

Kraków, 8 marca 2015 r.

**Sąd Arbitrażowy**  
**przy Polskiej Konfederacji Pracodawców**  
**Prywatnych Lewiatan w Warszawie**  
ul. Zbyszka Cybulskiego 3  
00-727 Warszawa

**POWÓDKA:** **Pandora spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Rzeczna 1, 01-456 Warszawa, tel. (22) 876 543 122, e-mail: kontakt@pandora.com.pl

**reprezentowana przez:** r.pr. Pawła Wietrznego, Kancelaria Radcy Prawnego, ul. Tykocińska 53, 03-545 Warszawa, tel. (22) 568 98 45, e-mail: kancelaria@pawelwietrzny.pl

**POZWANA:** **Kasandra S.à.r.l.** z siedzibą w Luxemburgu, 23-29, Rives de Clausen L-2165 Luxemburg, tel. +352 48 99 11

**reprezentowana przez:** r.pr. Wiktora Iwańskiego, r.pr. Ariela Muchę, r.pr. Mateusza Pacaka z Kancelarii Iwański Mucha Pacak Radcowie Prawni sp.p., **adres do doręczeń:** ul. Złota 44/100, 31-657 Kraków, tel. (12) 666 43 21, e-mail: kontakt@imp.pl

### **ODPOWIEDŹ NA POZEW**

Działając w imieniu spółki pod firmą Kasandra sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnictwo w załączeniu):

**1.** podnosimy zarzut niewłaściwości Sądu Arbitrażowego ze względu na (i) brak zapisu na sąd polubowny oraz (ii) czasową niedopuszczalność drogi sądowej i wnosimy o stwierdzenie przez Sąd Arbitrażowy swojej niewłaściwości;

oraz ewentualnie, na wypadek uznania przez Sąd Arbitrażowy swojej właściwości do rozpoznania sprawy, wnosimy o:

**2.** oddalenie wniosku o zabezpieczenie;

**3.** oddalenie powództwa w całości;

**4.** zasądzenie od Strony Powodowej na rzecz Strony Pozwanej kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie ze spisem kosztów dołączonym do odpowiedzi na pozew;

5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w odpowiedzi na pozew.

#### [WNIOSEK O WYZNACZENIE ARBITRA]

W oparciu o § 16 ust. 2 pkt f Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan z dnia 1 marca 2012 r., **Strona Powodowa powołuje na arbitra Barbarę Piątkowską**, wskazując jej adres: ul. Księżycowa 15, 42-200 Częstochowa.

#### ZARZUT BRAKU WŁAŚCIWOŚCI SĄDU ARBITRAŻOWEGO

**1. Brak zapisu na sąd polubowny.** Zdaniem Powódki zapis na sąd polubowny w niniejszej sprawie wynika z § 16 Umowy Generalnej z dnia 25 maja 2009 r. (dalej: „**Umowa Generalna**”). Powołane postanowienie Umowy wskazuje jednak, że tylko spory „*wynikające lub związane*” z Umową Generalną rozstrzygane będą przez Sąd Arbitrażowy Lewiatan w Warszawie. Swoje roszczenie Powódka wywodzi natomiast z przyjęcia oferty nabycia udziałów (dalej: „**Oferta 1**”) w spółce Zefir sp. z o.o. (dalej: **Zefir**”), żądając zapłaty ceny za te udziały. **Zatem odmiennie niż twierdzi Powódka, spór w niniejszej sprawie związany jest więc z kwestią odrębnego i autonomicznego stosunku prawnego, który mógł zawiązać się w wyniku przyjęcia przez Powódkę opcji sprzedaży udziałów w spółce Zefir.** Stosunek prawny, którego istnienie jest między stronami sporne nie może zostać uznany za „związany” z Umową Generalną, gdyż **Umowa Generalna w żadnym punkcie nie odsyła do Oferty 1.** Nie istnieje również korelacja czasowa pomiędzy zawarciem Umowy Generalnej a Ofertą 1, tę ostatnią sporządzono później i niezależnie od Umowy. Tym samym spór o istnienie i ważność umowy, na podstawie której Powódka żąda zapłaty ceny za udziały jest zupełnie innym sporem, niż wymieniony w zapisie spór „wynikający” z Umowy Generalnej lub z nią związany. Klauzula arbitrażowa nie odsyła do całkowicie innej umowy, jaką jest umowa sprzedaży udziałów w Zefirze, a sam zapis, jak treść całej jednostronnej czynności prawnej, jaką była Oferta 1, powinien być interpretowany ściśle. W piśmiennictwie wskazuje się bowiem, że „**nie można (...) doprowadzać do rozszerzenia zakresu przedmiotowego zapisu w drodze interpretacji woli stron**”<sup>1</sup>.

**2. Czasowa niedopuszczalność drogi sądowej.** Na wypadek uznania przez Zespół Orzekający, że zamieszczony w Umowie Generalnej zapis na sąd polubowny obejmuje niniejszy spór, Pozwana wnosi o stwierdzenie niewłaściwości Sądu Arbitrażowego ze względu na czasową niedopuszczalność drogi sądowej. Zgodnie z § 16 zd. 2 Umowy

---

<sup>1</sup> M. Tomaszewski, *Umowa o arbitraż* [w:] A. Szumański (red.) *System Prawa Handlowego*, tom 8, *Arbitraż Handlowy*, Warszawa 2010, nb. 162, s. 329.

Generalnej Strony ustaliły, iż: „Złożenie pozwu nastąpi nie wcześniej niż 60 dni od dnia doręczenia stronie przeciwnej wezwania do podjęcia negocjacji w celu ugodowego zakończenia sporu”. Powołane postanowienie statuuje tzw. dwustopniową klauzulę arbitrażową (*two-step dispute resolution clause*). Tym samym dopuszczalność złożenia pozwu została uzależniona od wcześniejszego podjęcia negocjacji i upływu minimum 60 dni od dnia wezwania do ugodowego zakończenia sporu.

3. Powódka wniosła pozew dnia 8 lutego 2015 r., natomiast wezwanie do ugodowego zakończenia sporu zostało doręczone Pozwanej dnia 15 grudnia 2014 r. Tym samym Pozew został wniesiony przedwcześnie.

*Dowód: potwierdzenie doręczenia przesyłki nr 123567999 przez DLH*

4. Klauzula arbitrażowa powinna być traktowana jako materia prawa procesowego, a nie materialnego prawa cywilnego<sup>2</sup>. Zapis na sąd polubowny kształtuje przede wszystkim kompetencję procesową do rozpoznania sprawy, a ponadto skutki zapisu (i ich ocena) należą bezpośrednio do materii prawa postępowania cywilnego, gdyż zamieszczenie w umowie klauzuli arbitrażowej nie powoduje powstania materialnoprawnego stosunku prawnego<sup>3</sup>.

5. Z uwagi na to, że skutki zapisu na sąd polubowny powinny być oceniane na płaszczyźnie prawnoprocesowej, właściwy rygor złożenia pozwu przed upływem 60 dni zastrzeżonych w klauzuli arbitrażowej na negocjacje powinien skutkować stwierdzeniem przez Zespół Orzekający czasowej niedopuszczalności drogi sądowej. Brak upływu terminu przeznaczonego na obligatoryjne negocjacje oznacza, że ani tutaj. Sąd, ani jakkolwiek inny sąd nie jest właściwy do rozpoznania sprawy na jej obecnym etapie. Również i z tego powodu uzasadniony jest zarzut braku właściwości sądu polubownego sformułowany przez Pozwaną w pkt 1 petitum.

## UZASADNIENIE ODPOWIEDZI NA POZEW

### [UWAGI DO STANU FAKTYCZNEGO]

6. Pozwana (zwana dalej również: „**Kassandra**”) przyznaje, iż zawarła z Powódką (zwaną dalej również: „**Pandora**”) w dniu 25 maja 2009 r. Umowę Generalną typu *project finance*. We wskazanej Umowie obie strony zobowiązały się zrealizować inwestycję w postaci budowy farmy wiatrowej. W celu prowadzenia projektu została powołana spółka celowa Zefir

---

<sup>2</sup> M. Tomaszewski, *Umowa...*, nb. 59, s. 287.

<sup>3</sup> Tamże, nb. 35 i n., s. 276 i n. i nb. 59, s. 287.

sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zefir”), która miała stanowić jedynie wehikuł służący bieżącemu prowadzeniu inwestycji i zarządzaniu inwestycją przez Powódkę.

**7.** Podkreślenia wymaga, co przyznaje sama Powódka w pozwie, iż przedmiotem działalności Pandory jest przede wszystkim organizacja i przeprowadzanie inwestycji, a także zarządzanie obiektami infrastruktury energii odnawialnej.

**8.** W toku negocjacji Strony ustaliły kształt umowy oraz zaakceptowały i przyjęły biznesplan, który stał się podstawą zawarcia Umowy Generalnej oraz miał stać się podstawą rozliczeń w toku trwania współpracy. Powódka nie zgłaszała żadnych zastrzeżeń co do treści biznesplanu oraz przewidywanych zysków – co więcej, Pandora sama była autorką tego biznesplanu. Jako spółka wyspecjalizowana w energetyce odnawialnej znała realia rynku i mogła lub powinna była przewidywać wszelkie ryzyka mogące wpłynąć na zyskowność i realizację inwestycji, w tym ryzyko wynikające z obrotu tzw. Zielonymi Certyfikatami.

*Dowód: wiadomość e-mail F. Nowaka, pracownika Pandory do R. Kozieluka Partnera Kasandry z dnia 16.05.2009 r. (na okoliczność pochodzenia biznesplanu od Powódki).*

**9.** Trafnie Powódka wskazuje, że przysły udział w zysku spółki Zefir miał być podzielony pomiędzy strony Umowy Generalnej w proporcji 67% dla Kasandry oraz 33% dla Pandory. Powódka pomija jednak zupełnie okoliczność, że zgodnie z założeniami Umowy Generalnej oraz Umowy Operatorskiej to Powódka była odpowiedzialna za wypracowanie tego zysku. Rolą Kasandry było dostarczenie terenu pod budowę farmy wiatrowej oraz wyposażenie spółki celowej w kapitał. Tymczasem – jak pokazały realia współpracy – wysoki, ponadprogramowy zysk w pierwszym roku inwestycji został wypracowany nie poprzez sprawne zarządzanie, a tylko dzięki pomysłowi Partnera Kasandry, R. Kozieluka, polegającemu na zainwestowaniu w pary walutowe na rynku FOREX, co potwierdza korespondencja mailowa pomiędzy stronami.

*Dowód: wiadomość e-mail F. Nowaka, pracownika Pandory do R. Kozieluka Partnera Kasandry z dnia 22.12.2012 r.*

**10.** Ponadto zupełnie Powódka pomija, że brak zysku spółki Zefir godzi przede wszystkim w interesy Pozwanej. To Pozwana miała otrzymywać większość zysku spółki celowej. Ponadto to Pozwana jest inwestorem i głównym kapitałodawcą w tej inwestycji. W związku z tym to Pozwana jest daleko bardziej pokrzywdzona sposobem realizacji inwestycji przez Powódkę, niż sama Powódka.

11. Przytaczając okoliczności spotkania stron w ramach klauzuli *hardship* w dniu 13 listopada 2013 r. Powódka zupełnie pomija również okoliczność, że w spotkaniu tym uczestniczyli przedstawiciele Stron wraz ze swoimi doradcami – a zatem, że również po stronie Pandory w spotkaniu uczestniczyli eksperci. Jest to tym bardziej istotne, że w stosunku prawnym, który nawiązały Strony, to Pandora miała pełnić funkcje eksperckie. Na wskazanym spotkaniu obie Strony zgodziły się, że wahania na rynku cen Zielonych Certyfikatów mają charakter koniunkturalny. Jednocześnie p. Marzena Jarzyna, Prezes zarządu Pandory, przyznała wprost, że Pandora „nie potrafi przedstawić kontrargumentów” co do tez Kasandry o koniunkturalnym charakterze załamania się cen Zielonych Certyfikatów.

*Dowód: Notatka ze spotkania Stron z dnia 13.11.2013 r., zwłaszcza punkt 11 notatki.*

12. Co istotne, zasadność twierdzeń Kasandry na tym etapie nie może jeszcze zostać zweryfikowana. Będzie to możliwe dopiero po wejściu w życie ustawy o odnawialnych źródłach energii, którą dnia 20 lutego 2015 r. przyjął Senat<sup>4</sup>. Ustawa ta ma na celu m.in., unormowanie rynku Zielonych Certyfikatów i stworzenie systemu, który na powrót będzie przynosił stabilne zyski producentom energii odnawialnej.

### [BEZPODSTAWNOŚĆ ŻĄDANIA GŁÓWNEGO]

13. Strona Powodowa wywodzi roszczenie zapłaty 20.000.000,- PLN z umowy zbycia udziałów wynikającej – czemu przeczy Strona Pozwana – z prawidłowego i uprawnionego wykonania Opcji Put z dnia 1 czerwca 2009 r. (dalej: „**Opcja put**”). Jednakże w ocenie Pozwanej istnieje szereg argumentów, które pozwalają na stwierdzenie, że podnoszone w pozwie z dnia 8 lutego 2015 r. roszczenie jest całkowicie bezzasadne, a jego dochodzenie w postępowaniu arbitrażowym lub sądowym powinno prowadzić do oddalenia powództwa. Niezależnie od zarzutu niewłaściwości sądu arbitrażowego, który Strona Pozwana przedstawiła w niniejszym piśmie, należy zauważyć w pierwszej kolejności, że **Opcja Put z dnia 1 czerwca 2009 r. jest nieważna**, a w konsekwencji nie wywarła żadnych skutków prawnie relewantnych, w szczególności jej przyjęcie nie mogło doprowadzić do zawarcia umowy zbycia udziałów spółki Zefir. Wykazanie tej okoliczności przesądza o losie pozwu, tym niemniej Pozwana na wypadek przyjęcia przez Skład Orzekający odmiennego stanowiska przedstawi również inne argumenty, polegające na **wadliwości złożonego przez powódkę oświadczenia woli, braku spełnienia przesłanek skorzystania z Opcji oraz**

---

<sup>4</sup> Według informacji Strony Pozwanej na dzień wniesienia niniejszej odpowiedzi na pozew, Prezydent powinien podpisać ustawę 11.03.2015 r.

**niepoprawnego wyliczenia kwoty roszczenia.** Każda z tych okoliczności prowadzi do podważenia zasadności żądań Pandory i samodzielnie uzasadnia oddalenie powództwa w całości. Rozważania zostaną uzupełnione o zdarzenia gospodarcze, mające istotny wpływ na ocenę niniejszej sprawy.

**14. Ważność Umowy sprzedaży udziałów.** Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 września 2013 r.<sup>5</sup>, każda umowa musi spełniać kilka warunków: musi być skuteczna, a cel umowy oraz jej treść nie sprzeciwiać się ustawie, naturze stosunku prawnego i zasadom współżycia społecznego.

**15.** Strona Powodowa dochodzi zapłaty sumy głównej 20 mln PLN z tytułu zapłaty ceny za 100% udziałów spółki Zefir, a umowa sprzedaży tych udziałów została rzekomo zawarta z Pozwaną w oparciu o wystawioną przez nią Opcję Put z 1 czerwca 2009 r. – objętą dokumentem zatytułowanym „Oferta 1”. Uprawnienie nazwane Opcją Put miało być realizowane w ten sposób, że opcja „wystawiona” przez Pozwaną dawała Spółce Powodowej prawo do zaakceptowania oferty sprzedaży złożonej przez Pozwaną. Tym samym umowa sprzedaży udziałów nie mogłaby zostać zawarta, gdyby oferta okazała się nieskuteczna w świetle przepisów prawa.

**16. Cechy oferty.** W rozumieniu art. 66 § 1 KC<sup>6</sup> ofertę można zdefiniować jako oświadczenie woli wyrażające (1) **stanowczą** decyzję zawarcia umowy i (2) **określające co najmniej istotne postanowienia tej umowy**. W razie braku jednej z tych cech oświadczenie nie jest ofertą i nie wywołuje właściwych dla oferty skutków prawnych.

**17. Stanowczość.** Oferta musi wyrażać **stanowczą** wolę oferenta zawarcia umowy o definitywnie określonej treści. Dokument nazwany „ofertą”, który nie wyraża zamiaru zobowiązania się, nie jest ofertą. Oświadczenie woli ma charakter stanowczej propozycji wówczas, gdy sformułowane jest w taki sposób, że do zawarcia umowy wystarcza bezwarunkowe „tak” oblata<sup>7</sup>. Z treści porozumienia z 1 czerwca 2009 r. wynika, że Kasandra będzie związana ofertą **tylko w przypadku poważnego naruszenia przez nią Umowy Generalnej**, co należy traktować jako użyte w trybie warunkowym zastrzeżenie ograniczające związanie ofertą. Oznacza to, że Strona Powodowa zobowiązała się przyjąć ofertę tylko w przypadku zajścia określonych zdarzeń o charakterze przyszłym i niepewnym. **Takie oświadczenie nie jest wystarczająco stanowcze, aby uznać je za oświadczenie woli, które mogłoby być potraktowane jako oferta.**

---

<sup>5</sup> I CSK 651/12, OSNC 2014 nr 7-8, poz. 76, s. 87.

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. 2014 poz. 121 ze zm.

<sup>7</sup> K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*. T. 1, Wyd. 7, Warszawa 2013, komentarz do art. 66, teza 7.

**18.** Treść art. 66 KC wprowadza zasadę, że ofertą może być tylko oświadczenie woli zawarcia umowy. O ile więc możliwe jest stanowcze wyrażenie woli w przedmiocie zawarcia warunkowej umowy, to niedopuszczalne jest wyrażenie „warunkowej” woli zawarcia umowy. Kodeks cywilny w art. 89 przesądza ponadto, że warunek odniesiony być może jedynie do „czynności prawnych”. Według stanowiska Sądu Najwyższego samo złożenie oferty nie jest czynnością prawną<sup>8</sup>, a zatem wskazany przepis daje wskazówkę, że nie jest dopuszczalne złożenie oferty pod warunkiem. Nieprzypadkowo również wśród przepisów dotyczących ograniczenia związania ofertą nie wskazano na możliwość uzależnienia jej skuteczności od ziszczenia się warunku. Argument ten można wesprzeć uwagą, że przepisy te autonomicznie określają złożenie oferty z zastrzeżeniem terminu (art. 66 § 2 i art. 66<sup>2</sup> § 2 KC), co daje wystarczający dowód, że ustawodawca ściśle uregulował te przypadki, w których skuteczność oferty może zostać ograniczona – i nie ma podstaw do odwoływania się do przepisów ogólnych. Bezpieczeństwo obrotu wymaga bowiem zapewnienia stabilności składanych ofert. Natomiast strony w niniejszej sprawie nie podały nawet przykładowego katalogu zdarzeń stanowiących „poważne naruszenie Umowy Generalnej”, co wywołuje poważne wątpliwości interpretacyjne.

**19.** Należy w tym miejscu zaznaczyć, że warunek określony w § 3 Opcji Put stanowił jej kluczowy element, bez którego strony nie zawarłyby przedmiotowego porozumienia, co wynika między innymi z korespondencji elektronicznej z dnia 16 maja 2009 r., w której to Strony zaznaczyły, że Opcja Put ma mieć charakter zabezpieczający na wypadek niewykonania Umowy Generalnej. Tym samym nie ma podstaw do zastosowania w niniejszej sprawie art. 58 § 3 KC, a złożona oferta jest w całości nieważna.

**20. Istotne postanowienie – określenie ceny.** Jednym z elementów przedmiotowo istotnych umowy sprzedaży (*essentialia negotii*) jest określenie ceny, co może również nastąpić przez wskazanie podstaw do jej ustalenia (art. 536 § 1 KC). Z pewnością z treści Oferty, a konkretnie jej §2 nie wynika, że strony kwotowo określiły cenę, lecz miała ona wynieść „10-krotność dywidendy wypłaconej Pandorze przez Zefir w poprzednim roku”. Zatem cena udziałów w Zefirze zależna była od wypłacenia w każdym roku dywidendy. Pośrednie wskazanie ceny, zgodnie z przywołanym przepisem KC, powinno opierać się o konkretne podstawy, tj. takie, które dają możliwość każdorazowego wyliczenia kwoty w oparciu o obiektywne przesłanki. W opozycji do tego stoi treść Opcji Put, z której skorzystała Powódka.

---

<sup>8</sup> Ostatnią wypowiedzią Sądu Najwyższego w tej kwestii był wyrok z 23 stycznia 2014 r., II CSK 190/13 (LEX nr 1459158) z następującą tezą: „za jednostronną czynność prawną i tym samym przedmiot regulacji przewidzianej w art. 104 zdanie pierwsze KC nie może być oczywiście uznana oferta, ani jej przyjęcie; są to tylko składniki czynności prawnej, jaką jest dopiero umowa”.

Wypłata dywidendy jest zdarzeniem niepewnym, uzależnionym od wyników finansowych spółki, *ergo* – jak pokazała również niniejsza sprawa – nie jest wypłacana w każdym roku. Z tego należy wnioskować, że strony nie ustaliły podstaw, które spełniałyby regułę interpretacyjną zawartą w art. 536 § 1 KC, co powoduje, iż oferta sprzedaży udziałów w spółce Zefir jest nieskuteczna. Jeżeli w umowie sprzedaży występuje brak określenia ceny, to czynność prawna jest nieważna<sup>9</sup>.

**21. Z powyższych względów należy jednoznacznie odmówić przyznania waloru ważności umowie zbycia udziałów Zefira ze względu na bezskuteczność oferty sprzedaży udziałów, która stanowiła konieczny element tej umowy. Oświadczenie o przyjęciu takiej „oferty” nie mogło doprowadzić do zawarcia umowy sprzedaży udziałów Zefira, a więc samą umowę należy uznać – w zależności od przyjętej nomenklatury – za nieistniejącą (niezawartą) lub nieważną. Obie te okoliczności powodują bezzasadność roszczenia Powódki.**

**22. Forma umowy sprzedaży udziałów.** Ponadto należy zwrócić również uwagę na niezachowanie przez Stronę Pozwaną formy oświadczenia woli przewidzianego dla ważności umowy sprzedaży udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością. Zgodnie z art. 180 KSH tego rodzaju umowa powinna być zawarta w formie pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym. Tymczasem Strona Powodowa poprzestała w tym zakresie na przesłaniu stosownego oświadczenia z 7 października 2014 r. w ramach załącznika do wiadomości elektronicznej. Nie można więc przyjąć, że Stronie Pozwanej złożono skutecznie oświadczenie o przyjęciu oferty. Na podstawie art. 73 § 3 KC brak zachowania formy prawnej skutkuje nieważnością czynności prawnej, co również przesądza o bezzasadności roszczenia Powódki.

**23.** Niezależnie od powyższych spostrzeżeń i nawet przy założeniu ważności umowy sprzedaży udziałów w spółce Zefir, należy również zauważyć, że nie został spełniony warunek, od którego strony uzależniły uprawnienie do złożenia oferty w ramach Opcji Put, a mianowicie **poważnego naruszenia Umowy Generalnej przez Kasandrę.**

**24.** Strona Powodowa uznała, że Pozwana naruszyła i to w sposób poważny klauzulę *hardship* (§15 Umowy Generalnej) poprzez nieprzystąpienie do renegotjacji Umowy na wezwanie pracownika Pandory z 2 lutego 2014 r.

**25.** Podważając stanowisko Strony Powodowej, w pierwszej kolejności należy zastanowić się (1) czy naruszenie, o którym mowa w §3 Opcji Put, w ogóle mogło przyjąć postać

---

<sup>9</sup> Tak SN w wyroku z 5.2.2002 r., II CKN 726/00, Legalis nr 53780.



niewykonania lub nienależytego wykonania powinności zawartej w §15 Umowy Generalnej, a nawet jeśli to (2) czy miało to miejsce w ramach niniejszej sprawy. Stanowisko Pozwanej w tych kwestiach przedstawia się w sposób następujący.

**26. Klauzula *hardship*.** Przedmiotem Umowy Generalnej było osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego polegającego na budowie Farmy Wiatrowej na Nieruchomości (§2 Umowy). Strony związały z tym wzajemne uprawnienia i obowiązki, a dodatkowo zamieściły w tym samym dokumencie „*Klauzulę hardship*”, nakładającą na nie obowiązek podjęcia negocjacji w dobrej wierze w razie negatywnej zmiany przepisów prawa lub realiów ekonomicznych. **Należy w tym miejscu podzielić stanowisko doktryny prawniczej które głosi, że tego rodzaju klauzula renegocjacyjna ma charakter odrębny, tj. stanowi odmienny stosunek prawny od tego wynikającego z pozostałych postanowień umowy**<sup>10</sup>. Taką ocenę należy uznać za regułę. Stąd jeżeli Strony wskazane w Ofercie 1 z dnia 1 czerwca 2009 r. miały zamiar uczynić przedmiotem naruszenia wszystkie stosunki prawne wynikające z treści Umowy Generalnej, to powinny to wyraźnie zaznaczyć. W sytuacji odmiennej, to jest tej, jaka zaistniała w niniejszej sprawie, za poważne naruszenie Umowy Generalnej może być uznane wyłącznie uchybienie głównemu obowiązkowi Stron jakim była wzajemna współpraca w celu wybudowania Farmy Wiatrowej. Ten sam wniosek nie może zostać odniesiony również do naruszenia Klauzuli *hardship*. **Naruszenie Klauzuli – jeśli przyjąć, że miało ono miejsce – jest naruszeniem odrębnego od Umowy Głównej zobowiązania stron.**

**27.** Również przypisywanie *ex post* przez Stronę Powodową szczególnego znaczenia Klauzuli nie znajduje odzwierciedlenia w realiach sprawy, gdyż strony na żadnym etapie negocjacji, sporządzania Umowy i formułowania Opcji Put nie uzewnętrzniły tego faktu, a sam §15 stanowi standardową formułę spotykaną w praktyce w wielu umowach inwestycyjnych. Trzeba jednoznacznie wskazać, że to Strona Powodowa była autorem projektów wszystkich dokumentów podpisywanych przez obie strony. Było to naturalne, zważywszy na fakt, że to Powódka była podmiotem wyspecjalizowanym w działalności będącej przedmiotem projektu. W tym zakresie to na Pandorze spoczywają więc negatywne konsekwencje wszelkich wątpliwości w zakresie sformułowań umów pomiędzy Stronami (zasada *in dubio contra proferentem*). Niezaprzeczalne jest w tym kontekście, że (i) Strona Powodowa przygotowała cały mechanizm rozliczeń za pomocą opcji, (ii) nie wskazała w ich treści aby naruszenie Klauzuli *hardship* było warunkiem jej wykonania, (iii) na obecnym etapie sporu próbuje za

---

<sup>10</sup> „*Naruszenie obowiązków adaptacyjnych nie stanowi bowiem samo w sobie naruszenia zobowiązania z umowy głównej*”, tak R. Strugała, *Standardowe klauzule umowne: adaptacyjne, salwatoryjne, merger, interpretacyjne oraz pactum de forma*, Warszawa 2013, rozdz. IV, pkt 2.5.

pomocą powyższego mechanizmu osiągnąć te skutki, które niemożliwe były – z uwagi na brak przesłanek – do zrealizowania w drodze renegocjacji umowy.

**28. Poważne naruszenie umowy.** Pomimo że powyższa konkluzja *per se* unicestwia żądanie Powódki, to jednak w interesie Strony Pozwanej jest przedstawienie dalszych argumentów, które ukazują bezzasadność treści pozwu. Szczęólnego komentarza wymaga w tym względzie spełnienie przesłanki poważnego naruszenia Umowy Generalnej, przy założeniu, że mogło w ogóle do niego dojść. Zgodnie z twierdzeniami Powódki, zachowanie Strony Pozwanej miało być sprzeczne w stopniu poważnym z § 15 Umowy.

**29.** Już w tym miejscu należy zaznaczyć, że przez poważne naruszenie Umowy Generalnej trzeba rozumieć sposób tego naruszenia, czyli stopień w jakim doszło do naruszenia obowiązku lub obowiązków wynikających z Umowy Generalnej, a nie tylko naruszenie postanowienia, które miało istotne znaczenia dla stron. Mówiąc inaczej, poważne naruszenie nawet głównego obowiązku stron, ale w stopniu, które nie miało żadnego wpływu na sytuację stron, nie uzasadnia skorzystania z § 15 Umowy.

**30.** Trafnie Powódka w pozwie określiła przesłanki zastosowania Klauzuli *hardship*, jednakże subsumpcja stanu faktycznego pod rzeczoną normę jest całkowicie niepoprawna. Po pierwsze, nie doszło do wystąpienia zmian przepisów prawa, z czym zdaje się zgadzać Strona Powodowa, zupełnie pomijając tę kwestię w pozwie. Po drugie, nie wystąpiła zmiana realiów ekonomicznych, na których strony polegały w chwili zawarcia umowy i która negatywnie wpływałaby na możliwość wykonania Umowy przez **jedną ze Stron** lub powodowałaby, że jej wykonanie skutkowałoby rażącą stratą **jednej ze stron**.

**31.** Warto w tym miejscu podkreślić, że to Strona Powodowa jest podmiotem wyspecjalizowanym w inwestycjach na rynku energii odnawialnej, a Pozwana w tym układzie miała być jedynie kapitałodawcą. Projekt Farmy Wiatrowej był pierwszym projektem tego rodzaju, który podlegał realizacji przez Pozwaną. Powódka, jak sama rozgłasza to w formie informacji zawartej w stopce wszystkich wiadomości elektronicznych wysyłanych przez jej pracowników, „**zarządza wiatrem od 2004 r.**” (pogrubienie zgodne z oryginałem). Z tego względu naturalnym wnioskiem jest stwierdzenie, że to Powódka powinna ponosić nieograniczone ryzyko inwestycyjne, a ryzyko Pozwanej ogranicza się do zainwestowanego kapitału. Na marginesie uprawnione jest w tym miejscu odwołanie się do konstrukcji spółki komandytowej, która w ramach konstrukcji prawnej odzwierciedla układ stosunków jaki zaistniał w niniejszej sprawie. Posługując się tą analogią należy zauważyć, że Powódka pełni rolę komplementariusza (zarządza, ale nie wnosi wkładu), a Pozwana – komandytariusza (wnosi wkład, ale nie zarządza wspólnym projektem).

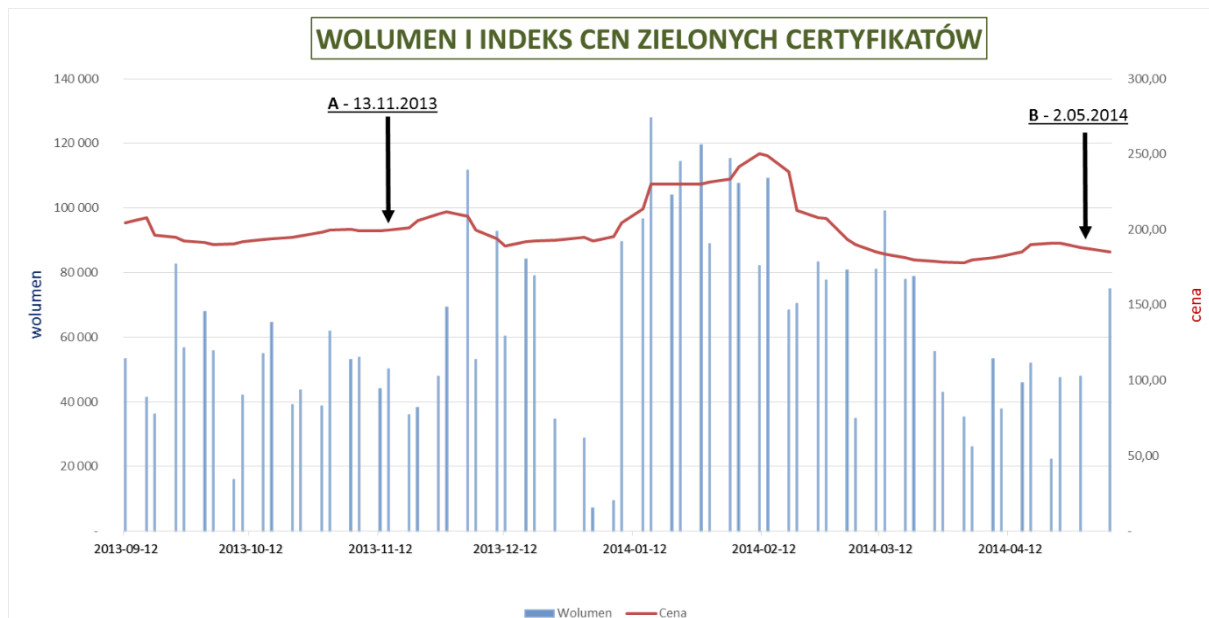
**32. Zmiana realiów ekonomicznych.** W ocenie Powódki istotna zmiana realiów ekonomicznych miała polegać na „*długotrwałym utrzymaniu się cen zielonych certyfikatów na poziomie znacznie poniżej poziomu przewidywanego w dacie zawarcia Umowy*”.

**33. Po pierwsze**, strony nie określiły w Umowie przewidywanej ceny Zielonych Certyfikatów *in toto*.

**34. Po drugie**, nie do zaakceptowania jest, że podmiot profesjonalnie zajmujący się inwestycjami w energię wiatrową nie przewidział, że w ciągu 15 lat, czyli w okresie, na który zawarta została Umowa, nie dojdzie do fluktuacji cen na wolnym rynku i to rynku wspomaganym przez mechanizmy giełdowe (swobodne kształtowanie się relacji popytu i podaży określonego dobra).

**35. Po trzecie**, żadną miarą nie można wskazać, że miała miejsce istotna zmiana ceny Zielonych Certyfikatów. W chwili zawarcia Umowy cena ta wynosiła 260,99 zł, aby w dniu pierwszego spotkania stron w trybie §15 – dnia 13 listopada 2013 r. – osiągnąć poziom 199,67 zł, natomiast w połowie lutego 2014 r. – 250,47 zł, a w chwili ponownego wezwania do podjęcia negocjacji w dniu 2 maja 2014 r. – 188,17 zł. Zatem spadek cen we wskazanym okresie wahał się od 4% do 27%, a w okresie od pierwszego spotkania do propozycji drugiego nastąpił spadek o 5%. Odwołując się w tym miejscu do narzędzi analizy statystycznej, **należy zauważyć, że średnia cena Zielonych Certyfikatów w okresie od 13 listopada 2013 r. do 2 maja 2014 r. wyniosła 202,24 zł, a odchylenie standardowe równa się 19,97 zł, co stanowi mniej niż 10% wartości średniej.** W pierwszej kolejności godzi się zauważyć, że wartość odchylenia jest stosunkowo niewielka i wynika głównie ze wzrostu cen Zielonych Certyfikatów w okresie styczeń-luty 2014 r. (zob. wykres 1 poniżej). Zatem ceny w tym okresie były stabilne i wykazywały tendencje wzrostowe. Przede wszystkim jednak takich zmian nie można uznać za „istotne”, jak stara się przekonywać Strona Powodowa.

Wykres 1. Wolumen i indeks cen zielonych certyfikatów wraz z oznaczeniem daty A) pierwszego spotkania stron; B) wezwania do odbycia kolejnego spotkania;



Źródło opracowanie własne na podstawie danych udostępnionych przez Towarową Giełdę Energii S.A.

**36. Po czwarte**, nie można zmiany realiów ekonomicznych ograniczać wyłącznie do kwestii obrotu i cen zielonych certyfikatów. Zadaniem Powódki było kompleksowe zarządzanie Farmą Wiatrową, a więc również sprzedawanie wytwarzanej energii na wolnym rynku, która to czynność była częścią prowadzonej działalności gospodarczej. Pozwana podkreśla, że już od początku funkcjonowania spółki Zefir, a konkretnie w pierwszym roku jej działalności, połowa zysku spółki zarządzanej przez Powódkę wynikała z transakcji na rynku FOREX, których inicjatorem byli pracownicy Spółki Pozwanej. Wywieść z tego należy, że to nie spadek cen zielonych certyfikatów doprowadził do tego, że spółka Zefir nie odnosiła zysków, ale główną przyczyną tego stanu był nieefektywny poziom zarządzania tą spółką przez Powódkę, która nie potrafiła przeciwstawić się normalnym zmianom cen występujących na wolnym rynku.

**37. Po piąte**, celem zamieszczenia klauzuli renegotjacyjnej było zachowanie równowagi stron. Jak wskazuje literalne brzmienie Klauzuli, chodziło więc o zapobiegnięcie sytuacji, w której **jedna** ze stron poniosłaby negatywne skutki przy wykonywaniu umowy lub jej wykonanie wywołałoby u **jednej** ze stron rażącą stratę. Tymczasem w niniejszej sprawie **obydwie Strony** ponoszą straty w związku z nieosiąganiem zysku przez Zefir. Dla Powódki jest to koszt zaangażowania pracowników w proces zarządzania – chociaż brak jest informacji ile on dokładnie wynosi, to nie może on przekraczać rocznie 1 mln zł, co wynika z planów finansowych zamieszczonych w załączniku 5 do Umowy, a z pewnością jest zdecydowanie

niższy, gdyż w innym przypadku uczestnictwo Pozwanej w projekcie Farmy Wiatrowej nie przynosiłoby jej realnego zysku. Natomiast dla Pozwanej strata wynika z opóźnienia w zwrocie kwot pożyczki, których suma pozostała do zwrotu na chwilę obecną wynosi prawie 13 mln zł. Trzeba przy tym wskazać, że w przeciwieństwie do twierdzeń Strony Powodowej, niewykonywanie umowy nie mogło polegać na niewypłaceniu jej dywidendy. W żadnym miejscu umowy Stron nie przewidziano wierzytelności Strony Powodowej o wypłatę stałych kwot pieniężnych. Wręcz przeciwnie, podkreślając jej uprawnienie do dywidendy, wprost uzależniono jej zysk z umowy od wyników finansowych przedsięwzięcia.

**38. Po szóste**, Strona Pozwana wzięła udział w spotkaniu w dniu 13 listopada 2013 r. na wezwanie Powódki i od tego momentu nie doszło do żadnych zmian, które uzasadniałyby korektę konkluzji zawartych w notatce ze spotkania (patrz wykres powyżej w pkt 35), o czym poinformowana została Pandora. Przede wszystkim jednak to Strona Powodowa nie wykazała, aby istniała ważka potrzeba ponownego spotkania i nie przedstawiła drugiej stronie żadnych konstruktywnych propozycji, które mogłyby stanowić przedmiot rozmów. Należy wskazać, że w trakcie samej wymiany korespondencji, Powódka w żadnym miejscu nie wskazała jednoznacznie, aby doszło do nowych i istotnych zmian ekonomicznych. Wręcz przeciwnie, podała, że „*ceny nie wzrastają*”, a „*sytuacja jest nadal niezadowolająca*”, co wskazuje na powoływanie się na uprzednio już rozważone przez Strony czynniki ekonomiczne oraz na brak nowych argumentów Strony Powodowej.

*Dowód: wiadomość e-mail F. Nowaka do R. Kozieluka z dnia 2.05.2014 r.*

**39. Niewskazanie na sposób renegotjacji Umowy.** W piśmie z dnia 22 grudnia 2014 r. Pozwana wyrażała chęć podjęcia dalszych rozmów z Powódką, pod warunkiem sformułowania konkretnych propozycji przez Powódkę. Zamiast tego jednak Pandora zdecydowała się skorzystać z mechanizmu opcji i wnieść niniejszy pozew. W toku negocjacji Pandora ani razu nie podała w jaki sposób renegotjowana miałaby być Umowa Generalna oraz w jaki sposób powinien zostać rozwiązany spór pomiędzy stronami. Powódka formułowała jedynie pozbawione uzasadnienia wnioski o renegotjację umowy. Również w samym pozwie Powódka nie podaje, w jaki sposób mogłoby dojść do renegotjacji Umowy Generalnej – w tym kontekście zatem twierdzenia Pozwanej o uchylaniu się przez Kasandrę od renegotjacji Umowy wydają się całkowicie chybione.

**40.** Jak wskazano w pkt 33 i n. powyżej w żadnym miejscu umowy nie wskazano, aby zmiana realiów ekonomicznych dotyczyć miała jedynie sytuacji na rynku świadectw pochodzenia. Ponadto spadek cen Zielonych Certyfikatów nie musiał wywołać strat, o ile Powódka

podjęłaby odpowiednie działania przeciwdziałające ryzyku fluktuacji tych cen. Jedną z metod było zabezpieczenie w postaci stworzenia portfela aktywów w postaci walut i ich obrót na rynku walutowym – FOREX. Działania te zainicjowane przez Pozwaną (choć to do obowiązków Powódki należało zarządzanie inwestycją) w pierwszym roku działalności spółki Zefir doprowadziły do powstania wysokiego zysku, co również zrekompensowało część strat poniesionych w następnych latach.

*Dowody: wymiana wiadomości e-mail pomiędzy F. Nowakiem i R. Kozieluka z dnia z 21.12.2012 i 22.12.2012 r.*

Rekompensata ta znajduje też odzwierciedlenie w konkretnych wyliczeniach Stron. Z tytułu ww. transakcji walutowych Strony uzyskały zysk w wysokości odpowiadającej zakładanemu rocznemu zyskowi z tytułu farmy wiatrowej. W tym względzie należy stwierdzić, że nawet całkowity brak zysku z projektu przez cały okres następnego roku (a więc wtedy, gdy Strona Powodowa rozpoczęła próby renegocjacji umowy) nie spowodował braku rentowności projektu wg założeń ustalonych w Załączniku nr 5 do Umowy.

**41. Z wszystkich przedstawionych przez Pozwaną argumentów wynika jednoznacznie, że nie doszło do naruszenia w jakimkolwiek stopniu, a tym bardziej poważnym, postanowień umowy renegocjacyjnej zawartej w § 5 Umowy, tj. Stronie Pozwanej nie można postawić zarzutu, że nie przystąpiła do negocjacji pomimo zajścia okoliczności określonych w Umowie. Ponadto wszelkie działania Pozwanej podejmowane były w dobrej wierze.**

**42.** Pozwana w ramach oceny zasadności roszczenia Powódki zwraca również uwagę na inne kluczowe nieścisłości jakie pojawiły się w pozwie z dnia 8 lutego 2015 r.

**43. Cena za udział.** Jak to zostało zauważone powyżej (pkt 20) mechanizm ustalenia ceny udziałów spółki Zefir (§2 Opcji Put) jest wadliwy i to w stopniu uniemożliwiającym jego zastosowanie w niniejszej sprawie. Strony bowiem nie przewidziały sytuacji braku wypłacenia dywidendy w danym roku, a także nie istnieją inne środki, które pozwalałyby nadać oświadczeniu stron znaczenie umożliwiające wypełnienie tej luki. Z tego powodu §2 Opcji Put należy uznać za pozbawiony prawnie istotnej treści, a w konsekwencji nieskuteczny.

**44.** Ponadto Strona Powodowa w pozwie stara się przekonać Zespół Orzekający, że prawidłowe znaczenie dywidendy to takie, które odwołuje się do ostatniej wypłaconej dywidendy, a nie takiej, która wystąpiła, o ile w ogóle, w „poprzednim roku”, na co wskazuje literalne brzmienie §2 Opcji Put. Na ten argument należy odpowiedzieć zadając pytanie

retoryczne: **gdyby wartość dywidendy wypłacona za 2012 r. wyniosła 1000 zł albo mniej, to czy Pandora nadal utrzymywałaby, że właśnie taka dywidenda była objęta zamiarem Stron zgodnie z Opcją Put?** Nie ulega wątpliwości, że Strona Powodowa nie mogłaby zgodzić się na taką interpretację i z pewnością próbowałaby odwołać się do innych figur retorycznych, które pozwoliłyby jej nadać pojęciu „dywidendy wypłaconej (...) w poprzednim roku” znaczenie korzystne wyłącznie dla niej.

**45. Maksymalna cena udziałów.** Warto również zauważyć, że kwota 20 mln PLN dochodzona niniejszym pozwem przekracza maksymalny ustalony przez Strony pułap ceny za udziały spółki Zefir. Zgodnie ze zdaniem drugim §2 Opcji Put cena ta nie może przekroczyć dywidendy jaką Pandora otrzymałaby **od chwili wykonania opcji do końca trwania Umowy Generalnej** zgodnie z prognozami zawartymi w załączniku nr 5 do tej Umowy. W związku z tym postanowieniem wartość roszczenia Powódki nie może przekroczyć **11,22 mln zł** (jest to kwota 33% z sumy dywidend przysługujących Pandorze przez kolejne 13 lat jakie trwać miała Umowa Generalna od chwili wykonania Opcji). **A zatem nawet gdyby Zespół Orzekający podzielił wszystkie twierdzenia i oceny Strony Powodowej, to maksymalna wysokość jej roszczenia nie może przekraczać powołanej wyżej sumy.**

**46. Kara umowna.** Powyżej Strona Pozwana wskazała na okoliczności przesądzające, że żądanie zapłaty Strony Powodowej wywodzone z wykonanej Opcji jest całkowicie bezzasadne. Celem jednak przedstawienia kompletnej argumentacji i na wypadek niepodzielenia wcześniejszych argumentów Strony Pozwanej, należy wskazać, co następuje. Jak wynika z korespondencji Stron, mechanizm opcyjny zastrzeżony miał zostać jako zabezpieczenie na ewentualną „czarną godzinę”, co oznaczać miało rozliczenia na wypadek naruszenia umowy.

*Dowód: wymiana wiadomości e-mail pomiędzy F. Nowakiem i R. Kozieluka z dnia 16.5.2009 r.*

**47.** Wynika z powyższego, że zaprojektowane Opcje miały pełnić rolę kary umownej zastrzeżonej pomiędzy stronami. Po pierwsze, odniesiono je do (poważnego) naruszenia Umowy. Po drugie, jak wynika z negocjacji Stron, samo ustalenie kary umownej jako ceny za udziały w spółce Zefir miało w sposób jak najbardziej kompleksowy doprowadzić do pełnego rozliczenia przedsięwzięcia. Ten mechanizm spełnia więc przesłanki opisane w 483 KC. Obecnie w doktrynie wskazuje się, że pod pojęciem kary umownej trzeba rozumieć jak

najszerszy zakres stosunków prawnych byleby spełniały one wskazane w tym przepisie role<sup>11</sup>. Wobec powyższego, gdyby Zespół Orzekający uznał zasadność argumentów Strony Powodowej, Strona Pozwana wnosi o zmiarkowanie kary umownej, powołując się na poniższe okoliczności, świadczące o tym, że jest ona rażąco wygórowana. Za podstawę pełnej wysokości kary umownej Pozwana przyjmuje wartość 11.22 mln PLN natomiast wnosi o jej zmiarkowanie o 90 % to jest do wartości 1.122.000,- PLN.

**48. Brak szkody – zysk z FOREX.** Wskazano już powyżej, że osiągnięte z operacji na rynku FOREX zyski były równe 1-rocznym zyskom, jakie Strony osiągać zamierzały z projektu. Jeśli więc wziąć pod uwagę dywidendę dla Strony Powodowej za 2012 rok, to w myśl ustalonych przez Strony zysków z Zielonych Certyfikatów zostały one zaspokojone zarówno za 2012 jak i za 2013 r. Wskazać przy tym trzeba, że to sytuacja ekonomiczna w 2013 r. zainicjowała starania Strony Powodowej o spotkanie w trybie Klauzuli. W związku z powyższym, nie można uznać, aby Strona Powodowa poniosła szkodę.

**49. Brak szkody – dywidenda.** O braku szkody świadczy też inna okoliczność. Wszelkie zyski Strony powodowej miały wynikać z wypłaconej dywidendy. Dywidenda, co oczywiste, nie ma charakteru stałych wypłat dla akcjonariusza, takiego obowiązku nie przewidziano też w żadnym postanowieniu żadnej z łączących strony Umów. Nie można zatem twierdzić, że z uwagi na brak wypłaty dywidendy Powódka poniosła jakąkolwiek stratę, skoro już w samej Umowie zgodziła się na uzależnienie swoich zysków od wyników – zarządzanego przez nią – przedsięwzięcia. Nie należy również przypuszczać, aby poprzez przystąpienie do negocjacji Strony zmieniły ten fragment Umowy. W obecnych realiach ekonomicznych powodowałyby to faktyczne kredytowanie Strony Powodowej przez Stronę Pozwaną. Klauzula *hardship* w żadnej mierze nie może być interpretowana w ten sposób, aby miała prowadzić do obarczenia całym ryzykiem projektu jednej tylko strony umowy.

**50. Brak szkody – renegeacja Umowy.** Nie można również uznać, że gdyby Pozwana przystąpiła do renegeacji Umów, sytuacja Powódki uległaby polepszeniu. Przede wszystkim, zmiany w rentowności projektu spowodowane były – zdaniem Powódki – sytuacją ekonomiczną. **Takie zmiany – gdyby istotnie miały miejsce – mogłyby być sanowane wyłącznie sprawnym zarządzaniem Spółką Zefir. Sfera prowadzenia projektu była zaś domeną tylko Strony Powodowej, a zatem nawet przystąpienie Strony Pozwanej do ponownych negocjacji nie mogło doprowadzić do zwiększenia rentowności farmy wiatrowej.**

---

<sup>11</sup> J. Jastrzębski, *Kara umowna*, Warszawa 2006, rozdz. II.2.2.



**51. Brak winy.** Strona Pozwana nie ponosi też żadnej winy w zaistniałej sytuacji. Po pierwsze, **to do Strony Powodowej należało zarządzanie projektem.** Strona Pozwana spełniła w całości swoje zobowiązanie wynikające z planowanego zaangażowania finansowego. Należy przypomnieć, że spółka Zefir nie wywiązuje się z umowy pożyczki względem Strony Pozwanej, narażając ją na straty finansowe. Strona Powodowa miała obowiązek znaleźć rozwiązanie pozwalające na lepsze wyniki finansowe. Nie można zatem mówić o żadnej winie po stronie Pozwanej.

**[BEZPODSTAWNOŚĆ ŻĄDANIA ZAPŁATY KWOTY 6.000.000,- PLN TYTUŁEM UZYSKANIA ZEWNĘTRZNEGO FINANSOWANIA]**

**52.** Strona Powodowa wywiodła roszczenie o zapłatę 6.000.000,- PLN tytułem odszkodowania za szkodę, którą poniosła w wyniku zwrócenia się o zewnętrzne finansowanie do podmiotu trzeciego. Roszczenie to zostało podniesione jako odrębne żądanie Powódki, niezależne zarówno od roszczenia głównego, jak również od żądania zwrotu kosztów procesu. Zdaniem Strony Pozwanej żadna z przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej w sprawie nie wystąpiła, a żądanie Strony Powodowej jest całkowicie bezzasadne.

**53. Przesłanki.** Aby uzyskać żadaną kwotę Strona powodowa winna wykazać **zdarzenie**, które wywołało szkodę, samą **szkodę**, **związek przyczynowo-skutkowy** oraz **winę** Strony pozwanej. Z uzasadnienia pozwu wynika bowiem, że Strona Powodowa wywodzi swoje roszczenia opierając się na rzekomym delikcie popełnionym przez Stronę Pozwaną („nielojalne zachowanie”, s. 18 pozwu). Żadna z tych okoliczności nie miała miejsca w niniejszej sprawie.

**54. Zdarzenie.** Strona Powodowa nie wskazuje jednoznacznie z jakim zdarzeniem wiąże swoją szkodę, lecz skoro dochodzi zwrotu kosztów finansowania procesu, należy stwierdzić, że utożsamia ją z wszczęciem sprawy sądowej. Jednakże podkreślenia wymaga, że wszczęcie postępowania leżało w całości w sferze kompetencji Strony Powodowej. To ona wniosła powództwo, choć nie upłynął jeszcze termin, który strony przeznaczyły na negocjacje. Ponadto to Strona Powodowa nie odpowiedziała na pismo Strony Pozwanej z wezwaniem do polubownego załatwienia sprawy. Zauważyć trzeba, że Pozwana zapowiedziała obronę w trakcie ewentualnego postępowania sądowego, a zatem Powódka miała świadomość, że proces będzie wiązał się dla niej z wydatkami. Ponadto, zauważyć należy, że samo zdarzenie jakim jest wszczęcie postępowania nie przesądza wszak, że koszty sądowe zostały poniesione w sposób celowy. Na etapie ponoszenia tych kosztów nie wiadomo jakie będzie rozstrzygnięcie Zespołu Orzekającego.

**55. Szkoda.** Ostatnia z powołanych powyżej okoliczności wiąże się z brakiem szkody Powódki. Otóż szkodę Powódka wyliczyła jako wartość tego, co będzie musiała „oddać” podmiotowi trzeciemu w zamian za finansowanie sporu. Szkoda ta – ewentualnie – może powstać dopiero po prawomocnym rozstrzygnięciu sądu. Obecnie więc Powódka stara się dochodzić szkody opisanej w sposób czysto spekulacyjny, nie mający pokrycia w jakichkolwiek wydatkach Strony Powodowej. Dodatkowo, trzeba wskazać, że w ogólności nie można poniesionych wydatków sądowych traktować jako szkodę zależną jedynie od działania drugiej strony.

**56. Związek przyczynowo – skutkowy.** Strona Powodowa nie wskazała, aby zachodził jakikolwiek związek pomiędzy (przyszłymi) wydatkami, a działaniem Strony Pozwanej. Przede wszystkim należy wskazać, że nie jest przekonujące twierdzenie Strony Powodowej, jakoby tylko korzystając z funduszu mogła ona zapewnić sobie dochodzenie swoich praw. Nie można przyjąć, aby Powódka funkcjonująca od kilkunastu lat na rynku jako profesjonalista w swojej dziedzinie była zupełnie nieprzygotowana i zaskoczona perspektywą postępowania sądowego ze swoim współpracownikiem. Ponadto, jest zupełnie nieprzekonujące, aby Powódka nie posiadała żadnych rezerw na prowadzenie postępowań sądowych. Trzeba też wskazać, że od odmowy udziału w negocjacjach do wniesienia pozwu upłynęło ponad pół roku, a więc jest to wystarczający czas, by odłożyć środki na prowadzenie sprawy. Dodatkowo, Strona Powodowa mogła skorzystać z formy kredytowania, które zapewne okazałoby się znacznie tańsze niż zaangażowanie funduszu zewnętrznego. Jak wynika z twierdzeń Strony Powodowej za sfinansowanie kosztów procesu w wysokości – wg twierdzeń pozwu – nieco ponad 336.000, PLN fundusz ten uzyska 6.000.000, PLN. Jest to rozwiązanie całkowicie nieracjonalne ekonomicznie i nie może w żadnej mierze obciążać Strony Pozwanej.

**57. Wina.** Nie można również przypisać winy Pozwanej. Poddanie sprawy pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego, którą to możliwość strony same przewidziały w umowie nie może stanowić podstawy przypisywania winy Pozwanej w zakresie szkody „zewnętrznego finansowania”.

**58. Obejście przepisów o kosztach.** Powołane wyżej okoliczności są relewantne nie tylko dla ujęcia zwrotu kosztów w zakres roszczenia odszkodowawczego w tej sprawie, ale odnoszą się do jakiegokolwiek możliwości dochodzenia kosztów sądowych w ramach odszkodowania za delikt. Roszczenie takie nie spełnia żadnej z przesłanek roszczenia odszkodowawczego. Z tego względu ustawodawca przewidział surogat zryczałtowanego „odszkodowania” w postaci kosztów sądowych. Koszty te w ogólności mają być „celowe” wg art. 98 k.p.c., a same koszty

zastępstwa procesowego są wyznaczone ścisłymi taryfami minimalnymi i maksymalnymi. **Podobnie czyni Regulamin Sądu Arbitrażowego w § 47 i nast., który uwzględnia roszczenie o zwrot kosztów tylko do ich „rozsądnej” granicy.** Domaganie się wartości przenoszącej te koszty pod postacią odrębnego roszczenia odszkodowawczego jest próbą obejścia limitacyjnego charakteru tych przepisów. Również i z tego powodu powinno zostać uznane za całkowicie bezzasadne.

### BEZZASADNOŚĆ WNIOSKU O ZABEZPIECZENIE

**59.** Zgodnie z treścią §36 ust. 1 Regulaminu Sądu Arbitrażowego dla udzielenia zabezpieczenia muszą zostać spełnione kumulatywnie dwie przesłanki, tj. strona postępowania powinna uprawdopodobnić roszczenie, którego się domaga oraz zastosowane środki zabezpieczające powinny być właściwe.

**60. Uprawdopodobnienie roszczenia.** Roszczenie jest uwiarygodnione, jeżeli istnieje słuszna podstawa do przypuszczenia, że ono istnieje i jest wymagalne<sup>12</sup>. Strona Pozwana stoi na stanowisku, że Powódka nie uprawdopodobniła swojego roszczenia o zapłatę, jak również żadnego z roszczeń ubocznych dochodzonych pozewem. Jak wynika z odpowiedzi na pozew, roszczenie Strony Powodowej jest bezzasadne. W związku z powyższym, te same argumenty wskazują, że i wniosek o zabezpieczenie roszczenia nie może być uznany za uzasadniony.

**61. Właściwy środek zabezpieczający.** W pierwszej kolejności, Strona Pozwana wskazuje, że „właściwość” środka zabezpieczającego powinna być zrelatywizowana do właściwego wyważenia interesów obu stron. Na uzasadnienie Strona Powodowa podała, że istnieje zagrożenie niewypłacalnością Kasandry. W tym względzie Strona Pozwana wskazuje, że skorzystanie z pierwszego sposobu zabezpieczenia oznaczałoby *de facto* rozstrzygnięcie sporu. Powódka zażądała bowiem zajęcia udziałów Zefira, które mają przypadać Stronie Pozwanej. Rzecz ta została zakwestionowana i będzie dopiero przedmiotem rozstrzygnięcia, bowiem do jej przyjęcia konieczne jest ustalenie, że pomiędzy Stronami zawarta została umowa zbycia udziałów Zefira. Zajęcie przez Zespół Orzekający stanowiska w tej kwestii już na etapie rozpoznania wniosku o zabezpieczenie – a nie może wszak Zespół udzielić takiego zabezpieczenia przed uprzednim przyjęciem, że udziały te faktycznie należą do Pozwanej – prowadzi do bezcelowości dalszego sporu. Kolejny z wniosków Strony Pozwanej jest także całkowicie nieadekwatny. Zarząd przymusowy nad spółką nieprzynoszącą dochodu nie może doprowadzić do zabezpieczenia interesów Powódki. Ponadto zgodnie z Umową Generalną,

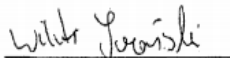
---

<sup>12</sup> Tak np. Sąd Apelacyjny w Warszawie, por. postanowienie SA w Warszawie z 7.8.1997 r., I ACZ 735/97, Pr. Gosp. 1998, Nr 6, s. 52.

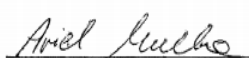
która nadal obowiązuje między stronami, to Powódka jest zobowiązana do sprawowania zarządu nad spółką Zefir. Wniosek o ustanowienie zarządu przymusowego jest w istocie próbą uchylenia się do wykonania przedmiotowego obowiązku. Zajęcie wierzytelności z rachunku bankowego Strony Pozwanej prowadzi do zaspokojenia roszczeń Powódki i nadmiernego obciążenia Pozwanej, co jest sprzeczne z naturą procesowych instrumentów zabezpieczających (art. 731 KPC). **Jednocześnie tego rodzaju zabezpieczenie w istocie implikuje naruszenie prawa europejskiego poprzez ograniczenie swobody przepływu kapitału.** Strona Pozwana jest spółką z kraju członkowskiego Unii Europejskiej. Jej działalność opiera się na inwestowaniu środków finansowych. W tym celu musi ona dysponować – w różnych krajach członkowskich – „operacyjnymi” rachunkami bankowymi, za pomocą których realizuje swoje inwestycje. Zajęcie wierzytelności z rachunku bankowego wedle żądania Powódki, prowadzi do zablokowania możliwości korzystania z polskiego rachunku Pozwanej. Takie działanie podjęte w trybie zabezpieczenia roszczenia prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia swobody przepływu kapitału, gdyż nie służy ono „nadrzędnym względem interesu ogólnego” w sposób adekwatny i niezbędny (test proporcjonalności<sup>13</sup>), tj. dla osiągnięcia celu w postaci zapewnienia ochrony sądowej Powódce istnieją inne środki zabezpieczające, które w mniejszym stopniu ograniczają swobodę przepływu kapitału, np. udzielenie gwarancji bankowej, o ile w ogóle istnieją podstawy prawne do ustanowienia w niniejszej sprawie środka zabezpieczającego.

W związku z powyższym Strona Powodowa wnosi jak w *petitum*.

Za Powódkę – pełnomocnicy



r.pr. Wiktor Iwański



r.pr. Ariel Mucha



r.pr. Mateusz Pacak

**Załączniki:**

1. Uwierzytelniony odpis pełnomocnictwa dla r. pr. Wiktora Iwańskiego, r.pr. Ariela Muchy, r.pr. Mateusza Pacaka wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. Dokumenty i dowody wskazane w treści odpowiedzi na pozew,
3. 5 odpisów pisma wraz z załącznikami odpowiednio dla: arbitrów, Powódki oraz Sekretariatu Sądu Arbitrażowego.

---

<sup>13</sup> Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości (ETS) z 20.11.1995 r., w sprawie Gebhard C-55/94, Zb. orz. 1995, s. I-4165, pkt 37.