

# **KONKURS ARBITRAŻOWY LEWIATAN**

**IV EDYCJA**

## **POZEW**

**ALICJA WOLNY • ŻANETA ROGOŃ • MAŁGORZATA CHOLEWA**

**OKRĘGOWA RADA ADWOKACKA W WARSZAWIE**

Warszawa, 15 lutego 2015 r.

Warszawa, dnia 8 lutego 2015 roku

**Sąd Arbitrażowy przy**

**Konfederacji Lewiatan**

ul. Zbyszka Cybulskiego 3

00-727 Warszawa

**Powód:** Pandora Sp. z o.o.<sup>1</sup>, ul. Reczna 1, 01- 456 Warszawa

reprezentowany przez:

adwokatów: Małgorzatę Cholewę, Żanetę Rogoń, Alicję Wolny

Zeus i Wspólnicy Sp. k.

ul. Olimpijska 15/6, 01-456 Warszawa

**Pozwany:** Kasandra S. à r. l.<sup>2</sup>, 23-29, Rives de Clausen, L-2165 Luxembourg

**W.p.s.:** **20 000 000, 00 zł** (*słownie: dwadzieścia milionów złotych 00/100*)

**Pozew**

Działając w imieniu Pandora Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Recznej 1 wnosimy o:

1. Zasądzenie na rzecz Powoda 20 000 000, 00 zł (*słownie: dwadzieścia milionów złotych 00/100*) tytułem ceny za nabycie udziałów w spółce Zefir Sp. z o. o.<sup>3</sup> w wyniku przyjęcia przez Pandorę Oferty 1 ze względu na poważne naruszenie Umowy Generalnej z dnia 25 maja 2009 roku<sup>4</sup> przez Pozwanego;
2. Udzielenie przez Sąd Arbitrażowy przy Konfederacji Lewiatan<sup>5</sup> na podstawie § 36 Regulaminu tegoż Sądu Arbitrażowego<sup>6</sup> zabezpieczenia roszczenia Powoda poprzez:
  - zajęcie udziałów w spółce Zefir;
  - zajęcie wierzytelności z rachunku bankowego o nr 53 0089 0769 9804 9876 0000 4560 prowadzonego przez AtenaBank S.A., którego posiadaczem jest Pozwany do kwoty 20 000 000 zł;

---

<sup>1</sup> Dalej: „**Powód**” lub „**Pandora**”;

<sup>2</sup> Dalej: „**Pozwany**” lub „**Kasandra**”;

<sup>3</sup> Dalej: „**Spółka celowa**” lub „**Zefir**”;

<sup>4</sup> Dalej: „**Umowa Generalna**” lub „**Umowa**”;

<sup>5</sup> Dalej: „**Sąd Arbitrażowy**” lub „**Sąd polubowny**”;

<sup>6</sup> Dalej: „**Regulamin SA**”.

3. Powołanie na podstawie § 36 ust. 4 Regulaminu SA oraz § 1 i 2 Załącznika II do Regulaminu SA Arbitra Doręcznego w celu wydania postanowienia w przedmiocie środka zabezpieczającego przed rozpoznaniem powództwa w pozostałym zakresie;
4. Zasądzenie od Pozwanego na rzecz Powoda kosztów postępowania według spisu kosztów przedstawionego na rozprawie w tym kosztów finansowania zewnętrznego w wysokości 30% zasądzonych roszczenia oraz kosztów zastępstwa procesowego.
5. Dopuszczenie dowodów z dokumentów powołanych w treści pozwu.

Jednocześnie stosownie do § 6 ust. 3 w zw. z § 16 ust. 2 pkt f Regulaminu SA, Powód powołuje na arbitra Andrzeja Górnego zamieszkałego w Warszawie i podaje jego adres oraz inne dane kontaktowe: Andrzej Górny, ul. Krucza 15, 01-456 Warszawa, andrzej.gorny@plot.pl.

### Uzasadnienie

#### Stan faktyczny

- (1) Na mocy Umowy Generalnej Powód i Pozwany postanowili wybudować farmę wiatrową w Łebie („**Farma Wiatrowa**”) w celu czerpania zysków ze wspólnego przedsięwzięcia. W tym celu została zawiązana spółka celowa – Zefir, której jedynym udziałowcem był Powód. Rolą Pozwanego w całym przedsięwzięciu było poddzierżawianie nieruchomości w Łebie („**Nieruchomość**”) oraz udzielenie pożyczki Zefirowi na sfinansowanie projektu. Corocznie Zefir miał wypłacać Pandorze dywidendę z zysku za rok ubiegły, a Kasandrze odpowiednią kwotę tytułem spłaty pożyczki oraz czynszu dzierżawnego. Zefir rozpoczął swoją działalność w pełnym wymiarze w 2012 roku przynosząc zysk w kwocie 6 000 000 zł netto.

**Dowód:** Umowa Generalna z dnia 25 maja 2009 roku;

E-mail z 21.12.2012 r. od Radosława Kozieluka do Franza Nowaka.

- (2) W 2013 r. doszło do kryzysu na rynku świadectw pochodzenia energii z odnawialnych źródeł.<sup>7</sup> W związku z tym, Zefir nie osiągnął planowanego zysku, a sytuacja na rynku nie wskazywała, by w najbliższym czasie nadrobił zaistniały spadek. W tych okolicznościach, strony postanowiły spotkać się w trybie § 15 Umowy Generalnej – tzw. klauzuli hardship umożliwiającej renegotjowanie Umowy Generalnej po zaistnieniu istotnej zmiany realiów ekonomicznych, na których strony polegały w chwili zawierania Umowy. Spotkanie odbyło się w dniu 13.11.2013 r. i zostało zakończone wnioskiem, iż „*wprowadzanie jakichkolwiek zmian do umowy na tym etapie jest stanowczo przedwczesne*”.

---

<sup>7</sup> Dalej: „**Prawa Majątkowe**” lub „**Zielone Certyfikaty**”.

**Dowód:** E-mail z 16.10.2013 r. od Franza Nowaka do Radosława Kozieluka;  
E-mail z 18.10.2013 r. od Radosława Kozieluka do Franza Nowaka;  
E-mail z 18.10.2013 r. od Franza Nowaka do Radosława Kozieluka;  
Notatka ze spotkania z 13.11.2013 r.

(3) W 2014 r. sytuacja na rynku Zielonych Certyfikatów nie uległa zmianie i w związku z tym Powód ponownie wezwał Pozwanego do wszczęcia negocjacji w trybie § 15 Umowy. Pozwany jednak odmówił przystąpienia do rozmów.

**Dowód:** E-mail z 2.05.2014 r. od Franza Nowaka do Radosława Kozieluka;  
E-mail z 8.05.2014 r. od Radosława Kozieluka do Franza Nowaka.

(4) Mając na względzie nielojalne zachowanie Pozwanego oraz fakt, że dokonał on poważnego naruszenia Umowy, Pandora złożyła oświadczenie o przyjęciu Oferty 1 z dnia 1.06.2009 r.<sup>8</sup>, wzywając Pozwanego do uiszczenia kwoty 20 000 000 zł tytułem zapłaty za wartość zbywanych udziałów. Mechanizm opcyjny został przez strony przewidziany na wypadek naruszenia Umowy przez którąkolwiek z nich, umożliwiając albo – zbycie swoich udziałów w Zefirze przez Powoda na rzecz Pozwanego, albo nabycie udziałów w Zefirze przez Pozwanego od Powoda.

**Dowód:** Oferta 1 z 1.06.2009;  
Oświadczenie o przyjęciu Oferty 1 przez Pandorę z 7.10.2014 r.

(5) Kasandra do tej pory nie wpłaciła żądanej kwoty, bezpodstawnie kwestionując podstawy roszczenia. Nie przystąpiła również do negocjacji w celu ugodowego zakończenia sporu, do których została wezwana przez Powoda w dniu 12.12.2014 r.

**Dowód:** Wezwanie do podjęcia negocjacji w celu ugodowego zakończenia sporu z 12.12.2014 r.

### **Stan prawny**

#### **I. Hardship**

##### **a. Naruszenie klauzuli hardship przez Pozwanego**

(6) Umowa zawiera w § 15 tzw. klauzulę hardship, uprawniającą do żądania wszczęcia negocjacji w dobrej wierze przez każdą ze stron po spełnieniu się enumeratywnie wymienionych przesłanek. Jako hardship zakwalifikować należy dwie sytuacje, które mogą wystąpić łącznie, aczkolwiek wystąpienie choć jednej z nich wystarcza do uruchomienia mechanizmu renegocjacyjnego – istotną negatywną (i) zmianę przepisów prawa lub (ii) realiów ekonomicznych, na których strony polegały w czasie zawierania Umowy, która to zmiana negatywnie wpływałaby na możliwość wykonania

---

<sup>8</sup> Dalej: „Oferta 1”.

umowy przez jedną ze stron lub powodowałyby, że jej wykonanie skutkowałoby rażącą stratą dla jednej ze stron.

- (7) Zawierając Umowę, strony przewidywały w swoim wspólnym biznesplanie zyski na poziomie około 3 mln zł rocznie netto. Przy czym w latach 2012 – 2014 zysk na poziomie 3 mln zł netto, wahający się w latach późniejszych pomiędzy 2,5 mln zł a 3,5 mln zł netto. Powyższe założenia były zgodne z ówczesną sytuacją na rynku Praw Majątkowych wynikającą z ich średniej ceny, która wahała się w granicach od 240 zł/MWh energii (2006 r.) do 258,89 zł/MWh w 2009 r. przy obowiązku wykazania odpowiedniego udziału odnawialnych źródeł energii<sup>9</sup> w podaży energii finalnej na systematycznie większym poziomie – przykładowo w 2006 r. było to 3,6 %, podczas gdy w 2009 r. już 8,7 %. Strony dały wyraz tym kalkulacjom w załączniku nr 5 do Umowy, stanowiącym wspólny biznesplan. Tak kreowały się realia ekonomiczne, na których strony polegały w czasie zawierania Umowy Generalnej.
- (8) Jak wynika ze wzajemnej korespondencji Pandory i Kasandry, problem rentowności inwestycji rozpoczął się w 2013 r., kiedy to doszło do gwałtownego załamania cen Praw Majątkowych. Sytuacja ta doprowadziła do braku zysku po stronie Zefira, a w konsekwencji braku dywidendy dla Pandory za 2013 r.
- (9) Jak wynika ze źródeł informacyjnych powszechnie dostępnych w tamtym okresie, powyższe załamanie na rynku było wynikiem drastycznych zmian w zakresie cen Zielonych Certyfikatów. Sytuacja to dotknęła wszystkich przedsiębiorców czerpiących zyski z odnawialnych źródeł energii: „*obserwowany od kilkunastu miesięcy postępujący spadek wartości świadectw pochodzenia notowanych na Towarowej Gieldzie Energii, który na przełomie lat 2012/2013 osiągnął drastyczny wymiar(...)*”<sup>10</sup> lub też „*Polska Rada Koordynacyjna OZE, reprezentująca 19 stowarzyszeń branżowych i kilkuset przedsiębiorców, niniejszym informuje opinię publiczną oraz organy władzy wykonawczej i ustawodawczej, że narastające od kilku miesięcy zagrożenie bankructwem dla firm, które w ostatnich latach uruchomiły projekty inwestycyjne w polskiej energetyce o wartości kilkunastu miliardów złotych weszło w fazę krytyczną*”.<sup>11</sup> Powyższe

---

<sup>9</sup> Dalej: „OZE”

<sup>10</sup> Szczegółowe stanowisko PIGEO, *op. cit.*;

<sup>11</sup> Polska Rada Koordynacyjna OZE, Drastyczny spadek cen zielonych certyfikatów może spowodować załamanie inwestycji w OZE w Polsce, artykuł z dnia 31 stycznia 2013 roku, <http://odnawialnezrodlaenergii.pl/oze-aktualnosci/item/180-drastyczny-spadek-cen-zielonych-certyfikat%C3%B3w-może-spowodować-załamanie-inwestycji-w-oze-w-polsce>.

w sposób jednoznaczny wskazuje, że realia ekonomiczne na rynku Praw Majątkowych uległy we wskazanym czasie krytycznemu pogorszeniu, co nie było jedynie gołosłownym twierdzeniem Pandory.

- (10) W tej sytuacji Pandora postanowiła, zgodnie z § 15 Umowy, wezwać Kasandrę do negocjacji celem dostosowania jej warunków do nowej sytuacji ekonomicznej. Kasandra niezwłocznie wyraziła swoją aprobatę. Wobec czego bezspornym jest, że w tamtym okresie doszło do spełnienia przesłanek uruchamiających mechanizm hardship. Kasandra nie kwestionowała tej okoliczności i w konsekwencji, przystąpiła do negocjacji. Podsumowując – w październiku 2013 r. doszło do istotnej negatywnej zmiany realiów ekonomicznych, na których strony Umowy Generalnej polegały w czasie jej zawierania, która to zmiana wpływała na możliwość wykonania umowy przez Pandorę lub powodowała, że jej wykonanie skutkowałoby rażącą stratą po jej stronie. Jest to okoliczność bezsporna.
- (11) W dniu 13.11.2013 r. strony spotkały się na negocjacjach prowadzonych w trybie § 15 Umowy. Strony wspólnie podjęły decyzję, że na obecnym etapie renegecjonowanie Umowy byłoby przedwczesne.
- (12) Niestety sytuacja na rynku Zielonych Certyfikatów nie uległa polepszeniu i w dniu 2.05.2014 r. Pandora ponownie wystosowała do Kasandry wnioski w trybie § 15 Umowy o wszczęcie negocjacji. Niestety tym razem Kasandra nie wyraziła woli podejścia do negocjacji i odpowiedniego dostosowania Umowy. Pozwany podniósł, że (i) na spotkaniu w dniu 13.11.2013 r., strony uzgodniły, że zaistniała sytuacja nie uprawnia do skorzystania z mechanizmu hardship, a (ii) Pandora w ponownym wezwaniu do wszczęcia negocjacji nie przedstawiła żadnych nowych okoliczności uzasadniających wszczęcie negocjacji.
- (13) Z takim stanowiskiem Kasandry nie sposób się zgodzić. W pierwszej kolejności podnieść należy, że zgodnie z notatką ze spotkania z dnia 13.11.2013 r., strony nie ustaliły, że zaistniała sytuacja nie uprawnia do skorzystania z dobrodziejstwa klauzuli hardship i renegecjonowania Umowy. Uznano jedynie, że *„wprowadzanie jakichkolwiek zmian do umowy na tym etapie jest stanowczo przedwczesne”*. W sposób jednoznaczny z powyższego stwierdzenia wynika, że strony były przygotowane na konieczność renegecjonowania Umowy, jeśli sytuacja pozostanie na co najmniej takim samym poziomie w długiej perspektywie czasowej.
- (14) Po drugie, wskazać należy, że twierdzenia Kasandry jakoby nie doszło do powstania nowych okoliczności od dnia 13.11.2013 r., co skutkowało brakiem obowiązku po jej stronie do przystąpienia do negocjacji są całkowicie nieuzasadnione. Zgodnie bowiem z § 15 Umowy, strony

zobowiązane są do wszczęcia negocjacji w dobrej wierze w przypadku istotnej negatywnej zmiany m.in. realiów ekonomicznych, na których strony polegały w czasie zawierania Umowy Generalnej, a nie jak twierdzi Kasandra – istotnej zmiany realiów ekonomicznych od ostatniego spotkania odbywającego się w trybie § 15. Wynika to z literalnej wykładni tego postanowienia, jak i z samego celu wprowadzania klauzuli hardship do kontraktów.

- (15) Pandora stoi na stanowisku, że wobec tak przedstawionej argumentacji faktycznej i prawnej, nieuzasadnionym jest wykazywać, że zaistniała zmiana realiów ekonomicznych negatywnie wpływa na wykonanie Umowy przez Pandorę, gdyż poniekąd zostało to już przez Kasandrę przyznane poprzez przystąpienie do pierwszych negocjacji w dniu 13.11.2013 r. Sporną wydawała się jedynie okoliczność jak owa zmiana realiów ekonomicznych winna być umiejscowiona w czasie, co jednak zostało powyżej wyjaśnione przez Powoda. Dlatego też Powód jedynie z ostrożności procesowej, wskaże okoliczności, które powodują, że zmiana realiów ekonomicznych negatywnie wpływa na możliwość wykonania Umowy przez Pandorę.
- (16) Ze zgromadzonej dokumentacji wynika, że (i) zaistniała sytuacja ekonomiczna na rynku Zielonych Certyfikatów doprowadziła do tego, że Pandora odnotowuje straty na projekcie Zefir, (ii) zaistniał realny brak możliwości odzyskania środków zainwestowanych w projekt przez Pandorę, (iii) biznesplan, stanowiący nieodłączny element Umowy Generalnej, nie jest realizowany, a co najważniejsze z punktu widzenia Pozwanego – (iv) Kasandra nie otrzymuje spłaty udzielonej pożyczki, bo brak na to środków. Zatem nie podlega żadnym wątpliwościom, że Pandora jest w sytuacji, która negatywnie wpływa na możliwość wywiązania się przez nią z obowiązków nałożonych Umową, co w niedługim czasie będzie skutkowało rażąco strata powstałą po jej stronie.
- (17) Wobec spełnienia się przesłanek do uruchomienia mechanizmu hardship, zgodnie z § 15 ust. 2 Umowy, Kasandra miała obowiązek wzięcia udziału w negocjacjach: „2. Strona, która otrzymała wezwanie do negocjacji sporządzone w oparciu o powyższy ustęp, jest zobowiązana podjąć negocjacje. Strony będą negocjować w dobrej wierze. W szczególności Strony będą odpowiadać na wzajemne propozycje i uzasadniać swoje stanowiska.” Kasandra jako strona która otrzymała wezwanie do negocjacji była zobowiązana do nich przystąpić, jeśli zaistniały okoliczności uzasadniające skorzystanie z mechanizmu hardship. Jak ogólnie przyjmuje się w orzecznictwie: „zastrzeżenie w umowie klauzuli renegocjacyjnej nakłada na obie jej strony obowiązek podjęcia rokowań w razie zmiany okoliczności wskazanych w tej klauzuli oraz obowiązek współdziałania w celu dostosowania treści stosunku umownego do zmienionych okoliczności.”<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 8 maja 2002 roku, sygn. akt I ACa 250/02.

(18) Kasandra przystąpiła do negocjacji w dniu 13 listopada 2013 roku, na skutek pierwszego wniosku Pandory. Jednakże w odpowiedzi na kolejny wniosek, już nie udzieliła swojej aprobaty w tym zakresie, pomimo tego, że (jak wykazano powyżej), spełnione zostały przesłanki do zastosowania hardship. Tym samym doszło do naruszenia klauzuli hardship przez Kasandrę.

#### **b. Naruszenie klauzuli hardship jako poważne naruszenie Umowy Generalnej**

(19) Zgodnie z postanowieniami Oferty 1, mogła ona zostać przyjęta przez Pandorę tylko w przypadku poważnego naruszenia Umowy. Podczas gdy, materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie nie przesądza z jakiego rodzaju naruszeniem mamy do czynienia przy naruszeniu klauzuli hardship – czy jest to zwykłe naruszenie umowy czy można je zakwalifikować jako naruszenie poważne, które uprawniałoby Pandorę do skorzystania z Oferty 1. Zarówno Umowa jak i Oferta 1 milczą na temat interpretacji wyrażenia „*poważne naruszenie umowy*”.

(20) W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga jednak okoliczność, że Kasandra w żadnym swoim piśmie nie kwestionuje tego, że naruszenie hardship stanowi poważne naruszenie Umowy. Podnosi jedynie argumenty na poparcie tezy, że do naruszenia nie doszło, wskazując jednakże, że nawet gdyby do takiego naruszenia doszło to rzeczywiście Pandora mogła skorzystać z Oferty 1, kwestionując przy tym jedynie podaną cenę za zbywane udziały. Dlatego też, Pandora wyłącznie z ostrożności procesowej przedstawi poniżej argumenty przemawiające za przyjęciem, że naruszenie klauzuli hardship stanowi poważne naruszenie Umowy, uprawniające do skorzystania ze złożonych przez strony nieodwołalnych ofert.

(21) Jak wskazuje praktyka, klauzule renegocjacyjne są powszechnie stosowane zwłaszcza w międzynarodowych umowach handlowych, lecz nie tylko – m.in. również w umowach o świadczenie usług medycznych, które posiadają tego typu klauzule, w celu umożliwienia renegocjacji umowy w przypadku przekroczenia ilości świadczeń wykonanych w stosunku do świadczeń przewidzianych takimi umowami, wówczas wprowadza się możliwość renegocjowania ich ceny.<sup>13</sup> Wniosek z tego taki, że klauzule renegocjacyjne wprowadza się najczęściej do umów, które są obarczone pewnym ryzykiem zmian m.in. ekonomicznych, które mogą wpłynąć negatywnie na rentowność danego przedsięwzięcia. Niewątpliwie prowadzi to do konstatacji, że bez istnienia takiej klauzuli w umowie, tego typu kontrakty nie miałyby racji bytu, gdyż strony nie zdecydowałyby się na rozpoczęcie danego przedsięwzięcia nie zapewniając sobie jednocześnie „wentylu bezpieczeństwa” w postaci możliwości renegocjowania warunków stosunku umownego,

---

<sup>13</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 8 maja 2002 roku, sygn. akt I ACa 250/02; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 maja 2005 roku, sygn. akt IV CSK 8/05.



na którym zostało ono oparte. W przekonaniu Powoda, takim właśnie przedsięwzięciem jest inwestycja w postaci farmy wiatrowej. Inwestor musi bowiem przewidywać, że zmiana sytuacji na rynku doprowadzi do negatywnych skutków dla przedsięwzięcia. Stąd, Pandora nie mogła pozwolić sobie na brak takiego zastrzeżenia w Umowie. Można w tym miejscu pokusić się o stwierdzenie, że gdyby brak takiej klauzuli, Pandora nie podjęłaby się takiej inwestycji. Inni przedsiębiorcy działający w tej samej branży również zawarli podobne klauzule w swoich umowach, czego najlepszym dowodem jest fakt, że jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego, rozpoczęli renegecje zawartych umów w związku z kiepską sytuacją na rynku.

(22) Ponadto, argumentem przemawiającym za istotnością klauzuli hardship w Umowie jest również okoliczność, że strony miały obowiązek wszcząć negocjacje w dobrej wierze po ziszczeniu się przesłanek z § 15 Umowy. Skoro zatem strony miały obowiązek przystąpić do renegecji, to naruszenie tego obowiązku należy niewątpliwie zakwalifikować jako poważne naruszenie umowy ze strony Kasandry.

## **II. Mechanizm rozwiązania Umowy Generalnej w przypadku naruszenia klauzuli hardship skonstruowany został jako umowy opcji sprzedaży/kupna udziałów**

### **a. Umowy opcji sprzedaży/kupna udziałów**

(23) Zgodnie z doktrynalną definicją umowa opcji jest „*umową, w której jedna ze stron przyznaje stronie drugiej lub strony przyznają sobie wzajemnie, prawo (kształtujące) powołania do życia przez jednostronne oświadczenie woli stosunku prawnego i to takiego, jaki zwykle powstaje między stronami na podstawie umowy*”<sup>14</sup>. W niniejszej sprawie pomiędzy stronami doszło do zawarcia umów opcji co wynika z korespondencji e-mailowej pomiędzy stronami z dnia 16.05.2009 r. Zgodnie ze wskazanymi wiadomościami e-mail w przypadku poważnego naruszenia Umowy Generalnej przez jedną ze stron, druga otrzymywała opcję sprzedaży bądź kupna udziałów w spółce Zefir po określonej przez strony cenie. Ze względu na fakt, iż Pozwany naruszył Umowę (co wykazane zostało w punkcie I B niniejszego pozwu), Powód dnia 7.10.2014 r., oświadczył na piśmie, że przyjął ofertę nabycia udziałów w spółce Zefir, należących do Pandory przez Kasandrę. Powód skorzystał, więc z przysługującego mu na podstawie umowy opcji prawa do powołania stosunku prawnego w drodze jednostronnego oświadczenia woli.

<sup>14</sup> M. Gutowski. *Umowa opcji*. Kraków 2003 s. 100-13 oraz J. Gwiazdomorski. *Umowa przedwstępna w kodeksie zobowiązań*. Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne. 1935 t. XXX s. 439 [cytowane w:] A. Jakubiec. *Problem losowego charakteru umowy opcji*. PPH 7/2010. s. 12.

**b. Ofertowy mechanizm wykonania umów opcji - oferta sprzedaży udziałów jest ważna i skuteczna**

(24) W przedmiotowej sprawie umowy opcji zostały skonstruowane jako dwie nieodwołalne oferty sprzedaży i kupna udziałów w spółce Zefir. Zgodnie z T. Kańskim ze względu na fakt, iż umowa opcji nie została uregulowana w Polsce, to są one najczęściej konstruowane w oparciu o ofertę lub też umowę przedwstępną<sup>15</sup>. W przypadku zawarcia umowy opcji sprzedaży udziałów w drodze oferty, do zawarcia umowy sprzedaży dochodzi w momencie przyjęcia oferty przez posiadacza opcji<sup>16</sup>. W niniejszej sprawie doszło, więc do zawarcia umowy sprzedaży udziałów dnia 7.10.2014 r. poprzez przyjęcie przez Pandorę oferty Kasandry. Zgodnie z art. 66 § 1 KC<sup>17</sup> oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Oferta 1 z dnia 1.06.2009 r. powinna, więc zawierać istotne postanowienia umowy sprzedaży udziałów. Zgodnie z M. Wojewodą „treść oferty powinna pozwolić antycypować powstanie odpowiednio zindywidualizowanego stosunku umownego, dając podstawy do ustalenia z góry: 1) podmiotów (stron) proponowanej umowy, 2) jej przedmiotu, czyli powinnego zachowania, którego umowa dotyczy (w stosunkach zobowiązaniowych chodzi o wskazanie świadczenia dłużnika), oraz 3) treści stosunku umownego, którą wyznaczają poszczególne prawa i obowiązki stron.”<sup>18</sup>. Oferta 1 wskazuje strony umowy, określa ilość udziałów i wskazuje jakie to udziały, cenę za ich nabycie oraz termin na przyjęcie oferty. Oferta 1 posiada, więc wszystkie istotne postanowienia umowy sprzedaży udziałów. Oferta 1, jak i jej przyjęcie z dnia 7.10.2014 r. posiada także odpowiednią formę, zarówno Oferta 1, jak i pismo z dnia 7.10.2014 r. zostały złożone w formie pisemnej z notarialnie poświadczonymi podpisami zgodnie z art. 180 Kodeksu spółek handlowych<sup>19</sup>. W konsekwencji dnia 7.10.2014 r. w drodze przyjęcia oferty przez Pandorę doszło do zawarcia pomiędzy stronami umowy sprzedaży udziałów. Pozwany nie zapłacił

---

<sup>15</sup> T. Kańskim .W jaki sposób mogą być sformułowane umowy opcji kupna udziałów lub akcji. Gazeta Prawna. [http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/419935,w\\_jaki\\_sposob\\_moga\\_byc\\_sformulowane\\_umowy\\_opcji\\_kupna\\_udzialow\\_lub\\_akcji.html](http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/419935,w_jaki_sposob_moga_byc_sformulowane_umowy_opcji_kupna_udzialow_lub_akcji.html);

<sup>16</sup> Ibidem;

<sup>17</sup> Dalej: „KC”;

<sup>18</sup> M. Wojewoda [w:] Książak Paweł (red.), Pyziak-Szafnicka Małgorzata (red.). *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*. LEX, 2014;

<sup>19</sup> Dalej: „KSH”.

jednak należnej Powodowi ceny za nabycie udziałów w spółce Zefir. Wskazanej kwoty Powód domaga się w niniejszym postępowaniu.

**c. Cena sprzedaży udziałów wskazana przez Powoda jest zasadna**

(25) Zgodnie z Ofertą 1 cena za sprzedaż wszystkich udziałów w spółce Zefir wynosi 10-krotność dywidendy wypłaconej Pandorze przez Zefir w poprzednim roku. Cena nie może jednak przewyższać dywidendy, jaką Pandora otrzymałaby do końca trwania Umowy z dnia 29 maja 2009 r. zgodnie z prognozami zamieszczonymi w Załączniku nr 5 do tej umowy. Pozwany w piśmie z dnia 8.10.2014 r. wskazał, że cena za udziały w spółce Zefir powinna wynieść 0 zł, ponieważ w 2013 r. Zefir nie przyniósł żadnych zysków. Taka argumentacja Pozwanego nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 191 i n. KSH wspólnikowi przysługuje udział w zysku (dywidenda), może być ona jednak wypłacona tylko w sytuacji, gdy w spółce powstaje czysty zysk. W związku z faktem, że Zefir nie posiadał zysku w 2013, nie możemy mówić, że wspólnikom przysługiwała dywidenda w wysokości 0 zł. Wspólnicy w takiej sytuacji nie otrzymali żadnej dywidendy, nie była ona w ogóle wypłacana, ponieważ Zefir nie miał zysku. Przy ocenie wysokości wskazanej ceny należy, więc wziąć pod uwagę lata za które wskazana dywidenda przysługiwała wspólnikom. Ostatnim takim rokiem był rok 2012, w którym to Pandora otrzymała 2 000 000 zł dywidendy. Jak wskazał Pozwany 8.10.2014 r., ponieważ „Oferta 1 jako, że jest jednostronną czynnością prawną powinna być interpretowana ściśle” to nie możemy brać pod uwagę roku, w którym dywidendy nie było. Zgodnie bowiem z Ofertą 1 „cena wynosi 10-krotność dywidendy wypłaconej Pandorze przez Zefir w poprzednim roku”, Pandorze w 2013 r. nie została wypłacona żadna dywidenda, nie przysługiwała ona w ogóle wspólnikom, ponieważ Zefir nie zanotował zysku. Mechanizm rozwiązania umowy na podstawie którego jedna ze stron umowy nie uzyskuje żadnego ekwiwalentu za poniesione koszty, gdy jednocześnie druga nabywałaby udziały w spółce, byłoby sprzeczne z przepisami prawa i zasadami współżycia społecznego. Strony same wskazały, w korespondencji e-mailowej z 16.05.2009 r., że miał to być mechanizm pozwalający na rozwiązanie Umowy, który pozwoli na sprawiedliwe rozdzielanie wkładów wniesionych w inwestycję. Pozwany zaakceptował wskazany mechanizm rozwiązania Umowy słowami „*Myszę, że to uczciwa propozycja*”. Tak wysokie zyski Zefir zawdzięczał głównie menedżerom Pandory, którzy sprawnie i rozsądnie zarządzali spółką. Pozostawienie Powoda bez ekwiwalentu byłoby niesłuszne i mocno krzywdzące. Należy też wskazać, że mechanizm ten został skonstruowany częściowo w formie sankcji za naruszenie istotnych postanowień umowy stąd wskazana wysokość ceny za nabycie udziałów w spółce.

(26) Kwota żądana przez Powoda nie przewyższa także dywidendy jaką Pandora otrzymałaby do końca trwania Umowy zgodnie z prognozami zamieszczonymi w Załączniku nr 5. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Załącznik nr 5 nie może być brany pod uwagę przez strony z uwagi na formę w jakiej został zawarty, a więc nie podpisany przez strony, gdy oferta została złożona w formie pisemnej z notarialnie poświadczonym podpisem. Zgodnie z M. Wojewodą „*poszczególne elementy proponowanej umowy nie muszą być wskazane w treści głównego dokumentu ofertowego, kierowanego do określonego lub nieokreślonego adresata. (...)takie pomocnicze materiały powinny być dołączone do oferty, stanowiąc jej część składową.*”<sup>20</sup>. W takiej sytuacji, aby Załącznik nr 5 mógł stanowić część składową oferty to także powinien spełniać wskazane powyżej wymogi co do formy.

(27) Alternatywnie należy wskazać, że Oferta 1 wprost wskazuje, że „*cena nie może przewyższać dywidendy, jaką Pandora otrzymywałaby (...)*”. To Pandora była jedynym udziałowcem w spółce Zefir w związku z powyższym to ona otrzymywała tylko dywidendę, którą następnie dzieliła w stosunku 33% do 67% pomiędzy siebie i Kasandrę na podstawie § 4 Umowy. W związku z powyższym wskazany w Załączniku nr 5 planowany minimalny zysk netto (czysty zysk) w całości jako dywidenda przysługiwał Pandorze, a dopiero potem był odpowiednio dzielony. W konsekwencji kwota roszczenia w wysokości 20 000 000, 00 zł mieści się w ograniczeniu określonym w § 2 Oferty 1.

### III. Właściwość Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan w Warszawie

#### a. Klauzula arbitrażowa zawarta w Umowie Generalnej

(28) Strony zawarły w Umowie Generalnej klauzulę dotyczącą rozstrzygania sporów (§ 16) o następującym brzmieniu: „*Wszelkie spory wynikające z niniejszej Umowy lub z nią związane będą rozstrzygane przez Zespół Orzekający działający przy Sądzie Arbitrażowym Lewiatan w Warszawie zgodnie z postanowieniami Regulaminu tego Sądu obowiązującego w dniu wszczęcia postępowania. Złożenie pozwu nastąpi nie wcześniej niż 60 dni od dnia doręczenia stronie przeciwnej wezwania do podjęcia negocjacji w celu ugodowego zakończenia sporu.*” Postanowienie to stanowi zapis na sąd polubowny i jest źródłem kompetencji Sądu Arbitrażowego Lewiatan, który zgodnie z § 2 ust. 1 Regulaminu „*jest właściwy, jeżeli strony poddały pod rozstrzygnięcie tego Sądu lub Zespołu Orzekającego powołanego zgodnie z Regulaminem spory, które pomiędzy nimi wyniknęły lub mogą wyniknąć w przyszłości z określonego stosunku prawnego.*” Zapis spełnia wszelkie wymogi stawiane umowom o arbitraż przez KPC. Wyraża wolę stron co do poddania sporu rozstrzygnięciu

<sup>20</sup> M. Wojewoda [w:] Księżak Paweł (red.), Pyziak-Szafnicka Małgorzata (red.). *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*. LEX, 2014.

sądu polubownego i wskazuje stosunek prawny, z którego spór ten może wynikać (zob. art. 1161 § 1 KPC). Został sporządzony na piśmie, jako jedno z postanowień Umowy, oraz podpisany przez umocowanych do tego przedstawicieli stron (zob. art. 1162 § 1 KPC). W rezultacie strony łączy ważna i skuteczna klauzula arbitrażowa, czego pozwany nie neguje.

#### **b. Zakres przedmiotowy klauzuli arbitrażowej**

(29) W piśmie z dnia 22.12.2014 r. Pozwany stwierdził natomiast, iż roszczenie Powoda wynikające z przyjęcia Oferty 1 nie jest objęte zapisem na sąd polubowny. Powód całkowicie nie zgadza się z tym stanowiskiem. Strony konstruując klauzulę arbitrażową nadały jej szeroki zakres wskazując, iż „*Wszelkie spory wynikające z niniejszej Umowy lub z nią związane będą rozstrzygane przez Zespół Orzekający działający przy Sądzie Arbitrażowym*”. Nie ulega przy tym wątpliwości, że spór wynikły na tle niewywiązania się przez Pozwanego z zobowiązania polegającego na zapłacie 20 000 000 zł tytułem ceny kupna udziałów w Zefirze, jest ściśle związany z Umową Generalną. Związek ten przejawia się w dwóch aspektach. Po pierwsze, Umowy Opcji zostały zaprojektowane jako sposób rozwiązania Umowy Generalnej, na wypadek jej poważnego naruszenia przez jedną ze stron. Po drugie, przyjęcie Oferty 1 przez Powoda było konsekwencją niezaspokojenia przez Pozwanego roszczenia wynikającego bezpośrednio z Umowy Generalnej tj. nie podjęcia negocjacji przez Kasandrę w trybie § 15 tej Umowy.

(30) W literaturze wskazuje się, iż istotną rolę przy ustalaniu zakresu zapisu na sąd polubowny odgrywa badanie woli stron z chwili jego dokonania<sup>21</sup>. Ze względu na fakt, iż regulacja prawna zapisu zawarta w KPC nie jest wyczerpująca, przyjmuje się powszechnie możliwość i konieczność posiłkowego stosowania do jego oceny przepisów prawa materialnego m.in. w zakresie metod wykładni oświadczeń woli<sup>22</sup>. Artykuł 65 § 2 KC stanowi zaś, że w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Strony jeszcze w trakcie rozmów przed zawarciem Umowy Generalnej (zob. wiadomości e-mail wymienione w dniu 16.05.2009 r.) uzgodniły opcyjny mechanizm rozwiązania Umowy na wypadek jej naruszenia przez jedną z nich, a zatem w chwili jej podpisywania miały pełen obraz kreowanego przez siebie stosunku prawnego. Jak

<sup>21</sup> Zob. T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 152; W. Sadowski, E. Wętrys, *Zapis na sąd polubowny w umowie głównej a roszczenia związane z tą umową*, e-Przeгляд Arbitrażowy, Nr 3-4 (18-19)/2014, s. 34, 35; por. G. B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 2012, Kluwer Law International, s. 88;

<sup>22</sup> Por. M. Pazdan, *Bezskuteczność lub nieważność zapisu na sąd polubowny w prawie polskim*, [w:] *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurkowskiemu*, red. P. Nowaczyk i in., Warszawa 2008, s. 113; M.P. Wójcik, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Jakubecki, Warszawa 2012, art.1161, uw. 3, s. 1456.

wskazał Sąd Najwyższy, przy wykładni umów, dla stwierdzenia zgodnej woli stron, mogą także mieć znaczenie ich wcześniejsze oświadczenia oraz zachowania, czyli tzw. kontekst sytuacyjny<sup>23</sup>. Strony nie wyłączyły z zakresu przedmiotowego klauzuli arbitrażowej ewentualnych sporów mogących wyniknąć z umów opcji, co mogły uczynić<sup>24</sup>. W doktrynie wskazano, iż takie sformułowanie zapisu na sąd polubowny, jak w niniejszej sprawie, stosują zwykle strony, które chcą mu nadać możliwie szeroki zasięg *ratione materiae*<sup>25</sup>.

(31) Należy także zwrócić uwagę na cel zawartej przez strony klauzuli arbitrażowej. Jak wywiedziono powyżej, Powód stoi na stanowisku, iż wolą stron było poddanie wszelkich sporów wynikających z Umowy Generalnej i z nią związanych, a zatem także sporu wynikłego na tle rozwiązywania tej Umowy, Sądowi Arbitrażowemu. W przeciwnym razie mielibyśmy do czynienia z sytuacją, w której Sąd Arbitrażowy byłby właściwy jedynie w zakresie oceny czy doszło do naruszenia klauzuli hardship (§ 15) w Umowie Generalnej, natomiast to sąd państwowy musiałby rozstrzygnąć o roszczeniu Powoda wynikającym z umowy opcji. Byłoby to rozwiązanie pozbawione zdrowego rozsądku, mogące prowadzić do znacznego wydłużenia i eskalacji sporu, co z pewnością nie leżałoby w interesie stron, które jako profesjonalni uczestnicy obrotu gospodarczego „*mają uzasadniony interes w skoncentrowaniu procesu rozpoznawania roszczeń kontraktowych i pozakontraktowych wynikających z tego samego stanu faktycznego przed jednym forum.*”<sup>26</sup>

(32) Wreszcie, w doktrynie i orzecznictwie postuluje się szeroką wykładnię zakresu przedmiotowego umowy o arbitraż<sup>27</sup>. W tym też duchu sformułowany został § 2 ust. 5 Regulaminu SA, który stanowi, że „*W kwestiach wyraźnie nieuregulowanych w Regulaminie, Sąd Arbitrażowy, Zespół Orzekający i strony będą postępować zgodnie z założeniami Regulaminu, dążąc do zapewnienia jak najszerszej skuteczności umowy o arbitraż, szybkości i efektywności postępowania arbitrażowego oraz wykonalności wyroków arbitrażowych.*”

### c. Złożenie pozwu w Sądzie Arbitrażowym

(33) Strony zastrzegły w klauzuli dotyczącej rozstrzygania sporów, iż „*Złożenie pozwu nastąpi nie wcześniej niż 60 dni od dnia doręczenia stronie przeciwnej wezwania do podjęcia negocjacji w*

<sup>23</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26.07.2012 r., sygn. akt II CSK 9/12, LEX nr 1228778;

<sup>24</sup> Por. M. Tomaszewski, *Umowa o arbitraż*, [w:] *System prawa handlowego. Arbitraż handlowy*, t. 8, red. A. Szumański, Warszawa 2010, s. 324, 325;

<sup>25</sup> *Ibidem*, s. 326;

<sup>26</sup> W. Sadowski, E. Wętrys, *op. cit.*, s. 34;

<sup>27</sup> T. Ereciński, K. Weitz, *op. cit.*, s. 152; M. Tomaszewski, *op. cit.*, s. 326; W. Sadowski, E. Wętrys, *op. cit.*, s. 11, G. B. Born, *op. cit.*, s. 88.

*celu ugodowego zakończenia sporu.*” Jednocześnie strony nie określiły charakteru owego terminu, ani nie wskazały konsekwencji jego niedochowania.

(34) Skonstruowaną w ten sposób klauzulę arbitrażową można potraktować jako tzw. wielostopniową lub wielopoziomową. Tego typu klauzule, jak wskazał Sąd Arbitrażowy w orzeczeniu z 2009 r., „*przewidują, że postępowanie arbitrażowe lub sądowe będzie ostatnim z uzgodnionych przez strony sposobów (poziomów) rozwiązania sporów, mającym miejsce wówczas, gdy zawiodą wcześniejsze przewidziane w nich alternatywne sposoby rozwiązywania sporów. Postępowanie sądowe lub arbitrażowe pozostaje więc zarezerwowane do rozstrzygnięcia tylko takich sporów, których nie udało się rozwiązać na niższych poziomach.*”<sup>28</sup> Celem takich klauzul jest stworzenie możliwości polubownego i efektywnego rozwiązania sporu przed wszczęciem kosztownego i czasochłonnego postępowania arbitrażowego<sup>29</sup>.

(35) Klauzula arbitrażowa zawarta przez strony w Umowie Generalnej stanowi bardzo prostą i nieskomplikowaną klauzulę wielostopniową, w której przewidziano konieczność wezwania strony przeciwnej do podjęcia negocjacji w celu ugodowego zakończenia sporu. Powód wywiązał się z tego zobowiązania wysyłając takie wezwanie Pozwanemu w dniu 12.12.2014 r. W istocie jednak Powód dążył do ugodowego rozwiązania problemów od czasu ich wystąpienia. Po raz pierwszy w październiku 2013 r., gdy Powód zwrócił się do Pozwanego o spotkanie w związku z gwałtownym załamaniem się cen Praw Majątkowych. W rezultacie doszło wówczas do spotkania stron w trybie § 15 Umowy, które jednak nie doprowadziło ani do jej zmiany, ani do zmiany umów jej towarzyszących. Pół roku później, w maju 2014 r., ze względu na brak zmiany sytuacji na rynku Zielonych Certyfikatów, Powód po raz drugi wezwał Pozwanego do renegocjacji Umowy. Jednakże tym razem Pozwany kategorycznie odmówił, naruszając jednocześnie obowiązek wynikający z klauzuli hardship. Z kolei w odpowiedzi na wezwanie Powoda do podjęcia negocjacji w celu ugodowego zakończenia sporu z dnia 12.12.2014 r., Pozwany potraktował wezwanie jako „szantaż” i „próbę wywarcia presji” na nim. W ten sposób Kasandra po raz kolejny odmówiła negocjacji oraz nie przedstawiła żadnej propozycji w zakresie deeskalacji konfliktu. Co więcej wyraziła gotowość do podjęcia „pełnej obrony we właściwym postępowaniu”. W związku z powyższym, w niniejszej sprawie cel wielostopniowej klauzuli arbitrażowej został osiągnięty – powód wezwał pozwanego do podjęcia negocjacji w celu ugodowego zakończenia sporu, do czego

<sup>28</sup> Postanowienie Zespołu Orzekającego Sądu Arbitrażowego przy Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych LEWIATAN w Warszawie z 2009 r., e-Przegląd Arbitrażowy nr 1 (wiosna) 2010 r., s. 31;

<sup>29</sup> N. Blackaby, C. Partasides with A. Redfern, M. Hunter, *Redfern and Hunter on international arbitration*, New York 2009, s. 115; S. Chapman, *Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith*, *Journal of International Arbitration*, 2010, vol. 27, issue 1, s. 90.

dążył już na wcześniejszym etapie stosunków z pozwanym. Pozwany natomiast nie podjął negocjacji, ani nie zaproponował niczego, co przybliżyłoby strony do porozumienia.

(36) Ponadto, ze względu na fakt, iż każdy dzień działalności Zefira wiąże się z ponoszeniem przez Pandorę strat, niezwłoczne podjęcie działań zmierzających do rozstrzygnięcia sporu było koniecznością. Jak wykazano wcześniej w pkt. I a, Zefir nie przynosi zysków od 2013 r., kiedy to nastąpiło gwałtowne załamanie cen Praw Majątkowych. Od tego czasu sytuacja na rynku Zielonych Certyfikatów nie uległa poprawie, wręcz przeciwnie, według Polskiego Stowarzyszenia Energetyki Wiatrowej „obecnie skala tego zjawiska jest największa w dotychczasowej historii funkcjonowania systemu wsparcia w Polsce. Nadpodaż zielonych certyfikatów wynosiła na koniec grudnia 2014 - 13 425 GWh, co stanowi około 90% prognozowanego rocznego popytu na zielone certyfikaty dla 2014 r. W porównaniu z pierwszym kwartałem tego roku nadwyżka wzrosła o 2 707 GWh i wciąż systematycznie rośnie.”<sup>30</sup> Wyrazem determinacji powoda w dążeniu do rozstrzygnięcia sporu było wyznaczenie, w wezwaniu do podjęcia negocjacji z dnia 12.12.2014 r., 30-dniowego terminu do przystąpienia do rokowań. Termin ten miał na celu zmotywowanie pozwanego do podjęcia działań w tym kierunku. Kasandra jednak odmówiła współpracy w tym zakresie, nie przedstawiła żadnej propozycji załagodzenia konfliktu, ani nie poprosiła o dłuższy czas do namysłu.

(37) W związku z powyższym, strony wyczerpały możliwość polubownego rozwiązania sporu na niższym poziomie, przewidzianą w § 16 Umowy Generalnej. Wobec braku woli Pozwanego do ugodowego rozwiązania sporu i niemożliwości zmuszenia go do podjęcia negocjacji, a także z uwagi na fakt, iż każdy dzień zwłoki w podjęciu działań zmierzających do rozstrzygnięcia sporu generuje straty w działalności Powoda, powód podjął decyzję o złożeniu pozwu w Sądzie Arbitrażowym.

#### **IV. Zwrot kosztów finansowania zewnętrznego postępowania przed Sądem Arbitrażowym**

##### **a. Możliwość oraz konieczność finansowania zewnętrznego kosztów postępowania arbitrażowego**

(38) Finansowanie prowadzenia postępowań arbitrażowych przez podmioty zewnętrzne jest stosunkowo nową<sup>31</sup>, lecz spotykaną już w wielu państwach (m.in. w Australii, USA, Wielkiej Brytanii, Francji, Niemczech) praktyką<sup>32</sup>. Wśród jej zalet wskazuje się możliwość poszukiwania

<sup>30</sup> Nadpodaż zielonych certyfikatów, [www.psew.pl/uploads/entries/f4a292fe6397a31b497c81440f070c1b.pdf](http://www.psew.pl/uploads/entries/f4a292fe6397a31b497c81440f070c1b.pdf);

<sup>31</sup> E. Bertrand, *The Brave New World of Arbitration: Third-Party Funding*, ASA Bulletin, (2011) 29, Issue 3, s. 609;

<sup>32</sup> P. Bytnerowicz, *Jak się zarabia na cudzym sporze*, artykuł z dnia 14.05.2014 r., dostępny na stronie internetowej <http://prawo.rp.pl/artukul/1109342.html>;



ochrony prawnej w sytuacji, gdy Powód nie jest w stanie ponieść kosztów postępowania arbitrażowego lub gdy jego przeciwnikiem w sporze jest podmiot ekonomicznie silniejszy<sup>33</sup>. Przewiduje się, iż w Polsce może rozwinąć się praktyka finansowania postępowań sądowych i arbitrażowych<sup>34</sup>. Pierwsze takie przypadki miały już w Polsce miejsce<sup>35</sup>. W niniejszej sprawie powód zdecydował się skorzystać z pomocy w postaci finansowania sporu przez angielski fundusz Sherwood. Wielka Brytania jest bowiem postrzegana jako państwo, w którym praktyka finansowania postępowań przez fundatorów jest stosunkowo ugruntowana<sup>36</sup>.

(39) Ze względu na fakt, iż Pandora ponosi znaczne straty w związku z działalnością Zefira, a ponadto nie przewidywała, iż konflikt na tym tle, w stosunkowo krótkim czasie, będzie musiał zostać rozstrzygnięty w drodze kosztownego postępowania arbitrażowego, Powód stanął wobec konieczności skorzystania z pomocy funduszu Sherwood w zakresie finansowania sporu. Jak podnoszono wyżej w pkt. I a, strony wprowadziły do Umowy Generalnej w § 15 klauzulę renegocjacyjną na wypadek m. in. istotnej zmiany realiów ekonomicznych, a zatem stanowiła ona swoisty mechanizm zapobiegania sporom mogącym wyniknąć na tym tle. Pandora nie spodziewała się ze strony Kasandry tak nielojalnego zachowania – najpierw braku woli renegocjowania Umowy w sytuacji, która tego wymagała, a następnie niewywiązania się z zobowiązania wynikającego z umowy opcji i dalszej eskalacji konfliktu w związku z odmową podjęcia negocjacji w celu ugodowego zakończenia sporu. Zachowanie pozwanego doprowadziło do sytuacji, w której zawiodły wszelkie mechanizmy polubownego rozwiązania sporu przewidziane przez strony w Umowie Generalnej. Wskazane powyżej okoliczności i fakt, że Pandora już wcześniej poczyniła liczne plany inwestycyjne na 2015 r., wymusiły na powodzie konieczność finansowania sporu ze źródeł podmiotu trzeciego.

#### **b. Wniosek o zwrot kosztów zewnętrznego finansowania postępowania arbitrażowego**

(40) Regulamin SA w § 47 ust. 1 zalicza do kosztów postępowania arbitrażowego m.in. rozsądne koszty poniesione przez strony. Pandora wnosi o zwrot kosztów postępowania arbitrażowego, w

---

<sup>33</sup> Zob. jak wyżej; J. Winter, A. Patel, *Third-party Funding in International Arbitration*, artykuł z dnia 14.01.2013 r., dostępny na stronie internetowej [www.bakermckenzie.com/files/Uploads/Documents/KCCI/br\\_ia\\_thirdpartyfunding.pdf](http://www.bakermckenzie.com/files/Uploads/Documents/KCCI/br_ia_thirdpartyfunding.pdf);

<sup>34</sup> Zob. P. Bytnerowicz, *op. cit.*;

<sup>35</sup> Zob. I. Walencik, *Arbitraż, czyli dyskretny sąd od rozstrzygania sporów biznesowych*, artykuł dostępny na stronie internetowej <http://www.rynek.polskiprawnik.pl/arbitraz-czyli-dyskretny-sad-od-rozstrzygania-sporow-biznesowych,1486/>;

<sup>36</sup> Zob. P. Bytnerowicz, *op. cit.*; E. Bertrand, *op. cit.* s. 609; V. Shannon, *Recent Developments in Third-Party Funding*, *Journal of International Arbitration* (2013) 30, Issue 4, s. 443.

tym zwrot kosztów finansowania zewnętrznego jako rozsądnych kosztów ponoszonych przez powoda. Paragraf 48 ust. 1 Regulaminu SA przewiduje, iż Zespół Orzekający przy podejmowaniu decyzji w zakresie kosztów poniesionych przez strony powinien mieć na uwadze (i) wynik postępowania arbitrażowego oraz (ii) inne stosowne okoliczności. Jak wskazano wyżej, w niniejszej sprawie zachodzą szczególne okoliczności, które wymusiły na powodzie konieczność skorzystania z finansowania postępowania przez podmiot trzeci. Stanowiło to jedyną możliwość ochrony interesów Pandory, która w przeciwnym wypadku byłaby całkowicie pozbawiona prawa do sądu arbitrażowego. Do tej sytuacji doprowadziło wyłącznie postępowanie Pozwanego, który od czasu odmowy podjęcia renegocjacji Umowy Generalnej zachowywał się w stosunku do powoda nielojalnie, nie przejawiając woli i nie podejmując próby ugodowego rozwiązania sporu. Wobec okoliczności sprawy jest głęboko uzasadnione, by Zespół Orzekający zasądził na rzecz powoda koszty finansowania zewnętrznego postępowania. W literaturze wskazano, iż taka decyzja należy wyłącznie do arbitrów<sup>37</sup>.

## **V. Uzasadnienie wniosku o udzielenie zabezpieczenia roszczeń Powoda**

### **a. Udzielenie zabezpieczenia przez sąd polubowny nie wymaga wykazania interesu prawnego przez Powoda**

- (41) Podstawą prawną do udzielenia zabezpieczenia przez Sąd polubowny w niniejszej sprawie jest § 36 ust. 1 Regulaminu SA zgodnie z którym na wniosek strony, która uprawdopodobniła roszczenie, Zespół Orzekający, może zastosować takie środki zabezpieczające, jakie uzna za właściwe. Taka regulacja, znajduje się również w art. 1181 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego<sup>38</sup>. Strona Pozwana w piśmie z dnia 22 grudnia 2014 r. wskazała, że Powód nie posiada interesu prawnego w udzieleniu zabezpieczenia w niniejszym postępowaniu. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że zgodnie występującym w doktrynie poglądem, inaczej niż w przypadku zabezpieczenia roszczeń w postępowaniu przed sądem powszechnym, strona wnioskująca o udzielenie zabezpieczenia roszczeń, nie musi wykazać interesu prawnego<sup>39</sup>. Taki pogląd reprezentuje przykładowo A. Jakubecki, który stwierdza, że „strona żądająca zabezpieczenia

---

<sup>37</sup> E. Bertrand, *op.cit.*, s. 613;

<sup>38</sup> Dalej: „KPC”;

<sup>39</sup> T. Ereciński. *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. LexisNexis. s. 759; M. Hauser-Morel, T. Wiśniewski [w:] *System prawa handlowego*. T. 8. S 482 i n.; W. Głodowski. *Zabezpieczenie roszczeń dochodzonych przed sądem polubownym*. ADR 2009/1, T. Ereciński, K.Weitz. *Sąd arbitrażowy*. LexisNexis. Warszawa 2008. S. 257-258;

nie musi natomiast wykazywać interesu prawnego w jego uzyskaniu<sup>40</sup>. Za takim wnioskowaniem przemawia literalna wykładnia zarówno art. 36 Regulaminu SA, jak i przepisy dotyczące zabezpieczenia roszczeń w postępowaniu przed sądem polubownym zawarte w KPC. Zarówno regulacja zawarta w Regulaminie SA, jak i w KPC nie zawiera pojęcia interesu prawnego, a tym bardziej nie nakłada na stronę domagającą się jego udzielenia obowiązku jego wykazania. Jeżeli taki obowiązek nie wynika wprost z obowiązujących przepisów czy Regulaminu SA Sąd polubowny nie może obarczać nim Powoda. Ponadto, jeżeli ustawodawca w przypadku procedury udzielenia zabezpieczenia zamieścił w art. 730<sup>1</sup> KPC w sposób wyraźny konieczność wykazania interesu prawnego (vide art. 730<sup>1</sup> § 1 KPC: „ (...) jeżeli uprawdopodobni roszczenie oraz interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia (...)”) to skoro nie zrobił tego w przypadku art. 1181 KPC, nie można uznać, że miał to w domyśle. Raczej należy założyć, że w sposób racjonalny zdecydował o odmiennym ukształtowaniu przesłanek udzielenia zabezpieczenia roszczeń w postępowaniu przed sądem powszechnym i polubownym. Uzasadnieniem przyjęcia takiej różnej od siebie regulacji mogą być rozbieżności pomiędzy tymi dwoma postępowaniami. Postępowanie arbitrażowe ma być co do zasady prostsze i szybsze od postępowania przed sądem powszechnym a decyzje przed sądem polubownym zapadają często tylko w oparciu o zasady słuszności i zdrowego rozsądku. Wszystkie te fakty uzasadniają wprowadzenie prostszej metody ubiegania się o udzielenie zabezpieczenia roszczeń w postępowaniu przed sądem polubownym. Powoływanie się przez Pozwanego *per analogiam* na przepis art. 730<sup>1</sup> KPC, w zakresie dotyczącym interesu prawnego w postępowaniu przed sądem polubownym, nie może zostać uznane za uzasadnione. Skoro ustawodawca zawarł w księdze V KPC, regulującej oddzielnie postępowanie przed sądem polubownym, przepisy dotyczące udzielenia zabezpieczenia roszczeń przez ten sąd, to posługiwanie się art. 730<sup>1</sup> KPC nie ma żadnych podstaw prawnych.

**b. Powód posiada interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia pomimo braku obowiązku jego wykazania w postępowaniu przed sądem polubownym**

- (42) Wskazać należy, że Powód, inaczej niż twierdzi Pozwany, posiada interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia roszczeń zgodnie z art. 730<sup>1</sup> KPC, pomimo braku konieczności jego wykazania w postępowaniu przed sądem polubownym. Zgodnie z art. 730<sup>1</sup> § 1 i 2 KPC udzielenia zabezpieczenia można żądać, jeżeli uprawniony uprawdopodobnił swój interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia, który istnieje jeżeli: brak zabezpieczenia uniemożliwi lub poważnie utrudni wykonanie zapadłego w sprawie orzeczenia lub w inny sposób uniemożliwi lub poważnie

<sup>40</sup> A. Jakubecki [w:] T. Wiśniewski, H. Dolecki. Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom V. LEX 2013

utrudni osiągnięcie celu postępowania w sprawie. Celem udzielenia zabezpieczenia jest, więc także zmniejszenie ryzyka związanego z możliwością ukrycia czy też wyzbycia się przez dłużnika swojego majątku co utrudnić może a nawet uniemożliwić przyszłą egzekucję<sup>41</sup>. Jak wskazuje E. Marszałkowska-Krześ „*Wprowadzenie możliwości dokonywania zabezpieczenia przez sąd polubowny ma na celu minimalizację ryzyka, że postępowanie arbitrażowe zakończy się przysłowiowym pyrrusowym zwycięstwem*”<sup>42</sup>. Udzielenie zabezpieczenia może także spowodować, że Pozwany zdecyduje się na zawarcie ugody z Powodem<sup>43</sup>. Ponadto udzielenie zabezpieczenia ma być także ochroną przed niekorzystnymi skutkami rozłożenia rozpoznania niniejszej sprawy w czasie<sup>44</sup>. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 23.04.12 r. „*Na gruncie przepisów zawartych w art. 730 i n. KPC, celem udzielenia zabezpieczenia jest zwiększenie skuteczności postępowania cywilnego poprzez zapewnienie, że pomimo upływu czasu koniecznego dla rozstrzygnięcia sprawy możliwym będzie osiągnięcie zamierzonych przez stronę celów tego postępowania*”<sup>45</sup>. Należy wskazać, że Pozwany, na co wskazuje w piśmie z dnia 22 grudnia 2014 r. powołuje się na swoją stabilną sytuację finansową, Powód chciałby jednak wskazać, że sytuacja ta może ulec szybkiej zmianie. W chwili obecnej pozwany stał się właścicielem udziałów w spółce zadłużonej na 40 mln euro, będącej w trudnej sytuacji finansowej. Ponadto Kasandra powstała w celu dokonania inwestycji w dziedzinie infrastruktury a w tego typu formę działalności wpisane jest duże ryzyko, czego idealnym przykładem może być przypadek Zefira. W związku z powyższym Powód, biorąc dodatkowo pod uwagę fakt, że Pozwany nie był skłonny do wcześniejszych negocjacji oraz nie zgadza się ze stanowiskiem Powoda, ma uzasadnione obawy co do wykonania wyroku przez Pozwanego. Cała sytuacja spotęgowana jest dodatkowo faktem, że Pozwany jest spółką luksemburską w związku z czym większość swojego majątku posiada poza granicami Polski, tam też wyrok ten będzie wykonywany, utrudnić to natomiast może uzyskanie żądanej kwoty przez Powoda. Zabezpieczenie w postaci zajęcia udziałów Zefira, spółki znajdującej się na terenie Polski oraz rachunku bankowego Pozwanego może pozwolić na łatwiejsze uzyskanie zaspokojenia roszczeń Powoda po wydaniu wyroku przez sąd polubowny.

---

<sup>41</sup> E. Marszałkowska – Krześ. *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. C.H. Beck. Legalis; W. Głodowski. *Zabezpieczenie roszczeń dochodzonych przed sądem polubownym*. ADR 2009/1;

<sup>42</sup> Ibidem;

<sup>43</sup> Ibidem;

<sup>44</sup> W. Głodowski. *Zabezpieczenie roszczeń dochodzonych przed sądem polubownym*. ADR 2009/1;

<sup>45</sup> Wyrok Sądu apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 23.04.12 r., I ACz 530/12, LEX nr 11712327;

**c. Wybrane przez Powoda środki zabezpieczenia roszczeń są właściwe**

(43) Zgodnie z art. 1181 § 1 KPC, jak i § 36 ust. 1 Regulaminu SA sąd polubowny może zastosować takie środki zabezpieczające jakie uzna za właściwe. Powód zawnioskował o zabezpieczenie roszczeń poprzez zajęcie udziałów w spółce Zefir oraz rachunku bankowego, którego posiadaczem jest Pozwany. Taka forma zabezpieczenia ułatwi Powodowi późniejsze zaspokojenie jego roszczeń oraz zapewni go, że późniejszy wyrok zostanie wykonany.

(44) Zabezpieczenie polegające na zajęciu udziałów w spółce Zefir oraz rachunku bankowego, którego posiadaczem jest Pozwany nie zmierza do zaspokojenia roszczenia, które w niniejszej sprawie polega na zapłacie określonej kwoty. Nie obciąża też Pozwanego ponad miarę, gdyż nie uniemożliwia prowadzenia przez niego normalnej działalności.

**d. Powód uprawdopodobnił przysługujące mu roszczenie względem Pozwanego**

(45) Zgodnie z art. 1181 KPC oraz 36 Regulaminu SA zabezpieczenie może zostać udzielone po uprawdopodobnieniu okoliczności, uzasadniających wnioszek, przedstawionych przez uprawnionego. Jak wskazuje doktryna „*roszczenie jest prawdopodobne, jeśli istnieje słuszna podstawa do przypuszczania, że ono istnieje i jest wymagalne (...)*”<sup>46</sup>. „*Uprawdopodobnienie zakłada w zasadzie samą możliwość istnienia pewnych procesowo istotnych okoliczności i nie wymaga zgodności stwierdzeń z rzeczywistym stanem rzeczy*”<sup>47</sup>. W niniejszym pozwie Powód natomiast nie tylko uprawdopodobnił, ale udowodnił, że Pozwany naruszył istotne postanowienie umowy w związku z czym Powód miał prawo skorzystać z mechanizmu rozwiązania umowy, jaki przewidziały strony. Udowodnił także, że w wyniku skorzystania przez strony ze wskazanego mechanizmu doszło do zawarcia umowy sprzedaży udziałów, a Pozwany nie zapłacił ustalonej przez strony ceny za nabycie udziałów w spółce Zefir. Należy, więc uznać, że została spełniona przez Powoda przesłanka uprawdopodobnienia roszczenia, konieczna do udzielenia zabezpieczenia przez sąd polubowny.

(46) Biorąc powyższe pod uwagę, wnosimy jak w *petitum*.

[podpis: Małgorzata Cholewa]

[podpis: Żaneta Rogoń]

[podpis: Alicja Wolny]

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo dla adw. Małgorzaty Cholewy, Żanety Rogoń i Alicji Wolny;
2. Dokumenty wskazane w treści pozwu.

<sup>46</sup> J. Jagieła [w:] K. Piasecki. *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. C.H. Beck. Warszawa 2006. s. ] 448

<sup>47</sup> M. Iżykowski. *Charakterystyka prawna uprawdopodobnienia w postępowaniu cywilnym*. NP. 1980, Nr 3, s. 71 [cytowany w:] E. Marszałkowska – Krześ. *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. C.H. Beck. Legalis