

Rozdział 1. Wstęp

§ 1. Umowa o finansowanie postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią jako przedmiot pracy

Umowa o finansowanie postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią (*third-party funding agreement* lub *litigation finance agreement*) jest umową zawieraną przez stronę postępowania arbitrażowego (finansowanego), na mocy której do poniesienia kosztów postępowania arbitrażowego zobowiązana jest osoba trzecia (finansujący), która nie ma żadnego pierwotnie istniejącego interesu prawnego w sprawie. W przypadku wydania przez trybunał arbitrażowy orzeczenia na korzyść finansowanego, finansujący jest uprawniony do wynagrodzenia i zwrotu poniesionych kosztów.

Z uwagi na relatywnie wysokie koszty postępowania arbitrażowego, finansowanie postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią stanowi odpowiedź na rosnące potrzeby uczestników obrotu gospodarczego, pozwalając na zabezpieczenie przez stronę środków finansowych koniecznych do wszczęcia i prowadzenia tego postępowania.

§ 2. Stan badań

Problematyka *third-party funding* została dość szybko dostrzeżona w literaturze zagranicznej i obecnie jest przedmiotem szerokiej dyskusji, zwłaszcza w kontekście postępowań arbitrażowych. W konsekwencji na przestrzeni ostatnich kilku lat ukazała się duża liczba publikacji, czy to w postaci artykułów naukowych, czy też monografii, analizująca finansowanie postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią w ujęciu społeczno-ekonomicznym oraz procesowe i etyczne skutki zawierania umów o finansowanie sprawy arbitrażowej przez osobę trzecią. W tym miejscu należy wymienić przede wszystkim opracowania: „Third-Party

Funding in International Arbitration” autorstwa *L.B. Nieuwveld* i *V. Shannon*¹, a także wydawnictwo Międzynarodowej Izby Handlowej pod redakcją *B.M. Cremades* oraz *A. Dimolitsa* pod tym samym tytułem² oraz „Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure” autorstwa *J. von Goelera*³. Ponadto, nie sposób pominąć artykułów *M. Steinitz* „Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding” oraz *M. Steinitz* i *A.C. Field* „A Model Litigation Finance Contract”, a także *C. Veljanovskiego* „Third-Party Litigation Funding in Europe” i *M. de Morpurgo* „A Comparative Legal And Economic Approach To Third-Party Litigation Funding”. Należałoby także wspomnieć o rozdziale „Gamblers, Loan Sharks, and Third-Party Funders” poświęconym problematyce finansowania arbitrażu przez osobę trzecią w publikacji *C.A. Rogers* „Ethics in International Arbitration”.

Na istotne znaczenie finansowania postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią w praktyce międzynarodowego arbitrażu handlowego wskazuje także powołanie przez International Council for Commercial Arbitration (dalej: ICCA) we współpracy z Queen Mary University of London, ICCA-Queen Mary Taskforce on Third-Party Funding (dalej: *Task Force*), na którego czele stanęli *C. Rogers*, *William W. Park* oraz *S. Brekoulakis*⁴. Wzrastające znaczenie finansowania sporu przez osobę trzecią podkreśla również fakt, że w 2014 r. zmieniono ogólne standardy Wytycznych International Bar Association dotyczących konfliktu interesów w międzynarodowym arbitrażu handlowym (ang. *IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration*) (dalej: Wytyczne), regulując obowiązki stron w zakresie ujawniania faktu ponoszenia kosztów związanych z postępowaniem arbitrażowym przez osobę trzecią.

W przeciwieństwie do stanu badań nad problemem finansowania sporów przez osoby trzecie w literaturze zagranicznej, ta problematyka nie była kompleksowo analizowana w polskiej literaturze prawniczej, zarówno w odniesieniu do postępowań przed sądami powszechnymi, jak i arbitrażowymi. Jak dotąd problematyka finansowania postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią została szerzej poruszona w artykułach *D. Horodyskiego* i *M. Kierskiej* „Third Party Funding in International Arbitration – Legal Problems and Global Trends with

¹ *L.B. Nieuwveld, V. Shannon Sahani*, Third-Party Funding in International Arbitration, Alphen aan den Rijn 2012, s. 1 i n.

² *B.M. Cremades, A. Dimolitsa*, Third-party funding in international arbitration (eds. *B.M. Cremades, A. Dimolitsa*), Paris 2013.

³ *J. von Goeler*, Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure, Alphen aan den Rijn 2016, s. 1 i n.

⁴ Third Party Funding. ICCA Projects – ICCA, https://www.arbitration-icca.org/projects/Third_Party_Funding.

a Focus on Disclosure Requirement⁵ oraz A. Moskal „Problem ujawnienia finansowania przez osoby trzecie w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym⁶. Należy jednak zaznaczyć, że żaden z artykułów nie został poświęcony kompleksowej analizie problematyki finansowania postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią w kontekście polskiego porządku prawnego, ograniczając się do przedstawienia wybranych zagadnień poruszanych w literaturze zagranicznej na gruncie międzynarodowego arbitrażu handlowego oraz arbitrażu inwestycyjnego.

Wzmianki o finansowaniu postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią można również znaleźć opracowaniach pod redakcją A. Szumańskiego, tj. „Arbitraż handlowy. System Prawa Handlowego. Tom 8⁷ oraz „Regulamin Arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy KIG. Komentarz⁸, a także w międzynarodowych raportach poświęconych problematyce finansowania sporów przez osobę trzecią, autorstwa Z. Kruczkowskiego⁹ (Poland, The Third Party Litigation Funding Law Review, 2017, s. 105–111) oraz T. Waszewskiego¹⁰.

Niemiej ani finansowanie postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią w ujęciu ekonomicznym, ani tym bardziej umowa o finansowanie postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią nie były przedmiotem pogłębionej, kompleksowej analizy na gruncie polskiej nauki. Jednocześnie, należy zauważyć, że również w literaturze zagranicznej niewiele miejsca poświęcono samej umowie o finansowanie postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią, stanowiącej źródło powstałego zobowiązania stron, pomimo że to właśnie umowa ta kreuje wzajemne zobowiązania stron charakterystyczne dla finansowania postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią¹¹.

Brak dogmatycznej analizy umowy o finansowanie postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią, jak również problemów, jakie może powodować zaangażowanie osoby trzeciej – finansującego – w postępowanie arbitrażowe, nie-

⁵ D. Horodyski, M. Kierska, Third Party Funding in International Arbitration – Legal Problems and Global Trends with a Focus on Disclosure Requirement, *Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ Nauki Społeczne* 2017, t. 4, Nr 19, s. 63–80.

⁶ A. Moskal, Problem ujawnienia finansowania przez osoby trzecie w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym, *ADR* 2018, t. 43, Nr 3, s. 69–76.

⁷ A. Szumański, *Arbitraż handlowy. System Prawa Handlowego. Tom 8* (red. A. Szumański), Warszawa 2015, s. 1 i n.

⁸ M. Łaszczuk, A. Szumański, *Regulamin Arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy KIG. Komentarz* (red. M. Łaszczuk, A. Szumański), Warszawa 2017, s. 1 i n.

⁹ Z. Kruczkowski, Poland, *The Third Party Litigation Funding Law Review* 2019, Nr 3.

¹⁰ T. Waszewski, Poland, w: *Litigation Funding 2017* (red. S. Friel, J. Barnes), Law Business Research Ltd 2017, s. 50–54.

¹¹ M. Steinitz, A. Field, A Model Litigation Finance Contract, *Iowa Law Review* 2014, t. 99, Nr 2, s. 718.

wątpliwie należy łączyć z niewielką liczbą zawieranych umów o finansowanie sporów przez osoby trzecie zarówno w Polsce, jak i całym regionie Europy Środkowo-Wschodniej. Stan ten niewątpliwie należy przy tym łączyć raczej z niewielką świadomością stron, a także zawodowych pełnomocników o dostępności tego typu instrumentów¹², a nie brakiem ewentualnego zainteresowania polskich stron finansowaniem sporów przez osobę trzecią.

W tym miejscu należy przede wszystkim wskazać na precedensową sprawę *Stocznia Gdańska S.A. v. Latreefers Inc.*¹³. W sprawie tej Stocznia Gdańska S.A. zawarła umowę, na mocy której osoba trzecia zobowiązała się do ponoszenia kosztów postępowania o rozwiązanie spółki Latreefers Inc. przez sąd angielski, jak również do zwrotu ewentualnych kosztów postępowania zasądzonych od Stoczni Gdańskiej S.A. na rzecz Latreefers Inc. w przypadku niepowodzenia sprawy. W zamian za zapewnione finansowanie osoba trzecia była uprawniona do udziału w kwocie zasądzonej na rzecz Stoczni Gdańskiej S.A. w wysokości 55%¹⁴. Sprawa Stoczni Gdańskiej S.A. stała się jedną z ważniejszych spraw przesądających o dopuszczalności zawierania umów o finansowanie sporów przez osoby trzecie w Anglii i Walii¹⁵.

Jak wskazuje się w literaturze, niższe tempo rozwoju finansowania sporów przez osoby trzecie w Europie kontynentalnej niż w krajach *common law* związane jest przede wszystkim z niższymi kosztami postępowań oraz odmienną kulturą postępowań spornych¹⁶. Jednak, jak wskazują doświadczenia niemieckie, austriackie i szwajcarskie, a także ustalenia Komisji Europejskiej, istnieje potencjał rozwoju usługi finansowania sporów przez osoby trzecie również w Europie kontynentalnej¹⁷.

Niniejsza monografia stanowi więc pierwsze, kompleksowe opracowanie poświęcone umowie o finansowanie postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią zarówno na gruncie polskiej literatury prawniczej, jak również z perspektywy państwa regionu Europy Środkowo-Wschodniej.

¹² *J. von Goeler*, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, s. 81. Należy jednak zauważyć, że w 2015 r. jedna z warszawskich kancelarii na swojej stronie internetowej zamieściła oficjalną informację o współpracy z jednym z wiodących brokerów finansowania sporów przez osoby trzecie – *The Judge* – jednocześnie promując możliwości, jakie stwarzają dla stron postępowań spornych „finanse litygacyjne”, 2015, <https://www.kochanski.pl/brochures/Finansowanie-Sporow-KZP.pdf>.

¹³ *Court of Appeal, Stocznia Gdańska S.A. v. Latreefers Inc.*, [2000] EWCA Civ 36 [2001] 2 BCLC 116.

¹⁴ *N. Rowles-Davies*, *Third Party Litigation Funding*, Oxford 2014, s. 28–29.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *M. De Morpurgo*, *A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 2011, t. 19, Nr 1, s. 343.

¹⁷ *Ibidem*.

§ 3. Cele i zakres badań

Zasadniczym celem opracowania jest dogmatycznoprawna analiza umowy o finansowanie postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią i ustalenie jej konstrukcji oraz charakteru prawnego, podstawowych elementów treści oraz elementów normatywnych. Z tego też powodu do przeprowadzenia badań wykorzystane zostały metoda dogmatyczna i prawno-porównawcza, uzupełnione analizą empiryczną funkcjonowania umowy w obrocie gospodarczym.

Pomimo niedostatecznej refleksji nad problematyką finansowania sporów przez osoby trzecie w polskiej literaturze prawniczej, niniejsze opracowanie zostało ograniczone wyłącznie do problemu finansowania arbitrażu z pominięciem problematyki finansowania postępowania przed sądami powszechnymi. Za takim ujęciem tematu niniejszej monografii przemawia przede wszystkim daleko posunięta odmienność postępowania arbitrażowego od postępowania przed sądem powszechnym¹⁸, ale także ograniczenia natury praktycznej, związane przede wszystkim z obszernością pracy oraz czasem potrzebnym do przeprowadzenia koniecznych i rzetelnych badań. Nie bez znaczenia dla kształtu opracowania pozostają także realia rynkowe, a w szczególności fakt, że podmioty finansujące postępowania sporne preferują finansowanie sporów arbitrażowych (zwłaszcza międzynarodowych) ze względu na szybkość postępowania, ułatwione wykonywanie orzeczeń arbitrażowych na podstawie Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych¹⁹, a także swoistą elastyczność arbitrów w podejściu do problemów proceduralnych, które mogą pojawić się w sytuacji finansowania arbitrażu przez osobę trzecią²⁰.

Należy także zaznaczyć, że zgodnie z uregulowaniami polskimi, które nie dokonują rozróżnienia pomiędzy arbitrażem krajowym i arbitrażem międzynarodowym, przedmiotem niniejszej pracy jest zarówno finansowanie przez podmiot trzeci arbitrażu krajowego, jak i międzynarodowego, co skutkuje koniecznością przeprowadzenia również rozważań z zakresu prawa prywatnego międzynarodowego.

¹⁸ Należy zauważyć, że wzmiankowana odmienność arbitrażu od postępowania przed sądami powszechnymi wyraża się nie tylko w odmienności samych instytucji, ale także w odmienności uregulowań znajdujących zastosowanie w toczących się postępowaniach.

¹⁹ Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, sporządzona w Nowym Jorku 10.6.1958 r. (Dz.U. z 1962 r. Nr 9, poz. 41).

²⁰ M. Scherer, A. Goldsmith, C. Fléchet, Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funders’ Perspectives, *International Business Law Journal* 2012, t. 207, Nr 2, s. 217–219; A. Brabant, Third party funding in international arbitration: practical, *International Arbitration Law Review* 2016, t. 19, Nr 5, s. 113–120; C.A. Rogers, *Ethics in International Arbitration*, Oxford 2014, s. 177 i n.

Natomiast, z uwagi na odmienności arbitrażu inwestycyjnego związaną z występowaniem państwa w charakterze strony postępowania²¹, przedmiotem niniejszej pracy będzie, co do zasady, umowa o finansowanie arbitrażu handlowego. Z uwagi jednak na zbieżność niektórych zagadnień związanych z finansowaniem obu postępowań przez osobę trzecią, poczynione uwagi mogą odnosić się zarówno do arbitrażu handlowego, jak i inwestycyjnego.

Poza zakresem niniejszego opracowania pozostają również umowy o finansowanie przez osobę trzecią sporów osób fizycznych niebędących przedsiębiorcami, w szczególności dotyczące roszczeń o naprawienie szkody na osobie, a także postępowań grupowych (ang. *class action*). Za wyłączeniem tych przypadków finansowania sporów przez osobę trzecią przemawia praktyka dochodzenia tego typu roszczeń głównie przed sądami powszechnymi, a nie w postępowaniu arbitrażowym. Dodatkowo, jak wskazuje się w literaturze, umowa o finansowanie sporów przez osobę trzecią znajduje zastosowanie głównie w stosunkach pomiędzy przedsiębiorcami, w szczególności w odniesieniu do sporów gospodarczych o wysokiej wartości przedmiotu sporu²².

Wreszcie, niniejsza monografia nie odnosi się do finansowania przez osoby trzecie profesjonalnych pełnomocników (tzw. *law firm financing*) z uwagi na swoistość regulacji wykonywania zawodu adwokata i radcy prawnego w prawie polskim.

Powyższe ograniczenie zakresu pracy do arbitrażu handlowego nie oznacza jednak, że uwagi poczynione na gruncie niniejszej pracy nie znajdują zastosowania do umów TPF dotyczących postępowania przed sądami powszechnymi lub w arbitrażu handlowym. Wręcz przeciwnie, wiele uwag poczynionych na gruncie niniejszej pracy pozostanie aktualnych bez względu na rodzaj finansowanego postępowania.

²¹ M. Steinitz, *Whose Claim is this Anyway? Third Party Litigation Funding*, Minnesota Law Review 2010, t. 95, Nr 4, s. 1277.

²² C.C. Hodges, J. Peysner, A. Nurse, *Litigation Funding: Status and Issues*, SSRN Electronic Journal 2012, law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/litigation_funding_here_1_0.pdf (dostęp: 9.5.2019 r.); C. Veljanovski, *Third-Party Litigation Funding in Europe*, Journal of Law, Economics & Policy 2012, t. 8, Nr 3, s. 405.

§ 4. Założenia terminologiczne

I. Umowa o finansowanie sporu (lub sprawy) przez osobę trzecią

Ze względu na stosunkowo niewielki dorobek polskiej literatury prawniczej²³ w zakresie finansowania sporów przez osoby trzecie, konieczne jest przede wszystkim poczynienie uwag co do terminologii przyjętej na gruncie niniejszego opracowania.

W literaturze anglojęzycznej występują rozbieżności co do pojęć, które powinny znajdować zastosowanie do przedmiotowego zagadnienia²⁴. I tak, na gruncie literatury zagranicznej można spotkać się z następującą terminologią: *third-party funding*, *litigation finance*, *claim financing*, *private equity litigation funding* oraz *alternative litigation financing*, przy czym do najpowszechniej używanych należą terminy *third-party funding* i *litigation finance*. Co prawda, w literaturze postuluje się przyjęcie terminu *third-party funding* dla określenia finansowania sporów przez osobę trzecią w znaczeniu szerokim (tj. wszystkich przypadków, w których koszty rozwiązania czy rozstrzygnięcia sporu ponoszone są przez osobę inną niż strona sporu), a *litigation finance* dla określenia finansowania sporu przez osobę trzecią w znaczeniu ścisłym²⁵, jednak tego rodzaju rozróżnienie nie jest powszechnie zaakceptowane w literaturze przedmiotu.

Podobnie w polskim języku prawniczym można spotkać się z pojęciami „finansów litygacyjnych” (od ang. *litigation finance*), „finansowania strony przez osobę trzecią”²⁶ czy „finansowania prowadzenia sporu przez podmiot trzeci”²⁷ (ang. *third-party funding*). Najbardziej adekwatnym sformułowaniem dla opisanego *third-party funding* oraz *third-party funding agreement* wydaje się jednak

²³ P. Pietkiewicz, Koszty postępowania przed sądem polubownym, w: Arbitraż handlowy. System Prawa Handlowego. Tom 8 (red. A. Szumański), Warszawa 2015, Nb 1 i n.; A. Moskal, Problem ujawnienia finansowania przez osoby trzecie w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym, s. 69–76; D. Horodyski, M. Kierska, Third Party Funding in International Arbitration – Legal Problems and Global Trends with a Focus on Disclosure Requirement, s. 63–80; Z. Kruczkowski, Poland, The Third Party Litigation Funding Law Review 2017, https://thelawreviews.co.uk/digital_assets/103129e1-d0da-43c6-9fc2-b798627b1839/Thirdparty litigation.pdf (dostęp: 9.5.2019 r.).

²⁴ J. von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure, s. 3.

²⁵ *Ibidem*, s. 2–3.

²⁶ P. Pietkiewicz, Koszty postępowania przed sądem polubownym, w: Arbitraż handlowy. System Prawa Handlowego. Tom 8 (red. A. Szumański), s. 660.

²⁷ M. Łaszczuk, A. Szumański, Regulamin Arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy KIG. Komentarz, Legalis.

finansowanie sporu (lub sprawy) przez osobę trzecią i odpowiednio – umowy o finansowanie sporu (lub sprawy) przez osobę trzecią. Pewne wątpliwości może przy tym budzić określenie finansującego jako „osoby trzeciej”, skoro finansujący jest *de facto* stroną umowy. Należy jednak mieć na uwadze, że przez zawarcie umowy o finansowanie sporu, finansujący zobowiązuje się względem finansowanego do zwolnienia go z obowiązku świadczenia na rzecz wierzyciela (lub przyszłego wierzyciela), np. profesjonalnego pełnomocnika, arbitrow lub stałego sądu arbitrażowego. W konsekwencji, określenie finansującego mianem „osoby trzeciej” znajduje uzasadnienie w redakcji art. 392 KC, w którym to ustawodawca określa mianem „osoby trzeciej” stronę umowy, zaciągającą zobowiązanie gwarancyjne.

Należy również opowiedzieć się za przyjęciem powszechnie używanego w literaturze przedmiotu skrótu TPF²⁸, zarówno w odniesieniu do finansowania sporu przez osobę trzecią w znaczeniu ekonomicznym, jak również w odniesieniu do umowy zawieranej przez strony, tj. umowy TPF.

II. Strony umowy

W odniesieniu do stron umowy o finansowanie sporu przez osobę trzecią używane są terminy: „fundator”²⁹ (od ang. *third-party funder* lub po prostu *funder*) oraz „podmiot finansowany”³⁰ (ang. *funded party*). Mając na uwadze, że na gruncie polskiego prawa termin „fundator” przyjmowany jest dla określenia

²⁸ G. Solas, *Third Party Funding. Law, economics, and policy*, Cambridge 2019, s. 1 i n.; A. Moskal, *Problem ujawnienia finansowania przez osoby trzecie w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*, s. 69–76; A. Goldsmith, L. Melchionda, *Third party funding in international arbitration: everything you ever wanted to know (but were afraid to ask): Part 1*, *International Business Law Journal* 2012, Nr 1, s. 53–76; J. Clanchy, *Navigating the Waters of Third Party Funding in Arbitration*, *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 2016, t. 82, Nr 3, s. 222–232; K. Zaleska-Korziuk, *When the Good Samaritan Pays: the Phenomenon of Strategic Third-Party Funding*, *Asper Review of International Business and Trade Law* 2018, t. 18, Nr 1, s. 9; L. Perrin, *Preface*, *The Third Party Litigation Funding Law Review* 2017, https://thelawreviews.co.uk/digital_assets/103129e1-d0da-43c6-9fc2-b798627b1839/Third-partylitigation.pdf (dostęp: 9.5.2019 r.); R. Perry, *Crowdfunding Civil Justice*, *Boston College Law Review* 2018, t. 59, Nr 1, s. 1357–1395; N. Pitkowitz, *Handbook on Third-Party Funding in International Arbitration*, *Juris*, Huntington 2018, s. 1 i n.; M. De Morpurgo, *A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding*, s. 343–410; C. Veljanovski, *Third-Party Litigation Funding in Europe*, s. 405–449.

²⁹ M. Łaszczuk, A. Szumański, *Regulamin Arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy KIG. Komentarz*, Legalis; M. Orecki, *Brak środków finansowych na postępowanie przed sądem polubowym a zapis na sąd polubowny*, s. 90.

³⁰ A. Moskal, *Problem ujawnienia finansowania przez osoby trzecie w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*, s. 63–76.

osób ustanawiających fundacje, jego użycie w kontekście umowy o finansowanie postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią nie wydaje się adekwatne. Dodatkowo, taki przekład zdaje się nie uwzględniać znaczeniowej różnicy pomiędzy angielskimi terminami *funder* oraz *founder*. Podczas gdy termin *founder* istotnie oznacza fundatora, a więc założyciela organizacji zapewniającego składniki majątkowe do realizacji celów tej organizacji, termin *funder* oznacza osobę udzielającą finansowego wsparcia danej organizacji. Wydaje się więc, że poprawniej byłoby zastąpić wymienione pojęcia odpowiednio „finansującym” oraz „finansowanym”. Jednocześnie, przyjęcie określenia „finansujący” i „finansowany” na gruncie polskiej literatury przedmiotu wydaje się odpowiadać funkcji kredytowej umowy TPF.

III. Finansowanie „sporu” a finansowanie „postępowania” (lub „sprawy”) przez osobę trzecią

Dalej, należy dokonać rozróżnienia pomiędzy finansowaniem przez osobę trzecią „sporu” a finansowaniem „postępowania” (lub „sprawy”). W polskiej literaturze nie dokonano jak dotąd takiego rozróżnienia, posługując się ogólnym pojęciem finansowania „sporu”³¹ lub „strony”³². Mając na uwadze cel umowy TPF, celniejsze wydaje się tłumaczenie terminu *third-party funding* jako finansowania „postępowania” (ewentualnie „sprawy”) lub „sporu” przez osobę trzecią.

Odnosząc się do problemu finansowania „sporu” lub „postępowania” („sprawy”), należy zauważyć, że zakresy pojęciowe obu pojęć są odmienne. Przez „spór” należy bowiem rozumieć „brak zgody w pewnej sprawie”, jak również pozaprocesową różnicę stanowisk pomiędzy stronami, podczas gdy „sprawa” oznacza *stricto* przedmiot postępowania cywilnego (np. art. 1, 13 § 1, art. 148 § 1 i 2, art. 205, 412, 766, 1150 KPC), przy czym KPC posługuje się terminem „sprawa” również jako synonimem słowa „postępowanie”³³. W konsekwencji, należy przyjąć, że „finansowanie sporu” stanowi możliwie najszersze określenie, obejmując nie tylko finansowanie konkretnego, wszczętego lub wszczynanego postępowania (w przypadku niniejszej pracy – arbitrażowego), ale również wszelkich, polubownych metod rozwiązywania sporów (np. negocjacji czy mediacji), bez względu na etap, na którym obecnie znajduje się spór. Finansowanie „postępo-

³¹ M. Łaszczuk, A. Szumański, Regulamin Arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy KIG. Komentarz, Legalis; A. Moskal, Problem ujawnienia finansowania przez osoby trzecie w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym, *passim*.

³² P. Pietkiewicz, Koszty postępowania przed sądem polubownym, w: Arbitraż handlowy. System Prawa Handlowego. Tom 8 (red. A. Szumański), s. 660.

³³ R. Kulski, Umowy procesowe w postępowaniu cywilnym, Kraków 2006, s. 1 i n.

wania” („sprawy”) natomiast odnosi się do finansowania konkretnego, wszczętego lub wszczynanego postępowania sądowego, arbitrażowego czy egzekucyjnego.

Mając na uwadze powyższe, w zależności od kontekstu, niniejsza praca będzie posługiwać się odpowiednio pojęciem finansowania „sporu” lub „postępowania” („sprawy”).

IV. Udział w wygranej

Kolejnym terminem, który wymaga wyjaśnienia na gruncie niniejszej pracy, jest angielski termin *proceeds of the case*. W literaturze polskojęzycznej termin ten tłumaczony jest jako „udział w ewentualnej wygranej”³⁴ lub „część wygranej”³⁵. Jednocześnie należy podkreślić, że termin „wygrana” jest pojęciem występującym w polskim języku prawniczym (choć nieznanym jednak na gruncie polskiego KPC). Co istotne, termin „wygrana” nie zawęża roszczeń dochodzonych w finansowanym postępowaniu arbitrażowym wyłącznie do roszczeń o zapłatę. Choć większość postępowań arbitrażowych finansowanych przez osoby trzecie to sprawy o zapłatę, to jednak nie w każdym przypadku finansujący uprawniony jest do udziału w kwocie zasądzonej na rzecz finansowanego. Dla przykładu w przypadku zawarcia umowy TPF z pozwanym, finansujący może uzyskać wynagrodzenie obliczone proporcjonalnie do zmiany zakresu odpowiedzialności finansowanego w wyniku skutecznej obrony³⁶.

W konsekwencji wydaje się, że termin „wygrana” stanowi najbliższy odpowiednik angielskiego *proceeds of the case* na gruncie polskiego języka prawniczego.

³⁴ M. Łaszczuk, A. Szumański, Regulamin Arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy KIG. Komentarz, Legalis.

³⁵ A. Moskal, Problem ujawnienia finansowania przez osoby trzecie w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym, *passim*.

³⁶ J. von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure, s. 77.

Rozdział 2. Zagadnienia ogólne

§ 1. Uwarunkowania umowy TPF w arbitrażu handlowym

Postępowanie arbitrażowe tradycyjnie uważa się za szybszy i tańszy sposób rozstrzygania sporów¹ niż postępowanie przed sądem powszechnym². Jednak wraz ze wzrostem znaczenia i złożoności postępowań arbitrażowych, a w szczególności międzynarodowego arbitrażu handlowego, można zaobserwować również wzrost kosztów postępowań arbitrażowych³. W konsekwencji zaleta arbitrażu, jaką ma być oszczędność kosztów, właściwie nie istnieje z punktu widzenia stron⁴. Jak wskazują badania przeprowadzone w 2015 r. przez *Queen Mary University of London* wraz ze *School of International Arbitration*, których przedmiotem był międzynarodowy arbitraż handlowy oraz jego efektywność w ocenie podmiotów postępowania arbitrażowego (tj. stron, pełnomocników, arbitrów, biegłych oraz władz stałych sądów arbitrażowych)⁵, wysokie koszty postępowania

¹ Należy odróżnić metody rozstrzygania sporów (a więc przede wszystkim postępowanie przed sądem powszechnym i arbitraż) od metod rozwiązywania sporów (takich jak m.in. negocjacje czy mediacje). *R. Morek*, ADR – Alternatywne metody rozwiązywania sporów w sprawach gospodarczych, Warszawa 2004, s. 2.

² *T. Ereciński, K. Weitz*, Sąd arbitrażowy, Warszawa 2008, s. 13, 48–49; *M. Zachariasiewicz, J. Zralek, J. Zralek*, Arbitraż handlowy w oczach użytkowników – wyniki badań bezpośrednich, ADR 2017, t. 37, Nr 1, s. 61.

³ International Council for Commercial Arbitration, Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, 2018, s. 1.

⁴ *M. Moses*, The principles and practice of international commercial arbitration, Cambridge 2008, s. 4.

⁵ Badanie zostało przeprowadzone z wykorzystaniem ankiety internetowej (763 respondentów) oraz wywiadu – bezpośredniego lub telefonicznego (105 respondentów), z czego 70% respondentów wzięło udział w więcej niż 5 postępowaniach arbitrażowych w okresie 5 lat poprzedzających badanie. Większość respondentów badania (53%) miało siedzibę w Europie. Pozostali respondenci posiadali siedziby w: Azji (26%), Ameryce Północnej i Południowej (18%), Afryce (26%) oraz Oceanii (1%). Respondenci badania pochodzili w porównywalnym stopniu z państw kontynentalnego systemu prawa (39%) oraz *common law* (36%); 22% respondentów

nia arbitrażowego stanowią, w ocenie stron, największy mankament tego sposobu rozstrzygania sporów, wyprzedzając brak możliwości zastosowania przez sąd arbitrażowy środków przymuszających w stosunku do osób trzecich (świadków, biegłych czy osób, w których posiadaniu znajdują się dokumenty) w toku postępowania dowodowego⁶, brak kontroli nad efektywnością arbitrów⁷ czy też rosnącą przewlekłość postępowania arbitrażowego⁸. Wyniki tych badań znajdują potwierdzenie również w polskich badaniach zrealizowanych na przełomie 2015 r. i 2016 r. w ramach projektu „Arbitraż handlowy w praktyce. Doświadczenia największych firm działających na polskim rynku” przez Akademię Leona Koźmińskiego, Uniwersytet Ekonomiczny w Katowicach oraz kancelarię Kocur i Wspólnicy sp. k. z siedzibą w Warszawie⁹.

Jak wynika z badań dotyczących wysokości kosztów postępowania w arbitrażu międzynarodowym, przeprowadzonych przez *Chartered Institute of Arbitrators* (dalej: CI Arb) w 2011 r., koszty postępowania arbitrażowego poniesione przez strony w związku z postępowaniem arbitrażowym (a więc nieobejmujące kosztów postępowania arbitrażowego *sensu stricto*)¹⁰ w sprawach o wartości przedmiotu sporu do 1 000 000 GBP wynoszą przeciętnie do 250 000 GBP, stano-

wskazało zarówno na kontynentalny system prawa, jak i *common law*. Queen Mary University of London, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, 2015, s. 51–52.

⁶ W celu zastosowania środków przymusu sąd arbitrażowy może się zwrócić o pomoc do sądu powszechnego (art. 1192 KPC). *T. Ereciński*, w: Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom VI. Międzynarodowe postępowania cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy) (red. *T. Ereciński*), art. 1192, Warszawa 2017; *T. Ereciński*, Arbitraż a sądownictwo państwowe, PUG 1994, Nr 2, s. 5–6; *K. Weitz*, Przesłanki i zakres pomocy sądu państwowego dla sądu polubownego, ADR 2009, Nr 2, Legalis; *M. Łaszczuk, J. Szpara*, Uwagi o zakresie pomocy udzielonej sądowi polubownemu przez sąd państwowy na podstawie art. 1192 KPC, Pal. 2008, Nr 9–10, s. 27–35.

⁷ Jak wskazuje się w literaturze, negatywna ocena stron wywiązania się przez arbitra z obowiązku efektywnego rozstrzygnięcia sporu pozostaje, co do zasady, bez znaczenia dla przebiegu postępowania oraz wykonywania przez arbitra jego praw. W tym zakresie postuluje się uzależnienie wysokości wynagrodzenia arbitra od opóźnienia w wydaniu wyroku w sprawie na wzór art. 2 ust. 2 Załącznika III do Regulaminu ICC. *M. Astanowicz*, Pozycja prawna arbitra w arbitrażu handlowym, Warszawa 2019.

⁸ Queen Mary University of London, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, s. 2.

⁹ *M. Zachariasiewicz, J. Zralek, J. Zralek*, Arbitraż handlowy w oczach użytkowników – wyniki badań bezpośrednich, s. 67.

¹⁰ W literaturze koszty postępowania arbitrażowego dzielone są na dwie kategorie: koszty ponoszone przez strony w związku z postępowaniem arbitrażowym i koszty działania sądu arbitrażowego. Do kosztów poniesionych przez strony w związku z występowaniem przed sądem polubownym zalicza się przede wszystkim wynagrodzenia pełnomocników procesowych stron, biegłych lub tłumaczy. *P. Pietkiewicz*, Koszty postępowania przed sądem polubownym, w: Arbitraż handlowy. System Prawa Handlowego. Tom 8 (red. *A. Szumański*), s. 628.

więc 1/4 wartości przedmiotu sporu¹¹. Koszty poniesione przez strony w związku z postępowaniem arbitrażowym należy oczywiście powiększyć o koszty działania sądu polubownego, do których zalicza się koszty instytucji arbitrażowej (w przypadku arbitrażu administrowanego), wynagrodzenia arbitrów (wynoszące średnio około 60% kosztów działania sądu arbitrażowego¹²) oraz wydatki arbitrów¹³.

W konsekwencji, arbitraż (zarówno w Polsce¹⁴, jak i na świecie¹⁵) jest co do zasady droższym sposobem rozstrzygania sporów niż sądownictwo powszechne¹⁶. Jak słusznie wskazuje się w literaturze¹⁷, wysokie koszty arbitrażu są konsekwencją jego prywatnoprawnej natury, która zakłada m.in. wyłączne finansowanie postępowania przez strony. Z tego samego powodu, w ramach postępowania arbitrażowego nie ma możliwości ubiegania się przez stronę o zwolnienie od kosztów w całości czy w części¹⁸, ani o ustanowienie pełnomocnika

¹¹ Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), *CIArb Costs of International Arbitration Survey 2011*, s. 10.

¹² *Ibidem*, s. 11.

¹³ P. Pietkiewicz, *Koszty postępowania przed sądem polubownym*, w: *Arbitraż handlowy. System Prawa Handlowego*. Tom 8 (red. A. Szumański), s. 628.

¹⁴ Nie można się jednak zgodzić ze stanowiskiem, jakoby postępowanie arbitrażowe mogło być tańsze przy dochodzeniu roszczeń majątkowych o niewielkiej wartości przedmiotu sporu przy porównaniu opłat wynikających z ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych z opłatami wliczonymi zgodnie z taryfą opłat danej instytucji arbitrażowej. Wręcz przeciwnie – w przypadku sporów o niewielkiej wartości przedmiotu sporu koszty działania samego sądu arbitrażowego kilkakrotnie przewyższają koszty postępowania przed sądem powszechnym. Dopiero w przypadku sporów międzynarodowych o wysokiej wartości sporu można ewentualnie mówić o oszczędności kosztów w porównaniu do kosztów postępowania przed sądami powszechnymi. T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, s. 49; Autorzy badania wyraźnie wskazują, że: „W obu grupach najgorzej oceniono natomiast koszty postępowania arbitrażowego, co sugeruje, że dla wszystkich respondentów wydają się one być zbyt wysokie”. M. Zachariasiewicz, J. Zralek, J. Zralek, *Arbitraż handlowy w oczach użytkowników – wyniki badań bezpośrednich*, s. 67.

¹⁵ P. Pietkiewicz, *Koszty postępowania przed sądem polubownym*, w: *Arbitraż handlowy. System Prawa Handlowego*. Tom 8 (red. A. Szumański), s. 629; G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn 2014, s. 3086.

¹⁶ T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, s. 49; M. Zachariasiewicz, J. Zralek, J. Zralek, *Arbitraż handlowy w oczach użytkowników – wyniki badań bezpośrednich*, s. 61; M. Tomaszewski, *Skuteczność ochrony prawnej przed sądami polubownymi: doświadczenia polskie*, PS 2006, t. 16, Nr 1, s. 56; M. Orecki, *Brak środków finansowych na postępowanie przed sądem polubownym a zapis na sąd polubowny*, PPC 2016, Nr 1, s. 87.

¹⁷ Y. Derains, *Foreword*, w: *Third-party Funding in International Arbitration* (red. B.M. Cremades, A. Dimolitsa), Paris 2013, s. 5; T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, s. 49.

¹⁸ *Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 7.8.2013 r.*, I ACz 1251/13, Legalis; P. Pietkiewicz, *Koszty postępowania przed sądem polubownym*, w: *Arbitraż handlowy. System Prawa Handlowego*. Tom 8 (red. A. Szumański), s. 644; M. Orecki, *Brak środków finansowych na postępowanie przed sądem polubownym a zapis na sąd polubowny*, s. 87–89.

z urzędu¹⁹. Ponadto, w arbitrażu opłaty stosunkowe od wartości przedmiotu sporu, co do zasady, nie mają ograniczenia kwotowego, które na gruncie polskiej procedury cywilnej przewiduje art. 13 ust. 2 KSCU.

Dlatego też problem rosnących kosztów postępowań arbitrażowych uważany jest za jeden z najważniejszych problemów, z jakimi muszą zmierzyć się stałe sądy arbitrażowe²⁰, arbitrzy i same strony postępowania arbitrażowego²¹. Z jednej strony bowiem, wysokie koszty postępowania arbitrażowego wpływają na konkurencyjność arbitrażu wobec alternatywnych metod rozwiązywania sporów, a nawet sądownictwa powszechnego; z drugiej zaś strony, brak środków na wszczęcie postępowania arbitrażowego²² może rodzić pytania co do ważności, skuteczności, wykonalności lub utraty mocy zapisu na sąd polubowny. Mając bo-

¹⁹ Wyjątkiem jest możliwość przyznania zwolnienia od kosztów postępowania arbitrażowego oraz pomoc prawna *pro bono*, przewidziana na mocy Wytocznych w sprawie pomocy prawnej przed Sportowym Sądem Arbitrażowym w Lozannie (CAS), która jest jednak zastrzeżona wyłącznie dla osób fizycznych. Należy jednak podkreślić, że celem takiego uregulowania jest ochrona strony słabszej (tj. sportowców). *T. Ereciński, K. Weitz*, Sąd arbitrażowy, s. 49; *M. Orecki*, Brak środków finansowych na postępowanie przed sądem polubownym a zapis na sąd polubowny, s. 97.

²⁰ Używane w niniejszej rozprawie pojęcia „stałego sądu arbitrażowego” czy „stałego sądu polubownego” oznaczają trwałą instytucję, posiadającą swoją nazwę, siedzibę, władze oraz sekretariat, afiliowaną przy określonej izbie gospodarczej. Natomiast pojęcia „sąd polubowny”, „sąd arbitrażowy”, „trybunał arbitrażowy” używane są dla określenia zespołu orzekającego (zespołu arbitrów). *A. Szumański*, Pojęcie, rodzaje i charakter prawny arbitrażu handlowego, w: *Arbitraż handlowy. System Prawa Handlowego*. Tom 8, s. 47.

²¹ *P. Pietkiewicz*, Koszty postępowania przed sądem polubownym, w: *Arbitraż handlowy. System Prawa Handlowego*. Tom 8 (red. *A. Szumański*), s. 630.

²² *P. Pietkiewicz*, Zaliczka obydwu stron na koszty postępowania przed sądem polubownym. Roszczenie o zasądzenie nadpłaconej zaliczki, ADR 2009, Nr 2, s. 6–8; w Polsce obowiązek zapłaty zaliczki na koszty postępowania arbitrażowego (tzw. opłata administracyjna i opłata arbitrażowa) obciąża w całości stronę inicjującą postępowanie (por. § 5 ust. 1 i § 6 ust. 1 Taryfy opłat za czynności Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarki oraz § 2 ust. 1 i § 4 ust. 1 Taryfy opłat Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan). W arbitrażu międzynarodowym zasadą jest natomiast pokrywanie zaliczki na koszty postępowania arbitrażowego przez obie strony, po połowie (por. m.in. art. 37[2] Regulaminu arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej [ICC], art. 28[1] Regulaminu Sądu Międzynarodowego Arbitrażu w Londynie [LCIA], art. 42[1] Regulaminu Arbitrażowego Międzynarodowego Centrum Arbitrażowego Austriackiej Federalnej Izby Gospodarczej [VIAC], art. 51[3] Regulaminu Arbitrażowego Instytutu Arbitrażowego przy Sztokholmskiej Izbie Handlowej [SCC]). Jednocześnie, w przypadku odmowy uiszczenia zaliczki przez pozwanego, powód ma możliwość uiszczenia opłaty w całości (por. m.in. 37[2] Regulaminu arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej [ICC], art. 28[2] Regulaminu Sądu Międzynarodowego Arbitrażu w Londynie [LCIA], art. 42[3] Regulaminu Arbitrażowego Międzynarodowego Centrum Arbitrażowego Austriackiej Federalnej Izby Gospodarczej [VIAC], art. 51[3] Regulaminu Arbitrażowego Instytutu Arbitrażowego przy Sztokholmskiej Izbie Handlowej [SCC]). *M. Orecki*, Brak środków finansowych na postępowanie przed sądem polubownym

wiem na uwadze wyłączenie właściwości sądów powszechnych na skutek zawarcia przez strony zapisu na sąd polubowny, brak środków koniecznych do pokrycia zaliczki na koszty postępowania arbitrażowego może *de facto* pozbawić stronę dostępu do wymiaru sprawiedliwości²³. Jednocześnie, sama możliwość zakwalifikowania jako pozbawienia prawa do sądu sytuacji, w której strona nie jest w stanie pokryć kosztów postępowania arbitrażowego, a co za tym idzie – wszczęcie postępowania arbitrażowego – jest kontrowersyjna. W odniesieniu do powyższego problemu w literaturze i orzecznictwie zagranicznym wykształciły się dwa skrajne poglądy²⁴. Zgodnie z pierwszym poglądem, brak środków na wszczęcie lub kontynuowanie postępowania może powodować niewykonalność zapisu na sąd polubowny²⁵. Drugi pogląd natomiast opiera się na założeniu, że strony, dokonując zapisu na sąd polubowny, świadomie wyłączyły nie tylko właściwość sądów powszechnych w określonych sprawach, ale również zrezygnowały z korzyści związanych z sądownictwem powszechnym, w tym ze zwolnienia od kosztów sądowych²⁶.

W tym miejscu należy jednocześnie zauważyć, że na gruncie polskiego prawa nie rozstrzygnięto jednoznacznie, czy brak środków na wszczęcie postępowania arbitrażowego przez stronę powoduje nieważność, bezskuteczność, niewykonalność lub utratę mocy zapisu na sąd polubowny w rozumieniu art. 1165 § 2 lub art. 1168 § 2 KPC. Problem ten został dostrzeżony przez Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyr. z 10.4.2013 r.²⁷ oraz Sąd Apelacyjny w Krakowie w post. z 7.8.2013 r.²⁸.

W sprawie I ACa 1260/12, rozpoznawanej przez Sąd Apelacyjny w Warszawie, powód wniósł o ustalenie nieważności umowy w zakresie zapisu na Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej. Powodem nieważności klauzuli arbitrażowej miało być złożone przez powoda oświadczenie o uchyleniu się od skutków prawnych oświadczenia złożonego pod wpływem błędu, przy czym błąd miał polegać na nieznajomości – w chwili podpisywania umowy – regulaminu

a zapis na sąd polubowny, s. 88; *P. Pietkiewicz*, Koszty postępowania przed sądem polubownym, w: *Arbitraż handlowy. System Prawa Handlowego. Tom 8* (red. *A. Szumański*), s. 647–648.

²³ *Y. Derains*, Foreword, s. 5; *M. Łaszczuk*, *A. Szumański*, Regulamin Arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy KIG. Komentarz (red. *M. Łaszczuk*, *A. Szumański*), Nb 78–79, Legalis; *P. Pietkiewicz*, Koszty postępowania przed sądem polubownym, w: *Arbitraż handlowy. System Prawa Handlowego. Tom 8* (red. *A. Szumański*), s. 645; *M. Orecki*, Brak środków finansowych na postępowanie przed sądem polubownym a zapis na sąd polubowny, s. 87–88.

²⁴ *M. Orecki*, Brak środków finansowych na postępowanie przed sądem polubownym a zapis na sąd polubowny, s. 91–92.

²⁵ *Ibidem*, s. 91.

²⁶ *Ibidem*, s. 91–92.

²⁷ I ACa 1260/12, Legalis.

²⁸ I ACz 1251/13, Legalis.