

Streszczenie raportu zespołu roboczego ICC na temat zastosowania arbitrażu międzynarodowego w finansach i bankowości przygotowane przez Polski Komitet Narodowy ICC przygotowane przez Polski Komitet Narodowy ICC

I. Wprowadzenie

1. Komisja ICC ds. Arbitrażu, dostrzegając potrzebę zbadania oczekiwań i doświadczeń instytucji finansowych związanych z arbitrażem, powołała specjalny zespół roboczy do spraw instytucji finansowych i arbitrażu międzynarodowego. Celami tego zespołu była:
 - analiza częstotliwości stosowania arbitrażu międzynarodowego przy rozstrzyganiu sporów przez instytucje finansowe oraz percepcji arbitrażu w tym środowisku;
 - zaproponowanie rozwiązań mogących zwiększyć atrakcyjność arbitrażu w rozstrzyganiu sporów finansowych, w tym np. zaproponowanie klauzuli modelowej w tym zakresie;
 - zidentyfikowanie głównych przeszkód w upowszechnieniu arbitrażu i zaproponowanie rozwiązań mogących je zniwelować.
2. Zespół podzielony został na szereg grup roboczych zajmujących się poszczególnymi aspektami międzynarodowego arbitrażu finansowego. Wyróżniono następujące tematy, którym poświęcone zostały raporty szczegółowe:
 - stosowanie arbitrażu przez międzynarodowe instytucje finansowe;
 - arbitraż dotyczący derywatów i instrumentów pochodnych;
 - arbitraż dotyczący zadłużenia publicznego (*sovereign lending*);
 - arbitraż inwestycyjny oraz bankowość i finanse;
 - arbitraż dotyczący spraw regulacyjnych;
 - arbitraż w sprawach międzynarodowego finansowania;
 - arbitraż w bankowości islamskiej (*Islamic finance*);
 - arbitraż dotyczący finansowania handlu międzynarodowego (*trade finance*);
 - arbitraż pomiędzy międzynarodowymi instytucjami finansowymi, instytucjami finansowymi na rzecz rozwoju i agencjami kredytów eksportowych
 - arbitraż w sprawach doradztwa oraz związany z zarządzaniem majątkiem;
3. Raport omawia ustalenia robocze poszczególnych zespołów oraz przedstawia wnioski ogólne, syntetyzujące te raporty częściowe.

II. Wady i zalety arbitrażu – odmiennosc spojrzenia w sektorze finansowym

4. Ogólnym wnioskiem wynikającym z prowadzonych badań, jest brak szerokiego zastosowania arbitrażu w rozstrzyganiu sporów dotyczących rynku finansowego. Autorzy wskazują, że wbrew powszechnej opinii instytucje finansowe nie przyjęły absolutnego zakazu korzystania z arbitrażu. Niemniej zastosowanie przez nie arbitrażu, choć utrzymujące się na stałym poziomie, nie ma w żadnym wypadku masowego charakteru.

5. Jako kluczowe przyczyny ograniczonego wykorzystania arbitrażu wskazano z jednej strony brak świadomości kręgów finansowych, co do użyteczności takiego rozstrzygnięcia sporów, z drugiej strony ograniczenia samego arbitrażu, który nie zawsze odpowiada oczekiwaniom rynku w poszczególnych jego segmentach i regionach świata.
6. Poszczególne raporty wskazują również na oczekiwania stawiane arbitrażowi. Oczywiście wiele z tych cech powtarza się w ankietach dość regularnie, jednak bardzo interesujące są różnice między nimi czy różne rozłożenie akcentów. Często zdarza się, że ta sama cecha wymieniana jest przez różnych ankietowanych jednocześnie jako wada i jako zaleta. Przykładowo z jednej strony wskazuje się jako zaletę ostateczny charakter orzeczenia arbitrażowego (brak apelacji), z drugiej jednak strony pojawiają się głosy, że mechanizm, w którym stronom przysługuje odwołanie zapewnia większą przewidywalność i poważniejszą gwarancję trafnego rozstrzygnięcia. Jako główna zaleta wskazywana była poufność postępowania (o ile, rzecz jasna, jest ona chroniona w miejscu arbitrażu). Poufność była jednak też uznawana za wadę arbitrażu. Argument ten podnoszono w kontekście wysoce ustandaryzowanych i zharmonizowanych segmentów rynku, takich jak np. derywatywów, gdzie nieznanymi orzeczeń uniemożliwiałaby korektę bądź dostosowanie odpowiednich mechanizmów w praktyce całego rynku. Badania wykazały też, że arbitraż – wbrew typowym argumentom podnoszonym w takich sytuacjach – nie jest postrzegany za szybszą lub tańszą formę rozstrzygnięcia sporów.
7. W tym kontekście wskazuje się, że branża finansowa ma wobec arbitrażu oczekiwania na tyle odmienne od innych sektorów gospodarki, że w procesie upowszechniania wiedzy na ten temat należałoby odwoływać się głównie do przykładów z sektora finansowego (a nie np. do doświadczeń z arbitrażu budowlanego, jak się to często dzieje).
8. Dla instytucji finansowych ważna jest możliwość wydawania w arbitrażu postanowień zabezpieczających bez zbędnej zwłoki. Stąd wskazywać należy na możliwość powoływania zgodnie z regulaminami wiodących sądów arbitra do rozstrzygnięcia takich kwestii (tzw. *emergency arbitrator*).
9. Inną istotną dla banków kwestią to możliwość precyzyjnego zaplanowania toku postępowania – stąd waga przywiązywana do posiedzeń przygotowawczych. Takie posiedzenia mogą także pomóc rozwiewać błędne wyobrażenia o arbitrażu (efekt demistyfikujący).
10. Ważną zaletą arbitrażu, z której nie wszyscy zdają sobie sprawę są umiejętności i doświadczenie wiodących instytucji arbitrażowych w zarządzaniu ryzykiem konfliktu interesów w przypadku sporów, w których zaangażowane jest wiele podmiotów. Niekiedy, w wypadku wielostopniowych form finansowania, zdarza się, że instytucja finansowa jest zaangażowana w sprawę w różnych rolach, co może skutkować powstaniem bardzo szczególnych i skomplikowanych przypadków konfliktu interesu. W sporach związanych z międzynarodową bankowością, typową cechą są wielostronne umowy i wielostronne postępowania. Podejmowanie decyzji co do ewentualnego łącznego bądź odrębnego rozpoznawania spraw powiązanych stanowi w takiej sytuacji ważne zadanie. W wypadku obu tych problemów – identyfikowania i wykluczania konfliktu interesów oraz sprawnego zarządzania łącznie lub rozdzielnie postępowania – instytucje arbitrażowe mają bogate doświadczenie i poświęcają na ich rozwiązanie dużo czasu w toku czynności administracyjnych.
11. Podkreślaną zaletą arbitrażu jest możliwość wyboru przez stronę jako arbitra doświadczonego eksperta. Warto jednak zauważyć, że rola tego argumentu jest

znacząco niwelowana przez dwa powtarzające się zastrzeżenia. Po pierwsze, wielokrotnie wskazywano na doskonale przygotowanie sędziów sądów w Londynie i Nowym Jorku, które tradycyjnie wybierane są jako miejsca rozstrzygania sporów z zakresu finansów. Po drugie, banki i instytucje finansowe w odniesieniu do kilku obszarów objętych szczegółowymi raportami podkreślały, że pojawiające się spory są proste i jednoznaczne. Rzecz sprowadza się do zalegania przez dłużnika z zapłatą, a najważniejszym czynnikiem jest efektywność uzyskania zabezpieczenia. Sądy powszechne są zaś postrzegane jako szybsze i mające szersze kompetencje w tym zakresie.

12. Mimo dominującego sceptycyzmu w środowisku finansowym i rezerwy wobec arbitrażu, autorzy zwracają uwagę na umiarkowany wzrost zainteresowania taką formą rozstrzygania sporów. Z drugiej jednak strony brak szczególnie silnych symptomów pokazujących, że to zainteresowanie owocuje faktycznym stosowaniem arbitrażu na dużą skalę. Przykładowo, światowy kryzys finansowy zaowocował niespotykaną liczbą sporów związanych z rynkiem bankowym. Dotyczyły one zarówno roszczeń kierowanych wobec banków, jak i pomiędzy samymi instytucjami finansowymi. W związku z rozwiązywanie tych sporów nie dało się jednak zaobserwować jakiegoś lawinowego wzrostu liczby postępowań arbitrażowych. Przegląd spraw prowadzonych w głównych stałych sądach polubownych nie wskazuje też wzrostu liczby sporów z sektora finansowego na tle ogólnej liczby postępowań.

III. Szczegółowe raporty

Wprowadzenie

13. Raport został oparty na badaniach empirycznych. Autorzy przeprowadzili wywiady (w Załączniku nr 1 do raportu znajdują się ankiety wysłane instytucjom finansowym) – z przedstawicielami ponad 50 instytucji finansowych z różnych regionów świata. Zespół przeanalizował co najmniej 47 spraw rozwiązanych dzięki arbitrażowi inwestycyjnemu w świecie instytucji finansowych w ciągu ostatnich trzydziestu lat. Raporty oparto również na analizie orzecznictwa i literatury. W wielu wypadkach ustalenia poszczególnych zespołów pokrywały się, pojawiały się jednak także istotne różnice, w tym dotyczące konkluzji. Obszerność i szczegółowość poszczególnych raportów są zróżnicowane.
14. Niepokojąco często ustalenia raportów szczegółowych oparte są na dość skromnej bazie empirycznej. Niekiedy analiza dotyczy odpowiedzi udzielonych wyłącznie przez kilka bądź kilkanaście podmiotów. Są to wprawdzie duże instytucje, niedobierane przypadkowo, jednak wątpić można w reprezentatywność informacji uzyskiwanych w taki sposób. Wielokrotnie też potwierdziło się, że ankietowane instytucje finansowe nie korzystają w praktyce z arbitrażu. W takiej sytuacji część odpowiedzi była podyktowana co najwyżej ich percepcji tego, jakie wady i zalety posiada arbitraż w porównaniu z sądownictwem powszechnym. Nie były to jednak informacje pozwalające na realną ocenę faktycznych problemów, a raczej materiał określający obszary, w których należałoby podjąć działania informacyjne czy edukacyjne.

Stosowanie arbitrażu przez międzynarodowe instytucje finansowe

15. Międzynarodowe instytucje finansowe w praktyce nie stosują arbitrażu. Siedemdziesiąt procent ankietowanych nie umiało odpowiedzieć na pytanie czy ich instytucja finansowa uczestniczyła w jakimkolwiek postpowaniu arbitrażowym w trakcie ostatnich pięciu lat. Nie wydaje się zresztą, aby liczba sporów przez nie prowadzonych była duża. Natomiast instytucje te są przynajmniej potencjalnie

zainteresowane arbitrażem. Wynika to z kilku względów. Międzynarodowe instytucje finansowe, aby chronić swoje przywileje nie mogą odwoływać się do prawa krajowego. Często zresztą działają one w krajach, w których wymiar sprawiedliwości nie wzbudza elementarnego zaufania. Niektóre z tych instytucji wchodzi też w relacje z państwami, co skłania je do arbitrażu ze względów zbliżonych do tych, o których mowa w raporcie poświęconym finansowaniu długu publicznego.

16. Jako główne zalety przemawiająca za stosowanie arbitrażu ankietowani wymieniali łatwość wykonywania wyroków arbitrażowych na świecie, możliwość wyboru arbitrów mających odpowiednie kompetencje branżowe, elastyczność procedury, poufność, neutralność i ostateczność rozstrzygnięcia.
17. Główną przeszkodą dla stosowania arbitrażu wskazywaną przez ankietowane instytucje finansowe była głęboko zakorzeniona tradycja wyboru sądów powszechnych państwa trzeciego, neutralnego dla stron sporu. Inne względy wskazywane jako potencjalne wady arbitrażu to brak możliwości wydawania orzeczeń typu *summary judgment* czy długotrwałe i kosztowne postępowanie. Zwracano też uwagę na niejasność niektórych regulaminów co do możliwości wydawania przez sądy arbitrażowe środków tymczasowych, brak przewidywalności rozstrzygnięć (które w przypadku sądów powszechnych wynika z ugruntowanego orzecznictwa tych sądów), wysokie koszty postępowania, brak wystarczającej transparentności arbitrażu, a także brak kompetencji arbitrażu do rozstrzygania o kwestiach upadłościowych.
18. Kontrowersje, podobnie jak w innych obszarach, wzbudza możliwość zastosowania tzw. asymetrycznych klauzul arbitrażowych, które dają jednej ze stron uprawnienie do odwołania się do sądu polubownego zgodnie z własną wolą i przekonaniem. Klauzule takie są w niektórych państwach uznawane za niedopuszczalne, co ogranicza możliwość wykonania orzeczenia już na wstępie postępowania arbitrażowego. Wiele krajów dopuszcza jednak taką możliwość. Międzynarodowe instytucje finansowe wskazywały, że byłyby zainteresowane uzyskaniem jasnej odpowiedzi co do efektywności takich klauzul.

Arbitraż dotyczący derywatywów i instrumentów pochodnych

19. Derywatywy są przedmiotem obrotu na specjalnych rynkach (*exchange-traded derivatives*, ETD) bądź poza formalnymi strukturami obrotu (*over the counter*, OTC). Ta druga forma obrotu dotyczy ok. 90% tych instrumentów finansowych. Obrót ten odbywa się w oparciu o umowy wzorcowe tworzone przez stowarzyszenie uczestników rynku (*International Swaps and Derivatives Association*).
20. Spory z tego zakresu dotyczą najczęściej nieprawidłowości przy sprzedaży, w tym udzielania nierzetelnych porad inwestycyjnych, lub oceny, czy wystąpiło zdarzenie, od którego uzależnione było dokonanie zapłaty. Powstają także spory dotyczące interpretacji zapisów umowy. Wydaje się więc, że zdatność arbitrażowa tych sporów nie powinna budzić wątpliwości, jednak ocena ta bywa różna w poszczególnych jurysdykcjach. Stosowanie arbitrażu nie jest jednak zasadniczo zakazane w żadnym państwie.
21. W praktyce derywatywy typu OTC nie zawierają zazwyczaj klauzul arbitrażowych. W umowach tych standardowo strony odwołują się do sądownictwa powszechnego Anglii lub Nowego Jorku, dużo rzadziej także Singapuru lub Hong Kongu. Z kolei rozwiązywanie sporów dotyczących derywatywów typu ETD następuje zgodnie z regulami instytucji, w których są one sprzedawane.

22. Zmiana w podejściu do arbitrażu wiąże się z rosnącym sceptycyzmem sądów państwowych wobec instytucji finansowych oraz problemami z wykonalnością wyroków w krajach rozwijających się. Warto podkreślić, że wzrost zainteresowania arbitrażem owocuje nie tylko wpływem spraw do czołowych sądów, jak ICC, LCIA, HKIAC czy SIAC, ale także rozwojem wyspecjalizowanych instytucji zajmujących się tym segmentem rynku. W Europie powstały trzy instytucje tego typu: *London City Disputes Panel* (CDP), *European Centre for Financial Dispute Resolution* (EuroArbitration) oraz *Panel of Recognized International Market Experts in Finance* (P.R.I.M.E.).
23. Stosowanie arbitrażu na rynku instrumentów pochodnych jest jednak nadal ograniczone w Europie – dosłownie żaden z ankietowanych nie uczestniczył w sporze, który toczyłby się pomiędzy stronami pochodzącymi z Europy. Coraz popularniejsze staje się natomiast korzystanie z arbitrażu w krajach Dalekiego Wschodu.
24. Ogólną tendencją na rynku jest jednak dążenie do zawierania porozumień i unikania sporów, także tych w sądach powszechnych. Główne wątpliwości wskazywane przez uczestników rynku wiążą się z nieufnością co do możliwości rozstrzygnięcia skomplikowanych sporów finansowych w toku postępowania sądowego. Wydaje się, że arbitraż mógłby odpowiedzieć na te wątpliwości. Podobnie problemy z uznawaniem i wykonywaniem orzeczeń sądów państwowych mogą w dużej mierze zostać zniwelowane poprzez stosowanie arbitrażu.
25. Ponadto, poufność postępowania arbitrażowego uwolniłaby strony sporu od nacisków politycznych i presji opinii publicznej, coraz krytyczniej oceniającej instytucje finansowe. Wielu ankietowanych wskazywało jednak na nieprzewidywalność arbitrażu i brak jasnych kryteriów rozstrzygnięcia sporu. W obszarze, który podlega bardzo skromnej, ramowej regulacji na poziomie ustawodawstwa, rośnie znaczenie precedensów i orzecznictwa. W przypadku obrotu instrumentami pochodnymi brak jest sztywnych ram prawnych, stąd też dążenie rynku do wypracowania pewnych standardów.

Arbitraż dotyczących długu publicznego (*sovereign lending*)

26. W przypadku finansowania długu publicznego zakresy możliwego zastosowania arbitrażu inwestycyjnego i handlowego w znacznej części się pokrywają. Liczba sporów inwestycyjnych na tym tle nie jest jednak wysoka. Także klauzule arbitrażowe rzadko wprowadzane są do umów dotyczących sprzedaży obligacji. Spośród umów analizowanych w raporcie zdecydowana większość wprost wskazuje właściwość sądów powszechnych w Anglii bądź Nowym Jorku (dominuje zdecydowanie wybór prawa angielskiego i nowojorskiego jako prawa właściwego). Postępowania arbitrażowe, w których stroną jest państwo bądź podmiot kontrolowany przez państwo, stanowią ok. 10% spraw toczących się zgodnie z regułami ICC. Obejmują zarówno arbitraż handlowy, jak i inwestycyjny.
27. Arbitraż, mimo że w praktyce niezbyt często stosowany, ma w zakresie finansowania długu publicznego, istotne zalety. Jako główny jego atut wskazuje się neutralność i niezależność trybunału arbitrażowego, co jest szczególnie istotne w kontekście politycznym, wobec potencjalnej stronniczości sądów krajowych. Orzeczenia trybunałów w arbitrażu handlowym czy inwestycyjnym mogą też liczyć na szeroką uznawalność, stosunkowo łatwą do osiągnięcia w oparciu o Konwencję Nowojorską lub Konwencję ICSID. Warto zwrócić uwagę, że w przypadku sporów inwestycyjnych istnieje również bardzo wysoka szansa dobrowolnego wykonania orzeczenia przez państwo, wynikająca zapewne z powiązania całego systemu z Bankiem Światowym.

28. Zespół przeanalizował dokumentację dotyczącą 92 obligacji wyemitowanych przez różne państwa. 82 z nich zostały wyemitowane pomiędzy 2010 r. i 2015 r., a arbitraż był możliwy do wykorzystania jako środek do rozwiązania sporu tylko w 18 spośród 92 obligacji.
29. Polubowne rozstrzygnięcie sporów i łącząca się z nim zasada poufności pozwalają państwom na zminimalizowanie negatywnych skutków wizerunkowych i ochronę reputacji w razie niekorzystnego rozstrzygnięcia. Ponadto skłonność poddania ewentualnych sporów ocenie neutralnych podmiotów może w dłuższej perspektywie wpłynąć na wzmocnienie wiarygodności państwa jako dłużnika, prowadząc do zwiększenia jego możliwości kredytowych – powiększając zarówno liczbę potencjalnych wierzycieli, jak i dostępność środków.
30. Wśród zastrzeżeń pojawiających się wobec możliwości zastosowania arbitrażu do rozstrzygnięcia sporów dotyczących finansowania długu publicznego wskazuje się wysokie koszty wiążące się z rozstrzygnięciem sporów o stosunkowo nieskomplikowanej naturze oraz obawę państw, że decyzje będą rozstrzygane w oderwaniu od przepisów, a w oparciu o argumenty słusznościowe.
31. Państwa postrzegają dość często arbitraż jako sprzyjający inwestorom. Wskazuje się, że system ICSID w rzeczywistości doprowadził do zachwiania równowagi pomiędzy rynkiem i suwerennością państw, co m.in. mogło spowodować kryzys ekonomiczny. Państwa związane są znacznie silniej obowiązkami spłaty długu zaciągniętego za granicą niż tego zaciągniętego w krajowych instytucjach i u obywateli. W pierwszej kolejności muszą bowiem spłacać te należności, których nieuregulowanie generuje większe ryzyka. W rezultacie nie mogą dostosowywać polityki zaspakajania wiarygodności do potrzeb gospodarki narodowej. To usztywnienie wpływać ma zaś na dłuższe i bardziej bolesne wychodzenie z kryzysu. Nie pozwala również na należyte balansowanie zobowiązań finansowych i ochrony praw człowieka. W wielu wypadkach istnienie systemu ICSID może stanowić w istocie mechanizm spowalniający rozwiązywanie sporów. Kredytodawcy będą zajmować bardziej nieustępliwe stanowisko, nawet jeśli państwa byłyby skłonne do ugody. Krytyka dotyczy również niekonsekwencji rozstrzygnięć zapadających w arbitrażu inwestycyjnym.

Arbitraż inwestycyjny w sprawach finansowych i bankowych

32. Raport w tym zakresie skoncentrowany został na analizie: (1) oceny przez instytucje finansowe skuteczności ochrony gwarantowanej przez traktaty inwestycyjne; oraz (2) oceny przygotowania trybunałów międzynarodowych do analizy skomplikowanych sporów i zdolności do wydawania trafnych i sprawiedliwych wyroków, co wiąże się z pytaniem o faworyzowanie interesów inwestorów kosztem interesów państw.
33. Raport wskazuje, że brak jest opracowań naukowych omawiających faktyczne zainteresowanie ochroną wynikającą z traktatów przy planowaniu inwestycji. W literaturze doradza się jednak dokonywanie takiej oceny zarówno na wstępie, jak i w toku prowadzenia inwestycji (w celu dokonania ewentualnej restrukturyzacji przedsięwzięcia i uzyskania najszerszej ochrony – co zwane jest niekiedy *BIT shopping*).
34. Podobnie brak jest obecnie badań empirycznych czy też literatury na temat poziomu satysfakcji inwestorów z form i zakresu ochrony. Niewątpliwie jednak dyskusja dotycząca TTIP może wygenerować takie badania, a także spowodować wypracowanie stanowisk przez niektóre podmioty zainteresowane tym problemem.

Autorzy utrzymują, że brak obecnie danych pozwalających na przyjęcie, że orzecznictwo trybunałów w sprawach inwestycyjnych było jednoznacznie postrzegane przez instytucje finansowe jako sprzyjające bądź to inwestorom bądź państwu.

35. Brak danych dotyczących percepcji arbitrażu inwestycyjnego w środowisku instytucji finansowych może wynikać z niewielkiego zainteresowania tą formą dochodzenia roszczeń. Przedstawiciele branży finansowej wskazywali, że tradycyjnie arbitraż inwestycyjny nie budzi dużego zainteresowania jako forma rozwiązywania sporów z państwem, które raczej kierowane są do sądów powszechnych.
36. Takie stanowisko może zaskakiwać. Mimo że w wielu jurysdykcjach nie brakuje w sądach powszechnych sędziów dobrze przygotowanych do rozstrzygnięcia sporów gospodarczych, nie zawsze posiadają oni wystarczające kwalifikacje do rozstrzygnięcia specyficznych problemów dotyczących sektora finansowego. Nie ma też podstaw do przyjmowania, że sąd powszechny będzie lepiej niż trybunał arbitrażowy przygotowany do rozstrzygnięcia sporów z zakresu finansów.
37. W przypadku potencjalnych sporów inwestycyjnych dotyczących sektora finansowego roszczenia opierają się przede wszystkim na klauzuli równego traktowania (*fair and equitable treatment*) oraz zakazie wyłączenia. Poszanowanie obu tych standardów może budzić szereg wątpliwości w kontekście działań interwencyjnych państw podejmowanych w odpowiedzi na kryzys finansowy. W tym kontekście pojawiają się oczywiście istotne wątpliwości dotyczące jurysdykcji, przede wszystkim *ratione materiae* (odpowiedź na pytanie, czy poszczególne instrumenty mogą być traktowane jako inwestycje) oraz *ratione personae* (czy dany podmiot faktycznie jest inwestorem zagranicznym, czy podmiot kontrolowany przez państwo może uchodzić za inwestora).
38. Specyficznym przypadkiem naruszenia praw inwestora jest spadek wartości inwestycji spowodowanych wypowiedziami publicznymi polityków i urzędników. Istnienie takich współzależności nie wydaje się kwestionowane, jednak wycena szkody byłaby w takiej sytuacji niezmiernie trudna.

Arbitraż w sprawach regulacyjnych

39. Jeden z raportów częściowych poświęcony został możliwemu rozszerzeniu zastosowania arbitrażu w sprawach wiążących się z działalnością organów regulacyjnych. W tej kategorii analizowano trzy kluczowe kwestie: (1) zdatności arbitrażowej sporów w kwestiach regulacyjnych; (2) zastosowania arbitrażu inwestycyjnego w związku z działaniami organów regulacyjnych; oraz (3) zasadności tworzenia wyspecjalizowanych instytucji arbitrażowych, które zajmują się sprawami tego typu, kierowanymi wobec instytucji finansowych.
40. Autorzy raportu rozpoczynają rozważania od przedstawienia tezy o generalnej zdatności arbitrażowej sporów toczonych przez instytucje finansowe. Wyjątki, występujące w wielu jurysdykcjach, dotyczą przede wszystkim sporów z udziałem konsumentów, postępowania upadłościowego czy kwestii dotyczących tzw. interesu publicznego.
41. W większości krajów instytucje finansowe są poddawane skrupulatnemu nadzorowi obejmującemu zarówno uprawnienia kontrolne, jak i szczegółowe reguły prowadzenia działalności przez te podmioty. Kwestie regulacyjne są głęboko powiązane z kształtowaniem *policy* i ochroną interesu publicznego. Pewne ograniczenia zdatności arbitrażowej będą na pewno pojawiać się w związku z kwestiami budzącymi szerokie zainteresowanie społeczne. Właśnie w związku z tymi ograniczeniami spory toczono

z poszczególnymi organami regulacyjnymi mają bardzo ograniczoną szansę na poddanie rozstrzygnięciu przez sądy polubowne. Kwestie te wchodzą w zakres najbardziej typowego prawa administracyjnego i państwa nie mają zamiaru rezygnować ze swoich prerogatyw w tym obszarze. Próba rozstrzygania kwestii regulacyjnych w arbitrażu nie wydaje się przy tym realistycznym pomysłem.

42. Nie zamyka to jednak drogi do podnoszenia roszczeń w arbitrażu inwestycyjnym. Niemniej także wśród sporów inwestycyjnych nie ma wielu dotyczących instytucji finansowych (wyłącznie kilka procent). Autorzy raportu wskazują na kilka przyczyn. Testem stosowanym dla oceny dopuszczalności określonej ingerencji regulatora w działalność podmiotów rynku finansowego, który niestety nie wprowadza jakiegokolwiek pewności rozstrzygnięcia, jest rozróżnienie uzasadnionych i nieuzasadnionych ingerencji regulacyjnych. Brak jest jasnych kryteriów pozwalających na odróżnienie ingerencji usprawiedliwionych od nieusprawiedliwionych, nie wypracowała ich z pewnością doktryna i orzecznictwo trybunałów inwestycyjnych. Wydaje się przy tym, że trybunały przyjmują istnienie pewnej sfery swobody regulacyjnej (*policy powers*). W wielu wypadkach działania regulacyjne państwa trudno jest odróżnić od rozporządzania środkami finansowymi (np. wpływ banku centralnego na kursy walut itd.).
43. Arbitraż nie jest postrzegany jako forum właściwe do rozstrzygania, czy dana instytucja naruszyła zasady prowadzenia działalności, co podlega ocenie na drodze sądownictwa powszechnego lub administracyjnego. Nie wyklucza to jednak możliwości zastosowania arbitrażu w kwestiach wiążących się pośrednio ze sferą regulacyjną. Sądownictwo polubowne może być wykorzystywane jako instrument rozwiązywania sporów pochodnych, powiązanych z kwestiami regulacyjnymi. Może stanowić forum rozstrzygania o roszczeniach cywilnych wynikających z naruszenia obowiązków regulacyjnych, w szczególności o roszczeniach klientów takich instytucji. Stąd część instytucji finansowych wyraziła wstępne zainteresowanie pomysłem rozstrzygania w arbitrażu sporów „pochodnych” – roszczeń cywilnych czy finansowych konsekwencji naruszeń obowiązków regulacyjnych.
44. Pewnym ograniczeniem dla dopuszczalności stosowania arbitrażu w zakresie sporów „pochodnych” mogą być występujące w niektórych systemach prawnych alternatywne mechanizmy dochodzenia roszczeń. Niektóre państwa wymagają tworzenia obowiązkowych rezerw finansowych, z których poszkodowani klienci otrzymują środki dystrybuowane w uproszczonej procedurze np. przez ombudsmána finansowego (*financial services ombudsman*). Systemy te nie są jednak najczęściej obowiązkową drogą dochodzenia roszczeń. Niemniej istnienie takich mechanizmów, w pewnym stopniu niezależnych od sądownictwa powszechnego, zawiera w sobie pewne zalety arbitrażu, obniżając skłonność do poszukiwania innych rozwiązań rozstrzygania sporów. Niejako w odpowiedzi autorzy raportu postulują stworzenie specjalnego mechanizmu do rozstrzygania drobnych sporów wynikających z cywilnych roszczeń opartych o naruszenie przepisów regulacyjnych. W tych sporach stroną będzie bardzo często konsument, stąd jego obawy związane z kosztami i czasem trwania postępowania arbitrażowego będą szczególnie silnie wpływać na wolę poddania sprawy sądownictwu polubownemu.

Arbitraż dotyczący finansowania międzynarodowego

45. Zastosowanie arbitrażu w przypadku rozstrzygania sporów dotyczących finansowania międzynarodowego jest bardzo ograniczone. Strony zdecydowanie preferują sądownictwo powszechne. Brak popularności sądownictwa polubownego wynika – jak twierdzą autorzy raportu – z siły inercji, braku tradycji i nieświadomości, a nie z obiektywnej nieefektywności arbitrażu w takich sporach. W instytucjach finansowych

głęboko zakorzenione jest przekonanie o niezdatności arbitrażu do rozstrzygania tego rodzaju sporów. Trwanie tego poglądu, niezależnie o innych względów, wynika niewątpliwie z daleko idące uniformizacji tego sektora rynku.

46. Szeroko rozpowszechniona jest praktyka poddawania sporów rozstrzygnięciu sądów w Londynie i w Nowym Jorku. Sądy angielskie i nowojorskie mają zresztą bardzo duże doświadczenie i dobre przygotowanie do rozstrzygania tego typu spraw. Arbitraż nie przedstawia się wobec nich jako atrakcyjna alternatywa. Instytucje uznają, że instrumenty stosowane w finansowaniu są jednoznaczne i nieskomplikowane, a w związku z tym nie ma potrzeby odwoływania się do szczególnych kompetencji arbitrów. Podkreśla się też niekiedy, że arbitraż nie daje szansy na szybkie, efektywne kosztowo, oddalenie roszczeń oczywiście bezzasadnych, co jest z kolei możliwe w wielu jurysdykcjach (w krajach anglosaskich chodzi o *summary judgments*).
47. Przekonanie o wyższych kosztach arbitrażu niekoniecznie jest zresztą uzasadnione, jeżeli porówna się je z kosztami postępowania sądowego w Nowym Jorku czy Londynie. Innym podnoszonym argumentem jest przekonanie, że trybunał arbitrażowy, inaczej niż sąd, nie ma możliwości szybkiego i skutecznego zabezpieczenia dochodzonego roszczenia. Nawet gdyby przyjąć, że jest tak faktycznie, nie rzutuje to na efektywność samego arbitrażu, skoro roszczenia mimo zapisu na sąd polubowny mogą być zabezpieczone także przez sąd powszechny.
48. Arbitraż zyskał nieco na popularności w związku z finansowaniem projektów i transakcjami w krajach, w których inwestorzy nie ufają sądom powszechnym, a jednocześnie obawiają się o wykonalność orzeczeń wydanych przez sądy bardziej wiarygodnych, tradycyjnych jurysdykcji (Anglia, Nowy Jork).
49. Do wzrostu popularności arbitrażu przyczynia się również kryzys gospodarczy i rosnące przekonanie banków i instytucji finansowych, że sądownictwo powszechne staje się coraz mniej przyjazne wobec tych podmiotów. Arbitraż zastrzeżony jest jednak w praktyce do projektów kompleksowych lub wymagających wysoce wyspecjalizowanej wiedzy technicznej. Skłonność do wyboru arbitrażu jako metody rozstrzygania sporu znacząco rośnie, jeżeli stroną przeciwną miałyby być państwo lub podmiot kontrolowany przez państwo.
50. Ograniczona popularność arbitrażu nie oznacza braku obiektywnych zalet tej formy rozstrzygania sporów dotyczących finansowania. Zgodnie z twierdzeniami samych przedstawicieli instytucji finansowych wydaje się, że konieczne jest prowadzenie z jednej strony akcji informacyjnej i warsztatów dla finansistów i prawników działających w sektorze bankowym, z drugiej strony konieczne jest jednak dążenie do dostosowania arbitrażu do specyficznych potrzeb tej branży. Chodzi przede wszystkim o ograniczenie kosztów i czasu trwania postępowań, upowszechnienie klauzul modelowych, a być może także stworzenie szczególnych reguł rozstrzygania sporów z tego zakresu. Uproszczone i przyspieszone procedury mogłyby się przyczynić do zmiany postrzegania arbitrażu. Autorzy raportu podkreślają jednak, że niewątpliwie arbitraż nie jest właściwym rozwiązaniem dla wszelkich sporów i promowanie tego mechanizmu jako uniwersalnego może budzić nieufność i spowodować efekt odwrotny od zamierzonego.

Arbitraż w finansowaniu międzynarodowego handlu

51. Inaczej niż w wielu innych omawianych sektorach rynku, podmioty biorące udział w finansowaniu międzynarodowej wymiany handlowej nie mają jednoznacznych preferencji co do formy rozstrzygania ewentualnych sporów. Wiele spośród spółek

przyjmuje zresztą dobrowolnie standardy tworzone przez organizacje branżowe, co w niektórych obszarach doprowadziło do utrwalenia i upowszechnienia pewnych procedur.

52. Szczególną cechą tego sektora gospodarki jest jednak zdecydowana tendencja do ugodowego rozstrzygnięcia rozbieżności pomiędzy stronami. Spółki rzadko kierują sprawy czy to do sądów powszechnych, czy to do arbitrażu. Najczęściej kończą spory ugodami zawierającymi zgodnie z procedurami lub przy wsparciu stowarzyszeń branżowych. System ten działa szczególnie efektywnie wśród producentów bawełny, żywności, zbóż i węgla.
53. Banki, inaczej niż przedsiębiorstwa biorące czynny udział w wymianie handlowej, przedkładają jednak litygację nad arbitraż. Szczególnie często podnoszą one obawę podejmowania przez arbitrów rozstrzygnięć w oparciu o zasady słuszności, nie zaś o literalne zapisy umowy. Stąd banki wołałyby odwoływać się do sądów w Londynie, Nowym Jorku czy Paryżu, postrzeganych jako przyjazne instytucjom finansowym. Podnoszono też możliwość wydania przez sądy powszechne wyroków umarzających oczywiście bezzasadne powództwa (*summary judgments*). Jako zaletę sądownictwa powszechnego wskazywano też większą przejrzystość i możliwość kreowania precedensów, co wpływać miałyby na przewidywalność rozstrzygnięć.
54. W sytuacjach faktycznego sporu, spółki i podmioty finansujące, jako podstawową wartość akcentowały sprawność postępowania zabezpieczającego. W kontekście międzynarodowego handlu przy zabezpieczeniu może chodzić o zajęcie samolotu czy statku, zajęcie łatwo psujących się produktów, wydanie nakazu zapłaty – często pojawiał się sceptycyzm co do możliwości dokonania takich zabezpieczeń przez arbitrów. Większość ankietowanych nie słyszała także o instytucji *emergency arbitrator*.
55. Ankietowani jako zalety arbitrażu uznawali istnienie uproszczonego mechanizmu wykonywania orzeczeń w jurysdykcjach innych niż te, w których zapadają wyroki, poufność, możliwość wyboru eksperta jako arbitra i ostateczność orzeczenia.
56. Na wzrost zainteresowania arbitrażem wpływa wzrost wymiany handlowej oraz powstawanie nowych centrów handlu, dalekich od tradycyjnych sądów angielskich i nowojorskich. Zauważa się też, że wobec wzrostu liczby spraw ryzyko przeciążenia tych sądów nieuchronnie rośnie. Ich reputację jako przewidywalnych ośrodków rozstrzygnięcia sporów nadszarpał też kryzys finansowy i seria nie w pełni konsekwentnych wyroków. Nasilające się negatywne nastawienie wobec instytucji finansowych skłania ponadto do poszukiwania forum neutralnego, pozwalającego przy tym na utrzymanie poufności. Te tendencje pozwalają na przypuszczenie, że podjęcie działań promocyjnych, szkoleniowych i wizerunkowych mogłoby wpłynąć na upowszechnienie arbitrażu w omawianym obszarze. Ważne byłoby także stworzenie szybkiej ścieżki proceduralnej na kształt mechanizmu rozstrzygnięcia drobnych sporów w prawie angielskim.

Arbitraż w bankowości islamskiej (*Islamic finance*)

57. Powstanie specjalizacji *Islamic finance* wiąże się ze szczególnymi wymaganiami prawa muzułmańskiego co do sposobu i zasad prowadzenia inwestycji. Z perspektywy inwestorów pochodzących z krajów muzułmańskich konieczne jest zachowanie zgodności z dwoma standardami jednocześnie – ze świeckim prawem krajowym i z prawem muzułmańskim (*Shari'a*).

58. Zastosowanie arbitrażu jako metody rozwiązywania sporów dotyczących finansów i inwestycji dokonywanych zgodnie z prawem muzułmańskim jest całkowitą nowością. Potencjalnie jest to jednak bardzo ważny obszar rozwoju sądownictwa polubownego – nie tylko ze względu na wartość tego rynku, ale również dlatego, że rozwiązywanie sporów przez sądownictwo polubowne niewątpliwie odpowiada potrzebom inwestorów.
59. Dotychczas w kontraktach jako sposób rozwiązywania sporów strony wskazują postępowanie przed sądem powszechnym w Anglii lub Nowym Jorku. Odwoływanie się do sądownictwa powszechnego, które ma bardzo ograniczone możliwości respektowania szczególnych potrzeb inwestorów z krajów muzułmańskich, może ostatecznie doprowadzić do spadku zaufania wobec dotychczasowych metod rozstrzygania sporów, hamując jednocześnie rozwój tego segmentu rynku finansowego.
60. Zastosowanie arbitrażu, w którym poszanowanie znajdowałyby wymogi prawa świeckiego i religijnego, daje inwestorom przekonanie, że w toku dochodzenia roszczeń nie wykroczyli poza akceptowalną formę prowadzenia inwestycji. W toku arbitrażu strony mogą też swobodnie dobierać specjalistów, mających świadomość ograniczeń istniejących dla inwestorów muzułmańskich.
61. W ostatnich latach dwie instytucje arbitrażowe stworzyły specjalne reguły rozstrzygania sporów z zakresu finansów muzułmańskich (*Islamic Centre for Reconciliation and Mediation* w Dubaju oraz *Regional Centre for Arbitration* w Kuala Lumpur). Dotychczas jednak ich stosowanie ma co najwyżej wymiar regionalny.
62. Jednym z problemów – także dla arbitrażu – wiążących się z *Islamic finance* jest niejednorodność doktryny muzułmańskiej. Brak jest powszechnie akceptowanych w społeczności muzułmańskiej standardów co do tego, co jest dopuszczalne, a co stanowi naruszenie zasad. Istnieje co najmniej 6 znaczących odłamów doktrynalnych – 4 sunnickie oraz 2 szyickie, co powoduje dużą niepewność co do stosowanych norm nawet wśród ekspertów. Próby stworzenia nowoczesnego standardu na rynku finansowym nie są szczególnie udane.

Arbitraż pomiędzy międzynarodowymi instytucjami finansowymi (IFI), instytucjami finansowymi na rzecz rozwoju (DFI) i agencjami kredytów eksportowych (ECA)

63. Z przeprowadzonych wywiadów wynika, że wymienione powyżej instytucje finansowe są zainteresowane rozwiązywaniem sporów poprzez arbitraż. Zazwyczaj, nie mają one spisanej strategii dotyczącej wykorzystania arbitrażu zamiast postępowania w sądzie krajowym – to oznacza, że podchodzą do sprawy w miarę elastycznie.
64. Każda z nich ma swoje własne zasady, strukturę instytucjonalną i specyfikę działania charakterystyczną dla danego obszaru geograficznego. Jednakże, da się znaleźć parę wspólnych cech, którymi charakteryzują się IFI, DFI i ECA. Wszystkie raczej mają większe operacje na rynkach rozwijających się, co prowadzi do częstszego wybierania arbitrażu jako metody rozwiązywania sporów. Ponadto, przywiązują one dużą wagę do neutralności forum, w szczególności, gdy przeciwnikiem jest inne państwo. Brak dwuinstancyjnego postępowania również jest uważany za zaletę arbitrażu dla tych instytucji (ze względu na wcześniejszy wynik i pewność postępowania).

Arbitraż w sprawach doradztwa oraz zarządzania majątkiem

65. Znaczący rynek wiąże się z arbitrażem w sporach powstających na tle doradztwa przy transakcjach. Instytucje finansowe nie tylko bezpośrednio uczestniczą w transakcjach M&A, ale dostarczają także szeregu pośrednich instrumentów, raportów, ekspertyz umożliwiających skuteczne zawarcie transakcji.
66. Zdecydowana większość instytucji finansowych nie korzysta jednak z arbitrażu jako formy rozwiązywania sporów powstających na tym tle. W ciągu ostatnich 5 lat aż 70% ankietowanych instytucji nie uczestniczyło w ani jednym postępowaniu polubownym dotyczącym tej dziedziny. Instytucje finansowe nie wykształciły jednak jasnej i trwałej praktyki w zakresie wyboru forum.
67. Wśród czynników sprzyjających wyborowi arbitrażu zamiast postępowania przed sądami powszechnymi są: szczególnie skomplikowany charakter umowy, dążenie do zapewnienia poufności, doradztwo dla państwa bądź podmiotów kontrolowanych przez państwo, a także dla podmiotów pochodzących z krajów, w których istnieją trudności z uznawaniem i wykonywaniem orzeczeń pochodzących z innych jurysdykcji.
68. Jako ograniczenia rozwoju arbitrażu wskazywano najczęściej brak zaufania do arbitrów, wysokie koszty i brak wiedzy na temat tej metody rozwiązywania sporów. Brak zaufania do arbitrów, ale i pełnomocników, motywowany był przekonaniem o istnieniu wąskiego „klubu” osób zaangażowanych w arbitraż i nieprzejrzystością tego środowiska dla osób postronnych. Z perspektywy instytucji finansowych obniża to znacznie wiarygodność takich mechanizmów, potęgując obawę o stronniczość. W tym kontekście autorzy raportu postulują faktyczne dopuszczanie większej liczby osób „z zewnątrz” do rozstrzygania sporów arbitrażowych. Zauważyć można, że kłóci się to z podnoszoną w innych raportach potrzebą zapewnienia wyższych standardów i gwarancji profesjonalizmu arbitrów.
69. W kontekście kosztów postępowania warto zauważyć, że instytucje finansowe dostrzegają pewne korzyści stanowiące ekwiwalent dla wyższych wydatków na arbitraż. W przekonaniu ankietowanych analiza materiału dowodowego jest zdecydowanie wszechstronniejsza i bardziej skrupulatna w arbitrażu niż w postępowaniu sądowym. Wydaje się, że jest to istotna zaleta i mocny argument w działaniach promujących arbitraż w tym obszarze.
70. Obszarem pokrewnym do doradztwa finansowego jest zarządzanie majątkiem. Także tu ocenie podlegać będzie trafność działalności doradczej i skrupulatność analizy dokonywanych przez instytucję finansową. Nie dziwi więc, że występuje tutaj podobny trend unikania arbitrażu jako formy rozstrzygania sporów i poszukiwanie rozwiązań ugodowych. Dużo większą wagę przywiązuje się za to do poszanowania poufności postępowania. Arbitraż jest jednak postrzegany jako drogi, niezbyt szybki i efektywny mechanizm. Podkreśla się niepewność rozstrzygnięć.
71. W obszarze doradztwa i zarządzania majątkiem szczególnie trudno o zdefiniowanie zakresu aktywności promocyjnej i rekomendacji. Brakuje bowiem badań naukowych w tym zakresie. Autorzy raportu wskazują, że bez ich podjęcia trudno będzie rozszerzyć zastosowanie arbitrażu.

Do Raportu dołączone zostały dwa załączniki:

- Załącznik I, w którym znajduje się wzór ankiety wysłanej do instytucji finansowych;
- Załącznik II, w którym przedstawiono listę instytucji finansowych, które wzięły udział w ankiecie z zastrzeżeniem, że niektóre nie wyraziły zgody na ujawnienie danych.

[Tutaj](#) znajduje się link do oryginalnej, angielskiej wersji pełnego raportu ICC na temat zastosowania arbitrażu międzynarodowego w finansach i bankowości.

Copyright © 2015
International Chamber of Commerce
(ICC)
Wszelkie prawa zastrzeżone.

Wszystkie prawa autorskie i inne prawa własności intelektualnej dotyczące zbiorowego opracowania streszczonego w niniejszym dokumencie oraz niniejszego streszczenia, przysługują ICC. Żadna część niniejszego opracowania nie może być reprodukowana, dystrybuowana, przekazywana, tłumaczona lub adaptowana w jakiegokolwiek formie lub za pośrednictwem jakichkolwiek metod bez uzyskania pisemnej zgody ICC, z wyłączeniem wyjątków dozwolonych prawem. Zgodę można uzyskać od ICC, kierując zapytanie na adres: copyright.drs@iccwbo.org.

Wszelkie poglądy zaprezentowane w niniejszym raporcie są wyłącznie myślami członków Komisji ds. Arbitrażu i ADR i Specjalnego Zespołu ds. Instytucji Finansowych i Arbitrażu Międzynarodowego. Nie są to poglądy prezentowane przez Trybunał Arbitrażowy ICC ani Międzynarodowego Centrum ADR, nie są też w żaden sposób wiążące dla tych instytucji.

ICC, logo ICC, CCI, International Chamber of Commerce (włącznie z tłumaczeniami na hiszpański, francuski, portugalski i chiński), World Business Organization, International Court of Arbitration i ICC International Court of Arbitration (włącznie z tłumaczeniami na hiszpański, francuski, niemiecki, arabski i portugalski) są znakami firmowymi ICC zarejestrowanymi w wielu krajach.