niezbędnymi ograniczeniami. Ustawowe ograniczenia wolności człowieka występujące w art. 31, są w gruncie rzeczy podstawą do stwierdzenia, że skoro podstawowe prawa i wolności człowieka podlegają jakimś ograniczeniom, które są istotne z punktu widzenia państwa, to tym bardziej restrykcjom powinien podlegać arbitraż.

### **§ 3. Aspekty ekonomiczne postępowania arbitrażowego**

W przedmiocie analizy aspektów ekonomicznych postępowania arbitrażowego, narzędziem najtrafniej obrazującym obecny stan praktyki arbitrażowej są raporty instytucji arbitrażowych, które w sposób kompleksowy analizują najważniejsze aspekty postępowania arbitrażowego. W zakresie badań międzynarodowych w przedmiocie arbitrażu, zgodnie z najlepszą wiedzą autorki, dostępne statystyki nie są wystarczające, aby dokonać jednoznacznej oceny funkcjonowania tej instytucji w Polsce. Statystyki Banku Światowego w odniesieniu do Polski zawierają informacje dotyczące arbitrażu inwestycyjnego, którego specyfika jest poza obszarem niniejszej dysertacji. Natomiast

Międzynarodowe Zrzeszenie Prawników (International Bar Association – dalej IBA), corocznie publikuje „Arbitration Guide”<sup>172</sup>, który w formie skrótowej przedstawia praktykę arbitrażową w wybranym państwie. Dlatego wydaje się, że ze względu na brak wystarczających materiałów źródłowych oraz brak wiarygodnych badań empirycznych w tym zakresie, nie można w sposób kompleksowy ocenić, w jakim kierunku powinny ewoluować zmiany związane z arbitrażem w Polsce. Można jednak dokonać ewaluacji dotychczasowego funkcjonowania mechanizmów instytucji arbitrażowych, oraz wyodrębnić główne problemy związane z sądownictwem polubownym wykorzystując ekonomiczną analizę prawa.

Być może raport pt. *Polish Arbitration Survey* 2016 jest jedynym raportem przedstawiający stan aktualnej praktyki arbitrażowej w Polsce. Raport został opracowany na podstawie badań przeprowadzonych na reprezentatywnej grupie 103 osób, 59% uczestników to prawnicy pracujący w „firmach prawniczych”, a 41% to reprezentanci biznesu. Raport zawiera odpowiedzi na zagadnienia związane z doświadczeniami związanymi z postępowaniem arbitrażowym, opinie dotyczące postępowania arbitrażowego, arbitrów, instytucji arbitrażowych, a także kosztów postępowania arbitrażowego. Wydaje się zasadne, aby przedstawić i omówić odpowiedzi respondentów, w szczególności te dotyczące procedury. Uzyskane odpowiedzi, a także ich analiza mogą się przyczynić do głębszej analizy występowania zjawiska arbitrażu w Polsce.

Po pierwsze, na pytanie w ilu postępowaniach arbitrażowych uczestniczyłeś/aś, w ciągu ostatnich pięciu lat, 25% badanych odpowiedziało, że w żadnym, 10% w jednym, 31% w 2-5, 18% 6-10, zaś w więcej niż 10 postępowaniach uczestniczyło 16% respondentów. Następnie przeanalizowano, jaka była wartość sporu, w której uczestniczyli badani w przeciągu ostatnich 5 lat. 46% respondentów, w przeciągu ostatnich 5 lat uczestniczyło w jednym do pięciu postępowań, które miały wartość od 1 do 10 milionów złotych (wartość w euro to ok. 250,000 – 2.500,000); 15% uczestniczyło w tego rodzaju postępowaniu jedynie raz. Kolejnym interesującym pytaniem zadaniem w badaniu było pytanie o rezultat postępowania arbitrażowego. 40% ankietowanych podało, że strona którą reprezentowały wygrała większość spraw, 10% podało, że wygrały wszystkie postępowania, zaś 20% stwierdziło, że wygrało tyle samo

---

<sup>172</sup> Zob. Raport dla Polski, B. Krużewski, M. Diehl, Arbitration Guide, 2018, IBA Arbitration Committee.

postępowania, ile przegrało. Respondenci musi odpowiedzieć na pytanie ile postępowań (w trakcie procesu bądź po ogłoszeniu wyroku) zakończyło się ugodą. 33% respondentów podało, że żadna ze spraw, w której uczestniczyli, nie zakończyła się ugodą, 43% twierdziło, że w niewielkiej liczbie spraw postępowanie zakończyło się ugodą. Połowa wszystkich spraw zakończyła się ugodą dla 15% respondentów, natomiast tylko 6% podało, że większość spraw została zakończona ugodą. Szczególnie interesującym zagadnieniem z perspektywy praktyki, jest zagadnienie dotyczące ilości przypadków w których wyrok sądu arbitrażowego został zrealizowany przez strony dobrowolnie. Otóż 15% respondentów podało, że w żadnych z przeprowadzonych spraw strona przegrana nie zrealizowała postanowień wyroków sądu arbitrażowego, zaś 22% procent przyznało, że dobrowolne dostosowanie się do wyroku wystąpiło w niewielkiej liczbie spraw. 20% respondentów podało, że w połowie prowadzonych przez nich spraw strony dobrowolnie wykonały wyrok sądu arbitrażowego, 18% w większości spraw, a jedynie 10% respondentów twierdzi, że dobrowolność można było zaobserwować we wszystkich postępowaniach. W badaniu zapytano również o doświadczenia i opinie związane z instytucjami arbitrażowymi, z których pomocą respondenci rozwiązywali konflikty. Wymienionych zostało pięć instytucji arbitrażowych, w tym: International Chamber of Commerce, London Court of International Arbitration, The German Institution of Arbitration, Cologne, The Vienna International Arbitration Center, Vienna, The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, i inna instytucja arbitrażowa. Z odpowiedzi badanych wynika, że z perspektywy polskiej strony postępowania najbardziej popularną instytucją arbitrażową jest ICC, gdyż ok. 83% respondentów korzystało z jej usług. Badanie ukazuje również czynniki determinujące wybór instytucji arbitrażowej. Interesujące jest, że wybór instytucji arbitrażowej w 62% jest zdeterminowany przez dobrą reputację instytucji arbitrażowej. W 13% przypadków wybór instytucji jest narzucony przez zagranicznego kontrahenta, w 11% decydują o tym przyjazne i aktualne zasady arbitrażowe, w 7% niskie koszty, w 4% decyduje lokalizacja, 3% są to inne powody. 1% ankietowanych odpowiedziało, że instytucję arbitrażową wybiera z przyzwyczajenia. Ostatnie dwa zagadnienia, które zostały poruszone w badaniu, to kwestia kosztów oraz procedury. Na zadane pytanie: czy zasady dotyczące kosztów w postępowaniu arbitrażowym są jasne i przewidywalne, prawie połowa badanych (46%) odpowiedziała, że raczej tak, 28% raczej nie, 5% odpowiedziało tak, 4% odpowiedziało nie, zaś 17 % odpowiedziało, że trudno stwierdzić. Ostatnie pytanie, która zasada

odnosząca się do kosztów procedury arbitrażowej powinna być zasadą obowiązującą, wydaje się, że jest analogiczna w odniesieniu do oczekiwań stron w procesie cywilnym. 44% badanych odpowiedziało, że strona przegrana powinna ponosić koszty arbitrażu oraz przedstawicielstwa procesowego. 41% badanych uznało, że strona przegrana powinna pokryć koszty całego procesu tylko do określonej kwoty ustalonej w również w drodze arbitrażu. Natomiast jedynie 15% stwierdziło, że każda strona powinna ponosić własne koszty, nawet niezależnie od orzeczenia trybunału arbitrażowego.

Dla porównania, najnowsze statystyki ukazują, że do rozpoznania London Court of International Arbitration (LCIA) w 2017 r. złożono 285 spraw. 233 sprawy były administrowane zgodnie z zasadami LCIA<sup>173</sup>. W pozostałych 52 LCIA działało jako ciało administracyjne w sprawach które odbywały się zgodnie z zasadami UNCITRAL, lub z sądami arbitrażowymi konstytuującymi się *ad hoc*. Zgodnie z informacjami występującymi w raporcie od 2007 r., widoczna jest tendencja wzrostowa spraw rozpatrywanych w formie arbitrażu. W 2007 r. było to 128 spraw, z czego 101 odbyło się z wykorzystaniem zasad LCIA. Od 2008 r., w którym liczba spraw wyniosła 215, można zaobserwować stały wzrost, i kształtowanie się liczby administrowanych spraw na poziomie ponad 200 spraw rocznie.

#### **§ 4. Aspekty prawne postępowania upadłościowego**

Na początek warto jest omówić pokrótce ogólne kierunki ewolucji „prawa o niewypłacalności”<sup>174</sup>, które jest kluczowe z perspektywy funkcjonowania gospodarki wolnorynkowej. Ta dziedzina prawa reguluje stan faktyczny, w którym wypełnianie swoich zobowiązań przez podmiot gospodarczy nie może być dalej wykonywane, a przynajmniej nie ma możliwości jej wykonania w całości i wobec wszystkich wierzycieli. Tak więc, jest to sytuacja, w której wypełnianie swoich bieżących zobowiązań przez dłużnika ma charakter trwały oraz sytuacja, która w przyszłości

---

<sup>173</sup> LCIA Facts and Figures, 2017 Casework Report, <https://www.lcia.org/lcia/reports.aspx>, [dostęp: 20.10.2018]

<sup>174</sup> Pojęcie niewypłacalności występuje w kodeksie cywilnym, prawie upadłościowym, kodeksie spółek handlowych, prawie pracy, a także ustawie o Krajowym Rejestrze Sądowym. Zawsze jednak pojęcie to ma takie samo znaczenie. Tak jak w prawie upadłościowym niewypłacalność jest przesłanką do ogłoszenia upadłości, tak np. w prawie pracy roszczenia pracownicze są chronione w przypadku niewypłacalności pracodawcy, zob. Encyklopedia Gazety Prawnej: <http://www.gazetaprawna.pl/encyklopedia/prawo/hasla/334577,niewypłacalnos.html>, [dostęp: 27.09.2018].

potencjalnie może mieć charakter trwały<sup>175</sup>. Ponieważ klasyczne formy przymusowego uzyskiwania świadczeń uregulowane w k.p.c., takie jak np. egzekucja, w wielu przypadkach nie są wystarczające, ustawodawca słusznie zdecydował się uregulować kwestie dotyczące upadłości w oddzielnej ustawie. Celem uniknięcia konkurencji wierzycieli uzasadniony jest interwencjonizm państwa w sferę stosunków o charakterze *de facto* prywatnoprawnych.

Problematyka działań egzekucyjnych oraz procedury upadłościowej nie jest tworem współczesności. Konstrukcje opierające się na uniwersalnej egzekucji majątku znane były już starożytnym Rzymianom. Rozróżniamy egzekucję (*executio*) osobistą i majątkową. Egzekucję osobistą cechowała duża surowość; przeprowadzano ją na osobie dłużnika w celu wymuszenia świadczenia pieniężnego. Natomiast egzekucja na majątku mogła być albo uniwersalna, czyli generalna, albo syngularna, czyli szczegółowa. Egzekucja uniwersalna stanowiła regułę i jej zadaniem było zaspokojenie wszystkich wierzycieli dłużnika. Mając na względzie zbieg wierzycieli (*concursum creditorum*), egzekucja uniwersalna posiadała charakter konkursowy, jednakże była stosowana również w przypadku wystąpienia jednego wierzyciela<sup>176</sup>.

Uniwersalną egzekucję majątkową rozpoczynało *actio iudicati*. Warto podkreślić, że uniwersalna egzekucja majątkowa był to osobny, dwuetapowy prywatny proces. Pierwszym etapem było wprowadzenie wierzycieli w posiadanie majątku dłużnika, czyli *missio in possessionem*, w postaci *missio in bona*, a drugim – sprzedaż majątku, czyli *venditio bonorum*. Ogłoszenie rozpoczęcia procedury egzekucji rozpoczynało pretorską *missio in bona* wierzycieli w majątek dłużnika<sup>177</sup>.

Dłużnik miał interes spełnienia świadczenia w jak najszybszym czasie, w przeciwnym razie spadała na niego *infamia*. *Infamia* groziła dłużnikowi, jeżeli w ciągu 30 dni nie spełnił świadczenia, natomiast w piętnastu, jeżeli chodziło o majątek po zmarłym. Dlatego w przypadku niespełnienia świadczenia, wierzyciele wybierali zarządcę konkursu, który miał za zadanie sprzedaż całego majątku dłużnika na licytacji. Zarządcę majątku nazywano *magister bonorum*, zaś licytacja nosiła miano *venditio bonorum*. Nabywca dóbr dłużnika, czyli *bonorum emptor*, stawał się sukcesorem

---

<sup>175</sup> A. J. Witosz [w:] A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz (red.), System Prawa Handlowego, t. VI, Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe, Warszawa 2016, s. 616.

<sup>176</sup> W. Litewski, Rzymskie prawo prywatne, Warszawa 2003, s. 412.

<sup>177</sup> *Ibidem*, s. 413.

uniwersalnym dłużnika. Granica odpowiedzialności za długi była wyznaczona do wartości, którą zaoferował na licytacji. W miarę upływu czasu zauważono, że mimo, że egzekucja majątkowa zdawała się być bardziej racjonalna od osobistej, często w jej trakcie dłużnik był pozbawiany wszystkiego, co przedstawiało jakąkolwiek wartość materialną. Ze względu na te okoliczności cesarz August postanowił wprowadzić instytucję *cessio bonorum*. *Cessio bonorum* było instytucją skierowaną do osób, które popadły w długi nie ze swej winy. Dłużnik dobrowolnie odstępował swój majątek wierzycielom, co z kolei umożliwiało mu skorzystanie z *beneficium competentiae*, czyli dobrodziejstwa zatrzymania środków niezbędnych do życia. W średniowieczu nastąpiła zmiana i przedmioty, które były niezbędne do wykonywania zawodu, zostały również włączone do instytucji *beneficium competentiae*. Majątek dłużnika był sprzedawany, jednak nie wywoływało to konsekwencji w postaci *infamii*<sup>178</sup>.

Jak każda dziedzina prawa, prawo upadłościowe ewoluowało wraz ze zmianami społeczno-ekonomicznymi i nowymi zasadami gospodarki rynkowej. Z restryktywnej formy realizacji zbiorowych interesów wierzycieli obwarowanej odpowiedzialnością karną dłużnika przechodziło w formę przypominającą obecny układ, aby w końcu wzbogacić ustawodawstwo o rozwiązania opierające się na zapobieganiu niewypłacalności, czyli współcześnie rozumianym prawie upadłościowym<sup>179</sup>.

Po nowelizacji PrUpad oraz PrRest w polskim porządku prawnym istnieje wyraźny podział na postępowania o charakterze naprawczym oraz likwidacyjnym. Dlatego też zagrożenie niewypłacalnością nie może być traktowane na równi ze stanem faktycznej niewypłacalności. Obecny normatywny kształt przepisów jest wyrazem powrotu do założeń uprzednich rozwiązań legislacyjnych, gdzie postępowania o charakterze likwidacyjnym i naprawczym były odrębnie uregulowane i proceduralnie rozłączne<sup>180</sup>. W doktrynie dominuje pogląd, że prawo restrukturyzacyjne wraz z prawem upadłościowym tworzą kompleksową regulację prawną, której przedmiotem są relacje pomiędzy niewypłacalnym lub zagrożonym niewypłacalnością dłużnikiem a jego wierzycielami<sup>181</sup>. Prawo upadłościowe należy do szerszej gałęzi prawa regulującego skutki prawne o niewypłacalności, które oprócz prawa upadłościowego

---

<sup>178</sup> T. Giaro, [w:] W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier, Prawo rzymskie Warszawa 2014, s. 180.

<sup>179</sup> Zob. A. Harla, Prawo upadłościowe i naprawcze. Zarys wykładu, Liber, 2011.; B. Stelmachowski, Prawo upadłościowe, Poznań 1932, s. 2.

<sup>180</sup> A. J. Witosz, [w:] A. J. Witosz (red.), Prawo upadłościowe. Komentarz, Warszawa 2017, s. 40.

<sup>181</sup> A. Hrycaj, P. Filipiak, Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz, Warszawa 2017, s. 19.



zawiera również unormowania dotyczące zapobieganiu upadłości podmiotów zagrożonych niewypłacalnością, a także tych podmiotów, które są już niewypłacalne<sup>182</sup>. Ponieważ ustawa Prawo restrukturyzacyjne funkcjonuje jako odrębny akt prawny, od ustawy o Prawie Upadłościowym, oznacza to, że niewypłacalność nie może stanowić wspólnego mianownika postępowania upadłościowego i restrukturyzacyjnego.

Widocznym aspektem ewolucji prawa upadłościowego z uwzględnieniem głównego obszaru problemowego niniejszej dysertacji jest przede wszystkim zmiana art. 142 PrUpad, a także nowelizacja art. 147 PrUpad. Oba artykuły odnosiły się do utraty mocy zapisu na sąd polubowny. Co ciekawe, do dnia dzisiejszego<sup>183</sup> Sąd Najwyższy wypowiedział się w przedmiocie prawa upadłościowego tylko raz. W wyroku z dnia 5 lutego 2016 r.<sup>184</sup>, podstawę orzekania stanowił zbieg przepisów dotyczących potrącenia wierzytelności powstałej przed dniem ogłoszenia upadłości ze zmianą trybu postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu w postępowanie o charakterze likwidacyjnym. W wyroku Sąd odniósł się do art. 118, art. 93 ust.1 oraz art. 96<sup>185</sup>. Dlatego przy analizie obowiązujących przepisów, wydaje się, że potwierdzenie znajduje teza, że jest jeszcze zbyt wcześnie, aby wysnuwać wnioski o znowelizowanej ustawie o prawie upadłościowym.

Na kanwie poprzedniej ustawy swoje stanowisko zajął Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 23 września 2009 r.<sup>186</sup>. Sąd wypowiedział się w przedmiocie utraty mocy zapisu na sąd polubowny. W stanie faktycznym Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej wyrokiem z dnia 3 lutego 2006 r. oddalił powództwo Skarbu Państwa – Ministra Skarbu Państwa o zasądzenie od strony pozwanej „E” S.A. w W. na jego rzecz kwoty 95.609.785,72 dolarów amerykańskich. W wyniku skargi

---

<sup>182</sup> F. Zedler, *Zarys prawa upadłościowego*, Warszawa 2016, s. 21.

<sup>183</sup> 03.10.2018.

<sup>184</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28.05.2015r., IV CSK 352/14.

<sup>185</sup> Teza orzeczenia brzmi następująco: „Dopuszczalne jest dokonanie przez wierzyciela upadłego potrącenia wierzytelności powstałej przed ogłoszeniem upadłości z możliwością zawarcia układu, z wierzytelnością upadłego powstałą po dacie ogłoszenia upadłości z możliwością zawarcia układu, lecz przed wydaniem postanowienia o zmianie sposobu prowadzenia postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu na postępowanie obejmujące likwidację majątku upadłego, z tym, że skuteczność potrącenia opartego na zgłoszonym z ramach postępowania upadłościowego oświadczenia o potrąceniu zależy od tego, czy czynności te zostały dokonane najpóźniej przy uzupełniającym zgłoszeniu wierzytelności innych, aniżeli te, które zostały zgłoszone na listę wierzytelności po ogłoszeniu upadłości z możliwością zawarcia układu (art. 93 ust. 1 i art. 96 w zw. z art. 118 u.p.u.n. w brzmieniu obowiązującym przed 1 stycznia 2016 r. Zmiana formy postępowania upadłościowego z układowej na likwidacyjną, nie oznacza, że automatycznie następuje skutek potrącenia zgłoszonego w czasie i co do wierzytelności, kiedy ze względu na treść art. 89 ust. 1 pkt 1 u.p.u.n było to bezskuteczne. Również i w tym przypadku wymagane było zachowanie przesłanek z art. 96 w zw. z art. 118 u.p.u.n.”

<sup>186</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23.09.2009r., I CSK 121/09.

strony powodowej Sąd Okręgowy w Warszawie, po przyjęciu, że została ona pozbawiona możliwości obrony swoich praw, wyrokiem z dnia 17 sierpnia 2007 r. uchylił wskazany wyrok Sądu Arbitrażowego.

Sąd Najwyższy po pierwsze stwierdził, że w artykule 142 p.u.n., i odpowiednio do artykułu 147 p.u.n. w odniesieniu do upadłości likwidacyjnej, można znaleźć normę odnoszącą się do postępowania przed sądem polubownym ze względu na specyfikę i odrębność tego postępowania. Sąd zauważył, że w tych przepisach w istocie chodzi o postępowanie sądowe, dlatego ułożenie przepisu 142 p.u.n. w dziale V jest logiczne i merytorycznie zrozumiałe. Następnie Sąd podkreślił, że ustawodawca przewidział w art. 142 p.u.n. utratę mocy obowiązującej zapisu na sąd polubowny z dniem ogłoszenia upadłości dłużnika, który zapisu dokonał. W konsekwencji takiego stanu rzeczy postępowanie toczące się przed tym sądem powinno zostać umorzone. Jeżeli zaś sąd polubowny postąpił inaczej, to wydany wyrok podlegałby uchyleniu w postępowaniu wszczętym na skutek wniesienia skargi o jego uchylenie (art. 1206 § 1 pkt 1 k.p.c.). W razie natomiast wniesienia do sądu powszechnego sprawy dotyczącej sporu objętego zapisem na sąd polubowny, strona pozwana albo uczestnik postępowania nieprocesowego nie mogliby skutecznie zgłosić zarzutu istnienia takiego zapisu, jeżeli stracił on moc na podstawie art. 142 p.u.n. Tym samym niedopuszczalne byłoby odrzucenie pozwu lub wniosku o wszczęcie postępowania nieprocesowego (art. 1165 § 1 i 2 k.p.c.). Sąd zwrócił uwagę również na wykładnię językową użytą w kontekście całego tekstu normatywnego, a za niedopuszczalne uznał dwuczęściową interpretację, która traktuje dwie części tego samego artykułu, jako części samoistne i odrębne. Ponieważ ustawodawca postanowił zastosować spójnik „a”, który został poprzedzony przecinkiem, nie oznacza to, że zdanie po nim następujące, jest zakresowo odrębne od zdania poprzedzającego. Sąd stwierdził, że jest wprost przeciwnie, i spójnik ten łączy oba zdania w jedną logiczną i merytoryczną całość. Ścisły związek tych zdań jest odzwierciedleniem sensu zapisu na sąd polubowny dla danego postępowania, a zatem także dla utraty mocy tego zapisu dla dalszego bytu postępowania przed sądem polubownym. Ostatnim aspektem jest skarga o uchylenie, która inicjuje postępowanie odrębne, którego uwzględnienie może z kolei nastąpić w razie podstaw enumeratywnie przewidzianych w art. 1206 k.p.c. Tak więc w przypadku postępowania w sprawie skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego może toczyć się nawet w razie braku zapisu na sąd polubowny, nieważności lub bezskuteczności tego zapisu, czy też

w wypadku utraty mocy według prawa właściwego (art. 1206 § 1 pkt 1 k.p.c.). Zgodnie z przedstawioną argumentacją Sąd stwierdził, że strony mogą żądać uchylenia wyroku sądu polubownego, zważając na powyższe okoliczności.

Najważniejsze zasady prawa upadłościowego w istocie są odzwierciedlone w funkcjach, które ma spełniać ta dziedzina prawa. Jako naczelne zasady prawa upadłościowego za A. Witoszem i A. J. Witoszem należy wymienić: zasadę optymalizacji, zasadę nadrzędności zbiorowego interesu wierzycieli i zasadę szczególnej ochrony interesów wierzycieli rzeczowych i słabszych, zasadę szybkości i ekonomiki postępowania, zasadę jawności postępowania, zasadę kontrydiktoryjności<sup>187</sup>. Dodatkowo autorzy podają, że zasady postępowania cywilnego obowiązują również w postępowaniu upadłościowym. Jak słusznie wskazują, są zasady wyrażone w k.p.c, *de facto* obowiązują poprzez odesłanie. W szczególności wskazuje się na zasadę formalizmu procesowego<sup>188</sup>, zasadę pisemności<sup>189</sup> i ustności oraz zasadę rozporządzalności<sup>190</sup>. Ponadto, ze względu na szczególny i skomplikowany charakter prawa upadłościowego, należy zwrócić uwagę na niejednorodność norm występujących w postępowaniu upadłościowym. Wymaga podkreślenia, że większą część norm stanowią normy o charakterze materialnym i procesowym, przy marginalnej obecności przepisów karnoprawnych.

Historycznie prawo upadłościowe miało do spełnienia tylko jedną funkcję – windykacyjną, która była realizowana przez zaspokojenie wszystkich wierzycieli. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że funkcja windykacyjna jest nadal podstawową funkcją prawa upadłościowego<sup>191</sup>. Dodatkowo w zasadzie panuje zgoda co do określenia zasadniczego celu postępowania upadłościowego, w odniesieniu do upadłości przedsiębiorcy. Naczelną zasadą jest zaspokojenie interesu wierzycieli. Dlatego też, interes wierzycieli będzie przesądzał o tym, które kierunki postępowania są

---

<sup>187</sup> A. J. Witosz, A. Witosz, [w:] System Prawa Handlowego, t. VI, Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe, Warszawa 2016, s. 625 i n.

<sup>188</sup> Jako przykład formalizmu procesowego podaje się fakt dysponowania zdolnością upadłościową przez przedsiębiorców, który jest odzwierciedlony przy wniosku o ogłoszenie upadłości (art. 28 PrUpad) oraz zgłoszeniu wierzytelności (art. 242 PrUpad).

<sup>189</sup> Podaje się, że w postępowaniu upadłościowym odchodzi się od zasady formalizmu w ten sposób, że przy zgłaszaniu wierzytelności wierzyciel musi jedynie wskazać dowody bez konieczności dołączenia oryginału lub poświadczonego notarialnie odpisu dokumentu uzasadniającego zgłoszenie (por. 238 PrUpad)

<sup>190</sup> Uczestnicy mają możliwość rozporządzania swoimi prawami podmiotowymi, które w pewnych wypadkach ulegają ograniczeniu (por. art. 239 ust. 2, i art. 237 – 238 PrUpad – dotyczące umieszczania na liście wierzytelności z urzędu).

<sup>191</sup> Tak F. Zedler, Zarys prawa upadłościowego, Warszawa 2016, s. 41.

najkorzystniejsze. Czynniki takie jak ratowanie miejsc pracy lub dłużnika, według niektórych przedstawicieli doktryny zasadniczo nie powinny mieć wpływu na zaspokojenie roszczeń wierzycieli<sup>192</sup>. Jednak uzyskanie pewnego rodzaju równowagi pomiędzy zaspokojeniem wierzycieli w jak najpełniejszym stopniu, a potrzeba zachowania przedsiębiorstwa w całości jest zagadnieniem szeroko dyskutowanym w prawie upadłościowym. Odpowiedzi poniekąd udziela art. 2 PrUpad, który traktuje o zasadzie optymalizacji.

## **§ 5. Aspekty ekonomiczne postępowania upadłościowego**

W odniesieniu do aspektów ekonomicznych postępowania upadłościowego nie sposób się nie odnieść do efektów, jakie przez ostatnie dziesięciolecia odniosła globalizacja. Globalizacja jest skomplikowanym, wielowarstwowym procesem, który wywiera wpływ na ekonomię, politykę a także struktury socjalne<sup>193</sup>. Do pozytywnych aspektów zjawiska globalizacji można z pewnością zaliczyć: zwiększoną produktywność, lepszy dostęp do zagranicznego kapitału, dostęp do globalnych rynków zbytu, rozwój technologii, zmniejszony poziom biedy, a także wyższe standardy pracy oraz wyższe standardy środowiskowe<sup>194</sup>. Globalizacja posiada też wiele negatywnych aspektów, które głównie dotyczą wysokich cen transportu, nierespektowanie zasad prawa krajowego oraz niszczenie środowiska<sup>195</sup>. Niepokój społeczności międzynarodowej również jest spowodowany skutkami zjawisk o charakterze krótkoterminowym. Jako przykład można podać wahania kursów walut, które mają bezpośrednie przełożenie na działanie eksporterów i importerów dóbr i usług. Tego typu wahania mogą spowodować znaczne trudności w prowadzeniu działalności gospodarczej<sup>196</sup>. W tym kontekście interesującym zagadnieniem jest korelacja zjawiska globalizacji z postępowaniem upadłościowym.

Wprowadzeniem i zarazem syntetycznym zobrazowaniem sytuacji przedsiębiorstw w Polsce jest przedstawienie i skrótowe omówienie danych statystycznych dotyczących działalności przedsiębiorców na rynku polskim. Zgodnie

---

<sup>192</sup> J. Brol, Podstawowe kierunki zmian w postępowaniu upadłościowym, PPH 2003, nr 8, s. 8.

<sup>193</sup> A. J. Lodge, Globalization: Panacea for the World or Conquistador of International Law and Statehood? "Oregon Review of International Law" Spring 2005, s. 229.

<sup>194</sup> *Ibidem*, s. 235.

<sup>195</sup> *Ibidem*, s. 244-261.

<sup>196</sup> D. R. Crawshaw, Globalization and the Practice of Law – One Lawyer's Perspective, "Canadian Business Law Journal" 2008, vol. 46, s. 162.

z danymi przedstawionymi w raporcie Euler Hermes z dn. 19.07.2018<sup>197</sup> negatywne perspektywy dla polskiej gospodarki to już rzeczywistość. Z raportu, który został opracowany na podstawie danych przedstawionych w Monitorze Sądowym i Gospodarczym., należy przytoczyć najważniejsze wnioski:

- Liczba niewypłacalności polskich firm wciąż rośnie
- Polskie firmy w większym stopniu finansują, niż korzystają z efektów wzrostu gospodarczego – wzrost sprzedaży przy utrzymującej się z reguły niskiej rentowności oznacza większe zaangażowanie kapitału własnego, bez analogicznie dużej akumulacji zysków.
- Oprócz niekorzystnych zmian otoczenia biznesowego – wzrostu kosztów pracy, zaopatrzenia a także z tytułu zmian prawnych i podatkowych - znaczenie mają także czynniki leżące po stronie samego biznesu: niewykreowanie marek własnych, czyli wartości dodanej swoich produktów i usług oraz brak poprawy efektywności zarządzania i zwrotu z kapitału<sup>198</sup>.

Według danych Głównego Urzędu Statystycznego, w badaniach przeprowadzonych zgodnie z metodologią europejskiej statystyki demografii przedsiębiorstw<sup>199</sup>, w odniesieniu do zbiorowości tzw. przedsiębiorstw niefinansowych<sup>200</sup> zanotowano, że udział podmiotów nowych wśród jednostek aktywnych w analizowanych latach przewyższał odsetek przedsiębiorstw kończących działalność. W latach 2012-2016 najmniejszy odsetek narodzin zanotowano w roku 2012: 11% (w pozostałych latach stanowił on co najmniej 12%), natomiast wskaźnik likwidacji w latach 2012 – 2014 nie przekroczył 11%. Wskaźnik liczby przedsiębiorstw

---

<sup>197</sup> Raport Euler Hermes: Negatywne perspektywy dla polskiej gospodarki to już rzeczywistość, [http://www.eulerhermes.pl/euler-hermes-w-polsce/centrum-prasowe/wiadomosci/Pages/190718\\_Negatywne-perspektywy-dla-polskiej-gospodarki-to-ju%C5%BC-rzeczywisto%C5%9B%C4%87---rekordowa-liczba-niewyp%C5%82acalno%C5%9Bci.aspx](http://www.eulerhermes.pl/euler-hermes-w-polsce/centrum-prasowe/wiadomosci/Pages/190718_Negatywne-perspektywy-dla-polskiej-gospodarki-to-ju%C5%BC-rzeczywisto%C5%9B%C4%87---rekordowa-liczba-niewyp%C5%82acalno%C5%9Bci.aspx), [dostęp: 20.12.2018].

<sup>198</sup> *Ibidem*.

<sup>199</sup> Przedsiębiorstwa niefinansowe niezależnie od liczby pracujących i rodzaju prowadzonej ewidencji księgowej.

<sup>200</sup> Wg GUS przedsiębiorstwa niefinansowe jest to kryterium wyodrębnienia przedsiębiorstw ze względu na rodzaj prowadzonej działalności, tj. jednostki zaklasyfikowane do następujących sekcji Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD 2007): np. Górnictwo i wydobywanie (sekcja B), Przetwórstwo przemysłowe (sekcja C), wytwarzanie i zaopatrywanie w energię elektryczną, gaz, parę wodną, gorącą wodę o powietrze do układów klimatyzacyjnych (sekcja D) etc., zob. Główny Urząd Statystyczny: Przedsiębiorstwa niefinansowe powstałe w latach 2011 – 2015, Warszawa 2017, [https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5502/24/1/1/przedsiębiorstwa\\_niefinansowe\\_powstale\\_w\\_latach\\_2011\\_2015.pdf](https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5502/24/1/1/przedsiębiorstwa_niefinansowe_powstale_w_latach_2011_2015.pdf), dostęp: 25.10. 2018.

był ukształtowany na poziomie 7%, w kolejnym roku zwiększył się do 105, a w 2014 r. osiągnął 23%. GUS odnotował, że w latach 2013 i 2014 mniejsze podmioty kończyły swoją działalność, zaś nowe jednostki tworzyły więcej miejsc pracy<sup>201</sup>. Jest to zdecydowanie optymistyczny obraz rzeczywistości gospodarczej, ukazujący, że więcej podmiotów gospodarczych rozpoczyna działalność gospodarczą, niż ją kończy w drodze ogłoszenia upadłości.

Dalej, warto jest zwrócić się w kierunku obliczeń, ilu przedsiębiorców faktycznie prowadziło działalność gospodarczą w Polsce w ostatnich latach. Dane GUS wskazują, że w 2017 r. działalność gospodarczą w Polsce prowadziło 2073, 6 tys. przedsiębiorstw o liczbie pracujących do 9 osób (mikroprzedsiębiorstw), co oznacza wzrost o 3,5 % rok do roku oraz 20,8% w stosunku do roku 2010. Ponadto w 2017 r. wśród mikroprzedsiębiorstw dominowały jednostki należące do osób fizycznych (89,3%, tj. 1852, 6 tys. podmiotów), a osoby prawne i jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej stanowiły 10,7% (221,1 tys. podmiotów). Ciekawym aspektem badania jest fakt, że największy odsetek w analizowanej zbiorowości mikroprzedsiębiorstw stanowiły jednostki z sekcji handlu i naprawy pojazdów samochodowych, działalności profesjonalnej, naukowej i technicznej oraz jednostki budowlane.

Ponieważ bankructwo jest zjawiskiem naturalnym w gospodarce rynkowej, jego zasięg nie jest już tylko lokalny, ale również globalny. Ministerstwo Gospodarki, Departament Innowacji i Przemysłu, w ważnym raporcie dot. wdrażania polityki nowej szansy<sup>202</sup>, zwróciło uwagę, że bankructwo jest problemem o charakterze ekonomicznym, ale również społecznym.

Wskutek nasilających się procesów globalizacji upadłość coraz częściej jest zjawiskiem przypominającym tzw. efekt domina. Niewypłacalność, która jest wypadkową wielu czynników, nie zawsze jest wynikiem lekkomyślności bądź niegospodarności przedsiębiorcy. Można jednak wymienić pewne czynniki, które

---

<sup>201</sup> Główny Urząd Statystyczny, Departament Przedsiębiorstw, Wybrane wskaźniki przedsiębiorczości w latach 2012 – 2016, Warszawa 2018, publikacja dostępna na stronie: [stst.gov.pl](http://stst.gov.pl), [dostęp: 25.10.2018].

<sup>202</sup> Ministerstwo Gospodarki, Departament Innowacji i Przemysłu, projekt wer. 3 październik 2010 r., Warszawa 2012, Współpraca: Departament Doskonalenia Regulacji Gospodarczych, Departament Strategii i Analiz, Instytut Allerhanda, Maciej Roch Pietrzak, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Ministerstwo Sprawiedliwości, [http://www.izbasyndykow.pl/attachments/235\\_Nowa\\_szansa\\_miedzyresortowe\\_spoleczne\\_wersja3\\_ost\\_.pdf](http://www.izbasyndykow.pl/attachments/235_Nowa_szansa_miedzyresortowe_spoleczne_wersja3_ost_.pdf), [dostęp: 24.10.2018].

w sposób bezpośredni przyczyniają się do wzrostu upadłości. Podkreśla się, że jest to następstwo kumulowania się zjawisk, które eliminują przedsiębiorców z obrotu gospodarczego. Są to zjawiska takie, jak:

- 1) ostre wyodrębnienie własności, zazwyczaj tożsamej w sensie prawnym i ekonomicznym,
- 2) stosowanie kryterium wielkości nadwyżki finansowej, jako jedyne miernika oceny powodzenia przedsięwzięć gospodarczych,
- 3) występowanie konkurencji jako instrumentu wzmacniającego procesy weryfikacji i selekcji<sup>203</sup>.

W związku z tym można wysnuć wniosek, że zjawisko występowania upadłości jest zjawiskiem o charakterze dynamicznym i rozwojowym. Rola państwa w obszarze wspierania przedsiębiorstw w sytuacjach kryzysowych nie powinna być skierowana *stricte* na przeciwdziałanie upadłości. Ponadto wydaje się, że rolą państwa nie powinno być karanie podmiotów, które uległy porażce biznesowej. Zminimalizowanie negatywnych skutków upadłości, przeciwdziałanie dalszej stygmatyzacji tych podmiotów oraz stworzenie im warunków ułatwiających powrót na rynek przy wykorzystaniu ich dotychczasowego doświadczenia, to zagadnienia ściśle związane z polityką drugiej szansy, a także główne prerogatywy działalności państwa w obszarze upadłości. Idąc dalej, w myśl filozofii drugiej szansy, Ministerstwo Gospodarki opracowało szereg działań mających na celu usprawnienie działania polskich przedsiębiorstw.

Po pierwsze, wskazano na zagadnienie prewencji niewypłacalności, która ma polegać na promowaniu strategicznego podejścia do zarządzania firmą, czyli wdrażaniu instrumentów wczesnego ostrzegania. Następnie wsparcie przedsiębiorców znajdujących się w kryzysie ma odbywać się za pomocą rozwiązań prawnych umożliwiających szybką i mało kosztowną procedurę upadłościową. Finalnie państwo mogłoby udzielać wsparcia o charakterze doradczym oraz udzielać ewentualnego finansowania dla przedsiębiorców na etapie podejmowanie działalności gospodarczej. Co istotne, w szeroko rozumianej polityce nowej szansy znalazły się z jednej strony sprawne przeprowadzenie upadłości przedsiębiorstw (sądowe formy restrukturyzacji

---

<sup>203</sup> S. Gurgul, Prawo upadłościowe i naprawcze, Warszawa 2004, s. 4.

i likwidacji), a z drugiej przeciwdziałanie upadłości przedsiębiorstw, czyli pozasądowe formy naprawy i restrukturyzacji<sup>204</sup>.

## § 6. Wnioski

Uwzględniając analizę funkcjonowania instytucji arbitrażu oraz mechanizmów insolwencyjnych za pomocą narzędzi ekonomicznej analizy prawa, ocena przedmiotowo badanych postępowań jest uzależniona od efektów, które chce uzyskać: a) ustawodawca, b) dłużnik, c) wierzyciel, d) strona postępowania. Ekonomiczna analiza prawa, jako względnie nowa dziedzina nauki, w swoich głównych założeniach koncentruje się przede wszystkim na badaniu konsekwencji przyjęcia konkretnych norm prawnych, i może w sposób efektywny przyczynić się do analizy badania skutków zapisu na sąd polubowny w postępowaniu insolwencyjnym. Odnosząc się do raportów i analiz przedstawionych w rozdziale I, należy przedstawić dwa wnioski. Po pierwsze, wykorzystywanie wzorców prawa krajowego zapisów na sąd polubowny przez strony postępowania upadłościowego, może uniemożliwiać drogę do skutecznego arbitrażu w postępowaniu upadłościowym lub restrukturyzacyjnym w aspekcie międzynarodowym. Spostrzeżenie, że arbitraż jest preferencyjną metodą rozstrzygania sporów jest kontrowersyjne i zawsze może się spotkać z krytyką. Niezbędne w tym zakresie jest poszerzenie badań nad konkretnymi sektorami przedsiębiorstw, i sprawdzenie, w jakiej branży arbitraż ma zastosowanie najczęściej. Autorka przychyliła się do poglądu, że mogą być to branże, w których prowadzenie przedsiębiorstwa, może być związane z wysokim ryzykiem gospodarczym. Przykładowo, może to być obszar związany z budową dróg i autostrad. Na potwierdzenie tego poglądu należy podać przykład powrotu klauzul arbitrażowych w umowach o roboty drogowe. Rozstrzygnięcie sporów w budownictwie drogowym w którym w porównaniu do innych branży nieporównywalnie częściej dochodzi do upadłości, zdecydowanie zasługuje na aprobatę<sup>205</sup>.

---

<sup>204</sup> Ministerstwo Gospodarki, Departament Innowacji i Przemysłu, projekt wer. 3 październik 2010 r., Warszawa 2012, Współpraca: Departament Doskonalenia Regulacji Gospodarczych, Departament Strategii i Analiz, Instytut Allerhanda, Maciej Roch Pietrzak, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Ministerstwo Sprawiedliwości, [http://www.izbasyndykow.pl/attachments/235\\_Nowa\\_szansa\\_miedzyresortowe\\_spooleczne\\_wersja3\\_ost\\_.pdf](http://www.izbasyndykow.pl/attachments/235_Nowa_szansa_miedzyresortowe_spooleczne_wersja3_ost_.pdf), s. 5 [dostęp: 24.10.2018].

<sup>205</sup> Zob. *Ł. Gembiś*, Powrót arbitrażu do rozstrzygania sporów w budownictwie drogowym, 2.06.2017 <https://www.rynekinfrastruktury.pl/wiadomosci/drogi/powrot-arbitrazu-do-rozstrzygania-sporow-w-budownictwie-drogowym-58784.html> [dostęp: 10.12.2018]



Ponadto należy podkreślić, że polski przedsiębiorca, uczestnicząc w obrocie gospodarczym, musi dostosowywać swoje działania z uwagą na czynniki, na które ma bezpośredni wpływ i na te, na które bezpośredniego wpływu nie ma. Dlatego wiarygodna ocena działalności przedsiębiorstwa dotkniętego insolwencją musi również uwzględniać kryteria pozaekonomiczne. Oprócz niekorzystnych zmian występujących w gospodarce, takich jak wzrost kosztów pracy oraz zaopatrzenia, polski przedsiębiorca musi w swojej działalności uwzględnić częste zmiany w prawie.

W odniesieniu do głównej problematyki pracy badawczej analiza zjawisk występujących w następstwie przyjęcia systemu prawa upadłościowego z wykorzystaniem elementów arbitrażowych na razie pozostaje w sferze teorii. Natomiast rola ekonomii w badaniu i analizie upadłości jest niepodważalna. Ekonomiczna analiza prawa może być użytecznym narzędziem w perspektywie badania efektu, jaki był pożądanym przez daną stronę postępowania arbitrażowego lub insolwencyjnego. Jednakże wydaje się, że jest to system, w którym analiza ma przede wszystkim charakter funkcjonalny. Zatem adekwatnie, jeżeli odpowiednio arbitraż lub postępowanie insolwencyjne, nie jest odpowiednio bezpieczne, szybkie oraz nie doprowadza do wzajemnie uznawalnego rozwiązania, to nie spełnia ono swojej podstawowej funkcji. Jeżeli wybrane postępowanie nie spełnia funkcji, której oczekują uczestnicy obrotu, to jego ocena powinna być jednoznacznie negatywna.

Należy zwrócić uwagę na pewien dysonans prawny. Podmioty stosunków gospodarczych zabezpieczają swoje interesy poprzez umieszczanie klauzuli arbitrażowych. Jednak w obliczu wystąpienia niewypłacalności, z tej metody rezygnują, mając na względzie przede wszystkim maksymalizację zaspokojenia finansowego. Dlatego też z perspektywy ekonomicznej analizy prawa, zapis na sąd arbitrażowy może być odbierany zarówno jako pożądana metoda rozwiązania sporu, lub alternatywnie, jako obstrukcja systemu sprawiedliwości.

Przedstawione statystyki Głównego Urzędu Statystycznego ukazały, że więcej podmiotów podejmuje działalność gospodarczą, niż ją kończy. Upadłość zdecydowanie pozostaje zjawiskiem dynamicznym, zaś bez nieustannej weryfikacji niedziałających przepisów istnieje ryzyko, że państwo nie będzie w sposób prawidłowy realizować swoich podstawowych funkcji. Jak wskazano w pracy, na rynku polskim najczęściej występującymi podmiotami są mikroprzedsiębiorcy. W związku z tym zakończenie

działalności gospodarczej bardzo często jest indywidualną tragedią przedsiębiorcy, która ma wymiar nie tylko ekonomiczny, ale również społeczny. Być może indywidualizacja prowadzenia działalności gospodarczej stanowi przyczynę ewolucji przepisów prawnych dotyczących konsumentów. Nieustanne zmiany mające podłoże ekonomiczno-gospodarcze są dla legislatywy konkretnym wyznacznikiem, w jaki sposób dostosowywać przepisy, aby osiągnąć optymalny efekt dla wszystkich stron postępowania.

Opisana polityka drugiej szansy, wdrażana zarówno na poziomie krajowym, jak i światowym, ma głównie na celu usprawnienie działania przedsiębiorców. Prewencja niewypłacalności ma być oparta na wdrażaniu systemów wczesnego ostrzegania. Wydaje się jednak, że w dobie płynnie i szybko rozwijającej się gospodarki opartej głównie na myśli technologicznej i know-how takie systemy będą stanowiły własność intelektualną każdego przedsiębiorstwa. W zależności od sektora gospodarki przedsiębiorcy mogłyby rozwijać tego rodzaju systemy, które mogą być oparte na sztucznej inteligencji (AI). Jest to wniosek o charakterze postulatywnym. Konkurencyjność gospodarcza państwa jest uzależniona od wielu czynników, jednak promując rozwój technologiczny, Polska zyskałaby nie tylko rentowne, sprawnie funkcjonujące przedsiębiorstwa, ale również rozwiązania te mogłyby opatentować i sprzedawać. Konkludując należy potwierdzić, że sądowe formy restrukturyzacji oraz likwidacji w polskim systemie prawnym mogą w dalszej perspektywie ewoluować bardziej w kierunku promocji rozwiązań o charakterze restrukturyzacyjnym niż upadłościowym.

## Rozdział II. Międzynarodowe postępowanie upadłościowe

### § 1. Istota i charakter prawny

W 1996 r. J. Westbrook na jednej z konferencji, zwrócił się do prawników zajmujących się prawem upadłościowym w następujący sposób:

*Tak jak zawodzenie szybkiego pociągu w nocy, zmieniony z odległej możliwości w wszechogarniający fakt, obszar międzynarodowej upadłości o charakterze porównawczym stanął przed nami. Coraz więcej spraw rozpoznawanych w sądach upadłościowych w Stanach Zjednoczonych ma element obcy [...] <sup>206</sup>.*

Pomimo upływu 20 lat słowa te pozostają niezwykle aktualne nie tylko z perspektywy Stanów Zjednoczonych, ale także całego kontynentu europejskiego, w tym Polski. Nie ulega wątpliwości, że prawo upadłościowe jest dziedziną nieustannie ewoluującą, ale także obszarem niezwykle skomplikowanym. Potrzeba utworzenia jednolitego systemu gwarantującego respektowanie praw wierzycieli została zasygnalizowana już w latach poprzedzających tzw. zimną wojnę, co zasadniczo było odzwierciedleniem wzrostu międzynarodowej wymiany handlowej. Reforma prawa upadłościowego w państwach rozwiniętych swój najintensywniejszy okres miała w latach 90 ubiegłego wieku. W rezultacie państwa takie jak Niemcy, Kanada, Rosja, Chiny, a także państwa Europy Wschodniej przyjęły nowe regulacje upadłościowe<sup>207</sup>. System wspierający międzynarodowe upadłości miał być oparty w szczególności o zasadę współpracy, pragmatyzmu, skuteczności oraz współgrania z zasadami dotyczącymi upadłości (bankructwa)<sup>208</sup>. Nie bez przyczyny zatem podaje się, że zjawisko sporów biznesowych urosło do rangi fundamentalnego zagadnienia cywilizacyjnego i ekonomicznego<sup>209</sup>.

Wraz z umiędzynarodowieniem obrotu prawnego i dynamiczną zmianą warunków gospodarczych problematyka upadłościowa przestała być domeną prawa wewnętrznego, co najlepiej jest widoczne na przykładzie Unii Europejskiej. Dopiero w przeciągu ostatnich dziesięciu lat rozwój rynku wewnętrznego wymusił

---

<sup>206</sup> J. L. Westbrook, Creating International Insolvency Law, "American Bankruptcy Law Journal" 1996, nr 70, s. 563.

<sup>207</sup> J. L. Westbrook, The Globalisation of Insolvency Reform, 1999, "New Zealand Law Review" 1999, nr3 s. 401 i nast.

<sup>208</sup> T. M. Gaa, Harmonization Of International Bankruptcy Law And Practice: Is It Necessary? Is It Possible?, „International Lawyer”, 1993, nr 27, s. 881.

<sup>209</sup> S. Pieckowski, Mediacja gospodarcza, Warszawa 2015, s 9.

„uwspólnotowanie” problematyki upadłości<sup>210</sup>. W opracowaniach z obszaru prawa pracy traktujących o prawie upadłościowym wskazuje się na przykład, że zmiany legislacyjne w przeciągu ostatnich lat ukierunkowane były głównie na promocję mechanizmów wspierających ratowanie przedsiębiorstw będących w upadłości zamiast likwidacji<sup>211</sup>. Dlatego też Komisja Organizacji Narodów Zjednoczonych w dokumencie *Legislative Guide on Insolvency Law*, poza podkreśleniem wagi uprzywilejowanego traktowania pracowników przedsiębiorstwa które jest w upadłości, również zwróciła uwagę na wdrażanie polityki tzw. *rescue culture*<sup>212</sup>. Unia Europejska w swoich działaniach w obszarze upadłości również implementuje politykę *rescue and recovery*, co odzwierciedla zalecenie Komisji Europejskiej z dnia 12 marca 2014 r. w sprawie nowego podejścia do niepowodzenia w działalności gospodarczej i niewypłacalności<sup>213</sup>, które spowodowało daleko idące zmiany w prawie upadłościowym w takich państwach jak np. Bułgaria, Węgry, Republika Czeska, Litwa, Słowacja i Dania<sup>214</sup>.

Założeniem międzynarodowego postępowania upadłościowego jest efektywne zaprojektowanie takiego procesu, który byłby ukierunkowany na jak najszybsze zaspokojenie wszystkich wierzycieli w równym stopniu. Ponieważ istnieje możliwość wyboru forum, na którym ma się toczyć postępowanie upadłościowe, istnieje również ryzyko, że wybór forum będzie odbywał się z pokrzywdzeniem wierzycieli. Dlatego też wydaje się być wielce uzasadniony postulat, aby tego rodzaju wybór był jednak w pewnych względach ograniczony. Największy walor badawczy w dziedzinie międzynarodowego prawa upadłościowego stanowi analiza o charakterze prawnoporównawczym. Na przykładzie odmiennych porządków prawnych, które *de*

---

<sup>210</sup> T. Chilarski, *Upadłość transgraniczna w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 1.

<sup>211</sup> S. E. Etukakpan, *The Lost Voice in Insolvency: Theories of Insolvency Law and their Implications for the Employees*, „Nottingham Law Journal” 2014, vol. 34, s. 36.

<sup>212</sup> Chodzi głównie o zachowanie ciągłości w zatrudnieniu, które jako jedna z zasad prawa upadłościowego, a także prawa międzynarodowego stoi wyżej w hierarchii niż np. maksymalizacja wartości przedsiębiorstwa. Co za tym idzie, w praktyce częściej preferuje się sprzedaż przedsiębiorstwa, co umożliwia przejście zobowiązań pracodawcy względem pracowników. *In some insolvency laws, the importance of maintaining continuity of employment in priority to other objectives of insolvency proceedings, such as maximization of the value of the estate for the benefit of all creditors, is evidenced by a focus on sale of the business as a going concern (with the transfer of existing employment obligations) as opposed to liquidation or reorganization where these obligations may be altered or terminated*, UNCITRAL *Legislative Guide on Insolvency Law*, Part One and Two (2004), [https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf), s. 272, [dostęp: 24.04.2018]

<sup>213</sup> Tekst zalecenia: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014H0135&from=PL>, [dostęp: 24.04.2018], (2014/135/UE).

<sup>214</sup> P. E. Mear, *The Winds of Change Intensify over Europe: Recent European Union Actions Firmly Embrace the Rescue and Recovery Culture for Business Recovery*, „Pratt’s Journal of Bankruptcy Law”

*facto* w swoim procesie legislacyjnym kierowały się podobnymi rekomendacjami (np. UNCITRAL), można zaobserwować, co w chwili obecnej stanowi największy problem interpretacyjny oraz praktyczny. Zatem zestawienie porządków prawa *common law* oraz systemu prawa kontynentalnego stanowi solidny grunt badawczy. Na przykład, w przeciwieństwie do Stanów Zjednoczonych, gdzie obowiązuje prawo federalne, i co do zasady złożenie wniosku upadłościowego nie powinno być uzależnione od preferencyjnego prawa w danym stanie<sup>215</sup>, w Unii Europejskiej, do momentu uchwalenia nowego rozporządzenia 848/2015, popularnym zjawiskiem był tzw. *forum shopping*. Wydaje się, że przeciwdziałanie negatywnym zjawiskom obrotu gospodarczego z jednej strony musi wiązać się z restryktywnym podejściem ustawodawcy do obszarów problemowych, a z drugiej strony w interesie państwa jest tworzenie preferencyjnych warunków prowadzenia działalności gospodarczej, ale także jej zakończenia.

W kontekście wyboru forum upadłościowego w Unii Europejskiej, ze względu na odmienne prawo, istnieje bardzo duże prawdopodobieństwo, że przedsiębiorca operujący na skalę międzynarodową wybierze ten kraj, który umożliwi mu przeprowadzenie upadłości na najbardziej korzystnych warunkach. Krytyka zagadnienia wyboru forum upadłościowego w Unii Europejskiej obecnie związana jest z nieefektywną transpozycją regulacji unijnych do krajowych porządków prawnych. Aktualnie skala problemu jest badana przez Komisję Europejską, która weryfikuje efektywność transpozycji w corocznych raportach. Należy podkreślić, że transponowanie unijnych przepisów jest kluczowe dla efektywnego wdrażania mechanizmów unifikujących prawo, dlatego badanie, w jaki sposób państwa członkowskie radzą sobie z wdrażaniem prawa unijnego, ma znaczenie z perspektywy usuwania przeszkód legislacyjnych na przyszłość. Przewodniczący Komisji Europejskiej, Jean-Claude Juncker, w sprawozdaniu dot. kontroli stosowania prawa Unii Europejskiej za rok 2017 podkreślił, że skuteczność każdego przepisu jest uzależniona od jego wdrożenia, natomiast kluczowym czynnikiem zapewniającym

---

<sup>215</sup> G. McCormack, Jurisdictional Competition And Forum Shopping in Insolvency Proceedings, "Cambridge Law Journal" 2009, vol. 1, nr 68, s. 169, dostępne na [https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/4FBC1BDBDCEEDFCF73548E8216CDB561/S0008197309000075a.pdf/jurisdictional\\_competition\\_and\\_forum\\_shopping\\_in\\_insolvency\\_proceedings.pdf](https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/4FBC1BDBDCEEDFCF73548E8216CDB561/S0008197309000075a.pdf/jurisdictional_competition_and_forum_shopping_in_insolvency_proceedings.pdf), [dostęp 26.01.2018]. Autor wskazuje, że pomimo że w Stanach Zjednoczonych prawo upadłościowe jest prawem federalnym, to istnieją pewnego rodzaju luki w prawie umożliwiające dużym firmom starać się o ogłoszenie upadłości na najbardziej preferencyjnych warunkach. Najbardziej popularnym forum jest Nowy Jork oraz stan Delaware.

należyte stosowanie prawa jest współpraca i komunikacja między Komisją i państwami członkowskimi<sup>216</sup>. Mimo to, ze względu na różnego rodzaju obostrzenia jurysdykcyjne, do tej pory społeczności europejskiej nie udało się pracować jednolitego systemu upadłościowego.

Prawo upadłościowe w większości państw skonstruowane jest w dwojaki sposób: albo przeprowadzana jest kolektywna procedura likwidacyjna, która odbywa się z korzyścią dla wszystkich wierzycieli, w odpowiednim czasie i za pomocą odpowiedniej procedury, albo przeprowadzana jest procedura reorganizacyjna<sup>217</sup>. Ze względu na istotne różnice wynikające z odmiennych systemów prawnych, sens rozważań będzie stanowić analiza, w jaki sposób odmienne porządki prawne regulują procedurę upadłościową w przypadku konieczności lub możliwości przeprowadzenia międzynarodowego postępowania arbitrażowego.

Rozpoczynając opracowanie problematyki związanej z transgranicznymi postępowaniami upadłościowymi, nie sposób nie wspomnieć o zagadnieniu związanym z interpretacją samego pojęcia „insolwencja”. Prawo upadłościowe jako dziedzina odwołuje się do pryncypiów związanych z kolektywną procedurą egzekucyjną. Dodatkowo, bezpośrednio wpływa na inne dziedziny prawa związane między innymi z prawem pracy, deliktami, prawem środowiska oraz prawem bankowym<sup>218</sup>. To powiązanie z innymi dziedzinami prawa może rodzić istotne wątpliwości terminologiczne. W Europie, w większości porządków prawnych używa się terminów „upadłość” lub „bankructwo”. Alternatywnie, coraz więcej państw takich jak np. Anglia czy Niemcy w swym ustawodawstwie używa pojęcia *insolvency*<sup>219</sup>. Dlatego też aktualnym, i tak samo istotnym z perspektywy interpretacyjnej pozostaje kwestia terminologii prawa upadłościowego, czy też reżimu prawa insolwencyjnego w kontekście globalnym<sup>220</sup>. W Polsce, pomimo wielokrotnego odwoływania się

---

<sup>216</sup> Kontrola stosowania prawa Unii Europejskiej, Sprawozdanie roczne za 2017 r., [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/report-2017-annual-report-monitoring-application-eu-law\\_pl.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/report-2017-annual-report-monitoring-application-eu-law_pl.pdf), [dostęp: 29.08.2018].

<sup>217</sup> United Nations Commission On International Trade Law Legislative Guide on Insolvency Law, II., p. C, s. 40.

<sup>218</sup> V. Finch, *The Measures of Insolvency Law*, “Oxford Legal Studies” 1997, vol. 17, s. 227.

<sup>219</sup> W literaturze przedmiotu zamiennie używa się pojęć „postępowanie upadłościowe” i „postępowanie insolwencyjne”, co jest zapożyczeniem z j. angielskiego od słowa *insolvent*, co znaczy niewypłacalny. Można stwierdzić, że w tym przypadku jest to wynik globalizacji mechanizmów prawnych, a także prymu instytucji *common law* w obszarze prawa handlowego.

<sup>220</sup> Wątpliwości na tle interpretacyjnym w odniesieniu do międzynarodowych sporów upadłościowych w szczególności widać na przykładzie języka angielskiego, gdyż zamiennie używa się pojęć takich, jak: *international bankruptcy law*, *international insolvency law*, *transnational bankruptcy law*, *transnational*

w literaturze do zapożyczenia z języka angielskiego, w mowie potocznej nie używa się zwrotu „spór insolwencyjny”. Wydaje się jednak, że jest to jedynie kwestią czasu, aby zwrot ten na stałe wpisał się w powszechną terminologię prawniczą<sup>221</sup>. Dlatego w celu rozpowszechnienia i promowania jednolitości terminologicznej w prawie upadłościowym, autorka uznaje za zasadne posługiwanie się terminem insolwencyja, rozumianym jako zjawisko niewypłacalności z którym związane jest zarówno postępowanie upadłościowe, jak i restrukturyzacyjne. Reasumując, meritum terminu upadłość, bankructwo jak i spór insolwencyjny związane jest z kolektywną procedurą egzekucyjną, która ostatecznie może zmierzać ku likwidacji przedsiębiorstwa lub reorganizacji majątku dłużnika.

Powyższe rozważania należy uzupełnić o terminologię zebraną przez European Law Institute, która została przedstawiona w raporcie „Rescue of Business in Insolvency Law”<sup>222</sup>. Instytut przedstawił kompletny glosariusz pojęć występujących zarówno w postępowaniu restrukturyzacyjnym, jak i prawie upadłościowym. W raporcie podkreślono, że w wielu regulacjach, funkcję pomocniczą pełnią tzw. „słowniczeki”, które mają za zadanie dokładne wytłumaczenie danej regulacji, biorąc pod uwagę całościowy kontekst prawny. Zatem poszerzenie zasobu terminologicznego prawa upadłościowego stało się celem przyświecającym twórcom raportu. Zasadnicza część zaproponowanej terminologii swoje korzenie ma w rekomendacjach Komisji Europejskiej z marca 2014 r.<sup>223</sup> oraz we wniosku z 22.11.2016r.<sup>224</sup> i odnosi się do zagadnień związanych z postępowaniem restrukturyzacyjnym i tzw. pojęciem „drugiej szansy”. Podkreśla się również, że terminy zaczerpnięte z wymienionych dokumentów muszą być rozumiane zgodnie z ich treścią i celem. To samo dotyczy rozporządzenia

---

*insolvency law, cross-border insolvency law*, Zob. S.K. Brown, *Punching Your Ticket To The High Speed International Insolvency Train*, “American Bankruptcy Institute Journal” 2007, nr 26, s. 26 i nast.

<sup>221</sup> *Ibidem*.

<sup>221</sup> F. Zedler, *Zarys prawa upadłościowego*, Warszawa 2016, s. 246.

<sup>222</sup> Pełen tekst raportu dostępny na stronie:

[https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/Instrument\\_INSOLVENCY.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Instrument_INSOLVENCY.pdf), [dostęp: 11.08.2018].

<sup>223</sup> Zalecenie Komisji z dnia 12 marca 2014 r. w sprawie nowego podejścia do niepowodzenia w działalności gospodarczej i niewypłacalności, Dz. Urz. UE L74/65., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014H0135&from=EN>, [dostęp: 11.08.2018].

<sup>224</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady dotycząca ram prawnych restrukturyzacji zapobiegawczej, drugiej szansy i środków zwiększających skuteczność postępowania restrukturyzacyjnych, upadłościowych i w zakresie umorzenia oraz zmieniająca dyrektywę 2012/30/UE z dnia 22.11.2016 r., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0723&from=EN>, [dostęp: 11.08.2018].

Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 maja 2015 r.<sup>225</sup>. W rozporządzeniu z 20 maja 2015 r., w przypadku kiedy przepisy nie odnoszą się bezpośrednio do praw państw członkowskich, użyte pojęcia muszą być interpretowane jako samodzielne, posiadające indywidualne znaczenie, niezależne od ustawodawstwa krajowego<sup>226</sup>.

Celem uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych w niniejszej rozprawie w części dotyczącej międzynarodowego postępowania upadłościowego terminy takie, jak: insolwencja (*insolvency*), administrator upadłościowy (*insolvency administrator*), postępowanie insolwencyjne (*insolvency case, insolvency proceeding, insolvency proceedings*), masa upadłościowa (*insolvency estate*) oraz syndyk (*insolvency practitioner*), należy przedstawić w świetle badań i rozważań poczynionych przez European Law Institute. Pozwoli to na dokładniejsze zrozumienie różnic występujących w terminologii, a także przybliży ocenę zasadności próby ujednoczenia pojęciowego z zakresu prawa upadłościowego.

Definicja pojęcia „insolwencja” jest zaczerpnięta z prawa krajowego państwa członkowskiego, w którym postępowanie upadłościowe ma miejsce. Insolwencja opisywana jest jako moment, w którym dłużnik nie jest w stanie spłacić swoich długów, kiedy one jednocześnie narastają (*cash flow insolvency*), lub gdy wymagalne należności przekraczają wartość aktywów (*balance sheet insolvency*)<sup>227</sup>. Insolwencję można rozumieć również jako stan, w którym dłużnik jest przeciążony swoimi zobowiązaniami i w którym w konsekwencji wierzyciel nie może oczekiwać pełnego zaspokojenia swoich roszczeń o czasie, których zaspokojenia mógłby oczekiwać w normalnych warunkach prowadzenia działalności gospodarczej przez dłużnika. Analizując podaną definicję z perspektywy standardów prowadzenia działalności gospodarczej, podaje się, że jest to stan, w którym dłużnik, prowadzi działalność w sposób nieprawidłowy<sup>228</sup>.

Oprócz użycia terminu „insolwencja”, ustawodawcy posługują się również terminem „postępowanie insolwencyjne”. Rozporządzenie UE z 20 maja 2015 r.

---

<sup>225</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/848 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie postępowania upadłościowego (wersja przekształcona), Dz. Urz. UE L 141/19, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R0848&from=EN>, [dostęp: 11.08.2018].

<sup>226</sup> European Law Institute, „Rescue of Business in Insolvency Law”: [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/Instrument\\_INSOLVENCY.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Instrument_INSOLVENCY.pdf), s. 38, [dostęp: 11.08.2018].

<sup>227</sup> UNCITRAL Legislative Guide (2004), para. 12, under B, “Glossary, Terms and definitions”. UNCITRAL Practice Guide (2009), under B “Glossary”, in “2. Terms and explanations”.

<sup>228</sup> Zob np. W.W. McBryde, A.Flessner and S.C.J.J. Kortmann, Principles of European Insolvency Law (Law of Business and Finance, vol. 4, Kluwer Legal Publishers 2003, s. 15.



operuje pojęciem „postępowanie insolwencyjne”. Ważnym aspektem w dyskusji dot. użycia i rozumienia odpowiedniej terminologii jest podkreślenie, że w literaturze często pojęcia upadłość i insolwencja są terminami używanymi zamiennie. Współcześnie terminu „bankructwo” używa się częściej do osób fizycznych, osób prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą, spółek partnerskich, zaś terminu „insolwencja” używa się częściej w odniesieniu do osób prawnych. W Stanach Zjednoczonych używa się terminu „bankructwo” do wszystkich rodzajów postępowań bez rozróżniania czy dotyczy ono osób fizycznych czy też prawnych<sup>229</sup>.

Następnie pojęcie administratora upadłościowego (*insolvency administrator*), odnosi się albo do osoby fizycznej, albo jednostki (osoby prawnej), która zgodnie z krajowym prawem upadłościowym sprawuje zarząd nad własnością upadłego<sup>230</sup>. Administratorem upadłości ma być osoba lub ciało zarządzające, również te powołane na czas określony. Kompetencje administratora to zarządzanie procedurą reorganizacyjną oraz zarządzanie aktywami<sup>231</sup>. W myśl rozporządzenia UE art. 2 p. 5 „zarządca” oznacza osobę lub podmiot, których zadaniem – także w postępowaniu przejściowym – jest: sprawdzenie i uznanie (lub odrzucenie) wierzytelności zgłoszonych w postępowaniu upadłościowym, reprezentowanie zbiorowego interesu wierzycieli, zarządzanie w całości lub w części majątkiem, co do którego odebrano zarząd dłużnikowi, przeprowadzenie likwidacji majątku co do którego odebrano zarząd dłużnikowi, przeprowadzenie likwidacji majątku oraz nadzorowanie zarządu własnego dłużnika<sup>232</sup>.

Kolejną kategorią pojęciową są określenia takie jak *insolvency case*, które są tożsame z *insolvency proceeding* oraz *insolvency proceedings*. Jest to kolektywna procedura sądowa lub administracyjna, również o charakterze tymczasowym, w którym aktywa i sprawy osoby która jest zagrożona upadłością, są poddane kontroli bądź nadzorowi sądu lub innego organu, który posiada kompetencję w zakresie reorganizacji lub likwidacji. W nawiązaniu do NAFTA termin postępowanie odnosi się do upadłości

---

<sup>229</sup> P. J. Omar, *European Insolvency Law*, Ashgate 2004, s. 3.

<sup>230</sup> Pojęcie administratora upadłościowego będzie tożsame z pojęciem *trustee*, likwidator, syndyk, administrator, kurator, osoba monitorująca, tymczasowy *trustee*, *trustee* wyznaczeni przez sąd, oraz *debtor in possession*, czyli dłużnik w posiadaniu.

<sup>231</sup> Study Group on a European Civil Code, *Principles Definitions and Model Rules of European Private Law*, European Law Publishers (2008), Annex I (Definitions), p. 333.

<sup>232</sup> W załączniku B do rozporządzenia znajduje się lista osób; w przypadku Polski jest to syndyk, nadzorca sądowy i zarządca.

lub stanu niewypłacalności, również sprawy upadłościowej w Stanach Zjednoczonych<sup>233</sup>. W odniesieniu do państw członkowskich Unii Europejskiej lista procedur zaliczanych do procedur upadłościowych jest zamieszczona w załączniku A.

W literaturze podaje się<sup>234</sup>, że międzynarodowe prawo upadłościowe jest częścią prawa prywatnego międzynarodowego *sensu largo*. W doktrynie prawa międzynarodowego prywatnego powszechnie jest stosowanie rozróżnienia na prawo międzynarodowe prywatne w rozumieniu wąskim i szerokim. Jednakże podkreśla się również, że faktyczny zasięg prawa międzynarodowego prywatnego nie został ujęty w sposób jednolity. Zarówno w literaturze jak i doktrynie prawa poszczególnych państw zasięg ten definiowany jest w odmienny sposób<sup>235</sup>. Generalnie można stwierdzić, że w wąskim ujęciu prawo prywatne międzynarodowe obejmuje normy kolizyjne, które rozstrzygają konflikty praw w przestrzeni, a także normy, które regulują kwestie związane z odszukaniem i zastosowaniem prawa właściwego, natomiast w ujęciu szerokim są to normy merytoryczne regulujące sytuacje z elementem obcym<sup>236</sup>. Pogląd o zaliczeniu nie tylko norm kolizyjnych, ale również norm merytorycznych odznaczających się określonymi cechami, do prawa prywatnego międzynarodowego, zyskuje coraz więcej zwolenników. Dzięki temu łatwiej jest odróżnić prawo międzynarodowe prywatne w ujęciu wąskim, które obejmuje tylko normy o charakterze kolizyjnym, od prawa międzynarodowego prywatnego w ujęciu szerokim, które reguluje stosunki prywatnoprawne z elementem obcym<sup>237</sup>. Ponadto w niektórych opracowaniach można odnaleźć konstatację, że gdyby w zakres prawa prywatnego międzynarodowego włączyć międzynarodowe postępowanie cywilne oraz

---

<sup>233</sup> Zob. ALI NAFTA Principles 2003, Załącznik A, Definicje.

<sup>234</sup> W. Klyta, [w:] A. J. Witosz (red.), Prawo upadłościowe, Komentarz, Warszawa 2017, s. 914.

<sup>235</sup> Zob. M. Pazdan (red.), System Prawa Prywatnego, t. 20A, Prawo międzynarodowe prywatne, Warszawa 2014, s. 11 i nast. Jako przykład ujęcia wąskiego p.m.p. podaje się doktrynę prawa niemieckiego, które ogranicza funkcje norm p.m.p. do wskazania prawa właściwego. Prawo międzynarodowe prywatne brytyjskie zawiera w sobie normy kolizyjne wskazujące prawo właściwe oraz normy jurysdykcyjne, które określają właściwość sądów lub innych władz. Jako przykład jurysdykcji o najszerszym ujęciu przedmiotu p.m.p. podaje doktrynę prawa francuskiego, która oprócz norm kolizyjnych i jurysdykcyjnych swoim zasięgiem obejmuje również pozycję prawną cudzoziemców, a także normy dotyczące obywatelstwa. Ponadto wskazuje się, że państwa takie, jak Włochy, Hiszpania, regulują kwestie związane z położeniem cudzoziemców w normach wchodzących w skład p.m.p.

<sup>236</sup> M. Pazdan, (red.), Prawo międzynarodowe prywatne. Komentarz, Warszawa 2017, s. 3.

<sup>237</sup> M. Pazdan, [w:] System Prawa Handlowego, t. IX, Międzynarodowe prawo handlowe, W. Popiołek (red.) Warszawa 2013, s. 14.

arbitraż międzynarodowy, to międzynarodowe prawo handlowe stałoby się częścią międzynarodowego prawa prywatnego<sup>238</sup>.

Bogactwo literatury przedmiotu z zakresu międzynarodowego postępowania upadłościowego wskazuje na rosnące zainteresowanie doktryny tą problematyką<sup>239</sup>. Wzrost spraw upadłościowych o charakterze międzynarodowym spowodował konieczność uregulowanie tej problematyki w wielu państwach na świecie. Przepisy dotyczące międzynarodowego postępowania upadłościowego znajdują się zazwyczaj w krajowych ustawach o prawie upadłościowym. W niektórych państwach takich jak np. Szwajcaria, uregulowano tę problematykę w oddzielnej ustawie dotyczącej prawa prywatnego międzynarodowego<sup>240</sup>.

Oddziaływanie regulacji o charakterze międzynarodowym oraz regulacji krajowych może stwarzać istotne problemy zarówno dla wierzycieli, jak i dłużników. Potencjalna interakcja może być trudna z dwóch względów. Po pierwsze, każde państwo uregulowało problematykę upadłościową w inny sposób. Po drugie, przyjęcie konkretnego reżimu prawnego jest odzwierciedleniem również politycznych oczekiwań obywateli, co bezpośrednio przekłada się na odmienne układy pomiędzy wierzycielami a dłużnikami. Zjawisko to zostało dostrzeżone w komunikacie Komisji Europa 2020: „Strategia na rzecz inteligentnego rozwoju i zrównoważonego rozwoju sprzyjającemu włączeniu społecznemu”<sup>241</sup>. W komunikacie podkreśla się wagę i znaczenie silnego, lepiej rozwiniętego i bardziej rozległego jednolitego rynku w kontekście wzrostu i tworzenia miejsc pracy. Jednak kwestią najbardziej problematyczną okazuje się być prowadzenie działalności o charakterze transgranicznym na - z pozoru - jednolitym rynku Unii Europejskiej. Przeszkody związane z prowadzeniem działalności gospodarczej są spowodowane niewystarczającym połączeniem sieci i systemów, a wdrażanie przepisów na obszarze jednolitego rynku nie jest równoległe. Hipotetycznie

---

<sup>238</sup> Por. *J. Poczobut*, Pojęcie międzynarodowego prawa handlowego u progu nowego stulecia, [w:] W. Czapliński (red.), *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50 – lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, Warszawa 2006, s. 699.

<sup>239</sup> Zob. np. *J. Broł*, Z problematyki międzynarodowych aspektów upadłości i postępowania upadłościowego, PPH 1998, nr 12; *A. Hrycaj*, *Jurysdykcja krajowa w sprawach o ogłoszenie upadłości*, Warszawa 2011; *F. Zedler*, *Europejskie prawo upadłościowe*, Warszawa 2011; *T. Kalwat*, *Upadłość międzynarodowa (wybrane zagadnienia)*, Rejent 2003, nr 3; *R. Adamus*, *Europejskie postępowanie insolwencyjne*, Pr. Spółek 2004, nr 2; *A. Hrycaj*, *Transgraniczne postępowanie upadłościowe przed sądami polskimi*, PiP 2008, z. 8.

<sup>240</sup> Zob. Art. 166-173 szwajcarskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 1987 r.

<sup>241</sup> Komunikat Komisji Europa 2020, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającemu włączeniu społecznemu, Bruksela 3.03.2010, KOM (2010) 2020 wersja ostateczna, [http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/1\\_PL\\_ACT\\_part1\\_v1.pdf](http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/1_PL_ACT_part1_v1.pdf), [dostęp: 20.08.2018].

można podać sytuację, w której obywatele i przedsiębiorcy w realiach prowadzenia działalności gospodarczej niekiedy są zmuszeni do stosowania 27 odmiennych przepisów prawnych, przeprowadzając tę samą transakcję. Dodać należy, że jest to nie bez znaczenia z perspektywy konkurencyjności gospodarki Unii Europejskiej oraz rywalizacji ze światowymi liderami takimi jak Stany Zjednoczone, Chiny i Japonia. Małe i średnie przedsiębiorstwa powinny mieć lepszy dostęp do rynku. Do tego niezbędny jest rozwój konkretnych inicjatyw. Uproszczenie prawa spółek, w tym procedur upadłościowych oraz inicjatywy umożliwiające zbankrutowanym przedsiębiorcom podjęcie na nowo działalności gospodarczej stanowią klucz do rozwoju przedsiębiorczości<sup>242</sup>. Dlatego też należy traktować uproszczenie procedur o charakterze transgranicznym jako kwestię priorytetową, bezpośrednio sprzężoną z rozwojem przedsiębiorczości w skali europejskiej.

Obok konfliktu dotyczącego spornych norm prawnych wyrasta spór pomiędzy stronami postępowania insolwencyjnego, które dążą do maksymalizacji swojego prywatnego interesu. Niewątpliwie należy zwrócić uwagę na zjawisko występujące w upadłości międzynarodowej, w której równolegle toczy się wiele postępowań, co powoduje radykalny wzrost kosztów. Zagadnienie związane z wielością postępowań zostało przeanalizowane w Legislative Guide to the UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvency. W dokumencie porusza się kwestię, że narodowe systemy insolwencyjne nie podążają za trendem zmian w kierunku ujednoczenia przepisów regulujących procedury o charakterze transnarodowym. W rezultacie przedsiębiorcy funkcjonują w odmiennej rzeczywistości prawnej. Przepisy są skonstruowane w sposób nieharmonijny, co uniemożliwia efektywne administrowanie przedsiębiorstwem znajdującym się w kłopotach finansowych. Ponadto zagrożona jest ochrona aktywów niewypłacalnego dłużnika, a także zakłócona jest procedura maksymalizacji ich wartości<sup>243</sup>.

Reasumując, można stwierdzić, że potencjalnie głównymi beneficjentami międzynarodowych postępowań upadłościowych mogą być dłużnicy, którym sprzyjają skomplikowane przepisy oraz wysokie koszty postępowania. Tym samym wierzyciele,

---

<sup>242</sup> Komunikat Komisji Europa 2020, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającemu włączeniu społecznemu, Bruksela 3.03.2010, KOM (2010) 2020 wersja ostateczna, [http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/1\\_PL\\_ACT\\_part1\\_v1.pdf](http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/1_PL_ACT_part1_v1.pdf), s. 24, [dostęp: 20.08.2018]

<sup>243</sup> UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (2005), dostępny na stronie: [https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf), [dostęp 13.01.2018].

którzy ubiegają się o niższą kwotę wierzytelności lub nie mają zabezpieczenia, nie uczestniczą w międzynarodowym postępowaniu upadłościowym ze względu na za wysokie koszty<sup>244</sup>.

Opierając się na UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency, słusznie zauważa przedstawiciel doktryny międzynarodowego prawa upadłościowego S. Gopalan, problemy międzynarodowego prawa upadłościowego tkwią w występowaniu luk systemowych lub niezrozumienia przepisów. W następujący sposób podsumował główne trudności, a także wątpliwości interpretacyjne, występujące w przeprowadzeniu/prowadzeniu postępowania upadłościowego o charakterze międzynarodowym. Głównymi obszarami problemowymi są<sup>245</sup>:

1. Brak transparentności co do stosowania odpowiednich przepisów prawa<sup>246</sup>
2. Niepewność co do przystąpienia do postępowania w obcym państwie<sup>247</sup>.
3. Zastosowanie odpowiedniego języka.
4. Zapewnienie sprawiedliwego procesu.
5. Równe traktowanie wierzycieli.
6. Niepewność co do ważności i egzekwowalności zabezpieczeń.
7. Zabezpieczenie interesów pracowników i innych grup szczególnie narażonych na negatywne konsekwencje postępowania upadłościowego.
8. Zawyżone koszty pożyczek spowodowane niepewnością wierzycieli.
9. Opóźnienia w wypłacie aktywów.
10. Ochrona zróżnicowanych celów polityki krajowej<sup>248</sup>.

---

<sup>244</sup> S. Gopalan, M. Guihot, Recognition and Enforcement in Cross-Border Insolvency: A Proposal for Judicial Gap-Filling, "Vanderbilt Journal of Transnational Law" 2015, vol. 48, s. 1228.

<sup>245</sup> *Ibidem*.

<sup>246</sup> Konsekwencją braku przejrzystości w krajowych zasadach prawa upadłościowego w kontekście międzynarodowym jest niesprawiedliwy podział aktywów oraz nieefektywne zarządzanie majątkiem upadłego dłużnika, UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, IV., Main Features of the Model Law, p.13, [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf), s. 310, [dostęp: 10.08.2018].

<sup>247</sup> Ukazuje się również związek pomiędzy brakiem pewności co do rozstrzygnięcia sądu upadłościowego, a zatrzymaniem przepływu kapitału, UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, IV., Main Features of the Model Law, p.13, [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf), s. 310, [dostęp: 10.08.2018].

Niewątpliwie są to kwestie o podstawowej wadze zarówno dla międzynarodowego postępowania upadłościowego, jak i międzynarodowego arbitrażu handlowego. Niepewność co do stosowania konkretnych norm prawnych prowadzi do nieefektywności postępowania upadłościowego międzynarodowego, co w rezultacie skutecznie zniechęca lub wręcz uniemożliwia udział wierzycieli w postępowaniach właśnie o charakterze międzynarodowym.

Również nie bez przyczyny podaje się, że o potencjalnych trudnościach występujących na szczeblu międzynarodowego prawa upadłościowego decyduje przepływ, a także jakość informacji dotyczących reżimów prawa upadłościowego występującego na świecie. Świadczy o tym chociażby fakt, że jedna z niewielu organizacji o charakterze międzynarodowym zajmująca się upadłością – International Insolvency Institute - w swej bazie danych dotyczącej Polski, zawiera informacje o nieobowiązujących ustawach Prawo upadłościowe i naprawcze z 2003 r.<sup>249</sup>.

## **§ 2. Teorie – uniwersalizm i terytorializm<sup>250</sup>**

W odniesieniu do tematyki niniejszej rozprawy należy spojrzeć na dwie podstawowe koncepcje związane z regulacją systemu prawa upadłościowego – koncepcję uniwersalizmu, zwaną również zasadą powszechności oraz koncepcję terytorializmu, określaną mianem reguły krajowości. Koncepcje terytorializmu oraz uniwersalizmu stanowiły przedmiot zainteresowania w dawniejszym piśmiennictwie z zakresu międzynarodowego prawa upadłościowego<sup>251</sup>. Obydwie teorie koegzystują na dwóch końcach tego samego spektrum lub na przeciwstawnych końcach tego samego kontinuum<sup>252</sup>. Terytorializm, umieszczony po prawej stronie, reprezentuje suwerenną władzę, w której zasady dotyczące upadłości są tworzone i egzekwowane indywidualnie. Po lewej stronie występuje zasada uniwersalizmu która reprezentuje jeden kompleksowy system upadłościowy dla wszystkich jurysdykcji. Należy jednak

---

<sup>248</sup> S. Gopalan, M. Guihot, Recognition and Enforcement in Cross-Border Insolvency: A Proposal for Judicial Gap-Filling, "Vanderbilt Journal of Transnational Law" 2015, vol. 48, s. 1228.

<sup>249</sup> Oficjalna strona International Insolvency Institute, informacje dostępne na stronie: <https://www.iiiglobal.org/international-resource-library?region=pl&name=Poland>, [dostęp: 01.04.2018].

<sup>250</sup> Wielu autorów posługuje się zamiennie pojęciem „zasada uniwersalności” oraz „zasada uniwersalizmu”, tak samo jest z pojęciem zasady terytorialności i zasady terytorializmu. Ze względu na potrzebę niniejszej pracy autorka przyjmuje pojęcie „uniwersalizm” oraz „terytorializm”.

<sup>251</sup> Zob. Z. Cybichowski, System prawa międzynarodowego, Warszawa 1923, s. 346.

<sup>252</sup> C. Farley, An Overview, Survey, and Critique of Administrating Cross-Border Insolvencies, "Houston Journal of International Law", 2004, vol. 27, s. 195.

podkreślić, że zarówno uniwersalizm, jak i terytorializm nie są teoriami prawniczymi sensu *stricto*, tylko są to pewnego rodzaju koncepcje, które stanowią element struktury prawa upadłościowego<sup>253</sup>.

Zasada terytorializmu ma swoje początki w XVII w., a czas jej największej popularności przypada na wiek XIX, kiedy swój rozkwit przeżywały państwa narodowe. Zwolennicy tej zasady utożsamiali otwarcie postępowania upadłościowego jako władczy akt państwa wywołujący skutki w obszarze prawa prywatnego. Przykładowo, tak samo jak skutki decyzji wydanej przez sąd są ograniczone do terytorium danego państwa, tak samo akty władcze państwa również powinny być ograniczone do terytorium jednego państwa. W literaturze istnieje również pogląd o charakterze egzekucyjnym postępowania upadłościowego, co również ogranicza je do terytorium jednego państwa<sup>254</sup>. Terytorializm jest bardzo często przedstawiany w negatywny sposób jak tzw. *grab rule*, co oznacza całkowite zajęcie majątku przez sąd jurysdykcji, w której jest zlokalizowana większość aktywów w momencie złożenia wniosku upadłościowego<sup>255</sup>. Materialnoprawną funkcją prawa o niewypłacalności jest zaspokojenie wszystkich wierzycieli, do czego jest niezbędne spieniężenie całego majątku dłużnika – również tego znajdującego się za granicą<sup>256</sup>.

W literaturze międzynarodowej, jako dominujące koncepcje, oprócz zasady uniwersalizmu i terytorializmu, wyróżnia się również zasadę ograniczonego uniwersalizmu oraz się zasadę kontraktową<sup>257</sup>. Alternatywnie w literaturze występuje również pojęcie *virtual territoriality*. *Virtual territoriality* jest pewnego rodzaju koncepcją kompromisową, której założeniem jest ułatwienie przeprowadzenia transgranicznego postępowania upadłościowego. W uproszczeniu, jest to scentralizowana, globalna procedura, która respektuje uprawnienia wierzycieli, w każdym z państw, w których dłużnik prowadzi działalność gospodarczą. Zasady proceduralne miałyby być zaczerpnięte z prawa upadłościowego państwa macierzystego (*home state*), czyli najczęściej państwa, w którym siedzibę ma główne przedsiębiorstwo dłużnika, natomiast wybór zasad prawa materialnego, odbywałby się zgodnie

---

<sup>253</sup> W. Klyta, [w:] Prawo upadłościowe, Komentarz, red. A. J. Witosz, Warszawa 2017, s. 920.

<sup>254</sup> *Ibidem*.

<sup>255</sup> L. Arye Bebchuk, A. T. Guzman, An Economic Analysis of Transitional Bankruptcies, "The Journal of Law And Economics" 1997, nr 42, s. 777.

<sup>256</sup> W. Klyta, [w:] Prawo upadłościowe, Komentarz, red. A. J. Witosz, Warszawa 2017, s. 920.

<sup>257</sup> N. J. Howcroft, Universal vs. Territorial Models for Cross-Border Insolvency: The Theory, the Practice, and the Reality that Universalism Prevails, "UC Davis Business Law Journal" 2008, vol. 8, s. 369.

z normami prawa kolizyjnego<sup>258</sup>. Potencjalny zakres i wykonalność tego rodzaju zharmonizowanych zasad prawa kolizyjnego upadłościowego (*Harmonized Insolvency Choice-Of-Law Rules*)<sup>259</sup> dotyczyłyby otwarcia postępowania upadłościowego w COMI i możliwości otwarcia jednego lub więcej postępowań o charakterze pomocniczym. W ramach przedstawionej koncepcji wysuwa się również postulat o uznaniu takiego postępowania, zgodnie z reżimem UNCITRAL dot. upadłości.

Według uniwersalistycznej teorii, w efektywnym postępowaniu upadłościowym w którym występują wierzytelności rzeczowe dotyczące setek, a nawet tysiący dłużników, kontekst prawny musi pokrywać się z możliwościami rynkowymi danego państwa<sup>260</sup>. Reguła unitarności oraz jedności są inherentnie związane z zasadą uniwersalności, dlatego pojęcie uniwersalności postępowania upadłościowego należy utożsamiać z jednym kolektywnym postępowaniem względem majątku dłużnika, niezależnie od tego, gdzie ten majątek się znajduje<sup>261</sup>. W piśmiennictwie istotnie podkreślano zasadność skupienia wszystkich roszczeń w jednym miejscu, w jednej procedurze. Jak stwierdził J. Lowell: „*Powinno być oczywistym, że [ ...] byłoby lepiej w dziewięciu sprawach z dziesięciu, aby wszystkie rozliczenia pomiędzy niewypłacalnymi dłużnikami a wierzycielami były skupione w jednej procedurze, i w jednym miejscu*”<sup>262</sup>. Środowisko akademickie kontynuowało promocję postulatu o uniwersalistycznym charakterze postępowania, podkreślając, że dystrybucja aktywów niewypłacalnego dłużnika powinna odbywać się zgodnie z prawem miejsca, w którym dłużnik ma główne miejsce prowadzenia działalności gospodarczej<sup>263</sup>. Zgodnie z przyjętą koncepcją dot. uniwersalistycznego charakteru postępowania upadłościowego postępowanie otwarte w jednym państwie wywołuje skutki na całym świecie. Uniwersalistyczną teorię postępowania można podsumować w ten sposób, że jest to jeden sąd (który jest głównym sądem), który samodzielnie administruje sprawę

---

<sup>258</sup> Zob. E. J. Janger, Virtual Territoriality, “Columbia Journal of Transnational Law” 2009-2010, vol. 48, s. 401.

<sup>259</sup> Charles W. Mooney, Jr., Harmonizing Choice of Law Rules for International Insolvency Cases: Virtual Territoriality, Virtual Universalism and The Problem of Local Interests, “Brooklyn Journal of Corporate Finance and Company Law” 2014, vol. 9, s. 432.

<sup>260</sup> J. L. Westbrook, A Global Solution to Multinational Default, “Michigan Law Review” 2000, vol. 98, s. 2276.

<sup>261</sup> W. Klyta, [w:] Prawo upadłościowe, Komentarz, red. A. J. Witosz, s. 921.

<sup>262</sup> J. Lowell, Conflict of Laws as Applied to Assignments of Creditors, „Harvard Law Review” 1888, vol. 1, s. 259-264.

<sup>263</sup> Zob. np. D. T. Trautman, Foreign Creditors in American Bankruptcy Proceedings, “Harvard International Law Review” 1988, vol. 29, s. 49; T. Kratf, A. Aronson, Transnational Bankruptcies: Section 304 and Beyond, “Columbus Law Review”, s. 329.



upadłościową i jest wspierany przez sądy w innych jurysdykcjach. Prawo upadłościowe stosowane przez sąd główny, ma zastosowanie względem wszystkich aktywów upadłego, niezależnie od tego, gdzie są one zlokalizowane. Najbardziej radykalna, czy też inaczej mówiąc najczystsza forma uniwersalistycznej koncepcji postępowania upadłościowego zakłada, że wszystkie czynności podejmowane przez sąd główny będą uznawane przez pozostałe sądy, tzw. „satelity”. Jako przykład kwestii, które potencjalnie mogą zostać rozpatrzone przez państwa satelity, to: uznanie wszczęcia postępowania upadłościowego w państwie głównej jurysdykcji, ustanowienie osób upoważnionych do zarządzania masą upadłościową, ustanowienie planu lub schematu reorganizacyjnego, ocena i oszacowanie roszczeń wierzycieli (jeżeli jest to możliwe), wybór prawa mającego mieć zastosowanie w przypadku, gdy prawo „lokalne” danej kwestii nie reguluje, ustalenie zasad pierwszeństwa zaspokajania wierzytelności pomiędzy różnymi kategoriami wierzycieli oraz likwidacja dłużnika.

Nie da się ukryć, że im bardziej model prawa krajowego będzie odpowiadał modelowi uniwersalistycznemu, tym większa szansa na przeprowadzenie z powodzeniem postępowania upadłościowego w skali międzynarodowej (wersja unitarna). Z innej strony, bardziej pluralistyczne podejście pozwalałoby na administrowanie wielu postępowań toczących się jednocześnie, w odmiennych jurysdykcjach na całym świecie. W wersji unitarnej, wszystkie strony musiałyby przystąpić do jednego, międzynarodowego postępowania administrowanego przez jeden międzynarodowy sąd upadłościowy. Sąd ten stosowałby unitarny system prawa upadłościowego, który zostałby ustalony przez strony. Z kolei w innej formule, w duchu tej samej koncepcji unitaryzmu, istniejące już sądy miałyby kompetencje administrowania spraw. Odpowiedni mechanizm regulowałby wybór sądu upadłościowego. Na tym forum obowiązywałoby szczególne prawo upadłościowe oraz istniałby szczególny zestaw prawa kolizyjnego, którego nie przewiduje system krajowy<sup>264</sup>. Postulat utworzenia uniwersalnego, międzynarodowego trybunału upadłościowego, jako samodzielnej jednostki, byłby z pewnością koncepcją wartą rozważenia. Utworzenie specjalnych, autonomicznych stref ekonomicznych takich jak DIFC, daje przykład rozwiązania problemu zarówno inwestycji, jak i upadłości. Jednakże potencjalne trudności z utworzeniem, ale również administracją takiego

---

<sup>264</sup> *N. J. Howcroft*, *Universal vs. Territorial Models for Cross-Border Insolvency: The Theory, the Practice, and the Reality that Universalism Prevails*, “UC Davis Business Law Journal” 2008, vol. 8, s. 369.

„organizmu” tymczasem wydają się być poza zasięgiem społeczności międzynarodowej.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na koncepcję ograniczonego uniwersalizmu. Ograniczony uniwersalizm polega na tym, że sądy „satelity” nie uznają automatycznie wszystkich decyzji podjętych przez sąd główny. Ich głównym zadaniem jest zadecydowanie, czy postępowanie przeprowadzone przez sąd główny będzie polegało na uznaniu postępowania, i analizie jaki wpływ to postępowanie będzie wywierało na krajowych wierzycieli. Wskazuje się, że osiągnięcie stanu równowagi łączącego interesy wierzycieli i dłużników w myśl koncepcji uniwersalistycznej, w wielości odmiennych porządków prawnych, byłoby niezwykle trudne. Dlatego też umiarkowana teoria uniwersalistyczna zyskała uznanie wśród praktyków oraz środowisk prawniczych, głównie ze względów praktycznych. Umiarkowany uniwersalizm z pewną preferencją wykorzystuje zasady wyboru prawa właściwego, które stosują prawo państwa, w którym odbywa się główne postępowanie insolwencyjne. Generalnie należy pamiętać, że międzynarodowe postępowanie upadłościowe współgra z zasadą ograniczonego uniwersalizmu, którego kontury są wyznaczone przez narodowy proces legislacyjny, i jest współzależny od kontekstu kulturowego, a przede wszystkim kultury prawnej państwa, które decyduje o przyjęciu tego prawa<sup>265</sup>. Dlatego z uwagi na respektowanie kompleksowych zasad prawa upadłościowego krajowego oraz ze względu na rosnącą potrzebę współpracy sądowej w dziedzinie upadłości, prawo modelowe UNCITRAL przyjęło uniwersalistyczny model prawa upadłościowego. Można powiedzieć, że Unia Europejska zrealizowała tego rodzaju formułę dla postępowań insolwencyjnych z wieloma wyjątkami<sup>266</sup>. Stany Zjednoczone są przykładem jurysdykcji, w której przyjęto model ograniczonego uniwersalizmu.

Można wysnuwać wniosek, że dzięki niej międzynarodowe firmy miałyby możliwość łatwiejszej dystrybucji swoich aktywów poprzez likwidację lub reorganizację. Funkcjonowanie jednej zasady, tzw. „parasola” względem aktywów dłużnika, które znajdują się w odmiennych jurysdykcjach, gdzie ścierają się koncepcje uniwersalistyczne i terytorialistyczne, jest poddawane krytyce w piśmiennictwie. Podaje

---

<sup>265</sup> S. E. Story, Cross-Border insolvency: A comparative Analysis, “Arizona Journal of International & Comparative Law” 2015, vol. 32, s. 431.

<sup>266</sup> J. L. Westbrook, International Arbitration and Multinational Insolvency, „Penn State International Law Review” 2011, vol. 29, s. 643.

się, że „przyczyniają się one do powstania zamieszania terminologicznego, zamiast sprzyjać osiągnięciu jasności”<sup>267</sup>.

W pozostałych opracowaniach dot. międzynarodowego prawa upadłościowego, wskazuje się, że główne założenia teorii dotyczącej utworzenia jednolitego systemu insolwencyjnego opierają się między innymi na ideach zaczerpniętych z teorii instytucjonalizmu oraz liberalizmu<sup>268</sup>. W szczególności instytucjonalizm współgra z uniwersalistycznymi argumentami dotyczącymi tzw. *game – theory* zaprezentowanej przez J. Westbrooka<sup>269</sup> w latach 90. ubiegłego wieku.

Główny nacisk w liberalistycznej teorii kładziony jest na związek zachodzący pomiędzy państwem a społeczeństwem, skupiając się na pierwszeństwie zaspokojenia wierzycieli krajowych w przypadku bankructwa przedsiębiorstwa, które operuje w skali międzynarodowej. Daje to asumpt do podjęcia rozważań, czy i w jaki sposób można stworzyć efektywny system jednolitego prawa upadłościowego gwarantującego pewną, i stabilną współpracę międzynarodową. Jest to zagadnienie kontrowersyjne, gdyż preferencyjne traktowanie wierzycieli krajowych bardzo często odbywa się z pokrzywdzeniem wierzycieli zagranicznych. W tym kontekście współpraca międzynarodowa miałaby być oparta o trans-narodowy dialog o charakterze prawnym pomiędzy społeczeństwem a organami kierowniczymi, sądami oraz legislatywą<sup>270</sup>. Utworzenie mechanizmu prawnego o zdecentralizowanym charakterze umożliwiłoby koordynację skomplikowanych procedur upadłościowych, między innymi poprzez wzięcie interesów państw oraz możliwość stosowania kompromisu.

Biorąc pod uwagę rozważania na gruncie teoretycznym, nie należy zapominać, że ważnym głosem w dyskusji jest ukazanie, w jaki sposób praktyka rozwiązuje konflikt związany z przyjęciem uniwersalistycznej teorii postępowania upadłościowego a innymi zasadami prawa. Doskonałym przykładem są rozwiązania wykorzystywane przez sądy angielskie. Angielski Sąd Najwyższy w sprawie *Rubin And Another v. Eurofinance SA*<sup>271</sup> wypowiedział się w przedmiocie zasady *due process* i stosowania

---

<sup>267</sup> W. Klyta, [w:] Prawo upadłościowe, Komentarz, red. A. J. Witosz, s. 921.

<sup>268</sup> L. Unt, International Relations And International Insolvency Cooperation: Liberalism, Institutionalism, And Transnational Legal Dialogue, „Law and Policy in International Business” 1997, nr 28, s. 1037.

<sup>269</sup> J. L. Westbrook, Creating International Insolvency Law, “American Bankruptcy Law Journal” 1996, nr 70, s. 563 i nast.

<sup>270</sup> Pogląd ten zaprezentowała A.-M. Slaughter, International Law in a World of Liberal States, „European Journal of International Law” 1996, nr 6, s. 503 i nast.

<sup>271</sup> United Kingdom Supreme Court, UKSC 46, 2012.

prawa w zakresie uznania zagranicznych postępowań upadłościowych. Otóż Sąd Najwyższy odszedł od uniwersalistycznego podejścia w odniesieniu do stosowania prawa w obszarze transnarodowego postępowania upadłościowego na rzecz ochrony zasady *due proces*. Jednakże w opracowaniach dotyczących tej konkretnej sprawy, mówi się raczej o fałszywym konflikcie pomiędzy *due proces* a uniwersalizmem w międzynarodowym postępowaniu upadłościowym<sup>272</sup>. Fundamentem zasady *due proces* jest prawo pozwanego do kontestowania wyroku zaocznego, wydanego na podstawie braku jurysdykcji *in personam*. Angielska zasada *common law* wyrażająca tą zasadę znana jest również jako „*Dicey Rule*”<sup>273</sup>. Zasada ta określa, w jakim przypadku pozwany będzie mógł uniknąć orzeczenia wydanego przez sąd obcego państwa względem niego na podstawie jurysdykcji *in personam*. Zgodnie z zasadą wyrażoną w *Dicey*, pozwany będzie miał możliwość uchylenia się od orzeczenia sądu angielskiego uznającego wyrok sądu obcego, jeżeli udowodni że: (1) nie był obecny na terytorium danej jurysdykcji w momencie rozpoczęcia postępowania oraz (2) że nigdy nie wyraził zgody na poddanie się tej jurysdykcji.

Trzeba wziąć pod uwagę, że zasada ta nie jest koherentna z główną zasadą uniwersalizmu występującą w transnarodowych upadłościach, która polega głównie na ekstraterytorialnym uznaniu zagranicznych orzeczeń, aby zminimalizować koszty postępowania i promować jednolitość prawa. Jak wcześniej zauważono, wielość postępowań, wzrost kosztów administracyjnych oraz odmienne rezultaty podobnych, a nawet tych samych postępowań, prowadzą po pierwsze do niepewności w stosowaniu prawa, po drugie zmniejszają szanse zaspokojenia roszczeń wierzycieli. Jednak nawet w obliczu jasnych korzyści wynikających z zasady uniwersalizmu Sąd Najwyższy stwierdził stosowalność zasady *Dicey* względem postępowań upadłościowych, co sprawiło, że firmy musiały zacząć składać oddzielne pozwy względem angielskich dłużników, którzy nie uczestniczyli w zagranicznym postępowaniu upadłościowym. Zatem głównym problemem, z którym musiał zmierzyć się Sąd Najwyższy było zagadnienie, czy sąd angielski będzie mógł uznać orzeczenie amerykańskiego sądu upadłościowego przeciwko obywatelowi brytyjskiemu (Adrian Roman), który nie poddał się jurysdykcji w Stanach Zjednoczonych. Przeciwno Brytyjczykowi został

---

<sup>272</sup> J. Kirshner, The (False) Conflict Between Due Process Rights and Universalism in Cross-Border Insolvency, “Cambridge Law Journal” 2013, vol. 27, nr 1, s. 28.

<sup>273</sup> Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th ed. (2012), para. 14R-054, zasada zawarta w Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act 1933 (UK).

wydany wyrok zaoczny w sądzie upadłościowym w stanie Nowy Jork. Wyrok dotyczył zwrotu aktywów wartych około miliona dolarów, które zostały zabrane z Consumer Trust, czyli upadłego trustu konsumenckiego, którym zarządzał. Naruszenia amerykańskiego prawa konsumenckiego przez Adriana Romana oraz jego synów stały się bezpośrednią przyczyną upadku tego trustu.

### § 3. Akty Prawa Unijnego – COMI i ECOMI

Mając na uwadze przedstawione podstawowe zasady w przedmiocie terytorializmu oraz uniwersalizmu, niezbędna jest analiza z perspektywy prowadzenia działalności gospodarczej dłużnika w zakresie międzynarodowym dotycząca COMI (Center of Main Interest) oraz ECOMI (Enterprise Centre of Main Interest). Miejsce zwykłego pobytu osoby prawnej jest także przedmiotem uregulowania rozporządzenia Rzym I<sup>274</sup>. Z punktu widzenia prawa prywatnego międzynarodowego miejsce zwykłego pobytu osoby prawnej związane jest z koncepcją inkorporacji i koncepcji siedziby<sup>275</sup>. Ponadto w literaturze podaje się, że zrozumienie podstawowych zasad prawa właściwego dla osób prawnych ma fundamentalne znaczenie z perspektywy zrozumienia innych instytucji prawa prywatnego w odniesieniu do kwestii kolizyjnoprawnych związanych z statusem osób prawnych<sup>276</sup>.

Dokonanie wyboru właściwego terminu w kontekście międzynarodowego postępowania upadłościowego odnośnie do siedziby przedsiębiorstwa może być zadaniem trudnym w związku z wielością odmiennych terminów dotyczących tego samego zagadnienia. Dlatego też przedstawienie teorii dot. COMI i ECOMI a także koncepcja inkorporacji i koncepcji siedziby w przekroju oraz wyjaśnienie ich podstawowych założeń jest istotne w perspektywie dalszych rozważań o międzynarodowym prawie upadłościowym. Problematyka dotycząca miejsca zwykłego pobytu osoby prawnej w prawie międzynarodowym prywatnym i prawie międzynarodowym w kontekście upadłości, zostanie w niniejszym opracowaniu jedynie

---

<sup>274</sup> Konwencja o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, otwarta do podpisu w Rzymie dnia 19 czerwca 1980 r., Dz. Urz. UE C 169/10.

<sup>275</sup> Teoria koncepcji inkorporacji jest typowa dla państw *common law* oraz krajów Europy kontynentalnej, takiej jak Chorwacja czy Niemcy oraz Europy Środkowej i Wschodniej, natomiast koncepcja siedziby jest zazwyczaj utożsamiana z krajami Europy Zachodniej.

<sup>276</sup> A. J. Belohlavek, Rozporządzenie Rzym I, Konwencja Rzymska, Komentarz, t. 2, Warszawa 2010, s. 375.

zarysowana, i potraktowana przyczynkowo ze względu na zbyt szerokie spektrum problemu.

W obecnej praktyce można zaobserwować zjawisko, gdzie dla międzynarodowych przedsiębiorstw<sup>277</sup>, które mają swoją centralną siedzibę (w której dokonują się wszystkie procesy decyzyjne, a także administracyjne i inne), otwarcie transnarodowego postępowania insolwencyjnego, skutkuje otwarciem takiego postępowania w każdej jurysdykcji gdzie ulokowane są aktywa przedsiębiorstwa. Następstwem otwarcia takiego postępowania jest między innymi znaczna utrata wartości aktywów przedsiębiorstwa, które w obliczu upadłości jest wyjątkowo trudno sprzedać bądź przeorganizować. W kontekście namnażających się problemów związanych z przeprowadzeniem postępowania insolwencyjnego, ustawa modelowa UNCITRAL przedstawia koncepcję COMI (*centre of main interest*), którą w zasadzie można przyrównać do koncepcji głównej siedziby przedsiębiorstwa<sup>278</sup>. Warto wspomnieć, że zarówno w literaturze, jak i w praktyce mówi się także o koncepcji tzw. ECOMI (*enterprise centre of main interest*), którą jako jeden z pierwszych zaproponował Samuel L. Bufford. Ze względu na nieznaczną różnicę w tłumaczeniu z języka angielskiego istnieje niebezpieczeństwo mylenia tych dwóch, ze swej natury odmiennych koncepcji.

Jeżeli chodzi o samodzielne jednostki prawne, jakimi są przedsiębiorstwa, o których mowa w prawie modelowym i regulacji unijnej, które funkcjonują w grupie przedsiębiorstw, wszczęte może być tylko jedno postępowanie upadłościowe. Należy to rozumieć w następujący sposób: jedno COMI – jedno postępowanie upadłościowe. Takie stanowisko przyjął np. sąd upadłościowy w stanie Kalifornia, który orzekł, że dłużnik nie może mieć więcej niż jedno COMI, a także że prawidłowa lokalizacja COMI powinna być ustalona na podstawie obiektywnych kryteriów, które opierają się na stanowisku przedstawionym przez osoby trzecie, którymi zazwyczaj są

---

<sup>277</sup> Należy zauważyć, że w dziedzinie prawa międzynarodowego handlowego w wielości odmiennych regulacji prawnych w toku rozważań mogą pojawić się wątpliwości na tle interpretacyjnym. Dlatego też warto podkreślić, że pojęcie „przedsiębiorstwo międzynarodowe” również doczekało się wielu opracowań w doktrynie. Pojęciu międzynarodowego przedsiębiorstwa poświęca się o wiele więcej uwagi niż jakimkolwiek innym zrzeszeniom gospodarczym. Jak zwraca uwagę W. Klyta, powołując się na opracowanie D. L. Lilienthala, określenie „międzynarodowy” lub „wielonarodowy” zostało pierwszy raz użyte w kontekście spółki. W ujęciu ekonomicznym przedsiębiorstwo międzynarodowe to spółka, której przypadają w części lub całości zyski lub która zarządza zyskami generowanymi przez majątek znajdujący się przynajmniej w dwóch państwach. Szerzej na ten temat wypowiada się m.in. W. Klyta, [w:] Międzynarodowe prawo handlowe, W. Popiołek (red.), Warszawa 2013, s.169.

<sup>278</sup> A. L. Gropper, The Arbitration of Cross-Border Insolvencies, “American Bankruptcy Law Journal” 2012, nr 86, s. 202.

wierzyciele<sup>279</sup>. Wedle zasad zawartych w prawie modelowym i regulacjach Unii Europejskiej każda jednostka w grupie przedsiębiorstw (czy też spółek), ma swoje własne COMI. Z kolei ECOMI grupy przedsiębiorstw jest zlokalizowane w miejscu, gdzie leży centrum głównych interesów całej grupy. Bardzo często jest to inne państwo od tego, gdzie znajdują się poszczególne COMI innych elementów całego przedsiębiorstwa<sup>280</sup>.

Obecnie koncepcja ECOMI nie została implementowana do żadnego porządku prawnego, nie występuje również w Prawie Modelowym UNCITRAL. Mimo to, z praktycznego punktu widzenia wydaje się zasadne, aby przedstawić podstawowe założenia ECOMI w kontekście międzynarodowego postępowania insolwencyjnego. ECOMI ma znaczenie w jednej sytuacji – kiedy zostaje wszczęte postępowanie insolwencyjne dla grupy przedsiębiorstw, a odszukanie jego lokalizacji powinno być oparte na podstawowym kryterium – gdzie przedsiębiorstwo ma swoją główną siedzibę. Jest to z pewnością miejsce gdzie zapadają kluczowe decyzje, prowadzona jest administracja i zarząd. Podobnie jak COMI, ECOMI powinno być zlokalizowane w kraju, który z łatwością mogą wyodrębnić potencjalni wierzyciele danej grupy przedsiębiorstw, tak aby w sposób precyzyjny określić, który reżim prawa insolwencyjnego będzie się do nich odnosił w przypadku jakichkolwiek problemów finansowych, co w dalszej perspektywie pozwoli w sposób adekwatny ocenić ryzyko inwestycyjne<sup>281</sup>.

Niemniej jednak praktyka udowadnia, że dokładne zlokalizowanie COMI okazuje się być zadaniem niezwykle trudnym. Co więcej, skuteczne zlokalizowanie COMI nie stanowi gwarancji, że w istocie wierzyciele znajdą zaspokojenie. Dzieje się tak, ponieważ COMI może być zlokalizowane w państwie, w którym brak jest efektywnie funkcjonującego systemu insolwencyjnego (a nawet całkowity jego brak). Innym czynnikiem może być brak zaufania wierzycieli do systemu sądownictwa, w którym zostało zlokalizowane COMI. Ponadto należy zważyć na fakt, że międzynarodowe przedsiębiorstwa tworzą odrębne formy prawne dla swoich działalności w jurysdykcjach, w których operują, a każda z nich jest uznawana jako

---

<sup>279</sup> 437 B. R. 397, United States Bankruptcy Court, C.D California, In re Jay Tien Chiang, Debtor, No. 2:10-bk-15473SB., Sept. 3, 2010, Westlaw.

<sup>280</sup> Zob. przypis 27, oraz przypis 167-172; *S. L. Bufford*, Coordination of Insolvency Cases For International Enterprise Groups: A Proposal, "American Bankruptcy Law Journal" 2012, nr 86.

<sup>281</sup> *S. L. Bufford*, Coordination of Insolvency Cases For International Enterprise Groups: A Proposal, "American Bankruptcy Law Journal" 2012, nr 86, s. 725.

oddzielna jednostka na potrzeby prawa insolwencyjnego. Prowadzi to do sytuacji, w której wiele sądów może administrować aktywami na podstawie ich lokalizacji, nie zważając na ewentualność, że mogą one być częścią większej masy upadłościowej<sup>282</sup>. Na podstawie podanych sytuacji problemowych związanych z wyróżnieniem COMI i ECOMI przedsiębiorstwa w kontekście wystąpienia transgranicznego sporu upadłościowego rysuje się potrzeba implementacji bardziej efektywnego systemu zarządzania informacją.

Istotne dla niniejszego opracowania jest wskazanie trzech dokumentów na poziomie unijnym, które poruszają kwestię związaną z pojęciem głównego ośrodka prowadzenia działalności gospodarczej. Są to: rezolucja Parlamentu Europejskiego 2013/C 153 E/01<sup>283</sup>, rozporządzenie 1346/2000 z 30.06.2000<sup>284</sup>, oraz rozporządzenie je zastępujące 2015/848 z 20.05.2015,<sup>285</sup> (obowiązujące od 26.06.2017). Wszystkie te dokumenty posługują się pojęciem „główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika” (tzw. COMI). Należy wyjaśnić, że będą one miały zastosowanie w przypadku, kiedy podstawowy ośrodek działalności gospodarczej dłużnika będzie znajdował się w państwie należącym do Unii Europejskiej<sup>286</sup>. Zasadne jest przedstawienie ewolucji tego pojęcia, a także jego wpływ na regulację polską. Polski ustawodawca posługuje się pojęciem głównego ośrodka podstawowej działalności na wzór rozporządzenia 1346/2000. Ustawa PrUpad w art. 19 p.1a przedstawia następującą definicję: „Głównym ośrodkiem podstawowej działalności jest miejsce, w którym dłużnik regularnie zarządza swoją działalnością o charakterze ekonomicznym i które jako takie jest rozpoznawalne dla osób trzecich”. Stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej zostało również zdefiniowane w rozporządzeniu wykonawczym Rady (UE) nr 282/2011 z dnia 15 marca 2011r. ustanawiającym środki wykonawcze do dyrektywy 2006/112/WE w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej<sup>287</sup>. Zgodnie z art. 11 stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej oznacza dowolne miejsce – inne niż miejsce siedziby działalności gospodarczej podatnika, które charakteryzuje się wystarczającą stałością oraz odpowiednią strukturą w zakresie zaplecza personalnego i technicznego, by umożliwić

---

<sup>282</sup> *Allan. L. Gropper*, *The Arbitration of Cross-Border Insolvencies*, “*American Bankruptcy Law Journal*” 2012, nr 86, s. 202.

<sup>283</sup> Dz. Urz. UE C 153 E/1

<sup>284</sup> Dz. Urz. UE L 160/1

<sup>285</sup> Dz. Urz. UE L 141

<sup>286</sup> *W. Klyta*, [w:] *Prawo upadłościowe*, Komentarz, red. *A. J. Witosz*, s. 921.

<sup>287</sup> Dz. Urz. UE L 77/1



mu odbiór i wykorzystanie usług świadczonych do własnych potrzeb tego stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej<sup>288</sup>.

Zagadnienie dotyczące znaczenia pojęcia „stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej” stanowi również element dorobku orzeczniczego TSUE. W wyroku z dnia 16 października 2014 r., w sprawie *Welmory sp. z o.o. przeciwko Dyrektorowi Izby Skarbowe w Gdańsku*<sup>289</sup>, Trybunał, interpretując art. 44 dyrektywy VAT, stwierdził, że miejsce świadczenia usług jest określane nie z perspektywy podatnika będącego usługodawcą, lecz podatnika będącego usługobiorcą. Dodatkowo Trybunał, powołując się na orzecznictwo w tej dziedzinie, stwierdził, że stałe miejsce prowadzenia działalności powinno charakteryzować się wystarczającą stałością oraz odpowiednią strukturą w zakresie zaplecza personalnego i technicznego, by umożliwić mu odbiór i wykorzystywanie usług świadczonych do własnych potrzeb tego stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej<sup>290</sup>. W odniesieniu do przeprowadzenia postępowania upadłościowego posiłkowanie się logiką przyświecającą Trybunałowi w sprawach podatkowych, każdorazowe określenie COMI dłużnika będzie procedurą wymagającą przedsięwzięcia znacznych czynności sprawdzających przez sąd.

W piśmiennictwie podnosi się, że nomenklatura związana z pojęciem miejsca prowadzenia działalności gospodarczej jest obca polskiemu porządkowi prawnemu i nie koresponduje z polskimi terminami prawniczymi. Niektórzy autorzy argumentują, że zgodnie z prawem polskim miejscem prowadzenia działalności gospodarczej jest miejsce, w którym dłużnik podejmuje czynności o charakterze ekonomicznym, jeżeli nie mają charakteru jednorazowego lub krótkotrwałego.

Reżim prawa upadłościowego Unii Europejskiej, wyznaczony przez ramy rozporządzenia 2015/848 porusza kwestię związaną z głównym miejscem podstawowej działalności gospodarczej w odniesieniu do postępowań naprawczych, upadłości obejmujących likwidację oraz upadłości z możliwością zawarcia układu (zgodnie z załącznikiem A)<sup>291</sup>. Rozporządzenie 2015/848 określa, że głównym miejscem podstawowej działalności gospodarczej jest miejsce siedziby statutowej, główne miejsce prowadzenia działalności lub też miejsce zwykłego pobytu. Jednakże są to domniemania o charakterze wzruszalnym i do kompetencji właściwego sądu państwa

---

<sup>288</sup> Dz. Urz. UE L 77/1

<sup>289</sup> C-605/12

<sup>290</sup> Zob. *Planzer Luxembourg*, C-73/06, EU: C:2007:397, pkt. 54 i przytoczone tam orzecznictwo.

<sup>291</sup> Załącznik A do rozporządzenia 2015/848, Postępowania upadłościowe, o których mowa w art. 2 pkt 4.

członkowskiego należy ocena, czy główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika faktycznie znajduje się w danym państwie członkowskim. Zatem w sytuacji, gdy centralna administracja przedsiębiorstwa mieści się w innym państwie niż jego siedziba statutowa, a całościowa ocena wszystkich istotnych okoliczności wykaże w sposób możliwy do zweryfikowania dla osób trzecich, że faktyczny główny ośrodek sprawowania zarządu i nadzoru nad przedsiębiorstwem oraz zarządzania jego interesami znajduje się w innym państwie członkowskim, będzie stanowiło przesłankę o wzruszalności domniemania dot. siedziby administracji i siedziby statutowej przedsiębiorstwa<sup>292</sup>.

Nieobowiązujące już rozporządzenie 1346/2000 w motywie 14 definiuje COMI w następujący sposób: „Główny ośrodek podstawowej działalności powinien oznaczać miejsce, w którym dłużnik zazwyczaj zarządza swoją działalnością, i jako takie rozpoznawalne jest przez osoby trzecie”. Rozporządzenie 2015/848 w p. 25 traktuje o zagadnieniu COMI w następujący sposób: „Niniejsze rozporządzenie stosuje się tylko do postępowań dotyczących dłużników, których główny ośrodek podstawowej działalności znajduje się na terenie Unii”. Zagadnienia związane z COMI były wielokrotnie przedmiotem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. Po pierwsze, można wskazać, że wielość pytań prejudycjalnych skierowanych do Trybunału na kanwie rozporządzenia 1346/2000 było związane z trudnościami interpretacyjnymi oraz zróżnicowanymi stanami faktycznymi. W tym miejscu warto przytoczyć sprawę *Susanne Staublitz-Schreiber*<sup>293</sup>. W stanie faktycznym S. Staublitz-Schreiber prowadziła działalność w Niemczech jako jednoosobowy przedsiębiorca. Po uprzednim zaprzestaniu działalności gospodarczej, 6.12.2001 złożyła wniosek do sądu niemieckiego o wszczęcie w stosunku do siebie postępowania upadłościowego. Dłużniczka po złożeniu wniosku (ale przed rozpoznaniem go przez sąd) udała się do Hiszpanii z zamiarem stałego pobytu. Po upływie paru miesięcy, 10.04.2002 r., sąd Niemiecki I instancji oddalił wniosek o wszczęcie postępowania upadłościowego, ze względu na fakt, że dłużniczka nie dysponowała wystarczającym majątkiem na pokrycie kosztów postępowania. Sąd II instancji, rozpatrując odwołanie, stwierdził brak jurysdykcji krajowej sądów niemieckich z uwagi na to, że COMI dłużniczki znajduje się w Hiszpanii. Dłużniczka zdecydowała się zaskarżyć to rozstrzygnięcie do niemieckiego Trybunału Federalnego, który z kolei skierował pytanie prejudycjalne do

---

<sup>292</sup> Dz. Urz. UE L 141, p. 30.

<sup>293</sup> Wyrok ETS z 17.1.2006 r., C-1/04.

Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Pytanie prejudycjalne brzmiało w następujący sposób: Czy sąd państwa członkowskiego pozostaje właściwy dla wszczęcia postępowania upadłościowego, jeżeli po złożeniu wniosku, ale przed jego rozpoznaniem, dłużnik przeniesie swój COMI do innego państwa członkowskiego? Rozstrzygnięcie Trybunału nie pozostawiło wątpliwości co do głównych celów rozporządzenia. Trybunał stwierdził, że dopuszczenie do zmiany jurysdykcji krajowej w trakcie rozpoznawania wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego przeczyłoby celom rozporządzenia 1346/2000 w odniesieniu do przeciwdziałania forum shoppingu. Trybunał podniósł, że utrzymanie właściwości sądu, który jako pierwszy rozpoznał sprawę, jest korzystne nie tylko ze względu na ekonomikę procesową, ale również z uwagi na pewność prawa. W związku z zachowaniem zasady stabilizacji jurysdykcji, Trybunał orzekł, że sąd państwa członkowskiego, w którym dłużnik miał COMI w chwili składania przez niego wniosku o ogłoszenie upadłości, zachowuje jurysdykcję pomimo późniejszego przeniesienia COMI dłużnika do innego państwa członkowskiego. Oczywiście pamiętając, że orzeczenia ETS zapadały na gruncie już nieobowiązującego rozporządzenia, z perspektywy systematyki i ewolucji pojęcia COMI są one niezwykle istotne. Dzięki rozpoznaniu COMI możliwe jest ustalenie jurysdykcji, co w następstwie decyduje o dalszym obrocie sprawy i ewentualnym zaspokojeniu wierzycieli.

W zakresie ustalenia COMI oraz kwestii związanych z jurysdykcją krajową dla wszczęcia postępowania głównego oraz konfliktów jurysdykcyjnych interesującą i szeroko komentowaną okazała się być sprawa *Eurofood*<sup>294</sup>, w której ETS rozstrzygnął kwestie związane z ustaleniem COMI, problem związany z uzurpacją jurysdykcji, a także poruszył zagadnienie związane z porządkiem publicznym. Spółka Eurofood IFSC Ltd była spółką prawa irlandzkiego ze statutową siedzibą w Dublinie, w 100% kontrolowana kapitałowo przez włoską spółkę Parmalat SpA. Eurofood była odpowiedzialna za finansowanie spółek z grupy Parmalat. Najpierw w 24.12.2003 r. spółka dominująca we Włoszech została poddana procedurze nadzwyczajnej administracji (*amministrazione straordinaria*), a następnie w 27.01.2004 r. wierzyciel w Irlandii złożył wniosek o wszczęcie upadłości likwidacyjnej (*compulsory winding up*) spółki Eurofood oraz o powołanie tymczasowego likwidatora (*provisional liquidator*), uzasadniając to niewypłacalnością spółki. Sąd irlandzki powołał tymczasowego

---

<sup>294</sup> Wyrok ETS z 02.05.2006 r., C-341/04.

likwidatora i przyznał mu prawo zarządu nad majątkiem spółki. Tymczasowy likwidator umieszczony był już jako zarządca w załączniku C do rozporządzenia 1346/2000. W tym samym czasie we Włoszech 9.02.2004 r. Eurofood została dopuszczona do procedury „nadzwyczajnej administracji”, po czym w 10.02.2004 r., do sądu w Parmie (Włochy) wpłynął wniosek o stwierdzenie niewypłacalności spółki Eurofood. Istotne jest, że włoski sąd wyznaczył posiedzenie w tej sprawie na 17.02.2004 r., a irlandzki tymczasowy likwidator został o tym poinformowany 13.02.2004 r. Bardzo szybko, bo już 20.02.2004r., sąd w Parmie stwierdził swoją właściwość dla rozpoznania niewypłacalności Eurofood, stwierdzając, że COMI spółki znajduje się na terenie Włoch. W 23.03.2004 r., niewypłacalność spółki Eurofood stwierdził również sąd irlandzki i orzekł o wszczęciu upadłości likwidacyjnej (*compulsory winding up*) powołując likwidatora tymczasowego na likwidatora. Tym samym sąd uznał, że: postępowanie w stosunku do Eurofood zostało wszczęte zgodnie z prawem irlandzkim z dniem złożenia wniosku przez wierzyciela (27.01.2004), COMI spółki znajduje się w Dublinie, co czyni irlandzkie postępowanie postępowaniem głównym w myśl rozporządzenia nr 1346/2000 oraz że okoliczności postępowania przed sądem w Parmie uzasadniają odmowę uznania orzeczenia na podstawie porządku publicznego. Reasumując, główną osią sporu było otwarcie dwóch paralelnych postępowań upadłościowych w Irlandii we Włoszech, ze względu na fakt, że oba sądy stwierdziły, że COMI spółki Eurofood znajduje się zarówno w Irlandii, jak i we Włoszech<sup>295</sup>.

Orzeczenie ETS zapadło w związku ze skierowaniem pięciu pytań prejudycjalnych:

1. Czy złożenie do irlandzkiego sądu wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego i powołanie przez ten sąd tymczasowego likwidatora (*provisional liquidator*) wraz z powierzeniem mu zarządu nad majątkiem dłużnika stanowi orzeczenie o wszczęciu postępowania upadłościowego w rozumieniu art. 16 w zw. Z art. 1 i 2 rozporządzenia 1346/2000?
2. W razie przeczącej odpowiedzi na pytanie nr 1 – czy postanowienie prawa irlandzkiego, że postępowanie upadłościowe (*compulsory winding up*) zaczyna się z momentem złożenia wniosku o wszczęcie upadłości

---

<sup>295</sup> Zob. np. S. L. Bufford, The Eurofood Decision of The European Court of Justice, <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/sambuffordeurofood.pdf>, [dostęp: 31.08.2018].

likwidacyjnej oznacza, że w chwili tej doszło także do wszczęcia postępowania upadłościowego w rozumieniu rozporządzenia 1346/2000?

3. Czy zgodnie z art. 3 w zw. Z art. 16 rozporządzenia 1346/2000 sąd państwa członkowskiego, w którym nie znajduje się główny ośrodek podstawowej działalności (COMI) dłużnika, ale który pierwszy wszczyna postępowanie główne, uzyskuje jurysdykcję do wszczęcia postępowania głównego?
4. Gdzie znajduje się główny ośrodek podstawowej działalności (COMI) spółki zależnej w sytuacji, gdy statutowe siedziby spółki dominującej i spółki zależnej są w różnych państwach członkowskich, spółka zależna prowadzi regularną działalność, w sposób rozpoznawalny dla osób trzecich i bez zatarcia granic swojej tożsamości, w państwie swojej siedziby statutowej, ale spółka dominująca z innego państwa członkowskiego kontroluje faktycznie działalność spółki zależnej z tytułu posiadanych udziałów i prawa do powoływania zarządu?
5. Czy dopuszczalna jest odmowa uznania wszczęcia postępowania upadłościowego przez sąd innego państwa członkowskiego z powołaniem na klauzulę porządku publicznego w razie naruszeń proceduralnych, w szczególności prawa irlandzkiego tymczasowego likwidatora do udziału i wysłuchania w postępowaniu prowadzonym we Włoszech oraz z uwagi na niedostarczenie irlandzkiemu tymczasowemu likwidatorowi dokumentów dotyczących sprawy?

Trybunał ustosunkował się do zadanych mu pytań odpowiadając na 4, i stwierdził, że odpowiedź na pytanie 5 jest kontrowersyjna. Po pierwsze, Trybunał stwierdził, że pojęcie COMI musi być interpretowane jednolicie i niezależnie od prawa krajowego. Zaznaczył, że kryteria oceny muszą być obiektywne i co najważniejsze, dające się rozpoznać przez osoby trzecie. Jedynie na podstawie tych kryteriów można było odstąpić od domniemania, że COMI znajduje się w miejscu statutowej siedziby osoby prawnej. Kontynuując rozważania, Trybunał zauważył, że można odstąpić od domniemania COMI w miejscu statutowej siedziby osoby prawnej w przypadku spółki, która nie prowadzi żadnej działalności w miejscu swojej siedziby (*letterbox company*). Jednak sam fakt kontroli przez spółkę dominującą nie uzasadnia obalenia domniemania ustalonego w rozporządzeniu 1346/2000. *Eurofood* konstytuuje zasadę, że sąd który pierwszy wszczął główne postępowanie upadłościowe, jest właściwy do jego

prowadzenia, a orzeczenie tego sądu jest automatycznie uznawane w pozostałych państwach<sup>296</sup>.

Na gruncie rozporządzenia 1346/2000, oprócz problemu związanego z lokalizacją COMI, w doktrynie prawa międzynarodowego prywatnego rozpoznano sprzeczności występujące na tle rozumienia pojęcia „oddział”. Znaczenie i waga tego terminu jest powiązana głównie z umownymi stosunkami zobowiązanymi w prawie prywatnym, jednakże pojęcie oddziału nie zostało zdefiniowane w konwencji Rzym I. Jednakże próby zdefiniowania tego pojęcia można zaobserwować w regulacjach krajowych. Jako przykład podaje się Rozporządzenie 1344/2000, które w art. 2 lit. h) definiuje oddział jako: „miejsce, w którym dłużnik wykonuje działalność gospodarczą przy wykorzystaniu zasobów ludzkich i majątkowych”. Regulacja ta podawana jest jako wyjątek w prawie prywatnym międzynarodowym, ze względu na fakt istnienia substratu o charakterze majątkowym, jak i osobowym<sup>297</sup>.

Istotnym zagadnieniem, które wyłoniło się również na gruncie poprzedniego rozporządzenia, dotyczącego COMI było możliwość dokonania własnych ustaleń, co do położenia COMI przez kolejny sąd rozpoznający wniosek o ogłoszenie upadłości. Należy pamiętać, że jest to zagadnienie związane z postępowaniem upadłościowym ubocznym. W dyskusji nad COMI trzeba przytoczyć pogląd występujący w literaturze, o właściwości określenia COMI przez sąd. Otóż w przypadku braku wyraźnego oznaczenia właściwości międzynarodowej oraz wskazania COMI przez sąd, który jako pierwszy ogłosił upadłość, kolejny sąd rozpoznający wniosek o ogłoszenie upadłości może dokonać własnych ustaleń co do położenia COMI<sup>298</sup>. Jak słusznie podaje P. Filipiak, należy podkreślić, że pogląd ten nie zakłada automatycznie, że orzeczenie pierwszego sądu, który nie wskazał wyraźnie swojej właściwości, nie podlega uznaniu na terytorium UE. Przyjmuje się, że ustalenie dokonane przez kolejny sąd co do COMI jest ustaleniem, że COMI znajduje się na terytorium tego państwa, a co za tym idzie, że ma on właściwość do otwarcia postępowania głównego<sup>299</sup>.

---

<sup>296</sup> Wyrok ETS z dnia 2.05.2006, C-341/04.

<sup>297</sup> A. J. Belohlavek, Rozporządzenie Rzym I, Konwencja Rzymska, Komentarz, t. 2, Warszawa 2010, s. 389.

<sup>298</sup> G. Moss, T. Smith, [w:] The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A Commentary and Annotated Guide, Oxford 2009, s. 327.

<sup>299</sup> P. Filipiak, Podstawy wszczęcia wtórnego postępowania upadłościowego zgodnie z rozporządzeniem Rady (WE) NR 1346/200, Warszawa 2013, s. 238.

Interesującą kwestią w kontekście ustalania głównej siedziby przedsiębiorstwa jest coraz powszechniejsze występowanie grup spółek. Tą problematyką zajął się Parlament Europejski w rezolucji z dnia 15 listopada 2011 r., zawierającej zalecenia dla Komisji w sprawie postępowań upadłościowych w kontekście prawa spółek w UE<sup>300</sup>. Parlament zwrócił uwagę na fakt powszechności występowania grup spółek. Ustalono, że niewypłacalność grupy spółek może spowodować wszczęcie odrębnych postępowań upadłościowych w ramach różnych jurysdykcji wobec każdego członka grupy będącego w stanie upadłości. W konsekwencji, prawdopodobieństwo reorganizacji w obliczu braku skoordynowanych działań jest bardzo niewielkie. Dodatkowo, podział przedsiębiorstwa na elementy składowe stwarza realne zagrożenie strat nie tylko dla wierzycieli, ale również dla udziałowców i pracowników<sup>301</sup>. W związku z tym zaistniała potrzeba ujednoczenia niektórych definicji na potrzeby postępowania upadłościowego, w tym również definicji „głównego ośrodka podstawowej działalności”. Parlament Europejski wskazał, że definicja musi być sformułowana w sposób pozwalający zapobiec nieuczciwemu wyborowi sądu ze względu na możliwość korzystniejszego rozstrzygnięcia sprawy. Parlament jest również zdania, że definicja powinna uwzględniać takie aspekty jak zewnętrzna rozpoznawalność realizacji głównej działalności przedsiębiorstwa, położenie aktywów, centrum działalności operacyjnej i produkcyjnej oraz miejsce pracy pracowników<sup>302</sup>.

Zjawisko wiązania się przedsiębiorstw w grupy, zarówno krajowe, jak i międzynarodowe staje się coraz bardziej powszechne we współczesnej gospodarce<sup>303</sup>. Jako przyczynę wiązania się przedsiębiorstw w grupy podaje się głównie zwiększoną konkurencję na rynku. Podmioty gospodarcze wiążą się w grupy, co umożliwia im bycie bardziej konkurencyjnymi na rynku. Redukcja kosztów, wdrożenie bardziej wydajnych metod produkcji, zwiększenie elastyczności reagowania na zmieniające się potrzeby rynku, lepsze wykorzystanie posiadanych zdolności produkcyjnych, wiedzy i innowacji technologicznych oraz bardziej efektywne poszukiwanie i zdobywanie rynków zbytu to tylko niektóre korzyści wpływające z faktu łączenia się przedsiębiorstw w grupy. Zgodnie z raportem Głównego Urzędu Statystycznego

---

<sup>300</sup> Dz. Urz. UE C 153 E/1.

<sup>301</sup> Dz. Urz. UE C 153 E/1, pkt. P.

<sup>302</sup> Dz. Urz. UE, Część 2: Zalecenia dotyczące zmiany rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 w sprawie postępowania upadłościowego, p. 2.2.

<sup>303</sup> Grupy przedsiębiorstw w Polsce w 2015 r., Informacje i Opracowania Statystyczne Głównego Urzędu Statystycznego, Warszawa 2016, s. 7., [https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5502/14/8/1/grupy\\_przedsiębiorstw\\_w\\_polsce\\_w\\_2015.pdf](https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5502/14/8/1/grupy_przedsiębiorstw_w_polsce_w_2015.pdf), [dostęp: 25.08.2018],

w Raporcie z 2015 r., dot. grup przedsiębiorstw, grupa przedsiębiorstw to przedsiębiorstwa samodzielne pod względem prawnym, jednak wzajemnie od siebie zależne gospodarczo ze względu na istniejące między nimi powiązania pomiędzy jednostką dominującą a jednostkami zależnymi<sup>304</sup>. Zaznacza się, że związki kapitałowe nie są jedynym kryterium decydującym o powstaniu grupy. Ukształtowanie się określonych stosunków prawnych oraz wywieranie przez jedno przedsiębiorstwo wpływu na skutek zawarcia umowy wymienia się jako jedne z czynników decydujących o powstaniu grupy. Jeżeli zatem porównamy grupę spółek do organizmu, to z jednej strony możemy postrzegać je całościowo, jako oddzielny byt. Jednakże element powiązania gospodarczo-finansowego *de facto* odbiera grupie pewnego rodzaju swobodę decyzyjną. Dlatego też dokładne określenie głównego centrum decyzyjnego grupy przedsiębiorstw jest kwestią kluczową w przypadku upadłości oraz upadłości o charakterze transnarodowym. Biorąc pod uwagę dane statystyczne, jeżeli na 16 155 badanych podmiotów gospodarczych 93,8% potwierdza przynależność do grupy kapitałowej, to zasadnym jest stwierdzenie, że w istocie grupy przedsiębiorstw są filarem polskiej gospodarki<sup>305</sup>.

#### § 4. UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency

Najintensywniejszy okres pracy grup roboczych agendy UNCITRAL przypadają na początek lat 90., kiedy po raz pierwszy wystąpiła realna potrzeba regulacji upadłości w kontekście dwóch głośnych spraw upadłościowych o zasięgu międzynarodowym. Pierwsza z nich, sprawa BCCI – międzynarodowego banku, który swoją działalność skupił na krajach rozwijających się, funkcjonując w ponad 70 krajach - zakończyła się spektakularnym upadkiem i niezaspokojonymi roszczeniami wierzycieli w wielu

---

<sup>304</sup> W ujęciu rozporządzenia Rady (EWG) Nr 696/93 grupa przedsiębiorstw jako jednostka obserwacji statystycznej to „stowarzyszenie przedsiębiorstw, powiązanych między sobą więzami prawnofinansowymi. Grupa przedsiębiorstw może mieć więcej niż jeden ośrodek decyzyjny, w szczególności w odniesieniu do polityki produkcji, sprzedaży i zysków. Może ona jednoczyć niektóre aspekty zarządzania finansami i podatkami. Stanowi jednostkę gospodarczą, upoważnioną do dokonywania wyborów, w szczególności dotyczących jednostek, które obejmuje”. Polski ustawodawca nie uregulował w kompleksowy sposób trybu i zasad funkcjonowania grup przedsiębiorstw. Ogólne ramy prawne dotyczące ich tworzenia i działania zawiera kodeks spółek handlowych, ustawa o rachunkowości z dnia 29 września 1994, rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie szczegółowych zasad sporządzania przez jednostki inne niż banki, zakłady ubezpieczeń i zakłady reasekuracji skonsolidowanych sprawozdań finansowych grup kapitałowych z dnia 25 września 2009, ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r., ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych.

<sup>305</sup> Grupy przedsiębiorstw w Polsce w 2015 r., Informacje i Opracowania Statystyczne Głównego Urzędu Statystycznego, Warszawa 2016, s. 29, [https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5502/14/8/1/grupy\\_przedsiębiorstw\\_w\\_polsce\\_w\\_2015.pdf](https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5502/14/8/1/grupy_przedsiębiorstw_w_polsce_w_2015.pdf), [dostęp: 25.08.2018].



krajach<sup>306</sup>. Druga, sprawa Maxwell Communications<sup>307</sup>, dotycząca imperium publikacyjnego z siedzibami w Londynie i Nowym Jorku, zakończyła się upadłością, ponieważ jedyna osoba zarządzająca przedsiębiorstwem zaginęła w tajemniczych okolicznościach na Morzu Śródziemnym. Ponieważ nikt inny nie był w stanie prowadzić tego przedsiębiorstwa, spółka ta upadła. Dlatego też w obliczu braku efektywnych mechanizmów zarządzania upadłościami międzynarodowymi musiały nastąpić znaczące zmiany legislacyjne. Globalizacja i transnarodowa ekspansja biznesu jest inherentnie związana ze wzrostem spraw dotyczących upadłości, które mają charakter międzynarodowy. Oprócz sprawy Maxwell Communications, należy wymienić również upadłość Lehman Brothers<sup>308</sup>, Enron<sup>309</sup>, General Motors<sup>310</sup>, Chrysler<sup>311</sup> oraz Adelpia<sup>312</sup>, które poniekąd zmusiły władzę ustawodawczą do modyfikacji regulacji prawnej.

Sprawa Lehman Brothers zilustrowała skalę, kompleksowość, a także finansowe znaczenie upadłości firmy, która prowadziła swoje interesy w ponad 40 krajach za pomocą 650 jednostek prawnych poza obrębem Stanów Zjednoczonych<sup>313</sup>. Koordynacja i prowadzenie tych spraw okazały się być niezwykle trudne, biorąc pod uwagę niejednolite i skomplikowane prawo. Główną trudnością związaną z administrowaniem tych spraw był brak kompletnego i jednolitego reżimu prawa międzynarodowego insolwencyjnego, który w konsekwencji prowadził do znacznych wątpliwości dotyczących prawidłowości wydawanych wyroków.

Zasadnicze trudności, z którymi musieli się zmierzyć sędziowie, to orzekanie zgodnie z zasadami maksymalizacji majątku przedsiębiorstwa, ochrony wierzycieli odpowiedniej kalkulacji i dystrybucji aktywów dla często dużej grupy wierzycieli, oraz postępowanie zgodnie z zasadą równości stron w obliczu braku praktyki orzeczniczej

---

<sup>306</sup> Zob. *U.S. v. BCCI Holdings (Luxembourg), S.A.*, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 310 U.S. App. D.C. 375, March 3, 1995.

<sup>307</sup> *In re Maxwell Communications Corp. PLC* by Homan, United States Court of Appeals, Second Circuit, Bankr. Ct. Dec. 788, August 21, 1996.

<sup>308</sup> Sprawa upadłości Lehman Brothers i powiązanych spółek, ogłoszona 15 września 2008 r., z zobowiązaniami na kwotę ponad 600 bilionów dolarów, do tej pory uważana jest za największą sprawę upadłościową w historii, zob. np. *In re Lehman Brothers, Inc., Debtor.*, United States Bankruptcy Court, S.D. New York, 458 B.R. 134, Oct. 4, 2011.

<sup>309</sup> *In re Enron Corp.*, United States District Court, S.D. New York, 335 B.R. 22, September 26, 2005.

<sup>310</sup> *In re General Motors*, United States Bankruptcy Court, S.D. New York, 407 B.R. 463, July 5 2009.

<sup>311</sup> *In re Chrysler LLC*, United States Bankruptcy Court, S.D. New York, 405 B.R. 84, May 31 2009.

<sup>312</sup> *In re Adelpia Communications Corp.*, United States Bankruptcy Court, S.D. New York, 368 B. R. 140, January 3, 2007.

<sup>313</sup> S. Gopalan, M. Guihot, Recognition And Enforcement In Cross-Border Insolvency Law: A Proposal For Judicial Gap-Filling, "Vanderbilt Journal of Transnational Law" 2015, nr 48, s. 1227.

w tym zakresie. Taki skomplikowany stan faktyczny tworzy sytuacja, kiedy np. mamy do czynienia z międzynarodową korporacją, w skład której wchodzi wiele mniejszych jednostek pomiędzy którymi występuje założona relacja prawna<sup>314</sup>.

Międzynarodowe prawo handlowe nie regulowało problemów związanych z międzynarodową upadłością osób fizycznych i prawnych aż do roku 1996. Można w związku z tym stwierdzić, że istniejący reżim obecnego międzynarodowego prawa insolwencyjnego powstał w 1997 r., wraz z uchwaleniem ustawy modelowej UNCITRAL<sup>315</sup>. Związane to było także z narastającą potrzebą zunifikowania przepisów dotyczących niewypłacalności podmiotów gospodarczych<sup>316</sup>. Celem utworzenia prawa modelowego było stworzenie idei jednego mechanizmu procesowego, który by umożliwiał przeprowadzenie postępowania insolwencyjnego o scentralizowanym charakterze dla podmiotów międzynarodowych, z możliwością reorganizacji, a także jednolitego systemu dystrybucyjnego dla wierzycieli, którzy mieliby ten sam priorytet w zaspokojeniu swoich roszczeń.

Nie jest to jednak jednolita kodyfikacja zawierająca zbiór wszystkich przepisów dotyczących upadłości, lub bankructwa. Do tej pory społeczności międzynarodowej nie udało się wypracować na tyle szczegółowego prawa, które w sposób kompleksowy regulowałoby kwestię upadłości w skali międzynarodowej. Raczej można mówić o pewnego rodzaju zbiorze przepisów obowiązujących w różnych jurysdykcjach, który opiera się głównie na prawie modelowym UNCITRAL oraz regulacjach prawnych Unii Europejskiej<sup>317</sup>. Rozwiązania UNCITRAL nie są jednak tak powszechne jak mogłoby się wydawać. Po ponad dwudziestu latach od ogłoszenia pełnego tekstu prawa

---

<sup>314</sup> Samuel L. Bufford, *Coordination of Insolvency Cases For International Enterprise Groups: A Proposal*, "American Bankruptcy Law Journal" 2012, nr 86, s. 699.

<sup>315</sup> Przed uchwaleniem ustawy modelowej niewiele porządków prawnych regulowało kwestię upadłości transgranicznej. W Stanach Zjednoczonych 11 U.S.C. § 304 (zniesiony w 2005 r.) umożliwiał pomoc sądu w przypadku upadłości międzynarodowej. Bardzo dużą ilość spraw z zakresu międzynarodowego postępowania insolwencyjnego można było zaobserwować w Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii oraz Kanadzie. W niewielu przypadkach również umowy bilateralne regulowały tę problematykę. Zob. Samuel L. Bufford, *Coordination of Insolvency Cases For International Enterprise Groups: A Proposal*, "American Bankruptcy Law Journal" 2012, nr 86, s. 701.

<sup>316</sup> Warto zauważyć, że prawo modelowe zostało uchwalone 20 lat temu, co daje realną perspektywę oceny funkcjonowania, i efektywności przepisów.

<sup>317</sup> Prawo modelowe czerpie z dorobku wielu międzynarodowych konwencji i aktów prawnych dotyczących upadłości. Jest to regulacja Komisji Europejskiej Nr. 1346/2000 z 29 maja 2000 r., Europejska Konwencja ws. niektórych aspektów międzynarodowej upadłości z 1990 r., Traktat z Montevideo o międzynarodowym handlu z 1889 r. i 1940 r., Konwencja dot. upadłości, zawarta pomiędzy państwami nordyckimi w 1933 r. oraz Konwencja o prawie międzynarodowym prywatnym z Bustamante z 1928 r. Wykorzystano także rekomendacje organizacji międzynarodowych, np. International Bar Association, które wypracowały takie dokumenty, jak: Model International Insolvency Cooperation Act oraz Cross-Border Insolvency Concordat.

modelowego szacuje się, że ok. 80% wszystkich państwa świata i ok. 75% wiodących światowych gospodarek nie implementowały do swojego porządku prawnego prawa modelowego. W kontekście rosnącego problemu związanego z rozproszeniem podmiotów gospodarczych warto odnotować, że prawo modelowe z 1997 r. odnosi się tylko do pojedynczych podmiotów gospodarczych (dłużników), a nie do grup spółek<sup>318</sup>.

Regulacja międzynarodowego prawa upadłościowego w ponad 44 państwach, w 46 jurysdykcjach<sup>319</sup>, w tym w polskiej ustawie Prawo upadłościowe i naprawcze, jest oparta o rozwiązania wypracowane w ustawie modelowej o transgranicznej upadłości z 30.05.1997 r., przyjętej na 30 sesji UNCITRAL. Ostatnie państwa, które adaptowały prawo modelowe do swojego porządku prawnego, to Singapur (2017 r.) oraz Izrael (2018 r.)<sup>320</sup>.

Komisja Narodów Zjednoczonych ds. Międzynarodowego Handlu działa w V grupach roboczych<sup>321</sup>, które swoją działalność oparły na szeregu zagadnień z dziedziny szeroko pojętego prawa handlowego, działając w przedziałach czasowych wynoszących ok. 10 lat.

Grupa Robocza I działa w czterech odstępach czasowych:

- Od 2014 – obecnie: Mikro, Mali oraz Średni Przedsiębiorcy,
- 2004- 2012: Zamówienia,
- 2001 – 2003: Projekty infrastrukturalne finansowane ze środków prywatnych,
- 1969 – 1971: Ograniczenia czasowe i inne, zalecenia.

Grupa Robocza II:

- 2000 – obecnie: Arbitraż i concyliacja/ rozstrzyganie sporów,

---

<sup>318</sup> G. Baer, Towards an International Insolvency Convention: Issues, Options and Feasibility Considerations, "Business Law International" 2016, vol. 17, no. 1, s. 6.

<sup>319</sup> Państwa, które przyjęły do swojego porządku prawnego prawo modelowe, to m.in.: Australia, Benin, Burkina Faso, Kamerun, Kanada, Republika Środkowo-Afrykańska, Czaad, Chile, Kolumbia, Federalna Islamska Republika Komorów, Kongo, Wybrzeże Kości Słoniowej, Republika Dominikańska, Gwinea Równikowa, Gabon, Grecja, Gwinea, Gwinea Bissau, Izrael, Japonia, Kenia, Malawi, Mali, Mauritius, Meksyk, Czarnogóra, Nowa Zelandia, Nigeria, Filipiny [...]. Pełna lista państw jest co roku uaktualniana przez Sekretariat UNCITRAL, i dostępna jest na stronie: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency/1997Model\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html), [dostęp: 23.07.2018].

<sup>320</sup> [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency/1997Model\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html), [dostęp: 23.07.2018].

<sup>321</sup> Lista Grup Roboczych dostępna jest na stronie UNCITRAL w j. angielskim: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working\\_groups.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups.html), [dostęp: 23.07.2018].

- 1981 – 2000: Międzynarodowe praktyki dotyczące wykonywania umów,
- 1968 – 1978: Międzynarodowa sprzedaż dóbr.

#### Grupa Robocza III:

- 2017 – obecnie: Reforma systemu rozstrzygania sporów pomiędzy państwem a inwestorem,
- 2010 – 2016: Rozstrzyganie sporów metodą online (ODR – *Online Dispute Resolution*),
- 2002 – 2008: Prawo transportowe,
- 1970 – 1975: Międzynarodowe prawo transportu morskiego.

#### Grupa IV:

- 1997 – obecnie: Handel elektroniczny,
- 1992 – 1996: Elektroniczna wymiana danych,
- 1988 – 1992: Międzynarodowe płatności,
- 1973 – 1987: Międzynarodowe instrumenty zbywalne.

#### Grupa V:

- 2001 – obecnie: Prawo insolwencyjne,
- 2000: Międzynarodowe praktyki wynikające z umów,
- 1995 – 1999: Prawo insolwencyjne,
- 1981 – 1994: Nowy międzynarodowy porządek ekonomiczny.

#### Grupa VI

- 2002 – obecnie: Papiery wartościowe.

Okres najintensywniejszej pracy grupy roboczej V przypadł na okres między 1995 a 1999 r. W tamtym czasie zostały opracowane fundamenty systemu transgranicznego postępowania upadłościowego. Prace przypadły na okres od 18 do 22 sesji pracy grupy<sup>322</sup> i zaowocowały ok. siedemnastoma dokumentami, które precyzują zagadnienia związane z międzynarodowym postępowaniem upadłościowym.

---

<sup>322</sup> 18 sesja (30.10 – 10.11.1995) odbyła się w Wiedniu, a 19 sesja (1-12.04.1996) odbyła się w Nowym Jorku,

Dokument A/CN.9/378 z dnia 23.06.1993 r.<sup>323</sup>, dotyczący potencjalnej przyszłej pracy Komisji, wraz z dokumentami A/CN.9/413 z 12 kwietnia 1995r.<sup>324</sup> oraz A/CN.9/413<sup>325</sup>, które są raportami z pracy Komisji i stanowią zbiór tzw. pracy wstępnej (*preliminary work*). Zebrane materiały przedstawiają wysiłki społeczności międzynarodowej, które zmierzały ku uchwalenia harmonijnego prawa upadłościowego i stanowią istotny wkład w rozwój tej dziedziny prawa.

Poszerzenie rozważań o postanowienia i rozwiązania przedstawione w dokumentach UNCITRAL stanowi niezbędny element niniejszej dysertacji, ponieważ ukazują one genezę konstrukcji przepisów prawa upadłościowego, które w niemalże niezmienionej formie z powodzeniem zostały recypowane do wielu porządków prawnych na całym świecie.

Najwcześniejszy dokument A/CN.9/378 przedstawia pierwsze tego rodzaju zalecenia zmierzające ku harmonizacji prawa upadłościowego. Praca Komisji na tym etapie skupiła się głównie na identyfikacji i badaniu głównych problemów dotyczących upadłości. Wysunięty został również postulat, aby skupić się na badaniu międzynarodowych aspektów upadłości. Poddano w wątpliwość użyteczność unifikacji przepisów prawa upadłościowego na skalę międzynarodową. Stwierdzono wówczas, że jest za wcześnie, by oczekiwać szybkiego ujednoczenia przepisów prawa upadłościowego, szczególnie z perspektywy rozwoju dziedziny prawa międzynarodowego<sup>326</sup>. Jednakże zauważono, że można by zredukować niektóre problemy, skupiając działania wyłącznie na państwie, w którym znajduje się majątek dłużnika, a nie na państwie, w którym zostało wszczęte postępowanie upadłościowe. Głównym założeniem było zbadanie i ustalenie, czy zasadne są pogłębione studia w przedmiocie zharmonizowanego prawa upadłościowego<sup>327</sup>. Co ustalono, legło później u podstaw sformułowania zharmonizowanych przepisów w tej dziedzinie prawa. Należy zatem przedstawić, co Komisja zidentyfikowała jako główne przyczyny

---

<sup>323</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Possible Future Work, Note by the Secretariat, Addendum, Cross-border insolvency z dnia 23.06.1993 r.

<sup>324</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Report on UNCITRAL – INSOL Judicial Colloquium on Cross-Border Insolvency z dnia 19.05.1994 r.

<sup>325</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Report on UNCITRAL – INSOL Judicial Colloquium on Cross-Border Insolvency z dnia 12.04.1995 r.

<sup>326</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Possible Future Work, Note by the Secretariat, Addendum, Cross-border insolvency z dnia 23.06.1993 r. p.1 s. 2.

<sup>327</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Possible Future Work, Note by the Secretariat, Addendum, Cross-border insolvency z dnia 23.06.1993r. p. 1 s. 2.

nieefektywnego funkcjonowania norm z zakresu prawa upadłościowego, uwzględniając przy tym podstawowy problem braku jednolitych norm na poziomie krajowym.

Na wstępie, w uwagach ogólnych zauważono, że w większości państw istnieją normy regulujące różnego rodzaju postępowania, które mogą być rozpoczęte w przypadku, gdy dłużnik nie ma możliwości spłaty swoich zobowiązań. Termin „postępowanie insolwencyjne” pojawia się po raz pierwszy i jest używany w odniesieniu do ogółu postępowań upadłościowych. W opracowaniu wyróżniono dwa typy postępowań upadłościowych, podkreślając, że w stosunku do tych postępowań doktryna nie wypracowała jednolitej terminologii. Pierwszym typem postępowania jest postępowanie likwidacyjne (*liquidation*), w którym organ władzy publicznej, najczęściej sąd, działając przez osobę upoważnioną do tego celu (*bankruptcy administrator*), przejmuje kontrolę nad majątkiem dłużnika. Sąd ma za zadanie proporcjonalną dystrybucję środków pomiędzy wszystkich wierzycieli za pomocą przekształcenia niepieniężnych składników majątku w składniki pieniężne, aby w rezultacie zlikwidować dłużnika jako podmiot handlowy. Komisja zauważa, że w niektórych państwach ten typ proceduralny jest jedyną dostępną formą postępowania upadłościowego. Podkreśla się istnienie odmiennej terminologii dotyczącej tej samej procedury<sup>328</sup>. Komisja również zaznacza, że znaczenie terminologiczne określenia „upadłość” (*bankruptcy*) może być rozszerzone o postępowania o charakterze układowym.

Następny rodzaj postępowania to postępowanie układowe, które co do zasady jest znane w wielu, ale nie we wszystkich państwach<sup>329</sup> i istnieje jako alternatywa do postępowania likwidacyjnego. Głównym założeniem tego postępowania jest nie likwidacja niewypłacalnego dłużnika, ale umożliwienie mu przezwyciężenia kryzysu finansowego i powrót do prowadzenia działalności gospodarczej. Postępowanie układowe jest również nadzorowane przez sąd, i ukierunkowane na osiągnięcie porozumienia, tudzież na zawiązanie układu pomiędzy wierzycielami a dłużnikiem. Układ ma pozwolić dłużnikowi na reorganizację swojego przedsiębiorstwa, a także przywrócić jego rentowność. Układ może przyjąć formę częściowego umorzenia zobowiązań dłużnika względem wierzycieli, wydłużenia terminów spłat zobowiązań lub renegocjacji istniejących zobowiązań dłużnika. Podczas renegocjacji zobowiązań,

---

<sup>328</sup> Jako przykład należy podać termin: *bankruptcy, winding-up, faillite, quiebra, Konkursverfahren*.

<sup>329</sup> Nie jest do końca jasne, jakie konkretnie państwa mieli na myśl autorzy Konwencji, ale można domniemywać, że chodziło o większość państw wiodących światowych gospodarek.

dłużnik korzysta z ochrony prawnej przeciwko działaniom egzekucyjnym wierzycieli względem majątku dłużnika. Postępowanie układowe może być wszczęte podczas postępowania likwidacyjnego. W aspekcie terminologicznym Komisja zauważa, że istnieje pewnego rodzaju rozbieżność w rozumieniu układu, tak samo jak przy pojęciu „upadłość”<sup>330</sup>.

Przyjmuje się również, że wszczęcie tego rodzaju postępowań jest możliwe tylko za pomocą zarządzenia sądowego. Inicjatywa wszczęcia takiego postępowania leży albo po stronie samego dłużnika (upadłość dobrowolna), albo wierzyciela (alternatywnie wierzycieli), i jest to upadłość przymusowa. W niektórych państwach tę samą procedurę upadłościową stosuje się względem wszystkich niewypłacalnych podmiotów. W innych zaś dwa oddzielne postępowania są przewidziane dla osób prawnych i dla osób fizycznych<sup>331</sup>.

W wielu państwach, aby sąd miał jurysdykcję otwarcia postępowania insolwencyjnego, konieczne jest wykazanie związku pomiędzy dłużnikiem a państwem. Ten wymóg może być spełniony np. w przypadku, kiedy dłużnik ma swoją główną siedzibę prowadzenia działalności gospodarczej, miejsce zamieszkania, siedzibę administracji lub jeżeli dłużnik działa pod firmą w tym właśnie państwie. Ten typ postępowania nosi miano krajowego<sup>332</sup> postępowania insolwencyjnego. Dodatkowo Komisja zauważa, że nawet w przypadku, kiedy kryterium „łącznika” pomiędzy państwem a dłużnikiem nie zostaje spełnione, wiele państw dopuszcza otwarcie postępowania upadłościowego. Takie postępowanie określa się jako „nie-krajowe”<sup>333</sup> i może być przeprowadzone, jeżeli nawet część majątku pozostaje na terenie danego państwa, lub jeżeli dłużnik jest osobą fizyczną i przebywa na terytorium danego państwa tymczasowo. Podkreśla się, że zagadnienie łącznika krajowego państwa potraktowały albo w sposób liberalny, albo ograniczając możliwość otwarcia postępowania do konkretnych przypadków. Te postępowania mogą być

---

<sup>330</sup> Wskazuje się na pojęcia takie, jak np.: *reorganization, arrangement, concordat preventif de fallite, suspension de pagos, administracion judicial de empresas, vergleichsverfahren*.

<sup>331</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Possible Future Work, Note by the Secretariat, Addendum, Cross-border insolvency z dnia 23.06.1993 r. p.7 s. 3.

<sup>332</sup> *Domiciliary* (ang.) dosłownie domowy, miejscowy, w tym kontekście należy to rozumieć jako krajowy.

<sup>333</sup> *Non-domiciliary* (ang.), w tym kontekście zagraniczny.

przeprowadzane równocześnie, bez względu na inne postępowania toczące się w innych państwach<sup>334</sup>.

Komisja w dokumentach podnosi kwestię upadłości transgranicznej. Upadłość transgraniczna jest to rodzaj upadłości, w którym aktywa dłużnika znajdują się równocześnie w dwóch lub w większej ilości państw, lub w przypadku, kiedy w postępowaniu występują zagraniczni wierzyciele. Komisja dokonała analizy niektórych obszarów problemowych upadłości transgranicznej, które są spowodowane brakiem harmonijnych krajowych zasad dot. upadłości. Po pierwsze, poruszony został problem, jaki efekt wywołuje postępowanie o charakterze likwidacyjnym w jednym państwie na aktywa znajdujące się w innym państwie. Wskazano, że w większości porządków prawnych likwidacja przedsiębiorstwa wywołuje skutki w stosunku do wszystkich aktywów dłużnika, nawet w stosunku do tych zlokalizowanych za granicą. Ideą tych regulacji jest udostępnienie administratorowi majątku dłużnika i ukazanie zakresu majątku, który zostanie wykorzystany do spłacenia wierzycieli<sup>335</sup>.

Istnieją również regulacje, zgodnie z którymi efekt krajowej procedury likwidacyjnej jest ograniczony tylko do aktywów upadłego, które znajdują się w tym kraju. Tego rodzaju rozwiązania spotykały się z uzasadnioną krytyką, gdyż w ten sposób dostęp do majątku dłużnika jest ograniczony tylko do zasobów dostępnych w kraju<sup>336</sup>.

Warto zwrócić również uwagę na fakt, że wiele z państw które uznają uniwersalny efekt procedur likwidacyjnych, z pewnymi ograniczeniami i w różnym stopniu uznają efekt procedur likwidacyjnych otwartych za granicą. Istnieją również takie państwa, które mimo wyznawania uniwersalności procedur likwidacyjnych krajowych, takiego efektu nie przyznają procedurom otwartym za granicą<sup>337</sup>.

W państwach, które co do zasady uznają zagraniczne procedury likwidacyjne, wymogiem formalnym uznania takiej procedury jest zazwyczaj zaistnienie ścisłego łącznika pomiędzy upadłym i państwem. Tym łącznikiem może być np. to, że

---

<sup>334</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Possible Future Work, Note by the Secretariat, Addendum, Cross-border insolvency z dnia 23.06.1993 r. p.7 s. 3.

<sup>335</sup> Komisja zaznacza, że w niektórych porządkach prawnych, uniwersalny wymiar postępowania likwidacyjnego jest rezultatem wyłącznie postępowań o charakterze krajowym.

<sup>336</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Possible Future Work, Note by the Secretariat, Addendum, Cross-border insolvency z dnia 23.06.1993 r. (C), p.12, s. 5.

<sup>337</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Possible Future Work, Note by the Secretariat, Addendum, Cross-border insolvency z dnia 23.06.1993 r. (C), p.12, s. 5.



zagraniczne postępowanie upadłościowe jest również krajowym postępowaniem upadłościowym lub że większość aktywów znajduje się w obcym państwie<sup>338</sup>.

W dokumencie wskazuje się również na potrzebę zrównania w skutku procedur likwidacyjnych krajowych i zagranicznych. Mianowicie, aby zagraniczna procedura likwidacyjna wywierała efekt na krajowe postępowanie o charakterze likwidacyjnym, niezbędne jest otrzymanie zagranicznego wyroku sądu i uznanie go przez krajowy sąd posiadający jurysdykcję w tym przedmiocie. W większości państw zatem procedura uznania jest taka sama jak w przypadku uznania jakiegokolwiek innego zagranicznego orzeczenia sądowego. Inne regulacje związane z uznaniem zagranicznego orzeczenia nie są tak restrykcyjne, ponieważ nie wymagają wszczęcia formalnej procedury uznania<sup>339</sup>.

Komisja, wskazując na sytuacje problematyczne, proponuje sposoby na poprawę efektywności postępowań transgranicznych. Na przykład, jeżeli osoba, która jest w posiadaniu aktywów upadłego, podlega jurysdykcji państwa, w którym odbywa się postępowanie likwidacyjne, to administrator masy upadłościowej może zainicjować postępowanie przeciwko tej osobie o wydanie tych aktywów. Dodatkowo, upadły dłużnik może zostać zobowiązany przez sąd, który przeprowadza postępowanie upadłościowe, aby podjąć kroki niezbędne do wydania wszystkich składników majątku (w szczególności aktywów znajdujących się za granicą). Co więcej, wierzyciel, który otrzymał całość swojej wierzytelności z aktywów dłużnika, które znajdują się za granicą, który podlega jurysdykcji państwa w którym przeprowadzane są czynności likwidacyjne, w szczególnych przypadkach może być zobowiązany przez sąd aby zwrócić sumę wierzytelności dla administratora i zostać spłaconym na podstawie tych samych warunków co inni wierzyciele<sup>340</sup>.

Komisja wypowiedziała się także w kwestii transnarodowej współpracy sądowej. W przypadku, kiedy procedury upadłościowe zostaną zainicjowane w państwie, administrator masy upadłościowej lub wierzyciel, który wskaże uzasadniony interes, mogą ubiegać się o pomoc od sądu upadłościowego z innego państwa. Dla przykładu - pomoc obcego sądu upadłościowego może polegać na

---

<sup>338</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Possible Future Work, Note by the Secretariat, Addendum, Cross-border insolvency z dnia 23.06.1993 r. (C), p.12, s. 5.

<sup>339</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Possible Future Work, Note by the Secretariat, Addendum, Cross-border insolvency z dnia 23.06.1993 r. (C), p.12, s. 5.

<sup>340</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Possible Future Work, Note by the Secretariat, Addendum, Cross-border insolvency z dnia 23.06.1993 r. (C), p.12, s. 5.

zwróceniu masy upadłościowej zagranicznemu administratorowi masy upadłościowej, która należy do dłużnika. Inna metoda współpracy to upublicznienie zagranicznego postępowania upadłościowego, uznanie za bezskuteczne czynności wierzyciela względem dłużnika, które godziłyby w zasadę równego zaspokojenia wierzycieli, i prowadziłyby do zmniejszenia masy upadłościowej. Ponadto sądy mogą: przyznać środki ochrony w stosunku do składników majątku dłużnika, zawiesić postępowanie o zabezpieczenie wierzytelności na nieruchomości, zakwestionować preferencyjny transfer nieruchomości w przypadku, gdy istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa, otworzyć dodatkowe postępowania upadłościowe lub udzielić pozwolenia administratorowi działania na rzecz zagranicznych wierzycieli<sup>341</sup>.

Komisja odnotowała, że obecne (wówczas) zasady i praktyka w zakresie transgranicznej współpracy w przedmiocie insolwencji są bardzo zróżnicowane. Niektóre państwa, a w szczególności te, które odmawiają uznania zagranicznego postępowania upadłościowego, nie były przygotowane, aby faktycznie wspomagać np. zagranicznych administratorów masy upadłościowej. Komisja zaznaczała, że w takich państwach jedyną drogą, aby zagraniczny administrator masy upadłościowej „udostępnił” aktywa krajowe zagranicznym wierzycielom (lub otrzymał odpowiednie wsparcie od sądu), jest wszczęcie krajowego postępowania upadłościowego. Wówczas zagraniczni wierzyciele mieliby możliwość uczestnictwa w takim postępowaniu samodzielnie lub przez reprezentującego ich administratora masy upadłościowej<sup>342</sup>. Dodatkowo Komisja postanowiła podkreślić, że są państwa, które w swoich ustawodawstwach zawierają przepisy dotyczące współpracy sądowej w przypadku transnarodowych upadłości. Różnice polegają na zakresie oferowanej współpracy i w niektórych przypadkach ów zakres jest pozostawiony dyskrekcji sądu, a w innych muszą wystąpić szczególne okoliczności, aby taka współpraca mogła dojść do skutku<sup>343</sup>.

---

<sup>341</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Possible Future Work, Note by the Secretariat, Addendum, Cross-border insolvency z dnia 23.06.1993 r. (C), p.12, s. 5.

<sup>342</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Possible Future Work, Note by the Secretariat, Addendum, Cross-border insolvency z dnia 23.06.1993 r. p.18 s. 5.

<sup>343</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Possible Future Work, Note by the Secretariat, Addendum, Cross-border insolvency z dnia 23.06.1993 r. p.19 s. 5.

W dokumencie jest podnoszona kwestia prawa wszystkich wierzycieli do udziału w postępowaniu<sup>344</sup>. Co do zasady, istnieją normy, aby wszyscy wierzyciele, zarówno ci krajowi, jak i zagraniczni mieli możliwość uczestnictwa w postępowaniu upadłościowym. Jednakże organy państwowe nie mają możliwości ubiegania się o wierzytelności wynikające z roszczeń publicznoprawnych (np. podatkowych lub karnych). Jednakże w niektórych państwach tej prekluzji nie stosuje się w przypadkach, jeżeli część aktywów dłużnika pochodzi z roszczeń wynikających z przychodu państwa. Zgodnie z niektórymi regulacjami główna zasada niedyskryminacji wierzycieli ma zastosowanie do roszczeń, które są wymagalne w państwie, w którym toczy się postępowanie upadłościowe. W tych jurysdykcjach jakiegokolwiek roszczenia, które są wymagalne wyłącznie za granicą, ulegają roszczeniom krajowym, które mają pierwszeństwo<sup>345</sup>.

Odnosnie do zasady pierwszeństwa w odniesieniu do dystrybucji aktywów państwa sklasyfikowały rodzaje zobowiązań, aby ustalić kolejność zaspokojenia wierzycieli. Istnieje kategoria roszczeń, które są wymagalne w całości i mają pierwszeństwo przed wszystkimi innymi roszczeniami. Komisja również zauważyła, że w państwowych regulacjach istniały znaczące różnice w liczbie i rodzajach kategorii określanych jako preferencyjne. Na przykład, wydatki związane z likwidacją przedsiębiorstwa oraz wynagrodzenie przysługujące administratorowi upadłościowemu są traktowane jako priorytetowe, tak samo jak roszczenia finansowe. Następną kategorią roszczeń wymagalnych są wynagrodzenia pracownicze, aczkolwiek w niektórych państwach zobowiązania te podlegają ograniczeniu do konkretnej kwoty lub są to kwoty za zaległe wynagrodzenia za konkretne okresy. Oczywiście należy zaznaczyć, że istnieją inne kategorie wierzytelności, które za kryterium przybrały rodzaj dłużnika, lub rodzaj transakcji<sup>346</sup>. Zaznacza się, że kolejność roszczeń jest uzależniona od regulacji państwa, w którym wszczęto procedury likwidacyjne, bez względu na to czy w sprawę zaangażowani są zagraniczni wierzyciele lub brane pod uwagę są aktywa które znajdują się za granicą. Co za tym idzie, sąd, który chce respektować zasady pierwszeństwa oraz chcąc chronić krajowych wierzycieli, nie wyda postanowienia

---

<sup>344</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Possible Future Work, Note by the Secretariat, Addendum, Cross-border insolvency z dnia 23.06.1993 r. (C) s. 5.

<sup>345</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Possible Future Work, Note by the Secretariat, Addendum, Cross-border insolvency z dnia 23.06.1993 r. (C), p.20 i p.21, s. 5.

<sup>346</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Possible Future Work, Note by the Secretariat, Addendum, Cross-Border Insolvency z dnia 23.06.1993 r., (D), p.22, 23, 24, s. 5 i 6.

o wydaniu aktywów dla zagranicznego zarządcy upadłościowego. Taka sytuacja nastąpi w szczególności, gdy będzie chodziło o wierzytelności fiskalne, które są wierzytelnościami wymaganymi przez państwo. Na tej podstawie Komisja wskazała, że preferencyjne traktowanie roszczeń wymagalnych przez państwo jest przeszkodą ku efektywnej transgranicznej współpracy sądowej w przedmiocie postępowań insolwencyjnych. Dlatego też wiele państw zrezygnowało z zasady pierwszeństwa roszczeń publicznoprawnych, między innymi na rzecz efektywniejszej międzynarodowej współpracy sądowej.

Oprócz transgranicznych postępowań o charakterze likwidacyjnym, w których kardynalne znaczenie ma pytanie, czy otwarcie postępowania w jednym państwie wpływa na stan masy majątkowej, która znajduje się za granicą, Komisja podnosi również problem związany z zawarciem transgranicznego układu. Podstawowym pytaniem w tym zakresie jest, czy na warunki, na podstawie których został zawarty układ w jednym państwie (np. w zakresie unieważnienia roszczeń), może powołać się dłużnik względem wierzyciela w procedurze zapoczątkowanej w innym państwie. Komisja zwróciła uwagę, że odpowiedzi próżno szukać w dostępnej literaturze czy orzecznictwie. Uzasadnieniem takiego stanu rzeczy, był fakt, że rozwój tej dziedziny prawa przypadał właśnie na lata 90., a co za tym idzie, istniało wiele sprzecznych stanowisk dotyczących układu z elementem transgranicznym. Przedstawione zostały dwa stanowiska. Pierwsze, konstytuowało układ jako umowę *stricte* proceduralną, co w konsekwencji przesądzało o ważności takiej umowy w państwie, w którym układ został zawarty. Zgodnie z drugim stanowiskiem, w przypadku gdy nie została zawarta umowa międzynarodowa, zagraniczny układ może być uznany w zakresie, w którym dotyczy długów, które podlegają prawu państwa, w którym układ został zawarty. Istnieje jeszcze inny pogląd, zgodnie z którym układ powinien być wiążący względem wszystkich wierzycieli uczestniczących w układzie lub umożliwiono im uczestnictwo w układzie. Według innego stanowiska zagraniczny układ powinien być rozpoznawany na tych samych zasadach, na podstawie których rozpoznawane jest zagraniczne postępowanie likwidacyjne. Przedstawione zostało również stanowisko, zgodnie z którym uznanie zagranicznego postępowania układowego może się odbyć, jeżeli postępowanie układowe zostało przeprowadzone w państwie, z którym upadły dłużnik posiada bliski związek (na przykład znajduje się tam siedziba jego przedsiębiorstwa, jego miejsce zamieszkania, centrum administracyjne lub większość jego aktywów).

Uznanie będzie możliwe również w sytuacji, gdy głównym założeniem zawarcia układu było objęcie tym postępowaniem wszystkich wierzycieli oraz kryterium przesądzające o fakcie, że żaden z wierzycieli nie został potraktowany w sposób dyskryminujący i nie został zawarty z zamiarem obejścia przepisów obowiązującego prawa państwa, w którym układ zostaje przeprowadzony.

Następnie Komisja podjęła się analizy problemu dotyczącego wierzytelności zabezpieczonych. Zaznacza się, że tego rodzaju wierzytelności mają pierwszeństwo przed innymi wierzytelnościami, ale również mogą przyczynić się do znacznego zmniejszenia masy majątkowej dostępnej pozostałym wierzycielom. Spośród wielu wierzytelności wymienia się między innymi: zastrzeżenie/zachowanie tytułu własności, zastaw, wierzytelność zabezpieczona rzeczowo – hipoteka lub zastaw o zmiennym składzie. Wierzytelnościami zabezpieczone mogą być zarówno ruchomości, jak i nieruchomości. Następnie Komisja zwraca uwagę na systemowe różnice związane z rodzajami zabezpieczeń, procedurę związaną z ustanowieniem zabezpieczenia procedurę związaną z powoływaniem się na zabezpieczenie jak również zasady ustanowione w celu ustalenia pierwszeństwa zaspokojenia (czy też zasadę uprzywilejowania), w przypadku gdy występuje wielu wierzycieli, którzy mają zabezpieczoną wierzytelność na tym samym składniku majątku (rzeczy)<sup>347</sup>. Inne różnice związane są z np. z kwestią, czy w przypadku otwarcia postępowania insolwencyjnego dane zabezpieczenie zachowuje swoją ważność; również prawo administratora upadłościowego co do sprzedaży nieruchomości zabezpieczonej wierzytelnością; istnienie wierzytelności mających pierwszeństwo przed wierzytelnościami zabezpieczonymi; oraz istnienie warunków, na podstawie których inny wierzyciel lub administrator upadłości może podnieść nieważność zabezpieczenia, które powstało podczas konkretnego czasu przed otwarciem postępowania upadłościowego. Ponadto, w praktyce krajowej uznaje się, że zabezpieczenia rzeczowe podlegają jurysdykcji państwa, w którym dana rzecz się znajdowała w momencie utworzenia zabezpieczenia. Jeżeli prawo miejsca ustanowienia zabezpieczenia jest inne niż prawo państwa, w którym zostało wszczęte postępowanie upadłościowe, wierzyciel może mieć uzasadnioną obawę, że jego roszczenie nie zostanie zaspokojone.

---

<sup>347</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Possible Future Work, Note by the Secretariat, Addendum, Cross-Border Insolvency z dnia 23.06.1993 r., (C), p. 27, s. 7.

Kolejnym wątkiem w rozważaniach UNCITRAL jest unieważnienie transakcji dokonanych przez dłużnika z pokrzywdzeniem wierzycieli. Po raz kolejny Komisja wskazuje na regulacje prawne w wielu państwach, które umożliwiają administratorowi upadłościowemu lub zainteresowanemu wierzycielowi unieważnienie lub modyfikację transakcji, która została wykonana z pokrzywdzeniem wierzycieli. Jako przykład podaje się następujące transakcje: sprzedaż na wyjątkowo korzystnych warunkach dla kupującego, preferencyjne spłacanie długu tylko niektórym wierzycielom lub alternatywnie zabezpieczenie, które zostało utworzone z mocą wsteczną względem niezabezpieczonej wierzytelności. Różnice normatywne polegają na typach transakcji, które potencjalnie mogą uszczuplić masę majątkową, środkach ochrony, którymi dysponują administratorzy upadłościowi lub wierzyciele oraz podstawy, w oparciu o które taką transakcję można unieważnić<sup>348</sup>.

Właściwość prawa i kwestie związane z jurysdykcją są kolejnym obszarem problemowym, w którym można znaleźć odmienne regulacje systemowe. Zagadnienia i pytania w tym obszarze dotyczą głównie: czy zagraniczny administrator upadłościowy posiada kompetencje w zakresie unieważnienia transakcji, która została wykonana z pokrzywdzeniem wierzycieli oraz pytanie: czy taka kompetencja przysługuje głównie lokalnemu administratorowi upadłościowemu? Następnie, czy dany sąd krajowy uznałby decyzję unieważniającą tego rodzaju transakcję i które prawo krajowe powinno się stosować w przypadku ubiegania się o zadośćuczynienie – czy byłoby to prawo miejsca wszczęcia postępowania upadłościowego, czy to miejsce, gdzie zlokalizowana jest ruchomość/nieruchomość (własność), prawo dotyczące osoby, która uzyskała korzyść majątkową lub prawo mające zastosowanie do tego rodzaju transakcji, lub była zlokalizowana przed wykonaniem transakcji.

Komisja zwraca uwagę również na inicjatywy podejmowane w kierunku uregulowania transnarodowych spraw upadłościowych. Inicjatywy są podzielone na kategorie i dotyczą państw Ameryki Łacińskiej, państw Rady Nordyckiej, Rady Europy, Wspólnoty Europejskiej, oraz inicjatyw podjętych w związku z Konwencją haską dot. międzynarodowego prawa prywatnego, oraz inicjatywy podjęte przez IBA (International Bar Association).

---

<sup>348</sup> Na przykład jest to moment przed rozpoczęciem procedury upadłościowej, po którym transakcja wykonana przez dłużnika jest podejrzana i podlegałaby unieważnieniu, warunki transakcji, które sprawiają, że podlega ona unieważnieniu oraz wiedza, którą dysponowała strona dotyczą potencjalnej niewypłacalności dłużnika.

Po pierwsze, w państwach Ameryki Łacińskiej, trzy konwencje regulowały problematykę związaną z prawem upadłościowym: Konwencja w sprawie prawa międzynarodowego prywatnego, podpisana w Hawanie w 1928 r. (*Bustamante Code*)<sup>349</sup>, dwa traktaty dotyczące prawa międzynarodowego prywatnego z 1889 r. oraz traktat z Montevideo z 1940 r.<sup>350</sup>.

Konwencja w sprawie prawa międzynarodowego prywatnego (*Bustamante Code*) została podpisana przez 15 państw Ameryki Łacińskiej. Zgodnie z normami zawartymi w Konwencji ustalenie miejsca zamieszkania i miejsca prowadzenia działalności<sup>351</sup> przez dłużnika stanowią niezbędny element potrzebny do otwarcia postępowania upadłościowego. Jeżeli dłużnik posiada jeden domicyl, postępowanie upadłościowe musi być wszczęte w państwie domicylu. Jednakże jeżeli dłużnik posiada „domicyl gospodarczy” w więcej niż jednym państwie, postępowania upadłościowe mogą być wszczęte w każdym z tych państw. Konwencja zawiera również postanowienia dotyczące procedury uznania w innych państwach członkowskich oraz układu. Konwencja zawiera również postanowienia w przedmiocie uznania kompetencji administratora upadłościowego, który został ustanowiony za granicą, uznanie zagranicznych decyzji modyfikujących lub unieważniających transakcje, które zostały wykonane w konkretnym czasie przed wszczęciem procedury upadłościowej, z uszczerbkiem dla wierzycieli.

Relacje pomiędzy czterema państwami latynoamerykańskimi są regulowane przez traktat z Montevideo z 1889. Natomiast relacje między trzema państwami są regulowane przez traktat z 1940 r. Traktat z 1889 r. przedstawia zasady związane z likwidacją, zaś traktat z 1940 r., wskazuje zasady związane z ustanowieniem układu oraz zawieszenia płatności, oraz zasady dla innych analogicznych procedur. Zgodnie z regulacją zawartą w traktatach, uznanie administratora upadłościowego jest uniwersalne, i obowiązuje we wszystkich państwach członkowskich. Środki o charakterze tymczasowym mogą być egzekwowane względem nieruchomości położonej w innych państwach. Sądy zajmujące się tymi postępowaniami mają

---

<sup>349</sup> Konwencja w sprawie prawa międzynarodowego prywatnego, zwana także Konwencją hawańską, przyjęta na VI Konferencji Interamerykańskiej w Hawanie w dniu 20 lutego 1928 r., która weszła w życie w listopadzie 1928 r. Zob. League of Nations Treaty Series (LNTS) nr86 z 1929 r., s.111 i nast. *Bustamante Code*, inaczej kodeks Bustamantego (El codigio Bustamanti).

<sup>350</sup> Tratado de Derecho civil internacional, Montevideo 19 de marzo do 1940.

<sup>351</sup> Konwencja posługuje się określeniem *commercial domicile*, co może być rozumiane jako domicyl gospodarczy.

obowiązek upublicznienia informacji dot. otwarcia postępowania. Istnieje również zastrzeżenie dla lokalnych wierzycieli, którzy mają możliwość wszczęcia oddzielnego postępowania, które ma się toczyć zgodnie z prawem państwa wszczęcia. Jeżeli zostały ustanowione zabezpieczenia zarówno względem ruchomości oraz nieruchomości, wierzyciele będą mogli polegać na tych zabezpieczeniach przed sądem.

Następnym istotnym dokumentem, który legł u podstaw utworzenia idei o jednolitym porządku upadłościowym, była tzw. Konwencja Nordycka<sup>352</sup>, zawarta w 1933 r. i zmieniona w 1977 i 1982 r. Konwencja umożliwiała uznanie postępowania upadłościowego we wszystkich państwach, w których upadły ma miejsce zamieszkania lub prowadzi działalność gospodarczą. Zgodnie z postanowieniami Konwencji masa upadłościowa składa się z aktywów dłużnika (zebranych ze wszystkich państw) i administrowana jest zgodnie z prawem państwa w którym zostało wszczęte postępowanie upadłościowe. Jednakże wierzytelności rzeczowe (*security rights*) mają być zarządzane zgodnie z prawem państwa, w którym się znajdują bądź z którym są związane. Dzięki odpowiednim regulacjom zapewniona jest jawność całego procesu poprzez podanie do wiedzy publicznej, gdzie znajdują się aktywa dłużnika, współpraca sądowa, a także uznawalność orzeczeń w szczególności tych dotyczących uznawalności orzeczeń zapadających w przedmiocie układu.

Innym ważnym dokumentem w historii międzynarodowego prawa upadłościowego była konwencja przyjęta pod auspicjami Rady Europy, podpisana 5 czerwca 1993 r., tzw. Konwencja Stambulska<sup>353</sup>. W dokumencie UNCITRAL widnieje wzmianka, że aż do 1 czerwca 1993 r. żadne państwo nie przestrzegało postanowień Konwencji. Wedle Konwencji otwarcie postępowania następuje w głównym ośrodku prowadzenia działalności przez dłużnika (COMI). Dla przedsiębiorstw i osób prawnych głównym ośrodkiem działalności dłużnika jest miejsce, w którym znajduje się jego statutowa siedziba, o ile nie zostanie udowodnione inaczej. Głównym celem Konwencji jest umożliwienie działania syndykowi w innych jurysdykcjach w imieniu wierzycieli, takich jak np. administrowanie majątkiem dłużnika oraz wszczynanie postępowań wtórnych. Dlatego też w przypadku wszczęcia jednego postępowania upadłościowego

---

<sup>352</sup> Konwencja Nordycka zawarta w Kopenhadze w dniu 7 listopada 1933 r. (League of Nations Treaty Series (LNTS) Nr 155 z 1935 r., s. 33 i n.) przez państwa skandynawskie (Dania, Finlandia, Islandia, Norwegia i Szwecja).

<sup>353</sup> European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy, Istanbul 05.06.1990, European Treaty Series – No. 136.



dłużnikowi umożliwiono wszczęcie postępowania wtórnego wyłącznie na podstawie otwarcia postępowania głównego. Dzięki Konwencji wierzyciele mają możliwość zgłaszania swoich wierzytelności w państwie, w którym zostało otwarte postępowanie, a także uzyskania informacji o postępowaniu.

Pod egidą Wspólnoty Europejskiej prace w przedmiocie utworzenia ram dokumentu dotyczącego transnarodowej upadłości rozpoczęto już w latach 60. ubiegłego wieku. W dokumencie nadmienia się, że na rok 1992 wypracowany został projekt konwencji, która nie miała harmonizować prawa państw członkowskich, a jedynie przedstawiała ramy prawne, regulujące kolizje praw oraz jurysdykcję. Prezentowany dokument bazował na idei istnienia jednej procedury upadłościowej, skupiającej wszystkie aktywa, bez względu na to, gdzie się znajdują. Zakres uniwersalizmu miałby być ograniczony poprzez możliwość otwarcia jednego lub wielu postępowań wtórnych, których zasięg jest ograniczony do terytorium jednego państwa, w którym zostało wszczęte dane postępowanie.

Inne międzynarodowe inicjatywy na poziomie międzynarodowym to haska konferencja międzynarodowego prawa prywatnego<sup>354</sup>, która prace w sprawie upadłości rozpoczęła w 1894 roku. Podczas pierwszej sesji, która odbyła się w 1928 roku, członkowie konferencji zdecydowali o zmianie wcześniejszych wersji wielostronnej konwencji upadłościowej na rzecz porozumienia o charakterze dwustronnym. W dokumencie podkreśla się, że model ten nie został przyjęty przez wiele państw.

Ostatnią inicjatywą jest zaproponowana w 1989 r. przez International Bar Association, *Model International Insolvency Cooperation Act* (MIICA)<sup>355</sup>. Idea MIIC jest oparta na uniwersalistycznym modelu upadłości. MIIC zobowiązuje sądy do pomocy syndykowi. Przykładowa forma pomocy to np. udostępnienie majątku, lub możliwość rozporządzania majątkiem dłużnika przez zagranicznego syndyka, utrzymanie lub zawieszenie czynności wykonywanych względem dłużnika, podanie dowodów odnoszących się do upadłości, uznania i wykonania zagranicznego orzeczenia sądowego, a także inne stosowne mechanizmy. Warunki na podstawie których miałyby zostać przyznana pomoc, to: państwo, w którym działa syndyk, będzie administrowało w ten sam sposób innymi zagranicznymi postępowaniami upadłościowymi zgodnie

---

<sup>354</sup> Tabela przedstawiająca podpisanie, ratyfikacje, przyjęcie, zatwierdzenie i przystąpienie do wszystkich 40 konwencji znajduje się na stronie: <https://assets.hcch.net/docs/ccf77ba4-af95-4e9c-84a3-e94dc8a3c4ec.pdf>, [dostęp: 07.09.2018].

<sup>355</sup> Dalej MIICA.

z MICC. Następnie zagraniczny sąd, który sprawuje jurysdykcję nad syndykiem, jest odpowiednim forum, w którym ma odbywać się cała procedura upadłościowa, a administracja majątkiem dłużnika w zagranicznej jurysdykcji odbywa się z poszanowaniem interesów wszystkich wierzycieli. W przypadku odmowy udzielenia wsparcia przez sąd syndyk może rozpocząć postępowanie upadłościowe w państwie, w którym odmówiono udzielenia pomocy.

Podsumowując rozważania i zalecenia Komisji w przedmiocie transgranicznych postępowań upadłościowych, należy wskazać na szczegółowość podjętej analizy oraz trafność spostrzeżeń poczynionych przez autorów. Dokumenty stanowiące obszar tzw. *preliminary work* wskazują na najważniejsze rozbieżności systemowe. Brak harmonijnych przepisów międzynarodowego prawa upadłościowego stanowi przeszkodę w międzynarodowym prawie handlowym. Główne sprzeczności występują w związku z brakiem harmonii w obszarze:

- reguł postępowania w przedmiocie postępowań likwidacyjnych i ich efektu,
- współpracy sądowej na poziomie międzynarodowym,
- prawa wierzycieli do uczestnictwa w postępowaniu upadłościowym,
- zasady pierwszeństwa wierzytelności,
- międzynarodowego efektu postępowań układowych pomiędzy niewypłacalnym dłużnikiem i wierzycielami,
- uznania zabezpieczonych wierzytelności utworzonych z wykorzystaniem zasad prawa obcego,
- anulowania transakcji z pokrzywdzeniem wierzycieli.

Można zatem stwierdzić, że dostęp zarówno do wierzytelności zwykłych, a także wierzytelności zabezpieczonych rzeczowo, jest w znacznym stopniu utrudniony ze względu na przeszkody proceduralne, niepewność oraz nierówność w traktowaniu wierzycieli. Należy również zauważyć, że sądy krajowe bardzo często wykorzystują protekcjonistyczny model ochrony interesów wierzycieli, co skutkuje ograniczonym zakresem uznawalności wyroków zagranicznych sądów upadłościowych. W zasadzie efekt tego jest taki, że pierwszeństwo w zaspokajaniu wierzytelności mają krajowi, czy też lokalni wierzyciele, zaś rola sądów jest ograniczona do asysty zagranicznemu syndykowi. Taki schemat działania może przyczynić się do symultanicznego prowadzenia wielu postępowań upadłościowych w wielu odmiennych jurysdykcjach,

bez efektywnej współpracy pomiędzy sądami. Również, taki stan rzeczy przyczynia się do nierównego traktowanie wierzycieli, oraz może przyczynić się do zjawiska konkurencji pomiędzy syndykami.

Reasumując, praktycy podkreślili, że byłoby zasadnym zharmonizowanie niektórych zasad dotyczących prawa upadłościowego, umożliwiając przeprowadzenie międzynarodowych upadłości oraz zawiązywanie układów w sposób bardziej przewidywalny, przy okazji unikając konfliktów natury jurysdykcyjnej. Podkreślono zasadność utworzenia zharmonizowanego zbioru przepisów, który w konkretnych przypadkach umożliwiłoby syndykowi utworzenie spisu wierzytelności, który również zawierałby składniki majątku dłużnika znajdujących się za granicą. Aby upadłość miała uniwersalny skutek, cała procedura musiałaby odbyć się zgodnie z zharmonizowanymi zasadami w przedmiocie jurysdykcji. Co więcej, państwo niejako „wydające” aktywa dłużnika zagranicznemu zarządcy (syndykowi) powinno mieć gwarancję ochrony krajowych wierzycieli. Nie podlega dyskusji, że utworzenie realnie działającego transnarodowego systemu upadłościowego było i wciąż jest stanem pożądanym. Mimo to podkreśla się, że uniwersalistyczny model będzie osiągalny na poziomie krajowym i globalnym w nadchodzącej przyszłości. Jako stan wysoce niepożądany podano przedkładanie interesów wierzycieli znajdujących się za granicą nad interesy wierzycieli krajowych. Zatem podsumowując rozważania, Komisja nawiązała do możliwości podpisania wielostronnego traktatu tudzież prawa modelowego lub umów o charakterze dwustronnym. W tym kontekście Komisja zauważyła również potrzebę analizy wpływu postępowań upadłościowych na inne postępowania. Należy rozważyć przypadek gwarancji (*guarantee*) udzielonej przez bank. Jeżeli zobowiązany zostanie poddany postępowaniu upadłościowemu, to można zadać pytanie, czy byłoby zasadnym zawieszenie płatności lub zawieszenie samej gwarancji, ponieważ postępowanie uniemożliwia otrzymanie spłaty zabezpieczenia przez bank. Podobna wątpliwość wyrasta przy gwarancji powiązanej z kredytem, kiedy aplikujący o kredyt również jest poddany postępowaniu upadłościowemu. Innym, najbardziej istotnym z perspektywy tej rozprawy jest konflikt pomiędzy postępowaniem upadłościowym a arbitrażem. Pytanie, które stawia Komisja jest następujące – jakie są następstwa poddania się pod sąd arbitrażowy pozwanego, który jest już poddany postępowaniu upadłościowemu? Komisja podkreśla, że regulacje dotyczące przenikania się różnych postępowań nie

znajdują się w przepisach dotyczących postępowań upadłościowych<sup>356</sup>. W istocie dokument porusza najważniejsze kwestie związane z problemami prawa upadłościowego. Wydaje się, że najważniejsza refleksja nasuwająca się po analizie niniejszego dokumentu to głównie fakt, że problemy nie straciły na swej aktualności i społeczność międzynarodowa dalej musi zmagać się z podobnymi przeszkodami. Kolejny dokument Zgromadzenia Ogólnego ONZ<sup>357</sup>, który powstał zaledwie rok po wydaniu pierwszego dokumentu będącego wstępną analizą zagadnień problemowych, konkretyzuje kierunek zmian legislacyjnych. Potencjalne zmiany mogłyby dotyczyć obszaru prawa materialnego, kolidującego z prawem upadłościowym.

Szczególne zmiany mogłyby zająć w obszarze:

- systemów wspierających,
- postępowań likwidacyjnych,
- w odniesieniu do ochrony zabezpieczenia lub szybkiej likwidacji,
- w zakresie procedury likwidacyjnej – wdrożenie mechanizmów wspierających reorganizację poprzez wstrzymanie działania indywidualnych wierzycieli,
- zainicjowana zmian legislacyjnych, które miałyby na celu rzetelny wybór przedstawicieli (*representatives*), w tym skuteczną współpracę w przedmiocie odzyskiwania majątku,
- wdrożenia skuteczniejszego systemu informacyjnego,
- wdrożenia skuteczniejszego mechanizmu informacyjnego dla zabezpieczonych pożyczkodawców/kredytodawców (*secured lenders*), co do przedmiotów, na które zostało udzielone zabezpieczenie,
- uproszczenia systemu dochodzenia roszczeń, w szczególności systemów umożliwiających wierzycielom ubieganie się o roszczenia w swoich państwach, w swoim rodzimym języku,
- uznania orzeczeń zagranicznych sądów,

---

<sup>356</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Possible Future Work, Note by the Secretariat, Addendum, Cross-Border Insolvency z dnia 23.06.1993 r., s.11.

<sup>357</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Cross-Border Insolvency, Note by the Secretariat, Report on UNCITRAL – INSOL Colloquium on Cross-Border Insolvency z dnia 19.05.1994 r., A/CN.9/398.

- uznania i egzekwowalności pozycji netto (*net positions*) banków związanych wielostronnymi *netting agreements*<sup>358</sup>.

Badając przedstawiony materiał, można dojść do wniosku, że tak naprawdę głównym kierunkiem, w którym mogą ewoluować potencjalne zmiany, jest przede wszystkim płaszczyzna transnarodowej współpracy sądowej. Komisja poprzez identyfikację tzw. subkategorii w transnarodowej upadłości, kategoryzuje płaszczyzny potencjalnej współpracy, która jest możliwa i osiągalna bez przedsięwzięcia zbędnych środków, nie ingerując przy tym w indywidualne kompetencje innych państw. Drugą sub – kategorią jest „*access and recognition*”. Ideą tej kategorii jest udostępnienie, czy też otwarcie drogi sądowej zagranicznym wierzycielom, a także syndykom oraz uznanie postanowień wydanych w zagranicznych sądach. Trzecią sub – kategorią, jest możliwość podjęcia współpracy na poziomie międzynarodowym poprzez sformułowanie prawa modelowego dotyczącego upadłości.

## § 5. American Legal Institute Insolvency Principles

W kontekście zawiązywania wielostronnej, międzynarodowej współpracy w przedmiocie upadłości ciekawym zagadnieniem jest fakt, że do tej pory tego rodzaju współpraca nie została zawiązana pomiędzy Stanami Zjednoczonymi a Unią Europejską. Zapisy regulujące kwestie związane z niewypłacalnością potencjalnie mogłyby znaleźć się w umowie o strefie wolnego handlu pomiędzy USA a Unią Europejską, czyli TTIP<sup>359</sup>. Wejście w życie wielostronnej umowy o wolnym handlu spotkało się z krytyką i uzasadnionymi obawami społeczności międzynarodowej<sup>360</sup>. Obawy związane były między innymi z negatywnymi doświadczeniami z umowami takimi jak NAFTA (Północnoamerykański Układ Wolnego Handlu z 1992 roku między Stanami Zjednoczonymi, Kanadą i Meksykiem), który była prototypową umową

<sup>358</sup> Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Cross-Border Insolvency, Note by the Secretariat, Report on UNCITRAL – INSOL Colloquium on Cross-Border Insolvency z dnia 19.05.1994 r., A/CN.9/398., s. 3.

<sup>359</sup> TTIP, czyli Transatlantic Trade and Investment Partnership. Unia Europejska opublikowała dokument, który jest pewnego rodzaju propozycją dot. ochrony inwestycji, a także rozwiązywania sporów inwestycyjnych. Został opublikowany 12.11.2015 r. i poddany debacie. Tekst finalny będzie rezultatem dwustronnych negocjacji pomiędzy Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi. Opublikowany tekst jest dostępny na stronie: [http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/92123/TTIP\\_investment.pdf](http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/92123/TTIP_investment.pdf), [dostęp 11.08.2018].

<sup>360</sup> Zob. L. Raś, Jeśli wejdzie TTIP, europejskie rolnictwo nie ma szans w konfrontacji z amerykańskim, „Dziennik Gazeta Prawna”, 22.03.2016, <http://biznes.gazetaprawna.pl/artykuly/929377,ttip-europejskie-rolnictwo-zagrozenie-demokracji-gmo-ceta.html>, [dostęp: 14.08.2018].

o wolnym handlu. Miejsc pracy po jego wprowadzeniu ubyło zarówno w Kanadzie, jak i Meksyku, zaś te które zostały, były gorzej płatne i w złych warunkach<sup>361</sup>. Jednakże w chwili obecnej w negocjacjach nastąpił impas<sup>362</sup>. W odniesieniu do NAFTA, The American Law Institute (ALI) stworzył *The Transnational Insolvency Project*, który z założenia miał integrować gospodarki trzech państw sygnatariuszy. Paradygmatem projektu było stworzenie pewnego rodzaju schematu upadłościowego dla przedsiębiorstwa, które swoją siedzibę ma w jednym z państw NAFTA, zaś dostawców, kredytodawców, aktywa, pracowników, akcjonariuszy oraz działalność prowadzi we wszystkich trzech. Podnoszono kwestię, że zintegrowane czynniki o charakterze finansowym, operacyjnym oraz rynkowym są niezbędne, aby stworzyć ramy systemu upadłościowego<sup>363</sup>. W 2012 r., zaprezentowane zostały wyniki sześcioletnich badań American Law Institute (ALI) oraz International Insolvency Institute (III), czyli ALI-III Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases 2012 (ALI-III Global Principles and Guidelines 2012)<sup>364</sup>. Rezultatem badań było 37 zasad międzynarodowej współpracy w zakresie upadłości oraz 18 wytycznych w sprawie międzynarodowej współpracy sądowej. Ponieważ w tworzenie raportu zaangażowany był szereg ekspertów z trzydziestu krajów, została przedstawiona perspektywa o charakterze kompleksowym, odzwierciedlającym różne tradycje prawne. Raport zademonstrował, że ALI Principles of Cooperation pomiędzy państwami członkowskimi NAFTA z 2003 r. mogą z powodzeniem zostać transponowane do różnych porządków prawnych na całym świecie<sup>365</sup>. Należy również odnotować, że International Bar Association, sekcja J prawa gospodarczego (*Committee J – Insolvency and Creditors’ Rights*) 31.05.1996 r. przyjęła *The Cross-Border Insolvency Concordat*, czyli Konkordat Upadłości Transgranicznej<sup>366</sup>. Konkordat nie ma charakteru wiążącego, stanowi zbiór wytycznych mających z założenia ułatwić prowadzenie międzynarodowego postępowania upadłościowego.

---

<sup>361</sup> *Ibidem*

<sup>362</sup> D. Boffey, Hopes of EU-US trade agreement put on ice, say Brussels sources, *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/business/2017/jun/05/hopes-of-eu-us-trade-agreement-put-on-ice-say-brussels-sources>, [dostęp: 14.08.2018].

<sup>363</sup> J. L. Westbrook, J. S. Ziegel, *The American Law Institute NAFTA Insolvency Project*, “*Brooklyn Journal of International Law*” 1997, vol. 23, s. 7.

<sup>364</sup> Zob. ALI-III Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases 2012, [https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/ALI-III%20Global%20Principles%20booklet\\_0.pdf](https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/ALI-III%20Global%20Principles%20booklet_0.pdf), [dostęp: 20.08.2018].

<sup>365</sup> ALI-III Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases 2012, [https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/ALI-III%20Global%20Principles%20booklet\\_0.pdf](https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/ALI-III%20Global%20Principles%20booklet_0.pdf), s. 2. [dostęp: 20.08.2018].

<sup>366</sup> IBA Cross-Border Insolvency Concordat, dostępny na [www.ibanet.org](http://www.ibanet.org), [dostęp: 12.12.2018]

Przytoczenie wybranych wytycznych ALI, którymi kierowali się twórcy raportu, pozwoli odnotować, że najważniejsze cechy kompletnego systemu prawa upadłościowego, oraz efektywnej współpracy sądowej. Warto odnotować, projekt NAFTA był kolejnym z serii wielu dot. transnarodowej upadłości. W ogólności wytyczne dotyczą szybkiej, efektywnej współpracy, w celu maksymalizacji wartości majątku dłużnika, aby w rzetelny sposób zabezpieczyć interesy wierzycieli<sup>367</sup>. Wytyczne w żaden sposób nie mogą wpływać na wykonywanie suwerennej władzy sądowniczej, ani mieć wpływ zasady prawa krajowego w zakresie prawa upadłościowego<sup>368</sup>. Naczelną rolę odgrywa również zasada braku dyskryminacji w odniesieniu do wierzycieli, bądź uczestników postępowania, ze względu na narodowość, miejsce zamieszkania, domicyl lub rodzaj roszczenia<sup>369</sup>. Bardzo istotna rola spoczywa na administratorze upadłościowym, od którego uzależniona jest komunikacja między sądami. Komunikacja pomiędzy sądami, a administratorami upadłościowymi powinna odbywać się za pomocą komunikacji elektronicznej. Zasada ta jest szerzej opisana w kolejnej części dokumentu, Global Guidelines for Court-to-Court Communications in International Insolvency Cases<sup>370</sup>. Z pewnością jest to zasada mająca na celu usprawnienie przeprowadzenia międzynarodowego postępowania upadłościowego. Niemniej jednak, według autorki, naciekawszą *guideline* w odniesieniu do rozpatrywanego problemu badawczego stanowi pkt. 23.4. Stanowi on o powołaniu niezależnego pośrednika (*intermediary*) mającego usprawnić upadłościowy. Pośrednik powinien być odpowiednio wykwalifikowany, i wykonywać swoje obowiązki w sposób obiektywny, bezstronny. Być może można wysunąć wniosek, że tego rodzaju pośrednik mógłby działać w roli mediatora/arbitra, którego działania miałyby mieć charakter pomocniczy.

## § 6. Wnioski

Jak zostało udowodnione w rozdziale II, rozwój międzynarodowego prawa upadłościowego jest bezpośrednio związany ze wzrostem i intensyfikacją wymiany handlowej. Prawo insolwencyjne w ujęciu międzynarodowym powinno być rozumiane

---

<sup>367</sup> Zob. Principle 1: „Overriding objective”.

<sup>368</sup> Zob. Principle 3: „International Status; Public Policy”.

<sup>369</sup> Zob. Principle 11: „Non-discriminatory treatment”.

<sup>370</sup> Zob. Guideline 8: „E-communication to Court” i Guideline 9: E-communication to Insolvency Administrator.

jako zbiór norm prawnych dotyczących nie tylko prawa upadłościowego, ale także prawa restrukturyzacyjnego. W toku rozważań zaprezentowanych w niniejszej rozprawie postępowanie upadłościowe w ujęciu międzynarodowym jest postępowaniem o charakterze sądowym bądź administracyjnym. Konstatacja, że międzynarodowe postępowanie insolwencyjne jest postępowaniem głównie o charakterze nadzorczym, jest spostrzeżeniem trafnym. Założeniem międzynarodowego postępowania upadłościowego jest efektywne zaprojektowanie takiego procesu, który byłby ukierunkowany na jak najszybsze zaspokojenie wszystkich wierzycieli w równym stopniu. Jednak wydaje się, że w świetle przedstawionych dowodów ujednoczenie prawa upadłościowego w skali międzynarodowej jest jeszcze daleko poza zasięgiem społeczności międzynarodowej. W wielości różnego rodzaju rekomendacji, praw modelowych oraz konkordatów, wspólnym mianownikiem jest efektywna koordynacja i współpraca. Należy zauważyć, że prawo handlowe, a tym bardziej prawo upadłościowe jest obszarem niezwykle trudnym do unifikacji. Europejskie prawo spółek zostało ujednoczone jedynie w niektórych aspektach w dyrektywie (UE) 2017/1132, dlatego być może ten sam zabieg w obrębie międzynarodowego prawa upadłościowego będzie rozwiązaniem trafnym.

W wysoko rozwiniętych państwach Unii Europejskiej zmiana systemu prawa upadłościowego miała miejsce w latach 90. XX wieku i polegała przede wszystkim na zmianie filozofii dotyczącej zarządzania przedsiębiorstwami niewypłacalnymi. Implementacja idei *rescue culture* - według autorki - zdecydowanie stanowi jeden z największych sukcesów prawa wspólnotowego w dziedzinie prawa upadłościowego. Kluczowym spostrzeżeniem poczynionym przez autorkę jest postulat o uproszczeniu prawa spółek, w tym procedur upadłościowych w ujęciu międzynarodowym. Konflikty występujące na płaszczyźnie niejednorodnych regulacji prawnych, a także na płaszczyźnie związanej z konfliktem interesów występującym na linii wierzyciel – dłużnik, są niemożliwe do pogodzenia. Nieharmonijne skonstruowanie przepisów uniemożliwia efektywne administrowanie przedsiębiorstwem, które znajduje się w kłopotach finansowych. Występowanie luk systemowych oraz nierozumienie przepisów to największe problemy międzynarodowego prawa upadłościowego. Postulat o utworzeniu międzynarodowego trybunału upadłościowego, który miałby rozpatrywać transgraniczne sprawy upadłościowe, mógłby spotkać się z aprobatą środowiska akademickiego, jednakże praktycy mogliby mieć poważne wątpliwości, co do zasad



funkcjonowania takiej jednostki. Wątpliwości mogą być związane głównie z finansowaniem takiej jednostki, powstaniem zaplecza organizacyjno-prawnego itd. Jednakże „Międzynarodowy Trybunał Upadłościowy” wsparty szkieletem koncyliacyjnym sprawdzonej instytucji posiadającej system arbitrażowy takiej jak np. ICC, mógłby w istocie stanowić realną alternatywę dla systemu sądowego. Międzynarodowe postępowanie upadłościowe jest postępowaniem „porządkującym” wierzytelności. Jest to mechanizm oparty na zasadzie ograniczonego uniwersalizmu, który w głównej mierze operuje na prawie właściwym państwa, w którym zostało wszczęte główne postępowanie upadłościowe. Funkcjonowanie jednej zasady, tzw. „parasola”, względem aktywów dłużnika, które znajdują się w odmiennych jurysdykcjach, jest zagadnieniem kontrowersyjnym. W związku z tym pytanie: czy i w jaki sposób można stworzyć efektywny system jednolitego prawa upadłościowego gwarantującego pewną i stabilną współpracę międzynarodową, ma podstawowe znaczenie z dwóch powodów. Po pierwsze, preferencyjne traktowanie wierzycieli krajowych często odbywa się z pokrzywdzeniem wierzycieli zagranicznych, co może zdecydować o odrzuceniu koncepcji jednolitego, unitarnego, międzynarodowego postępowania upadłościowego. Z drugiej strony wydaje się, że sądy chętnie będą korzystały z automatyzmu uznawania zagranicznych orzeczeń w przedmiocie postępowania upadłościowego ze względu na zasady ekonomiki procesowej, oszczędność czasu i kosztów.

Jak zostało wykazane w niniejszym rozdziale, zlokalizowanie COMI przedsiębiorstwa często decyduje o skuteczności postępowania insolwencyjnego w kontekście zaspokojenia wierzycieli. Jest to zagadnienie niezwykle istotne, ponieważ w obliczu wystąpienia niewypłacalności przedsiębiorcom zależy na efektywnych działaniach, które nie przedłużają procesu dochodzenia należnych roszczeń. Jednak w praktyce COMI może być zlokalizowane w państwie, w którym brak jest efektywnie funkcjonującego systemu insolwencyjnego. Jest to zdecydowanie problem o charakterze praktycznym, w szczególności dla wierzycieli. Innym czynnikiem może być brak zaufania wierzycieli do systemu sądownictwa, w którym zostało zlokalizowane COMI. Ponadto należy zważyć na fakt, że międzynarodowe przedsiębiorstwa tworzą odrębne formy prawne dla swoich działalności w jurysdykcjach, w których operują, a każda z nich jest uznawana jako oddzielna jednostka na potrzeby prawa insolwencyjnego. Prowadzi to do sytuacji, w której wiele sądów może administrować aktywami na

podstawie ich lokalizacji, nie zważając na ewentualność, że mogą one być częścią większej masy upadłościowej<sup>371</sup>. Można przypuszczać, że przedsiębiorcy w analizie ryzyka finansowego przedsiębiorstwa, uwzględniając możliwość wystąpienia niewypłacalności, z premedytacją wybiorą państwo o „przyjaznym” systemie insolwencyjnym na swoje COMI. Oczywiście będzie to uzależnione od formy organizacyjno-prawnej przedsiębiorcy, ale wysoce prawdopodobny wydaje się scenariusz, w którym spółki zależne będą lokalizowane w państwach, w których istnieje prawdopodobieństwo niemożliwości zaspokojenia wierzycieli. Reasumując, na podstawie podanych sytuacji problemowych związanych z wyróżnieniem COMI i ECOMI przedsiębiorstwa w kontekście wystąpienia transgranicznego sporu upadłościowego, rysuje się potrzeba implementacji bardziej efektywnego systemu zarządzania informacją wśród sądów upadłościowych.

---

<sup>371</sup> *Allan. L. Gropper*, The Arbitration of Cross-Border Insolvencies, *American Bankruptcy Law Journal*, Nr. 86, 2012, s. 202.

### Rozdział III. Relacja arbitrażu do postępowań upadłościowych w wybranych państwach *common law*

#### § 1. Postępowanie arbitrażowe i upadłościowe w krajach *common law*

Problematyka arbitrażu i sporów upadłościowych powinna być rozpatrywana z jednej strony z uwagi na rosnącą liczbę upadłości transgranicznych, a z drugiej na rosnącą popularność pozasądowego rozstrzygania sporów. Zgodnie z poglądem przedstawionym w wielu opracowaniach dotyczących arbitrażu w zasadzie można powiedzieć, że w transakcjach międzynarodowych, klauzule arbitrażowe stały się normą<sup>372</sup>. Międzynarodowe sądy arbitrażowe, takie jak ICSID i ICC, pokazują tendencję wzrostową dotyczącą spraw rozpatrywanych w formie międzynarodowego arbitrażu, co sprawia, że również sądy upadłościowe stają przed dylematem, czy dany spór faktycznie należy do właściwości sądu upadłościowego, czy może być rozpoznany w formie arbitrażu. Jest to związane z naturą klauzul arbitrażowych, które zazwyczaj są bardzo szerokie i generalnie mówią o rozwiązaniu wszystkich sporów wynikających bezpośrednio z, lub które są związane z umową główną<sup>373</sup>. Analizując orzecznictwo oraz literaturę specjalistyczną można zaobserwować, że problematyka intersekcji sporów arbitrażowych z postępowaniem upadłościowym w przeważającej liczbie dotyczy państw *common law*, a nie państw z obszaru prawa kontynentalnego.

Zdecydowana większość opracowań z zakresu nie tylko prawa upadłościowego, ale również postępowania arbitrażowego w ujęciu międzynarodowym odnosi się do prawa modelowego UNCITRAL. W związku z tym można wysunąć wniosek, że prawo modelowe UNCITRAL stanowi swego rodzaju spoiwo oraz łącznik różnych jurysdykcji, zarówno w zakresie postępowania arbitrażowego, jak i insolwencyjnego. Jednakże odmienne mechanizmy interpretacyjne mogą powodować, że harmonizacja i koordynacja przepisów jest niezwykle trudna. Jest to specyfika państw obszaru *common law*, w których centralną rolę odgrywa sędzia. Rola sędziego w systemie

---

<sup>372</sup> G. Born, W. Miles, *Global Trends in International Arbitration*, 22. Born G., Miles W., *Global Trends in International Arbitration*, WilmerHale Special Advertising Section 2016: [https://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale\\_Shared\\_Content/Files/Editorial/Publication/GlobalTrends\\_InternationalArbitration.pdf](https://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/Editorial/Publication/GlobalTrends_InternationalArbitration.pdf), s.1, [dostęp: 26.11.2017].

<sup>373</sup> Np. standardowa klauzula arbitrażowa International Chamber of Commerce w j. angielskim brzmi następująco: *All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules*. Wiele innych standardowych klauzul arbitrażowych znajduje się na oficjalnej stronie internetowej ICC: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/arbitration-clause/>, [dostęp: 26.11.2017].

*common law* jest rolą dynamiczną, ponieważ poszukuje on rozwiązań dla danej sprawy w innych, wcześniejszych orzeczeniach, natomiast jeśli takiego rozwiązania nie znajdzie – sam tworzy odpowiednią regułę prawną, i stosuje sporze przed nim zawisłym<sup>374</sup>.

Hipoteza, która legła u podstaw niniejszego rozdziału, jest następująca: orzecznictwo państw *common law* w obliczu nieustannie ewoluującej linii orzecniczej nie jest gwarantem ukonstytuowania się arbitrażu jako instytucji mającej automatyczne zastosowanie w sporach insolwencyjnych. W odniesieniu do państw *common law* należy zatem zbadać, w jaki sposób niektóre problemy zostały potraktowane przez system prawa amerykańskiego, a w jaki sposób reguluje je prawo angielskie oraz irlandzkie. W Stanach Zjednoczonych zasady prawa modelowego są odzwierciedlone w dziale 15 kodeksu upadłościowego (*Chapter 15 US Bankruptcy Code*), który został dodany do systemu prawa przez *Bankruptcy Prevention and Consumer Protection Act 2005* i zamieniał dotychczas obowiązującą sekcję 304 Kodeksu Upadłościowego (*Section 304 of the Bankruptcy Code*). *Chapter 15* ma zastosowanie do upadłości o charakterze transgranicznym. Kongres Stanów Zjednoczonych zaznacza, że *Chapter 15*, wiernie odzwierciedla język użyty w prawie modelowym, w odpowiednim stopniu dostosowując się do prawa amerykańskiego<sup>375</sup>. Ponadto raport Kongresu sugeruje, że jeżeli sądy amerykańskie będą powoływały się na decyzje sądów zagranicznych, usprawni to procesy związane z harmonizacją prawa.

Można domniemywać, że z czasem, dzięki zabiegom legislacyjno–interpretacyjnym, osiągnięcie jednolitej linii orzecniczej sądów orzekających w sprawach związanych z upadłością będzie bardziej realne. Jest to jednak predykcja niepewna. Nadrzędną rolę w tym procesie ma pełnić współpraca między sądami na poziomie międzynarodowym<sup>376</sup>. Analizując zagadnienie uznawalności oraz wykonaniu

---

<sup>374</sup> I. Kraśnicka, A. Ludwikowska, Wprowadzenie do systemu prawa Stanów Zjednoczonych, Toruń 2012, s. 61.

<sup>375</sup> „It largely tracks the language of the Model Law with appropriate United States references”, zob. *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*, Report of the Committee on the Judiciary House of Representatives, to accompany s. 256, together with Dissenting, Additional Dissenting, And Additional Minority Views, Union Calendar No. 14, 109th Congress 1st Session, Rept. 109-31, Part 1, sec. 1512, dostępny na: <https://www.congress.gov/109/crpt/hrpt31/CRPT-109hrpt31-pt1.pdf>, s. 115, [dostęp: 01.09.2018].

<sup>376</sup> Zob. § 1501. Purpose and scope of application: (a) The purpose of this chapter is to incorporate the Model Law on Cross-Border Insolvency so as to provide effective mechanisms for dealing with cases of cross-border insolvency with the objectives of (1) cooperation between – (A) courts of the United States, United States trustees, trustees, examiners, debtors, and debtors in possession; and (the courts and other

wyroków trybunałów arbitrażowych, w prawie angielskim istnieje zasadnicza przeszkoda w przedmiocie egzekwowania umów arbitrażowych przeciwko stronie umowy, która ogłosiła upadłość w przypadku, kiedy *trustee*<sup>377</sup> nie wyraża na to zgody (co zresztą jest również zasadą w polskim postępowaniu upadłościowym). *The Arbitration Act 1996* wprowadził specjalną procedurę do angielskiego *Insolvency Act 1986*, która umożliwia osobie, która pełni funkcję *trustee* w postępowaniu upadłościowym, przyjęcie lub odrzucenie umowy o arbitraż. W przypadku kiedy *trustee* podejmuje decyzję o nieprzystąpieniu do procedury arbitrażowej, wówczas arbitraż może zostać przeprowadzony wyłącznie za zgodą wierzycieli oraz sądu. Sąd w każdym przypadku będzie badał, czy w istocie dany spór będzie nadawał się do rozpoznania i rozstrzygnięcia w formie arbitrażu. Innymi słowy, sąd bada czy spór będzie posiadał zdatność arbitrażową (*arbitrability*)<sup>378</sup>.

Z kolei prezentacja problemu intersekcji arbitrażu i postępowania upadłościowego z perspektywy systemu prawnego irlandzkiego jest niezbędna w celu omówienia, w jaki sposób działa jeden z najnowocześniejszych systemów prawa upadłościowego w Unii Europejskiej. Problem zdatności sporów insolwencyjnych nie jest zagadnieniem obszernie komentowanym w orzecznictwie i literaturze, dlatego należało zbadać, co jest przyczyną tego stanu rzeczy.

W związku z powyższym, należy się zastanowić, czy istnieje znacząca różnica w implementacji prawa modelowego w państwach *common law*, a także czy faktycznie sądy polegają na decyzjach sądów zagranicznych. Uwzględniając analizę orzecznictwa i literatury amerykańskiej, należy również zbadać, czy tzw. zasada *american exceptionalism*<sup>379</sup> w odniesieniu do postępowania upadłościowego i arbitrażowego

---

competent authorities of foreign countries involved in cross-border insolvency cases [...], [w:] Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005, Report of the Committee on the Judiciary House of Representatives, to accompany s. 256, together with Dissenting, Additional Dissenting, And Additional Minority Views, Union Calendar No. 14, 109th Congress 1st Session, Rept. 109-31, Part 1, sec. 1512, dostępny na: <https://www.congress.gov/109/crpt/hrpt31/CRPT-109hrpt31-pt1.pdf>, s. 311, [dostęp: 01.09.2018].

<sup>377</sup> *Trustee* w prawie angielskim, czyli syndyk.

<sup>378</sup> N. Blackaby, C. Partasides QC, A. Redfern, M. Hunter (red.), *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 6th ed., Oxford Law, 2015, p. 2146.

<sup>379</sup> Dyskusja dotycząca pojęcia *American Exceptionalism* toczy się nie tylko w kontekście prawnym, ale ma również znaczenie w obszarze związanym z polityką. Szerz. na ten temat H. H. Koh, *On American Exceptionalism*, *Stanford Law Review* 2003, vol 55, no. 5, 2003, s. 1480 i nast. Pojęcie *American Exceptionalism* zostało użyte przez Alexisa de Tocqueville'a w 1831 r. Termin ten oznaczał, że Stany Zjednoczone w znaczącym stopniu różnią się od innych rozwiniętych państw ze względu na swoje wyjątkowe pochodzenie, narodowe credo oraz historyczną ewolucję, a także odmienne instytucje polityczne i religijne, Zob. A. De Tocqueville, *Democracy in America*, Volume One and Two, trans.

w znaczący sposób zawęży możliwość szerszej interpretacji klauzul arbitrażowych w postępowaniu upadłościowym, i czy w związku z tym decyzje wydane przez sądy amerykańskie faktycznie mogą stanowić drogowskaz interpretacyjny dla innych państw.

## § 2. Arbitraż w U.S.A

Historia arbitrażu w Stanach Zjednoczonych ma długoletnią tradycję, czego przykładem jest świadectwo pierwszego prezydenta U.S.A – Jerzego Waszyngtona. Waszyngton nie tylko występował w roli arbitra w czasach przed wojną secesyjną, ale co ciekawe, klauzulę arbitrażową umieścił w swoim testamencie<sup>380</sup>. W literaturze amerykańskiej zwraca się uwagę na odmienne role, jakie odgrywają prywatny i publiczny sektor w rozwiązywaniu konfliktów. Rozwiązywanie sporów było tradycyjnie przypisywane władzy publicznej, w której sędziowie występują w roli przedstawicieli państwa<sup>381</sup>.

Obecne źródła świadczą o tym, że już w osiemnastowiecznych kolonialnych Stanach Zjednoczonych spory rozwiązywano za pomocą arbitrażu. Było to wyrazem użycia prywatnej formuły adiudykacyjnej rozwiązywania sporów pomiędzy podmiotami prawa prywatnego. Na przykład, Nowojorska Izba Handlowa w 1768 roku ustanowiła pierwszy najbardziej znany współczesny system arbitrażowy. Jest przykładem najstarszego komitetu arbitrażowego, który przetrwał do dnia dzisiejszego. System wypracowany przez Izbę polegał na rozwiązywaniu sporów zgodnie z praktyką gospodarczą, a nie na sztywnej interpretacji litery prawa<sup>382</sup>. Również Nowojorska

---

Henry Reeve, the Pennsylvania State University, Electronic Classics Series, 2002, <http://seas3.elte.hu/coursematerial/LojkoMiklos/Alexis-de-Tocqueville-Democracy-in-America.pdf>, [dostęp: 01.09.2018].

<sup>380</sup> I hope and trust, that no disputes will arise concerning [the devices in this will]; but if, contrary to expectation of the usual technical terms, or because too much or too little has been said on any of the devices to be consonant with law, my Will and direction is expressly is, that: all disputes (if unhappily and should arise) shall be decided by three impartial and intelligent men, known for their probity and understanding, two to be chosen by the disputants – each having a choice of one – and third by those two, which three men thus chosen, shall unfettered by Law, or legal constructions; declare their Sense of the Testator's intention; and such decision is, to all intents and purposes to be as binding on the parties as if it had been given in the Supreme Court of the United States, Nordham 1982.

<sup>381</sup> W. M. Lander, R. A. Posner, Adjudication as a Private Good, "Journal of Legal Studies" 1979, vol. 8, s. 235.

<sup>382</sup> K. V. W. Stone, Rustic Justice: Community and Coercion Under The Federal Arbitration Act, "North Carolina Law Review" 1999, vol. 77, s. 969 i nast.

Giełda Papierów Wartościowych<sup>383</sup> (New York Stock Exchange) w 1817 r. ukonstytuowała jeden z pierwszych mechanizmów rozwiązywania sporów B2B (*business to business*), który opierał się na arbitrażu<sup>384</sup>. Warto odnotować, że ze względu na korzystne regulacje stanowe większość spółek konstituuje się albo w stanie Nowy Jork, albo w stanie Delaware<sup>385</sup>, co również decyduje o popularności zastosowania mechanizmów o charakterze koncyliacyjnym.

Jednak należy podkreślić, że arbitraż zyskał uznanie dopiero niedawno. W dziewiętnastym wieku sędziowie zazwyczaj odmawiali uznania klauzuli arbitrażowych jako elementu umowy. Sędziowie byli sceptyczni co do prywatnych rozwiązań, które - jak sądzili - miały na celu obejście publicznego systemu sądownictwa i były wyrazem nierównej siły negocjacyjnej stron<sup>386</sup>. Sądy *common law* nie wydawały wyroków nakazujących konkretne działanie (*specific performance*) w odniesieniu do umowy zawierającej klauzulę arbitrażową. Uzasadnieniem było to, że umowy arbitrażowe (czy też klauzule) mogły być odwołane przez którąkolwiek ze stron do momentu wydania orzeczenia przez sąd arbitrażowy. Była to tzw. *revocability doctrine* i na jej podstawie arbiter działał na podobnej zasadzie, co agent w umowie agencyjnej. W związku z tym, gdy jedna ze stron umowy arbitrażowej odmówiła udziału w arbitrażu, druga strona była pozbawiona środków prawnych, aby wyegzekwować wykonanie umowy arbitrażowej oraz wstrzymać wszczęcie procesu sądowego. W większości stanów, w przypadku niemożliwości wyegzekwowania postanowień umownych, strony mogły wystąpić z roszczeniem o odszkodowanie w związku z niedochowaniem postanowienia o arbitrażu. Sądy w takich wypadkach przyznawały jedynie nominalną wartość roszczenia – w większości przypadków było to nie więcej niż koszty, które poniosła strona w celu doprowadzenia do arbitrażu, który nigdy nie doszedł do skutku. Zatem strona, która miała interes w postępowaniu arbitrażowym, nie miała możliwości wykorzystania żadnych środków, aby niejako „zmusić” drugą stronę do przystąpienia do sądu arbitrażowego<sup>387</sup>.

---

<sup>383</sup> Zob. New York Stock Exchange Arbitration Rules:

<https://www.finra.org/sites/default/files/ArbMed/p117075.pdf>, [dostęp: 12.12.2018].

<sup>384</sup> J. Folberg, D. Golann, T. J. Stipanowich, L. A. Kloppenberg (red.), *Resolving Disputes: Theory, Practice and Law*, Wolters Kluwer 2010, s. 539.

<sup>385</sup> L. S. Black, Jr., *Why Corporations Choose Delaware*, Delaware Department of State Division of Corporations, 2007.

<sup>386</sup> W j. angielskim jest to tzw. *uneven bargaining power*.

<sup>387</sup> K. V. W. Stone, *Rustic Justice: Community and Coercion Under The Federal Arbitration Act*, “North Carolina Law Review” 1999, vol. 77, s. 969 i nast.

*Revocability doctrine* okazała się być skutecznym środkiem wstrzymującym proces arbitrażowy, i trwała niemalże nieprzerwanie przez cały dziewiętnasty wiek. Skuteczność *revocability*, czyli w zasadzie „odwołałości” zapisu na sąd polubowny, była uzasadniona przez dwa stanowiska. Zgodnie z pierwszym, strony stosunku prywatnoprawnego nie mogą wyłączyć kompetencji sądu do rozstrzygnięcia ich sporu za pomocą umowy. W literaturze przedmiotu podaje się, że teoria wyłączenia sądu państwowego miała swoją genezę w Anglii, jednak bardzo szybko zyskała popularność również w sądach federalnych i stanowych w Stanach Zjednoczonych. Sąd Najwyższy w *Insurance Co v. Morse* (1874) stwierdził, że „Umowy mające na celu eliminację przyznanej przez prawo jurysdykcji sądów są niezgodne z prawem i tym samym nieważne”. W dalszej części zostało stwierdzone, że strony nie mogą stworzyć lub ograniczyć jurysdykcji sądu w drodze umowy. Na tej podstawie ugruntowała się praktyka orzecznicza uniemożliwiająca konkretne działanie (*specific performance*) z tytułu umowy o arbitraż. Drugi pogląd ukształtował się na kanwie sprawy *Tobey v. Count of Bristol*<sup>388</sup>. Sąd stanął na stanowisku, że choć sądy sprawiedliwości (*courts of equity*) nie wyrażają sprzeciwu w stosunku do trybunałów arbitrażowych, to jednak nie mogą zagwarantować sprawiedliwości i rzetelności przeprowadzanego procesu<sup>389</sup>.

Odwrócenie szali doktryny *revocability* na rzecz szybszego rozwiązywania sporów było w interesie organizacji handlowych, które w Stanach Zjednoczonych przeżywały rozkwit na początku dwudziestego wieku. Do roku 1927, American Arbitration Association (AAA) zebrało informacje o ponad 1000 zrzeszeniach handlowych, które miały swoje własne, wewnętrzne systemy arbitrażowe. Te wewnętrzne systemy arbitrażowe służyły głównie rozwiązywaniu sporów związanych z interpretacją umów lub standardów wewnątrzbranżowych. Wewnętrzne systemy arbitrażowe służyły kształtowaniu jednolitych standardów oraz sprzyjały ograniczeniu nadużyć pomiędzy przedsiębiorcami. Zwolennicy arbitrażu zauważają, że proces arbitrażowy jest integralną częścią misji zrzeszeń handlowych, ponieważ ułatwia

---

<sup>388</sup> *Tobey v. County of Bristol*, 23 F. Cas. 1313 (Circuit Court, D. Massachusetts, 1845).

<sup>389</sup> [W]hen [courts of equity] are asked to proceed farther and to compel the parties to appoint arbitrators whose awards shall be final, they necessarily pause to consider, whether such tribunal possesses adequate means of giving redress, and whether they have a right to compel a reluctant party to submit to such a tribunal and to close against him the doors of the common courts of justice, provided by the government to protect rights and redress wrongs. One of the established principles of courts of equity is not to entertain a bill for the specific performance of any agreement where it is doubtful whether it may not thereby become the instrument of injustice, or to deprive parties of rights which they are otherwise fairly entitled to have protected.



jednolite wykonywanie i urzeczywistnianie standardów branżowych, przy jednoczesnym rozprzestrzenianiu wiedzy nt. obowiązujących standardów oraz ciągle ewoluujących zwyczajów handlowych. Arbitraż był jednym z mechanizmów, które umożliwiały rozwiązywanie sporów przy zachowaniu spójności wewnątrzorganizacyjnej. Podstawową rolę w rozwiązywaniu sporów odgrywała zasada dobrej woli, która rezonowała nie tylko na samych przedsiębiorców, ale również na całe społeczeństwo.

Z uwagi na wszystkie wymienione korzyści wynikające ze stosowania instytucji arbitrażu znajduje uzasadnienie teza o jego użyteczności i atrakcyjności z perspektywy zrzeczeń o charakterze profesjonalnym. Krytyka rozwiązań prawnych związanych z *revocability* znalazła odzwierciedlenie w orzeczeniach sądów. Na przykład, w decyzji z 1915 r., w sprawie *Asphalt Refining Co. v. Trinidad Lake Petroleum Co*<sup>390</sup>, sąd skrytykował zasadę *revocability* i zaznaczył, że nie ma ona uzasadnienia w obrocie, z wyłączeniem *stare decisis*<sup>391</sup>. Próby zmiany obowiązującego *common law* w zakresie rozwiązań dotyczących arbitrażu rozpoczęły Nowojorska Izba Handlowa (New York Chamber of Commerce) wraz z New York Bar Association. Wzorowany na angielskim Arbitration Act z 1889, New York Arbitration Act z 1920 r. nie zawierał wymogu kontroli *de novo*. Był to zabieg celowy, gdyż w interesie przedsiębiorców, czy też zrzeczeń kupieckich nie była dodatkowa kontrola sądowa orzeczeń sądów arbitrażowych.

Dlatego niemałym sukcesem, w szczególności dla przedsiębiorców, którzy lobbowali za przyjęciem jednolitego systemu arbitrażowego, było uchwalenie *Federal Arbitration Act* w 1925 roku. FAA eliminował ingerencję sędziów w treść i uznawalność umów arbitrażowych<sup>392</sup>. Pomimo uchwalenia FAA Sąd Najwyższy odrzucił możliwość zastosowania arbitrażu w sporze wynikającym z oszustw związanych z obrotem papierami wartościowymi<sup>393</sup>.

Przy analizie dotyczącej arbitrażu z perspektywy amerykańskiej, nie sposób jest nie wspomnieć o kamieniu milowym, jakim była sprawa *Mitsubishi Motors Corp.*

---

<sup>390</sup> 222 Fed. 1006 (C. C. A. 2nd 1915).

<sup>391</sup> Łacińska sentencja: *Stare decisis et non quieta movere*, jest to zasada w systemie *common law* obligująca sądy do orzekania zgodnie z orzeczeniami które wcześniej zapadały na gruncie podobnego stanu prawnego, zob. [https://www.investopedia.com/terms/s/stare\\_decisis.asp](https://www.investopedia.com/terms/s/stare_decisis.asp), [dostęp: 27.10.2018].

<sup>392</sup> P. *Kushelev*, An International Approach To Breaking The Core Of The Bankruptcy Code and The FAA Conflict, "Emory Bankruptcy Developments Journal" 2012, nr 28, s. 356.

<sup>393</sup> Zob. *Wilko v. Swan*, 346 U.S 427, 435-38 (1953).

v. *Soler Chrysler-Plymouth Inc.*<sup>394</sup>, w której Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych rozszerzył możliwość stosowania arbitrażu międzynarodowego do naruszeń w związku z *Sherman Act*<sup>395</sup>. Linia orzecznicza przyjęta przez sądy po decyzji wydanej w sprawie *Mitsubishi* jednoznacznie wskazuje na uznanie zdadności arbitrażowej sporów z tytułu naruszenia praw ustawowych (*statutory claims*). W przypadku konfliktu związanego z właściwością prawa, gdy sąd właściwy znajduje się w innej jurysdykcji niż Stany Zjednoczone, Kongres Stanów Zjednoczonych zdecydował o ważności klauzuli arbitrażowej.

Problematyka zagadnienia miejsca sądownictwa polubownego w systemie zasad konstytucyjnych związanych ze sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości jest rzeczą doniosłą, gdyż podnosi fundamentalną kwestię związaną z relacją jednostki i państwa. Biorąc pod uwagę z jednej strony system prawa cywilnego, a z drugiej system prawa *common law*, zdecydowanie można postawić znak równości pomiędzy tymi systemami prawnymi w przedmiocie wolności jednostki co do swobody kontraktowania (swobody umów), jak i potrzeby państwa demokratycznego, które oparte jest na koncepcji „zorganizowanej wolności”<sup>396</sup>. Co do zasady, w polskim systemie prawnym konstytucyjna regulacja przepisów dotyczących sądu polubownego i arbitrażu związana jest z dopuszczeniem sądów polubownych do rozpoznawania i rozstrzygania spraw zamiast sądów państwowych<sup>397</sup>. Samo określenie „wymiar sprawiedliwości” jest ogólnie znane, powszechnie używane<sup>398</sup> i istnieje w świadomości społecznej. Doniosłość zagadnienia dotyczącego problematyki konstytucyjnych podstaw

---

<sup>394</sup> *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler – Plymouth Inc.*, 473 U.S. 614, (1985).

<sup>395</sup> *Sherman Act*, 15 U.S.C.A §§ 1 et seq. to pionierska ustawa antymonopolowa uchwalona w 1890 r., która w swych założeniach ograniczała międzystanowy handel i regulowała zasady konkurencji na danym rynku. Zob. np., *J.C. Sun, P. T. K. Daniel*, *The Sherman Act Antitrust Provisions And Collegiate Action: Should There be a Continued Exception For The University*, „*Journal of College and University Law*” 1999, nr 25, s. 451 i nast., gdzie autorzy w interesujący sposób poruszają problematykę przepisów antymonopolowych w kontekście funkcjonowania uniwersytetu.

<sup>396</sup> *Richard C. Reuben*, *Constitutional Gravity: A Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution And Public Civil Justice*, „*UCLA Law Review*” 2000, vol. 47, s. 949 i nast. W przypisie 324 autor powołuje się na wyrok *Palko v. Connecticut*, 302 U.S 319, 325 (1937), który został unieważniony przez *Benton v. Maryland*, 395 U.S 784 (1969) i odnotowuje, że nowe stanowisko sądu dotyczące prawa kontraktowego może być wytlumaczeniem, dlaczego sądy zaczęły popierać klauzule arbitrażowe w umowach.

<sup>397</sup> *T. Ereciński, K. Weitz*, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 18. Autorzy wskazują na zasadniczy problem związany z kwalifikacją sądownictwa polubownego, podając przykład Szwajcarii, gdzie w doktrynie przyjmuje się, że sądy polubowne są częścią państwowego systemu sądownictwa. W polskim systemie prawnym przyjęto podobne założenie.

<sup>398</sup> *M. Pyrz*, *Pytanie o konstytucyjność sądownictwa polubownego. Spory dogmatyczne*, [w:] *L. Błaszczak* (red.), *Konstytucjonalizacja postępowania cywilnego*, Wrocław 2015, s. 373.

funkcjonowania arbitrażu została szeroko omówiona w polskiej literaturze przedmiotu, i została opisana w rozdziale I.

Przenikanie się prawa polskiego, europejskiego, a także międzynarodowego w systemie arbitrażowym nie może pozostać bez oceny z perspektywy zasad, na podstawie których oparte jest funkcjonowanie demokratycznego państwa prawa. Poszerzenie spektrum oddziaływania arbitrażu ze stosunków handlowych na wiele innych dziedzin życia, ukazuje arbitraż jako mechanizm posiadający legitymację do rozwiązywania sporów „obok” lub zamiast powszechnego systemu sądowego<sup>399</sup>.

Relacja prawa konstytucyjnego i prawa arbitrażowego być może nie należy do oczywistych, jednak oddziaływanie i przenikanie się tych dwóch sfer może być związane między innymi z interwencjonizmem państwa, prawem do sprawiedliwego procesu sądowego, a także wykładnią prawa i interpretacją przepisów. Aby lepiej zrozumieć, na jakiej zasadzie odbywa się to przenikanie, należy zaprezentować pewną zależność, która jest widoczna na kanwie prawa amerykańskiego. Po pierwsze należy zauważyć, że arbitraż, a w szczególności międzynarodowy arbitraż handlowy, jest wzorcową instytucją prawa międzynarodowego prywatnego, co legitymizuje jego obecność w relacjach między jednostkami. Po drugie, Stany Zjednoczone są związane FAA (*Federal Arbitration Act*)<sup>400</sup>, który inkorporuje Konwencję o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych wyroków arbitrażowych (*New York Convention*)<sup>401</sup>. Spoiwem łączącym problematykę sfery imperium państwa oraz zagadnienie prawa do sądu jest konstytucyjność przepisów w tym zakresie. Mianowicie należy odpowiedzieć na pytanie, w jaki sposób interpretować przepisy, gdy konkretne zagadnienie prawne jest regulowane zarówno przez traktat, jak i ustawę, która inkorporuje ten akt do prawa krajowego<sup>402</sup>. W praktyce, na szerszą skalę z zagadnieniem konstytucyjności zapisów na sąd arbitrażowy musiał zmierzyć się Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych<sup>403</sup>.

---

<sup>399</sup> Jest to bezpośrednio odwołanie do teorii jurysdykcyjnej arbitrażu, która została przedstawiona w rozdziale I.

<sup>400</sup> Federal Arbitration Act, 9 U.S.C.

<sup>401</sup> Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych wyroków arbitrażowych sporządzona w Nowym Jorku z 10 czerwca 1958 roku, Dz. U. z 1962 r. Nr 9, poz. 41 ze zm.

<sup>402</sup> Zob. *S. I. Strong*, Beyond The Self-Execution Analysis: Rationalizing Constitutional, Treaty, And Statutory Interpretation In International Commercial Arbitration, “Virginia Journal of International Law” 2013, vol. 53, s. 499.

<sup>403</sup> Zob. orzeczenia Sądu Najwyższego: *Am. Express Co. V. Italian Colors Rest.*, 133 S. Ct. 2304 (2013); *Oxford Health Plans LLC v. Sutter*, 133 S. Ct. 2064 (2013); *AT&T Mobility v. Conception*, 131 S. Ct. 1740 (2011); *Granite Rock Co. V. Int’l Brotherhood of Teamsters*, 130 S. Ct. 2847 (2010); *Rent-a-Center, West, Inc. V. Jackson*, 130 S. Ct. 2772 (2010); *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeders Int’l Corp.*,

W dyskusji o konstytucyjności instytucji arbitrażu na odnotowanie zasługuje fakt, że sądy niższych instancji w Stanach Zjednoczonych w odniesieniu do arbitrażu rozpatrują sprawy związane nie tylko z *Bill of Rights* (pierwsze dziesięć poprawek do Konstytucji amerykańskiej), ale także z *Supremacy Clause* (Art. VI, Clause 2 amerykańskiej Konstytucji, ustanawiający Konstytucję, prawo federalne oparte o Konstytucję i traktaty międzynarodowe, jako nadrzędne prawo Stanów Zjednoczonych)<sup>404</sup>. W amerykańskiej literaturze przedmiotu podnosi się kwestię rozwiązywania sporów w oparciu o szeroko pojęte zasady demokratycznego państwa prawa, a także samej demokracji jako systemu, który reprezentuje pewnego rodzaju określone wartości<sup>405</sup>. Bada się również oddziaływanie arbitrażu na *statutory rights*, czyli prawa wynikające bezpośrednio z ustawy, tworzone przez legislaturę stanową lub federalną, aby chronić strony różnego rodzaju transakcji handlowych. *Statutory rights* w odniesieniu do arbitrażu bada się poprzez soczewkę orzecznictwa Sądu Najwyższego. W dyskusji niniejszego zagadnienia można wyodrębnić następujące konkluzje badawcze:

- (1) Kiedy *statutory rights* są ustanawiane przez Kongres, egzekwowanie klauzul arbitrażowych przez Sąd Najwyższy w umowach, które są regulowane na poziomie federalnym, jest odzwierciedleniem podstawowego celu, który ma spełniać arbitraż.
- (2) Jeżeli *statutory rights* są regulowane przez akty prawne na poziomie stanowym, konkluzja Sądu, że FAA zastępuje prawo stanowe, które *de facto* ogranicza arbitraż związany z prawami ustawowymi, jest bezzasadnym osłabieniem funkcji regulacyjnej sądu.
- (3) Obecny standard kontroli sądowej wyroków arbitrażowych w przedmiocie praw ustawowych (regulowanych na podstawie kompetencji ustawodawczej Kongresu lub stanu) jest zbyt restrykcyjny w odniesieniu do zdolności arbitrażowej.

---

*130 S. Ct. 1758 (2010); Arthur Andersen LLP v. Carlisle, 129 S. Ct. 1896 (2009); 14 Penn Plaza LLC v. Pyett, 129 S. Ct. 1456 (2009); Vaden v. Discover Bank, 129 S. Ct. 1262 (2009); Hall Street Associates, L.L. C v. Mattel, Inc., 552 U.S. 576 (2008).*

<sup>404</sup> S. I. Strong, Book Review Constitutional Conundrums in Arbitration, "Cardozo Journal of Conflict Resolution" 2013, vol. 15, s. 44.

<sup>405</sup> R. C. Reuben, Democracy And Dispute Resolution, "The Problem of Arbitration Law and Contemporary Problems" 2004, vol. 67, s. 282.

(4) Niezbędne są reformy w tym zakresie<sup>406</sup>.

W odniesieniu do dynamiki występującej na linii prawo insolwencyjne – prawo konstytucyjne interesującą kwestią o charakterze procesowym jest problematyka przedstawiania dowodów. W Stanach Zjednoczonych, kiedy wierzyciel przedstawia dowód roszczenia w postępowaniu upadłościowym przed sądem, istnieje domniemanie, że tym samym zrzeka się prawa przysługującego mu na podstawie VII<sup>407</sup> poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych<sup>408</sup>, czyli prawa do rozpoznania sprawy przez ławę przysięgłych. Zasada sądowego wymiaru sprawiedliwości w systemie konstytucyjnym państwa polskiego, może być przyrównywana do zasady wyrażonej zarówno w VI<sup>409</sup>, jak i VII poprawce do Konstytucji Stanów Zjednoczonych.

We wczesnej literaturze amerykańskiej dotyczącej arbitrażu handlowego, a w szczególności prawa antymonopolowego, papierów wartościowych oraz upadłości, podstawowy problem stanowiło pytanie, czy w dobie rosnącego znaczenia międzynarodowej wymiany handlowej, problemy wynikające z tych dziedzin prawnych można było rozwiązać w formie arbitrażu. Potrzeba ujednoczenia przepisów w przedmiocie rozwiązywania sporów wynikała z potrzeby ograniczenia możliwości zabezpieczania taktycznej przewagi w procesie sądowym na konkretnym forum. Te zabiegi miały za zadanie zabezpieczyć strony przed negatywnymi konsekwencjami, które były związane z danym krajowym forum<sup>410</sup>.

Biorąc pod uwagę dotychczas poczynione uwagi, można stwierdzić, że badanie relacji arbitrażu i upadłości jest uzależnione nie tylko od prawa federalnego czy stanowego. Jest to zagadnienie związane z fundamentem systemu prawa

---

<sup>406</sup> R. E. Spiedel, Arbitration of Statutory Rights Under the Federal Arbitration Act: The Case for Reform, "Journal on Dispute Resolution" 1989, vol. 4, nr 2, s. 157 i nast.

<sup>407</sup> „W prowadzonych według prawa powszechnego sprawach cywilnych, w których wartość przedmiotu sporu przekracza 20 dolarów, utrzymuje się właściwość sądu przysięgłych, a fakty ustalone przez taki sąd nie mogą być ponownie ustalane przez jakikolwiek sąd Stanów Zjednoczonych według innych zasad, niż wynikające z prawa powszechnego”, Poprawka VII Konstytucji Stanów Zjednoczonych, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html>, [dostęp: 11.07.2018].

<sup>408</sup> Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki uchwalona w 17.09.1787, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html>, [dostęp: 11.07.2018].

<sup>409</sup> „Przy ściganiu przestępstw przysługuje oskarżonemu prawo do szybkiego i publicznego procesu przed bezstronnym sądem przysięgłych tego stanu i okręgu, w którym przestępstwo zostało popełnione; określenie tego okręgu musi wynikać z wydanej uprzednio ustawy. Oskarżony ma też prawo do zawiadomienia o rodzaju i podstawie oskarżenia, do konfrontacji ze świadkami oskarżenia, wezwania do obowiązkowego stawienia się środków obrony oraz do pomocy prawnej przy obronie”, Konstytucja Stanów Zjednoczonych, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html>, [dostęp: 11.07.2018].

<sup>410</sup> P. O'Neill, Recent Developments In International Commercial Arbitration: An American Perspective, "Arbitration" 1987, vol. 53(3), s. 177.

amerykańskiego, w tym doktryny *stare decisis, statutory rights* (praw podstawowych) oraz konstytucyjną zasadą demokratycznego państwa prawa.

Zatem należy jednoznacznie stwierdzić, że zbadanie oddziaływania arbitrażu i prawa upadłościowego w Stanach Zjednoczonych jest zadaniem skomplikowanym, ze względu na odmienną interpretacyjną na poziomie stanowym, która również jest uzależniona od konkretnego okręgu. Generalnie można powiedzieć, że sądy upadłościowe odmówią egzekwowania umowy arbitrażowej, w przypadku gdy umowa arbitrażowa naruszałaby w sposób znaczący cele kodeksu upadłościowego U.S.A<sup>411</sup>. Istnieje również odmienna praktyka, w której sądy badając rodzaj roszczenia w prawie upadłościowym, zezwalają na przeprowadzenie postępowania arbitrażowego, lub nie. Poglądy traktujące o zdecydowanym odrzuceniu arbitrażu w upadłości, skupiają się na zasadniczym konflikcie wynikającym z rozbieżności normatywnej pomiędzy kodeksem upadłościowym, a zasadami zawartymi w federalnej ustawie arbitrażowej. Analizując linię orzeczniczą Sądu Najwyższego U.S.A, można zaobserwować trend, ograniczający jurysdykcję sądów upadłościowych na podstawie art. III Konstytucji Stanów Zjednoczonych: „§ 1. Władzę sądową Stanów Zjednoczonych sprawuje jeden Sąd Najwyższy oraz takie sądy niższe, jakie z biegiem czasu Kongres ustanowi i utworzy [...]”<sup>412</sup>, co można zinterpretować jako niemożność zastosowania arbitrażu (jako procedury *quasi-sądowej*) w upadłości. Jako przykład można podać sprawę *Stern v. Marshall*, w której w decyzji pięć do czterech, w nakazie przekazania sprawy do sądu wyższego rzędu (*a certiorari*), orzeczono, że zgodnie z art. III Konstytucji, sędziowie sądu upadłościowego nie mieli kompetencji orzekania w sprawie<sup>413</sup>. Można zaryzykować stwierdzenie, że pomimo, że Sąd Najwyższy znajduje podstawy do ograniczenia jurysdykcji sądów upadłościowych, to jednak

---

<sup>411</sup> U. S Bankruptcy Code, 11 U.S.C § 523.

<sup>412</sup> Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki. Tłum. A. Pullo. Warszawa 2002, dostępna na: <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html>, [dostęp: 26.11.2017].

<sup>413</sup> *Stern v. Marshall*, 131 S. Ct. 2594. Art. III Konstytucji U.S.A ustanawia ściśle zasady procedowania sądów federalnych, w tym powoływania sędziów sądów federalnych. W systemie sprawiedliwości istnieje jednak wiele sądów, które nie podlegają bezpośrednio pod art. III Konstytucji. Wyjątkami są między innymi sądy upadłościowe. Zatem sędziów można również podzielić na podlegających pod art. III i niepodlegających pod art. III. Sędziowie art. III są sędziami „niekonstytucyjnymi”, ponieważ nie są powoływani na podstawie Konstytucji przez Kongres, dlatego muszą podlegać pod pewnego rodzaju wyjątek. Jest to tzw. *public rights exception*. Aby sędzia „niekonstytucyjny” mógł rozpoznać daną sprawę, musi spełnić dwa warunki. Po pierwsze, musi działać na podstawie umocowania danego przez Kongres, a to umocowanie musi podlegać pod wyjątek *public rights exception*. W sprawie *Stern v. Marshall* Sąd Najwyższy odpowiedział, że umocowanie dane przez Kongres nie podlegało pod regułę *public rights exception*.

dopuszczają stosowanie arbitrażu w sporach międzynarodowych, nawet w przypadku, gdy spór dotyczy praw zagwarantowanych przez ustawę<sup>414</sup>.

W prawie amerykańskim wątpliwości największej wagi związane są z tym, czy umowne zapisy na sąd arbitrażowy w rzeczywistości mają moc wiążącą, w sporach upadłościowych na gruncie prawa federalnego. Dlatego też nie ma jednolitej linii orzeczniczej co do standardów, które miałyby rozstrzygać podstawową kwestię: czy strony są zobowiązane do poddania sprawy kognicji sądu arbitrażowego w przypadku gdy jurysdykcję nad sprawą posiada sąd upadłościowy. W związku z tym ta dziedzina prawa wywołuje wiele kontrowersji, i wątpliwości natury interpretacyjnej<sup>415</sup>.

### § 3. Postępowanie upadłościowe w U.S.A

Tytułem wstępu należy wyjaśnić, że kompetencja wykładni przepisów obowiązujących w prawie upadłościowym na podstawie *U.S. Bankruptcy Code* w Stanach Zjednoczonych należy przede wszystkim do Sądu Najwyższego. W duchu wyznaczania kierunku rozwoju prawa insolwencyjnego, a także interpretacji jego zasad, niezmiernie istotnym dziedzictwem amerykańskiej judykatury są decyzje upadłościowe sędziego Scalia<sup>416</sup>. *U.S. Bankruptcy Code* jest bardzo obszerną regulacją, co do której nie ma dodatkowych mechnizmów mogących posłużyć za wskazówki interpretacyjne (takich jak np. dodatkowe ustawy, zarządzenia, komentarze itp.). Dlatego też orzecznictwo Sądu Najwyższego w dziedzinie prawa insolwencyjnego odgrywa nadrzędną rolę interpretacyjną. Ponadto, nie istnieje wyspecjalizowana agencja upadłościowa działająca na podstawie *Bankruptcy Code*, co może stwarzać jeszcze więcej wątpliwości interpretacyjnych. Sąd Najwyższy posiada wyłączną kompetencję interpretacji przepisów. Wkład Sędziego Scalii jest wartościowy, ponieważ jego interpretacje opierały się głównie na zasadach wykładni językowej (*textualism*), która gwarantuje przewidywalność i pewność prawa.

---

<sup>414</sup> D. Howard, International Arbitration in Bankruptcy Proceedings: Uncertainty In The Enforcement of Arbitration Agreements, "Defense Counsel Journal" 2017, nr 84, s. 2.

<sup>415</sup> A. Resnik, The Enforcability of Arbitration Clauses In Bankruptcy, "American Bankruptcy Institute Law Review" 2007, nr 15, s. 183.

<sup>416</sup> D. Dawson, M. McDermott, American Bankruptcy Institute Podcast: Justice Scalia's Approach to the Bankruptcy Code and Compared to Judge Gorsuch's Jurisprudence: <https://soundcloud.com/abi-105/abi-podcast-199>, [dostęp: 05.12.2018].

Wielość oraz częstotliwość zmian regulacji prawnych dotyczących prawa upadłościowego, jest poniekąd odzwierciedleniem historii Stanów Zjednoczonych. Dlatego jest to zagadnienie szczególnie interesujące nie tylko z perspektywy prawoporównawczej, ale także polityczno-socjologicznej. Do tej pory w literaturze przedmiotu nie pojawiło się kompleksowe opracowanie z zakresu amerykańskiego prawa upadłościowego, dlatego wydaje się wielce uzasadnionym, aby z perspektywy systemowej omówić poszczególne etapy rozwoju tej dziedziny prawa.

Analizując dane statystyczne w odniesieniu do motywu przewodniego dysertacji, jest niezbędnym, aby odnieść się do danych statystycznych w kontekście upadłości transgranicznej. Niniejsza tabela przedstawia dane postępowań insolwencyjnych prowadzonych na podstawie *Chapter 15 U.S. Bankruptcy Code* (transgraniczne postępowanie upadłościowe):

	<b>1 kwartał</b>	<b>2 kwartał</b>	<b>3 kwartał</b>	<b>5 kwartał</b>	<b>Suma</b>
<b>2005</b>				6	6
<b>2006</b>	22	11	29	13	75
<b>2007</b>	3	7	26	6	42
<b>2008</b>	3	15	19	28	76
<b>2009</b>	38	59	15	24	136
<b>2010</b>	35	17	19	53	124
<b>2011</b>	24	19	8	6	58
<b>2012</b>	83	21	11	6	121
<b>2013</b>	26	20	19	22	88
<b>2014</b>	18	15	15	10	58
<b>2015</b>	31	17	14	28	91
<b>2016</b>	44	54	25	55	179
<b>2017</b>	17	35	9	24	86
<b>2018</b>	18	10			

*Źródło: Na podstawie*

*American Bankruptcy Institute: Chapter 15 Quarterly Filings (2005 – Present), Ancillary and Other Cross-Border Cases, opracowanie własne.*



Zgodnie z danymi przedstawionymi przez American Bankruptcy Institute, zjawisko upadłości transgranicznych zasadniczo nie ma charakteru wzrostowego. Oczywiście należy podkreślić, że niniejsze dane przedstawiają jedynie ilość wniosków złożonych na podstawie *Chapter 15*, a nie ilość wniosków, które faktycznie skończyły się transgranicznym postępowaniem upadłościowym. Analizując upadłość transgraniczną od 2005 r., gdzie liczba zgłoszeń wyniosła 6, to już w 2016 r. było to 179 wniosków i była to najwyższa liczba w skali badania całego zjawiska. Jednakże w roku 2017 liczba wniosków wyniosła 86. Badając transgraniczne upadłości od 2005 r., do 2009 r., należy stwierdzić, że było to zjawisko o charakterze wzrostowym. Istotnym jest, że wysoka ilość składanych wniosków pokryła się z wielkim kryzysem finansowym, który swój szczyt miał w 2008 – 2009 r. Jednakże patrząc na przedstawione dane, można stwierdzić, że jest to zjawisko o charakterze zmiennym, gdyż w odstępach 2-3 lat następuje spadek, natomiast później można zaobserwować znaczący wzrost.

Natomiast przedstawiony poniżej diagram wskazuje, że upadłość ma charakter zmienny i dynamiczny. W styczniu 2016 r. 24735 firm ogłosiło upadłość, natomiast w styczniu 2018 r. było to już 23157.



Źródło: [www.tradingeconomics.com](http://www.tradingeconomics.com)  
 Administrative Office of the U.S  
 Courts

Kontynuując analizę badanego zjawiska transgranicznej upadłości z perspektywy Stanów Zjednoczonych, należy zauważyć, że model prawa insolwencyjnego występującego w tym kraju został z powodzeniem recypowany do wielu innych porządków prawnych. Reżim prawa upadłościowego Stanów Zjednoczonych widoczny jest między innymi w systemie prawa upadłościowego francuskiego, brytyjskiego, a także polskiego<sup>417</sup>. W prawie polskim wpływ prawa amerykańskiego jest zauważalny również na kanwie poprzedniej ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze z 28.02.2003 r.<sup>418</sup>, głównie regulacji dotyczącej prawa naprawczego.

W ogólności amerykański system prawa upadłościowego jest systemem o scentralizowanym podejściu do rozwiązania sporu na jednym forum, za pomocą jednolitych zasad. Istotnie prawo upadłościowe jest dość wąską dziedziną specjalizacji profesji prawniczej, która jak każda inna wymaga ekspertyzy i doświadczenia. Wyspecjalizowane sądy upadłościowe mają za zadanie rekrutować sędziów, którzy doświadczenie mają zdobywać za pomocą orzekania<sup>419</sup>. W doktrynie prawa amerykańskiego wyróżnia się dwie podstawowe funkcje które ma spełniać prawo insolwencyjne. Po pierwsze, ma zapewnić możliwość upadłemu tzw. „świeży start”<sup>420</sup>, a po drugie, zapewnić sprawiedliwą dystrybucję masy upadłościowej pomiędzy wszystkich wierzycieli<sup>421</sup>. Innymi słowy, amerykański upadłościowy opisuje się jako, „książkowy model” regulacji przyjaznej dłużnikowi.

Korzenie prawa upadłościowego w Stanach Zjednoczonych sięgają czasów kolonialnych, gdzie pierwszym aktem regulującym postępowanie upadłościowe był angielski *Bankruptcy Act* z 1705 r. Co ciekawe, uczeni opisujący prawo upadłościowe na początku XX w. twierdzili, że analiza prawa upadłościowego z perspektywy historycznej jest bezzasadna, nieinteresująca a także niemożliwa<sup>422</sup>. Pierwszym znanym

---

<sup>417</sup> P. Terlecki, Zarys amerykańskiego prawa insolwencyjnego, PPH 2009, nr 4 s. 23.

<sup>418</sup> Część IV ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze z 28.02.2003 r. (Dz. U. Nr 60, poz. 535 ze zm.).

<sup>419</sup> A. Resnik, The Enforceability of Arbitration Clauses In Bankruptcy, “American Bankruptcy Institute Law Review” 2007, nr 15, s. 183

<sup>420</sup> Idea *fresh start* jest zbieżna z ideą *rescue culture*, zatem można przyjąć, że oba terminy reprezentują tę samą ideę, w myśl której dłużnik może zacząć prowadzić działalność gospodarczą na nowo.

<sup>421</sup> J. Ellis, A Comparative Law Approach: Enforceability of Arbitration Agreements in American Insolvency Proceedings, “American Bankruptcy Law Journal” 2018, nr 92, s. 146.

<sup>422</sup> *Those who have written on English and American bankruptcy legislation have uniformly considered an (sic!) historical treatment of the subject as unnecessary, uninteresting, or impossible*, zob. W. Cooke, A Compendious Treatise of the Bankrupt Law, Dublin, 1778; E. Jenks, A Short History of English Law, Boston. 1913.

aktem obowiązującym w Stanach Zjednoczonych był wcześniej wspomniany *Bankruptcy Act* z 1705., który był transponowany z porządku prawnego Anglii. Aby lepiej zrozumieć podstawy funkcjonowania amerykańskiego prawa upadłościowego kluczowym jest zrozumienie, na jakich zasadach został oparty system anglosaski. Prawo angielskie może być niejako stawiane jako przykład ustawodawstwa, które na bardzo wczesnych etapach rozwoju państwa i konstytuowania się podstawowych jednostek administracji odpowiedziało na problemy przedsiębiorców i uregulowało przepisy na linii stosunków wierzyciel – dłużnik. Źródła wskazują, że już w 1285 r., podczas rządów Edwarda I, przepisy prawne przewidywały specjalne środki odwoławcze dla kupców. Z kolei podczas panowania Edwarda III więzienie było środkiem wymierzonym w dłużników, mającym na celu egzekucję długu. W późniejszych stuleciach prawo upadłościowe było doskonalone, aby ostatecznie przejść ostateczną zmianę w 1542. Podczas rządów Henryka VIII wprowadzono nowy środek prawny, który przewidywał nie tylko karę więzienia dla dłużnika, ale także konfiskatę majątku<sup>423</sup>. Następnie w XVIII wprowadzono *Insolvency Acts*. Kolejnym aktem prawnym był *Bankruptcy Act* z 1800 r., który była pierwszą federalną regulacją zezwalającą na zajmowanie składników majątkowych, które należały do indywidualnego kupca. Później, w *Bankruptcy Act* z 1841 wprowadzono możliwość ogłoszenia upadłości przez dłużnika. Następnie, w *Bankruptcy Act* 1867 prawo upadłościowe uregulowało problematykę dotyczącą spółek. *Bankruptcy Act* z 1898 r. wprowadził *novum*, którym była idea *fresh start* a także równego podziału składników pomiędzy wierzycieli.

Historycznie Stany Zjednoczone były państwem, w którym duże przedsiębiorstwa w obliczu niewypłacalności lub działając już jako dłużnicy wyjście z opresji widziały w publicznych emisjach obligacji. Finansowanie dłużników przez banki odgrywało nieporównywalnie mniejszą rolę w porównaniu do wykorzystywaniu obligacji jako mechanizmu pokrywającego długi, w szczególności w czasach po II wojnie światowej. Jest to trend, który utrzymuje się po dzień dzisiejszy. Z operacjami restrukturyzacji długu zawsze wiązało się pewnego rodzaju ryzyko. Przy wielości wierzycieli, gdzie każdy z nich posiadał stosunkowo niewielki udział, a ponadto nie miał stałej, długoterminowej relacji handlowej z danym przedsiębiorcą ani z innymi wierzycielami, ryzyko efektywnej kontroli dłużnika było praktycznie niemożliwe.

---

<sup>423</sup> E. S. Black, Bankruptcy Legislation, "The American Law Review" 1894, January-February, s. 1.

Dlatego też w obliczu niewypłacalności pojawia się problem obliczenia faktycznej wartości wkładów. Naturalną konsekwencją rzeczy była zatem okoliczność, w której stery przejmował sąd upadłościowy, a nie wierzyciele, którzy byli głównie zorientowani na maksymalizację wartości długu. Odzwierciedleniem tego stanu rzeczy był Chapter 10 z przed reformy z 1978 r., który oddawał władzę zarządczą w ręce banku.

Rozszerzenie zakresu przedmiotowego spraw i jurysdykcji *in personam* to dwie kardynalne zasady współczesnego prawa upadłościowego, które umożliwiają sędziom orzekanie w przedmiocie w zasadzie wszystkich spraw odnoszących się do upadłości. Prawo upadłościowe w Stanach Zjednoczonych przechodziło wiele reform, między innymi w 1978 r. i w 1984 r.<sup>424</sup>, co było wyrazem chęci zmiany i usprawnienia działania sądów upadłościowych. W ten sposób Kongres dał wyraz rosnącej potrzebie, aby sądy upadłościowe były sądami wyspecjalizowanymi, z systemowym zapleczem technicznym oraz z sędziami posiadającymi kompleksową wiedzę na temat tej skomplikowanej dziedziny prawa. W orzecznictwie podkreśla się, że jednym z najważniejszych aspektów reformy było umożliwienie sądom upadłościowym scentralizowanie wszystkich sporów dot. majątku dłużnika tak, aby proces reorganizacji przebiegał w sposób efektywny, nieograniczony przez inne postępowania<sup>425</sup>.

W szczególności *Bankruptcy Reform Act* z 1978 r. był odzwierciedleniem światowych tendencji zmian prawa o niewypłacalności<sup>426</sup>. Zmiany ewoluowały w kierunku naprawczym, likwidując tym samym prymat funkcji egzekucyjnej. Największy nacisk był kładziony na restrukturyzację zobowiązań dłużników, która miała zapobiegać niewypłacalności. Jednakże nawet w przypadku wystąpienia niewypłacalności, nadrzędnym celem stawało się umożliwienie powrotu przedsiębiorcy do normalnego funkcjonowania. Zmiany legislacyjne zostały również wymuszone przez rozwój sektora usług finansowych, który umożliwił życie na kredyt osobom fizycznym nieprowadzącym działalności gospodarczej, co z kolei spowodowało konieczność utworzenia regulacji dotyczącej „upadłości konsumenckiej”<sup>427</sup>. Podsumowując, system

---

<sup>424</sup> Bankruptcy Reform Act of 1978. Pub. L. 95-598, 92 Stat 2549-2688, oraz Bankruptcy Amendments and Federal Judgeship Act of 1984, Pub. L. No 98-353, 98 Stat. 333-92.

<sup>425</sup> *Shugrue v. Air Line Pilots Ass'n Int'l* (In re *Ionosphere Clubs, Inc.*), 922 F. 2d 984, 989 (2d Cir. 1990).

<sup>426</sup> *T. J. Salerno, J. A. Kroop*, Bankruptcy litigation and practice: A practitioner's guide, Aspen Law Publishers 2000, s. 1-7; *D. Faber, N. Vermont, J. Kilborn, T. Richter* (red.) *Commencement of Insolvency Proceedings*, Oxford 2012, s. 753.

<sup>427</sup> *A. J. Witosz*, [w:] *System Prawa Handlowego*, t. VI, Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe, s. 617.

amerykański zorientowany jest na działalność *ex post*, który koresponduje z system zarządzania długiem *ex post*.

Amerykańskie prawo insolwencyjne działa w oparciu o szczegółowe i skomplikowane regulacje prawne, które kompetencję przyznają wyspecjalizowanym sądom upadłościowym. Sądy te interpretują i stosują ustawę obowiązującą na szczeblu federalnym – *The Bankruptcy Code*, który jest częścią składową szerszego zbioru U.S.C<sup>428</sup>. W obecnym stanie prawnym *The Bankruptcy Code* znajduje się pod tytułem 11, składa się z 9 Chapters (rozdziałów):

- Chapter 1 – Przepisy ogólne (§§ 101 – 112).
- Chapter 3 – Administrowanie sprawami (§§ 301 – 366).
- Chapter 5 – Wierzyciele, dłużnik i majątek (§§ 501 – 562).
- Chapter 7 – Likwidacja majątku (§§ 701 – 784).
- Chapter 9 – Regulacja należności dłużnika, którym jest miasto (§§ 901 – 946).
- Chapter 11 – Reorganizacja długu (§§ 1101 – 1174).
- Chapter 12 – Regulacja długów członków rodziny lub rybaka który uzyskuje stały roczny dochód (§§ 1201 – 1232).
- Chapter 13 – Regulacja długów osób fizycznych uzyskujących regularny dochód (§§ 1301 – 1330).
- Chapter 15 – Postępowania dodatkowe i inne postępowania transgraniczne (§§ 1501 – 1532)<sup>429</sup>.

Szczegółowa regulacja *The Bankruptcy Code* wymaga analizy najważniejszych instytucji mających na celu ochronę interesu dłużnika w procedurze insolwencyjnej.

Regulacja tzw. *automatic stay* jest jedną z najważniejszych instytucji w prawie insolwencyjnym. Pozwala dłużnikowi na dalsze prowadzenie spraw przedsiębiorstwa,

---

<sup>428</sup> U.S.C, czyli The United States Code, jest skonsolidowaną kodyfikacją prawa ogólnie obowiązującego w Stanach Zjednoczonych. Jest przygotowywany przez Urząd Rady Rewizji Prawa Izby Reprezentantów Stanów Zjednoczonych, zob: <http://uscode.house.gov/>, [dostęp: 13.07.2018].

<sup>429</sup> Tekst *The Bankruptcy Code* dostępny jest na stronie The Cornell Law Institute: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11>, [dostęp: 13.07.2018].

przy jednoczesnym uniemożliwieniu działania wierzycieli przeciwko dłużnikowi. Dodatkowo umowy, które by wygasły lub które przewidywałyby przeniesienie własności nieruchomości dłużnika w przypadku niewypłacalności oraz te działające na niekorzyść wierzycieli są z mocy prawa nieważne. Preferencyjna pozycja dłużnika, który pozostaje w posiadaniu, zabezpiecza przyływ kapitału. Dłużnik ponadto posiada wyłączną kompetencję w przedmiocie przedstawienia planu restrukturyzacyjnego w przeciągu pierwszych 120 dni aż do 18 miesięcy<sup>430</sup>. Poprzez plan restrukturyzacyjny dłużnik ma możliwość przejęcia części majątku. Zatwierdzenie planu odbywa się większością dwóch trzecich wartości masy oraz połowy wszystkich wierzycieli jednej kategorii<sup>431</sup>. Decyzja ta wiąże wszystkich wierzycieli w tej samej klasie, którzy posiadają ograniczone roszczenie. Zatwierdzenie przez sąd następuje w momencie, kiedy jedna z klas wierzycieli posiadających ograniczone roszczenie, zagłosowała za przyjęciem planu oraz pod warunkiem, że plan nie dyskryminuje i jest sprawiedliwy (*fair and equitable*)<sup>432</sup>. W tym miejscu warto napomknąć, że w Stanach Zjednoczonych wątkiem koegzystującym na pograniczu problematyki restrukturyzacyjnej są upadłości przedsiębiorstw działających na podstawie zamówień publicznych<sup>433</sup>.

Zgodnie z obowiązującym prawem dłużnik ma możliwość złożenia wniosku o upadłość w oparciu o przepisy konkretnego rozdziału. Zgodnie z Chapter 7 dłużnik może zostać zwolniony z niezabezpieczonego długu<sup>434</sup>, którym mogą być na przykład niespłacone długi z karty kredytowej lub pożyczki. W odróżnieniu od niezabezpieczonego długu zabezpieczony dług może pozostać w posiadaniu dłużnika, o ile spłaca swoje zobowiązania względem wierzyciela na czas. Co do zasady złożenie wniosku o upadłość zgodnie z rozdziałem 7 jest dostępne dla osób prawnych

---

<sup>430</sup> § 1121(b) Chapter 11, 11 U.S. Code.

<sup>431</sup> § 1126 (c), Chapter 11, 11 U.S. Code: A class of claims has accepted a plan if such plan has been accepted by creditors [...] that holds at least two-thirds in amount and more than one-half in number of the allowed claims of such class held by creditors [...].

<sup>432</sup> § 1129(b) Chapter 11, 11 U.S. Code: [...] *If all of the applicable requirements [...] are met with respect to a plan, the court, on request of the proponent of the plan, shall confirm the plan notwithstanding the requirements of such paragraph if the plan does not discriminate unfairly, and is fair and equitable, with respect to each class of claims or interests that is impaired under, and has not accepted, the plan.*

<sup>433</sup> Zob. np: *Marblegate Asset Management LLC. v Education Management Corporation*, No 14 CIV. 8584 (KPF) 2015 WL 3867643 (Bankr. S.D.N.Y. June 23, 2015), oraz *Meehancombs Global Credit Opportunities Master Fund, LP et al v Caesars Entertainment et al*, No. 14-CV-7091 (SAS) (S.D.N.Y. January 15, 2015).

<sup>434</sup> *B. A. Garner* (red.), *Black's Law Dictionary*, 8 ed., Thomson/West, 2004, s. 433. Termin „niezabezpieczony dług” został zdefiniowany w następujący sposób: *unsecured debt – a debt not supported by collateral or other security*, czyli dług, który nie posiada żadnego zabezpieczenia.

(korporacji), a także osób fizycznych, których zobowiązanie wynika z tytułu należności związanej z jej działalnością zawodową.

Chapter 9 dotyczy procedury związanej z reorganizacją długu, gdzie dłużnikiem jest miasto lub inne jednostki, takie jak szpitale i okręgi szkolne. Osoby fizyczne i prawne (korporacje) nie mogą składać wniosków zgodnie z Chapter 9.

Chapter 11 jest najbardziej kompleksowym i obszernym rozdziałem *The Bankruptcy Code*. Przepisy są skonstruowane w ten sposób, aby procedura reorganizacyjna była najatrakcyjniejszą opcją dla dłużnika. Co do zasady, funkcje zarządczą pełni tylko i wyłącznie dłużnik, z wyjątkiem sytuacji, w której kontrolę przejmuje *trustee*<sup>435</sup>. *Trustee* przejmuje kontrolę w przypadku oszustwa, nieuczciwości, niekompetencji oraz rażących błędów przy zarządzaniu przez ustanowiony zarząd (radę wierzycieli) lub podobnej przyczyny, przed rozpoczęciem postępowania lub po<sup>436</sup>. Na podstawie Chapter 11 dłużnicy mogą ubiegać się o zwolnienie z długu, np. poprzez częściową spłatę zobowiązań, zwalnianie z długu innych dłużników, a także restrukturyzację pozostałego długu. Należy podkreślić, że osoby fizyczne co prawda mogą ubiegać się o zwolnienie z długu na podstawie Chapter 11, jednakże stosunkowo wysokie opłaty administracyjne sprawiają, że większość dłużników składa wnioski o upadłość na podstawie Chapter 7 lub 13<sup>437</sup>.

Niektóre mechanizmy, które zostały zawarte w *The Bankruptcy Code*, w swoich skutkach bezpośrednio oddziałują na klauzule arbitrażowe. Między innymi można wymienić zasadę *automatic stay*<sup>438</sup>, czyli automatycznego zawieszenia postępowania, proces utworzenia się masy upadłościowej<sup>439</sup>, a także prawo upadłego do rezygnacji z umów niewykonanych<sup>440</sup>. Gwarancje te w istotny sposób zmieniają lub w znaczny

---

<sup>435</sup> Zob. § 1104, Chapter 11, 11 U.S. Code: (a) at any time after the commencement of the case but before confirmation of a plan, on request of a party in the interest of the United States trustee, and after notice and a hearing, the court shall order the appointment of a trustee [...], oraz § 1107, Chapter 11, 11 U.S. Code: (a) Subject to any limitations on a trustee serving in a case under this chapter, and to such limitations or conditions as the court prescribes, a debtor in possession shall have all the rights, other than the right to compensation [...], and powers, and shall perform all the functions and duties [...], of a trustee serving in a case under this chapter [...].

<sup>436</sup> § 1104, Chapter 11, 11 U.S. Code: (1) for cause, including fraud, dishonesty, incompetence, or gross mismanagement of the affairs of the debtor by current management, either before or after the commencement of the case, or similar cause [...].

<sup>437</sup> Informacja dot. szczegółowych rozdziałów: <https://www.law.cornell.edu/wex/bankruptcy> [dostęp: 13.07.2018].

<sup>438</sup> 11 U.S.C. § 362

<sup>439</sup> § 541

<sup>440</sup> § 365

sposób ograniczają prawa stron postępowania upadłościowego. W związku z tym sądom upadłościowym została przyznana kompetencja uznania postępowań arbitrażowych. Pomimo ustanowionych norm prawnych umożliwiających uznanie postępowania arbitrażowego przez sąd, nadal jest kwestią sporną, jak dokładnie mają procedować sądy upadłościowe, w przypadku gdy umowa zawiera klauzulę arbitrażową. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych od lat 80., poprzez praktykę orzeczniczą, ukonstytuował arbitraż jako pożądaną metodę rozwiązywania sporów, również w przypadku bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa federalnego. W tym samym czasie, w latach 70., równoległe rozwijał się system prawa upadłościowego, który uprawniał sędziów do wydawania dyskrecjonalnych decyzji w szerokim spektrum sporów upadłościowych<sup>441</sup>.

Instytucja przedstawiona w sekcji 365<sup>442</sup> obejmuje postępowanie w przypadku umów dwustronnie zobowiązujących zarówno dłużnika, jak i wierzyciela, a także niewygasłych umów leasingowych. W części (a) komentowanego przepisu przyznaje się syndykowi kompetencje nad wykonaniem przyszłych umów, oraz możliwość orzekania w przedmiocie zawartych umów leasingowych. W praktyce oznacza to, że wszystkie postępowania dotyczące dłużnika zostają wstrzymane. Wydaje się zatem, że zamiarem ustawodawcy było wstrzymanie postępowania w taki sposób, aby wszyscy wierzyciele zostali podporządkowani jednemu postępowaniu.

W praktyce sądowej w Stanach Zjednoczonych, aby uciec od jurysdykcji sądów stanowych, dłużnicy przed rozpoczęciem procesu składają wnioski o upadłość, tym samym przenosząc całe postępowanie do sądu upadłościowego. Wierzyciele postrzegają tę okoliczność jako niekorzystną. Dlatego też, w odpowiedzi składają wnioski o niezastosowanie *automatic stay*, który przeniósłby ich z powrotem do bezpieczniej, w ich przekonaniu, jurysdykcji sądu stanowego. Powszechne przekonanie o skomplikowanych zasadach proceduralnych oraz preferencyjnym traktowaniu dłużników, nie czyni sądu upadłościowego atrakcyjnego forum dla wierzycieli. Jednakże w praktyce wysuwane są argumenty za skierowaniem sprawy do sądu upadłościowego, głównie ze względu na wyspecjalizowanie sędziów oraz szybkość postępowania. Poprzez sąd upadłościowy wierzyciele mają również łatwiejszą

---

<sup>441</sup> P. F. Kigs, Arbitration, Bankruptcy, and Public Policy: A Contrarian Analysis, "American Bankruptcy Institute Law Review" 2009, nr 17, s. 503.

<sup>442</sup> *Executory contracts and unexpired leases*.



możliwość niedopuszczenia do udziału ławy przysięgłych w postępowaniu, niż mieliby przed sądem stanowym<sup>443</sup>. Ustanowienie ławy przysięgłych w sądzie upadłościowym w Stanach musi odbyć się zgodnie wymogami formalnymi już na początku procesu. Istotna różnica pomiędzy ustanowieniem ławy przysięgłych w sądach stanowych i federalnych dotyczy standardu, na podstawie którego składa się wniosek o zwolnienie z udziału ławy przysięgłych. Udział ławy przysięgłych w postępowaniu sądowym jest konstytucyjną zasadą wynikającą wprost z VII poprawki do konstytucji Stanów Zjednoczonych<sup>444</sup>.

#### § 4. Arbitraż w Irlandii

W Irlandii głównym aktem regulującym procedurę arbitrażową jest *The Arbitration Act* z 2010 r.<sup>445</sup> Źródła historyczne wskazują, że instytucja arbitrażu jest inherentnym elementem kultury prawnej Irlandii<sup>446</sup>. Wczesny rozwój prawa *common law* oraz praktyk arbitrażowych doprowadził do uchwalenia pierwszej ustawy arbitrażowej w 1698 r.<sup>447</sup>. Ponadto, irlandzka konstytucja wyraża jednoznaczną preferencję idącą w kierunku rozwiązywania sporów międzynarodowych za pomocą arbitrażu. Artykuł 29 regulujący stosunki międzynarodowe stanowi:

*1. Irlandia potwierdza swoje przywiązanie do ideałów pokoju i przyjaznej współpracy między narodami, opartej na międzynarodowej sprawiedliwości i moralności*

---

<sup>443</sup> D. J. Richardson, *When Bankruptcy Intervenes. The Pros and Cons of Bankruptcy Court Jurisdiction*, *Litigation*, "Litigation" Vol. 44, Nr. 1, 2017, s. 3, [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/litigation\\_journal/fall2017/bankruptcy-court-jurisdiction.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/litigation_journal/fall2017/bankruptcy-court-jurisdiction.authcheckdam.pdf), [dostęp: 18.07.2018].

<sup>444</sup> Poprawka VII: „W prowadzonych według prawa powszechnego sprawach cywilnych, w których wartość przedmiotu sporu przekracza dwadzieścia dolarów, utrzymuje się właściwość sądu przysięgłych, a fakty, ustalone przez taki sąd, nie mogą być ponownie ustalane przez jakikolwiek sąd Stanów Zjednoczonych według innych zasad, niż wynikające z prawa powszechnego”, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html>, [dostęp: 18.07.2018].

<sup>445</sup> The Arbitration Act ma zastosowanie do sporów powstałych po 8 czerwca 2010 r.

<sup>446</sup> Prawo Brehnonów, czyli *Brehnon laws* jest to zbiór starożytnego prawa irlandzkiego, którego rozwój datowany jest na VII i VIII w. Starożytny sędzia Brehon był jednoosobowym organem orzeczniczym oraz arbitrem. Zob. *Encyclopaedia Britannica*, *Brehonon laws*.

<sup>447</sup> *Act for Determining Differences by Arbitration*, 1698, 10 Will. 3 c. 14.

2. Irlandia deklaruje przestrzeganie zasady pokojowego rozstrzygnięcia sporów międzynarodowych w drodze arbitrażu międzynarodowego lub rozstrzygnięć sądowych<sup>448</sup>.

Według danych International Bar Association, arbitraż w Irlandii jest głównie procedurą o charakterze krajowym, z trybunałami arbitrażowymi, które konstytuują się *ad hoc*, w sporach głównie o charakterze budowlanym<sup>449</sup>. Warto zaznaczyć, że jedną z głównych organizacji arbitrażowych działających na terenie Irlandii jest Arbitration Ireland, która jest główną organizacją skupiającą przedstawicieli profesji prawniczej, architektów oraz inżynierów<sup>450</sup>. Inną prężnie działającą organizacją jest Arbitration Procedure of Engineers Ireland, która zrzesza profesjonalne grono inżynierów działających w charakterze arbitrów. W związku z prężnie rozwijającą się gospodarką oraz otwartością na międzynarodowe rynki zbytu na popularności zyskuje również międzynarodowy arbitraż handlowy, który jest administrowany przez International Chamber of Commerce, miejscem arbitrażu jest Dublin. Średni czas trwania postępowania arbitrażowego w Irlandii wynosi 12-18 miesięcy.

Obowiązujący *Arbitration Act* z 2010 r. zastąpił *Arbitration Act* z 1954, *Arbitration Act* 1980, oraz *Arbitration (International Commercial) Act* 1998. W czasach przed uchwaleniem *Arbitration Act* z 1954 r. arbitraż był administrowany na zasadzie *ad hoc*<sup>451</sup>. *The Arbitration Act* z 2010 r. definiuje arbitraż w części I. p. 2 (1). Zgodnie z definicją zawartą w *Arbitration Act* arbitraż oznacza: (a) międzynarodowy arbitraż handlowy lub (b) arbitraż który nie jest międzynarodowym arbitrażem handlowym<sup>452</sup>. Zatem jest to definicja zarówno od strony pozytywnej, jak i negatywnej. W literaturze podaje się, że najlepsza definicja arbitrażu to określenie go jako rodzaj pozasądowego mechanizmu rozstrzygnięcia sporów poprzez przekazanie do rozstrzygnięcia przez neutralną stronę w celu osiągnięcia wiążącej decyzji lub wyroku. Procedura arbitrażowa posiada jedną cechę wyróżniającą – określa sądowo prawa i obowiązki stron, posiadając

---

<sup>448</sup> Art. 29, Konstytucja Irlandii, uchwalona przez Naród dnia 1 lipca 1937 r., weszła w życie 29 grudnia 1937 r., Tłumaczenie S. Grabowska, zob: [http://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2015/11/Irlandia\\_pol\\_010711.pdf](http://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2015/11/Irlandia_pol_010711.pdf), [dostęp: 05.12.2018].

<sup>449</sup> A. Lenny, K. Keichert, Arbitration Guide International Bar Association Committee, Ireland, June 2012, s.1.

<sup>450</sup> Oficjalna strona organizacji: <https://www.arbitrationireland.com/>, [dostęp: 05.12.2018].

<sup>451</sup> D. McEvoy, Arbitration in Ireland, [w:] J. H. Carter (red.), The International Arbitration Review, Law Business Research, London 2015, s. 310.

<sup>452</sup> Arbitration Act 2010, [dostęp: 14.02.2018] <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2010/act/1/enacted/en/pdf>.

wiązący efekt, który jest egzekwowalny prawnie, co w swej istocie odzwierciedlone jest przez prywatne spory rozstrzygane przez sądy cywilne. Irlandia do swojego porządku prawnego implementowała prawo modelowe UNCITRAL, oraz szereg innych aktów prawnych o charakterze międzynarodowym, takich jak: Protokół genewski ws. klauzul arbitrażowych<sup>453</sup>, Konwencja genewska o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych<sup>454</sup>, Konwencja nowojorska o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych<sup>455</sup> oraz Konwencja waszyngtońska<sup>456</sup>. Implementowanie tego rodzaju legislacji do porządku krajowego jest dowodem, że irlandzkie regulacje arbitrażowe są zgodne z międzynarodową praktyką oraz międzynarodowymi zwyczajami. W sprawie *Galway City Council v. Samuel Kingston Construction Ltd* sąd podkreślił, że w związku z implementacją międzynarodowych norm i przepisów arbitrażowych standardy przeprowadzenia postępowania arbitrażowego w Irlandii odpowiadają standardom międzynarodowym, oraz ustanawiają jasne zasady oddziaływania instytucji arbitrażowych z systemem sądów powszechnych<sup>457</sup>.

Z pomocą orzecznictwa można wyróżnić *essentialia negotii*, które muszą wystąpić przy procedurze arbitrażowej. Po pierwsze, jest to zaistnienie sporu, po drugie, jest to potencjał danego sporu, który może wymagać rozstrzygnięcia, a po trzecie – umowa, która upoważniałaby do rozstrzygnięcia osobę trzecią (arbitra). Decyzja podjęta przez arbitra jest ostateczna i wiążąca dla stron<sup>458</sup>. W sprawie *In re Via Networks (Ireland) Limited*<sup>459</sup> sąd zważył, że strony zawierając umowę arbitrażową, w sposób wyraźny zrzekają się możliwości rozwiązania tego sporu na innym forum niż przez trybunał arbitrażowy. Klauzula arbitrażowa pełni rolę wspierającą w umowie, oszczędzając czas i koszty. Klauzula arbitrażowa umożliwia stronom ustalenie miejsca arbitrażu, prawa właściwego, wyboru osoby arbitra oraz zasądzenie kosztów. Wszystkie te czynniki pełnią kardynalną rolę w procesie dochodzenia roszczeń wynikających

---

<sup>453</sup> Dz. U z 1931 r. Nr 84, poz. 648.

<sup>454</sup> Konwencja o wykonalności zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, podpisana w Genewie 26.09.1927

<sup>455</sup> Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych wyroków arbitrażowych sporządzona w Nowym Jorku z 10 czerwca 1958 roku, Dz. U. z 1962 r. Nr 9, poz. 41 ze zm.

<sup>456</sup> The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 14.10.1966.

<sup>457</sup> *Galway City Council v. Samuel Kingston Construction Ltd* [2010] IESC 18.

<sup>458</sup> A. Dowling-Hussey, D. Dunne, *Arbitration Law*, Dublin, 2014, s. 2.

<sup>459</sup> *In re Via Networks (Ireland) Limited* [2002] 2 IR 47.

z umowy. *Arbitration Act 2010* jest regulacją obowiązującą automatycznie, w przypadku gdyby strony nie ustaliły wcześniej wymienionych kryteriów<sup>460</sup>.

Mając na uwadze problematykę zdatności arbitrażowej, celowościowo należy zbadać, w jaki sposób prawo irlandzkie definiuje pojęcie zdatności arbitrażowej. Na wstępie należy zaznaczyć, że aby w ogóle móc skorzystać z procedury arbitrażowej, w umowie musi wystąpić klauzula arbitrażowa, która stanowi część umowy głównej. Zgodnie z *Arbitration Act 2010*, zdatności arbitrażowej nie mają spory pracownicze oraz spory konsumenckie, w których wartość przedmiotu sporu wynosi poniżej pięciu tysięcy euro. W irlandzkiej jurysdykcji najbardziej popularnymi obszarami, które mogą być objęte oddziaływaniem arbitrażu, to: sfera umów ubezpieczeniowych, umowy w sektorze morskim, wycena aktywów, umowy sprzedaży i świadczenia usług, umowy sprzedaży pojazdów silnikowych, umowy turystyczne, umowy budowlane oraz umowy partnerskie (regulowane przez *Partnership Act 1890* oraz *Limited Partnership Act 1907*).

Trybunał arbitrażowy lub arbiter, mogą rozpoznać sprawy związane z prawem deliktów<sup>461</sup>. Przykładowo, sprawy związane z zaniedbaniem (*negligence*), podaniem fałszywych informacji na skutek zaniedbania (*fraudulent and/or negligent misrepresentation*), błędem (*mistake*), naruszeniem miru domowego (*trespass to land*), a także spiskiem (*conspiracy*) posiadają zdatność arbitrażową. W tym kontekście należy poruszyć tematykę związaną z odpowiedzialnością następczą. Asumptem o podstawowym znaczeniu w obszarze irlandzkiego *common law* jest to, że każde zdarzenie prawne może wywołać „dwupłaszczyznowe” konsekwencje w obszarze związanym z prawem umów, a także w obszarze związanym z deliktami. Istnienie zobowiązania w umowie może równoległe skutkować odpowiedzialnością związaną z dopełnieniem obowiązku należytej staranności w prawie deliktów. Strona może być jednocześnie odpowiedzialna w związku z umową główną, a także w związku deliktem, oprócz przypadku, w którym umowa główna wyłącza odpowiedzialność dopełnienia należytej staranności lub w sposób istotny jest niezgodna z istnieniem równoległego obowiązku dopełnienia należytej staranności w prawie deliktów. Zasada jednoczesnej odpowiedzialności (*concurrent liability*)

---

<sup>460</sup> D. McEvoy, *Arbitration in Ireland*, [w:] J. H. Carter (red.), *The International Arbitration Review*, Law Business Research, London 2015, s. 311.

<sup>461</sup> W prawie angielskim *law of tort* jest odpowiednikiem prawa deliktów lub praw zobowiązań w prawie polskim.

w kontekście arbitrażu posiada następujące znaczenie – arbiter będzie miał jurysdykcję w związku z roszczeniem wynikającym z prawa deliktów w okolicznościach gdy zobowiązanie wynikające z umowy głównej również rodzi obowiązek należytej staranności. Jednakże umowa arbitrażowa musi być skonstruowana w taki sposób, który umożliwiałyby szeroką interpretację przepisów<sup>462</sup>.

Kolejnym rodzajem roszczeń, które posiadają zdolność arbitrażową na gruncie prawa irlandzkiego, to spory związane np. z roszczeniem restytucyjnym, naruszeniem obowiązku wynikającego z ustawy oraz roszczenia występujące w umowach, w których występują osoby, które ogłosiły upadłość. W tym ostatnim przypadku jest to możliwe, gdy oficjalny sygnatariusz podlegający postępowaniu upadłościowemu nie odstąpi od umowy zawierającej klauzulę arbitrażową<sup>463</sup>. Należy również wspomnieć o otwartym katalogu spraw związanych z oszustwami, bądź nadużyciami finansowymi. Zgodnie z uprzednio obowiązującym *Arbitration Act 1954* nadużycia związane z oszustwem miały być rozpatrywane wyłącznie przez sąd, gdzie kompetencja trybunału arbitrażowego była automatycznie wyłączona. Uzasadnieniem takiego stanu rzeczy była przesłanka, że przestępstwa oszustwa ze względu na skomplikowany stan faktyczny, a także skomplikowane przepisy prawne regulujące odpowiedzialność powinny być poddane wyłącznie jurysdykcji kompetentnego sądu. Ponadto, również ze względu na interes społeczny, popularny był pogląd o potrzebie publicznego rozpatrzenia sporu za pomocą sądu, a nie trybunału arbitrażowego, którego funkcjonowanie oparte jest na podstawowej zasadzie poufności. Mimo to pogląd ten uległ dezaktualizacji i obecnie sądy nie widzą przeszkód ani potencjalnego zagrożenia, że arbitraż spraw związanych z oszustwem mógłby zostać rozpoznany nierzetelnie<sup>464</sup>. Ostatnią kategorią są sprawy związane z prawem konkurencji.

Sprawą o największej doniosłości w odniesieniu do tematu pracy, jest intersekcja arbitrażu oraz upadłości. W sprawie *Des Hennessey v Building Contractors Ltd v O'Beirne*<sup>465</sup>, irlandzki High Court musiał rozstrzygnąć o ważności wyboru arbitra, a także czy wnioskodawca w sprawie był uprawniony, aby wyegzekwować orzeczenie trybunału arbitrażowego jako dług w postępowaniu upadłościowym. Irlandzki High

---

<sup>462</sup> A. Dowling-Hussey, *D. Dunne*, Arbitration Law, Dublin, 2014, s. 45.

<sup>463</sup> *Ibidem*.

<sup>464</sup> *Ibidem*, s. 46.

<sup>465</sup> High Court of Ireland Decisions: [2015] IECH 596, <http://www.bailii.org/ie/cases/IEHC/2015/H596.html>, [dostęp: 06.12.2018].

Court odrzucił wniosek upadłościowy (*bankruptcy summons*) na podstawie zarzutu polegającym na wadliwym wyborze arbitra, oraz ze względu na fakt, że domniemany dług powstał na podstawie podatku od zarządzenia o kosztach postępowania arbitrażowego, wydanego na podstawie wadliwie wybranego arbitra. Sąd w orzeczeniu stwierdził, że kwestia ważności wyboru arbitra została rozwiązana. Ponieważ arbiter potwierdził, że posiada jurysdykcję nad przedmiotowo badaną sprawą, a strona podnosząca zarzut nieważności wyboru arbitra nie wniosła o apelację, zarzut ten nie może być podniesiony w postępowaniu sądowym. Ponadto dług, który jest przedmiotem sporu, powstał na podstawie kompromisu zawijanego pomiędzy stronami. Dokładna kwota, która została ustalona przez strony, została poprzedzona umową, w której jasno stwierdzono, że koszty poniesione w postępowaniu arbitrażowym podlegają opodatkowaniu. Następnie sąd stwierdził, że zarzut pozwanego, że orzeczenie trybunału arbitrażowego nie może być interpretowane jako dług na potrzeby wszczęcia postępowania upadłościowego (*bankruptcy summons*) na podstawie Section 23 *Arbitration Act 2010*, jest bezzasadne. Sekcja 8 *Bankruptcy Act 1988* zawiera jedynie przesłankę wymagalnego długu, oraz aby dług był przedstawiony w sumie likwidacyjnej. Decyzja demonstruje ostateczność wyroku trybunału arbitrażowego. Jeżeli strona nie wniesie sprzeciwu w wyznaczonych ustawowo granicach, droga odwoławcza zostaje zamknięta. Przedstawiony stan faktyczny na podstawie sprawy *Des Hennessey v Building Contractors Ltd v O'Beirne* demonstruje, że wyrok sądu arbitrażowego jest długiem w rozumieniu przepisów *Bankruptcy Act 1988*.

## § 5. Postępowanie upadłościowe w Irlandii

Prawo insolwencyjne w Irlandii jest regulowane przez dwa akty prawne: *Bankruptcy Act 1988*<sup>466</sup> oraz *Personal Insolvency Act 2012*<sup>467</sup>. Ciekawym aspektem prawa insolwencyjnego w Irlandii jest *Debtors Act 1872*, który uniewinnił dłużników skazanych za długi. Akt ten co prawda likwidował karę więzienia za długi, jednakże

---

<sup>466</sup> *Bankruptcy Act 1988*, Number 27 of 1988, Revised updated to May 2018, <http://www.isi.gov.ie/en/ISI/Bankruptcy%20Act%201988%20revised.pdf/Files/Bankruptcy%20Act%201988%20revised.pdf>, [dostęp: 05.12.2018].

<sup>467</sup> *Personal Insolvency Act 2012*, Number 44 of 2012, Revised updated to 25 May 2018, <http://www.isi.gov.ie/en/ISI/Personal%20Insolvency%20Act%202012%20revised.pdf/Files/Personal%20Insolvency%20Act%202012%20revised.pdf>, [dostęp 05.12.2018].

czynił wiele wyjątków od tej zasady. Ustawodawca wymienił pięć wyjątków umożliwiających ukaranie karą więzienia za długi: (a) wystąpienie zaległości w uiszczeniu kary lub kwoty ze swej natury będącej karą, inną niż kara w odniesieniu do wszystkich rodzajów umów, (b) wystąpienie zaległości w uiszczeniu kwoty, która mogłaby być odzyskana łącznie przed sądem lub przed sędziami pokoju, (c) wystąpienie zaległości, za którą odpowiedzialny jest *trustee* działający w charakterze powiernika, który zobowiązany był dokonać wpłatę z kwoty będącej w jego posiadaniu lub w jego kontroli, (d) wystąpienie zaległości w uiszczeniu płatności za błąd w sztuce lub zaległość w opłaceniu kwoty, którą był zobowiązany dokonać ze względu na swoje działanie, (e) zaległość w uiszczeniu płatności przysługującej wierzycielowi, do zarządzenia której byłby uprawniony sąd upadłościowy<sup>468</sup>. Koncepcja odbywania kary za długi jest koncepcją znaną od czasów starożytności, jednakże zdepenalizowanie i odstąpienie od wymierzenia kary na progu XX w. może ukazywać pewnego rodzaju tendencje w społeczeństwie irlandzkim odnośnie do występowania zjawiska niewypłacalności. Można zaryzykować stwierdzenie, że pomimo progresywnej polityki legislacyjnej państw anglosaskich, tak późne odstąpienie ustawodawcy od karania więzieniem może wskazywać na głęboko zakorzeniony protekcjonizm państwowy względem wierzycieli.

*Bankruptcy Act* 1988 jest aktem prawnym regulującym ogłoszenie upadłości. Rekomendacją *Insolvency Services Ireland* jest wykorzystanie mechanizmów, które są dostępne na podstawie regulacji *Personal Insolvency Act* 2012, czyli *Debt Settlement Arrangement* (DSA) lub *Personal Insolvency Arrangement* (PIA). W przypadku, kiedy dłużnik stwierdzi, że nie jest to rozwiązanie adekwatne do jego potrzeb, należy procedować zgodnie z *Bankruptcy Act*. Dłużnicy ubiegający się o ogłoszenie upadłości, zgodnie z prawem irlandzkim, muszą spełniać następujące wymogi: być niewypłacalnym, uiścić opłatę w wysokości 200 euro do Bankruptcy Division, złożyć oświadczenie o poczynieniu odpowiednich działań zmierzających do uniknięcia ogłoszenia upadłości, złożyć oświadczenie o obecnej sytuacji finansowej oraz udowodnić, że dług przewyższa wartość majątku o 20,000 euro, oraz finalnie uzupełnić

---

<sup>468</sup> Debtors Act (Ireland) 1872., <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1872/act/57/enacted/en/print.html>, [dostęp: 05.12.2018].

wniosek upadłościowy ujawniając między innymi informacje związane z COMI lub miejscem zamieszkania<sup>469</sup>.

Obecnie wskazuje się, że Irlandia posiada najbardziej nowoczesną regulację prawa upadłościowego, szczególnie na forum europejskim<sup>470</sup>. Przed implementacją nowego *Insolvency Act* w 2012 r., kryzys ekonomiczny w 2008 r., odcisnął swoje piętno na Irlandzkiej gospodarce. W 2010 r., prawie ¼ wszystkich gospodarstw domowych zalegała co najmniej z jedną płatnością lub miała nieopłacony dług, zaś pod koniec 2012 r. w ponad 10% hipotek istniały zaległości w płatnościach i ¼ z tych 10% znajdowała się już w restrukturyzacji. W badaniach przeprowadzanych nad niewypłacalnością w Irlandii wyodrębniono osiąganie niskich dochodów, bezrobocie jako czynniki w sposób bezpośredni przyczyniające się do występowania zjawiska tzw. „spirali zadłużenia”<sup>471</sup>.

Oczywiście okoliczności występowania zjawiska niewypłacalności czy czynniki determinujące występowanie okoliczności nasilających zjawisko niewypłacalności są podobne na całym świecie. Jednakże, co w kontekście występowania niewypłacalności wyróżnia irlandzką gospodarkę na tle innych gospodarek światowych, to skuteczność systemu insolwencyjnego. Raport *Doing Business* przedstawiany rokrocznie przez Bank Światowy stawia Irlandię na czele liderów gospodarek światowych w przedmiocie rozwiązywania spraw związanych z niewypłacalnością. W statystykach badających jakość systemu insolwencyjnego, w skali od 0 do 16, Irlandia otrzymała 10.5 pkt. W kategorii rozpoczęcia postępowania insolwencyjnego<sup>472</sup> na maksymalną ilość 3 pkt, Irlandia otrzymała 3 pkt. Następnie w kategorii związanej z zarządzaniem masą majątkową dłużnika<sup>473</sup>, w której maksymalnie można było otrzymać 6 pkt., Irlandia

---

<sup>469</sup> Insolvency Service of Ireland, *Debtor's Guide to Bankruptcy*, January 2016, s. 8, [https://www.isi.gov.ie/en/ISI/Bankruptcy\\_Guide\\_Jan\\_2016.pdf/Files/Bankruptcy\\_Guide\\_Jan\\_2016.pdf](https://www.isi.gov.ie/en/ISI/Bankruptcy_Guide_Jan_2016.pdf/Files/Bankruptcy_Guide_Jan_2016.pdf), [dostęp: 09.12.2018].

<sup>470</sup> Konkluzja ta została poczyniona na podstawie przeprowadzonych badań.

<sup>471</sup> National Economic & Social Development Office of Ireland, *The Social Dimensions of the Crisis: The Evidence and its Implications*, Executive summary, s. 5.

<sup>472</sup> W tej kategorii wyodrębnione zostały następujące pytania: Jakie procedury przysługują dłużnikowi w momencie wszczęcia postępowania insolwencyjnego? Czy normy prawa insolwencyjnego umożliwiają wierzycielowi złożenie wniosku o upadłość dłużnika? oraz Jaka jest podstawa prawna wszczęcia postępowania insolwencyjnego?

<sup>473</sup> W tej kategorii zostało wyodrębnionych sześć zagadnień problemowych: Czy normy prawa insolwencyjnego zezwalają na kontynuację umów dostarczających usługi i dobra dla dłużnika? Czy normy prawa insolwencyjnego zezwalają na wypowiedzenie umów, które są zbyt obciążające dla dłużnika? Czy normy prawa insolwencyjnego zezwalają na uniknięcie zawierania transakcji o charakterze preferencyjnym? Czy normy prawa insolwencyjnego zezwalają na uniknięcie transakcji niedoszacowanych? Czy normy prawa insolwencyjnego umożliwiają dłużnikowi uzyskanie kredytu po



otrzymała punktów 5, tracąc punkt przy kategorii uniknięcia transakcji niedoszacowanych. Następną badaną kategorią jest procedura reorganizacyjna<sup>474</sup>, w której maksymalna ilość punktów to 3. Irlandia otrzymała 1,5, tracąc 0,5 pkt w kategorii głosu nad planem reorganizacyjnym oraz tracąc cały punkt przy kategorii, w której wierzyciele głosujący przeciwko planowi reorganizacyjnemu nie zostają zaspokojeni w takim samym stopniu w jakim zostaliby zaspokojeni, w przypadku likwidacji przedsiębiorstwa. Następną kategorią indeksowaną w badaniu był udział wierzycieli w postępowaniu<sup>475</sup>. Jest to kategoria, w której Irlandia uzyskała najniższy wynik względem pozostałych kategorii, ponieważ był to tylko 1 punkt na 4 możliwe uzyskania. Irlandia w tej kategorii zdobyła punkt tylko w obszarze podejmowania decyzji przez wierzycieli. Wydaje się zatem, że niedociągnięcia systemowe prawa upadłościowego w Irlandii polegają na ograniczonym wpływie wierzycieli na podejmowane decyzje. System prawa wydaje się być zorientowany na regulacje mające na celu przede wszystkim efektywne zarządzanie, które w stosunku do dłużników zdaje się zdawać egzamin.

*Insolvency Service of Ireland* jest rządową jednostką zajmującą się publikacją statystyk upadłościowych w Irlandii<sup>476</sup>. Podobnie jak w Wielkiej Brytanii, statystyki są publikowane co kwartał, co gwarantując adekwatne przedstawienie skali zjawiska. Na podstawie danych zgromadzonych przez *Insolvency Service of Ireland* dotyczących trzeciego kwartału 2018 r., wynika, że w badanym okresie:

- zostało złożonych 771 nowych wniosków upadłościowych,
- wydano 418 *Protective Certificates*<sup>477</sup>,

---

wszczęciu postępowania insolwencyjnego? Czy normy prawa insolwencyjnego, nadają pierwszeństwo udzielonym kredytom po wszczęciu postępowania?

<sup>474</sup> Którzy wierzyciele mają prawo głosu nad planem reorganizacyjnym? Czy normy prawa insolwencyjnego zapewniają taki sam rodzaj zaspokojenia wierzycielom, którzy głosują przeciw planowi reorganizacyjnemu, jaki by otrzymali przy postępowaniu likwidacyjnym? Czy wierzyciele są podzieleni na klasy ze względu na głosowanie nad planem reorganizacyjnym? Czy każda klasa głosuje oddzielnie i czy wierzyciele różnych klas są traktowani w sposób jednakowy?

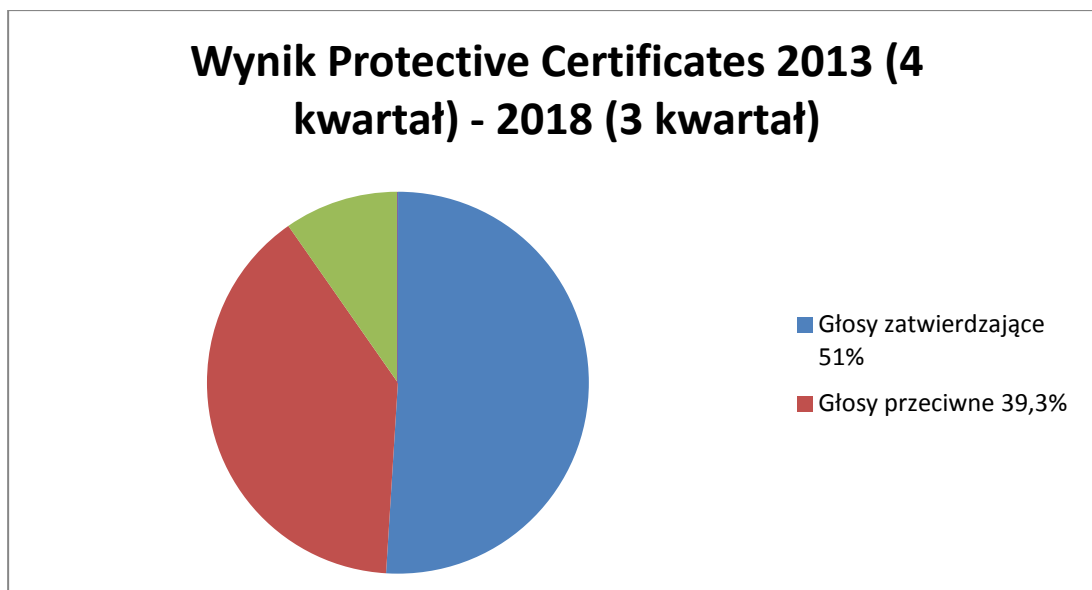
<sup>475</sup> Czy normy prawa insolwencyjnego wymagają zatwierdzenia wyboru przez radę wierzycieli syndyka lub doradcy restrukturyzacyjnego? Czy normy prawa insolwencyjnego wymagają zgody wierzycieli na sprzedaż znacznej części masy majątkowej dłużnika? Czy normy prawa insolwencyjnego zapewniają odpowiedni system umożliwiający wierzycielowi uzyskanie informacji od osoby nadzorującej majątek? Czy normy prawa upadłościowego zabezpieczają prawa wierzycieli do sprzeciwu wobec decyzji zatwierdzających lub sprzeciwu odnośnie do decyzji podejmowanych względem masy upadłościowej?

<sup>476</sup> Zob. Oficjalna Strona Irland Insolvency Service: [http://www.isi.gov.ie/en/isi/pages/media\\_&\\_statistics](http://www.isi.gov.ie/en/isi/pages/media_&_statistics), [dostęp: 01.12.2018].

<sup>477</sup> *Protective Certificate* jest dokumentem wydanym przez sąd, który chroni dłużnika i jego aktywa przed działaniami prawnymi wierzycieli, gdy wierzyciele ubiegają się o DSA (*Debt Settlement Arrangement*)

- zatwierdzono 305 układów,
- ogłoszono 64 upadłości<sup>478</sup>.

Następstwa Protective Certificates, które zostały przedstawione w raporcie, są podzielone na trzy kategorie – osiągnięcie konsensusu w ciągu 70 dni, brak konsensusu, upływ 70 dni. Po pierwsze, należy stwierdzić, że z przedstawionych statystyk wynika, że w większości spraw w następstwie których wydawane są Protective Certificates, doradcy restrukturyzacyjni (*personal insolvency practitioners*) w sposób efektywny korzystają z terminu 70 dni, ustalając plan spłaty, którego ostatnim etapem jest zatwierdzenie przez radę wierzycieli. Stanowiło to więcej niż połowę spraw w badanym okresie pomiędzy 2013 r. a 2018 r. W odniesieniu do DSA (*Debt Settlement Arrangement*)<sup>479</sup> statystyki przedstawiały się następująco: głosy zatwierdzające: 70.5%, głosy przeciwnie: 19.9%, upływ terminu: 9.6%. Dlatego też można wysunąć wniosek, że 70 dniowy termin jest wystarczającym okresem, aby móc uzyskać korzystne porozumienie w przedmiocie ustalenia planu spłaty.



Źródło: Opracowanie własne na podstawie ISI  
*Statistics Quarter 3.*

lub PIA (*Personal Insolvency Arrangement*). *Protective Certificate* wydawane są na okres 70 dni, jednak sądy mogą w wyjątkowych okolicznościach przedłużyć czas obowiązywania certyfikatu.

<sup>478</sup> ISI Statistics Quarter 3 2018: <http://www.isi.gov.ie/en/ISI/ISI%20Quarterly%20Statistics%202018%20Q3%20Final.pdf/Files/ISI%20Quarterly%20Statistics%202018%20Q3%20Final.pdf>, [dostęp: 01.12.2018].

<sup>479</sup> Debt Settlement Arrangement (DSA) jest rozwiązaniem dla osób posiadających długi, które nie są zabezpieczone, takie jak karty kredytowe, pożyczki. DSA jest formalnym porozumieniem z wierzycielami, które pozwala na umorzenie części zobowiązania. Zgodnie z tą umową dłużnik zobowiązuje się do spłaty części długu wyrażonej w procentach, przez ustaloną część czasu. Z upływem terminów spłaty dłużnik staje się znowu wypłacalny.

Dług całkowity w trzecim kwartale w 2018 r., w 771 zgłoszonych sprawach stanowił równowartość 454.337 milionów euro. Wierzycielami uprawnionymi z tytułu niewypłacalności w większości były instytucje finansowe, reprezentujące 45,7% uprawnionych wierzycieli.

Dług całkowity w sprawach z tytułu ogłoszenia upadłości stanowi 271 milionów euro. Dług w sprawach upadłościowych w 8,3% stanowią wierzytelności zabezpieczone, natomiast w 91,7% są to wierzytelności niezabezpieczone.

W badaniu rozróżniono kategorie dłużników, których podzielono ze względu na wykonywany zawód, stan społeczny, wiek, a także na typ złożonego wniosku. Otóż z badania wynika, że 49,2% wniosków były to wnioski indywidualne złożone na podstawie DRN, DSA lub PIA, 44,7% były to wnioski PIA, natomiast 6,1% były to wnioski łączne (PIA, DSA). Następnie, 52,2% dłużników było płci męskiej, natomiast 47,8% dłużników było płci żeńskiej. Rozróżnienie ze względu na wiek przedstawiło się następująco. Najwięcej dłużników, bo aż 36% reprezentowało przedział wiekowy 45-50 lat. Kolejno, 32,2% dłużników było w przedziale wiekowym 35-44 lat. Następną grupą był wiek 55-64 reprezentujący 19,6% wszystkich dłużników. Następnie, 6,9% dłużników, to grupa w przedziale wiekowym 18-34 lat. Najmniejszy procent reprezentuje grupa wiekowa 65+, która stanowi 5,2% wszystkich dłużników. Z przeprowadzanych badań wynika, że największa grupa osób ubiegających się o ogłoszenie upadłości jest w przedziale wiekowym 35-54 lat.

Ciekawą kategorią jest rozróżnienie dłużników ze względu na wykonywany zawód. W Irlandii największą część dłużników w badanym okresie (2013-2018), stanowiący 39,8%, to dłużnicy zatrudnieni w prywatnym sektorze. Z drugiej strony 9,8% dłużników było zatrudnionych w sektorze publicznym. Tym samym dłużnicy zatrudnieni w prywatnym i publicznym sektorze stanowili więcej niż 50% wszystkich dłużników. Kolejną największą grupą byli bezrobotni stanowiący 24,1% wszystkich dłużników. Następnie, 13,5% stanowiły osoby prowadzące działalność gospodarczą na własny rachunek. Najmniejszy odsetek w badaniu stanowiły osoby będące na emeryturze – 4,5%, gospodynie domowe, również płci męskiej – 4,3% , studenci – 0,6%, inne – 3%.

Największy odsetek badanych dłużników wyróżnionych ze względu na status społeczny stanowiły osoby będące w związku małżeńskim, lub w związku partnerskim

– 63,2%. Następnie, osoby niebędące w związku stanowiły 18,9% badanych, osoby będące po rozwodzie lub w separacji stanowiły 16,4% dłużników, zaś 1,5% stanowili wdowcy<sup>480</sup>.

## § 6. Arbitraż w Anglii

W Zjednoczonym Królestwie głównym aktem regulującym arbitraż jest *The Arbitration Act 1996*<sup>481</sup>. W części pierwszej podane są trzy podstawowe zasady, na których oparty jest cały system arbitrażu: (a) poprzez postępowanie arbitrażowe ma zostać osiągnięte uczciwe rozstrzygnięcie sporu przez bezstronny trybunał bez zbędnej zwłoki i kosztów, (b) strony powinny mieć swobodę co do sposobu rozwiązania ich sporu, z zastrzeżeniem gwarancji ochrony zasad porządku publicznego, (c) w kwestiach uregulowanych w tej części sąd nie będzie interweniował, z zastrzeżeniem przypadków podanych w tej części<sup>482</sup>.

Problematyka dotycząca zdatności arbitrażowej w prawie angielskim nie doczekała się wielu opracowań w literaturze polskiej. Dlatego wydaje się zasadne, aby przedstawić główne założenia anglosaskiej regulacji procedur arbitrażowych.

Na wstępie trzeba zaznaczyć, że nie wszystkie spory mogą być skierowane do postępowania arbitrażowego. W sprawach szczególnych, zasada autonomii stron musi ulec nadrzędnym zasadom prawa stanowionego, a także zasadom współżycia społecznego. W takich okolicznościach, niezależnie od umowy stron, trybunał arbitrażowy nie będzie posiadał jurysdykcji, aby rozpatrzy spór. W skrócie, dana sprawa nie będzie posiadała zdatności arbitrażowej. Jak zaznaczył angielski Sąd Apelacyjny w sprawie *Fulham Football Club (1987) Ltd. v. Richards*: „Zakres nawet najszerzej napisanej umowy arbitrażowej będzie musiał ulec zmianie, ze względu na restrykcje wywodzące się z innych dziedzin prawa”<sup>483</sup>. Takie samo odniesienie możemy odnaleźć w *Arbitration Act 1996* w sekcji 1(b): „Strony będą miały możliwość

---

<sup>480</sup> Opracowanie na podstawie:

<http://www.isi.gov.ie/en/ISI/ISI%20Quarterly%20Statistics%202018%20Q3%20Final.pdf/Files/ISI%20Quarterly%20Statistics%202018%20Q3%20Final.pdf>, [dostęp: 02.12.2018].

<sup>481</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf>, dostęp: 30.11.2018.

<sup>482</sup> Part I Arbitration Pursuant To An Arbitration Agreement (1), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf>.

<sup>483</sup> [2011] EWACA Civ 855, Patten LJ para.41.

ustalenia sposobu rozwiązywania wynikłych sporów, z zastrzeżeniem zasad regulujących interes publiczny (*public interest*)”.

Istnieje podstawowa różnica pomiędzy tzw. subiektywną zdatnością arbitrażową, która jest związana z zakresem podmiotowym (*ratione personae*), a obiektywną zdatnością arbitrażową (*ratione materiae*)<sup>484</sup>. Pierwsza kategoria związana jest z okolicznością, w której jedna ze stron, zazwyczaj jednostka państwowa lub organ publiczny, nie może kierować spraw do arbitrażu ze względu na swój status lub funkcję. Druga kategoria jest związana z okolicznościami, w których przedmiot sporu nie może podlegać rozstrzygnięciu w formie arbitrażu. Należy przyjąć jako słuszne stanowisko, które zostało wypracowane w międzynarodowej doktrynie prawa arbitrażowego, że *de facto* nie można jednoznacznie sklasyfikować sporów, które mogą lub nie mogą być rozstrzygnięte w formie arbitrażu. Jednakże z perspektywy prawa angielskiego jest niezmiernie trudno wyróżnić kategorię sporów, które bezwzględnie nie podlegałyby rozstrzygnięciu w formie arbitrażu. Odwołując się do orzeczenia w sprawie *Fulham Football Club*, sąd apelacyjny zauważył następującą prawidłowość. Pomimo że trybunał arbitrażowy jest powoływany z mocy umowy, a nie przez państwo i może istnieć ograniczenie związane z wydaniem orzeczenia, nie znaczy to, że niektóre spory będą automatycznie wyłączone spod jego jurysdykcji<sup>485</sup>.

Dlatego też sądy angielskie, decydując o zdatności arbitrażowej, orzekają na podstawie zasady *case-by-case*, czyli w zależności od okoliczności indywidualnej sprawy, a także zgodnie z *Arbitration Act 1996*. Jednakże w samej ustawie *Arbitration Act 1996*, koncepcja *arbitrability* nie została opisana w sposób kompleksowy, który ułatwiałby interpretację przepisów i dostarczał wskazówek co do zasięgu instytucji zdatności arbitrażowej. Zdatność arbitrażowa, obok zasad porządku publicznego, ma szczególne znaczenie w momencie wykonania i uznania wyroku trybunału arbitrażowego. Dlatego też, w przeciwieństwie do zdatności arbitrażowej, *The Arbitration Act* precyzuje przypadki, w których państwo uznania może odmówić uznania wyroku, ze względu na obowiązujące standardy związane z zasadami współżycia społecznego czy też porządku publicznego (*public policy*). Dlatego też istotne z perspektywy angielskiej są następujące ograniczenia wynikające

---

<sup>484</sup> E. Gaillard, J. Savage (red.), Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International 1999, s. 533.

<sup>485</sup> J. D. M Lew, QC, O. Marsden [w:] J. D.M. Lew, QC, H. Bor, G. Fullelove, J. Greenaway (red.), Arbitration in England, Kluwer Law International BV 2013, s. 400.

z przestrzegania zasad porządku publicznego, które uniemożliwią wykonanie wyroku trybunału arbitrażowego:

- (1) kiedy wyrok został wydany w następstwie krzywoprzysięstwa lub oszustwa;
- (2) kiedy istnieje ryzyko, że strona przegrana będzie musiała dokonać płatności nie tylko w Anglii, ale również w innej jurysdykcji;
- (3) kiedy istnieje przypuszczenie, że wydany wyrok jest dotknięty bezprawnością;
- (4) kiedy wyrok został wydany z naruszeniem praw podstawowych (*rules of natural justice*);
- (5) oraz w przypadku, kiedy wyrok jest na tyle niejasny co do zobowiązań strony przegranej, że wykonanie wyroku jest niemożliwe.<sup>486</sup>

Na podstawie *Arbitration Act 1996* trybunał arbitrażowy z siedzibą w Anglii lub sądy angielskie decydują o zdadności arbitrażowej w pięciu przypadkach:

- (1) kiedy jedna ze stron sporu wszczyna postępowanie sądowe, a druga ubiega się o wstrzymanie na korzyść wszczęcia procedury arbitrażowej (Sekcja 9);
- (2) kiedy podczas toczącego się postępowania arbitrażowego, strona wnosi sprzeciw, że wybrany trybunał arbitrażowy nie posiada materialnej jurysdykcji aby rozpoznać spór (Sekcja 31);
- (3) kiedy podczas toczącego się postępowania arbitrażowego, strona zwraca się do sądu z pytaniem co do jurysdykcji materialnej trybunału arbitrażowego (Sekcja 32);
- (4) kiedy po wydaniu wyroku, strona zwraca się do sądu o nie wykonywanie wyroku, na podstawie braku jurysdykcji materialnej trybunału arbitrażowego (Sekcja 67);
- (5) kiedy po wydaniu wyroku, jedna ze stron chce wykonania wyroku przez sąd Angielski, zaś inna strona przeciwstawia się wykonaniu na podstawie braku zdadności arbitrażowej sporu (Sekcja 103(3)).<sup>487</sup>

Jak zostało wcześniej wspomniane, pomimo, że nie istnieje jednolita klasyfikacja sporów, które bezwzględnie nie mogą być skierowane do rozpoznania

---

<sup>486</sup> R. Merkin, L. Flannery, *Arbitration Act 1996*, Informa Law, 2014, s. 403.

<sup>487</sup> J. D. M Lew, QC, O. Marsden [w:] J. D.M. Lew, QC, H. Bor, G. Fullelove, J. Greenaway (red.), *Arbitration in England*, Kluwer Law International BV 2013, s. 401.

przez trybunał arbitrażowy, istnieje kategoria sporów, które w prawie angielskim wywołują wątpliwości właśnie w przedmiocie zdadności arbitrażowej. Można wymienić głównie sprawy karne, sprawy z zakresu prawa rodzinnego, prawa konkurencji, prawa własności intelektualnej, spory z zakresu prawa pracy, spory konsumenckie, spory udziałowców w spółkach, a także spory upadłościowe.

Przechodząc do meritum intersekcji arbitrażu oraz postępowania upadłościowego w Anglii, *Insolvency Act 1986 Chapter V (Effect of Bankruptcy on Certain Rights, Transactions ETC.)*, s. 349A *Arbitration agreements to which the bankrupt is a party*<sup>488</sup> wprowadza następującą konstrukcję prawną, która ma zastosowanie w przypadku, w którym upadły jest związany umową o arbitraż. Tak więc sekcja 348A (1) ma zastosowanie w przypadku, kiedy upadły został związany umową, która zawiera klauzulę arbitrażową, przed wszczęciem postępowania upadłościowego. (2) Jeżeli *trustee* w postępowaniu upadłościowym przystępuje do umowy, która zawiera w sobie klauzulę arbitrażową, postanowienie o arbitrażu jest egzekwowalne przez lub względem *trustee* w odniesieniu do kwestii związanych z, lub wynikających z umowy. (3) Jeżeli *trustee* ustanowiony w upadłości nie przystąpi do umowy, zaś kwestia powiązana z arbitrażem wymaga interpretacji w związku z lub ze względu na cel postępowania upadłościowego – (a) *trustee* za zgodą rady wierzycieli lub (b) innej strony umowy może zwrócić się do sądu, który będzie miał kompetencję skierowania sprawy na drogę arbitrażu, jeżeli uzna to za zasadne biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, zgodnie z postanowieniami zawartymi w umowie o arbitraż. (4) w tej sekcji „umowa arbitrażowa” ma być rozumiana zgodnie z częścią I *Arbitration Act 1996*<sup>489</sup>, a „sąd” jest sądem, który ma jurysdykcję w postępowaniu upadłościowym.

## § 7. Postępowanie upadłościowe w Anglii

W obliczu następujących zmian geopolitycznych, w kontekście postępowań upadłościowych, nie sposób jest nie wspomnieć o potencjalnym efekcie, jaki może mieć tzw. „brexit” na transgraniczne postępowanie upadłościowe. Wydaje się, że niezbędnym krokiem będzie wynegocjowanie kolejnej umowy upadłościowej, która

---

<sup>488</sup> UK Statute 1986 c. 45 Pt IX c. V s. 349A.

<sup>489</sup> UK Statute 1996 c. 23 Pt I s. 6., „*arbitration agreement*” means an agreement to submit to arbitration present or future disputes (whether they are contractual or not).

w podobny sposób będzie regulowała kluczowe kwestie w Zjednoczonym Królestwie oraz w innych państwach Unii Europejskiej. Należy podkreślić, że brexit również w istotny sposób wpłynie na sytuację w Irlandii, która w tych okolicznościach jest wyjątkowa<sup>490</sup>. Jeżeli chodzi o Brexit i konsekwencje dla Irlandii oraz Wielkiej Brytanii, należy wymienić trzy podstawowe kwestie. Po pierwsze, należy zaznaczyć, że Wielka Brytania uchwaliła UNCITRAL *Model Law on Cross Border Insolvency*, który może zadziałać jako mechanizm komplementarny w obliczu wygaśnięcia obowiązywania dyrektywy 848/2015. Oczywiście uznawalność transgranicznych postępowań upadłościowych na podstawie Prawa Modelowego jest znacznie bardziej ograniczona w porównaniu do Dyrektywy 848/2015. Jednak, co najbardziej istotne, Irlandia nie jest sygnatariuszem prawa modelowego UNCITRAL on Cross Border Insolvency. Nowelizacja prawa w upadłościowego w Irlandii umożliwiła przeprowadzenie upadłości na tych samych korzystnych warunkach, co w Zjednoczonym Królestwie. Tym samym, w związku ze zmianami w prawie Irlandzkim, a także zbliżającym się brexitem, można domniemywać, że dłużnicy będą konstytuowali swoje COMI (*Centre of Main Interest*) w Irlandii dla celów związanych z przeprowadzeniem postępowania upadłościowego z podmiotami europejskimi. Wreszcie po trzecie, aktem prawnym tracącym moc w momencie brexitu, jest rozporządzenie Bruksela I (44/20001), regulujące jurysdykcję i uznawalność orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych. Tworzy to potencjalne zagrożenie, że orzeczenia sądowe mogą nie być uznawane z dotychczasową płynnością, co w znacznym stopniu może przyczynić się do obstrukcji systemu sprawiedliwości w wymiarze międzynarodowym<sup>491</sup>.

Statystyki upadłościowe w Wielkiej Brytanii są prowadzone przez The Insolvency Service. W jednym z najnowszych raportów *Insolvency Service* przeprowadziło analizę upadłości przedsiębiorstw ze względu na wielkość, czas operowania na rynku oraz ze względu na lokalizację. Z danych, które zostały przedstawione w latach 2015 – 2017 wynika, że liczba przedsiębiorstw będących w stanie niewypłacalności utrzymywała się na podobnym poziomie pomiędzy r. 2015 a – r. 2017, jednakże całościowo, liczba upadłych przedsiębiorstw zmalała. Jest to związane ze zjawiskiem konstytuowania się nowych przedsiębiorstw, które zaniżają

---

<sup>490</sup> Zob. np. Aktualności Parlamentu Europejskiego: Brexit i jego wpływ na Irlandię, <http://www.europarl.europa.eu/news/pl/headlines/eu-affairs/20170925STO84610/brexit-i-jego-wplyw-na-irlandie>, [dostęp: 30.11.2018].

<sup>491</sup> Zob. np: R. Peart, Brexit – Potential Effect on Insolvency and Restructuring, October 2016.



statystykę występowania przedsiębiorstw niewypłacalnych. Przedsiębiorstwa niewypłacalne stanowiły 0,67% wszystkich przedsiębiorstw w Anglii i Walii w roku 2017. Stwierdzono, że prawdopodobieństwo niewypłacalności przedsiębiorstwa występuje w regionach północnych, oraz że niewypłacalność jest mniej prawdopodobna w bardzo małych lub bardzo dużych przedsiębiorstwach<sup>492</sup>.

Główne postępowania insolwencyjne, które są istotne w odniesieniu do upadłości przedsiębiorstw w Anglii to likwidacja (*liquidation*), zarząd przymusowy (*administration*), postępowanie układowe (*administrative receivership*), a w odniesieniu do osób fizycznych – upadłość konsumencka (*bankruptcy*)<sup>493</sup>. W toku rozważań niniejszego rozdziału, autorka stwierdziła, że nie będzie zasadne tłumaczenie instytucji prawa angielskiego i zastąpienie ich polskimi odpowiednikami instytucji prawa upadłościowego. Ze względu na istnienie co do zasady podobnych, a czasami wręcz tożsamyh regulacji, należy pamiętać, że porządek *common law* zawiera w sobie nieznanne instytucje dla prawa polskiego, takie jak np. *trustee*.

Likwidacja w systemie angielskim może przybrać dwie formy – przymusową i dobrowolną. Przymusowa likwidacja zazwyczaj odbywa się na wniosek wierzycieli. Gdy wspólnicy spółki chcą wszcząć postępowanie upadłościowe, zostanie to zastosowany mechanizm dobrowolnej likwidacji (*creditors' voluntary liquidation* – CLV). Istnieje również możliwość dobrowolnej likwidacji spółki przez wspólników (*member's voluntary liquidation* – MVL), w przypadku kiedy spółka jest wypłacalna. Likwidacja jest głównie związana z upłynnieniem aktywów, zawarciem porozumienia przez wierzycieli oraz dystrybucją wierzytelności *pari passu* zgodnie ze stopniem uprzywilejowania wierzycieli. W ogólności likwidacja jest dopuszczana w przypadku całkowitego fiaska gospodarczego spółki.

Następną formą jest zarząd (*administration*), który jest ukierunkowany głównie na przetrwanie spółki i jej rekonstrukcję. Osoba sprawująca zarząd - syndyk (*administrator*) może być powołany przez sąd, lub metodą pozasądową przez samą spółkę, dyrektorów spółki lub wspólnika zabezpieczonego zastawem. Syndyk, który

---

<sup>492</sup> M. McDaid, The Insolvency Service, Official Statistics (Experimental) Corporate insolvencies by size, age and location, 2015 – 2017, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/758492/Commentary.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/758492/Commentary.pdf), [dostęp: 06.12.2018].

<sup>493</sup> G. Burn, E. Grubb, Insolvency and Arbitration in English Law, "International Arbitration Law Review" 2005, vol. 8, nr 4, s. 124, 125.

sprawuje zarząd nad majątkiem spółki, musi wykonywać swoje obowiązki mając wzgląd na:

- a. uratowanie spółki;**
- b. uzyskanie lepszych wyników przedsiębiorstwa;**
- c. dystrybucję aktywów w taki sposób, aby zaspokojenie uzyskał jeden, lub więcej wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo.**

Syndyk jest odpowiedzialny za wykonywanie swoich obowiązków w celu uratowania spółki, o ile jest to w ogóle możliwe lub jeżeli wariant b. byłby bardziej korzystny z perspektywy wszystkich wierzycieli spółki. Syndyk podejmuje czynności z uwzględnieniem wariantu c, w przypadku, gdy stwierdzi, że zrealizowanie wariantu a. i b. nie byłoby celowe ze względów praktycznych. Podczas czasu działania syndyka w spółce zawieszeniu z mocy ustawy ulegają wszystkie postępowania, np. te związane z przejęciem mienia, postępowania o charakterze egzekucyjnym oraz zabezpieczającym etc. W rezultacie podczas zawieszenia inne procedury mogą być wszczęte jedynie za zgodą administratorów (syndyków) lub sądu. Dzięki temu zabiegowi środki majątkowe spółki zostają wyodrębnione, co zasadniczo umożliwia lepszą administrację majątkiem spółki. Administratorzy spółki (syndycy), wchodzi w posiadanie aktywów spółki i są odpowiedzialni za całościowy management.

Zarząd przymusowy, czyli *administrative receivership*, jest co do istoty postępowaniem o charakterze zabezpieczającym. Więksi wierzyciele, którymi najczęściej są banki, posiadają zastaw o zmiennym składzie, będący formą zabezpieczenia, które nie jest związane z określonymi aktywami, ale kategorią aktywów (*floating charge*) i daje pierwszeństwo zaspokojenia. W momencie kiedy majątek dłużnika posiada *floating charges* na większości aktywów, powoływany jest zarządca przymusowy, który może być powołany tylko przez posiadacza wierzytelności zabezpieczonej, czyli *floating charge*. Jednakże należy podkreślić, że postępowanie układowe jest w praktyce ograniczane. W związku ze zmianami w prawie, jedynie posiadacz wierzytelności zabezpieczonej - *floating charge*, ustanowioną wcześniej niż 15 września 2003 r.<sup>494</sup> może ustanowić zarządcę przymusowego. Posiadacz *floating charge*, datowanej na 15 września 2003 r., i po 15 września 2003 r., będzie miał możliwość jedynie powołania administratora. Porównując kompetencje administratora

---

<sup>494</sup> 15 września zostały wprowadzone zmiany do Insolvency Act 1986 przez Enterprise Act 2002.

i zarządcy przymusowego należałoby zaznaczyć, że ten pierwszy jest zobowiązany „ciału” reprezentującego wszystkich wierzycieli, natomiast ten drugi zobowiązany jest posiadaczowi *floating charge*, przez którego został powołany. Zarządca przymusowy zrealizuje aktywa spółki w taki sposób, aby mogły być rozdystrybuowane w celu zaspokojenia *floating charge*. Zazwyczaj ustanowienie zarządu przymusowego zakończone jest likwidacją.

Ostatnią formą jest upadłość (*bankruptcy*). Ogłoszenie upadłości osoby fizycznej może odbyć się na jej własny wniosek lub na wniosek wierzyciela. Syndyk masy upadłości staje się *trustee* osoby będącej w upadłości, chyba, że zostanie wyznaczony inny *trustee*. Zadaniem *trustee* w tym przypadku jest zrealizowanie aktywów i ich dystrybucja.

## § 8. Wnioski

Niewątpliwie regulacje dotyczące arbitrażu oraz postępowania upadłościowego przedstawione na wybranych przykładach państw *common law* są regulacjami, których wartość musi być oceniana nie tylko ze względu na efektywność, ale także na dostosowywanie się do realiów i współczesnych tendencji gospodarczych. Potwierdza się teza, że w obrębie jurysdykcji *common law* zdecydowana większość przeprowadzanych postępowań z zakresu nie tylko prawa upadłościowego, ale również postępowania arbitrażowego w ujęciu międzynarodowym odnosi się do prawa modelowego UNCITRAL. Wykonana analiza w sposób jednoznaczny wskazuje, że prawo modelowe UNCITRAL stanowi swego rodzaju spoiwo oraz łącznik jurysdykcyjny w zakresie postępowania arbitrażowego oraz insolwencyjnego. Jedyne wyjątek stanowi *casus* Irlandii, która do tej pory nie została sygnatariuszem prawa modelowego UNCITRAL w sprawie transgranicznych postępowań upadłościowych. Nie jest to pewne, ale być może Irlandia posiada wystarczający potencjał, aby w przyszłości stać się nowym COMI spółek europejskich, chcących skorzystać z korzystnych uregulowań prawa upadłościowego, pozostając wciąż w obrębie jurysdykcyjnym Unii Europejskiej.

W państwach *common law*, pomimo postulatów dotyczących transparentności międzynarodowej procedury upadłościowej intersekcja upadłości oraz arbitrażu jest

zagadnieniem, które nie zostało uregulowane w sposób jednolity. Jednakże państwa analizowane w niniejszej dysertacji wspólnie dzielą wielowiekową tradycję arbitrażową oraz szeroko pojęte polubowne rozwiązywanie sporów. Osiągnięcie jednolitej linii orzeczniczej lub schematu działania w postępowaniu upadłościowym jest problemem, którego rozwiązanie wymagałoby ścisłej współpracy sądowej na poziomie międzynarodowym. Niemniej jednak arbitraż wciąż występuje bardzo często w upadłościach o charakterze transgranicznym i należy się spodziewać, że sądy dalej będą stawały przed dylematem, w jaki sposób mają procedować.

Badając zależność zachodzącą pomiędzy postępowaniem insolwencyjnym a postępowaniem arbitrażowym, można stwierdzić, że rozwiązania przyjęte w Stanach Zjednoczonych, Irlandii oraz Anglii niewiele się od siebie różnią. Angielski *Arbitration Act* 1996 jak i *Bankruptcy Act* umożliwiają odrzucenie przez *trustee* umowy arbitrażowej, jeżeli okaże się ona niekorzystana dla całego postępowania. Jednakże badanie zdatności arbitrażowej (*arbitrability*) sporu we wszystkich badanych państwach *common law* jest wyłączną prerogatywą sądu, oraz uzależniona jest od prawa wewnętrznego. Zarówno Anglia, jak i Stany Zjednoczone w swoich systemach prawnych implementowały postanowienia prawa modelowego UNCITRAL w zakresie arbitrażu oraz transgranicznego postępowania upadłościowego. Stany Zjednoczone to przykład państwa, w którym tradycja rozwiązywania sporów gospodarczych za pomocą arbitrażu - w rozumieniu współczesnej praktyki gospodarczej - jest zjawiskiem o ugruntowanej pozycji. Należy podkreślić naczelną rolę prywatnych zrzeszeń przedsiębiorców w rozwój praktyki arbitrażowej. Między innymi Nowojorska Izba Handlowa, a także Nowojorska Giełda Papierów Wartościowych są przykładami instytucji, które istotnie przyczyniły się do promocji idei arbitrażu. Rzeczywiście międzynarodowy arbitraż handlowy jest wzorową instytucją prawa międzynarodowego prywatnego, co legitymizuje jego występowanie w relacjach pomiędzy jednostkami.

Trzeba podkreślić, że *revocability doctrine* i skuteczność zapisu na sąd polubowny w orzecznictwie sądów amerykańskich wyraźnie ewoluowała. Jest to zagadnienie problemowe występujące nie tylko na kanwie orzecznictwa sądów amerykańskich, ale także we współczesnym orzecznictwie europejskim. Pogląd o niekonstytucyjności zapisów na sąd polubowny został odrzucony przez orzecznictwo zarówno europejskie, jak i amerykańskie.

Badanie skomplikowanej relacji arbitrażu i upadłości jest uzależnione nie tylko od prawa federalnego czy stanowego. Jest to zagadnienie związane z fundamentem systemu prawa amerykańskiego, w tym doktryny *stare decisis, statutory rights* (praw podstawowych) oraz konstytucyjną zasadą demokratycznego państwa prawa. Dlatego należy jednoznacznie stwierdzić, że sąd upadłościowy w systemie amerykańskim za każdym razem, chcąc uwzględnić roszczenie o dopuszczenie arbitrażu w postępowaniu upadłościowym, będzie musiał zbadać, czy nie zostały złamane zasady konstytucyjne. Sąd również odrzuci możliwość zastosowania arbitrażu, w przypadku kiedy umowa arbitrażowa w znaczący sposób będzie stała w sprzeczności z kodeksem upadłościowym (*U.S Bankruptcy Code*). Ponadto ważnym zagadnieniem praktycznym, z którym będą musiały zmierzyć się sądy, jest zbadanie, czy strony nie będą wykorzystywały arbitrażu jako mechanizmu zastępczego dla procesu w celu uniknięcia negatywnych konsekwencji występowania na konkretnym forum. Na podstawie zaprezentowanych argumentów, w obrębie prawa amerykańskiego, wątpliwości największej wagi związane są z tym, czy umowne zapisy na sąd arbitrażowy w rzeczywistości mają moc wiążącą w sporach upadłościowych na gruncie prawa federalnego. W obliczu braku jednolitej linii orzeczniczej co do standardów, które miałyby rozstrzygać, czy strony są zobowiązane do poddania sprawy kognicji sądu arbitrażowego, w przypadku gdy jurysdykcję nad sprawą posiada sąd upadłościowy, konkluzja przedmiotowo badanego zagadnienia jest niepewna. Wydaje się, że wypracowanie jednolitych standardów oraz wskazówek orzeczniczych może być potencjalnie sferą otwartą dla nauki.

Irlandia wśród praktyków prawa upadłościowego zyskała status państwa o jednym z najnowocześniejszych systemów prawa upadłościowego w Europie. O nowoczesności systemu upadłościowego, a także systemu arbitrażowego w Irlandii, według autorki, decydują trzy czynniki. Po pierwsze, umowy handlowe, które najczęściej kierowane są do postępowania arbitrażowego, to również umowy, które posiadają „potencjał upadłościowy”, czyli potencjalną insolwencję jednej ze stron. Jest to sfera umów ubezpieczeniowych, umowy w sektorze morskim, wycena aktywów, umowy sprzedaży i świadczenia usług, umowy sprzedaży pojazdów silnikowych, umowy turystyczne, umowy budowlane oraz umowy partnerskie. Po drugie, sprawy rozpatrywane przez irlandzki High Court traktują o arbitrażu z odmiennej strony. Przedstawiona w rozprawie sprawa *Des Hennessey v Building Contractors Ltd*

*v O'Beirne* demonstruje, że wyrok sądu arbitrażowego jest długiem w rozumieniu przepisów *Bankruptcy Act 1988*. Po trzecie, upadłość konsumencka jest efektywnie działającą regulacją, między innymi dzięki *Protective Certificates*, które w większości przypadków ustalają efektywne i szybkie plany spłat. W odniesieniu do postępowań insolwencyjnych i arbitrażu praktyka irlandzka jest zgodna z wszelkimi międzynarodowymi standardami, i do tej pory wydaje się funkcjonować prawidłowo. Niemniej jednak istnieje pewnego rodzaju sprzeczność w odniesieniu do implementacji prawa modelowego UNCITRAL. Irlandia implementowała prawo modelowe dotyczące międzynarodowego arbitrażu handlowego, jednakże nie implementowała prawa modelowego dotyczącego upadłości transgranicznych.

Podsumowując, w odniesieniu do funkcjonujących mechanizmów prawa insolwencyjnego należy wskazać, że prawodawstwo badanych państw *common law* istotnie odwołuje się do idei *fresh start*, czyli idei promującej nowy start dłużnika w obrocie gospodarczym.

## **Rozdział IV. Relacja arbitrażu do postępowań upadłościowych z perspektywy Polski w ujęciu międzynarodowym**

### **§ 1. Postępowanie upadłościowe a arbitraż w Polsce**

Celem niniejszego działu jest analiza relacji arbitrażu do postępowań upadłościowych z perspektywy Polski w ujęciu międzynarodowym. Na wstępie należy zaznaczyć, że zagadnienie relacji zapisu na sąd polubowny i postępowania upadłościowego w polskim piśmiennictwie nie zyskało zbyt wiele uwagi, o czym może świadczyć ograniczony zasób monograficzny w obrębie tej problematyki<sup>495</sup>. Być może jest to spowodowane skomplikowaniem postępowania zarówno upadłościowego jak i restrukturyzacyjnego, a także zmieniającymi się przepisami, które ewoluują wraz ze zmieniającą się rzeczywistością prawną. Na marginesie można zauważyć, że poziom skomplikowania przepisów oraz częste zmiany w prawie mają związek z kulturą prawną danego państwa, tradycją, historią oraz innymi czynnikami, które wpływają na ukształtowanie systemu prawnego<sup>496</sup>.

Niewątpliwie w kontekście ewolucji prawa europejskiego nowe polskie prawo upadłościowe i restrukturyzacyjne odpowiada aktualnym tendencjom w europejskim prawie upadłościowym<sup>497</sup>. Mimo to istnieją głosy, że zmiana ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze poza wprowadzeniem zmian legislacyjnych w przedmiocie zapisu na sąd polubowny, okazała się być dużym wyzwaniem w szczególności dla praktyków, sędziów, syndyków (obecnie doradców restrukturyzacyjnych), pełnomocników, którzy świadczą usługi w tym zakresie, studentów oraz aplikantów. Podkreśla się, że szerokie gremium prawnicze dopiero uczy się nowego prawa i poznaje funkcjonowanie przepisów, które *de facto* nie zostały przećwiczone w praktyce. Dlatego też z powodu braku doświadczenia polskich praktyków wyrasta coraz więcej

---

<sup>495</sup> Temat wpływu ogłoszenia upadłości na zapis na sąd polubowny i postępowanie arbitrażowe został obszernie opisany na kanwie poprzedniej ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze, zob. np. *J. Kruczałak-Jankowska*, Wpływ ogłoszenia upadłości na zapis na sąd polubowny, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2001, t. XXVII; *P. Rodziewicz*, Wpływ ogłoszenia upadłości w Polsce na zagraniczne postępowanie arbitrażowe, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2011, t. 8; *P. Stenko*, Ogłoszenie upadłości strony zapisu na sąd polubowny w międzynarodowym arbitrażu handlowym. Uwagi na tle europejskiego rozporządzenia upadłościowego, „Polski Proces Cywilny” 2012, nr 2.

<sup>496</sup> Zob. np.: *A. S. Rau*, The Culture of American Arbitration And The Lessons Of ADR, „Texas International Law Journal” 2005, nr 40, s. 449 i nast.; *K. K. Grossman*, Southern Fried Mediation: A Regional Recipe For Success when Mediation In The Southern United States, „Faulkner Law Review” 2012, nr 3, s. 303 i nast.

<sup>497</sup> *P. Kuglarz*, Nowe prawo upadłościowe i restrukturyzacyjne w Polsce w kontekście ewolucji prawa europejskiego. Restrukturyzacja i upadłość Przedsiębiorstw 2.0, Warszawa 2016, s. 125.

nieścistości, a także problemów natury interpretacyjnej. Ponadto nowe prawo nie było jeszcze przedmiotem rozstrzygnięć, które mogłyby stać się drogowskazem i pomocą przy stosowaniu nowych przepisów<sup>498</sup>. Fundamentalne znaczenie w polskim obrocie prawnym ma procedura restrukturyzacji. Eksperti z dziedziny prawa upadłościowego argumentują, że skuteczna, a zarazem efektywna restrukturyzacja powinna cechować się szybkością, a także względnie niskimi kosztami. Upadłość w kształcie obecnej ustawy traktowana jest jako ostateczność. W związku z tym istnieje znaczna trudność w ocenie skuteczności obowiązywania przepisów obecnej ustawy. Trudność ta jest związana po pierwsze, z względnie krótkim czasem obowiązywania nowej regulacji, a także ze względu na odmienne opinie praktyków. Należy uznać pogląd, że z perspektywy ekonomicznej, a także gospodarczej większą uwagę zyskały postępowania restrukturyzacyjne. Krytycy obecnej regulacji dowodzą, że choć wiązano wiele nadziei z długo oczekiwaną ustawą o prawie restrukturyzacyjnym, to w praktyce okazała się ona być porażką<sup>499</sup>.

Dodatkowo podkreśla się, że międzynarodowe prawo sanacyjne przeżywa obecnie swoisty rozkwit. Współcześnie zauważa się również tendencję, w której podmioty gospodarcze koncentrują swoje działania zmierzające ku restrukturyzacji wokół tworzenia powiązań z prawem angielskim, tak aby móc skorzystać z preferencyjnej regulacji *Scheme of Arrangements*, która jest uregulowana w § (sec) 896 i n. *Companies Act*<sup>500</sup>. Mogłoby się wydawać, że w obliczu coraz głębszych reform oraz prób ujednoczenia praw – nie tylko upadłościowego - wybór forum nie jest już tak istotny. Mimo to zauważa się, że ze względu na wielość przeprowadzonych postępowań restrukturyzacyjnych na podstawie prawa angielskiego, Zjednoczone Królestwo stało się europejską stolicą restrukturyzacji<sup>501</sup>. Dlatego też, analizując meritum przenikania się arbitrażu i upadłości, trzeba również rozważyć, co może wpływać na wybór takiej

---

<sup>498</sup> A. Machowska (red.), *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe: zagadnienia praktyczne*, Warszawa 2016, s. 23.

<sup>499</sup> K. Oppenheim, *Prawo restrukturyzacyjne: sukces czy porażka?*, „Rzeczpospolita” z dnia 03.02.2016 r., [dostęp: 12.12.2017], <http://www.rp.pl/Firma/302039976-Prawo-restrukturyzacyjne-sukces-czy-porazka.html>

<sup>500</sup> W. Klyta, Tytuł III, Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania restrukturyzacyjnego, [w:] A. Torbus, A. Witosz, A.J. Witosz (red.), *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 840.

<sup>501</sup> G. McCormack, *Jurisdictional Competition And Forum Shopping in Insolvency Proceedings*, “Cambridge Law Journal” 2009, vol. 1, nr 68, s. 169, dostępne na [https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/4FBC1BDBDCEEDFCF73548E8216CDB561/S0008197309000075a.pdf/jurisdictional\\_competition\\_and\\_forum\\_shopping\\_in\\_insolvency\\_proceedings.pdf](https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/4FBC1BDBDCEEDFCF73548E8216CDB561/S0008197309000075a.pdf/jurisdictional_competition_and_forum_shopping_in_insolvency_proceedings.pdf), [dostęp: 26.01.2018].



lub innej jurysdykcji jako właściwego forum ukonstytuowania się trybunału arbitrażowego.

Gruntowna nowelizacja przepisów prawa upadłościowego<sup>502</sup> jak i prawa restrukturyzacyjnego<sup>503</sup> w znaczący sposób wpłynęły na postępowania przed sądem polubownym, czyli postępowanie arbitrażowe. Ponieważ są to dwie ustawy, które regulują sytuację przedsiębiorców, którzy borykają się ze stanem niewypłacalności, są to ustawy kluczowe dla prowadzenia biznesu w warunkach kryzysu<sup>504</sup>. Pomimo nowelizacji przepisów odnoszących się bezpośrednio do zapisu na sąd polubowny wydaje się zasadnym, aby dla kontrastu podać, w jakim kierunku obecnie zmierzają zmiany w przedmiocie postępowań upadłościowych z pierwiastkiem alternatywnych metod rozwiązywania sporów. Obecnie są to tendencje, które ukierunkowane są na użycie mediacji w sporach, w których uczestniczy niewypłacalny dłużnik. W Unii Europejskiej mediacja jest stosowana w niektórych aspektach związanych z prawem insolwencyjnym w takich państwach, jak Belgia, Anglia, Francja, Grecja oraz Hiszpania. W 2012 r. w Holandii został uruchomiony program pilotażowy „Mediacja w sprawach upadłościowych i likwidacyjnych”, jednak do tej pory nie została udostępniona pełna ewaluacja wyników<sup>505</sup>. W innych państwach, takich jak np. Polska, istnieją podstawy, by stwierdzić, że ani mediacja, ani arbitraż w sprawach upadłościowych nie zyskały zainteresowania przedsiębiorców.

Z perspektywy niniejszej rozprawy nie jest jednak zasadne całościowe omówienie już nieobowiązujących przepisów – mianowicie art. 142 i 147 Prawa upadłościowego i naprawczego<sup>506</sup>. W pierwotnym brzmieniu ustawy zarówno art. 142 [Zapis na sąd polubowny], jak i art. 147 [Zapis na sąd polubowny] brzmiały tak samo: „Zapis na sąd polubowny dokonany przez upadłego traci moc z dniem ogłoszenia upadłości, a toczące się postępowania ulegają umorzeniu”<sup>507</sup>. Należy jednak zasygnalizować, w jaki sposób zbieg przepisów dotyczący arbitrażu oraz postępowania

---

<sup>502</sup> Dalej PrUpad.

<sup>503</sup> Dalej PrRest.

<sup>504</sup> P. Zimmerman, B. Sierakowski, Nowe prawo restrukturyzacyjne i prawo upadłościowe, „Rzeczpospolita” <https://www.rp.pl/Firma/301209992-Nowe-prawo-restrukturyzacyjne-i-prawo-upadlosciowego.html>, 20.01.2017, [dostęp: 25.09.2018].

<sup>505</sup> B. Wessels, Mediation in Restructuring and Insolvency, Eurofenix, Spring 2016, s. 2.

<sup>506</sup> Zob. np. T. Ereciński, K. Weitz, Sąd arbitrażowy, s. 162; P. Zimmerman, Komentarz, Warszawa, 2015, s. 320.

<sup>507</sup> Ustawa z dnia 28 lutego 2003 roku – Prawo upadłościowe i naprawcze (tekst. jedn. Dz. U. z 2012. poz. 112 ze zm.).

upadłościowego był komentowany w doktrynie. Jak wskazuje B. Gessel-Kalinowska vel. Kalisz w opracowaniu „Diagnoza arbitrażu”<sup>508</sup>, wielokrotnie podkreślano potrzebę zmian w prawie arbitrażowym, które miałyby być ukierunkowane na liberalizację obowiązujących regulacji przedmiotowych arbitrażu. Wskazywano na potrzebę liberalizacji zdatności arbitrażowej sporów korporacyjnych, uproszczenia modelu skargi o uchylenie wyroku arbitrażowego, a także likwidację norm zawartych w art. 142 i 147 prawa upadłościowego<sup>509</sup>. Jak wskazano wcześniej, zgodnie z normami zawartymi w art. 142 i 147 poprzedniej ustawy PrUpad, zapis na sąd polubowny dokonany przez upadłego tracił moc z dniem ogłoszenia upadłości, a toczące się postępowania ulegały umorzeniu niezależnie od tego, czy względem podmiotu ogłoszono upadłość układową, czy upadłość likwidacyjną. Projektodawcy PrUpadNapr przyjęli tą zasadę za właściwą, ze względu na niezinstytucjonalizowany charakter postępowania polubownego, w tym głównie możliwość rozstrzygania przez sąd polubowny w oparciu o zasady słuszności. Restrykcyjna kontrola sądowa postępowań, w których miał uczestniczyć niewypłacalny dłużnik, była podyktowana ochroną wierzycieli ze względu na potencjalną możliwość działania dłużnika z pokrzywdzeniem wierzycieli – zarówno na etapie postępowania upadłościowego, jak i na przedpolu upadłości<sup>510</sup>. W oparciu o argumenty o charakterze prawoporównawczym komentowano nieuzasadniony rygoryzm polskiej regulacji na tle uregulowań międzynarodowych, niezgodność tego obszaru prawnego z treścią zobowiązań międzynarodowych, których stroną jest Polska oraz nieuzasadnioną ingerencję ustawodawcy w treść umowy arbitrażowej<sup>511</sup>.

W nowym brzmieniu ustawy art. 147 [Zapis na sąd polubowny] brzmi następująco: Do postępowań przed sądami polubownymi przepisy art. 174 § 1 pkt 4 i 5

---

<sup>508</sup> B. Gessel-Kalinowska vel. Kalisz (red.), *Diagnoza arbitrażu. Funkcjonowanie prawa o arbitrażu i kierunki postulowanych zmian*, Wrocław 2014, [http://konfederacjalewiatan.pl/legislacja/wydawnictwa/\\_files/publikacje/2014/20140908\\_diagnoza\\_arbitra\\_u.pdf](http://konfederacjalewiatan.pl/legislacja/wydawnictwa/_files/publikacje/2014/20140908_diagnoza_arbitra_u.pdf), [dostęp: 29.11.2017].

<sup>509</sup> Ustawa z dnia 7 grudnia 2016 roku – Prawo upadłościowe (tekst jedn. Dz. U. poz. 2171).

<sup>510</sup> M. Gieromin, K. Szczudlik, *Postępowania przed sądem polubownym i postępowania delibacyjne w świetle zmian wprowadzonych ustawą prawo restrukturyzacyjne*, [w:] *Restrukturyzacja i upadłość przedsiębiorstw 2.0*, Warszawa 2016, s. 143 i nast.

<sup>511</sup> W. Sadowski, *Wpływ postępowania upadłościowego w Polsce na postępowanie arbitrażowe prowadzone za granicą: uwagi na kanwie sprawy Elektrimu*. „e-Przeгляд Arbitrażowy” 2010, nr 2, s. 5 i nast.

oraz art. 180 § 1 pkt 5 Kodeksu Postępowania Cywilnego, a także art. 144 i art. 145 stosuje się odpowiednio<sup>512</sup>.

Jak już wcześniej zauważono, relacja postępowań insolwencyjnych i arbitrażu nabrała większego znaczenia ze względu na rosnącą ilość upadłości transgranicznych, gdzie dłużnicy nie tylko uczestniczą w postępowaniu upadłościowym, ale także biorą udział w postępowaniu arbitrażowym. Zarówno w literaturze zagranicznej, jak i w doktrynie prawa polskiego wskazuje się, że główny problem dotyczy przeciwstawnych celów obydwu postępowań. W skrócie, postępowanie upadłościowe związane jest z centralizacją roszczeń wielu wierzycieli w stosunku do dłużnika, natomiast celem międzynarodowego arbitrażu jest umożliwienie stronom stosunku umownego rozwiązanie ich sporu w sposób dla nich najbardziej wygodny<sup>513</sup>. Można także wspomnieć, że o międzynarodowym prawie upadłościowym oraz o międzynarodowym arbitrażu w literaturze mówi się w kontekście dwóch przeciwstawnych mechanizmów, które historycznie egzystowały w dwóch odmiennych sferach prawnych i rzadko się ze sobą stykały. Mimo to obrót prawny i praktyka niejako zmusiły do weryfikacji tych stanowisk, i do analizy, w jaki sposób międzynarodowy arbitraż handlowy może okazać się użytecznym narzędziem podczas rozpatrywania spraw związanych szczególnie z upadłością transgraniczną<sup>514</sup>.

Dlatego aby zrozumieć naturę i zakres różnic występujących pomiędzy arbitrażem i postępowaniem insolwencyjnym, w szczególności na szczeblu międzynarodowym, ale z perspektywy Polski, należy poddać analizie podstawowe kwestie związane z funkcjonowaniem obydwu tych instytucji w ujęciu polskiego systemu prawnego. Na początku należy wyjaśnić, że w momencie otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego w stosunku do dłużnika, w istotny sposób zostaje ograniczona możliwość wszczęcia postępowań cywilnych, administracyjnych, sądownoadministracyjnych, postępowań egzekucyjnych i zabezpieczających, a przede wszystkim postępowań przed sądami polubownymi. Należy zauważyć, że w ustawie Prawo restrukturyzacyjne<sup>515</sup> nie ma wyodrębnionego działu, który by regulował kwestie związane z otwarciem postępowania restrukturyzacyjnego na bieg innych postępowań,

---

<sup>512</sup> Ustawa z dnia 7 grudnia 2016 roku – Prawo upadłościowe (tekst jedn. Dz. U. poz. 2171), dalej PrUpad.

<sup>513</sup> *D. Ehmke, A. Lewis*, Navigating Scylla and Charybdis: International Arbitration and National Insolvency, "Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice" 2016, vol. 25, nr 5, 2016, s. 1.

<sup>514</sup> *S. L. Bufford*, "Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice" 2014, vol. 23, nr 4, art. 8.

<sup>515</sup> Ustawa z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. poz. 978).

czyli działu o charakterze *stricte* procesowym. Warto też wspomnieć, że ze względu na interdyscyplinarność dziedziny prawa restrukturyzacyjnego, a także jego silnych związków z innymi gałęziami prawa, na płaszczyźnie prawa polskiego badany głównie jest wpływ postępowania restrukturyzacyjnego na postępowania cywilne, administracyjne, przed sądami polubownymi oraz postępowania egzekucyjne (procesowe skutki postępowania restrukturyzacyjnego)<sup>516</sup>.

Tak samo jak w opracowaniach międzynarodowych, tak samo w doktrynie polskiej podkreśla się fakt, że niewypłacalność dłużnika tudzież zagrożenie niewypłacalnością ze swej natury stoi w sprzeczności z celami postępowań arbitrażowych, upadłościowych i restrukturyzacyjnych<sup>517</sup>. Wskazuje się również, że podobna sprzeczność występuje, gdy porównuje się postępowanie sądowe z postępowaniem restrukturyzacyjnym. Można powiedzieć, że główny konflikt zachodzi na osi względnie liberalnych zasad, które rządzą postępowaniem przed sądem polubownym a sztywnymi zasadami które można zaobserwować w postępowaniu sądowym. Ponieważ arbitraż oparty jest na zasadzie autonomii stron, zaś system prawa upadłościowego na przewodniej roli sądu, który nadzoruje cały proces poprzez bezpośrednie zaangażowanie sędziów, różnice występują przede wszystkim na płaszczyźnie proceduralnej, oraz w warstwie materialnej. Przykładowo w doktrynie prawa polskiego na kanwie poprzednio obowiązującej ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze, argumentowano, że polubowne rozstrzygnięcie sporów już po ogłoszeniu upadłości jest niepożądane, właśnie ze względu na złożoność problemów materialnoprawnych i procesowych w przypadku upadłości jednej ze stron<sup>518</sup>. Oczywiście jest to argument relewantny, jednak w kontekście dyskusji dotyczącej coraz większej formalizacji postępowań arbitrażowych nasuwają się pytanie o zasadność krytykowania postępowania arbitrażowego głównie w oparciu o kryterium liberalnych zasad procesowych.

Dysekcja zagadnienia arbitrażu pomiędzy wierzycielami a dłużnikiem została przeprowadzona w przedmiotowym zakresie dopuszczalności tzw. arbitrażu

---

<sup>516</sup>A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz (red.), System Prawa Handlowego, t. VI, Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe, Warszawa 2016, s. 196.

<sup>517</sup>D. Ehmke, A. Lewis, Navigating Scylla and Charybdis: International Arbitration and National Insolvency, "Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice" 2016, vol. 25, nr 5, art. 2, s. 1.

<sup>518</sup>A. Jakubecki, [w:] Komentarz do art. 142 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze, pod red. A. Jakubeckiego, Warszawa 2010, s. 330.

restrukturyzacyjnego oraz postępowania naprawczego<sup>519</sup>. Zbadanie tej problematyki jest możliwe, ponieważ istotnym aspektem postępowania restrukturyzacyjnego jest jego „mediacyjny charakter”<sup>520</sup>, który jest odzwierciedleniem pryncypiów rządzących polubownym rozwiązywaniem sporów. Mediacyjny charakter postępowania restrukturyzacyjnego należy rozumieć w ten sposób, że niewypłacalny lub zagrożony niewypłacalnością przedsiębiorca (dłużnik) zmierza do rozwiązania sprawy w sposób zgodnie przyjęty przez dłużnika i większość wierzycieli. Wówczas można mówić o przyjęciu pewnego rodzaju układu. Układ może mieć charakter sanacyjny lub likwidacyjny. W ogólności, układ sanacyjny charakteryzuje się rozwiązaniem problemu niewypłacalności z jednoczesnym zachowaniem bytu ekonomiczno-prawnego przedsiębiorstwa, które podlega restrukturyzacji, natomiast układ o charakterze likwidacyjnym realizuje się poprzez zbycie składników majątkowych przedsiębiorstwa bądź jego funkcjonalnej części, nowemu inwestorowi<sup>521</sup>. Poza tym, w kontekście polubownego rozwiązywania sporów insolwencyjnych mówi się o zasadzie mediacyjnego rozwiązywania konfliktu interesów. Mając na uwadze, że zgodnie z art. 3., ust. 1: *„Celem postępowania restrukturyzacyjnego jest uniknięcie ogłoszenia upadłości dłużnika przez umożliwienie mu restrukturyzacji w drodze zawarcia układu z wierzycielami, a w przypadku postępowania sanacyjnego – również przez przeprowadzenie działań sanacyjnych, przy zabezpieczeniu słusznych praw wierzycieli”*, nadrzędnym celem restrukturyzacji jest zasadniczo zawarcie układu z wierzycielami. Ponieważ do zawarcia układu dochodzi na zgromadzeniu wierzycieli, *per analogiam* można stwierdzić, że przyjęcie układu jest rozwiązaniem konfliktu interesów, które opiera się na zasadach tożsamych postępowaniu mediacyjnemu, czyli zasady dobrowolności, poufności, neutralności, bezstronności oraz akceptowalności<sup>522</sup>.

Postępowanie o charakterze arbitrażowym pomiędzy wierzycielami i dłużnikiem, zostało po raz pierwszy określone terminem „arbitraż restrukturyzacyjny” w polskiej literaturze przedmiotu poprzez R. Adamusa<sup>523</sup>. Przedmiotem arbitrażu restrukturyzacyjnego miałyby być ustalenie nowych zasad wykonywania zobowiązań dłużnika w stosunku do wierzycieli. Ponieważ zbiorowa restrukturyzacja wierzytelności

---

<sup>519</sup> Zob. R. Adamus, Prawo naprawcze przedsiębiorcy, Warszawa 2009.

<sup>520</sup> A. Hrycaj, [w:] System Prawa Handlowego, t. VI, Prawo upadłościowe i naprawcze, Warszawa 2016, s. 47.

<sup>521</sup> Zob. np. D. Czajka, Prawo upadłościowe i postępowanie naprawcze, ZPP, 2004, s. 20.

<sup>522</sup> E. Gmurzyńska, R. Morek, Mediacje: teoria i praktyka, Warszawa 2015, s. 10.

<sup>523</sup> R. Adamus, Prawo naprawcze przedsiębiorcy, Warszawa 2009, s. 39.

jest sprawą cywilną, jej rozpatrzenie będzie należało do drogi sądowej. U podstaw niniejszych rozważań legła teza o wyrażeniu zgody – zarówno wierzyciela jak i dłużnika, na zbiorową restrukturyzację zobowiązań. Jest to bezpośrednio odwołanie do teorii autonomii woli stron, która w odniesieniu do postępowania arbitrażowego znalazła swoje uzasadnienie zarówno w piśmiennictwie jak i decyzjach sądowych. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 grudnia 2006 r.<sup>524</sup> stwierdził, że podstawową kwestią ważności zapisu na sąd polubowny jest dokładne oznaczenie przedmiotu sporu albo stosunku prawnego, z którego spór wynikł lub może wynikać (art. 698 § 2 k.p.c.). Tak więc, możliwe i dopuszczalne jest więc zarówno zawarcie specjalnej umowy o poddanie pod rozstrzygnięcie sądu polubownego sporu już istniejącego, jak i zamieszczenie w umowie głównej klauzuli przewidującej, że wszelkie spory mogące wynikać w przyszłości z tej umowy będą rozstrzygane przez sąd polubowny. Dokładne oznaczenie sporu ma również miejsce w przypadku, gdy w zapisie ograniczono się do wzmianki, że między stronami powstał spór, co do określonego majątku, a nie oznaczono sporu co do rodzaju i treści. W odniesieniu do autonomii woli stron Sąd Najwyższy podniósł, że wynik wykładni nie może nigdy unicestwić autonomii woli stron wyrażonej w wiążącym ich stosunku cywilnoprawnym. Co najważniejsze, treść umowy która została ustalona przez strony w sposób swobodny i nieskrępowany, jest dla nich wiążąca, a ingerencja ustawodawcy i sądu (związana z zasadami związanymi z wykładnią oświadczeń woli)<sup>525</sup> ma mieć charakter wyjątkowy. Niemniej jednak w obszarze prawa korporacyjnego istnieją wyjątki, ze względu na które, zasada autonomii woli może dostać znaczących ograniczeń. Na przykład podaje się, że użytecznym jest zastosowanie wykładni przepisu 65 k.c, w odniesieniu do wykładni umów spółek i statutów, jednak może on zostać skorygowany na podstawie art. 2 zd. 2 k.s.h, w tych wszystkich przypadkach, gdy właściwość (natura) danego stosunku spółki handlowej narzuci wymóg stosowania normy art. 65. k.c w sposób odpowiedni<sup>526</sup>. Dlatego też, nie tylko w odniesieniu do prawa polskiego, ale również prawa międzynarodowego arbitraż jest powiązany głównie z utworzeniem indywidualnej infrastruktury prawnej ułatwiającej

---

<sup>524</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2006 r. II CSK 289/06.

<sup>525</sup> Zob. art. 65 KC: § 1 Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, § 2 W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

<sup>526</sup> I. Gębusia, J. Okolski, Poszukiwanie nowych metod wykładni oświadczeń woli w prawie spółek, PPH 2013, nr 8, s. 4-10.

stronom rozwiązywanie konfliktów w granicach zakreślonych przez umowę. Kontynuując badanie dorobku orzeczniczego Sądu Najwyższego w przedmiocie zawierania ugód o charakterze pozasądowym, należy przytoczyć jeden z nowszych wyroków z dnia 12 kwietnia 2018 r.<sup>527</sup>. Sąd w niniejszym wyroku stwierdził, że ugoda pozasądowa ma charakter umowy. Natomiast istotę ugody określa art. 917 k.c., gdzie jednym z elementów umowy jest „czynienie sobie przez strony wzajemnych ustępstw”, i między innymi zapewnienie wykonania roszczeń. W odróżnieniu od ugody sądowej, ugoda pozasądowa nie jest tytułem egzekucyjnym, wywiera jedynie skutki wynikające z faktu „rzeczy ugodzonej” (*res transacta*).

W praktyce strony manifestują swoją wolę rozwiązania sporu przez wybór sądu oraz konkretny zbiór przepisów, który będzie obowiązywał podczas tego procesu. Dlatego też tak często i wyraźnie podkreśla się znaczenie arbitrażu jako procesu o charakterze prywatnoprawnym, w którym szczególne znaczenie ma autonomia stron, zaś arbitrzy posiadają szeroko zakrojoną swobodę, kształtując całą procedurę w sposób maksymalnie dostosowany do potrzeb i oczekiwań stron<sup>528</sup>. W opinii uczestników postępowania, sądy nie są wystarczająco szybkie, ani wystarczająco kompetentne, a przede wszystkim wydawane przez nie wyroki nie są w ogóle przewidywalne<sup>529</sup>. Zatem można wysunąć tezę, że arbitraż stał się kluczowym rozwiązaniem, po który sięgają strony konfliktów o skali międzynarodowej ze względu na przekonanie, że sądom narodowym w konkretnej jurysdykcji brak jest niezbędnych narzędzi, aby w sposób satysfakcjonujący rozwiązać ich spór.

O ile u podstaw arbitrażu restrukturyzacyjnego legnie zgodne oświadczenie woli obu stron, to w przypadku samego postępowania restrukturyzacyjnego, lub upadłościowego krąg uprawnionych podmiotów będzie wyraźnie przedstawiony przez ustawę. W literaturze słusznie zauważa się, że uczestnictwo w arbitrażu restrukturyzacyjnym byłoby wyłączną kompetencją zainteresowanych wierzycieli. W tej sytuacji umowa arbitrażowa konstytuowałaby kognicję sądu arbitrażowego, który miałby kompetencję rozpoznania kolektywnego sporu w restrukturyzacji. Bez wątplenia należy zważyć, że jest to dość szeroki zakres, tak więc strony (wierzyciele i dłużnik) nie

---

<sup>527</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12.04.2018 r., II CSK 375/17.

<sup>528</sup> W. Kuhn, Arbitration and Insolvency, “Dispute Resolution International” 2011, vol. 5, nr 2, s. 203.

<sup>529</sup> W odniesieniu do przewlekłości postępowań upadłościowych należy wskazać, że jest to szerszy problem o charakterze systemowym, zob. np. M. Magdziak, Przewlekłość postępowań sądowych w Polsce to problem systemowy, „Forum Obywatelskiego Rozwoju” 2015, nr 69 z 21.12.2015.

mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego wszystkich spraw, jakie mogłyby wyniknąć między nimi w przyszłości, bez oznaczenia konkretnego stosunku prawnego<sup>530</sup>. Podobnie w innym orzeczeniu Sąd Najwyższy stwierdził<sup>531</sup>, że zgodnie z art. 698 § 2 k.p.c, zapis na sąd polubowny powinien zawierać dokładne oznaczenie przedmiotu sporu lub stosunku prawnego Ponadto, Sąd podkreślił, że spór jest dokładnie oznaczony również wówczas, gdy w zapisie ograniczono się do wzmianki, że między stronami powstał spór co do określonego majątku, a nie oznaczonego sporu co do rodzaju i treści<sup>532</sup>. Dlatego też możliwe i dopuszczalne będzie zawarcie specjalnej umowy o poddanie pod rozstrzygnięcie sądu polubownego sporu już istniejącego jak i zamieszczenie w umowie głównej klauzuli, która przewiduje, że wszelkie spory które mogłyby wyniknąć w przyszłości z tej umowy, będą rozstrzygane przez sąd polubowny. Wierzyciele nie mogliby zatem podnieść zarzutu zapisu na sąd polubowny, który wynikałby z umowy, która została zawarta przed wystąpieniem niewypłacalności. Poza tym na uwadze należy mieć fakt, że spór musi mieć charakter gospodarczy. Zgodnie z Art. 2 Ustawy o rozpoznawaniu przez sądy spraw gospodarczych, § 1: „Sprawami gospodarczymi są sprawy ze stosunków cywilnych między przedsiębiorcami w zakresie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej”. Dalej, zgodnie z art. § 2., zd. 6, są to sprawy z zakresu prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego<sup>533</sup>. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2009 r. sprawa ze stosunku cywilnego między stronami w zakresie prowadzonej przez nie działalności gospodarczej nie jest sprawą gospodarczą w rozumieniu art. 479<sup>1</sup> k.p.c. oraz art. 2 ust. 1 ustawy z 1989 r. o rozpoznawaniu przez sądy spraw gospodarczych, jeżeli którakolwiek ze stron przestała być przedsiębiorcą przed wniesieniem pozwu<sup>534</sup>. Zatem w odniesieniu do arbitrażu restrukturyzacyjnego odnoszącego się do restrukturyzacji długu, wydaje się słusznym stwierdzenie, że dłużnik jest zobowiązany do zachowania statusu przedsiębiorcy. *R. Adamus* zwraca uwagę, że arbitraż restrukturyzacyjny jest sytuacją, która może wystąpić w praktyce. Jako przykład podaje istnienie dłużnika, który jest odbiorcą surowców kilku swoich wierzycieli. W przypadku kryzysu wierzyciele będą zainteresowani utrzymaniem dłużnika „przy życiu”, gdyż jest on dla nich ważnym rynkiem zbytu. Dlatego też, wierzyciele na równych zasadach będą ponosili

---

<sup>530</sup> Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 9 czerwca 1992 r., I Acz 115/92.

<sup>531</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13.12.2006 r., II CSK 289/06

<sup>532</sup> Wyrok Sądu Najwyższego Wa C 291/48, PiP 1949, nr 12, poz. 9.

<sup>533</sup> Dz. U. 2016 poz. 723

<sup>534</sup> V CSK 380/08, Lex nr 492143.



odpowiedzialność nie tylko za samą restrukturyzację, ale również np. za koszty postępowania „arbitrażu restrukturyzacyjnego”<sup>535</sup>.

Dzięki rozważaniom podjętym w rozdziale I w przedmiocie zdatności arbitrażowej sporów cywilnych oraz zdolności upadłościowej kolejnym krokiem jest podjęcie dyskusji w przedmiocie fundamentalnej kwestii zdatności arbitrażowej sporów insolwencyjnych w Polsce. Zagadnienia te należy poddać syntezie w ten sposób, aby w pełni odnieść się do realiów społeczno-gospodarczych w Polsce. Jeżeli założymy, że spór insolwencyjny (restrukturyzacyjny lub upadłościowy) ma zdatność arbitrażową w ujęciu 1157 k.p.c.<sup>536</sup>, to zasadniczo nic nie stoi na przeszkodzie, aby dłużnik wraz z wierzycielami mógł zażegnać spór w drodze postępowania arbitrażowego. Wątpliwość na kanwie omawianego przepisu k.p.c. związana jest z pojęciem „sporu”. Kwalifikacja sporów, które mogą być poddane arbitrażowi byłaby oparta albo o kategorię sporów które: (a) należą do właściwości sądów powszechnych w procesie, albo (b) wszystkich sporów, w tym sporów rozstrzyganych w trybie przepisów o postępowaniu nieprocesowym<sup>537</sup>. Przy założeniu, że np. postępowanie układowe może odbyć się w postępowaniu nieprocesowym, należałoby przyjąć szeroką interpretację sporów posiadających zdatność arbitrażową, włączając w to kategorię sporów, które mogą być rozpoznawane również w postępowaniu nieprocesowym<sup>538</sup>. Uzasadnieniem wyłączenia postępowania arbitrażowego z dziedziny postępowań nieprocesowych jest szczególny charakter postępowania arbitrażowego, w którym występują dwie równorzędne strony. W postępowaniu nieprocesowym jest wszczynane przez sąd z urzędu poprzez podjęcie określonej czynności. W literaturze powstała wątpliwość, czy zasadniczo każda czynność może być uznana za akt wszczęcia postępowania. Sam fakt wszczęcia sprawy z urzędu przez sąd, nie wyklucza możliwości zgłoszenia wniosku przez zainteresowany podmiot. Mimo to, wszelkie akty

---

<sup>535</sup> R. Adamus, *Prawo naprawcze przedsiębiorcy*, Warszawa 2009, s. 40.

<sup>536</sup> Jeżeli przepis szczególnie nie stanowi inaczej, strony mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego spory o prawa majątkowe lub spory o prawa niemajątkowe - mogące być przedmiotem ugody sądowej z wyjątkiem spraw o alimenty.

<sup>537</sup> Art. 506 k. c: Sąd wszczyna postępowanie nieprocesowe na wniosek; w wypadkach wskazanych w ustawie sąd może wszcząć postępowanie także z urzędu.

<sup>538</sup> Wątpliwości co do dopuszczalności rozpatrywania sporów przed sądem polubownym w trybie postępowania nieprocesowego nie zostały rozstrzygnięte w sposób jednoznaczny przez doktrynę, zob. np. K. Korzan, *Rola aktu notarialnego w ugodowym rozwiązywaniu spraw majątkowych w krajowym i międzynarodowym obrocie cywilnym (granice kompetencji)*, „Rejent” 1998, nr 4, s. 57 i nast.; B. Dobrzański, [w:] *Kodeks postępowania Cywilnego. Komentarz*, Z. Resich, W. Siedlecki (red.), t. I, Warszawa 1969, s. 786; K. Potrzybowski, W. Żywicki, *Sąd polubowny. Skrypt dla Centralnego Zaocznego Studium Zrzeszenia Prawników Polskich*, Warszawa 1966, s. 11.

dyspozytywne są bezskuteczne w sprawach wszczynanych z urzędu. Sąd jest ponadto zobowiązany z urzędu wyjaśniać sprawy istotne dla jej merytorycznego rozstrzygnięcia<sup>539</sup>.

Konkludując rozważania w przedmiocie arbitrażu restrukturyzacyjnego, należy podkreślić jego wartość dodatnią w procesie naprawy przedsiębiorstwa. Arbitraż, jako alternatywa dla wierzycieli mających strategiczne znaczenie dla przedsiębiorstwa, jest procedurą poufną, a tym samym wydaje się, że bardziej efektywną. Formalne procedury naprawcze wiążą się dla przedsiębiorcy z ryzykiem utraty renomy oraz z potencjalną utratą kontrahentów. Utrata zaufania może rodzić trudności między innymi z pozyskiwaniem źródeł finansowania. Rozwiązanie problemów przedsiębiorstwa w sposób dyskretny, w zamkniętym gronie, tworzy niepowtarzalną możliwość szybkiego zażegnania kryzysu<sup>540</sup>.

Ponieważ problematyka międzynarodowego postępowania upadłościowego została omówiona w sposób wyczerpujący w rozdziale II, w tym miejscu należy nakreślić ogólne ramy polskiego międzynarodowego postępowania upadłościowego. Całościowa ocena arbitrażu i upadłości w ujęciu międzynarodowym z perspektywy Polski nie może odbyć się bez analizy kluczowych przepisów z zakresu międzynarodowego postępowania upadłościowego w ujęciu ustawy PrUpad. Po pierwsze, analiza ma na celu weryfikację, w jaki sposób polski ustawodawca zdecydował się uregulować i dostosować przepisy o wymiarze międzynarodowym. Następnie pozwoli to w realny sposób określić ewentualny kierunek zmian, i przedstawić, czy wdrożenie mechanizmów alternatywnych metod rozwiązywania sporów w kontekście rozwiązywania sporów upadłościowych. Kluczowym, zdaniem autorki, jest również poddanie analizie, czy i w jakim stopniu arbitraż i inne alternatywne metody rozwiązywania sporów mogą pełnić rolę komplementarną i wspomagającą np. na etapie tworzenia spisu wierzycieli.

Jak zostało wskazane w rozdziale II, prawo upadłościowe reguluje problematykę międzynarodowego postępowania upadłościowego. W prawie polskim problematyka z zakresu międzynarodowego postępowania upadłościowego została uregulowana w części II PrUpad (art. 378 – 417), natomiast odzwierciedleniem wpływu regulacji

---

<sup>539</sup> K. Korzan, Postępowanie nieprocesowe przed sądem pierwszej instancji, „Rejent” 2004, nr 10, s. 9 i nast.

<sup>540</sup> R. Adamus, Prawo naprawcze przedsiębiorcy, Warszawa 2009, s. 47.

międzynarodowych w Ustawie o prawie restrukturyzacyjnym jest tytuł III (art. 338 – 348) który traktuje o aspektach związanych z międzynarodowym postępowaniem restrukturyzacyjnym. Zgodnie z art. 381 PrUpad, przepisy części drugiej PrUpad należy zaliczyć zarówno do części międzynarodowego postępowania cywilnego, jak i do polskiego postępowania upadłościowego. Międzynarodowe postępowanie upadłościowe należy rozumieć w ten sposób, że jest to postępowanie upadłościowe, które jest prowadzone wobec upadłego, którego majątek znajduje się w co najmniej dwóch, lub więcej państwach<sup>541</sup>. W doktrynie prawa upadłościowego międzynarodowego przyjmuje się, że międzynarodowe postępowanie upadłościowe zawiera w sobie wszystkie możliwe zasady prawne, w przypadku gdy w postępowaniu występuje więcej niż jedno państwo<sup>542</sup>. Zgodnie z zasadą suwerenności, państwa mogą realizować formy przymusu prawnego w stosunku do masy upadłościowej, jedynie na swoim terytorium. Co za tym idzie, w przypadku, kiedy sąd upadłościowy musi rozpoznać sprawę z elementem obcym, jej wynik będzie uzależniony od współpracy międzynarodowej<sup>543</sup>.

Polska chcąc zharmonizować przepisy dotyczące upadłości i restrukturyzacji, a także ze względu na zawarcie umów międzynarodowych oraz po przystąpieniu do licznych konwencji, musiała dostosować obowiązujące prawo do standardów międzynarodowych. W konsekwencji, polska ustawa PrUpad a także PrE są wzorowane na regulacji Prawa Modelowego Komisji Organizacji Narodów Zjednoczonych ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego (UNCITRAL) o upadłości transgranicznej<sup>544</sup>.

Przy okazji analizy obecnego kształtu prawa upadłościowego oraz restrukturyzacyjnego w odniesieniu do arbitrażu nie sposób nie zanalizować rekomendacji Zespołu Ministra Sprawiedliwości ds. Nowelizacji prawa upadłościowego i Naprawczego z 2012 r.<sup>545</sup>. W rekomendacjach powołano się na pewien dualizm regulacyjny który powstał w momencie wejścia Polski do Unii Europejskiej, i spowodował, że w sprawach upadłościowych sądy polskie stosowały odrębne przepisy. Dlatego też, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa

---

<sup>541</sup> F. Zedler, *Zarys prawa upadłościowego*, Warszawa 2016, s. 246.

<sup>542</sup> S. Vorburger, *International Arbitration and Cross-Border Insolvency*, Wolters Kluwer 2014, s. 10.

<sup>543</sup> *Ibidem*.

<sup>544</sup> Przyjęte przez Komisję w dniu 30.05.1997 r. oraz przyjęte rezolucją Nr 52/158 przez Zgromadzenie Ogólne na 72 sesji plenarnej w dniu 15.12.1997 r.

<sup>545</sup> Rekomendacje Zespołu Ministra Sprawiedliwości ds. Nowelizacji Prawa Upadłościowego i Naprawczego z 10.12.2012 r., s. 289, dostępne na stronie: <https://www.ms.gov.pl/pl/restrukturyzacja-i-upadlosc/>, [dostęp: 30.01.2018].

prawnego, a w konsekwencji jednolitego orzecznictwa, unifikacja przepisów była naturalną konsekwencją zmiany rzeczywistości prawnej. Wskazywano na potencjalne trudności w implementacji rozporządzenia 1346/2000 w odniesieniu do państw, niebędących członkami Unii Europejskiej. Cele rekomendacji miały głównie na celu skuteczne stosowanie przez sądy polskie Rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 w sprawie postępowania upadłościowego, ujednoczenie regulacji części II prawa upadłościowego i naprawczego dotyczącej międzynarodowego postępowania upadłościowego, wprowadzenie zasady uznawania orzeczeń o ogłoszeniu upadłości w miejsce obowiązującej wówczas zasady uznawania postępowań upadłościowych, a także finalnie usunięcie wątpliwości związanych ze stosowaniem w praktyce części II przepisów prawa upadłościowego<sup>546</sup>.

W kontekście międzynarodowych umów, którymi związana jest Polska, należy zaznaczyć, że są to umowy, które głównie dotyczą postępowania cywilnego, w szczególności uznania i wykonania zagranicznych orzeczeń sądowych oraz pomocy prawnej i doręczeń. Jednak, co jest najistotniejsze, norm występujących w tych umowach nie stosuje się wprost do prawa upadłościowego. Chodzi tu głównie o Konwencję o jurysdykcji i uznawaniu oraz wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych (Konwencja z Lugano)<sup>547</sup>.

Przepisy Konwencji wskazują wprost w art. 1, że Konwencja ma zastosowanie w sprawach cywilnych i handlowych, niezależnie od sądu. Nie dotyczy ona w szczególności spraw podatkowych, celnych ani administracyjnych. Art. 2 wymienia przypadki, w których Konwencja nie będzie miała zastosowania. Zastosowanie Konwencji jest wyłączone w następującym zakresie: (a) stanu cywilnego, zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych, jak również ustawowego przedstawicielstwa osób fizycznych, stosunków majątkowych wynikających z małżeństwa, prawa spadkowego włącznie z testamentami; (b) upadłości, układow i innych podobnych postępowań; (c) ubezpieczeń społecznych; (d) sądownictwa polubownego. Niemniej jednak, jeżeli chodzi o międzynarodowy obrót gospodarczy z perspektywy Polski, to właśnie prawo europejskie ma największe znaczenie praktyczne<sup>548</sup>. Oczywiście podstawowym dokumentem o randze europejskiej

---

<sup>546</sup> *Ibidem*.

<sup>547</sup> Dz. Urz. UE, L 339/3, dostępny na stronie: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:22007A1221\(03\)&from=PL](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:22007A1221(03)&from=PL)

<sup>548</sup> P. Zimmerman, Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz, Warszawa 2016, s. 762.

regulującym problematykę upadłości jest Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/848 w sprawie postępowania upadłościowego<sup>549</sup>. Rozporządzenie to zastąpiło rozporządzenie Rady (WE) nr 1346/2000. Polska przed przystąpieniem do Unii Europejskiej implementowała do ustawy Prawo upadłościowe 3 dyrektywy:

1. dyrektywę Rady 96/26/WE z 29.04.1996 r. w sprawie dostępu do zawodu przewoźnika drogowego transportu rzeczy i przewoźnika transportu osób oraz wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji, mająca na celu ułatwienie tym przewoźnikom korzystania z prawa swobody przedsiębiorczości w dziedzinie transportu krajowego i międzynarodowego<sup>550</sup>.
2. dyrektywę 2001/24/ WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 04.04.2001 r. w sprawie reorganizacji i likwidacji instytucji kredytowych<sup>551</sup>.
3. dyrektywę 2001/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 19.03.2001 r. w sprawie reorganizacji i likwidacji zakładów ubezpieczeń<sup>552</sup>.

Komisja nie podała zastrzeżeń co do funkcjonowania całego rozporządzenia, jednakże zostały wskazane istotne mankamenty, które uzasadniały uchwalenie nowych, lepiej funkcjonujących przepisów. Skuteczność dotyczyła głównie przeprowadzania transgranicznych postępowań upadłościowych.

## **§ 2. Prawo upadłościowe**

Co do zasady, przepisy dotyczące upadłości skupiają się głównie na mechanizmie kolektywnego przejęcia długu, który skutkowałby jak najpełniejszym zaspokojeniem wierzycieli. Z perspektywy międzynarodowej istnieje możliwość wyboru forum dla procedury upadłościowej, jednakże swobodny wybór prawa właściwego dotyczącego upadłości jest znacznie ograniczony. Wiąże się to z niebezpieczeństwem, że wybór konkretnego forum może być związany z faworyzowaniem strony bądź stron postępowania, a nie z chęcią zwiększenia wartości

---

<sup>549</sup> Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 20 maja 2015 r., L/141/19, dostępne na stronie: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R0848&from=PL>, [dostęp: 01.02.2018].

<sup>550</sup> Dz. Urz WE L 124, s. 1.

<sup>551</sup> Dz. Urz WE L 125, s. 15.

<sup>552</sup> Dz. Urz UE L 110, s. 28.

aktywów przedsiębiorstwa w obliczu upadłości<sup>553</sup>. Procedury upadłościowe są regulowane przez prawo, które wskazuje kiedy, i w jaki sposób może być wszczęta procedura upadłościowa przeciwko dłużnikowi. Ze względu na zakorzenienie systemów upadłościowych w systemie prawa krajowego, niezmiernie trudno jest wyodrębnić jednolity system który regulowałby postępowania upadłościowe w szerszej perspektywie. Jednakże, można zauważyć występowanie niektórych zasad które są uniwersalne, i mają zastosowanie w wielu jurysdykcjach, takie jak np. *pari passu*, co w dosłownym tłumaczeniu znaczy zasadę równoległości lub równorzędności. Zgodnie z tą zasadą, wierzyciele z jednakowymi, bądź podobnymi roszczeniami powinni być traktowani jednakowo, co jest odzwierciedleniem dystrybutywnej funkcji postępowania upadłościowego.

Przenosząc rozważania na grunt prawa polskiego, wskazuje się, że przepis art. 147 PrUpad został trafnie, z zastrzeżeniem art. 147a PrUpad, zmieniony przez ustawodawcę w sposób, w którym postępowanie przed sądem polubownym zostaje zrównane z postępowaniami przed sądami powszechnymi<sup>554</sup>. Przypominając brzmienie przepisu: art. 147 [Zapis na sąd polubowny]: Do postępowań przed sądami polubownymi przepisy art. 174 § 1 pkt 4 i 5 oraz art. 180 § 1 pkt 5 Kodeksu Postępowania Cywilnego, a także art. 144 i art. 145 stosuje się odpowiednio. Odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu Postępowania Cywilnego polega na:

- a) Stosowaniu niektórych spośród tych przepisów wprost;
- b) Całkowitej odmowie zastosowania niektórych z tych przepisów;
- c) Stosowaniu tych przepisów z modyfikacjami<sup>555</sup>, gdzie postępowanie przed sądem powszechnym powinno być traktowane tak samo jak postępowanie przed sądem polubownym z zastosowaniem odpowiednich modyfikacji.

Zgodnie z treścią art. 174 § 1 pkt 4 i 5 k.p.c. sąd zawiesza postępowanie z urzędu: (4) jeżeli postępowanie dotyczy masy upadłości, masy układowej lub masy sanacyjnej i ogłoszono upadłość lub wszczęto wtórne postępowanie upadłościowe albo ustanowiono zarządcę w postępowaniu restrukturyzacyjnym, oraz (5) jeżeli ustanowiono zarządcę przymusowego w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia

---

<sup>553</sup> D. Ehmke, A. Lewis, Navigating Scylla and Charybdis: International Arbitration and National Insolvency, "Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice" 2016, vol. 25, nr 5, s. 1, Art. 2.

<sup>554</sup> R. Adamus, Prawo upadłościowe. Komentarz, Warszawa 2018.

<sup>555</sup> I. Nowacki, Analogia legis, Warszawa 1966, s. 146.

upadłości lub zarządcę tymczasowego w postępowaniu o otwarcie postępowania sanacyjnego, a postępowanie dotyczy majątku objętego zabezpieczeniem. Wyjaśnienia wymaga, że pojęcia masy upadłości, masy układowej, masy sanacyjnej a także majątek objęty zabezpieczeniem wyznaczają przedmiot postępowania cywilnego podlegającego zawieszeniu. Tak więc, zawieszeniu będzie podlegało takie postępowanie, które będzie dotyczyło jednej z wymienionych mas majątkowych<sup>556</sup>. Należy tylko nadmienić, że pojęcie masy upadłościowej występuje wyłącznie w postępowaniu upadłościowym, i w jej skład wchodzi majątek należący do upadłego w dniu ogłoszenia upadłości, oraz nabyty przez upadłego w toku postępowania upadłościowego. Natomiast jeżeli chodzi o masę układową oraz masę sanacyjną, są to pojęcia z obrębu postępowania restrukturyzacyjnego. Masa układowa jest to mienie dłużnika służące prowadzeniu przedsiębiorstwa, oraz mienie należące do dłużnika, i powstaje w dniu otwarcia postępowania. Masa sanacyjna jest to również mienie dłużnika obejmujące majątek niezbędny do prowadzenia przedsiębiorstwa, oraz mienie należące, która powstaje z dniem otwarcia postępowania sanacyjnego.

Następnie, zgodnie z art. 180 KPC § 1 pkt 5, Sąd postanowi podjąć postępowanie z urzędu, gdy ustanie przyczyna zawieszenia, w szczególności (5) w przypadku:

- a) Ustanowienia zarządcy przymusowego w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości – z chwilą ustalenia osoby pełniącej funkcję zarządcy przymusowego,
- b) Ogłoszenia upadłości strony lub wszczęcia wtórnego postępowania upadłościowego,  
z wyjątkiem określonym w art. 145 ust. 1 PrUpad, - z chwilą ustalenia osoby pełniącej funkcję syndyka,
- c) Ustanowienia zarządcy tymczasowego w postępowaniu o otwarcie postępowania sanacyjnego – z chwilą ustalenia osoby pełniącej funkcję zarządcy tymczasowego,
- d) Ustanowienia zarządcy w postępowaniu restrukturyzacyjnym – z chwilą ustalenia osoby pełniącej funkcję zarządcy.

---

<sup>556</sup> J. Bodio, [w:] A. Jakubecki (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. I, Warszawa 2017, s. 311.

Na kanwie omawianego przepisu, sąd polubowny zawiesi postępowanie toczące się przed nim na skutek ogłoszenia upadłości jednej ze stron. Jeżeli postępowania toczące się przed sądem powszechnym będzie dotyczyło majątku upadłego, ponowne podjęcie postępowania przed sądem polubownym będzie możliwe dopiero po zamknięciu trybu przewidzianego dla spisu wierzycieli. Adekwatnie, jeżeli dłużnik ogłosi upadłość, nie będzie można wszcząć przeciwko niemu postępowania przed sądem polubownym. Tworzy to dwa rozwiązania dla syndyka. Mianowicie, w celu wprowadzenia określonego majątku do masy upadłościowej, może wybrać drogę zwykłego procesu sądowego, lub procesu przed sądem polubownym. Jednakże syndyk przed poddaniem sporu pod rozstrzygnięcie przed sądem polubownym, każdorazowo będzie zobowiązany zgodnie z art. 206 ust. 1 pkt 6 PrUpad, do uzyskania zgody rady wierzycieli<sup>557</sup>, lub w przypadku jej braku – sędziego komisarza. W obliczu braku wiarygodnych danych w przedmiocie udzielania zgody przez radę wierzycieli na przeprowadzenie postępowania przed sądem polubownym, można jedynie domniemywać, że jest to kwestia uzależniona od profilu gospodarczego przedsiębiorstwa, osób wchodzących w skład rady wierzycieli itd. Zgodnie z art. 18 dyrektywy 848/2015: „wpływ postępowania upadłościowego na zawisłe postępowania sądowe lub postępowania polubowne, które dotyczą przedmiotu lub prawa wchodzącego w skład masy upadłościowej dłużnika, podlega wyłącznie prawu państwa członkowskiego, w którym toczy się postępowanie sądowe lub w którym ma siedzibę organ polubowny”. Zakładając, że w momencie wszczęcia postępowania upadłościowego, w tym samym czasie toczy się postępowanie przed sądem polubownym w innym państwie Unii Europejskiej, to zastosowanie będą miały przepisy tego państwa, w którym toczy się postępowanie<sup>558</sup>.

Następnie przechodząc do zagadnienia możliwości odstąpienia syndyka od zapisu na sąd polubowny należy przedstawić normatywne przesłanki wynikające z art. 147a. Zgodnie z ustawą PrUpad art. 147a stanowi, że:

1. Jeżeli w dniu ogłoszenia upadłości postępowanie przed sądem polubownym nie zostało wszczęte, za zgodą sędziego-komisarza syndyk może odstąpić od zapisu na sąd polubowny, jeżeli dochodzenie roszczenia przed sądem polubownym utrudnia likwidację masy upadłości, w szczególności, gdy stan masy

---

<sup>557</sup> P. Zimmerman, Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz, Warszawa 2018, s. 331.

<sup>558</sup> *Ibidem*.



uniemożliwia pokrycie kosztów wszczęcia i prowadzenia postępowania przed sądem polubownym.

2. Na żądanie drugiej strony złożone w formie pisemnej syndyk w terminie trzydziestu dni oświadczy na piśmie, czy odstępuje od zapisu na sąd polubowny.

Niezłożenie

w tym terminie oświadczenia przez syndyka uważa się za odstąpienie od zapisu na sąd polubowny.

3. Druga strona może odstąpić od zapisu na sąd polubowny, gdy syndyk mimo tego, że nie odstąpił od zapisu na sąd polubowny, odmówi udziału w kosztach postępowania przed sądem polubownym.

4. Na skutek odstąpienia zapis na sąd polubowny traci moc<sup>559</sup>.

Na tle omawianego przepisu należy zwrócić uwagę, że postępowanie arbitrażowe nie może stanowić trybu zastępczego dla zgłaszania wierzytelności do masy upadłości. Upadły może uzyskać status powoda w znaczeniu materialnym w związku z zapisem na sąd polubowny, w postępowaniu arbitrażowym<sup>560</sup>.

Zgodnie z treścią ust. 1, dotyczącego odstąpienia od umowy zapisu na sąd polubowny, można przyjąć, że chodzi o umowę zawartą przed ogłoszeniem upadłości, zaś roszczenie (dotyczące rzeczy lub prawa) dotyczy składnika majątku masy upadłości<sup>561</sup>. Sytuacja taka nastąpi w szczególności, gdy ze względu na niski stan masy upadłościowej, niemożliwe będzie pokrycie kosztów wszczęcia i prowadzenia postępowania. Przepis ten jak wskazuje R. Adamus, czerpie z regulacji art. 98 i 99 PrUpad<sup>562</sup>, czyli na prawie opcji w stosunku do umów wzajemnych. Zatem kluczowe jest odpowiedź na pytanie, czy rzeczywiście dochodzenie należności przed sądem polubownym będzie nieefektywne ekonomicznie dla masy upadłości. Jeżeli faktycznie będzie to wiązać się ze znacznymi kosztami, lub nastąpią zasadnicze trudności, to w takich okolicznościach, oczywiście przy spełnieniu wszystkich materialnych przesłanek wynikających z przepisu, syndyk rzeczywiście może odstąpić, za zgodą sędziego komisarza, od zapisu na sąd polubowny. Szczególna okoliczność tworzy stan faktyczny, gdy spór poddany jest kognicji sądu polubownego, który znajduje się za granicą, istnieje realne zagrożenie, że przeprowadzenie takiego postępowania

---

<sup>559</sup> Art. 147a PrUpad.

<sup>560</sup> R. Adamus, Prawo upadłościowe. Komentarz, Warszawa, 2018, s. 145

<sup>561</sup> S. Gurgul, Prawo upadłościowe. Komentarz, Warszawa, 2018, s. 407.

<sup>562</sup> R. Adamus, Prawo upadłościowe. Komentarz, Warszawa, 2018, s. 145

wygeneruje dodatkowe koszty. Istnieje pogląd, że jest to sytuacja spełniająca przesłanki możliwości odstąpienia od umowy zapisu na sąd polubowny<sup>563</sup>. Poza tym, konieczność przeprowadzenia postępowania przed sądem polubownym, który znajduje się w innym państwie, być może na innym kontynencie, i operuje mało znanym językiem może wymagać specjalistycznej wiedzy nie tylko obcego prawa materialnego ale również procesowego, co z kolei faktycznie może być związane z wygenerowaniem kosztów które zasadniczo są sprzeczne z perspektywy ekonomii procesowej, a także generują niepotrzebne środki z masy upadłości<sup>564</sup>. Nie podlega wątpliwości, że sędzia-komisarz będzie musiał szczegółowo badać okoliczności każdej sprawy. Należy się jednak zastanowić, czy dyskrecyjne decyzje podejmowane przez sędziego-komisarza nie będą niweczyły zasadniczego celu zapisu na sąd polubowny. Ze względu na przekonanie sędziów o własnych umiejętnościach rozjemczych, także sędziowie-komisarze mogą błędnie ocenić stan faktyczny i odrzucić możliwość przeprowadzenia postępowania przed sądem polubownym.

Jako czynnik potencjalnie utrudniający dochodzenie roszczeń przez wierzycieli jest zdecydowanie się na postępowanie przed sądem polubownym, w którym zapis ten ma głównie na celu utrudnienie całego postępowania upadłościowego i tym samym zaspokojenia wierzycieli. Zauważyć trzeba, że takie zabiegi mogą doprowadzić do znacznych utrudnień w procederze zaspokojenia wierzycieli i ponadto może wyczerpywać znamiona przestępstwa. W praktyce, ust. 2 może mieć znaczenie głównie w związku ze strategią działania kontrahenta upadłego. Informacja o tym, czy upadły będzie korzystał z sądów powszechnych czy też skorzysta z zapisu na sąd polubowny mimo jego kosztów, spowodowała wprowadzenie zasady, że na żądanie drugiej strony złożone w formie pisemnej, syndyk w terminie 30 dni ma oświadczyć na piśmie czy odstępuje od zapisu na sąd polubowny. Jest to również termin, który zobowiązuje syndyka do wystąpienia do sędziego-komisarza o udzielenie zgody na odstąpienie od zapisu na sąd polubowny, lub faktycznie złożyć oświadczenie że od takiego zapisu nie odstępuje. W rezultacie, jeżeli takie oświadczenie nie zostanie złożone przez syndyka, to takie działanie traktowane jest jako odstąpienie od zapisu na sąd polubowny. Tak więc, jedynie w wyjątkowych sytuacjach, w wypadku gdy sędzia komisarz dostrzeże

---

<sup>563</sup> P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 331.

<sup>564</sup> M. Gieromin, K. Szczudlik, *Postępowania przed sądem polubownym i postępowania delibacyjne w świetle zmian wprowadzonych ustawą prawo restrukturyzacyjne*, [w:] *Restrukturyzacja i upadłość przedsiębiorstw 2.0*, Warszawa 2016, s. 151.

pozytywne strony konkretnego zapisu na sąd polubowny, powinien on wydać niezwłocznie postanowienie o odmowie zgody na odstąpienie od umowy i zobowiązać syndyka do doręczenia drugiej stronie umowy tego postanowienia.

Kwestią niebudząca wątpliwości interpretacyjnych jest to, że na skutek odstąpienia, zapis traci moc. Za słuszny należy uznać pogląd, że syndyk może dokonać zapisu na sąd polubowny, w szczególności, kiedy stan masy upadłościowej jest wystarczający na przeprowadzenie postępowania, i nie utrudnia to likwidacji masy upadłości<sup>565</sup>.

### **§ 3. Prawo Restrukturyzacyjne**

W postępowaniu przed sądem polubownym może być rozstrzygany indywidualny interes jednego, bądź kilku wierzycieli dłużnika, natomiast w postępowaniu upadłościowym i restrukturyzacyjnym rozstrzygany jest kolektywny, czy też inaczej – zbiorowy interes większości lub wszystkich wierzycieli w toku jednej procedury. W postępowaniu restrukturyzacyjnym można również wskazać na realizowanie zasady równego traktowania i równego i proporcjonalnego zaspokojenia wszystkich wierzycieli, z wyjątkiem podmiotów uprzywilejowanych<sup>566</sup>. Postępowanie upadłościowe i restrukturyzacyjne zasadniczo ma wyłonić jeden ośrodek który by rozstrzygał o ogóle spraw związanych z upadłością lub restrukturyzacją, co ma ułatwić wierzycielom udział w postępowaniu i ustalenie wszystkich wierzytelności. Nie podlega wątpliwości, że jest z pewnością jest to rozwiązanie wygodne i sprawdzające się w praktyce, gdyż wierzyciele mają również możliwość kwestionowania wierzytelności innych uczestników postępowania. Mimo to, wraz z rosnącą liczbą upadłości transgranicznych, członkostwem Polski w Unii Europejskiej, inwestycjach zagranicznych polskich podmiotów handlowych, podstawowym problemem jest niejednorodność przepisów, a co za tym idzie brak jednoznacznych wskazań czy można, a jeśli tak, to w jaki sposób pogodzić interesy wierzycieli w kontekście upadłości i restrukturyzacji.

---

<sup>565</sup> R. Adamus, Prawo upadłościowe. Komentarz, Warszawa, 2018, s. 78.

<sup>566</sup> A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz (red.), System Prawa Handlowego, t. VI, Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe, Warszawa 2016, s. 245.

Nowelizacja Prawa Restrukturyzacyjnego przyjmuje zasadę utrzymania zapisów na sąd polubowny i zrównania, co do zasady, skutków postępowań restrukturyzacyjnych i postępowania upadłościowego dla postępowań arbitrażowych ze skutkami dla postępowań przed sądami powszechnymi – za wyjątkiem postępowania upadłościowego i przypadków, w których przed ogłoszeniem upadłości nie doszło do wszczęcia postępowania przed sądem polubownym<sup>567</sup>. Tak więc niniejsze rozważania nie stanowią analizy czysto teoretycznej, ponieważ są to zagadnienia o wartości praktycznej zarówno dla dłużników jak i wierzycieli. Zapisy na sąd polubowny w wypadku ogłoszenia upadłości lub otwarcia i prowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego nie wygasa jak dotychczas, jednak postępowanie to nie ma charakteru absolutnego i może być w niektórych wypadkach ograniczona. Ograniczenia dotyczą mocy obowiązywania zapisu oraz podmiotu uprawnionego do reprezentowania dłużnika w postępowaniu<sup>568</sup>. Nowe Prawo restrukturyzacyjne wprowadza cztery nowe postępowania restrukturyzacyjne:

1. Postępowanie o zatwierdzenie układu
2. Przyspieszone postępowanie układowe
3. Postępowanie układowe
4. Postępowanie sanacyjne<sup>569</sup>.

Celem postępowania restrukturyzacyjnego, zgodnie z art. 3 PrRestr jest: „Uniknięcie ogłoszenia upadłości przez umożliwienie mu restrukturyzacji w drodze zawarcia układu z wierzycielami, a w przypadku postępowania sanacyjnego – również przez przeprowadzenie działań sanacyjnych, przy zabezpieczeniu słusznych praw wierzycieli”. W doktrynie prawa restrukturyzacyjnego podaje się, że w wielu przypadkach restrukturyzacja przedsiębiorstwa jest o wiele korzystniejsza niż jego likwidacja, co przesądza między innymi o zachowaniu miejsc pracy, nieprzerwanego realizowania umów, a także ma pozytywne znaczenie społeczne i gospodarcze. S. Gurgul wymienia następujące cele regulacji, które oparte są na zasadzie ochrony wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa i poszanowania praw wierzycieli:

---

<sup>567</sup> *Ibidem*, s. 248.

<sup>568</sup> M. Gieromin, K. Szczudlik, Postępowania przed sądem polubownym i postępowania delibacyjne w świetle zmian wprowadzonych ustawą prawo restrukturyzacyjne, [w:] Restrukturyzacja i upadłość przedsiębiorstw 2.0, Warszawa 2016, s. 147.

1. Zapewnienie przedsiębiorcom i ich kontrahentom skutecznych instrumentów do restrukturyzacji przy jednoczesnej maksymalizacji ochrony praw wierzycieli,
2. Zapewnienie instytucjonalnej autonomii postępowań restrukturyzacyjnych w oderwaniu od stygmatyzujących postępowań upadłościowych,
3. Wprowadzenie zasady subsydiarności postępowania upadłościowego jako *ultima ratio* wobec ekonomicznego fiaska restrukturyzacji,
4. Zwiększenie uprawnień aktywnych wierzycieli,
5. Maksymalizacja szybkości i efektywności restrukturyzacji i upadłości,
6. Realizacja polityki *nowej szansy*<sup>570</sup>.

Ponadto, warto jest przytoczyć funkcje, które ma spełniać nowa regulacja prawa upadłościowego:

1. Funkcja sanacyjna
2. Funkcja windykacyjna
3. Funkcja profilaktyczna
4. Funkcja wychowawcza<sup>571</sup>.

Analizując nowe postępowania można powiedzieć, że widać pewnego rodzaju metodologię, którą kierował się ustawodawca – postępowania są uszeregowane od postępowań niedopuszczających do ingerencji wierzycieli w zarząd nad przedsiębiorstwem dłużnika, do postępowań w których zasadą jest, że zarząd ten jest w całości dłużnikowi odbierany<sup>572</sup>. Tak samo można to przełożyć na płaszczyznę instrumentów ochrony przed egzekucją syngularną – jak przedstawia A. Hrycaj, postępowania są uszeregowane od tych które ochrony nie gwarantują, do postępowania sanacyjnego, które pozwala między innymi na niemal całkowite ograniczenie prowadzenia egzekucji z majątku dłużnika w ramach indywidualnych postępowań<sup>573</sup>.

Jeżeli zatem spór wierzyciela z dłużnikiem ma zostać rozwiązany w oparciu o zapis na sąd polubowny, to ograniczenia w zarządzie nad przedsiębiorstwem dłużnika, musi zostać pogodzone z reprezentacją dłużnika przed sądem polubownym przez właściwy organ postępowania restrukturyzacyjnego. Dodatkowo, w momencie kiedy

---

<sup>570</sup> S. Gurgul (red.), *Prawo restrukturyzacyjne, Komentarz*, Warszawa, 2018, s. 995.

<sup>571</sup> *Ibidem*.

<sup>572</sup> M. Gieromin, K. Szczudlik, *Postępowanie przed sądem polubownym i postępowania delibacyjne w świetle zmian wprowadzonych ustawą Prawo Restrukturyzacyjne*, [w:] A. Hrycaj (red.), *Restrukturyzacja i upadłość przedsiębiorcy*, Warszawa 2016, s.

<sup>573</sup> A. Hrycaj, *Cztery postępowania restrukturyzacyjne*, „Doradca Restrukturyzacyjny” 2015, nr 1, s. 34.

wierzytelność jest ustalana jest w ramach postępowania restrukturyzacyjnego, istnieje ryzyko, że wierzyciel zostanie obciążony kosztami postępowania arbitrażowego. Interesujący jest zamysł ustawodawcy właśnie w przedmiocie obciążania kosztami postępowania arbitrażowego. Chodzi tu o następujący problem – ponieważ w niektórych postępowaniach restrukturyzacyjnych realizowany jest interes wszystkich lub większości wierzycieli, i nawet jeżeli pojedynczemu wierzycielowi nie można odmówić dochodzenia swoich roszczeń w ramach arbitrażu, to nieuzasadnione byłoby obciążanie dłużnika kosztami takiego postępowania<sup>574</sup>. Ze względu na fakt, że jest to stosunkowo nowa ustawa, a dodatkową trudnością w badaniu arbitrażu, upadłości i restrukturyzacji jest brak danych statystycznych ukazujących rzeczywistą skalę zjawiska, co czyni niezwykle trudnym aby ocenić, czy faktycznie dodatkowe „odciążanie” dłużnika w ramach postępowania przed sądem polubownym znajduje swoje uzasadnienie praktyczne. Z praktycznego punktu widzenia nasuwa się jednak wnioski, że właśnie z racji upadłości czy restrukturyzacji dłużnik zwyczajnie nie posiada zaplecza finansowego, aby ponieść koszty postępowania arbitrażowego. Jednakże ustawodawca niejako opowiadając się za obciążeniem ewentualnymi kosztami postępowania wierzycieli, automatycznie działa z ich pokrzywdzeniem. Dlatego główny problem polega na tym, kto miałby ponieść koszty postępowania arbitrażowego.

Przepisy dotyczące międzynarodowego postępowania restrukturyzacyjnego są w dużej mierze ograniczone ze względu na fakt, że ustawodawca postanowił w sposób kompleksowy uregulować tą problematykę w prawie upadłościowym. Zatem przyjmuje się, że co do zasady przepisy regulujące międzynarodowe postępowanie restrukturyzacyjne są dość ograniczone i skupiają się tylko na podstawowych kwestiach związanych z:

- a) Jurysdykcją sądów polskich
- b) Uprawnieniami wierzyciela zagranicznego w postępowaniu restrukturyzacyjnym
- c) Współpracy międzynarodowej organów postępowań insolwencyjnych<sup>575</sup>.

---

<sup>574</sup> M. Gieromin, K. Szczudlik, Postępowanie przed sądem polubownym i postępowania delibacyjne w świetle zmian wprowadzonych ustawą Prawo restrukturyzacyjne, [w:] A. Hrycaj (red.), Restrukturyzacja i upadłość przedsiębiorcy, Warszawa 2016, s.

<sup>575</sup> A. Machowska (red.), Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. Zagadnienia praktyczne, Warszawa 2016, s. 453.

Przenikanie się regulacji dotyczących prawa restrukturyzacyjnego oraz prawa upadłościowego jest wyraźnie widoczne właśnie w kontekście międzynarodowym. Ustawodawca bowiem wyszedł z założenia, że skoro kwestie związane z transgranicznym postępowaniem insolwencyjnym zostały uregulowane w prawie upadłościowym, nie ma realnej potrzeby aby te zagadnienia regulować na potrzeby postępowania restrukturyzacyjnego. Nie wiadomo dlaczego ustawodawca zdecydował się uregulować niektóre kwestie w przepisach o postępowaniu restrukturyzacyjnym, skoro przepisy obu regulacji się jednak pokrywają<sup>576</sup>. Jak wskazuje A. Machowska, jedna z członków zespołu Ministra Sprawiedliwości ds. Nowelizacji Prawa Upadłościowego i Naprawczego<sup>577</sup>, jest to poważny błąd legislacyjny ustawodawcy, który przejawia się właśnie w usytuowaniu przepisów o obu rodzajach postępowań w różnych aktach prawnych. Ponadto, wskazuje na fakt, że wbrew projektodawcom ustawy, art. 341 PrRest, został skonstruowany w błędny sposób, ponieważ istnieje w nim odesłanie do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, natomiast odesłania do przepisów PrUpad już nie ma. Art. 341 brzmi: „W sprawach nieregulowanych przepisami niniejszego tytułu przepisy Kodeksu Postępowania Cywilnego dotyczące międzynarodowego postępowania cywilnego stosuje się odpowiednio”. Natomiast przepisy prawa upadłościowego zawierają odesłanie do przepisów części pierwszej oraz do przepisów kodeksu postępowania cywilnego dotyczących międzynarodowego postępowania cywilnego w sprawach które nie są uregulowane w części drugiej.

W art. 338 PRE mówi się o: niestosowaniu przepisów umieszczonych w tytule III jeżeli umowa międzynarodowa, której Rzeczypospolita Polska jest stroną, albo prawo organizacji międzynarodowej której Rzeczypospolita Polska jest członkiem, stanowi inaczej<sup>578</sup>. Przepis ten bezpośrednio odnosi się do prymatu umów międzynarodowych, a także pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej. Warto zauważyć, że te same zasady zostały odzwierciedlone w art. 378 Pr. Upadłościowego. Na gruncie prawa europejskiego, stosuje się rozporządzenie nr 1346/200 (stosowane do dnia 25 czerwca 2017 r.) oraz rozporządzenie nr 2015/848 (stosowane od dnia 26 czerwca 2017). Rozporządzenie 2015/848 w sprawie postępowania upadłościowego jest mechanizmem, który ma realizować cel w postaci stworzenia obszaru wolności,

---

<sup>576</sup> *Ibidem*.

<sup>577</sup> Pełna lista i prezentacja sylwetek członków Zespołu Ministra Sprawiedliwości ds. Nowelizacji Prawa Upadłościowego i Naprawczego dostępna jest na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości w zakładce Restrukturyzacja i upadłość, <https://www.ms.gov.pl/pl/restrukturyzacja-i-upadlosc/>, [dostęp: 30.01.2018].

<sup>578</sup> Ustawa PrRest.

bezpieczeństwa oraz sprawiedliwości. Jest to związane z prawidłowym funkcjonowaniem rynku wewnętrznego a także funkcjonowaniem transgranicznych postępowań upadłościowych, które są bezpośrednio powiązane ze współpracą sądową w sprawach cywilnych, w rozumieniu art. 81 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>579</sup>. Zgodnie z art. 81 (dawny art. 65 TWE): „Unia rozwija współpracę sądową w sprawach cywilnych mających skutki transgraniczne, w oparciu o zasadę wzajemnego uznawania orzeczeń sądowych i pozasądowych. Współpraca ta może obejmować przyjmowanie środków w celu zbliżenia przepisów ustawowych i wykonawczych Państw Członkowskich”. Ponadto, enumeratywnie wymienione środki które mają zapewnić prawidłowe funkcjonowanie rynku wewnętrznego, takie jak wzajemne uznawanie i wykonywanie przez Państwa Członkowskie orzeczeń sądowych i pozasądowych (a), transgraniczne doręczanie i zawiadamianie o aktach sądowych i pozasądowych (b), a także rozwoju alternatywnych metod rozstrzygania sporów (g)<sup>580</sup>, są odzwierciedleniem potrzeby uniwersalizmu i jednolitości prawa, co można zauważyć np. w Konwencji Nowojorskiej z 1958 r., a także w szeregu praw modelowych tworzonych pod auspicjami Komisji Narodów Zjednoczonych ds. Międzynarodowego Handlu (UNCITRAL).

Rozporządzenie 2015/848 reguluje postępowanie upadłościowe, które zostało zdefiniowane oddzielnie dla każdego państwa i jest zamieszczone w załączniku A. Zatem zgodnie z załącznikiem A, postępowanie restrukturyzacyjne w przypadku Polski jest to: postępowanie naprawcze, upadłość obejmująca likwidację, upadłość z możliwością zawarcia układu<sup>581</sup>. Niestety, do tej pory ustawodawca Unijny nie zaktualizował Załącznika A, i jest to lista obowiązująca na kanwie poprzedniej ustawy. Tak więc, ponieważ żadne z postępowań restrukturyzacyjnych nie zostało ujęte w załączniku A rozporządzenia 2015/848, w świetle obowiązującego prawa automatycznie wykluczone jest jego stosowanie<sup>582</sup>. Jednakże należy podkreślić, że co do zasady nie ma to znaczenia dla uznawania i skuteczności unijnych postępowań upadłościowych w Polsce, ale ma znaczenie dla uznawania w innych państwach członkowskich UE oprócz Danii. Dlatego też dopóki polskie postępowania

<sup>579</sup> Dz. Urz. UE C326/49, rozdz. 3: Współpraca sądowa w sprawach cywilnych.

<sup>580</sup> Dz. Urz. UE C326/49, art. 81, (2).

<sup>581</sup> W świetle nowelizacji obu ustaw – Prawo restrukturyzacyjne oraz Prawo upadłościowe wymieniona lista jest na chwilę obecną zdezaktualizowana. Załącznik zawiera polskie uregulowania, które funkcjonowały do 31 grudnia 2015 r.

<sup>582</sup> A. Machowska (red.), Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. Zagadnienia praktyczne, Warszawa 2016, s. 453.



restrukturyzacyjne nie zostaną wpisane do załącznika A do rozporządzenia, uznanie postępowania restrukturyzacyjnego będzie możliwe jedynie na podstawie przepisów prawa krajowego które reguluje uznawanie i skuteczność zagranicznych postępowań upadłościowych<sup>583</sup>. Wydaje się jednak że jest to sytuacja tymczasowa, ze względu na niedawną nowelizację, i już wkrótce będziemy mogli się spodziewać bezpośredniego stosowania rozporządzenia 2015/848. Jednak zakres stosowania całego rozporządzenia jest ukierunkowany głównie na publiczne postępowania zbiorowe.

Mając na uwadze kompleksowość regulacji, a także wielość problemów prawnych wyrastających na kanwie międzynarodowego prawa upadłościowego w literaturze można spotkać pogląd, że w rzeczywistości przepisy dotyczące prawa międzynarodowego postępowania upadłościowego są bardzo skomplikowane. Za P. Filipiakiem można podać, że przepisy międzynarodowego prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego są ukierunkowane wyłącznie na:

- a) Jurysdykcję sądów polskich w sprawach upadłościowych;
- b) Uznanie orzeczeń o wszczęciu zagranicznego postępowania upadłościowego;
- c) Prawo właściwe;
- d) Tzw. postępowanie pomocnicze prowadzone na terytorium Polski po uznaniu orzeczenia o wszczęciu zagranicznego postępowania upadłościowego;
- e) Wtórne postępowanie upadłościowe;
- f) Współpraca sądów polskich oraz pozasądowych organów postępowania upadłościowego z ich zagranicznymi odpowiednikami<sup>584</sup>;

Dlatego też polskie przepisy będą miały zastosowanie w trzech przypadkach:

- a) W przedmiocie ogłoszenia upadłości przez sąd polski;
- b) W kwestii ustalenia skutków prawnych upadłości ogłoszonych w innym państwie;
- c) W przypadku współpracy pomiędzy polskimi organami ustanowionymi w sprawie prowadzonej przez sąd polski a organami zagranicznego postępowania dotyczącego tego samego podmiotu<sup>585</sup>

---

<sup>583</sup> A. Hrycaj, P. Filipiak (red.), Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz, Warszawa 2017, s. 1084.

<sup>584</sup> P. Filipiak, [w:] System Prawa Handlowego, t. VI, Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe, Warszawa 2016, s. 1326.

d) Współpracy międzynarodowej organów postępowań insolwencyjnych<sup>586</sup>.

#### **§ 4. Arbitraż**

Biorąc pod uwagę funkcjonowanie Polski w sferze międzynarodowej, jest prawdopodobne, że strona stosunku handlowego może wystąpić o uznanie wyroku trybunału arbitrażowego na podstawie konwencji międzynarodowej. Uznanie wyroku trybunału arbitrażowego w postępowaniu wynikającym, lub mającym bezpośredni związek z insolwencją, może podlegać uznaniu przy pomocy Konwencji o Uznawaniu i Wykonywaniu Zagranicznych Orzeczeń Arbitrażowych, która jest uznanym mechanizmem arbitrażowym z powodzeniem funkcjonującym na arenie międzynarodowej. Zgodnie z art. 1 Konwencja ma zastosowanie w przedmiocie uznania i wykonywania orzeczeń arbitrażowych, które w skutek sporów między osobami fizycznymi lub prawnymi zostały wydane na obszarze Państwa innego niż to, w którym żąda się uznania i wykonania tych orzeczeń. Jednakże z perspektywy Polski, kluczowe ma znaczenia art. 1 p. 3 względem którego Polska zgłosiła zastrzeżenie. Zgodnie z art. 3: „Podpisując lub ratyfikując niniejszą Konwencję albo przystępując do niej lub składając przewidziane w art. X oświadczenie o jej rozciągnięciu, każde z Państw może na podstawie wzajemności oświadczyć, że będzie stosowało Konwencję do sporów wynikłych jedynie z takich stosunków prawnych, zarówno umownych, jak i pozaumownych, które uważane są według jego prawa krajowego za handlowe”. Polska zgłaszając zastrzeżenie, zastrzegła sobie prawo do określenia, który spór ma charakter handlowy. Dlatego potencjalnie wyrok sądu arbitrażowego, który zapadł odnośnie sporu upadłościowego, może nie zostać uznany przez sąd w Polsce ze względu na to, że stosunek prawny podlegający rozstrzygnięciu, nie miał charakteru handlowego.

#### **§ 5. Wnioski**

Z przeprowadzonej analizy wynika, że w regulacjach prawa polskiego postępowanie arbitrażowe nie koegzystuje z prawem insolwencyjnym. Pomimo ewolucji prawa insolwencyjnego, i jego zgodności ze standardami europejskimi, problematyka arbitrażu w sporach upadłościowych nie jest obecna w doktrynie

---

<sup>585</sup> P. Filipiak, [w:] System Prawa Handlowego, t. VI, Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe, Warszawa 2016, s. 1326.

<sup>586</sup> A. Machowska (red.), Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. Zagadnienia praktyczne, Warszawa 2016, s. 453.

polskiego prawa upadłościowego. Wskazując na pozytywny charakter zmiany w obecnych przepisach art. 147 PrUpad, autorka stoi na stanowisku, że ustawodawca nie zadbał o to, aby umożliwić stronom postępowania insolwencyjnego skorzystanie z arbitrażu. Wręcz przeciwnie, z każdej strony istnieje skuteczna przeszkoda blokująca przeprowadzenie postępowania na forum sądu polubownego. Umożliwiając syndykowi odstąpienie w ciągu 30 dni od zapisu na sąd polubowny lub zezwalając na milczące odstąpienie, ustawodawca ułatwia odstąpienie od „kłopotliwego” zapisu. Poza tym, przeprowadzenie postępowania przed sądem polubownym każdorazowo wymagałoby zgody rady wierzycieli. Uwzględniając prym postępowań o charakterze restrukturyzacyjnym, które jest gwarantem utrzymania przedsiębiorstwa, dalsze procedowanie o charakterze ugodowym wydaje się nie mieć sensu z perspektywy wierzycieli. Ponadto, uwzględniając regulację zawartą w rozporządzeniu 848/2015 art. 18, wpływ postępowania upadłościowego na zawisłe postępowania sądowe lub postępowania polubowne, syndycy nie będą uczestniczyć w postępowaniach toczącym się przed obcym sądem polubownym. Przeszkodą są z pewnością koszty, czas, a także brak znajomości konkretnych zasad obowiązujących przed sądem arbitrażowym. W przeciwieństwie do powszechnej opinii o sowitym wynagrodzeniu w zawodzie syndyka, niskie wynagrodzenie jest potencjalną przeszkodą uniemożliwiającą wykorzystanie zapisu na sąd polubowny<sup>587</sup>.

Zgodnie z poglądami przedstawicieli doktryny<sup>588</sup> postępowanie restrukturyzacyjne ma z założenia charakter polubowny. Dlatego też trafnym jest stwierdzenie, że w Polsce preferencyjny charakter mają postępowania restrukturyzacyjne, a nie postępowania o charakterze *stricto* polubownym. Restrukturyzacja jest postępowaniem, w którym zarówno wierzyciele, jak i dłużnicy muszą zgodzić się na pewnego rodzaju kompromis, który urzeczywistniony jest w zgodnych oświadczeniach woli stron. Jednocześnie jest to postępowanie którego zasady są im znane. Dlatego być może rola arbitrażu w restrukturyzacji przedsiębiorstwa może być bardziej znacząca, niż w postępowaniu upadłościowym, w którym pełniłby rolę podobną do tworzenia spisu wierzytelności. Jednakże obawa

---

<sup>587</sup> L. Pawelski, Upadek Syndyków, „Gazeta Finansowa”, 05.07.2017, <https://gf24.pl/wydarzenia/kraj/item/682-upadek-syndykow>, [dostęp: 22.10.2018].

<sup>588</sup> Cztery nowe postępowania restrukturyzacyjne (postępowanie o zatwierdzenie układu, przyspieszone postępowanie układowe, postępowanie układowe i postępowanie sanacyjne) mają zapewnić możliwość wyboru formy restrukturyzacji, dostosowanej do potrzeb konkretnego przedsiębiorstwa, w konkretnej sytuacji finansowej. Można więc stwierdzić, że jest to pewien rodzaj kompromisu. Zob. S. Gurgul, Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz, Warszawa 2018, s. 993.

związana z odformalizowanym przebiegiem postępowania arbitrażowego (chodzi głównie o brak kontroli formalnej sądu) może zniechęcać wierzycieli do udziału w takim postępowaniu. Jest to szerszy problem związany z niewiedzą, nie tylko polskiego przedsiębiorcy, ale również całego społeczeństwa, w przedmiocie alternatywnych metod rozwiązywania sporów. W odniesieniu do wysokiego stopnia skomplikowania przepisów prawa upadłościowego oraz restrukturyzacyjnego wierzyciele i dłużnicy mogą nie być zainteresowani arbitrażem restrukturyzacyjnym, jeżeli nie znają procesu samego arbitrażu. Polska w 2003 r. implementowała prawo modelowe UNCITRAL dotyczące upadłości transgranicznej, zaś w 2005 r. adaptowała prawo modelowe UNCITRAL dotyczące międzynarodowego arbitrażu handlowego. Zatem jest to jednoznaczny sygnał, że Polska dąży do realizacji celów wyznaczonych przez społeczność międzynarodową. Dostosowanie polskiej legislacji do standardów międzynarodowych należy ocenić pozytywnie. Jednakże w praktyce rozwiązania proponowane w konwencjach międzynarodowych, czy też w prawie modelowym UNCITRAL nie zawsze znajdują zastosowanie. Przedmiotowo badane zagadnienie postępowania insolwencyjnego z perspektywy Polski w ujęciu międzynarodowym jest głównie związane z jurysdykcją sądów polskich w sprawach upadłościowych, uznaniem orzeczeń o wszczęciu zagranicznego postępowania upadłościowego, problematyką wyboru prawa właściwego, wszczynaniem postępowań o charakterze pomocniczym, wtórnym postępowaniem upadłościowym oraz współpracą organów sądowych i pozasądowych. Ścisła współpraca praktyków prawa upadłościowego odbywa się głównie w ramach przynależności do organizacji o charakterze międzynarodowym zrzeszających wybitnych specjalistów z dziedziny prawa upadłościowego, takich jak np. International Insolvency Institute. Jedynym Polakiem w gronie 350 prawników International Insolvency Institute jest radca prawny M. Barłowski. Być może jest to sygnał, aby polscy praktycy prawa upadłościowego zintensyfikowali działalność w wymiarze międzynarodowym.

## Rozdział V. Case studies

Mając na uwadze polubowne rozstrzygnięcie sporów oraz prawo insolwencyjne, istotnym jest zwrócenie uwagi, w jaki sposób można wykorzystać mechanizmy ADR w przypadku zażebania się różnego rodzaju roszczeń w postępowaniu insolwencyjnym. W wielu przypadkach, zdarzenia wystąpienia szkód zbiorowych (*mass tort claims*) lub roszczeń odszkodowawczych z tytułu odpowiedzialności za produkt w istocie są zdarzeniami bezpośrednio przyczyniającymi się do złożenia wniosku upadłościowego. Wówczas mamy do czynienia ze sporem, który swoją „praprzyczynę” ma w wystąpieniu zdarzeń o charakterze zewnętrznym, takich jak np. wypadek komunikacyjny.

Prawo upadłościowe w systemie *common law* zostało z sukcesem wykorzystane w sprawie roszczeń z tytułu spowodowania śmierci (*tort damages*), w sprawie *Railway Operator Montreal, Maine and Atlantic Railway Ltd (MMA)*<sup>589</sup> oraz w sprawie *In Re: Takata Airbag Products Liability Litigation*<sup>590</sup>. Przedsiębiorstwo kolejowe MMA, w przeciągu tygodnia od tragicznego w skutkach wykolejenia, w którym zginęło 47 osób, zostało zmuszone złożyć wniosek upadłościowy ze względu na przekraczające bilion dolarów roszczenia odszkodowawcze. W tym przypadku pierwszą decyzją zarządu MMA była odbudowa zniszczonych trakcji kolejowych, aby umożliwić dalsze funkcjonowanie przedsiębiorstwa. Wniosek upadłościowy na podstawie Chapter 11 został złożony w stanie Main, natomiast o roszczenia odszkodowawcze ubiegano się w znacznej większości w stanie Illinois. Dlatego też kolejnym strategicznym krokiem w sprawie było zorganizowanie procesu w ten sposób, aby wszystkie roszczenia były rozpatrywane kolektywnie w obrębie jednej jurysdykcji, czyli jednego sądu upadłościowego. B. Keach, który działał jako *trustee* w sprawie MMA, zwrócił uwagę, że co do zasady w sprawach, w których występuje duża ilość osób uprawnionych z tytułu odszkodowania, podstawową rzeczą jest odpowiednie zorganizowanie całego procesu sądowego. Złożenie wniosku upadłościowego na podstawie Chapter 11 odpowiednio spowolniło cały proces, co dawało pozwanej spółce MMA więcej czasu na reorganizację i ustalenie planu działania. Ponieważ MMA operowała w Kanadzie i Stanach Zjednoczonych, podstawową wątpliwością w sprawie było, czy ogłaszać

---

<sup>589</sup> Zob. np: Montreal, Maine and Atlantic Railway files for Bankruptcy, [https://www.financierworldwide.com/montreal-maine-and-atlantic-railway-files-for-bankruptcy-protection/#.XGKXZaDA\\_X4](https://www.financierworldwide.com/montreal-maine-and-atlantic-railway-files-for-bankruptcy-protection/#.XGKXZaDA_X4), [dostęp: 09.11.2018].

<sup>590</sup> Zob. *In Re: Takata Airbag Products Liability Litigation, Master Case No: 1:15-MD-02599-FAM*.

upadłość na podstawie CCAA (*Companies Creditors Arrangement Act*<sup>591</sup>) czy Chapter 11, *Bankruptcy Code*. Ostatecznie zdecydowano posłużyć się mechanizmem Chapter 11. Eksperti pracujący nad sprawą argumentowali zasadność posłużenia się Chapter 11 ze względu na większą efektywność w odniesieniu do wypłacanych roszczeń odszkodowawczych. Zwracano uwagę, że zarówno dla pozwanych, jak i obrońców był to „*trust-channeling injunction system*”, czy system wstrzymujący bieg zdarzeń, który wzbudzał zaufanie. W sprawie MMA udowodniono, że dzięki systemowi prawa insolwencyjnego strona powodowa otrzymała odszkodowanie w znacznie krótszym czasie, niż mogłaby je otrzymać, gdyby sprawa trafiła do sądu cywilnego. Sprawa MMA była sprawą insolwencyjną o charakterze transnarodowym, co mogło świadczyć o znacznym stopniu skomplikowania. Z uwagi na fakt, że roszczenia wierzycieli różnych klas były współzależne, w interesie wierzycieli była jak najszybsza ugoda i wypłata odszkodowań. Ostatecznie wierzyciele<sup>592</sup> uzyskali zaspokojenie poprzez sprzedaż kolei.

Inną sprawą ilustrującą zbieg roszczeń deliktowych była sprawa spółki Takada, która była producentem poduszek powietrznych dla producentów samochodów marek takich jak: BMW, Mazda, Subaru, Honda, Nissan oraz Toyota<sup>593</sup>. Podobnie jak w sprawie MMA, spór dotyczył również roszczeń deliktowych. Ze względu na wadliwą produkcję poduszek powietrznych wiele osób poniosło szkody materialne, ale przede wszystkim wiele osób odniosło uszczerbek na zdrowiu, a nawet śmierć. Chapter 11 w tym przypadku po raz kolejny okazał się pewnego rodzaju platformą, dzięki której za pomocą negocjacji niezabezpieczeni wierzyciele mogli uzyskać odszkodowanie zarówno za straty ekonomiczne (*economic loss*), oraz straty osobiste (*personal injury loss*). Chapter 11 często porównuje się również do mechanizmu, który zapewnia konkretne rezultaty w procesie dochodzenia roszczeń, na globalnym forum. Z perspektywy osób uczestniczących w sporze wyzwaniem okazał się być brak transparentności w odniesieniu do spółki dominującej znajdującej się w Japonii. L. Davis Jones, która reprezentowała wierzycieli w sporze wykazała, że procedura

---

<sup>591</sup> R.S.C (Revised Statutes of Canada) 1985, c. C- 36.

<sup>592</sup> Czyli osoby uprawnione z tytułu deliktów.

<sup>593</sup> Zob. Official Information Website for the Takata Settlement: <https://www.autoairbagsettlement.com/en>, [dostęp: 10.11.2018]. Podana strona internetowa jest platformą concyliacyjną skupiającą osoby uprawnione do uzyskania odszkodowania ze względu na wadliwą poduszkę powietrzną umieszczoną w samochodzie. W przypadku BMW sąd po odrzuceniu apelacji do ostatecznego wyroku jako termin wykonania ugody ustalił czerwiec 2018 r.

negocjacji była znacznie utrudniona ze względu na brak transparentności po stronie japońskiej<sup>594</sup>.

Obie sprawy ukazują znaczenie postępowania insolwencyjnego w kontekście globalnym. Jak zostało wyjaśnione, postępowanie insolwencyjne pełni komplementarną rolę w odniesieniu do zbiegu wielości roszczeń o charakterze deliktowym. Przypadek sprawy MMA oraz sprawy Takada ukazuje, że sięgnięcie do zasobów narzędzi dostępnych w transnarodowym postępowaniu upadłościowym w niektórych przypadkach jest jedynym rozwiązaniem gwarantującym zaspokojenie wierzycieli. Jak podkreślają eksperci, sprawa Chapter 11 umożliwia bezpośrednie sięgnięcie do zasobów przedsiębiorstwa, tym samym gwarantując szybsze rezultaty oraz maksymalizację sumy wierzytelności.

Tytułem wstępu, kwestią bezdyskusyjną pozostanie zbadanie realnej implementacji idei arbitrażu do postępowań insolwencyjnych. *Position Paper Supporting Greater Use of Arbitration in Connection with Insolvency Matters*<sup>595</sup> jest opracowaniem podstawowych idei optywujących za wykorzystaniem arbitrażu w sporach związanych z niewypłacalnością. Jest skondensowanym zbiorem poglądów prof. Jaya Westbrooka, sędziego Allana Groppera, prof. Christoph'a Paulusa, Steave'a Kargmana oraz Zacka Clementa, członków International Insolvency Institute. Przedstawione wnioski stanowią dorobek tej instytucji. Praca przedstawia analizę trzech najważniejszych zagadnień:

1. W jaki sposób trzy formy przeprowadzenia postępowania arbitrażowego (*claims arbitration, arbitration of disputes arising in bankruptcy cases, restructure arbitration*): (a) są zgodne z zasadami prawa upadłościowego? (b) spełniają kryteria uznawalności dla wyroków sądów arbitrażowych zgodnie z Konwencją o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych?<sup>596</sup>, w odniesieniu do faktu, że: spory te posiadają (i) zdatność

---

<sup>594</sup> Analiza na podstawie Podcastu American Bankruptcy Institute: „Experts Preview Panel on Navigating Liability Claims in Cross-Border Cases – Ep. 215, 16.04.2018: <https://soundcloud.com/abi-105/abipod-215>, [dostęp: 11.10.2018].

<sup>595</sup> Z. A. Clement, Memorandum, Re: Position Paper Supporting Greater Use of Arbitration in Connection with Insolvency Matters, April 21, 2014, [https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/17\\_-\\_position\\_paper\\_supporting\\_greater\\_use\\_of\\_arbitration\\_in\\_connection\\_....pdf](https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/17_-_position_paper_supporting_greater_use_of_arbitration_in_connection_....pdf), [dostęp: 31.10.2018].

<sup>596</sup> Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzona w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958 r.

arbitrażową i (ii) nie będzie to niezgodne z polityką państwa (*public policy*), aby wykonać wyrok sądu arbitrażowego w przedmiotowej sprawie.

Przechodząc do rodzajów, czy też typów arbitrażu, Instytut rozróżnia arbitraż wynikający z wcześniej zawartej umowy arbitrażowej, arbitraż wynikający ze sporu toczącego się przed sądem upadłościowym oraz arbitraż wynikający z postępowania restrukturyzacyjnego.

W odniesieniu do arbitrażu wynikającego z umowy (*claims arbitration*) chodzi o sytuację, w której umowa zawierająca klauzulę arbitrażową, która została zawarta przed wszczęciem upadłości, po złożeniu wniosku upadłościowego, zostanie utrzymana w całości w mocy przez sąd upadłościowy. W tym przypadku sąd upadłościowy zezwoli na kontynuację arbitrażu, aby zlikwidować część majątku. Przy tym należy podkreślić, że to sąd upadłościowy zachowuje kontrolę nad majątkiem dłużnika, kompetencję w przedmiocie rozdysponowania środków oraz zakresu zastosowania postępowania arbitrażowego. W zależności od państwa, prawo upadłościowe może nakładać różnego rodzaju restrykcje w przedmiocie metod odzyskiwania majątku i zezwolić np. na restrukturyzację. W przypadku, kiedy istnieje szansa podobnego zaspokojenia jak przy postępowaniu likwidacyjnym. W innych państwach przyjmuje się podejście dystrybucji *pro rata*. W obu przypadkach to sąd upadłościowy ma kontrolę nad majątkiem.

Wydaje się jednak, że w każdym przypadku uznawanie wyższości arbitrażu nad tradycyjnym postępowaniem upadłościowym jest błędnym założeniem. Niewątpliwie posłużenie się arbitrażem w postępowaniu upadłościowym może w pewnych wypadkach stanowić obstrukcję systemu sprawiedliwości. Istnieje ryzyko, że jeżeli wierzyciel będzie starał się przeforsować przeprowadzenie postępowania w drodze arbitrażu, bez uprzedniej zgody sądu upadłościowego, sąd upadłościowy będący właściwy ze względu na położenie majątku dłużnika może w najlepszym wypadku uznać, że dłużnik nie posiada zdolności procesowej, a w najgorszym - odmówić uznania wyroku sądu arbitrażowego. W przedstawionych wariantach, sądy zajmowały odmienne stanowiska. Niektóre sądy w przedmiocie decyzji o przeprowadzeniu arbitrażu stosowały prawo miejsca arbitrażu lub prawo miejsca ogłoszenia upadłości. Jest to *casus* sprawy Elektrim/Vivendi, w której dłużnik ubiegał się o ogłoszenie upadłości w Polsce. W toku sprawy została udzielona zgoda, aby przeprowadzić postępowanie arbitrażowe w Londynie zgodne z prawem angielskim,



natomiast drugie postępowanie arbitrażowe które miało zostać przeprowadzone w Szwajcarii zostało wstrzymane, ponieważ sąd kierował się przesłankami prawa polskiego, które nie zezwalało na przeprowadzenia postępowania arbitrażowego.

Sukces *Claims Arbitration* jest uzależniony od osoby powoda (wierzyciela) występującego w danej sprawie. Wierzyciel musiałby wystąpić do sądu upadłościowego o zgodę, aby kontynuować postępowanie arbitrażowe przeciwko dłużnikowi w sporze wynikającym z ogłoszenia upadłości przez dłużnika. Dzięki temu sąd upadłościowy będzie miał możliwość wazenia zasad prawa upadłościowego i postępowania arbitrażowego. Tym samym, będzie zobowiązany do rozpatrzenia problemu zdatności arbitrażowej sporu, co na późniejszym etapie pozwoliłoby na uznanie wyroku sądu arbitrażowego np. na podstawie Konwencji Nowojorskiej<sup>597</sup>. Dlatego zastosowanie mechanizmów Konwencji nowojorskiej przy postępowaniu upadłościowym byłoby jedynie zabiegiem technicznym, biorąc pod uwagę uniwersalne zastosowanie Konwencji<sup>598</sup>. W związku z tym można bez przeszkód stwierdzić, że tam, gdzie zostanie wydane orzeczenie trybunału arbitrażowego w przedmiocie sporu insolwencyjnego, w zasadzie może być ono uznane w ponad 150 krajach. W przeciwieństwie do uznawalności wyroków trybunału arbitrażowego uznanie orzeczenia dotyczącego upadłości jest bardziej ograniczone. Generalnie pełna uznawalność istnieje w zasięgu państw wchodzących w skład Unii Europejskiej<sup>599</sup>.

Poza regulacjami występującymi wewnątrz Unii Europejskiej głównym mechanizmem regulującym procedurę upadłościową jest mechanizm UNCITRAL, który został zaadoptowany przez ok 40 państw, i dokładnie omówiony w rozdziale I. Jednak należy przypomnieć, że główne niebezpieczeństwo jest związane z państwami, które nie są objęte ani reżimem prawnym obowiązującym w Unii Europejskiej, ani ich prawo wewnętrzne nie odpowiada zasadom prawa modelowemu UNCITRAL. W praktyce sądy są generalnie skore egzekwować wyroki sądów upadłościowych zgodnie z zasadą wzajemności, jednak główne niebezpieczeństwo istnieje w przypadku,

---

<sup>597</sup> Zgodnie z art. II Konwencji: „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 rozstrzyganą w drodze arbitrażu (*arbitrability*).

<sup>598</sup> O uniwersalności wykorzystania przepisów Konwencji nowojorskiej przy postępowaniach upadłościowych z wykorzystaniem procedur arbitrażowych decyduje fakt, że sygnatariuszami Konwencji jest obecnie ok.150 państw. Jedynym, aktualnym problemem na kanwie prawa międzynarodowego jest to, czy niektórzy z sygnatariuszy to rzeczywiście państwa.

<sup>599</sup> Mowa jest tu o wszystkich państwach Unii Europejskiej poza Danią.

gdy sądy będą stosowały wyjątki na podstawie precedensu lub niejednolitej wykładni przepisów. Tworząc wnioski w przedmiocie implementacji przepisów sankcjonujących preferencyjne traktowanie arbitrażu restrukturyzacyjnego/upadłościowego, istotnym jest wyartykułowanie kategorii sporów, które mogłyby podlegać temu szczególnemu trybowi.

Arbitraż może być zastosowany do sporów wynikłych już po wszczęciu właściwego postępowania upadłościowego, w którym sąd upadłościowy ustanawia zarządcę majątku (*estate representative*), który występowałby w roli arbitra. W szczególności chodzi o spory pomiędzy oddziałami w upadłości, które toczą się pomiędzy różnymi sądami w odmiennych jurysdykcjach. Ostatnią kategorią sporów są spory z zakresu postępowań o charakterze restrukturyzacyjnym.

Arbitraż przy restrukturyzacji długu pomiędzy dłużnikiem a wierzycielami występującymi w strukturze kapitałowej miałby mieć zastosowanie bez składania wniosku o ogłoszenie upadłości. Treść praw osób występujących w sporze, ale niegodzących się na postępowanie arbitrażowe, pozostałaby bez zmian. Procedura funkcjonowałaby podobnie jak pozasądowy system *pre-pack*, przy czym strony miałby wyrazić zgodę na przystąpienie do mediacji bądź arbitrażu w kwestiach spornych. International Insolvency Institute podnosi, że dzięki temu zabiegowi można uniknąć lat zastoju w sądach upadłościowych. Podkreśla się, że to sąd upadłościowy ma kontrolę nad masą upadłościową, co skutkuje obowiązkiem sprawiedliwej dystrybucji wśród wierzycieli, zgodnie z obowiązującym prawem. Sąd w ramach swojej kompetencji może uznać postępowanie arbitrażowe wszczęte przeciwko dłużnikowi, lub zablokować uznanie orzeczenia sądu arbitrażowego przeciwko majątkowi dłużnika.

Ponieważ polityka państwowa (*public policy*) zorientowana jest bardziej na postępowania o charakterze restrukturyzacyjnym niż upadłościowym, przystąpienie do negocjacji mających na celu restrukturyzację zobowiązań w drodze arbitrażu, wydaje się być zabiegiem o wysokim stopniu skuteczności. Plany restrukturyzacyjne, które powstały w drodze arbitrażu, mogą służyć na późniejszym etapie właściwego postępowania sądowego, oferując gotowy produkt, jakim byłby plan restrukturyzacyjny. Głównym celem planów reorganizacyjnych jest uzyskanie jednomyslności wierzycieli. W takim wypadku procedura restrukturyzacyjna dla przedsiębiorców byłaby

suplementowana przez mediatora, natomiast w obliczu braku osiągnięcia porozumienia, sprawa byłaby kierowana na drogę arbitrażową.

Trzeba podkreślić, że wykorzystywanie mediacji jako narzędzia facylitującego proces restrukturyzacji w takich państwach jak Stany Zjednoczone nie jest zjawiskiem nowym. Co więcej, można powiedzieć, że jest to norma w odniesieniu do procesu restrukturyzacyjnego w którym uczestniczy wiele stron. Rozpowszechnieniu mediacji w procesie upadłościowym współcześni zawdzięczają profesorowi Harvard School of Law - F. E. A Sanderowi. Prof. Sander optował za słusznością wykorzystania metod ADR głównie w celu odciążenia federalnego systemu sądowego<sup>600</sup>. Przyjęcie w 1998 r. *The Alternative Dispute Resolution Act*<sup>601</sup>, zobowiązywało każdy federalny sąd okręgowy do stosowania alternatywnych metod rozwiązywania sporów w sporach cywilnych, włączając w nie spory upadłościowe<sup>602</sup>. Przyjęcie *ADR Act* stało się przyczynkiem do pracy *National Bankruptcy Review Commission*, której efektem było uchwalenie Chapter 11 Working Group Proposal no. 18, czyli dokument o charakterze rekomendacyjnym dla Kongresu Stanów Zjednoczonych, który miał na celu implementację niektórych założeń mediacji.

Po pierwsze, Komisja uznała za użyteczne, aby Kongres nadawał kompetencję do wdrażania programów mediacyjnych. Z perspektywy sądów upadłościowych, ADR może usprawnić pracę sądów upadłościowych. Strony postępowania upadłościowego decydowały się na użycie mediacji w sprzeciwach do listy wierzytelności oraz w kompleksowych planach negocjacyjnych, w których wystąpił impas. Middle District of Florida z sukcesem mediował sprawy, w które był zaangażowany urząd skarbowy (IRS – *internal revenue service*). Z kolei sąd upadłościowy w centralnym dystrykcie stanu Kalifornia, w dokumencie implementującym program mediacyjny dla sądów upadłościowych<sup>603</sup>, wskazując użyteczność metod polubownych nie wyróżnia mediacji

---

<sup>600</sup> Frank E. A. Sander, *Varieties of Dispute Processing*. The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future, American Bar Association (1976).

<sup>601</sup> 28 U.S.C. §§ 651–58 (1998).

<sup>602</sup> 28 U.S.C. § 651 (b): „Each United States district court shall authorize, by local rule adopted under section 2071(a), the use of alternative dispute resolution processes in all civil actions, including adversary proceedings in bankruptcy, in accordance with this chapter, except that the use of arbitration may be authorized only as provided in section 654. Each United States district court shall devise and implement its own alternative dispute resolution program, by local rule adopted under section 2071(a), to encourage and promote the use of alternative dispute resolution in its district”.

<sup>603</sup> Adoption of Mediation Program for Bankruptcy Cases and Adversary Proceedings, United States Bankruptcy Court For The Central District of California,

jako jedynej skutecznej. W dokumencie podkreśla się walor negocjacji, wczesnej ewaluacji i pomoc w dojściu do ugody (*settlement facilitation*)<sup>604</sup>. Obecnie w Stanach Zjednoczonych od pięćdziesięciu do dziewięćdziesięciu sądów upadłościowych ustanowiło programy ADR<sup>605</sup>. W postępowaniu upadłościowym rola mediatora może sprowadzać się do uczestnictwa w zebraniach rady wierzycieli. Mediator może również wspomagać proces negocjacyjny, np. w przedmiocie głosowania nad układem, przeprowadza ustrukturyzowane negocjacje w celu efektywnego zarządzania dużą ilością roszczeń<sup>606</sup>. Sądy upadłościowe promulgując programy mediacyjne skupiały się głównie na ustanowieniu listy stałych mediatorów, promując mediację, jako proces poufny oraz wspierający proces upadłości. Nie ulega wątpliwości, że wdrażanie systemów wspierających w postaci mediacji jest zadaniem wymagającym ekspertyzy oraz czasu. Doświadczenia amerykańskie mogą stanowić drogowskaz dla ustawodawcy polskiego, w jaki sposób kierując się interesem wierzycieli, ale również dłużnika, wspomóc upadłościowy system sądowy. Być może jest to pomysł wymagający szerszej dyskusji w gronie praktyków. W perspektywie wyodrębnienia zawodu doradcy restrukturyzacyjnego, można ewentualnie rozważyć, czy i w jaki sposób można byłoby rozszerzyć pole działania doradców o działania o charakterze mediacyjnym. Niewykluczone, że istnieje szansa, że pomysł nie zostanie pozytywnie przyjęty przez doradców restrukturyzacyjnych, którzy i tak wypowiadają się o całym procesie upadłościowym lub restrukturyzacyjnym jako zjawisku ścierania się skrajnych interesów.

Istnieje wiele opracowań w doktrynie prawa amerykańskiego, które wskazują na szczególną użyteczność mediacji jako narzędzia umożliwiającego rozwiązanie sporów upadłościowych<sup>607</sup>. Ponieważ poziom zadłużenia społeczeństwa amerykańskiego stale wzrasta, składanie wniosków o ogłoszenie upadłości na podstawie Chapter 11 jest zjawiskiem powszechnym. Dłużnicy rozpoczynają postępowanie upadłościowe lub

---

<https://www.cacb.uscourts.gov/sites/cacb/files/documents/general-orders/3rd%20Amended%20G.O.%2095-01.pdf>, [dostęp: 20.12.2018].

<sup>604</sup> Adoption of Mediation Program for Bankruptcy Cases and Adversary Proceedings, United States Bankruptcy Court For The Central District of California,

<https://www.cacb.uscourts.gov/sites/cacb/files/documents/general-orders/3rd%20Amended%20G.O.%2095-01.pdf>, s. 2, p. 4 [dostęp: 20.12.2018].

<sup>605</sup> J. A. Esher, American Bankruptcy Institute Compendium of Bankruptcy Court Local Rules on ADR (21st Annual Winter Leadership Conference 2009).

<sup>606</sup> B. Wessels, Mediation in Restructuring and Insolvency, Eurofenix, Spring 2016, s. 1.

<sup>607</sup> Zob. np. S. Hartwell, G. Bermant, Alternative Dispute Resolution in a Bankruptcy Court: The Mediation Program in the Southern District of California, Federal Judicial Center 1988.

restrukturyzacyjne z nadzieją poprawy swojej sytuacji finansowej, zapewnienia sobie nowego startu, przy poniesieniu jak najniższych kosztów. Z drugiej strony oczywistym jest że wierzyciele, będąc stronami w postępowaniu upadłościowym, kierują się swoim indywidualnym interesem, chcąc osiągnąć jak najwyższe zaspokojenie, najczęściej przy zachowaniu działającego przedsiębiorstwa<sup>608</sup>. Mediacja w tym wypadku traktowana jest jako „alternatywna strategia”, która skraca cały proces upadłościowy lub restrukturyzacyjny i z powodzeniem została wykorzystana przez sądy upadłościowe w Stanach Zjednoczonych. Nadrzędnym celem pośrednio wynikającym z ogólnego postulatu rozpropagowania ADR w sporach upadłościowych, powinno być zachęcenie szerokiego grona prawniczego (w tym sędziów sądów upadłościowych pełnomocników, dłużników oraz wierzycieli), do stosowania mediacji i innych form alternatywnego rozwiązywania sporów. Aby ten cel osiągnąć, należy zaobserwować, w jaki sposób, i z jakim skutkiem inne sądy upadłościowe implementowały ideę mediacji w procesie upadłościowym, jako metodę zaoszczędzającą czas, pieniądze, ale przede wszystkim metodę ułatwiającą dojście „obustronnie” satysfakcjonującego porozumienia.

Z perspektywy norm prawnych funkcjonujących w prawie upadłościowym nie można wysunąć wniosku, że sąd miałby jednoznacznie nie uznać umowy stron w przedmiocie postępowania restrukturyzacyjnego, i dalej - planu restrukturyzacyjnego, który został wypracowany w drodze arbitrażu. Te same zasady wspierające wyegzekwowanie planu restrukturyzacyjnego mogą posłużyć wsparciu uznania postanowień „umowy restrukturyzacyjnej”, którą strony zawarły przed trybunałem arbitrażowym. Istotnym w tym miejscu jest podkreślenie, że postanowieniami umowy arbitrażowej mogą być związane tylko te strony, które wyraziły zgodę na arbitraż, natomiast pozostałe strony nieuczestniczące w procedurze pozostaną bez uszczerbku.

Doskonałym porównaniem o wymiarze również dydaktycznym jest odniesienie restrukturyzacji tudzież upadłości państw i miast do restrukturyzacji i upadłości przedsiębiorstw. Proces restrukturyzacji długu miasta lub państwa jest co do zasady taki sam jak proces upadłości i restrukturyzacji przedsiębiorstwa. Dlatego w interesie państwa jest propagowanie rozwiązywania sporów w sposób polubowny w przedmiocie sporów insolwencyjnych i restrukturyzacyjnych. Jeżeli państwa oraz jednostki dostarczające stały dopływ kapitału oraz siły roboczej będą szły w kierunku użycia

---

<sup>608</sup> Zob. *Thomas Corbett*, *Mediation, Bankruptcy and the Bankruptcy Administrator*, “Alabama Law Review” 2004, vol. 65, s. 410.

arbitrażu w celu restrukturyzacji ich długu, można spodziewać się lepszego odbioru instytucji arbitrażu przez społeczeństwo.

Kontynuując rozważania, spory insolwencyjne, które już rozpatrywane były przez sądy upadłościowe, są dobrym przykładem, na jak wiele sposobów można posłużyć się arbitrażem w celu lepszej administracji sporu a także osiągnąć pożądany efekt ekonomiczny. Koordynacja sporów upadłościowych członków grup kapitałowych (ale także być może holdingów), które oczekują na rozpoznanie w różnych państwach, ma podstawowe znaczenie dla maksymalizacji wartości aktywów oraz sprawiedliwego podziału majątku wśród wierzycieli. Po raz kolejny należy podnieść argument, że prawo modelowe wypracowane przez Komisję Narodów Zjednoczonych do spraw Handlu (UNCITRAL) zostało stworzone właśnie w tym celu, aby usprawnić alokację aktywów wśród wierzycieli, i usprawnić pracę sądów. Postulat utworzenia międzynarodowego sądu lub trybunału, który miałby rozpatrywać spory handlowe i upadłościowe w zasadzie można pozostawić w sferze teorii i *wishful thinking*. Potencjalnym rozwiązaniem problemów wyrastających w związku z upadłością i bankructwem może być arbitraż. Po pierwsze, arbitraż miałby uniwersalne zastosowanie w przypadku, gdy majątek dłużników jest usytuowany w odmiennych jurysdykcjach. Zastosowanie przepisów prawa modelowego może okazać się niezwykle trudne, ponieważ po pierwsze, niewiele przepisów odnosi się bezpośrednio do grup spółek (czy też korporacji), a po drugie trudno jest rozwiązywać spory pomiędzy podmiotami zależnymi (w tym przypadku dłużników), gdy postępowania upadłościowe są otwarte w różnych jurysdykcjach. Po trzecie, za pomocą arbitrażu można uzyskać korzystny efekt w przedmiocie reorganizacji długu przedsiębiorstwa które jest lub może być w przyszłości objęte postępowaniem insolwencyjnym, w przypadku braku efektywnego mechanizmu reorganizacyjnego. Za pomocą arbitrażu można byłoby osiągnąć satysfakcjonujący skutek zdecydowanie szybciej, korzystając z pomocy neutralnego pośrednika, jakim jest arbiter. Strony mogłyby również w zakresie przyznanej im swobody miałyby możliwość ustalenia odpowiedniego forum, a także prawa właściwego, instytucji arbitrażowej, a także samych arbitrów. Z jednej strony można argumentować, że istnieje szansa, że arbitraż mógłby ułatwić stronom dochodzenia roszczeń związanych ze „stanem” insolwencyjnym. Z drugiej zaś, gwarancją uznawalności klauzuli arbitrażowej dotyczącej upadłości może być, a w przypadku Polski jest - Konwencja nowojorska. Klauzula arbitrażowa nie zostanie

jednak uznana w przypadku, gdy nie jest możliwa do zrealizowania<sup>609</sup>. Obecnie nie istnieją przesłanki na podstawie których można by było sądzić, że klauzula arbitrażowa dotycząca upadłości mogłaby zostać uznana jako niemożliwa do wykonania. W każdym wypadku, arbitraż musi być oparty na zgodzie obu stron, również w postępowaniu arbitrażowym toczącym się w grupie spółek. Następnie należy zauważyć, że postępowanie dotyczące restrukturyzacji długu również wymaga zgody obu stron postępowania. Jednakże korzyści wynikające z przeprowadzenia postępowania arbitrażowego powinny być korzystniejsze dla wierzycieli, nawet jeżeli tylko niektórzy musieliby zostać spłaceni w całości, lub ich kapitał miałby być nienaruszony.

Wpływ upadłości na postępowanie arbitrażowe i spory insolwencyjne w literaturze zagranicznej został również szczegółowo zbadany z uwzględnieniem następujących obszarów problemowych:

- zdolność prawnej strony bycia stroną postępowania arbitrażowego, a także brania udziału w postępowaniach arbitrażowych;
- materialnoprawny aspekt zdatności arbitrażowej, sporu między dłużnikiem a wierzycielem w postępowaniu upadłościowym;
- ważność i egzekwowalność istniejącej umowy arbitrażowej pomiędzy dłużnikiem a jednym lub wieloma wierzycielami, co stawia pytanie, czy syndyk jest związany klauzulą arbitrażową występującą w umowie;
- kwestia, czy toczące się już postępowania arbitrażowe w momencie wszczęcia postępowania upadłościowego powinny zostać zakończone lub kontynuowane;
- tworzenie, uznawalność, a także egzekwowanie wyroków sądów arbitrażowych<sup>610</sup>.

Również przedstawiciele doktryny prawa amerykańskiego, uznając użyteczność i skuteczność reżimu międzynarodowego arbitrażu handlowego, postanowili rozważyć podobne kwestie wzajemnego oddziaływania i przenikania się sfer arbitrażu i upadłości, i zadając następujące pytania:

---

<sup>609</sup> Art. V, p. 1 i p. 2.

<sup>610</sup> *P. Wagner*, *Insolvency and Arbitration: A Pleading for International Insolvency Law*, "Dispute Resolution International" 2011, vol. 5, nr 2, s. 191.

1. Po pierwsze, czy toczące się postępowanie arbitrażowe powinno być wstrzymane (nawet jeżeli tylko tymczasowo) w przypadku otwarcia postępowania upadłościowego?
2. Po drugie, czy roszczenia wynikające z umowy powinny zostać rozpatrzone zgodnie z procedurą arbitrażową, aniżeli zgodnie z konkretnym mechanizmem rozwiązywania sporów zawartym w procedurze upadłościowej?<sup>611</sup>.

Odwołując się do kwestii podstawowych – należy podkreślić, że arbitraż jest zazwyczaj postępowaniem, w którym występują dwie strony, choć oczywiście może być ich więcej. Następnie, aby skutecznie wyegzekwować klauzulę arbitrażową, strony muszą to uzgodnić na piśmie<sup>612</sup>. Na przykład w Stanach Zjednoczonych o wykonalności klauzuli arbitrażowej w postępowaniu upadłościowym ostatecznie decyduje sąd upadłościowy. Polityka rządu federalnego jest ukierunkowana na maksymalizację swobody jurysdykcyjnej sądów upadłościowych, które w tego rodzaju sporach, mają również możliwość odrzucenia arbitrażu jako metody rozwiązania sporu<sup>613</sup>.

## 1. Nortel

Kiedy w styczniu 2009 r. wobec firmy Nortel rozpoczęto procedurę upadłościową, jednostka operowała w ponad 140 różnych jurysdykcjach<sup>614</sup>. Wszczęte zostały trzy oddzielne postępowania upadłościowe z wniosku trzech różnych dłużników – jedno postępowanie w Kanadzie w imieniu oddziałów kanadyjskich, w Zjednoczonym Królestwie w imieniu grupy oddziałów mających swoje siedziby w Europie oraz jedno w Stanach Zjednoczonych, gdzie zostało wszczęte w imieniu dłużników mających

---

<sup>611</sup> J. L. Westbrook, *International Arbitration and Multinational Insolvency*, “Penn State International Law Review” 2011, nr 29, s. 635.

<sup>612</sup> Przepis ten zawarty jest w Konwencji nowojorskiej w art. II (1), ale wstępuje również w zbiorze prawa federalnego Stanów Zjednoczonych 9 U.S.C.A w § 2: *Validity, irrevocability and enforcement of agreements to arbitrate*. „A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract”.

<sup>613</sup> T. H. Oehmke, J. M. Brovins, *Arbitration and Mediation of Bankruptcy Disputes*, “American Jurisprudence Trials” 2017, nr 105, § 78.

<sup>614</sup> Zob. Nortel Networks, INC., et al., In the United States Bankruptcy Court for The District of Delaware, [https://www.deb.uscourts.gov/sites/default/files/opinions/judge-kevin-gross/nortel-allocation-opinion-and-order\\_0.pdf](https://www.deb.uscourts.gov/sites/default/files/opinions/judge-kevin-gross/nortel-allocation-opinion-and-order_0.pdf), dostęp: 4.11.2018., 737 F.3d 265 United States Court of Appeals, Third Circuit, In re NORTEL NETWORKS INC., et al., Debtors Joint Administrators for Nortel Networks UK Limited and Certain of its Affiliates Located in the Region Known as Emea, Appellants., No. 13–2739, Argued Oct. 8, 2013, Opinion Filed: Dec. 6, 2013



swoje siedziby w Stanach Zjednoczonych. W latach 80. ubiegłego wieku, firma Nortel z dostawcy sprzętu telekomunikacyjnego firmie Bell Canada, w krótkim czasie sama stała się jednym z czołowym producentów sprzętu telekomunikacyjnego. Pod koniec lat 90. Nortel dostarczał materiały telekomunikacyjne na równi z takimi firmami jak Lucent, Ericsson, i Alcatel. Nortel był również jednym z największych przedsiębiorstw w Kanadzie ze względu na kapitalizację rynkową. Jednak lata 90. okazały się być latami pełnymi wyzwań dla producentów sprzętu telekomunikacyjnego, szczególnie producentów mających swoje siedziby w Stanach Zjednoczonych. Jednym z czynników utrudniających funkcjonowanie przedsiębiorstwa, to deregulacja rynku mająca związek z uchwaleniem *Telecommunication Act of 1996*<sup>615</sup>. *Telecom Act* spowodował otwarcie rynku, co w konsekwencji ułatwiło wejście spółek europejskich na rynek amerykański przez mechanizmy przejęcia (*acquisition*). Na przykład w taki sposób Alcatel przejął firmę DCS w 1998 roku<sup>616</sup>.

W sprawie Nortel sprzedaż aktywów należących do spółek zależnych, w postępowaniach toczących się w wielu państwach oraz podział ponad 7.5 bilionów dolarów zysków, było procedurą zbyt skomplikowaną dla sądów krajowych. W pierwotnej umowie zawarta była klauzula dotycząca przeprowadzenia postępowania arbitrażowego w związku z likwidacją aktywów. Umowa jednak nie obejmowała arbitrażem drugiego etapu likwidacyjnego, jakim jest dystrybucja aktywów wśród wierzycieli. Dlatego też w 2013 r., sąd U.S. Third Circuit Court of Appeals zważył, że nie istniała zgoda na podjęcie arbitrażu w przedmiotowej sprawie. Sąd, opierając się na precedensie stwierdził, że arbitraż jest kwestią zgody, a nie przymusu<sup>617</sup>. Dodał, że strony nie mogą być zmuszone do udziału w postępowaniu arbitrażowym, na podstawie *Federal Arbitration Act*, chyba że istnieje przesłanka zawarta w umowie, która decydowałaby o stwierdzeniu, że zainteresowana strona, wiedziała że może być stroną

---

<sup>615</sup> Telecommunications Act of 1996, Pub. LA. No. 104-104, 110 Stat. 56 (1996), dalej Telecom Act. Telecommunications Act było pierwszą reformą prawa w zakresie telekomunikacji od 62 lat. Celem nowego prawa było ułatwienie podmiotom funkcjonowanie na rynku telekomunikacyjnym, a także uregulowanie konkurencji. Federalna Komisja Komunikacyjna była ciałem „organizacyjnym”, odpowiedzialnym za implementację nowego prawa, otwarcia lokalnych rynków telekomunikacyjnych a także wzrost konkurencji. Zob. więcej: <https://www.fcc.gov/general/telecommunications-act-1996>, [dostęp: 31.10.2018].

<sup>616</sup> S. Schiesel, In Newest Deal, Alcatel to buy DCS for Stock, New York Times, 1998: <https://www.nytimes.com/1998/06/05/business/in-newest-deal-alcatel-to-buy-dsc-for-stock.html>, [dostęp: 21.10.2018].

<sup>617</sup> Volt Info. Scis., Inc. v. Bd. of Trs. of Leland Stanford Junior Univ., 489 U.S. 468, 479, 109 S. Ct. 1248, 103 L.Ed.2d 488 (1989).

postępowania arbitrażowego<sup>618</sup>. Aby przeanalizować, czy i w jaki sposób strony wyraziły wolę przeprowadzenia postępowania arbitrażowego, należałoby zwrócić się do odstawowych zasad prawa zobowiązań (*contracts*)<sup>619</sup>. Prawo stanu Nowy Jork obowiązywało w stosunku do *Interim Funding Agreement*, dlatego reszta przepisów musi być interpretowana zgodnie z wykładnią językową (*plain meaning*)<sup>620</sup>.

Sąd amerykański konsekwentnie odmawiał wniosków wydawanych przez sądy zagraniczne mające na celu przystąpienie stron do postępowania arbitrażowego. Główną przyczyną odmowy był fakt, że strony nie zawarły w umowach zapisu na sąd arbitrażowy w przedmiocie dystrybucji aktywów. Przy tym sąd zauważył, że strony w drodze arbitrażu mogły rozwiązać spór o dyspozycję funduszy, które znajdowały się na rachunku zabezpieczonym (*escrow*). Jednakże sąd nie wykluczył możliwości zawarcia zapisu na sąd polubowny w przyszłych sporach mogących wyniknąć w związku z ogłoszeniem upadłości<sup>621</sup>.

Sąd upadłościowy w Delaware odrzucił wniosek zarządców upadłości, aby przeprowadzić postępowanie arbitrażowe, ze względu na literalne brzmienie umowy, które *de facto* zapisu na sąd arbitrażowy nie zawierało. Jak wskazał sąd, błędem zarządców było poleganie na konstrukcji *dispute resolvers* która w swym literalnym brzmieniu nie odnosi się do arbitrażu. Sąd argumentował, że posłużenie się szerokim terminem *dispute resolvers*, oznaczałoby, że strony same sobie przyznały prawo wyboru sądu lub trybunału arbitrażowego, lub nawet innego ciała, które miałoby spór rozstrzygnąć. Dlatego opierając się na decyzji stron, sąd zdecydowanie odrzucił pogląd, że strony w istocie dokonały zapisu na sąd arbitrażowy.

Sąd poczynił konkluzję, że umowa nie zawiera zobowiązania do przeprowadzenia postępowania arbitrażowego. Sąd wskazał, że zgodnie z ogólną zasadą niedopuszczalne jest przyjęcie dowodów zewnętrznych zmieniających postanowienia umowne lub alternatywnie dodawanie przepisów, które mogłyby zmieniać znaczenie

---

<sup>618</sup> *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 559 U.S. 662, 684, 130 S. Ct. 1758, 176 L.Ed.2d 605 (2010).

<sup>619</sup> *Century Indem. Co. v. Certain Underwriters at Lloyd's, London*, 584 F.3d 513, 532 (3d Cir. 2009).

<sup>620</sup> *Greenfield v. Philles Records, Inc.*, 98 N.Y.2d 562, 750 N.Y.S.2d 565, 780 N.E.2d 166, 170 (2002).

<sup>621</sup> *Zob. 737 F.3d 265 United States Court of Appeals, Third Circuit, In re NORTEL NETWORKS INC., et al., Debtors Joint Administrators for Nortel Networks UK Limited and Certain of its Affiliates Located in the Region Known as Emea, Appellants.*, No. 13–2739, Argued Oct. 8, 2013, Opinion Filed: Dec. 6, 2013.

lub sens umowy<sup>622</sup>. Ponieważ umowa została zawarta zgodnie z prawem stanu Nowy Jork, należało kierować się przesłankami dotyczącymi dopuszczalności dowodów zewnętrznych ustawodawstwa tego stanu. W przypadku kiedy umowa zawierała w swojej treści niejednoznaczności, interpretacja wczesnej historii kontraktowania mogła przyczynić się do zmiany treści umowy, jeżeli zawierała niejednoznaczności<sup>623</sup>. Innymi słowy, w przypadku wystąpienia niejasności umowy, historia kontraktowania stron może posłużyć jako narzędzie interpretacyjne. Jednakże kontestowana część *Interim Funding Agreement* nie była napisana na tyle niejasno, aby nie była możliwa więcej niż jedna interpretacja. Sąd nie miał wątpliwości, że w tym przypadku, nie istniała żadna kontrowersja, uniemożliwiająca jasną interpretację prawną.

Zarządcy masy upadłościowej podnosili, że z zapisu umowy można było wykluczyć interwencję sądu, który jednakże taką interpretację postanowień umownych odrzucił. Sąd w analizie dotyczącej arbitrażu nie odniósł się do czynników zewnętrznych interpretując *Interim Funding Agreement*, ale zważył, że użycie czynników zewnętrznych jako narzędzi zmieniających postanowienia umowne, stanowi istotne wyzwanie interpretacyjne dla umów zatwierdzonych przez sąd. Jako przykład sąd podał Rule 9019 (a) of the Federal Rules of Bankruptcy Procedure, która umożliwia sędziemu sądu upadłościowego zatwierdzenie kompromisu lub ugody między stronami (*compromise or settlement*) oraz Bankruptcy Rule 9019 (c), która umożliwia stronom dojście do porozumienia w drodze arbitrażu. Dlatego też, jeżeli właściwa interpretacja postanowień umownych może być poczyniona tylko na podstawie dowodów zewnętrznych, wówczas sąd upadłościowy może nieświadomie może posłużyć się interpretacją Rule 9019, aby zatwierdzić lub autoryzować umowę, która zawiera ukryte postanowienia. To była logika, którą kierowali się zarządcy majątku, sugerując, że sędzia sądu upadłościowego wydał zgodę na przeprowadzenie postępowania arbitrażowego w momencie, w którym zatwierdził the *Interim Funding Agreement*. Sąd w opinii zadał pytanie: w jaki sposób sędzia mógł „autoryzować” wysłanie sąd sporu na arbitraż zgodnie z zasadą Rule (019 (c), jeżeli najpierw nie uznał, że strony w ogóle zgodziły się na arbitraż? W jaki sposób wierzyciele mieliby wnosić sprzeciw w stosunku do postępowania arbitrażowego, jeżeli w umowie nie było wyraźnego zapisu na sąd polubowny? The trudne pytania podkreślają użyteczność redukcji

---

<sup>622</sup> Schron v. Troutman Sanders LLP, 20 N.Y.3d 430, 963 N.Y.S.2d 613, 986 N.E.2d 430, 433 (2013).

<sup>623</sup> Brad H. v. City of New York, 17 N.Y.3d 180, 928 N.Y.S.2d 221, 951 N.E.2d 743, 746 (2011).

interpretacyjnej umów arbitrażowych do ich literalnego brzmienia, czyli ograniczenia się sądów do zastosowania reguły wykładni językowej. Strony, które decydują się na wzięcie udziału w postępowaniu arbitrażowym, nie powinny ukrywać swoich intencji w tekście<sup>624</sup>. Sprawa Nortel jest przykładem niewykorzystania potencjału arbitrażu w procedurze alokacji roszczeń pomiędzy wierzycielami w międzynarodowym postępowaniu insolwencyjnym.

## 2. Lehman Brothers

*Case Lehman Brothers* jest doskonałym przykładem wykorzystania narzędzi ADR w procesie upadłościowym. W związku z upadłością jednej z największej grup kapitałowych współczesnego świata, która podlega pod Chapter 11, należało znaleźć sposób, jak efektywnie zarządzać i rozwiązywać setki sporów wynikających bezpośrednio z upadłości tak wielkiego przedsiębiorstwa. W 2009 r. grupa zdecydowała się na złożenie wniosku do sądu upadłościowego o przeprowadzenie szeregu procedur ADR w odniesieniu do umów pochodnych od upadłości.

W głównym interesie grupy leżało po pierwsze określenie wartości roszczeń wynikających z umów pochodnych oraz po drugie - usprawnienie procesu upadłościowego. Ustalono, że istniało ok. 250 stron w odniesieniu do umów pochodnych, których wspólnym mianownikiem był fakt, że miały one roszczenia tego samego rodzaju w stosunku do grupy. Były to sprawy związane z wyceną roszczenia, obliczeniem kosztów związanych z rozwiązaniem umów oraz koszty związane z otrzymaniem zawiadomienia etc. Stronami w konflikcie były nie tylko wielkie instytucje finansowe, ale także mniejsze jednostki edukacyjne oraz jednostki świadczące opiekę medyczną. Bez procedur o charakterze polubownym grupa byłaby zmuszona przeprowadzać setki postępowań, które w znaczący sposób opóźniłyby administrację majątku oraz mogłyby oznaczać utratę wartości przedmiotu sporu w związku z egzekucją roszczeń wynikających z umów. W dużym uproszczeniu były to działania które miały na celu zebranie pieniędzy od dłużników grupy. Podstawą do przeprowadzenia postępowań ADR była sekcja 105(a) *Bankruptcy Code* oraz zarządzenie Nowojorskiego Sądu Upadłościowego (Southern District of New York). Sekcja 105(a) upoważnia sąd do wydania zarządzenia ułatwiającego procedowanie sądu

---

<sup>624</sup> Zob. 737 F.3d 265 United States Court of Appeals, Third Circuit, *In re NORTEL NETWORKS INC., et al., Debtors Joint Administrators for Nortel Networks UK Limited and Certain of its Affiliates Located in the Region Known as Emea, Appellants.*, No. 13–2739, Argued Oct. 8, 2013, Opinion Filed: Dec. 6, 2013.

upadłościowego<sup>625</sup>. W odpowiedzi na zarządzenie o przeprowadzenie procedur ADR, wiele stron sporu odpowiedziało że sąd upadłościowy nie ma mandatu, aby zarządzić postępowanie ADR. Strony między innymi argumentowały, że:

- 1) ADR powinno być stosowane jedynie w postępowaniach o charakterze kontradiktoryjnym,
- 2) w umowach spornych nie było zapisu na mediację,
- 3) proces mediacji jest niekompatybilny z scentralizowanym procesem upadłościowym,
- 4) roszczenia Lehman Brothers są roszczeniami *non-core*, które muszą być rozpatrzone przez sędziego powoływanego na podstawie art. III Bankruptcy Code
- 5) sąd nie posiadał jurysdykcji osobistej (*personal jurisdiction*) nad osobami znajdującymi się poza Stanami Zjednoczonymi<sup>626</sup>.

Inne zarzuty związane były z prawami podstawowymi stron, ze stosowaniem sankcji, zasięgiem procedur oraz logistyką postępowań polubownych. Inne zarzuty związane były z trudnością związaną z prowadzeniem postępowania polubownego z udziałem syndyków sprawujących zarząd przymusowy, którzy mogliby mieć specyficzne wymagania. W odpowiedzi Lehman Brothers zmodyfikowało postanowienia zapisów na sąd polubowny. W pozostałych sprawach, w których dłużnicy nie zmienili swojego stanowiska, sąd upadłościowy unieważnił sprzeciwy, i 17 września 2009 r. zatwierdzony został wniosek o przeprowadzeniu postępowania za pomocą ADR. *Modus operandi* całej procedury oparty był na metodzie, w której Lehman przed wszczęciem postępowania sądowego rozpoczyna postępowanie polubowne, które zawiera w sobie fazę zawiadomienia i odpowiedzi. Jeżeli spór nie może być rozwiązany w pierwszej fazie, następną fazą jest mediacja przeprowadzona przez jedną osobę wyłonioną z grona czterech, która ma działać w roli mediatora. Faza mediacyjna zawiera fazę wstępną, oraz spotkanie indywidualne. Proces może być zakończony z wniosku strony, oraz za zgodą mediatora. Uczestnictwo w procesie jest obowiązkowe, jednakże strony nie mają obowiązku zakończenia procesu zawarciem

---

<sup>625</sup> Art. 105 (a): The court may issue any order, process, or judgment that is necessary or appropriate to carry out the provisions of this title. No provision of this title providing for the raising of an issue by a party in interest shall be construed to preclude the court from, sua sponte, taking any action or making any determination necessary or appropriate to enforce or implement court orders or rules, or to prevent an abuse of process.

<sup>626</sup> A. J. Olejnik, Lehman Brother's ADR Procedures for Resolving its Derivative Contracts in Bankruptcy, "The Bankruptcy Strategist" 2012, vol. 29, nr 8.

porozumienia. Cały proces ma charakter poufny, sąd otrzymuje jedynie informację ile razy zostało udzielone zawiadomienie, informację o ugodach pomediacyjnych, mediacjach w toku, mediacjach zakończonych bez porozumienia oraz informację, na jaką kwotę zostały zawarte ugody po wysłaniu zawiadomień.<sup>627</sup>

Od stycznia 2016 r. przeprowadzono ok. 495 procesów z wykorzystaniem alternatywnych metod rozwiązywania sporów, w których suma rozpatrywanych roszczeń względem majątku Lehman Brothers przekroczyła 3 biliony dolarów. Ugody zawarto w 424 sprawach, które dotyczyły 541 przeciwnych stron. Do 13 stycznia 2016 r. 245 sporów dotarło do fazy mediacji, 232 sprawy zostały zakończone przy uprzednim wykorzystaniu mediacji lub przy pomocy mediacji. Jedynie 13, spraw które były przeprowadzane przy pomocy mediacji, zostały zakończone lub ich wynik pozostaje nieznany<sup>628</sup>. Bez wątpienia jest to duży sukces ADR, jako narzędzia wspierającego dłużników w dochodzeniu do roszczeń w procesie upadłości. Mimo sukcesu metod polubownych zastosowanych w rozwiązywaniu sporu w grupie Lehman Brothers nie należy zapominać o patrzeniu na upadłość grupy całościowo. Upadłość Lehman Brothers ujawniła znaczne słabości systemu upadłościowego i reorganizacyjnego transgranicznych grup kapitałowych na podstawie Chapter 11<sup>629</sup>.

## **§ Wnioski i wyniki badań**

### **a. Perspektywa amerykańska<sup>630</sup>**

W toku przeprowadzonych badań amerykańscy praktycy prawa upadłościowego krytycznie oceniali dopuszczalność przeprowadzania arbitrażu w sporach upadłościowych w Stanach Zjednoczonych. Mimo to zostało zauważone, że międzynarodowy arbitraż handlowy jest zjawiskiem korzystnym, gdyż do tej pory nie został wypracowany jednolity system rozwiązywania sporów insolwencyjnych na poziomie międzynarodowym. Zaznacza się, że arbitraż posiada potencjał, aby wypełnić

---

<sup>627</sup> *Ibidem*.

<sup>628</sup> Letter to Honorable Shelley C. Chapman Regarding Seventy-third ADR\* Status Report, see <http://dm.epiq11.com/LBH/Document/GetDocument/2717939>

<sup>629</sup> Zob. np. *M. J. Fleming and A. Sarkar*, The failure Resolution of Lehman Brothers, Federal Reserve Bank of New York Economic Policy Review, December 2014.

<sup>630</sup> Przedstawione poniżej wnioski są efektem badań przeprowadzonych przez autorkę w latach 2017-2018.

tą lukę, ale z zastrzeżeniem i ograniczeniem arbitrażu wyłącznie do sporów upadłościowych międzynarodowych.

Arbitraż został przedstawiony jako element burzący zunifikowany system prawa upadłościowego, co najlepiej ilustruje sprawa *Nothorn Pipeline v. Marathon Pipe Line* (1982), w której Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych większością jednego głosu stwierdził niekonstytucyjność przepisów Bankruptcy Code. Bardziej aktualnym przykładem sprawy ingerencji arbitrażu w stabilność systemu prawa upadłościowego jest sprawa *Stern v. Marshall* (2011), która zdaniem badanych wywołała chaos w kwestii autorytetu sądów upadłościowych. Według opinii prawników arbitraż jest szkodliwy dla głównego „zrębu” zasad prawa upadłościowego, i powinien być unikany ze względu na wymienione czynniki:

1. Po pierwsze, system upadłościowy ustanawia efektywny system, który jest gotowy do wykorzystania od razu w przypadku wystąpienia sytuacji kryzysowej, wymagającej szybkiej interwencji, gdzie bardzo często szybkie działanie jest warunkiem egzystencji przedsiębiorstwa. Arbitraż jako dodatkowy czynnik zewnętrzny może hamować i ingerować w proces.
2. Wyższość systemu prawa upadłościowego nad arbitrażem jest uwidoczniiona w mechanizmach zwalniających indywidualnych dłużników z długu, którzy nawet w przypadku wniesienia sprzeciwu od zwolnienia i braku środków do obrony wciąż mają możliwość obrony *pro se*.
3. Po trzecie, arbitraż opisuje się jako mechanizm umożliwiający *forum shopping*, który warunkuje korzystniejszą „pozycję” procesową.
4. Wreszcie po czwarte, arbitraż ma potencjał uwypuklenia nierówności stron, gdzie przewagę zyskuje strona posiadająca większe zasoby finansowe. Należy zwrócić uwagę, że w przypadku postępowania upadłościowego są to nierówności dość oczywiste. Poza tym, koszty administracyjne postępowania upadłościowego są pokrywane przez podatników, natomiast koszty postępowania arbitrażowego strony pokrywają w równych częściach. Przeciwnicy arbitrażu argumentują, że jest to okoliczność niepożądana z perspektywy podmiotu, który jest zagrożony niewypłacalnością lub stał się już niewypłacalny.

Niniejsze stany faktyczne pozwolą lepiej zrozumieć, w jaki sposób arbitraż mógłby niekorzystnie wpłynąć na proces upadłościowy w Stanach Zjednoczonych:

#### **Przykład # 1.**

Dłużnik specjalizujący się w hodowli bydła ubiega się o upadłość na podstawie Chapter 11 (restrukturyzacja). Utrzymanie bydła wymaga jego karmienia, pojenia, podawania suplementów, a także opieki weterynaryjnej. Pastwiska wymagają ogrodzenia, aby krowy nie przedostawały się na drogi publiczne, powodując zagrożenie. Właściciel zobowiązany jest dokonywać czynności zwykłego zarządu ze względu na charakter prowadzonej działalności, ale także ze względu na ochronę potencjalnych użytkowników dróg. Na krótko przed ogłoszeniem upadłości wierzyciel udzielił wysokooprocentowanej pożyczki dla dłużnika oraz został ustanowiony zastaw (*blanket lien*) na wszystkie składniki majątku. W umowie pożyczki zawarta jest klauzula arbitrażowa. Wierzyciel w celu zyskania przewagi składa wnioski o przeprowadzenie sprawy przed sądem arbitrażowym, i rozpatrzenie wszystkich roszczeń związanych z udzielonym zabezpieczeniem w postaci zastawu.

#### **Przykład # 2.**

Dłużnikiem jest firma transportowa. W umowie pomiędzy zabezpieczonym wierzycielem a dłużnikiem jest klauzula arbitrażowa. Wierzyciel ubiega się o zwolnienie z postanowienia o zawieszeniu wykonania wyroku ze względu na brak odpowiedniej ochrony oraz ze względu na wygasłe ubezpieczenie obowiązujące na innym zabezpieczeniu. Dłużnik składa sprzeciw w stosunku do zawieszenia wykonania wyroku i chce dane zagadnienie wyjaśnić w drodze arbitrażu. Czy dłużnik będzie uprawniony do wyegzekwowania tego roszczenia w arbitrażu?

#### **Przykład # 3.**

Dłużnik ubiegający się o upadłość na podstawie Chapter 11 jest wspierany przez grupę wierzycieli w kwestii planu restrukturyzacyjnego. Jednakże jeden wierzyciel związany z dłużnikiem umową zawierającą klauzulę arbitrażową wnosi o rozpoznanie



jego sprzeciwu względem zatwierdzenia planu restrukturyzacyjnego w drodze arbitrażu<sup>631</sup>.

Pytaniem nasuwającym się odnośnie do przedstawionych stanów faktycznych, jest zasadność oddalenia wniosków o przeprowadzenie arbitrażu przez sąd upadłościowy. Mając na uwadze naczelną funkcję prawa upadłościowego oraz funkcję salwacyjną prawa restrukturyzacyjnego, podane przykłady stanowią niepotrzebną ingerencję w system. Co więcej, w każdym z przykładów, arbitraż został wykorzystany w niewłaściwy sposób. Każda z podanych sytuacji ukazuje spektrum możliwości, w jaki sposób za pomocą arbitrażu można manipulować procesem upadłościowym. Dlatego wydaje się, że w tych przypadkach jednoznacznie należy udzielić jednoznacznej, negatywnej odpowiedzi o zasadność wykorzystania arbitrażu. Kierując się logiką pokazaną w przykładach, można by oczekiwać, że sądy upadłościowe będą stosowały wykładnię celowościową. Jednak biorąc pod uwagę precedens ustanowiony przez Sąd Najwyższy, należałoby spodziewać się przeprowadzenia postępowania arbitrażowego na podstawie wskazanych przykładów. Z przeprowadzonej analizy materiału badawczego wynika, że istnieje możliwość, aby zmienić tryb oraz linię orzeczniczą Sądu Najwyższego w przedmiotowej sprawie intersekcji upadłości i arbitrażu, tak aby skutecznie uniemożliwić stosowanie arbitrażu. Należałoby w drodze wykładni przepisów *Federal Arbitration Act* stwierdzić, że wolą Kongresu było ustanowienie wyjątku co do zasad postępowania arbitrażowego. Krótko mówiąc, należałoby znaleźć furtkę w *Federal Arbitration Act*, która uniemożliwiłaby przeprowadzenie arbitrażu w sprawach upadłościowych.

Aby Sąd Najwyższy mógł należeć ową furtkę, najpierw należałoby zacząć od wykładni przepisów Konstytucji. Po pierwsze, zgodnie z art. 1, § 8(4), Kongres ma prawo: „ustalać [...] jednolite prawo upadłościowe”. Po drugie, analiza *case law* dostarcza dowodów, że Kongres kierował się dyrektywą celowościową, tworząc jednolite zasady prawa upadłościowego. Przykładowo w sprawie *Central Virginia Community College v. Katz* (546 U.S 356 2006) Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Konstytucyjny mandat tworzenia i uchwalania spójnych zasad prawa upadłościowego wymaga jednolitości traktowania państwowych i prywatnych wierzycieli w Stanach

---

<sup>631</sup> Przykłady zostały opracowane przez amerykańskiego prawa upadłościowego uczestniczącego w badaniu.

Zjednoczonych<sup>632</sup>. Na kanwie prezentowanego argumentu, można wywieść, że jeżeli strony mają możliwość ingerencji w podstawowe zasady danej dziedziny prawa za pomocą arbitrażu, dana dziedzina nie spełnia standardu „jedności” i „spójności”. Rola arbitra jest ograniczona jedynie do zweryfikowania postanowień wyroku arbitrażowego pod względem formalnym. Można domniemywać, że arbiter nie będzie weryfikował postanowień porozumienia, pod względem zgodności z przepisami prawa upadłościowego. Jest to bardzo daleko idący argument, gdyż wtedy istnieje domniemanie, że arbiter w zasadzie nie jest specjalistą z danej dziedziny prawa, a pełni jedynie rolę koncyliacyjną i formalną.

Przechodząc z rozważań na podstawie Konstytucji i zamiaru Kongresu, następnym krokiem byłaby analiza zarówno *Federal Arbitration Act* jak i *Bankruptcy Act*. *The Bankruptcy Act* został uchwalony w 1898 r., poprzedzając tym samym uchwalenie *Federal Arbitration Act* z 1925 r. Uchwalony w 1898 r., *Bankruptcy Act* zawierał już postanowienie w przedmiocie arbitrażu (§ 26. *Arbitration of Controversies*, (a) *The trustee may, pursuant to the direction of the court, submit to arbitration any controversy arising in the settlement of the estate.*) W związku z tym można domniemywać, że zamiarem Kongresu nie było umieszczanie kolejnych zasad dot. arbitrażu postępowań o charakterze insolwencyjnym. Finalnie należy cofnąć się do argumentów zastosowanych w sprawie *Nothorn Pipeline*, w której Sąd Najwyższy wymienia *core bankruptcy matters*<sup>633</sup>.

*Core bankruptcy matters*, są to:

- (a) sprawy związane z administrowaniem majątku;
- (b) umożliwienie bądź uniemożliwienie prowadzenia spraw przeciwko majątkowi lub zwolnienia z nieruchomości oraz szacunek roszczeń lub udziałów, związane z zatwierdzeniem planu zgodnie z Chapter 11 (restrukturyzacja), 12,13 lub title 11, ale nie likwidacji lub wyceny zależnej od kontyngentu lub niespełnione roszczenie na podstawie szkody niemajątkowej, lub roszczenia związane ze spowodowaniem śmierci

---

<sup>632</sup> *Central Virginia Community College v. Katz*, 546 U.S. 356 (2006), przypis nr 13: The Constitution’s „mandate” to enact „uniform” bankruptcy laws requires „uniformity in treatment of state and private creditors...throughout the United States”.

<sup>633</sup> 28 U.S Code §157 – Procedures; Zob. również *T. S. Marrion*, *Core Proceedings and the „New” Bankruptcy Jurisdiction*, “DePaul Law Review” 1986, vol. 35, issue 3, s. 675 i nast.

- przeciwko majątkowi dłużnika w celu dystrybucji aktywów w sprawie prowadzonej zgodnie z title 11;
- (c) powództwa wzajemne przeciwko osobom składającym roszczenia przeciwko majątkowi dłużnika;
  - (d) postanowienia związane z uzyskiwaniem kredytu;
  - (e) postanowienia związane z przywróceniem nieruchomości do majątku;
  - (f) procedury zmierzające do określenia, uniknięcia, lub odzyskania pierwszeństwa spłaty;
  - (g) wnioski o wypowiedzenie, anulowanie, lub modyfikację automatycznego skutku zawieszenia postępowania,
  - (h) procedury związane z określeniem, uchyleniem lub odzyskaniem majątku scedowanego na podstawie oszukańczej cesji<sup>634</sup>;
  - (i) ustalenia, co do zwolnienia z poszczególnych długów;
  - (j) sprzeciwy w przedmiocie zwolnień;
  - (k) ustalenia, co do ważności, zakresu i zasad pierwszeństwa zastawów;
  - (l) zatwierdzenie planów;
  - (m) postanowienia zatwierdzające prawo dzierżawy nieruchomości, wraz z prawem posłużenia się zabezpieczeniem w formie pieniężnej;
  - (n) postanowienia zatwierdzające sprzedaż ruchomości, innej niż nieruchomość, które wynikły w związku z roszczeniem przeciwko osobom które nie zgłosiły roszczenia w stosunku do masy upadłościowej;
  - (o) inne procesy powiązane z procesem likwidacji aktywów należących do majątku, a także regulacji zależności pomiędzy dłużnikiem, wierzycielem lub udziałowcami (*equity security holders*) poza deliktami związanymi ze szkodą niemajątkową lub roszczeniem wynikającym ze spowodowania śmierci;
  - (p) uznanie postępowań zagranicznych i innych powiązanych kwestii związanych z Chapter 15 i Title 11.

Następnie w 1984 r., Kongres uchwalił Federal Rules of Bankruptcy Procedure. Zasada 9019 (*Compromise and Arbitration*<sup>635</sup>) dotyczy dojścia do ugody za pomocą

---

<sup>634</sup> *Fraudulent conveyance* może być utożsamiana z kontynentalnym *actio pauliana*.

wiążącej procedury arbitrażowej. Jak wynika z pkt. (c), sąd *może* skierować strony do postępowania arbitrażowego. Praktycy prawa upadłościowego w Stanach Zjednoczonych podkreślają, że normy zawarte zarówno w FAA, jak i FRBP regulujące arbitraż sporów upadłościowych są rozsądne i potrzebne. Jednakże, jak pokazuje praktyka i *case law*, sądy nawet nie odwołują się do norm zawartych w FRBP. W tym miejscu wymaga przypomnienia sprawa *Stern v. Marshall*, opisana również w rozdziale III. Jest to sprawa, która ukazuje, w jaki sposób Sąd Najwyższy, stosując wykładnię przepisów Konstytucji, skutecznie ograniczał jurysdykcję sądów upadłościowych. Restrykcje nałożone na sądy upadłościowe powstały z uwzględnieniem standardów, takich jak prawa publiczne, tudzież oparte są na praktyce orzeczniczej sądów westminsterskich z 1789 r., które *de facto* są wywiedzione z innych decyzji, takich jak *Nothern Pipeline*<sup>636</sup>.

Konkludując powyższe rozważania, oraz mając na uwadze przedstawione argumenty przemawiające za ochroną integralności systemu prawa upadłościowego, można teoretycznie stwierdzić, że jest w wyłącznej kompetencji Sądu Najwyższego, lub Kongresu Stanów Zjednoczonych, aby odwrócić obowiązujący precedens dopuszczający użycie arbitrażu w sporach upadłościowych.

Przeprowadzając badania, autorka postawiła sobie za cel, aby poznać perspektywę amerykańskich praktyków prawa upadłościowego oraz mediatorów. Wyniki badań sugerują, że mediatorzy raczej nie są zaznajomieni z głównymi problemami występującymi w prawie upadłościowym. Jednakże zauważają, że dobrze zaprojektowana mediacja, jest użytecznym narzędziem w procesie dochodzenia roszczeń przez wierzycieli. W mediacji, w której uczestniczą więcej niż dwie strony, zarządzanie konfliktem jest procedurą bardziej skomplikowaną. W procedurze upadłościowej, w której uczestniczą więcej niż dwie strony, można domniemywać, że

---

<sup>635</sup> Rule 9019. Compromise and Arbitration, (a) Compromise. On motion by the trustee and after notice and hearing, the court may approve a compromise or settlement. Notice shall be given to creditors, the United States trustee, the debtor, and indenture trustees as provided in Rule 2001 and to any other entity as the court may direct, (b) Authority to compromise or Settle Controversies Within Classes. After a hearing on such notice as the court may direct, the court may fix a class or classes of controversies and authorize the trustee to compromise or settle controversies within such class or classes without further hearing or notice, (c) Arbitration. On stipulation of the parties to any controversy affecting the estate the court may authorize the matter to be submitted to final and binding arbitration.

<sup>636</sup> *Stern v. Marshall*, 546 U.S. 462 (2011), Opinia Chief Justice Roberts, Część B: When a suit is made of “the stuff of the traditional actions at common law tried by the courts at Westminster in 1789,” *Nothern Pipeline*, 458 U. S., at 90 (Rehnquist, J., concurring in judgment), and is brought within the bounds of federal jurisdiction, the responsibility for deciding that suit rests with Article III judges in Article III courts.

będzie to procedura o wiele bardziej skomplikowana niż tradycyjna mediacja. Można podsumować to do sześciu głównych sfer problemowych:

1. Mediacja sporów insolwencyjnych jest procesem trwającym długie miesiące, dlatego ważnym jest, aby proces był odpowiednio dostosowany do potrzeb stron<sup>637</sup>.
2. Po drugie, każda istotna zmiana okoliczności, na najwcześniejszym etapie, wymaga rozważenia, czy za pomocą mediacji można byłoby dojść do porozumienia.
3. Aby proces mediacji w upadłości bądź restrukturyzacji odbył się z sukcesem, strony muszą być poinformowane na jak najwcześniejszym etapie, że w procesie dowodowym, czyli *discovery*, może istnieć potrzeba uzupełnienia informacji, lub niektóre kwestie będą musiały być omówione w sesji poprzedzającej mediację.
4. Na wczesnym stadium mediacji w sporze insolwencyjnym, kiedy spór jest jeszcze „świeży”, należy dostosować oczekiwania do realnych możliwości szybkiego rozwiązywania sporu. Ponieważ strony na początku są nastawione optymistycznie i liczą na szybkie rozwiązanie, należy je poinformować, że proces może być zdecydowanie dłuższy.
5. Odpowiednie przygotowanie pozwoli na szybkie rozstrzygnięcie i wyeliminowanie sporów o mniejszej wadze, tak aby móc skupić się na sporach bardziej istotnych.
6. Szybkość i działanie o czasie mają kardynalne znaczenie, dlatego konstrukcja planów mediacyjnych, strategii oraz modeli musi dostarczać odpowiedniej, szybkiej oraz doraźnej pomocy stronom.

#### **b. Perspektywa polska<sup>638</sup>**

W toku badań empirycznych praktycy wymieniali zawarcie układu, jako najważniejszego instrumentu współczesnego prawa insolwencyjnego w Polsce. Zgodnie ze stanowiskiem polskiej doktryny, przedstawionym na X Kongresie Upadłościowym, który odbył się 09.11 w Warszawie, nadrzędną funkcją jaką spełnia prawo upadłościowe w Polsce, **jest ochrona gospodarki**. W przeciwieństwie do niektórych

---

<sup>637</sup> W tym duchu wypowiada się również *G. Rosen*, mediator w sprawie upadłości miasta Detroit.

<sup>638</sup> Poglądy i wnioski zaprezentowane w tej części są sumą wywiadów oraz ankiet przeprowadzonych przez autorkę w latach 2017-2018. Zestawy pytań oraz ankiet w j. angielskim znajduje się w bibliografii.

poglądów prezentowanych w literaturze, respondenci pozytywnie oceniali zmiany w PrRest i PrUpad, wskazując na jego nowoczesność oraz zgodność z europejskimi standardami. Na wstępie trzeba zaznaczyć, że praktycy bardzo często poruszali kwestię, jak bardzo prawo upadłościowe dotyka powszechnych problemów życiowych społeczeństwa polskiego. Na przykładzie prawa upadłościowego można zaobserwować tragedie całych przedsiębiorstw, w których występuje tysiące wierzycieli. Poza tym jest to proces niesamowicie długi. Sędziowie zwrócili uwagę, że samo zatwierdzanie listy wiarygodności trwa bardzo długo, ponieważ cały czas występują sprzeczności.

Zadane pytania: *Jakie są główne problemy polskiego prawa upadłościowego/restrukturyzacyjnego? Czy nowe rozwiązania prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego zapewniają optymalną ochronę interesu wierzyciela? Jaka jest pozycja dłużnika w tych nowych regulacjach? Czy można poczynić predykcje w kierunku ewolucji tej dziedziny prawa?*, skłoniło autorkę do sformułowania następujących wniosków:

- 1. Główne problemy polskiego prawa upadłościowego to:**
  - a) **przeładowanie sądów upadłościowych,**
  - b) **brak informatyzacji, czyli wdrożenia Centralnego Rejestru Upadłościowego,**
  - c) **zbyt późne składanie wniosków restrukturyzacyjnych przez dłużników,**
- 2. Polskie prawo upadłościowe odpowiada europejskim standardom prawa insolwencyjnego.**
- 3. Nowe regulacje zapewniają optymalną ochronę interesu wierzyciela.**
- 4. Ewolucja prawa insolwencyjnego będzie zmierzała głównie w zakresie upadłości konsumenckiej.**

Przedstawienie głównych założeń odpowiedzi na pytanie o główne problemy polskiego prawa insolwencyjnego w sposób skondensowany przedstawia perspektywę na ewentualną możliwość wykorzystania ADR w procesie wychodzenia z niewypłacalności, ewentualnie proces ten usprawniając. Pomimo fundamentalnych zmian legislacyjnych, zarówno w przedmiocie upadłości przedsiębiorców, ale także upadłości konsumentów, które zaszły w obecnych latach, środowisko sędziowskie sygnalizuje pilne wprowadzenie zmian w obowiązującym systemie.

### **Konieczne modyfikacje obecnego systemu:**

1. Odejście od modelu upadłości opartej na nadzorze sędziego – komisarza,
2. Wprowadzenie nadzoru administracyjnego nad doradcami restrukturyzacyjnymi w miejsce stałego nadzoru sądowego.
3. Sądowy system skargowy dla usunięcia nieprawidłowości w działaniu dłużnika.
4. Ograniczenie badania wniosku o ogłoszenie upadłości do stwierdzenia stanu niewypłacalności i spełnienia warunków formalnych – niekorzystanie z oddłużenia w ostatnich 10 latach.
5. Wprowadzenie odmowy oddłużenia opartej na stwierdzeniu intencjonalnego działania dłużnika – udział wierzycieli w rozprawie.
6. Uproszczenie procedury po ogłoszeniu upadłości.
7. Uzależnienie długości planu spłaty wierzycieli do czasu trwania upadłości, stopnia zaspokojenia wierzycieli, zachowania dłużnika po ogłoszeniu upadłości, zawinienia.
8. Ujednolicenie przesłanek oraz przebiegu upadłości konsumenta i przedsiębiorcy – osoby fizycznej.
9. Wprowadzenie układu jako rzeczywistej alternatywy dla postępowania<sup>639</sup>.

W toku przeprowadzonych wywiadów, analizując udzielone odpowiedzi, został ustalony schemat dotyczący dynamiki procesów globalizacji, a także procesu europeizacji prawa upadłościowego z perspektywy Polski. Podkreśla się, że polskie przepisy prawa upadłościowego są przepisami bardzo nowoczesnymi, dostosowanymi do obecnych ekonomiczno–gospodarczych realiów obrotu europejskiego. Niektórzy praktycy są zdania, że wiele państw nie jest jeszcze na tym samym etapie, co Polska. Jednym z pierwszych dokumentów o charakterze międzynarodowym był raport Virgos – Schmitt<sup>640</sup>, który pełnił rolę komentarza dla praktyków prawa upadłościowego w czasie tworzenia się nowoczesnego prawa insolwencyjnego. Raport był dopiero

---

<sup>639</sup> SSR Emil Szczepanik, Ministerstwo Sprawiedliwości, lista przedstawiona na X Kongresie Prawa Upadłościowego, Warszawa 09.11.2018.

<sup>640</sup> *M. Virgos, E. Schmitt*, Report on the Convention of Insolvency Proceedings, Council of the European Union, Brussels, 3 May, 1996 r., [https://www.r3.org.uk/media/documents/technical\\_library/Legislation/Virgos-Schmit-Report.pdf](https://www.r3.org.uk/media/documents/technical_library/Legislation/Virgos-Schmit-Report.pdf), [dostęp: 24.11.2018].

„zaczynem” postępowań o charakterze restrukturyzacyjnym, idea *rescue culture* dopiero znajdowała swoje miejsce w porządku europejskim.

Pomimo dominacji *rescue culture* na szczeblu unijnym, i ogólnej polityki dążenia do restrukturyzacji, praktycy sygnalizują, że należy przyjąć optykę celowościową, czyli indywidualnie rozpatrzyć sens każdego postępowania. Na marginesie należy zwrócić uwagę, że zjawisko restrukturyzacji ma na Zachodzie o wiele dłuższą tradycję, dlatego można się spodziewać, że wprowadzanie i ulepszanie systemu prawa insolwencyjnego w Polsce będzie obszarem prawa niezwykle podatnym na nieustanne zmiany o charakterze legislacyjnym. Podkreśla się, że ewolucja przepisów polskiego prawa insolwencyjnego ma obecnie dualistyczny charakter. Prawo insolwencyjne dzielimy na upadłościowe, które dotyczy przedsiębiorców oraz prawo upadłościowe, które dotyczy konsumentów. Są nowe przepisy, które obowiązują od niedawna, jednak upadłość konsumencka jest zjawiskiem, w którym widzi się główny nurt ewolucji. Wskazano, że być może spowodowane jest to złagodzeniem przesłanek ogłoszenia upadłości.

Z jednej strony zwrócono uwagę, że sam fakt wprowadzenia postępowań o charakterze restrukturyzacyjnym świadczy o procesie europeizacji polskiego prawa upadłościowego. W szerszym ujęciu, z punktu widzenia unijnego, występowanie przepisów wzmacniających znaczenie restrukturyzacji świadczy o oddziaływaniu praktyki międzynarodowej. Jednakże z perspektywy Polski mamy do czynienia z zasadą zwrotnego oddziaływania. Polska, jako członek Unii Europejskiej ma obowiązek implementacji dyrektyw unijnych, co niejako wymusza automatyczne przejście pewnego rodzaju zestawu dobrych praktyk. **Jednakże, do tej pory w żadnym stopniu nie zauważono, aby regulacje polskie miały jakikolwiek wpływ na regulacje europejskie, a na pewno nie międzynarodowe.** Można więc stwierdzić, że jest to istotne, o tyle, o ile w interesie ekonomiczno–gospodarczym Polski, jest promowanie Polski jako głównego ośrodka interesu gospodarczych (COMI) grup kapitałowych. Jest to zdecydowanie kwestia problematyczna i kontrowersyjna, ponieważ oprócz dobrych przepisów czynnikiem kwantyfikującym konstytuowanie się ośrodków grup kapitałowych są czynniki ekonomiczne.

**Zaspokojenie wierzycieli** pozostaje głównym, i nadrzędnym celem postępowania insolwencyjnego. Jednak utrzymanie funkcjonowania przedsiębiorstwa



jest także istotnym celem którym często zainteresowani są wierzyciele. Dlatego też, w zależności jaką optykę przyjmiemy, cel postępowania może być różny. Natomiast w odniesieniu do tego, co jest najważniejsze w postępowaniu insolwencyjnym, praktyka dostarcza wniosków natury praktycznej. Wierzyciele najpierw czynią kalkulację, co umożliwi szybsze zaspokojenie – pozew o zapłatę, czy może postępowanie upadłościowe? Następnie w procesie analizy statusu wierzycieli w postępowaniu upadłościowym zadano następujące pytanie – co to jest optymalna ochrona? Jeżeli mamy upadłego przedsiębiorcę, to z ekonomicznego punktu widzenia jest to już majątek wierzycieli. Jednak z perspektywy prawnej, od momentu kiedy stał się niewypłacalny, ten majątek prawnie nie jest wierzycieli. Moment w czasie, w którym podmiot staje się niewypłacalny, jest najtrudniejszym momentem do uchwycenia. Respondenci zauważyli, że przy rozpatrywaniu wniosków restrukturyzacyjnych, należy zwrócić uwagę na okoliczności nadużywania prawa. Przez niektórych przedsiębiorców prawo restrukturyzacyjne traktowane jest jako możliwość odroczenia upadłości. Dlatego też, w związku z potencjalną możliwością nadużycia prawa, optymalna ochrona interesu wierzycieli staje się pojęciem względnym. Jeżeli optymalna ochrona oznacza zapobieżenie dalszemu pogarszaniu się stanu majątkowego dłużnika, to z drugiej strony jest to także zmniejszanie szans na zaspokojenie wierzycieli. Prawo restrukturyzacyjne stanowi pewnego rodzaju tamę która zapobiega nadużyciom. Jednak praktycy wyraźnie podkreślają, że nie ma systemów idealnych, i dłużnicy lub wierzyciele zawsze wykorzystają każdą słabość systemu.

Z innej strony sędziowie podkreślają, że **wyważenie interesów dłużników i wierzycieli** jest niezwykle trudne. Nie ma dwóch takich samych upadłości. Jest dużo upadłości balansujących na granicy ryzyka gospodarczego oraz prawa karnego. Sędzia w średniej wielkości mieście (które nie jest głównym ośrodkiem handlowym) w Polsce ma ok. 100 spraw w toku. Jeżeli w jakiejś sprawie stale kierowane są wnioski o zapłatę, jest to sygnał dla sądu o potencjalnym postępowaniu restrukturyzacyjnym lub upadłościowym. Popularne są przyspieszone postępowania układowe. Mniejsze sądy zauważają niepokojące zjawisko, w którym dłużnicy, aby zabezpieczyć szybkość postępowania, wykupują specjalne adresy pod zarejestrowanie działalności gospodarczej, tak aby podlegać pod jurysdykcję sądu który potencjalnie jest w stanie rozpoznać wniosek szybciej.

### **Pozycja dłużnika w świetle nowych regulacji zmieniła się fundamentalnie.**

Dłużnik, przedkładając plan restrukturyzacyjny, ma realny wpływ, co się dzieje z jego majątkiem. Niestety podkreśla się, że wciąż istnieje luka w przepisach od strony regulacji kompetencji o charakterze właścicielskim. Mianowicie osoby, które są współnikami bądź akcjonariuszami w spółkach kapitałowych, przyjmując plan restrukturyzacyjny, tą czynnością zastępują czynności zgromadzenia współników. Ważną kwestią jest, że dopóki spółka nie jest niewypłacalna, to każdy udział i każda akcja ma jakąś wartość – większą niż 0. Można to odnieść do wartości przedsiębiorstwa – tak jak jest odzwierciedlona na giełdzie w akcjach (w jednostkach). Jeżeli przyjmiemy, że wystąpiła niewypłacalność i wartość równa się 0, to udziały wciąż mają jakąś wartość. W takim wypadku właściciele dysponują prawami takimi jak np. prawo do dywidendy oraz możliwość sprzedaży udziałów. Zwrócono uwagę, że być może prawo restrukturyzacyjne poszło za daleko, **ponieważ pozbawia się interesariuszy ich praw i w spółkach kapitałowych stawia się znak równości w relacji rada wierzycieli – rada nadzorcza, co zaciera granice kompetencyjne.**

Odnosnie do zmian prawa insolwencyjnego - zmiany ewoluowały w najpierw **w kierunku regulacji i zarządzania niewypłacalnością, aż do działań o charakterze prewencyjnym i naprawczym.** Z perspektywy europejskiej postępowania były rozgraniczone w dwojaki sposób – od niewypłacalności do naprawy. Czy to oznacza, że te procedury poszły za daleko, dając pole do potencjalnych nadużyć? Wyrażono pogląd, że procedury o charakterze naprawczym ulegną zahamowaniu, ponieważ jest to szerszy problem polityczno-ekonomiczno-społeczny. Jest to przeciwstawienie się twardemu prawu własności, które jest gwarantowane przez Konstytucję, z pewnymi celami społecznymi. Na przykład, przy postępowaniu sanacyjnym sędzia ma prawo nie zgodzić się na zwolnienie np. 50 a nie 100 pracowników. Nie jest rolą sądu, aby uprawiać politykę społeczną państwa. Po to istnieją brutalne kryteria ekonomiczne, które powinny decydować o rentowności przedsiębiorstwa. Przyczyny pozaekonomiczne nie mogą decydować o „być albo nie być” przedsiębiorstwa. Natomiast w odniesieniu do pozycji dłużnika, skuteczność prawa insolwencyjnego powinna być rozpatrywana **na podłożu analizy uprawnień o charakterze właścicielskim**, czyli kiedy wierzyciele mieliby mieć prawo ingerencji w majątek dłużnika.

Istotną kwestią jest również wazenie interesów wierzycieli instytucjonalnych, którymi są banki, oraz konsumentów. Aby w pełni ocenić sytuację, należy

przeciwstawić interesy banków, w których interesie jest mianowanie zarządcy, z interesami konsumentów (dłużników), którzy zawsze będą na przegranej pozycji. Należy zwrócić uwagę na umowy *stand still*, które obrazują prawdziwe dojście do kompromisu pomiędzy wierzycielami a dłużnikiem. Uwagę przy dojściu do kompromisu należy rozpatrywać całościowo, czyli umożliwić dłużnikowi spłacanie starych długów, przy jednoczesnym prowadzeniu działalności gospodarczej. Również perspektywa przedsiębiorstwa, które jest w restrukturyzacji, musi być dobra.

Obecnie jednym z trudniejszych zagadnień jest **multiplikowanie się stron postępowania insolwencyjnego** oraz trudności związane z przejściem zobowiązań upadłego, a także z samą **definicją przedsiębiorstwa**. Jest to zagadnienie związane z *pre-packiem*, który występuje upadłości przedsiębiorstwa. W postępowaniu restrukturyzacyjnym jest inaczej – obowiązują jasne reguły, że zobowiązania przedsiębiorstwa nie przechodzą. Problemem jest przejmowanie starych, niekorzystnych warunków (np. umowy najmu), które mogły być podstawą upadłości. Korzystne rozwiązanie funkcjonuje w Wielkiej Brytanii, gdzie kwestie sporne regulowane są umową przedwstępną.

Po pierwsze, problemem o podłożu systemowym jest organizacja sądów upadłościowych, a w szczególności obsługa upadłości konsumenckich. Środowisko prawnicze od dłuższego czasu wskazuje na ułomność systemu, apelując o jak najszybszą reformę<sup>641</sup>. Szersze rozdzielenie kompetencji pomiędzy doradców restrukturyzacyjnych a sędziów upadłościowych wpłynęłoby pozytywnie na jasne określenie zakresu kompetencji. Ponieważ sędziowie sądów upadłościowych muszą cechować się szeroko rozumianą fachowością, czyli wiedzą księgową, ekonomiczną, umiejętnością przewidywania na przyszłość, ale również pewnego rodzaju sprytem oraz rozeznaniami gospodarczym, zdecydowanie byłoby im łatwiej, gdyby ciało zewnętrzne (kancelarie syndyczne, restrukturyzacyjne) dostarczały wystarczającą ilość materiałów, tak aby sądy mogły działać sprawniej.

Po drugie, jako jeden z głównych problemów polskiego prawa insolwencyjnego wymienia się brak pomostu pomiędzy przepisami kodeksu spółek handlowych

---

<sup>641</sup> R.P. K. Tatara na X Kongresie Prawa Upadłościowego, Warszawa 09.11.2018, przedstawił następujące pytania w przedmiocie obecnej organizacji sądów i ewentualnym kierunku zmian: Ponieważ w Polsce funkcjonuje ok. 320 sądów cywilnych, może zasadnym rozpatrywanie wniosków o upadłości konsumenckiej przez sądy cywilne? Być może upadłości przedsiębiorców powinny rozpatrywać sądy gospodarcze, a może 43 sądy egzekucyjne?

a przepisami prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego. Być może rozwiązania funkcjonujące w takich państwach jak Francja mogą posłużyć jako modelowe rozwiązanie, które skutecznie ujednotwi przepisy spółek i upadłości. Chodzi głównie o uchwały podejmowane przez zgromadzenie wspólników o kontynuacji spółki w obliczu potencjalnego kryzysu finansowego, który może być sygnałem do restrukturyzacji. Jest to moment o szczególnej doniosłości prawnej, jednak ze swej natury bardzo „płynny”. Podstawowym pytaniem jest, w którym momencie otwierać postępowanie restrukturyzacyjne, i czy faktycznie to sąd powinien być wyłącznie władny ogłaszając decyzję w przedmiocie restrukturyzacji.

Po trzecie, w przedmiocie najważniejszych problemów postępowania upadłościowego i restrukturyzacyjnego wskazano, że główny problem polega na tym (i nie jest to problem o naturze *stricte* prawnej), że **wnioski restrukturyzacyjne są składane za późno**. W porównaniu do 2016 r. przedsiębiorcy po zmianach w przepisach istotnie zaczęli szybciej reagować na kryzys i jest to zmiana pozytywna. W przyspieszonym postępowaniu układowym przedsiębiorcy korzystają z tego mechanizmu coraz częściej. Pierwsze symptomy kryzysu finansowego są zdecydowanie lepiej rozpoznawane przez przedsiębiorców. Składanie wniosku o czasie rozpoczyna serię wydarzeń dla przedsiębiorstwa, z których najbardziej istotną jest dopełnienie wszelkich czynności, aby przedsiębiorstwo faktycznie mogło w restrukturyzacji funkcjonować. Zdecydowanie problemem upadłych przedsiębiorców jest brak finansowania, czyli brak środków płynnościowych umożliwiających funkcjonowanie przedsiębiorstwa. Ponieważ jest to problem strukturalny, należy rozważyć, **dlaczego doszło do upadłości**. Czy jest to problem złego zarządzania, przeinwestowania, czy być może osoby odpowiedzialne za zarządzanie przedsiębiorstwem nie wzięły pod uwagę innych czynników? Zagadnienie późnego składania wniosku jest ściśle związane z wystąpieniem braku finansowania.

W polskich realiach gospodarczych przy postępowaniu restrukturyzacyjnym wciąż mówi się o trudnościach praktycznych związanych np. z **kontynuacją umów**, które są niezbędne do przetrwania przedsiębiorstwa. Takimi umowami są: umowa najmu, umowy franchisingu, szereg umów licencyjnych etc. Najlepszym rozwiązaniem jest zaczerpnięcie rozwiązań które są zawarte w Chapter 11 U.S *Bankruptcy Code* gdzie sąd ma podejście bardzo pragmatyczne do restrukturyzacji. Sąd w tym kontekście musi występować w roli ekonomisty, co związane jest przede wszystkim z wazaniem

interesów dłużnika, wierzycieli, ale także dobra całego przedsiębiorstwa. W tym kontekście można mówić o kierunku zmian związanych z organizacją sądów oraz ze specjalizacją drogi zawodowej sędziów sądów upadłościowych.

Kolejną trudnością, z którą muszą zmagać się nie tylko sądy upadłościowe, ale przede wszystkim przedsiębiorcy, jest **ciągły brak centralnego rejestru upadłościowego**. W chwili obecnej<sup>642</sup>, w przedmiocie legislacji, projekt Centralnego Rejestru Upadłościowego jest na drugim etapie czytania. Pełna informatyzacja postępowania upadłościowego i restrukturyzacyjnego działałaby na zasadzie elektronicznego postępowania upominawczego (ustawa o krajowym rejestrze zadłużonych<sup>643</sup>). Wskazuje się, że dostęp online byłby zmianą, której beneficjentami byłiby wszyscy uczestnicy postępowania upadłościowego. W obecnej rzeczywistości gospodarczej, wierzyciele nie mają dostępu do informacji, czy i w jakim zakresie zostali ujęci w spisie wierzytelności. Rodzi to istotne konsekwencje logistyczne, ponieważ jeżeli spis dokonywany jest w mieście A, a wierzyciel znajduje się w mieście B, to wierzyciel lub jego przedstawiciel bezwzględnie musi się udać do miasta A. Nawet, jeżeli informacja zostaje opublikowana w Monitorze Sądowym i Gospodarczym, to zasadniczo wierzyciel dalej nie wie, w jakim zakresie widnieje w spisie wierzytelności, zaś sądy odmawiają udzielania informacji telefonicznie ze względu na RODO. Praktycy jednoznacznie stwierdzają że narzędziem umożliwiającym zwiększenie ochrony dłużników i wierzycieli, a także usprawnienie funkcjonowania sądów powszechnych jest informatyzacja.

Jako przykład negatywnego zjawiska występującego w prawie upadłościowym podaje się **nadmierny protekcyjizm względem wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo w polskim systemie prawnym**. Obecnie negocjowana w Brukseli dyrektywa restrukturyzacyjna przewiduje ograniczenie ochrony tej grupy wierzycieli, dlatego w przyszłości można spodziewać się zmian w polskim prawie upadłościowym i restrukturyzacyjnym, właśnie w przedmiocie ochrony wierzycieli rzeczowych. W polskim systemie prawnym co prawda istnieje układ częściowy, który pozwala na przymusowe objęcie układem wierzycieli rzeczowych, jednak dyrektywa unijna

---

<sup>642</sup> 01.11.2018.

<sup>643</sup> Projekt Ustawy o Krajowym Rejestrze Zadłużonych: [http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-1002-2018/\\$file/8-020-1002-2018.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-1002-2018/$file/8-020-1002-2018.pdf), [dostęp: 22.11.2018]. Przypis (1) projektu stanowi: Niniejsza ustawa służy stosowaniu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2015/848 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie postępowania upadłościowego (wersja przekształcona) (Dz. Urz. UE L 141 z 05.06.2015), str. 19.

przewiduje ograniczenie zastosowania tego typu rozwiązań. W związku z pracami nad nową dyrektywą pojawiły się również pomysły ograniczenia praw pracowniczych w procesie restrukturyzacji, jednak wskazano, że są to zmiany idące za daleko, co zadecydowało o odejściu od tego pomysłu.

Odpowiedzi na pytanie - *Czy alternatywne metody rozwiązywania sporów mogą mieć zastosowanie w praktyce prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego? Jeśli tak, to na jakim etapie, i jaki byłby cel zastosowania ADR?* były dosyć zróżnicowane. Respondenci będący przedstawicielami judykatury, środowiska praktyków, w tym radców prawnych, i psychologów przedstawili interesujący zbiór poglądów na temat możliwości wykorzystania metod ADR w procesie upadłości i restrukturyzacji. Wskazano, że propozycje układowe opierają się w swojej strukturze na mediacji z k.p.c. Jest to mechanizm umożliwiający sądowi upadłościowemu odesłanie wniosku do układu. Ewidentnie jest to zabieg, dzięki któremu dłużnik ma większą szansę zawiązania układu z wierzycielami. Zakładając, że wierzyciele są poinformowani i wiedzą, że dłużnik rozpatruje ogłoszenie upadłości, będą zdecydowanie bardziej skłonni, aby zawrzeć układ. *A contrario*, niektórzy z badanych, uwzględniając przepisy prawa upadłościowego, krytycznie ocenili możliwość rozwiązywania sporów upadłościowych za pomocą ADR. Jak się wydaje, przez pryzmat art. 127 ust. 2 prawa upadłościowego (uznanie za bezskuteczne czynności prawnych upadłego) art. 206 ust. 1 pkt 6 (zgoda rady wierzycieli na m.in. zawarcie ugody co do roszczeń spornych), wykorzystanie ADR w ramach postępowania upadłościowego i restrukturyzacyjnego może nie być atrakcyjną formą rozwiązania sporu. W moim przekonaniu wykorzystywane mogą być przede wszystkim w przypadku dużych upadłości, przy dużym zaangażowaniu pełnomocników stron (bo raczej takowych będą posiadali), bardzo dobrej współpracy na linii pełnomocnicy – syndyk, który będzie zdeterminowany do przekonywania rady wierzycieli do rozważenia jakichkolwiek alternatyw w stosunku do postępowania sądowego.

Podkreślając zasadniczą rolę propozycji układowych i ich tożsamość aksjologiczną z mediacją, w perspektywie wzmocnienia koncyliacyjnych metod facylitowania postępowań insolwencyjnych, należałoby się zastanowić, kto miałby nadzorować proces dochodzenia do ugody. Propozycje układowe dłużników czasami są kuriozalne, np. 90% redukcji należności głównej bez odsetek i bez kosztów. Wierzyciele obawiają się, że jak się na nie zgodzą nawet na najbardziej krzywdzącą

propozycję układową, to nie dostaną absolutnie nic. Przez słaby przepływ informacji na linii wierzyciele – sądy – dłużnicy – doradcy, proces jest odbierany bardzo negatywnie przez uczestników, właśnie ze względu na brak transparentności. Kwestią oboczną jest, o jakim majątku mowa, gdyż np. szacunkowe ceny mieszkań różnią się od rzeczywistej ceny, za którą takie mieszkanie zostanie sprzedane.

Analiza wyników badań w obszarze najbardziej relewantnym z perspektywy pracy pozwoliła na sformułowanie 3 głównych wniosków badawczych:

**1. Arbitraż oraz mediacja rozpatrywane łącznie (jako metody alternatywnego rozwiązywania sporów) mogą, ale w ograniczonym zakresie, być wykorzystywane w polskim systemie insolwencyjnym przy spełnieniu następujących warunków:**

**a) nie będzie to proces mający na celu opóźnienie procesu restrukturyzacji lub upadłości,**

**b) będzie to spór kolektywny, rozpatrywany np. w obrębie jednej kategorii wierzycieli,**

**c) będzie to „większy spór” insolwencyjny, który musiałby być koordynowany przez większą liczbę pełnomocników.**

Zdaniem autorki konstatacja marginalizująca znaczenie arbitrażu oraz mediacji powinna być zdecydowanie odrzucona. Każda sprawa powinna być rozpatrywana indywidualnie, przy uwzględnieniu trzech najważniejszych zasad:

**1. ekonomiki procesowej,**

**2. szybkości, taniości oraz profesjonalizmu, oraz**

**3. zasady poszanowania praw wierzycieli.**

Przed analizą części merytorycznej odpowiedzi, warto zwrócić uwagę na tożsamość aksjologiczną znaczenia pojęcia układu z pojęciem mediacji czy też arbitrażu. Słusznie zresztą można argumentować, że w zasadzie proces restrukturyzacji jest polubownym dążeniem do zawarcia układu, co można odczytywać jako *quasi* lub „para” mediację.

Przedstawiciele judykatury jako marginalne określili znaczenie art. 147/147a PrUpad dotyczącego zapisu na sąd polubowny. W przedmiocie przenikania postępowań o charakterze windykacyjnym i polubownym, z praktycznego punktu widzenia, bardziej doniosły jest wpływ ogłoszenia upadłości na postępowanie egzekucyjne, w których sędzia komisarz rozpatruje skargi na czynności komornika, ze względu na fakt, że działa w interesie wszystkich wierzycieli. Mimo to zwrócono uwagę, że tego rodzaju inicjatywy są podejmowane na szczeblu europejskim (między innymi w Holandii) z wykorzystaniem metod mediacyjno–ugodowych.

Istotnym *novum* nowych regulacji upadłości konsumenckich jest umożliwienie sądowi skierowania dłużnika posiadającego dochody do postępowania w przedmiocie zawarcia układu (w formule odpowiadającej postępowaniu restrukturyzacyjnemu o zatwierdzenie układu). Ważne jest przy tym, że nawet jeżeli dłużnik nie wyrazi zgody, nie będzie ponosił żadnych konsekwencji z tego tytułu.

Na przykładzie rozwiązań wykorzystywanych w upadłościach konsumenckich w Wielkiej Brytanii można zaobserwować, że układ jest narzędziem efektywnym, ponieważ zdecydowana większość upadłości konsumenckich kończy się układem przed ogłoszeniem upadłości. Konsumenci chętnie godzą się na zawieranie układów, chociażby ze względu na daleko idące konsekwencje bycia upadłym, między innymi w sferze finansowej. Jedną z negatywnych konsekwencji dla konsumentów może być utrudniony dostęp do usług sektora usług bankowych, takich jak np. kredyt. W Polsce gremia prawnicze postulują za tego rodzaju zmianami, dążącymi do uatrakcyjnienia układu jako narzędzia umożliwiającego wyjście ze stanu niewypłacalności. Ma to być pewien rodzaj zachęty dla konsumentów. Innym postulatem jest zawiązanie układu na czas dłuższy niż plan spłaty, który miałby działać jako zachęta dla wierzycieli. Jeżeli nie będzie układu, dłużnik będzie związany planem spłaty i w związku z tym jego zobowiązania zostaną umorzone. W procesie dochodzenia bądź wypracowywania propozycji układowych kluczową rolę mogliby odegrać doradcy restrukturyzacyjni. Uznając korzyści wypływające z układów przed ogłoszeniem upadłości, trzeba zwrócić uwagę, że może to być nie tylko proces natury legislacyjnej, ale głównie społecznej. Jako jaskrawy przykład nieumiejętnego posługiwania się dobrą wolą, czyli inaczej „potencjałem ugodowym” stron, można podać sytuacje mające miejsce na polskich salach sądowych, gdzie nawet w przypadku kiedy strony wyrażają chęć porozumienia się, uniemożliwiają im to pełnomocnicy.



Idąc dalej, na pewno odrębnie trzeba rozpatrywać postępowanie upadłościowe, restrukturyzacyjne oraz sam układ. Na początku należy ustalić, że ostateczny efekt postępowania restrukturyzacyjnego to układ, dlatego należy to zjawisko analizować na zasadzie naczyń połączonych – bez układu nie ma restrukturyzacji. Proces dochodzenia do układu jest procesem wymagającym zaangażowania oraz czasu. Z przepisów prawa wyraźnie wynika, że do podstawowych obowiązków nadzorca sądowego oraz zarządcy w układzie należy zebranie jak największej liczby głosów. Wprowadzenie tego rodzaju regulacji było spowodowane występowaniem negatywnych zjawisk, w których nadzorca kontrolował działania dłużnika, jednocześnie nie pomagając mu w rozmowach z wierzycielami. W efekcie, dłużnik zostawał sam, z wierzycielami, którzy nie darzyli go już zaufaniem. Nie trudno jest się domyślić, że zawarcie układu w takich okolicznościach było niemalże niemożliwe. Odnosząc przedstawioną sytuację do mechanizmów polubownego rozwiązywania sporu, kluczowe w procesie dochodzenia do układu, są umiejętności koncyliacyjne oraz organizacyjne nadzorca. Również umiejętne wykorzystanie doradcy restrukturyzacyjnego, który przecież i tak pełni rolę *quasi*-mediatora w postępowaniach układowych związanych z niewypłacalnością, byłoby wielką szansą na szybsze, sprawniejsze rozwiązanie sporu i doprowadzenie do układu.

W dyskusji nad zasadnością wprowadzania szybszych i bardziej transparentnych rozwiązań, a także nieustannie ewoluującego prawa insolwencyjnego, warto jest po raz kolejny posłużyć się przykładem Wielkiej Brytanii. W Wielkiej Brytanii układ zawierany jest bez ingerencji sądu (układ jako *contract* z efektem umorzenia), co sprawia, że jest to procedura szybka i efektywna. Rozważania na temat wprowadzenia bardziej elastycznych rozwiązań w Polsce jeden z respondentów skomentował następująco: „W kwestiach upadłościowych na Zachodzie dominuje podejście bardziej biznesowe, w Polsce wciąż kierujemy się pryncypiami”. W odniesieniu do nieustannie zmieniających się realiów społeczno-gospodarczych, a także obserwując skuteczne mechanizmy oddłużeniowe funkcjonujące w Wielkiej Brytanii, być może warto jest zastanowić się, jakimi kryteriami kierować się w momencie wprowadzania zmian systemowych.

Porządkując rozważania, **sędziowie, ale także praktycy byłiby przychylni rozwiązaniu, które umożliwiłoby współpracę nadzorców z mediatorami, na przykład za pomocą platformy internetowej.** Z innej strony, można byłoby rozważyć

wprowadzenie mediatora na zgromadzenie wierzycieli, gdzie wykazuje się jego największe „pole manewru”. Kontynuując analizę praktycznego zastosowania ADR w sporach insolwencyjnych, wskazuje się, że ADR ma większą szansę na odniesienie sukcesu w postępowaniu upadłościowym konsumenckim niż w postępowaniu upadłościowym dla przedsiębiorców. Niektórzy przedstawiciele środowiska sędziowskiego zdecydowanie odrzucają możliwość zastosowania klasycznej mediacji. Jednak zauważają, że jeżeli dłużnik wraz z doradcą restrukturyzacyjnym chciałby w jakimś aspekcie przekonać wierzycieli, to być może mogliby podjąć współpracę z mediatorami – pod warunkiem, że byłoby to tanie.

W obliczu wypracowywania podstaw funkcjonowania Centralnego Rejestru Upadłościowego, podłączenie platformy koncyliacyjnej wydaje się być założeniem bardziej realnym niż włączenie mediatorów do postępowań upadłościowych. Również wykorzystanie mechanizmów opartych na modelu *individual voluntary arrangement* (IVA), czyli dobrowolnego układu z wierzycielami oraz *fast-track voluntary arrangements* (FTVA), czyli dobrowolnych układów w trybie przyspieszonym, które z powodzeniem funkcjonują w Irlandii Północnej, lub chociaż zbliżenie się do nich, byłoby bardzo korzystne z perspektywy Polski. Stosowanie takich metod niekoniecznie musiałyby odbywać się w obecności mediatora.

Z perspektywy polskiego przedsiębiorcy, wykorzystanie pewnego rodzaju mechanizmów układowych, tożsamyh lub podobnych metodologicznie do ADR w postępowaniu insolwencyjnym wciąż wydaje się fikcją. Ze względu na daleko idącą specyfikę prawa upadłościowego, a także względy formalne, już na samym początku procesu należy wykluczyć zastosowanie metod ADR. Ewentualnie można dostrzec możliwość zastosowania arbitrażu czy mediacji, rozpatrując pojedyncze wnioski, np. na **etapie sporządzania listy wierzytelności**, jednak czynności takie jak zatwierdzenie planu powinny być bezwzględnie wyłączone. Być może alternatywą byłoby ukonstytuowanie się sądu *ad hoc*, który zapewniłby lepszą transparentność oraz niwelowałby ewentualne nierówności na linii dłużnik – wierzyciel. Stwierdzono, że w wypadku spraw upadłościowych rezygnacja z ochrony sądowej byłaby nieuzasadniona. Wskazano, że być może w interesie Skarbu Państwa byłoby utworzenie grupy superdoradców mających za zadanie mediację najcięższych spraw upadłościowych. Przeprowadzając badania, ankietowani prowadzący postępowania o charakterze polubownym z udziałem przedsiębiorców wskazali, że zasadniczo

przedsiębiorcy są zainteresowani korzystaniem z alternatywnych metod rozwiązywania sporów. Jak się wydaje jest to grupa, która chyba najszybciej dostrzegła korzyści związane z wdrożeniem procedur ADR. Zależy im bowiem na czasie, szybszej możliwości uzyskania (nawet mniejszych,) ale jakichkolwiek pieniędzy, uniezależnienie się od często długotrwałego postępowania sądowego i nieprzewidywalnego rozstrzygnięcia oraz równie niepewnego postępowania egzekucyjnego. Stając do mediacji, często mają jasno sprecyzowane swoje oczekiwania oraz poziom możliwych ustępstw i ewentualnych wariantów alternatywnych. Nie oznacza to jednocześnie, że nie zdarzają się sytuacje, iż mediacja kończy się brakiem porozumienia i sprawa trafia ostatecznie do sądu lub też na pierwszym spotkaniu mediacyjnym przedsiębiorcy oświadczają, że jednak mediacja nie ma sensu (bo np. nie zrezygnują ze swoich pierwotnych żądań i albo dostaną 100%, albo nic z tego nie będzie) i chcą ją zakończyć, a spór rozstrzygnąć w sądzie (bo uważają, że tam na podstawie posiadanych dowodów na pewno wygrają). Jest to trafne spostrzeżenie, które obrazuje, że z perspektywy przedsiębiorcy w każdym postępowaniu najistotniejszą rolę odgrywa **czas**.

Polscy przedsiębiorcy i konsumenci coraz częściej są **uczestnikami postępowań upadłościowych transgranicznych**, co zawsze wiąże się z niepewnością dotyczącą podejmowanych czynności, jak i prawa właściwego. W momencie, w którym dysponentem majątku dłużnika staje się syndyk tudzież zarządca zagraniczny, dłużnik znajdujący się w Polsce traci realną kontrolę nad przebiegiem postępowania, nie mówiąc o informacji dot. podejmowanych czynności. Dlatego ze względu na zaistniałą potrzebę ochrony obrotu w ujęciu międzynarodowym większego znaczenia nabiera odrębność i wyspecjalizowanie kancelarii doradców restrukturyzacyjnych. Rozwiązaniem problemów występujących w upadłościach transgranicznych mogłoby być usprawnienie komunikacji doradców polskich i zagranicznych, co dawałoby poczucie względnego bezpieczeństwa dla dłużnika znajdującego się w Polsce, który byłby objęty postępowaniem upadłościowym za granicą.

W Polsce wciąż nierozwiązanym problemem jest jakość świadczonych usług w ramach bezpłatnego poradnictwa prawnego. Jest to problem uboczny, ale poniekąd związany z upadłościami konsumenckimi. Na problem zwraca uwagę *P. Kuglarz*<sup>644</sup>,

---

<sup>644</sup> *P. Kuglarz*, X Kongres Prawa Upadłościowego, Warszawa 09.11.2018.

argumentując, że jednostki poradnictwa prawnego udzielają porad prawnych o niskiej jakości. Biorąc pod uwagę fakt, że jedynie 3% Polaków korzysta z porad prawnych udzielanych w ramach bezpłatnego poradnictwa prawnego, warto jest zadać sobie pytanie, dlaczego ta formuła się nie sprawdziła, i co ewentualnie mogłoby być lepszą alternatywą dla Polaków. W przedmiocie jakości świadczonych usług *P. Kuglarz* zwraca uwagę, że są one wątpliwej jakości i jest to dublowanie usług prawniczych, ponieważ np. wnioski upadłości konsumenckiej, które są tworzone z pomocą prawników pracujących w poradniach, muszą być poprawiane.

**Zakres problemów natury międzynarodowej jest inny dla przedsiębiorcy, a inny dla konsumenta.** Dłużnik, który jest przedsiębiorcą, może być objęty postępowaniem upadłościowym transgranicznym ze względu na czynniki zewnętrzne. Z drugiej strony spektrum mamy konsumentów, którzy *de facto* są beneficjentami zjawiska „turystyki upadłościowej”. Co do zasady, schemat turystyki upadłościowej polega na tym, że konsument wyjeżdża za granicę (najczęściej do Anglii) i po przepracowaniu minimum pół roku kwalifikuje się do ogłoszenia upadłości. Tym samym, korzystając z przywileju ogłoszenia upadłości konsumenckiej w Anglii, dłużnicy bezwzględnie wykorzystywali tę lukę w prawie, zostawiając wierzycieli, którymi najczęściej były banki, bez jakiegokolwiek możliwości zaspokojenia. Biorąc pod uwagę negatywne aspekty upadłości konsumenckiej, potrzeba zmian przepisów krajowych nastąpiła w następstwie wejścia nowej dyrektywy. Istotnym bodźcem były również postulaty wysuwane przez lobby bankowe, które było zainteresowane ukróceniem procedury upadłości wyjazdowej. **Wskazano, że dłużnicy nie wykazują woli pójścia na ugodę z wierzycielami, którymi są banki. Czują się zdecydowanie pewniej, kiedy restrukturyzacja jest nadzorowana przez sąd – wtedy ludzie mają poczucie, że jest to transparentny proces.**

Z perspektywy procedury, ogłaszając upadłości konsumenckie, **niektóre sądy w Polsce przeprowadzają postępowanie na rozprawie (a nie na posiedzeniu niejawnym).** Zasadność przeprowadzenia rozprawy w przedmiocie ogłoszenia upadłości konsumenckiej jest podyktowana względami wychowawczymi. Konsumenci, pouczeni o odpowiedzialności karnej często cofają wnioski o ogłoszeniu upadłości. Społeczeństwo polskie, wpadając w spiralę zadłużenia, nie w stanie wyjść z trudnej sytuacji finansowej. W przypadku wyjątkowo ciężkiej sytuacji finansowej dłużnika, sądy najczęściej umarzają zobowiązania Postępowania upadłościowe w stosunku do

konsumentów kończą się umorzeniem zobowiązań sprzed ogłoszenia upadłości (o którym decydują wyjątkowe okoliczności). Plan spłaty ustalany jest w stosunku do faktycznych możliwości dłużnika na maksymalny okres trzech lat (zmiany na 5, 7 lat). Po uprzednim zbadaniu sytuacji osobistej dłużnika, sąd umarza zobowiązania w całości. Umorzeniu w całości zazwyczaj podlegają zobowiązania osób starszych lub młodych, którzy znaleźli się w trudnej sytuacji życiowej. Jest to z pewnością temat bardzo aktualny, który wymagałby głębszego zbadania z perspektywy socjologicznej. Ciekawym aspektem, który został poruszony podczas wywiadów, był status rolnika, który w prawie upadłościowym jest konsumentem, a w prawie restrukturyzacyjnym jest przedsiębiorcą. Zwrócono uwagę, że obecnie polska wieś żyje głównie na kredyt, co skutkuje nieustannym ogłaszaniem upadłości.

W toku badań, z perspektywy sądów, jako podstawową kwestię określono **istotność działania o czasie**, w tym celu, albo zabezpieczyć majątek dłużnika i włączyć go do masy upadłości. Rolą sędziego jest zgromadzenie jak największej ilości majątku, tak, aby jak największa liczba wierzycieli uzyskała zaspokojenie. Podkreśla się w przy tym, jak doniosłą rolę pełni sąd upadłościowy, wydając postanowienie o ogłoszeniu upadłości. Sąd, wydając postanowienie o ogłoszeniu właściwego postępowania upadłościowego, uniemożliwia wierzycielom ubieganie się o należności, do uzyskania których uprawnieni byłiby w postępowaniu egzekucyjnym. W tym kontekście również podniesiono problemy wpływające w związku z ubezskutezczeniem umów z mocy prawa oraz wytoczenia powództwa na podstawie skargi pauliańskiej. Okazuje się bowiem, że sędziowie wraz z upływem terminów zawartych w art. 127 oraz 128 PrUpad stosują przepis 527 KC, czyli skargę pauliańską.

Według przepisów PrUpad sąd ma dwa miesiące od momentu złożenia wniosku na wydanie orzeczenia stwierdzającego upadłość dłużnika. W związku z tym, na czas przed ogłoszeniem upadłości, sąd ma obowiązek zabezpieczenia interesu wszystkich wierzycieli. Są to wierzyciele, którzy są wskazani we wniosku. Sąd ma kompetencję, aby we wniosku zostali uwzględnieni również ci wierzyciele, których sąd podejrzewa, że mogą być uprawnieni. Ponieważ zdarza się tak, że istnieje jeden aktywny, dobrze zorientowany w przepisach wierzyciel, który prowadzi skuteczną egzekucję, np. sprzedaje nieruchomość, to rolą sędziego jest bycie na tyle czujnym, aby o czasie zabezpieczyć ruchomości i nieruchomości w ten sposób, aby zapobiec okolicznościom, które dla masy upadłości mogą być nieodwracalne. W toku rozpoznawania wniosku sąd

ma prawo uchylić zajęcia i zażądać zwrotu środków do dłużnika, czyli w domyśle do przyszej masy. **Zatem mając na uwadze, że skoro w sądach powszechnych, przy zwykłych postępowaniach występują tak daleko idące skutki, ingerujące również pośrednio w zasadę słuszności, poczyniono następującą konkluzję badawczą. Jeżeliby przyjąć, że skoro sądy powszechne zawieszają postępowania egzekucyjne na rzecz zwiększenia lub nieingerowania w skład masy upadłości, to zgodnie z tą logiką sądy powszechne nie będą miały problemu z uchyleniem wyroku sądu arbitrażowego na rzecz zwiększenia masy upadłości.** Wydaje się więc, że aspekt orzekania w oparciu o zasady słuszności schodzi na drugi plan, zaś na pierwszy plan wysuwa się ochrona majątku dłużnika. Być może z tego względu prawo upadłościowe zmienia optykę podejmowanych decyzji, a co za tym idzie, wydawanych orzeczeń. Z drugiej strony *a contrario* stwierdzono, że **uchylenie wyroków sądów arbitrażowych na rzecz zwiększenia masy upadłości narusza pewność prawa.** Być może przesłanką do uchylenia wyroku trybunału arbitrażowego mogłoby być stwierdzenie nieuczciwego kontraktowania w arbitrażu na przedpolu niewypłacalności. Jednak np. sam wybór prawa obcego, traktowany jako przesłanka warunkująca odrzucenie arbitrażu (*casus Elektrim*), jest instrumentalnym traktowaniem przepisów. Jeżeli nie doszło do naruszenia przepisów prawa, to ubezskutecznianie zapisu na sąd polubowny powinno być badane celowościowo. W podobnym duchu wypowiadają się mediatorzy: *Wydaje się, że trudno w odniesieniu do tego zagadnienia udzielić jednoznacznej i syntetycznej odpowiedzi. Przede wszystkim kwestia ta powinna być rozpatrywana z punktu widzenia konkretnej sprawy/postępowania, a po drugie owe klauzule generalne (zasady współżycia społecznego, zasad słuszności) też odznaczają się specyfiką stosowania, wymykając się jakiemukolwiek generalizowaniu. Odrębną kwestią pozostaje wykazanie, że uchylenie miało na celu ochronę masy upadłości. Nie można zapominać również o specyfice i odmienności postępowania arbitrażowego.*

W wywiadach bardzo często poruszany był wątek, **jak trudną i skomplikowaną jest dziedzina prawa upadłościowego.** Na przykład, jeżeli wierzyciel posiada prawomocny wyrok przeciwko dłużnikowi, ma on obowiązek zgłoszenia się na listę wierzytelności w terminie 30 dni. Następnie sąd bada to zgłoszenie pod względem formalnym, jednak wierzytelności nie są umieszczane na liście automatycznie. Powodem, dlaczego wierzytelności nie są umieszczane automatycznie, jest wysoka częstotliwość występowania błędów takich, jak: błędnie

orzeczone odsetki, umieszczenie w spisie na podstawie nakazu zapłaty, a nie wyroku. Od umieszczenia na liście wierzytelności służy sprzeciw. Jednakże podstawowy problem polega na tym, że nawet jeżeli ktoś jest uprawniony z tytułu prawomocnego wyroku sądu, to nie wiadomo, w jakiej wysokości na liście wierzytelności zostanie umieszczony.

Z perspektywy sędziego, **począwszy od ogłoszenia upadłości, problemy występują na każdym etapie postępowania.** W ujęciu celowościowym, rozgraniczenie na dwa etapy, w przedmiocie i na właściwe postępowanie upadłościowe, nie budzi wątpliwości. Jednak sędziowie na etapie rozpoznawania wniosku sygnalizują przedłużanie się **czynności rozpoznawczych**, co może uzasadniać wydłużenie 30-dniowego terminu zgłaszania wierzytelności. Ponieważ w praktyce okazuje się, że majątek dłużnika wystarczy tylko na pokrycie postępowania, ostatecznie konsekwencją tego może być nieściągalność majątku, i nie włączenie go do masy upadłości. W trakcie badań wyróżniono 3 prawidłowości, które najczęściej zauważają sędziowie:

- 1. Sądy często orzekają o zakazie prowadzenia działalności gospodarczej (GZD).**
- 2. Dłużnicy postrzegają postępowanie restrukturyzacyjne jako szansę.**
- 3. Generalnie wśród konsumentów nie ma stygmatyzacji.**

**Problemy mają charakter zasadniczy, gdyż dotyczą ustalenia należności, majątku dłużnika, jacy są wierzyciele oraz o zwrot jakich kwot wnoszą wierzyciele.** Kolejna „pula” problemów dotyczy ustalenia składu masy upadłości. Jest to np. podniesienie bezskuteczności czynności dokonanych względem przedmiotów, które nie powinny należeć do masy upadłości, a także składu samej listy wierzytelności. Kolejne problemy występują już na etapie likwidacji – majątek jest różny, sąd musi dysponować wierzytelnościami, które są trudno zbywalne lub nieściągalne, a także ruchomościami. Przykładem wierzytelności, które są najtrudniejsze do wyegzekwowania, są wierzytelności zagraniczne, a także te wierzytelności, w stosunku do których trzeba wytaczać procesy w upadłości – toczenie kolejnych kosztownych procesów sądowych nie jest uzasadnione ze względu na ekonomikę procesową. Analiza w przedmiocie ściągalności wierzytelności najczęściej zlecona jest profesjonalnemu podmiotowi, która sporządza wycenę danej nieruchomości bądź ruchomości, w zależności od stanu faktycznego. Jeżeli w procesie dochodzenia i badania, jakie składniki majątku dłużnika mogłyby wejść do masy upadłości, występują zagraniczne należności i zagraniczni

kontrahenci, to najczęściej jest tak, że są to należności, które nigdy nie zostaną uzyskane. Czyli, jeżeli dłużnik ma swoich dłużników, którzy znajdują się za granicą, jest niemalże pewne, że proces dochodzenia tych należności będzie wiązał się z dodatkowymi kosztami i może wydłużyć cały proces w czasie. Dlatego mając na uwadze przedstawioną argumentację, problematyka zapisu na sąd polubowny nie występuje być może dlatego, że relacje z zagranicznymi kontrahentami dłużnika są „eliminowane” już na etapie wstępnym postępowania upadłościowego.

**Rola syndyka wśród praktyków była omawiana w kontekście wymogu wysokiej specjalizacji o profilu ekonomicznym, a także wymogu działania z należytą starannością.** W procesie badawczym autorka próbowała skontaktować się i uzyskać odpowiedzi na pytania badawcze od syndyków i doradców restrukturyzacyjnych. Jednak responsywność była znikoma. W reprezentatywnej grupie 10 doradców, kontakt udało się uzyskać tylko z jednym, który ostatecznie nie udzielił odpowiedzi na zadane pytania. W Polsce, wraz ze zmianą ustawy PrRest i PrUpad, oraz otwarcia zawodu, dopiero tworzy się zawód doradcy restrukturyzacyjnego. W obliczu braku ramowej koncepcji dobrych praktyk Jest to dopiero początek drogi. Wskazano, że być może również polski samorząd powinien uczestniczyć w tworzeniu dobrych praktyk. Z punktu widzenia potrzeb społeczno-gospodarczych, argumentuje się, że otwarcie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego jest dobrą zmianą – zjawisko to ukazuje, w jakim kierunku ewoluuje sposób myślenia Polaków o niewypłacalności: celem jest uratowanie przedsiębiorstwa, a nie jego likwidacja. Dlatego też należy zwracać uwagę na to, aby plany restrukturyzacyjne były pisane przez ekonomistów. Oprócz wykształcenia o charakterze ekonomicznym doradca musi cechować się umiejętnością przewidywania, oraz znajomością specyfiki danej branży. Zdecydowanie można stwierdzić, że jest to profesja urastająca do rangi zawodu niemalże o statusie zaufania społecznego. Syndycy oraz doradcy restrukturyzacyjni muszą ważyć interesy wierzycieli, dłużnika, a także całego przedsiębiorstwa.

Co ciekawe, konflikt zachodzi nie tylko na linii wierzyciel – dłużnik. **Konflikty interesów zachodzą zarówno w postępowaniu restrukturyzacyjnym, jak i upadłościowym** Interesujące jest to, że są związane z osobą samego doradcy restrukturyzacyjnego i rolą, jaką odgrywa, przechodząc z postępowania do postępowania. Jako sytuację problemową przedstawiono przykład, w którym diametralnie zmienia się rola syndyka – np. kiedy z nadzorcy staje się likwidatorem.



W związku z tym powstaje wątpliwość, czy pełnomocnicy powinni występować o bezskuteczność czynności podjętych przez syndyka działającego jako nadzorca w układzie? Tak samo można mówić o konflikcie interesów pomiędzy zarządem a doradcą w postępowaniu sanacyjnym. Mianowicie, w którym momencie ma wejść zarządca, a kiedy należy zostawić stary zarząd? Zwrócono uwagę na występowanie negatywnego zjawiska, w którym zarząd dba wyłącznie o własny interes, a nie interes przedsiębiorstwa i jego ratunek. Przy tym warto podkreślić, że zawód syndyka może być zajęciem wyjątkowo intratnym, jeżeli mówimy o restrukturyzacji lub upadłości większych przedsiębiorstw. Wskazano, że syndyk musi wykazać się znajomością rynku, ale także umiejętnością przewidywania. Dlatego też fundamentalną kwestią poruszaną w trakcie badań była zasadność dokonywania pewnego rodzaju czynności przez syndyka<sup>645</sup>. Kwestią o aspekcie *stricte* ekonomicznym jest to, że w masie upadłościowej znajdują się nieruchomości, których cena szacunkowa wynosi o wiele więcej niż realna cena, którą byłby w stanie zapłacić potencjalny nabywca<sup>646</sup>.

**Symultanicznie obok głównego postępowania upadłościowego, często prowadzone są egzekucje komornicze.** Najczęściej występują sytuacje, w których komornik od wielu lat nie może sprzedać nieruchomości, a więc trudno oczekiwać, aby syndyk zadziałał skuteczniej tylko dlatego, że zostało otwarte postępowanie upadłościowe. W kwestii konfliktu interesów pomiędzy komornikiem a syndykiem nie można pokusić się o generalne konkluzje. Jednakże w sprawach upadłościowych, gdzie upadłymi są małżonkowie, można zaobserwować współpracę pomiędzy komornikami a syndykami.

### **Aspekty psychologiczne upadłości**

Psychologiczne aspekty upadłości są zagadnieniem badawczym z pewnością zasługującym na odrębne opracowanie naukowe. Jednakże ze względu na silny związek dziedziny alternatywnych metod rozwiązywania sporów z nauką o psychologii na potrzeby niniejszej pracy badawczej warto jest potraktować to zagadnienie chociażby w sposób przyczynkowy.

---

<sup>645</sup> Na przykład, w przedsiębiorstwie w którym w majątku znajdują się samochody, należy podjąć decyzję o wykupieniu OC, co może być związane z poniesieniem dodatkowych kosztów.

<sup>646</sup> Przykładowo: A ma udział w starym młynie (udział w nieruchomości) który jest objęty nadzorem konserwatora zabytków. Od 3 lat syndyk nie może znaleźć nabywcy. Próbowano sprzedaży cegieł, w dalszym ciągu nie można było znaleźć nabywcy. Na części nieruchomości są zabezpieczone banki.

Uczucie wstydu związanego z popadnięciem w długi oraz społeczna stygmatyzacja są zjawiskami, które wciąż stanowią nieodłączny element upadłości nie tylko w Stanach Zjednoczonych, ale również na całym świecie. Zgodnie z danymi zawartymi w jednej z nowszych publikacji *The Persistence of Bankruptcy Stigma*<sup>647</sup>, pomimo zaobserwowania spadku rozwoju negatywnych zjawisk w latach 1980, od lat 90. społeczeństwo w Stanach Zjednoczonych znów doświadcza trendu wzrostowego zjawiska stygmatyzacji osób które ogłosiły upadłość.

Od nowelizacji *Bankruptcy Code* w 1978 r., obserwowano stały wzrost liczby osób dotkniętych stygmatyzacją związaną z byciem upadłym. W kulturze Stanów Zjednoczonych badanie zjawisk społecznych za pomocą ankiet i kwestionariuszy ma swój korzeń już w latach 60. XX w. Dla naukowców zajmujących się badaniem zjawiska upadłości badania przeprowadzone właśnie w latach 60. stały się zalążkiem oraz podstawą do dalszych badań nad zjawiskiem. W jednym z takich zestawów pojawiło się pytanie: czy uważasz, że dana osoba może odebrać sobie życie, jeżeli wystąpi jedna z wymienionych okoliczności: jeżeli jest terminalnie chora, jeżeli zhańbiłeś swoją rodzinę, jeżeli utraciłeś wolę do życia, i finalnie, jeżeli zbankrutowałeś. Przedstawione dane są reprezentatywne w skali całego kraju. Dlatego ich wynik stał się przyczynkiem do głębszej analizy zjawiska upadłości, również pod kątem psychologicznym. Badacze wykazali, że po nowelizacji prawa upadłościowego konsumenckiego w 2005 r. poczucie osobistej odpowiedzialności za długi zdecydowanie spadło. Zauważono również, że w porównaniu do lat 90. w 2010 r. odnotowano ponad 50% - owy spadek upadłości konsumenckich. W związku z tym zadano pytanie: skoro coraz mniej odnotowywanych jest przypadków upadłości, dlaczego zjawisko stygmatyzacji wciąż wzrasta? Pytanie to stanowi podatny grunt do spekulacji badawczych. Być może jest to związane z neoliberalną narracją dotyczącą odpowiedzialności osobistej w ogóle? Może jest to związane bezpośrednio z czynnikami natury ekonomicznej? Jednak jeżeli gospodarka funkcjonuje bardzo dobrze, być może nie ma w ogóle potrzeby, aby ubiegać się o ogłoszenie upadłości? Oczywiście są to jedynie spekulacje, na które niezwykle trudno jest udzielić merytorycznej odpowiedzi. Jednakże trzeba zwrócić uwagę, że rzeczywistość gospodarcza, w której funkcjonują konsumenci, ma niejednorodny wymiar. Z jednej strony obserwujemy upadek

---

<sup>647</sup> Zob. *M. D. Sousa*, *The Persistence of Bankruptcy Stigma*, „*American Bankruptcy Law Review*”, vol. 26 2018.

wielkich przedsiębiorstwach usługowych, samochodowych, linii lotniczych etc. Mimo to konsumenci wciąż korzystają z serwisu samochodowego upadłego giganta samochodowego (np. General Motors w Stanach Zjednoczonych), wciąż latają samolotami upadłych linii lotniczych etc. Można zatem postawić tezę, że funkcjonowanie upadłych przedsiębiorstw w obrocie w zasadzie neutralizuje zjawisko upadłości w oczach konsumentów. Jednakże przeciętny konsument, rozważając upadłość, nie zwraca uwagi na upadłości dużych przedsiębiorstw, tylko na swoje najbliższe otoczenie. Tzw. *watercooler effect*<sup>648</sup>, czyli inaczej efekt fontanny wodnej, w odniesieniu do upadłości jest związany z prawidłowością, w której konsumenci opierają się na doświadczeniach osób w swoim najbliższym otoczeniu. Podobnie w świadomości społeczeństwa amerykańskiego prezydent Donald J. Trump funkcjonuje raczej jako osoba, która osiągnęła sukces w świecie biznesu, a nie osoba, która wielokrotnie ogłaszała upadłość<sup>649</sup>.

## § Wnioski

Intensywny wzrost wymiany handlowej jest sygnałem potwierdzającym potrzebę stworzenia i ujednolicenia przeprowadzania postępowania insolwencyjnego w międzynarodowym obrocie gospodarczym. Ponadto doktryna prawa amerykańskiego wskazuje na szczególną użyteczność mediacji jako narzędzia umożliwiającego rozwiązanie sporów upadłościowych. Mediacja w odniesieniu do sporów o charakterze insolwencyjnym traktowana jest jako „alternatywna strategia”, która skraca proces upadłościowy lub restrukturyzacyjny i z powodzeniem zostaje wykorzystana przez sądy upadłościowe w Stanach Zjednoczonych. W rozprawie wskazano, że nadrzędnym celem, pośrednio wynikającym z ogólnego postulatu rozpropagowania ADR w sporach upadłościowych, powinno być zachęcenie szerokiego grona prawniczego (w tym sędziów sądów upadłościowych, pełnomocników, dłużników oraz wierzycieli) do stosowania mediacji i innych form alternatywnego rozwiązywania sporów.

---

<sup>648</sup> *Watercooler Effect* jest zjawiskiem opisanym przez naukowców z MIT jako relacja bliskości fizycznej i produktywności, odnotowująca wzrost produktywności badanej grupy pracowników, którzy spędzali wspólnie przerwy., zob: *D. B. Ruder, The „Water Cooler” Effect*, <https://harvardmagazine.com/2011/05/water-cooler-effect>, [dostęp: 24.11.2018].

<sup>649</sup> Opracowanie na podstawie: *S. Gerdano, M.D. Sousa: Stigma Surrounding Personal Bankruptcy Has Increased, Not Decreased, American Bankruptcy Podcast*: <https://soundcloud.com/abi-105/abipod-221>, [dostęp: 22.11.2018].

Należy przychylić się do poglądu, że przedsiębiorcy są zainteresowani rozwiązywaniem sporów za pomocą arbitrażu. Jednakże należy wskazać, że arbitraż w bieżącej praktyce sądowej prawa upadłościowego nie tylko polskiej, ale również analizowanych państw *common law*, ma marginalne znaczenie praktyczne. Zazwyczaj stanowi kolejną przeszkodę na drodze dochodzenia roszczeń przez wierzycieli. Rola arbitrażu jest większa w wielkich, transnarodowych upadłościach grup kapitałowych, w których kumulacja kapitału i rozproszenie wierzycieli niejako „automatycznie” przechyla szalę w stronę polubownych metod rozwiązywania sporów. Alternatywne metody mogą przyczynić się do zwiększenia efektywności postępowania insolwencyjnego w ten sposób, że staną się platformą niezbędną do ustalenia sumy wierzytelności. Postępowanie insolwencyjne w tym wypadku będzie miało charakter restrukturyzacyjny, a nie likwidacyjny. Arbitraż pełniący rolę pomocniczą w postępowaniu insolwencyjnym ma potencjał usprawnienia zawierania układu w upadłości. Jednakże na kanwie przedstawionych *case studies*, orzecznictwa oraz stanowiska doktryny należy przychylić się do tezy, że zastosowanie arbitrażu jest bardziej prawdopodobne w postępowaniach insolwencyjnych o charakterze międzynarodowym.

## Zakończenie

Poszukuje się nowych rozwiązań usprawniających rozwiązywanie sporów. Jest to zdeterminowane zmieniającymi się warunkami gospodarczymi oraz coraz częściej występującymi kryzysami gospodarczymi. W sposób ostateczny weryfikują one skuteczność obowiązującego prawa. Posługiwanie się alternatywnymi metodami rozwiązywania sporów związanych z insolwencją, stopniowo wpisuje się we współczesną praktykę handlową. Sądy upadłościowe, działając z pomocą ekspertyz biegłych, syndyków, oraz innych mechanizmów procesowych, odnajdują konflikty oraz spory leżące u podstaw upadłości. Jednak mając na uwadze złożoność stosunków o charakterze zobowiązaniowym występujących wśród uczestników postępowania insolwencyjnego, być może należy zastanowić się nad implementacją systemu koncyliacyjnego, który działałby wspomagająco względem aparatu sądowego. Dlatego zmianą o charakterze systemowym, wspomagającą szybkie i polubowne dochodzenie roszczeń, mogłoby być „wyjęcie” spraw upadłościowych z zakresu właściwości rzeczowej Wydziałów Gospodarczych. Jest to rozwiązanie, które z powodzeniem funkcjonuje na gruncie prawa amerykańskiego, i być może wraz z ukonstytuowaniem się specjalnych komisji koncyliacyjnych przy sądach upadłościowych, byłoby to rozwiązanie, które w znaczący sposób pomogłoby odciążać sądy upadłościowe w Polsce. Poza tym, polski ustawodawca w obliczu nadchodzących zmian związanych z cyfryzacją postępowania insolwencyjnego, powinien zadbać o prawidłowe wykorzystanie potencjału platformy Centralnego Rejestru Upadłościowego. Potencjał koncyliacyjny może być wykorzystany w ten sposób, że zostanie wdrożony mechanizm ODR, który umożliwi wierzycielom oraz dłużnikom komunikację oraz ułatwi proces dochodzenia roszczeń. Dodatkowo należy podkreślić, że obecne regulacje prawa insolwencyjnego w polskim systemie prawnym przesuwają środek ciężkości na postępowania o charakterze restrukturyzacyjnym, które i tak ze swej natury mają charakter rozjemczy. Efektywność regulacji w przypadku prawa upadłościowego jest zdeterminowana przede wszystkim współczynnikiem odzysku przez wierzycieli. Posługując się danymi Banku Światowego z 2016 r., stopa odzysku w Polsce wynosiła 60%, podczas gdy w Wielkiej Brytanii stopa odzysku wynosiła

89%<sup>650</sup>. Mając na uwadze, że restrukturyzacja jest głównym narzędziem rozwiązywania sporów insolwencyjnych, można stwierdzić, że działania w sferze prawa insolwencyjnego, które mają charakter polubowny, są bardziej efektywne.

Relacja zachodząca pomiędzy konsensualną umową arbitrażową, a procedurą upadłościową została określona, jako konflikt dwóch skrajnych koncepcji prawnych<sup>651</sup>. Wyłączenie możliwości swobodnej dyspozycji kontraktowania stron poprzez umowę arbitrażową, jest związane z wysokim stopniem sformalizowania procedury upadłościowej. Należy pamiętać, że zaspokojenie wierzycieli w jak najwyższym stopniu jest podstawowym celem prawa upadłościowego<sup>652</sup>, zaś dopuszczenie w konkretnych sprawach do arbitrażu, może odbywać się z ich pokrzywdzeniem. Realizacja celu zaspokojenia wierzycieli poprzez przymusowe postępowanie sądowe wszczynane w razie niewypłacalności, lub wyjątkowo w przypadku nadmiernego zadłużenia, w polskiej rzeczywistości gospodarczej efektywnie eliminuje znaczenie zapisu na sąd polubowny. W państwach *common law* zasadniczo sprawy związane z insolwencją podmiotu gospodarczego nie są wyłączone z możliwości rozpatrzenia przez trybunał arbitrażowy. W amerykańskim systemie upadłościowym, wyodrębnienie konkretnej kategorii *core bankruptcy proceedings*, jednocześnie uchyla furtkę dla przeprowadzenia postępowania arbitrażowego. Pozostałe, *non-core proceedings*, mogą uwzględniać zastosowanie arbitrażu, jednakże każdorazowo zadecyduje o tym sąd.

Doradcy restrukturyzacyjni (syndycy, nadzorcy), lub w zasadzie wszystkie osoby mające bezpośrednią kontrolę nad majątkiem dłużnika, dokonując czynności związanych z administracją majątku dłużnika, nie będą się angażować w postępowania arbitrażowe toczące się za granicą, gdyż nie jest to w interesie osób sprawujących czynności zarządcze. Szybkość dokonywanych czynności oraz domniemanie gwarancji wykonania przechyla szalę na korzyść zorganizowanego, sądowego postępowania insolwencyjnego (upadłościowego lub restrukturyzacyjnego). Zgodnie z obecną regulacją art. 147 i 147a ustawy prawo upadłościowe, zezwolenie na przeprowadzenie

---

<sup>650</sup> Zob. Upadłość i restrukturyzacje w Polsce. Wskaźniki prognozujące trudności finansowe oraz wybrane skutki zmian w przepisach z zakresu upadłości i restrukturyzacji:

<https://www.pwc.pl/pl/pdf/upadlosci-restrukturyzacje-w-polsce-2017-raport-pwc.pdf>

<sup>651</sup> „A conflict of near polar extremes. Bankruptcy exerts an inexorable pull towards centralization while arbitration policy advocates a decentralized approach towards dispute resolution”, *United States Lines Inc., Re 197 F.3d 631, 640 (2d Cir. 1999)*.

<sup>652</sup> S. Gurgul, *Geneza, zasady i podstawowe instytucje prawa upadłościowego*, cz. I, Nr. 6 (153), 2014, <http://www.edukacjaprawnicza.pl/geneza-zasady-i-podstawowe-instytucje-prawa-upadlosciowego-cz-i/>, [dostęp: 12.12.2018].

arbitrażu po wszczęciu postępowania upadłościowego, w zamyśle ustawodawcy oraz regulacji unijnych, w istotny sposób mogłoby naruszyć interesy wierzycieli. Dlatego należy stwierdzić, że w systemie prawa istnieją raczej przepisy ograniczające wykorzystanie zapisu na sąd polubowny. Jednakże w toku przeprowadzonych badań nie odnaleziono dowodów przeciwnych, ze względu na tajność i poufność przeprowadzania postępowania arbitrażowego w przedsiębiorstwach niewypłacalnych, lub zagrożonych niewypłacalnością. Dyspozytywny charakter normy prawnej zawartej w art. 147 oraz 147a, nie jest gwarantem adaptacji instytucji arbitrażu w polskiej procedurze upadłościowej.

Przeprowadzone badania pozwalają stwierdzić, że problematyka zdatności arbitrażowej sporów insolwencyjnych każdorazowo dotyczy identyfikacji przez sąd upadłościowy roszczeń nadających się do rozwiązania w formie arbitrażu. Zdatność arbitrażowa sporu insolwencyjnego jest uzależniona od ogólnych zasad prawnych, związanych z bieżącą polityką państwową (*public policy*). Kształtowanie się *public policy* w sferze prawa upadłościowego i pozasądowych metod rozstrzygania sporów, zawsze jest balansowaniem pomiędzy interesami wierzycieli i dłużników, z zastosowaniem odpowiednich środków ochrony. Analizując zjawisko intersekcji upadłości oraz arbitrażu, użycie ADR zostało wskazane jako zasadne w trzech przypadkach: w odniesieniu do rozwiązania sporu i osiągnięcia konsensusu w sprawie planu reorganizacyjnego, sporu w którym występuje jeden wierzyciel oraz rozwiązania sporów związanych z roszczeniami tego samego rodzaju. Argument uzasadniający słuszność wdrożenia systemu ADR do praktyki prawa upadłościowego jest słuszny, szczególnie w odniesieniu do upadłości o charakterze transgranicznym. Weryfikacja obowiązujących przepisów prawa upadłościowego międzynarodowego ukazała, że istota problemu tkwi nie w procedurze uznania postępowania upadłościowego, tylko w braku przepisów materialnych na poziomie międzynarodowym. Natomiast z perspektywy międzynarodowego postępowania arbitrażowego powstało pytanie, czy trybunał arbitrażowy zachowuje jurysdykcję nad sporem, pomimo wszczęcia postępowania upadłościowego. Każdorazowo odpowiedź będzie zależała od *lex loci arbitrii*.

Dynamiczny rozwój alternatywnych metod rozwiązywania sporów w wiodących światowych gospodarkach takich jak Stany Zjednoczone, rozpowszechnił użycie polubownych metod rozwiązywania konfliktów, również w sporach insolwencyjnych.

Rozwój wąskiej specjalistycznej dziedziny rozwiązywania sporów insolwencyjnych z wykorzystaniem ADR, szczególnie w kontekście międzynarodowym, niewątpliwie został wymuszony przez praktykę. Przedstawiciele nauki, szczególnie doktryny prawa amerykańskiego są zgodni, że przyszłość rozwiązywania sporów związanych z insolwencją, może być związana z arbitrażem. W związku z tym, niezbędne są działania o charakterze legislacyjnym, ale także promocyjnym, umożliwiające wykorzystanie potencjału arbitrażu, jako mechanizmu pomocniczego wychodzenia przedsiębiorców ze stanu insolwencji, lub mechanizmu efektywnej dystrybucji masy upadłościowej.

We wczesnych stadiach rozwoju systemu ADR w sądach upadłościowych w Stanach Zjednoczonych, nadrzędnym celem wykorzystania tej metody było usprawnienie sądownictwa federalnego. Sądy upadłościowe w Stanach Zjednoczonych zaczęły wprowadzać pierwsze formy tego rodzaju komplementarnych mechanizmów pod koniec lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych<sup>653</sup>. Ponadto, dobre praktyki koncyliacyjne w obliczu wystąpienia upadłości zostały wypracowane pod auspicjami takich instytucji jak American Arbitration Association. „*The Automobile Industry Special Binding Arbitration Program*”, to przykład programu arbitrażowego stworzonego specjalnie na potrzeby sporów insolwencyjnych, związanych z upadłością sektora motoryzacyjnego<sup>654</sup>. W związku z krytyczną sytuacją marki Chrysler oraz General Motors, w 2009 r. Kongres Stanów Zjednoczonych autoryzował utworzenie specjalnych mechanizmów legislacyjnych, które umożliwiły rozwiązanie ponad 1,575 sporów wśród producentów samochodów. Jedną z oczywistych korzyści implementacji tego programu jest fakt, że podatnicy amerykańscy nie zostali obciążeni kosztami postępowań sądowych. Ciekawym pytaniem jest, czy polscy podatnicy również byłiby zainteresowani takim rozwiązaniem.

---

<sup>653</sup> Jednymi z pierwszych sądów były sądy w stanie Kalifornia (Southern District of California) oraz Floryda (Middle District of Florida).

<sup>654</sup> A Report to Congress on the Automobile Industry Special Binding Arbitration Program, Administered by the American Arbitration Association Under Authority of Section 747 of Public Law 111 – 117, November 2010.



## Wykaz tabel i wykresów

- Tabela 1: Postępowania insolwencyjne prowadzonych na podstawie *Chapter 15 U.S Bankruptcy Code* (transgraniczne postępowanie upadłościowe) s. 144
- Diagram 1: Upadłość w Stanach Zjednoczonych w okresie 2015 – 2018 s. 145
- Diagram 2: Wynik Protective Certificates w Irlandii s. 162



## Aneks

### Pytania do wywiadu

1. Jakie są główne problemy polskiego prawa upadłościowego/restrukturyzacyjnego? Czy nowe rozwiązania prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego zapewniają optymalną ochronę interesu wierzyciela? Jaka jest pozycja dłużnika w tych nowych regulacjach? Czy można poczynić predykcje w kierunku ewolucji tej dziedziny prawa?
2. Czy powrót do charakteru likwidacyjnego postępowania upadłościowego z niewielką możliwością zawarcia układów między dłużnikiem a wierzycielami jest krokiem naprzód czy wstecz, biorąc pod uwagę obecne realia społeczno-gospodarcze w Polsce?
3. Jaka jest skuteczność nowej regulacji prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego w odniesieniu do interesu:
  - a) Dłużnika
  - b) Wierzyciela
  - c) Stron postępowania upadłościowego i restrukturyzacyjnego?
4. Jakie są trudności przeprowadzenia postępowania upadłościowego i restrukturyzacyjnego?
5. Jakie znaczenie dla praktyki postępowania upadłościowego i restrukturyzacyjnego ma dyrektywa 848/2015? Czy zwyczaje i praktyka prawa międzynarodowego ma wpływ na postępowanie upadłościowe i restrukturyzacyjne? Czy polscy prawnicy zobowiązani są do posiadania określonych umiejętności i kwalifikacji? Jakie cechy powinni posiadać prawnicy zajmujący się postępowaniem upadłościowym i restrukturyzacyjnym? Czy prawnicy powinni posiadać odpowiednie przygotowanie psychologiczne?

6. Jakie znaczenie ma otwarcie zawodu syndyka dla postępowania upadłościowego i restrukturyzacyjnego? Jakie konflikty interesów można dostrzec w postępowaniu upadłościowym i restrukturyzacyjnym? Jakiego rodzaju konflikty można zaobserwować najczęściej? (na linii: wierzyciel – dłużnik, wierzyciel/dłużnik – doradca restrukturyzacyjny)
7. Czy alternatywne metody rozwiązywania sporów mogą mieć zastosowanie w praktyce prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego? Jeśli tak, to na jakim etapie, i jaki byłby cel zastosowania ADR?
8. Czy przedsiębiorcy są zainteresowani rozwiązywaniem sporów za pomocą alternatywnych metod rozwiązywania sporów?
9. Jakie znaczenie prawne ma art. 147 i 147a PrUpad?
10. Jak odniosłaby się Pani do stanu faktycznego, w którym wyroki sądów arbitrażowych są uchylane na rzecz zwiększenia masy upadłościowej? Czy jest to zgodne z zasadami współżycia społecznego i zasadą słuszności?
11. Czy upadły jest stygmatyzowany? Czy osoby niewypłacalne mają szansę na rozpoczęcie innej działalności? Jaki jest stosunek upadłego lub niewypłacalnego do jego sytuacji finansowej?
12. Jakie są ekonomiczne przyczyny powstawania stanu niewypłacalności? Czy częściej jest to wynik niegospodarności, nieostrożności, oszustwa gospodarczego? Czy może są to działania celowe?

**This questionnaire is an empirical study, designed for the purpose of a doctoral dissertation conducted at the Faculty of Law, University of Bialystok, Poland, supervised by Prof. Agnieszka Malarewicz-Jakubów, esq.**

**The following questionnaire is anonymous, and serves for research purposes only. The evaluation of the results will be presented in polish.**

**I. You are a:**

A) MEDIATOR

B) ARBITRATOR

**II. Please state the approximate number of years you have been practicing for:**

**III. Your main area of expertise is:**

1. Would you say that in general, the public in the U.S is aware of the benefits of mediation and arbitration: YES/NO
2. In your opinion, what are the main benefits of mediation and/or arbitration. Name 3.
3. What are the main problems you come across in your practice of mediation/arbitration? Name 3.
4. Do you think that mediators and/or arbitrators are aware of core issues related to bankruptcy? YES/NO
5. Are you as a mediator/arbitrator aware of some of the major problems in a bankruptcy proceeding? YES/ NO
6. Do you think that there might be a place for arbitration/and/or/ mediation in the process of going bankrupt/ or in the process of restructuring? YES/NO

7. In your practice as a mediator/arbitrator, what kind of disputes do you usually handle?
8. Are any of the disputes that you mediate/arbitrate related to insolvency? If they are not, please say why (is it because of the area of your practice, any other reasons?)
9. In your practice, did you ever come across bankruptcy mediations/ arbitrations? Does the process differ from other kinds of mediations? If so, how?
10. How effective are/may mediations or arbitrations be in a bankruptcy case?
11. Do you think that the area of bankruptcy/restructuring mediations and arbitrations alike will be on the rise anytime soon? Please explain briefly.
12. Do you handle transnational mediations/arbitrations? YES/NO; If the answer is yes: what kind of disputes are they?
13. On a scale of 1 to 5, 5 being very important, how important is psychological training and preparation for a mediator?

## UNCITRAL Model Law on Commercial Arbitration

<b>State</b>		<b>Notes</b>
Armenia	2006	
Australia	2010	(a), (b)
Australian Capital Territory	2017	(b)
New South Wales	2010	(b)
Northern Territory	2011	(b)
Queensland	2013	(b)
South Australia	2011	(b)
Tasmania	2011	(b)
Victoria	2011	(b)
Western Australia	2012	(b)
Austria	2006	
Azerbaijan	1999	
Bahrain	2015	(a), (b)
Bangladesh	2001	
Belarus	1999	
Belgium	2013	(b)
Bhutan	2013	(b)
Brunei Darussalam	2009	(b)
Bulgaria	2002	(a)
Cambodia	2006	
Canada	1986	
Alberta	1986	
British Columbia	2018	(a), (b)
Manitoba	1986	
New Brunswick	1986	
Newfoundland and Labrador	1986	
Northwest Territories	1986	
Nova Scotia	1986	
Nunavut	1999	
Ontario	1987	(a), (b)
Prince Edward Island	1986	
Quebec	1986	
Saskatchewan	1988	
Yukon	1986	
Chile	2004	

China		
Hong Kong, China	2010	(a), (b)
Macao, China	1998	
Costa Rica	2011	(b)
Croatia	2001	
Cyprus	1987	
Denmark	2005	
Dominican Republic	2008	
Egypt	1994	
Estonia	2006	
Fiji	2017	(b)
Georgia	2009	(b)
Germany	1998	
Greece	1999	
Guatemala	1995	
Honduras	2000	
Hungary	1994	
India	1996	
Iran (Islamic Republic of)	1997	
Ireland	2010	(a), (b)
Jamaica	2017	(b)
Japan	2003	
Jordan	2001	
Kenya	1995	
Liechtenstein	2010	
Lithuania	2012	(a), (b)
Madagascar	1998	
Malaysia	2005	
Maldives	2013	
Malta	1996	
Mauritius	2008	(b)
Mexico	1993	
Mongolia	2017	(b)
Montenegro	2015	
Myanmar	2016	
New Zealand	2007	(a), (b)
Nicaragua	2005	
Nigeria	1990	



Norway	2004	
Oman	1997	
Paraguay	2002	
Peru	2008	(a), (b)
Philippines	2004	
Poland	2005	
Qatar	2017	
Republic of Korea	2016	(a), (b)
Russian Federation	1993	
Rwanda	2008	(b)
Saudi Arabia	2012	
Serbia	2006	
Singapore	1994	(a)
Slovakia	2014	
Slovenia	2008	(b)
South Africa	2017	(b)
Spain	2003	
Sri Lanka	1995	
Thailand	2002	
The former Yugoslav Republic of Macedonia	2006	
Tunisia	1993	
Turkey	2001	
Turkmenistan	2016	
Uganda	2000	
Ukraine	1994	
United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland		
Bermuda	1993	(c)
British Virgin Islands	2013	(b), (c)
Scotland	1990	
United States of America		
California	1988	
Connecticut	1989	
Florida	2010	(b)
Georgia	2012	
Illinois	1998	
Louisiana	2006	
Oregon	1991	
Texas	1989	

Venezuela (Bolivarian Republic of)	1998	
Zambia	2000	
Zimbabwe	1996	

## UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency

<b>State</b>		<b>Notes</b>
Australia	2008	
Benin	2015	(b)
Burkina Faso	2015	(b)
Cameroon	2015	(b)
Canada	2005	
Central African Republic	2015	(b)
Chad	2015	(b)
Chile	2013	
Colombia	2006	
Comoros	2015	(b)
Congo	2015	(b)
Côte d'Ivoire	2015	(b)
Democratic Republic of the Congo	2015	(b)
Dominican Republic	2015	
Equatorial Guinea	2015	(b)
Gabon	2015	(b)
Greece	2010	
Guinea	2015	(b)
Guinea-Bissau	2015	(b)
Israel	2018	
Japan	2000	
Kenya	2015	
Malawi	2015	
Mali	2015	(b)
Mauritius	2009	
Mexico	2000	
Montenegro	2002	
New Zealand	2006	
Niger	2015	(b)
Philippines	2010	
Poland	2003	
Republic of Korea	2006	
Romania	2002	
Senegal	2015	(b)
Serbia	2004	
Seychelles	2013	
Singapore	2017	
Slovenia	2007	

South Africa	2000	
Togo	2015	(b)
Uganda	2011	
United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland		
British Virgin Islands	2003	(a)
Gibraltar	2014	(a)
Great Britain	2006	
United States of America	2005	
Vanuatu	2013	

## BIBLOGRAFIA

1. Adamus R., Europejskie postępowanie insolwencyjne, Pr. Spółek 2004, nr 2.
2. Adamus R., Prawo naprawcze przedsiębiorcy, Warszawa 2009.
3. Adamus R., Prawo upadłościowe. Komentarz, Warszawa, 2018.
4. Adamus R., Interpretacja „Starego” art. 11 prawa upadłościowego i naprawczego w świetle art. 299 kodeksu spółek handlowych i 166 ordynacji podatkowej, Doradca Restrukturyzacyjny 2018, nr 12.
5. Adrych-Brzezińska I., Ciężar dowodu, Wolters Kluwer 2015.
6. Allan. L. Gropper, The Arbitration of Cross-Border Insolvencies, American Bankruptcy Law Journal 2012, nr 86.
7. Allerhand M., Prawo upadłościowe. Komentarz, Bielsko-Biała 1991.
8. Aslanowicz M., Pozycja Prawna Arbitra w Arbitrażu Handlowym, Warszawa 2015.
9. Baer G., Towards an International Insolvency Convention: Issues, Options and Feasibility Considerations, Business Law International 2016, vol. 17, no. 1.
10. Bałos I., Zdarność arbitrażowa sporów dotyczących patentu, Warszawa 2017.
11. Batt C., Learning to Lawyer: Context, Clients and Clinics, Temple Political & Civil Rights Law Review, Spring 2003.
12. Bebchuk L. A., Guzman A. T., An Economic Analysis of Transitional Bankruptcies, The Journal of Law And Economics 1997, nr 42.
13. Beharry C. L., Going Green: Managing the Environment Through International Investment Arbitration, American University International Law Review 2015, vol. 30, issue 3.
14. Belohlavek A.J., Rozporządzenie Rzym I, Konwencja rzymska, Komentarz, t. 2, Warszawa 2010.
15. Bingham L.B., Arbitration of Environmental Disputes that Cross National Boundaries, Conflict Resolution vol. II, dostępne na:  
[https://www.researchgate.net/publication/265564001\\_ARBITRATION\\_OF\\_ENVIRONMENTAL\\_DISPUTES\\_THAT\\_CROSS\\_NATIONAL\\_BOUNDARIES](https://www.researchgate.net/publication/265564001_ARBITRATION_OF_ENVIRONMENTAL_DISPUTES_THAT_CROSS_NATIONAL_BOUNDARIES).
16. Black E. S., Bankruptcy Legislation, The American Law Review, January-February 1894.
17. Black L. S., Jr., Why Corporations Choose Delaware, Delaware Department of State Division of Corporations, 2007.

18. Blackaby N., Partasides C. QC, Redfern A., Hunter M. (red.), *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 6th ed., Oxford Law 2015.
19. Błaszczak Ł., Ludwik M., *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007.
20. Bodio J., [w:] A. Jakubecki (red.) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. t. I*, Warszawa 2017.
21. Boehlke J., *Charakterystyka nurtu prawo i ekonomia we współczesnej myśli ekonomicznej*, [w:] B. Polaszkiwicz, J. Boehlke (red.), *Ład instytucjonalny w gospodarce*, t. I, Toruń 2005.
22. Born G., Miles W., *Global Trends in International Arbitration*, WilmerHale Special Advertising Section, 2016.
23. Bożyk S. (red.), *Prawo konstytucyjne*, Białystok 2014.
24. Brol J., *Podstawowe kierunki zmian w postępowaniu upadłościowym*, PPH 2003, nr 8.
25. Brol J., *Z problematyki międzynarodowych aspektów upadłości i postępowania upadłościowego*, PPH 1998, nr 12.
26. Budniak-Rogała A., *Zapis na sąd polubowny z udziałem konsumenta – uwagi na tle regulacji z art. 11161 KPC – część I*, *ADR Arbitraż i Mediacja* 2017, nr 1.
27. Bufford S.L., *Coordination of Insolvency Cases For International Enterprise Groups: A Proposal*, *American Bankruptcy Law Journal* 2012, nr 86.
28. Bufford S.L., *The Eurofood Decision of The European Court of Justice*, <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/sambuffordeurofood.pdf>.
29. Bufford S.L., *Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice* 2014, vol. 23, nr 4.
30. Burn G., Grubb E., *Insolvency and Arbitration in English Law*, *International Arbitration Law review* 2005, vol. 8, nr 4.
31. Calabresi G., *The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence*, *Brit. Acad.* 1982, vol. 68.
32. Carlston, K. S., *Theory of The Arbitration Process, Law and Contemporary Problems* 1952, vol. 17, nr 4.
33. Chilarski T., *Upadłość transgraniczna w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2008.
34. Clement Z. A., *Memorandum, Re: Position Paper Supporting Greater Use of Arbitration in Connection with Insolvency Matters*, April 21, 2014, [https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/17\\_-\\_position\\_paper\\_supporting\\_greater\\_use\\_of\\_arbitration\\_in\\_connection\\_....pdf](https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/17_-_position_paper_supporting_greater_use_of_arbitration_in_connection_....pdf).

35. Coase R., *The New Institutional Economics*, Institutional & Theoretical Economics 1984, vol. 140.
36. Cooke W., *A Compendious Treatise of the Bankrupt Law*, Dublin 1778.
37. Corbett T., *Mediation, Bankruptcy and the Bankruptcy Administrator*, Alabama Law Review 2004, vol. 65.
38. Crawshaw D. R., *Globalization and the Practice of Law – One Lawyer’s Perspective*, Canadian Business Law Journal 2008, vol. 46.
39. Cybichowski Z., *System prawa międzynarodowego*, Warszawa 1923.
40. Czajka D., *Prawo upadłościowe*, ZPP 2004.
41. Di Maggio P. J., Powell W. W., *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*, 1983, American Sociological Review 148 [w:] E. Gaillard, *Sociology of International Arbitration*, Arbitration International, 2015
42. Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th ed., 2012.
43. Dimitrakopoulos A., *Arbitration Practice in the UAE*, Arab L.Q, 2001, vol. 16.
44. Dobrzański B., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 1969.
45. Dowling-Hussey A., Dunne D., *Arbitration Law*, Dublin, 2014.
46. Dubai International Financial Centre, *Federal Laws, Constitutional Amendment No (1) of 2003*, Y.B. Islamic & Middle E. L, 2006-2007, vol. 13.
47. Dunoff L. J., *Some Costs and Benefits of Economic Analysis of International Law*, American Society of International Law Proceedings 2000, nr 94.
48. Dunoff, L.J., Trachtman J. P., *Economic Analysis of International Law*, Yale Journal of International Law 1999, vol. 24, nr 1.
49. Edwards B.B., Ross T. N., Adams C., *Restructuring and Insolvency in the Dubai International Financial Centre*, Pratt’s Journal of Bankruptcy Law 2010.
50. Ehmke D., Lewis A., *Navigating Scylla and Charybdis: International Arbitration and National Insolvency*, Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice 2016, vol. 25, nr 5.
51. Ellis J., *A Comparative Law Approach: Enforceability of Arbitration Agreements in American Insolvency Proceedings*, American Bankruptcy Law Journal 2018, nr 92.

52. Ereciński T., [w:] T. Ereciński (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. IV, Międzynarodowe postępowanie cywilne, Sąd polubowny (arbitrażowy), Warszawa 2017.
53. Ereciński T., Weitz K., Sąd arbitrażowy, Warszawa 2008.
54. Esher J. A., American Bankruptcy Institute Compendium of Bankruptcy Court Local Rules on ADR (21st Annual Winter Leadership Conference 2009).
55. Etukakpan S. E., The Lost Voice in Insolvency: Theories of Insolvency Law and their Implications for the Employees, Nottingham Law Journal 2014, vol. 34.
56. Faber D., Vermunt N., Kilborn J., Richter T. (red.) Commencement of Insolvency Proceedings, Oxford 2012
57. Farley C., An Overview, Survey, and Critique of Administrating Cross-Border Insolvencies, Houston Journal of International Law, 2004, vol. 27
58. Filipiak P., [w:] System Prawa Handlowego, t. VI, Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe, Warszawa 2016.
59. Filipiak P., Geromin M., Groele B., Hrycaj A., Miczek Z., Płoch J., Porzycki M., Zalewski C., Upadłość konsumencka – poradnik, Wydawca: Ministerstwo Sprawiedliwości, stan prawny na 1 stycznia 2015 r.
60. Filipiak P., Podstawy wszczęcia wtórnego postępowania upadłościowego zgodnie z rozporządzeniem Rady (WE) Nr 1346/200, Warszawa 2013.
61. Finch V., The Measures of Insolvency Law, Oxford Legal Studies 1997, vol. 17.
62. Fleming M. J. and Sarkar A., The failure Resolution of Lehman Brothers, Federal Reserve Bank of New York Economic Policy Review, December 2014.
63. Folberg J., Golan D., Stipanowich T.J., Kloppenberg L.A., Resolving Disputes Theory, Practice and Law, Aspen Publishers 2010.
64. Gaa T. M., Harmonization Of International Bankruptcy Law And Practice: Is It Necessary? Is It Possible?, International Lawyer 1993, nr 27.
65. Gaillard E., Savage J. (red.), Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International 1999.
66. Gaillard E., The Representations of International Arbitration, E. Gaillard, Sociology of International Arbitration, Arbitration International 2015, vol. 31.
67. Gaillard, E., Sociology of International Arbitration, Arbitration International, Oxford University Press 2015.



68. Gardner J., The Many Faces of the Reasonable Person: [http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload\\_documents/The%20Many%20Faces%20of%20the%20Reasonable%20Person.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/The%20Many%20Faces%20of%20the%20Reasonable%20Person.pdf).
69. Garner B. A. (red.), Black's Law Dictionary, 8 edycja, Thomson/West 2004.
70. Gessel-Kalinowska vel Kalisz B. (red.), Diagnoza arbitrażu. Funkcjonowanie prawa o arbitrażu i kierunki postulowanych zmian, Wrocław 2014.
71. Gębusia I., Okolski J., Poszukiwanie nowych metod wykładni oświadczeń woli w prawie spółek, PPH 2013, nr 8.
72. Giaro T., [w:] W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier, Prawo rzymskie, Warszawa 2014.
73. Gieromin M., Szczudlik K., Postępowania przed sądem polubownym i postępowania delibacyjne w świetle zmian wprowadzonych ustawą prawo restrukturyzacyjne, [w:] Restrukturyzacja i upadłość przedsiębiorstw 2.0, Warszawa 2016.
74. Gmurzyńska E., Morek R. (red.), Mediacje: teoria i praktyka, Warszawa 2009.
75. Gmurzyńska E., Rola prawników w alternatywnych metodach rozwiązywania sporów, Warszawa 2014.
76. Gopalan S., Guihot M., Recognition and Enforcement in Cross-Border Insolvency: A Proposal for Judicial Gap-Filling, Vanderbilt Journal of Transnational Law 2015, vol. 48.
77. Grossman K. K., Southern Fried Mediation: A Regional Recipe For Success when Mediation In The Southern United States, Faulkner Law Review 2012, nr 3.
78. Gurgul S., Prawo upadłościowe i naprawcze, Warszawa 2004.
79. Gurgul S., Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz, Warszawa 2018.
80. Harla A., Prawo upadłościowe i naprawcze. Zarys wykładu, Liber 2011.
81. Harnay S., Marciano A., Posner, Economics And The Law: From „Law And Economics” To An Economic Analysis of Law, Journal of the History of Economic Thought 2009, vol. 31, nr 2.
82. Hartwell S., Bermant G., Alternative Dispute Resolution in a Bankruptcy Court: The Mediation Program in the Southern District of California, Federal Judicial Center 1988.

83. Howard D., International Arbitration in Bankruptcy Proceedings: Uncertainty In The Enforcement of Arbitration Agreements, *Defense Counsel Journal* 2017, nr 84.
84. Howcroft N. J., Universal vs. Territorial Models for Cross-Border Insolvency: The Theory, the Practice, and the Reality that Universalism Prevails, *UC Davis Business Law Journal* 2008, vol. 8.
85. Hrycaj A., (red.), *Restrukturyzacja i upadłość przedsiębiorcy 2.0*, Warszawa 2016.
86. Hrycaj A., [w:] *System Prawa Handlowego, t.VI Prawo upadłościowe i naprawcze*, Warszawa 2016.
87. Hrycaj A., *Cztery postępowania restrukturyzacyjne*, *Doradca Restrukturyzacyjny* 2015, nr 1.
88. Hrycaj A., Filipiak P. (red.), *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2017.
89. Hrycaj A., Jakubecki A., Witosz A. (red.), *System Prawa Handlowego, t. VI, Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*, Warszawa 2016.
90. Hrycaj A., *Jurysdykcja krajowa w sprawach o ogłoszenie upadłości*, Warszawa 2011.
91. Hrycaj A., *Transgraniczne postępowanie upadłościowe przed sądami polskimi*, *PiP* 2008, z. 8.
92. Jackson J. H., Davey W. J., Sykes Jr. A. O., *Legal Problems of International Economic Relations, Cases, Materials and Texts*, West Publishing Cooperation 1995.
93. Jakubecki A., [w:] *Komentarz do art. 142 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze*, pod red. A. Jakubeckiego, Warszawa 2010, s. 330.
94. Janda P., *Prawo upadłościowe. Komentarz do art. 5 ustawy Prawo upadłościowe*, wyd. II, *Lex/el.*, 2018.
95. Janger E.J., *Virtual Territoriality*, *Columbia Journal of Transnational Law* 2009-2010, vol. 48.
96. Jenks E., *A Short History of English Law*, Boston 1913.
97. Kaczmarczyk K., [w:] *Zięba-Załużka H., (red.), System organów państwowych*, Lexis Nexis 2007.
98. Kalwat T., *Upadłość międzynarodowa (wybrane zagadnienia)*, *Rejent* 2003, nr 3.
99. Karlik P., Wiliński P., [w:] *Safjan M. (red.), Bosek L. (red.), Konstytucja RP, t. I, Komentarz Art. 1 – 86*, Warszawa 2016.

100. Karlik P., Wiliński P., [w:] Safjan M. (red.), Bosek L. (red.), Konstytucja RP, t. II, Komentarz Art. 87 – 243, Warszawa 2016.
101. Kellor F. A., American Arbitration. Its History, Functions and achievements, Washington 2000.
102. Kigs P. F., Arbitration, Bankruptcy, and Public Policy: A Contrarian Analysis, American Bankruptcy Institute Law Review 2009, nr 17.
103. Kirshner J., The (False) Conflict Between Due Process Rights and Universalism in Cross-Border Insolvency, Cambridge Law Journal 2013, vol. 27
104. Klyta W., [w:] A. J. Witosz (red.), Prawo upadłościowe, Komentarz, Warszawa 2017.
105. Klyta W., [w:] Międzynarodowe prawo handlowe, W. Popiołek (red.), Warszawa 2013.
106. Klyta W., Tytuł III, Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania restrukturyzacyjnego, [w:] A. Torbus, A. Witosz, A.J. Witosz (red.), Prawo restrukturyzacyjne, Komentarz, Warszawa 2016.
107. Kmiecik Z., Rozstrzygnięcie konfliktów w prawie administracyjnym, PiP 1999, z. 12.
108. Koh H. H., On American Exceptionalism, Stanford Law Review 2003, vol. 55, no. 5.
109. Korzan K., Arbitraż i postępowanie arbitrażowe, Warszawa 1980.
110. Korzan K., Postępowanie nieprocesowe przez sądem pierwszej instancji, Rejent 2004, nr 10.
111. Korzan K., Rola aktu notarialnego w ugodowym rozwiązywaniu spraw majątkowych w krajowym i międzynarodowym obrocie cywilnym (granice kompetencji), Rejent 1998, nr 4.
112. Kraśnicka I., Ludwikowska A., Wprowadzenie do systemu prawa Stanów Zjednoczonych, Toruń 2012.
113. Kratf T., Aronson A., Transnational Bankruptcies: Section 304 and Beyond, Columbus Law Review.
114. Kreindler R. H., An Overview Of The Arbitration Rules of The Recently Established GCC Commercial Arbitration Centre, Bahrain, Arab Law Quarterly 1997, vol. 12.
115. Kruczalak-Jankowska K., Wpływ ogłoszenia upadłości na zapis na sąd polubowny, Gdańskie Studia Prawnicze 2011, t. XXVI.

116. Kruczalak-Jankowska K., Zdolność upadłościowa i podstawy ogłoszenia upadłości w projekcie zmian prawa upadłościowego i naprawczego, PPH 2007, nr 1.
117. Kruczalak-Jankowska, K., [w:] A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz (red.), System Prawa Handlowego, t. VI, Prawo upadłościowe i restrukturyzacyjne, Warszawa 2016.
118. Kuglarz P., Nowe prawo upadłościowe i restrukturyzacyjne w Polsce w kontekście ewolucji prawa europejskiego, Restrukturyzacja i Upadłość Przedsiębiorstw 2.0, Warszawa 2016.
119. Kuglarz P., X Kongres Prawa Upadłościowego, Warszawa 09.11.2018.
120. Kuhn W., Arbitration and Insolvency, Dispute Resolution International 2011, vol. 5, nr 2.
121. Kushelev P., An International Approach To Breaking The Core Of The Bankruptcy Code and The FAA Conflict, Emory Bankruptcy Developments Journal 2012, nr 28.
122. Lander W. M., Posner R. A., Adjudication as a Private Good, Journal of Legal Studies 1979, vol. 8.
123. Lazić V., Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration, Kluwer Law International 1999.
124. Lenny A., Keichert K., Arbitration Guide International Bar Association Committee, Ireland, June 2012.
125. Letter to Honorable Shelley C. Chapman Regarding Seventy-third ADR\* Status Report, see <http://dm.epiq11.com/LBH/Document/GetDocument/2717939>.
126. Lew J.D.M., Applicable Law In International Commercial Arbitration: A Study In Commercial Arbitration Awards 53 (1978).
127. Lew J.D.M., Miestelis L. A., Kroll S., Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International 2003.
128. Lew J.D.M., QC, Marsden O., [w:] J.D.M. Lew J., QC, H. Bor, G. Fullelove, J. Greenaway (red.), Arbitration in England, Kluwer Law International BV 2013.
129. Litewski W., Rzymskie prawo prywatne, Warszawa 2003.
130. Lodge A. J, Globalization: Panacea for the World or Conquistador of International Law and Statehood? Oregon Review of International Law, Spring 2005.
131. Lowell J., Conflict of Laws as Applied to Assignments of Creditors, Harvard Law Review 1888, vol. 1.

132. Lowenfeld, A.F., *The Two-Way Mirror: International Arbitration as Comparative Procedure*, Mich. YBI Legal Stud. 1985, vol. 7.
133. Ludwikowski R. R., *Regulacje handlu i biznesu międzynarodowego*, t. 2, *Międzynarodowe transakcje biznesowe*, Warszawa 1998.
134. Machowska A. (red.), *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. Zagadnienia praktyczne*, Warszawa 2016.
135. Magdziak M., *Przewlekłość postępowań sądowych w Polsce to problem systemowy*, Forum Obywatelskiego Rozwoju 2015, nr 69.
136. Marrion T.S., *Core Proceedings and the „New” Bankruptcy Jurisdiction*, DePaul Law Review 1986, vol. 35, issue 3.
137. Mazur K., *Mechanizmy baniek spekulacyjnych – spojrzenie psychologiczne i ekonomiczne*, Ogrody Nauki i Sztuki 2012, nr 2.
138. McBryde W.W., A.Flessner and S.C.J.J. Kortmann, *Principles of European Insolvency Law, Law of Business and Finance*, vol. 4, Kluwer Legal Publishers 2003.
139. McCormack G., *Jurisdictional Competition And Forum Shopping in Insolvency Proceedings*, Cambridge Law Journal 2009, vol. 1, nr 68.
140. McDaid M., *The Insolvency Service, Official Statistics (Experimental) Corporate insolvencies by size, age and location, 2015 – 2017*, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/758492/Commentary.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/758492/Commentary.pdf).
141. McEvoy D., *Arbitration in Ireland*, [w:] J. H. Carter (red.), *The International Arbitration Review*, Law Business Research, London 2015.
142. Mear P. E., *The Winds of Change Intensify over Europe: Recent European Union Actions Firmly Embrace the Rescue and Recovery Culture for Business Recovery*, Pratt’s Journal of Bankruptcy Law.
143. Merkin R., Flannery L., *Arbitration Act 1996*, Informa Law 2014.
144. Michalunio Cz., SJ, *Dicta. Zbiór łacińskich sentencji, przysłów, zwrotów, powiedzeń*, wyd. 2, Kraków 2007.
145. Mik C., (red.), [w]: *Arbitraż w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2014.
146. Mistelis L. A, Brekoulakis S. (red.), *International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International 2009.

147. Mohtashami R., Lawry – White M., A Jurisdiction Within A Jurisdiction, [w:] J. Zrałek, Znaczenie miejsca arbitrażu w erze globalizacji postępowania arbitrażowego, Warszawa 2017.
148. Mooney Ch. W., Jr., Harmonizing Choice of Law Rules for International Insolvency Cases: Virtual Territoriality, Virtual Universalism and The Problem of Local Interests, Brooklyn Journal of Corporate Finance and Company Law 2014, vol. 9.
149. Morek R., ADR w sprawach gospodarczych, Warszawa 2004.
150. Moss G., Smith T., [w:] The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A Commentary and Annotated Guide, Oxford 2009.
151. Nadeau-Seguin S., When Bankruptcy and Arbitration Meet: A look at Recent ICC Practice, “Dispute Resolution International” 2011, nr 5.
152. Niboyet J. P., Traite de Droit International Prive Francais 137 (1950).
153. Nolan-Haley J., Mediation: The „New Arbitration”, Harvard Negotiation Law Review, Spring 2012.
154. Nowacki I., Analogia legis, Warszawa 1966.
155. O’Neill P., Recent Developments In International Commercial Arbitration: An American Perspective, Arbitration 1987, nr 53(3).
156. Oehmke T. H., Brovins J. M, Arbitration and Mediation of Bankruptcy Disputes, American Jurisprudence Trials 2017, nr 105.
157. Olechowski P.A, Uwagi na temat arbitrażu w przedmiocie rozstrzygnięcia sporów o nazwy domen internetowych, ADR. Arbitraż i Mediacja 2017, nr 3 (39).
158. Olejnik A. J., Lehman Brother’s ADR Procedures for Resolving its Derivative Contracts in Bankruptcy, The Bankruptcy Strategist 2012, vol. 29, nr 8.
159. Omar P. J, Thoughts On the Purpose of Corporate Rescue, Journal of International Banking Law 1997, vol. 12, nr 4.
160. Oppenheim K., Prawo restrukturyzacyjne: sukces czy porażka?, Rzeczpospolita z dnia 03.02.2016 r., <http://www.rp.pl/Firma/302039976-Prawo-restrukturyzacyjne-sukces-czy-porazka.html>.
161. Pappas B., The Best of Both Worlds May Be Too Good to Be True: A Response to Weisman, Dispute Resolution Magazine, Spring 2013.
162. Parandowski J., Mitologia, Kraków 1992.
163. Paul J. Omar, European Insolvency Law, Ashgate 2004.

164. Paulsson J., Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country, *International & Comparative Law Quarterly* 1981, vol. 30, issue 2.
165. Pazdan M., (red.), *Prawo międzynarodowe prywatne. Komentarz*, Warszawa 2017.
166. Pazdan M., (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 20A, *Prawo międzynarodowe prywatne*, Warszawa 2014.
167. Pazdan M., [w:] *System Prawa Handlowego*, t. IX, *Międzynarodowe prawo handlowe*, W. Popiołek (red.), Warszawa 2013.
168. Peart R., Brexit – Potential Effect on Insolvency and Restructuring, October 2016.
169. Pieckowski S., *Mediacja Gospodarcza*, Warszawa 2015.
170. Poczobut J., Pojęcie międzynarodowego prawa handlowego u progu nowego stulecia, [w:] W. Czaplinski (red.), *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50 – lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, Warszawa 2006.
171. Pokora A., Zdolność Upadłościowa, *Przegląd Prawa Handlowego* 1998, nr 2.
172. Pomaskow J., Ekonomiczna analiza prawa – alternatywa dla głównego nurtu ekonomii, *Współczesne Problemy Ekonomiczne* nr. 11, 2015, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego* nr 858.
173. Potrzybowski K., Żywicki W., *Sąd polubowny. Skrypt dla Centralnego Zaocznego Studium Zrzeszenia Prawników Polskich*, Warszawa 1966.
174. Pyrz M., Pytanie o konstytucyjność sądownictwa polubownego. Spory dogmatyczne, [w:] Ł. Błaszczak (red.), *Konstytucjonalizacja postępowania cywilnego*, Wrocław 2015.
175. Rajski J., Nowe wyzwania wobec sądów arbitrażowych, *PPH* 2001, nr 2.
176. Rau A. S., The Culture of American Arbitration And The Lessons Of ADR, *Texas International Law Journal* 2005, nr 40.
177. Redling G. F., *Insolvency Institute of Canada (Articles), Insolvency in the Economic Context*, 1994.
178. Resich Z., Siedlecki W. (red.), *Kodeks Postępowania Cywilnego*, t. I, Warszawa 1969.
179. Resnik A., The Enforcability of Arbitration Clauses In Bankruptcy, *American Bankruptcy Institute Law Review* 2007, nr 15.
180. Reuben R. C., Constitutional Gravity: A Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution And Public Civil Justice, *UCLA Law Review* 1949, vol. 47.

181. Reuben R. C., *Democracy And Dispute Resolution, The Problem of Arbitration Law and Contemporary Problems* 2004, vol. 67.
182. Ribeiro J., Lee J., *Overview of UNCITRAL Texts On International Commercial Arbitration In Islamic Law Influenced Jurisdictions*. *VUWLR* 2015, nr 46.
183. Richardson D. J., *When Bankruptcy Intervenes. The Pros and Cons of Bankruptcy Court Jurisdiction*, *Litigation* 2017, vol. 44, nr 1.
184. Riskin L., *Understanding Mediators' Orientations, Strategies and Techniques: A Grid For The Perplexed*, *Harvard Negotiation Law Review* 1996, vol. 1.
185. Rodziewicz P., *Wpływ ogłoszenia upadłości w Polsce na zagraniczne postępowanie arbitrażowe*, *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego* 2011, t. 8.
186. Romer F., *Arbitration and Insolvency – A Matter of Capacity?*, *Vindobona Journal of International Arbitration* 2011, vol. 15.
187. Rosenthal D. E., *Lawyer and Client: Who's in Charge?*, New York 1974.
188. Rudzki M., *Uwagi na tle regulacji postępowań ADR w sporach konsumenckich w świetle ustawy o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich*, *ADR Arbitraż i Mediacja* 2017, nr 3 (39).
189. Sadowski W., *Wpływ postępowania upadłościowego w Polsce na postępowanie arbitrażowe prowadzone za granicą: uwagi na kanwie sprawy Elektrimu. „e-Przeгляд Arbitrażowy”* 2010, nr 2.
190. Safjan M., (red.), Bosek L., (red.), *Konstytucja RP, t. II, Komentarz Art. 87 – 243*, Warszawa 2016.
191. Salerno T.J., *Kroop, Bankruptcy litigation and practice: A practitioner's guide*, Aspen Law Publishers 2000.
192. Sander F. E. A., *Varieties of Dispute Processing. The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future.*, American Bar Association 1976.
193. Schwartz E. A., *The Role of International Arbitration in Economic Development*, *International Trade and Business Law Review* 2009, vol. 12.
194. Scott K. Brown, *Punching Your Ticket To The High Speed International Insolvency Train*, *American Bankruptcy Institute Journal* 2007, nr 26.
195. Slaughter A.M., *International Law in a World of Liberal States*, *European Journal of International Law* 1996, nr 6.
196. Sornarajah M., *International Commercial Arbitration: The problem of State Contracts*, Longman 1990.



- 197.Sousa M. D., The Persistence of Bankruptcy Stigma, *American Bankruptcy Law Review*, vol. 26 2018.
- 198.Spiedel R. E., Arbitration of Statutory Rights Under the Federal Arbitration Act: The Case for Reform, *Journal on Dispute Resolution* 1989, vol. 4:2.
- 199.Stelmachowski B., *Prawo upadłościowe*, Poznań 1932.
- 200.Stenko P., Ogłoszenie upadłości strony zapisu na sąd polubowny w międzynarodowym arbitrażu handlowym. Uwagi na tle europejskiego rozporządzenia upadłościowego, *Polski Proces Cywilny* 2012, nr 2.
- 201.Stigler G., Law or Economics, *Journal of Law & Economics* 1992, vol. 35, no. 2.
- 202.Stone K. V. W., Rustic Justice: Community and Coercion Under The Federal Arbitration Act, *North Carolina Law Review* 1999, vol. 77.
- 203.Story S.E., Cross-Border insolvency: A comparative Analysis, *Arizona Journal of International & Comparative Law* 2015, vol. 32.
- 204.Stroiński R. T., [w:] M. Bednarski, J. Wilkin (red.), *Ekonomia dla prawników i nie tylko*, Warszawa 2008.
- 205.Stroiński R. T., Ekonomiczna analiza prawa, czyli w poszukiwaniu efektywności, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2002, nr 3.
- 206.Strong S. I., Book Review Constitutional Conundrums in Arbitration, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 15, 2013, vol. 15.
- 207.Strong S. I., Beyond The Self-Execution Analysis: Rationalizing Constitutional, Treaty, And Statutory Interpretation In International Commercial Arbitration, *Virginia Journal of International Law* 2013, vol. 53.
- 208.Sun C., Daniel P. T. K., The Sherman Act Antitrust Provisions And Collegiate Action: Should There be a Continued Exception For The University, *Journal of College and University Law* 1999, nr 25.
- 209.Sztompka P., *Socjologia*, Kraków 2003.
- 210.Szumański A. (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 8, Arbitraż handlowy, Warszawa 2010.
- 211.Terlecki P., *Zarys amerykańskiego prawa insolwencyjnego*, PPH 2009, nr 4
- 212.Torbus A., (red.), *Mediacje w sprawach gospodarczych*, [https://caim.gov.pl/images/custom\\_user\\_media/637/Publikacje/Mediacja%20w%20Osprowach%20gospodarczych.pdf](https://caim.gov.pl/images/custom_user_media/637/Publikacje/Mediacja%20w%20Osprowach%20gospodarczych.pdf)
- 213.Trautman D.T., Foreign Creditors in American Bankruptcy Proceedings, *Harvard International Law Review* 1988, vol. 29.

214. Tyczka M., *Arbitraż i postępowanie arbitrażowe*, Warszawa 1985.
215. Unt L., *International Relations And International Insolvency Cooperation: Liberalism, Institutionalism, And Transnational Legal Dialogue, Law and Policy in International Business* 1997, nr 28.
216. Vorburger S., *International Arbitration and Cross-Border Insolvency*, Wolters Kluwer 2014.
217. Wach A., *Delimitacja mediacji i koncyliacji jako dwóch samodzielnych form ADR*, *Radca Prawny* 2005, nr 2
218. Wagner P., *Insolvency and Arbitration: A Pleading for International Insolvency Law*, *Dispute Resolution International* 2011, vol. 5, nr 2.
219. Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny*, Warszawa 2016.
220. Wasserstrom R., *Lawyers as Professionals Some Moral Issues*, *Human Rights Law Review* 1975, nr 5.
221. Weisman M. C., *Med.-Arb: The Best of Both Worlds*, *Dispute Resolution Magazine*, Spring 2013.
222. Weitz K., *Sądownictwo polubowne a sądy państwowe*, *Przegląd Sądowy* 2007, nr 3.
223. Wessels B., *Mediation in Restructuring and Insolvency*, *Eurofenix*, Spring 2016.
224. Westbrook J. L., *International Arbitration and Multinational Insolvency*, *Penn. State International Law Review* 2011, nr 29.
225. Westbrook J. L., *The Globalisation of Insolvency Reform, 1999*, *New Zealand Law Review* 1999, nr 3.
226. Westbrook J. L., *A Global Solution to Multinational Default*, *Michigan Law Review* 2000, vol. 98.
227. Westbrook J. L., Ziegel J. S., *The American Law Institute NAFTA Insolvency Project*, *Brooklyn Journal of International Law*, Vo. 23, 1997.
228. Westbrook L. J., *Creating International Insolvency Law*, *American Bankruptcy Law Journal* 1996, nr 70.
229. Winczorek P., *Komentarz*, 2000, [w:] Safjan M. (red.), Bosek L., (red.), *Konstytucja RP, t. II, Komentarz Art. 87 – 243*, Warszawa 2016.
230. Wiśniewski A. W., [w:] Błaszczak Ł (red.), *Konstytucjonalizacja postępowania cywilnego*, Wrocław 2015.
231. Wiśniewski A. W., *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce, status prawny arbitrażu i arbitrów*, Warszawa 2011.

232. Witosz A. J. (red.), Prawo upadłościowe. Komentarz, Warszawa 2017.
233. Witosz A. J. [w:] A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, (red.), System Prawa Handlowego, t. VI, Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe, Warszawa 2016.
234. Witosz A.J, [w:] A. Hrycaj (red.), System Prawa Handlowego, t. VI, Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe, Warszawa 2016.
235. Yu H. L., A Theoretical Overview of The Foundations of International Commercial Arbitration, Contemporary Asia Arbitration 2008, vol. 1(2).
236. Zedler F., Europejskie prawo upadłościowe, Warszawa 2011.
237. Zedler F., Zarys prawa upadłościowego, Warszawa 2016.
238. Zimmerman P., Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz, Warszawa 2018.
239. Zrałek J., Znaczenie miejsca arbitrażu w erze globalizacji postępowania arbitrażowego, Warszawa 2017.



## **Akty Prawne**

1. Ustawa z 23 września 2016 r., o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich, Dz. U. z 2016 r. poz. 1823
2. Ustawa o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów z 10 września 2015 r., Dz. U. 2015 poz. 1595
3. Ustawa Prawo restrukturyzacyjne, z 15 maja 2016, Dz. U. 2015 poz. 978., ze zm.
4. Ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych z dnia 28 lipca 2005 r., Dz. U. 2005 nr 167 poz. 1398
5. Ustawa Prawo upadłościowe z 28 lutego 2003 r., Dz. U. z 2018 r. poz. 398, 685,1544, 1629
6. Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483
7. Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, Dz. U. 1997 nr 121 poz.769., ze zm.
8. Ustawa z 24 maja 1989 r. o rozpoznawaniu przez sądy spraw gospodarczych, Dz. U. 1989 nr 33 poz. 175
9. Kodeks postępowania cywilnego, Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r., Dz. U z 2018 r. poz. 1360, ze zm.
10. Kodeks cywilny, Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz. U. z 2019 r. poz. 80., ze zm.
11. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 24 października 1934 r. – Prawo upadłościowe, Dz. U. z 1991 r. poz. 512 ze zm.

## **Orzeczenia Sądowe**

### **Orzeczenia Sądu Najwyższego**

1. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28.05.2015r., IV CSK 352/14.
2. Postanowienie Sąd Najwyższy z dnia 21 maja 2010r., II CKS 670/09.
3. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23.09.2009 r., I CSK 121/09.
4. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25.03.2009 r., V CSK 380/08.
5. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 1993 r., I CRN 121/92.
6. Wyrok Sądu Najwyższego Wa C 291/48, PiP 1949, nr. 12, poz. 9.

### **Orzeczenia Sądów Apelacyjnych**

1. Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 9 czerwca 1992 r., I Acz 115/92.

### **Orzeczenia Sądów Rejonowe**

1. Postanowienie Sądu Rejonowego dla miasta stołecznego Warszawy, X Wydział Gospodarczy, X GU 271/15, niepubl.

### **Akty Prawa Unijnego**

1. Dyrektywa 2001/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 19.03.2001 r. w sprawie reorganizacji i likwidacji zakładów ubezpieczeń, Dz. Urz UE L 110
2. Dyrektywa 2001/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 04.04.2001 r. w sprawie reorganizacji i likwidacji instytucji kredytowych, Dz. Urz WE L 125
3. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady dotycząca ram prawnych restrukturyzacji zapobiegawczej, drugiej szansy i środków zwiększających skuteczność postępowań restrukturyzacyjnych, upadłościowych i w zakresie umorzenia oraz zmieniająca dyrektywę 2012/30/UE z 22.11.2016 r.
4. Dyrektywa Rady 96/26/WE z 29.04.1996 r. w sprawie dostępu do zawodu przewoźnika drogowego transportu rzeczy i przewoźnika transportu osób oraz wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji, mająca na celu ułatwienie tym przewoźnikom korzystania z prawa swobody przedsiębiorczości w dziedzinie transportu krajowego i międzynarodowego, Dz. Urz WE L 124
5. Konwencja o jurysdykcji i uznawaniu oraz wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych, Dz. Urz. UE L 339/3
6. Konwencja o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, otwarta do podpisu w Rzymie dnia 19.06.1980 r., Dz. Urz. UE C 169/10
7. Rezolucja z dnia 15 listopada 2011 r., zawierająca zalecenia dla Komisji w sprawie postępowań upadłościowych w kontekście prawa spółek w UE Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 153 E/1
8. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/848 z 20.05.2015 r. w sprawie postępowania upadłościowego (wersja przekształcona), Dz. Urz. UE L 141

9. Rozporządzenie Rady (WE) nr 1346/2000 z 29.05.2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego
10. Rozporządzenie wykonawczym Rady (UE) nr 282/2011 z 15.03.2011r. ustanawiającym środki wykonawcze do dyrektywy 2006/112/WE w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE L 77/1
11. Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, rozdz. 3: Współpraca sądowa w sprawach cywilnych, Dz. Urz. UE C326/49
12. Zalecenia dotyczące zmiany rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29.05.2000 w sprawie postępowania upadłościowego, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE L 160/1

### **Dokumenty Unijne**

1. Kontrola stosowania prawa Unii Europejskiej, Sprawozdanie roczne za 2017 r., [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/report-2017-annual-report-monitoring-application-eu-law\\_pl.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/report-2017-annual-report-monitoring-application-eu-law_pl.pdf)
2. Zalecenie Komisji z dnia 12 marca 2014 r. w sprawie nowego podejścia do niepowodzenia w działalności gospodarczej i niewypłacalności, Dz. Urz. UE L74/65., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014H0135&from=EN>
3. Aktualności Parlamentu Europejskiego: Brexit i jego wpływ na Irlandię, <http://www.europarl.europa.eu/news/pl/headlines/eu-affairs/20170925STO84610/brexit-i-jego-wplyw-na-irlandie>
4. Komunikat Komisji Europa 2020, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającemu włączeniu społecznemu, Bruksela 3.03.2010, KOM (2010) 2020 wersja ostateczna: [http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/1\\_PL\\_ACT\\_part1\\_v1.pdf](http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/1_PL_ACT_part1_v1.pdf)

### **Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości**

1. Welmory sp. z.o.o v. Dyrektor Izby Skarbowej w Gdańsku, Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16.10.2014, C-605/12.
2. Planzer Luxembourg, Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28.06.2007 r., C-73/06.

3. De Luca v. Włochy, Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 24 września 2013 r., 43870/04, Lex nr 1427486.
4. Staubitz-Schreiber., Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 17 stycznia 2006 r., C-1/04.
5. Eurofood IFSC Ltd., Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 2 maja 2006 r., C-341/04.

### **Akty Prawa Międzynarodowego**

1. Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, sporządzona w Nowym Jorku 10.06.1958, Dz. U z 1962 r. Nr 9, poz. 41
2. Konwencja o wykonalności zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, podpisana w Genewie 26.09.1927 r.
3. Konwencja europejska o międzynarodowym arbitrażu handlowym, sporządzoną w Genewie 21.04.1961 r., Dz. U z 1964 r. Nr 40, poz. 270.
4. Projekt Międzynarodowej Izby Handlowej (ICC) Konwencji dotyczącej uznawania i wykonywania orzeczeń arbitrażowych z 13 marca 1953
5. Protokół Nr 1 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzony w Paryżu dnia 20 marca 1952 r. oraz sporządzony w Strasburgu dnia 16 września 1963 r., Dz. U. z 1995 r. poz. 175, nr 36.
6. Protokół o klauzulach arbitrażowych, podpisany w Genewie 24.09.1923, Dz. U z 1931 r., Nr 84, poz. 648
7. Traktat Arbitrażowy między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki, podpisany w Waszyngtonie 16.8.1928 r., Dz. U. z 1930 r. Nr 4, poz. 29.
8. Traktat koncyliacyjno-arbitrażowy między Polską a Danją, podpisany w Kopenhadze 23.4.1926 r., Dz. U. z 1927 r. Nr 40, poz. 352.
9. Traktat koncyliacyjno-arbitrażowy między Polską a Królestwem Serbów, Chorwatów i Słoweńców, podpisany w Genewie 18.9.1926 r., Dz. U. z 1928 r. Nr 61, poz. 561.
10. Traktat koncyliacyjno-arbitrażowy między Polską a Węgrami, podpisany w Warszawie 30.11.1928 r., Dz. U. z 1930 r. Nr 13, poz. 93.
11. Traktat Koncyliacyjno-Arbitrażowy między Polską w Rumunją, podpisany w Bukareszcie 24.10.1929 r., Dz. U. z 1930 r. Nr 20, poz. 160.



12. Traktat koncyliacyjno-arbitrażowy pomiędzy Polską a Austrią, podpisany w Wiedniu 16.4.1927 r., Dz. U. z 1927 r. Nr 40, poz. 350.
13. Traktat Koncyliacyjny i Arbitrażowy między Polską a Konfederacją Szwajcarską, sporządzony w Warszawie 20.01.1993, Dz. U. z 1994 r. Nr 67, poz. 289.
14. Traktat koncyliacyjny między Polską a Chile, podpisany w Santiago de Chile 19.10 1927 r. Dz. U. z 1931 r. Nr 13, poz. 58.
15. Traktat koncyliacyjny między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki, podpisany w Waszyngtonie 16.8.1928 r., Dz. U. z 1930 r. Nr 4, poz. 27.
16. Traktat Koncyliacyjny pomiędzy Polską a Brazylią, podpisany w Rio de Janeiro 21.1.1933 r. Dz. U. z 1989 r. Nr 89 poz. 688
17. Traktat o koncyliacji, postępowaniu sądowym i arbitrażu między Polską a Hiszpanią, podpisany w Madrycie 3.12.1928 r. Dz. U. Nr 20, poz. 162.
18. Traktat o koncyliacji, postępowaniu sądowym i arbitrażu pomiędzy Polską a Bułgarią, podpisany w Warszawie 31.12.1929 r., Dz. U. z 1931 r. Nr 20, poz. 118.
19. Traktat o koncyliacji, arbitrażu i postępowaniu sądowym między Polską a Norwegią podpisany w Oslo 9.12.1929 r., Dz. U. z 1930 r. Nr 39, poz. 346.
20. Traktat o postępowaniu sądowym, arbitrażu i koncyliacji między Polską a Holandią, podpisany w Hadze 12.4.1930 r., Dz. U. z 1931 r. Nr 15, poz. 72.
21. Traktat przyjaźni, koncyliacyjny i arbitrażowy między Rzeczpospolitą Polską a republiką Grecką podpisany w Warszawie 4.1.1932r., Dz. U. Nr 66, poz. 614.
22. Konwencja nordycka zawarta w Kopenhadze w dniu 7 listopada 1933 r. (League of Nations Treaty Series (LNTS) Nr 155 z 1935 r..
23. Konwencja w sprawie prawa międzynarodowego prywatnego, zwana także Konwencją hawańską, przyjęta na VI Konferencji Interamerykańskiej w Hawanie w dniu 20 lutego 1928 r., League of Nations Treaty Series (LNTS) nr 86 z 1929r.
24. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 14.10.1966.

## **Akty UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade. Komisja Międzynarodowego Prawa Handlowego Organizacji Narodów Zjednoczonych)**

1. UNCITRAL Legislative Guide (2004).
2. UNCITRAL Practice Guide (2009).
3. Ustawa Modelowa UNCITRAL o transnarodowej upadłości.
4. Ustawa Modelowa UNICITRAL o międzynarodowym arbitrażu handlowym.

## **Inne dokumenty ONZ**

1. Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Report on UNCITRAL – INSOL Judicial Colloquium on Cross-Border Insolvency z dnia 19.05.1994 r.
2. Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Possible Future Work, Note by the Secretariat, Addendum, Cross-border insolvency z dnia 23.06.1993 r.
3. Dokument Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych: Report on UNCITRAL – INSOL Judicial Colloquium on Cross-Border Insolvency z dnia 12.04.1995 r.

## **Akty prawne Stanów Zjednoczonych**

1. Bankruptcy Amendments and Federal Judgeship Act of 1984, Pub. L. No 98-353, 98 Stat. 333-92
2. Bankruptcy Reform Act of 1978. Pub. L. 95-598, 92 Stat 2549-2688
3. Federal Rules of Bankruptcy Procedure
4. Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki, 17.09.1787
5. Public Law 109-8: Bankruptcy Prevention and Consumer Protection Act of 2005
6. Telecommunications Act of 1996, Pub. LA. No. 104-104, 110 Stat. 56 (1996)
7. United States Code: Title 9 Arbitration
8. United States Code: Title 11 Bankruptcy
9. United States Code: Title 28 Judiciary and Procedure

### **Akty prawne Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii**

1. Enterprise Act 2002
2. Arbitration Act 1996
3. Insolvency Act 1986
4. Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act 1933

### **Akty prawne Irlandii**

1. Konstytucja Irlandii, uchwalona przez Naród dnia 1 lipca 1937 r., tłum. S. Grabowska
2. Arbitration Act 2010: Number 1 of 2010
3. Arbitration Act 1954: Number 26 of 1954
4. Bankruptcy Act 1988: Number 27 of 1988
5. Personal Insolvency Act 2012: Number 44 of 2012
6. Limited Partnership Act 1907
7. Partnership Act 1890
8. Debtors Act (Ireland) 1872
9. Act for Determining Differences by Arbitration, 1698

### **Akty prawne Kanady**

1. R.S.C (Revised Statutes of Canada) 1985

### **Orzecznictwo sądów amerykańskich**

1. Am. Express Co. V. Italian Colors Rest., 133 S. Ct. 2304 (2013)
2. Arthur Andersen LLP v. Carlisle, 129 S. Ct 1896 (2009)
3. Asphalt Refining Co. v. Trinidad Lake Petroleum Co, 222 Fed. 1006 (C. C. A. 2nd 1915)
4. AT&T Mobility v. Conception, 131 S. Ct. 1740 (2011)
5. Brad H. v. City of New York, 17 N.Y.3d 180, 928 N.Y.S.2d 221, 951 N.E.2d 743, 746 (2011)
6. Central Virginia Community College v. Katz, 546 U.S. 356 (2006)
7. Century Indem. Co. v. Certain Underwriters at Lloyd's, London, 584 F.3d 513, 532 (3d Cir. 2009)
8. Granite Rock Co. V. Int'l Brotherhood of Teamsters, 130 S. Ct. 2847 (2010)

9. *Greenfield v. Philles Records, Inc.*, 98 N.Y.2d 562, 750 N.Y.S.2d 565, 780 N.E.2d 166, 170 (2002)
10. *In re Jay Tien Chiang, Debtor*, 437 B. R. 397, United States Bankruptcy Court, C.D California., Sept. 3, 2010
11. *In re NORTEL NETWORKS INC., et al., Debtors Joint Administrators for Nortel Networks UK Limited and Certain of its Affiliates Located in the Region Known as Emea, Appellants.*, 737 F.3d 265 United States Court of Appeals, Third Circuit, No. 13–2739, Argued Oct. 8, 2013, Opinion Filed: Dec. 6, 2013
12. *In re White Mountain Mining*, 403 F. 3rd 164, 170 (4th Cir. 2005)
13. *In Re: Takata Airbag Products Liability Litigation*, Master Case No: 1:15-MD-02599-FAM
14. *Marblegate Asset Management LLC. v Education Management Corporation*, No 14 CIV. 8584 (KPF) 2015 WL 3867643 (Bankr. S.D.N.Y. June 23, 2015)
15. *Matter of Nat'l Gypsum*, 118 F. 3d 1056, 1069 (5th Cir. 1997)
16. *Meehancombs Global Credit Opportunities Master Fund, LP et al v Caesars Entertainment et al*, No. 14-CV-7091 (SAS) (S.D.N.Y. January 15, 2015)
17. *Northern Pipeline*, 458 U. S
18. *Oxford Health Plans LLC v. Sutter*, 133 S. Ct. 2064 (2013)
19. *Penn Plaza LLC v. Pyett*, 129 S. Ct. 1456 (2009)
20. *Rent-a-Center, West, Inc. V. Jackson*, 130 S. Ct 2772 (2010)
21. *Schron v. Troutman Sanders LLP*, 20 N.Y. 3d 430 (2013).
22. *Stern v. Marshall*, 546 U.S. 462 (2011)
23. *Stolt-Nielsen S.A. v. Animal Feeders Int'l Corp.*, 130 S. Ct. 1758 (2010)
24. *U.S v. BCCI Holdings (Luxembourg), S.A*, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 310 U.S. App. D. C. 375, March 3, 1995
25. *United States Lines Inc, Re* 197 F.3d 631, 640 (2d Cir. 1999)
26. *Vaden v. Discover Bank*, 129 S. Ct. 1262 (2009); *Hall Street Associates, L.L. C v. Mattel, Inc.*, 552 U.S 576 (2008)
27. *Volt Info. Scis., Inc. v. Bd. of Trs. of Leland Stanford Junior Univ.*, 489 U.S. 468, 479, 109 S.Ct. 1248, 103 L.Ed.2d 488 (1989)

### **Orzecznictwo sądów angielskich**

1. *Fulham Footbal Club Ltd. V. Richards & Anor* [2011] EWCA Civ 855

### **Orzecznictwo sądów irlandzkich**

1. High Court of Ireland Decisions: [2015] IECH 596
2. In re Via Networks (Ireland) Limited [2002] 2 IR 47
3. Galway City Council v. Samuel Kingston Construction Ltd [2010] IESC 18

### **American Bankruptcy Institute Podcasts**

1. American Bankruptcy Institute: „Experts Preview Panel on Navigating Liability Claims in Cross-Border Cases – Ep. 215, 16.04.2018: <https://soundcloud.com/abi-105/abipod-215>
2. Dawson D., McDermott M., American Bankruptcy Institute Podcast: Justice Scalia’s Approach to the Bankruptcy Code and Compared to Judge Gorsuch’s Jurisprudence: <https://soundcloud.com/abi-105/abi-podcast-199>
3. Gerdano S., Sousa M. D.: Stigma Surrounding Personal Bankruptcy Has Increased, Not Decreased, American Bankruptcy Podcast: <https://soundcloud.com/abi-105/abipod-221>

### **Raporty Amerykańskiego Kongresu**

1. Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005, Report of the Committee on the Judiciary House of Representatives, to accompany s. 256, together with Dissenting, Additional Dissenting, And Additional Minority Views, Union Calendar No. 14, 109th Congress 1st Session, Rept. 109-31, Part 1, sec. 1512, <https://www.congress.gov/109/crpt/hrpt31/CRPT-109hrpt31-pt1.pdf>

### **Dokumenty American Legal Institute**

1. ALI NAFTA Principles 2003
2. ALI-III Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases 2012:  
[https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/ALIIII%20Global%20Principles%20booklet\\_0.pdf](https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/ALIIII%20Global%20Principles%20booklet_0.pdf)

### **Dokumenty American Bar Association**

1. Richardson, D. J. „When Bankruptcy Intervenes. The Pros and Cons of Bankruptcy Court Jurisdiction”, *Litigation*, Vol. 44, Nr. 1, 2017  
[https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/litigation\\_journal/fal12017/bankruptcy-court-jurisdiction.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/litigation_journal/fal12017/bankruptcy-court-jurisdiction.authcheckdam.pdf)

### **Dokumenty International Bar Association**

1. Krużewski B., Diehl M., *Arbitration Guide Poland*, 2018, IBA Arbitration Committee
2. IBA Cross-Border Insolvency Concordat, dostępny na [www.ibanet.org](http://www.ibanet.org)

### **Rekomendacje i projekty Ministerstwa Sprawiedliwości**

1. Rekomendacje Zespołu Ministra Sprawiedliwości ds. Nowelizacji Prawa Upadłościowego i Naprawczego z 10.12.2012 r.
2. Ministerstwo Gospodarki, Departament Innowacji i Przemysłu, projekt wer. 3 październik 2010 r., Warszawa 2012, Współpraca: Departament Doskonalenia Regulacji Gospodarczych, Departament Strategii i Analiz, Instytut Allerhanda, Maciej Roch Pietrzak, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Ministerstwo Sprawiedliwości

### **Doniesienia Prasowe i Komunikaty**

1. „Financier Worldwide” Montreal, Maine and Atlantic Railway files for bankruptcy protection
2. „Potrzebna jest promocja arbitrażu w Polsce. Ten polubowny sposób rozwiązywania sporów pozwala firmom na oszczędność czasu i pieniędzy”, *Newseria*, Agencja Informacyjna, 02.11.2016
3. Boffey D., 5.06.2017, Hopes of EU-US trade agreement put on ice, say Brussels sources, “The Guardian”
4. Działania Ministerstwa Sprawiedliwości w przedmiocie mediacji:  
<https://www.mediacja.gov.pl/DZIA-ANIA-MINISTERSTWA-SPRAWIEDLIWO-CI-W-PRZEDMIOCI.html>
5. Gembiś Ł., Powrót arbitrażu do rozstrzygania sporów w budownictwie drogowym, „Rynek Infrastruktury” 2.06.2017

6. Gurgul S., Geneza, zasady i podstawowe instytucje prawa upadłościowego, cz. I, Nr. 6 (153), 2014, <http://www.edukacjaprawnicza.pl/geneza-zasady-i-podstawowe-instytucje-prawa-upadlosciowego-cz-i/>
7. Pawelski Ł., Upadek Syndyków, „Gazeta Finansowa”, 05.07.2017
8. Raś L., Jeśli wejdzie TTIP, europejskie rolnictwo, nie ma szans w konfrontacji z amerykańskim, 22.03.2016, „Dziennik Gazeta Prawna”, 22.03.2016
9. Ruder D. B., The „Water Cooler” Effect, “Harvard Magazine” , May – June 2011
10. Schiesel S., In Newest Deal, Alcatel to buy DCS for Stock, New York Times, 1998
11. Zarówna A., Ile sekretów w arbitrażu?, „Rzeczpospolita” z dn. 19.03.2014 r.
12. Zimmerman P., Sierakowski B., Nowe prawo restrukturyzacyjne i prawo upadłościowe, 20.01.2017 „Dziennik Rzeczpospolita”

### **Raporty i statystyki**

1. Doing Business 2019, Ireland World Bank: <http://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/country/i/ireland/IRL.pdf>
2. European Law Institute, Rescue of Business in Insolvency Law: [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/Instrument\\_INSOLVENCY.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Instrument_INSOLVENCY.pdf)
3. Główny Urząd Statystyczny, Departament Przedsiębiorstw, Wybrane wskaźniki przedsiębiorczości w latach 2012-2016, Warszawa 2018: [stst.gov.pl](http://stst.gov.pl)
4. Główny Urząd Statystyczny: Przedsiębiorstwa niefinansowe powstałe w latach 2011-2015, Warszawa 2017, [https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5502/24/1/1/przedsiębiorstwa\\_niefinansowe\\_powstale\\_w\\_latach\\_2011\\_2015.pdf](https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5502/24/1/1/przedsiębiorstwa_niefinansowe_powstale_w_latach_2011_2015.pdf),
5. Grupy przedsiębiorstw w Polsce w 2015 r., Informacje i Opracowania Statystyczne Głównego Urzędu Statystycznego, Warszawa 2016r., [https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5502/14/8/1/grupy\\_przedsiębiorstw\\_w\\_polsce\\_w\\_2015.pdf](https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5502/14/8/1/grupy_przedsiębiorstw_w_polsce_w_2015.pdf)
6. LCIA Facts and Figures, 2017 Casework Report: <https://www.lcia.org/lcia/reports.aspx>

7. Raport Euler Hermes: Negatywne Perspektywy dla Polskiej Gospodarki to już rzeczywistość: [http://www.eulerhermes.pl/euler-hermes-w-polsce/centrum-prasowe/wiadomosci/Pages/190718\\_Negatywne-perspektywy-dla-polskiej-gospodarki-to-ju%C5%BC-rzeczywisto%C5%9B%C4%87---rekordowa-liczba-niewyp%C5%82acalno%C5%9Bci.aspx](http://www.eulerhermes.pl/euler-hermes-w-polsce/centrum-prasowe/wiadomosci/Pages/190718_Negatywne-perspektywy-dla-polskiej-gospodarki-to-ju%C5%BC-rzeczywisto%C5%9B%C4%87---rekordowa-liczba-niewyp%C5%82acalno%C5%9Bci.aspx)
8. Raport PwC: Upadłość i restrukturyzacje w Polsce. Wskaźniki prognozujące trudności finansowe oraz wybrane skutki zmian w przepisach z zakresu upadłości i restrukturyzacji: <https://www.pwc.pl/pl/pdf/upadlosci-restrukturyzacje-w-polsce-2017-raport-pwc.pdf>
9. Siemaszko A., Ostaszewski P., Efektywność kosztowa sądownictwa powszechnego, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2013, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/Efektywno%C5%9B%C4%87-s%C4%85downictwa-powszechnego-oprac-12.pdf>
10. Statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości dotyczące Mediacji: <http://mediacja.gov.pl/Statystyki.html>
11. Virgos M., Schmitt E., Report on the Convention of Insolvency Proceedings, Council of the European Union, Brussels, 3 May, 1996 r.: [https://www.r3.org.uk/media/documents/technical\\_library/Legislation/Virgos-Schmit-Report.pdf](https://www.r3.org.uk/media/documents/technical_library/Legislation/Virgos-Schmit-Report.pdf)

### **Insolvency Service of Ireland**

1. Debtor's Guide to Bankruptcy, January 2016, [https://www.isi.gov.ie/en/ISI/Bankruptcy\\_Guide\\_Jan\\_2016.pdf/Files/Bankruptcy\\_Guide\\_Jan\\_2016.pdf](https://www.isi.gov.ie/en/ISI/Bankruptcy_Guide_Jan_2016.pdf/Files/Bankruptcy_Guide_Jan_2016.pdf)
2. Insolvency Service of Ireland Statistics Quarter 3 2018: <http://www.isi.gov.ie/en/ISI/ISI%20Quarterly%20Statistics%202018%20Q3%20Final.pdf/Files/ISI%20Quarterly%20Statistics%202018%20Q3%20Final.pdf>

### **Insolvency Service of England**

1. McDaid M., The Insolvency Service, Official Statistics (Experimental) Corporate insolvencies by size, age and location, 2015 – 2017, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/758492/Commentary.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/758492/Commentary.pdf)



## **Inne**

1. Adoption of Mediation Program for Bankruptcy Cases and Adversary Proceedings, United States Bankruptcy Court For The Central District of California, <https://www.cacb.uscourts.gov/sites/cacb/files/documents/general-orders/3rd%20Amended%20G.O.%2095-01.pdf>
2. Adoption of Mediation Program for Bankruptcy Cases and Adversary Proceedings, United States Bankruptcy Court For The Central District of California, <https://www.cacb.uscourts.gov/sites/cacb/files/documents/general-orders/3rd%20Amended%20G.O.%2095-01.pdf>
3. National Economic & Social Development Office of Ireland, The Social Dimensions of the Crisis: The Evidence and its Implications, Executive summary
4. New York Stock Exchange Arbitration Rules: <https://www.finra.org/sites/default/files/ArbMed/p117075.pdf>

## **Strony internetowe**

12. Arbitration Ireland: <https://www.arbitrationireland.com>
13. Encyklopedia Gazety Prawnej: <http://www.gazetaprawna.pl/encyklopedia>
14. Encyklopedia zarządzania: <https://mfiles.pl/pl/>
15. International Insolvency Institute: [www.iiiglobal.org](http://www.iiiglobal.org)
16. Official Information Website for the Takata Settlement: <https://www.autoairbagsettlement.com/en>
17. SAKIG Oficjalna Strona Internetowa: <https://www.sakig.pl/>
18. GCC: <http://www.gcccac.org/en>
19. ICC Digital Library: <http://library.iccwbo.org>
20. Ireland Insolvency Service: <http://www.isi.gov.ie>
21. Encyclopaedia Britannica: [www.britannica.com](http://www.britannica.com)