



## Recenzja rozprawy doktorskiej

**Mgr Kaji Zaleskiej-Korziuk pt. „Charakter prawny umowy o finansowanie postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią”, Gdańsk 2021, przygotowanej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego pod kierunkiem prof. dr hab. Joanny Kruczałak-Jankowskiej przy udziale prof. dr hab. Bartłomieja Glinieckiego**

1. Recenzowana rozprawa doktorska jest opracowaniem z zakresu prawa prywatnego obejmującym zagadnienia teorii umów z uwzględnieniem prawa arbitrażowego a także prawa kolizyjnego. Dotyczy ona nowego zagadnienia dla praktyki arbitrażowej a mianowicie finansowania postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią (zarówno po stronie powoda jak i pozwanego), w sytuacji gdy ta osoba trzecia traktuje wspomniane finansowanie jako inwestycję leżącą w przedmiocie jej działalności gospodarczej. Zjawisko to pojawiło się na przełomie XX i XXI wieku. Jest ono w stadium rozwoju, jakkolwiek wykształciła się już w tej materii praktyka kontraktowa a nawet regulacje prawne hard i soft law. W związku z powyższym rozprawę Pani mgr Kaji Zaleskiej-Korziuk należy uznać za **opracowanie pionierskie** a tym samym oryginalne i wymagające przeprowadzeniu szeregu badań praktyki na podstawie istniejących w tej materii regulacji prawnych innych krajów oraz literatury obcej. Nie licząc wspólnego artykułu wypromowanych przeze mnie doktorów tj. Dominika Horodyskiego i Marii Kierskiej a także artykułu A. Moskal recenzowana rozprawa jest pierwszym w literaturze polskiej pogłębionym opracowaniem tego tematu a nadto opracowaniem w formie monografii.

2. Nie mam najmniejszej wątpliwości, że **temat** recenzowanej rozprawy został **wybrany trafnie**, gdyż zawiera on w sobie zarówno elementy o dużym znaczeniu teoretycznym jak i praktycznym. Nie wnoszę też zastrzeżeń co do jego sformułowania.

**Znaczenie praktyczne** tego tematu polega na tym, że badane przez Doktorantkę zjawisko istnieje w świadomości polskich arbitrów (przynajmniej zrzeszonych w Polskim Stowarzyszeniu Sądownictwa Polubownego - PSSP), jakkolwiek na razie występuje ono tylko

w arbitrażu międzynarodowym. Jest to podyktowane tym, że wyspecjalizowane firmy w finansowaniu postępowania arbitrażowego nie inwestują w spory o mniejszej wartości przedmiotu sporu niż kilka milionów USD, zgodnie z jakże słuszną premią rzymską „*de minimis non curat praetor*”. Jak na razie wartości przedmiotów sporu w polskim arbitrażu krajowym nie porażają swoją wysokością. Jednakże polscy arbitrzy uczestniczą w rozstrzyganiu sporów międzynarodowych w ICC, LCIA, SCC, VIAC bądź w arbitrażach ad hoc. Stąd wiedza o „modelu biznesowym” TPF (third-party funding) jest bardzo ważna, godna popularyzacji np. w ramach wymienionego wyżej PSSP. Ponadto jest to też tematyka która powinna zainteresować wielkie kancelarie prawne, posiadające mocne departamenty litigation.

**Znaczenie teoretyczne** wspomnianego tematu polega z kolei na tym, że jest on mocno osadzony w tzw. teorii umów. Zadaniem każdego autora zajmującego się tzw. empirycznym typem umowy a więc umową ukształtowaną przez praktykę kontraktową, jest ustalenie jej treści na podstawie praktyki (tj. typowych klauzul umownych) i następnie dokonanie próby subsumpcji tak ustalonego modelu tej umowy pod znane typy umów nazwanych albo innych umów nienazwanych. Ustalanie charakteru prawnego empirycznego typu umowy nie jest sztuką dla sztuki, ale ma ono określić jakie przepisy znajdą zastosowanie w kwestiach nie uregulowanych w konkretnej umowie zakwalifikowanej przez strony jak dany empiryczny typ umowy np. umowy TPF.

3. **Konstrukcja rozprawy** jest co do zasady poprawna, jakkolwiek nie pozbawiona mankamentów. Autorka przyjmuje jako kryterium tej konstrukcji zasadę „od ogółu do szczegółu”, co zawsze jest zabiegiem trafnym.

**Rozdział I** zatytułowany jako „Wstęp” wychodzi poza zakres tradycyjnego wstępu, w którym nie powinno poruszać się - co do zasady - kwestii merytorycznych. Przykładem tego „naruszenia” zasad są rozważania, czy brak środków na prowadzenie procesu arbitrażowego powoduje nieważność, bezskuteczność, niewykonalność lub utratę mocy zapisu na sąd polubowny (s. 10-12), w których Autorka prowadzi analizę orzecznictwa sądów polskich w tej materii. To samo należy odnieść do rozważań o genezie umowy TPF. Jest to bardziej materia zagadnień ogólnych niż wstępu. Można zrozumieć natomiast zamieszczenie we wstępie założeń terminologicznych. Należy wspomnieć, że Autorka znakomicie sobie radzi z kwestiami terminologicznymi a ściśle z przekładaniem pojęć występujących w umowach TPF zawieranych pod prawem obcym, na kategorie prawa polskiego. W pełni podzielam

propozycje terminologiczne Doktorantki. Brak natomiast we wstępie wyraźniej tezy rozprawy a także wywodów o metodach badawczych zastosowanych w rozprawie.

**Rozdział II** pt. „Umowy o finansowanie postępowania arbitrażowego w wybranych systemach prawnych” jest tzw. rozdziałem prawno-porównawczym. Autorka wybiera te systemy prawne, w których umowa TPF albo jest uregulowana normatywnie (Singapur, Hong-Kong), czy posiada regulacje soft law (Anglia i Walia), bądź pod rządami których ukształtowała się wyraźna praktyka kontraktowa wyrażona w raportach poszczególnych instytucji, w opracowanych wzorach umów TPF a więc w krajach, w których powstała także obszerna literatura przedmiotu (np. Australia, Francja, Niemcy, Szwajcaria, Brazylia). Wspomniany rozdział został bardzo rzetelnie napisany. Obfituje w bogactwo faktograficzne na podstawie, którego można zrozumieć „model biznesowy” TPF a tym samym jego strukturę prawną. Podkreślić należy, że rozważania z zakresu prawa obcego są wykorzystywane przy analizie prowadzonej pod rządem prawa polskiego, co zasługuje na ocenę pozytywną.

**Rozdział III** pt. „Konstrukcja umowy o finansowanie postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią” stanowi opis modelu wspomnianej umowy, której cel społeczno-gospodarczy, treść (prawa i obowiązki), szczególne kwalifikacje wymagane od stron, jest ustalany na podstawie praktyki kontraktowej. Z kolei ta praktyka jest Autorce znana na podstawie raportów, wzorów umów TPF, kodeksów dobrych praktyk podmiotów zajmujących się finansowaniem procesów arbitrażowych (np. Kodeksu ALF – Code of Conduct for Litigation Founders opracowanego przez Association of Litigation Founders of England and Wales) a także regulacji normatywnych Singapuru oraz Hong-Kongu. Jest to jeden z kluczowych rozdziałów rozprawy. Został on napisany w sposób bardzo rzetelny i wiarygodny.

Naturalnym uzupełnieniem materii rozdziału III jest **rozdział IV**, w których Autorka omawia umowy zawierane w praktyce kontraktowej razem z umową TPF, tworząc stosunek zobowiązaniowy TPF, czy mówiąc innym słowem wskazywany wyżej „model biznesowy”, na który składa się obok umowy TPF (sensu stricto), umowa o audyt prawny (o due diligence), o zastępstwo procesowe, o kolejności zaspokojenia oraz umowa ubezpieczenia ATE.

Z kolei **rozdział V** pt. „Klasyfikacja prawna umowy o finansowanie postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią”, noszący niemal taki sam tytuł jak następny rozdział VI (tj. Kwalifikacja prawna umowy...) świadczy, że chyba mamy tu do czynienia „z wypadkiem przy pracy”. Potwierdza ta okoliczność, że rozdział V liczy sobie zaledwie 6 stron i zawiera w ramach wewnętrznej systematyki tylko jeden pkt tj. 5.1. Uwagi ogólne. W rozdziale tym Autorka analizuje umowę TPF z perspektywy kategorii akademickich wyrażanych w prawie

zobowiązań, a mianowicie czy umowa jest jednostronnie czy dwustronnie zobowiązująca, czy jest kauzalna czy abstrakcyjna, konsensualna czy realna, czy jest umową wzajemną oraz umową losową itd. Wspomniane rozważania są na pewno potrzebne, ale równie dobrze mogą one się znaleźć w ramach kluczowego dla rozprawy rozdziału VI, w którym Autorka – zgodnie z metodologią teorii umów – odgranicza umowę TPF od innych zbliżonych do niej umów nazwanych (takich jak pożyczki, kredytu bankowego, darowizny, ubezpieczenia), czy umów nienazwanych (np. factoringu, umowy spółki cichej itd.) Ponadto dystynkcja pojęciowa między kategorią „klasyfikacja” (R. V) a „kwalifikacja (R. VI) jest bardzo płynna i nie ostra.

Istotne zastrzeżenia należy odnieść do **rozdziału VII** pt. „Reżim prawny umowy o finansowanie postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią”. Jest to swoisty rozdział „zbiorczy”. Jego drugą część (pkt 7.2.) stanowią wartościowe rozważania kolizyjno-prawne, które należy pozostawić w formie odrębnego rozdziału. Z kolei pkt 7.1. pt. „Dopuszczalność zawierania umowy o finansowanie postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią w świetle art. 353(1) KC w zw. z art. 58 KC” jest po pierwsze zamieszony w niewłaściwym miejscu. Powinien się on znaleźć w ramach obecnego rozdziału V, zaraz po ustaleniu modelu umowy TPF następującym w rozdziałach III i IV. Po drugie, punkt ten należy inaczej ująć a mianowicie pod kątem granic dopuszczalności zawierania umów TPF pod rządem prawa polskiego a ściśle zwłaszcza pod kątem braku sprzeczności tej umowy z naturą stosunku prawnego, a więc granic wolności umów z art. 353(1) KC. Ujęcie pozytywne w świetle zasady wolności umów niczego w tej materii nie wnosi. Warto zauważyć, że w ramach wspomnianego pkt 7.1. Autorka prowadzi ciekawy wywód na temat, czy umowa TPF jest umową procesową czy umową materialno-prawną. Tak kluczowy problem nie może być poruszany marginalnie. Gdyby bowiem Autorka wykazała, że umowa TPF jest umową procesową, to cały rozdział VI (typowo prawno-materialny) nie miałby sensu. Stąd pkt 7.1. powinien się znaleźć w ramach rozdziału V pt. zatytułowanego na przykład „Granice wolności umów w kształtowaniu treści umowy o finansowanie postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią”, gdzie w ramach kolejnych podpunktów byłoby miejsce na przesądzenie procesowego czy materialno-prawnego charakteru tej umowy oraz poddanie umowy TPF analizie pod kątem klasyfikacji jej w świetle prawa zobowiązań.

Pracę kończą niezbyt obszerne **Wnioski** (R. VIII – sześć stron), które rozczarowują i skłaniają do analogii, że „wygrano bitwę pod Grunwaldem”, ale „nie udało się zdobyć Malborka”. Wydaje się, że Autorka nie wyciągnęła właściwych wniosków z Jej obszernego materiału badawczego, rzetelnie przedstawionego w recenzowanej rozprawie. Sugerowałbym

na użytek wydania rozprawy drukiem napisania tego rozdziału od początku. Pewne sugestie zawrę dalej w części merytorycznej recenzji. Materię wniosków zawierają też w rozprawie pkt 4.5. (Finansowanie sporów przez osobę trzecią jako kompleks umów) oraz pkt 6.8. (Umowa o finansowanie sporu przez osobę trzecią jako nienazwana umowa o świadczenie usług). Powinny one znaleźć się na końcu rozprawy w ramach Rozdziału VIII. Innym zagadnieniem jest to, że wnioski te w pewnym sensie się wzajemnie wykluczają.

4. Aby rozwiać wszelkie wątpliwości **bardzo wysoko oceniam rozprawę doktorską** mgr Kaji Zaleskiej-Korziuk. Moja recenzja jest **jednoznacznie pozytywna**, co znajdzie wyraz w konkluzji. Jednakże powyższe uwagi konstrukcyjne oraz późniejsze uwagi merytorycznie należy traktować tylko jako pomoc starszego kolegi w przygotowaniu wydania tej rozprawy drukiem, na co recenzowana rozprawa ze wszelkich miar zasługuje i powinno się ją nawet rozpropagować w Polskim Stowarzyszeniu Sądownictwa Polubownego.

Uważam, że **sprowadzenie umowy TPF tylko do nienazwanej umowy o świadczenie usług** (art. 750 KC), do której stosuje się odpowiednio przepisy o umowie zlecenia, **wypacza** obraz praktyki kontraktowej, tak dobrze i rzetelnie opisanej przez Doktorantkę. Z dokonanych ustaleń Autorki wynika, że umowa TPF nigdy nie występuje w praktyce samodzielnie, ale na tle innych umów, z których jedne muszą być zawarte, zaś inne mogą być zawarte, tworząc w ten sposób bardziej złożony model Umowy PPF. Umową, która z pewnością musi być zawarta jest umowa o audyt prawny (due diligence). Moim zdaniem nie jest to tak jak w przypadku umowy kredytu bankowego, że bank przed udzieleniem kredytu bada zdolność kredytową potencjalnego klienta i po pozytywnej opinii komitetu kredytowego zawiera stosowną umowę. Natomiast umowa o due diligence, która poprzedza zawarcie umowy TPF (sensu stricto), ma kluczowe znaczenie nie tylko dla podjęcia decyzji finansującego o finansowaniu procesu, ale ocena ryzyka wygrania bądź przegrania sprawy wpływa bezpośrednio na ustalenie wynagrodzenia finansującego, zgodnie z zasadą im większe ryzyko, tym większe wynagrodzenie. Konieczność ustalenia tego ryzyka wymaga dostępu do informacji o potencjalnym finansowanym i jego procesie, a to z kolei powoduje konieczność zawarcia porozumienia o zachowaniu poufności. Efektem due diligence jest term sheet, na co zwraca uwagę Autorka (s. 126), albo memorandum of understanding. W konsekwencji mamy tu do czynienia z **ciągami umów**, co marginalnie Doktoranta dostrzega (s. 126). Rola umowy due diligence jest chyba większa w umowach TPF niż w transakcjach M & A, czy w biznesie venture capital.

Z kolei inne umowy takie umowa o zastępstwo procesowe, umowa o kolejności zaspokojenia czy nawet umowa ubezpieczenia ATE (after the event insurance) są umowami współtworzącymi model umowy TPF. Prowadzi to jednoznacznie do wniosków, że mamy tu do czynienia z **kompleksem umów** (s. 136). Umowy te nie są wprawdzie konieczne, ale kreuja one – moim zdaniem - model bardziej rozwiniętej umowy TPF. Ponadto wskutek zawarcia tychże umów następuje wyjście podmiotowe poza relację umowną finansujący i finansowany, obejmując swym zakresem pełnomocników procesowych finansowanego czy zakład ubezpieczeń (s. 132-133). Relacja z pełnomocnikiem procesowym jest istotna w określaniu granic wolności umów przy zawieraniu szeroko rozumianej umowy TPF.

Z kolei zawężenie umowy TPF tylko do nienazwanej umowy o świadczenie usług i stosowanie odpowiednio przepisów o umowie zlecenia wypacza obraz tej umowy. Decyduje o tym m.in. kwestia szczególnego unormowania wypowiedzenia czy odstąpienia od umowy TPF, zwłaszcza w świetle bezwzględnie wiążącego przepisu art. 746 § 3 KSH (zakazu rzeczenia się prawa do wypowiedzenia umowy z ważnych powodów). Ponadto nie da się wytłumaczyć granic wolności umowy TPF mając na uwadze prawo finansującego do monitorowania przebiegu postępowania procesu i udzielania ewentualnych wskazówek, bez odniesienia do regulacji prawa o adwokaturze czy o radach prawnych, ograniczając się tylko do umowy zlecenia.

Sugerowałbym jednak **wprowadzenie rozróżnienia** na umowę TPF w szerszym i węższym znaczeniu. Szersze znaczenie obejmowałoby wspomniane inne umowy, bez zawarcia których umowa ta nie spełnia wypracowanych przez praktykę standardów, co wyraża z kolei wyraża konstrukcja kompleksu umów. Węższe ujęcie też chyba nie mogłoby się sprowadzić tylko do samej umowy o świadczenie usług, mają na uwadze szczególną rolę umowy o audyt prawny (due diligence). Innym zagadnieniem jest czy materie wspomnianych umów dodatkowych nie udałoby się wprowadzić do treści kompleksowej umowy TPF jako jej poszczególne dodatkowe klauzule umowne.

5. Dobrze, że Autorka nie postuluje regulacji umowy TPF w prawie polskim jako umowy nazwanej, dokonując na grunt polski przeniesienia wzorców normatywnych z Singapuru czy Hong-Kongu. Pomijając trudność ujęcia tego zjawiska od strony legislacyjnej należy wziąć pod uwagę fakt, że przynajmniej jak na razie, nie jest to umowa zawierana w Polsce masowo. Nie przeceniałbym roli Kodeksu ALF w ustalaniu praktyki kontraktowej umów TPF, gdyż kodeks ten bardziej dotyczy samych finansujących, którzy konkurują ze sobą

na rynku, niż relacji prawnych pomiędzy finansującym a finansowanym. Dowodem na to są regulacje odnoszące się do adekwatności kapitałowej finansujących.

6. Rozprawa mgr Kaji Zaleskiej-Korziuk **nie nasuwa zastrzeżeń od strony warsztatowej**. Rozprawa ta została napisana w sposób komunikatywny. Wywód prawniczy jest prowadzony jasno i co do zasady konsekwentnie. W wielu miejscach Autorka wykazuje się umiejętnością klasyfikowania poglądów doktryny i zajmowania własnego stanowiska popartego argumentacją (s. 102-101, 112 itd.). Wykorzystania jest obszerna literatura zagraniczna a także regulacje hard i soft law prawa obcego. Przypisy są sporządzone w sposób prawidłowy. Trafnie Autorka zamieszcza w rozprawie wykaz skrótów, gdyż często się nimi posługuje, zaś część z tych skrótów może nie być jasna dla polskich prawników. Jednakże niezależnie od powyższego Doktoranta posługuje się pojęciami prawa obcego, które wyjaśnia dopiero w dalszej części pracy (np. doktryna maintenance, czy champerty), ubezpieczenie ATE, co z kolei stanowi pewien mankament.

7. W podsumowaniu wysoko oceniam recenzowaną rozprawę doktorską mgr Kaji Zaleskiej-Korziuk, mimo zgłoszonych wyżej uwag polemicznych, które zostały przedstawione – jak wspomniano wyżej - tylko na użytek przygotowania tejże rozprawy do druku, na co wspomniana rozprawa w pełni zasługuje. **Odpowiada** ona bowiem **wymaganiom** określonym w art. 13 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach w zakresie sztuk (Dz. U. Nr 65, poz. 596 ze zm.). W związku z tym **może stanowić podstawę do dalszych działań w przewodzie doktorskim oraz nadania Pani mgr Kaji Zaleskiej-Korziuk stopnia naukowego doktora nauk prawnych.**



*Prof. zw. dr hab. Andrzej Szumański*